



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 1 de março de 2018¹

Processo C-299/16

**Z Denmark ApS
contra
Skatteministeriet**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Vestre Landsret (Tribunal de Recurso da Região Oeste, Dinamarca)]

«Pedido de decisão prejudicial — Diretiva 2003/49/CE do Conselho, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes (denominada Diretiva Juros e *Royalties*) — Conceito de «beneficiário efetivo» — Negócios celebrados em nome próprio no interesse de terceiros — Influência dos comentários ao Modelo de Convenção Fiscal da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos (OCDE) na interpretação de uma diretiva da União Europeia — Abuso de possibilidades de configuração de direito fiscal — Critérios que permitem concluir pela existência de um abuso quando uma retenção na fonte é evitada — Abuso através do aproveitamento da falta de sistemas de troca de informações entre os Estados — Aplicação direta de uma disposição de uma diretiva não transposta — Interpretação conforme com o direito da União de princípios nacionais para evitar situações abusivas»

I. Introdução

1. Neste caso — tal como em três outros processos paralelos² —, o Tribunal de Justiça é chamado a decidir em que circunstâncias o beneficiário efetivo de juros nos termos do direito civil também deve ser considerado beneficiário efetivo na aceção da Diretiva Juros e *Royalties*³. Para este efeito, deve ser esclarecido se, na interpretação do direito da União, também devem ser tidos em conta os comentários da OCDE ao seu Modelo de Convenção Fiscal, em particular, tendo os mesmos sido reformulados após a publicação da diretiva. Coloca-se ainda a questão relativa à definição e à aplicabilidade direta da proibição de situações abusivas nos termos do direito da União.

2. No caso em apreço, os financiadores emprestaram dinheiro a uma sociedade dinamarquesa por eles controlada através de um fundo de capital domiciliado num Estado terceiro. Aparentemente devido ao facto de a Dinamarca ter agravado o quadro fiscal relativamente aos investidores através da introdução de uma retenção na fonte, o respetivo empréstimo e as ações da sociedade dinamarquesa foram

¹ Língua original: alemão.

² Trata-se, concretamente, dos processos apensos C-115/16, C-118/16 e C-119/16.

³ 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 (JO 2003, L 157, p. 49).

transferidos para uma sociedade constituída no Luxemburgo. Através dessa transferência, foi concedido, pelo fundo de capital, um empréstimo de igual montante. Por meio da interposição de uma sociedade com sede noutra Estado-Membro da União Europeia pretende-se, entre outros, evitar a retenção na fonte dinamarquesa sobre os pagamentos de juros.

3. Em última instância, todas as questões acima mencionadas dizem respeito ao conflito de base existente no direito fiscal entre a liberdade de configuração que assiste aos sujeitos passivos nos termos do direito civil e a prevenção de montagens que, embora sejam eficazes na ordem civil, são abusivas em determinadas circunstâncias. Apesar de esta problemática já existir desde a invenção do direito fiscal moderno, mantém-se a dificuldade em distinguir entre uma minimização dos impostos admissível e uma minimização não admissível. Um condutor de um veículo que, após o aumento do imposto sobre os veículos a motor, vende o seu veículo por motivos de custos, está certamente a evitar intencionalmente o imposto sobre os veículos a motor. No entanto, não se pode considerar que tal constitui um abuso de direito, ainda que o único motivo tenha sido a poupança do imposto.

4. Tendo em conta o clima político desfavorável às práticas fiscais de determinadas empresas que operam à escala mundial, a distinção a realizar aqui não se afigura tarefa simples para o Tribunal de Justiça, já que nem todos os comportamentos dos particulares tendentes à redução dos impostos devem estar sujeitos ao veredicto do abuso.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. O quadro jurídico do caso vertente é composto pela Diretiva 2003/49 e pelos artigos 43.º, 48.º e 56.º CE (atuais artigos 49.º, 54.º e 63.º TFUE):

6. A Diretiva 2003/49 prevê o seguinte, nos considerandos 1 a 6:

- «(1) Num mercado único com as características de um mercado interno, as transações entre sociedades de Estados-Membros diferentes não deveriam estar sujeitas a condições fiscais menos favoráveis que as condições que se aplicam às mesmas transações quando efetuadas entre sociedades do mesmo Estado-Membro.
- (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.
- (3) É necessário assegurar que os pagamentos de juros e *royalties* sejam sujeitos a uma única tributação num Estado-Membro.
- (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 estes impostos no que se refere aos pagamentos efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes bem como de estabelecimentos permanentes dessas sociedades.

(5) Este regime deve apenas aplicar-se ao eventual montante de juros ou *royalties* que teria sido acordado entre o pagador e o beneficiário efetivo na ausência de uma relação especial.

(6) Convém, além disso, não privar os Estados-Membros da possibilidade de adotarem medidas adequadas para combater as fraudes ou os abusos.»

7. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2003/49:

«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.»

8. O artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2003/49 prossegue nestes termos:

«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.»

9. Nos termos do artigo 1.º, n.º 7, da Diretiva 2003/49:

«O presente artigo aplica-se apenas se a sociedade que é o pagador ou a sociedade cujo estabelecimento estável é considerado como sendo o pagador dos juros ou *royalties* for uma sociedade associada à sociedade que é o beneficiário efetivo ou cujo estabelecimento estável é considerado como sendo o beneficiário efetivo desses juros ou *royalties*.»

10. O artigo 5.º da Diretiva 2003/49 estabelece o seguinte, 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.»

B. Direito internacional público

11. A Convenção celebrada entre a Dinamarca e o Luxemburgo destinada a evitar a dupla tributação (a seguir «Convenção sobre Dupla Tributação»), de 17 de novembro de 1980, contém, no artigo 11.º, n.º 1, a seguinte disposição quanto à repartição da soberania fiscal no que diz respeito aos juros:

«1. Os juros provenientes de um Estado contratante e pagos a uma pessoa domiciliada noutro Estado contratante só podem ser tributados nesse outro Estado se essa pessoa for o “beneficiário efetivo” dos juros.»

12. Daqui decorre que o Estado da fonte, neste caso a Dinamarca, não pode tributar os juros pagos a uma pessoa residente no Luxemburgo se esta pessoa for o «beneficiário efetivo» dos juros. A Convenção sobre Dupla Tributação não define o conceito de «beneficiário efetivo.»

C. Direito dinamarquês

13. Segundo elementos do órgão jurisdicional de reenvio, a situação jurídica dinamarquesa nos anos controvertidos era a seguinte:

14. A Lei relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades anónimas (a seguir «lei relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas»⁴) prevê, no § 2(1)(d), a responsabilidade fiscal limitada das pessoas coletivas estrangeiras pelos juros creditados ou pagos por pessoas coletivas dinamarquesas:

«§ 2. São igualmente sujeitos passivos nos termos desta lei as sociedades, associações, etc., na aceção do § 1(1), com sede no estrangeiro, desde que [...]

(d) Recebam juros de fontes nacionais relativos a uma dívida que uma [sociedade de direito dinamarquês] ou um [...] [estabelecimento permanente de uma sociedade estrangeira] [...] tenham contraído perante as pessoas coletivas estrangeiras referidas no § 3 B do Skattekontrollov [(Lei relativa ao controlo fiscal)] (dívida controlada). A obrigação fiscal não abrange os juros, quando estes não são tributados ou são apenas tributados a uma taxa reduzida, nos termos da Diretiva 2003/49/CE, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, ou de uma Convenção sobre Dupla Tributação celebrada com as Ilhas Faroé, com a Gronelândia ou com o Estado da sede da sociedade, etc. Porém, esta disposição só se aplica se a sociedade pagadora e a sociedade destinatária estiverem associadas, na aceção desta diretiva, durante um período ininterrupto de pelo menos um ano, durante o qual deve ter ocorrido o pagamento. [...]

15. Em suma, nos anos controvertidos, a responsabilidade fiscal limitada não abrangia os juros pagos a uma sociedade-mãe que, nos termos da Diretiva 2003/49 ou de uma convenção sobre dupla tributação, não estivessem sujeitos a imposto ou fossem apenas tributados a uma taxa reduzida.

16. Em contrapartida, nos casos de responsabilidade fiscal limitada relativamente aos rendimentos dos juros provenientes da Dinamarca, nos termos do § 2(1)(d) da lei relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, o § 65 D da Lei dinamarquesa relativa à retenção na fonte⁵ impõe ao pagador de juros a obrigação de proceder à retenção na fonte («imposto sobre os juros»).

17. A taxa de juro foi de 30% nos exercícios fiscais de 2006 e 2007. Em caso de atraso no pagamento do imposto retido na fonte (existindo responsabilidade fiscal limitada), vencem-se juros sobre o imposto devido (§ 66 B da Lei relativa à retenção na fonte). A obrigação de pagamento dos juros de mora recai sobre a pessoa que deveria ter procedido à retenção do imposto na fonte.

18. Nos anos em causa, não existia na Dinamarca nenhuma disposição legal de alcance geral que proibisse as práticas abusivas. Em contrapartida, a jurisprudência desenvolveu a denominada «doutrina da realidade», segundo a qual a tributação deve ocorrer com base numa avaliação concreta da situação de facto. Isto significa, nomeadamente, que, em determinadas circunstâncias, as montagens fiscais fictícias ou artificiais podem ser anuladas e a tributação pode, ao invés, basear-se na realidade («substance-over-form»). As partes reconhecem que, no presente caso, a referida doutrina não justifica a anulação das operações efetuadas.

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (Lei n.º 1037 de 24 de agosto de 2007).

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse n.º 1086 af 14 november 2005 (Lei n.º 1086 de 14 de novembro de 2005).

19. Além disso, a jurisprudência dinamarquesa desenvolveu o chamado princípio do «destinatário legítimo dos rendimentos». Segundo este princípio, que assenta no regime de base da tributação dos rendimentos do § 4 da Statsskatteloven (Lei dinamarquesa relativa aos impostos nacionais), as autoridades fiscais não são obrigadas a aceitar uma separação artificial entre as operações ou atividades geradoras de rendimentos e o local onde os rendimentos daí resultantes são contabilizados. Por conseguinte, importa determinar o efetivo destinatário dos rendimentos — independentemente da forma como é apresentada a estrutura empresarial — e, conseqüentemente, a responsabilidade fiscal dessa pessoa. A questão consiste, portanto, em determinar a quem, para efeitos fiscais, devem ser imputados os rendimentos. O «destinatário legítimo dos rendimentos» corresponderá, assim, ao devedor do imposto relativamente aos rendimentos em causa.

III. O litígio no processo principal

20. A Z Denmark é uma sociedade industrial dinamarquesa, cujas ações foram adquiridas, em agosto de 2005, em cerca de 66%, pelo fundo de capital A Fund. Em 27 de setembro de 2005, no âmbito da aquisição, o A Fund concedeu um empréstimo à Z Denmark, com um juro de 9%.

21. Em 2006, a Dinamarca decidiu introduzir uma retenção na fonte sobre os juros pagos no estrangeiro. Em 28 de abril de 2006, o A Fund constituiu, no Luxemburgo, a sociedade Z Luxembourg e transferiu o seu crédito sobre a Z Denmark para essa sociedade. No âmbito da transferência, o A Fund também concedeu um empréstimo à Z Luxembourg, com uma taxa de juro de 9,875%. Por contrato de 21 de junho de 2006, o A Fund transferiu para a Z Luxembourg as ações que detinha na Z Denmark.

22. Segundo os elementos do órgão jurisdicional de reenvio, das contas anuais relativas a 2007 e 2006 resulta que a atividade da Z Luxembourg consistiu exclusivamente na sua participação na Z Denmark. As contas anuais evidenciam que, no ano de 2006, a sociedade teve um resultado negativo de 23 588 euros e que, no ano de 2007, teve um resultado positivo de 15 587 euros. A rubrica «impostos sobre lucros» indicava para um dos anos (presumivelmente 2007) um montante de 3 733 euros.

23. Em 1 de novembro de 2007, a Z Denmark reembolsou o empréstimo referido no número anterior. Na mesma data, a Z Luxembourg também liquidou o seu débito junto do A Fund, incluindo os juros vencidos.

24. O A Fund é composto por cinco fundos de capital, quatro dos quais foram constituídos (ao abrigo da legislação fiscal dinamarquesa) sob a forma de sociedades em comandita (Limited Partnerships) fiscalmente transparentes⁶, com sede em Jersey.

25. Os quatro fundos de capital transparentes têm cerca de 70 investidores diretos, nomeadamente fundos de pensões, instituições financeiras, fundos e sociedades de investimento, sociedades gerais e particulares.

26. Esses investidores estão domiciliados em diferentes Estados, dentro e fora da União Europeia, e em Estados com os quais a Dinamarca celebrou convenções sobre dupla tributação. O A Fund (No. 5) Limited, Jersey, é uma sociedade não transparente em termos fiscais, que detém uma participação de, aproximadamente, 0,6% no A Fund.

⁶ Deste modo, descreve-se uma situação em que, embora a sociedade possa celebrar negócios jurídicos, para efeitos fiscais, não é a esta última a quem são proporcionalmente imputados os lucros da sociedade, mas diretamente aos seus sócios, e são estes que estão sujeitos ao imposto sobre os mesmos. A consequência é que, em princípio, não é o Estado da sede da sociedade, mas o da residência dos sócios, que tributa proporcionalmente os «rendimentos da sociedade» (neste caso, as receitas de juros dos fundos de capital).

27. Na sua decisão de 10 de dezembro de 2010, a SKAT (Administração Fiscal dinamarquesa) concluiu que a Z Luxembourg não podia ser considerada «beneficiário efetivo» dos juros na aceção da Diretiva 2003/49 e da Convenção sobre Dupla Tributação entre a Dinamarca e o Luxemburgo.

28. Entendeu que a Z Denmark deveria ter retido na fonte o imposto relativo aos juros contabilizados, em 2006 e em 2007, a favor do principal acionista da sociedade, a Z Luxembourg, e que a Z Denmark era responsável pelo pagamento do imposto sujeito a retenção na fonte.

29. O Skatteministeriet (Ministério das Finanças) afirmou perante o Vestre Landsret (Tribunal de Recurso da Região Oeste, Dinamarca) que a Z Luxembourg deve ser considerada o «destinatário legítimo dos rendimentos» à luz do direito dinamarquês. Por conseguinte, a Z Luxembourg possui uma responsabilidade fiscal limitada relativamente aos juros em causa.

30. A decisão da SKAT foi objeto de recurso para a Landsskatteretten (Comissão Nacional de Recursos Tributários), que confirmou a decisão por despacho de 31 de janeiro de 2012. A Z Denmark recorreu do despacho do Landsskatteretten para o Vestre Landsret (Tribunal de Recurso da Região Oeste).

31. O Vestre Landsret (Tribunal de Recurso da Região Oeste) decidiu agora proceder ao reenvio prejudicial.

IV. Processo no Tribunal de Justiça

32. O Vestre Landsret (Tribunal de Recurso da Região Oeste) submeteu as seguintes questões prejudiciais:

- «1. Deve o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva [2003/49], lido em conjugação com o n.º 4 do mesmo artigo, ser interpretado no sentido de que uma sociedade domiciliada num Estado-Membro que esteja abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º desta diretiva e que, em circunstâncias como as do presente caso, receba juros de uma filial de outro Estado-Membro é o “beneficiário efetivo” desses juros para efeitos da mesma diretiva?
 - 1.1. Deve o conceito de “beneficiário efetivo”, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva [2003/49], lido em conjugação com o n.º 4 do mesmo artigo, ser interpretado em conformidade com o conceito correspondente no artigo 11.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE de 1977?
 - 1.2. Em caso de resposta afirmativa à questão 1.1, deve o referido conceito ser interpretado exclusivamente à luz dos comentários sobre o artigo 11.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE de 1977 (n.º 8) ou pode a interpretação ter também em conta os comentários subsequentes, designadamente os aditamentos de 2003, relativos às “sociedades interpostas” (*conduit companies*) (n.º 8.1, atual n.º 10.1), e os aditamentos de 2014, relativos às “obrigações legais ou contratuais” (n.º 10.2)?
 - 1.3. Caso os aditamentos de 2003 possam ser tidos em conta na interpretação, se os juros em causa incidirem sobre o capital (“juros acumulados”), se o destinatário dos juros estiver obrigado, por força da lei ou de contrato, a transferir os juros para outra pessoa, e se a maioria das pessoas consideradas pelo Estado do domicílio do pagador dos juros como “beneficiários efetivos” dos juros estiver domiciliada noutros Estados-Membros ou noutros Estados com os quais a Dinamarca tenha celebrado convenções sobre dupla tributação, de tal modo que, ao abrigo da legislação fiscal dinamarquesa, caso essas pessoas fossem os mutuantes e, por conseguinte, tivessem recebido os juros diretamente, não teria sido legítimo proceder à retenção na fonte, que relevância revestem essas circunstâncias para a conclusão de que uma sociedade não pode ser considerada “beneficiário efetivo”, na aceção da Diretiva [2003/49]?

- 1.4. Para determinar se o destinatário dos juros deve ser considerado “beneficiário efetivo”, na aceção da Diretiva, que relevância reveste o facto de o órgão jurisdicional de reenvio, após apreciação dos factos do processo, concluir que o referido destinatário — que não estava obrigado por lei ou por contrato a transmitir os juros recebidos — não tinha o direito “pleno” de “uso e fruição” dos juros referido nos comentários de 2014 ao Modelo de Convenção Fiscal de 1977?
2. A invocação, por um Estado-Membro, do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva, relativo à aplicação das disposições internas contra fraudes e abusos, ou do seu artigo 5.º, n.º 2, pressupõe que o Estado-Membro em causa tenha adotado uma disposição nacional específica de transposição desse artigo 5.º ou que o direito nacional contenha disposições ou princípios gerais em matéria de fraude fiscal, evasão fiscal ou práticas abusivas que possam ser interpretadas em conformidade com o artigo 5.º desta diretiva?
 - 2.1. Em caso de resposta afirmativa à questão 2, pode o § 2(2)(d) da Lei relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, que dispõe que a responsabilidade fiscal limitada sobre os rendimentos dos juros não inclui os “juros isentos ao abrigo da Diretiva [2003/49], relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes”, ser considerado uma disposição interna específica na aceção do artigo 5.º desta diretiva?
3. Constitui uma cláusula de uma convenção sobre dupla tributação celebrada entre dois Estados-Membros e redigida em conformidade com o Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, segundo a qual a tributação dos juros depende da qualificação do destinatário dos juros como seu beneficiário efetivo, uma disposição de natureza convencional contra práticas abusivas abrangida pelo artigo 5.º da Diretiva?
4. Um Estado-Membro que não reconheça uma sociedade de outro Estado-Membro como beneficiário efetivo dos juros e que alegue que essa sociedade é uma sociedade dita interposta (*conduit company*) está obrigado, nos termos da Diretiva [2003/49] ou do artigo 10.º CE, a identificar o Estado-Membro onde, nesse caso, considera encontrar-se o beneficiário efetivo?
5. Nos casos em que o pagador de juros tem domicílio num Estado-Membro e o destinatário dos juros tem domicílio num Estado-Membro diferente, e em que o primeiro Estado-Membro considera que o destinatário dos juros não é o seu “beneficiário efetivo”, na aceção da Diretiva [2003/49], e que, por conseguinte, tem uma responsabilidade fiscal limitada nesse Estado-Membro relativamente a esses juros, opõe-se o artigo 43.º CE, lido em conjugação com o artigo 48.º CE, a uma legislação de acordo com a qual, para efeitos de tributação do destinatário dos juros não residente, o primeiro Estado-Membro não tem em conta as despesas relativas aos juros incorridas pelo seu destinatário em circunstâncias como as do presente processo, não obstante as referidas despesas serem habitualmente dedutíveis ao abrigo da legislação desse Estado-Membro e, portanto, poderem ser deduzidas ao rendimento tributável por um destinatário de juros domiciliado nesse Estado-Membro?
6. Caso se considere que uma sociedade domiciliada num Estado-Membro (a sociedade-mãe) não está isenta da retenção na fonte ao abrigo da Diretiva [2003/49], relativamente aos juros recebidos de uma sociedade domiciliada noutro Estado-Membro (a filial), e que a sociedade-mãe neste último Estado-Membro beneficia de uma responsabilidade fiscal limitada relativamente a tais juros nesse Estado-Membro, opõe-se o artigo 43.º CE, lido em conjugação com o artigo 48.º CE, a uma legislação de acordo com a qual este último Estado-Membro impõe à sociedade que está obrigada a efetuar a retenção na fonte (a filial) o pagamento de juros de mora caso o imposto sujeito a retenção na fonte não seja pontualmente pago, a uma taxa de juro mais elevada do que a que é cobrada por esse Estado-Membro relativamente às dívidas fiscais em matéria de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (incluindo os rendimentos dos juros) de uma sociedade domiciliada no mesmo Estado-Membro?

7. Caso se considere que uma sociedade domiciliada num Estado-Membro (a sociedade-mãe) não está isenta da retenção na fonte, nos termos da Diretiva [2003/49], relativamente aos juros recebidos de uma sociedade domiciliada noutra Estado-Membro (a filial), e que a sociedade-mãe neste último Estado-Membro é um sujeito passivo que beneficia de uma responsabilidade fiscal limitada relativamente a tais juros nesse Estado-Membro, opõe-se o artigo 43.º CE, lido em conjugação com o artigo 48.º CE (ou, a título subsidiário, com o artigo 56.º CE), considerados separadamente ou como um todo, a uma legislação de acordo com a qual:
- [a)] este último Estado-Membro exige ao pagador dos juros que proceda à retenção na fonte do imposto sobre os juros e o responsabiliza perante as autoridades fiscais pelo pagamento do imposto que devia ter retido na fonte, nos casos em que a retenção na fonte não se aplica quando o destinatário dos juros tem domicílio neste mesmo Estado-Membro?
 - [b)] não teria sido exigido a uma sociedade-mãe neste último Estado-Membro que efetuasse pagamentos por conta do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas nos dois primeiros exercícios fiscais, começando esse imposto a ser cobrado apenas numa data muito posterior à data em que é exigido o imposto sujeito a retenção na fonte?

Pede-se ao Tribunal de Justiça que inclua a resposta à questão 6 na resposta à presente questão.»

33. A Z Denmark, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República da Áustria, o Reino da Suécia, a República Italiana, o Reino dos Países Baixos e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas sobre as questões prejudiciais. Participaram na audiência de 10 de outubro de 2017 — que também abrangeu os processos C-115/16 a C-119/16 — a Z Denmark, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, o Grão-Ducado do Luxemburgo e a Comissão Europeia.

V. Apreciação jurídica

A. Quanto à determinação do beneficiário efetivo (questões 1 a 1.4)

34. Com as suas questões 1 a 1.4, que devem ser conjuntamente abordadas, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, em suma, saber como deve ser interpretado o conceito de «beneficiário efetivo» constante do artigo 1.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2003/49. Para esse efeito, deve analisar-se o conceito de «beneficiário efetivo» na aceção da Diretiva 2003/49 (título 1) e, em seguida, a influência do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE (a seguir «Modelo de Convenção OCDE») e dos seus esclarecimentos (os denominados comentários ao Modelo de Convenção OCDE) na interpretação do mesmo (título 2).

1. O conceito de «beneficiário efetivo» na aceção da Diretiva 2003/49 (questões 1 e 1.4)

35. A Diretiva 2003/49 tem como objetivo assegurar a igualdade de tratamento fiscal entre transações nacionais e transações transfronteiras entre sociedades associadas.

a) Princípio: credor de juros como beneficiário efetivo

36. O artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2003/49, interpretado à luz dos seus considerandos 2 a 4, pretende evitar uma dupla tributação jurídica dos pagamentos de juros transfronteiriços, proibindo a tributação dos juros no Estado fonte, em prejuízo do beneficiário efetivo destes. A referida disposição refere-se, pois, unicamente à situação fiscal do credor de juros⁷.

37. Credor de juros é quem, nos termos do direito civil, tem direito aos juros em nome próprio. Neste sentido, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o beneficiário efetivo na aceção da Diretiva 2003/49 é, em princípio, aquele que pode, nos termos do direito civil, exigir o pagamento dos juros⁸.

38. O artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2003/49 assim o confirma, na medida em que exclui que um representante, um administrador fiduciário ou um signatário autorizado possam ser considerados como beneficiários efetivos. No caso das pessoas ali referidas, o direito ou não é exercido em nome próprio (no caso do representante ou do signatário autorizado) ou é exercido em nome próprio, mas não por conta própria (no caso do administrador fiduciário). Inversamente, pode concluir-se do acima exposto que, nos casos em que o destinatário dos juros recebe os juros em nome próprio e por conta própria (ou seja, em proveito próprio), o mesmo é também o beneficiário efetivo.

39. O órgão jurisdicional de reenvio informa que o crédito ao empréstimo do A Fund sobre a Z Denmark foi transferido para a Z Luxembourg. Por conseguinte, esta também recebe os juros que lhe são pagos pela Z Denmark em nome próprio. Assim, é crucial a questão de saber se a mesma recebe estes juros por conta própria ou por conta de terceiros (por exemplo, por conta do A Fund ou dos seus investidores). Entende-se que atua por conta própria aquele que pode decidir sozinho sobre a utilização dos juros e também suporta sozinho o risco do prejuízo. Em contrapartida, entende-se que atua por conta de terceiros aquele que está de tal forma vinculado a um terceiro que é este terceiro que, em última instância, suporta o risco do prejuízo (neste caso, dos juros).

b) Exceção: administrador fiduciário

40. Conforme resulta do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2003/49, o beneficiário efetivo nos termos do direito civil não é o beneficiário efetivo na aceção da diretiva, se atuar apenas como administrador fiduciário.

41. Deve excluir-se uma relação fiduciária aberta da Z Luxembourg em benefício do A Fund ou dos seus investidores. Embora sejam transmitidos direitos patrimoniais ao administrador fiduciário, este só os pode utilizar nos termos do acordo fiduciário. Este acordo leva a que os poderes do administrador fiduciário nas relações com terceiros ultrapassem a sua ligação jurídica fiduciária nas relações internas com o *trustee*. É esta ligação especial que leva a que o administrador fiduciário, apesar de atuar em nome próprio, já não esteja a atuar por conta própria. Porém, não se vislumbra aqui uma ligação dessa natureza.

42. Cabe em exclusivo ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, através da apreciação global de todas as circunstâncias, se, no presente caso, devido à génese e à proximidade das sociedades envolvidas, existe eventualmente, de um ponto de vista económico, uma espécie de relação fiduciária camuflada da Z Luxembourg em benefício do A Fund ou dos investidores. No entanto, o Tribunal de Justiça pode fornecer informações úteis para esse efeito.

⁷ Acórdão de 21 de julho de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, n.º 28).

⁸ Acórdão de 21 de julho de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, n.º 27) — «A este respeito, o artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2003/49 define os referidos juros como “os rendimentos de créditos de qualquer natureza”. Ora, apenas o beneficiário efetivo pode receber juros que constituem os rendimentos de tais créditos».

43. Um refinanciamento junto de um terceiro (neste caso, o A Fund), contratualmente acordado, em condições semelhantes e com uma determinada conexão temporal, tal como sucede no caso em apreço, não basta, por si só, para se concluir pela existência de uma ligação fiduciária. A Diretiva 2003/49 parte, tanto no artigo 1.º, n.º 7, como no considerando 4, de uma certa interligação societária que, enquanto tal — ou seja, vista isoladamente —, não pode exercer nenhuma influência sobre a determinação do beneficiário efetivo. O mesmo também é sublinhado pelo considerando 5 e pelo artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2003/49, que, nos casos em que existem «relações especiais» entre os pagadores e os beneficiários efetivos, prevê apenas uma correção do valor, mas não põe em causa a qualidade de pagador ou de beneficiário efetivo. Neste sentido, um *trust* na aceção do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2003/49 vai para além de um contrato de mútuo entre empresas associadas.

44. Pelo contrário, deve existir uma ligação adicional nas relações internas (ou seja, na relação entre o A Fund e a Z Luxembourg) que limita as competências externas da Z Luxembourg. Até agora, não se confirma a existência de uma ligação jurídica dessa natureza. Em todo o caso, a mesma não se constitui apenas pelo facto de ser utilizado capital próprio para o empréstimo ou de os juros da dívida principal serem acrescentados ou serem convertidos em capital próprio do destinatário.

45. No entanto, em meu entender, a situação seria possivelmente diferente se, por exemplo, as despesas da sociedade Z Luxembourg não pudessem ser cobertas pelos juros recebidos, devendo os juros ser isolada e integralmente transmitidos. Pode eventualmente não ser assim se a taxa de juro do refinanciamento e a taxa dos juros recebidos for idêntica ou a sociedade interposta não originar nenhuns custos que devam ser pagos com as suas receitas dos juros. Pode igualmente não ser assim se o risco da capacidade de pagamento da sociedade estabelecida na Dinamarca (Z Denmark) tiver de ser exclusivamente suportado pelo A Fund, porque, neste caso, também se extingue a dívida mútua da Z Luxembourg sobre o A Fund. Porém, só o órgão jurisdicional de reenvio pode apreciar se existem elementos de facto nesse sentido.

46. Contudo, se o órgão jurisdicional de reenvio viesse a presumir a existência de uma ligação fiduciária daquela natureza, atendendo a todas as circunstâncias do caso em apreço, o beneficiário efetivo na aceção da Diretiva 2003/49 seria o *trustee*, de acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2003/49. Desde que o pagamento dos juros a este último, através do administrador fiduciário, também preenchesse os requisitos da Diretiva 2003/49, a isenção da retenção na fonte continuaria a aplicar-se.

c) Conclusão sobre as questões 1 e 1.4

47. Em face do exposto, deve responder-se às questões 1 e 1.4 que uma sociedade domiciliada noutro Estado-Membro, que seja titular de um crédito sobre o qual se vencem juros, deve ser considerada o beneficiário efetivo na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2003/49. O mesmo não se passa nos casos em que esta sociedade não atua em nome próprio nem por conta própria, mas por conta de outrem, para um terceiro, com base numa ligação fiduciária (eventualmente camuflada). Nesse caso, o beneficiário efetivo é o terceiro. Esta situação deve ser apreciada pelo órgão jurisdicional de reenvio, atendendo a todas as circunstâncias do caso em apreço.

2. Interpretação à luz dos comentários ao Modelo de Convenção Fiscal da OCDE? (questões 1.1 a 1.3)

48. Com as suas questões 1.1 a 1.3, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se também se pode recorrer aos comentários ao Modelo de Convenção OCDE para a interpretação dos conceitos da Diretiva 2003/49 e, em caso afirmativo, se também se pode recorrer aos comentários ao Modelo de Convenção OCDE adotados após a publicação da diretiva.

49. Nos comentários subsequentes ao Modelo de Convenção OCDE (por exemplo, os de 2008, nos n.ºs 8 e 9), as sociedades ditas interpostas não são, normalmente, consideradas como beneficiárias efetivas se — apesar de serem formalmente beneficiárias efetivas —, na prática, tiverem poderes muito limitados, que as transformam, no que diz respeito às receitas controvertidas, num mero administrador fiduciário ou gestor que atua por conta dos interessados.

50. Os Modelos de Convenção OCDE não são tratados de direito internacional público multilaterais, juridicamente vinculativos, mas atos unilaterais de um organismo internacional, sob a forma de recomendações aos seus Estados-Membros. No próprio entender da OCDE, estas recomendações não são vinculativas; pelo contrário, nos termos do Regulamento de Processo da OCDE, os Estados-Membros devem analisar se consideram a sua implementação oportuna⁹. Esta constatação vale *a fortiori* para os comentários publicados a este respeito pela OCDE que, em última instância, contêm apenas interpretações jurídicas.

51. No entanto, segundo jurisprudência constante, não deixa de ser razoável que, para efeitos da repartição da competência fiscal, os Estados-Membros se inspirem na prática internacional, designadamente, nos modelos de convenção¹⁰. O mesmo se diga da orientação pela convicção jurídica internacional, que se pode refletir nos comentários ao Modelo de Convenção OCDE.

52. Contudo, os comentários ao Modelo de Convenção OCDE não podem influenciar diretamente a interpretação de uma diretiva da União Europeia, mesmo nos casos em que os conceitos utilizados sejam idênticos. Neste sentido, estes comentários apenas refletem o entendimento de quem participou na elaboração do Modelo de Convenção OCDE, mas não o entendimento do legislador parlamentar ou, inclusivamente, do legislador da União. Em todo o caso, se se entender que da letra e dos trabalhos preparatórios da diretiva resulta que o legislador da União se inspirou no texto de um Modelo de Convenção OCDE e dos comentários (daquela altura) ao referido Modelo de Convenção OCDE, tal pode indiciar que se deve proceder a uma interpretação no mesmo sentido.

53. Por isso, o Tribunal de Justiça também já declarou que as disposições de uma convenção sobre dupla tributação, quando interpretadas à luz dos comentários da OCDE relativos ao seu modelo de convenção aplicável, não podem restringir o direito da União¹¹. O acima exposto aplica-se, em particular, às alterações ao Modelo de Convenção OCDE e aos comentários que tenham sido realizadas após a publicação da diretiva. Caso contrário, os Estados contratantes da OCDE teriam o poder de decidir da interpretação de uma diretiva da União Europeia.

54. No entanto, não sendo atribuído nenhum efeito vinculativo direto aos comentários da OCDE e estabelecendo a Diretiva 2003/49, no seu artigo 1.º, n.º 4, como critério de distinção o facto de o credor receber os pagamentos em seu benefício próprio e não como administrador fiduciário, então é esta a questão crucial (de direito da União) para se poder determinar o beneficiário efetivo na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2003/49. Se não existir nenhuma relação fiduciária (eventualmente camuflada), o titular do direito nos termos do direito civil também é o beneficiário efetivo na aceção da Diretiva 2003/49. Porém, em última instância, esta é também uma abordagem semelhante à dos comentários mais recentes ao Modelo de Convenção OCDE.

9 Artigo 18.º, alínea b), do Regulamento de Processo da OCDE: «Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation». Pode ser encontrado em <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.

10 Acórdãos de 15 de maio de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, n.º 22); de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 49); de 7 de setembro de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, n.º 45); de 12 de maio de 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, n.º 31); e de 23 de fevereiro de 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, n.º 48); v., no entanto, a este respeito, também, Acórdão de 16 de maio de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, n.º 67).

11 Acórdão de 19 de janeiro de 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, n.ºs 50 e 56).

55. Por conseguinte, pode responder-se às questões prejudiciais 1.1 e 1.2 que o conceito de «beneficiário efetivo» nos termos do direito da União deve ser objeto de uma interpretação autónoma e independente do artigo 11.º do Modelo de Convenção OCDE de 1977 ou das suas versões posteriores. Consequentemente, não há que responder à questão 1.3.

B. Critérios para a verificação de uma prática abusiva (questão 2)

56. Com a sua questão 2, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em primeiro lugar, se um Estado-Membro pode invocar o artigo 5.º da Diretiva 2003/49, relativo a fraudes e abusos. Contudo, tal implica, necessariamente, que, no caso de uma montagem como a do caso em apreço, que evita, entre outros, a retenção na fonte na Dinamarca, se pode concluir pela existência de uma prática abusiva na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2003/49, o que será examinado de seguida.

57. A existência de uma prática abusiva depende da apreciação global de todas as circunstâncias do respetivo caso concreto, que compete às autoridades nacionais competentes e deve poder ser objeto de uma fiscalização jurisdicional¹². No entanto, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio proceder a esta apreciação global¹³. Contudo, o Tribunal de Justiça pode fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio elementos¹⁴ que lhe permitam apreciar se as operações são realizadas no âmbito de transações comerciais normais, ou apenas com o objetivo de beneficiar abusivamente das vantagens previstas pelo direito da União¹⁵.

58. Para esse efeito, começarei por examinar o conceito de «prática abusiva» nos termos do direito da União (no título 1, *infra*) e, posteriormente, analisarei os critérios subjacentes à existência de uma prática abusiva no caso concreto (no título 2, *infra*).

1. O conceito de «prática abusiva» no direito da União

59. Nos termos do artigo 5.º da Diretiva 2003/49, os Estados-Membros não devem ser privados da possibilidade de adotarem medidas adequadas para combater as fraudes ou os abusos (v., igualmente, a este respeito, considerando 6).

60. A interpretação acima proposta (n.ºs 36 e segs.) do conceito de «beneficiário efetivo» não conflitua com esta preocupação. Pelo contrário, a preocupação referida em último lugar não é, precisamente, desde logo, realizada através do conceito de «beneficiário efetivo» (em particular, a intervenção de um administrador fiduciário não constitui necessariamente uma prática abusiva), mas através do artigo 5.º da Diretiva 2003/49.

12 Acórdão de 17 de julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, n.º 41), e as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 60).

13 V., também, acórdãos de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 59), e de 20 de junho de 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, n.º 49).

14 Acórdãos de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 35); de 6 de abril de 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, n.º 20); de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.ºs 68 e 69); e de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, n.º 24 e jurisprudência referida); v., também, as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 57).

15 Acórdãos de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 34); de 21 de fevereiro de 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, n.º 56); e de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 77).

61. Esta disposição expressa, em última instância, aquilo que também já foi reconhecido pela jurisprudência constante: os particulares não se podem prevalecer fraudulentamente ou abusivamente das normas da União. Com efeito, a aplicação de uma norma de direito da União não pode ser alargada a ponto de cobrir as práticas abusivas de operadores económicos, ou seja, operações que não sejam realizadas no âmbito de transações comerciais normais, mas apenas com o objetivo de beneficiar abusivamente das vantagens previstas pelo direito da União¹⁶.

62. No entanto, embora a própria Diretiva 2003/49 não preveja uma definição de prática abusiva, há outras diretivas da União que fornecem elementos a esse respeito. Neste sentido, a segunda frase do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva sobre Fusões¹⁷ indica, como exemplo da existência de um objetivo deste tipo, a falta de razões económicas válidas para a respetiva transação. Além disso, o artigo 6.º da diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal¹⁸ (a seguir «Diretiva 2016/1164») — ainda não aplicável nos anos controvertidos — define o conceito de «prática abusiva». Nos termos desta disposição, é determinante a existência de uma montagem que tenha sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável. Nos termos do n.º 2, considera-se que uma montagem não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

63. Por último, mas não menos importante, o Tribunal de Justiça declarou, em várias ocasiões, que uma restrição à liberdade de estabelecimento que possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas deve ter como objetivo específico impedir comportamentos que consistam em criar montagens puramente artificiais, desprovidas de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional¹⁹. Tal como o Tribunal de Justiça, entretanto, também já declarou por diversas vezes, não é necessário que a obtenção de uma vantagem fiscal seja o único objetivo das operações em causa²⁰, bastando que constitua o objetivo *essencial* das operações em causa²¹.

64. Esta jurisprudência do Tribunal de Justiça contém dois elementos que se condicionam mutuamente. Por um lado, o reconhecimento de montagens puramente artificiais que, em última instância, existam apenas em teoria é, desde logo, recusado. Além disso, é atribuída importância decisiva à elisão fiscal que também possa ser alcançada com a ajuda de montagens existentes na realidade económica. Este último caso será o mais frequente e já está expressamente contemplado no novo artigo 6.º da Diretiva 2016/1164. O próprio Tribunal de Justiça também considera, numa decisão mais recente, que o caráter puramente artificial é apenas um elemento suscetível de demonstrar que a obtenção da vantagem fiscal constitui o objetivo essencial prosseguido²².

16 Acórdãos de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 27); de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 38); de 6 de abril de 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, n.º 20); de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 35); de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.ºs 68 e 69); e de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, n.º 24 e jurisprudência referida); v., também, a este respeito, as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 57).

17 Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes (JO 1990, L 225, p. 1).

18 Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (JO 2016, L 193, p. 1).

19 Acórdãos 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); de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 35); de 18 de junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, n.º 64); e de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 74); v., no mesmo sentido, Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 55).

20 Igualmente, neste sentido, Acórdãos de 20 de junho de 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, n.º 46); de 12 de julho de 2012, J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, n.º 35); de 27 de outubro de 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, n.º 51); e de 22 de maio de 2008, Amplificientifica e Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, n.º 28).

21 No que diz respeito ao direito fiscal indireto: Acórdãos de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 53); de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 36); e de 21 de fevereiro de 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, n.º 45); em sentido semelhante, no âmbito de aplicação da denominada Diretiva sobre Fusões: Acórdão de 10 de novembro de 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, n.ºs 35 e 36).

22 Neste sentido, de forma explícita, Acórdão de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 60).

2. Critérios aplicáveis ao caso vertente

a) Quanto à existência de uma montagem puramente artificial

65. O Tribunal de Justiça não pode apreciar se existe uma montagem puramente artificial desprovida de qualquer realidade económica. Para esse efeito, por um lado, não são suficientes os elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio e, por outro, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio fazer essa apreciação. O Tribunal de Justiça só pode fornecer indicações.

66. Conforme o Tribunal de Justiça declarou recentemente, o facto de a atividade económica da sociedade consistir apenas na gestão de ativos e de as receitas provirem apenas desta gestão não poderia significar que existisse uma montagem puramente artificial, desprovida de qualquer realidade económica²³. Tendo em conta que as sociedades de gestão de ativos, em particular (só podem), *per se*, desenvolver poucas atividades, este critério também está sujeito a poucos requisitos. Se a sociedade tiver, efetivamente, sido eficazmente constituída, se estiver efetivamente contactável na sua sede e se dispuser no local dos recursos materiais e pessoais adequados à realização do seu objetivo (neste caso, a gestão de um contrato de empréstimo), não se pode falar de uma montagem desprovida de qualquer realidade económica.

67. Além disso, opõe-se a uma montagem puramente artificial o facto de a sociedade luxemburguesa ter tido um resultado negativo em 2006 e um resultado positivo em 2007, que decorrem certamente de determinadas atividades económicas. Especialmente, tendo em conta que a taxa de juro a pagar ao A Fund foi superior à taxa de juro obtida pela Z Denmark, é necessário que existam outras receitas da Z Luxembourg para que se verifique um resultado positivo e uma consequente tributação da mesma. Não se vislumbram no pedido de decisão prejudicial apresentado pelo órgão jurisdicional de reenvio outros indícios de que estas atividades sejam realizadas apenas em teoria.

68. No entanto, em meu entender, tal não exclui que, ainda assim, não possa existir uma montagem fiscal abusiva, tal como também é demonstrado pela redação do novo artigo 6.º da Diretiva 2016/1164.

b) Motivos alheios ao direito fiscal a ter em consideração

69. Assim, há outros critérios, nomeadamente os motivos alheios ao direito fiscal a ter em consideração, que têm uma importância decisiva no caso vertente.

70. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o facto de se estabelecer a sede, estatutária ou efetiva, de uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro com o objetivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não constitui, em si, um abuso²⁴. O facto de, na presente transação entre empresas com financiadores estrangeiros, também ter intervindo uma sociedade do Luxemburgo não pode, por si só, implicar a existência de uma prática abusiva.

71. Além disso, quando o sujeito passivo pode escolher entre duas possibilidades, não está obrigado a optar pela que implica o pagamento do montante de imposto mais elevado; pelo contrário, tem o direito de escolher a estrutura da sua atividade de modo a limitar a sua dívida fiscal²⁵. Os sujeitos passivos — prossegue o Tribunal de Justiça — têm assim geralmente a liberdade de escolher as estruturas organizacionais e as modalidades transacionais que considerem mais adequadas às suas

23 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 73).

24 V. Acórdãos de 25 de outubro de 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, n.º 40); de 30 de setembro de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, n.º 96); e de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, n.º 27).

25 Acórdãos de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 42); de 22 de dezembro de 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, n.º 27); de 21 de fevereiro de 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, n.º 47); e de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 73).

atividades económicas e com o objetivo de limitar os seus encargos fiscais²⁶. Por conseguinte, no caso em apreço, a simples escolha de uma estrutura de uma operação que não está sujeita ao encargo fiscal mais elevado (neste caso, uma retenção na fonte adicional e definitiva) não pode ser considerada abusiva.

72. Por outro lado, à margem de uma montagem puramente artificial desprovida de realidade económica, o facto de um nacional da União, pessoa singular ou coletiva, ter pretendido tirar partido do sistema fiscal mais vantajoso em vigor num Estado-Membro diferente daquele em que reside não permite, por si só, que o mesmo seja privado da possibilidade de invocar as disposições do Tratado²⁷. Assim, uma estrutura de uma operação — tal como a do caso vertente — não pode revestir um carácter abusivo apenas pelo facto de que nela intervém um Estado-Membro que prescinde da retenção na fonte.

73. Neste sentido, a liberdade de estabelecimento também abrange a escolha do Estado-Membro que oferece à empresa em causa, do seu ponto de vista, o melhor quadro fiscal. Se este princípio já é aplicável ao regime do IVA que é, desde logo, harmonizado de forma mais aprofundada²⁸, também será, *a fortiori*, aplicável ao regime do imposto sobre o rendimento relativamente ao qual existe uma divergência entre os regimes jurídicos fiscais dos respetivos Estados-Membros que é pretendida pelo direito da União ou politicamente tolerada²⁹.

74. O Tribunal de Justiça declarou ainda, à luz das liberdades fundamentais igualmente aplicáveis ao caso em apreço, que a simples circunstância de ser concedido um empréstimo a uma sociedade residente por uma sociedade do grupo estabelecida noutra 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 Tratado³⁰. Em consequência, no presente caso, as diversas relações de crédito entre sociedades-mãe, filiais e subfiliais não são, em si mesmas, abusivas.

75. O Tribunal de Justiça também esclareceu que a isenção fiscal dos dividendos, prevista no direito da União, não depende da origem ou da sede dos titulares das participações, uma vez que a mesma é irrelevante na Diretiva relativa às Sociedades-Mães e Sociedades Afiliadas³¹. A Diretiva 2003/49 também não estabelece nenhuma distinção a este respeito. Por conseguinte, o facto de o titular das participações sociais da Z Luxembourg ser uma sociedade de um Estado terceiro, visto isoladamente, também não constitui uma prática abusiva.

76. Em meu entender, no presente caso, no quadro de uma apreciação global, também é determinante o papel da génese da montagem considerada abusiva. Segundo as informações fornecidas pelas partes na audiência, no passado, devido ao regime jurídico fiscal na Dinamarca, era vantajoso para os financiadores estrangeiros adquirirem sociedades operacionais na Dinamarca. Este regime jurídico veio a ser subsequentemente alterado pela Dinamarca (para o ano de 2006), com desvantagens, tendo sido introduzida uma retenção na fonte equivalente que conduziu a um encargo fiscal adicional e definitivo.

26 Acórdãos de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 42), e de 22 de dezembro de 2010, *RBS Deutschland Holdings* (C-277/09, EU:C:2010:810, n.º 53).

27 Acórdão de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 36); v., no mesmo sentido, Acórdão de 11 de dezembro de 2003, *Barbier* (C-364/01, EU:C:2003:665, n.º 71).

28 Acórdãos de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 42), e de 22 de dezembro de 2010, *RBS Deutschland Holdings* (C-277/09, EU:C:2010:810, n.º 53).

29 Acórdão de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 36); quanto à divergência entre taxas de imposto permitida pelo direito da União, mesmo no direito fiscal harmonizado, v., igualmente, Acórdão de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, n.ºs 39 e 40).

30 Acórdãos 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 de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 50); v., neste sentido, Acórdãos de 4 de março de 2004, *Comissão/França* (C-334/02, EU:C:2004:129, n.º 27), e de 26 de setembro de 2000, *Comissão/Bélgica* (C-478/98, EU:C:2000:497, n.º 45).

31 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 66).

77. A alteração das regras de tributação aplicáveis a cada Estado é livre. Porém, desta forma, também se alteram as bases de cálculo económicas para os intervenientes. A meu ver, a tentativa de manter as bases de cálculo iniciais de uma transação empresarial (neste caso, a aquisição de uma sociedade operativa dinamarquesa com recurso a investidores estrangeiros) não se afigura abusiva. Com efeito, é normal que as empresas procedam a uma ponderação económica.

c) Quanto ao desvio do objetivo da lei

78. Contudo, no caso vertente, assume maior importância o facto de os investidores efetivos, neste caso, o A Fund com os seus cinco fundos de capital, independentemente de serem ou não considerados fiscalmente transparentes, terem muitas vezes a sua sede em determinados Estados terceiros (normalmente, em certas ilhas pequenas como as Ilhas Caimão³², as Bermudas³³, ou, como neste caso, Jersey), o que pode eventualmente indiciar um procedimento inusitado, no seu conjunto, cujo motivo económico não é reconhecível à primeira vista. Os fundos de capital também se podem estabelecer noutros Estados, em particular, se de qualquer modo já devem ser considerados fiscalmente transparentes — tal como o representante da recorrente salientou na audiência.

79. Neste sentido, a montagem no seu conjunto poderá ser considerada abusiva mais devido ao «estabelecimento» do(s) fundo(s) de capital em determinados Estados terceiros do que devido à «intervenção» de uma sociedade luxemburguesa. Aqui, o objetivo da montagem ou a finalidade da lei fiscal contornada (neste caso, a tributação na Dinamarca) deve revestir particular importância.

1) Desvio à cobrança da receita fiscal dinamarquesa?

80. Para tanto, importa desde logo esclarecer que não foi contornada a tributação na Dinamarca do lucro da sociedade operativa adquirida (Z Denmark). Este lucro foi tributado de uma forma perfeitamente normal no Estado da sede da sociedade (ou seja, na Dinamarca).

81. O facto de terem sido retirados a este lucro os pagamentos de juros ao credor do Luxemburgo está em conformidade com a tributação em função da capacidade financeira e com o facto de a Dinamarca considerar estes juros, na sua totalidade, como despesas operacionais.

82. Estes juros foram tributados no Luxemburgo a título de receitas de exploração da sociedade luxemburguesa. O facto de, no Luxemburgo, os pagamentos de juros ao seu investidor terem, por seu lado, sido considerados despesas operacionais corresponde igualmente ao princípio da tributação em função da capacidade financeira. Assim, o Luxemburgo tributou a diferença entre os juros (9%) que foram pagos a partir da Dinamarca e os juros (9,875%) que foram pagos ao A Fund no Estado terceiro, acrescida de eventuais outros rendimentos que existiram aparentemente, ao ter sido alcançado um resultado positivo em 2007.

83. A sociedade luxemburguesa possui responsabilidade fiscal ilimitada no Luxemburgo e os seus rendimentos estão sujeitos, no Luxemburgo, ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Deste modo, os requisitos do artigo 3.º, alínea a), iii), da Diretiva 2003/49 estão preenchidos. Importa ainda esclarecer que não resulta de nenhuma disposição da Diretiva 2003/49 que a tributação efetiva do beneficiário efetivo (neste caso, das sociedades luxemburguesas), num determinado valor, seja requisito da isenção. Com efeito, o facto de, no Estado da sede, existirem despesas operacionais do beneficiário efetivo, de montante equivalente (ou ainda perdas de exercícios anteriores), não implica uma tributação em concreto, no entanto, este sujeito passivo está sujeito ao imposto sobre o

³² É o que sucede no processo C-119/16.

³³ É o que sucede no processo C-117/16.

rendimento das pessoas coletivas. Assim, o sujeito passivo é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2003/49 e os seus rendimentos provenientes dos juros também são, nesse caso, tributados «num Estado-Membro». O mesmo sucede quando no Estado do domicílio do beneficiário efetivo só exista uma tributação reduzida dos rendimentos das pessoas coletivas e não exista retenção na fonte.

84. Esta eventual tributação efetiva mais baixa ou inexistente é consequência da autonomia tributária de cada Estado. Se o direito da União admite, desde logo, a concorrência fiscal entre os Estados-Membros na União Europeia, devido à ausência de harmonização fiscal dos impostos sobre os rendimentos, não se pode censurar um sujeito passivo por ter aproveitado efetivamente, na realidade (ou seja, não apenas em teoria), as vantagens locais de alguns Estados-Membros.

2) *Prevenção do aproveitamento da falta de informação transfronteiriça*

85. Se analisarmos a questão de perto, a intervenção da sociedade luxemburguesa acaba «apenas» por evitar a retenção na fonte dos pagamentos dos juros na Dinamarca. Porém, tal como o Tribunal de Justiça declarou, na realidade, é sobre o destinatário dos rendimentos (neste caso, dos juros) que acaba por incidir a tributação realizada através da retenção na fonte³⁴. Tal é feito mediante a retenção pelo pagador, logo na fonte, de uma parte dos rendimentos, no momento do pagamento.

86. Por conseguinte, a retenção na fonte no Estado do domicílio do devedor dos juros não constitui nenhuma espécie autónoma de imposto, mas apenas uma técnica especial de tributação, essencialmente para garantir uma tributação (mínima) do destinatário dos juros. Até porque, especialmente, no caso de factos ocorridos no estrangeiro, nem sempre é garantido que o destinatário também paga corretamente o imposto sobre os seus rendimentos. Isto porque, regra geral, o Estado do domicílio do destinatário dos juros raramente terá conhecimento dos rendimentos auferidos por este último no estrangeiro, se não existirem os sistemas de intercâmbio de informações entre as autoridades fiscais que, entretanto, estão operacionais na União.

87. Logo, devem estar preenchidas duas condições para que se possa concluir pela existência de um desvio a este objetivo da lei (garantia da tributação do destinatário dos juros). Por um lado, o imposto deve efetivamente ser exigível na Dinamarca, no caso de um pagamento direto (v., a este respeito, n.ºs 92 e segs.). Por outro lado, deve haver o risco de ocorrerem situações de não tributação devido à exclusão destes rendimentos no Estado beneficiário em causa.

88. Assim, se se entender que um dos motivos subjacentes à estrutura escolhida para esta operação consiste em pagar juros a investidores através de um Estado terceiro, para que os Estados do domicílio destes últimos não obtenham informações sobre os seus rendimentos, considero que esta montagem, no seu conjunto, consubstancia um abuso de direito.

89. Por outro lado, a acusação de abuso de direito poderá ser invalidada se os fundos de capital disponibilizarem aos Estados do domicílio dos investidores as respetivas informações fiscais ou se o Estado do domicílio dos fundos de capital dispuser das respetivas informações e as transmitir aos respetivos Estados. Nesse caso, uma estrutura empresarial dessa natureza não comprometeria o objetivo da retenção na fonte evitada (v., a este respeito, n.º 86, *supra*). O órgão jurisdicional também deve ter este facto em conta na sua apreciação global.

³⁴ Acórdãos de 24 de junho de 2010, P. Ferrero e General Beverage Europe (C-338/08 e C-339/08, EU:C:2010:364, n.ºs 26 e 34), e de 26 de junho de 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, n.º 52).

d) Resposta à questão 2

90. A não sujeição a retenção na fonte dos pagamentos de juros a fundos de capital com domicílio em Estados terceiros implica, principalmente, a não sujeição a imposto dos rendimentos de juros dos destinatários efetivos dos juros (ou seja, dos financiadores). Neste caso, pode, em particular, presumir-se a existência de uma prática abusiva se a estrutura empresarial escolhida visar o aproveitamento de certas faltas de informação entre os Estados envolvidos, de forma a evitar a tributação efetiva dos destinatários dos juros.

C. Quanto à identificação do beneficiário efetivo (questão 4)

91. Com a questão 4, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o Estado-Membro que não pretende reconhecer o destinatário dos juros como beneficiário efetivo na aceção da Diretiva 2003/49, por este ser uma mera sociedade dita «interposta artificial», está obrigado a identificar quem considera ser o beneficiário efetivo. Desta forma, o órgão jurisdicional de reenvio aborda, no essencial, a questão relativa ao ónus da prova da existência de uma prática abusiva.

92. O abuso das possibilidades jurídicas de configuração pressupõe que tenha sido escolhida uma montagem jurídica diferente das montagens que normalmente são escolhidas e que conduz a um *resultado mais favorável* do que a montagem «normal». No presente caso, deveria entender-se por «montagem normal» uma relação de empréstimo direta entre os financiadores e a recorrente no processo principal, destinada à aquisição da sociedade visada.

93. Cabe, em princípio, à Administração Fiscal demonstrar que o procedimento escolhido é mais vantajoso, em termos fiscais, do que a montagem normal, podendo impender sobre o sujeito passivo um certo dever de cooperação. No entanto, nessa situação, o sujeito passivo pode «apresentar, se for o caso [...] elementos relativos às motivações comerciais subjacentes à transação em causa»³⁵. Se destes resultar que a finalidade essencial³⁶ não consiste em evitar impostos que normalmente seriam cobrados, o procedimento escolhido não pode ser considerado abusivo, tanto mais que é o próprio Estado que põe estas possibilidades de configuração à disposição do sujeito passivo.

94. Resulta ainda da jurisprudência do Tribunal de Justiça³⁷ que a constatação da existência de uma prática abusiva tem como consequência a determinação da situação tal como ela existiria na falta das operações constitutivas dessa prática abusiva e, em seguida, a apreciação dessa situação requalificada à luz das disposições pertinentes de direito nacional e do direito da União. Porém, para esse efeito, a identidade do beneficiário efetivo deve estar estabelecida.

95. No entanto, do ponto de vista dinamarquês, daqui só pode resultar uma situação abusiva na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2003/49, se o pagamento direto dos juros estiver sujeito, na Dinamarca, ao pagamento do imposto correspondente. Contudo, o direito dinamarquês afasta esta possibilidade nos casos em que, depois de se excluir a sociedade dita «interposta», o destinatário efetivo dos juros continua a ser uma empresa com sede noutro Estado-Membro ou o destinatário dos juros é residente num Estado com o qual a Dinamarca tenha celebrado uma convenção sobre dupla tributação. Se os fundos de capital fossem efetivamente vistos como sociedades fiscalmente transparentes, deveria analisar-se cada financiador para se poder responder a esta questão.

35 Acórdão de 13 de março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 92).

36 Acórdãos de 22 de novembro de 2017, *Cussens e o.* (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 53); de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 36); e de 21 de fevereiro de 2008, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, n.º 45).

37 Acórdãos de 22 de novembro de 2017, *Cussens e o.* (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 47); de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 52); e de 21 de fevereiro de 2008, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, n.º 58).

96. Por conseguinte, pode responder-se à questão 4 que o Estado-Membro que não pretende reconhecer uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro — à qual foram pagos os juros — como beneficiária efetiva dos juros deve identificar, em princípio, para que possa ser constatada a existência de uma situação abusiva, quem entende que deve ser considerado o beneficiário efetivo. Tal é necessário para se poder determinar se existe um resultado fiscalmente mais favorável através da montagem qualificada de abusiva. Especialmente no caso de factos ocorridos no estrangeiro, pode impender sobre o sujeito passivo um dever de cooperação acrescido.

D. Quanto à invocação do artigo 5.º da Diretiva 2003/49 (questões 2 a 3)

97. Com as suas questões 2, 2.1 e 3, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se (título 1) a Dinamarca pode invocar diretamente o artigo 5.º da Diretiva 2003/49 para recusar a isenção fiscal ao sujeito passivo. Se não for esse o caso, deverá esclarecer-se (título 2) se a Dinamarca, com o atual regime jurídico nacional, transpôs corretamente o artigo 5.º da Diretiva 2003/49.

1. Impossibilidade de aplicação direta de uma diretiva para justificar obrigações em detrimento dos particulares

98. Se, à luz dos critérios acima referidos, se concluir pela existência de uma situação abusiva na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2003/49, o presente caso distingue-se pela particularidade de o direito dinamarquês não dispor de nenhuma disposição específica para a transposição do artigo 5.º da Diretiva 2003/49. Por outro lado — segundo o órgão jurisdicional de reenvio —, também não existe nenhuma disposição legal geral relativa à prevenção de situações abusivas. Por esse motivo, a recorrente no processo principal considera, em particular, que não lhe podia ser recusada a isenção fiscal decorrente do direito nacional, mesmo no caso de se presumir a existência de uma situação abusiva.

99. No entanto, nem sempre é exigida a reprodução formal das disposições de uma diretiva (neste caso, do artigo 5.º da Diretiva 2003/49) em normas legais específicas do direito nacional, podendo o contexto jurídico geral — incluindo princípios gerais de direito constitucional ou administrativo — ser, desde logo, suficiente para a transposição de uma diretiva, em função do conteúdo desta, desde que assegure a plena aplicação da diretiva de um modo suficientemente claro e preciso³⁸.

100. No pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio faz referência à existência de dois princípios (a denominada «doutrina da realidade» e o princípio do «destinatário legítimo dos rendimentos»). No entanto, as partes concordam que os mesmos não são aplicáveis ao caso vertente se, na realidade, os juros tiverem efetivamente sido formalmente pagos em primeiro lugar às sociedades luxemburguesas.

³⁸ V., neste sentido, a jurisprudência constante, por exemplo, os Acórdãos de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 44); de 6 de abril de 2006, Comissão/Áustria (C-428/04, EU:C:2006:238, n.º 99); e de 16 de junho de 2005, Comissão/Itália (C-456/03, EU:C:2005:388, n.º 51); e as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 62).

101. No entanto, o artigo 5.º da Diretiva 2003/49 permite aos Estados-Membros a adoção de medidas adequadas para combater os abusos, o que também é consentâneo com a prática em toda a União. Assim, todos os Estados-Membros desenvolveram, na medida do possível, determinados instrumentos para combater abusos³⁹. Por conseguinte, existe igualmente consenso nos direitos fiscais nacionais quanto ao facto de que a aplicação do direito não pode ir ao ponto de serem toleradas práticas abusivas dos operadores económicos. Este princípio, aceite em toda a União⁴⁰, também encontra atualmente expressão no artigo 6.º da Diretiva 2016/1164.

102. Nessa medida, todas estas regulamentações nacionais, independentemente de terem sido adotadas para a transposição da Diretiva 2003/49 ou não, devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com este princípio geral de direito e, particularmente, com o texto e as finalidades da Diretiva 2003/49, bem como com o seu artigo 5.º⁴¹. O facto de a interpretação do direito nacional conforme com a diretiva poder possivelmente ser desvantajosa para os particulares não se opõe a este tipo de interpretação, dado que é admissível uma aplicação através de disposições do direito nacional, ou seja, uma aplicação indireta do direito da União em detrimento dos particulares⁴².

103. Às autoridades dinamarquesas apenas seria proibida uma aplicação direta do artigo 5.º da Diretiva 2003/49 em detrimento da recorrente — também por razões de segurança jurídica⁴³. Assim, um Estado-Membro não pode opor aos particulares uma disposição de uma diretiva que ele próprio não transpôs⁴⁴, na medida em que, nos termos da jurisprudência constante, uma diretiva não pode, *por si só*, criar obrigações para um particular e não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal, contra ele⁴⁵. Esse Estado-Membro teria, ele próprio, um comportamento «abusivo». Por um lado, não transpunha uma diretiva que lhe era dirigida (apesar de o poder fazer), por outro, invocava uma possibilidade para combater abusos, constante da diretiva que não foi transposta.

104. Da mesma forma, as autoridades competentes no processo principal também não podem opor diretamente a um particular o princípio geral de direito da União, eventualmente existente, de acordo com o qual um abuso de direito não é admissível, dado que, pelo menos em relação aos casos que se incluem no âmbito de aplicação da Diretiva 2003/49, um princípio deste tipo foi especificamente expresso e concretizado no artigo 5.º, n.º 2, da diretiva⁴⁶. Caso se permitisse, para além disso, o recurso direto a um princípio geral de direito com um conteúdo bem menos claro e preciso,

39 Em parte, os Estados-Membros dispõem de cláusulas gerais de combate a comportamentos abusivos, como sucede, por exemplo, no caso da República Federal da Alemanha, com o § 42 do Abgabenordnung (Código Fiscal), do Luxemburgo, com o § 6 da Steueranpassungsgesetz (Lei da regularização tributária), da Bélgica, com o artigo 344.º, §1 do code des impôts sur les revenus (Código dos Impostos sobre os Rendimentos), da Suécia, com o artigo 2.º da Lei (1995:575), ou da Finlândia, com o artigo 28.º da Lei sobre o procedimento de tributação dos rendimentos. Em parte, existem disposições especiais [tal com, na Dinamarca, em matéria de preços de transferência, nos termos do § 2 da Ligningslovens (Lei da avaliação fiscal)], ou princípios gerais do direito (na República Federal da Alemanha, seria o caso do princípio da prevalência do fundo sobre a forma que, designadamente, se pode retirar dos §§ 39 e segs. do Abgabenordnung).

40 V., apenas, Acórdãos de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 27); de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 68); de 3 de março de 2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, n.º 32); de 14 de dezembro de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, n.º 51); e de 23 de março de 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, n.º 33).

41 Em relação ao dever imposto aos órgãos jurisdicionais nacionais de interpretarem o direito nacional em conformidade com a diretiva, v. a jurisprudência constante e, particularmente, os Acórdãos de 4 de julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, EU:C:2006:443, n.ºs 108 e segs.); de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.ºs 113 e segs.); e de 10 de abril de 1984, von Colson e Kamann (14/83, EU:C:1984:153, n.º 26).

42 Acórdãos de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 45); de 7 de janeiro de 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, n.º 57); de 14 de julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, n.ºs 20, 25 e 26); e de 13 de novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, n.ºs 6 e 8); v. ainda as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 65).

43 V., neste sentido, expressamente, Acórdão de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 42).

44 Acórdãos de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 49); de 21 de setembro de 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, n.º 41); de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 42); e de 19 de novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, n.º 21); v., igualmente, as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 66).

45 Acórdão de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 42), e as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 65); v., entre outros, Acórdão de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.º 108 e jurisprudência referida).

46 V. as minhas Conclusões no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 67) e o Acórdão de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.ºs 38 e segs.). Em sentido semelhante, v. também as minhas Conclusões no processo Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, n.º 103).

correr-se-ia o risco de o objetivo de harmonização da Diretiva 2003/49 — e também de todas as outras diretivas que contêm disposições concretas para combater as práticas abusivas (como, por exemplo, o artigo 6.º da Diretiva 2016/1164) — ser eludido. Acresce que, desta forma, seria contornada a proibição, já referida, de aplicar diretamente em detrimento dos particulares disposições da diretiva não transpostas⁴⁷.

2. Intransponibilidade da jurisprudência em matéria de IVA

105. A tal não se opõem os acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos nos processos *Italmoda* e *Cussens*⁴⁸. Nestes acórdãos, o Tribunal de Justiça declarou que o princípio da proibição de práticas abusivas deve ser interpretado no sentido de que pode ser diretamente aplicado, independentemente de uma medida nacional que lhe dê aplicação na ordem jurídica interna, para recusar a isenção de IVA, sem que a isso se oponham os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

106. Contudo, estes dois acórdãos diziam exclusivamente respeito às regras aplicáveis em matéria de IVA, o que difere da matéria aqui em causa. Por um lado, as regras aplicáveis em matéria de IVA estão muito mais harmonizadas pelo direito da União e afetam de um modo muito mais abrangente os interesses do direito da União devido ao enquadramento financeiro da União a elas associado do que as regras dos Estados-Membros aplicáveis em matéria de imposto sobre os rendimentos.

107. Por outro lado, nos termos do artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE, o direito da União obriga os Estados-Membros à cobrança (efetiva) do IVA⁴⁹, ao passo que o mesmo não sucede com as regras relativas ao imposto sobre os rendimentos. Acresce ainda a especial vulnerabilidade do regime do IVA à fraude, que exige certamente uma execução particularmente efetiva dos direitos fiscais. Nesta medida, o próprio Tribunal de Justiça também distingue, na sua decisão mais recente, entre o regime do IVA e o direito da União secundário, que permite expressamente medidas para combater as práticas abusivas⁵⁰. Consequentemente, o artigo 5.º da Diretiva 2003/49 não pode ser diretamente aplicado em prejuízo do sujeito passivo⁵¹.

3. Quanto à existência de uma disposição nacional específica de combate a práticas abusivas

108. O órgão jurisdicional de reenvio deve, contudo, apreciar se poderão aplicar-se ao presente caso disposições gerais ou princípios do direito interno (entre os quais também se incluem os princípios desenvolvidos pela jurisprudência) dos quais, segundo uma interpretação conforme com o direito da União, pudesse resultar, por exemplo, a irrelevância para efeitos fiscais de negócios simulados ou uma proibição do recurso abusivo a determinados benefícios fiscais.

47 Neste sentido, não é claro o Acórdão de 22 de novembro de 2005, *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709, n.ºs 74 a 77); v., a este respeito, desde logo, as minhas Conclusões no processo *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 67) e, com maior rigor, também o Acórdão de 5 de julho de 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 42).

48 Acórdãos de 22 de novembro de 2017, *Cussens e o.* (C-251/16, EU:C:2017:881), e de 18 de dezembro de 2014, *Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti* (C-131/13, C-163/13 e C-164/13, EU:C:2014:2455).

49 Acórdãos de 8 de setembro de 2015, *Taricco e o.* (C-105/14, EU:C:2015:555, n.ºs 36 e segs.), e de 26 de fevereiro de 2013, *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 26).

50 Neste sentido, expressamente, Acórdão de 22 de novembro de 2017, *Cussens e o.* (C-251/16, EU:C:2017:881, n.ºs 28, 31 e 38).

51 Neste sentido, desde logo, Acórdão de 5 de julho de 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 42).

109. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de combate a práticas abusivas, o objetivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar montagens puramente artificiais, desprovidas de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por atividades realizadas no território nacional⁵².

110. Por este motivo, pode responder-se às questões 2.1 e 3 que nem o § 2(1)(d) da lei dinamarquesa relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas nem uma convenção sobre dupla tributação que faça incidir a tributação de juros sobre o beneficiário efetivo são suficientes para serem considerados uma transposição do artigo 5.º da Diretiva 2003/49.

111. Porém, esta situação requer uma apreciação diferente na Dinamarca, no contexto da aplicação conforme com o direito da União da denominada «doutrina da realidade» e do princípio do «destinatário legítimo dos rendimentos». Estes foram desenvolvidos precisamente para fazer face à questão de o direito civil permitir várias montagens, mas o direito fiscal apenas tributar factos económicos. Por conseguinte, estes princípios jurídicos visam especificamente montagens artificiais ou abusos de direito por parte dos particulares e também constituem, assim, em princípio, uma base legal suficientemente específica para uma restrição da liberdade de estabelecimento. A referência feita por diversas vezes na audiência, pela recorrente no processo principal, ao facto de a Dinamarca não ter transposto o artigo 5.º da Diretiva 2003/49 seria, nessa medida, irrelevante. No entanto, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se assim é no caso concreto.

112. Por conseguinte, a «doutrina da realidade» desenvolvida na Dinamarca, interpretada num sentido conforme com o direito da União, pode bastar como base para que montagens puramente artificiais ou até abusivas — caso existam (v., a este respeito, com mais detalhe, n.ºs 57 e segs.) — sejam ignoradas na tributação. A «doutrina da realidade» também me parece apenas uma categoria especial da perspetiva económica que constitui provavelmente a base da maioria das disposições dos Estados-Membros destinadas a combater situações abusivas⁵³. O mesmo também se vislumbra no plano do direito da União, por exemplo, no artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2016/1164, segundo o qual se considera que uma montagem não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica. Contudo, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar esta questão.

113. Se o objetivo da montagem consistir em impedir a tributação dos investidores, o pagamento, apesar de formalmente realizado à sociedade luxemburguesa, é efetivamente, de uma perspetiva económica, realizado ao A Fund ou aos seus investidores. O pagamento à Z Luxembourg não reflete, assim, a realidade económica, mas apenas a realidade do direito civil (formal).

E. Violação de liberdades fundamentais (questões 5, 6 e 7)

114. Uma vez que a Z Luxembourg — tal como acima referido nos n.ºs 34 e segs. — deve ser, em princípio, considerada a beneficiária efetiva, não será necessário analisar as questões 5, 6 e 7 submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

⁵² Acórdãos de 18 de junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, n.º 64); de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 55); e de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 74).

⁵³ É muito frequente os Estados-Membros basearem-se no conteúdo efetivo de um ato ou de uma transação — é esse, por exemplo, o caso da Finlândia, da Hungria, da Irlanda, da Itália, da Lituânia, dos Países Baixos, de Portugal e da Eslovénia.

115. Com efeito, se o órgão jurisdicional de reenvio, no âmbito da aplicação conforme com o direito da União dos princípios de direito nacional, concluir pela existência de uma montagem abusiva, pode eventualmente ser efetuada uma tributação na fonte. No entanto, a questão também já não se coloca no caso em apreço, uma vez que esta tributação é consequência de uma prática abusiva e, segundo jurisprudência assente, os particulares não se podem prevalecer abusivamente das normas do direito da União⁵⁴.

116. Porém, independentemente disso, o Tribunal de Justiça também já declarou que a diferença de tratamento entre destinatários de juros nacionais e estrangeiros, decorrente da aplicação de técnicas de tributação diferentes, tem que ver com situações que não são comparáveis⁵⁵. Mesmo que esta situação fosse considerada comparável, justificar-se-ia, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma restrição à liberdade fundamental, desde que a tributação dinamarquesa na fonte do destinatário dos juros não residente não fosse mais elevada do que a tributação dinamarquesa em matéria de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas do destinatário dos juros residente⁵⁶.

117. A não consideração, mencionada pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua questão 5, das despesas do destinatário dos juros com domicílio noutra Estado-Membro no âmbito da retenção na fonte é uma consequência inexorável do regime de retenção na fonte. Se é um terceiro (o pagador dos juros) que, em última instância, paga o imposto sobre o rendimento do destinatário dos pagamentos num valor fixo, este não pode deduzir as respetivas despesas (despesas operacionais) — as quais, geralmente, nem sequer são do seu conhecimento. Em regra, essas despesas são tipicamente tidas em conta no âmbito de uma taxa inferior de retenção na fonte.

118. Em suma, com a sua questão 5, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, particularmente, se o destinatário dos juros com domicílio noutra Estado-Membro pode, tal como o destinatário dos juros com domicílio no Estado-Membro, invocar as suas despesas para efeitos de liquidação do imposto na Dinamarca. Contudo, a resposta a esta questão afigura-se irrelevante para o presente processo, já que a Z Denmark se opõe à sua responsabilidade no âmbito da sua obrigação de retenção na fonte.

119. O mesmo se diga (no que respeita ao n.º 115) da aplicação de uma taxa ou da constituição, na Dinamarca, de uma dívida de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, para o destinatário dos juros, diferentes da obrigação dinamarquesa de retenção na fonte que incide sobre o pagador dos juros. Não se trata de situações comparáveis, uma vez que, num dos casos, é devido um imposto *próprio* (imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas) e, noutra caso, é retido e pago, em nome do destinatário dos juros, um imposto que, na realidade, é *alheio* (o seu imposto sobre o rendimento das pessoas singulares ou coletivas). A constituição e a remuneração distintas resultam da técnica e da função diferentes da tributação na fonte (v., a este respeito, n.º 86).

VI. Conclusão

120. Face ao exposto, proponho que seja dada a seguinte resposta às questões prejudiciais submetidas pelo Vestre Landsret (Tribunal de Recurso da Região Oeste, Dinamarca):

- 1) Deve responder-se às questões 1 a 1.4 que uma sociedade domiciliada noutra Estado-Membro, que seja titular de um crédito sobre o qual se vencem juros, deve ser, em princípio, considerada o beneficiário efetivo na aceção do artigo 1.º, n.º 1, 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

54 V., por exemplo, Acórdãos de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 27); de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 68); e de 14 de dezembro de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, n.º 51 e jurisprudência referida).

55 Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, n.º 41), confirmado pelo Acórdão de 18 de outubro de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, n.º 26).

56 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 90), e de 18 de outubro de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, n.º 42 e segs.).

royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes. O mesmo não se passa nos casos em que esta sociedade não atua por conta própria, mas por conta de outrem, para um terceiro.

O conceito de «beneficiário efetivo» nos termos do direito da União deve ser objeto de uma interpretação autónoma e independente dos comentários ao artigo 11.º do Modelo de Convenção da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos (OCDE) de 1977 ou das suas versões posteriores.

- 2) Deve responder-se à questão 2 que a constatação da existência de uma prática abusiva depende de uma apreciação global de todas as circunstâncias do respetivo caso, a qual compete ao órgão jurisdicional nacional.
 - a) No direito fiscal, pode entender-se que existe uma situação abusiva nas situações em que se vislumbram montagens puramente artificiais, desprovidas de realidade económica ou cujo objetivo essencial é o de eludir o imposto que, de acordo com o seu espírito, seria normalmente devido. Para este efeito, cabe à Administração Fiscal demonstrar que o respetivo imposto seria exigível, se a montagem fosse adequada, ao passo que cabe ao sujeito passivo demonstrar a existência de motivos relevantes alheios ao direito fiscal, subjacentes à escolha da montagem.
 - b) A não sujeição a retenção na fonte dos pagamentos de juros a fundos de capital com domicílio em Estados terceiros implica, principalmente, a não sujeição a imposto dos destinatários efetivos dos rendimentos de juros (ou seja, dos financiadores). Neste caso, pode, em particular, presumir-se a existência de uma prática abusiva se a estrutura empresarial escolhida visar o aproveitamento de uma certa falta de informação entre os Estados envolvidos, de forma a evitar uma tributação dos destinatários efetivos dos juros.
 - c) Um Estado-Membro não pode, contudo, invocar o artigo 5.º da Diretiva 2003/49 se não o tiver transposto.
- 3) Quanto à questão 3, deve responder-se que nem o § 2(2)(d) da lei dinamarquesa relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas nem o regime de uma convenção sobre dupla tributação equivalente ao do artigo 11.º do Modelo de Convenção OCDE podem ser considerados uma transposição suficiente do artigo 5.º da Diretiva 2003/49. Contudo, tal não impede uma interpretação conforme com o direito da União e a aplicação de princípios gerais de direito nacional cuja finalidade consiste especificamente em combater montagens artificiais ou o abuso de direito por parte dos particulares.
- 4) Deve responder-se à questão 4 que o Estado-Membro que não pretende reconhecer uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro como beneficiária efetiva dos juros deve identificar, para que possa ser constatada a existência de uma situação abusiva, quem entende que deve ser considerado o beneficiário efetivo. Porém, para esse efeito, no caso de factos ocorridos no estrangeiro, pode impender sobre o sujeito passivo um dever de cooperação acrescido.
- 5) Atendendo às respostas acima fornecidas às questões 1 e 2, não há que responder às questões 5, 6 e 7.