CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 29 de Março de 2007 [1]

I — Introdução

1. Nos últimos anos, o Tribunal de Justiça foi várias vezes chamado a pronunciar-se sobre as relações entre diversos aspectos da fiscalidade directa dos Estados-Membros e as liberdades de circulação previstas no Tratado CE.

2. Como observou, recentemente, o advogado-geral L. A. Geelhoed a propósito da aplicação daquelas liberdades ao imposto sobre as sociedades [2], as matérias de facto e os enquadramentos legais cada vez mais complicados com que o Tribunal de Justiça é confrontado tendem a pôr à prova os limites das liberdades de circulação consagradas no Tratado.

3. O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Finanzgericht Münster (República Federal da Alemanha), sobre o qual o Tribunal de Justiça tem agora que se pronunciar, pertence a esta categoria de processos.

4. No presente processo, o Tribunal de Justiça é, essencialmente, convidado a pronunciar-se sobre a questão de saber se a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais impedem um Estado-Membro, na circunstância a República Federal da Alemanha, de substituir, de forma unilateral, o método dito da exoneração pelo método dito do crédito de imposto, para evitar a dupla tributação de rendimentos e do património de contribuintes sujeitos a tributação global no seu território, provenientes de certos investimentos realizados noutro Estado-Membro, apesar das disposições da convenção sobre dupla tributação celebrada entre aqueles dois Estados-Membros.

5. Os dois métodos supramencionados são geralmente utilizados pelos Estados, de forma unilateral ou bilateral, para reduzir ou evitar a dupla tributação jurídica (dupla tributação do mesmo contribuinte pelo mesmo rendimento) ou económica (dupla tributação de contribuintes diferentes pelo mesmo rendimento), em especial nas situações transfronteiriças.

1 — Língua original: francês.

2 — V. n.º 3 das conclusões apresentadas em 23 de Fevereiro de 2006, no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, que deu origem ao acórdão de 12 de Dezembro (C-374/04, ainda não publicado na Colectânea).

6. O método da exoneração permite a um residente num Estado-Membro que tenha rendimentos ou bens patrimoniais tributados no Estado-Membro da fonte desses rendimentos ou no qual estão situados os bens patrimoniais, beneficiar de uma exoneração de imposto no Estado da sua residência sobre esses rendimentos ou sobre esses bens patrimoniais. O Estado de residência pode, porém, aplicar uma reserva de progressividade que consiste em ter em conta os rendimentos exonerados para calcular o montante de imposto sobre a parcela restante dos rendimentos ou do património do residente.

7. No método do crédito de imposto, o Estado de residência concede uma dedução ou um crédito de imposto de um montante igual ao imposto sobre o rendimento ou ao que incide sobre o património, que tenha sido pago no Estado da fonte.

8. Uma das particularidades do presente processo reside no facto de a substituição do método da exoneração pelo do crédito de imposto, prevista pela legislação fiscal alemã estar subordinada à condição de que o Estado-Membro no qual os investimentos são efectuados aplique uma taxa de tributação mais reduzida do que a taxa do imposto aplicável segundo as disposições da legislação fiscal alemã em vigor no momento dos factos no processo principal. Como veremos mais detalhadamente, essas disposições, aplicáveis aos «estabelecimentos estáveis» constituídos no estrangeiro por residentes alemães, enquadram-se no âmbito da legislação alemã relativa às sociedades estrangeiras controladas (a seguir «SEC»).

9. Tal como a análise jurídica levada a cabo nas presentes conclusões demonstrará de seguida, este processo reclama, na minha opinião, a aplicação e a interpretação de duas correntes jurisprudenciais do Tribunal de Justiça, uma relativa à prevenção da dupla tributação e outra, mais recente, sobre a compatibilidade das legislações dos Estados-Membros com vista a neutralizar as eventuais vantagens fiscais obtidas por nacionais comunitários noutros Estados-Membros que apliquem uma taxa de imposto mais reduzida do que aquela que está em vigor no seu Estado-Membro de residência. Não sendo necessariamente contraditórias, estas duas correntes jurisprudenciais devem, contudo, ser articuladas na óptica da procura do equilíbrio mais justo entre, por um lado, a competência fiscal dos Estados-Membros e, por outro lado, o respeito pelo funcionamento do mercado interno, em particular do exercício das liberdades de circulação garantidas pelo Tratado.

II — Quadro jurídico

A — *O direito fiscal alemão e a prevenção da dupla tributação na República Federal da Alemanha*

10. Segundo o § 1 da lei relativa ao imposto sobre o rendimento (Einkommensteuerge-

setz) [3], os contribuintes residentes na República Federal da Alemanha são, em princípio, tributados sobre a totalidade dos seus rendimentos, independentemente de estes terem origem nacional ou estrangeira. Esta regra vale para todos os tipos de rendimento, aí se incluindo os resultados da exploração e os rendimentos de capitais.

11. No âmbito do regime fiscal alemão, os lucros obtidos pelas sociedades de pessoas, alemãs ou estrangeiras, são imputados não directamente a essas sociedades, mas aos seus sócios, pessoas singulares, contribuintes sujeitos a tributação global na República Federal da Alemanha, que são por eles tributados de acordo com a percentagem da sua participação nos lucros (princípio dito da transparência fiscal das sociedades de pessoas). Tratando-se de sociedades de pessoas estrangeiras, como a recorrente no processo principal, Columbus Container Services BVBA & Co. (a seguir «Columbus»), esta imputação directa dos lucros aos sócios que residam na República Federal da Alemanha aplica-se, ainda que a sociedade, enquanto tal, seja tributada em imposto sobre as sociedades no Estado-Membro onde tenha a sua sede.

12. Com o objectivo de evitar a dupla tributação dos rendimentos e do património obtidos no estrangeiro pelos residentes alemães, a República Federal da Alemanha celebrou várias convenções bilaterais, inspiradas no modelo de convenção da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), relativas ao rendimento e ao património, entre as quais a celebrada com o Reino da Bélgica, que é relevante para o caso em apreço.

13. Por força do artigo 23.º da convenção assinada em Bruxelas, em 11 de Abril de 1967, entre o Reino da Bélgica e a República Federal da Alemanha, para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento [4], os rendimentos gerados no Reino da Bélgica por residentes alemães, incluindo os rendimentos de capitais investidos em sociedades em nome colectivo e em sociedades em comandita simples, com sede no Reino da Bélgica, tributáveis nesse Estado em virtude das disposições daquela convenção, são exonerados de impostos na Alemanha. Esta exoneração aplica-se igualmente aos bens patrimoniais de residentes alemães situados no Reino da Bélgica. A República Federal da Alemanha mantém, contudo, o direito de ter em consideração, no momento da determinação da taxa dos seus impostos, os rendimentos e os activos patrimoniais deste modo excluídos (método da exoneração com reserva de progressividade).

14. O § 20, n.os 2 e 3, da lei alemã relativa à tributação dos rendimentos auferidos no estrangeiro [Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz)] [5], conforme alterada pela lei de 21 de Dezembro de 1993 relativa à harmonização e ao combate à fraude

3 — BGBl. 1934 I, p. 1005.

4 — Publicada, respectivamente, no *Moniteur Belge* de 30 Julho de 1969 e no BGBl. 1969 II, p. 18.

5 — BGBl. 1972 I, p. 1713.

(Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz) [6], (a seguir «AStG»), aplicável no momento da verificação dos factos que deram origem ao processo principal, derroga, contudo, esta regra em certos casos. Esta disposição foi introduzida na AStG, designadamente, para impedir que os residentes alemães se furtem à aplicação das outras disposições da AStG relativas à tributação dos rendimentos oriundos das SEC (Zwischengesellschaft) com personalidade jurídica própria sediadas em Estados-Membros com níveis de tributação mais baixos. Estas disposições têm como objectivo combater a evasão fiscal.

15. Tratando-se de evitar a dupla tributação dos rendimentos oriundos de um estabelecimento estável, o § 20, n.º 2, da AStG dispõe que, «quando são distribuídos lucros relativos a aplicações de capitais na acepção do § 10, n.º 6, segundo período, a um estabelecimento estável no estrangeiro de um contribuinte sujeito a tributação global e os mesmos fossem tributáveis a título de lucros provisórios se este estabelecimento estável fosse uma sociedade estrangeira, deve evitar-se a dupla tributação através do crédito dos impostos sobre esses lucros cobrados no estrangeiro e não através da exclusão dos mesmos da tributação».

16. Quanto à prevenção da dupla tributação do património, o § 20, n.º 3, da AStG menciona que, «nos casos do n.º 2 deve evitar-se a dupla tributação do capital que origina os lucros com carácter de aplicações de capitais, na acepção do § 10, n.º 6, terceiro período, não através da exclusão da tributação, mas sim através do crédito dos impostos sobre esse capital cobrados no estrangeiro. [...]».

17. O § 10, n.º 6, segundo período, da AStG dispõe que «os lucros provisórios com carácter de aplicações de capitais são lucros da sucursal estrangeira que resultam da detenção, administração, manutenção ou aumento do valor de meios de pagamento, créditos, títulos de crédito, participações ou valores patrimoniais idênticos [...]».

18. Resulta dos autos que a AStG exige a verificação conjunta de quatro condições suplementares para que se possa aplicar o método do crédito de imposto, previsto no seu § 20, n.os 2 e 3, da AStG. Essas condições são as seguintes:

— que os rendimentos auferidos no estabelecimento estrangeiro com carácter de aplicações de capitais sejam «submetidos a uma taxa de imposto reduzida», na acepção do § 8, n.º 3, da AStG, ou seja, que os rendimentos não sejam

6 — BGBl. 1993 I, p. 2310.

tributados, a título de imposto sobre os lucros no Estado de direcção efectiva, a uma taxa de 30% ou superior.

— que os rendimentos com carácter de aplicações de capitais não reúnam as condições do § 8, n.º 1, alínea 7, e n.º 2, bem como do § 13, da AStG;

— que não possa considerar-se que os rendimentos com carácter de aplicações de capitais provêem de uma actividade dita «activa», tal como prevista no § 8, n.º 1, alíneas 1 a 6, da AStG;

— que a participação de contribuintes alemães no capital do estabelecimento seja de, pelo menos, 10%.

III — O litígio no processo principal e a questão prejudicial

19. A Columbus, é uma sociedade em comandita simples de direito belga. Foi constituída em 1989 e tem a sua sede em Antuérpia (Bélgica). No ano de 1996 as participações sociais nesta sociedade eram detidas por oito pessoas singulares com residência na República Federal da Alemanha, das quais seis pertenciam à mesma família, e cada uma dessas pessoas tinha uma participação de 10%. Também erasócia, com uma participação de 20%, uma sociedade de pessoas de direito alemão cujos sócios também eram residentes na República Federal da Alemanha.

20. A Columbus não é contribuinte na República Federal da Alemanha. Não é considerada uma SEC pela legislação fiscal alemã, mas equiparada a um «estabelecimento estável» estrangeiro de sócios residentes na República Federal da Alemanha. Os rendimentos e o património da Columbus são, por isso, directamente imputados aos seus sócios, para efeitos de cobrança do imposto sobre o rendimento e sobre o património na República Federal da Alemanha.

21. O objecto social da Columbus consiste em coordenar as actividades do grupo Oetker, prestando serviços financeiros intragrupo. Abrange, nomeadamente, a centralização das transacções financeiras, o financiamento da tesouraria das filiais ou das sucursais, a centralização e a coordenação da contabilidade, tarefas de administração e actividades de publicidade e de Marketing, bem como o tratamento electrónico de dados.

22. A actividade económica da Columbus é consagrada, principalmente, à gestão das aplicações de capitais, na acepção do § 10, n.º 6, segundo período, da AStG. Esta gestão permitiu à Columbus obter, no ano de 1996,

«resultados de exploração» de 8 044 619 DEM e «proveitos diversos» de 53 477 DEM.

23. A administração fiscal belga considerou a Columbus como um «centro de coordenação», na acepção do arrêté royal n.º 187, de 30 de Dezembro de 1982, relativo à criação de centros de coordenação [7]. O regime fiscal de que beneficiam os centros de coordenação representa uma excepção ao regime fiscal comum belga em vários aspectos. Principalmente, o rendimento tributável desses centros é determinado forfetariamente segundo o método do «cost plus». Este rendimento corresponde a uma percentagem do montante das despesas e dos custos de funcionamento, dos quais se excluem os custos com pessoal, os encargos financeiros e o imposto sobre sociedades devido [8]. Por aplicação deste regime, a Columbus foi tributada, em relação ao ano fiscal de 1996, a uma taxa inferior a 30% sobre os lucros efectivamente realizados.

24. Na República Federal da Alemanha, o Finanzamt Bielefeld-Innenstadt considerou a Columbus uma sociedade de pessoas. Invocando o § 20, n.º 2, da AStG, a administração fiscal alemã imputou, por aviso de 8 de Junho de 1998 relativo ao cálculo dos lucros, respeitantes ao ano de 1996, os «resultados de exploração» de 8 044 619 DEM e os «proveitos diversos» de 53 477 DEM da Columbus aos seus sócios. O Finanzamt Bielefeld-Innenstadt considerou estes rendimentos não sujeitos a imposto, sujeitando-os à reserva de progressividade. Em contrapartida, tributou integralmente o lucro de 8 044 619 DEM deduzindo, todavia, o imposto cobrado na Bélgica.

25. Para efeitos de cálculo do imposto sobre o património dos sócios, a administração fiscal alemã fixou, por aviso de 16 de Junho de 1998, o valor de referência dos créditos de imposto da recorrente, em 1 de Janeiro de 1996.

26. A Columbus, agindo em nome dos sócios, impugnou estes avisos perante o Finanzgericht Münster, com excepção do que se refere aos «proveitos diversos», invocando, nomeadamente, a incompatibilidade do § 20, n.os 2 e 3, da AStG com as disposições do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE). Segundo a Columbus, a substituição do método da exoneração, estipulado no artigo 23.º da convenção sobre a dupla tributação celebrada entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica, pelo método do crédito de imposto previsto no § 20, n.os 2 e 3, da AStG teve como consequência um aumento da carga fiscal de cada um dos sócios em cerca de 250 000 euros no ano controvertido.

27. O Finanzgericht Münster não exclui que as regras do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, violem a liberdade de estabelecimento. Tem igual-

7 — *Moniteur Belge* de 13 de Janeiro de 1983.

8 — V., a este respeito, o acórdão de 22 de Junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão (C-182/03 e C-217/03, Colect., p. I-5479 n.º 9).

mente dúvidas quanto à compatibilidade daquelas regras com a livre circulação de capitais, na medida em que a tributação acrescida a que sujeita os rendimentos estrangeiros leva a dissuadir um residente de investir noutro Estado-Membro.

28. Foi nestas condições que o Finanzgericht Münster decidiu suspender o processo e colocar ao Tribunal de Justiça, a seguinte questão:

«A regulamentação constante do § 20, n.os 2 e 3 da Außensteuergesetz (lei relativa à tributação dos rendimentos auferidos no estrangeiro, a seguir «AStG»), na versão alterada pela Missbrauchsbekämpfung- und Steuerbereiningunsgesetz (lei relativa ao combate ao fraude e à evasão fiscal) de 21.12.1993 (BGBl 1993 I, p. 2310) que, contrariamente ao estipulado na convenção sobre a dupla tributação entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica, de 11.04.1967, evita a dupla tributação dos rendimentos com carácter de aplicações de capitais em estabelecimentos estáveis estrangeiros de um contribuinte sujeito a tributação global na Alemanha — que seriam tributáveis na qualidade de lucros provisórios se o estabelecimento estável fosse uma sociedade estrangeira —, através do crédito dos impostos sobre o rendimento cobrados no estrangeiro sobre esses rendimentos e não através da exclusão desses rendimentos da tributação nacional, contraria as disposições dos artigo 52.° do Tratado CE [...] e dos artigos 73.°-B a 73.°-D do Tratado CE (actuais artigos 56.° a 58.° CE)?»

IV — O processo no Tribunal de Justiça

29. A Columbus, os Governos alemão, belga, neerlandês, português e do Reino Unido, assim como a Comissão das Comunidades Europeias, apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça, de acordo com o artigo 23.° do Estatuto do Tribunal de Justiça. Estas partes foram também ouvidas na audiência que ocorreu a 28 de Setembro de 2006, com excepção da República Portuguesa, que não se fez representar.

V — Análise

A — *A delimitação da problemática colocada pela questão prejudicial*

30. Antes de iniciar a apreciação da questão prejudicial na perspectiva do direito comunitário, importa delimitar bem a problemática colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

31. Na minha opinião, há três questões que devem ser afastadas da apreciação que o Tribunal de Justiça deverá efectuar no presente processo.

32. Antes de mais, é conveniente salientar que a questão prejudicial não diz respeito directamente ao regime aplicável às «participações em sociedades intermediárias estrangeiras» [9], previsto no capítulo 4 da AStG (§§ 7 a 14 desta lei), mas ao regime relativo «à aplicação das convenções contra a dupla tributação», previsto no § 20, n.os 2 e 3, da AStG, nos casos de certos lucros realizados por estabelecimentos estáveis estrangeiros, sem personalidade jurídica à luz do direito fiscal alemão, cujos sócios são sujeitos passivos de imposto, na República Federal da Alemanha, sobre a totalidade dos seus rendimentos e do seu património.

33. O capítulo 4 da AStG regula o tratamento fiscal das entidades sediadas no estrangeiro que têm personalidade jurídica à luz do direito fiscal alemão [10] e em relação às quais se encontra prevista a presunção legal de que os lucros, na acepção da AStG, que apresentem no final de um exercício financeiro, num Estado em que o nível de tributação seja inferior ao previsto nas disposições da AStG (menos de 30%), se presumam ter sido distribuídos pelos accionistas, contribuintes sujeitos a tributação global na República Federal da Alemanha, no decurso desse mesmo exercício financeiro [11].

34. Na verdade, deve salientar-se que, para apurar se, como no processo principal, um estabelecimento estável estrangeiro, na acepção do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, se enquadra no campo de aplicação desta lei, esta disposição refere-se às condições também aplicáveis às sociedades intermediárias estrangeiras.

35. Por outro lado, tal como admite o Governo alemão, o § 20, n.os 2 e 3, da AStG, prossegue um objectivo análogo às disposições que regem as sociedades intermediárias estrangeiras, na medida em que visa evitar que os contribuintes alemães, ao constituírem estabelecimentos estáveis no estrangeiro, como no processo principal, evitem a aplicação das normas previstas no capítulo 4 da AStG, que regem as sociedades intermediárias estrangeiras, beneficiando, em relação aos lucros que esses estabelecimentos estáveis realizem nos Estados-Membros nos quais a taxa de tributação seja inferior à prevista na República Federal da Alemanha da isenção de tributação neste Estado, por aplicação das convenções para a prevenção da dupla tributação celebradas pela República Federal da Alemanha.

36. Se estas circunstâncias não podem ser inteiramente ignoradas, nomeadamente para compreender o contexto no qual se insere o § 20, n.os 2 e 3, da AStG, não é menos verdade que o Tribunal de Justiça não foi questionado sobre a interpretação do direito comunitário no quadro da aplicação as disposições do capítulo 4 da AStG em relação a uma sociedade intermediária estrangeira, à qual é aplicável um regime aparentemente diferente daquele que se encontra previsto no § 20, n.os 2 e 3, da AStG.

9 — Referimo-nos às SEC.

10 — V. § 7, n.º 1, da AStG.

11 — V. § 10, n.os 1 e 2, da AStG.

37. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio afirmou de forma clara que, face ao direito fiscal alemão, a Columbus, enquanto sociedade de pessoas, cai no âmbito de aplicação do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, independentemente do local onde está sediada, e não no âmbito do regime aplicável às SEC, por força de outras disposições da AStG.

38. Em seguida, e esta questão está ligada à primeira, importa precisar que não é a diferença existente entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica, a propósito da qualificação jurídica e fiscal da Columbus, que é entendida pelo órgão jurisdicional de reenvio como causadora de uma eventual restrição das liberdades de circulação previstas no Tratado, mas unicamente a substituição do método da exoneração pelo do crédito do imposto no que respeita à tributação dos rendimentos e do património dos sócios alemães de um estabelecimento estável situado no estrangeiro.

39. Como já referido, na Bélgica, a Columbus está constituída sob a forma de sociedade em comandita simples. O direito belga reconhece-lhe personalidade jurídica autónoma em relação aos seus sócios, ou seja, os comanditados e os comanditários. Do ponto de vista fiscal está sujeita, em princípio, ao imposto sobre as sociedades, mas beneficia, contudo, do regime aplicável aos centros de coordenação. O que é um facto é que se trata de uma entidade com personalidade jurídica. Na Alemanha, pelo contrário, aColumbus é tratada como uma sociedade de pessoas que, do ponto de vista fiscal, é equiparada a um estabelecimento estável dos sócios, pessoas singulares, que residem na Alemanha, de forma que os lucros realizados pela Columbus são directamente imputados aos seus sócios. A Columbus é, pois, fiscalmente transparente nesse Estado-Membro.

40. Os estudos de direito fiscal internacional sobre a problemática da transparência das sociedades de pessoas salientaram a complexidade «verdadeiramente inaudita» deste ramo do direito [12], cujos factores dizem respeito, em especial, aos conflitos de qualificação das sociedades de pessoas, qualificadas como tal num Estado, mas qualificadas como sociedade de capitais noutro Estado, e à natureza bilateral ou triangular das relações a analisar (Estado da fonte do rendimento, Estado da sociedade de pessoas, Estado de residência do sócio). Contudo, estas dificuldades podem ser atenuadas pelas disposições das convenções fiscais celebradas entre os Estados.

41. No estado actual do desenvolvimento do direito comunitário, este não impõe que os Estados-Membros reconheçam no seu território o estatuto jurídico e fiscal atribuído

12 — Segundo a expressão do relator geral J.-P. Le Gall no âmbito do estudo de direito fiscal comparado, que congrega mais de vinte e oito relatórios nacionais, efectuado pela Associação Fiscal Internacional em 1995: Cahiers de droit fiscal international, *International tax problems of partnerships*, Kluwer Law International, Haia, 1995, p. 604.

pelo direito interno de outros Estados-Membros às entidades que aí exercem actividades económicas.

42. A este respeito recorda-se que o artigo 222.º, terceiro travessão, do Tratado CE (actual artigo 293.º, terceiro travessão, CE), prevê, nomeadamente, que os Estados-Membros estabelecerão entre eles, sempre que necessário, negociações com vista a assegurar, a favor dos seus nacionais, o reconhecimento mútuo das sociedades, na acepção do artigo 58.º, segundo parágrafo, do Tratado CE (actual artigo 48.º, segundo parágrafo, CE).

43. Com base nesta norma, os seis Estados-Membros fundadores da Comunidade Económica Europeia celebraram a convenção sobre o reconhecimento mútuo das sociedades e pessoas colectivas, assinada em Bruxelas em 29 de Fevereiro de 1968 [13]. Por não ter sido ratificada pela totalidade dos Estados-Membros, esta convenção nunca chegou a entrar em vigor.

44. Apesar da inexistência de reconhecimento mútuo das sociedades e das pessoas colectivas, os Estados-Membros devem, porém, respeitar as liberdades de circulação consagradas no Tratado.

13 — Bull. Suppl. n.º 2, 1969, p. 7.

45. No caso em apreço, a causa da eventual restrição das liberdades de circulação não reside na qualificação como estabelecimento estável da Columbus pelo direito fiscal alemão, uma vez que é precisamente graças a essa qualificação que a Columbus pôde, até ao exercício fiscal que é objecto do litígio, beneficiar do método da exoneração por aplicação das disposições pertinentes da convenção para a prevenção da dupla tributação celebrada entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica, situação cuja continuidade a Columbus reclama no processo principal [14].

46. Por fim, entendo que o Tribunal de Justiça não deve analisar as alegações da Columbus, segundo as quais o § 20, n.os 2 e 3, da AStG seria contrário às disposições da referida convenção para a prevenção da dupla tributação. De facto, importa sublinhar que o Tribunal de Justiça não tem competência, no quadro do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), para se pronunciar sobre esta questão, que não diz respeito à interpretação do direito comunitário [15].

47. Obviamente que esta opinião não significa, porém, que o Tribunal de Justiça, para

14 — Se a Columbus tivesse sido qualificada como uma sociedade de capitais de direito alemão, é altamente provável que o regime aparentemente menos favorável das sociedades intermediárias estrangeiras (SEC) lhe tivesse sido aplicado (capítulo 4 da AStG). Esta hipótese não é, contudo, objecto da presente análise, uma vez que não foi colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

15 — V., nesse sentido, o acórdão de 14 de Dezembro de 2000, AMID (C-141/99, Colect., p. I-11619, n.º 18). V., também, o n.º 25 das conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Gilly (acórdão de 12 de Maio de 1998, C-336/96, Colect., p. I-2793).

fornecer uma interpretação do direito comunitário que seja útil para o juiz nacional, não possa ter em conta, se for o caso, as disposições de uma convenção sobre a dupla tributação, desde que, como no caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio a apresente, justificadamente, como fazendo parte do quadro jurídico aplicável no processo principal [16]. Entretanto, julgo que, na linha do advogado-geral L. A. Geelhoed nas suas conclusões no acórdão Denkavit Internationaal e Denkavit França [17], o impacto efectivo de uma convenção para a prevenção da dupla tributação na situação de um contribuinte deve ser tida em conta para determinar se, num determinado caso, existe uma restrição às liberdades de circulação garantidas pelo Tratado. A não ser assim será ignorada quer a realidade económica da actividade do contribuinte quer os eventuais estímulos decorrentes do contexto transfronteiriço.

48. Feitas estas observações, é conveniente clarificar, antes de mais, tendo em conta o quadro jurídico e factual apresentado pelo órgão jurisdicional de reenvio, qual das duas liberdades de circulação referidas pelo juiz nacional (liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação de capitais), se deve aplicar, prioritariamente, no caso vertente. Em seguida, a minha análise incidirá na apreciação do efeito restritivo da substituição do método da exoneração pelo crédito do imposto, para efeitos de prevenção da dupla tributação, na República Federal da Alemanha, dos rendimentos e do património obtidos pelos sócios da Columbus. Por último, na hipótese de se considerar que essa restrição existe, conviria interrogarmo-nos sobre se ela poderia ser justificada por razões imperativas de interesse geral.

B — *A questão da aplicabilidade das disposições relativas à liberdade de estabelecimento ou à livre circulação de capitais*

49. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se uma norma como a do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, é compatível com a liberdade de estabelecimento ou com a liberdade de circulação de capitais.

50. Segundo a jurisprudência, sempre que um nacional de um Estado-Membro detenha uma participação no capital de uma sociedade sediada noutro Estado-Membro que lhe permita exercer uma certa influência nas decisões dessa sociedade e orientar as actividades desta, devem aplicar-se as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e não as que respeitam à liberdade de circulação de capitais [18].

16 — V., nesse sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 2006, Denkavit Internationaal e Denkavit França (C-170/05, ainda não publicado na Colectânea, n.º 44, e a jurisprudência aí citada).

17 — V. n.os 33 a 38 das conclusões apresentadas em 27 de Abril de 2006 no processo que deu lugar ao acórdão Denkavit Internationaal e Denkavit France, já referido.

18 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22); de 21 de Novembro de 2002, X e Y (C-436/00, Colect., p. I-10829, n.º 37), e de 12 de Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, ainda não publicado na Colectânea, n.º 31).

51. A distinção entre estas duas liberdades nem sempre é fácil de estabelecer, nomeadamente no quadro de um reenvio prejudicial no contexto do qual o órgão jurisdicional de reenvio está em melhores condições de apreciar, *in concreto*, os direitos conferidos a um nacional comunitário pelas participações que este detém no capital da sociedade em causa.

52. No caso que nos ocupa, tal como já realcei no n.º 18 destas conclusões, parece que um dos factos que conduzem à aplicação do § 20, n.os 2 e 3, do AStG é a detenção, por um contribuinte alemão, de uma participação de, pelo menos, 10%, no estabelecimento estável. Uma participação desta ordem de grandeza parece excluir, *a priori*, a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre as decisões deste estabelecimento e de orientar as suas actividades. Se assim for, a apreciação da compatibilidade das disposições controvertidas deve ser feita, antes de mais, por referência aos artigos 73.º-B a 73.º-D do Tratado CE.

53. A aplicabilidade da liberdade de estabelecimento poderá, todavia, revelar-se pertinente, se tivermos em conta os aspectos que a seguir se referem:

54. Por um lado, o objectivo visado pelo legislador alemão, no que respeita à substituição do método da exoneração pelo do crédito do imposto, é o de evitar a evasão às disposições da lei fiscal alemã, aí incluindo as da AStG relativas às SEC constituídas no estrangeiro sob a forma de filiais. Nesse sentido, a AStG, nos seus diferentes componentes, visa, por isso, principalmente, o estabelecimento dos residentes alemães no estrangeiro, no caso vertente sob a forma de uma sociedade de pessoas considerada como um estabelecimento estável pela lei fiscal alemã.

55. Por outro lado, no processo principal, não só a Columbus é controlada por, pelo menos, seis pessoas da mesma família, possuindo cada uma 10% das participações sociais do estabelecimento em causa, mas, sobretudo, essas pessoas, como foi referido na audiência pela Columbus, actuam concertadamente e são representadas na assembleia geral por uma só pessoa. Parece, por isso, que esses oito sócios exercem colectivamente uma influência decisiva nas decisões da Columbus. Nesse contexto, a eventual violação da liberdade de circulação de capitais seria, simplesmente, uma consequência do alegado obstáculo à liberdade de estabelecimento.

56. Resulta das considerações precedentes que, na falta de elementos suficientemente precisos da parte do órgão jurisdicional nacional para determinar com certeza qual das duas liberdades referidas é, no caso em apreço, afectada prioritariamente, será, sem dúvida, necessária a análise da legislação referida no processo principal à luz, simultaneamente, dos artigos 52.º e 73.º-B do Tratado CE.

57. Contudo, parece-me que, no caso vertente, a aplicação de cada uma destas disposições deverá conduzir ao mesmo resultado. Proponho-vos, por isso, que se analise o presente caso à luz do artigo 52.º do Tratado CE, tendo sempre em mente que um raciocínio comparável será válido para o artigo 73.º-B do Tratado CE.

C — Quanto à existência de um entrave à liberdade de estabelecimento.

58. A principal dificuldade do presente processo diz respeito à possibilidade de qualificar ou não uma norma como a do § 20, n.os 2 e 3, da AStG como um entrave à liberdade de estabelecimento.

59. A Columbus e o Governo belga consideram que o § 20, n.os 2 e 3, da AStG dissuadem os nacionais alemães de se estabelecerem no Estado-Membro da sua escolha, uma vez que o método do crédito de imposto só é aplicável se os rendimentos obtidos por aqueles nacionais revestirem o carácter de rendimentos ditos «passivos» provenientes de um Estado-Membro onde a tributação seja inferior à prevista pelas disposições da AStG.

60. Pelo contrário, as outras partes que apresentaram observações ao Tribunal de Justiça, a saber, os Governos alemão, neerlandês, português e do Reino Unido, bem como a Comissão, sustentam que a norma constante do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, repõe a situação de igualdade de tratamento entre uma situação tributária transfronteiriça, como a dos sócios da Columbus, e uma situação puramente interna. Assim, segundo estas partes, não existiria qualquer entrave à liberdade de estabelecimento.

61. Julgamos útil recordar, com utilidade para o caso vertente, que a liberdade de estabelecimento, reconhecida pelo artigo 52.º do Tratado CE aos cidadãos comunitários, representa para eles a possibilidade de acederem às actividades não assalariadas e ao seu exercício, bem como à constituição e gestão de empresas, em condições idênticas às que são definidas pelas legislação nacional do Estado-Membro de estabelecimento para os seus próprios nacionais [19] ou para os nacionais de outros Estados-Membros que residam no seu território [20].

62. Embora, segundo o seu teor literal, as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento tenham como objectivo garantir o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, o Tri-

19 — V., nomeadamente, os acórdãos de 11 de Março de 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Colect., p. I-2409, n.º 40) e Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.º 41.

20 — V. acórdão Baars, já referido, n.º 29.

bunal de Justiça admitiu que tais normas proíbem que o *Estado-Membro de origem* entrave o estabelecimento, num outro Estado-Membro, de um dos seus nacionais [21].

63. Além disso, a proibição de os Estados-Membros imporem restrições à liberdade de estabelecimento aplica-se igualmente às normas fiscais. De facto, segundo a jurisprudência, embora, no estado actual do direito comunitário, a matéria dos impostos directos não caiba no âmbito da competência da Comunidade Europeia, não é menos verdade que os Estados-Membros devem exercer as competências que detêm respeitando o direito comunitário [22].

64. Assim, tratando-se de restrições que resultam da legislação fiscal do Estado-Membro de origem, o Tribunal de Justiça entendeu que as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento se opunham a que um Estado-Membro crie, com o objectivo de evitar o risco de evasão fiscal, um mecanismo de imposto sobre o rendimento de mais-valias mobiliárias ainda não realizadas no caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado-Membro, enquanto que as mais-valias de um contribuinte que permanecesse nesse Estado seriam simplesmente tributadas no momento em que fossem efectivamente realizadas. Segundo o Tribunal de Justiça, mesmo que a legislação nacional em causa nesse caso não proibisse um contribuinte de exercer o seu direito de estabelecimento, seria, no entanto, «susceptível de restringir o exercício desse direito, por ter, pelo menos, um efeito *dissuasivo* relativamente aos contribuintes que desejem instalar-se noutro Estado-Membro» [23]. O Tribunal de Justiça entendeu, por isso, que a diferença de tratamento relativamente à tributação das mais-valias «é susceptível de *desencorajar* um contribuinte a proceder à transferência do seu domicílio para fora do Estado-Membro» em causa, e, nessa medida, era susceptível de constituir um entrave à liberdade de estabelecimento [24].

65. Mais recentemente, no seu acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, o Tribunal de Justiça, em resposta a um pedido de decisão prejudicial, considerou, a propósito da legislação do Reino Unido sobre as SEC, que o tratamento fiscal diferente decorrente dessa legislação e a desvantagem que daí resulta para as sociedades residentes que dispõem de uma sucursal sujeita, noutro Estado-Membro, a um nível de tributação inferior, são de molde a entravar o exercício da liberdade de estabelecimento por essas sociedades, *dissuadindo-as de constituir, adquirir ou manter uma sucursal* num Estado-Membro em que esta se encontra sujeita a um nível de tributação tal que constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento [25].

21 — V., nomeadamente, os acórdãos, de 27 de Setembro de 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Colect., p. 5483, n.º 16); de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695, n.º 21); De Lasteyrie du Saillant, já referido, n.º 42, e, de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Colect., p. I-1083, n.º 31) (itálico nosso).

22 — V., nesse sentido, os acórdãos, já referidos, De Lasteyrie du Saillant, n.º 44; Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, n.º 40, e Denkavit Internationaal e Denkavit França, n.º 18. V., igualmente, mais recentemente, a propósito da livre circulação de capitais, o acórdão, de 14 de Novembro de 2006, Kerckhaert e Morres (C-513/04, ainda não publicado na Colectânea, n.º 15 e a jurisprudência aí referida).

23 — Acórdão De Lasteyrie du Saillant, já referido, n.º 45 (itálico nosso).

24 — *Idem*, n.ºs 46 a 48 (itálico nosso). V., igualmente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Setembro de 2006, N (C-470/04, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 34 a 39).

25 — N.º 46 (itálico nosso).

66. Este acórdão, que analisaremos mais detalhadamente nas presentes conclusões, reveste-se de um interesse inegável para o presente processo. Foi, de resto, objecto de um debate bastante acesso entre as partes na audiência.

67. Nesta fase da minha argumentação será suficiente referir que, no processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, o Tribunal considerou que estavam numa situação comparável, por um lado, a sociedade-mãe, com sede no Reino Unido, de uma filial domiciliada num Estado-Membro em que o nível de tributação dos lucros era inferior ao aplicado no Reino Unido e às quais se aplicava a legislação sobre as SEC desse Estado-Membro e, por outro lado, a sociedade-mãe sediada no Reino Unido cuja filial estava igualmente constituída nesse Estado-Membro *ou* a sociedade-mãe sediada no Reino Unido cuja filial estava domiciliada num Estado-Membro cujo nível de tributação dos lucros fosse superior ao que era aplicável no Reino Unido e para as quais, nessas duas situações, a legislação do Reino Unido sobre as SEC não era aplicável.

68. Tal como ilustra o acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, a determinação da comparabilidade (objectiva) das situações reveste uma importância fundamental para apreciar se a aplicação de uma medida nacional viola a igualdade de tratamento que deve, em princípio, ser garantida entre estas situações e, portanto, se essa medida poderá constituir um entrave à liberdade de estabelecimento.

69. No caso em apareço, trata-se de saber se é transponível para o presente processo um raciocínio análogo ao que foi desenvolvido pelo Tribunal de Justiça naquele processo, já referido, a propósito da comparabilidade das situações das filiais das sociedades-mães do Reino Unido às quais era, ou não, aplicável a legislação sobre as SEC.

70. Se esta apreciação deve ser levada a cabo, como proponho, ela deve, contudo, ter em conta também a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à prevenção da dupla tributação, a qual foi, ultimamente, objecto de aprofundamentos importantes, em especial no acórdão Test Claimants in the FII Group Litigation [26].

71. Na minha opinião, haverá que analisar o tratamento fiscal dos rendimentos e do património dos sócios da Columbus em relação, por um lado, ao tratamento fiscal de que são objecto os sócios de uma sociedade de pessoas que não exerceram o seu direito de livre circulação (situação interna) e, por outro lado, ao tratamento fiscal dos rendimentos e do património dos sócios de uma sociedade de pessoas que exerceram a sua liberdade de estabelecimento num Estado-Membro em que o nível de tributação é superior ao previsto pela AStG (situação transfronteiriça).

26 — Acórdão de 22 de Dezembro de 2006 (C-446/04, ainda não publicado na Colectânea).

1. Comparação entre a situação dos sócios da Columbus e uma situação interna

72. Julgo ser útil, designadamente para efeitos de clareza da exposição, distinguir entre a prevenção da dupla tributação dos rendimentos prevista no § 20, n.º 2, da AStG, e a da dupla tributação do património, mencionada no n.º 3 daquele artigo.

a) Comparação quanto à prevenção da dupla tributação dos rendimentos (§ 20, n.º 2, da AStG)

73. Não há dúvida de que a aplicação do método da imputação do imposto pago na Bélgica pela Columbus — substituído unilateralmente pela República Federal da Alemanha ao método da exoneração previsto na convenção para a prevenção da dupla tributação entre aquele Estado-Membro e o Reino da Bélgica — ao imposto cobrado sobre o rendimento dos sócios desta levou a um aumento apreciável da tributação destes no exercício fiscal controvertido (ou seja, o exercício de 1996) em relação ao exercício fiscal precedente.

74. Só por si este tratamento desfavorável não constituiria uma restrição à liberdade de estabelecimento, ao contrário do que a Columbus defendeu repetidamente.

75. De facto, o direito comunitário não garante, num domínio onde os Estados-Membros mantêm a sua competência, a aplicação e a manutenção no tempo do mesmo tratamento a favor do mesmo contribuinte. Se assim fosse, os Estados-Membros ficariam impedidos de, por exemplo, modificar a base de incidência ou a taxa dos seus impostos directos. No estado actual da evolução do direito comunitário, isso é impossível. O facto de o tratamento fiscal dos sócios da Columbus ter sido modificado pela introdução unilateral de uma derrogação à convenção para a prevenção da dupla tributação entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica diz respeito a um conflito (eventual) entre normas de direito interno e de direito internacional, mas é irrelevante, na minha opinião, do ponto de vista do direito comunitário. De resto, como já referi no n.º 46 destas conclusões, não cabe ao Tribunal de Justiça resolver tal conflito de normas.

76. Contrariamente ao que parece igualmente sugerir a Columbus, uma diferença de tratamento no direito comunitário não se mede à luz de uma alteração factual ou jurídica na esfera de uma determinada pessoa. Exige, pelo contrário, uma comparação entre a situação das pessoas que exerceram uma das liberdades outorgadas pelo Tratado e a das pessoas que não utilizaram essa possibilidade.

77. A este respeito, salienta-se que nem o órgão jurisdicional de reenvio, que se inclina

mais para ver na medida fiscal alemã em causa uma restrição à liberdade de estabelecimento, nem a Columbus, identificaram uma diferença de tratamento entre a situação dos sócios desta e uma situação interna.

78. Pelo contrário, os Governos alemão, belga, neerlandês, português e do Reino Unido, bem como a Comissão, salientam que a imputação do imposto pago na Bélgica pela Columbus, referida no § 20, n.º 2, da AStG, ao imposto sobre o rendimento dos seus sócios resulta num tratamento destes últimos de forma idêntica aos contribuintes alemães, sócios de sociedades de pessoas fiscalmente transparentes sediadas na República Federal da Alemanha que não exerceram a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro.

79. Esta argumentação parece ser correcta.

80. Recorda-se que, nos termos do artigo 220.º, segundo travessão, do Tratado CE (actual artigo 293.º, segundo travessão, CE), os Estados-Membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais, a eliminação da dupla tributação na Comunidade.

81. Esta norma de carácter programático [27] não foi, até hoje, implementada. Por outro lado, se excluirmos a Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes [28], a Convenção 90/436/CEE de 23 de Julho de 1990, relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas [29], e a Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 Junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros [30], nenhuma das quais se aplica ao processo em análise, não foi adoptada qualquer medida no quadro comunitário com vista à eliminação das duplas tributações e os Estados-Membros não celebraram qualquer convenção multilateral para esse efeito, ao abrigo do artigo 220.º, segundo travessão, do Tratado CE [31].

82. Daí resulta que, na ausência de medidas de unificação ou de harmonização comunitárias, os Estados-Membros mantêm a competência para determinar os critérios de tributação dos rendimentos para conseguir eliminar, no caso vertente pela via conven-

27 — De facto, esta norma não tem efeito directo: v., acórdão Gilly, já referido, n.º 17.

28 — JO L 225, p. 6.

29 — JO L 225, p. 10.

30 — JO L 157, p. 38.

31 — V., nomeadamente, no que concerne à liberdade de circulação de capitais, o acórdão Kerckhaert e Morres, já referido, n.º 22, e, no que concerne ao artigo 52.º do Tratado CE, o acórdão de 12 de Setembro de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, ainda não publicado na colectânea, n.º 51).

cional, as duplas tributações [32]. Neste contexto, o Tribunal de Justiça afirmou, inicialmente, que os Estados-Membros eram livres, *no quadro das convenções bilaterais,* de fixar os factores de conexão para efeitos de repartição da competência tributária [33]. Em acórdãos posteriores, acrescentou que essa liberdade reconhecida aos Estados-Membros se estende às medidas adoptadas unilateralmente [34].

83. Contudo, no que respeita ao *exercício do poder de tributação* os Estados-Membros devem conformar-se com as disposições do direito comunitário [35].

84. A jurisprudência actual do Tribunal de Justiça estabelece, por isso, uma distinção entre, por um lado, *repartição da competência tributária* entre os Estados-Membros, cujas eventuais diferenças de tratamento que daí podem resultar não caem no campo de aplicação das liberdades de circulação do Tratado e, por outro lado, *o exercício do poder de tributação pelo Estados-Membros*, mesmo quando resulte de uma repartição bilateral ou unilateral prévia da sua competência tributária, em relação ao qual os Estados-Membros devem respeitar as regras comunitárias [36].

85. Parece resultar desta dicotomia que os Estados-Membros conservam não apenas a possibilidade de não prevenir a dupla tributação [37], mas também a escolha quanto ao mecanismo para prevenir a dupla tributação, o que deve, em princípio, permitir-lhes, designadamente, optar quer pelo método da exoneração quer pelo método do crédito dos impostos cobrados noutro Estado-Membro.

86. Salientamos, a este propósito, que o Tribunal de Justiça afirmou que não deixa de ser razoável os Estados-Membros inspirarem-se na prática internacional e, nomeadamente, em modelos de convenção tributária elaborados no seio da OCDE [38]. Ora, resulta do artigo 23.° do modelo de conven-

32 — Acórdão Gilly, já referido, n.os 24 e 30, e acórdãos de 12 de Dezembro de 2002, de Groot (C-385/00, Colect., p. I-11819, n.° 93), no que concerne ao artigo 48.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 39.° CE); de 21 de Setembro de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Colect., p. I-6161, n.° 57), no que respeita aos artigos 52.° e 58.° CE, e de 23 de Fevereiro de 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, Colect., p. I-1957, n.° 47), no que respeita à livre circulação de capitais.

33 — Acórdãos Gilly, já referido, n.os 24 a 30; Saint-Gobain ZN, já referido, n.° 57; de Groot, já referido, n.° 93; de 30 de Outubro de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, ainda não publicado na Colectânea, n.° 54); Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido, n.° 52 (itálico nosso).

34 — Tratando-se da livre circulação de capitais, v. os acórdãos, já referidos, van Hilten-van der Heijden (n.° 47), e, quanto à liberdade de estabelecimento, N (ainda não publicado na Colectânea (n.° 44), bem como Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (n.° 52).

35 — Acórdãos De Groot (n.° 94), e FKP Scorpio Konzertproduktionen (n.° 55).

36 — Acórdão De Groot, já referido, n.os 93 e 94.

37 — A este respeito, v., designadamente, o acórdão Kerckhaert e Morres, já referido, n.° 24, a propósito da aplicabilidade da livre circulação de capitais, no qual o Tribunal de Justiça afirmou que o artigo 73.°-B, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 56.° CE), não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que, no quadro do imposto sobre o rendimento, submete à mesma taxa uniforme de imposto os dividendos de acções de sociedades com sede no território desse Estado e os dividendos de acções de sociedades com sede noutro Estado-Membro, sem prever a possibilidade de crédito do imposto retido na fonte nesse outro Estado-Membro.

38 — V. acórdãos, já referidos, Gilly (n.os 30 e 31) e Saint-Gobain ZN (n.° 57).

ção tributária sobre o rendimento e o património, que os métodos da exoneração e do crédito do imposto são considerados mecanismos válidos para prevenir ou atenuar a dupla tributação.

87. Foram submetidos ao Tribunal de Justiça vários processos nos quais as legislações fiscais dos Estados-Membros em causa aplicavam um ou outro destes métodos, sem que o Tribunal tenha feito reparos quanto à legalidade, propriamente dita, daqueles, ou da opção por um deles, à luz do direito comunitário [39].

88. Todavia, resulta igualmente da dicotomia esboçada no n.º 84 destas conclusões que, independentemente do mecanismo adoptado para evitar a dupla tributação, os Estados-Membros devem respeitar as exigências resultantes das disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação, na medida em que não devem exercer o seu poder tributário de forma a tratar diferentemente situações que sejam objectivamente comparáveis.

89. Assim, o Tribunal de Justiça referiu que o direito comunitário não se opõe a que um Estado-Membro evite a tributação em cadeia de dividendos recebidos por uma sociedade residente aplicando regras que exoneram esses dividendos de tributação quando são pagos por uma sociedade residente, e evitando, por meio de um sistema de crédito de imposto, a tributação em cadeia dos referidos dividendos quando são pagos por uma sociedade não residente desde que, nessa situação, a aplicação de um sistema de crédito de imposto seja compatível com o direito comunitário [40].

90. Para que esta aplicação seja compatível com o direito comunitário o Tribunal de Justiça especificou que, por um lado, os dividendos de origem estrangeira não deveriam estar sujeitos a uma taxa de tributação superior à aplicável aos dividendos de origem nacional e, por outro lado, o Estado-Membro deveria evitar a tributação em cadeia dos dividendos de origem estrangeira descontando o montante de imposto pago pela sociedade distribuidora não residente do montante de imposto aplicável à sociedade beneficiária residente até ao limite deste último montante [41].

91. Neste contexto, o Tribunal de Justiça acrescentou que, o simples facto de, comparado com um sistema de exoneração, um sistema de crédito de imposto impor aos contribuintes encargos administrativos adicionais (por dever ser feita prova do montante do imposto efectivamente pago no Estado de residência da sociedade que

39 — V., nomeadamente, o acórdão, de 7 de Setembro de 2004, Manninen (C-319/02, Colect., p. I-7477).

40 — Acórdão Test Claimants in the FII Group Litigation, já referido (n.os 48 e 49).

41 — *Ibidem* (n.os 48 a 50).

procede à distribuição), não pode ser considerado uma diferença de tratamento contrária à liberdade de estabelecimento, uma vez que os encargos administrativos específicos impostos às sociedades residentes que recebam dividendos de origem estrangeira são inerentes ao funcionamento de um sistema de crédito de imposto [42].

92. No processo que nos ocupa, é conveniente salientar que, tanto na situação dos sócios da Columbus, quanto na dos sócios residentes na República Federal da Alemanha das sociedades de pessoas sediadas na República Federal da Alemanha, os lucros obtidos pela sociedade de pessoas são directamente imputados aos sócios e são considerados como rendimentos destes. Por outro lado, estes são cobrados no mesmo ano fiscal e com base na mesma taxa na República Federal da Alemanha.

93. Por aplicação do método do crédito de imposto, o imposto cobrado no Reino da Bélgica sobre os lucros obtidos pela Columbus é objecto de um crédito de imposto a favor dos seus sócios na Alemanha que corresponde ao imposto que pagou na Bélgica. Enquanto que, antes do exercício fiscal controvertido, a aplicação da convenção sobre a dupla tributação celebrada entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica garantia aos sócios da Columbus uma exoneração de imposto na Alemanha sobre os lucros por ela realizados na Bélgica, a substituição do método da exoneração pelo método do crédito de imposto, a partir desse exercício, teve como consequência a neutralização da vantagem fiscal de que beneficiavam anteriormente aqueles sócios em relação aos sócios das sociedades de pessoas também domiciliados na Alemanha que não tivessem utilizado a liberdade de estabelecimento prevista no Tratado.

94. Assim, no plano da comparação entre a situação dos sócios da Columbus e a dos sócios de uma sociedade de pessoas com sede na República Federal da Alemanha, o crédito do imposto cobrado na Bélgica à Columbus relativamente ao imposto sobre o rendimento a pagar na Alemanha pelos seus sócios permite garantir uma igualdade de tratamento entre a tributação dos rendimentos com origem no estrangeiro e dos que têm origem na Alemanha.

95. Dir-se-á, é certo, que esta afirmação só é válida se na análise comparativa das duas situações em causa apenas forem incluídos os «rendimentos que tenham a natureza de aplicações de capitais», no sentido do § 8 do AStG. De facto, para os rendimentos que não tenham esta natureza, prevalece o princípio da exoneração dos lucros obtidos no estrangeiro por uma sociedade de pessoas, por força das disposições da convenção para a prevenção da dupla tributação celebrada entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica.

96. Tal exoneração dos rendimentos que não tenham a natureza de aplicações de capitais provavelmente estimula o estabelecimento ou os investimentos no estrangeiro em

42 — *Ibidem* (n.º 53).

relação aos realizados no território nacional. Contudo, só por si, a utilização de métodos de prevenção da dupla tributação diferentes consoante a natureza dos rendimentos em causa não deverá ser objecto de críticas. No estado actual do desenvolvimento do direito comunitário, os Estados-Membros, assim como continuam competentes para definir a matéria colectável [43], devem também, na minha opinião, estar, igualmente, em condições de poder decidir a aplicação de métodos diferentes para prevenir a dupla tributação em função da natureza dos rendimentos, desde que respeitem as disposições do Tratado relativas às liberdades de circulação. Ora, neste caso, tal como já salientei anteriormente, a imputação do imposto pago sobre os lucros da Columbus no imposto sobre o rendimento dos sócios desta, que sejam residentes alemães, assegura a igualdade de tratamento com uma situação interna comparável.

97. Na verdade, o método do crédito de imposto, ao contrário do método da exoneração, implica encargos administrativos adicionais para os sócios da Columbus. Porém, esses encargos, tal como o Tribunal de Justiça considerou no acórdão Test Claimants in the FII Group Litigation, já referido, são inerentes à aplicação deste mecanismo de prevenção da dupla tributação.

98. Neste contexto, a aplicação do método do crédito de imposto no processo principal não parece originar uma diferença de tratamento entre os sócios da recorrente e a situação dos contribuintes alemães, sócios de uma sociedade de pessoas situada na Alemanha, que tenham o mesmo tipo de rendimentos e não tenham usufruído da liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado.

b) Comparação quanto à prevenção da dupla tributação do património (§ 20, n.º 3, da AStG)

99. Tal como o imposto sobre o rendimento, o imposto sobre o património assenta na capacidade contributiva do sujeito passivo. O montante do imposto é determinado com base no património de que o sujeito passivo é titular no momento da tributação.

100. O imposto sobre o património distingue-se, contudo, do imposto sobre o rendimento pelo facto de ser aplicado apenas por alguns Estados-Membros [44].

101. Por essa razão, aquando do exercício fiscal controvertido no processo principal, o Reino da Bélgica não cobrava qualquer

43 — V., nomeadamente, o acórdão Test Claimants in the FII Group Litigation, já referido, n.º 47.

44 — No momento da ocorrência dos factos no processo principal só a República Federal da Alemanha, o Reino de Espanha, a República Francesa, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, a República da Finlândia e o Reino da Suécia cobravam imposto sobre o património das pessoas singulares. Desde então, estes Estados, excepto o Reino de Espanha, a República Francesa e o Reino da Suécia, abandonaram-no.

imposto sobre o património, aí se incluindo os activos de estabelecimentos estáveis, enquanto que a República Federal da Alemanha aplicou, pela última vez, um imposto sobre o património sobre o conjunto dos bens patrimoniais dos contribuintes alemães, onde quer que se situassem [45].

102. Por força da convenção para a prevenção da dupla tributação celebrada entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica, o património que seja composto por activos de um estabelecimento estável é tributável no Estado onde está situado o estabelecimento, evitando-se a dupla tributação desses elementos, no que respeita ao património de contribuintes alemães, através da exoneração do imposto sobre o património cobrado na República Federal da Alemanha [46].

103. Pelo facto de o Reino da Bélgica não cobrar qualquer imposto sobre o património, os activos da Columbus beneficiaram, antes do exercício controvertido, de uma exoneração total daquele imposto, por aplicação daquela convenção tributária celebrada entre aqueles dois Estados-Membros.

104. Referindo-se ao § 20 n.º 2 da AStG no que respeita à tributação dos rendimentos que tenham a natureza de aplicações de capitais dos sócios da Columbus, o n.º 3 deste artigo substitui, para evitar a dupla tributação dos activos de um estabelecimento estável que origina rendimentos com a natureza de aplicações de capitais no património dos contribuintes alemães, o método da exoneração pelo método do crédito de imposto pago no estrangeiro. Este mecanismo integra, por isso, no cálculo do imposto sobre o património dos sócios alemães da Columbus, os activos desta que tenham a natureza de aplicações de capitais, no sentido da AStG.

105. A substituição, para efeitos de prevenção da dupla tributação, do método da exoneração pelo método do crédito de imposto originou, deste modo, a tributação, na República Federal da Alemanha, no âmbito do património dos sócios da Columbus, dos activos desta última que tenham gerado rendimentos com o carácter de aplicações de capitais, no sentido da AStG.

106. À semelhança da minha análise relativa ao imposto sobre o rendimento, penso que a aplicação do método do crédito de imposto na situação em causa no processo principal não deu origem a uma diferença de tratamento em relação a uma situação comparável ocorrida apenas no território nacional. De facto, nos dois casos, os sócios do estabelecimento estável estão sujeitos ao pagamento do mesmo imposto, sendo a mesma a base tributável e idêntica a taxa.

45 — Na época em que ocorreram os factos no processo principal, este imposto estava fixado, para as pessoas singulares, em 0,5% do património tributável que inclua os activos de empresa.

46 — V. os artigos 22.º e 23.º da referida convenção.

c) Conclusão provisória

107. Tendo em conta as considerações precedentes, uma disposição como a do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, não parece constituir um entrave à liberdade de estabelecimento, na medida em que esta apreciação se limite à comparação entre os nacionais alemães que tenham utilizado a sua liberdade de estabelecimento e aqueles que a não utilizaram.

108. Contudo, como já salientei nos n.os 67 a 70 destas conclusões, parece necessário, à luz do acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, examinar igualmente se, de uma diferença de tratamento introduzida pelo § 20, n.os 2 e 3, do AStG, entre uma situação como a dos sócios da Columbus e uma outra situação transfronteiriça (a saber, mais concretamente, sempre que o exercício da liberdade de estabelecimento ocorre num Estado-Membro em que o nível de tributação seja superior ao previsto pelas disposições da AStG), não resultará um entrave à liberdade de estabelecimento dos nacionais alemães.

2. Comparação entre a situação dos sócios da Columbus e outra situação transfronteiriça

109. Antes de analisar as consequências a extrair para o presente processo daquele acórdão, será útil recordar de forma detalhada a apreciação efectuada pelo Tribunal de Justiça quanto à existência de um entrave à liberdade de estabelecimento resultante da aplicação da legislação do Reino Unido sobre as SEC.

a) O acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas

110. Recordemos que, no processo que deu origem a este acórdão, a sociedade Cadbury Schweppes, sediada no Reino Unido, tinha constituído uma filial na Irlanda, no Centro Internacional de Serviços Financeiros (a seguir «CISF»), de Dublin, sujeita, à data dos factos no processo principal, a uma taxa de imposto de 10%. Esta sucursal tinha sido constituída com o único objectivo de permitir que os lucros resultantes das actividades de financiamento interno de grupo Cadbury Schweppes pudessem beneficiar do regime fiscal do CISF. As autoridades fiscais do Reino Unido, liquidaram à Cadbury Schweppes uma quantia de mais de 8 milhões de GBP a título de imposto sobre as sociedades pelos lucros realizados pela sua filial na Irlanda, em consequência da aplicação da lei do Reino Unido sobre as SEC.

111. Esta lei derroga a norma geral aplicável no Reino Unido segundo a qual uma sociedade estabelecida no Reino Unido não é tributada pelos lucros de uma filial no momento da sua realização. Mais precisamente, segundo a regra geral aplicável no Reino Unido, uma sociedade que esteja sediada nesse Estado-Membro e que aí crie uma filial não é tributada nem sobre os lucros que ela realize, nem sobre os dividendos que a filial lhe distribua. Ainda segundo essa regra geral, uma sociedade estabelecida no Reino Unido que constitua uma filial noutro Estado-Membro é tributada pelos dividendos distribuídos por essa sucursal, mas beneficia de um crédito de imposto até à concorrência do imposto pago por aquela filial no momento da realização dos lucros no estrangeiro. Ora, em derrogação da regra geral que acabou de ser descrita, a legislação do Reino Unido sobre as SEC prevê, em princípio, que uma sociedade residente seja tributada sobre os lucros realizados pela sua filial sediada noutro Estado-Membro que aplique um «nível inferior de tributação», ou seja, um imposto inferior a três quartos do montante do imposto que seria pago no Reino Unido sobre os lucros tributáveis, tal como teriam sido calculados para fins de tributação neste último Estado-Membro.

112. Foi neste contexto que o Tribunal de Justiça qualificou como entrave à liberdade de estabelecimento a legislação do Reino Unido sobre as SEC.

113. Nos n.os 43 a 45 daquele acórdão, o Tribunal de Justiça constatou a diferença de tratamento que existia entre, por um lado, uma sociedade estabelecida no Reino Unido que constituiu uma SEC (filial) noutro Estado-Membro no qual esta ficaria sujeita a um nível de tributação inferior no sentido que é dado pela legislação sobre as SEC e, por outro lado, uma sociedade estabelecida no Reino Unido que, ou controla uma filial nesse mesmo Estado, ou constituiu uma sociedade controlada noutro Estado-Membro no qual essa filial não está sujeita a um nível de tributação inferior no sentido da legislação sobre as SEC. De facto, enquanto que no primeiro exemplo os lucros realizados pela SEC eram imputados à sociedade estabelecida no Reino Unido, a qual era tributada sobre esses lucros, nas outras duas situações a sociedade residente não era tributada pelos lucros da filial por ela controlada, de acordo com a legislação do Reino Unido sobre a tributação das sociedades. Segundo o Tribunal de Justiça, esta diferença de tratamento dava origem a uma desvantagem fiscal para a sociedade residente à qual se aplicava a lei sobre as SEC, na medida em que, por aplicação dessa lei, essa sociedade residente é tributada sobre os lucros de uma outra pessoa colectiva, independentemente de esta sociedade não pagar um imposto superior ao que incidiria sobre os lucros em causa se esses tivessem sido realizados por uma filial estabelecida no Reino Unido.

114. Como já referi, é útil salientar que a premissa sobre a qual o Tribunal de Justiça se baseia para qualificar a legislação do Reino Unido sobre as SEC como sendo restritiva da liberdade de estabelecimento não assenta só na comparação, no fim de contas habitual, entre uma situação transfronteiriça e uma situação interna. Baseia-se, igualmente, na comparação, inédita, entre duas situações

transfronteiriças, consoante a sociedade residente tenha constituído uma sociedade controlada num Estado-Membro que não seja o Reino Unido, praticando um nível de tributação inferior ou superior ao previsto pela legislação britânica sobre as SEC.

115. A razão da introdução desta segunda vertente do critério da comparação (situações transfronteiriças entre elas comparáveis), que o acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas não refere, parece ter a sua origem nas conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas nesse processo.

116. Nas suas conclusões, o advogado-geral P. Léger tinha afirmado não compreender a razão pela qual, contrariamente à argumentação expendida pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, a situação da Cadbury Schweppes não podia ser comparada à das sociedades residentes que também se tivessem prevalecido do direito de estabelecimento criando filiais em Estados-Membros em que o nível de tributação era superior ao referido na legislação do Reino Unido sobre as SEC. A este respeito, afastou, designadamente, o argumento segundo o qual a disparidade das taxas de tributação dos lucros das sociedades em vigor nos Estados-Membros constituiria uma diferença objectiva da situação que justificasse um tratamento diferenciado previsto pela legislação sobre as SEC. Na opinião do advogado-geral P. Léger, se esta tese fosse acolhida, tal significaria admitir que um Estado-Membro tinha o direito, sem infringir as normas do Tratado, de escolher, entre os outros Estados-Membros onde as sociedades nacionais podem criar filiais beneficiando do regime fiscal aplicável no Estado-Membro de acolhimento. Ora, tal tese conduziria, manifestamente, a um resultado contrário à noção de «mercado único». O advogado-geral P. Léger considerava, então, que bastava a diferença de tratamento em razão da taxa de tributação no Estado-Membro de estabelecimento para qualificar o regime previsto pela lei do Reino Unido sobre as SEC como um entrave à liberdade de estabelecimento [47].

117. O risco de compartimentação do mercado comum, proveniente das disposições nacionais como as da lei do Reino Unido sobre as SEC, parece, por isso, estar na origem da admissão, pelo Tribunal de Justiça, da comparabilidade objectiva entre, por um lado, a situação de uma sociedade residente que tenha criado uma filial num Estado-Membro onde o nível de tributação é inferior ao previsto pela lei do Reino Unido sobre as SEC e, por outro lado, a situação das sociedades residentes que tenham constituído uma filial num Estado-Membro onde o nível de tributação é superior ao previsto por essa legislação. De facto, nos dois casos, trata-se de uma sociedade que decide fazer valer o seu direito de estabelecimento no Estado-Membro da sua escolha.

47 — V. as conclusões apresentadas em 2 de Maio de 2006 no processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.os 78 a 83.

118. Esta solução não me parece, em si mesma, criticável. Mostra-se, aliás, coerente com a existência de um mercado interno que, de acordo com o artigo 3.°, n.° 1, alínea c), do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 3.°, n.° 1, alínea c), CE) caracteriza a acção da Comunidade. A abordagem acolhida pelo Tribunal de Justiça, coloca, porém, dois tipos de dificuldades.

119. Em primeiro lugar, não é totalmente claro se as duas vertentes do critério de comparação utilizado pelo Tribunal de Justiça no processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, são de aplicação alternativa ou cumulativa. Por outras palavras, a questão que se pode colocar é a de saber se uma diferença de tratamento, prevista na lei nacional do Estado-Membro de residência do contribuinte, aplicável unicamente entre duas situações transfronteiriças, será suficiente para considerar que se está perante uma restrição à liberdade de estabelecimento [48].

120. À luz das *supra* referidas conclusões do advogado-geral P. Léger e considerando os n.os 44 e 45 do acórdão do Tribunal de Justiça, parece dever ser dada a esta questão um resposta positiva.

48 — Uma diferença de tratamento que seja aplicável apenas entre uma situação interna e uma situação transfronteiriça, desde que as situações em causa sejam comparáveis, será, obviamente, contrária à liberdade de estabelecimento. Esta vertente da alternativa não coloca qualquer problema em especial.

121. Na verdade, o facto de, nesses pontos do acórdão em questão, o Tribunal de Justiça ter utilizado a conjunção «ou», quando identificou as duas situações em relação às quais deveria ser comparada a posição da sociedade residente sujeita à lei do Reino Unido sobre as SEC, parece concordar com a análise do advogado-geral nas suas conclusões. Se é essa a abordagem desejada pelo Tribunal de Justiça, ela poderá provocar, no campo de aplicação da liberdade de estabelecimento, situações que, com base na simples comparação entre uma situação transfronteiriça e uma situação interna do Estado de residência, não se enquadrariam na liberdade de estabelecimento ou não limitariam tal liberdade.

122. Em segundo lugar, e correlativamente, trata-se de saber se, supondo que basta a diferença de tratamento entre duas situações transfronteiriças, introduzida pelo Estado-Membro de residência de um contribuinte, para qualificar uma medida fiscal como uma restrição à liberdade de estabelecimento, esta abordagem pode ser aplicada a uma situação que, embora apresentando semelhanças com as circunstâncias que estão na origem do caso Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, dele se distingue, contudo, em vários aspectos, nomeadamente quanto à natureza da medida fiscal em causa, ou seja, uma medida destinada a prevenir a dupla tributação.

123. Estas duas interrogações são, precisamente, suscitadas no presente processo.

124. Vou agora debruçar-me sobre as consequências que podem ser extraídas para o processo em apreço da apreciação efectuada pelo Tribunal de Justiça nos n.os 43 e 45 do acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido.

b) Comparação quanto à prevenção da dupla tributação dos rendimentos (§ 20, n.º 2, da AStG)

125. Tal como já referi antes, a aplicação do método do crédito de imposto, no sentido do § 20, n.º 2, da AStG, pressupõe, principalmente, que o imposto cobrado no estrangeiro seja inferior ao nível fixado pela AStG, ou seja, a uma taxa inferior a de 30% dos lucros. Por isso, em princípio, o § 20, n.º 2, da AStG, não se aplica quando os rendimentos que tenham a natureza de aplicações de capitais sejam oriundos de estabelecimentos estáveis de residentes alemães que estejam situados em Estados-Membros em que a taxa de tributação seja igual ou superior a 30%. Neste caso, com efeito, deve aplicar-se a exoneração do imposto pago no estrangeiro.

126. O Governo alemão sustenta que a diferença que existe entre a situação dos sócios da Columbus e a situação fiscal dos sócios de um estabelecimento estável situado num Estado-Membro onde o nível de tributação é superior à taxa fixada pela legislação fiscal alemã resulta unicamente da coexistência das leis fiscais dos Estados-Membros. Uma tal diferença escaparia, por si só, à aplicação das disposições do Tratado sobre as liberdades de circulação.

127. Esta argumentação não é convincente.

128. Com efeito, o tratamento fiscal desfavorável no caso em apreço não resulta pura e simplesmente da aplicação de leis fiscais diferentes dos Estados-Membros, mas é consequência da opção, feita pela lei fiscal alemã [49], de determinar que o mecanismo do crédito de imposto pago no estrangeiro sobre os rendimentos em causa seja desencadeado sempre que esse imposto seja inferior à taxa de 30% fixada pelo AStG.

129. A situação seria diferente, na minha opinião, se a substituição do método da exoneração pelo do crédito de imposto, decidida pela República Federal da Alemanha, se aplicasse independentemente da taxa pela qual são tributados os rendimentos em causa na Alemanha. Nesta hipótese, o tratamento eventualmente desfavorável provocado pela aplicação deste método aos

49 — V., no mesmo sentido, as conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed no processo Test Claimants in the FII Group Litigation, já referido (n.º 39).

rendimentos idênticos, de contribuintes alemães, oriundos de estabelecimentos estáveis situados no estrangeiro dependeria, essencialmente, da taxa do imposto pago em cada um dos Estados-Membros. Tratar-se-ia, então, de um tratamento desfavorável resultante da coexistência de leis fiscais diferentes dos Estados-Membros. Ora, este não é, seguramente, o caso no processo em apreço.

130. Trata-se, pois, de saber se este tratamento desfavorável consubstancia, uma diferença de tratamento proibida pelo artigo 52.º do Tratado CE.

131. Parece inegável que um dos efeitos da aplicação do § 20, n.º 2, da AStG — pretendido, de resto, pelo legislador alemão — é o de neutralizar as vantagens fiscais obtidas pelos contribuintes alemães que se estabeleceram ou desejam estabelecer-se em Estados-Membros nos quais o imposto sobre os rendimentos que tenham a natureza de aplicações de capitais oriundos de uma sociedade de pessoas, qualificada como estabelecimento estável no estrangeiro, seja inferior à taxa de 30% constante da AStG.

132. Nesse sentido, tal como sugeriram os representantes da Columbus e do Governo belga aquando da audiência, esta medida nacional poderia ter como efeito, à semelhança daquela que estava em causa no processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, compartimentar o mercado único, incitando os nacionais alemães a estabelecerem-se unicamente nos Estados-Membros onde o nível de tributação seja igual ou superior à taxa alemã, prevista nas disposições do AStG. Segundo esta linha de raciocínio, esta medida seria, deste modo, apta a dissuadir os nacionais alemães de criar, adquirir ou manter um estabelecimento estável num Estado-Membro no qual aquele ficasse sujeito a um nível de tributação inferior a 30%.

133. Quanto a este aspecto, será indiferente o facto de o § 20, n.º 2, da AStG não tratar de forma diferente os sócios da Columbus e os sócios de uma sociedade de pessoas sediada na Alemanha. De facto, tal como já referi nos n.os 120 e 121 destas conclusões, parece-me que o acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, à luz das conclusões do advogado-geral P. Léger, pode ser interpretado no sentido de que o Estado-Membro de residência não pode limitar a liberdade de estabelecimento dos seus nacionais a uma parte do Mercado Comum, mesmo que não exista diferença de tratamento, por parte desse Estado-Membro, entre situações internas e situações transfronteiriças. Assim, a obrigação do Estado de «saída» (ou, por outras palavras, de residência), no caso a República Federal da Alemanha, consiste em assegurar, para além do respeito pela igualdade de tratamento entre os seus nacionais, consoante eles tenham ou não exercido a sua liberdade de circulação, que eles não sejam dissuadidos, ainda que por aplicação de medidas fiscais, de se estabelecer no Estado-Membro da sua escolha.

134. Nomeadamente aquando da audiência, o Governo alemão opôs-se a uma argumentação deste tipo. Embora admitindo que a medida fiscal em causa provoca, de facto, uma diferença de tratamento consoante os nacionais alemães desejem estabelecer-se ou investir num Estado-Membro onde o nível de tributação seja inferior ou superior à taxa referida na AStG, a República Federal da Alemanha sustenta que tal diferença não é proibida pelo Tratado, uma vez que as situações em causa não são objectivamente comparáveis. A este respeito, este Estado-Membro refere-se, nomeadamente, ao acórdão D [50], no qual o Tribunal de Justiça teria recusado o benefício da extensão das estipulações das convenções bilaterais para prevenção da dupla tributação a pessoas singulares ou colectivas que não integrassem o âmbito de aplicação daquelas convenções.

135. À primeira vista, esta argumentação poderia ser rejeitada com base no acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, o qual, recordo, admitiu que a situação de uma sociedade-mãe sediada no Reino Unido cuja filial está situada num Estado-Membro onde a tributação é inferior à prevista na legislação do Reino Unido sobre as SEC e a de uma sociedade-mãe desse Estado, cuja filial está estabelecida num Estado-Membro cuja tributação é superior à prevista por aquela legislação, são situações objectivamente comparáveis.

136. Contudo, a argumentação desenvolvida pelo Governo alemão justifica que nos detenhamos um pouco mais neste ponto.

137. De facto, formulado de uma forma um pouco diferente, este argumento parece sugerir que, se tivéssemos que reconhecer o carácter objectivamente comparável de duas situações transfronteiriças, como as que estão em discussão no presente processo, isso conduziria a que, sempre que um Estado-Membro aplicasse o método da exoneração, por força de uma convenção para prevenção da dupla tributação, na tributação dos rendimentos de aplicações de capitais dos seus nacionais oriundos de um estabelecimento estável situado noutro Estado-Membro, o dito Estado seria obrigado a alargar a aplicação deste método de prevenção da dupla tributação, para o mesmo tipo de operações, às suas relações com o conjunto dos outros Estados-Membros.

138. Salienta-se que o Tribunal de Justiça sublinhou, por diversas vezes, que o âmbito de aplicação de uma convenção tributária bilateral é limitado às pessoas singulares e colectivas nela referidas [51], considerando que o facto de os direitos e obrigações recíprocas só se aplicarem às pessoas residentes num dos dois Estados-Membros contratantes é

50 — Acórdão de 5 de Julho de 2005, D. contra Inspecteur van de Belastingdienst (C-376/03, Colect., p. I-5821).

51 — Acórdãos, já referidos, D. contra Inspecteur van de Belastingdienst (n.º 54), e Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (n.º 84).

uma consequência inerente às convenções bilaterais para prevenção da dupla tributação [52].

139. Apesar desse princípio, o Tribunal de Justiça reconheceu também que há situações em que os benefícios de uma convenção bilateral podem ser alargados a um residente de um Estado que não seja parte nessa convenção.

140. O Tribunal de Justiça decidiu que, tratando-se de uma convenção preventiva da dupla tributação celebrada entre um Estado-Membro e um Estado terceiro, o princípio do tratamento nacional exige ao Estado-Membro parte na referida convenção que conceda aos estabelecimentos estáveis das sociedades não residentes os benefícios previstos pela convenção, nas mesmas condições em que são aplicáveis às sociedades residentes [53]. Nesse caso, o sujeito passivo não residente que dispõe de um estabelecimento estável num Estado-Membro é considerado numa situação equivalente à de um sujeito passivo residente nesse Estado [54].

141. A jurisprudência sobre este aspecto é, pois, mais matizada do que parece sustentar o Governo alemão.

142. No acórdão Saint-Gobain ZN, já referido, que dizia respeito aos benefícios fiscais relativos à tributação de participações e dividendos, parece que a violação do direito comunitário resulta do facto de o Estado-Membro de residência ter feito uma aplicação diferente do critério da sede ou da residência consoante se tratasse de determinar a sujeição ao imposto das sociedades residentes e das não residentes que exerciam a sua actividade nesse Estado por intermédio de uma estabelecimento estável ou se tratasse de conceder os benefícios que daí derivavam, os quais eram unicamente recusados a estas últimas. Estas sociedades podiam, assim, ser objectivamente comparadas às que estavam sediadas no Estado-Membro em causa.

143. Nos acórdãos D. e Test Claimants in Class Action IV of the ACT Group Litigation, já referidos, o Tribunal de Justiça recusou o entendimento segundo o qual os benefícios fiscais atribuídos a pessoas singulares e colectivas não residentes pelo Estado da fonte dos elementos do património e dos rendimentos respectivos, em virtude das disposições de convenções preventivas da dupla tributação celebradas com o Estado de residência daquelas pessoas, pudessem ser alargados a outros não residentes, sujeitos passivos num Estado-Membro que não fosse parte naquelas convenções. De facto, a situação desses não-residentes não era objectivamente comparável.

144. Ora, se este entendimento da jurisprudência é correcto, penso que a República Federal da Alemanha não poderá defender, em coerência, que os seus próprios residen-

52 — Acórdãos, já referidos, D. contra Inspecteur van de Belastingdienst (n.º 61), e Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (n.º 91).

53 — Acórdãos, já referidos, Saint-Gobain ZN (n.º 59), e D. contra Inspecteur van de Belastingdienst, n.º 56.

54 — Acórdão D. contra Inspecteur van de Belastingdienst, já referido (n.º 57).

tes, que são, em princípio, tributados na base do seu rendimento global nesse Estado-Membro, estão numa situação objectivamente diferente consoante aufiram rendimentos realizados num Estado-Membro onde a tributação seja inferior ou superior à taxa referida nas disposições da AStG.

145. Por último, na audiência, o Governo alemão, secundado pelos Governos neerlandês e do Reino Unido, sustentou que o presente processo se distingue, em vários aspectos, do acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, o que deveria levar o Tribunal de Justiça a afastar-se da jurisprudência nele fixada. Os representantes destes governos invocaram, a este respeito, a natureza da medida fiscal em causa no presente processo e a circunstância de o critério da atribuição dos lucros realizados pelo estabelecimento estável a uma outra pessoa colectiva não existir no caso em apreço.

146. No que respeita ao primeiro ponto é verdade que, ao contrário do processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, a medida fiscal em causa no presente processo visa prevenir a dupla tributação dos rendimentos das aplicações de capitais, no sentido da AStG, que sejam oriundos de uma actividade transfronteiriça, substituindo o método da exoneração pelo do crédito de imposto, previsto na convenção para a prevenção da dupla tributação celebrada entre a República Federal da Alemanha e o Reino da Bélgica.

147. Poderíamos, então, considerar que, tanto o caso em que o estabelecimento estável se encontra num Estado-Membro onde o nível de tributação é superior à taxa alemã, como naquele em que está num Estado-Membro em que o nível de tributação é inferior à taxa alemã (como é o caso no processo principal), a República Federal da Alemanha previne a dupla tributação dos rendimentos de aplicações de capitais, oriundos de estabelecimentos estáveis situados noutros Estados-Membros. Nesse sentido, o objectivo da prevenção da dupla tributação parece ser atingido.

148. Não deixa de ser verdade que, do ponto de vista do sujeito passivo alemão, este é dissuadido de se estabelecer ou de manter o seu estabelecimento num Estado-Membro onde a taxa é inferior à prevista na AStG. Parece-me que, tendo em conta a compartimentação do mercado interno originada pela medida fiscal em causa, efeito, de resto, pretendido pelo legislador alemão, tal medida só deverá ser considerada compatível com a liberdade de estabelecimento assegurada pelo Tratado se for justificada por uma exigência de interesse geral.

149. Quanto ao segundo ponto, julgo que a diferença posta em realce pelo Governo alemão é absorvida pelo princípio mais fundamental que exige que os Estados-Membros se abstenham de adoptar medidas

unilaterais que visem cindir o mercado interno, a menos que uma tal medida seja justificada por um objectivo de interesse geral.

150. Considero, por isso, que uma medida nacional como o § 20, n.º 2, da AStG, é susceptível de constituir um entrave à liberdade de estabelecimento prevista no Tratado.

c) Comparação quanto à prevenção da dupla tributação do património (§ 20, n.º 3, da AStG)

151. Uma análise semelhante impõe-se, na minha opinião, quando se trata da tributação da património.

152. Poderíamos, aliás, sustentar que o efeito dissuasor é, nesta hipótese, ainda mais acentuado que no quadro da aplicação do § 20, n.º 2, da AStG.

153. Recorde-se que, numa situação como a do processo principal, em que o Reino da Bélgica não cobra imposto sobre o património, a aplicação do método do crédito de imposto tem unicamente como consequência permitir à República Federal da Alemanha cobrar o seu próprio imposto sobre o património, uma vez que não existirá qualquer imposto estrangeiro a imputar ao imposto alemão.

154. Ora, numa situação em que o estabelecimento estável está situado num Estado-Membro onde a tributação é superior à taxa referida na AStG, mas que também não cobra imposto sobre o património, os sócios alemães não serão, em princípio, sujeitos ao pagamento de imposto sobre o património na República Federal da Alemanha, por força da aplicação do método da exoneração.

155. Daí decorre, na minha opinião, que, ao tratar de forma diferente situações comparáveis, o § 20, n.º 3, da AStG limita igualmente o exercício da liberdade de estabelecimento prevista no Tratado.

3. Conclusão sobre a existência de um entrave à liberdade de estabelecimento

156. À luz das considerações precedentes, entendo que uma disposição nacional como a do § 20, n.^{os} 2 e 3, da AStG, constitui um entrave à liberdade de estabelecimento prevista no Tratado, na medida em dissuade os nacionais de um Estado-Membro de se estabelecer livremente num outro Estado-Membro à sua escolha.

157. Nessas condições, é necessário analisar se um tal entrave é susceptível de ser justificado.

D — *Sobre as justificações do entrave à liberdade de estabelecimento*

158. Segundo a jurisprudência, uma restrição à liberdade de estabelecimento pode ser admitida se se justificar pelos motivos expostos no artigo 56.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 46.° CE) ou por razões imperiosas de interesse geral. Em qualquer caso, esta restrição deve ser adequada a garantir a realização do objectivo legítimo assim prosseguido e não ir além do que é necessário para o atingir [55].

159. Perante o órgão jurisdicional de reenvio, o Finanzamt Bielefeld-Innenstadt defendeu que o § 20, n.os 2 e 3, da AStG seria justificado pela luta contra a concorrência fiscal prejudicial, pela luta contra os expedientes puramente artificiais e pela salvaguarda da coerência do regime fiscal. Estes três fundamentos justificativos foram reiterados pelo Governo alemão nas suas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça.

160. O Governo neerlandês e a Comissão associam-se, no essencial, às observações do Governo alemão, considerando que as disposições do § 20, n.os 2 e 3, da AStG se justificam unicamente pela preocupação de lutar contra os expedientes artificiais cujo objectivo é o de escapar à aplicação da legislação fiscal alemã. Por seu lado, o Governo português entende que aquele artigo visa preservar a coerência do regime fiscal alemão.

161. Pelo contrário, a Columbus e o Governo Belga entendem que as normas nacionais controvertidas não poderiam ser justificadas por qualquer dos fundamentos apresentados perante o órgão jurisdicional de reenvio e o Tribunal de Justiça.

162. Há que examinar, individualmente, as três causas de justificação avançadas pelas autoridades alemãs.

1. Quanto à luta contra a concorrência fiscal prejudicial

163. A República Federal da Alemanha recorda, por um lado, que o regime belga

55 — V., nesse sentido, acórdãos de 30 de Setembro de 2003, Inspire Art (C-167/01, Colect., p. I-10155, n.os 107, 132 e 133); De Lasteyrie du Saillant, já referido (n.° 49); Marks & Spencer, já referido (n.° 35) e Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido (n.° 47).

dos centros de coordenação foi incluído numa Resolução do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho [56], entre as medidas de concorrência fiscal prejudicial e, por outro lado, que a Comissão iniciou, relativamente a ele, um procedimento formal de investigação com o objectivo de comprovar que esse regime continha aspectos de auxílio de Estado. Este Estado-Membro considera, todavia, que, independentemente destas iniciativas, o § 20, n.os 2 e 3, da AStG tem como objectivo permitir-lhe, no quadro do seu direito à «autodefesa», compensar as vantagens fiscais extraordinárias permitidas por aquele regime, repondo, graças à aplicação do método do crédito de imposto, a carga fiscal dos sócios da Columbus no nível de tributação alemão.

164. Formulado desta forma, o objectivo visado pela República Federal Alemã parece confundir-se com um pretenso direito a compensar uma vantagem fiscal adquirida noutro Estado-Membro pela aplicação de um tratamento fiscal desfavorável.

165. Ora, tal objectivo não pode justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento, tal como resulta claro da jurisprudência [57].

166. Como salientou, com muita pertinência, o advogado-geral P. Léger nas suas conclusões no processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, na ausência de harmonização comunitária importa admitir que os regimes fiscais dos diferentes Estados-Membros podem ser colocados em situação de concorrência [58]. Pode lamentar-se que esta concorrência pareça não ter qualquer limite. Esta questão, como admite igualmente o preâmbulo da resolução do Conselho citada pela República Federal Alemã, exige uma resposta de natureza política e não afecta, por isso, nenhum dos direitos e obrigações dos Estados-Membros decorrentes dos Tratados.

167. Por outro lado, sou também de opinião de que a circunstância de o regime fiscal em causa poder ser considerado um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum [59], cuja fiscalização, por força do Tratado, incumbe à Comissão, não autoriza um Estado-Membro a tomar medidas unilaterais contra esse regime, destinadas a combater os seus efeitos, e que violariam uma das liberdades fundamentais previstas no Tratado [60].

56 — Resolução do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, de 1 de Dezembro de 1997, relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas (JO 1998, C 2, p. 2).

57 — V., nomeadamente, os acórdãos, já referidos, De Groot (n.º 97) e Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido (n.º 49, e a jurisprudência aí citada).

58 — N.º 55 das conclusões.

59 — Recorde-se que este regime implica efectivamente um auxílio de Estado, como decidiu o Tribunal de Justiça no acórdão Bélgica e Fórum 187/Comissão, já referido.

60 — V., nesse sentido, o n.º 58 das conclusões, já referidas, do advogado-geral P. Léger no processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas.

168. Desse modo, a luta contra a concorrência fiscal prejudicial não justifica, na minha opinião, a restrição à liberdade de estabelecimento que está em causa no presente processo.

2. Quanto à luta contra os expedientes puramente artificiais

169. A República Federal da Alemanha alega igualmente que a luta contra os expedientes puramente artificiais inspira a adopção do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, pelo legislador alemão. Defende que tal justificação teria sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Considera, todavia, que esta jurisprudência é demasiado restritiva e propõe que o Tribunal de Justiça alargue o direito de os Estados-Membros lutarem contra os expedientes artificiais permitindo-lhes exigir que os estabelecimentos estáveis criados num outro Estado-Membro para aí beneficiarem de vantagens fiscais estejam integrados de forma efectiva e durável na vida económica desse Estado. Tal integração não existiria, segundo a República Federal da Alemanha, no caso dos centros de coordenação belgas, como no caso do processo principal.

170. Como defende a República Federal da Alemanha, o Tribunal de Justiça admitiu, diversas vezes, que uma medida fiscal que restringe o exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado pode ser justificada se tiver como objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado-Membro em causa [61].

171. No acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, o Tribunal de Justiça aprofundou, em vários aspectos, a apreciação da existência de tais expedientes com a finalidade, designadamente, de permitir ao órgão jurisdicional nacional verificar o carácter proporcionado da legislação do Reino Unido sobre as SEC.

172. Resulta, assim, deste acórdão que a constatação da existência de um expediente puramente artificial exige, além do elemento subjectivo que consiste na vontade de obter uma vantagem fiscal, que se encontrem elementos objectivos e verificáveis por terceiros, relativos, nomeadamente, ao grau de existência física da SEC, em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos que, apesar do respeito formal pelas condições previstas pelo direito comunitário, permitam concluir que o objectivo da integração na vida económica do Estado-Membro de acolhimento, prosseguido pela liberdade de estabelecimento, não foi atingido [62].

61 — Acórdãos ICI, já referido, n.º 26; X e Y, já referido (n.º 61); de 12 de Dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Colect., p. I-11779, n.º 37); De Lasteyrie du Saillant, já referido (n.º 50); Marks & Spencer, já referido (n.º 57), bem como Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido (n.º 51).

62 — Acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido (n.os 64, 53 a 55 e 67).

173. O Tribunal de Justiça concluiu sobre este aspecto que, para que a legislação do Reino Unido sobre as SEC esteja em conformidade com o direito comunitário, a aplicação da tributação prevista pela referida legislação deve ser excluída quando, não obstante a existência de razões de natureza fiscal, a constituição de uma SEC corresponde a uma realidade económica, ou seja, corresponda a uma implantação real que tem por objectivo a realização de actividades económicas efectivas no Estado-Membro de acolhimento [63].

174. Acrescentou que caberia ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se um dos elementos da legislação do Reino Unido sobre as SEC, que permitiria à sociedade residente demonstrar, essencialmente, que a constituição da SEC não era motivada unicamente, ou principalmente, pelo objectivo de fugir ao imposto devido, normalmente, no Reino Unido (teste «da intenção»), se prestava a uma interpretação que pudesse limitar a aplicação da tributação prevista por esta legislação aos expedientes puramente artificiais permitindo, assim, considerar a legislação sobre as SEC como compatível com a liberdade de estabelecimento [64].

175. Resulta desta última clarificação que o Tribunal de Justiça parece não estar disposto a admitir uma legislação de um Estado-Membro que exclui de uma vantagem fiscal qualquer expediente pretensamente artificial, de forma categórica e generalizada, sem permitir que os órgãos jurisdicionais nacionais levem a cabo um exame casuístico, tendo em conta as particularidades de cada situação, com base, nomeadamente, nos elementos fornecidos pelo contribuinte em causa [65].

176. No presente processo, na minha opinião, nenhuma razão obsta a que o Tribunal de Justiça reitere as apreciações que fez no acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, a propósito da análise da proporcionalidade da medida fiscal britânica, entendendo-se que, no caso em apreço, ninguém duvida — nenhuma das partes que apresentaram observações perante o Tribunal de Justiça defendeu, até agora, o contrário — que a substituição do método da exoneração pelo método do crédito de imposto, previsto no § 20, n.os 2 e 3, da AStG, permite atingir o objectivo prosseguido pela República Federal da Alemanha.

177. Tratando-se, por isso, da proporcionalidade da medida em causa, que cabe, principalmente, ao órgão jurisdicional de reenvio analisar, julgo ser útil formular as seguintes observações.

178. Salienta-se que, apesar da natureza da medida nacional em causa, ou seja, a substituição de um método de prevenção

63 — Acórdão já referido (n.os 65 e 66).

64 — *Ibidem* (n.os 62, 72 e 73).

65 — V., nesse sentido, o acórdão X e Y, já referido, n.°43.

da dupla tributação por um outro mais desfavorável, ser menos atentatória da liberdade de estabelecimento que a sujeição a um imposto adicional, a AStG parece não permitir de forma alguma, desde que estejam reunidas todas as condições gerais de aplicação para as quais remete o § 20, n.º 2 e 3, da AStG, que se proceda a uma análise casuística para verificar se, em cada situação, esta disposição poderia ser afastada pelo facto de existir uma implantação efectiva do estabelecimento estável em causa no Estado-Membro de acolhimento. A este respeito, o § 20, n.os 2 e 3, da AStG parece assentar numa presunção inelidível segundo a qual estamos perante um expediente puramente artificial desde que se verifiquem as condições mencionadas nesta disposição. Ora, tal abordagem parece-me desproporcionada em relação ao fim prosseguido, tendo em conta as considerações desenvolvidas anteriormente nos n.os 174 e 175 das presentes conclusões.

179. Se, contudo, o órgão jurisdicional de reenvio dispuser de margem suficiente para apreciar a existência de um expediente puramente artificial no processo principal, com base, nomeadamente, noutras disposições do direito fiscal alemão, cabe-lhe, então, verificar se existe uma implementação efectiva da Columbus na Bélgica que tenha como finalidade a realização de actividades económicas efectivas nesse Estado-Membro, podendo assentar em elementos objectivos e verificáveis, relativos, designadamente, ao grau de existência física da Columbus em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos. Só na hipótese em que assim não seja é que a medida nacional em causa, tal como foi aplicada ao caso em apreço, será justificada pelo objectivo de lutar contra os expedientes puramente artificiais.

180. Na óptica da análise (eventual) destes elementos pelo órgão jurisdicional de reenvio, julgo que este deverá verificar, especialmente, se a Columbus continuava, no exercício fiscal controvertido, a reunir todas as condições aplicáveis aos centros de coordenação por força do arrêté royal n.º 187, de 30 Dezembro de 1982, *supra* referido, nomeadamente em termos de exigências a nível de emprego na Bélgica [66].

181. Por outro lado, contrariamente ao que insinua o Governo alemão, não creio que o facto de um estabelecimento, como a Columbus, se dedicar à detenção e à gestão de capitais e efectuar, se for o caso, investimentos financeiros noutros Estados-Membros, possa ser determinante quanto à conclusão sobre a existência de um expediente puramente artificial no sentido em que esse estabelecimento não desenvolveria as suas actividades económicas efectivas no Estado-Membro de acolhimento.

182. Com efeito, não só as actividades financeiras não estão excluídas, *a priori*, do benefício das liberdades de circulação, como

66 — Os centros de coordenação devem empregar, na Reino da Bélgica, o equivalente a, no mínimo, dez pessoas a tempo inteiro durante um período de actividade de dois anos.

também não deve excluir-se totalmente que as aplicações de capitais de um estabelecimento como a Columbus em benefício dos seus sócios sejam realizadas no Estado-Membro de acolhimento ou, pelo menos, através de intermediários financeiros sediados na Reino da Bélgica.

183. Considero que tais circunstâncias, adicionadas à realidade de uma implantação física no Estado-Membro de acolhimento, seriam suficientes para afastar a existência de um expediente puramente artificial.

184. Em todo o caso, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio proceder ao conjunto das verificações necessárias para concluir se a Columbus goza de uma implementação efectiva, no sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que permita, desde logo, ao órgão jurisdicional nacional considerar que, no processo principal, a aplicação do § 20, n.os 2 e 3, da AStG, não poderia justificar-se com o objectivo de lutar contra os expedientes puramente artificiais.

3. Quanto à preservação da coerência do regime fiscal

185. A República Federal da Alemanha defende também o § 20, n.os 2 e 3, da AStG, com fundamento na preservação da coerência do seu regime fiscal. Na sua opinião, esta disposição garante a tributação do rendimento global (e do património) dos contribuintes alemães no que respeita aos investimentos de capitais ou a neutralidade da exportação de capitais, que corresponde à opção de princípio do legislador alemão no uso da sua soberania fiscal.

186. Na sequência dos acórdãos Bachmann [67] e Comissão/Reino da Bélgica [68], o Tribunal de Justiça admitiu que, em princípio, a preservação da coerência do regime fiscal é um objectivo que os Estados-Membros podem invocar para justificar as restrições às liberdades de circulação do Tratado.

187. Se é certo que, na sequência destes acórdãos, a justificação extraída da necessidade de garantir a coerência do regime fiscal constitui uma das exigências imperiosas de interesse geral mais frequentemente invocadas pelos Estados-Membros em matéria de fiscalidade directa, sabe-se que tem sido sempre afastada pelo Tribunal de Justiça com fundamento em que, contrariamente à situação que esteve na origem dos dois acórdãos referidos, as regras fiscais em causa não permitiam constatar uma ligação directa entre o reconhecimento de uma vantagem fiscal e a compensação dessa vantagem

67 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1992 (C-204/90, Colect p. I-249, n.os 21 a 23).

68 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1992 (C-300/90, Colect., p. I-305, n.os 14 a 16).

através de determinada imposição fiscal [69] que exige, em princípio, que a dedução e o pagamento se refiram a um mesmo imposto e a um mesmo contribuinte [70].

188. Aplicada de forma estrita, esta jurisprudência levaria a rejeitar a justificação da coerência do regime fiscal no caso em apreço, na medida em que a vantagem fiscal em causa concedida à Columbus e a aplicação do método do crédito de imposto são efectuados no quadro de tributações diferentes e de regimes fiscais diferentes.

189. No acórdão Manninen, já referido, o Tribunal de Justiça parece, contudo, ter atenuado a rigidez da interpretação da noção de coerência do regime fiscal que assentava nos critérios da identidade de tributação e de contribuinte, que prevaleceu até àquele momento na sua jurisprudência, admitindo, na linha do que propôs a advogada-geral J. Kokott nas suas conclusões nesse processo, que um Estado-Membro possa invocar a exigência da preservação da coerência do regime fiscal, mesmo quando não se verifiquem, no caso concreto, os dois critérios referidos [71].

190. A noção de coerência do regime fiscal foi descrita como sendo «um pouco difusa» [72], ou mesmo «misteriosa» [73]. Os Estados-Membros invocaram-na frequentemente de forma indistinta com outros tipos de justificação, muitas vezes reconhecidas como exigências imperativas no sentido acolhido na jurisprudência, como a eficácia dos controlos fiscais, a luta contra a evasão ou a fraude fiscal, e mesmo a perda de receitas fiscais, a qual não se inclui, contudo, nas referidas exigências [74]. No caso em apreço, a República Federal da Alemanha parece também associar esta noção ao princípio da territorialidade, consagrado no direito fiscal internacional, princípio que também foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça como podendo justificar uma restrição a uma das liberdades de circulação [75].

191. Como afirmou o advogado-geral M. Poiares Maduro nas suas conclusões no processo Marks & Spencer [76], a noção de

69 — Acórdãos ICI, já referido (n.º 29); Baars, já referido (n.º 40); de 18 de Setembro de 2003, Bosal (C-168/01, Colect., p. I-9409, n.º 31); De Groot, já referido (n.º 109); de 15 de Julho de 2004, Weidert e Paulus (C-242/03, Colect., p. I-7379, n.º 22); de 10 de Março de 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Colect., p. I-2057, n.º 21); de 26 de Outubro de 2006, Comissão/Portugal (C-345/05, ainda não publicado na Colectânea, n.º 29).

70 — V., nomeadamente, os acórdãos Baars, já referido (n.º 40); de 6 de Junho de 2000, Verkooijen (C-35/98, Colect., p. I-4071, n.ºs 57 e 58); Bosal, já referido (n.ºs 29 e 30); de 15 de Julho de 2004, Lenz (C-315/02, Colect., p. I-7063, n.º 36); Manninen, já referido (n.º 42); e, de 14 de Setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, ainda não publicado na Colectânea, n.º 54).

71 — N.ºs 45 e 46 do acórdão, bem como nomeadamente n.ºs 54 a 57 das conclusões.

72 — N.º 51 das conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Manninen, já referidas.

73 — Vanistendael F., *«Cohesion: The Phoenix rises from his ashes»*, EC Tax Review, 2005, p. 211.

74 — V., a este respeito, nomeadamente, os acórdãos Verkooijen, já referido, n.º 59; X e Y, já referido, n.º 50; Lenz, já referido, n.º 40; e Marks & Spencer, já referido, n.º 44.

75 — V., acórdãos, de 15 de Maio de 1997, Futura Participations e Singer (C-250/92, Colect., p. I-2471, n.º 22); Bosal, já referido, n.º 37; Manninen, já referido, n.º 38; e Marks & Spencer, já referido, n.º 39.

76 — N.ºs 66 e 67.

coerência do regime fiscal tem por função proteger a integridade dos sistemas fiscais nacionais, desde que não sirva de obstáculo à integração desses sistemas no quadro do mercado interno. Nesse sentido, visa garantir um «equilíbrio delicado» que se traduz numa regra de «dupla neutralidade»: por um lado, a neutralidade fiscal exigida aos Estados-Membros pelo artigo 52.º do Tratado CE e, por outro, aquela que o exercício da liberdade de estabelecimento deve assegurar aos dispositivos fiscais adoptados pelos Estados-Membros, de forma que os nacionais comunitários não utilizem as disposições do direito comunitário para obter vantagens que não estejam ligadas a esse exercício.

192. Sob este ângulo, poder-se-ia, então, pensar que a noção de coerência do regime fiscal se confunde com o abuso de direito ou com a necessidade de lutar contra os expedientes puramente artificiais. Se assim fosse, seria suficiente, no caso que nos ocupa, remeter para os desenvolvimentos dedicados a este fundamentos de justificação nas presentes conclusões.

193. Perante a rejeição, quase sistemática, do argumento da salvaguarda da coerência do regime fiscal, mesmo na sua acepção mais suave resultante do acórdão Manninen, já referido, e as dificuldades de delimitar com precisão esta noção em relação aos outros fundamentos de justificação adiantados pelos Estados-Membros [77], poderíamos questionar a sua verdadeira utilidade.

194. Esta interrogação explica-se, sem dúvida, pelas situações em que o Tribunal de Justiça teve de apreciar aquela justificação. Com efeito, nos processos em que o argumento da necessidade de coerência do regime fiscal foi abordado mais seriamente, tratava-se de normas nacionais que, de uma forma ou de outra, estabeleciam uma diferença de tratamento entre uma situação interna e uma situação transfronteiriça, na qual os contribuintes em causa tinham utilizado uma das liberdades de circulação. Em suma, estas normas recusavam a extensão a uma operação efectuada na Comunidade do benefício do tratamento fiscal, sob a forma de uma vantagem fiscal, reservado às operações do mesmo tipo levadas a cabo no território nacional [78]. Assim, no acórdão Manninen já referido, a lei finlandesa subordinava a atribuição de um crédito fiscal a accionistas que tivessem a sua residência na Finlândia e estivessem sujeitos a tributação global nesse Estado-Membro à condição de esses dividendos serem distribuídos por sociedades sediadas na Finlândia, as quais estavam sujeitas ao imposto sobre as socie-

77 — Lembremos ainda que, no acórdão Marks & Spencer, já referido, o Tribunal de Justiça, ao analisar a eventual justificação da legislação britânica que limitava o benefício da dedução de grupo aos prejuízos incorridos pelas sociedades residentes, não se referiu à preservação da coerência do regime fiscal nacional, mas sim a um conjunto de três fundamentos cumulativos: a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, o risco da dupla utilização dos prejuízos e o risco de evasão fiscal.

78 — V., nomeadamente, os factos que estão na origem dos acórdãos, já referidos, Verkooijen, Bosal, Lenz e Mannien, bem como o acórdão, de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727).

dades nesse mesmo Estado. O Tribunal de Justiça ao examinar a proporcionalidade da medida fiscal em causa, que visava evitar a dupla tributação dos lucros das sociedades que eram distribuídos aos accionistas, entendeu que a extensão do crédito fiscal aos accionistas finlandeses de uma sociedade sediada na Suécia, calculado em função do imposto devido por esta última naquele Estado-Membro, não colocava em causa a coerência do regime fiscal finlandês, sendo menos restritivo para a livre circulação de capitais [79].

195. Tal como já conclui anteriormente, a medida fiscal em causa no presente processo não introduz uma diferença entre o tratamento fiscal dos sócios da Columbus, sujeitos a tributação global na República Federal da Alemanha, e o dos sócios de um estabelecimento estável domiciliados na República Federal da Alemanha. Pelo contrário, trata diferentemente a situações transfronteiriças consoante o Estado-Membro no qual o estabelecimento estável dos sócios alemães está sediado aplique um nível de tributação inferior ou superior à taxa referida na AStG. Esta medida consiste em recusar o benefício da exoneração do imposto sobre o rendimento e sobre o património na República Federal da Alemanha, com o objectivo de evitar a dupla tributação, aos rendimentos que tenham a natureza de aplicações de capitais num estabelecimento estável sediado num Estado-Membro onde a tributação seja inferior à taxa prevista pela AStG, aplicando-lhes, sempre com o objectivo de prevenir a dupla tributação, o método do crédito de imposto pago no estrangeiro.

196. Mesmo que se admita que, de uma maneira geral, possa existir numa situação de substituição unilateral de um método tendente a evitar a dupla tributação por outro, um objectivo de preservar a coerência do regime fiscal, interrogo-me, porém, no caso em apreço, como, de resto, os desenvolvimentos precedentes já deixam adivinhar, sobre a questão de saber se esta justificação constitui o verdadeiro objectivo prosseguido pelas autoridades alemãs ao adoptarem a medida fiscal em causa. De facto, como já vimos, esta medida parece essencialmente motivada pela preocupação de combater a evasão fiscal, sob a forma de luta contra os expedientes puramente artificiais, ou mesmo preservar o princípio da territorialidade.

197. Se se trata de defender este princípio, como reivindica a República Federal da Alemanha, parece-me, em especial, incoerente e pouco compatível com o referido princípio cobrar o imposto sobre o património sobre os activos patrimoniais oriundos de um estabelecimento estável situado num outro Estado-Membro que não cobra tal imposto e no qual o imposto sobre o rendimento é inferior à taxa aplicada na Alemanha, e abdicar de aplicar esse mesmo imposto sobre o património quando os activos patrimoniais são oriundos de um estabelecimento sediado num Estado-Membro no qual a tributação é mais elevada que na República Federal da Alemanha, quando esse outro Estado-Membro também não cobra imposto sobre o património.

79 — Acórdão Manninen, já referido, n.º 46.

198. Nessas condições, penso que a medida fiscal em causa não pode ser justificada pela preocupação de preservar a coerência do regime fiscal alemão, tal como este fundamento de justificação é proposto e interpretado pela República Federal da Alemanha.

199. Concluindo a minha análise, considero que o artigo 52.º do Tratado CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação fiscal de um Estado-Membro que preveja, com o objectivo de prevenir a dupla tributação, a substituição do método da exoneração pelo do crédito de imposto na tributação dos rendimentos e do património dos residentes desse Estado oriundos de aplicações de capitais num estabelecimento estável constituído por esses residentes e situado noutro Estado-Membro onde o nível de tributação seja mais baixo do que o previsto na legislação fiscal do primeiro Estado-Membro, a menos que essa legislação seja justificada pela necessidade de lutar contra expedientes puramente artificiais destinados a contornar a legislação nacional. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a aplicação da legislação fiscal nacional em causa no processo principal pode ser justificada com base neste fundamento.

200. Acrescento que se imporia uma conclusão idêntica se a análise do presente processo tivesse sido levada a cabo à luz do artigo 73.º-B do Tratado CE.

VI — Conclusão

201. Considerando o conjunto das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça dê à questão colocada pelo Finanzgericht Münster a seguinte resposta:

«Os 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) devem ser interpretados no sentido de que se

opõem a uma legislação fiscal de um Estado-Membro que preveja, com o intuito de prevenir a dupla tributação, a substituição do método da exoneração pelo método do crédito de imposto para a tributação dos rendimentos e do património de residentes nesse Estado oriundos de aplicações de capitais num estabelecimento estável constituído por esses residentes e sediado noutro Estado-Membro onde o nível de tributação seja mais baixo que o previsto na legislação nacional do primeiro Estado-Membro, a menos que essa legislação seja justificada pela necessidade de lutar contra os expedientes puramente artificiais destinados a contornar a legislação nacional. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a aplicação da legislação fiscal nacional em causa no processo principal pode ser justificada com base neste fundamento.»