CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 3 de Julho de 2008 [1]

1. No caso vertente, o Tribunal de Justiça é convidado pela cour d'appel de Liège (Tribunal de Segunda Instância de Liège) (Bélgica) a pronunciar-se, essencialmente, sobre a questão de saber se uma sociedade, titular de um direito de usufruto sobre acções de outra sociedade, pode ou deve ser considerada como uma sociedade-mãe, na acepção da 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 [2] (a seguir «directiva sociedades-mãe/sociedades afiliadas» ou «directiva»).

Directiva sociedades-mãe/sociedades afiliadas

2. A directiva sociedades-mãe/sociedades afiliadas visa eliminar a desvantagem fiscal suportada pelas sociedades de diferentes Estados-Membros, em comparação com as sociedades do mesmo Estado-Membro, quando pretendem cooperar constituindo grupos de sociedades-mãe e afiliadas [3]. Fá-lo de duas maneiras.

3. Em primeiro lugar, o artigo 4.º, n.º 1, dispõe, no que é relevante para o caso vertente, o seguinte:

«Quando uma sociedade-mãe recebe, na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada, lucros distribuídos, o Estado da sociedade-mãe deve:

— ou abster-se de tributar esses lucros,

— ou tributá-los, autorizando simultaneamente esta sociedade a deduzir do montante do seu imposto a fracção do imposto da sociedade afiliada correspondente a estes lucros […]»

4. Em segundo lugar, o artigo 5.º, n.º 1, exige que os Estados-Membros isentem de retenção na fonte os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe.

1 — Língua original: inglês.
2 — (JO L 225, p. 6). A directiva foi alterada posteriormente, mas o processo principal só diz respeito à versão original.
3 — V. terceiro considerando. O preâmbulo é desenvolvido, de forma mais detalhada, nos n.os 44 e 45 das presentes conclusões.

5. O artigo 3.º define o conceito de «sociedade-mãe». Este preceito tem a seguinte redacção:

«1. Para efeitos de aplicação da presente directiva,

a) É reconhecida a qualidade de sociedade-mãe, pelo menos, a qualquer sociedade de um Estado-Membro que satisfaça as condições enunciadas no artigo 2.º [4] e que detenha no capital de uma sociedade de outro Estado-Membro, que preencha as mesmas condições, uma participação mínima de 25%;

b) Deve entender-se por «sociedade afiliada» a sociedade em cujo capital é detida a participação referida na alínea a).

2. Em derrogação do disposto no n.º 1, os Estados-Membros têm a faculdade:

— de, por via de acordo bilateral, substituir o critério de participação no capital pelo de detenção de direitos de voto,

— de não aplicar a presente directiva às suas sociedades que não conservem, por um período ininterrupto de pelo menos dois anos, uma participação que dê direito à qualidade de sociedade-mãe, ou às sociedades em que uma sociedade de outro Estado-Membro não conserve essa participação durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos.»

6. Uma vez que o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), define o conceito de «sociedade-mãe» por referência, pelo menos, a sociedades, na acepção do artigo 2.º, que detenham uma participação mínima de 25%, é evidente que os Estados-Membros têm a faculdade de estabelecer uma definição mais alargada, de modo a incluir, por exemplo, as sociedades que detenham uma participação mínima de percentagem inferior. Além disso, a participação mínima prevista no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), foi reduzida para 20%, com efeitos a partir de 2 de Fevereiro de 2004, e para 15%, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2007, sendo que será reduzida para 10% a partir de 1 de Janeiro de 2009 [5].

4 — O artigo 2.º define a expressão «sociedade de um Estado-Membro» como qualquer sociedade a) que revista uma das formas enumeradas no anexo; b) que tenha o seu domicílio fiscal num Estado-Membro; e c) que esteja sujeita a um dos impostos incluídos nas listas.

5 — Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, que altera a Directiva 90/435/CEE (JO 2004, L 7, p. 41).

7. O artigo 1.º, n.º 2, dispõe que a directiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos.

Legislação belga pertinente

Transposição da directiva sociedades-mãe/ /sociedades afiliadas

8. Do despacho de reenvio objecto do presente processo resulta apenas uma informação superficial acerca da legislação nacional em causa. Com base nas poucas informações disponíveis, complementadas pelas explicações mais úteis fornecidas pela Les Vergers du Vieux Tauves SA (a seguir «recorrente») e pelo Governo belga nas suas observações escritas, a situação apresenta-se do seguinte modo.

9. A Bélgica optou pelo método da isenção, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 1, primeiro travessão, da directiva. Em resumo, nos termos da legislação relevante [6], os dividendos recebidos das sociedades afiliadas na acepção da directiva são incluídos, em primeiro lugar, na matéria colectável da sociedade-mãe e, em segundo lugar, 95% [7] do montante desses dividendos são deduzidos à matéria colectável se a sociedade-mãe tiver obtido lucros tributáveis [8].

10. O artigo 202.º do Código do Imposto sobre os Rendimentos (a seguir «artigo 202.º») [9] previa à data dos factos e na parte que releva para efeitos do presente processo:

«1. Dos lucros obtidos no exercício fiscal devem igualmente ser deduzidos, na medida em que estejam incluídos:

1 os dividendos […]

6 — Artigos 202.º, 204.º e 205.º do code des impôts sur les revenus 1992 (Código do Imposto sobre os Rendimentos).

7 — Com efeito, o artigo 4.º, n.º 2, da directiva autoriza os Estados-Membros que optaram pelo método da isenção a limitar a isenção a 95% dos dividendos recebidos.

8 — A questão de saber se esse sistema transpõe correctamente a directiva encontra-se actualmente pendente no Tribunal de Justiça, no processo Cobelfret, C-138/07, no âmbito do qual apresentei as minhas conclusões em 8 de Maio de 2008.

9 — *Moniteur belge*, de 30 de Julho de 1992, na versão aplicável à data dos factos. O artigo 2.º, n.º 2, foi inserido (como artigo 203.º, n.º 2, tornando-se posteriormente o artigo 202.º, n.º 2) pela Lei que prevê disposições fiscais, financeiras e outras (Loi portant dispositions fiscales, financières et diverses), de 28 de Dezembro de 1992 (*Moniteur belge* de 31 de Dezembro de 1992), mencionada pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido de decisão prejudicial (v. n.º 18, *infra*).

[…]

2. Os rendimentos referidos no artigo 1.º, n.º 1, […] só são dedutíveis na medida em que, na data da declaração ou pagamento, a sociedade beneficiária detenha uma participação de pelo menos 5% no capital da sociedade que distribui esses rendimentos […]»

11. O Código de 1992 substituiu o Código de 1964 [10]. O artigo 202.º reproduz, em parte, o artigo 111.º do Código de 1964, na redacção que lhe foi dada pela Lei de 23 de Outubro de 1991 que transpõe a directiva (a seguir «lei de transposição») [11]. As alterações introduzidas no Código de 1964 pela lei de transposição incluíram a supressão do requisito expresso anterior, segundo o qual a sociedade beneficiária deve deter as acções de que resultaram os dividendos na qualidade de plena proprietária, a fim de beneficiar do regime fiscal mais favorável previsto pelo artigo 111.º O artigo 202.º foi alterado, posteriormente, de modo a incluir esse requisito expresso [12], se bem que com efeitos somente para os exercícios fiscais posteriores aos do caso vertente.

12. O Governo belga precisou que a lei de transposição tinha por objectivo incluir uma área não abrangida pela directiva, designadamente, as relações entre sociedades nacionais, a fim de evitar discriminações inversas, no que respeita ao tratamento dos dividendos, contra sociedades belgas com afiliadas belgas em relação a sociedades belgas com afiliadas noutros Estados-Membros.

O usufruto no direito belga

13. A Bélgica precisa que, no direito belga, usufruto significa «le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance' (direito de gozar uma coisa que é propriedade de outrem, como o próprio proprietário, na condição, todavia, de não alterar a sua substância). Assim, o usufrutuário possui apenas o *usus* e o *fructus*, não tendo o poder de disposição (*abusus*), que continua a pertencer ao titular da nua propriedade [13].

14. Mais concretamente, o direito de usufruto sobre uma acção confere somente um direito ao gozo, designadamente, um direito aos lucros resultantes da acção, mas não ao capital que ela representa. Assim, o accionista usufrutuário não tem direito aos lucros realizados, com excepção do direito a receber os dividendos distribuídos. Do

10 — *Moniteur belge* de 10 de Abril de 1964.

11 — Loi du 23 octobre 1991 transposant en droit belge la Directive du Conseil des Communautés européennes du 23/07/1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales (*Moniteur belge* de 15 de Novembro de 1991).

12 — Lei de 24 de Dezembro de 2002 (*Moniteur belge* de 31 de Dezembro de 2002).

13 — Para ser breve, referir-me-ei ao titular de um direito de usufruto sobre acções, como «usufrutuário» ou «accionista usufrutuário», e ao detentor do título legal dessas acções, como «titular da nua propriedade» ou «accionista legal».

mesmo modo, não tem direitos sobre as reservas. Embora o accionista legal não receba essas reservas, estas aumentam o seu capital, e se a sociedade for dissolvida, ainda solvente, este receberá, com efeito, uma parte das reservas acumuladas. Em princípio e sem prejuízo dos estatutos da sociedade, o titular da nua propriedade pode exercer, em exclusivo, os direitos de voto inerentes às acções. Por último, o usufrutuário não tem poder de disposição nenhum, o qual continua a pertencer ao titular da nua propriedade.

Matéria de facto e questão prejudicial

15. O despacho de reenvio é, igualmente, extremamente lacónico no que diz respeito ao contexto factual. No entanto, os factos seguintes resultam das observações escritas apresentadas pela recorrente e pelo Governo belga. Estes factos são pacíficos entre as partes.

16. Em Junho de 1999, a recorrente, uma sociedade belga, adquiriu direitos de usufruto sobre as acções da sociedade Narda SA (a seguir «Narda»), por um período de dez anos, tendo uma outra sociedade, a Bepa SA (a seguir «Bepa), adquirido a nua propriedade das acções. Após este período de dez anos, a Bepa tornar-se-á plena proprietária dessas acções. Não havia relações a nível das participações sociais entre os vendedores das acções, por um lado, e a recorrente e a Bepa, por outro. A recorrente pretendia adquirir as acções da Narda, a curto prazo, a fim de optimizar os seus recursos financeiros e aumentar a sua gama de produtos. A Bepa pretendia adquirir as acções, a médio ou a longo prazo, por razões estratégicas, económicas e financeiras de mais longo prazo, aumentado o número das suas afiliadas.

17. A Narda é uma sociedade belga. Os seus estatutos prevêem que, nos casos em que o usufruto e a nua propriedade de uma acção estejam separados, o titular da nua propriedade apenas pode votar no que se refere ao aumento de capital e à prorrogação ou à dissolução da sociedade, podendo o usufrutuário, nos outros casos, exercer todos os direitos de voto.

18. Em 2000, 2001 e 2002, a recorrente pretendeu deduzir à sua matéria colectável os dividendos recebidos da Narda. As autoridades fiscais belgas propuseram a rectificação das declarações de imposto relativas as referidos anos apresentadas pela recorrente e a tributação dos dividendos, com base no facto de o direito de usufruto detido pela recorrente não constituir «uma participação no capital» da Narda. A recorrente reclamou dessas decisões. Por decisão de 22 de Janeiro de 2004, as autoridades fiscais belgas indeferiram essas reclamações. A recorrente interpôs recurso dessa decisão para o tribunal de première instance de Namur (Tribunal de

Primeira Instância de Namur), que lhe deu provimento. Em sede de recurso, a cour d'appel de Liège submeteu à apreciação do Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A Lei de 28 de Dezembro de 1992, que altera os termos do artigo 202.º do Código do Imposto sobre os Rendimentos de 1992 por referência às disposições da Directiva 90/435/CE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, que exige que o beneficiário dos dividendos detenha uma participação no capital da sociedade que os distribuiu, na medida em que não reproduz *expressis verbis* a necessidade de uma titularidade do direito de propriedade plena e autoriza de forma implícita, na interpretação que lhe é dada pela recorrida, a mera titularidade de um direito de usufruto dos títulos representativos do capital para beneficiar de um regime de isenção de imposto sobre os dividendos, é compatível com as imposições da directiva referida relativa à participação no capital e, em particular, com os seus artigos 3.º, 4.º e 5.º?»

19. A recorrente, os Governos belga, francês, alemão, grego, italiano, neerlandês, espanhol e do Reino Unido assim como a Comissão apresentaram observações escritas e, com excepção dos Governos francês, alemão e neerlandês, estiveram igualmente representados na audiência.

Admissibilidade

20. Todos os governos que apresentaram observações suscitaram a questão da admissibilidade, embora os seus pontos de vista estejam divididos. Tanto a recorrente como a Comissão consideram que o pedido de decisão prejudicial é admissível. No que diz respeito à admissibilidade, as observações centram-se, no essencial, em duas questões, designadamente, a insuficiência das informações contidas na decisão de reenvio e a aparente inexistência de qualquer elemento comunitário.

21. Pode ser útil recordar brevemente a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça relativa à admissibilidade dos pedidos de decisão prejudicial submetidos pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

22. O Tribunal de Justiça declarou que o artigo 234.º CE constitui um instrumento de cooperação judicial, graças ao qual o Tribunal de Justiça fornece aos juízes nacionais os elementos de interpretação do direito comunitário que lhes possam ser úteis para apreciar os efeitos de uma disposição nacional em causa no litígio que lhes foi submetido [14]. No âmbito deste instrumento de cooperação, compete apenas ao juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especifici-

14 — V. acórdãos de 15 de Maio de 2003, Salzmann (C-300/01, Colect., p. I-4899, n.º 28), e de 11 de Dezembro de 2007, ETI (C-280/06, Colect., p. I-10893, n.º 19).

dades do processo que lhe foi submetido, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça [15].

23. Consequentemente, desde que o pedido de decisão prejudicial seja relativo à interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se [16]. As questões relativas à interpretação do direito comunitário gozam de uma presunção de pertinência, e o Tribunal de Justiça só se pode recusar a responder a uma questão submetida à sua apreciação por um órgão jurisdicional nacional, quando for manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem relação nenhuma com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas [17].

24. Além disso, quando a legislação nacional aplica a situações puramente internas as soluções adoptadas pelo direito comunitário, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retomados do direito comunitário sejam interpretados de modo uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devam aplicar [18].

Informação insuficiente

25. A Alemanha, a Itália, a Espanha e o Reino Unido alegam que o despacho de reenvio não contém informação suficiente no que se refere à interpretação da legislação nacional.

26. É certo que o despacho de reenvio é extremamente sucinto e que o Tribunal de Justiça declarou que a necessidade de se chegar a uma interpretação de direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional

15 — V. acórdão de 7 de Janeiro de 2003, BIAO (C-306/99, Colect., p. I-1, n.º 88).

16 — V. acórdãos Salzmann, já referido na nota 14, n.º 29; e ETI, já referido na nota 14, n.º 20.

17 — V. acórdão de 8 de Novembro de 2007, Amurta (C-379/05, Colect., p. I-9569, n.º 64).

18 — V. acórdãos de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.º 37); de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Colect., p. I-4161, n.º 32); de 11 de Janeiro de 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Colect., p. I-207, n.º 37); e ETI, já referido na nota 14, n.º 20.

nacional exige que este defina o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca [19]. Os reenvios que não respeitem esta exigência podem, efectivamente, ser considerados inadmissíveis.

27. No entanto, o Tribunal de Justiça relativiza o rigor dessa regra em determinadas circunstâncias, defendendo que esta exigência é menos imperativa na hipótese de as questões se referirem a problemas técnicos bem precisos e permitirem ao Tribunal de Justiça dar uma resposta útil, mesmo que o juiz nacional não tenha procedido a uma apresentação exaustiva da situação de direito e de facto [20]. No que se refere às informações prestadas na decisão de reenvio, decorre, como no caso vertente, das observações apresentadas pelos governos dos Estados-Membros e pela Comissão, nos termos do artigo 20.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, que tais informações lhes permitiram tomar utilmente posição sobre as questões submetidas ao Tribunal de Justiça. Além disso, as informações contidas na decisão de reenvio podem ser completadas com essas observações [21].

28. À luz do que precede, considero que o pedido de decisão prejudicial objecto do presente processo, apesar de indesejavelmente reduzido no que respeita às informações de base, não deve ser considerado inadmissível exclusivamente com base neste motivo.

Ausência do elemento comunitário

29. A maioria dos governos que apresentaram observações salienta que o despacho de reenvio não indica que, tendo em conta os factos em apreço no caso vertente, haja qualquer elemento comunitário. Pelo contrário, o órgão jurisdicional de reenvio solicita a interpretação da legislação nacional que, enquanto transpõe a directiva no âmbito das sociedades-mãe e afiliadas estabelecidas em Estados-Membros diferentes, aplica disposições equivalentes às relações sociedade-mãe/afiliada num contexto puramente nacional.

30. É certo que, de facto, o órgão jurisdicional de reenvio não indica se o processo principal envolve uma sociedade afiliada com sede noutro Estado-Membro. A resposta a esta questão afigura-se, aliás, negativa. No entanto, nas suas observações escritas, o Governo belga afirma que o artigo 202.º, n.º 2, visa transpor a directiva, alargando os seus efeitos à esfera nacional e a um âmbito de aplicação mais vasto do que o exigido pela directiva. Parece, portanto, como alegam a recorrente, a França, a Alemanha, a Grécia, os Países Baixos

19 — V. acórdãos de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90, C-321/90 e C-322/90, Colect., p. I-393, n.º 5).

20 — V. acórdão de 3 de Março de 1994, Vaneetveld (C-316/93, Colect., p. I-763, n.º 13).

21 — V. acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, Arduino (C-35/99, Colect., p. I-1529, n.ºs 28 e 29).

e a Comissão, que a situação é análoga à que estava em causa nos processos que se podem designar por jurisprudência Leur-Bloem [22], em que o órgão jurisdicional de reenvio solicita uma interpretação da legislação nacional que, para além de transpor a directiva, se aplica às situações internas análogas às situações comunitárias abrangidas pelo âmbito de aplicação da directiva em causa.

31. Como salientam as partes referidas e como resulta da jurisprudência acima resumida, o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente que tem competência para interpretar as disposições do direito comunitário nos casos em que os factos no processo principal se referem a um conflito interno e a legislação nacional aplica às situações internas as soluções adoptadas em direito comunitário.

32. No caso vertente, parece haver uma única disposição nacional relativa às isenções fiscais de que beneficiam as sociedades-mãe e as sociedades afiliadas, independentemente de estarem estabelecidas na Bélgica ou em Estados-Membros diferentes. Além disso, resulta das observações do Governo belga que o artigo 202.º, n.º 2, passou a ser aplicável na esfera interna, a fim de evitar discriminações inversas contra as sociedades belgas, em função do local de estabelecimento das suas afiliadas. Esta aproximação voluntária da legislação nacional às exigências da directiva, juntamente com o pedido de orientação na interpretação apresentado pelo órgão jurisdicional nacional, parece-me suficiente para incluir o pedido de decisão prejudicial no campo da admissibilidade.

33. A Bélgica, a Alemanha e o Reino Unido alegam igualmente que a interpretação da directiva não é pertinente, uma vez que o artigo 202.º, n.º 2, tem um alcance mais amplo: aplica-se a outros rendimentos para além dos dividendos e contém um limiar significativamente mais baixo para a participação no capital, em comparação com a directiva.

34. Em minha opinião, todavia, o facto de a legislação nacional não transpor a directiva em termos idênticos não significa necessariamente que o pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional para a interpretação da directiva em questão deva ser considerado inadmissível. Para além de ser manifesto que, na generalidade, as directivas vinculam o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, a directiva específica em causa no caso vertente confere aos Estados-Membros uma ampla discricionariedade. Além disso, é forçoso reconhecer

22 — V. nota 18.

que tanto a disposição nacional como a comunitária utilizam a mesma expressão de «participação no capital» [23], com a única diferença de que, na Bélgica, é suficiente uma participação de 5% para conferir à sociedade-mãe uma isenção fiscal. A utilização de expressões idênticas sugere que o legislador nacional pretendia aplicar esse termo da mesma forma.

35. Com base em jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, considerando que há uma única disposição nacional que transpõe a directiva e, simultaneamente, regula as situações internas, existe um interesse comunitário manifesto em que essa disposição seja interpretada do mesmo modo quando aplicada a situações transfronteiriças e nacionais.

36. Por último, o Reino Unido alega que, seja qual for a interpretação da directiva adoptada pelo Tribunal de Justiça, competirá, em última análise, ao órgão jurisdicional nacional decidir a questão interna como considerar mais adequado. Assim, uma decisão do Tribunal de Justiça a respeito da interpretação da directiva não seria directa nem indirectamente aplicável, pelo que seria totalmente abstracta. No mesmo sentido, na audiência relativa à relevância do processo Kleinwort Benson [24], foi amplamente debatida a questão de saber se um dos factores que conduziram o Tribunal de Justiça a declarar inadmissível o pedido de decisão prejudicial nele pendente se referia ao facto de, nos termos da legislação nacional em causa, os órgãos jurisdicionais nacionais não se encontrarem obrigados a decidir os litígios que lhes são submetidos aplicando, de forma absoluta e incondicional, a interpretação do direito comunitário que o Tribunal de Justiça lhes forneceu [25].

37. É inegável que, como a directiva não regula as situações internas, a decisão do Tribunal de Justiça, no caso vertente, poderia ser considerada, em certa medida, um mero parecer — um Estado-Membro poderia alterar a sua legislação ou simplesmente ignorar a decisão. Será esse o caso, sem dúvida, sempre que esteja em causa uma situação do tipo Leur-Bloem [26]. Com efeito, é

23 — Este é igualmente o caso nas versões originais francesa e neerlandesa do artigo 202.º e da directiva. A versão francesa do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da directiva refere-se a «toute société […] qui détient, dans le capital d'une société […], une participation […]', enquanto que o artigo 202.º, n.º 2, exige que «la société […] détienne dans le capital de la société […] une participation […]»; a versão neerlandesa do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da directiva refere-se a «iedere vennootschap […] die een deelneming […] bezit in het kapitaal van een vennootschap», enquanto que o artigo 202.º, n.º 2, exige que «de vennootschap […] in het kapitaal van de vennootschap […] een deelneming bezit».

24 — V. acórdão de 28 de Março de 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Colect., p. I-615).

25 — V., especialmente, no que respeita ao processo Kleinwort Benson, acórdãos Leur-Bloem, n.ºs 29 a 31, e Kofisa Italia, n.ºs 29 e 30, ambos já referidos na nota 18; e ETI, já referido na nota 14, n.ºs 16 e 22. O Tribunal de Justiça não seguiu a abordagem adoptada no acórdão Kleinwort Benson em nenhum dos processos referidos.

26 — V. n.º 61 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas no processo BIAO, já referido na nota 15.

essa a essência dessa jurisprudência. No entanto, essa circunstância não impediu o Tribunal de Justiça de declarar esses processos admissíveis, não havendo motivos para distinguir o caso vertente dos processos anteriores.

38. Por conseguinte, concluo que o pedido de decisão prejudicial, no caso vertente, é admissível.

Quanto ao mérito

39. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a legislação nacional que transpõe a directiva que exige que o beneficiário dos dividendos detenha uma participação no capital da sociedade que os distribuiu é compatível com a directiva, na medida em que esta não reproduz *expressis verbis* a necessidade de uma titularidade do direito de propriedade plena e autoriza assim, de forma implícita, a mera titularidade de um direito de usufruto sobre as acções, para se poder beneficiar do regime de isenção de imposto sobre os dividendos.

40. Antes de responder a esta questão, é conveniente — como sugerido, de forma explícita ou implícita, por vários intervenientes que apresentaram observações — reformulá-la.

41. Segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça não tem competência para se pronunciar sobre a compatibilidade de normas do direito interno com as disposições do direito comunitário [27]. Além disso, num pedido de decisão prejudicial, compete ao Tribunal de Justiça dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil que lhe permita decidir o litígio que lhe foi submetido. Para tal, o Tribunal de Justiça terá eventualmente de reformular a questão submetida [28]. No caso vertente, verifica-se que o órgão jurisdicional de reenvio questiona se a directiva exige que os Estados-Membros concedam o tratamento fiscal mais vantajoso aos dividendos recebidos por uma sociedade-mãe de uma afiliada, como é exigido pelo artigo 4.º, n.º 1, quando a propriedade das acções da afiliada tenha sido cindida, pelo que os dividendos são recebidos por uma sociedade em virtude de um direito de usufruto, enquanto a nua propriedade permanece na posse da outra sociedade. Em caso de resposta afirmativa a esta questão, essa circunstância basta para que o órgão jurisdicional nacional possa decidir a favor da recorrente. No entanto, em caso de resposta

27 — V., por exemplo, acórdão de 7 de Julho de 1994, Lamaire (C-130/93, Colect., p. I-3215, n.º 10).

28 — V., por exemplo, acórdão de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 32).

negativa, coloca-se a questão de saber se os Estados-Membros podem, não obstante, aquando da implementação da directiva, alargar o tratamento fiscal mais vantajoso ao titular de um simples direito de usufruto sobre acções.

A directiva deve ser aplicada ao direito de usufruto?

42. No essencial, a recorrente e a Comissão consideram que os dividendos recebidos por um usufrutuário devem ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 4.º, n.º 1 [29], enquanto os Governos belga, francês, grego, italiano, neerlandês, espanhol e do Reino Unido se pronunciaram em sentido oposto. O Governo alemão considera que o artigo 4.º, n.º 1, não é aplicável aos dividendos recebidos por um usufrutuário, salvo se a posição do usufrutuário for, do ponto de vista económico, equivalente à do titular da nua propriedade.

A finalidade da directiva

43. Todos os intervenientes invocam o objectivo prosseguido pela directiva. Considero, igualmente, que esse é o ponto de partida adequado para uma análise.

44. O primeiro considerando dispõe que os agrupamentos de sociedades de Estados-Membros diferentes podem ser necessários para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e para garantir assim o estabelecimento e o bom funcionamento do mercado comum; que essas operações não devem ser dificultadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais decorrentes das disposições fiscais dos Estados-Membros; que importa, por conseguinte, instaurar, para esses agrupamentos, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional.

45. O segundo considerando refere que os agrupamentos em questão podem levar à criação de grupos de sociedades-mães e afiliadas. O terceiro considerando dispõe que as disposições fiscais que regem actualmente as relações entre sociedades-mães e afiliadas de Estados-Membros diferentes variam sensivelmente de uns Estados-Membros para os outros e são, em geral, menos favoráveis que as aplicáveis às relações entre sociedades-

29 — No pressuposto — que igualmente subjaz à discussão que se segue — de que estão presentes os outros elementos pertinentes da definição da relação sociedade-mãe/afiliada em causa.

-mães e afiliadas de um mesmo Estado-Membro; que, por esse facto, a cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes é penalizada em comparação com a cooperação entre sociedades de um mesmo Estado-Membro; [e] que se torna necessário eliminar essa penalização através da instituição de um regime comum e facilitar assim os agrupamentos de sociedades à escala comunitária para garantir o funcionamento do mercado comum. O quarto e quinto considerandos limitam-se a definir os dois principais meios através dos quais esses objectivos devem ser alcançados, antecipando, no essencial, o teor dos artigos 4.º, n.º 1, e 5.º

46. Como seria de esperar, nos seus acórdãos relativos à directiva, o Tribunal de Justiça centrou-se reiteradamente nos objectivos enunciados no preâmbulo da mesma. Declarou que, como resulta, designadamente, do terceiro considerando, a directiva tem por objectivo eliminar, através da instituição de um regime fiscal comum, qualquer penalização da cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes, por comparação com a cooperação entre sociedades de um mesmo Estado-Membro e, desse modo, facilitar a cooperação transfronteiriça [30] ou o agrupamento de sociedades à escala comunitária [31]. Em termos mais gerais, a necessidade da directiva resulta da dupla tributação a que podem estar sujeitos os grupos de sociedades estabelecidas em vários Estados-Membros [32].

47. Assim, a directiva assenta na premissa de que a dupla tributação dos dividendos no âmbito de um grupo transfronteiriço desencorajará a formação deste grupo de sociedades. A directiva tem por objectivo suprimir esse obstáculo, impondo aos Estados-Membros a obrigação de não tributar esses dividendos no âmbito da sociedade-mãe. Nos termos da redacção contundente do preâmbulo da Directiva de alteração 2003/123, o objectivo da directiva sociedades-mãe/sociedades afiliadas consiste em «isentar de impostos com retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respectivas sociedades-mãe, bem como suprimir a dupla tributação deste rendimento ao nível da sociedade-mãe» [33]. Além disso, o Tribunal de Justiça descreveu, recentemente, a directiva como uma «medida de unificação ou de harmonização no sentido de eliminar as situações de dupla tributação» [34].

48. Nestas condições, estou de acordo com a recorrente e a Comissão que seria contrário ao objectivo prosseguido pela directiva sujeitar a dupla tributação os dividendos recebidos pelo usufrutuário, em circunstâncias em que o artigo 4.º, n.º 1, imporia uma isenção quando não tivesse sido criado nenhum direito de usufruto. Como a Comissão observa, o problema da dupla tributação não desaparece

30 — V. acórdão de 17 de Outubro de 1996, Denkavit e o. (C-283/94, C-291/94 e C-292/94, Colect., p. I-5063, n.º 22).

31 — V. acórdão de 4 de Outubro de 2001, Athinaïki Zithopoiia (C-294/99, Colect., p. I-6797, n.º 25).

32 — *Ibidem*, n.º 5.

33 — V. segundo considerando.

34 — V. acórdão de 20 de Maio de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, Colect., p. I-3747, n.º 32).

quando a propriedade das acções esteja cindida. Na ausência de isenção, os dividendos a pagar resultantes dessas acções são susceptíveis de ser tributados no Estado de residência do titular e estão igualmente sujeitos a retenção na fonte no Estado da afiliada. Como o preâmbulo da directiva dispõe, esta circunstância penaliza a cooperação entre as sociedades de Estados-Membros diferentes, situação esta que a directiva tem precisamente por objectivo eliminar.

49. Do mesmo modo, os Estados-Membros que apresentaram observações apoiam a sua argumentação, essencialmente, nos objectivos prosseguidos pela directiva. Embora concordem que o seu objectivo consiste em facilitar o agrupamento de sociedades, os Estados-Membros sustentam que o sistema da neutralidade fiscal dos dividendos não é concebido como um fim em si mesmo, mas antes como um instrumento para alcançar esse fim. Por conseguinte, a directiva tem por objectivo permitir o agrupamento, em sentido económico, de sociedades estabelecidas em Estados-Membros diferentes, para que estas estejam em posição de operar como se estivessem num mercado único. Esta abordagem implica que as sociedades que fazem parte desse agrupamento estejam ligadas por laços económicos e operacionais, e não laços puramente financeiros. Tal situação só pode ocorrer se a sociedade-mãe detiver uma participação na sociedade afiliada, que lhe confira todos os direitos normalmente resultantes da qualidade de accionista, designadamente, o direito de voto em todas as reuniões, permitindo ao accionista dirigir a actividade económica da afiliada, e o direito aos dividendos para poder beneficiar dos resultados financeiros decorrentes dessa actividade e direcção. Em contrapartida, se essas duas situações estiverem cindidas, não se estará presente um agrupamento de sociedades genuíno, em sentido económico, com a sociedade na qual detêm uma participação. Por conseguinte, o mero titular de um direito de usufruto não pode ser considerado parte de um agrupamento genuíno.

50. Em meu entender, este argumento pressupõe que o tipo de relação entre sociedades que a directiva visa encorajar está limitado a grupos considerados no sentido convencional do direito das sociedades. No entanto, a directiva não define o seu âmbito de aplicação por referência a nenhum dos critérios normalmente utilizados na identificação de um grupo, designadamente, por um lado, a direcção centralizada e única [35] e, por outro lado, a existência da maioria dos direitos de voto e/ou o direito de nomear ou exonerar a maioria dos órgãos e/ou a influência dominante. Pelo contrário, na sua versão original, a directiva exigia uma participação mínima de 25%, e as alterações posteriores reduziram progressivamente esse mínimo, sendo que, a

35 — Este conceito é utilizado na Sétima Directiva no domínio do direito das sociedades [Sétima Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, baseada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado e relativa às contas consolidadas (JO L 193, p. 1; EE 17 F1 p. 119)], que foi importado da legislação alemã relativa às contas de grupos. Um representante do Ministério do Comércio do Reino Unido questionou o House of Lords Select Committee (Comissão Especial da Câmara dos Lordes do Reino Unido) sobre se poderia dar algumas indicações de como funcionava o conceito na Alemanha, ao que este respondeu: «Temos feito esforços consideráveis, enviámos, inclusive, alguns dos nossos colegas para a Alemanha, para debater o funcionamento do sistema com os gabinetes de revisores de contas britânicos que aí operam e com o Instituto de Revisores Oficiais de Contas alemão, mas não posso dizer que conseguimos uma ideia satisfatória da situação ou uma ideia que fosse útil à Comissão Especial. Indicaram-nos que a direcção centralizada e única é como um elefante, no sentido de que é reconhecível quando à vista, mas não é possível descrevê-la. Também não considero esta resposta extraordinariamente útil.» [25.º *Relatório do House of Lords Select Committee* (Sessão 1976-77, HL Paper 118), pp. 11, 12].

partir de 1 de Janeiro de 2009, a participação mínima será de 10% [36]. Esta participação social está longe da normalmente considerada como estando na origem de um grupo do ponto de vista do controlo e da estrutura.

51. Alguns dos Estados-Membros que apresentaram observações referiram que se, como no caso vertente, uma parte tem direito aos dividendos e um direito limitado de voto nas assembleias gerais e a outra parte tem o direito de voto nas matérias mais importantes (aumento de capital, dissolução ou prorrogação), poderão surgir conflitos de interesse entre as duas partes. Em particular, o interesse do usufrutuário consistirá, essencialmente, em receber, a curto prazo, o montante de dividendos mais elevado, enquanto o titular da nua propriedade estará mais interessado em reforçar a sociedade a longo prazo e pode mesmo preferir que, a curto ou a médio prazo, os lucros sejam reinvestidos na sociedade, em vez de serem distribuídos. Por conseguinte, não pode ser objectivo da directiva incluir o accionista usufrutuário no seu âmbito de aplicação.

A sistemática da directiva

52. Embora seja manifestamente correcto que possam surgir conflitos de interesses entre um accionista usufrutuário e o accionista legal, não considero que esta circunstância seja pertinente para a questão pendente no Tribunal de Justiça. Como atrás explicado, a directiva visa eliminar a dupla tributação económica dos dividendos no seio de um grupo de sociedades transfronteiriço. Em meu entender, este objectivo ficará mais bem salvaguardado ao assegurar-se que a isenção a essa dupla tributação exigida pelo artigo 4.º, n.º 1, da directiva abrange os dividendos associados às acções de uma sociedade inserida num grupo deste tipo, detidas por outra sociedade, não obstante o modo como a propriedade dessas acções está repartida. A preocupação — expressa, em particular, pela Itália e pelo Reino Unido — de que este entendimento possa levar a que as isenções fiscais impostas pela directiva sejam aproveitadas para operações fictícias pode ser superada através de medidas nacionais e bilaterais destinadas a evitar fraudes e abusos, que são expressamente autorizadas pelo artigo 1.º, n.º 2, da directiva.

53. O artigo 3.º, n.º 2, primeiro travessão, da directiva prevê uma derrogação que permite aos Estados-Membros substituírem o critério de participação no capital pelo da detenção de direitos de voto. A Bélgica e a Itália invocam esta derrogação em apoio da sua interpretação. No essencial, sustentam que um Estado-Membro que a ela recorre pode

36 — V., *supra*, n.º 6.

excluir o usufrutuário do benefício concedido pela directiva, uma vez que, para deter o pleno direito de voto, é necessária a propriedade plena. Para que os diferentes critérios utilizados pela directiva sejam coerentes, o critério de participação no capital deve igualmente exigir a propriedade plena, de modo a beneficiar das vantagens conferidas pela directiva.

54. Este argumento não me parece convincente. Como acontece normalmente com os argumentos baseados numa derrogação, esta argumentação pode ser ambivalente [37]. Assim, poder-se-ia igualmente considerar que se os Estados-Membros podem substituir o critério de participação no capital pelo de detenção de direitos de voto, isso significa que geralmente *não* é necessário deter direitos de voto para beneficiar do disposto na directiva. Por conseguinte, não considero que a faculdade concedida no artigo 3.º, n.º 2, primeiro travessão, contribua para a resposta à questão colocada no caso vertente.

A letra da directiva

55. Na definição de sociedade-mãe, o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da directiva refere-se a uma sociedade que «detenha uma participação […] no capital» de outra sociedade que, caso estejam presentes todos os outros elementos previstos na definição, será sua afiliada. O artigo 4.º da directiva prevê que a exigência de isentar os dividendos de imposto ou de autorizar a sociedade-mãe a deduzir o imposto pago aplica-se quando uma sociedade-mãe receba lucros distribuídos «na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada». Em apoio da sua posição, a França, a Grécia, a Itália, os Países Baixos, a Espanha e o Reino Unido invocaram o teor de uma ou de ambas as disposições referidas.

56. Reconheço que pode parecer anómalo considerar a titularidade de um simples direito de usufruto como uma «participação […] no capital» de uma sociedade. Convencionalmente, o capital de uma sociedade é constituído pelos accionistas que contribuem com o valor das suas entradas. O usufrutuário não contribuiu para o capital.

57. De forma semelhante, pode parecer forçado considerar que um usufrutuário titular de acções numa sociedade receba

37 — Na audiência, a recorrente invocou, de facto, a mesma derrogação, em apoio da sua posição, referindo que a faculdade de os Estados-Membros substituírem o critério de participação no capital pelo de detenção de direitos de voto demonstra a vontade de o legislador permitir que a pessoa que exerce o controlo efectivo beneficie, mesmo — como no caso da recorrente — que temporariamente, da isenção de imposto prevista pela directiva.

dividendos «na qualidade de sócio» dessa sociedade. O usufrutuário não tem a qualidade de sócio genuíno da sociedade; em vez disso, o seu direito aos dividendos resulta de um vínculo contratual com o accionista legal.

58. No entanto, nenhum dos argumentos acima mencionados me convence de que o meu entendimento da directiva está errado. Segundo jurisprudência assente, a legislação comunitária não deve ser interpretada exclusivamente à luz da sua letra, mas atendendo igualmente à economia geral e aos objectivos do sistema em que se insere [38]. Já acima precisei o que considero ser a economia geral e os objectivos da directiva e por que razão a minha interpretação das suas disposições é conforme com os mesmos. Os conceitos de «participação […] no capital» de uma sociedade e de sociedade-mãe «sócia da sociedade sua afiliada» devem ser interpretados nesse contexto, que, mais uma vez, não é primordialmente o contexto do direito das sociedades.

59. Este meu entendimento é reforçado pelo recente alargamento do âmbito de aplicação pessoal da directiva, efectuado pela Directiva 2003/123 [39]. Já referi que a Directiva 2003/123 torna mais flexível o limiar de participação exigido para que uma sociedade-mãe beneficie do disposto no seu artigo 4.º, n.º 1. Além disso, alarga a lista das sociedades abrangidas pela directiva sociedades-mãe/sociedades afiliadas, de modo a incluir determinadas cooperativas, sociedades mutualistas, sociedades sem capital social, caixas económicas, fundos e associações com actividades comerciais. Subentende-se, portanto, que um accionista de uma dessas sociedades pode ser considerado detentor de uma «participação […] no [seu] capital» e receber dividendos «na qualidade de sócio» destas, não obstante o facto de não deter uma participação no capital da afiliada, no sentido convencional. De igual modo, a Directiva 2003/123 altera o artigo 4.º, n.º 1, da directiva sociedades-mãe/sociedades afiliadas, de forma a ser aplicável sempre que uma sociedade-mãe *ou o seu estabelecimento estável*, em virtude da associação com a sociedade sua afiliada, obtenha lucros distribuídos. Isto sugere, mais uma vez, que o legislador não considera que seja incompatível com o objectivo prosseguido pela directiva exigir que os Estados-Membros concedam o tratamento fiscal mais vantajoso aos lucros recebidos em situações diferentes da relação sociedade-mãe/afiliada convencional.

60. Por último, sublinho que a análise precedente, em meu entender, não exige que o Tribunal de Justiça desenvolva uma noção comunitária autónoma do direito de usufruto. Na determinação do âmbito de aplicação da directiva, o que é importante não são os mecanismos precisos que um determinado ordenamento jurídico permite a um accio-

38 — V. acórdão de 9 de Janeiro de 2003, Davidoff (C-292/00, Colect., p. I-389, n.º 24). O acórdão no processo Davidoff é especialmente claro nesta matéria.

39 — Já referida na nota 5.

nista apresentar para criar diferentes variações na propriedade. A questão decisiva é, antes, como a Comissão sugere, o facto de haver uma participação que satisfaz os vários critérios fixados pela directiva e de ser pago um dividendo em virtude dessa participação.

Pode a directiva ser aplicada ao direito de usufruto?

61. Já expliquei o motivo pelo qual considero que a directiva obriga os Estados-Membros a conceder o tratamento fiscal mais vantajoso aos dividendos recebidos por uma sociedade-mãe de uma afiliada, como é exigido pelo artigo 4.º, n.º 1, quando a propriedade das acções da afiliada tenha sido cindida, pelo que os dividendos são recebidos por uma sociedade em virtude de um direito de usufruto, ao passo que a nua propriedade continua a pertencer a outra sociedade. Assim sendo, não é necessário responder à segunda parte da questão referida na reformulação por mim sugerida [40], designadamente, se os Estados-Membros podem, apesar de tudo, aquando da transposição da directiva, alargar o tratamento fiscal mais vantajoso ao titular de um simples direito de usufruto sobre acções.

62. Se, no entanto, o Tribunal de Justiça tiver uma visão diferente da que acima propus, terá de responder a esta última questão. Se assim for, julgo que a resposta a essa questão deve ser afirmativa. Em minha opinião, esta conclusão decorre, de forma inegável, da sistemática da directiva. Como atrás referi [41], uma vez que o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), define o conceito de «sociedade-mãe», por referência, pelo menos, a sociedades, na acepção do artigo 2.º, que detenham uma participação mínima de 25%, é evidente que os Estados-Membros têm a faculdade de estabelecer uma definição mais alargada. Não vejo nada que impeça os Estados-Membros de moldarem a definição de modo a incluir um accionista usufrutuário.

63. Se o Tribunal de Justiça adoptar esta perspectiva, competirá, então, ao órgão jurisdicional nacional decidir se a legislação interna de transposição em causa define o conceito como uma matéria de direito interno. Refira-se que o Governo belga nega veementemente esta situação.

40 — V., *supra*, n.º 41.

41 — V. n.º 6.

Conclusão

64. Pelos fundamentos acima expostos, entendo que a questão prejudicial submetida pela cour d'appel de Liège deve ser respondida da seguinte forma:

«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, exige que os Estados-Membros concedam um tratamento fiscal mais vantajoso aos dividendos recebidos por uma sociedade-mãe da afiliada, como é exigido pelo artigo 4.º, n.º 1, quando a propriedade das acções da afiliada tenha sido cindida, pelo que os dividendos são recebidos por uma sociedade em virtude de um direito de usufruto, ao passo que a nua propriedade continua a pertencer a outra sociedade.»