



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOLZI
apresentadas em 5 de junho de 2018¹

Processo C-135/17

X-GmbH
contra
Finanzamt Stuttgart — Körperschaften

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Livre circulação de capitais — Artigos 56.º e 57.º CE — Movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros — Restrições — Cláusula de “standstill” — Investimentos diretos — Regulamentação de um Estado-Membro que prevê a tributação dos rendimentos provenientes de sociedades com sede no estrangeiro — Justificação — Luta contra os expedientes puramente artificiais — Repartição equilibrada do poder de tributação — Preservação da eficácia dos controlos fiscais»

I. Introdução

1. Com o seu pedido de decisão prejudicial, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha) interroga o Tribunal de Justiça sobre a interpretação dos artigos 56.º e 57.º CE (atuais artigos 63.º e 64.º TFUE) a fim de saber, em substância, se o regime alemão aplicável às «participações em sociedades intermediárias estrangeiras»² implica uma restrição à livre circulação de capitais em relação a países terceiros, restrição que, se não for abrangida pela cláusula de «standstill» ao abrigo do artigo 57.º, n.º 1, CE, seria suscetível de ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, nomeadamente a luta contra os expedientes puramente artificiais.

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a sociedade de direito alemão X ao Finanzamt Stuttgart-Körperschaften (Serviço de Finanças Públicas de Estugarda - serviço das pessoas coletivas, Alemanha) a respeito da reintegração dos rendimentos auferidos em 2005 e em 2006 pela Y, uma sociedade de direito suíço, detida em 30% pela X, na matéria coletável desta última, em aplicação das disposições da Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Aussensteuergesetz) (Lei fiscal relativa às relações com o estrangeiro) de 8 de setembro de 1972³, na sua versão resultante da

1 Língua original: francês.

2 Trata-se, em definitivo, do regime relativo às «sociedades estrangeiras controladas» (a seguir «SEC»). Note-se que a compatibilidade de tal regime com as liberdades fundamentais de circulação poderia já ter sido examinada no processo que deu lugar ao Acórdão de 6 de dezembro de 2007, *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754), dado que essa entidade tinha sido considerada pelo direito fiscal alemão, não como uma sociedade de pessoas, mas uma sociedade de capitais: v., a este respeito, minhas Conclusões no processo *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:197, n.ºs 32 a 37 e nota 14).

3 BGBl. 1972 I, p. 1713.

Missbrauchsbekämpfung- und Steuerbereinigungsgesetz (Lei relativa à harmonização fiscal e ao combate à fraude) de 21 de dezembro de 1993⁴ e da Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Lei relativa à evolução da fiscalidade das empresas, a seguir «UntStFG 2001») de 20 de dezembro de 2001⁵ (a seguir «AStG»).

3. Resulta do pedido de decisão prejudicial que, por força dos §§ 7, n.ºs 6 e 6-A, e 8 da AStG, os rendimentos de uma sociedade estrangeira no capital da qual um sujeito passivo residente alemão detenha uma participação de, pelo menos, 1% são tributáveis como rendimentos desse sujeito passivo se se tratarem de «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais», ou seja, se estiverem sujeitos, no estrangeiro, a um imposto sobre os lucros inferior a 25% e não resultem de atividades económicas ditas «ativas».

4. No processo principal, está assente que a sociedade Y foi qualificada pela administração fiscal alemã como uma sociedade intermediária estrangeira para efeitos dos «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais, na aceção do § 7, n.ºs 6 e 6-A, da AStG. Com efeito, para os exercícios fiscais em causa, a administração fiscal alemã considerou que os créditos que a Y tinha adquirido junto de uma sociedade alemã e, em parte, graças a um empréstimo concedido pela X, davam direito a uma participação nos resultados desportivos de quatro clubes desportivos alemães, nomeadamente através de lucros auferidos por estes últimos a título de direitos de transmissão. Os rendimentos auferidos pela Y deviam, por conseguinte, ser qualificados como lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais e incorporados na matéria coletável da X para os dois exercícios fiscais em causa no processo principal.

5. Tendo contestado sem sucesso as decisões da administração fiscal alemã, a X recorreu para o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal).

6. O Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) observa que as regras relativas à reintegração dos lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais na matéria coletável de um acionista, sujeito a tributação global na Alemanha, previstas no § 7, n.ºs 6 e 6-A, da AStG, visam exclusivamente as participações em sociedades estrangeiras. A este respeito, considera que a legislação alemã em causa poderia, em princípio, constituir uma restrição proibida à livre circulação de capitais, na aceção do artigo 56.º, n.º 1, CE.

7. No entanto, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) pergunta se essa legislação nacional é autorizada pelo direito da União, tendo em conta a cláusula de «standstill», prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE, de acordo com a qual o artigo 56.º CE não prejudica a aplicação aos países terceiros das restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993 nos termos da legislação nacional em matéria de movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que envolvam, designadamente, investimentos diretos. Embora recorde a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual cabe, em princípio, ao juiz nacional determinar, a este respeito, o conteúdo da legislação «existente» em 31 de dezembro de 1993, aquele órgão jurisdicional considera que se impõe uma clarificação, pelo Tribunal de Justiça, da legislação alemã em causa, nomeadamente no que respeita a dois aspetos.

8. Em primeiro lugar, segundo as explicações fornecidas pelo Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal), as regras relativas à reintegração dos «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais» na matéria coletável de um acionista, integralmente sujeitos ao imposto na Alemanha, em vigor em 31 de dezembro de 1993 foram alteradas pela Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz) (Lei que reduz o imposto e reforma a tributação das empresas), de 23 de outubro de 2000 (a seguir «StSenkG 2000»)⁶. Esse órgão

4 BGBl. 1993 I, p. 2310.

5 BGBl. 2001 I, p. 3858.

6 BGBl. 2000 I, p. 1433.

jurisdicional considera que, apesar de a StSenkG 2000 ter alterado profundamente as ditas regras aplicáveis em 31 de dezembro de 1993, as alterações que esta legislação deveria ter introduzido na AStG foram, no entanto, revogadas pela UntStFG 2001, antes mesmo de poderem ser aplicadas num caso concreto, pela primeira vez, a tais rendimentos.

9. A este respeito, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) considera não ser isenta de incertezas a questão de saber se, por força do artigo 57.º, n.º 1, CE, a garantia da manutenção de uma restrição à livre circulação de capitais existente em 31 de dezembro de 1993 pode tornar-se obsoleta exclusivamente devido ao efeito normativo formal da regulamentação modificativa ou se a alteração deve ter sido efetivamente aplicada na prática.

10. Em segundo lugar, a UntStFG 2001 restabeleceu, para as regras relativas à reintegração de lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais na matéria coletável de um acionista, integralmente sujeitos ao imposto na Alemanha, as consequências jurídicas existentes em 31 de dezembro de 1993, com exceção de um elemento. A UntStFG 2001 reduziu para 1%, designadamente, a percentagem mínima da participação na sociedade intermediária estrangeira exigida para tal reintegração, que anteriormente era de 10%. Além disso, em certas condições, essa reintegração deve ter lugar mesmo para as participações inferiores a 1%. No entanto, embora esse alargamento do âmbito de aplicação das referidas regras às participações de carteira de títulos inferiores a 10% seja, segundo o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) uma alteração substancial que alarga a restrição aos movimentos transfronteiriços de capitais de maneira não negligenciável, essa alteração não diz respeito aos investimentos diretos, na aceção do artigo 57.º, n.º 1, CE, mas unicamente às participações em carteiras de títulos. Por conseguinte, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) considera que a cláusula de «standstill» podia ser aplicável no caso em apreço, na medida em que as regras aplicáveis à situação específica da X, cuja participação de 30% na Y constitui um investimento direto, não foram afetadas pela alteração introduzida pela UntStFG 2001 relativamente às participações em carteiras de títulos.

11. Na hipótese de a legislação nacional em causa não ser abrangida pela cláusula de «standstill» devido a um destes dois aspetos, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) interroga-se sobre a questão de saber se essa legislação não constitui uma restrição proibida à livre circulação de capitais, a qual, eventualmente, pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral. O Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) recorda, a este respeito, que o Tribunal de Justiça analisou a questão relativa à tributação dos rendimentos das sociedades intermediárias no processo que deu origem ao Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Observa, porém, que nesse processo se discutia o contexto da liberdade de estabelecimento aplicável nas relações entre os Estados-Membros e não o da livre circulação de capitais, igualmente aplicável nas relações entre os Estados-Membros e os países terceiros. Se essa jurisprudência for alargada a uma situação como a do processo principal, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) tem dúvidas quanto ao caráter justificado da legislação nacional.

12. Foi nestas condições que o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. Deve o artigo 57.º, n.º 1, CE (atual artigo 64.º, n.º 1, TFUE) ser interpretado no sentido de que uma restrição aos movimentos de capitais provenientes [de] ou com destino a países terceiros que envolva investimento direto, estabelecida por um Estado-Membro e em vigor em 31 de dezembro de 1993, não é afetada pelo artigo 56.º CE (atual artigo 63.º TFUE), mesmo [que] a legislação nacional que restringia o movimento de capitais, em vigor à data de referência, [apenas se aplicasse] essencialmente [...] ao investimento direto, mas, a partir [daquela] data [tenha passado] a [...] abranger também [participações de] carteiras de títulos em sociedades estrangeiras abaixo do limiar de participação de 10%?

2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: deve o artigo 57.º, n.º 1, CE [(atual artigo 64.º, n.º 1, TFUE)] ser interpretado no sentido de que [se considera que] uma [disposição] nacional, em vigor à data de referência [de] 31 de dezembro de 1993, [que restringe] movimentos de capitais provenientes [de] ou com destino a países terceiros que envolva investimento direto, [é aplicada] quando se aplica uma legislação posterior que corresponde essencialmente [à] restrição em vigor na data de referência, mas a restrição em vigor na data de referência [tenha sido] substancialmente alterada por um curto período [de tempo] após a data de referência por uma lei que, apesar de ter entrado em vigor, nunca foi aplicada na prática, dado que foi substituída pela legislação atualmente [em vigor], antes de ser aplicada pela primeira vez a um caso concreto?
 3. Em caso de resposta negativa a uma das duas primeiras questões: o artigo 56.º CE [(atual artigo 63.º TFUE)] opõe-se à legislação de um Estado-Membro nos termos da qual [na] matéria coletável de um sujeito passivo estabelecido [nesse] Estado-Membro e que detém uma participação de, pelo menos, 1% numa sociedade estabelecida noutro Estado (neste caso, a Suíça) são imputados, de forma proporcional [à participação detida], os rendimentos positivos com caráter de aplicações de capitais obtidos por esta sociedade, no valor da quota de participação correspondente, quando estes rendimentos [estejam] sujeitos a um nível de tributação mais baixo do que no primeiro Estado?»
13. Estas questões foram objeto de observações escritas por parte da recorrente no processo principal, dos Governos alemão, francês e sueco e da Comissão Europeia. As alegações das partes interessadas foram ouvidas na audiência de 5 de março de 2018, com exceção dos Governos francês e sueco, que não se fizeram representar.

II. Análise

14. Ao passo que as duas primeiras questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem respeito à interpretação da cláusula de «standstill» prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE, disposição cuja aplicação pressupõe que a legislação em causa no processo principal seja qualificada como restrição à livre circulação de capitais contrária ao artigo 56.º, n.º 1, CE, a terceira questão interroga-se precisamente sobre esta qualificação e sobre o caráter justificado de uma restrição dessa natureza.

15. Em consequência, a análise que segue não respeitará a ordem das questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Analisarei, numa primeira fase, se o regime alemão aplicável às «participações em sociedades intermediárias estrangeiras», em causa no processo principal, constitui uma restrição na aceção do artigo 56.º, n.º 1, CE, o que, na minha opinião, é indubitável (parte A). Numa segunda fase, há que determinar se essa restrição pode, contudo, ser mantida com o fundamento de que está abrangida pela cláusula de «standstill» prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE (parte B). A este respeito, afirmo desde já que a legislação em causa no processo principal cumpre, na minha opinião, os critérios temporal e material definidos nesse artigo. Por conseguinte, é apenas a título subsidiário, no caso de o Tribunal de Justiça não partilhar da minha análise relativa à aplicabilidade da cláusula de «standstill», que analisarei, numa terceira fase, se a restrição à livre circulação de capitais prevista na legislação em causa no processo principal pode ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral (parte C).

A. Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais, na aceção do artigo 56.º, n.º 1, CE

1. Quanto à aplicabilidade da livre circulação de capitais

16. Importa, a título preliminar, recordar que a AStG se aplica a qualquer sujeito passivo fiscal, residente na Alemanha, que detenha uma participação numa sociedade de um país terceiro que aplique, segundo a AStG, uma «baixa» tributação dos lucros desta empresa, sem que essa participação do sujeito passivo alemão permita necessariamente exercer uma influência efetiva sobre as decisões da sociedade em causa e determinar as respetivas atividades. Com efeito, nos exercícios fiscais em causa no processo principal, por força do § 7 da AStG, a reintegração dos rendimentos auferidos por uma sociedade de um país terceiro na matéria coletável do imposto do sócio desta sociedade, sujeito a tributação global na Alemanha, independentemente de qualquer distribuição de lucros, aplicava-se automaticamente a qualquer participação de, pelo menos, 1% na empresa em questão desse país terceiro.

17. Há que salientar que a aplicabilidade da livre circulação de capitais prevista no artigo 56.º, n.º 1, CE no processo principal não foi contestada por nenhuma das partes interessadas, tendo o próprio órgão jurisdicional de reenvio afastado, corretamente, a aplicação da liberdade de estabelecimento à legislação fiscal em causa no processo principal.

18. Com efeito, por analogia com a jurisprudência resultante do Acórdão de 13 de novembro de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, n.ºs 98 a 100 e 104), essa legislação, que, por um lado, não tem por objeto aplicar-se exclusivamente às participações de uma sociedade de um Estado-Membro que permitam exercer uma influência efetiva sobre a empresa em causa de um país terceiro e, por outro, diz respeito unicamente ao tratamento fiscal dos rendimentos das sociedades de um Estado-Membro resultantes de investimentos efetuados numa sociedade estabelecida num país terceiro, deve, sem dúvida, ser apreciada à luz do artigo 56.º, n.º 1, CE⁷.

19. Num contexto como este, apenas o exame do objeto da legislação nacional é suficiente para apreciar se o tratamento fiscal em causa está abrangido pela livre circulação de capitais⁸. Portanto, em qualquer caso, não há que ter em conta as circunstâncias concretas do processo principal, ou seja, no caso em apreço, uma participação de 30% na sociedade Y na Suíça. Com efeito, independentemente da questão de saber se essa participação é suscetível de conferir uma influência efetiva da X sobre as decisões da Y — o que, em si mesmo, não é evidente, tendo em conta a repartição do capital social desta última nas mãos de apenas outro acionista —, essas circunstâncias não podem ter por efeito, nas relações com países terceiros e atendendo ao objeto das disposições da AStG em causa, excluir a aplicabilidade da livre circulação de capitais em benefício da liberdade de estabelecimento, que, como se sabe, não se aplica às relações com países terceiros⁹.

7 V., também, Acórdãos de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, n.ºs 27 a 32); de 11 de setembro de 2014, *Kronos International*, C-47/12, EU:C:2014:2200, n.ºs 38, 41 e 54); e de 24 de novembro de 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, n.ºs 34, 35 e 41 a 43).

8 V., por analogia, a propósito do tratamento fiscal num Estado-Membro de dividendos originários de um país terceiro, nomeadamente, Acórdãos de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 29), e de 24 de novembro de 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 34).

9 V. Acórdão de 11 de setembro de 2014, *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, n.º 44 e jurisprudência referida). Importa também recordar que, nas relações com a Confederação Suíça, o direito de estabelecimento é parcialmente abrangido pelo Acordo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e com a Confederação Suíça, por outro, sobre a livre circulação de pessoas (JO 2002, L 114, p. 6, a seguir «ALCP»), assinado no Luxemburgo em 21 de junho de 1999 e que entrou em vigor em 1 de junho de 2002. Todavia, as pessoas coletivas estão excluídas do âmbito de aplicação do direito de estabelecimento garantido pelo ALCP: v. Acórdãos de 12 de novembro de 2009, *Grimme* (C-351/08, EU:C:2009:697, n.ºs 37 e 39), e de 11 de fevereiro de 2010, *Fokus Invest* (C-541/08, EU:C:2010:74, n.º 31).

20. Se a aplicabilidade da livre circulação de capitais tivesse de ceder perante a liberdade de estabelecimento tendo em conta apenas essas circunstâncias, isso levaria, como já foi explicitado nas minhas Conclusões apresentadas no processo Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, n.º 20), a privar de efeito útil a proibição prevista no artigo 56.º, n.º 1, CE, nas situações em que não há, porém, qualquer risco de contornar a liberdade de estabelecimento.

2. Quando ao carácter restritivo do § 7 da AStG nos movimentos de capitais relativamente a países terceiros

21. A resposta à questão de saber se uma disposição de uma legislação fiscal, como o § 7 da AStG, constitui uma restrição à livre circulação de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros não me parece suscitar nenhuma dúvida.

22. A este respeito, há que recordar que, segundo jurisprudência constante, as medidas proibidas nos termos do artigo 56.º, n.º 1, CE enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são de molde a dissuadir os residentes de um Estado-Membro de investirem noutros Estados¹⁰.

23. No caso em apreço, resulta das explicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio que o objetivo das regras de reintegração é impedir ou neutralizar a transferência dos rendimentos (passivos) das pessoas sujeitas a tributação global na Alemanha para Estados que, segundo o direito alemão, têm um baixo nível de tributação dos lucros das sociedades. O objetivo das regras de reintegração é, portanto, imputar ao sócio alemão, que detém uma participação de, pelo menos, 1% numa sociedade de um país terceiro, os rendimentos ditos «passivos» gerados por esta sociedade, independentemente de qualquer distribuição de lucros. Tais regras não se destinam a ser aplicadas, por definição, a não ser em situações transfronteiriças.

24. Com efeito, como salientou o órgão jurisdicional de reenvio, o Governo sueco e a Comissão, um sócio alemão, sujeito a tributação global na Alemanha, que detivesse uma participação de nível equivalente numa sociedade estabelecida na Alemanha não teria nunca de reintegrar no seu rendimento tributável os rendimentos desta última. O próprio Governo alemão admitiu, aliás, nas suas observações escritas que essas regras de reintegração reservam um tratamento menos favorável às participações em sociedades estrangeiras em relação às participações em sociedades estabelecidas na Alemanha, uma vez que, neste último caso, os rendimentos desta última nunca são imputados aos seus sócios antes de qualquer distribuição.

25. Essa diferença de tratamento é, indiscutivelmente, suscetível de dissuadir um contribuinte alemão de realizar investimentos em países terceiros.

26. Por conseguinte, considero que uma disposição como o § 7 da AStG constitui uma restrição aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros, proibida, em princípio, nos termos do artigo 56.º CE.

B. Quanto à aplicabilidade do artigo 57.º, n.º 1, CE

27. Como já referi anteriormente, com as suas duas primeiras questões, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a restrição aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros que acaba de ser salientada é, não obstante, suscetível de ser neutralizada através da aplicação da cláusula de «standstill» prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE.

¹⁰ V., nomeadamente, Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 39).

28. Recordo que, nos termos deste artigo, «[o] disposto no artigo 56.º não prejudica a *aplicação* a países terceiros *de quaisquer restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993* ao abrigo de legislação nacional ou comunitária respeitante aos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes que envolvam *investimento direto*»¹¹.

29. As restrições previstas pela legislação de um Estado-Membro são, por conseguinte, excluídas do âmbito de aplicação do artigo 57.º, n.º 1, CE se, além de se aplicarem a um país terceiro, o que não suscita qualquer dúvida no que diz respeito, à semelhança do processo principal, à Confederação Suíça, satisfizerem os critérios *temporal* e *material* definidos por este artigo¹².

1. Quanto ao âmbito de aplicação temporal do artigo 57.º, n.º 1, CE

30. Quanto ao âmbito de aplicação temporal do artigo 57.º, n.º 1, CE, importa salientar que a versão da AStG em causa no presente processo é posterior a 31 de dezembro de 1993.

31. No entanto, o Tribunal de Justiça já declarou que uma medida nacional adotada posteriormente a esta data não fica, por este simples facto, automaticamente excluída do regime derogatório instituído pelo direito da União. Beneficia assim desse regime uma disposição que, em substância, for idêntica à legislação anterior ou se limitar a reduzir ou a suprimir um obstáculo ao exercício dos direitos e liberdades da União que constam da legislação anterior¹³.

32. Neste caso, resulta da jurisprudência que a possibilidade de um Estado-Membro invocar a exceção prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE implica, por um lado, que a restrição dos movimentos de capitais tenha feito parte da ordem jurídica desse Estado-Membro de forma ininterrupta desde 31 de dezembro de 1993¹⁴ e, por outro, que esta restrição não integre uma legislação que assente numa lógica diferente da lógica do direito vigente anteriormente a 31 de dezembro de 1993 e institua novos procedimentos¹⁵.

33. No presente processo, ao contrário das outras partes interessadas, a recorrente no processo principal sustenta, em substância, que a versão da AStG anterior a 31 de dezembro de 1993 foi revogada pela StSenkG 2000, o que implica que as disposições da AStG em causa no processo principal, posteriores a 31 de dezembro de 1993, não podem beneficiar da aplicação da cláusula de «standstill» prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE, pelo facto de não terem existido na ordem jurídica alemã de forma ininterrupta.

34. Esta argumentação não me convence.

35. Na verdade, como observa o órgão jurisdicional de reenvio, ao adotar a StSenkG 2000, o legislador alemão decidiu modificar profundamente as regras de reintegração previstas pela AStG em vigor em 31 de dezembro de 1993. No entanto, como decorre igualmente das explicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, embora a StSenkG 2000 tenha entrado em vigor, o legislador alemão optou

¹¹ O sublinhado é meu.

¹² Recorde-se que esses dois critérios são cumulativos: v. Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 53).

¹³ V., neste sentido, designadamente, Acórdãos de 24 de maio de 2007, Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297, n.º 41); de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 49); e de 11 de fevereiro de 2010, Fokus Invest (C-541/08, EU:C:2010:74, n.º 42). Note-se que, no Acórdão de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 89 a 92), o Tribunal de Justiça declarou igualmente que um Estado-Membro não pode invocar o artigo 57.º, n.º 1, CE quando, sem revogar ou alterar formalmente a legislação existente, celebra um acordo internacional, como um acordo de associação, que prevê, numa disposição com efeito direto, a liberalização dos investimentos diretos com um país terceiro. Esta situação é irrelevante no processo principal, uma vez que a ALCP não institui qualquer liberalização dos movimentos de capitais previstos no artigo 57.º, n.º 1, CE entre a Confederação Suíça e a União Europeia e os seus Estados-Membros.

¹⁴ V., neste sentido, Acórdão de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 48).

¹⁵ V., neste sentido, Acórdãos de 24 de maio de 2007, Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297, n.º 41); de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 49); e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 88).

igualmente por diferir a sua aplicação para o exercício fiscal que se iniciou em 1 de janeiro de 2002. É igualmente pacífico que, antes mesmo de ser aplicável ao exercício fiscal que começou em 1 de janeiro de 2002, a StSenkG 2000 foi revogada pela UntStFG 2001, aplicável a partir de 1 de janeiro de 2002 bem como nos exercícios fiscais em causa no processo principal, diploma este que, em substância, reproduziu integralmente as regras de reintegração da AStG que em 31 de dezembro de 1993 eram aplicáveis aos investimentos diretos.

36. Daqui resulta que, no que se refere aos exercícios financeiros até 31 de dezembro de 2001, os contribuintes alemães colocados numa situação semelhante à da X continuavam a estar sujeitos às regras de reintegração da AStG, na sua versão decorrente da Lei relativa à harmonização fiscal e ao combate à fraude, de 21 de dezembro de 1993, e que, a partir do exercício fiscal que começou em 1 de janeiro de 2002, tinham de cumprir as regras de reintegração, substancialmente idênticas, previstas pela UntStFG 2001, dado que esta lei alterou a AStG.

37. Daqui resulta que a restrição existente em 31 de dezembro de 1993 e da qual se queixa a recorrente no processo principal não deixou de se aplicar nas suas relações com os países terceiros desde essa data e continuou a fazer parte da ordem jurídica do Estado-Membro em causa desde essa data. Com efeito, os sujeitos passivos alemães que obtiveram rendimentos análogos aos da recorrente no processo principal a partir de um investimento direto idêntico na Suíça, respeitantes tanto ao exercício fiscal encerrado em 31 de dezembro de 1993 como aos exercícios fiscais posteriores a essa data, foram submetidos, de forma ininterrupta, às mesmas regras de reintegração desses rendimentos na matéria coletável do imposto de que teriam sido devedores na Alemanha relativamente aos mesmos exercícios fiscais.

38. Ora, nos termos do artigo 57.º, n.º 1, CE, que, reitero, dispõe que «o [disposto no] artigo 56.º [CE] não prejudica a aplicação a países terceiros de quaisquer restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993»¹⁶, o importante não é que uma legislação tenha sido formalmente revogada ou profundamente alterada, mas que a restrição nela prevista, existente em 31 de dezembro de 1993, continue a produzir os seus efeitos e, portanto, a ser aplicável, sem interrupção, após essa data nas suas relações com os países terceiros. É este o caso no presente processo, uma vez que, como salientei anteriormente, os sujeitos passivos alemães colocados numa situação análoga à da recorrente no processo principal continuaram, tanto antes como depois de 31 de dezembro de 1993, a estar sujeitos às regras de reintegração dos rendimentos provenientes de investimentos diretos em sociedades de países terceiros, previstas no § 7 da AStG, independentemente da versão, anterior ou posterior a 31 de dezembro de 1993, desse ato.

39. Esta interpretação do artigo 57.º, n.º 1, CE, assente na «aplicação» das restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993 e do «efeito» da legislação nacional é confortada pelo Acórdão de 15 de fevereiro de 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, n.º 21), segundo o qual «a aplicabilidade do artigo 64.º, n.º 1, TFUE [ex-artigo 57.º, n.º 1, CE] não depende do objeto da regulamentação nacional que contém essas restrições, mas do seu efeito».

40. A abordagem que acabo de defender não é contrariada pela necessidade de interpretar a exceção prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE de modo estrito¹⁷, dado que assenta no próprio texto do referido artigo, como recorda, aliás, também o Acórdão de 15 de fevereiro de 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, n.º 21).

¹⁶ O sublinhado é meu.

¹⁷ V. Acórdãos de 17 de outubro de 2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, n.º 29), e de 21 de maio de 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, n.ºs 21 e 42).

41. Também não é contrária aos Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 49), e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 87), nos quais o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 64.º, n.º 1, do TFUE [ex-artigo 57.º, n.º 1, CE] «não teve em mente disposições que, embora sendo no essencial idênticas a uma legislação que estava em vigor em 31 de dezembro de 1993, reintroduziram um *obstáculo* à livre circulação de capitais que, na sequência da revogação da legislação anterior, *já não existia*»¹⁸.

42. Com efeito, nos n.ºs 49 e 87 desses acórdãos, o Tribunal de Justiça visou, com toda a probabilidade, situações que podemos qualificar de «clássicas», em que a revogação de uma legislação nacional implica imediatamente o desaparecimento da restrição à livre circulação de capitais, sem que, por conseguinte, os efeitos da referida legislação perdurem após a revogação formal desta.

43. Considero, de resto, que o Acórdão de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804), vem sobretudo, também ele, confirmar a interpretação que decorre do disposto no artigo 57.º, n.º 1, CE e que ora proponho.

44. Com efeito, há que referir que, nesse processo, as disposições da legislação fiscal sueca, que apenas conferiam uma vantagem fiscal às sociedades estabelecidas na Suécia, foram revogadas após 31 de dezembro de 1993 e posteriormente repostas em 1995. Ora, contrariamente ao entendimento do advogado-geral¹⁹ nesse processo, o Tribunal de Justiça considerou que, não obstante a supressão formal e temporária das referidas disposições, o Reino da Suécia podia invocar a exceção prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE, na medida em que o «benefício» desta vantagem (a isenção dos dividendos pagos por sociedades estabelecidas na Suécia) tinha sido excluído, de forma ininterrupta, pelo menos a partir de 1992, para as sociedades estabelecidas num país terceiro, não membro do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, que não tivesse celebrado uma convenção que previsse a troca de informações com o Reino da Suécia²⁰.

45. Desta forma, o Tribunal de Justiça teve em conta, para efeitos de aplicação do artigo 57.º, n.º 1, CE, o efeito da restrição à livre circulação de capitais, a saber, a manutenção ininterrupta da exclusão da isenção em relação às sociedades dos países terceiros em causa, e não a abolição formal e temporária das disposições nacionais que previam essa isenção em benefício das empresas suecas.

46. Do mesmo modo, no processo principal, e como já referi, longe de ter sido extinto, o obstáculo à livre circulação de capitais em relação aos países terceiros continuou a ser aplicado após 31 de dezembro de 1993, em razão da manutenção dos efeitos da AStG até à entrada em vigor da UntStFG 2001²¹, a qual, a partir desta data, reproduziu de forma idêntica, na sua substância, as regras de reintegração que eram aplicáveis, em 31 de dezembro de 1993, aos investimentos diretos.

47. Considero, portanto, que o critério temporal do artigo 57.º, n.º 1, CE está preenchido no processo principal.

48. De seguida importa examinar as objeções da recorrente no processo principal relativas ao preenchimento do critério *material* desta disposição, estando assente que as outras partes interessadas consideram que este critério está realmente preenchido no processo principal.

18 O sublinhado é meu.

19 V. Conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo A (C-101/05, EU:C:2007:493, n.ºs 109 e 115).

20 V. Acórdão de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 51).

21 Para todos os efeitos úteis, recorro que os efeitos de uma regulamentação nacional revogada também são tomados em consideração a fim de constatar um incumprimento de um Estado-Membro das suas obrigações decorrentes do direito da União, se esses efeitos perdurarem no termo do prazo fixado no parecer fundamentado enviado pela Comissão: v., nomeadamente, Acórdão de 6 de dezembro de 2007, Comissão/Alemanha (C-456/05, EU:C:2007:755, n.ºs 15 e 16 e jurisprudência referida).

2. Quanto ao âmbito de aplicação material do artigo 57.º, n.º 1, CE

49. Segundo a recorrente no processo principal, a UntStFG 2001 alterou a AStG de maneira substancial, na sua versão anterior a 31 de dezembro de 1993, pelo que, ao não se aplicar *exclusivamente* aos investimentos diretos, mas também aos investimentos ditos «de carteira» em países terceiros, esse ato, na sua versão posterior a 31 de dezembro de 1993, já não estava abrangido pela exceção prevista no artigo 57.º, n.º 1, CE.

50. Não partilho desse entendimento pelas seguintes razões.

51. Como já referi no n.º 32 das presentes conclusões, segundo a jurisprudência, uma legislação nacional posterior a 31 de dezembro de 1993, que altere a lógica em que assentava a legislação anterior e institua novos procedimentos não pode ser abrangida pela cláusula de «standstill» do artigo 57.º, n.º 1, CE.

52. Na minha opinião, não é esse o caso no que respeita à alteração introduzida pela UntStFG 2001 na AStG posteriormente a 31 de dezembro de 1993, através da qual, como salienta o órgão jurisdicional de reenvio, o legislador alemão apenas reduziu o limiar de aplicabilidade das regras de reintegração dos rendimentos previstas pela AStG, que passaram a englobar, a partir daí, as participações *inferiores* a 10% do capital social da sociedade do país terceiro em causa, mantendo-se as restantes condições inalteradas.

53. É certo que, na sua versão anterior a 31 de dezembro de 1993, as disposições pertinentes da AStG impunham aos contribuintes alemães a reintegração dos rendimentos provenientes de participações em sociedades de países terceiros que representassem, *pelo menos*, 10% do capital social das referidas sociedades.

54. Tal como o órgão jurisdicional de reenvio salientou, e como também admite a recorrente no processo principal, na sua versão anterior a 31 de dezembro de 1993, a AStG só se aplicava a investimentos diretos, na aceção dos artigos 56.º CE e 57.º CE.

55. Resulta da jurisprudência que o conceito de «investimentos diretos» respeita a investimentos de qualquer natureza, efetuados por pessoas singulares ou coletivas, que servem para criar ou manter relações duradouras e diretas entre o investidor e a empresa a que tais fundos se destinam, com vista ao exercício de uma atividade económica. No que se refere às participações em empresas novas ou existentes, constituídas sob a forma de sociedades por ações, o objetivo de criar ou de manter laços económicos duradouros pressupõe que as ações detidas pelo acionista lhe dão, quer nos termos das disposições da legislação nacional sobre as sociedades por ações, quer de qualquer outro modo, *a possibilidade de participar efetivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo*²². Este conceito abrange também os lucros que resultam desses investimentos diretos²³.

56. Por conseguinte, uma participação mínima de 10% no capital social de uma sociedade, tal como prevista pela AStG, na sua versão anterior a 31 de dezembro de 1993, implicava, em princípio, um investimento direto, uma vez que esse nível de participação, embora não garanta a possibilidade de controlar uma sociedade, confere certamente a possibilidade de participar efetivamente na sua gestão²⁴.

22 V., nomeadamente, Acórdãos de 20 de maio de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, n.ºs 100 a 102), e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.ºs 75 e 76).

23 V., no que se refere ao pagamento de dividendos resultantes de investimentos diretos, nomeadamente, Acórdão de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 77 e jurisprudência referida).

24 V., neste sentido, também, Conclusões do advogado-geral M. Wathelet no processo EV (C-685/16, EU:C:2018:70, n.º 83).

57. Também é verdade que, contrariamente ao artigo 56.º CE, o âmbito de aplicação material do artigo 57.º CE não abrange os investimentos ditos «de carteira» e não pode, portanto, ser utilizado para manter a aplicação de restrições aos movimentos de capitais que envolvam tais investimentos provenientes de ou com destino a países terceiros. Recordo, a este respeito, que, segundo a jurisprudência, o conceito de «investimento de carteira» designa a aquisição de títulos no mercado de capitais efetuada com a única intenção de realizar uma aplicação financeira *sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa*²⁵.

58. A redução do limiar mínimo de participação de 10% para 1%, resultante da alteração introduzida na AStG pelo UntStFG 2001 leva, sem dúvida, a incluir no âmbito de aplicação desta lei os investimentos de carteira²⁶.

59. Todavia, tal como o órgão jurisdicional de reenvio é levado a considerar, essa consequência, que afeta uma categoria de investimentos que, de qualquer modo, escapa ao âmbito de aplicação do artigo 57.º, n.º 1, CE, não tem qualquer incidência, em minha opinião, sobre a aplicabilidade deste artigo nos casos em que apenas estão em causa investimentos diretos.

60. Com efeito, uma regulamentação de um Estado-Membro que restringe *indistintamente* os investimentos de carteira e os investimentos diretos provenientes de ou com destino a países terceiros²⁷ é suscetível de estar abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 57.º, n.º 1, CE, na medida em que essa legislação se aplica a estes últimos investimentos.

61. Foi o que o Tribunal de Justiça admitiu implicitamente no Acórdão de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 52), ao considerar que a exclusão do benefício da isenção do imposto sobre os dividendos em causa nesse processo era suscetível, à luz das circunstâncias do caso em apreço, de ser abrangido pelo artigo 57.º, n.º 1, CE, «pelo menos quando esses dividendos correspondam a investimentos diretos na sociedade distribuidora», deixando ao órgão jurisdicional de reenvio o cuidado de verificar se era esse o caso.

62. Esta orientação foi confirmada no Acórdão de 15 de fevereiro de 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, n.ºs 21, 24 e 25). Com efeito, o Tribunal de Justiça precisou que uma regulamentação nacional que contenha uma restrição à livre circulação de capitais suscetível de também se aplicar às categorias de movimentos de capitais não expressamente enumeradas no artigo 64.º, n.º 1, TFUE (ex-artigo 57.º, n.º 1, CE) não pode obstar à aplicabilidade desta disposição nas circunstâncias previstas nesse mesmo artigo.

63. Por conseguinte, um Estado-Membro cuja legislação nacional restrinja relativamente a países terceiros, de forma indiferenciada, por um lado, os investimentos diretos, que são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 57.º, n.º 1, CE, e, por outro, os investimentos de carteira, que escapam ao âmbito de aplicação desta disposição pode invocar a cláusula de «standstill» do referido artigo, *na medida em que esta legislação nacional se aplica aos investimentos diretos*²⁸.

25 V., neste sentido, nomeadamente, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 58 e jurisprudência referida).

26 No Acórdão de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 137), o Tribunal de Justiça declarou, no essencial, que as participações inferiores a 10% do capital social da sociedade em causa não são abrangidas pelo conceito de «investimentos diretos» na aceção do artigo 64.º, n.º 1, TFUE.

27 Recorde-se que, no Acórdão de 24 de maio de 2007, Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297), o Tribunal de Justiça admitiu que o artigo 57.º, n.º 1, CE era suscetível de abranger as restrições à livre circulação de capitais constantes de uma regulamentação aplicável indistintamente aos Estados-Membros e aos países terceiros e que dizia respeito ao pagamento de dividendos relativos a participações que permitiam ao acionista participar efetivamente na gestão ou no controlo da sociedade distribuidora.

28 V., neste sentido, Acórdão de 15 de fevereiro de 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, n.º 23 e jurisprudência referida).

64. No processo principal, e em conformidade com a jurisprudência que acaba de ser referida, *no que respeita aos investimentos diretos*, uma vez que a UntStFG 2001 não alterou a lógica da AStG, na sua versão aplicável em 31 de dezembro de 1993, nem introduziu novos procedimentos, não vejo obstáculos a que a República Federal da Alemanha possa invocar a aplicação do artigo 57.º, n.º 1, CE. Por outras palavras, esta habilitação é válida na medida em que, tendo em conta as circunstâncias do caso em apreço, as participações na sociedade do país terceiro em causa confirmam ao sócio alemão, sujeito a tributação global na Alemanha, a possibilidade de participar efetivamente na gestão ou no controlo da referida sociedade, ou seja, correspondam a um investimento direto, na aceção do referido artigo.

65. De uma forma geral, compete ao tribunal nacional, em cada caso concreto, verificar, para efeitos da aplicação da cláusula de «standstill» do artigo 57.º, n.º 1, CE, se a restrição aos movimentos de capitais em relação aos países terceiros em causa diz respeito às categorias enumeradas nesse artigo, em particular os investimentos diretos.

66. No processo principal, embora o órgão jurisdicional de reenvio não tenha expressamente qualificado como investimento direto a participação de 30% da X no capital social da sociedade suíça Y, é este o princípio com base no qual a primeira questão prejudicial foi colocada, caso contrário esta questão não faria qualquer sentido. De qualquer modo, tal nível de participação confere ao seu titular a possibilidade de obter, se não um controlo partilhado da gestão, pelo menos uma participação efetiva na sua gestão²⁹. Por outro lado, como a Comissão alegou nas suas observações escritas, a alteração introduzida pela UntStFG 2001 no limiar que desencadeia as regras de reintegração dos rendimentos previstas pela AStG não teve qualquer impacto na situação da X, tendo em conta o nível da sua participação no capital social da Y. Com efeito, tanto antes como depois de 31 de dezembro de 1993, uma sociedade alemã colocada numa situação estritamente idêntica à da X deveria ter procedido à reintegração dos rendimentos decorrentes dessa participação na matéria coletável do imposto que deveria pagar na Alemanha³⁰.

67. Nestas condições, considero que a República Federal da Alemanha pode invocar o artigo 57.º, n.º 1, CE, na medida em que a situação em causa no processo principal diz respeito a uma restrição aos movimentos de capitais existentes em 31 de dezembro de 1993, que envolve investimento direto, sem que as alterações à legislação que prevê essa restrição após esta data tenha alterado a lógica em que assentava a legislação anterior a 31 de dezembro de 1993 e sem que essas alterações tenham criado procedimentos novos.

68. Na hipótese de o Tribunal de Justiça partilhar desta análise, a resposta à terceira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, que incide sobre o caráter justificado da restrição à livre circulação de capitais, fica sem objeto. Por conseguinte, é apenas a título subsidiário que analisarei esta questão.

C. Considerações subsidiárias sobre a justificação da restrição à livre circulação de capitais

69. Nos termos do artigo 58.º, n.º 1, CE, para que uma legislação nacional que não é abrangida pelo artigo 57.º, n.º 1, CE possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado CE relativas à livre circulação de capitais é necessário que a diferença de tratamento nela prevista diga respeito a situações não comparáveis objetivamente ou se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral³¹.

²⁹ No processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio precisou que o capital social da Y era detido pela X e por uma sociedade de direito suíço. Por conseguinte, esta última possui 70% das participações sociais da Y, o que poderá implicar um controlo partilhado.

³⁰ A referência a uma norma geral hipotética impõe-se, uma vez que, recorro, a X só deteve participações na Y a partir de 2005, período claramente posterior a 31 de dezembro de 1993.

³¹ V. Acórdão de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 57 e jurisprudência referida).

1. Quanto à comparabilidade objetiva das situações

70. O Governo alemão alega que a diferença de tratamento evidenciada no n.º 24 das presentes conclusões diz respeito a situações que não são objetivamente comparáveis. Com efeito, segundo este Governo, as regras de reintegração dos rendimentos de uma sociedade intermediária estrangeira previstas pela AStG, na sua versão aplicável aos factos do litígio no processo principal, só se aplicam às empresas com sede num país terceiro que estejam sujeitas a uma baixa tributação. A falta de competência fiscal da República Federal da Alemanha relativamente aos rendimentos provenientes de investimentos numa sociedade estrangeira representa uma diferença significativa em relação à situação de rendimentos resultantes de investimentos equivalentes no capital social de uma sociedade alemã. O Governo alemão acrescenta que, no Acórdão de 17 de dezembro de 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 65), o Tribunal de Justiça já tinha reconhecido a não comparabilidade entre a situação de um sujeito passivo que tenha um estabelecimento estável na Alemanha e a de um sujeito passivo que tenha um estabelecimento situado no estrangeiro.

71. Não subscrevo a argumentação do Governo alemão. Com efeito, o próprio objetivo do § 7 da AStG, independentemente da versão em que a análise se baseie, é precisamente assegurar que a República Federal da Alemanha exerce a sua competência fiscal sobre os rendimentos recebidos por uma sociedade residente que tenha investido capitais numa sociedade de um país terceiro que pratique uma tributação qualificada pelo direito fiscal alemão de «baixa». Esta disposição tem, portanto, por objetivo equiparar, tanto quanto possível, a situação de tais sociedades às sociedades residentes que investiram os seus capitais numa outra sociedade residente na Alemanha, a fim de neutralizar tanto quanto possível as vantagens fiscais que as primeiras podem retirar do investimento de capitais no estrangeiro.

72. O objeto do § 7 da AStG e a situação em que esta disposição coloca uma sociedade residente que tenha feito investimentos numa sociedade de um país terceiro com uma «baixa» tributação recordam as circunstâncias que deram origem ao Acórdão de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), a propósito da legislação do Reino Unido relativa às SEC. Com efeito, esta legislação imputava a uma sociedade-mãe residente os lucros da SEC se esta estivesse sujeita a um nível de tributação inferior, na aceção da referida legislação, no Estado em que a SEC era residente.

73. Ora, relativamente à comparabilidade entre essa situação, e uma situação interna, o Tribunal de Justiça concluiu pela existência de uma «diferença de tratamento» que cria «uma desvantagem fiscal» para a sociedade residente à qual a legislação relativa às SEC era aplicável, uma vez que, contrariamente a uma sociedade residente que tivesse uma filial tributada no Reino Unido, essa sociedade residente era tributada relativamente aos lucros de outra pessoa coletiva³².

74. Esta é igualmente a situação de uma sociedade alemã sujeita à aplicação do § 7 da AStG, à semelhança da X, que investiu capitais numa sociedade estabelecida na Suíça, tal como a Y.

75. Estas considerações não são, na minha opinião, infirmadas pelo Acórdão de 17 de dezembro de 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 65), invocado pelo Governo alemão. Com efeito, embora, nesse número do referido acórdão, o Tribunal de Justiça tenha precisado que «a situação de um estabelecimento estável situado na Áustria não é comparável à de um estabelecimento

³² Acórdão de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 45). Recordo que, nessa parte do acórdão, o Tribunal de Justiça também considerou a comparabilidade da situação de uma sociedade residente sujeita à legislação sobre as SEC e a de uma sociedade residente cuja filial, estabelecida fora do território do Reino Unido, não estava sujeita a um nível de tributação inferior, ou seja, a comparabilidade de duas situações transfronteiriças. O aditamento deste critério de comparação, que parecia refletir as Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:278), foi objeto de um certo debate entre os advogados-gerais: [v. minhas Conclusões no processo *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:197, n.ºs 124 a 155) e as do advogado-geral Y. Bot no processo *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2007:403, n.ºs 101 a 108)], mas que, salvo erro da minha parte, não foi reiterado posteriormente pela jurisprudência. Não me alongarei, portanto, aqui.

estável situado na Alemanha em relação às medidas previstas pela República Federal da Alemanha para prevenir ou atenuar a dupla tributação dos lucros de uma sociedade residente», isso deveu-se à circunstância de, relativamente ao exercício fiscal em questão nesse processo, a República Federal da Alemanha ter deixado de exercer a sua «competência fiscal sobre os resultados de tal estabelecimento estável dado que a dedução dos seus prejuízos já não é autorizada na Alemanha»³³.

76. Ora, como acabo de sublinhar, no presente processo, o § 7 da AStG confere precisamente à República Federal da Alemanha uma competência fiscal sobre os rendimentos provenientes de uma sociedade intermediária estrangeira estabelecida num país terceiro, neste caso concreto, a Y, reintegrando-os na matéria coletável de outra pessoa coletiva, residente na Alemanha, a saber, no processo principal, a sociedade X. Além disso, resulta claramente da exposição dos factos do litígio no processo principal que tal competência fiscal é exercida, na esfera da sociedade residente na Alemanha, tanto sobre os lucros como sobre os prejuízos suportados pela sociedade intermediária, que são, os primeiros, reintegrados, e os segundos, levados em conta na matéria coletável do imposto da primeira sociedade.

77. Embora o regime fiscal de uma sociedade residente na Alemanha que tenha adquirido participações numa sociedade estabelecida num país terceiro com «baixa» tributação seja, é verdade, diferente do regime aplicável a uma sociedade residente que tenha investido capital numa outra sociedade residente na Alemanha, o Tribunal de Justiça já declarou, como salientou o órgão jurisdicional de reenvio, que o simples facto de aplicar regimes fiscais diferentes a uma sociedade residente consoante detenha participações em sociedades residentes ou não residentes não pode constituir um critério válido para apreciar a comparabilidade objetiva das situações e, consequentemente, para estabelecer uma diferença objetiva entre elas³⁴. Com efeito, a aplicação de regimes fiscais diferentes está na origem da diferença de tratamento, apesar de, em ambos os casos, o Estado-Membro em causa exercer a sua competência fiscal sobre os rendimentos das sociedades residentes.

78. Daqui resulta, em minha opinião, que a justificação da restrição à livre circulação de capitais só pode ser mantida, se não for autorizada nos termos do artigo 57.º, n.º 1, CE, em virtude de uma razão imperiosa de interesse geral.

2. Quanto à existência de uma razão imperiosa de interesse geral

79. Enquanto, na fundamentação do seu pedido de decisão prejudicial, afasta a ideia segundo a qual a restrição à livre circulação de capitais em relação a países terceiros, que decorre do § 7 da AStG, é suscetível de ser justificada pela necessidade de garantir receitas fiscais, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a possibilidade de uma justificação baseada no objetivo de desmontar os expedientes puramente artificiais que tenham por finalidade escapar à aplicação da legislação do Estado-Membro em causa, tal como este motivo justificativo foi admitido, no seu princípio, no Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas, por um lado, quanto à aplicabilidade dessa jurisprudência, que se inscrevia no contexto da liberdade de estabelecimento e, por outro, na hipótese de essa jurisprudência ser inteiramente transponível para uma situação como a que está em causa no processo principal, sobre a proporcionalidade das regras de reintegração previstas na

³³ Com efeito, para os exercícios fiscais anteriores, relativamente aos quais a República Federal da Alemanha admitia a dedução das perdas sofridas por um estabelecimento estável situado na Áustria, o Tribunal de Justiça declarou que a situação de uma sociedade residente que possuía um estabelecimento estável situado na Áustria era comparável à de uma sociedade residente que possuía um estabelecimento estável situado na Alemanha: v. Acórdão de 17 de dezembro de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, n.ºs 28 e 59).

³⁴ V. Acórdão de 22 de janeiro de 2009, STEKO Industriemontage (C-377/07, EU:C:2009:29, n.º 33).

AStG. A este respeito, observa que estas regras são aplicáveis não apenas no caso de expedientes puramente artificiais mas independentemente da função económica da sociedade intermediária estabelecida no país terceiro em causa, sem que o sujeito passivo residente na Alemanha tenha a possibilidade de demonstrar que o seu investimento se funda em razões económicas.

80. O Governo alemão sustenta, por seu turno, que as regras de reintegração previstas pelas disposições da AStG se justificam pelas razões imperiosas de interesse geral que são a repartição equilibrada do poder tributário³⁵ e a prevenção da evasão fiscal³⁶, com base nas quais evoca a necessidade de combater os expedientes puramente artificiais. Nas suas observações escritas, o Governo francês acrescenta que as regras de reintegração também podem ser justificadas com o objetivo de garantir a eficácia dos controlos fiscais³⁷.

81. Pela minha parte, *em primeiro lugar*, subscrevo integralmente a análise efetuada pelo órgão jurisdicional de reenvio segundo a qual um Estado-Membro não pode justificar uma restrição à livre circulação de capitais com destino a países terceiros com fundamento na salvaguarda da cobrança de receitas fiscais. Com efeito, esse fundamento, de ordem puramente económica, já foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça em situações que envolviam os movimentos de capitais em relação aos países terceiros³⁸. Nada no presente caso justifica afastar-se de tal solução. De resto, o Governo alemão nem sequer tentou invocar tal fundamento perante o Tribunal de Justiça.

82. *Em segundo lugar*, no que respeita ao objetivo relativo à necessidade de desmontar os expedientes puramente artificiais, saliento que o Tribunal de Justiça reconheceu que o mesmo era adequado para justificar uma restrição a uma liberdade fundamental de circulação entre os Estados-Membros, quer no âmbito da sua ligação a outras razões imperiosas de interesse geral, como a luta contra as práticas abusivas³⁹, a prevenção da fraude ou da evasão fiscal⁴⁰, assim como, de forma combinada com uma ou outra dessas razões, a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros⁴¹, e por vezes, ao que parece, enquanto objetivo de interesse geral autónomo⁴².

35 Quanto ao reconhecimento da legitimidade do objetivo de preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, v., designadamente, Acórdãos de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 45); de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 47); e de 24 de fevereiro de 2015, Grünewald (C-559/13, EU:C:2015:109, n.º 40). Quanto à extensão desta justificação para restrições à livre circulação de capitais em relação a países terceiros, v. Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 100 e jurisprudência referida).

36 Quanto ao reconhecimento do caráter de interesse geral da prevenção da evasão fiscal, incluindo nas relações com países terceiros, v., nomeadamente, Acórdãos de 30 de janeiro de 2007, Comissão/Dinamarca (C-150/04, EU:C:2007:69, n.º 51 e jurisprudência referida); de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 65); e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 62).

37 Quanto ao reconhecimento do caráter de interesse geral da necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais, incluindo nas relações com países terceiros, v., designadamente, Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 55), e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 58).

38 V. Acórdãos de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.ºs 125 e 126), e de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 101).

39 V., designadamente, Acórdãos de 4 de dezembro de 2008, Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, n.º 35), e de 22 de dezembro de 2010, Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, n.º 28). Quanto à ligação deste motivo com a prevenção do abuso e da evasão fiscal, v., designadamente, Acórdãos de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.ºs 48, 51 e 55), e de 18 de junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, n.ºs 63 a 65). Quanto à ligação deste motivo com a prevenção dos abusos e da fraude, v. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Masco Denmark e a Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, n.º 30).

40 V., quanto à ligação deste fundamento à prevenção da fraude fiscal, designadamente, Acórdãos de 19 de novembro de 2009, Comissão/Itália (C-540/07, EU:C:2009:717, n.º 57); de 28 de outubro de 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, n.º 34); e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 59). V., quanto à ligação com a prevenção da evasão fiscal, designadamente, Acórdãos de 18 de julho de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 58); de 17 de setembro de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, n.º 89); de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 65); e de 17 de dezembro de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 42). V., quanto à ligação com estas duas razões imperiosas de interesse geral, nomeadamente, Acórdãos de 3 de outubro de 2013, Itelcar, C-282/12, EU:C:2013:629, n.ºs 33 a 35), e de 7 de novembro de 2013, K, C-322/11, EU:C:2013:716, n.ºs 61 e 62).

41 V. Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.ºs 74 e 75).

42 V. Acórdãos de 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e o. (C-80/12, EU:C:2014:200, n.ºs 31 e 35), e de 6 de março de 2018, SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, n.ºs 114 e 115).

83. Contrariamente ao que refere o órgão jurisdicional de reenvio, a legitimidade da prossecução desse fundamento não foi reconhecida apenas no contexto da aplicação da liberdade de estabelecimento, mas também quanto a restrições à livre circulação de capitais entre os Estados-Membros⁴³ e entre os Estados-Membros e os países terceiros⁴⁴.

84. Quanto a este último ponto, observo que, no Acórdão de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.ºs 59 a 62), o Tribunal de Justiça examinou se uma diferença de tratamento fiscal das sociedades residentes em Portugal, consoante recebiam dividendos distribuídos por sociedades residentes nesse Estado-Membro ou estabelecidas em países terceiros (Tunísia e Líbano) — diferença qualificada como restrição à livre circulação de capitais —, era, contudo, suscetível de ser justificada pela necessidade de prevenir a fraude e a evasão fiscais. No final desse exame, o Tribunal Geral concluiu que a legislação fiscal em causa no processo principal «exclu[ía], de uma maneira geral, a possibilidade de evitar ou de atenuar a dupla tributação económica dos dividendos, quando os referidos dividendos [eram] distribuídos por sociedades estabelecidas em países terceiros, *sem procurar especificamente prevenir comportamentos que consistem em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido ou obter um benefício fiscal*»⁴⁵. Nestas condições, concluiu que a restrição à livre circulação de capitais não podia ser justificada por motivos relativos à necessidade de prevenir a fraude e a evasão fiscais.

85. Duas considerações podem ser extraídas desse acórdão. Por um lado, demonstra que um Estado-Membro está habilitado a invocar o objetivo combater os expedientes puramente artificiais com o único objetivo de eludir o imposto normalmente devido, para justificar uma restrição à livre circulação de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros. Não vejo, aliás, qual seria a lógica de recusar a um Estado-Membro a possibilidade de invocar tal motivo de justificação exclusivamente no contexto das suas relações com os países terceiros. Por outro lado, o referido acórdão confirma que o alcance desse objetivo é o mesmo quando invocado nas relações entre os Estados-Membros. Em especial, a legislação fiscal em causa deve ter por objeto *especificamente* prevenir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais.

86. Ora, é precisamente sob este ângulo que considero que, independentemente da questão de saber se o combate dos expedientes puramente artificiais com o único objetivo de eludir o imposto normalmente devido deve ser examinado, como sugere o órgão jurisdicional de reenvio, como razão imperiosa de interesse geral autónoma, ou, como defende o Governo alemão, no contexto da legislação relativa à prevenção da evasão fiscal, as regras de reintegração previstas pela AStG vão além do que é necessário para atingir este objetivo.

87. Com efeito, estas regras não visam *especificamente* os expedientes puramente artificiais, mas aplicam-se, de forma geral, com base numa presunção inilidível de evasão fiscal⁴⁶, a todos as pessoas sujeitas ao imposto na Alemanha que detêm uma participação de, pelo menos, 1% numa sociedade estabelecida num país terceiro cuja tributação é qualificada de forma unilateral pela regulamentação fiscal alemã como «baixa».

43 V., designadamente, Acórdãos de 17 de setembro de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, n.º 89); de 3 de outubro de 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, n.º 34); e de 6 de março de 2018, SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, n.ºs 114 e 115).

44 V. Acórdãos de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 165), e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.ºs 59 a 62).

45 Acórdão de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 61) (o sublinhado é meu).

46 De notar que o Governo alemão admitiu a natureza inilidível desta presunção na audiência no Tribunal de Justiça.

88. Tendo em consideração o seu alcance geral, as regras de reintegração da AStG não prosseguem, portanto, um objetivo específico destinado a prevenir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido⁴⁷.

89. Por conseguinte, considero que as regras de reintegração previstas pela AStG não podem ser justificadas por razões ligadas à prevenção da evasão fiscal e ao combate dos expedientes puramente artificiais.

90. Daqui resulta que não há que apreciar o convite feito pelo Governo francês nas suas observações escritas, nos termos da qual o Tribunal de Justiça deveria reconhecer que, em relação aos países terceiros, os Estados-Membros estão autorizados a manter as suas legislações nacionais destinadas a desmontar os expedientes puramente artificiais que tenham por finalidade *essencial, e não exclusiva*, eludir o imposto normalmente devido⁴⁸. De qualquer modo, resulta claramente dos Acórdãos de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 165) e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 59) que, inclusive nas relações com os países terceiros, uma determinada operação representa um expediente puramente artificial, quando tenha como *único objetivo* eludir o imposto normalmente devido ou obter um benefício fiscal.

91. *Em terceiro lugar*, a resposta à questão de saber se as regras de reintegração previstas pela AStG podem ser justificadas pela necessidade de preservar a repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros e a salvaguarda da eficácia dos controlos fiscais, em conjunto, é, no meu entender, mais difícil.

92. No plano dos princípios, saliento que o Tribunal de Justiça já examinou em conjunto estas duas razões imperiosas de interesse geral⁴⁹ e já admitiu que essas razões podiam ser invocadas pelos Estados-Membros para justificar restrições à livre circulação de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros⁵⁰.

47 V., neste sentido, por analogia, Acórdãos do Tribunal de Justiça de 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e o. (C-80/12, EU:C:2014:200, n.º 34); de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 165); e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 61).

48 O Governo francês retira a sua argumentação, por um lado, do Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 81), e, por outro, de determinados atos de direito derivado da União, claramente posteriores aos factos do litígio no processo principal (e, por conseguinte, em todo o caso, irrelevantes), incluindo, em especial, a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (JO 2016 L 193, p. 1). Se é verdade que o n.º 81 do Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), remete para o caráter «essencial» e não exclusivo do objetivo prosseguido por uma determinada operação para que seja qualificada de expediente puramente artificial, há que salientar que o n.º 82 desse acórdão caracteriza os expedientes puramente artificiais, «apenas para efeitos fiscais». Tanto quanto é do meu conhecimento, o n.º 81 do Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), só foi citado uma única vez, no n.º 30 do Acórdão de 17 de janeiro de 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24). Em contrapartida, a corrente jurisprudencial claramente maioritária refere o caráter exclusivo ou único do objetivo visado por uma dada transação: v. Acórdãos de 4 de dezembro de 2008, Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, n.º 35); de 17 de setembro de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, n.ºs 89 e 92); de 22 de dezembro de 2010, Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, n.º 28); de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 165); de 5 de julho de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 41); de 3 de outubro de 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, n.º 34); de 13 de novembro de 2014, Comissão/Reino Unido (C-112/14, não publicado, EU:C:2014:2369, n.º 25); de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 59); e de 7 de setembro de 2017, Eqiom e Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, n.º 34). V., igualmente, Despacho de 23 de abril de 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239, n.º 84).

49 V. Acórdão de 5 de julho de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 48).

50 V. Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.ºs 71 e 100 e jurisprudência referida).

93. No que se refere à necessidade de preservar o poder de tributação dos Estados-Membros, essa razão pode ser admitida quando o regime em causa tenha por objetivo evitar comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro de exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território⁵¹.

94. Em meu entender, não há qualquer dúvida de que as regras de reintegração previstas pela AStG são adequadas para alcançar o objetivo de desmontar tais comportamentos, uma vez que têm por objetivo prevenir, no processo principal, que as atividades desenvolvidas pelos clubes desportivos alemães sejam subtraídas à competência fiscal da República Federal da Alemanha, atribuindo a gestão das participações nos lucros destes clubes a uma sociedade estabelecida num país terceiro. Assim, os rendimentos recebidos por essa sociedade em razão da atividade de gestão das participações nos lucros dos clubes desportivos alemães são reintegrados na matéria coletável do imposto do seu sócio alemão, a sociedade X, a fim de evitar uma erosão da base tributável desta última na Alemanha.

95. Alguns aspetos desta medida nacional parecem-me ser igualmente adequados. Desde logo, as regras de reintegração previstas pela AStG aplicam-se apenas às atividades ditas «passivas» das sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros que apliquem uma taxa de tributação dos rendimentos inferior a 25%. Em seguida, embora seja verdade que as regras de reintegração se aplicam independentemente de qualquer distribuição de lucros, como o órgão jurisdicional de reenvio já observou, as distribuições *efetivas* efetuadas pela sociedade intermediária em proveito dos seus sócios alemães estão isentas na República Federal da Alemanha. Por último, o imposto cobrado através de retenção na fonte no país terceiro em causa sobre o montante da distribuição pode ser imputado no imposto sobre o montante a reintegrar na matéria coletável do sócio alemão ou deduzido desse imposto, em conformidade com as disposições da AStG.

96. No entanto, por força da AStG, o sócio alemão de uma sociedade intermediária estabelecida num país terceiro não pode escapar à aplicação das regras de reintegração fornecendo a prova de que, não obstante o caráter «passivo» da atividade exercida pela referida sociedade intermediária, essa atividade é orientada por razões comerciais ou económicas genuínas, assegurando assim que os lucros da sociedade intermediária não sejam tributados na esfera do sócio.

97. É verdade que, enquanto nas relações *entre os Estados-Membros da União*, não se pode excluir *a priori* que o contribuinte tenha a possibilidade de produzir as provas pertinentes que permitam às autoridades fiscais do Estado-Membro de tributação verificar se satisfaz as condições que lhe dão direito a um benefício fiscal, o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente que esta jurisprudência não pode ser inteiramente transposta para os movimentos de capitais *entre os Estados-Membros e os países terceiros* que se inscrevam num diferente contexto jurídico⁵².

98. Com efeito, nas relações com os países terceiros, a transposição da jurisprudência aplicável entre os Estados-Membros da União exige um compromisso de assistência mútua entre as autoridades competentes do Estado-Membro em causa e as do país terceiro em causa equivalente ao quadro de cooperação estabelecido, no seio da União, pela 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 diretos⁵³.

51 V. Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 98 e jurisprudência referida).

52 V., neste sentido, Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.ºs 81 e 82 e jurisprudência referida).

53 JO 1977, L 336, p. 15; EE 09 F1 p. 94. V. designadamente, Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 83 e jurisprudência referida).

99. Num contexto como o do presente processo, esse quadro de cooperação e de assistência mútua em matéria fiscal poderia assegurar às autoridades do Estado-Membro em causa a possibilidade de verificar, designadamente, se a sociedade estabelecida no país terceiro em questão, apesar do caráter «passivo» da sua atividade, exerce uma atividade económica genuína e real através de pessoal, de equipamentos, de bens ou de instalações, sem constituir, em particular, uma mera empresa «caixa postal».

100. Ora, de um modo geral, ao não estabelecer uma distinção entre os países terceiros consoante disponham ou não de um quadro de cooperação e de intercâmbio de informações equivalente à Diretiva 77/799 com a República Federal da Alemanha, as regras de reintegração previstas pela AStG ultrapassam, na minha opinião, o que é necessário para atingir os objetivos de preservação do poder de tributação do Estado-Membro em questão e da eficácia dos controlos fiscais. A aplicação das regras de reintegração previstas pela AStG, no caso de um contribuinte alemão que detém uma participação numa sociedade estabelecida num país terceiro e relativamente ao qual está provado, com base, designadamente, num quadro convencional de intercâmbio de informações em matéria fiscal entre esse país e a República Federal da Alemanha, que desenvolve, de facto, uma atividade económica genuína, usurpa o poder tributário do Estado da sede da sociedade e sugere, em meu entender, que as regras de reintegração da AStG visam, em definitivo, gerar receitas para o fisco alemão⁵⁴.

101. Contudo, sob reserva de verificações mais alargadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, esta conclusão pode ser desprovida de efeito prático no processo principal.

102. A este respeito, embora o órgão jurisdicional de reenvio não informe de nenhum modo o Tribunal de Justiça sobre a existência de um quadro de cooperação e de assistência mútua em matéria fiscal entre a República Federal da Alemanha e a Confederação Suíça, não se pode ignorar totalmente que foi instituído um quadro de cooperação dessa natureza entre estes dois Estados desde que entrou em vigor, em 1 de janeiro de 2017, no território da Confederação Suíça, a Convenção relativa à Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, elaborada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e o Conselho da Europa e assinada em Estrasburgo em 25 de janeiro de 1988⁵⁵. O artigo 4.º desta convenção dispõe que as Partes trocarão as informações previsivelmente relevantes para a administração e execução da legislação interna relativa aos impostos abrangidos pela referida Convenção, entre os quais se inclui, de acordo com o artigo 2.º, os impostos sobre os rendimentos e os lucros.

103. No entanto, em conformidade com o artigo 30.º da Convenção, com a epígrafe «Reservas», a Confederação Suíça, aquando do depósito do seu instrumento de ratificação, precisou que «não presta assistência relativamente a créditos fiscais já existentes à data de entrada em vigor da Convenção nesse Estado», ou seja, antes de 1 de janeiro de 2017.

104. Daqui resulta que, no que respeita aos exercícios fiscais em causa no processo principal, que respeitam, recorde, aos anos de 2005 e 2006, o órgão jurisdicional de reenvio é provavelmente levado a concluir que a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal não autoriza as autoridades fiscais alemãs a verificar junto dos seus homólogos helvéticos o caráter autêntico da atividade da sociedade intermediária Y estabelecida na Suíça.

54 De resto, como salienta a Comissão nas suas observações escritas, *no âmbito das relações entre os Estados-Membros da União*, e após os exercícios fiscais em causa no presente processo, o legislador alemão modificou a AStG através da Jahressteuergesetz 2008, BGBl. I, p. 3150 (Lei de Finanças para 2008), autorizando um contribuinte alemão a afastar a aplicação das regras de reintegração se demonstrar que a sociedade estabelecida num outro Estado-Membro exerce atividades económicas reais.

55 STE n.º 127. O texto desta convenção, as reservas que foram emitidas contra ela, bem como o estado das ratificações está disponível no sítio: <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/127>. A República Federal da Alemanha ratificou em 28 de agosto de 2015 essa convenção, que entrou em vigor nesse Estado-Membro em 1 de dezembro de 2015.

105. Por conseguinte, tendo em conta as circunstâncias do processo principal, e a menos que exista um quadro bilateral de intercâmbio de informações em matéria fiscal entre a República Federal da Alemanha e a Confederação Suíça aplicável aos factos do litígio no processo principal, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, considero que a *aplicação* das regras de reintegração previstas pela AStG pode ser justificada pela prossecução da preservação do poder de tributação e da eficácia dos controlos fiscais do Estado-Membro em causa.

III. Conclusão

106. Tendo em conta as considerações desenvolvidas a título principal nas presentes conclusões, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões submetidas pelo Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha):

«O artigo 57.º, n.º 1, CE deve ser interpretado no sentido de que está abrangida pelo seu âmbito de aplicação uma regulamentação nacional que em 31 de dezembro de 1993 previa que um contribuinte de um Estado-Membro era tributado pelos seus investimentos diretos numa sociedade estrangeira estabelecida num país terceiro, a partir de um limiar de participação de 10%, cujos efeitos se mantiveram após 31 de dezembro de 1993, antes de ser substituída por outra regulamentação nacional que, quanto aos investimentos diretos, é, na sua substância, idêntica à legislação existente em 31 de dezembro de 1993.»