

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

17 de Setembro de 2009 *

No processo C-182/08,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Bundesfinanzhof (Alemanha), por decisão de 23 de Janeiro de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 30 de Abril de 2008, no processo

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

contra

Finanzamt München II,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann, presidente de secção, M. Ilešič, A. Borg Barthet, E. Levits (relator) e J.-J. Kasel, juízes,

* Língua do processo: alemão.

advogado-geral: Y. Bot,
secretário: R. Şereş, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 2 de Abril de 2009,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, por H.-M. Pott e T. Englert, Rechtsanwälte,
- em representação do governo alemão, por M. Lumma e C. Blaschke, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por R. Lyal e W. Mölls, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 9 de Julho de 2009,

profere o presente

Acórdão

- ¹ O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) e 73.º B do Tratado CE (actual artigo 56.º CE).
- ² Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a sociedade Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, sociedade em comandita simples cujos sócios comanditados são sociedades de responsabilidade limitada, ao Finanzamt München II (a seguir «Finanzamt»), a respeito da determinação dos lucros da sociedade nos anos de 1995 a 1998.

Quadro jurídico

Legislação nacional

- ³ No âmbito do sistema de tributação denominado «imputação integral», em vigor na Alemanha à data que ocorreram os factos do processo principal, a dupla tributação económica dos lucros distribuídos pelas sociedades estabelecidas na Alemanha aos contribuintes residentes na Alemanha era evitada, em conformidade com os § 36, n.º 2, ponto 3, da lei relativa ao imposto sobre o rendimento (Einkommensteuergesetz, a seguir «EStG») e § 49 da lei relativa ao imposto sobre as sociedades (Körperschaftsteuergesetz, a seguir «KStG»), concedendo a esses contribuintes o direito de imputar totalmente o imposto sobre as sociedades, pago pelas sociedades distribuidoras, no seu imposto sobre o rendimento ou no imposto sobre as sociedades.

- 4 Nos termos do § 36, n.º 4, segundo parágrafo, da EStG, o direito à imputação do imposto sobre as sociedades, de que beneficiava o sócio residente, transformava-se num direito ao reembolso na medida em que a sua dívida fiscal fosse inferior à retenção do imposto sobre as sociedades efectuada a montante sobre a quantia distribuída. Decorria do § 20, n.º 1, ponto 3, da EStG, que esse direito era considerado uma parte dos rendimentos.
- 5 Se a participação numa pessoa colectiva fizesse parte do capital de exploração do contribuinte residente, este último podia deduzir, no momento em que recebia os dividendos, o valor das participações do seu balanço fiscal, nos termos do § 6, n.º 1, ponto 1, da EStG. Esta depreciação, designada pela expressão «amortização sobre o valor parcial das participações», era baseada na ideia de que a distribuição mais não era do que uma substituição de activos. Assim, o valor de uma participação era reduzido do valor da distribuição correspondente a essa participação.
- 6 Daí decorria que a distribuição bruta, que incluía o direito, previsto no § 36 da EStG, à imputação do imposto sobre as sociedades, e a amortização correspondente sobre o valor parcial da participação tinham normalmente o mesmo montante e se neutralizarem.
- 7 Consequentemente, as distribuições não geravam, de facto, rendimentos. Por conseguinte, não existia dívida fiscal correspondente ao crédito fiscal, que constituía uma parte das receitas geradas pela distribuição. Portanto, se o contribuinte não dispunha, no ano em causa, de outras receitas, esse crédito de imposto transformava-se num direito a restituição.
- 8 A mais-valia de transmissão de participações, que consiste num excedente do preço de compra em relação ao valor nominal das participações, constituía um rendimento na acepção da legislação fiscal e estava sujeita, para os contribuintes residentes ao imposto sobre os rendimentos, em conformidade com o § 17 da EStG ou ao imposto sobre as sociedades, nos termos do § 8, n.º 2, da KStG.

- 9 Quanto aos contribuintes não residentes, os seus rendimentos provenientes de distribuições de lucros de sociedades residentes, bem como os lucros obtidos da transmissão de participações nessas sociedades não estavam sujeitos ao imposto sobre os rendimentos ou ao imposto sobre as sociedades alemãs.
- 10 Os contribuintes não residentes também não podiam solicitar a aplicação, aos lucros que lhes eram distribuídos pelas sociedades residentes, do sistema de imputação integral e, assim, não podiam beneficiar de um crédito de imposto até ao montante do imposto pago pela sociedade distribuidora residente.
- 11 O § 50c, n.ºs 1 e 4, da EStG, na versão resultante da lei de 13 de Setembro de 1993, relativa ao melhoramento das condições fiscais a fim de assegurar que a Alemanha seja, no mercado interno europeu, um local de implantação para as empresas [Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz)], de 13 de Setembro de 1993 (BGBl. 1993 I, p. 1569), tinha a seguinte redacção:
- «1) Um contribuinte que beneficia do crédito do imposto sobre as sociedades e que adquire uma participação numa sociedade de capitais [...] sujeita a uma obrigação fiscal ilimitada a um detentor de participações que não beneficia desse crédito de imposto [...], não pode tomar em conta no cálculo dos lucros as reduções destes que resultem

1. da contabilização de um valor das participações depreciado ou

2. da cessão ou da tributação da participação,

no ano da aquisição ou num dos nove anos seguintes, na medida em que essa contabilização do valor depreciado ou qualquer outra redução dos lucros resulte apenas da distribuição dos lucros ou de transferências de lucros em execução de acordos de controlo e as reduções de lucros não excedam globalmente o montante bloqueado nos termos do n.º 4.

[...]

4) O montante bloqueado corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor nominal da participação. [...]»

¹² A lei de 28 de Outubro de 1994, relativa à alteração do regime fiscal das transformações de sociedades (Gesetz zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts), de 28 de Outubro de 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3267, a seguir «UmwStG»), introduziu no direito alemão a possibilidade de proceder à transformação de uma sociedade de capitais em sociedade de pessoas conservando os valores fiscais das imobilizações transmitidas, sem realização das mais-valias latentes.

¹³ Nos termos do § 4, n.º 4, da UmwStG, se o património de uma sociedade fosse transmitido a uma sociedade de pessoas após a sua alteração jurídica, o ganho ou a perda resultante da transmissão devia ser determinado ao nível da sociedade de pessoas comparando o valor a que deviam ser assumidas as imobilizações transmitidas e o valor contabilístico das participações na sociedade absorvida. Nos termos do § 14 da UmwStG, aplicava-se a mesma solução no caso de uma sociedade se transformar em sociedade de pessoas.

¹⁴ Determinado deste modo («primeira fase»), o ganho ou a perda resultante da transmissão devia ser, nos termos do § 4, n.º 5, da UmwStG, aumentado ou diminuído com o imposto sobre as sociedades a imputar por força do § 10, n.º 1, da UmwStG e com

um montante bloqueado nos termos do § 50c da EStG na medida em que as participações na sociedade absorvida fizessem parte, na data da transferência para efeitos do direito fiscal, do património da sociedade de pessoas absorvente.

- 15 Se houvesse uma perda («segunda fase»), o valor dos bens materiais e imateriais transmitidos devia ser aumentado até ao limite do seu valor parcial. Se subsistisse ainda uma perda, esta diminuía os lucros da sociedade de pessoas absorvente, por força do § 4, n.º 6, da UmwStG.

- 16 O § 10, n.º 1, da UmwStG tinha a seguinte redacção:

«O imposto sobre as sociedades respeitante às fracções de capital próprio da entidade absorvida, na aceção do § 30, n.º 1, pontos 1 e 2, da [KStG] que podem ser destinadas a distribuições deve ser imputado, sem prejuízo das disposições do n.º 2, no imposto sobre o rendimento ou sobre o imposto sobre as sociedades a pagar pelos sócios da sociedade de pessoas absorvente ou sobre o imposto sobre o rendimento da pessoa singular absorvente.»

A Convenção entre a República Federal da Alemanha e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte

- 17 A Convenção de 26 de Novembro de 1964, entre a República Federal da Alemanha e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, relativa à eliminação da dupla tributação e à prevenção da evasão fiscal (BGBl 1966 II, p. 358), estipula, no seu artigo III, n.º 1, que «os lucros industriais e comerciais de uma empresa de um dos territórios só são tributáveis nesse território, excepto se a empresa exercer, no outro território, uma actividade industrial ou comercial através de um estabelecimento estável aí situado».

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 18 A recorrente no processo principal foi constituída no quadro da reestruturação do grupo Glaxo Wellcome, após a transformação, por alteração da forma jurídica, em 1 de Julho de 1995, da Glaxo Wellcome GmbH (a seguir «GW GmbH»), em sociedade de responsabilidade limitada de direito alemão.
- 19 As fases da reestruturação do grupo Glaxo Wellcome podem ser descritas da seguinte forma.
- 20 Em 26 de Junho de 1995, a sociedade de direito alemão Glaxo Verwaltungs GmbH (a seguir «GV GmbH»), que já possuía 95 % das participações da GW GmbH, adquiriu, à Glaxo Group Limited (a seguir «GG Ltd»), sua sociedade-mãe estabelecida no Reino Unido, 5 % das participações da GW GmbH, e converteu-se na sociedade-mãe única desta última.
- 21 Em 27 de Junho e 7 de Julho de 1995, a GW GmbH e a recorrente no processo principal adquiriram a totalidade das participações da Wellcome GmbH (a seguir «W GmbH»). As sociedades que cederam as participações em causa são a GG Ltd, que possuía 99,98 % das participações da W GmbH, e a Burroughs Wellcome Ltd, sociedade-mãe da GG Ltd, que detinha 0,02 % das referidas participações.
- 22 Mediante contrato de fusão de 25 de Agosto de 1995, a W GmbH foi absorvida com efeitos retroactivos a contar de 29 de Junho de 1995 pela GW GmbH, seu único sócio.
- 23 Em 30 de Junho de 1995, a GV GmbH vendeu 1 % das participações que tinha na GW GmbH à Seftonpharm GmbH de que era titular a 100 %.

24 Em 1 de Julho de 1995, a GW GmbH foi transformada em sociedade em comandita simples de direito alemão é actualmente denominada Glaxo Wellcome GmbH & Co KG.

25 No momento dessa transformação, as participações da GW GmbH que figuravam no balanço da GV GmbH (incluindo a Seftonpharm GmbH) tinham um valor de 500 milhões de DEM. Nos termos do § 4, n.ºs 4 e 5, da UmwStG, a recorrente no processo principal calculou uma perda resultante dessa operação em 328 096 563 DEM tendo em conta, por força do § 50c da EStG, um montante bloqueado de 22 887 706 DEM gerado pela aquisição dos 5 % das participações da GW GmbH à GG Ltd.

26 O Finanzamt considerou que a aquisição pela GV GmbH, à GG Ltd, das participações na GW GmbH não era a única a ter gerado um montante bloqueado onerando as participações adquiridas. Segundo o Finanzamt, as participações da W GmbH adquiridas pela recorrente no processo principal à GG Ltd e à Burroughs Wellcome Ltd eram igualmente oneradas de um montante bloqueado de 322 565 500 DEM. Na sequência da absorção da W GmbH pela GW GmbH, este segundo montante bloqueado não desapareceu mas foi transferido para as participações da GW GmbH detidas pela GV GmbH. Segundo o Finanzamt, a perda pela operação resultante da alteração da forma jurídica da GW GmbH ficava assim reduzida tendo em conta os montantes bloqueados, a 5 531 063 DEM.

27 A recorrente no processo principal opõe-se ao Finanzamt, no essencial, quanto à questão de saber se a perda registada pela GW GmbH no momento da referida absorção é diminuída pelo montante bloqueado, na acepção do § 50c da EStG, resultante da aquisição pela GW GmbH das participações na W GmbH.

28 Tendo a recorrente no processo principal vencido a causa no Finanzgericht München, o Finanzamt interpôs recurso para o Bundesfinanzhof.

29 Contrariamente ao que tinha considerado o Finanzgericht München, o órgão jurisdicional de reenvio considera que, por força unicamente do direito alemão, a referida perda devia ser diminuída em função do montante bloqueado resultante da aquisição pela GW GmbH das participações na W GmbH.

30 Todavia, segundo o Bundesfinanzhof, a legalidade da tomada em consideração de um montante bloqueado em conformidade com o § 50c da EStG levanta dúvidas em relação ao direito comunitário, já que o contribuinte é tratado de modo diferente consoante adquirir as participações sociais a um sócio que beneficia de um crédito de imposto ou a um sócio que dele não beneficia.

31 Nestas condições, o Bundesfinanzhof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Os artigos 52.º [...] ou 73.º B do Tratado [...] opõem-se à legislação de um Estado Membro por força da qual, no âmbito de um sistema nacional do imposto sobre o rendimento das sociedades, a depreciação das participações sociais devida à distribuição de dividendos não é deduzida na determinação da matéria colectável do imposto no caso de um contribuinte que beneficia de um crédito de imposto sobre as sociedades ter adquirido uma participação numa sociedade de capitais sujeita a uma obrigação fiscal ilimitada a um sócio que não beneficia daquele crédito de imposto, quando, em caso de aquisição a um sócio que beneficia de um crédito de imposto, tal depreciação é deduzida da matéria colectável do imposto devido pelo adquirente?»

Quanto à questão prejudicial

32 A título preliminar, deve assinalar-se que, segundo as indicações do Governo alemão, em geral, os sócios não residentes só estavam sujeitos na Alemanha a uma obrigação fiscal limitada e não tinham direito à imputação do imposto sobre as sociedades. Por

consequente, o § 50c da EStG era principalmente aplicável à transmissão de participações numa sociedade de capitais residente e, consequentemente, sujeita a uma obrigação fiscal ilimitada, a um sócio residente e, portanto, com direito a essa imputação, por um sócio não residente e, assim, sem direito à referida imputação.

33 Assim, há que entender que, através da questão submetida, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se os artigos 52.º ou 73.º B do Tratado se opõem a uma legislação de um Estado-Membro nos termos da qual a depreciação das participações sociais devida à distribuição de dividendos não afecta a matéria colectável de um contribuinte residente, quando este tiver adquirido participações numa sociedade de capitais residente a um sócio não residente, ao passo que, em caso de aquisição dessas participações a um sócio residente, essa depreciação diminui a matéria colectável do adquirente.

34 Deve ser também recordado que, de acordo com jurisprudência assente, embora a fiscalidade directa seja da competência dos Estados-Membros, estes devem, todavia, exercer essa competência com observância do direito comunitário (v., designadamente, acórdãos de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Colect., p. I-10837, n.º 29; de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Colect., p. I-7995, n.º 40; de 12 de Dezembro de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Colect., p. I-11673, n.º 36, e de 8 de Novembro de 2007, *Amurta*, C-379/05, Colect., p. I-9569, n.º 16).

35 Uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio colocou a sua questão tanto em relação ao artigo 52.º como do artigo 73.º B do Tratado, há que determinar previamente se, e em que medida, uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal é susceptível de afectar as liberdades garantidas por esses artigos.

Quanto à liberdade em causa no processo principal

- ³⁶ A este respeito, deve ser recordado que, para determinar se uma legislação nacional se inscreve no âmbito de uma ou outra das liberdades de circulação, decorre de jurisprudência actualmente bem assente que se deve ter em conta o objecto da legislação em causa (v. acórdão de 24 de Maio de 2007, Holböck, C-157/05, Colect., p. I-4051, n.º 22 e jurisprudência aí referida).
- ³⁷ Decorre igualmente da jurisprudência que o Tribunal de Justiça aprecia a medida em causa, em princípio, à luz de uma só destas duas liberdades, se se demonstrar que, nas circunstâncias concretas do processo principal, uma delas é totalmente secundária em relação à outra e pode ser-lhe subordinada (acórdão de 3 de Outubro de 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Colect., p. I-9521, n.º 34).
- ³⁸ Assim, há que verificar, em primeiro lugar, se a aquisição, por um residente, de participações numa sociedade residente a um sócio não residente, como a visada no processo principal, constitui um movimento de capitais na acepção do artigo 73.º B do Tratado.
- ³⁹ Não existindo, no Tratado, uma definição do conceito de «movimento de capitais», o Tribunal de Justiça reconheceu precedentemente um valor indicativo à nomenclatura anexa à Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado [artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] (JO L 178, p. 5), embora esta tenha sido adoptada com fundamento nos artigos 69.º e 70.º, n.º 1, do Tratado CEE (os artigos 67.º a 73.º do Tratado CEE foram substituídos pelos artigos 73.º B a 73.º G do Tratado CE, actuais artigos 56.º CE a 60.º CE), entendendo-se que, em conformidade com a sua introdução, a lista que contém não tem carácter exaustivo (v., designadamente, acórdãos de 23 de Fevereiro de 2006, van Hilten-van der Heijden, C-513/03, Colect., p. I-1957, n.º 39; de 14 de Setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, Colect., p. I-8203, n.º 22; de 11 de Setembro de 2008, Eckelkamp e o., C-11/07, Colect., p. I-6845, n.º 38, e de 27 de Janeiro de 2009, Persche, C-318/07, Colect. p. I-359, n.º 24).

40 Constituem movimentos de capitais na acepção do artigo 73.º B, n.º 1, do Tratado, designadamente, os investimentos directos sob a forma de participação numa empresa através da detenção de acções que confere a possibilidade de participar efectivamente na sua gestão e no seu controlo (investimentos ditos «directos») assim como a aquisição de títulos no mercado de capitais efectuada unicamente com a intenção de realizar uma aplicação financeira sem pretender influenciar a gestão e o controlo da empresa (investimentos ditos «de carteira») (v., neste sentido, acórdãos de 16 de Março de 1999, Trummer e Mayer, C-222/97, Colect., p. I-1661, n.º 21; de 4 de Junho de 2002, Comissão/França, C-483/99, Colect., p. I-4781, n.ºs 36 e 37; de 13 de Maio de 2003, Comissão/Reino Unido, C-98/01, Colect., p. I-4641, n.ºs 39 e 40, bem como de 28 de Setembro de 2006, Comissão/Países Baixos, C-282/04 e C-283/04, Colect., p. I-9141, n.º 19).

41 Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça declarou que a revenda de acções à sociedade emissora por um accionista não residente constitui um movimento de capitais na acepção do artigo 1.º da Directiva 88/361 e da nomenclatura dos movimentos de capitais que figura no anexo I dessa directiva (v. acórdão de 19 de Janeiro de 2006, Bouanich, C-265/04, Colect., p. I-923, n.º 29).

42 Com efeito, em conformidade com o quarto travessão do segundo parágrafo do anexo I da Directiva 88/361, a livre circulação de capitais abrange as operações de liquidação ou de cessão dos activos constituídos.

43 Assim, a cessão de participações tomadas nas sociedades residentes por investidores não residentes constitui um movimento de capitais na acepção do artigo 1.º da referida directiva, bem como da nomenclatura dos movimentos de capitais que figura no seu anexo I.

44 Por conseguinte, embora a aquisição por um residente de participações numa sociedade residente a um sócio não residente não seja expressamente mencionada, como indica o Governo alemão, na nomenclatura dos movimentos de capitais que figura no anexo I da Directiva 88/361, esta operação constitui um movimento de

capitais na aceção do artigo 1.º da directiva e é abrangida pelo âmbito de aplicação das normas comunitárias relativas à livre circulação de capitais.

45 Em segundo lugar, quanto ao artigo 52.º do Tratado, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a liberdade de estabelecimento que este artigo reconhece aos nacionais de um Estado-Membro da Comunidade e lhes confere o direito de acesso às actividades não assalariadas e ao seu exercício, bem como a constituição e a gestão de empresas, nas mesmas condições que as definidas na legislação do Estado-Membro de estabelecimento para os seus próprios nacionais, compreende, para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da Comunidade Europeia, o direito de exercer a sua actividade no Estado-Membro em causa, por intermédio de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência (acórdãos de 23 de Fevereiro de 2006, *Keller Holding*, C-471/04, Colect., p. I-2107, n.º 29; *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, já referido, n.º 17, e de 11 de Outubro de 2007, *ELISA*, C-451/05, Colect., p. I-8251, n.º 62).

46 O conceito de estabelecimento na aceção do Tratado é um conceito muito amplo, que implica a possibilidade de um nacional de um Estado-Membro da Comunidade participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e de dela tirar benefício, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das actividades não assalariadas (v., designadamente, acórdãos *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, n.º 18, e *ELISA*, n.º 63, já referidos).

47 Em conformidade com jurisprudência assente, incluem-se no âmbito de aplicação material das disposições do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento as disposições nacionais aplicáveis à detenção, por um nacional de um Estado-Membro, de uma participação que lhe confira uma influência efectiva nas decisões dessa sociedade e lhe permita determinar as respectivas actividades (v., designadamente, acórdãos de 13 de Abril de 2000, *Baars*, C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22; *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, já referido, n.º 31; de 13 de Março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Colect., p. I-2107, n.º 27, e de 17 de Julho de 2008, *Comissão/Espanha*, C-207/07, n.º 60).

- 48 Como resulta das observações formuladas pelo Governo alemão, uma das hipóteses contempladas para a aplicação da legislação em causa no processo principal é a de que um sócio não residente controle várias filiais estabelecidas na Alemanha e ceda as participações que possui numa delas a outra das filiais controladas.
- 49 Todavia é pacífico que a aplicação da referida legislação não depende do valor das participações adquiridas ao sócio não residente e não se limita às situações em que o sócio pode exercer uma influência efectiva nas decisões na sociedade em causa e aí determinar as actividades.
- 50 Além disso, como o objectivo da legislação em causa no processo principal é impedir os sócios não residentes de beneficiarem de uma vantagem fiscal indevida, gerada directamente pelas cessões de participações que podem nomeadamente ser efectuadas unicamente com o objectivo de beneficiar da referida vantagem, e não com o objectivo de exercer a liberdade de estabelecimento ou consequentemente o exercício dessa liberdade, há que considerar que o aspecto desta legislação relativo à livre circulação de capitais prevalece sobre o ligado à liberdade de estabelecimento.
- 51 Por conseguinte, partindo do princípio de que a referida legislação tenha efeitos restritivos sobre a liberdade de estabelecimento, tais efeitos são uma consequência inelutável de um eventual entrave à liberdade de circulação de capitais e não justificam, assim, uma apreciação autónoma da mesma legislação à luz do artigo 52.º do Tratado (v., neste sentido, acórdãos de 14 de Outubro de 2004, Omega, C-36/02, Colect., p. I-9609, n.º 27; Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.º 33; Fidium Finanz, já referido, n.º 48, bem como Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, já referido, n.º 34).
- 52 Daqui decorre que a legislação em causa no processo principal deve ser examinada exclusivamente à luz da livre circulação de capitais.

Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais

- 53 Como assinala o órgão jurisdicional de reenvio, a legislação em causa no processo principal tem por consequência que, quando um contribuinte residente adquiriu participações numa sociedade de capitais residente a um sócio não residente, a depreciação dessas participações sociais devido à distribuição de dividendos não afecta a matéria colectável do adquirente, ao passo que, em caso de aquisição dessas participações a um sócio residente, essa depreciação diminui a matéria colectável do adquirente.
- 54 Essa limitação da tomada em consideração da depreciação das participações sociais devido à distribuição de dividendos é aplicável a partir do ano da aquisição das referidas participações sociais e durante os nove anos seguintes, e diz respeito unicamente às diminuições de lucros que resultam de uma operação de distribuição ou de transferência de lucros em execução do acordo de controlo e na medida em que as diminuições de lucros não excedam um determinado montante, denominado «montante bloqueado».
- 55 Esse montante bloqueado, que corresponde à diferença entre o preço de aquisição pago pelo sócio residente e o valor nominal das participações, onera assim as participações sociais adquiridas a um não residente, anulando no essencial os efeitos da amortização parcial das participações que resultam da distribuição do lucro.
- 56 A possibilidade de um contribuinte deduzir dos seus lucros tributáveis as perdas relativas à amortização parcial das participações detidas na sociedade, quando a diminuição do valor das participações resulta da distribuição do lucro, constitui inegavelmente uma vantagem fiscal.
- 57 Ora, o facto de conceder a referida vantagem a um contribuinte residente unicamente em caso de aquisição de participações de uma sociedade residente a um sócio residente torna as participações dos não residentes menos atractivas e, por conseguinte, é susceptível de dissuadir o referido contribuinte residente de as adquirir.

58 Além disso, essa diferença de tratamento pode também dissuadir, assim, os investidores não residentes de adquirirem participações na sociedade residente e de constituir para a referida sociedade um obstáculo à obtenção de capitais provenientes dos outros Estados-Membros.

59 Daqui resulta que uma legislação como a que está em causa no processo principal constitui uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 73.º B do Tratado.

Quanto à justificação da restrição à livre circulação de capitais

60 Todavia, há que examinar se essa restrição à livre circulação de capitais pode ser justificada à luz das disposições do Tratado.

61 Na opinião do Governo alemão e da Comissão das Comunidades Europeias, a legislação em causa no processo principal visa evitar que um sócio não residente obtenha, graças a certas práticas, nomeadamente as que são descritas pelo advogado-geral no n.º 100 das suas conclusões, o mesmo resultado do ponto de vista económico que obteria se lhe fosse concedido um crédito fiscal.

62 Em sua opinião, a regulamentação em causa no processo principal destina-se a preservar a coerência do procedimento alemão de imputação integral e é justificada, na medida em que decorre dos acórdãos *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, já referido, e de 26 de Junho de 2008, *Burda*, C-284/06, *Colect.*, p. I-4571, que o facto de um crédito de imposto destinado a evitar a dupla tributação económica não ser concedido aos accionistas não residentes que recebem dividendos de sociedades residentes não pode ser considerado contrário ao direito comunitário.

- 63 Tanto o Governo alemão como a Comissão alegam, além disso, que o facto de conceder um crédito de imposto, sem que exista em contrapartida uma dívida fiscal, a um sócio não residente que não é sujeito passivo de imposto no Estado-Membro de residência da sociedade distribuidora equivaleria a obrigar esse Estado-Membro a renunciar à tributação de uma parte dos lucros realizados no seu território. A Comissão acrescenta, a este respeito, que o pagamento de um crédito de imposto a um sócio não residente não pode cumprir a função do referido crédito de imposto, que é adaptar o imposto cobrado anteriormente à sociedade ao imposto individual a que o referido contribuinte está sujeito, mas tem unicamente por efeito deslocar a matéria colectável nacional para outro Estado-Membro.
- 64 A recorrente no processo principal considera, em contrapartida, que nem a necessidade de garantir o funcionamento do processo de imputação nem a de proteger a coerência fiscal ao garantir a tributação única na Alemanha podem justificar a regulamentação em causa no processo principal.
- 65 Essa legislação não estabelece um vínculo técnico entre o procedimento de imputação e a desvantagem resultante da referida legislação e, tem, além disso, por efeito aumentar o imposto profissional do adquirente residente, na medida em que o cálculo dos lucros é também determinante para esse imposto que também não tem qualquer ligação com a imputação do imposto sobre as sociedades.
- 66 Tendo em consideração os argumentos assim expostos pela recorrente no processo principal, o Governo alemão e a Comissão, há que recordar que, em conformidade com o artigo 73.º D, n.º 1, alínea a), do Tratado CE [actual artigo 58.º, n.º 1, alínea a), CE], o artigo 73.º B do Tratado não viola o direito de que dispõem os Estados-Membros de aplicar as disposições pertinentes da sua legislação fiscal que estabelece uma distinção entre os contribuintes que não estão na mesma situação no que diz respeito à sua residência ou ao local onde investiram os seus capitais.
- 67 Todavia, o artigo 73.º D, n.º 1, alínea a), do Tratado, que, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, deve ser objecto de interpretação

estrita, não pode ser interpretado no sentido de que qualquer legislação fiscal que faça uma distinção entre os contribuintes em função do local em que residem ou do Estado-Membro em que investem os seus capitais é automaticamente compatível com o Tratado. Com efeito, a própria derrogação prevista no artigo 73.º D, n.º 1, alínea a), do Tratado é limitada pelo artigo 73.º D, n.º 3, que prevê que as disposições nacionais referidas no n.º 1 do referido artigo «não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 73.º B» (v. acórdão de 7 de Setembro de 2004, Manninen, C-319/02, Colect., p. I-7477, n.º 28, e Centro di Musicologia Walter Stauffer, já referido, n.º 31).

68 Contudo, há que distinguir os tratamentos desiguais permitidos ao abrigo do artigo 73.º D, n.º 1, alínea a), do Tratado das discriminações arbitrárias proibidas pelo n.º 3 do mesmo artigo. Ora, resulta da jurisprudência que, para que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais é necessário que a diferença de tratamento respeite a situações não comparáveis objectivamente ou se justifique por razões imperativas de interesse geral (v. acórdãos de 6 de Junho de 2000, Verkooijen, C-35/98, Colect., p. I-4071, n.º 43; Manninen, já referido, n.º 29, e de 8 de Setembro de 2005, Blanckaert, C-512/03, Colect., p. I-7685, n.º 42).

69 O Tribunal de Justiça já declarou que, no que diz respeito à aplicação da legislação fiscal do Estado-Membro de residência da sociedade distribuidora que adopta um sistema de prevenção ou de atenuação da tributação em cadeia ou da dupla tributação económica dos dividendos pagos a residentes por sociedades residentes, as situações em que se encontram os accionistas beneficiários residentes desse Estado-Membro e os accionistas beneficiários residentes noutro Estado-Membro não são necessariamente comparáveis (v., neste sentido, acórdão *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, já referido, n.ºs 55 e 57).

70 Com efeito, quando a sociedade que procede à distribuição e o accionista beneficiário não residem no mesmo Estado-Membro, o Estado-Membro de residência da sociedade que procede à distribuição, ou seja, o Estado-Membro da fonte dos lucros, não se encontra na mesma posição, no que diz respeito à prevenção ou à atenuação da

tributação em cadeia e da dupla tributação económica, que o Estado-Membro de residência do accionista beneficiário (acórdão *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, já referido, n.º 58).

- 71 No entanto, há que assinalar que a diferença de tratamento em causa no processo principal não diz respeito à situação de um sócio consoante seja residente ou não residente e, por conseguinte, à possibilidade de esse sócio beneficiar do crédito de imposto a título do imposto pago pela sociedade que distribui os dividendos.
- 72 A referida diferença de tratamento diz unicamente respeito aos sócios residentes consoante tenham adquirido as suas participações numa sociedade residente a um sócio residente ou a um sócio não residente.
- 73 Ora, como salientou o advogado-geral no n.º 139 das suas conclusões, no que diz respeito às perdas que resultam de uma amortização parcial das participações sociais detidas numa sociedade residente, esses sócios estão numa situação comparável independentemente de se tratar de participações adquiridas a um residente ou adquiridas a um não residente. Com efeito, a distribuição dos lucros diminui o valor de uma participação social, independentemente de ser previamente adquirida a um residente ou a um não residente, e, em ambos os casos, essa diminuição de valor é suportada pelo sócio residente.
- 74 Assim, tal diferença de tratamento não reflecte uma diferença de situações objectiva dos referidos sócios.
- 75 Também há que verificar se uma restrição como a que está em causa no processo principal pode ser justificada por razões imperativas de interesse geral invocadas pelo Governo alemão e pela Comissão.

- 76 Os argumentos invocados pelo Governo alemão e pela Comissão, expostos nos n.ºs [61 a 63] do presente acórdão, podem estar ligados à necessidade de preservar a coerência do regime fiscal alemão, de garantir a tributação dos lucros gerados no território alemão e de evitar os expedientes artificiais que tenham por objecto contornar a legislação alemã.
- 77 Em primeiro lugar, quanto ao argumento relativo à necessidade de preservar a coerência do regime fiscal alemão, deve recordar-se que o Tribunal de Justiça já admitiu que a necessidade de preservar a coerência de um sistema fiscal pode justificar uma restrição ao exercício das liberdades de circulação garantidas pelo Tratado (acórdãos de 28 de Janeiro de 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Colect.*, p. I-249, n.º 28; *Manninen*, já referido, n.º 42, e de 27 de Novembro de 2008, *Papillon*, C-418/07, *Colect.* p. I-8947, n.º 43).
- 78 Para que um argumento baseado nessa justificação possa prosperar, o Tribunal de Justiça exige, porém, um nexo directo entre a vantagem fiscal em causa e a compensação dessa vantagem pela liquidação de um determinado imposto, devendo o carácter directo deste nexo ser apreciado à luz do objectivo prosseguido pela regulamentação fiscal em causa (v. acórdão *Papillon*, já referido, n.º 44 e jurisprudência citada).
- 79 Como salientaram o Governo alemão e a Comissão, a regulamentação em causa no processo principal tem por objectivo evitar que, através de uma operação diferente da distribuição de dividendos, o sócio não residente possa beneficiar do mesmo resultado do ponto de vista económico que o benefício obtido através do crédito de imposto sobre as sociedades pago pela sociedade cujas participações detém.
- 80 Ora, é pacífico que as desvantagens decorrentes da legislação em causa no processo principal são directamente suportadas pelo sócio residente que adquiriu as referidas participações a um não residente. Para esse sócio residente, a impossibilidade de deduzir dos seus lucros tributáveis as perdas referentes à amortização parcial das participações detidas na sociedade residente, quando a diminuição do valor das participações resulta da distribuição do lucro, não é compensada por uma vantagem

fiscal. Com efeito, a consideração segundo a qual a mais-valia do não residente que cedeu as participações ao sócio residente não está sujeita a tributação na Alemanha não é pertinente em relação ao sócio residente que sofre a desvantagem.

81 Por conseguinte, não existe um vínculo directo, como exige a jurisprudência citada no n.º [78] do presente acórdão, e a legislação em causa no processo principal não pode ser justificada pela necessidade de preservar a coerência do regime fiscal de imputação integral.

82 Em seguida, quanto ao argumento relativo à necessidade de preservar a possibilidade de a República Federal da Alemanha exercer a sua competência fiscal relativamente às actividades realizadas no seu território, há que salientar que, embora decorra de jurisprudência assente que a redução das receitas fiscais não pode ser considerada uma razão imperativa de interesse geral que possa ser invocada para justificar uma medida, em princípio, contrária a uma liberdade fundamental (v., nomeadamente, acórdão Manninen, já referido, n.º 49 e jurisprudência aí citada), o Tribunal de Justiça também admitiu que podem existir comportamentos susceptíveis de comprometer o direito dos Estados-Membros de exercerem a sua competência fiscal relativamente às actividades realizadas no seu território e de pôr em causa uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros (v. acórdão Marks & Spencer, já referido, n.º 46) que podem justificar uma restrição às liberdades garantidas pelo Tratado (v., neste sentido, acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.ºs 55 e 56, e de 29 de Março de 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Colect., p. I-2647, n.º 42).

83 O Tribunal de Justiça também já declarou que exigir ao Estado de residência da sociedade distribuidora que assegure que os lucros distribuídos a um accionista não residente não sejam tributados em cadeia ou sujeitos a dupla tributação económica, quer isentando de imposto esses lucros à sociedade distribuidora ou concedendo ao referido accionista uma vantagem fiscal que corresponda ao imposto pago sobre os referidos lucros pela sociedade distribuidora, significaria de facto que esse Estado-Membro deve renunciar ao seu direito de tributar o lucro gerado por uma actividade económica exercida no seu território (acórdão Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido, n.º 59).

84 Ora, as operações diferentes da distribuição de dividendos, que permitem ao sócio não residente beneficiar do mesmo resultado do ponto de vista económico que obteria se lhe fosse concedido o benefício do crédito de imposto sobre as sociedades pago pela sociedade cujas participações detém, poderiam comprometer da mesma forma a possibilidade de o Estado de residência da referida sociedade exercer o seu direito de tributar um lucro gerado por uma actividade económica exercida no seu território.

85 Com efeito, a inclusão de um montante correspondente ao crédito fiscal de que poderá beneficiar o adquirente das participações residente no preço de venda dessas participações, e a imputação da diminuição do valor das referidas participações, subsequentemente à distribuição dos dividendos, no montante dos dividendos recebidos pelo adquirente das mesmas participações, acarretaria, para esse adquirente residente, ao direito de imputar o crédito fiscal noutros impostos por ele devidos ou, quando não disponha de outros lucros tributáveis, à restituição de um montante correspondente ao crédito fiscal a título do imposto sobre os lucros pago pela sociedade.

86 Ora, uma vez que o preço das participações engloba o montante equivalente ao crédito fiscal, a concessão de um crédito fiscal ou a restituição de um montante equivalente ao referido crédito fiscal ao novo sócio residente teria por consequência que o sócio não residente não beneficiasse indirectamente de um crédito fiscal a título do imposto pago pela sociedade.

87 Tais consequências não se limitam à redução das receitas fiscais da República Federal da Alemanha mas implicariam que, ao conferir indirectamente ao não residente uma vantagem financeira equivalente ao crédito fiscal a título do imposto pago sobre os lucros de uma sociedade residente, os lucros normalmente tributáveis no Estado-Membro de residência dessa sociedade seriam deslocados para o Estado-Membro competente para tributar a mais-valia realizada pelo não residente comprometendo assim uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros.

- 88 Daqui decorre que uma legislação como a que está em causa no processo principal pode ser justificada pela necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros.
- 89 Por último, quanto aos argumentos relativos à necessidade de evitar a evasão fiscal e de lutar contra os expedientes artificiais destinados a escapar à aplicação do regime fiscal alemão, há que referir que uma medida nacional que restrinja a livre circulação de capitais pode ser justificada quando vise especificamente expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo único objectivo é a obtenção de uma vantagem fiscal (v., neste sentido, acórdãos Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.ºs 51 e 55; Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, já referido, n.ºs 72 e 74, e de 4 de Dezembro de 2008, Jobra, C-330/07, Colect. p. I-9099, n.º 35).
- 90 No processo principal, como decorre das observações do Governo alemão, confirmadas pelos considerandos da lei que introduziu na ordem jurídica alemã a legislação em causa no processo principal, esta última tem por objectivo impedir os expedientes através dos quais os sócios não residentes obtêm, no momento da cessão das referidas participações, o benefício de um montante correspondente ao crédito fiscal correspondente ao imposto sobre as sociedades pago pela sociedade residente, recorrendo a práticas como as descritas no n.º 100 das conclusões do advogado-geral, que são utilizadas unicamente com o objectivo de beneficiar da referida vantagem fiscal.
- 91 Ao limitar o direito de um novo sócio deduzir dos seus lucros tributáveis o montante das perdas ocasionadas pela depreciação das participações sociais em causa, na medida em que estas não excedam o «montante bloqueado», a legislação em causa no processo principal é susceptível de evitar práticas cuja única finalidade é beneficiar o sócio não residente de um crédito fiscal correspondente ao imposto sobre as sociedades pago pela sociedade residente. Além disso, o aumento da matéria tributável do novo sócio residente, decorrente da referida limitação, destina-se a evitar que os lucros normalmente tributáveis na Alemanha sejam transferidos, como parte da mais-valia realizada pelo antigo sócio não residente correspondente ao crédito fiscal indevido, sem serem tributados na Alemanha.

- 92 Tal legislação é, por conseguinte, adequada para alcançar os objectivos de salvaguarda de uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros e de impedir expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo único objectivo é a obtenção de uma vantagem fiscal.
- 93 No entanto, deve ser verificado se essa legislação não ultrapassa o que é necessário para alcançar os objectivos assim prosseguidos.
- 94 Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, na medida em que o cálculo do montante bloqueado se baseia nos custos de aquisição das participações em questão, as consequências da regulamentação em causa no processo principal não ultrapassam as que são necessárias para assegurar que o montante equivalente ao crédito fiscal não seja indevidamente concedido ao sócio não residente.
- 95 Com efeito, a referida legislação aplica-se, como também salientou o advogado-geral no n.º 170 das suas conclusões, desde que um contribuinte residente tenha adquirido as suas participações numa sociedade residente a um sócio não residente por um preço que, seja qual for a razão, excede o valor nominal das referidas participações.
- 96 Por conseguinte, essa legislação assenta numa presunção segundo a qual qualquer aumento do preço de venda implica necessariamente a tomada em consideração do crédito fiscal e é efectuado unicamente para esse fim. Ora, como salientou o advogado-geral no n.º 172 das suas conclusões, não pode ser excluído que as participações sociais sejam cedidas por um valor superior ao seu valor nominal por razões diferentes da que consiste em fazer beneficiar o sócio de um crédito fiscal correspondente ao imposto sobre as sociedades pago pela sociedade residente, ou, de qualquer modo, que os lucros não distribuídos bem como a possibilidade de beneficiar de um crédito fiscal referente às referidas participações constituam apenas a componente do preço de venda dessas participações.

- 97 Além disso, a recorrente no processo principal alega no Tribunal de Justiça que a tomada em consideração do montante bloqueado e o aumento da matéria colectável do sócio residente têm consequências também em relação a outras tributações a que o referido sócio pode estar sujeito, nomeadamente em relação ao cálculo do imposto profissional por este devido. Ora, essas consequências ultrapassam, em sua opinião, o que é necessário para alcançar os objectivos prosseguidos pela legislação em causa no processo principal.
- 98 Compete também ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a aplicação da limitação da tomada em consideração da depreciação das participações sociais devido à distribuição dos dividendos a partir do ano da aquisição das referidas participações sociais e durante os nove anos seguintes não ultrapassa o que é necessário para que sejam alcançados os objectivos prosseguidos pela legislação em causa no processo principal.
- 99 Por último, quanto ao objectivo de prevenção dos expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objectivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal, há que salientar, como fez o advogado-geral no n.º 174 das suas conclusões, que, para ser conforme ao princípio da proporcionalidade, uma medida que prossegue esse objectivo deve permitir ao órgão jurisdicional nacional proceder a um exame casuístico que tome em consideração as particularidades de cada situação concreta, baseando-se em elementos objectivos, para ter em conta o comportamento abusivo ou fraudulento das pessoas em causa.
- 100 Na medida em que uma legislação como a que está em causa no processo principal não permite que se limite a sua aplicação aos expedientes puramente artificiais, determinados com fundamento em elementos objectivos, mas visa todos os casos em que o contribuinte residente adquiriu participações numa sociedade residente a um sócio não residente a um preço que, seja qual for a razão, excede o valor nominal dessas participações sociais, os efeitos dessa legislação ultrapassam o que é necessário para

alcançar o objectivo de prevenção dos expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objectivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.

101 Assim, há que responder à questão colocada que o artigo 73.º B do Tratado deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro nos termos da qual a depreciação de participações sociais devida à distribuição de dividendos não afecta a matéria colectável de um contribuinte residente, quando este tiver adquirido participações numa sociedade de capitais residente a um sócio não residente, ao passo que, em caso de aquisição de participações a um sócio residente, essa depreciação diminui a matéria colectável do adquirente.

102 Esta conclusão aplica-se nos casos em que tal regulamentação não ultrapassa aquilo que é necessário para salvaguardar uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros, bem como para evitar os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objectivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se a regulamentação em causa no processo principal se limita ao que é necessário para alcançar esses objectivos.

Quanto às despesas

103 Revestindo o processo quanto às partes na causa principal, a natureza de incidentes suscitados perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de justiça (Primeira Secção) declara:

O artigo 73.º B do Tratado CE (actual artigo 56.º CE) deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado Membro nos termos da qual a depreciação de participações sociais devida à distribuição de dividendos não afecta a matéria colectável de um contribuinte residente quando este tiver adquirido participações numa sociedade de capitais residente a um sócio não residente, ao passo que, em caso de aquisição de participações a um sócio residente, essa depreciação diminui a matéria colectável do adquirente.

Esta conclusão aplica-se nos casos em que tal regulamentação não ultrapassa aquilo que é necessário para salvaguardar uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados Membros, bem como para evitar os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objectivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se a regulamentação em causa no processo principal se limita ao que é necessário para alcançar esses objectivos.

Assinaturas