

AS NORMAS CONTRA A SUBCAPITALIZAÇÃO E O CASO LANKHORST

COMENTÁRIO

Manuel Anselmo Torres

1. Síntese e estrutura do acórdão

Atento o litígio no processo principal (Lankhorst 5-24¹) o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (adiante referido simplesmente por Tribunal) responde da seguinte maneira à questão prejudicial (Lankhorst 1-4, 25) que lhe é colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio:

- a) Remete, a título liminar, para a sua jurisprudência assente, segundo a qual o direito comunitário impõe aos Estados-Membros que exerçam a sua competência na fiscalidade directa abstendo-se de qualquer discriminação em razão da nacionalidade (Lankhorst 26);
- b) Analisa a norma tributária alemã concluindo que esta constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento consagrada no art.º 43º do Tratado (Lankhorst 27-32);
- c) Analisa, rejeitando, duas causas de possível justificação desse obstáculo – a luta contra a evasão fiscal (Lankhorst 34-38) e a preservação da coerência do regime fiscal aplicável (Lankhorst 39-42) – e afasta liminarmente a invocação de uma terceira – a preservação da eficácia dos controlos fiscais (Lankhorst 43-44);
- d) Declara a incompatibilidade da norma tributária alemã com o direito de estabelecimento consagrado no art.º 43º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Lankhorst 45).

¹ Os números aqui referidos entre parêntesis e a seguir a palavra Lankhorst referem-se à numeração das considerações do Acórdão Lankhorst-Hohorst.

2. O caso *sub judice*

Muito embora o objecto da decisão do Tribunal se cinja à declaração de incompatibilidade da norma de direito interno de um Estado-Membro com uma disposição do Tratado que institui a Comunidade Europeia (doravante simplesmente referido por Tratado), as circunstâncias do caso concreto sujeito à aplicação daquela norma de direito interno encerram particularidades que não deixaram de influenciar a sua fundamentação.

Essas circunstâncias particulares relevam pela ausência de conduta abusiva do sujeito passivo. Essa ausência foi relevada pelo órgão jurisdicional de reenvio e sublinhada pelo Tribunal ao não acolher como justificação válida para a criação de um obstáculo à liberdade de estabelecimento a luta contra a evasão fiscal (Lankhorst 38).

Resulta do acórdão que, em 1 de Dezembro de 1996, a Lankhorst-Hohorst tinha um capital social de 2 milhões de marcos alemães (DEM) e um passivo perante uma instituição de crédito de cerca de DEM 3,7 milhões. Nessa data, a sociedade-avó residente nos Países Baixos concedeu-lhe um empréstimo de DEM 3 milhões, o qual a Lankhorst-Hohorst utilizou quase exclusivamente para amortizar o seu passivo bancário, reduzindo substancialmente o encargo de juros em que incorria para remunerar os capitais alheios. O valor dos juros que passou a dever à sociedade-avó era cerca de metade do valor dos juros até então devidos à banca.

Tratou-se de uma operação que não poderia suscitar qualquer reparo do ponto de vista do seu interesse económico da Lankhorst-Hohorst. A operação de refinanciamento do passivo não configurou qualquer abuso de norma tributária nem tão pouco violou a regra de subcapitalização de direito alemão, uma vez que o passivo assumido perante o titular (indirecto) do capital social ficou aquém do triplo do valor do capital próprio correspondente à respectiva participação (indirecta) no capital social.

Porém, nos dois exercícios seguintes, a Lankhorst-Hohorst acumulou prejuízos que resultaram, no final do exercício de 1998, numa situação líquida negativa de cerca de DEM 1,5 milhões. Os prejuízos dos exercícios de 1997 e 1998 reduziram os capitais próprios da sociedade a um ritmo superior àquele a que esta ia amortizando o passivo perante os titulares do capital. Em resultado, este passivo franqueou o rácio de 3 sobre os capitais próprios, ditado pela norma alemã de subcapitalização. Além de acumular prejuízos, ficando assim descapitalizada, a sociedade viu-se ainda sujeita a tributação sobre os juros devidos à sociedade-avó como se de lucros distribuídos se tratasse.

Verifica-se, assim, que a liquidação adicional a que a Lankhorst-Hohorst foi sujeita nos termos da norma de subcapitalização alemã resultou exclusivamente da circunstância de, em certo momento, a sociedade ter refinanciado o seu passivo bancário mediante suprimentos do titular (indirecto) do capital, apesar de esse refinanciamento ser claramente ditado por razões de má gestão financeira. Não tivesse a sociedade procedido a esse refinanciamento, a lei tributária alemã aparentemente nada teria a obstar à dedução fiscal de um juro, embora muito superior, em face da mesma relação entre capitais próprios e alheios.

Por outro lado, ao refinanciar o passivo bancário em termos para si muito mais vantajosos, a sociedade colocou-se automaticamente fora da excepção prevista na mesma norma de subcapitalização. Essa excepção declara que a requalificação dos juros como lucros distribuídos não é aplicável sempre que a sociedade pudesse obter o mesmo empréstimo de uma entidade terceira “em igualdade de condições”. O agravamento da sua situação financeira encarregou-se de afastar ainda mais as condições do empréstimo praticadas pela sociedade participante daquelas que seriam exigidas por uma entidade terceira, especialmente as condições de garantia. Por tudo isso, a Lankhorst-Hohorst caiu na alçada da norma de subcapitalização e foi tributada sobre os juros devidos como se de lucros distribuídos se tratasse.

As circunstâncias do caso concreto descobrem, assim, um resultado chocante da aplicação de uma norma que, no dizer dos governos alemão, dinamarquês e britânico, se destina a lutar contra a evasão fiscal (Lankhorst 34). Embora o contribuinte exiba um comportamento, desse ponto de vista, isento de

censura, não usando de qualquer artifício jurídico para se eximir às suas obrigações tributárias², a lei tributária vem sancioná-lo em virtude de um comportamento que, pelo contrário, é aquele que resulta da prossecução do mais elementar interesse social: a redução de custos.

3. O efeito discriminatório da norma de subcapitalização alemã

O número 1 do artigo 8º-A do código do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas alemão, em vigor à data da liquidação de imposto e objecto da questão prejudicial, dispunha o seguinte:

“As remunerações de capital alheio obtido por uma sociedade de capitais que esteja ilimitadamente sujeita a tributação, de um sócio não habilitado ao crédito de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas o qual em qualquer momento do exercício social haja detido uma participação substancial no seu capital social, são tidas como distribuições de lucros encobertas,

...

2: sempre que a remuneração acordada consistir numa fracção do capital alheio e este ultrapasse, num dado momento do exercício social, o triplo da participação no capital próprio atribuível ao titular, salvo se a sociedade de capitais pudesse ter obtido esse capital alheio de um terceiro, de resto em igualdade de condições, ou se se tratar da obtenção de meios de financiamento de negócios de comércio habitual.”³

Ressalta do enunciado da norma uma ausência de qualquer distinção formal, explícita ou directa entre sócios residentes e sócios não residentes. Em vez disso, a norma limita a sua previsão às situações em que o sócio “não está habilitado ao crédito de imposto”. Dessa forma, a norma distingue apenas entre sócios consoante estejam ou não habilitados a esse crédito de imposto, só se aplicando na presença destes últimos.

² Segundo o próprio órgão jurisdicional de reenvio, cf. Lankhorst 38.

³ Tradução nossa da redacção da norma em língua alemã.

Sucedde que o tribunal de reenvio identificou apenas duas categorias abstractas de sócios não habilitados a crédito de imposto: uma categoria específica – as sociedades residentes isentas do imposto – e uma categoria genérica – todos os sócios não residentes (Lankhorst 4).

O Tribunal entendeu que a categoria das sociedades residentes isentas de imposto não é assimilável à da generalidade dos sócios não residentes, nem à situação particular da sociedade não residente que participa no capital da Lankhorst-Hohorst (Lankhorst 28). Enquanto as primeiras estão isentas em virtude do exercício de actividades de interesse público, estas últimas não gozam de qualquer benefício fiscal nem estão arredadas do crédito de imposto em virtude da sua actividade.

Pelo contrário, o Tribunal entendeu que a categoria dos sócios não residentes é assimilável à da generalidade dos sócios residentes, do ponto de vista do exercício do direito de estabelecimento. O que os distingue é apenas o direito ao crédito de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas alemão. Logo, a distinção normativa segundo este critério redundava numa distinção segundo o critério da residência.

Isolada a residência do sócio como factor determinante da distinção normativa, chega-se à identificação de uma discriminação em razão da nacionalidade, proibida pelo artigo 43º do Tratado, em resultado de duas observações:

Por um lado, verifica-se uma diferença de tratamento entre filiais residentes na Alemanha consoante a sociedade-mãe tenha ou não sede na Alemanha. No caso *sub júdice*, bastava que a sociedade participante tivesse sede na Alemanha, e não nos Países Baixos, para que a norma interna de subcapitalização já não fosse aplicável (Lankhorst 27).

Por outro lado, em situações comparáveis entre sócios residentes e não residentes, a aplicação da norma interna de subcapitalização torna menos atraente o exercício do direito de estabelecimento por parte do não residente (Lankhorst 32).

4. A sanção da fraude à lei fiscal como justificação de um obstáculo à liberdade de estabelecimento

Seguindo o figurino tradicional, o Tribunal analisa causas eventualmente justificativas da criação e manutenção do obstáculo à liberdade de estabelecimento, alegadas por Estados-Membros intervenientes no processo.

A principal justificação que estes alegam é a da necessidade de prevenir e reprimir a fraude à lei fiscal ou, na expressão utilizada, a luta contra a evasão fiscal.

Embora procure apurar a compatibilidade em abstracto de uma norma de direito interno com uma norma do Tratado, o Tribunal não deixa de sublinhar as circunstâncias do caso concreto para concluir que esta norma interna alemã, sendo aplicável a uma situação não abusiva, não se destina tão pouco a lutar contra a evasão fiscal.

No dizer do Tribunal, a norma alemã não tem por objectivo específico excluir de um benefício ou vantagem fiscal os expedientes puramente artificiais para fugir à sua alçada. Pelo contrário, a norma alemã aplica-se a todas as situações, abusivas ou não, em que uma filial alemã é detida por uma sociedade residente fora da Alemanha.

Que a norma alemã seja também susceptível de alcançar o desiderato de luta contra a evasão fiscal, quer sancionando situações abusivas em muitos ou sequer na maioria dos casos aos quais se aplica, quer dissuadindo muitas situações de subcapitalização abusiva, não parece impressionar o Tribunal. Este insiste, assim, que a luta contra a evasão fiscal só pode justificar um obstáculo à liberdade de estabelecimento através de normas que sejam especificamente dirigidas a esse fim, não através de normas que logrem alcançar esse objectivo dentro de um desiderato mais amplo de combate à redução da receita tributária.

Com efeito, sabendo-se que as normas de subcapitalização têm na sua génese, não tanto preocupações de combate à evasão fiscal, mas sobretudo a prevenção e repressão do fenómeno da erosão da base do

imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas⁴, o Tribunal não perde a oportunidade de “a título liminar” recordar a sua jurisprudência constante segundo a qual a redução de receitas fiscais não constitui razão imperiosa de interesse geral susceptível de justificar uma medida em princípio contrária a uma liberdade fundamental (Lankhorst 36).

É condição necessária para a justificação de um obstáculo à liberdade de estabelecimento que este consista numa sanção própria, e não apenas incidental, da fraude à lei fiscal.

Porém, sendo *necessária*, esta condição não é, ainda assim, no entender do Tribunal, uma condição *suficiente*. O Tribunal destaca ainda um efeito colateral da norma de subcapitalização alemã, que a tornaria sempre um obstáculo injustificado àquela liberdade: a dupla tributação.

No caso *sub judice*, enquanto a filial é tributada na Alemanha sobre os juros pagos, a sociedade-avó será tributada nos Países Baixos sobre os mesmos juros percebidos. Com efeito, a requalificação dos juros operada pelo Estado da fonte não é oponível ao Estado da residência, levando a uma potencial dupla tributação económica do rendimento. Se a indedutibilidade dos juros da filial, só por si, já é um obstáculo à liberdade de estabelecimento, o efeito de dupla tributação económica agrava esse obstáculo. Entende, por isso, o Tribunal que “o princípio da proporcionalidade exigiria que os dois Estados-Membros em causa se concertassem para evitar uma dupla tributação” (Lankhorst 35).

Este reconhecimento do “dano colateral” de dupla tributação, aqui resultante do efeito discriminatório da aplicação de normas internas de subcapitalização, como um obstáculo último à invocação da luta contra a fraude à lei fiscal para derrogar uma liberdade fundamental do Tratado, é porventura o maior desafio colocado pela jurisprudência do Tribunal aos Estados-Membros. Não basta, pois, eliminar em sede de lei interna a distinção, explícita ou implícita, entre residentes e não residentes. É ainda necessário assegurar que, apesar da igualdade de inclusão de residentes e não residentes na previsão normativa, estes últimos não sairão penalizados pela sua dupla exposição à jurisdição tributária do Estado da fonte e do Estado da residência. À primeira vista, só uma completa harmonização multilateral

⁴ **Maria dos Prazeres Lousa**, As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 383, Julho-Setembro de 1996

da tributação directa dos Estados-Membros poderá atingir esse resultado. Até lá, mesmo as normas *gerais* anti-abuso de cada Estado-Membro terão de ceder à liberdade de estabelecimento.

5. A preservação da coerência do regime fiscal como justificação de um obstáculo à liberdade de estabelecimento

Alegaram ainda os governos alemão e britânico que a discriminação seria também justificada pela necessidade de garantir a aplicação do princípio da plena concorrência, tal como é internacionalmente reconhecido, enquanto elemento necessário à coerência do regime fiscal alemão.

Concretamente, estaria em causa preservar o princípio segundo o qual as condições em que os capitais alheios são colocados à disposição de uma sociedade por um sócio residente noutra Estado devem ser comparáveis àquelas em que os mesmos capitais lhe seriam colocados à disposição por um terceiro independente.

É, no entanto, difícil de entender a recondução da aplicação do princípio da plena concorrência à coerência interna do sistema fiscal alemão. Embora o princípio da plena concorrência seja sem dúvida um elemento estruturante de qualquer sistema fiscal desenvolvido, não se pode afirmar que um regime fiscal em que o princípio da plena concorrência não se encontre positivado seja, por isso, um sistema incoerente. A coerência interna do sistema refere-se não à sua perfeição ou sofisticação, mas ao nexo entre as suas diversas normas. Ao retirar uma norma do sistema, pergunta-se se fica quebrado o nexo que a ligava a uma outra, a qual, em consequência, fica sem nexo. É o caso de uma norma que isente de imposto um rendimento anteriormente tributado na mesma pessoa. Tal como, por exemplo entre nós, se isentam os rendimentos de unidades de participação em fundos de investimento detidos por pessoas singulares. Retirada a norma de tributação desses rendimentos na fonte, a norma de isenção fica sem nexo.

Já no caso dos autos, não se pode dizer que, retirada a norma alemã de subcapitalização, se deixa sem nexo um qualquer benefício correlativo, concedido a filiais alemãs de entidades não residentes. Pelo menos, nenhum tal benefício foi identificado, pelo que o Tribunal se limitou a rejeitar a alegação,

reafirmando a sua jurisprudência constante de necessidade de um *nexo directo* entre a norma prejudicial tida por contrária ao Tratado e uma outra norma do direito interno que conceda ao mesmo sujeito passivo determinada vantagem (Lankhorst 42).

6. O artigo 61º do Código do IRC à luz do Acórdão Lankhorst

O regime de subcapitalização português, contido no art.º 61º do Código do IRC⁵, apresenta duas diferenças relevantes em relação à norma alemã objecto do Acórdão Lankhorst.

Em primeiro lugar, discrimina explícita e directamente entre sociedades portuguesas consoante se trate de filiais de sócios residentes ou de sócios não residentes.

Esta discriminação explícita, caso constasse da lei alemã, teria evitado ao Tribunal a averiguação sobre a discriminação oculta ou implícita a que teve de proceder para identificar o seu efeito discriminatório, permitindo-lhe chegar imediatamente à conclusão da sua incompatibilidade com a liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 43º do Tratado. Com efeito, e como seria ocioso demonstrar, aplicam-se à norma portuguesa todas as demais considerações tecidas na resposta do Tribunal no Acórdão Lankhorst.

5

Artigo 61º

Subcapitalização

1 - Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade não residente em território português com a qual existam relações especiais, nos termos definidos no n.º 4 do artigo 58º, com as devidas adaptações, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.

Em segundo lugar, a norma de direito interno português estatui como sanção para o endividamento excessivo perante sócio não residente, em vez da requalificação dos juros como lucros distribuídos, a sua mera indedutibilidade no apuramento do lucro tributável da sociedade devedora.

Esta última diferença destina-se a maximizar a penalização do sócio não residente, quer no Estado da fonte – Portugal – quer no Estado da residência, caso este aplique o método da isenção⁶.

Em Portugal, enquanto Estado da fonte, o juro devido ao não residente é tributado, na maioria dos casos, a taxas liberatórias superiores às que seriam aplicáveis sobre dividendos. Isso deve-se principalmente à aplicação da Directiva do Conselho, de 23 de Julho de 1990, nº 90/435/CEE, relativa ao Regime Fiscal Comum Aplicável às Sociedades-Mães e Sociedades Afiliadas de Estados-Membros Diferentes, que prevê a isenção de qualquer tributação na fonte sobre lucros distribuídos.

Fora do contexto da União Europeia, também a generalidade dos tratados para evitar a dupla tributação internacional celebrados por Portugal prevêem, no caso de participações de capital qualificadas, um limite de tributação na fonte sobre dividendos a taxas inferiores às aplicáveis sobre os juros.

Por outro lado, nos casos em que o Estado da residência isente de imposto os dividendos recebidos de fonte portuguesa, poderiam os juros que o Estado da fonte Portugal requalificasse como dividendos beneficiar igualmente dessa isenção, verificadas determinadas disposições legais no Estado da residência. Não operando a lei interna portuguesa essa requalificação na fonte, o juro continua a ter no Estado de residência o seu tratamento tributário próprio, normalmente mais gravoso do que o aplicável aos dividendos.

Como acima vimos, o efeito de dupla tributação internacional constitui, só por si, no entender do Tribunal, um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento incompatível com o Tratado.

⁶ Cf. **Lousa**, op. cit.

Ora, o legislador português adoptou um regime de subcapitalização não só abertamente discriminatório de quaisquer não residentes, como ainda vocacionado para maximizar a sua dupla tributação internacional. Dificilmente se poderia conceber um regime mais flagrantemente destinado a ser posto em causa pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias com base na violação do direito de estabelecimento consagrado no art.º 43º do Tratado.

7. Que futuro para as normas de subcapitalização internas dos Estados-Membros?

A relevância do Acórdão Lankhorst consiste em colocar em crise as normas de subcapitalização actualmente em vigor em diversos Estados-Membros. Um estudo da PricewaterhouseCoopers⁷ identificou oito Estados-Membros cujas normas de subcapitalização contêm os ingredientes da norma alemã objecto da decisão do Tribunal. Além de Portugal, contam-se a Alemanha (já com uma nova norma, que sucedeu àquela que foi objecto do Acórdão Lankhorst), a Bélgica, a Dinamarca, a Espanha, a França, a Itália (esta com uma norma que apenas entrará em vigor em 2004) e o Reino Unido.

Embora a jurisprudência recente do Tribunal já deixasse claramente antever a incompatibilidade dessas normas com o Tratado⁸, nunca se tinha especificamente debruçado sobre nenhuma delas. Ao decidir de modo tão peremptório e abrangente, não deixa qualquer margem para dúvida sobre a incompatibilidade com o Tratado de normas análogas dos demais ordenamentos tributários. Os sujeitos passivos potencialmente lesados por essas normas poderão doravante confiar plenamente na jurisdição do Tribunal para as tornar pura e simplesmente inaplicáveis a situações intra-comunitárias.

A irrelevância dos limites à subcapitalização impostos pelas normas de direito interno, conjugada com as diferentes cargas tributárias sobre rendimentos de capital vigentes nos diversos Estados-Membros, abre interessantíssimas oportunidades de planeamento fiscal internacional. Doravante, existe o incentivo para maximizar o financiamento de filiais nos Estados-Membros através de capitais alheios,

⁷ **Peter Cussons** et al., Why the ECJ is the most powerful tax force in Europe, *International Tax Review*, Dezembro de 2002

⁸ Para uma apreciação mais exaustiva, cf. **Patrícia Noiret Silveira da Cunha**, A Subcapitalização no Direito Português – Apreciação face ao Direito Comunitário, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Soares Martinez*, Vol. II, Almedina, Junho 2000, e **Manuel Anselmo Torres**, Alcance do Novo Regime Fiscal da Subcapitalização, *Revista Fisco*, n.º 76/77, Março 1996.

assim maximizando a remuneração das aplicações de capitais sob a forma de juros dedutíveis no Estado-Membro da fonte, e tributáveis no Estado-Membro de residência que oferecer a tributação mais baixa. Os Estados-Membros de tributação mais elevada tenderão a assistir à erosão acelerada da sua base tributária em favor dos de tributação mais baixa.

Dir-se-ia que esta perspectiva seria capaz de lançar o pânico sobre as administrações tributárias dos Estados-Membros de mais elevada tributação, os quais correriam a eliminar o efeito discriminatório das suas respectivas normas internas.

Porém, depois do Acórdão Lankhorst, parece ser tarde demais para uma tal solução. É que a jurisprudência do Tribunal identificou um efeito discriminatório não apenas na distinção interna entre residentes e não residentes, como também no efeito internacional de dupla tributação. Resulta daí que, mesmo que os Estados-Membros alargassem o âmbito de aplicação das respectivas normas de subcapitalização a todas as filiais residentes, quer fossem de sócios residentes ou não, sempre sujeitaria os não residentes a uma dupla tributação potencial no Estado-Membro da sua residência.

Ora, a efectiva eliminação dessa dupla tributação potencial significa pouco menos do que uma harmonização intra-comunitária da tributação sobre os rendimentos de capitais – situação que todos os Estados-Membros reconhecem estar longe do poder ser concretizada.

Não parecendo possível, para já, eliminar os obstáculos colocados pelas normas internas de subcapitalização à liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado, poderão ainda os Estados-Membros procurar limitar o efeito de erosão da sua base tributária, eliminando o principal incentivo à subcapitalização: o diferencial intra-comunitário de taxas de tributação sobre os rendimentos do capital. Porém, a soberania fiscal dos Estados-Membros preservada pela regra da unanimidade⁹ não parece oferecer viabilidade política à aproximação intra-comunitária dos níveis de tributação sobre os rendimentos do capital.

⁹ O n.º 2 do artigo 95º do Tratado assegura a regra da unanimidade dos Estados-Membros nas deliberações sobre directivas para a aproximação das suas disposições legislativas fiscais.

Resta, porém, às administrações tributárias, atacar o fenómeno da subcapitalização pela aplicação casuística do princípio da plena concorrência, entre nós consagrado no artigo 58º do Código do IRC. Sem duvida que é uma tarefa muitíssimo mais árdua do que aquela prevista no artigo 61º, em que se desconsidera o encargo do juro com base em critérios arbitrários – “o dobro dos capitais próprios” – e se devolve ao sujeito passivo o ónus de convencer a administração tributária de que, no seu caso concreto, o endividamento perante sócio não é excessivo (cf. n.º 6 do art.º 61º do Código do IRC). Porém, não parece restar outra alternativa senão a aplicação do princípio da plena concorrência, com todo o desafio técnico que isso representa não só para as administrações tributárias menos evoluídas, como principalmente para as correspondentes instâncias judiciais.

xxxxxxxxxxxxx

I

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12 de Dezembro de 2002

«Liberdade de estabelecimento - Imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas - Distribuição encoberta de lucros - Dedução fiscal - Coerência do regime fiscal - Evasão fiscal»

No processo C-324/00,

que tem por objecto um pedido submetido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234º CE, pelo Finanzgericht Münster (Alemanha), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Lankhorst-Hohorst GmbH

e

Finanzamt Steinfurt,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 43º CE,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

[...]

profere o presente

Acórdão

1. Por despacho de 21 de Agosto de 2000, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 4 de Setembro seguinte, o Finanzgericht Münster submeteu, nos termos do artigo 234º CE, uma questão prejudicial relativa à interpretação do artigo 43º CE.

2. Esta questão foi suscita no âmbito de um litígio que opõe a sociedade Lankhorst-Hohorst GmbH (a seguir «Lankhorst-Hohorst»), com sede em Reine (Alemanha), ao Finanzamt Steinfurt, uma administração fiscal alemã, a respeito da liquidação do imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas correspondente ao exercício 1997 e 1998.

Quadro jurídico nacional

3. A Körperschaftsteuergesetz (lei relativa ao imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas), na versão vigente no período de 1996 a 1998 (a seguir «KStG»), tem um § 8a, intitulado «Financiamento pelos sócios», que dispõe o seguinte no seu nº 1:

«A remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita a tributação sem qualquer limitação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto que, no decurso do exercício em causa, tenha detido uma participação substancial no capital social inicial da sociedade, será considerada uma distribuição encoberta de dividendos quando:

[...]

2. haja sido acordada uma remuneração por referência a uma fracção do capital e o capital externo seja mais de três vezes superior ao capital próprio correspondente à participação do referido sócio no decurso do exercício, a menos que a sociedade tivesse podido obter o referido capital externo de outra entidade terceira em igualdade de condições ou se o capital externo constituir um empréstimo destinado a financiar operações bancárias habituais. [...]»

4. Resulta do despacho de reenvio que, de forma geral, não têm direito ao crédito de imposto, por um lado, os sócios não residentes e, por outro lado, as pessoas colectivas de direito alemão isentas do imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas, ou seja, as pessoas colectivas de direito público e as pessoas colectivas que exercem uma actividade económica num sector específico ou que assumem missões que devem ser incentivadas.

O litígio no processo principal e a questão prejudicial

5. A Lankhorst-Hohorst tem como actividade o comércio de acessórios náuticos, artigos de desportos náuticos, artigos de tempos livres e bricolage, roupa de lazer e de trabalho, objectos decorativos bem como ferragens e outros produtos similares. O seu capital social foi aumentado, em Agosto de 1996, para 2 000 000 DEM.

6. A Lankhorst-Hohorst tem como único sócio a sociedade Lankhorst-Hohorst BV (a seguir «LH BV»), com sede nos Países Baixos, em Sneek. O único sócio desta última sociedade é a sociedade Lankhorst Taselaar BV (a seguir «LT BV») com sede igualmente nos Países Baixos, em Lelystad.

7. Por contrato de 1 de Dezembro de 1996, a LT BV concedeu à demandante no processo principal um empréstimo de 3 000 000 DEM, reembolsável em dez prestações anuais de 300 000 DEM, com início em 1 de Outubro de 1998 (a seguir «empréstimo»). A taxa de juro variável era de 4,5% até ao final de 1997. Os juros deveriam ser pagos no final de cada ano. Assim, foram pagos à LT BV, a título de juros, 135 000 DEM em 1997 e 109 695 DEM em 1998.

8. O empréstimo, que devia desempenhar a função de capital de substituição, foi acompanhado da emissão de uma «Patronatserklärung» (carta de garantia da sociedade-mãe) na qual a LT BV renunciava ao reembolso se a demandante no processo principal fosse demandada por terceiros credores.
9. O empréstimo permitiu à Lankhorst-Hohorst reduzir de 3 702 453,59 para 911 174,70 DEM o empréstimo concedido por uma instituição de crédito e diminuir assim o montante dos juros que suportava.
10. Nos exercícios de 1996 a 1998, o balanço da demandante no processo principal apresentou um prejuízo não coberto por capitais próprios, que ascendeu a 1 503 165 DEM no exercício de 1998.
11. Nos seus avisos de liquidação do imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas correspondentes aos exercícios de 1997 e 1998, datados de 28 de Junho de 1999, o Finanzamt Steinfurt considerou que os juros pagos à LT BV eram equiparáveis a uma distribuição de lucros ocultos na aceção do § 8a da KStG e, como tal, tributou-os à Lankhorst-Hohorst à taxa de 30%.
12. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a excepção prevista no § 8a, n.º 1, segundo parágrafo, da KStG, no caso de a sociedade em causa ter podido obter igualmente capitais externos junto de terceiros em condições idênticas, não podia colher no caso em apreço no processo principal. Tendo em conta a situação de sobreendividamento da Lankhorst-Hohorst e a sua incapacidade de oferecer garantias, a mesma não poderia, efectivamente, ter obtido um empréstimo semelhante de terceiros, concedido sem garantia e coberto por uma carta de garantia da sociedade-mãe.
13. Por decisão de 14 de Fevereiro de 2000, o Finanzamt Steinfurt indeferiu a reclamação apresentada pela demandante no processo principal contra os avisos de liquidação do imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas.
14. Em apoio do recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, a Lankhorst-Hohorst alegou que a concessão do empréstimo pela LT BV constituía uma tentativa de salvamento da sua situação e que os juros pagos àquela não podiam ser qualificados de distribuição encoberta de lucros. Além disso,

sustentou que o § 8a da KStG era discriminatório, tendo em conta o tratamento dado aos sócios alemães, que beneficiam do crédito de imposto, diferentemente de sociedades como a LH BV e a LT BV que têm a sua sede nos Países Baixos e, assim, contrário ao direito comunitário, em particular ao artigo 43° CE.

15. A Lankhorst-Hohorst acrescenta que há que tomar em consideração a finalidade do § 8a da KStG, que é impedir os casos de fraude no imposto devido pelas sociedades de capitais. Ora, no caso do processo principal, o empréstimo foi concedido com o único objectivo de minimizar os encargos da Lankhorst-Hohorst e permitir realizar consideráveis economias em termos de juros bancários. A demandante no processo principal alegou a este respeito que, antes da modificação do empréstimo bancário, os juros representavam o dobro dos juros devidos daí em diante à LT BV. Portanto, não se tratava de um caso em que um sócio que não tem direito ao crédito de imposto procura evitar a tributação devida por uma efectiva distribuição de lucros através do pagamento de juros.

16. Segundo o Finanzamt Steinfurt, a aplicação do § 8a da KStG pode ter, é certo, como resultado agravar a situação de sociedades em dificuldade, mas o legislador alemão teve em conta esta circunstância ao prever no § 8a, n° 2, terceiro período, da KStG uma derrogação que não é, contudo, aplicável no processo principal. O Finanzamt Steinfurt sustentou também que a redacção do § 8a não permite concluir que a fraude constitui uma das condições da aplicação deste artigo, o que o órgão jurisdicional de reenvio confirma.

17. Apesar disto, o Finanzamt Steinfurt alega que o § 8a da KStG não é contrário ao princípio comunitário da não discriminação. Existem muitos países com disposições com um objectivo semelhante, designadamente para lutar contra os abusos.

18. O Finanzamt Steinfurt alegou também que a distinção constante do § 8a da KStG entre as pessoas que beneficiam e as que não beneficiam do crédito de imposto não comporta uma discriminação encoberta em razão da nacionalidade, dado que da conjugação do § 5, relativo à isenção de impostos sobre os rendimentos das sociedades, e do § 51 da KStG resulta igualmente a exclusão de diversos grupos de contribuintes alemães que não têm direito ao crédito de imposto.

19. Além disso, o princípio da tributação nacional única e a coerência do sistema fiscal alemão justificariam a aplicação do § 8a da KStG nas circunstâncias do processo principal.

20. O Finanzgericht Münster, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, suscita dúvidas quanto à compatibilidade do § 8a da KStG com o artigo 43º CE (v. designadamente, acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, *Comissão/França*, 270/83, Colect., p. 273; de 29 de Abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97, Colect., p. I-2651, e de 26 de Outubro de 1999, *Eurowings Luftverkehr*, C-294/97, Colect., p. I-7447). Recorda, a este respeito, que, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, o nacional de um Estado-Membro que detém no capital de uma sociedade com sede noutra Estado-Membro uma participação que lhe confere uma influência inequívoca sobre as decisões dessa sociedade exerce o seu direito de estabelecimento (acórdão de 13 de Abril de 2000, *Baars*, C-251/98, Colect., p. I-2787).

21. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, existe uma violação da liberdade de estabelecimento quando uma filial tem um tratamento menos favorável em termos fiscais pelo simples facto de a sociedade-mãe ter a sua sede num Estado-Membro diferente daquele onde a filial está estabelecida, sem que exista qualquer justificação objectiva.

22. A este respeito, o Finanzgericht observa que a regra constante do § 8a da KStG não está directamente ligada à nacionalidade, mas à possibilidade de o sujeito passivo beneficiar do crédito de imposto.

23. O órgão jurisdicional de reenvio refere que, nestas condições, um sócio que tem a sua sede fora da Alemanha está sempre sujeito à regra do § 8a da KStG ao passo que, entre os sócios residentes na Alemanha, só uma categoria bem determinada de sujeitos passivos está isenta do imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas e não tem, conseqüentemente, direito ao crédito de imposto. Ora, esta última categoria de pessoas colectivas não se encontra numa situação comparável à da sociedade-mãe da demandante no processo principal.

24. Quanto à justificação do § 8a da KStG, o órgão jurisdicional de reenvio observa que as razões que se prendem com a coerência do regime fiscal só podem ser invocadas quando existe uma conexão directa entre o benefício fiscal concedido a um contribuinte e a tributação do mesmo contribuinte (acórdão do Bundesfinanzhof de 30 de Dezembro de 1996, I B 61/96, BStBl. II 1997, 466, e acórdão *Eurowings Luftverkehr*, já referido, n.º 42). No caso vertente, não se verifica uma conexão deste tipo.

25. Tendo em conta o que antecede, o Finanzgericht Münster decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O princípio da liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro, previsto no artigo 43.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, na versão de 10 de Novembro de 1997, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à regra constante do § 8a da Körperschaftsteuergesetz (lei relativa ao imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas)?»

Resposta do Tribunal de Justiça

26. A título liminar, deve recordar-se que, segundo jurisprudência assente, embora a fiscalidade directa releve da competência dos Estados-Membros, estes últimos devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário e abster-se, em particular, de qualquer discriminação em razão da nacionalidade (acórdãos de 11 de Agosto de 1995, *Wielockx*, C-80/94, Colect., p. I-2493, n.º 16; de 27 de Junho de 1996, *Asscher*, C-107/94, Colect., p. I-3089, n.º 36; *Royal Bank of Scotland*, já referido, n.º 19; *Baars*, já referido, n.º 17, e de 8 de Março de 2001, *Metallgesellschaft e o.*, C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 37).

Quanto à existência de um obstáculo à liberdade de estabelecimento

27. Importa referir que o § 8a, n.º 1, segundo parágrafo, da KStG apenas se aplica à «remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita sem qualquer limitação a tributação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto». Esta restrição introduz, no que respeita à

tributação dos juros pagos por filiais às suas sociedades-mãe como remuneração de capitais externos, uma diferença de tratamento entre filiais residentes consoante a sua sociedade-mãe tenha ou não sede na Alemanha.

28. Com efeito, as sociedades-mãe residentes beneficiam, na grande maioria dos casos, do crédito de imposto, ao passo que, regra geral, as sociedades-mães estrangeiras não beneficiam. Como referido no n.º 4 do presente acórdão, as pessoas colectivas de direito alemão isentas do imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas e, portanto, excluídas do direito ao crédito de imposto são essencialmente pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas que exercem uma actividade económica num sector específico ou que assumam missões de interesse geral. A situação de uma sociedade, como a sociedade-mãe da demandante no processo principal, que exerce uma actividade económica com fins lucrativos e sujeita a imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas não pode validamente ser comparada à situação desta última categoria de pessoas colectivas.

29. Resulta assim que, ao abrigo do § 8a, n.º 1, segundo parágrafo, da KStG, os juros pagos por uma filial residente como remuneração de capitais externos provenientes de uma sociedade-mãe não residente são tributados como dividendos ocultos à taxa de 30%, ao passo que, no caso de uma filial residente cuja sociedade-mãe, beneficiária do crédito de imposto, também é residente, os juros pagos são tratados como despesas e não como dividendos ocultos.

30. Em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça, o Governo alemão explicou que os juros pagos por uma filial residente à sociedade-mãe igualmente residente, como remuneração de capitais externos recebidos desta última, são igualmente tratados do ponto de vista fiscal como lucros ocultos no caso de a sociedade-mãe ter fornecido uma carta de garantia.

31. Esta circunstância não é, contudo, susceptível de pôr em causa a existência de um tratamento diferenciado em função da sede da sociedade-mãe. Com efeito, a qualificação de um pagamento de juros como distribuição oculta de lucros decorre, tratando-se de uma filial residente que tenha beneficiado de um empréstimo de uma sociedade-mãe não residente, directa e unicamente da aplicação

do § 8a, n° 1, segundo parágrafo, da KStG, independentemente da existência ou não de uma carta de garantia.

32. Esta diferença de tratamento entre filiais residentes em função da sede da sua sociedade-mãe constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento, em princípio, proibida pelo artigo 43° CE. A medida fiscal em causa no processo principal torna menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento pelas sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, as quais poderiam, conseqüentemente, renunciar à aquisição, à criação ou à manutenção de uma filial no Estado-Membro que promulga esta medida.

Quanto à justificação do obstáculo à liberdade de estabelecimento

33. Importa ainda verificar se uma medida nacional como a que consta do § 8a, n° 1, segundo parágrafo, da KStG prossegue um objectivo legítimo compatível com o Tratado e se se justifica por razões imperativas de interesse geral. De qualquer modo, ainda seria necessário, em tal hipótese, que fosse adequada para garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapassasse o que é necessário para atingir esse objectivo (v., designadamente, acórdãos de 15 de Maio de 1997, *Futura Participations e Singer*, C-250/95, Colect., p. I-2471, n° 26, e de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, Colect., p. I-4071, n° 43).

34. Em primeiro lugar, os Governos alemão, dinamarquês e do Reino Unido bem como a Comissão sustentam que a medida nacional em causa no processo principal se destina a lutar contra a evasão fiscal à qual levaria o recurso ao mecanismo dito «da subcapitalização» ou da «capitalização dissimulada». Admitindo que todas as outras condições fossem iguais, seria fiscalmente mais vantajoso assegurar o financiamento de uma filial por empréstimos do que por entradas de capital. Neste caso, com efeito, os lucros da filial são transferidos para a sociedade-mãe sob a forma de juros dedutíveis no momento do cálculo dos lucros tributáveis da filial, e não sob a forma de dividendos não dedutíveis. Na medida em que a filial e a sociedade-mãe têm a sua sede em diferentes países, a dívida fiscal é, então, susceptível de ser transferida de um país para o outro.

35. A Comissão acrescenta que o § 8a, n° 1, segundo parágrafo, da KStG prevê, é certo, uma excepção no caso de a sociedade demonstrar que poderia ter obtido os capitais externos de terceiros em condições idênticas e fixar a proporção admissível de capitais externos em relação aos capitais próprios. Contudo, a Comissão refere que, no caso em apreço, existe um risco de dupla tributação na medida em que a filial alemã está sujeita ao imposto alemão em relação aos juros pagos, enquanto a sociedade-mãe não residente deve ainda declarar nos Países Baixos, como receitas, os juros que recebeu. O princípio da proporcionalidade exigiria que os dois Estados-Membros em causa se concertassem para evitar uma dupla tributação.

36. A título liminar, importa recordar a jurisprudência constante segundo a qual a redução de receitas fiscais não constitui uma razão imperiosa de interesse geral susceptível de justificar uma medida em princípio contrária a uma liberdade fundamental (v. acórdãos de 16 de Julho de 1998, ICI, C-264/96, Colect., p. I-4695, n° 28; *Verkooijen*, n° 59; *Metallgesellschaft* e o., já referido, n° 59, e de 21 de Setembro de 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Colect., p. I-6161, n° 51).

37. No que toca, mais concretamente, à justificação baseada no risco de evasão fiscal, importa sublinhar que a legislação em causa no processo principal não tem por objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação fiscal alemã, mas visa, de maneira geral, qualquer situação na qual a sociedade-mãe tem a sua sede, qualquer que seja a razão, fora da República Federal da Alemanha. Ora, tal situação não implica, em si, um risco de evasão fiscal, pois a sociedade em questão fica de qualquer forma sujeita à legislação fiscal do Estado de estabelecimento (v., neste sentido, acórdão *ICI*, já referido, n° 26).

38. Quanto ao restante, segundo o que o próprio órgão jurisdicional de reenvio apurou, não se provou a existência de qualquer abuso no caso em apreço, tendo efectivamente o empréstimo sido contraído para reduzir, a favor da demandante no processo principal, o encargo dos juros financeiros resultantes do seu crédito bancário. Além disso, resulta dos autos que a Lankhorst-Hohorst, em relação aos exercícios de 1996 a 1998, tinha prejuízos que eram muito superiores aos juros pagos à LT BV.

39. Em segundo lugar, os Governos alemão e do Reino Unido sustentam que o § 8a, n° 1, segundo parágrafo, da KStG se justifica também pela necessidade de garantir a coerência dos regimes fiscais aplicáveis. Mais concretamente, esta disposição está em conformidade com o princípio da plena concorrência, internacionalmente reconhecido, nos termos do qual as condições em que os capitais externos são colocados à disposição de uma sociedade devem ser comparadas com as condições com que a sociedade depararia se obtivesse estes capitais de terceiros. O artigo 9° da convenção-tipo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE) traduz esta preocupação, ao prever a reintegração de lucros para fins fiscais quando as transacções são efectuadas entre empresas associadas em condições diferentes das do mercado.

40. A este respeito, há que referir que, nos acórdãos de 28 de Janeiro de 1992, *Bachmann* (C-204/90, Colect., p. I-249), e de 28 de Janeiro de 1992, *Comissão/Bélgica* (C-300/90, Colect., p. I-305), o Tribunal de Justiça considerou, efectivamente, que a necessidade de assegurar a coerência do regime fiscal pode justificar uma regulamentação susceptível de restringir a livre circulação de pessoas.

41. Contudo, não é este o caso da regulamentação em causa no processo principal.

42. Com efeito, ao passo que, nos processos na origem dos acórdãos *Bachmann* e *Comissão/Bélgica*, já referidos, existia umnexo directo, uma vez que estava em causa um único e mesmo contribuinte, entre a dedutibilidade das cotizações pagas no quadro dos contratos de seguro de velhice e de morte e a tributação dos montantes recebido sem cumprimento dos mesmos contratos, nexoque interessava preservar para salvaguarda da coerência do sistema fiscal em causa, nenhumnexo directo desta natureza existe quando, como no caso em apreço no processo principal, a filial de uma sociedade-mãe não residente fica sujeita a um tratamento fiscal desfavorável, sem que, em relação à referida filial, o Governo alemão tenha invocado qualquer vantagem fiscal susceptível de compensar este tratamento (v., neste sentido, acórdãos *Wielockx*, já referido, n° 24; de 14 de Novembro de 1995, *Svensson e Gustavsson*, C-484/93, Colect., p. I-3955, n° 18; *Eurowings Luftverkehr*, já referido, n° 42; *Verkooijen*, já referido, n°s 56 a 58, e *Baars*, já referido, n° 40).

43. Em terceiro lugar, o Governo do Reino Unido, referindo-se ao n.º 31 do acórdão *Futura Participations e Singer*, já referido, alega que a medida nacional em causa no processo principal poderia ser justificada pela preocupação de garantir a eficácia dos controlos fiscais.

44. Basta referir, a este respeito, que não foi invocado perante o Tribunal de Justiça qualquer argumento destinado a demonstrar em que medida a regra de qualificação constante do § 8a, n.º 1, segundo parágrafo, da KStG é susceptível de permitir às autoridades fiscais alemãs controlar o montante dos rendimentos tributáveis.

45. Tendo em conta as considerações que precedem, há que responder à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio que o artigo 43.º CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma medida como a constante do § 8a, n.º 1, segundo parágrafo, da KStG.

[...]

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Finanzgericht Münster, por despacho de 21 de Agosto de 2000, declara:

O artigo 43.º CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma medida como a constante do § 8a, n.º 1, segundo parágrafo, da Körperschaftsteuergesetz (lei relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas).

Wathelet, Timmermans, Edward, Jann, Rosas

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 12 de Dezembro de 2002.

Língua do processo: alemão.

II

TRATADO QUE INSTITUI A COMUNIDADE EUROPEIA

Parte II – As Políticas da Comunidade

Título III – A Livre Circulação de Pessoas, de Serviços e de Capitais

Capítulo 2 – O Direito de Estabelecimento

Artigo 43º (antigo 52º)¹⁰

No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.

¹⁰ A questão prejudicial colocada ao TEJ pelo órgão jurisdicional de reenvio refere-se à compatibilidade da disposição legal de direito interno alemão com o artigo 43º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, na versão de 10 de Novembro de 1997. Nessa data, embora posterior à assinatura do Tratado de Amsterdão, em 2 de Outubro de 1997, vigorava ainda a redacção original do Tratado de Roma, ainda sob a numeração de artigo 52º. Em vez da actual expressão “são proibidas”, a norma comunitária usava ainda a expressão “suprimir-se-ão gradualmente”. Porém, a decisão do TEJ não dá qualquer relevância ao sentido programático da norma comunitária, na redacção em causa, parecendo preferir já o sentido resultante da redacção actual.