

Aguiar, N., *Breve Nota sobre as Regras de Subcapitalização Portuguesas e a sua Articulação com o Direito Comunitário*, Revista Fiscal, December 2008, pp. 7-13.

Resumo

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de subcapitalização sofreu uma alteração radical entre a decisão do caso *Lankhorst*, em Dezembro de 2002, e a decisão do caso *Thin Cap GLO*, em Março de 2007. Pela primeira, o tribunal declarou incompatível com o direito comunitário a norma alemã sobre subcapitalização que estabelecia, à semelhança da norma portuguesa então vigente, uma presunção de prática abusiva de subcapitalização para os casos em que o endividamento de uma entidade residente para com uma entidade não residente com a qual tivesse relações especiais ultrapassasse determinado limite. Na segunda, o tribunal considera que uma norma deste tipo pode ser compatível com o direito comunitário, desde que actue selectivamente sobre os casos de prática abusiva de subcapitalização, que dê ao contribuinte uma possibilidade efectiva, sem o submeter a exigências excessivas, de demonstrar as razões económicas da operação e desde que a penalização associada ao regime respeite o princípio da proporcionalidade. Mas além disso, o tribunal considera agora que a apreciação de compatibilidade de uma norma sobre subcapitalização com o direito comunitário tem de ser relativizada em função da evolução da jurisprudência, pelo que antes da sentença *Lankhorst* uma norma como a portuguesa não violava o Tratado CE.

Abstract

The ECJ case law on thin capitalisation has suffered a dramatic change of direction between the decision on the case *Lankhorst*, of December 2002, and that on *Thin Cap GLO*, of March 2007. In the first, the court declared incompatible with European law the German rules on thin capitalisation, which set out a presumption of an abusive thin capitalisation practice when debt of a resident entity towards a non resident entity with special relations with the first exceeded a certain limit. In the second sentence, the court declares that a rule of this nature can be compatible with European law provided that those rules have the specific purpose of preventing wholly artificial arrangements, that the taxpayer is given the opportunity to provide evidence of commercial justification for the arrangement and that the recharacterisation of interest as a distribution is limited to the proportion of that interest which exceeds what would have been agreed at arm's length. But besides that, the court considers that the validity of thin capitalisation regime in view of its compatibility with European law must be appreciated having account of the state of the European case law. In view of this data, there is no base to repute the Portuguese rule on thin capitalisation in force before the *Lankhorst* case as incompatible with European law.