



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 17 de novembro de 2016¹

Processo C-68/15

X

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional, Bélgica)]

«Direito fiscal — Liberdade de estabelecimento — Artigo 4.º, n.º 3 e artigo 5.º da Diretiva 2011/96/UE — Diretiva relativa às sociedades-mãe e sociedades afiliadas — Tributação de sociedades por ocasião da distribuição de lucros — Conceito de retenção na fonte — “Fairness Tax”»

I – Introdução

1. No presente processo prejudicial pede-se ao Tribunal de Justiça que esclareça a compatibilidade de um imposto cobrado no Reino da Bélgica, que as empresas são obrigadas a pagar em determinadas circunstâncias por ocasião da distribuição de lucros, com a liberdade de estabelecimento e a Diretiva 2011/96/UE² (a seguir «diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas»).

2. O direito fiscal belga permite às sociedades transferir de forma ilimitada prejuízos para exercícios fiscais futuros, bem como proceder à dedução do chamado capital de risco³. No entanto, de acordo com as informações que o Governo da Bélgica forneceu, estas medidas tiveram por consequência que determinadas sociedades quase não pagassem impostos, apesar de distribuírem lucros. Uma vez que esta situação não se afigurava justa em relação a outros sujeitos passivos, pretendia-se limitar os efeitos provocados por essas possibilidades de dedução através da cobrança de um imposto especial designado por *fairness tax*⁴.

3. O imposto em causa aplica-se, em substância, quando uma sociedade distribui lucros, mas durante o mesmo período tributável reduziu efetivamente a carga fiscal sobre os seus rendimentos através do recurso às referidas deduções. Explicado de uma forma simplificada, a base tributável está associada ao montante dos lucros distribuídos que superam o seu resultado tributável. Antes da aplicação da taxa de tributação, este montante é multiplicado pelo chamado fator de proporcionalidade que indica em que medida o resultado foi reduzido através do recurso às deduções por prejuízos ou capital de risco.

1 — Língua original: alemão.

2 — Diretiva do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO 2001, L 345, p. 8), na redação dada pela Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27 de janeiro de 2015 (JO 2015, L 21, p. 1).

3 — A referida dedução permite a uma empresa deduzir da matéria coletável do imposto cobrado sobre os rendimentos das empresas os juros fictícios que são considerados remuneração do capital próprio da empresa. No acórdão Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447), o Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar este tipo de dedução.

4 — V. considerações do ministro competente reproduzidas no relatório da Comissão dos Assuntos Sociais na Câmara dos Representantes belga, de 15 de julho de 2013 (Parl. St., Kamer, 2012-2013, DOC 53-2891/007, p. 38).

4. A compatibilidade da *fairness tax* com a liberdade de estabelecimento é posta em causa devido ao facto de também abranger sociedades não residentes que exercem a sua atividade na Bélgica por intermédio um estabelecimento estável em vez de uma sociedade afiliada. Uma vez que o imposto em causa apresenta as características tanto de um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas como de uma retenção na fonte referente a dividendos, levanta-se ainda a questão de saber se a Diretiva 2011/96 se lhe opõe⁵.

II – Quadro jurídico

A –Direito da União

5. O quadro jurídico do presente processo é constituído pela liberdade de estabelecimento consagrada nos artigos 49.º a 55.º TFUE e pela Diretiva 2011/96.

6. De acordo com o disposto no seu artigo 1.º, n.º 1, a Diretiva 2011/96 aplica-se:

- «a) À distribuição dos lucros obtidos por sociedades desse Estado-Membro e provenientes das suas afiliadas de outros Estados-Membros;
- b) À distribuição dos lucros efetuada por sociedades desse Estado-Membro a sociedades de outros Estados-Membros de que aquelas sejam afiliadas;

[...]»

7. O artigo 4.º da Diretiva 2011/96 dispõe o seguinte:

«1) Sempre que uma sociedade-mãe ou o seu estabelecimento estável, em virtude da associação da sociedade-mãe com a sociedade sua afiliada, obtenha lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, o Estado-Membro da sociedade-mãe e o Estado-Membro do estabelecimento estável da sociedade-mãe:

- a) Abstêm-se de tributar esses lucros na medida em que não sejam dedutíveis pela filial, e tributam esses lucros na medida em que sejam dedutíveis pela filial, ou
- b) Tributam esses lucros autorizando a sociedade-mãe e o estabelecimento estável a deduzirem do montante do imposto devido a fração do imposto sobre as sociedades paga sobre tais lucros pela sociedade afiliada e por qualquer sociedade subafiliada, na condição de cada sociedade e respetiva sociedade subafiliada estarem abrangidas pelas definições constantes do artigo 2.º e satisfazerem em cada nível os requisitos previstos no artigo 3.º, até ao limite do montante correspondente do imposto devido.

[...]

3) Cada Estado-Membro conserva a faculdade de prever que os encargos respeitantes à participação e as menos-valias resultantes da distribuição dos lucros da sociedade afiliada não sejam dedutíveis do lucro tributável da sociedade-mãe.

Se, nesse caso, as despesas de gestão relativas à participação forem fixadas de modo forfetário, o montante forfetário não pode exceder 5% dos lucros distribuídos pela sociedade afiliada.

5 — Está ainda pendente no Tribunal de Justiça um processo relativo a um imposto cobrado em França que apresenta semelhanças estruturais com a *fairness tax* belga; v. processo *Association française des entreprises privées e o.* (C-365/16).

[...]»

8. O artigo 5.º da Diretiva 2011/96 estabelece o seguinte:

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

B –Direito nacional

9. A *fairness tax* tem por base a Lei de 30 de julho de 2013⁶, cujos artigos 43.º a 50.º alteraram o Código do Imposto sobre os Rendimentos de 1992 (Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, a seguir «CIR 92»). Com base no § 1 do artigo 219.º-B do CIR 92, introduzido por esta lei, a partir do ano fiscal de 2014 as sociedades belgas estão sujeitas a uma tributação especial criada no âmbito do imposto sobre as sociedades⁷.

10. O ponto de partida para a determinação da base tributável deste imposto constitui, nos termos do artigo 219.º-B, § 2 do CIR 92, a diferença positiva entre os dividendos ilíquidos distribuídos em relação ao período tributável e o resultado final tributável ao qual é efetivamente aplicada a taxa do imposto sobre as sociedades. Nos termos do artigo 219.º-B, § 3, do CIR 92, este montante é reduzido em função da percentagem dos lucros distribuídos provenientes das reservas tributadas num período anterior, até ao exercício fiscal de 2014.

11. O saldo assim obtido é multiplicado, nos termos do artigo 219.º-B, § 4, do CIR 92, por um coeficiente (o denominado fator de proporcionalidade) constituído por uma percentagem que expressa a relação entre:

- por um lado, no numerador da fração, as deduções referentes a prejuízos transferidos e ao capital de risco efetivamente efetuadas em relação ao período tributável,
- por outro, no denominador, o resultado fiscal do período tributável, sem ter em consideração as diminuições de valor, provisões e mais-valias isentas.

12. O artigo 219.º-B, § 5, do CIR 92 estabelece que a base tributável não pode ser limitada ou reduzida de qualquer outra forma.

13. Nos termos do artigo 219.º-B, § 6, do CIR 92, em conjugação com o seu artigo 463-A, § 1, ponto 1, do mesmo código, a taxa de imposto a pagar é de 5,15%.

14. Com base no artigo 233.º, n.º 3, do CIR 92, as sociedades estrangeiras que possuam um estabelecimento estável na Bélgica também ficam sujeitas à *fairness tax* quando distribuem lucros. No âmbito da determinação da base tributável apenas é tida em consideração a parte dos dividendos ilíquidos que a sociedade distribuiu que corresponde à fração do estabelecimento belga no resultado total da sociedade.

6 — Lei relativa a disposições diversas de 30 de julho de 2013 (Wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen), publicada no *Belgisch Staatsblad* de 1 de agosto de 2013.

7 — Entende-se por imposto sobre as sociedades na aceção do artigo 1.º, § 1, ponto 2, da CIR 92, o imposto sobre o rendimento global das sociedades estabelecidas na Bélgica.

III – Litígio no processo principal e tramitação no Tribunal de Justiça

15. O objeto do processo principal é constituído por um recurso interposto pela X NV no Tribunal Constitucional belga, no qual foi requerida a anulação dos artigos da Lei de 30 de julho de 2013 que introduziram a *fairness tax*.

16. Uma vez que o Tribunal Constitucional tem dúvidas quanto à compatibilidade da *fairness tax* com a liberdade de estabelecimento e a Diretiva 2011/96, submeteu ao Tribunal de Justiça, em 28 de janeiro de 2015, nos termos do artigo 267.º TFUE, as seguintes questões:

«1. Deve o artigo 49.º do TFUE ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que:

- a) sujeita a imposto as sociedades estabelecidas noutro Estado-Membro mas com um estabelecimento estável na Bélgica quando decidem proceder à distribuição de lucros não incluídos no resultado final tributável, independentemente de ter ou não havido lucros transferidos do estabelecimento estável para a sede, ao passo que as sociedades estrangeiras com uma sociedade afiliada belga não estão sujeitas a esse imposto quando decidem proceder à distribuição de lucros não incluídos no resultado final tributável, independentemente de a sociedade afiliada ter ou não procedido ao pagamento de dividendos;
- b) sujeita a imposto as sociedades estabelecidas noutro Estado-Membro mas com um estabelecimento estável na Bélgica, em caso de os lucros obtidos na Bélgica serem na sua totalidade constituídos como reserva, quando decidem proceder à distribuição de lucros não incluídos no resultado final tributável, ao passo que as sociedades belgas que constituam a totalidade do lucro como reserva não estão sujeitas a esse imposto?

2. Deve o artigo 5.º da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas, ser interpretado no sentido de que existe retenção na fonte quando uma disposição de direito nacional prevê que, no caso da distribuição de lucros de uma sociedade afiliada à sociedade-mãe, há sujeição a um imposto pelo facto de, no mesmo período tributável, serem pagos dividendos e o resultado fiscal ser total ou parcialmente reduzido com a dedução relativa ao capital de risco e/ou pelos prejuízos fiscais transferidos, ao passo que, ao abrigo da legislação nacional, o lucro não seria tributável se permanecesse na esfera da sociedade afiliada e não fosse distribuído à sociedade-mãe?

3. Deve o artigo 4.º, n.º 3, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que sujeita a imposto o pagamento de dividendos, se essa legislação tiver por consequência que uma sociedade, quando paga dividendos recebidos num ano subsequente ao ano em que ela própria os recebeu, é tributada sobre a parte dos dividendos que ultrapassa o limite previsto no referido artigo 4.º, n.º 3, da diretiva, ao passo que isso não acontece se essa sociedade voltar a pagar os dividendos no ano em que os recebe?»

17. No processo no Tribunal de Justiça, a recorrente no processo principal, o Reino da Bélgica, a República Francesa e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas e participaram na audiência de 22 de junho de 2016.

IV – Apreciação jurídica

A – Quanto à primeira questão prejudicial

18. A primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio diz respeito à compatibilidade da *fairness tax* com a liberdade de estabelecimento tendo em consideração dois aspetos diferentes. Enquanto a primeira parte da questão visa as consequências fiscais diferentes para uma sociedade não residente em função da forma jurídica escolhida para as suas atividades na Bélgica, a segunda parte diz respeito à diferença de tratamento de sociedades residentes e não residentes no âmbito da constituição como reservas dos lucros obtidos na Bélgica.

1. Alegada diferença de tratamento em função da escolha da forma jurídica

19. Com a primeira parte da primeira questão prejudicial pretende-se, em substância, esclarecer se a liberdade de estabelecimento se opõe a uma legislação nacional, nos termos da qual as sociedades não residentes que possuam um estabelecimento estável na Bélgica estão sujeitas, por ocasião de uma distribuição de lucros, a um imposto que não lhes é, no entanto, aplicável caso exerçam a sua atividade na Bélgica por intermédio de uma sociedade afiliada.

20. A recorrente no processo principal considera que as modalidades de cobrança da *fairness tax* impedem as sociedades não residentes de escolherem livremente a forma jurídica da sua atividade na Bélgica. Caso uma sociedade não residente exerça a sua atividade nesse país por intermédio de uma sociedade afiliada apenas está confrontada de forma indireta com o imposto, e apenas caso a sociedade filiada lhe distribua lucros. Caso, pelo contrário, exerça a sua atividade na Bélgica por intermédio de um estabelecimento estável, está sujeita à *fairness tax* caso proceda ela própria à distribuição de lucros. Por conseguinte, uma sociedade não residente com um estabelecimento estável na Bélgica é tratada de forma menos favorável do que se possuísse aí uma sociedade afiliada.

21. Consequentemente, há que analisar se uma restrição à liberdade de estabelecimento resulta de uma situação em que a cobrança de um imposto por um Estado-Membro acaba por estar na origem de uma diferença de tratamento de sociedades não residentes em função de a mesma exercer a sua atividade no referido Estado-Membro por intermédio de um estabelecimento estável ou de uma sociedade afiliada.

22. A liberdade de estabelecimento é concedida às sociedades pelos artigos 49.º e 54.º TFUE. Nos termos dos mesmos, as sociedades com sede noutro Estado-Membro da União têm o direito de exercer a sua atividade noutro Estado-Membro, por intermédio de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência⁸. Em matéria fiscal, uma sucursal corresponde a um estabelecimento estável⁹.

23. Além disso, uma vez que o artigo 49.º, primeiro parágrafo, segundo período, TFUE, deixa expressamente aos operadores económicos a possibilidade de escolherem livremente a forma jurídica apropriada para o exercício das suas atividades noutro Estado-Membro, essa livre escolha no Estado-Membro de acolhimento não deve ser limitada por disposições fiscais discriminatórias¹⁰. A liberdade de escolher a forma jurídica apropriada para o exercício de atividades noutro Estado-Membro tem assim, nomeadamente, por objetivo permitir às sociedades com sede num

8 — V., designadamente, acórdãos Comissão/França (270/83, EU:C:1986:37, n.º 18), Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, n.º 35), X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, n.º 17) e Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, n.º 12).

9 — V. artigo 5.º, ponto 1, alínea b), da Proposta da Comissão Europeia de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCS), de 3 de outubro de 2011, [COM(2011) 121 final].

10 — V., designadamente, acórdãos Comissão/França (270/83, EU:C:1986:37, n.º 22), CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129, n.º 14), Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 40) e Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, n.º 13), bem como despacho KBC Bank e Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 e C-499/07, EU:C:2009:339, n.º 77).

Estado-Membro abrir uma sucursal noutro Estado-Membro para aí exercerem as suas atividades, em condições idênticas às que são aplicáveis às filiais¹¹. O Estado-Membro de acolhimento não pode alegar que a sociedade estrangeira tem a possibilidade de evitar um tratamento desfavorável ao optar por uma forma jurídica diferente para o exercício da sua atividade no Estado-Membro de acolhimento, por exemplo uma sociedade afiliada em vez de uma sucursal¹².

24. Ao contrário do entendimento da recorrente no processo principal, a liberdade na escolha da forma jurídica não deve, no entanto, ser entendida como um princípio autónomo. O Tribunal de Justiça contempla-a corretamente apenas como um reflexo da obrigação de igualdade de tratamento de nacionais, sem lhe atribuir um nível de proteção mais alargado¹³. Com efeito, caso as liberdades fundamentais devam servir para concretizar o mercado interno através da supressão de obstáculos precisamente nas trocas comerciais transfronteiriças, não pode existir qualquer espaço para uma obrigação independente de configuração das disposições fiscais de uma forma neutra a respeito da forma jurídica.

25. Consequentemente, o tratamento fiscal diferente de uma sociedade não residente em função de a mesma operar no Estado-Membro de acolhimento por intermédio de um estabelecimento estável ou de uma sociedade afiliada não pode, por si só, fundamentar uma restrição da liberdade de estabelecimento. A sua aplicação exige, pelo contrário, sempre um tratamento desfavorável da situação transfronteiriça em relação a uma constelação puramente interna equiparável.

26. Por conseguinte, no presente caso, a determinação de uma restrição da liberdade de estabelecimento pressupõe que uma sociedade não residente que exerce a sua atividade na Bélgica por intermédio de um estabelecimento estável seja tratada de forma desfavorável em relação a uma sociedade residente — a qual, por seu lado, pode ser a sociedade afiliada de uma sociedade não residente — no âmbito da cobrança da *fairness tax* belga.

27. No entanto, um tratamento desfavorável deste tipo não se verifica.

28. Tanto as sociedades residentes como as não residentes estão sujeitas à mesma taxa de imposto no âmbito da cobrança da *fairness tax*. Também o facto gerador do imposto é o mesmo em ambos os casos, estabelecendo uma ligação à distribuição de lucros desde que no mesmo período tributável se tenha procedido a deduções dos prejuízos transferidos ou do capital de risco. Além disso, uma vez que, para efeitos da determinação da matéria coletável das sociedades não residentes, se têm em conta os dividendos de forma proporcional segundo o resultado do estabelecimento estável belga em relação ao resultado final da sociedade-mãe, este procedimento espelha a responsabilidade fiscal limitada das sociedades não residentes na Bélgica.

29. É verdade que aquela parte dos dividendos distribuídos de uma sociedade não residente subjacente ao cálculo da *fairness tax* não corresponde necessariamente ao lucro exato que o estabelecimento estável belga desta sociedade gerou sob soberania fiscal belga. Contudo, esta situação aplica-se da mesma forma aos dividendos de uma sociedade residente que possui estabelecimentos estáveis no estrangeiro. Também os lucros destes estabelecimentos estáveis não estão, em regra, efetivamente sujeitos a uma tributação dos rendimentos na Bélgica, estando porém incluídos nos dividendos tidos

11 — Acórdãos CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129, n.º 15) e Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, n.º 14).

12 — V. acórdão Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 40).

13 — V. acórdãos Comissão/França (270/83, EU:C:1986:37, n.º 15) e Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, n.º 44), em que o Tribunal de Justiça considerou neste contexto existir uma infração única à liberdade de estabelecimento. V., também, acórdão Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, n.ºs 13 a 15). É verdade que no acórdão CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129) o Tribunal de Justiça restringiu a sua análise ao aspeto da restrição da livre escolha da forma jurídica, no entanto, o referido nada muda em relação a que também este processo teve, no fundo, um tratamento desfavorável de uma situação transfronteiriça em relação a uma situação nacional.

em consideração para efeitos do cálculo da *fairness tax* de sociedades residentes. Consideradas desta perspetiva, as modalidades de cálculo do imposto parecem antes favorecer tendencialmente as sociedades não residentes, o que exclui um tratamento desfavorável relevante do ponto de vista da liberdade de estabelecimento.

30. Por conseguinte, há que responder à primeira parte da primeira questão que a liberdade de estabelecimento não se opõe a uma legislação nacional nos termos da qual sociedades não residentes que possuam um estabelecimento estável na Bélgica estão sujeitas a um imposto como a *fairness tax* belga por ocasião de uma distribuição de lucros, mas já não lhe estão sujeitas quando exercem a sua atividade na Bélgica por intermédio de uma sociedade afiliada.

2. Alegada diferença de tratamento em caso de constituição de reservas

31. Com a segunda parte da primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a liberdade de estabelecimento se opõe à cobrança da *fairness tax* quando este imposto se aplica a sociedades não residentes que exercem a sua atividade na Bélgica por intermédio de estabelecimentos estáveis por ocasião de uma distribuição de lucros, apesar de os lucros do estabelecimento estável terem sido constituídos como reserva, ao passo que as sociedades residentes que constituam a totalidade do lucro como reserva não estão sujeitas a esse imposto.

32. Na constelação descrita verifica-se um tratamento desfavorável da sociedade não residente em relação à sociedade residente na medida em que apenas a primeira está sujeita à *fairness tax*. No entanto, do ponto de vista da cobrança do imposto, torna-se evidente que não é possível comparar objetivamente as duas situações.

33. Isto porque, enquanto a sociedade residente, na situação subjacente à questão prejudicial, constitui a totalidade do seu lucro como reserva, a sociedade não residente procede a uma distribuição de lucros. No entanto, é manifesto que desde logo apenas podem ser afetados negativamente por um imposto como a *fairness tax*, que apenas é cobrado caso se proceda a uma distribuição de lucros, as sociedades que também distribuem lucros. Nestas circunstâncias, há que negar a existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento.

34. Por conseguinte, há que responder à segunda parte da primeira questão que a liberdade de estabelecimento não se opõe à cobrança de um imposto como a *fairness tax* belga quando este se aplica a sociedades não residentes com um estabelecimento estável num Estado-Membro por ocasião de uma distribuição de lucros, apesar de os lucros do estabelecimento estável terem sido constituídos como reserva, ao passo que uma sociedade residente que constitua a totalidade do lucro como reserva não está sujeita a esse imposto.

B – Quanto à segunda questão prejudicial

35. A segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio visa esclarecer se a cobrança da *fairness tax* deve ser qualificada como retenção na fonte na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2011/96.

36. Em caso de resposta afirmativa a esta questão, o imposto contrariaria o artigo 5.º da Diretiva 2011/96, na medida em que nos termos desta disposição os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe estão isentos de retenção na fonte.

37. A Diretiva 2011/96 não define o conceito de retenção na fonte na aceção do artigo 5.º No entanto, segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça interpreta esta disposição no sentido de que constitui uma retenção na fonte sobre os lucros distribuídos, na aceção do artigo 5.º da referida diretiva, qualquer tributação sobre os rendimentos auferidos no Estado no qual os dividendos são

distribuídos e cujo facto gerador é o pagamento de dividendos ou de qualquer outro rendimento dos títulos, quando a base de tributação desse imposto é o rendimento dos referidos títulos e o sujeito passivo é o detentor dos mesmos títulos¹⁴.

38. Por conseguinte, devem estar cumpridas três condições para que se possa partir de uma retenção na fonte na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2011/96: a tributação é gerada pela distribuição de lucros, a base de tributação depende da dimensão da distribuição e o sujeito passivo é o destinatário da mesma.

39. As partes estão de acordo quanto ao facto de que a *fairness tax* cumpre as duas primeiras condições referidas. Em primeiro lugar, o imposto está associado à distribuição de lucros, não sendo cobrado sem que se proceda a esta distribuição. Em segundo, a dimensão da distribuição é tida em consideração para determinar a base de tributação. Neste âmbito não assume relevância o facto de a base de tributação da *fairness tax* ser ainda posteriormente modificada, na medida em que nos termos da jurisprudência é suficiente que a distribuição de lucros faça parte da base de tributação¹⁵.

40. Em contrapartida, a terceira condição não está cumprida, na medida em que o sujeito passivo da *fairness tax* é a sociedade que distribui os lucros e não o destinatário da distribuição.

41. É verdade que, no seu acórdão Athinaiki Zythopoiia¹⁶, o Tribunal de Justiça considerou excepcionalmente uma tributação da sociedade afiliada como retenção na fonte na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2011/96, tendo-se orientado neste âmbito por uma perspectiva económica que se baseia no efeito da tributação da sociedade afiliada sobre a sociedade-mãe¹⁷. No entanto, na sua restante jurisprudência a respeito desta disposição, remeteu sempre para a condição de a sociedade distribuidora de lucros estar sujeita ao imposto¹⁸. A este respeito, no acórdão Burda¹⁹ o Tribunal de Justiça esclareceu expressamente, e com razão, que se mantém, como requisito relativo ao conceito de retenção na fonte na aceção do artigo 5.º, que o sujeito passivo seja o detentor dos títulos que comprovam a participação na sociedade distribuidora dos lucros²⁰.

42. Com efeito, a primeira tributação dos rendimentos de uma sociedade afiliada não é abrangida pela Diretiva 2011/96²¹. Por conseguinte, a proibição de aplicação de uma retenção na fonte sobre a distribuição de lucros à sociedade-mãe, prevista no artigo 5.º, não se estende à cobrança do imposto sobre os rendimentos que a sociedade afiliada obteve no âmbito da sua atividade económica, mesmo que este imposto apenas deva ser pago por ocasião de uma distribuição de lucros²². O referido é confirmado no artigo 7.º, n.º 1, da diretiva, segundo o qual os pagamentos antecipados ou prévios (pagamentos por conta) do imposto sobre as sociedades da afiliada não estão expressamente abrangidos pela expressão retenção na fonte. O mesmo deve aplicar-se também a um imposto como o *fairness tax*, nos termos do qual os rendimentos de uma sociedade acabam por estar sujeitos, em determinadas condições, a uma tributação *a posteriori*.

14 — V. acórdãos Epon Europe (C-375/98, EU:C:2000:302, n.º 23), Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, n.º 47), Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 108), Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, n.º 52) e P. Ferrero e General Beverage Europe (C-338/08 e C-339/08, EU:C:2010:364, n.º 26).

15 — V. acórdão Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, n.º 52).

16 — C-294/99, EU:C:2001:505.

17 — V. acórdão Athinaiki Zythopoiia (C-294/99, EU:C:2001:505, n.º 29), e n.º 32 das conclusões do advogado-geral S. Alber neste processo (EU:C:2001:263).

18 — V. acórdãos Epon Europe (C-375/98, EU:C:2000:302, n.º 23), Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, n.º 47), Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 108), Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, n.º 52) e P. Ferrero e General Beverage Europe (C-338/08 e C-339/08, EU:C:2010:364, n.º 26).

19 — C-284/06, EU:C:2008:365.

20 — V. acórdão Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, n.ºs 61 e segs.).

21 — V. acórdãos Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, n.º 60) e Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 27).

22 — V. conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Burda (C-284/06, EU:C:2008:60, n.º 55).

43. Assim sendo, também não se pode apoiar a objeção da recorrente no processo principal que considera que a sociedade que distribui os lucros só é formalmente o sujeito passivo da *fairness tax*, mas que na verdade é o titular das participações o sujeito passivo do referido imposto, na medida em que a distribuição de lucros se reduz em virtude do imposto a pagar. Pelo contrário, cada tributação do rendimento de uma sociedade implica necessariamente que ao titular das participações apenas pode ser distribuído um montante proporcionalmente inferior a título de lucros.

44. Por conseguinte, há que responder à segunda questão prejudicial que a cobrança de um imposto como o *fairness tax* belga não corresponde a uma retenção na fonte na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2011/96.

C – Quanto à terceira questão prejudicial

45. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, por fim, se o artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2011/96 se opõe à cobrança da *fairness tax* quando a mesma tem como consequência que uma sociedade é tributada sobre uma parte dos dividendos que ultrapassa o limite previsto nesta disposição, no caso de distribuir dividendos recebidos num ano subsequente ao ano em que ela própria os recebeu.

46. A questão prejudicial diz respeito a uma situação em que uma sociedade sediada na Bélgica, enquanto elemento intermediário de uma cadeia de empresas, recebe dividendos e os (re)distribui depois. Além disso, a questão baseia-se na premissa de que este tipo de dividendos, desde que sejam (re)distribuídos num ano subsequente ao ano em que foram recebidos, acabam por estar sujeitos, devido às modalidades de cobrança da *fairness tax*, a uma carga fiscal mais elevada do que o artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2011/96 permite.

47. O artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2011/96 permite aos Estados-Membros preverem que não sejam dedutíveis do lucro tributável da sociedade-mãe os encargos respeitantes à participação e as menos-valias resultantes da distribuição dos lucros da sociedade afiliada. Se, nesse caso, as despesas de gestão relativas à participação forem fixadas de modo forfetário, o montante forfetário não pode exceder 5% dos lucros distribuídos pela sociedade afiliada.

48. Segundo as informações do órgão jurisdicional de reenvio, o legislador belga adotou, para transposição do artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2011/96, uma disposição nos termos da qual os dividendos recebidos a nível da sociedade-mãe podem ser deduzidos a 95% do lucro desta sociedade caso se cumpram as condições legalmente estabelecidas. Os restantes 5% estão, por sua vez, sujeitos ao imposto sobre os rendimentos das sociedades.

49. As partes estão em desacordo quanto à questão de saber em que circunstâncias se pode verificar efetivamente uma sobrecarga fiscal dos dividendos recebidos quando estes são redistribuídos. No entanto, até as alegações do Governo belga permitem inferir a possibilidade de a referida sobrecarga se verificar. Tal prende-se com o facto de a determinação da base de tributação da *fairness tax* se basear nos dividendos ilíquidos distribuídos durante um determinado período tributável. Não se procede a qualquer diferenciação para saber se também são abrangidos dividendos recebidos pela própria sociedade distribuidora.

50. O Governo belga considera, no entanto, que as condições do artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2011/96 estão cumpridas. Isto porque na medida em que o artigo 4.º, n.º 1, da mesma diretiva prevê a isenção ou um crédito de imposto dos dividendos recebidos, é possível concluir com base no teor da disposição que esta obrigação apenas se aplica em relação ao benefício deste tipo de dividendos. A referida obrigação já não se verifica, no entanto, no caso de uma redistribuição posterior. O mesmo se aplica ao artigo 4, n.º 3, da referida diretiva.

51. Este argumento não pode ser acolhido. Uma interpretação deste tipo estaria em contradição com a sistemática e a finalidade da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas e prejudicaria o efeito útil da mesma.

52. Com os seus artigos 4.º e 5.º, a Diretiva 2011/96 adota uma decisão fundamental sobre a atribuição do poder de tributação dos lucros de uma sociedade afiliada. Por princípio, compete ao Estado-Membro da sociedade afiliada tributar os seus lucros. Desta forma pretende-se garantir que as distribuições de lucros abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2011/96 sejam neutras do ponto de vista fiscal²³. O mesmo se aplica a cadeias de empresas, na medida em que também se deve evitar uma dupla ou uma múltipla tributação no caso de uma distribuição de lucros através da referida cadeia das sociedades afiliadas à sociedade-mãe²⁴.

53. Por conseguinte, não é compatível com a diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas que os lucros de uma sociedade estejam sujeitos, no plano de uma sociedade de nível superior na cadeia de empresas, a uma carga fiscal mais elevada do que é permitido pelo artigo 4.º da diretiva. Neste âmbito, não pode assumir relevância se esta carga se verifica por ocasião da receção dos dividendos ou na altura da sua redistribuição. Uma interpretação diferente permitira que um Estado-Membro se pudesse subtrair às suas obrigações nos termos da diretiva recorrendo simplesmente a uma alteração da sua técnica de cobrança de impostos. Sem prejuízo destas considerações, é necessário que estejam cumpridas as restantes condições da aplicabilidade da diretiva, nos termos dos seus artigos 1.º a 3.º, em relação à respetiva distribuição.

54. O acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation*²⁵ invocado pelos Governos belga e francês não se opõe a esta conclusão. Este processo dizia respeito ao caso específico de um sistema de pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades devido por uma sociedade-mãe residente quando, por sua vez, distribuiu os dividendos que recebeu de uma filial não residente. O Tribunal de Justiça concluiu a este respeito que o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas não obriga um Estado-Membro a garantir que o montante que deve ser pago antecipadamente seja determinado, em qualquer circunstância, em função do imposto sobre as sociedades pago pela filial no seu Estado de residência²⁶. Contudo, tal não permite concluir que a diretiva não se aplica em caso de redistribuição dos dividendos recebidos.

55. Neste sentido, deve responder-se à terceira questão prejudicial que o artigo 4.º, n.º 3, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas se opõe à cobrança de um imposto se esta tiver por consequência que uma sociedade esteja sujeita a uma carga fiscal que ultrapassa o limite previsto no artigo 4.º, n.º 3 quando procede, no âmbito de aplicação da diretiva, a uma distribuição de lucros em relação com dividendos que a própria sociedade recebeu e agora redistribuiu.

23 — V. acórdãos *Banque Fédérative du Crédit Mutuel* (C-27/07, EU:C:2008:195, n.º 24) e *Cobelfret* (C-138/07, EU:C:2009:82, n.º 29), bem como o considerando 8 da diretiva sociedades-mãe/sociedades afiliadas.

24 — V. considerando 11 da Diretiva 2011/96.

25 — C-446/04, EU:C:2006:774.

26 — V. acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 105).

V – Conclusão

56. Em conclusão, proponho que se responda ao pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional, Bélgica) do seguinte modo:

1. O artigo 49.º TFUE, lido em conjugação com o artigo 54.º TFUE, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional nos termos da qual:
 - a. uma sociedade não residente que possui um estabelecimento estável que gera lucros nesse Estado-Membro está, em determinadas circunstâncias, sujeita a um imposto por ocasião da distribuição de lucros, enquanto uma sociedade não residente com uma sociedade afiliada no referido Estado-Membro não está sujeita a esse imposto;
 - b. uma sociedade não residente que possui um estabelecimento estável que gera lucros nesse Estado-Membro está, em determinadas circunstâncias, sujeita a um imposto por ocasião da distribuição de lucros caso os lucros aí obtidos sejam na sua totalidade constituídos como reserva, enquanto uma sociedade residente que constitui como reserva a totalidade dos lucros não está sujeita a esse imposto.
2. Um regime nacional nos termos do qual uma sociedade está sujeita a uma tributação suplementar dos rendimentos por ocasião da distribuição de lucros não representa uma retenção na fonte na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2011/96/UE.
3. O artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2011/96/UE opõe-se a um legislação nacional que tem por consequência que uma sociedade esteja sujeita a uma carga fiscal que ultrapassa o limite previsto no artigo 4.º, n.º 3 quando procede, no âmbito de aplicação da mesma diretiva, a uma distribuição de lucros em relação com dividendos que a própria sociedade recebeu e agora redistribui.