



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 21 de novembro de 2013¹

Processo C-326/12

**Rita van Caster
Patrick van Caster
contra
Finanzamt Essen-Süd**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Finanzgericht Düsseldorf (Alemanha)]

«Livre circulação de capitais — Tributação de rendimentos resultantes dos fundos de investimento que não transmitem uma comunicação detalhada dos lucros aos investidores ('fundos não transparentes')»

I – Introdução

1. O presente processo de reenvio prejudicial diz respeito à compatibilidade de disposições nacionais, como os §§ 5 e 6 da lei alemã sobre a tributação dos investimentos (Investmentsteuergesetz, a seguir «InvStG»), com as disposições do Tratado FUE sobre a livre circulação de capitais. Segundo as disposições nacionais em causa, os rendimentos que um investidor auferir de um fundo de investimento serão tributados a uma taxa fixa quando a sociedade gestora do fundo não respeitar as obrigações de transparência e de comunicação das informações previstas na referida lei.

II – Quadro jurídico

A – Direito da União

2. O artigo 63.º, n.º 1, TFUE (ex-artigo 56.º, n.º 1, CE) tem a redação seguinte:

«No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.»

3. Segundo o artigo 65.º, n.º 3, TFUE (ex-artigo 58.º, n.º 3, CE):

«As medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º»

¹ — Língua original: francês.

4. A Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos², aplicável à data dos factos, previa, no seu artigo 1.º, intitulado «Disposições gerais», que:

«1. Nos termos da presente diretiva, as autoridades competentes dos Estados-Membros trocarão todas as informações que lhes permitam o estabelecimento correto dos impostos sobre o rendimento e o património.

2. São considerados impostos sobre o rendimento e o património, independentemente do sistema de cobrança, os impostos que incidem sobre o rendimento global, sobre o património total ou sobre elementos do rendimento ou do património, incluindo os impostos sobre os lucros provenientes da alienação de bens móveis ou imóveis, os impostos sobre o montante dos salários pagos pelas empresas, bem como os impostos sobre as mais-valias.

[...]»

5. O artigo 2.º desta diretiva, intitulado «Troca de informações mediante pedido», estipula que:

«1. A autoridade competente de um Estado-Membro pode solicitar à autoridade competente de um outro Estado-Membro que lhe comunique as informações referidas no n.º 1 do artigo 1.º, no que se refere a um caso especial. A autoridade competente do Estado a que foi feito o pedido não fica vinculada a dar seguimento favorável ao pedido formulado quando se verifique que a autoridade competente do Estado requerente não esgotou as suas próprias fontes habituais de informação, que teria podido utilizar, de acordo com as circunstâncias, para obter as informações solicitadas sem prejudicar a obtenção do resultado procurado.

2. Tendo em vista a comunicação das informações referidas no n.º 1, a autoridade competente do Estado-Membro a quem foi feito o pedido promoverá, se for caso disso, as diligências necessárias à obtenção das referidas informações.»

6. O artigo 11.º da referida diretiva, intitulado «Aplicabilidade de disposições mais amplas em matéria de assistência», dispõe que:

«As disposições anteriores não prejudicam a execução de obrigações mais amplas no que respeita à troca de informações que resultem de outros atos jurídicos.»

B – *Direito alemão*

7. O Finanzgericht Düsseldorf baseia-se nas disposições seguintes da InvStG.

2 — JO L 336, p. 15; EE 09 F1 p. 94. Esta diretiva foi revogada, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2013, pela Diretiva 2011/16/UE do Conselho de 15 de fevereiro de 2011 relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE (JO L 64, p. 1). Embora a nova diretiva inclua alterações importantes ao regime de troca de informações entre as autoridades fiscais dos Estados-Membros, estas alterações não são pertinentes para a presente análise.

8. O § 5 da InvStG, na sua versão de 15 de dezembro de 2003, aplicável a partir 1 de janeiro de 2004, dispõe o seguinte:

«(Bases da tributação)

(1) Os §§ 2 e 4 aplicam-se apenas quando:

1. a sociedade de investimento comunicar aos investidores, em língua alemã, para cada distribuição de rendimentos relativamente a uma participação num investimento
 - a) o montante da distribuição (no mínimo, com quatro algarismos depois da vírgula),
 - b) o montante dos rendimentos distribuídos (no mínimo, com quatro algarismos depois da vírgula),
 - c) as quantias incluídas na distribuição, a saber
 - aa) os rendimentos do ano anterior equivalentes a uma distribuição,
 - bb) as mais-valias de transmissões isentas, na aceção do § 2, n.º 3, ponto 1, primeira frase,
 - cc) os rendimentos na aceção do § 3, ponto 40, da Lei do Imposto sobre o Rendimento,
 - dd) os rendimentos na aceção do § 8 b, n.º 1, da Lei do Imposto sobre as Sociedades,
 - ee) as mais-valias de transmissões na aceção do § 3, ponto 40, da Lei do Imposto sobre o Rendimento,
 - ff) as mais-valias de transmissões na aceção do § 8 b, n.º 2, da Lei do Imposto sobre as Sociedades,
 - gg) os rendimentos na aceção do § 2, n.º 3, ponto 1, segunda frase, que não constituam rendimentos de capital na aceção do § 20 da Lei do Imposto sobre o Rendimento,
 - hh) as mais-valias de transmissões isentas na aceção do § 2, n.º 3, ponto 2,
 - ii) os rendimentos, na aceção do § 4, n.º 1,
 - jj) os rendimentos, na aceção do § 4, n.º 2, relativamente aos quais não existiu dedução nos termos do n.º 4,
 - kk) os rendimentos, na aceção do § 4, n.º 2, que, por força de uma convenção para evitar a dupla tributação, conferem o direito a uma dedução do imposto sobre rendimento ou sobre as sociedades, do imposto considerado pago,
 - d) da parte da distribuição que confere o direito a uma dedução ou ao reembolso do imposto sobre os rendimentos do capital na aceção do
 - aa) § 7, n.ºs 1 e 2,
 - bb) § 7, n.º 3,

- e) o montante do imposto sobre os rendimentos do capital a deduzir ou a reembolsar na aceção do
 - aa) § 7, n.º 1 e 2,
 - bb) § 7, n.º 3,
 - f) o montante dos impostos estrangeiros referentes aos rendimentos, na aceção do § 4, n.º 2, incluídos nas quantias distribuídas e
 - aa) dedutíveis nos termos do § 34 c, n.º 1, da Lei do Imposto sobre o Rendimento ou de uma convenção para evitar a dupla tributação,
 - bb) dedutíveis nos termos do § 34 c, n.º 3, da Lei do Imposto sobre o Rendimento se não tiver existido dedução por aplicação do § 4, n.º 4,
 - cc) considerado pago nos termos de uma convenção para evitar a dupla tributação
 - g) o montante da dedução por depreciação ou diminuição de valor nos termos do § 3, n.º 3, primeira frase,
 - h) o montante da redução do imposto sobre as sociedades invocado pela sociedade distribuidora, nos termos do § 37, n.º 3, da Lei do Imposto sobre as Sociedades;
2. a sociedade de investimento comunica aos investidores, em língua alemã, para os rendimentos equivalentes a uma distribuição, o mais tardar até quatro meses depois de terminar o exercício contabilístico no decurso do qual estes se consideram distribuídos, os dados correspondentes ao ponto 1, relativamente a uma participação num investimento;
 3. a sociedade de investimento comunica os dados referidos nos pontos 1 e 2 conjugados com o relatório anual, na aceção do § 45, n.º 1, e do § 122, n.º 1 e 2, da Lei sobre os Investimentos no Boletim Federal Eletrónico de Anúncios Oficiais; as indicações devem ser acompanhadas de um certificado emitido de um profissional habilitado a prestar serviços de consultoria a título comercial, nos termos do § 3 da Lei relativa à Profissão de Consultor Fiscal, por um organismo de auditoria reconhecido pela administração ou um organismo comparável que confirme que as indicações foram prestadas em conformidade com as regras do direito fiscal alemão; o § 323 do Código Comercial deve ser aplicado *mutatis mutandis*. Se o extrato de conta não tiver sido publicado no Boletim Federal Eletrónico de Anúncios Oficiais em conformidade com as disposições da Lei sobre os Investimentos, deve-se indicar também a referência sob a qual o extrato de conta foi publicado em língua alemã;
 4. a sociedade de investimento estrangeira calcula e comunica, juntamente com o preço de retirada, o montante dos rendimentos que se consideram distribuídos depois de 31 de dezembro de 1993 ao titular das participações nos investimentos estrangeiros e que ainda não tenham sido tributados;
 5. a sociedade de investimento estrangeira demonstra de forma completa ao Serviço Central Federal dos Impostos, a pedido deste e no prazo de três meses, a veracidade dos dados indicados nos pontos 1, 2 e 4. Se os certificados estiverem redigidos em língua estrangeira, pode ser exigida uma tradução certificada em língua alemã. Se a sociedade de investimento estrangeira tiver fornecido indicações quanto a um montante inexato, esta deverá tomar em conta a diferença de montante, por sua própria iniciativa ou a pedido do Serviço Federal de Finanças, na publicação para o exercício em curso.

Se as indicações referidas no ponto 1, alínea c) ou alínea f), não estiverem disponíveis, os rendimentos são tributados nos termos do § 2, n.º 1, primeira frase, não se aplicando o § 4»³.

9. O § 6 da InvStG, na sua versão de 15 de dezembro de 2003, aplicável a partir de 1 de janeiro de 2004, dispõe o seguinte:

«(Tributação em caso de inexistência de declaração) Se as condições do § 5, n.º 1, não estiverem reunidas, o investidor deve ser tributado pelas distribuições de rendimentos das participações, pelo lucro intermédio, e em 70% da mais-valia decorrente da diferença entre o primeiro preço de retirada estabelecido durante o ano civil e o último preço de retirada estabelecido durante esse mesmo ano; a tributação deve ser fixada num mínimo correspondente a 6% do último preço de retirada estabelecido durante o ano civil. Se não tiver sido fixado um preço de retirada, este será substituído pelo preço em bolsa ou pelo preço de mercado [...]»

10. No seu artigo 26.º, a Convenção entre o Reino da Bélgica e a República Federal da Alemanha destinada a evitar a dupla tributação e regular algumas outras questões em matéria de impostos sobre o rendimento e o património, incluindo royalties e impostos sobre bens imóveis, assinada em 11 de abril de 1967 (a seguir «Convenção destinada a evitar a dupla tributação»), prevê que:

«(Troca de informações)

1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações necessárias para aplicar esta Convenção e as leis internas dos Estados Contratantes relativas aos impostos abrangidos por esta Convenção, na medida em que a tributação nelas prevista for conforme a esta Convenção.

[...]»

III – Litígio no processo principal e a questão prejudicial

11. R. van Caster e o seu filho P. van Caster, nacionais belgas residentes na Alemanha, são titulares de participações em fundos de investimento de capitalização sediados num Estado-Membro diferente da República Federal da Alemanha. As participações foram depositadas no banco BBL/ING, situado na Bélgica.

12. R. van Caster e P. van Caster declaram os rendimentos das suas participações nos fundos de investimento por estimativa ou por avaliação com base em listas anexas ou no jornal da bolsa, a saber, 8 435,43 euros para o ano de 2003, 10 500,94 euros para o ano de 2004, 12 318,18 euros para o ano de 2005, 13 263,04 euros para o ano de 2006, 12 672,46 euros para o ano de 2007 e 14 272,88 euros para o ano de 2008, ou seja, uma quantia total de 71 462,93 euros.

13. Em contrapartida, entendendo que as condições estabelecidas no § 5 da InvStG não estavam reunidas, o Finanzamt Essen-Süd calculou estes rendimentos em conformidade com o § 6 da InvStG, segundo o qual a tributação deve ser fixada forfaitariamente em, pelo menos, 6% do último preço de retirada estabelecido durante o ano civil. Este método de tributação resultou nos seguintes montantes: 38 503,53 euros para o ano de 2003, 32 691,41 euros para o ano de 2004, 63 603,62 euros para o ano de 2005, 49 463,21 euros para o ano de 2006, 37 045,03 euros para o ano de 2007 e 25 139,27 euros para o ano de 2008, ou seja, uma quantia total de 246 446,07 euros.

3 — Como indica o Governo alemão, o § 5 da InvStG foi, em seguida, alterado várias vezes, mas sempre de forma marginal e sem relevância para o litígio em causa.

14. R. van Caster e P. van Caster impugnaram esta decisão do Finanzamt Essen-Süd no Finanzgericht Düsseldorf, alegando que as disposições do § 6 da InvStG, aplicáveis a partir de 2004, eram contrárias ao direito da União Europeia, em particular às disposições do Tratado FUE sobre a livre circulação de capitais.

15. Durante a audiência no órgão jurisdicional de reenvio, as partes no processo principal chegaram a um acordo sobre a matéria relativa ao ano de 2003, no sentido de que os rendimentos daquele ano deviam ser estimados em 4% do preço de retirada estabelecido em 31 de dezembro de 2003, ou seja, ascendiam a 19 848,07 euros.

16. Relativamente aos anos de 2004 a 2008, R. van Caster e P. van Caster pediram ao órgão jurisdicional de reenvio que determinasse a alteração do aviso de liquidação, para que o valor tributável dos rendimentos em causa fosse determinado com base nos montantes declarados. O Finanzamt Essen-Süd pediu que fosse negado provimento ao recurso por entender que o § 6 da InvStG é compatível com o direito da União.

17. Neste contexto, o Finanzgericht Düsseldorf decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A tributação [forfetária] dos rendimentos dos fundos de investimento (nacionais e) estrangeiros considerados «não transparentes», nos termos do § 6 da Investmentsteuergesetz (lei sobre a tributação dos investimentos) viola o direito da União Europeia (artigo 56.º CE) por constituir uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais (artigo 58.º, n.º 33, CE)?»

IV – Processo no Tribunal de Justiça

18. O pedido de decisão prejudicial foi apresentado no Tribunal de Justiça, em 10 de julho de 2012. Apresentaram observações escritas R. van Caster e P. van Caster, o Finanzamt Essen-Süd, os Governos alemão e do Reino Unido, bem como a Comissão Europeia, tendo os mesmos, com exceção do Governo do Reino Unido, apresentado as suas alegações orais na audiência de 9 de outubro de 2013.

V – Análise

A – Observações preliminares quanto aos §§ 5 e 6 da InvStG

19. Segundo o § 5 da InvStG, se a sociedade de investimento respeitar as obrigações de fornecer, em língua alemã, certas informações aos investidores e às autoridades alemãs, na forma e no prazo fixado, os rendimentos de participações nos fundos de investimento estão sujeitos ao regime geral da tributação transparente (§§ 2 e 4 da InvStG), a saber, como salienta a Comissão, uma tributação baseada em valores reais ou, pelo menos, estimados em conformidade com as disposições do § 162 do Código dos Impostos alemão, e não em valores forfetários, como se o contribuinte tivesse investido os seus bens diretamente sem recurso a um fundo de investimento.

20. No caso de a sociedade de investimento não respeitar as condições previstas no § 5, n.º 1, da InvStG, o investidor deve efetuar o pagamento do imposto com base num montante forfetário fixado no § 6 desta lei em, pelo menos, 6% do último preço de retirada estabelecido durante o ano civil. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, este cálculo forfetário não admite qualquer derrogação, que permita que o contribuinte seja tributado pelo valor real ou, pelo menos estimado, dos rendimentos recebidos.

21. Portanto, é o contribuinte que deve suportar as consequências de a sociedade que gere os fundos de investimento não respeitar as disposições da InvStG.

22. De maneira geral, os §§ 5 e 6 da InvStG aplicam-se sem distinção às sociedades de investimento alemãs e estrangeiras, com exceção, por um lado, da obrigação de calcular e de comunicar, juntamente com o preço de retirada, o montante dos rendimentos que se considera terem sido distribuídos após 31 de dezembro de 1993 ao titular das participações nos investimentos estrangeiros (§ 5, n.º 1, ponto 4, da InvStG) e, por outro, da obrigação de demonstrar de forma completa ao Serviço Central Federal dos Impostos a veracidade de determinados dados (§ 5, n.º 1, ponto 5, da InvStG). Estas duas obrigações são impostas apenas às sociedades de investimento estrangeiras.

23. A propósito desta última obrigação, observo que a mesma faz recair sobre os investidores a obrigação de provar a veracidade de dados ao Serviço Central Federal dos Impostos, mediante simples pedido deste, sem que tenha que apresentar qualquer justificação para o mesmo. No processo, não existe qualquer elemento que explique as razões pelas quais esta obrigação não abrange igualmente as sociedades de investimento alemãs.

24. Quanto à aplicação da InvStG aos factos do presente caso, observo que o órgão jurisdicional de reenvio não indica a condição, ou as condições, do § 5 da InvStG que foram desrespeitadas pela sociedade de investimento estrangeira em causa. O que não é pertinente para a minha análise pois, conforme referiu a Comissão e aceite pelo Finanzamt Essen-Süd na audiência, a inobservância de apenas um dos elementos previstos no § 5, n.º 1, da InvStG conduz à tributação forfetária prevista no § 6 da InvStG.

B – Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais

25. O órgão jurisdicional de reenvio faz referência, na sua questão, aos artigos 56.º CE e 58.º, n.º 3, CE em vigor à data dos factos, que passaram, sem alteração, a artigos 63.º TFUE e 65.º, n.º 3, TFUE.

1. Posição das partes

26. O Finanzamt Essen-Süd e os Governos alemão e do Reino Unido negam a existência de uma restrição à livre circulação de capitais. Consideram que uma lei nacional, como a que está em causa no caso em apreço, que se aplica indistintamente a sociedades de investimento alemãs e estrangeiras, não pode constituir uma restrição à referida liberdade.

27. Consideram, igualmente, que no caso em apreço não existe nenhuma restrição dissimulada. Segundo o Finanzamt Essen-Süd e o Governo alemão, as autoridades alemãs podem legitimamente exigir aos sujeitos passivos todas as provas que considerem necessárias para calcularem corretamente o imposto devido sobre o rendimento.

28. Observam que, na realidade, a legislação em causa não impõe dificuldades especiais às sociedades de investimento estrangeiras. Na sua opinião o mesmo sucede quanto às duas exigências impostas apenas às sociedades de investimento estrangeiras, a saber, a obrigação de comunicar o preço de retirada e o montante dos rendimentos que se consideram ter sido distribuídos, após 31 de dezembro de 1993, ao titular das participações nos investimentos estrangeiros (§ 5, n.º 1, ponto 4, da InvStG), e a obrigação de demonstrar de maneira completa ao Serviço Central Federal dos Impostos a veracidade de determinados dados (§ 5, n.º 1, ponto 5, da InvStG).

29. Em apoio da sua tese, o Finanzamt Essen-Süd e o Governo alemão fazem referência ao facto de que, em 2011, o Serviço Central Federal dos Impostos examinou cerca de 31 800 comunicações de sociedades de investimento estrangeiras. O Governo alemão acrescenta que só foi constatada uma violação das obrigações de cálculo e de comunicação impostas pelo § 5 da InvStG relativamente a 25% destas sociedades de investimento estrangeiras.

30. Partindo do princípio que o órgão jurisdicional de reenvio não se refere às condições reservadas pelo § 5, n.º 1, pontos 4 e 5, da InvStG às sociedades de investimento estrangeiras, a Comissão concentrou a sua análise nas duas obrigações que o órgão jurisdicional de reenvio deu como exemplo das obrigações que as sociedades de investimento estrangeiras incumprem «com maior frequência», a saber a obrigação de comunicar os rendimentos dos investimentos em língua alemã e de publicar os dados exigidos pela InvStG na versão eletrónica do Boletim Federal de Anúncios Oficiais.

31. Relativamente à primeira destas obrigações, a Comissão indica que as regulamentações prudenciais aplicáveis aos fundos de investimento durante os anos controvertidos, designadamente o artigo 47.º da Diretiva 85/611/CEE⁴, prescreviam exigências linguísticas unicamente quanto aos dados pertinentes para efeitos da fiscalização prudencial e que, por essa razão, devem ser publicados.

32. A propósito da segunda obrigação, a Comissão salienta que, mais do que as disposições da InvStG, são os interesses comerciais dos fundos estrangeiros, que incitam estes fundos a comunicarem os dados referidos aos investidores alemães, em língua alemã e a publicá-los nesta língua no Boletim Federal de Anúncios Oficiais.

33. No que se refere à tributação forfetária prevista no § 6 da InvStG, a Comissão considera plausível, sem prejuízo das constatações do órgão jurisdicional de reenvio, a existência de uma restrição dissimulada uma vez que o benefício fiscal, a saber a tributação com base nos valores reais ou estimados, depende de formalidades que, diversamente das sociedades estrangeiras, as sociedades nacionais, cuja principal clientela alvo é nacional e com a qual comunicam na língua que é lhes comum, cumprem naturalmente.

34. Pelo contrário, uma sociedade de investimento estrangeira não cumprirá as referidas formalidades no caso de venda passiva das suas participações na Alemanha, uma vez que a única razão para o cumprimento das mesmas é a tributação dos investidores estabelecidos nesse país, e não os seus próprios imperativos comerciais.

35. Por seu lado, R. van Caster e P. van Caster aderem à posição adotada pelo órgão jurisdicional de reenvio segundo a qual, apesar do § 5 da InvStG se aplicar indistintamente às sociedades de investimento nacionais e às estrangeiras, existe uma discriminação dissimulada, ou de facto, em detrimento das segundas, porque quase todas as sociedades de investimento alemãs cumprem as exigências do § 5 da InvStG, ao passo que as sociedades de investimento estrangeiras raramente terão motivos para o fazer.

2. Apreciação

36. Antes de mais, importa recordar que, de acordo com jurisprudência constante, embora a fiscalidade direta seja da competência dos Estados-Membros, estes devem, todavia, exercer essa competência no respeito das disposições do direito da União⁵.

4 — Diretiva do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) (JO L 375, p. 3; EE 06 F3 p. 38).

5 — V. acórdãos de 4 de março de 2004, Comissão/França (C-334/02, Colet., p. I-2229, n.º 21); de 20 de janeiro de 2011, Comissão/Grécia (C-155/09, Colet., p. I-65, n.º 39); de 16 de junho de 2011, Comissão/Áustria (C-10/10, Colet., p. I-5389, n.º 23); e de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, n.º 14).

37. Resulta igualmente de jurisprudência constante que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrições à livre circulação de capitais, incluem as que são de molde a dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou a dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados-Membros⁶.

38. Como o Tribunal de Justiça já decidiu no processo que esteve na origem do acórdão de 27 de janeiro de 2009, Persche, relativamente à possibilidade de obter na Alemanha uma dedução fiscal por donativos efetuados a organismos de reconhecido interesse público sediados noutros Estados-Membros, «[...] uma vez que a possibilidade de obter uma dedução fiscal é suscetível de influenciar significativamente a atitude do doador, a não dedutibilidade, na Alemanha, dos donativos pagos a instituições reconhecidas como de utilidade pública que tenham sede noutros Estados-Membros pode afetar a disponibilidade dos contribuintes alemães para efetuarem donativos a favor destas últimas instituições. Uma legislação desta natureza constitui, portanto, uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo [63.º TFUE]»⁷.

39. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu muito recentemente, a propósito de uma disposição de direito polaco que limitava os investimentos no estrangeiro dos fundos de pensões abertos polacos a 5% do valor dos ativos do fundo em causa, que «[e]ssa disposição produz igualmente efeitos restritivos para as sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros na medida em que lhes opõe um obstáculo à obtenção de capitais na Polónia, uma vez que a aquisição, nomeadamente, de ações ou participações de organismos de investimento coletivo é limitada[...]»⁸.

40. Portanto, resulta muito claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que uma disposição nacional que tenha como efeito dissuadir os residentes de um Estado-Membro de investir numa empresa estabelecida noutro Estado-Membro, e impedir as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros de atrair investidores sediados ou residentes nesse Estado-Membro constitui uma restrição à livre circulação de capitais.

41. Coloca-se, assim, a questão de saber se os §§ 5 e 6 da InvStG têm este efeito dissuasor.

42. Embora seja verdade que as exigências do § 5 da InvStG se aplicam indistintamente às sociedades de investimento nacionais e estrangeiras (com exceção das obrigações previstas no n.º 1, pontos 4 e 5) e que, como observa o Governo do Reino Unido, para um grande banco internacional não será impossível cumpri-las, é, no entanto, pacífico que, independentemente das dificuldades técnicas que estas apresentem, uma sociedade de investimento estrangeira que não esteja muito direcionada para o mercado alemão não tem qualquer interesse em conformar-se com estas exigências. Tanto mais que será o investidor a suportar as consequências da decisão da sociedade gestora do fundo de não se conformar com as referidas exigências.

43. As consequências para o investidor podem ser pesadas. Contrariamente ao Governo alemão, que considera que a tributação forfetária nos termos do § 6 da InvStG é moderada, partilho a opinião da Comissão, de que um rendimento fixado forfetariamente em 6% é, por si só elevado, sobretudo quando as taxas de juros se têm mantido em níveis reduzidos durante um longo período. O Governo alemão indicou na audiência que este valor foi fixado em 2004, quando da entrada em vigor da versão atual da InvStG, e que não foi alterado desde então.

6 — V. acórdãos de 25 de janeiro de 2007, Festersen (C-370/05, Colet., p. I-1129, n.º 24); de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, Colet., p. I-11531, n.º 40); de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, Colet., p. I-305, n.º 50); e Santander Asset Management SGIIC e o., já referido (n.º 15).

7 — C-318/07, Colet., p. I-359, n.ºs 38 e 39.

8 — V. acórdão de 21 de dezembro de 2011, Comissão/Polónia (C-271/09, Colet., p. I-13613, n.º 52). V., também, acórdãos de 6 de junho de 2000, Verkooijen (C-35/98, Colet., p. I-4071, n.ºs 34 e 35), e de 15 de julho de 2004, Weidert e Paulus (C-242/03, Colet., p. I-7379, n.ºs 13 e 14).

44. No caso em apreço, em consequência da aplicação do § 6 da InvStG, os rendimentos tributáveis de R. van Caster e P. van Caster passam de um valor real ou estimado de 71 462,93 euros para um valor fixado forfetariamente de 246 446,07 euros.

45. Portanto, em minha opinião, e como também sugere o órgão jurisdicional de reenvio, o efeito conjugado dos §§ 5 e 6 da InvStG, a saber, o risco elevado de uma tributação mais pesada (em consequência da determinação forfetária dos rendimentos tributáveis), associado à forte possibilidade de as sociedades de investimento estrangeiras não cumprirem as exigências dos §§ 5 e 6 da InvStG, é dissuadir os investidores alemães de investirem em fundos de investimento estrangeiros.

46. Esta conclusão quanto à existência de uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais é reforçada pelo fato de o § 6 da InvStG excluir qualquer avaliação ou estimativa diferente, nomeadamente com base em dados fornecidos pelo próprio investidor-contribuinte.

47. Com efeito, apesar de o Tribunal de Justiça considerar frequentemente esta circunstância no estágio da justificação⁹, o que farei igualmente em seguida, o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão Meilicke e o. que «[...] uma legislação nacional [...] por força da qual o crédito fiscal só é concedido mediante a apresentação de uma certificação em conformidade com o regime interno do Estado-Membro em causa, *sem possibilidade de o acionista provar através de outros elementos e informações pertinentes o montante do imposto efetivamente pago pela sociedade distribuidora de dividendos*, constitui uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais, proibida pelo n.º 3 do artigo 65.º TFUE [...]»¹⁰.

48. À luz do que antecede, concluo que o efeito conjugado dos §§ 5 e 6 da InvStG provoca uma restrição à livre circulação de capitais.

C – Quanto à justificação

49. Falta analisar se esta restrição pode ser justificada à luz das disposições do Tratado FUE.

50. O Tribunal de Justiça tem repetidamente decidido no sentido de que a livre circulação de capitais só pode ser limitada por uma regulamentação nacional se esta se justificar por uma das razões referidas no artigo 65.º TFUE ou por razões imperiosas de interesse geral, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça¹¹.

51. O Finanzamt Essen-Süd e o Governo alemão não invocam nenhuma das razões referidas no artigo 65.º TFUE, mas razões imperiosas de interesse geral que já foram reconhecidas pelo Tribunal de Justiça como passíveis de justificar uma restrição às liberdades de circulação, a saber a salvaguarda da repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros¹² e a eficácia dos controlos fiscais¹³.

9 — V. acórdãos de 8 de julho de 1999, Baxter e o. (C-254/97, Colet., p. I-4809, n.º 19 e 20); de 28 de outubro de 1999, Vestergaard (C-55/98, Colet., p. I-7641, n.º 26); de 11 de outubro de 2007, ELISA (C-451/05, Colet., p. I-8251, n.º 95); Persche, já referido (n.º 53); de 6 de outubro de 2011, Comissão/Portugal (C-493/09, Colet., p. I-9247, n.º 46); e de 28 de fevereiro de 2013, Petersen (C-544/11, n.º 51).

10 — Acórdão de 30 de junho de 2011 (C-262/09, Colet., p. I-5669, n.º 40). O sublinhado é meu.

11 — V. acórdãos de 14 de fevereiro de 2008, Comissão/Espanha (C-274/06, n.º 35), e Comissão/Polónia, já referido (n.º 55).

12 — V. acórdãos de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Colet., p. I-10837, n.º 45); de 7 de setembro de 2006, N (C-470/04, Colet., p. I-7409, n.º 42); de 18 de julho de 2007, Oy AA (C-231/05, Colet., p. I-6373, n.º 51); de 15 de maio de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Colet., p. I-3601, n.º 31); de 25 de fevereiro de 2010, X Holding (C-337/08, Colet., p. I-1215, n.º 28); e de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, Colet., p. I-12273, n.º 45).

13 — V. acórdãos de 20 de fevereiro de 1979, Rewe-Zentral, dito «Cassis de Dijon» (120/78, Colet., p. 649, n.º 8); de 15 de maio de 1997, Futura Participações e Singer (C-250/95, Colet., p. I-2471, n.º 31); de 10 de março de 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Colet., p. I-2057, n.º 24); de 11 de junho de 2009, X e Passenheim-van Schoot (C-155/08 e C-157/08, Colet., p. I-5093, n.º 45); de 1 de julho de 2010, Dijkman e Dijkman-Lavaleije (C-233/09, Colet., p. I-6649, n.º 58); Comissão/Portugal, já referido (n.º 42); Meilicke e o., já referido (n.º 41); de 5 de julho de 2012, SIAT (C-318/10, n.º 36); e Petersen, já referido (n.º 50).

52. No que se refere à salvaguarda da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, que não foi evocada na audiência, o Finanzamt Essen-Süd e o Governo alemão assinalam nas suas observações escritas que as disposições da InvStG visam tratar fiscalmente de forma igual, simultaneamente, por um lado, os investimentos nos fundos e os investimentos realizados diretamente e, por outro lado, os investimentos nos fundos estrangeiros e os investimentos em fundos nacionais. O Finanzamt Essen-Süd recorda que a República Federal da Alemanha tributa o rendimento total dos seus residentes, que devem, portanto, ser sujeitos do imposto sobre o rendimento de forma ilimitada.

53. No meu entender, resulta claramente dos autos que, no caso vertente, não se coloca nenhuma questão de repartição do poder tributário entre os Estados-Membros. Com efeito, esta razão imperiosa de interesse geral diz respeito a um regime que «vis[a] prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território»¹⁴, em especial, quando os contribuintes pretendem questionar o poder tributário de um Estado-Membro em benefício do de outro que lhes seja mais favorável. Não é o que sucede no caso vertente, uma vez que o poder tributário da República Federal da Alemanha permanece intato quanto aos rendimentos obtidos pelos seus residentes, ainda que provenientes de investimentos em fundos estrangeiros. Consequentemente, não está em causa nenhuma questão relativa à repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

54. Seja como for, o raciocínio do Finanzamt Essen-Süd e do Governo alemão quanto a esta questão em nada diz respeito à salvaguarda da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, mas em vez disso, à igualdade entre residentes alemães, perante os impostos alemães, independentemente do tipo ou da localização dos seus investimentos.

55. Quanto à eficácia dos controlos fiscais, o Finanzamt Essen-Süd e o Governo alemão entendem que existe o risco de o fisco alemão não conseguir proceder efetivamente à cobrança do imposto sobre os rendimentos provenientes de fundos de investimento estrangeiros, sobretudo se os rendimentos do fundo de investimento estrangeiro forem capitalizados — uma vez que, no caso vertente, estão em causa fundos de capitalização — pelo que não existe qualquer pagamento no país em que a cobrança do imposto sobre os rendimentos do capital deve ser efetuada.

56. Resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais pode constituir uma razão imperiosa de interesse geral que pode justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado FUE¹⁵.

57. Conforme assinala o Governo alemão, as autoridades fiscais de um Estado-Membro podem exigir aos seus contribuintes todas as provas que entenderem necessárias para apreciar a questão de saber se as condições que foram previstas para um benefício fiscal estão reunidas¹⁶.

58. Citando o acórdão de 28 de outubro de 2010, *Établissements Rimbaud* (C-72/09, Colet., p. I-10659, n.º 35), o Governo do Reino Unido acrescenta que «um Estado-Membro pode aplicar medidas que permitam a verificação, de forma clara e precisa, do montante devido pelos contribuintes», o que implica não será excessivo para um Estado-Membro excluir determinadas situações da vantagem conferida por um benefício fiscal quando «não tem a possibilidade de proceder a uma fiscalização real e efetiva do respeito das condições a que a sua lei nacional sujeita esse benefício» (n.º 134 das conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo que esteve na origem do acórdão A, já referido).

14 — Acórdão de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, Colet., p. I-487, n.º 60 e jurisprudência referida). V., também, acórdão Oy AA, já referido (n.º 54), e de 18 de junho de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, Colet., p. I-5145, n.º 66).

15 — V. acórdãos, já referidos, *Cassis de Dijon* (n.º 8); *Futura Participações e Singer* (n.º 31); *Laboratoires Fournier* (n.º 24); *X e Passenheim-van Schoot* (n.º 45); *Dijkman e Dijkman-Lavaleije* (n.º 58); *Comissão/Portugal* (n.º 42); *Meilicke e o.* (n.º 41); *SIAT* (n.º 36); e *Petersen* (n.º 50).

16 — V. acórdãos de 3 de outubro de 2002, *Danner* (C-136/00, Colet., p. I-8147, n.º 50); de 26 de junho de 2003, *Skandia e Ramstedt* (C-422/01, Colet., p. I-6817, n.º 43), e *Persche*, já referido (n.º 54).

59. Todavia, qualquer medida restritiva, para poder ser justificada pela necessidade de salvaguardar a eficácia dos controlos fiscais, deve respeitar o princípio da proporcionalidade, no sentido de que deve ser adequada a garantir a realização do objetivo que prossegue e não deve ultrapassar o necessário para o alcançar¹⁷.

60. É provável que as informações, e o controlo da veracidade de determinados dados exigidos pelo § 5 da InvStG, permitam às autoridades fiscais alemãs estabelecer corretamente o imposto devido sobre os rendimentos provenientes de fundos de investimento, com base no seu valor real ou estimado. Contudo, tenho razões sérias para pensar que a legislação alemã ultrapassa o que é necessário para alcançar o objetivo de determinar corretamente o imposto devido.

61. Conforme já assinalei, o órgão jurisdicional de reenvio não indica as obrigações, impostas pelo § 5 da InvStG, que foram desrespeitadas no processo de R. van Caster e P. van Caster, mas os pontos comuns às diferentes categorias de exigências impostas pelo referido § 5 permitem identificar os elementos que se seguem.

62. Desde logo, o § 5 da InvStG só impõe obrigações às sociedades de investimento e não aos contribuintes cujos rendimentos são tributáveis na Alemanha. Quando as sociedades que gerem os fundos de investimento são estrangeiras, estas não só não estão sujeitas a imposto neste Estado-Membro, como também não estão sujeitas ao direito alemão.

63. Ora, pelo menos quanto a todo um conjunto de informações exigidas pelo § 5 da InvStG, as autoridades fiscais alemãs poderiam solicitar o auxílio das autoridades fiscais do Estado-Membro em que a sociedade de investimento tem a sua sede, no caso vertente, no Reino da Bélgica, com base no artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 77/799, ou ainda recorrer ao artigo 26.º da Convenção destinada a evitar a dupla tributação celebrada entre o Reino da Bélgica e a República Federal da Alemanha, o que, com a ressalva da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, não foi feito.

64. Com efeito, como o Tribunal de Justiça já declarou no acórdão Persche, já referido, «nos termos da Diretiva 77/799, as autoridades fiscais em causa podem dirigir-se, às autoridades de outro Estado-Membro a fim de obterem *qualquer informação que seja considerada necessária* para a liquidação correta do imposto de um contribuinte [...]. Com efeito, as informações cuja comunicação a Diretiva 77/799 permite às autoridades competentes de um Estado-Membro pedir são precisamente *todas as que lhes pareçam necessárias para determinar o montante correto do imposto* na perspetiva da legislação que elas próprias devem aplicar»¹⁸. Portanto, as autoridades alemãs tinham a faculdade de solicitar às autoridades belgas as informações enumeradas no § 5, n.º 1, pontos 1 e 2, da InvStG.

65. Além disso, segundo jurisprudência constante¹⁹, independentemente da aplicação destes dois instrumentos de troca de informações, a Diretiva 77/799 e a Convenção destinada a evitar a dupla tributação celebrada entre o Reino da Bélgica e a República Federal da Alemanha, uma proibição absoluta que impede o contribuinte de fornecer às autoridades fiscais as informações necessárias, no caso em apreço, que impede R. van Caster e P. van Caster de provarem que o valor real ou estimado da sua participação no fundo de investimento estrangeiro é inferior ao valor presumido em aplicação do § 6 da InvStG, não pode, numa situação interna da União ser justificada à luz da livre circulação de capitais.

17 — V. acórdão Meilicke e o., já referido (n.º 42). V., também, acórdãos de 30 de novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colet., p. I-4165, n.º 37); e A, já referido (n.º 56); e Persche, já referido (n.º 52).

18 — N.ºs 61 e 62 do acórdão de Persche, já referido; o sublinhado é meu. V., também, neste sentido, acórdão de 11 de agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Colet., p. I-2493, n.º 26); Futura Participações e Singer, já referido (n.º 41); Vestergaard, já referido (n.ºs 26 e 28); Danner, já referido (n.º 49); Skandia e Ramstedt, já referido (n.º 42); de 14 de setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Colet., p. I-8203, n.º 50); de 30 de janeiro de 2007, Comissão/Dinamarca (C-150/04, Colet., p. I-1163, n.º 52); de 29 de março de 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Colet., p. I-2647, n.º 56); e de 27 de setembro de 2007, Twoh International (C-184/05, Colet., p. I-7897, n.º 36).

19 — V. acórdão Meilicke e o., já referido (n.ºs 43 e 44). V., também, neste sentido, acórdãos já referidos Baxter e o. (n.ºs 19 e 20); Laboratoires Fournier (n.º 25); ELISA (n.º 96); Persche (n.º 53); e Comissão/Portugal (n.º 46).

66. A este respeito, o Tribunal de Justiça foi muito claro no seu acórdão Meilicke e o., no qual decidiu que:

«43 [...] uma legislação de um Estado-Membro que impeça de forma absoluta as pessoas sujeitas a imposto nesse Estado-Membro pelo seu rendimento global, que tenham investido em sociedades de capitais com sede noutro Estado-Membro, de fornecer elementos de prova que respondam a critérios, designadamente de apresentação, diferentes dos previstos para os investimentos nacionais pela legislação do primeiro Estado-Membro viola não apenas o princípio da boa administração mas, sobretudo, excede o necessário para prevenir o objetivo de eficácia dos controlos fiscais.

44 Com efeito, não se pode excluir, *a priori*, que os referidos acionistas estejam em condições de fornecer documentos justificativos pertinentes que permitam às autoridades fiscais do Estado-Membro de tributação verificar, de forma clara e precisa, a realidade e a natureza das despesas efetuadas noutros Estados-Membros [...]»²⁰.

67. Na audiência, o Governo alemão sugeriu que seria inútil permitir que o investidor-contribuinte fornecesse ele mesmo as informações contidas no § 5, n.º 1, da InvStG, uma vez que se trata de informações que normalmente não dispõe. Não vejo razões para excluir liminarmente esta possibilidade, sobretudo quando nada impede que um investidor-contribuinte possa solicitar e receber estas informações da sociedade gestora do fundo. Nesse caso, nada justificaria a recusa por parte das autoridades fiscais alemãs de terem em conta estas informações.

68. Por todas estas razões, considero que a medida restritiva constituída pela conjugação dos §§ 5 e 6 da InvStG não pode ser justificada pela necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais.

VI – Conclusão

69. Face às considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao Finanzgericht Düsseldorf da seguinte forma:

«Uma legislação de um Estado-Membro, como a dos §§ 5 e 6 da lei alemã sobre a tributação dos investimentos (Investmentsteuergesetz) em causa, cujo efeito conjugado é o de sujeitar os rendimentos que os residentes deste Estado-Membro recebem de fundos de investimento estrangeiros a uma tributação forfetária no caso de incumprimento das obrigações de transparência e de comunicação de informações previstas nessa lei, em vez da tributação com base nos valores reais ou estimados, constitui uma restrição à livre circulação de capitais proibida pelo artigo 63.º TFUE e não pode ser justificada pela necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros, nem de garantir a eficácia dos controlos fiscais.»

20 — Acórdão de já referido (n.ºs 43 e 44).