# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
# L. A. GEELHOED
apresentadas em 27 de Abril de 2006 [1]

## I — Introdução

1. Pelo presente pedido de decisão prejudicial, o Conseil d'État (Conselho de Estado) francês pretende saber se o artigo 43.º CE se opõe a que um Estado-Membro mantenha um sistema de tributação de dividendos mediante o qual os dividendos distribuídos a sociedades-mãe nacionais são praticamente isentos de tributação às sociedades-mãe, enquanto sujeita os dividendos distribuídos a sociedades-mãe com sede noutro Estado a uma dupla tributação, o que, na realidade, não é evitado pela aplicação da convenção para evitar a dupla tributação (a seguir «CDT»).

2. Dado que este caso diz respeito ao tratamento por parte de um Estado-Membro dos dividendos a pagar no estrangeiro, volta a suscitar a questão do âmbito de aplicação das obrigações de um Estado fonte ao abrigo do artigo 43.º CE. Pronunciei-me sobre esta questão com algum detalhe nas conclusões que apresentei no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04 [2].

## II — Quadro jurídico

### A — *Lei francesa aplicável no momento relevante*

3. O n.º 2 do artigo 119.º bis do code général des impôts (Código Geral Tributário francês, a seguir «CGI») previa que os rendimentos referidos nos artigos 108.º a 117.º bis do CGI — onde se incluíam rendimentos de acções — davam lugar a uma retenção na fonte à taxa fixada no n.º 1 do artigo 187.º do CGI nos casos de rendimentos de pessoas com domicílio fiscal ou sede fora de França. O n.º 1 do artigo 187.º do CGI fixou a taxa desta

1 — Língua original: inglês.

2 — Conclusões de 23 de Fevereiro de 2006 (C-374/04).

retenção na fonte em 25%. Contudo, determinadas CDT prevêem uma taxa reduzida de retenção na fonte.

4. Os dividendos distribuídos por uma sociedade afiliada francesa a uma sociedade-mãe francesa não estavam sujeitos a qualquer retenção na fonte. Além disso, nos termos do n.º 1 do artigo 145.º do CGI, as sociedades e outras pessoas colectivas sujeitas ao imposto francês sobre as sociedades à taxa normal, por terem a sua sede ou um estabelecimento em França, podiam ser abrangidas pelo regime estabelecido no artigo 216.º do CGI, designado regime fiscal das «sociedades-mãe». Este artigo previa essencialmente, na parte que releva para o presente caso, que os dividendos que conferissem o direito à aplicação do regime das sociedades-mãe e fossem abrangidos pelo artigo 145.º do CGI estavam quase totalmente isentos de tributação à sociedade-mãe: tais dividendos eram deduzidos do lucro tributável global da sociedade-mãe, com excepção de uma percentagem fixa de 5% do rendimento total das participações da sociedade-mãe, incluindo créditos de imposto, que não era dedutível (correspondente a despesas e encargos).

B — *A Convenção para evitar a dupla tributação entre a França e os Países Baixos, de 16 de Março de 1973*

5. O n.º 1 do artigo 10.º da CDT França-Países Baixos prevê que os dividendos pagos por uma sociedade com sede num Estado a um residente noutro Estado estão sujeitos a imposto neste último Estado. Contudo, o n.º 2 do artigo 10.º da CDT determina que tais dividendos podem ser tributados no Estado da sede da sociedade que paga os dividendos até um máximo de 5% do montante bruto dos dividendos, se o beneficiário dos dividendos for uma sociedade anónima (*société par actions*) ou uma sociedade de responsabilidade limitada (*société à responsabilité limitée*) que detenha directamente pelo menos 25% do capital social da sociedade que procede à distribuição.

6. O n.º 1 do artigo 24.º da CDT França-Países Baixos estabelece que, para evitar a dupla tributação, os Países Baixos podem incluir na sua base tributária rendimentos ou património que, em conformidade com as disposições da mesma CDT, sejam tributáveis em França. O n.º 3 do artigo 24.º da CDT determina essencialmente que, no que respeita ao rendimento incluído na base tributária nos Países Baixos por força do artigo 24.º, n.º 1, e tributável nos termos, entre outros, do n.º 2 do artigo 10.º da CDT, os Países Baixos concederão um crédito relativamente ao imposto retido na fonte em França sobre dividendos de proveniência francesa, até ao valor do imposto neerlandês que, caso contrário, seria devido sobre estes dividendos.

## III — Matéria de facto e tramitação processual

7. A Denkavit International BV é uma sociedade neerlandesa que, na data relevante, tinha duas afiliadas francesas, a Agro-Finances SARL, na qual detinha uma participação de 99,9%, e a Denkavit France SARL, na qual detinha 50%. Os restantes 50% do capital da Denkavit France eram detidos pela Agro-Finances, o que significa que a Denkavit International controlava a quase totalidade do capital social da Agro-Finances e da Denkavit France. Nos anos de 1987 a 1989, estas duas sociedades pagaram à Denkavit International dividendos de 14,5 milhões de francos franceses (FRF). Por força das disposições conjugadas do direito tributário francês e da CDT França-Países Baixos, estes dividendos foram sujeitos a uma retenção de 5%.

8. Embora tal não seja expressamente referido no pedido prejudicial, é pacífico que, nos termos do direito dos Países Baixos, os dividendos pagos por uma afiliada francesa a uma sociedade-mãe neerlandesa como a Denkavit International não estariam nos Países Baixos sujeitos a tributação àquela sociedade-mãe.

9. A Denkavit International e a Denkavit France impugnaram a retenção na fonte de 5%, perante a Administração Fiscal francesa, alegando que a mesma violava o artigo 43.º CE e a cláusula de não discriminação constante do artigo 25.º da CDT França-Países Baixos.

10. Uma vez que foi negado provimento à referida impugnação, as sociedades interpuseram recurso para o tribunal administratif d'appel de Nantes (França) que, por sentença de 10 de Abril de 1997, se pronunciou favoravelmente às sociedades, com o fundamento de que a imposição da retenção do imposto violava o artigo 43.º CE e ordenou que lhes fosse restituído esse imposto. O Ministro francês da Economia, das Finanças e da Indústria recorreu para a cour administrative d'appel (tribunal administrativo de segunda instância) de Nantes, que revogou a sentença e confirmou a validade da retenção na fonte imposta. Por seu turno, a Denkavit International e a Denkavit France recorreram desta decisão para o Conseil d'État que, por decisão de 15 de Dezembro de 2004, submeteu as seguintes questões ao Tribunal de Justiça:

«1. Uma medida que sujeita as sociedades-mãe não residentes em França ao pagamento de imposto sobre os dividendos recebidos, dele isentando as sociedades-mãe residentes em França, é contrária à liberdade de estabelecimento?

2. Uma tal medida de retenção na fonte é, por si só, contrária ao princípio da liberdade de estabelecimento ou, nos casos em que uma convenção fiscal entre França e outro Estado-Membro autorize esta retenção na fonte e preveja a possibilidade de a imputar no imposto devido naquele outro Estado-Membro, deve esta convenção ser tomada em

consideração na apreciação da compatibilidade da medida com o princípio da liberdade de estabelecimento?

3. No caso de ser dada resposta afirmativa à segunda parte da alternativa colocada na segunda questão, a existência da referida convenção significa que a medida impugnada deve ser considerada um simples mecanismo de repartição da matéria tributável entre os dois Estados em causa, sem incidência nas empresas, ou a circunstância de uma sociedade-mãe não residente em França poder estar impossibilitada de proceder à imputação prevista na convenção significa que se deve considerar que a medida viola o princípio da liberdade de estabelecimento?»

## IV — Análise

11. A título de nota preliminar, é de sublinhar que os factos em causa no presente processo tiveram lugar entre 1987 e 1989, ou seja, antes da entrada em vigor da Directiva 90/435 (a seguir «directiva mãe-afiliada») [3]. O n.º 1 do artigo 5.º desta directiva, na sua versão original, dispõe que os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe são, pelo menos quando esta detém uma participação mínima de 25% no capital da afiliada, isentos de retenção na fonte [4]. Nos termos do artigo 8.º, os Estados-Membros estavam obrigados a transpor a directiva para o seu direito interno até 1 de Janeiro de 1992, ou seja, após os factos que originaram o presente processo. Em consequência, a directiva mãe-afiliada não é aplicável ao presente caso.

12. Além disso, é de notar que, dado que no período relevante a Denkavit International controlava a quase totalidade do capital social da Agro-Finances e da Denkavit France, o processo deve claramente ter por objecto a apreciação da compatibilidade com o artigo 43.º CE e não com o artigo 56.º CE. Conforme jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, exerce o direito de estabelecimento uma empresa com sede num Estado-Membro que detém, no capital de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro, uma participação que lhe confere uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permite que determine as respectivas actividades [5].

### A — *Quanto à primeira questão*

13. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se uma

3 — Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO L 225, p. 6).

4 — Este artigo foi alterado pela Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, que altera a Directiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO L 7, p. 41).

5 — V. acórdão de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22), e as conclusões que apresentei no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido na nota 2, *supra*, n.º 27.

medida que sujeita a tributação sociedades-mãe que não têm sede em França quando recebem dividendos, dela isentando as sociedades-mãe com sede em França quando recebem dividendos, é contrária à liberdade de estabelecimento.

14. No contexto da matéria de facto do caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se, por princípio, o artigo 43.º CE se opõe à aplicação por parte da França de uma retenção na fonte sobre dividendos pagos por uma sociedade afiliada francesa a uma sociedade-mãe neerlandesa, não aplicando, contudo, qualquer imposto semelhante aos dividendos pagos por uma afiliada francesa a uma sociedade-mãe francesa.

15. Na resposta a esta questão, é importante, por razões de clareza de análise, distinguir entre os diferentes níveis de tributação que em princípio podem incidir sobre a distribuição de lucros de sociedades afiliadas. Em primeiro lugar, tais lucros podem ser tributados à afiliada sob a forma de imposto sobre as sociedades. Em segundo lugar, os lucros podem ser tributados quando são distribuídos ao nível dos detentores das participações (sociedade-mãe), o que pode assumir a forma de tributação dos rendimentos no momento da recepção dos dividendos e/ou de imposto a reter na fonte pela sociedade distribuidora.

16. A existência destes dois níveis de tributação possíveis pode conduzir, por um lado, a uma dupla tributação do ponto de vista económico (tributação do mesmo rendimento duas vezes a dois contribuintes diferentes) e, por outro, a uma dupla tributação do ponto de vista jurídico (tributação do mesmo rendimento duas vezes ao mesmo contribuinte). Há dupla tributação do ponto de vista económico quando, por exemplo, os mesmos lucros são tributados em primeiro lugar à empresa sob a forma de imposto sobre as sociedades e, em seguida, ao detentor das participações sob a forma de imposto sobre o rendimento. Há dupla tributação do ponto de vista jurídico quando, por exemplo, é retido na fonte o imposto ao detentor das participações e, em seguida, é-lhe cobrado imposto sobre o rendimento pelos mesmos lucros em diversos Estados.

17. No presente processo, no caso de dividendos distribuídos por afiliadas francesas a sociedades-mãe francesas, o sistema francês de tributação de dividendos efectua uma compensação quase total da dupla tributação económica sobre os dividendos ao sujeitá-los a tributação apenas uma vez — sob a forma de imposto sobre as sociedades que incide sobre os lucros da afiliada — e isentando-os quase totalmente de um segundo nível de tributação à sociedade-mãe.

18. Contudo, no caso de dividendos distribuídos por afiliadas francesas a sociedades-mãe neerlandesas, o sistema francês — analisado isoladamente e sem tomar em consideração o efeito da CDT França-Países Baixos, tal como é solicitado na primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio — sujeitava estes dividendos a dupla tributação económica, em primeiro lugar, como

imposto sobre as sociedades incidindo sobre os lucros da afiliada e, em segundo lugar, como retenção do imposto no momento da distribuição desses dividendos à sociedade-mãe.

19. Está em causa saber se tal diferença de tratamento constitui discriminação ilegal entre uma sociedade-mãe francesa e uma sociedade-mãe neerlandesa, contrária ao artigo 43.º CE.

20. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, embora a fiscalidade directa seja da competência dos Estados-Membros, estes devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário [6]. Conforme afirmei nas conclusões que apresentei nos processos Test Claimants in the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, e Kerckhaert e Morres [7], os artigos 43.º CE e 56.º CE são violados no caso de a diferença de tratamento conferido no Estado-Membro em questão aos seus sujeitos passivos não ser consequência directa e lógica do facto de que, no estado actual de desenvolvimento do direito comunitário, se podem aplicar a situações transfronteiriças obrigações dos sujeitos passivos diferentes das aplicáveis a situações puramente internas [8]. Tal significa, em particular, que, para ser abrangido pelas disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação, o tratamento fiscal desfavorável deve resultar de discriminação directa ou dissimulada decorrente das regras de um regime fiscal, e não meramente de disparidades ou da repartição de competências fiscais entre dois ou mais sistemas fiscais dos Estados-Membros ou da coexistência de serviços fiscais nacionais [9].

21. No caso em apreço, a competência fiscal exercida pela França sobre os dividendos distribuídos no estrangeiro a sociedades-mãe neerlandesas — não residentes em França — é limitada ao que em direito fiscal internacional é definido como «Estado fonte» ou competência territorial: o que significa que a França tem competência fiscal apenas relativamente ao rendimento auferido pela sociedade-mãe neerlandesa dentro da jurisdição do Estado fonte.

22. Conforme expus nas conclusões que apresentei no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, a natureza da obrigação de um Estado fonte nos termos do artigo 43.º CE, na medida em que exerce competência fiscal sobre o rendimento de não residentes, consiste em tratá-lo de modo equiparável ao rendimento

6 — V., por exemplo, acórdão de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03 Colect., p. I-10837, n.º 29 e jurisprudência aí referida).

7 — V. as conclusões que apresentei no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referidas na nota 2, *supra*, n.os 32 e segs., as conclusões de 6 de Abril de 2006 no processo Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, n.os 37 e segs.) e as conclusões de 6 de Abril de 2006 no processo Kerckhaert e Morres (C-513/04, n.os 18 e 19).

8 — V., para uma análise aprofundada desta matéria, os n.os 31 a 54 das conclusões que apresentei no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referidas na nota 2, *supra*.

9 — —*Ibidem*, n.º 55.

dos residentes — ou seja, trata-se de uma obrigação de não discriminar entre residentes e não residentes, na medida em que estes últimos estejam abrangidos pela sua competência fiscal [10]. Desta forma, por exemplo, o Tribunal de Justiça declarou que, se um Estado fonte exerce uma competência fiscal sobre uma sucursal estrangeira, não pode impor a esta última uma taxa de imposto sobre as sociedades mais alta do que a que é aplicada às sociedades nele domiciliadas [11]. Também os benefícios fiscais concedidos a sociedades residentes — incluindo os que são concedidos ao abrigo de CDT [12] — devem ser concedidos da mesma maneira às sucursais (estabelecimentos permanentes) de sociedades não residentes, se essas sucursais estiverem, quanto ao mais, sujeitas a imposto sobre as sociedades, da mesma maneira que as sociedades residentes [13]. De um modo semelhante, se o Estado fonte decidir prevenir a dupla tributação económica interna para os seus residentes, deve estender essa isenção aos não residentes, visto que do exercício da sua competência fiscal sobre esses não residentes resulta uma dupla tributação económica interna semelhante (por exemplo, quando o Estado fonte sujeita os lucros da sociedade, em primeiro lugar, a imposto sobre as sociedades e, em seguida, quando da distribuição, a um segundo nível de imposto (sobre os rendimentos ou por retenção). Isso decorre do princípio de que os benefícios fiscais concedidos pelo Estado fonte a não residentes devem ser iguais aos concedidos a residentes na medida em que o Estado fonte exerce no restante igual competência sobre ambos os grupos [14].

23. Aplicando estes princípios à matéria de facto em apreço, o cenário apresentado pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua primeira questão é um exemplo claro de discriminação por parte da França entre sociedades-mãe francesas (dividendos nacionais) e sociedades-mãe neerlandesas (dividendos a pagar no estrangeiro). Conforme referi, o sistema francês em causa garantia uma quase total compensação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por uma afiliada francesa a uma sociedade-mãe francesa (mediante a isenção de tributação à sociedade-mãe), mas impunha uma dupla tributação económica sobre os lucros distribuídos por uma afiliada francesa a uma sociedade-mãe neerlandesa (mediante retenção na fonte sobre os dividendos a pagar no estrangeiro) [15]. Por conseguinte, tomado por si só, sem ter em consideração o efeito das CDT aplicáveis — que é abordado nas segunda e terceira questões prejudiciais —, tal tratamento é manifestamente discriminatório, na acepção do artigo 43.º CE: com efeito, a França aplicou um encargo fiscal maior aos dividendos exportados para sociedades-mãe neerlandesas do que aos dividendos «nacionais» distribuídos a sociedades-mãe francesas.

10 — *Ibidem*, n.os 66 a 73 e n.º 88.

11 — Acórdão de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Colect., p. I-2651).

12 — Acórdão de 21 de Setembro de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Colect., p. I-6161).

13 — V. acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França («Crédito Fiscal») (270/83, Colect., p. 273); de 13 de Julho de 1993, Commerzbank (C-330/91, Colect., p. I-4017); e de 15 de Maio de 1997, Futura (C-250/95, Colect., p. I-2471).

14 — V. os acórdãos referidos nas notas 12 e 13, *supra*.

15 — Embora esta questão não seja objecto do pedido prejudicial, afigura-se que o mesmo se passa com outras sociedades-mãe francesas, se bem que o nível exacto de retenção de imposto cobrado sobre dividendos a pagar no estrangeiro dependa das condições da CDT aplicável (caso exista).

24. É certo que, nos termos do artigo 216.º, n.º 2, do CGI, enquanto os dividendos distribuídos a uma sociedade-mãe francesa estavam quase totalmente isentos de tributação à sociedade-mãe, uma percentagem fixa de 5% da totalidade do rendimento de participações da sociedade-mãe, incluindo créditos de imposto, não eram dedutíveis da totalidade dos lucros tributáveis da sociedade-mãe (que correspondia a despesas e encargos relacionados com o rendimento de dividendos isento). Embora tal tivesse por efeito que o rendimento de dividendos nacionais não fosse totalmente isento de dupla tributação económica — nomeadamente, 5% deste rendimento era incluído nos lucros tributáveis da sociedade-mãe francesa —, tal rendimento de dividendos ainda beneficiava claramente de um encargo fiscal global mais baixo do que os dividendos exportados, que, nos termos do artigo 187.º, n.º 1, do CGI e na ausência de uma CDT aplicável, estavam sujeitos a uma taxa de retenção de 25%, estando ainda, no caso dos dividendos distribuídos a uma sociedade-mãe neerlandesa, sujeitos a uma retenção de 5% nos termos da CDT França-Países Baixos.

25. No entanto, o Governo francês alega que esta diferença de tratamento não constitui discriminação na acepção do artigo 43.º CE, porque, segundo o princípio da territorialidade, a França — na qualidade de Estado fonte — tem o direito de tributar dividendos remetidos por uma afiliada francesa a uma sociedade-mãe não francesa.

26. Este argumento não é manifestamente convincente. Conforme afirmei nas minhas conclusões no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, enquanto, nos termos do direito comunitário, o poder de atribuir a competência fiscal cabe apenas aos Estados-Membros — e o Tribunal de Justiça aceitou expressamente em muitos casos a compatibilidade com o direito comunitário da distinção básica entre a competência do Estado de origem e a do Estado fonte —, contudo, os Estados-Membros, no exercício dessa competência, devem respeitar a proibição de discriminação consagrada nos artigos 43.º CE e 56.º CE [16].

27. O Governo francês alega também que, em princípio, segundo o direito fiscal internacional, a compensação da dupla tributação num caso de rendimento transfronteiriço incumbe ao Estado de origem do contribuinte, ou seja, no caso de uma sociedade neerlandesa, aos Países Baixos. Contudo, mais uma vez considero este argumento totalmente improcedente. É certo que, conforme referi nas conclusões que apresentei no processo Kerckhaert e Morres, nos casos em que a dupla tributação do ponto de vista jurídico tem origem em rendimentos transfronteiriços, compete, em princípio, ao abrigo do princípio de direito fiscal interna-

16 — V. as conclusões apresentadas no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referidas na nota 2, *supra*, n.os 51 e 52; acórdãos de 19 de Janeiro de 2006, Bouanich (C-265/04, Colect., p. I-923, n.os 49 e 50); de 5 de Julho de 2005, D. (C-376/03, Colect., p. I-5821, n.º 28); de 12 de Junho de 2003, Gerritse (C-234/01, Colect., p. I-5933, n.º 45); de 12 de Dezembro de 2002, de Groot (C-385/00, Colect., p. I-11819, n.º 93); de 12 de Maio de 1998, Gilly (C-336/96, Colect., p. I-2793, n.os 30 e 31); Saint-Gobain ZN, já referido na nota 12, *supra*; Futura, já referido na nota 13, *supra*, n.os 20 e 21; e de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 57).

cional do «direito do Estado fonte», ao Estado de origem escolher se e até que ponto pretende evitar essa dupla tributação [17]. Tal não altera em nada a obrigação de um Estado fonte de tratar os não residentes de um modo equiparável aos residentes, na medida em que estes últimos sejam abrangidos pela sua competência fiscal.

28. Finalmente, acresce que o Governo francês não apresentou qualquer argumento que indique que tal tratamento discriminatório deve ser considerado justificado, por exemplo, com base na necessidade de prevenir o abuso de direito [18] ou na necessidade de assegurar a coerência dos sistemas fiscais nacionais [19], nem a existência de qualquer justificação está implícita no teor do pedido prejudicial.

29. Em consequência, há que responder à primeira questão prejudicial que uma medida como a que está em causa no processo principal, que sujeita as sociedades-mãe que não têm sede em França que recebam dividendos de afiliadas com sede em França a retenção na fonte sobre os dividendos, mas não sujeita as sociedades-mãe com sede em França que recebam dividendos de afiliadas com sede em França a qualquer imposto sobre os dividendos, constitui uma restrição discriminatória à liberdade de estabelecimento contrária ao artigo 43.º CE.

B — *Quanto às segunda e terceira questões prejudiciais*

30. Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, nos casos em que uma CDT entre a França e outro Estado-Membro autoriza uma retenção na fonte como a que é referida na primeira questão e estabelece a possibilidade de a imputar no imposto devido naquele outro Estado-Membro, essa convenção deve ser tomada em consideração na apreciação da compatibilidade da medida com o artigo 43.º CE. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, caso a CDT aplicável deva, de facto, ser tomada em consideração, a hipótese de uma sociedade-mãe não residente em França não poder, efectivamente, realizar a imputação prevista na convenção, significa que a medida deve ser considerada contrária ao artigo 43.º CE.

31. Estas questões, vistas em conjunto, sublinham a relevância dos seguintes factos: 1) nos termos do n.º 3 do artigo 24.º da CDT França-Países Baixos, os Países Baixos deviam conceder o crédito correspondente aos 5% retidos na fonte em França sobre os dividendos de origem francesa até ao valor do imposto neerlandês que, caso contrário, seria devido sobre esses dividendos; porém,

17 — V. nota 7, *supra*, n.ºs 34 e segs.

18 — V., por exemplo, acórdãos de 12 de Dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Colect., p. I-11779), e de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695).

19 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann (C-204/90, Colect., p. I-249).

2) na realidade, como os Países Baixos isentavam as sociedades-mãe neerlandesas de tributação sobre dividendos recebidos provenientes de França (ou de outra origem estrangeira), não concediam qualquer crédito em relação à retenção na fonte francesa.

32. Começarei por me debruçar sobre os princípios para a análise da relevância do efeito das CDT na apreciação da compatibilidade com o artigo 43.º CE num determinado caso, seguindo-se a aplicação destes princípios ao caso em apreço.

1. O efeito das CDT deve ser tomado em consideração na apreciação da compatibilidade de medidas nacionais com o artigo 43.º CE?

33. Desde logo, conforme já esclareci nas conclusões que apresentei no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, sou da opinião de que o efeito real de uma CDT sobre a situação de um contribuinte deve ser tomada em consideração ao apreciar se, num determinado caso, o referido contribuinte é discriminado de uma forma contrária ao artigo 43.º CE. A apreciação do cumprimento das obrigações de livre circulação do Tratado por parte dos Estados-Membros deve tomar em consideração o efeito das CDT, por duas razões importantes [20].

34. Em primeiro lugar, isso decorre do facto de que, conforme já referi [21], segundo o direito comunitário, os Estados-Membros podem repartir livremente entre si não só a competência fiscal mas também a prioridade na tributação. No momento actual, não se encontram critérios alternativos no direito comunitário e não há uma base para estabelecer esses critérios. Assim, no acórdão Gilly, depois de observar que a repartição da competência fiscal em razão da nacionalidade não pode, enquanto tal, ser considerada como uma discriminação, o Tribunal de Justiça reconheceu que isso é «consequência, na ausência de medidas de unificação ou de harmonização de âmbito comunitário, designadamente, nos termos do artigo [293.º], segundo travessão, do Tratado, da competência de que gozam as partes contratantes para definir, a fim de eliminar a dupla tributação, os critérios de repartição entre si dos respectivos poderes de tributação. Ainda para efeito da repartição da competência fiscal, não deixa de ser razoável que os Estados-Membros se inspirem na prática internacional e no modelo de convenção elaborado pela OCDE [...]» [22]. O Tribunal de Justiça reiterou este raciocínio, entre outros, no seu acórdão D [23].

35. Isto significa, por exemplo, que, em princípio, um Estado fonte que imponha a dupla tributação económica dos dividendos, pode assegurar, por meio de uma CDT e de

20 — V. n.º 71 das minhas conclusões no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido na nota 2, *supra*.

21 — V. as minhas conclusões no processo Kerckhaert e Morres, já referidas na nota 7, *supra*, n.ºs 32 a 33, e no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referidas na nota 2, *supra*, n.º 52.

22 — Acórdão Gilly, já referido na nota 16, *supra*, n.ºs 30 e 31. V., também, o acórdão Saint-Gobain ZN, já referido na nota 12, *supra*, n.º 57.

23 — V. acórdão D., já referido na nota 16, *supra*, n.ºs 50 a 53.

negociações interestatais subsequentes, que aquela será compensada pelo Estado de origem.

36. Em segundo lugar, se o efeito da CDT num caso concreto não fosse tido em conta, isso equivaleria a ignorar a realidade económica da actividade e dos incentivos desse sujeito passivo num contexto transfronteiriço. Por outras palavras, tal poderia distorcer o verdadeiro efeito para o contribuinte da cumulação de obrigações perante o Estado de residência e o Estado fonte.

37. Pelo contrário, conforme afirmei nas conclusões apresentadas no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, a cumulação de obrigações perante o Estado de residência e o Estado fonte em conformidade com as disposições sobre livre circulação deve correctamente ser considerada como um todo, ou como a obtenção de um certo tipo de equilíbrio. A análise da situação de um operador económico individual no quadro de apenas um desses Estados — sem ter em conta as obrigações do outro Estado decorrentes do artigo 43.º CE — pode dar uma impressão desequilibrada e enganadora e não captar a realidade económica em que age o operador [24].

24 — Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido na nota 2, *supra*, n.º 72.

38. Este tipo de abordagem foi adoptado, por exemplo, pelo Tribunal de Justiça no acórdão Bouanich [25]. O referido processo dizia respeito à compatibilidade com o artigo 56.º CE da legislação sueca que previa que um pagamento referente à reaquisição de acções a um accionista não residente conjugada com uma redução do capital social fosse tributado como um dividendo sem direito a dedução dos custos de aquisição dessas acções, enquanto o mesmo pagamento feito a um accionista residente era tributado como rendimento de capital, com direito a dedução do custo de aquisição. O Tribunal de Justiça entendeu que, vista por si só e sem tomar em consideração a CDT aplicável, essa legislação era claramente discriminatória. No entanto, relativamente à matéria de facto do autos que lhe foram submetidos, o órgão jurisdicional de reenvio considerou que o efeito da CDT aplicável [26] levava a que os não residentes não fossem, na realidade, tratados de forma menos favorável do que os residentes, não havendo por isso violação do artigo 56.º CE. O Tribunal de Justiça declarou o seguinte:

«Uma vez que o regime fiscal resultante da convenção franco-sueca, interpretado à luz dos comentários do modelo de convenção da OCDE, faz parte do quadro jurídico aplicável ao processo principal e que foi apresentado como tal pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça deve tê-lo em conside-

25 — V. nota 16, *supra*, n.º 51 do acórdão.

26 — Naquele processo, a CDT França-Suécia, que estabeleceu um tecto mais baixo para a tributação de dividendos relativamente a accionistas não residentes do que a accionistas residentes e, interpretando aquela convenção à luz dos comentários da OCDE sobre o seu modelo de convenção aplicável, permitia que o valor nominal de tais acções fosse deduzido do pagamento da reaquisição das acções.

ração, de modo a dar uma interpretação do direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional nacional [...]» [27].

39. Concordo com a conclusão do Tribunal de Justiça [28].

40. Resulta do acima exposto que, em princípio, um Estado-Membro é livre de assegurar o cumprimento das suas obrigações decorrentes das disposições do Tratado sobre livre circulação por meio de disposições constantes de uma CDT. Assim, tendo em conta o exemplo de um Estado fonte que impõe a dupla tributação económica interna a não residentes do mesmo modo que a residentes, esse Estado fonte pode, em meu entender, em princípio, assegurar que os não residentes beneficiem da mesma compensação da dupla tributação que os residentes através de uma CDT.

41. Porém, conforme também salientei nas conclusões apresentadas no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, este princípio está sujeito a duas limitações essenciais.

42. Em primeiro lugar, o tratamento concedido aos não residentes ao abrigo da CDT aplicável deve, no seu efeito real, ser equivalente ao concedido aos residentes. No acórdão Bouanich, o Tribunal de Justiça, na minha opinião, com razão, considerou que competia ao órgão jurisdicional nacional determinar, com base nos factos de um caso concreto, se os accionistas não residentes tinham, de facto, um tratamento menos favorável do que os accionistas residentes, tendo em consideração o efeito da CDT [29]. Cheguei a uma conclusão semelhante relativamente à matéria de facto do processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, considerando que nos casos em que o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, ao abrigo de determinadas CDT, impunha a dupla tributação económica sobre os dividendos a pagar no estrangeiro, sob a forma da obrigação de pagamento de imposto sobre o rendimento no Reino Unido, competia a este Estado assegurar —

27 — V. nota 16, *supra*, n.º 51 do acórdão.

28 — Sublinho que, conforme referi nas conclusões apresentadas no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referidas na nota 2, *supra*, n.º 83, o Tribunal da EFTA seguiu uma abordagem diferente no seu acórdão de 23 de Novembro de 2004, Fokus Bank/Noruega (processo E-1/04). Este processo suscitou, entre outras, a questão da compatibilidade da livre circulação de capitais (artigo 40.º do acordo EEE, que corresponde ao artigo 56.º CE) com a regulamentação norueguesa segundo a qual a Noruega sujeitava os lucros das empresas, em primeiro lugar, a imposto sobre as sociedades e, no momento da distribuição, 1) no caso de residentes, a imposto sobre o rendimento. No entanto, era concedida a imputação integral do crédito fiscal a accionistas residentes para evitar a dupla tributação económica de dividendos; 2) no caso dos não residentes, a 15% de retenção na fonte. No entanto, segundo a convenção preventiva da dupla tributação aplicável ao caso em apreço, estes 15% eram deduzidos do imposto cobrado no Estado de residência. Ao considerar que esta regulamentação viola o princípio da livre circulação de capitais, o Tribunal da EFTA equiparou a tributação de dividendos externos (tributação do Estado fonte) à tributação dos dividendos internos (tributação do Estado de residência), invocando os acórdãos do Tribunal de Justiça Lenz e Manninen (n.º 30) e considerou que um Estado fonte não podia, em princípio, basear-se nas disposições de uma CDT para obviar à dupla tributação económica causada por aquele Estado fonte (n.º 37). Pelas razões acima expostas e nas conclusões apresentadas no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, não concordo com esta apreciação.

29 — V. nota 16, *supra*, n.os 54 a 56.

através de CDT ou de outra forma — que os não residentes recebiam tratamento equivalente (naquele caso, compensação equivalente pela dupla tributação económica) ao dos residentes sujeitos à mesma obrigação de pagamento de imposto sobre o rendimento no Reino Unido [30].

43. Em segundo lugar, cabe ao Estado-Membro cujas medidas são *prima facie* discriminatórias — sem tomar em consideração a CDT aplicável — assegurar que foi, de facto, alcançado um resultado não discriminatório por força da CDT. Por outras palavras, não é manifestamente admissível alegar, no âmbito de uma acção por incumprimento das disposições proibitivas do Tratado, que o outro Estado contratante da CDT não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da CDT, por exemplo, ao não conceder o benefício fiscal relevante ou ao não isentar a dupla tributação económica em causa. Pelo contrário, conforme referi nas conclusões apresentadas no processo Kerckhaert e Morres, a avaliação da compatibilidade da lei interna de uma parte contratante com a CDT aplicável e os efeitos potenciais de uma violação nos termos do direito interno é matéria puramente da competência do órgão jurisdicional nacional relevante [31]. Inversamente, o facto de uma legislação de um Estado-Membro poder estar conforme com ou ser exigida pelos termos da CDT aplicável não significa por si só que tal conduta esteja conforme com as disposições do Tratado relativas à livre circulação: segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, ao exercerem a competência fiscal que lhes é conferida por força de CDT, os Estados-Membros devem, ainda assim, observar a proibição de discriminação constante dos artigos 43.º CE e 56.º CE [32]. Assim, conforme concluí nas conclusões apresentadas no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, naquele caso, considero que faz parte da obrigação que incumbe ao Reino Unido nos termos do artigo 43.º CE assegurar que os requerentes não residentes no Reino Unido recebam, ao abrigo de uma CDT, tratamento equivalente ao dos residentes no Reino Unido sujeitos à mesma dupla tributação económica no Reino Unido, e que não é admissível alegar que outra parte contratante não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da CDT ao não compensar a dupla tributação económica em questão [33].

2. Aplicação dos princípios referidos ao caso em apreço

44. Aplicando estes princípios ao presente caso, considero que se o efeito da CDT França-Países Baixos conduzisse a que a

30 — Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido na nota 2, *supra*, n.º 88.

31 — V. nota 7, *supra*, n.º 38. V., também, por analogia, as conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer, no processo Gilly, já referido na nota 16, *supra*, n.º 25, referindo que não compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a compatibilidade com o direito comunitário de normas contidas numa CDT, nem pode o Tribunal de Justiça sequer proceder à respectiva interpretação, uma vez que se trata de «uma convenção bilateral celebrada numa matéria [...] subtraída à competência da Comunidade e cuja regulamentação compete exclusivamente aos Estados-Membros».

32 — —*Ibidem*. V., também, por exemplo, a conclusão a que o Tribunal de Justiça chegou no acórdão Bouanich, já referido na nota 16, *supra*, n.º 56, e os acórdãos de Groot, já referido na nota 16, *supra*, n.os 93 e 94, e Saint-Gobain ZN, já referido na nota 12, *supra*, n.os 57 e 58.

33 — Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referidas na nota 2, *supra*, n.º 89.

isenção concedida a sociedades-mãe neerlandesas relativamente à dupla tributação económica imposta pela França sobre dividendos de origem francesa fosse de facto equivalente à isenção de que beneficiam as sociedades-mãe francesas que recebem dividendos de origem francesa, deveria considerar-se que a França cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º CE.

45. Contudo, resulta do pedido prejudicial que é evidente que este não foi o caso.

46. Com efeito, dado que os Países Baixos isentavam os dividendos de origem estrangeira recebidos por sociedades-mãe neerlandesas, os dividendos de origem francesa recebidos não estavam, na realidade, sujeitos a nenhuma obrigação fiscal nos Países Baixos em relação à qual se pudesse efectuar a compensação com os 5% da retenção na fonte francesa. Além disso, este resultado parece-me estar em total conformidade com a repartição de competência fiscal, tal como foi estabelecida no artigo 24.º da CDT França-Países Baixos. Conforme previsto no n.º 1 do artigo 24.º desta CDT, os Países Baixos podiam incluir na sua base tributária rendimentos ou patrimónios que, em conformidade com as disposições daquela CDT, eram tributáveis em França. Apenas nos casos em que os Países Baixos optaram por incluir esses rendimentos na sua base tributária é que havia a obrigação de, nos termos do n.º 3 do artigo 24.º da CDT, conceder crédito pela retenção de imposto francesa sobre dividendos de origem francesa e, naqueles casos, apenas até ao valor do imposto neerlandês que, caso contrário, seria devido sobre estes dividendos.

47. No entanto, a opção final dos Países Baixos foi a de isentar as sociedades-mãe neerlandesas de tributação por dividendos recebidos de origem francesa. Na minha opinião, isto revela que os Países Baixos optaram por não incluir tais dividendos na sua base tributária e, em consequência, não existia a obrigação de creditar o imposto retido em França. Em qualquer caso, essa obrigação tinha como limite o crédito até ao valor do imposto neerlandês que, caso contrário, seria devido sobre os dividendos — no presente caso, esse valor era igual a zero.

48. A consequência era a de que os dividendos de origem francesa distribuídos a sociedades-mãe neerlandesas continuavam sujeitos ao duplo «nível» de tributação imposto pela França (imposto sobre as sociedades cobrado à afiliada francesa, seguido de retenção na fonte sobre a sociedade-mãe neerlandesa), pelo que a dupla tributação económica não era de modo algum compensada. Em contrapartida, os dividendos de origem francesa distribuídos a sociedades-mãe francesas estavam efectivamente sujeitos a apenas um nível de tributação (imposto sobre as sociedades cobrado à afiliada) — uma compensação quase total da dupla tributação económica.

49. Pelas razões acima referidas na resposta à primeira questão, isto é claramente discriminatório e contrário ao artigo 43.º CE.

50. Embora não seja directamente relevante para o presente caso, acrescentarei que, pelas razões acima expostas, considero que mesmo que os Países Baixos não tivessem cumprido as obrigações que lhes incumbem por força da CDT ao não conceder crédito relativamente à retenção na fonte em França, tal facto não constituiria defesa suficiente para a França contra a acusação de que as suas disposições fiscais discriminatórias violam o artigo 43.º CE [34].

51. O Governo francês alegou em sua defesa que quaisquer efeitos restritivos da sua legislação, resultantes da incapacidade de facto das sociedades-mãe neerlandesas de imputarem a retenção na fonte francesa no imposto cobrado nos Países Baixos, não devem ser considerados como directamente decorrentes da legislação francesa, mas antes das disparidades existentes entre os sistemas fiscais francês e neerlandês. No entanto, fica claro pelo acima exposto que este argumento não consegue alcançar a distinção entre as meras disparidades entre sistemas fiscais nacionais independentes (não discriminatórios) — que escapam ao âmbito de aplicação do artigo 43.º CE [35] — e o tratamento discriminatório decorrente das normas de apenas uma ordem jurídica — que infringem o artigo 43.º CE, a não ser que sejam justificadas. Dado que a dupla tributação económica no caso em apreço é apenas imposta pela França, é evidente que se inclui na última categoria.

52. Por estas razões, a resposta às segunda e terceira questões do órgão jurisdicional nacional deve, em minha opinião, ser a de que, em princípio, o efeito real de uma CDT sobre a situação de um contribuinte deve ser tomado em consideração ao apreciar se, num caso concreto, esse contribuinte é discriminado de um modo contrário ao artigo 43.º CE. Ao não assegurar que, de facto, uma sociedade-mãe não francesa que receba dividendos de origem francesa beneficia da isenção de dupla tributação económica imposta pela França equivalente à recebida por uma sociedade-mãe francesa, seja nos termos da CDT aplicável ou noutros, a França violou o artigo 43.º CE.

34 — V. n.º 43, *supra*.

35 — V. as conclusões apresentadas no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referidas na nota 2, *supra*, n.os 43 a 47.

## V — Conclusão

53. À luz das considerações precedentes, considero que o Tribunal de Justiça deverá responder do seguinte modo às questões submetidas pelo Conseil d'État:

«1) Uma medida que sujeita as sociedades-mãe que não têm sede em França que recebam dividendos de afiliadas com sede em França a retenção na fonte sobre os dividendos, mas não sujeita as sociedades-mãe com sede em França que recebam dividendos de afiliadas com sede em França a qualquer imposto sobre os dividendos, constitui uma restrição discriminatória à liberdade de estabelecimento contrária ao artigo 43.º CE.

2) Em princípio, o efeito real de uma CDT sobre a situação de um contribuinte deve ser tomado em consideração ao apreciar se, num caso concreto, esse contribuinte é discriminado de um modo contrário ao artigo 43.º CE. Ao não assegurar que, de facto, uma sociedade-mãe não francesa que receba dividendos de origem francesa beneficia da isenção de dupla tributação económica imposta pela França equivalente à recebida por uma sociedade-mãe francesa, seja nos termos da CDT aplicável ou noutros, a França violou o artigo 43.º CE.»