Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ATHANASIOS RANTOS
apresentadas em 30 de setembro de 2021 [1]

Processo C-257/20

«Viva Telecom Bulgaria» EOOD
contra
Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika» — Sófia,
sendo interveniente:
Varhovna administrativna prokuratura na Republika Bulgaria

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Varhoven administrativen sad (Supremo Tribunal Administrativo, Bulgária)]

«Reenvio prejudicial — Fiscalidade direta — Regime fiscal comum aos pagamentos de juros e de *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes — Artigo 63.º TFUE — Livre circulação de capitais — Artigo 49.º TFUE — Liberdade de estabelecimento — Diretiva 2003/49/CE — Exclusão de pagamentos como juros ou *royalties* — Pagamentos de empréstimos sem juros — Diretiva 2011/96/UE — Diretiva 2008/7/CE — Princípio da plena concorrência — Sujeição a retenção na fonte dos juros não pagos — Fraude, evasão e abuso em matéria fiscal»

I. Introdução

1. O presente processo tem por objeto a questão de saber se o direito da União se opõe a uma legislação fiscal de um Estado-Membro que prevê, em aplicação do «princípio da plena concorrência» e para combater a evasão fiscal, a tributação mediante retenção na fonte dos juros fictícios que uma filial residente, à qual foi concedido um empréstimo sem juros pela sua sociedade-mãe não residente, deveria ter pago a esta última segundo as condições de mercado. Neste sentido, o presente processo suscita uma problemática conhecida do Tribunal de Justiça, que é a da compatibilidade das legislações nacionais «antiabuso» adotadas em matéria de impostos diretos com as disposições relativas à livre circulação.

2. Este pedido de decisão prejudicial foi apresentado no âmbito de um litígio fiscal búlgaro respeitante a um empréstimo sem juros convertível numa entrada de capital que foi concedido a uma sociedade com sede na Bulgária, a saber, a «Viva Telekom Bulgaria» (a seguir «recorrente»), pelo seu único acionista, uma sociedade com sede no Luxemburgo, a InterV Investment Sàrl (a seguir «InterV Investment»).

[1] Língua original: francês.

3. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a conformidade de uma legislação fiscal nacional destinada a combater a fraude com o direito primário e o direito derivado da União no domínio particularmente sensível da tributação das transações intragrupo dentro da União Europeia.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Adesão da República da Bulgária à União Europeia

4. O artigo 20.º do Protocolo relativo às condições e regras de admissão da República da Bulgária e da Roménia à União Europeia [2] e o artigo 23.º do Ato relativo às condições de adesão à União Europeia da República da Bulgária e da Roménia e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia [3], que têm por objeto as medidas transitórias, preveem que as medidas enumeradas nos anexos VI deste protocolo e deste ato se aplicam em relação à República da Bulgária nas condições definidas nestes anexos.

5. Os referidos anexos, intitulados, respetivamente, «Lista a que se refere o artigo 20.º do Protocolo: medidas transitórias — Bulgária» e «Lista a que se refere o artigo 23.º do Ato de Adesão: medidas transitórias — Bulgária», mencionam, nos pontos 3 das suas secções 6, intituladas «Fiscalidade», a Diretiva 2003/49/CE [4], conforme alterada pela Diretiva 2004/76/CE [5], e precisam o seguinte:

«A Bulgária está autorizada a não aplicar o disposto no artigo 1.º da [Diretiva 2003/49] até 31 de dezembro de 2014. Durante esse período transitório, a taxa de imposto aplicável ao pagamento de juros e *royalties* a uma sociedade associada de outro Estado-Membro ou a um estabelecimento permanente situado noutro Estado-Membro não pode ser superior a 10 % até 31 de dezembro de 2010 e a 5 % nos anos seguintes até 31 de dezembro de 2014».

2. Diretiva 2003/49

6. Os considerandos 2 e 4 da Diretiva 2003/49 têm a seguinte redação:

«(2) Este requisito não é atualmente satisfeito no que diz respeito aos pagamentos de juros e *royalties*. As legislações fiscais nacionais, conjugadas em certos casos com acordos bilaterais ou multilaterais, podem nem sempre assegurar a eliminação da dupla tributação e a sua aplicação acarreta frequentemente formalidades administrativas pesadas e problemas de liquidez para as sociedades envolvidas.

[…]

[2] JO 2005, L 157, p. 29.

[3] JO 2005, L 157, p. 203, a seguir «Ato de Adesão».

[4] Diretiva do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e de *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes (JO 2003, L 157, p. 49).

[5] Diretiva do Conselho, de 29 de abril de 2004, que altera a Diretiva 2003/49 (JO 2004, L 157, p. 106).

(4) A abolição da tributação dos pagamentos de juros e *royalties* no Estado-Membro em que estes últimos são gerados, quer a cobrança se efetue mediante retenção na fonte ou mediante liquidação, constitui a forma mais adequada de eliminar as formalidades e os problemas acima referidos e de assegurar a igualdade de tratamento fiscal entre transações nacionais e transações transfronteiras. É em especial necessário abolir esses impostos no que se refere aos pagamentos efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, bem como entre estabelecimentos permanentes dessas sociedades».

7. O artigo 1.º desta diretiva, sob a epígrafe «Âmbito e procedimentos», prevê:

«1. Os pagamentos de juros ou *royalties* gerados num Estado-Membro estão isentos de todos os impostos incidentes sobre esses pagamentos no Estado em questão, quer mediante retenção na fonte quer mediante liquidação, desde que o beneficiário efetivo dos juros ou *royalties* seja uma sociedade de outro Estado-Membro ou um estabelecimento permanente situado noutro Estado-Membro de uma sociedade de um Estado-Membro.

2. Um pagamento efetuado por uma sociedade de um Estado-Membro ou por um estabelecimento permanente situado noutro Estado-Membro será considerado como tendo sido gerado nesse Estado-Membro, a seguir designado "Estado fonte".

[…]

4. Uma sociedade de um Estado-Membro só será considerada como beneficiário efetivo de juros ou *royalties* se receber esses pagamentos por conta própria e não como intermediário, tal como representante, administrador fiduciário ou signatário autorizado de terceiros.

[…]»

8. O artigo 2.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Definição de juros e *royalties*», enuncia, na alínea a):

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

"Juros": os rendimentos de créditos de qualquer natureza, garantidos ou não por hipoteca, e que confiram ou não o direito à participação nos lucros do devedor, e em particular os rendimentos de títulos e de obrigações que gozem ou não de garantia especial, incluindo os prémios e os lotes associados a esses títulos e obrigações; as penalizações por mora não serão consideradas juros.»

9. O artigo 4.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Exclusão de pagamentos como juros ou *royalties*», dispõe:

«1. O Estado da fonte não tem de assegurar o benefício da aplicação da presente diretiva nos seguintes casos:

a) Pagamentos equiparados a distribuições de lucros ou reembolsos de capital nos termos da legislação do Estado da fonte;

[…]

d) Pagamentos de créditos relativamente aos quais não esteja previsto o reembolso do capital ou cujo reembolso seja devido mais de 50 anos após a data de emissão.

2. Quando, em virtude de uma relação especial entre o pagador e o beneficiário efetivo dos juros ou *royalties*, ou entre ambos e um terceiro, o montante em juros e *royalties* for superior ao montante que, na ausência de tal relação, teria sido acordado entre o pagador e o beneficiário efetivo, o disposto na presente diretiva apenas se aplica a este último montante, se existir».

10. Nos termos do artigo 5.º da Diretiva 2003/49, sob a epígrafe «Fraudes e abusos»:

«1. A presente diretiva não impede a aplicação das disposições internas ou baseadas em acordos necessárias para evitar fraudes e abusos.

2. Os Estados-Membros podem retirar o benefício da aplicação da presente diretiva, ou recusar-se a aplicá-la, no caso de operações que tenham por principal motivo, ou que se contem entre os seus motivos principais, a fraude fiscal, a evasão fiscal ou práticas abusivas.»

3. Diretiva 2008/7/CE

11. Nos termos do artigo 3.º da Diretiva 2008/7/CE [6], sob a epígrafe «Entradas de capital»:

«Para efeitos da presente diretiva, e sem prejuízo do disposto no artigo 4.º, são consideradas "entradas de capital" as seguintes operações:

[…]

h) O aumento do ativo de uma sociedade de capitais através de prestações de serviços efetuadas por um sócio, que não impliquem o aumento do capital social, mas que tenham a sua contrapartida numa alteração dos direitos sociais ou que sejam suscetíveis de aumentar o valor das partes sociais;

i) O empréstimo contraído por uma sociedade de capitais, se o credor tiver direito a uma quota-parte dos lucros da sociedade;

j) O empréstimo contraído por uma sociedade de capitais junto de um sócio, do cônjuge ou de um filho de um sócio, bem como o empréstimo contraído junto de um terceiro, quando seja garantido por um sócio, desde que os referidos empréstimos tenham a mesma função que o aumento de capital social».

12. O artigo 5.º desta diretiva, sob a epígrafe «Operações não sujeitas a impostos indiretos», prevê, no seu n.º 1:

«Os Estados-Membros não devem sujeitar as sociedades de capitais a qualquer forma de imposto indireto sobre:

a) Entradas de capital;

[6] Diretiva do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais (JO 2008, L 46, p. 11).

b) Empréstimos ou prestações de serviços, efetuadas no âmbito das entradas de capital;

[…]»

4. Diretiva 2011/96/UE

13. Os considerandos 3 a 5 da Diretiva 2011/96/UE[7] têm a seguinte redação:

«(3) O objetivo da presente diretiva é isentar de retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades-mãe, bem como suprimir a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade-mãe.

(4) Os agrupamentos de sociedades de Estados-Membros diferentes podem ser necessários para criar, na União, condições análogas às de um mercado interno e para garantir assim o bom funcionamento desse mercado interno. Essas operações não deverão ser dificultadas por restrições, desvantagens ou distorções decorrentes em especial das disposições fiscais dos Estados-Membros. Importa, por conseguinte, estabelecer, para esses agrupamentos de sociedades de Estados-Membros diferentes, regras fiscais neutras no que se refere à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado interno, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional.

(5) Os agrupamentos em questão podem levar à criação de grupos de sociedades-mães e afiliadas».

14. Nos termos do artigo 1.º desta diretiva:

«1. Os Estados-Membros aplicam a presente diretiva:

[…]

b) À distribuição dos lucros efetuada por sociedades desse Estado-Membro a sociedades de outros Estados-Membros de que aquelas sejam afiliadas;

[…]

2. Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a 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 da presente diretiva, 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.

3. Para efeitos do n.º 2, 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.

[7] Diretiva do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO 2011, L 345, p. 8), conforme alterada pela Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015 (JO 2015, L 21, p. 1) (a seguir «Diretiva 2011/96).

4. A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal».

15. O artigo 5.º da referida diretiva enuncia:

«Os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe estão isentos de retenção na fonte».

B. Direito búlgaro

16. O artigo 1.º, ponto 4, da zakon za korporativnoto podohodno oblagane (Lei relativa ao Imposto sobre as Sociedades) [8] (a seguir «ZKPO») dispõe:

«A presente lei regula a tributação dos rendimentos por ela abrangidos, auferidos na República da Bulgária por pessoas coletivas residentes ou não residentes».

17. Nos termos do artigo 5.º da ZKPO:

«1. Os lucros estão sujeitos ao imposto sobre as sociedades.

2. Os rendimentos das pessoas coletivas residentes ou não residentes abrangidos pela presente lei estão sujeitos a imposto, que é retido na fonte».

18. O artigo 12.º, n.º 5, da ZKPO enuncia:

«No caso de serem recebidos por pessoas coletivas residentes, empresários em nome individual residentes ou por pessoas coletivas não residentes ou empresários em nome individual não residentes, por intermédio de um estabelecimento permanente ou de um estabelecimento específico no país, ou se forem pagos a pessoas coletivas não residentes por pessoas singulares residentes ou por pessoas singulares não residentes que disponham de um estabelecimento específico, considera-se que os seguintes rendimentos têm origem no território nacional:

1) Os juros, incluindo os juros abrangidos pelos reembolsos no âmbito de contratos de locação financeira;

[…]»

19. Sob a epígrafe «Evasão fiscal», o artigo 16.º da ZKPO prevê:

«1. ([…] em vigor desde 1 de janeiro de 2010) Quando um ou mais negócios jurídicos, incluindo entre pessoas não associadas, são celebrados em condições que conduzam a uma evasão fiscal, o valor tributável deve ser determinado independentemente desses negócios jurídicos, das suas condições específicas ou da sua forma jurídica; o valor tributável é o que resultaria da celebração de um negócio jurídico comum de natureza correspondente, a preços habituais de mercado e que visa o mesmo resultado económico sem conduzir a evasão fiscal.

[8] DV n.º 105, de 22 de dezembro de 2006.

2. Considera-se igualmente evasão fiscal:

[…]

3) A obtenção ou a concessão de créditos a taxas de juro diferentes das taxas praticadas no mercado no momento da celebração do negócio jurídico, incluindo os casos de empréstimos sem juros ou de outras ajudas financeiras gratuitas limitadas no tempo, bem como a anulação de créditos ou o reembolso por conta própria de créditos não relacionados com a atividade;

[…]»

20. O artigo 20.º da ZKPO, sob a epígrafe «Taxa de imposto», dispõe:

«A taxa do imposto sobre as sociedades é de 10 %.»

21. A terceira parte da ZKPO, intitulada «Imposto retido na fonte», abrange, nomeadamente, os artigos 195.º a 202.ºa.

22. O artigo 195.º da ZKPO, sob a epígrafe «Imposto retido na fonte de pessoas não residentes», prevê:

«1. ([…] em vigor desde 1 de janeiro de 2011) Os rendimentos auferidos por pessoas coletivas estrangeiras com origem no território nacional […] estão sujeitos a retenção de imposto na fonte, cujo pagamento extingue definitivamente a dívida fiscal.

2. O imposto referido no n.º 1 é retido pelas pessoas coletivas residentes […] que pagam os rendimentos às pessoas coletivas não residentes […]

[…]

6. Não estão sujeitos a retenção na fonte:

[…]

3) ([…] em vigor desde 1 de janeiro de 2015) Os rendimentos provenientes de juros, de remunerações de direitos de autor e de licenças, nas condições previstas nos n.os 7 a 12;

[…]

7. ([…] em vigor desde 1 de janeiro de 2015) Os rendimentos resultantes de juros, de remunerações de direitos de autor e de licenças não estão sujeitos a retenção na fonte se estiverem preenchidos simultaneamente os seguintes requisitos:

[…]

11. ([…] em vigor desde 1 de janeiro de 2015) Os n.os 7, 8, 9 e 10 não se aplicam a:

1) Rendimentos que constituam uma distribuição de lucros ou um reembolso de capital;

[…]

4) Rendimentos provenientes de créditos resultantes de uma dívida, relativamente aos quais não esteja previsto o reembolso do capital ou cujo reembolso seja devido mais de 50 anos após a data de emissão da dívida;

[…]

7) Rendimentos provenientes de negócios jurídicos cujo motivo principal, ou um dos motivos principais, seja a evasão fiscal ou a eliminação da tributação».

23. O artigo 199.º da ZKPO, sob a epígrafe «Valor tributável do imposto retido na fonte sobre os rendimentos de pessoas não residentes», enuncia, no seu n.º 1:

«O valor tributável que permite determinar o imposto retido na fonte sobre os rendimentos referidos no artigo 195.º, n.º 1, é constituída pelo montante bruto desses rendimentos […]».

24. O artigo 200.º da ZKPO, sob a epígrafe «Taxa do imposto», dispunha, no seu n.º 2, na versão em vigor desde 1 de janeiro de 2011:

«[…] A taxa do imposto sobre os rendimentos referidos no artigo 195.º é de 10 %, salvo nos casos previstos no artigo 200.ºa.»

25. Esta disposição foi alterada em 1 de janeiro de 2015, como segue:

«[…] A taxa do imposto sobre os rendimentos referidos no artigo 195.º é de 10 %».

26. O artigo 200.ºa da ZKPO, na versão em vigor desde 1 de janeiro de 2011, conforme alterado e completado desde 1 de janeiro de 2014, previa, até à sua revogação com efeitos desde 1 de janeiro de 2015:

«1. A taxa do imposto sobre os rendimentos resultantes de juros, de remunerações de direitos de autor e de licenças é de 5 % se estiverem preenchidos simultaneamente os seguintes requisitos;

[…]

5. Os n.os 1 a 4 não se aplicam aos:

1) Rendimentos que constituam uma distribuição de lucros ou um reembolso de capital;

[…]

4) Rendimentos de créditos resultantes de uma dívida, relativamente aos quais não esteja previsto o reembolso do capital ou cujo reembolso seja devido mais de 50 anos após a data de emissão da dívida;

[…]»

27. O artigo 202.ºa, sob a epígrafe «Recálculo do imposto retido na fonte», na versão em vigor desde 1 de janeiro de 2010, dispõe, nos seus n.os 1 a 4[9]:

«1. […] Uma pessoa coletiva não residente que seja residente fiscal de um Estado-Membro da União Europeia ou de um outro Estado do Espaço Económico Europeu tem o direito de optar pelo recálculo do imposto retido na fonte sobre os rendimentos referidos no artigo 12.º, n.os 2, 3, 5 e 8. Se a pessoa não residente optar pelo recálculo do imposto retido na fonte, o recálculo abrange todos os rendimentos previstos no artigo 12.º, n.os 2, 3, 5 e 8, por ela auferidos durante o exercício em causa.

2. Se a pessoa não residente optar pelo recálculo do imposto retido na fonte sobre rendimentos por ela auferidos, o imposto recalculado equivale ao imposto sobre as sociedades que seria devido sobre esses rendimentos caso tivessem sido auferidos por uma pessoa coletiva residente. Se a pessoa não residente tiver realizado despesas relacionadas com os rendimentos, na aceção do primeiro período, sobre as quais seria devido um imposto se tivessem sido realizadas por uma pessoa coletiva residente, o montante do imposto recalculado é acrescido desse imposto.

3. Se o montante da retenção na fonte prevista no artigo 195.º, n.º 1, ultrapassar o montante do imposto recalculado em conformidade com o disposto n.º 2, a diferença deve ser reembolsada até ao montante da retenção na fonte previsto no artigo 195.º, n.º 1, não podendo a pessoa não residente deduzi-lo do imposto devido no seu Estado de residência.

4. A declaração fiscal anual apresentada deve indicar se se optou pelo recálculo do imposto retido na fonte. A pessoa não residente apresentará a sua declaração fiscal à Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite — Sófia [Direção Territorial da Agência Nacional das Receitas Públicas de Sófia, Bulgária], até 31 de dezembro do ano seguinte ao ano em que auferiu os rendimentos».

III. Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

28. Em 22 de novembro de 2013, a recorrente celebrou, na qualidade de mutuária, um contrato de mútuo com o seu único acionista, a saber, a InterV Investment, mediante o qual esta última, na qualidade de mutuante, lhe concedeu um empréstimo convertível sem juros, cujo vencimento ocorreria 60 anos a contar do início da produção de efeitos do contrato (a seguir «empréstimo controvertido»). O referido contrato previa que a obrigação da mutuária de reembolsar o empréstimo se extinguiria a qualquer momento após a data de concessão do empréstimo se a mutuária decidisse realizar uma entrada em espécie no seu capital de montante igual ao montante devido do empréstimo.

29. Por Decisão de 16 de outubro de 2017, a Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite (Direção Territorial da Agência Nacional das Receitas Públicas de Sófia, Bulgária) (a seguir «Autoridade Tributária») procedeu a uma retificação fiscal em nome da recorrente, por força do disposto no artigo 195.º, n.º 2, da ZKPO, mediante retenção na fonte de imposto sobre determinados rendimentos resultantes de juros pagos à InterV Investment, relativos ao período compreendido entre 14 de fevereiro de 2014 e 31 de março de 2015.

[9] O conteúdo desta disposição não foi fornecido pelo órgão jurisdicional de reenvio, mas pela Autoridade Tributária (em parte) e pelo Governo búlgaro (na íntegra) nas respetivas observações escritas.

30. Dado que estabeleceu que, à data da inspeção fiscal, o empréstimo controvertido não tinha sido convertido em capital [10] e que a mutuária não tinha reembolsado este empréstimo nem pago juros, a Autoridade Tributária concluiu pela existência de uma operação que dá lugar a uma «evasão fiscal», na aceção do artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da ZKPO, que, segundo esta disposição, consiste na obtenção ou na concessão de créditos a taxas de juro diferentes das taxas praticadas no mercado no momento da celebração do negócio jurídico, incluindo os casos de empréstimos sem juros. Na sua decisão, a Autoridade Tributária fixou a taxa de juro de mercado a aplicar ao empréstimo a fim de calcular os juros não pagos pela mutuária, antes de os sujeitar a uma retenção na fonte de 10 %.

31. Por Sentença de 29 de março de 2019, o Administrativen sad Sofia (Tribunal Administrativo de Sófia, Bulgária) negou provimento a um recurso, interposto pela recorrente, com vista a impugnar a legalidade da decisão controvertida, por considerar que o empréstimo controvertido era um ativo financeiro desta sociedade que tinha gerado lucros em razão do não pagamento de juros, enquanto a mutuante, por seu turno, tinha sofrido um prejuízo económico por não ter auferido esses juros. Segundo esse tribunal, o montante do empréstimo foi utilizado para reembolsar certas obrigações financeiras da mutuária, enunciadas no contrato de mútuo, não constituindo, por conseguinte, um elemento do seu capital.

32. A recorrente interpôs recurso de cassação no órgão jurisdicional de reenvio, o Varhoven administrativen sad (Supremo Tribunal Administrativo, Bulgária), pedindo a anulação dessa sentença.

33. Como fundamento deste recurso, a recorrente alegou que a retenção na fonte foi efetuada sobre rendimentos resultantes de juros fictícios, sem ter em conta a prova da existência de um interesse comercial na concessão de um empréstimo sem juros. Sustenta igualmente que não dispunha de meios para pagar os juros do empréstimo controvertido e que a InterV Investment era a única titular do capital à data da celebração do contrato de mútuo. Defendeu também que o artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da ZKPO era contrário à jurisprudência do Tribunal de Justiça, porquanto não permitia às partes num empréstimo sem juros provar a existência de considerações económicas válidas para a concessão do empréstimo.

34. A título subsidiário, a recorrente alegou que, dado que a República da Bulgária tinha exercido a faculdade prevista no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2003/49, que permite aos Estados-Membros excluírem do âmbito de aplicação desta diretiva os juros sobre os empréstimos que tratam fiscalmente como rendimentos resultantes de instrumentos de fundos próprios, era aplicável a Diretiva 2011/96, que diz respeito a este tipo de rendimentos. Ora, por força do artigo 5.º desta diretiva, os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente à sua sociedade-mãe não residente estão isentos de retenção na fonte. Acrescentou igualmente que o empréstimo controvertido constituía uma entrada de capital, na aceção do artigo 3.º, alíneas h) a j), da Diretiva 2008/7, a qual, ao abrigo do disposto no artigo 5.º desta diretiva, não devia estar sujeita a qualquer forma de imposto indireto.

[10] Esta conversão ocorreu em 31 de outubro de 2018.

35. Neste contexto, o Varhoven administrativen sad (Supremo Tribunal Administrativo) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 5.º, n.º 4, e no artigo 12.º, alínea b), [TUE] e o direito a uma ação perante um tribunal, na aceção do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [a seguir "Carta"], opõem-se a um regime nacional como o previsto no artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da [ZKPO]?

2) O pagamento de juros, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva [2003/49], constitui uma distribuição de lucros à qual se aplica o artigo 5.º da Diretiva [2011/96]?

3) Os pagamentos de um empréstimo sem juros, [cujo reembolso é devido] 60 anos após a celebração do contrato [e que está abrangido] pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva [2003/49] estão sujeitos às disposições do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), n.º 3, e do artigo 5.º da Diretiva [2011/96]?

4) Os artigos 49.º e 63.º, n.ºs 1 e 2, [TFUE], o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), n.º 3, e o artigo 5.º da Diretiva [2011/96], bem como o artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva [2003/49], opõem-se a normas nacionais como o artigo 195.º, n.º 1, o artigo 200.º, n.º 2, […] e o artigo [200.ºa], n.ºs 1 e 5, ponto 4, da ZKPO (revogado), nas respetivas versões em vigor de 1 de janeiro de 2011 a 1 de janeiro de 2015, e o artigo 195.º, n.ºs 1, 6, ponto 3, e 11, ponto 4, da ZKPO, na versão em vigor desde 1 de janeiro de 2015 [?] [E] a uma prática tributária segundo a qual estão sujeitos a retenção na fonte os juros não pagos resultantes de um empréstimo sem juros, que [uma] sociedade-mãe com sede noutro Estado-Membro concedeu a uma filial residente e cujo reembolso é devido 60 anos após 22 de novembro de 2013?

5) O artigo 3.º, […] alíneas h) a j), o artigo 5.º, n.º 1, alíneas a) e b), o artigo 7.º, n.º 1, e o artigo 8.º da Diretiva [2008/7] opõem-se a normas nacionais como o artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, ponto 3, e o artigo 195.º, n.º 1, da ZKPO, [relativos à retenção de imposto] na fonte [sobre] rendimentos fictícios [provenientes de] juros, [determinados] com base num empréstimo sem juros concedido a uma sociedade residente por uma sociedade de outro Estado-Membro, que é a única acionista da mutuária?

6) A transposição da Diretiva [2003/49 a partir de] 2011, [até ao] termo do período transitório previsto no anexo VI, secção «Fiscalidade», ponto 3, do Ato e do Protocolo [de Adesão], pelo artigo 200.º, n.º 2, e pelo artigo [200.ºa], n.ºs 1 e 5, ponto 4, da ZKPO, estabelecendo uma taxa de imposto de 10 % em vez da taxa máxima de 5 % prevista pelo Ato [de Adesão] e pelo Protocolo [de Adesão] viola os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima?»

36. Foram apresentadas observações escritas pela recorrente, pela Autoridade Tributária, pelo Governo búlgaro e pela Comissão Europeia. Além disso, estas partes manifestaram-se na audiência que teve lugar em 30 de junho de 2021.

IV. Análise

A. Observações preliminares

37. Com as suas seis questões, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se uma retenção na fonte é contrária, por um lado, ao direito primário da União decorrente dos artigo 5.º, n.º 4, e do artigo 12.º, alínea b), TUE, do artigo 47.º da Carta, bem como dos artigos 49.º e 63.º TFUE (primeira e quarta questões) e/ou, por outro, ao direito derivado da União resultante, respetivamente, da Diretiva 2003/49 (segunda, terceira, quarta e sexta questões), da Diretiva 2011/96 (segunda, terceira e quarta questões), bem como da Diretiva 2008/7 (quinta questão).

38. Antes de proceder à análise jurídica das questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, há que fazer as seguintes observações preliminares.

1. Soberania fiscal dos Estados-Membros e direito da União

39. Recordo que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora a fiscalidade direta seja da competência dos Estados-Membros e não se exija uma abordagem harmonizada desta tributação, os Estados-Membros devem, todavia, exercer essa competência no respeito do direito da União [11]. Esta jurisprudência reconhece igualmente que as disposições relativas às liberdades previstas pelos Tratados são suscetíveis de limitar o poder dos Estados-Membros de determinarem as condições e as regras de tributação dos rendimentos de nacionais de outros Estados-Membros que resultem de uma atividade exercida no território no Estado-Membro de tributação [12].

40. Importa igualmente assinalar que, apesar de os Estados-Membros terem autonomia em matéria de constatação de fraude, o Tribunal de Justiça considerou que, para se considerar que uma legislação nacional visa evitar fraudes e abusos, o seu objetivo específico deve ser impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo seja beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal [13].

2. Prática fiscal internacional e direito da União

a) Disposições antiabuso

41. A intenção de eliminar a dupla tributação sem criar a possibilidade de não tributação ou de tributação reduzida através da evasão ou da fraude fiscal — em especial mediante o recurso a mecanismos de utilização abusiva dos tratados internacionais — é um objetivo de política fiscal prosseguido à escala internacional.

[11] V. Acórdãos de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 21), e de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 29).

[12] V. Acórdão de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 24).

[13] V. Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, EU:C:2017:1009, n.º 60).

42. Isso é particularmente visível no âmbito de convenções internacionais em matéria fiscal que contêm disposições «antiabuso» destinadas a excluir, em caso de fraude ou de abuso, a aplicação das disposições que conferem direitos aos contribuintes. Essas cláusulas foram reproduzidas tanto no direito da União como na ordem jurídica interna de vários Estados-Membros, como demonstra o presente processo.

43. A este respeito, relembro que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, um contribuinte não pode beneficiar de um direito ou de uma vantagem decorrente do direito da União caso a operação em causa seja puramente artificial no plano económico e vise eximir-se à aplicação da legislação do Estado-Membro em causa [14].

44. Saliento também que as Diretivas 2003/49 e 2011/96, objeto das questões prejudiciais, têm o objetivo comum de evitar a evasão fiscal e permitem que os Estados-Membros não só adotem as medidas necessárias para prevenir este tipo de fraude, mas também suprimam os benefícios destas diretivas ou recusem aplicá-los em caso de fraude ou de abuso.

b) Princípio da plena concorrência

45. O «princípio da plena concorrência» (*arm's length principle*) — que se encontra, entre outros, no artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos (OCDE) [15], que reflete o consenso dos membros da organização, tem como objetivo garantir que os contribuintes que operam no âmbito de grupos de empresas são tratados da mesma forma que os contribuintes que negociam autonomamente no mercado ao abrigo do regime geral de tributação das sociedades.

46. Este princípio foi igualmente reconhecido pelo Tribunal de Justiça, que considerou, tanto em matéria de tributação como noutros domínios não fiscais, que o princípio da plena concorrência constitui um critério adequado para distinguir entre um expediente artificial e operações económicas reais e constitui, neste contexto, um elemento objetivo através do qual é possível avaliar se a finalidade principal da transação em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal [16].

B. Quanto à primeira questão prejudicial

47. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da ZKPO é contrário ao artigo 5.º, n.º 4, e ao artigo 12.º, alínea b), TUE, bem como ao direito à ação e a um tribunal imparcial, consagrado pelo artigo 47.º da Carta.

48. Antes de mais, há que salientar que, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 4, TUE, o princípio da proporcionalidade é aplicável ao «conteúdo e [à] forma da ação da União», ao passo que o artigo 12.º, alínea b), TUE versa sobre o papel dos parlamentos nacionais em matéria de respeito do princípio da subsidiariedade. Assim, estas disposições enunciam os princípios que devem presidir à implementação do processo legislativo da União, e não à do processo legislativo dos

[14] 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 109 e jurisprudência referida).

[15] *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017* (Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e a fortuna de 2017), destinado à eliminação da dupla tributação em matéria de impostos sobre os rendimentos e sobre a fortuna, sem criar possibilidades de não tributação ou de tributação reduzida mediante a evasão ou a fraude fiscal, na versão publicada pela OCDE em 21 de novembro de 2017.

[16] V. Acórdãos de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 86), e de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 81).

Estados-Membros. A este respeito, o Tribunal de Justiça considerou que não havia que responder a uma questão semelhante, submetida pelo mesmo órgão jurisdicional de reenvio noutro processo relativamente recente, posto que as referidas disposições não dizem respeito a leis nacionais e não são aplicáveis a uma situação como a que estava em causa no processo principal [17].

49. No que se refere, em seguida, ao direito à ação previsto no artigo 47.º da Carta, é jurisprudência constante que as exigências que decorrem da proteção dos direitos fundamentais só vinculam os Estados-Membros quando estes aplicam o direito da União [18].

50. O artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da ZKPO prevê que a obtenção ou a concessão de créditos a taxas de juro diferentes das taxas praticadas no mercado no momento da celebração do negócio jurídico, incluindo os casos de empréstimos sem juros, constitui uma evasão fiscal. Esta disposição da legislação búlgara não representa nem a transposição de uma diretiva da União, nem a aplicação ou a execução de qualquer outra disposição do direito da União.

51. Pelas mesmas razões e à luz do artigo 51.º da Carta, deve considerar-se que as suas disposições não são aplicáveis a esta disposição do direito fiscal búlgaro, que não constitui uma aplicação do direito da União.

52. Por conseguinte, proponho que se responda à primeira questão prejudicial no sentido de que o artigo 5.º, n.º 4, e o artigo 12.º, alínea b), TUE, bem como o artigo 47.º da Carta, devem ser interpretados no sentido de que não se aplicam à interpretação do artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da ZKPO, na medida em que esta última disposição não constitui uma aplicação do direito da União.

C. Quanto à segunda questão prejudicial

53. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se os pagamentos de juros previstos no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2003/49 podem constituir uma distribuição de lucros abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 5.º da Diretiva 2011/96.

54. No que respeita à Diretiva 2003/49, recordo que esta, ao realizar uma harmonização em matéria de impostos diretos, a fim de permitir que os operadores económicos beneficiem do mercado interno, visa, em conformidade com os seus considerandos 2 a 4, eliminar a dupla tributação no que se refere aos pagamentos de juros efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes e sujeitar estes pagamentos a uma única tributação apenas num Estado-Membro, proibindo a tributação dos juros no Estado-Membro de origem, em prejuízo do beneficiário efetivo destes [19].

55. Em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber se juros fictícios como os estabelecidos pela Autoridade Tributária no presente processo podem ser abrangidos pela Diretiva 2003/49 e considerados «pagamentos de juros» na aceção do artigo 1.º, n.º 1, e do artigo 2.º, alínea a), desta diretiva, e isso precisamente no caso específico do processo em causa, em que não foi efetuado nenhum pagamento distinto.

[17] V. Acórdão de 25 de julho de 2018, TTL (C-553/16, EU:C:2018:604, n.os 30 a 35).

[18] V. Acórdão de 19 de setembro de 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, n.º 70 e jurisprudência referida).

[19] V. Acórdãos de 21 de julho de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, n.os 24, 25 e 28), e de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, EU:C:2019:134, n.os 85, 86 e 108).

56. Cumpre sublinhar que, como atesta o seu considerando 5, a Diretiva 2003/49 se aplica a «pagamentos». Observo igualmente que, no seu artigo 1.º, intitulado «Âmbito e procedimentos», esta diretiva identifica claramente um «beneficiário efetivo dos juros» situado noutro Estado-Membro que recebe «um pagamento efetuado» por uma sociedade estabelecida no Estado de origem.

57. Resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, na medida em que o artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2003/49 define os juros como «os rendimentos de créditos de qualquer natureza», apenas o beneficiário «efetivo» pode receber juros que constituem os rendimentos desses créditos e que, portanto, o conceito de «beneficiário efetivo dos juros» na aceção desta diretiva deve ser interpretado no sentido de que designa uma entidade que beneficia «realmente», no plano económico, dos juros «que lhe são pagos», e que dispõe, por conseguinte, do poder de determinar livremente a sua afetação [20].

58. Ora, quando a Autoridade Tributária fixa e tributa juros fictícios relativos a um empréstimo sem juros [21], o mutuante não recebe quaisquer juros e não pode por isso, na minha opinião, ser considerado um «beneficiário efetivo» dos mesmos.

59. Em segundo lugar, sublinho que, em todo o caso, mesmo admitindo que os juros fictícios possam ser considerados «pagamentos de juros» na aceção da Diretiva 2003/49, esses pagamentos, uma vez que são relativos a um empréstimo sem juros cujo reembolso é devido 60 anos após a sua celebração, estão abrangidos pela derrogação prevista no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), desta diretiva, que exclui do seu âmbito de aplicação os «pagamentos de créditos que não impliquem o reembolso do capital ou em que o reembolso seja devido mais de 50 anos após a data de emissão». Ora, a duração do empréstimo controvertido era de 60 anos, o que determina a inaplicabilidade da Diretiva 2003/49 ao caso em apreço.

60. Em terceiro e último lugar, por uma questão de exaustividade, entendo que é necessário ter igualmente em conta o facto de a Diretiva 2003/49 prosseguir um duplo objetivo, a saber, por um lado, a prevenção da dupla tributação [22], e, por outro, o combate aos abusos e à fraude fiscal [23].

61. Assim, para evitar uma dupla tributação dos pagamentos de juros transfronteiriços, é proibida a tributação dos juros no Estado-Membro de origem, em prejuízo do seu beneficiário efetivo [24]. Ora, a possibilidade de uma dupla tributação suscetível de ser contrária à Diretiva 2003/49 não se verifica no presente caso, tendo em conta que os juros fictícios fixados pela Autoridade Tributária não podem ser tributados no Luxemburgo, uma vez que esses montantes não foram transferidos para a sociedade-mãe.

62. No que respeita ao risco de abuso e de fraude fiscal, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2003/49 não obsta à aplicação de disposições nacionais necessárias para prevenir fraudes ou abusos. Saliento, aliás, que aderir à interpretação da recorrente implicaria aceitar um desvio à legislação fiscal nacional. Na prática, equivaleria a permitir que as sociedades associadas subscrevessem empréstimos (ou celebrassem outro tipo de transações intragrupo) em violação do direito

[20] V. Acórdão de 21 de julho de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, n.º 27).

[21] Observo que a fixação e a tributação de juros fictícios visam sujeitar a imposto a vantagem decorrente um empréstimo sem juros em benefício do mutuário.

[22] V. considerandos 2 a 4 da Diretiva 2003/49.

[23] V. artigo 5.º da Diretiva 2003/49.

[24] V. Acórdão de 21 de julho de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, n.ºs 24, 25 e 28).

nacional, para depois invocar o direito da União com o intuito de escaparem à legislação fiscal nacional (e eventualmente também à tributação). Ora, esta interpretação seria contrária aos objetivos desta diretiva, entre os quais figura o combate à fraude fiscal [25].

63. Atendendo às considerações anteriores, sou de opinião de que as disposições da Diretiva 2003/49 não podem aplicar-se num processo como o processo principal.

64. Por conseguinte, proponho que se responda à segunda questão que o artigo 4.º da Diretiva 2003/49 deve ser interpretado no sentido de que não exige que os pagamentos de juros como os previstos no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), desta diretiva sejam qualificados de «distribuições de lucros» abrangidas pelo artigo 5.º da Diretiva 2011/96.

D. Quanto à terceira questão prejudicial

65. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se o artigo 1.º, n.ºs 1, alínea b), e 3, e o artigo 5.º da Diretiva 2011/96 se aplicam aos pagamentos relativos a um empréstimo sem juros, cujo reembolso é devido 60 anos após a sua celebração e que está abrangido pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2003/49.

66. No que respeita à Diretiva 2011/96, recordo que esta tem como objetivo isentar de retenção na fonte os dividendos e outros lucros distribuídos por filiais estabelecidas num Estado-Membro às respetivas sociedades-mãe estabelecidas noutro Estado-Membro e eliminar a dupla tributação desses rendimentos ao nível da sociedade-mãe, a fim de facilitar os agrupamentos de sociedades à escala da União [26].

67. Nesta perspetiva, o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2011/96 prevê que esta se aplica à «distribuição dos lucros» efetuada, no âmbito de uma relação transfronteiriça, por uma filial à sua sociedade-mãe.

68. Observo que o conceito de «distribuição dos lucros» não é definido enquanto tal nesta diretiva.

69. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que o Estado-Membro de residência de uma sociedade pode legitimamente tratar os juros pagos por essa sociedade como uma distribuição de lucros [27]. No entanto, esta conclusão foi aplicada num contexto em que a filial tinha efetivamente pago juros sobre o empréstimo, o que não é o caso no presente processo.

70. Assim, entendo que os juros fictícios que foram estabelecidos pela Autoridade Tributária apenas para sujeitar a imposto uma transação considerada oculta segundo o direito nacional não podem ser considerados uma «distribuição dos lucros» na aceção da Diretiva 2011/96, nomeadamente por falta de pagamento efetivo de juros entre estas duas sociedades do mesmo grupo.

[25] 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 109 e jurisprudência referida).

[26] V. Acórdão de 2 de abril de 2020, GVC Services (Bulgaria) (C-458/18, EU:C:2020:266, n.º 31).

[27] V. Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 89).

71. Observo igualmente que, à semelhança da Diretiva 2003/49, entre os objetivos principais da Diretiva 2011/96 figuram a prevenção tanto da dupla tributação como dos abusos e da fraude em matéria fiscal. A este respeito, remeto para o raciocínio desenvolvido nos n.os 61 e 62 das presentes conclusões, que se aplica *mutatis mutandis* à Diretiva 2011/96.

72. Pelas razões acima expostas, considero que a Diretiva 2011/96 não se aplica a uma situação como a do processo principal.

73. Por conseguinte, proponho que se responda à terceira questão prejudicial que a Diretiva 2011/96 deve ser interpretada no sentido de que não se aplica a uma retenção na fonte de imposto sobre rendimentos fictícios provenientes de juros, a título de um empréstimo sem juros concedido pela sociedade-mãe à sua filial.

E. Quanto à quarta questão prejudicial

74. A quarta questão é constituída por dois elementos principais, que importa distinguir.

75. O primeiro elemento diz respeito à questão de saber se a retenção na fonte de imposto sobre os pretensos pagamentos de juros de um empréstimo sem juros é conforme com a Diretiva 2003/49 e com a isenção de retenção na fonte ao abrigo do disposto na Diretiva 2011/96. O segundo elemento prende-se com a mesma questão, mas à luz das exigências decorrentes do artigo 49.º e do artigo 63.º, n.os 1 e 2, TFUE.

76. A este respeito, em conformidade com o acórdão proferido recentemente pelo Tribunal de Justiça (pela Grande Secção) nos processos apensos N Luxembourg 1 e o.[28], importa desde já fazer uma distinção entre duas hipóteses.

77. Na primeira hipótese, a inaplicabilidade do regime de isenção da retenção na fonte previsto pela Diretiva 2003/49 decorre da verificação da existência de uma fraude ou de um abuso, na aceção do artigo 5.º desta diretiva. Nesta hipótese, uma sociedade residente de um Estado-Membro não pode, atendendo à jurisprudência recordada no n.º 43 das presentes conclusões, invocar o benefício das liberdades consagradas no Tratado FUE para pôr em causa a legislação nacional que rege a tributação dos juros pagos a uma sociedade residente de outro Estado-Membro. Tendo em conta que a Diretiva 2011/96 contém, no seu artigo 1.º, n.º 2, uma disposição semelhante ao artigo 5.º da Diretiva 2003/49 no que respeita à sua inaplicabilidade em caso de fraude ou de abuso, considero que esta hipótese se deve aplicar *mutatis mutandis* à Diretiva 2011/96.

78. Na segunda hipótese, a inaplicabilidade do regime de isenção da retenção na fonte previsto pela Diretiva 2003/49 (e, por analogia, a inaplicabilidade da Diretiva 2011/96) decorre do facto de não estarem preenchidos os requisitos de aplicação deste regime de isenção, sem, todavia, se ter verificado a existência de uma fraude ou de um abuso, na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2003/49 (ou do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2011/96). Nesta hipótese, importa verificar se o artigo 49.º e o artigo 63.º, n.os 1 e 2, TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, relativa à tributação dos referidos juros[29].

[28] 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 155).

[29] 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 156).

79. Começo por observar que a questão do órgão jurisdicional de reenvio incide apenas sobre a compatibilidade, com o artigo 49.º e o artigo 63.º, n.ºs 1 e 2, TFUE, dos artigos 195.º, 200.º e 200.ºa da ZKPO, que preveem, respetivamente, as modalidades de retenção na fonte e do procedimento de reavaliação e de reembolso do imposto em benefício dos não residentes.

80. Todavia, considero que a análise desta questão não se deve limitar apenas às disposições do direito nacional já referidas, devendo ter em conta a totalidade do regime fiscal búlgaro aplicável às sociedades não residentes [30]. Consequentemente, proponho que se inclua na análise que se segue tanto o artigo 16.º da ZKPO (que prevê as modalidades de tributação das sociedades não residentes em caso de violação do princípio da plena concorrência), como o seu artigo 199.º da ZKPO (que diz respeito à base tributável do imposto retido na fonte sobre os rendimentos das sociedades não residentes) e o artigo 202.º-A (que prevê o regime de recálculo e de reembolso do imposto retido na fonte, de que podem beneficiar as sociedades não residentes).

81. Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que não se deve limitar o exame à isenção de um certo tipo de imposto no plano puramente formal, mas atender à totalidade do contexto fiscal da tributação das sociedades não-residentes e, desse modo, proceder a um exame completo (no plano material) [31].

1. No que respeita às Diretivas 2003/49 e 2011/96

82. A resposta a esta questão no que se refere às Diretivas 2003/49 e 2011/96 foi dada no âmbito das respostas propostas para a segunda e terceira questões prejudiciais, nas quais concluí que aquelas diretivas não se aplicam aos factos do caso em apreço [32].

2. No que respeita aos artigos 49.º e 63.º TFUE

83. Para responder à quarta questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, há que examinar, antes de mais, se os artigos 49.º e 63.º TFUE se opõem a uma legislação nacional por força da qual, ao contrário do que sucede com as sociedades residentes, o regime aplicável automaticamente às sociedades não residentes não lhes permite deduzir as despesas relacionadas com o empréstimo em causa. Em caso afirmativo, importa examinar se esta diferença de tratamento é suscetível, por um lado, de ser eliminada por um mecanismo de reavaliação e de reembolso do imposto, de que podem beneficiar as sociedades não residentes, e, por outro, de ser justificada por razões imperiosas de interesse geral. Neste caso, porém, é ainda necessário que a aplicação desta restrição seja adequada para garantir a realização do objetivo prosseguido e não vá além do que é necessário para o alcançar.

a) Quanto às disposições pertinentes do Tratado FUE

84. Na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade da legislação búlgara em causa com as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais (artigos 49.º e 63.º TFUE), é necessário analisar, em primeiro lugar, à luz de qual destas disposições do Tratado essa legislação deve ser apreciada.

30 Esta constatação não prejudica o monopólio do juiz nacional em matéria de interpretação da legislação nacional.

31 V. Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.ºs 29 e seguintes).

32 V. n.ºs 53 a 73 das presentes conclusões.

85. Observo que, em princípio, as questões relativas ao tratamento fiscal dos juros e dos rendimentos do capital pagos entre sociedades de dois Estados-Membros podem ser abrangidas tanto pela livre circulação de capitais [33] como pela liberdade de estabelecimento, nomeadamente, no que respeita a esta última, quando um empréstimo é celebrado entre sociedades associadas, em que uma sociedade de um Estado-Membro detém, no capital de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro, uma participação que lhe confere uma influência efetiva nas decisões dessa sociedade e lhe permite determinar as respetivas atividades [34].

86. Todavia, é jurisprudência constante que, para determinar se uma legislação nacional se inscreve no âmbito de uma das liberdades de circulação, há que tomar em consideração o objeto da legislação em causa [35].

87. Ora, resulta da decisão de reenvio que o artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da ZKPO se aplica a todas as situações de concessão de empréstimos sem juros e não apenas às sociedades associadas, independentemente do montante da participação da sociedade mutuante no capital do mutuário. À primeira vista, este elemento deveria levar-nos a examinar a quarta questão prejudicial do ponto de vista da livre circulação de capitais.

88. No entanto, considero que o quadro factual do presente processo conduz-nos a examinar a legislação búlgara em causa à luz da liberdade de estabelecimento. Com efeito, além do facto de a InterV Investment ser a única sócia da recorrente no momento da celebração do empréstimo controvertido, as características deste último, em particular a sua duração e as condições do seu reembolso indicam que só poderia ter sido celebrado entre sociedades associadas. Assim, não há dúvida de que existe uma relação de interdependência entre estas sociedades que confere à InterV Investment, tendo em conta a sua participação no capital da recorrente, uma influência efetiva nas decisões desta última, permitindo-lhe determinar as suas atividades.

89. Esta abordagem é, aliás, conforme com a jurisprudência do Tribunal de Justiça numa série de processos cujas legislações nacionais em causa apresentam características comuns com a legislação búlgara. Observo a este respeito que, no processo SGI, o Tribunal de Justiça apreciou, à luz da liberdade de estabelecimento, a legislação belga que permitia à autoridade tributária reintegrar nos lucros de uma sociedade residente, a título do imposto sobre os rendimentos, os juros fictícios de um empréstimo sem juros concedido a uma filial não residente, com o fundamento de que, embora essa legislação não se aplicasse apenas às sociedades associadas, a situação em causa nesse processo dizia respeito a sociedades associadas [36].

90. Embora tenda a considerar que é mais adequado examinar a quarta questão à luz da liberdade de estabelecimento, é perfeitamente concebível examinar a legislação nacional em causa do ponto de vista da livre circulação de capitais.

91. Todavia, apesar da opção de proceder à análise da compatibilidade das medidas nacionais em causa à luz da liberdade de estabelecimento, é possível chegar a conclusões análogas às que se seguem através de uma análise da questão à luz da livre circulação de capitais. Com efeito, tal

33 V. Acórdão de 3 de outubro de 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, n.º 14 e jurisprudência referida).

34 V. Acórdão de 17 de setembro de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, n.º 47 e jurisprudência referida).

35 V. Acórdão de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 25 e jurisprudência referida).

36 V. Acórdão de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.ºs 25 a 37).

como a liberdade de estabelecimento, a livre circulação de capitais proíbe medidas suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados [37].

92. Por último, admitindo que a legislação nacional em causa tem efeitos restritivos sobre a livre circulação de capitais, esses efeitos são a consequência inelutável de um eventual obstáculo à liberdade de estabelecimento e não justificam, por conseguinte, uma análise autónoma da referida legislação à luz do artigo 63.º TFUE [38].

b) Estabelecem os artigos 195.º e 199.º da ZKPO uma discriminação entre sociedades residentes e não residentes?

93. Segundo jurisprudência constante, o artigo 49.º TFUE visa garantir às sociedades o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento e proíbe qualquer discriminação baseada no lugar da sua sede [39], bem como, de um modo geral, qualquer restrição injustificada ao exercício dessa liberdade [40].

94. Ora, resulta da leitura do artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da ZKPO que esta disposição é aplicável a todos os empréstimos sem juros, independentemente do facto de abranger apenas sociedades residentes ou também sociedades não residentes. Além disso, é pacífico que se aplica a mesma taxa de imposto de 10 %, quer o mutuante seja uma sociedade residente ou uma sociedade não residente.

95. Todavia, resulta da leitura dos artigos 195.º e 199.º da ZKPO que é reservado um tratamento fiscal diferente às sociedades não residentes que concluam esse tipo de transações. Assim, enquanto os juros fictícios relativos a um empréstimo concedido por uma sociedade não residente são objeto de uma retenção na fonte que constitui uma tributação imediata e definitiva sem que seja possível deduzir os encargos relacionados com a concessão desse empréstimo, a tributação dos juros fictícios relativos a um empréstimo concedido por uma sociedade residente depende, no âmbito da tributação a título do imposto sobre as sociedades, do resultado positivo ou negativo dessa sociedade, após a tomada em consideração dos eventuais encargos relacionados com a concessão desse empréstimo.

96. Sublinho, nesta fase da minha análise, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça é rica em acórdãos que abordaram esta problemática, tanto do ponto de vista da livre circulação de capitais como da liberdade de estabelecimento. Mais precisamente, numa série de processos cujos factos se aproximam do processo principal, o Tribunal de Justiça declarou que uma legislação nacional por força da qual uma sociedade não residente é tributada, mediante retenção na fonte efetuada por uma sociedade residente, sobre os juros que lhe são pagos por esta última, sem que seja possível deduzir as despesas, como as despesas de juros, diretamente relacionadas com a atividade de empréstimo em causa, ao passo que esta possibilidade de dedução é reconhecida às

37 V. Acórdão de 30 de abril de 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, n.º 22 e jurisprudência referida).

38 V. Despacho de 10 de maio de 2007, Lasertec (C-492/04, EU:C:2007:273, n.º 25).

39 V. Acórdão de 3 de março de 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, n.º 39 e jurisprudência referida).

40 V. Acórdão de 20 de janeiro de 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34, n.º 33 e jurisprudência referida).

sociedades residentes que recebam juros de uma outra sociedade residente, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento [41]. Conclusão idêntica foi retirada no que respeita à livre circulação de capitais [42].

97. Atendendo às considerações anteriores, entendo que essa diferença relativa às modalidades de cálculo do imposto pode ser suscetível de constituir uma restrição abrangida pelo artigo 49.º TFUE.

98. Contudo, o presente processo distingue-se desses processos, no sentido de que o direito búlgaro parece prever, no artigo 202.ºa da ZKPO, um procedimento que permite às sociedades não residentes serem tratadas da mesma forma que as sociedades residentes no plano fiscal. Assim, antes de proceder ao exame de uma eventual justificação da medida discriminatória introduzida pelos artigos 195.º e 199.º da ZKPO, há que examinar se o artigo 202.ºa desta lei permite eliminar a diferença de tratamento acima verificada entre sociedades residentes e não residentes.

c) Permite o artigo 202.ºa da ZKPO eliminar as características discriminatórias do regime fiscal aplicável aos não residentes, em conformidade com o disposto nos artigos 195.º e 199.º desta lei?

1) Âmbito de aplicação do artigo 202.ºa da ZKPO

99. Resulta das observações escritas apresentadas pela Autoridade Tributária e pelo Governo búlgaro que o artigo 202.ºa da ZKPO prevê um mecanismo que permite às sociedades não residentes optar pelo regime de tributação previsto para as sociedades residentes. Assim, este procedimento permite-lhes, por um lado, deduzir despesas, como as despesas de juros diretamente relacionadas com o empréstimo em causa, e, por outro, obter o reembolso ou a isenção do imposto retido na fonte em caso de situação deficitária.

100. A Autoridade Tributária e o Governo búlgaro sustentam que, no caso em apreço, se a recorrente tivesse optado por esse regime não teria sido tributada a título de imposto sobre as sociedades na Bulgária, uma vez que (em conformidade com o que alega a recorrente) a sua situação era deficitária durante o período em causa.

101. Por seu turno, a recorrente tem dúvidas quanto à eficácia do procedimento previsto no artigo 202.ºa da ZKPO para atenuar a discriminação que persiste mesmo que uma empresa não residente opte por esta disposição, dado que o procedimento de reembolso não é imediato.

102. Com base nos esclarecimentos prestados pela recorrente, pela Autoridade Tributária e pelo Governo búlgaro na audiência, o procedimento de reavaliação e de reembolso previsto no artigo 202.ºa da ZKPO pode resumir-se da seguinte forma.

[41] V. Acórdão de 12 de junho de 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, n.ºs 29 e 55); de 3 de outubro de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, n.º 42); e de 15 de fevereiro de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96, n.º 23).

[42] V. Acórdãos de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 57), e 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 17).

103. O procedimento previsto no artigo 202.ºa da ZKPO não se aplica por defeito. Para beneficiar dele, uma sociedade não residente tem de optar expressamente por esse procedimento, indicando-o na sua declaração fiscal. Mesmo que uma sociedade faça essa opção, a retenção na fonte será realizada em conformidade com o regime previsto nos artigos 195.º e 199.º da ZKPO, ou seja, o imposto será cobrado diretamente na fonte sobre os seus rendimentos brutos. Só num segundo momento é que a sociedade não residente poderá beneficiar de um reembolso do imposto se, na sequência da reavaliação da sua situação pela Autoridade Tributária, a sua situação deficitária for provada.

104. No que respeita à duração do procedimento de reavaliação e de reembolso previsto no artigo 202.ºa da ZKPO, a audiência revelou uma divergência de pontos de vista entre, por um lado, a recorrente, que sustenta que este procedimento pode ser particularmente moroso, e, por outro, a Autoridade Tributária e o Governo búlgaro, que contestam a existência de uma demora excessiva relativamente ao referido procedimento.

105. A descrição do regime de reembolso do imposto previsto no artigo 202.ºa da ZKPO merece as seguintes observações.

106. Em primeiro lugar, resulta da leitura conjugada do artigo 202.ºa, n.ºs 1 a 4, da ZKPO que esse regime permite, com efeito, que as sociedades não residentes apresentem um pedido de reavaliação do imposto já retido na fonte em conformidade com o regime aplicável às sociedades residentes. Esta disposição parece querer alinhar — ou pelo menos aproximar — o tratamento fiscal das sociedades não residentes com o das sociedades residentes na Bulgária.

107. A este respeito, assinalo que o Tribunal de Justiça já declarou que o direito a dedução pode igualmente materializar-se após a retenção na fonte, mediante o reembolso de uma parte do imposto retido [43].

108. Contudo, não se pode deixar de referir, que, não obstante esta possibilidade oferecida às sociedades não residentes, mantém-se o risco de as sociedades residentes poderem beneficiar de uma vantagem fiscal. Com efeito, parece resultar daí a possibilidade de se conferir uma vantagem de tesouraria às sociedades residentes, uma vez que, em caso de situação deficitária, não têm de pagar o imposto sobre os juros fictícios contrariamente às sociedades não residentes.

109. Mais precisamente, para uma sociedade não residente deficitária, esta «desvantagem de tesouraria» corresponde ao desfasamento temporário entre a data da cobrança de imposto na fonte e a data do reembolso do imposto cobrado em excesso pela Autoridade Tributária.

110. Considero que o alcance da vantagem de tesouraria que decorre dessa diferença de tratamento, e que é suscetível de constituir um elemento de discriminação, depende fortemente das regras processuais nacionais, bem como da prática seguida pela Autoridade Tributária na execução do procedimento previsto no artigo 202.ºa da ZKPO. Assim, se a duração do procedimento de recálculo e de um eventual reembolso exceder um prazo razoável, como sustentou a recorrente na audiência, a vantagem de tesouraria da qual beneficia uma sociedade residente em relação a uma sociedade não residente pode ser considerável e, por isso, constituir uma discriminação ou um entrave à livre circulação de capitais. Pelo contrário, se esse prazo for razoável, essa medida pode atenuar ou remediar a discriminação entre sociedades residentes e não

[43] V. Acórdão de 13 de julho de 2016, Brisal e KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, n.º 42).

residentes. Saliento que o facto de a legislação búlgara prever juros de mora permite eventualmente atenuar esta discriminação de tesouraria na medida em que o referido prazo não seja considerável.

111. A este respeito, faço questão de sublinhar que a apreciação da existência de um eventual tratamento desvantajoso dos juros pagos às sociedades não residentes deve ser efetuada em relação a cada ano fiscal, individualmente considerado [44].

112. Em segundo lugar, importa igualmente precisar que, para além da questão da duração do reembolso, o exame da aplicação do artigo 202.ºa da ZKPO deve ter em conta todos os elementos suscetíveis de conduzir a uma diferença de tratamento entre sociedades residentes e não residentes. Embora este artigo vise estabelecer uma igualdade de tratamento entre estes dois tipos de sociedades, o que, em princípio, deveria excluir desigualdades de tratamento (diferentes da vantagem de tesouraria acima constatada), há que garantir que a sua aplicação não cria outras formas de discriminação. Por conseguinte, este ponto está estreitamente relacionado com as modalidades de pagamento previstas pelo direito búlgaro em matéria de imposto sobre as sociedades, incluindo a sua periodicidade e a possibilidade de diferir o pagamento do imposto ou de obter outras facilidades suscetíveis de aumentar a vantagem de tesouraria que foi constatada. A título de exemplo, na hipótese de o direito búlgaro permitir a uma sociedade residente numa situação deficitária ajustar ou diferir a sua tributação para um exercício positivo ulterior, isso poderia aumentar a sua vantagem de tesouraria em relação a uma sociedade não residente [45].

113. Em terceiro e último lugar, considero que, na prática, a medida em que aquela disposição é adequada para atenuar esta discriminação dependerá igualmente da possibilidade de que dispõem, por um lado, a sociedade não residente, de fazer prova das despesas dedutíveis que alega, e, por outro, da Autoridade Tributária do Estado de residência da sociedade mutuária, neste caso a Bulgária, de exercer um controlo efetivo. A este respeito, saliento que nem o órgão jurisdicional de reenvio nem as outras partes no processo principal invocaram a existência de um acordo bilateral entre o Grão-Ducado do Luxemburgo e a República da Bulgária que abranja este tipo de situação.

114. Ora, um processo que permita assegurar a inexistência de discriminação no que respeita às sociedades não residentes, garantindo em simultâneo a possibilidade de as autoridades tributárias verificarem se as despesas incorridas justificam um reembolso, só pode assentar na cooperação e na troca de informações entre as autoridades tributárias dos Estados-Membros (ou terceiros) em causa. Aliás, com exceção dos tratados bilaterais celebrados entre os Estados-Membros, esta cooperação está igualmente prevista na Diretiva 2011/16/UE [46], que visa, entre outros, evitar tanto a dupla tributação como a não tributação que pode resultar de situações de fraude ou de abuso [47].

44 V. Acórdãos de 2 de junho de 2016, Pensionenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 41), e de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.ºs 30 e 52).

45 V. Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 34).

46 Diretiva 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).

47 Assim, como demonstra a prática fiscal internacional, este mecanismo é adequado a impedir a dupla contabilização das despesas dedutíveis, uma vez que, quando aplicado pelo primeiro Estado, este pode verificar as despesas profissionais que foram tidas em conta no cálculo do imposto pago no segundo Estado. É igualmente corrente que, no âmbito deste mecanismo, as autoridades tributárias de um Estado possam informar o Estado de residência do contribuinte parcialmente sujeito a tributação do pedido de reembolso apresentado por este último.

115. Por conseguinte, cabe, em princípio, ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, à luz dos esclarecimentos acima fornecidos e tendo em conta as regras processuais e a prática administrativa nacional em matéria fiscal, se a diferença de tratamento entre sociedades residentes e sociedades não residentes que recorram ao artigo 202.ºa da ZKPO pode conferir uma vantagem de tesouraria.

2) Quanto à comparabilidade objetiva da situação fiscal das sociedades residentes e não residentes

116. Segundo jurisprudência assente, a discriminação só pode resultar da aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou da mesma regra a situações diferentes [48].

117. Desde logo, no que respeita ao artigo 16.º da ZKPO, existem poucas dúvidas de que esta disposição se aplica da mesma forma tanto às sociedades residentes como às não residentes.

118. Porém, tal como acima descrito, apesar de as sociedades residentes e não residentes estarem sujeitas a retenção na fonte, as modalidades de cálculo do imposto para estes dois tipos de sociedades são diferentes. Assim, a legislação fiscal búlgara estabelece uma diferença de tratamento entre as sociedades não residentes tributadas na fonte sobre os seus rendimentos brutos, nos termos do disposto nos artigos 195.º e 199.º da ZKPO (que constituem, aliás, o regime automaticamente aplicável), e as sociedades residentes, que são tributadas na fonte sobre os seus rendimentos líquidos.

119. Embora o Tribunal de Justiça tenha declarado, no Acórdão Truck Center, que uma diferença de tratamento que consiste na aplicação de técnicas de tributação diferentes em função do lugar de residência do sujeito passivo diz respeito a situações que não são objetivamente comparáveis [49], há que observar que, diversamente do processo acima referido, em que o pagamento por conta respeitante aos valores mobiliários em causa era cobrado apenas sobre os juros pagos às sociedades beneficiárias não residentes, no processo principal, a legislação aplicável sujeita tanto os contribuintes residentes como os contribuintes não residentes à mesma modalidade de cobrança do imposto sobre os dividendos, a saber, uma retenção na fonte [50].

120. Assim, a partir do momento em que um Estado-Membro sujeita ao mesmo imposto não só as sociedades residentes, mas também as sociedades não residentes, pelos juros que recebem de uma sociedade estabelecida nesse Estado, as situações respetivas dessas duas categorias de contribuintes assemelham-se, pelo que devem ser submetidas a um tratamento fiscal equivalente [51].

121. Ora, resulta da leitura dos artigos 195.º e 199.º ZKPO que a vantagem de tesouraria concedida às sociedades residentes não é extensível às sociedades não residentes. No entanto, a opção prevista no artigo 202.ºa da ZKPO, sem prejuízo das constatações apresentadas nos n.ºs 109 a 115 das presentes conclusões, é suscetível de realizar esse objetivo.

48 V. Acórdão de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 30).

49 V. Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, n.º 41).

50 V. Acórdão de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 72).

51 V. Acórdão de 8 de novembro de 2007, Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, n.ºs 38 e 39), e Despacho de 12 de julho de 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, não publicado, EU:C:2012:463, n.ºs 31, 32 e jurisprudência referida).

3) Quanto ao caráter facultativo do artigo 202.ºa da ZKPO

122. É jurisprudência constante que um regime nacional restritivo das liberdades de circulação pode continuar a ser incompatível com o direito da União mesmo que a sua aplicação seja facultativa, uma vez que a existência de uma opção que permita eventualmente tornar uma situação compatível com o direito da União não tem por efeito sanar, por si só, o caráter ilegal de um sistema que continua a comportar um mecanismo de tributação não compatível com este direito [52].

123. Consequentemente, coloca-se a questão de saber se o regime previsto no artigo 202.ºa da ZKPO deve ser considerado facultativo, sendo que, neste caso, não pode eliminar os efeitos discriminatórios do regime previsto nos artigos 195.º e 199.º da ZKPO.

124. Importa precisar que, na audiência, a Comissão sustentou que o regime previsto no artigo 202.ºa da ZKPO não devia ser considerado facultativo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente dos Acórdãos Gielen [53] e Autoridade Tributária e Aduaneira (Imposto sobre as mais-valias imobiliárias) [54], mas sim um mecanismo de reembolso do imposto.

125. Refira-se que esses dois processos se distinguem do processo principal, nomeadamente a dois níveis. Antes de mais, é verdade que, contrariamente ao regime búlgaro em causa, a escolha dos sujeitos passivos nesses dois processos tinha um impacto direto no imposto que lhes foi imputado. Ora, em conformidade com o regime búlgaro em causa, independentemente da sua escolha no sentido de optar por um dos dois regimes disponíveis, uma sociedade não residente será tributada na fonte sobre os seus rendimentos brutos. Só num segundo momento é que a sua situação fiscal será reavaliada e poderá haver reembolso, desde que tenha optado pelo regime previsto no artigo 202.ºa da ZKPO. Cabe também sublinhar que, contrariamente ao presente processo, os processos acima referidos não se inseriam num contexto de um eventual abuso ou de uma fraude fiscal.

126. No entanto, considero que o caráter facultativo do artigo 202.ºa da ZKPO não pode ser posto em causa.

127. Assim, o próprio facto de o contribuinte dispor da possibilidade de optar entre dois regimes diferentes, independentemente do tratamento fiscal que estes lhe reservam, revela o seu caráter facultativo. Tanto mais que, como parece ser o presente caso, o mecanismo incompatível com o direito da União é o mecanismo automaticamente aplicado na falta de escolha pelo contribuinte.

128. Considero também que o facto de o mecanismo instituído pelo artigo 202.ºa da ZKPO se assemelhar mais a um mecanismo de reembolso do imposto no âmbito da retenção na fonte não põe em causa o seu caráter facultativo para o contribuinte.

52 V. Acórdão de 8 de junho de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, n.º 42 e jurisprudência referida).

53 V. Acórdão de 18 de março de 2010 (C-440/08, EU:C:2010:148, n.º 43 e jurisprudência referida).

54 V. Acórdão de 18 de março de 2021 (C-388/19, EU:C:2021:212, n.º 45).

d) Quanto às justificações

129. A última questão que se coloca consiste em saber se a diferença de tratamento de que são objeto as sociedades não residentes pode ser justificada. Neste sentido, é necessário examinar a) se a legislação búlgara prossegue um objetivo legítimo e compatível com o Tratado e se é justificada por razões imperiosas de interesse geral, b) se é adequada a garantir a realização do objetivo em causa e c) se não vai além do necessário para alcançar esse objetivo.

130. A este respeito, a Autoridade Tributária e o Governo búlgaro sustentam que a legislação em causa prossegue de forma proporcionada objetivos políticos legítimos, que decorrem, nomeadamente, da preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros (1) e da prevenção da fraude ou da evasão fiscal (2).

1) Quanto à justificação relativa à preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros

131. O Tribunal de Justiça declarou que a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros pode ser aceite como justificação de uma restrição às liberdades fundamentais desde que, em particular, o regime em causa vise prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território [55].

132. Recordo que este objetivo é a expressão da soberania fiscal dos Estados-Membros. Esta soberania comporta o direito de um Estado de proteger as suas receitas fiscais, nomeadamente no que respeita aos lucros gerados no seu território (princípio da territorialidade), e de organizar o seu sistema fiscal de maneira autónoma (princípio da autonomia) [56].

133. Na falta de harmonização, a cobrança dos impostos diretos cabe, no estado atual do direito da União, aos Estados-Membros. Compete igualmente aos Estados-Membros definir entre si os critérios de repartição dos seus poderes de tributação através da celebração de convenções destinadas a evitar a dupla tributação ou através de medidas unilaterais [57].

134. Como foi salientado pela advogada-geral J. Kokott no processo N Luxembourg 1 e o. [58], em situações que contêm um elemento transfronteiriço, nem sempre é garantido que o beneficiário pague devidamente o imposto sobre os seus rendimentos. Com efeito, o Estado de residência do beneficiário dos juros raramente tem conhecimento dos rendimentos auferidos por este último no estrangeiro, se não existirem sistemas de intercâmbio de informações entre as autoridades fiscais. Assim, nesse caso, a retenção de imposto na fonte no Estado de residência do devedor dos juros constitui uma técnica especial de tributação que visa, essencialmente, garantir uma tributação (mínima) do beneficiário dos juros.

135. Todavia, é jurisprudência constante que uma legislação fiscal nacional, semelhante aos artigos 195.º e 199.º da ZKPO, que, ao tributar os não residentes, toma em conta os rendimentos brutos sem dedução das despesas profissionais, enquanto os residentes são tributados pelos seus rendimentos líquidos após dedução dessas despesas, não pode ser justificada por um objetivo de

55 V. Acórdão de 5 de julho de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 45).

56 V. Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Allianzgi-Fonds Aevn (C-545/19, EU:C:2021:372).

57 V. Acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, n.ºs 50 e 51 e jurisprudência referida).

58 V. Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo N Luxembourg 1 (C-115/16, EU:C:2018:143).

preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros [59]. O mesmo sucede se, não obstante o seu caráter facultativo, uma discriminação sob a forma de uma vantagem de tesouraria em benefício das sociedades residentes resultar da aplicação do artigo 202.ºa da ZKPO [60].

136. Assim, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça [61], considero que é necessário analisar a legislação fiscal búlgara aplicável às sociedades não residentes no seu conjunto, tomando igualmente em consideração o artigo 16.º da ZKPO, o que, à luz dos objetivos prosseguidos por esta disposição, nos leva a examinar a justificação assente no combate à fraude e às práticas abusivas.

2) Quanto à justificação baseada no combate à fraude e às práticas abusivas

137. O Tribunal de Justiça já declarou que a luta contra a fraude ou a evasão fiscal constituem razões imperiosas de interesse geral suscetíveis de justificar uma restrição ao exercício das liberdades de circulação garantidas pelo Tratado [62].

138. A constatação da existência de uma prática abusiva depende de uma análise global de todas as circunstâncias de cada caso concreto, a qual incumbe às autoridades nacionais competentes e deve poder ser objeto de fiscalização jurisdicional [63]. É certo, porém, que, embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio proceder a esta apreciação de conjunto [64], o Tribunal de Justiça pode fornecer-lhe elementos úteis que lhe permitam apreciar se as operações são realizadas no âmbito de transações comerciais normais ou apenas com o objetivo de beneficiar abusivamente de vantagens previstas pelo direito da União [65].

139. Relembro que o Tribunal de Justiça esclareceu que a simples circunstância de ser concedido um empréstimo a uma sociedade residente por uma sociedade do grupo estabelecida noutro Estado-Membro não pode gerar uma presunção geral de práticas abusivas e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado FUE [66]. Contudo, importa recordar que um contribuinte não pode beneficiar de um direito ou de uma vantagem decorrente do direito da União caso a operação em causa seja puramente artificial no plano económico e vise eximir-se à aplicação da legislação do Estado-Membro em causa [67].

140. A este respeito, saliento que o artigo 16.º da ZKPO tem como objetivo o combate da evasão fiscal ao transpor o princípio da «plena concorrência» para o direito búlgaro, sendo este último reconhecido tanto pela prática fiscal internacional como pela jurisprudência do Tribunal de Justiça como um meio adequado para evitar manipulações artificiais de transações transfronteiriças [68].

[59] V. jurisprudência citada no n.º 96 das presentes conclusões.

[60] V. Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 34).

[61] V. Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensionenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.ºs 29 e segs.).

[62] V. Acórdão de 8 de março de 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, n.º 65).

[63] V. Acórdão de 17 de julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, n.º 41).

[64] V. Acórdão de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 59 e jurisprudência referida).

[65] V. Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 34 e jurisprudência referida).

[66] V. Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 73 e jurisprudência referida).

[67] 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 109 e jurisprudência referida).

[68] V. n.º 46 das presentes conclusões.

141. Assim, considero que, à luz de uma análise global do contexto fiscal no presente processo, o tratamento fiscal previsto pela legislação em causa — em particular pelo artigo 16.º da ZKPO — é justificado por um risco de não tributação que resulta, por um lado, da não sujeição dos rendimentos provenientes de juros a imposto no Estado-Membro que dele deveria beneficiar (isto é, o Grão-Ducado do Luxemburgo), tendo em conta as características do empréstimo controvertido (mais particularmente, a inexistência de um beneficiário efetivo dos juros, dado que o empréstimo foi celebrado sem juros), e, por outro lado, do facto de até ao momento da retificação fiscal e, por isso, no período em causa no presente litígio, o empréstimo controvertido não ter sido convertido em capital pela recorrente (não podendo, em consequência, ser tributado na Bulgária como entrada de capital) [69]. Por conseguinte, considero que o artigo 16.º da ZKPO, enquanto disposição «antiabuso», permite assegurar a cobrança efetiva do imposto.

142. Deste modo, se, ao aplicar os princípios de direito interno interpretados em conformidade com o direito da União, o órgão jurisdicional de reenvio chegar à conclusão de que se trata de um expediente abusivo, é admissível uma tributação na fonte como a que está em causa no presente processo. Todavia, a questão já não se coloca no caso em apreço, uma vez que esta tributação é consequência de um abuso e que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os particulares não podem invocar fraudulenta ou abusivamente as normas do direito da União [70].

143. Tal como descrito nos n.os 41 a 44 das presentes conclusões, esta abordagem está em conformidade com a prática fiscal internacional, com o direito da União e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de abuso e de fraude.

144. Por último, assinalo que o raciocínio anterior pode ser acolhido não apenas se o objetivo legítimo de prevenção da fraude e dos abusos for considerado de forma isolada, mas também se for examinado conjuntamente com o objetivo da preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros.

145. A este respeito, sublinho que o Tribunal de Justiça declarou que os objetivos da salvaguarda da repartição equilibrada do poder tributário e da prevenção da evasão fiscal estão interligados. Efetivamente, o Tribunal de Justiça considerou que comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de iludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional, são suscetíveis de comprometer o direito dos Estados-Membros de exercerem a sua competência fiscal em relação a essas atividades e de prejudicar a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros [71].

146. No entanto, importa sublinhar que a tomada em consideração conjunta desses motivos justificativos foi aceite pelo Tribunal de Justiça em situações bem específicas, ou seja, quando o combate à evasão fiscal constitui um aspeto especial de interesse geral ligado à necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros. Com este fundamento, o Tribunal de Justiça pôde considerar que, tendo em conta, nomeadamente, a necessidade de preservar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, apesar de as medidas em causa não visarem especificamente expedientes

[69] A este respeito, recordo que o empréstimo foi convertido após a retificação fiscal efetuada pela Autoridade Tributária.

[70] V. Acórdãos de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 68), e de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 27).

[71] V. Acórdão de 18 de julho de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 62).

puramente artificiais desprovidos de realidade económica, criados com o objetivo de iludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por atividades realizadas no território nacional, estas medidas podem contudo ser consideradas justificadas [72].

147. Atendendo a dois objetivos, relativos principalmente à prevenção da evasão fiscal, mas também, a título secundário, à necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros (conjugado com o primeiro objetivo referido), considero que uma legislação como a que está em causa no processo principal prossegue objetivos legítimos compatíveis com o Tratado FUE, sendo justificada por razões imperiosas de interesse geral e adequada a garantir a realização destes objetivos.

3) Quanto à fiscalização da proporcionalidade

148. Por último, coloca-se a questão de saber se o procedimento de tributação previsto pelo direito búlgaro no âmbito da constatação da existência de um abuso ou de uma fraude fiscal é conforme com o princípio da proporcionalidade.

149. A este respeito, recordo que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para verificar se uma operação prossegue um objetivo de fraude e abuso, as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais predeterminados, devendo proceder a uma apreciação individual da totalidade da operação em causa [73].

150. Neste contexto, o Tribunal de Justiça declarou que uma legislação nacional que se baseia numa análise de elementos objetivos e verificáveis para determinar se uma transação é um expediente puramente artificial, concebido unicamente para fins fiscais, não ultrapassa o necessário para evitar práticas abusivas quando, em primeiro lugar, em cada um dos casos em que não possa ser excluída a existência desse expediente, seja dada ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas, a possibilidade de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais que estão na base da celebração dessa transação [74].

151. Em segundo lugar, para que essa legislação seja conforme ao princípio da proporcionalidade, importa que, quando a apreciação desses elementos conduza à conclusão de que a transação em causa corresponde a um expediente puramente artificial sem verdadeiras motivações de ordem comercial, a requalificação dos juros pagos como lucros distribuídos se limite à fração desses juros que ultrapassa o que teria sido acordado se não houvesse relações especiais entre as partes ou entre as partes e terceiros [75].

152. A este respeito, cabe observar que o facto de ter sido concedido um empréstimo a uma sociedade residente por uma sociedade não residente, em condições que não correspondem ao que as sociedades em causa teriam acordado em condições de plena concorrência, constitui, para o Estado-Membro de residência da sociedade mutuária, um elemento objetivo e verificável por

[72] V. Acórdãos de 18 de julho de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.os 58, 59 e 63), e de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.os 66 e 67).

[73] V. Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, EU:C:2017:1009, n.º 62 e jurisprudência referida).

[74] V. Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 82), e Despacho de 23 de abril de 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239, n.º 84).

[75] V. Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 83).

terceiros para determinar se a transação em causa constitui, no todo ou em parte, um expediente puramente artificial cuja finalidade é escapar à aplicação da legislação fiscal desse Estado-Membro [76].

153. Por outro lado, sublinho que o artigo 16.º da ZKPO parece igualmente preencher o segundo critério enunciado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, no sentido de que a medida fiscal corretiva prevista por esta disposição visa garantir que os empréstimos entre sociedades associadas são celebrados em circunstâncias de «plena concorrência», retificando a taxa aplicável e assegurando-se de que é conforme com a taxa do mercado, a fim de calcular os juros não pagos.

154. Por último, no que respeita à prática fiscal da autoridade búlgara, assinalo que a posição da recorrente segundo a qual esse imposto é devido «por força de uma presunção inilidível de evasão fiscal», sem que as partes na operação possam invocar a existência de razões económicas que justifiquem a sua conclusão, não parece ser confirmada pelo artigo 16.º da ZKPO, que condiciona qualquer retificação fiscal a uma apreciação global dos elementos de prova apresentados pelo sujeito passivo e dos elementos recolhidos pela Autoridade Tributária.

155. Nestas condições e sob reserva das verificações a efetuar pelo órgão jurisdicional de reenvio quanto aos números precedentes, considero que o procedimento de retificação fiscal previsto no artigo 16.º da ZKPO preenche os requisitos de proporcionalidade fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e não vai além do necessário para atingir os objetivos prosseguidos.

156. À luz das considerações anteriores, proponho que se responda à quarta questão que o artigo 49.º e o artigo 63.º, n.ºs 1 e 2, TFUE devem ser interpretados no sentido de não se opõem, em princípio, a uma legislação nacional que, em aplicação do «princípio da plena concorrência» e com o intuito de combater a evasão fiscal, prevê a tributação, mediante retenção na fonte, dos juros fictícios que uma filial residente que beneficiou de um empréstimo sem juros concedido pela sua sociedade-mãe não residente estaria, em condições de mercado, obrigada a pagar a esta última, desde que a retificação fiscal prevista por esta legislação se baseie num exame individual da operação em causa, concedendo ao sujeito passivo a faculdade de apresentar elementos de prova das considerações económicas que o puderam ter levado a concluir a operação em causa.

F. Quanto à quinta questão prejudicial

157. A quinta questão visa determinar se o artigo 3.º, alíneas h) a j), o artigo 5.º, n.º 1, alíneas a) e b), o artigo 7.º, n.º 1, e o artigo 8.º da Diretiva 2008/7 se opõem a disposições de direito nacional como o artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, ponto 3, e o artigo 195.º, n.º 1, da ZKPO, relativas à aplicação na fonte de um imposto sobre rendimentos fictícios provenientes de juros, determinados no âmbito do empréstimo controvertido.

158. Desde logo, no que respeita à Diretiva 2008/7, recordo que esta procede a uma harmonização exaustiva dos casos em que os Estados-Membros podem sujeitar as reuniões de capitais a impostos indiretos [77], a fim de eliminar, tanto quanto possível, fatores suscetíveis de distorcer as condições de concorrência ou entravar a livre circulação de capitais e, assim, garantir o bom funcionamento do mercado interno [78].

[76] V. Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 81).

[77] V. Acórdão de 19 de outubro de 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, n.º 27 e jurisprudência referida).

[78] V. Acórdão de 22 de abril de 2015, Drukarnia Multipress (C-357/13, EU:C:2015:253, n.º 31).

159. Nesta perspetiva, o artigo 5.º, n.º 1, alínea a), dessa diretiva impõe aos Estados-Membros que isentem as sociedades de capitais de qualquer forma de «imposto indireto» sobre as «entradas de capital».

160. Para responder à questão submetida, importa começar por estabelecer se um empréstimo sem juros como o concedido, no caso em apreço, pelo titular único do capital da sociedade beneficiária constitui uma «entrada de capital» na aceção do artigo 3.º, alínea h), da Diretiva 2008/7.

161. A resposta a esta questão pode ser dada tanto pelo conteúdo da disposição já referida como pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

162. Assim, o artigo 3.º, alínea h), da Diretiva 2008/7 define «entrada de capital» como «o aumento do ativo de uma sociedade de capitais através de prestações de serviços efetuadas por um sócio, que não impliquem um aumento do capital social, mas […] que sejam suscetíveis de aumentar o valor das partes sociais».

163. Resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o aumento do ativo compreende, em princípio, qualquer forma de aumento do património social de uma sociedade de capitais [79]. Assim, o Tribunal de Justiça realçou que a concessão de um empréstimo sem juros é suscetível de constituir uma «entrada de capital» [80].

164. Por último, considero que as características do empréstimo controvertido, em especial a sua convertibilidade e a sua longa duração, constituem elementos suplementares que indicam que este empréstimo pode ser considerado uma «entrada de capital».

165. Quanto à segunda parte da questão, que consiste, nomeadamente, em saber se o imposto cobrado nos termos dos artigos 16.º e 195.º da ZKPO está abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/7, mais especificamente pelo seu artigo 5.º, n.º 1, alínea a), importa observar que esta disposição obriga os Estados-Membros a isentar as sociedades de capitais de qualquer forma de imposto indireto sobre as entradas de capital.

166. No entanto, a Diretiva 2008/7 não impõe aos Estados-Membros que isentem as entradas de capital de qualquer forma de imposto direto.

167. Como o Tribunal de Justiça já declarou, esta diretiva não incide sobre os impostos diretos, que, tal como o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, estão, em princípio, dentro da competência dos Estados-Membros, no respeito do direito da União [81].

168. Não há dúvida de que a retenção na fonte em causa no processo principal é um imposto direto sobre o rendimento e que configura uma manifestação do imposto sobre o rendimento das sociedades.

169. Atendendo às considerações anteriores, proponho que se responda à quinta questão prejudicial que a Diretiva 2008/7 deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma retenção de imposto na fonte como a que está em causa no presente processo.

[79] V. Acórdão de 12 de janeiro de 2006, Senior Engineering Investments (C-494/03, EU:C:2006:17, n.º 34).

[80] V. Acórdão de 17 de setembro de 2002, Norddeutsche Gesellschaft zur Beratung und Durchführung von Entsorgungsaufgaben bei Kernkraftwerken (C-392/00, EU:C:2002:500, n.º 18 e jurisprudência referida).

[81] V. Acórdão de 18 de janeiro de 2001, P. P. Handelsgesellschaft (C-113/99, EU:C:2001:32, n.º 24 e jurisprudência referida).

G. Quanto à sexta questão prejudicial

170. Com a sexta e última questão, o órgão jurisdicional de reenvio indica que o artigo 200.º, n.º 2, e o artigo 200.ºa, n.ºs 1 e 5, ponto 4, da ZKPO, na sua versão aplicável em 1 de janeiro de 2011, fixam a taxa de retenção na fonte em 10 %, quando a taxa máxima aplicável no âmbito do período transitório concedido era de 5 %. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se esta diferença viola os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

171. Resulta da análise da segunda questão, exposta nos n.ºs 54 a 63 das presentes conclusões, que o empréstimo sem juros em causa no processo principal está abrangido, entre outras, pela exceção prevista no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2003/49 e que esta não é aplicável aos factos do presente processo.

172. Atendendo às considerações anteriores, sou de opinião de que a sexta questão é desprovida de objeto no âmbito do presente litígio.

V. Conclusão

173. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Varhoven administrativen sad (Supremo Tribunal Administrativo, Bulgária) do seguinte modo:

1) O artigo 5.º, n.º 4, e o artigo 12.º, alínea b), TUE, bem como o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretados no sentido de que não se aplicam à interpretação do artigo 16.º, n.º 2, ponto 3, da zakon za korporativnoto podohodno oblagane (Lei relativa ao Imposto sobre as Sociedades), na medida em que esta última disposição não constitui uma aplicação do direito da União.

2) O artigo 4.º da Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, deve ser interpretado no sentido de que não exige que os pagamentos de juros como os previstos no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), desta diretiva sejam qualificados de «distribuições de lucros» abrangidas pelo artigo 5.º da Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

3) A Diretiva 2011/96 deve ser interpretada no sentido de que não se aplica a uma retenção na fonte sobre rendimentos fictícios provenientes de juros, a título de um empréstimo sem juros concedido pela sociedade mãe à sociedade afiliada.

4) O artigo 49.º e o artigo 63.º, n.ºs 1 e 2, TFUE devem ser interpretados no sentido de não se opõem, em princípio, a uma legislação nacional que, em aplicação do «princípio da plena concorrência» e com o intuito de combater a evasão fiscal, prevê a tributação, mediante retenção na fonte, dos juros fictícios a que uma filial residente que beneficiou de um empréstimo sem juros concedido pela sua sociedade mãe não residente estaria, em condições de mercado, obrigada a pagar a esta última, desde que a retificação fiscal prevista por esta legislação se baseie num exame individual da operação em causa, concedendo ao sujeito passivo a faculdade de apresentar elementos de prova das considerações económicas que o levaram a concluir a operação em causa.

5) A Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma retenção na fonte como a que está em causa no presente processo.