CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 2 de Maio de 1996 *

1. Nos presentes processos, em que foram submetidos ao Tribunal de Justiça pedidos de decisão prejudicial pelo Finanzgericht Köln, é solicitado ao Tribunal de Justiça que interprete pela primeira vez a 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 [1] (a seguir «directiva»). A directiva exige, designadamente, que os Estados-Membros isentem de retenção na fonte os lucros distribuídos por sociedades filiais situadas no seu território a sociedades-mãe situadas noutros Estados-Membros. Os Estados-Membros, porém, têm a faculdade de não aplicar a directiva aos lucros distribuídos por sociedades filiais situadas no seu território nas quais as sociedades-mãe não mantenham, durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos, uma participação que lhes confira direito a terem a qualidade de sociedade-mãe.

2. A questão principal suscitada nos presentes processos é saber se a directiva permite que um Estado-Membro aplique uma norma nos termos da qual a retenção na fonte deve ser deduzida por uma sociedade filial dos lucros que distribui à sociedade-mãe durante o primeiro ano seguinte à sua aquisição por esta sociedade, de modo que é recusada à sociedade-mãe a isenção da retenção durante o primeiro ano, mesmo que venha a manter em definitivo a sua participação para além desse período. Em caso negativo, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se a sociedade-mãe pode invocar a directiva perante os órgãos jurisdicionais do Estado da sociedade filial.

3. Num dos processos pretende-se saber, além disso, se, na hipótese de a norma nacional em causa ser contrária à directiva, uma sociedade-mãe que, devido a essa norma, adiou o recebimento dos lucros até ao termo do prazo mínimo de participação pode pedir uma indemnização ao Estado da sociedade filial pela perda de juros que sofreu, nos termos dos princípios enunciados no acórdão Francovich e o. [2].

As normas comunitárias aplicáveis

4. A directiva é um de três instrumentos adoptados em 23 de Julho de 1990 a fim de eliminar determinados obstáculos fiscais aos agrupamentos transfronteiriços de sociedades estabelecidas na Comunidade. Os outros instrumentos são a Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões,

* Língua original: inglês.

1 — JO L 225, p. 6.

2 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991 (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357).

cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes [3] («directiva sobre fusões») e a convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas [4].

5. Nos termos do seu preâmbulo, a directiva tem como finalidade instaurar 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» [5]. Especificamente, a directiva visa eliminar as desvantagens fiscais sofridas pelas sociedades de Estados-Membros diferentes em comparação com as sociedades de um mesmo Estado-Membro quando se unem para criar agrupamentos de sociedades [6].

6. A necessidade da directiva resulta da dupla tributação a que podem estar sujeitos os agrupamentos de sociedades estabelecidos em mais do que um país. Sob reserva de isenção especial concedida pelos Estados unilateralmente ou nos termos de convenções bilaterais, os lucros realizados por uma sociedade filial estão sujeitos a ser tributados no Estado da sociedade filial, enquanto rendimentos da respectiva exploração, e no momento da distribuição dos rendimentos à sociedade-mãe, enquanto dividendos da sociedade-mãe no Estado da sua sede; os rendimentos podem estar sujeitos a uma tributação suplementar ao nível da sociedade se a sociedade-mãe for apenas uma sociedade *holding* intermédia pertencente a uma sociedade de outro Estado.

7. Além disso, os Estados tributam geralmente a distribuição de lucros pelas sociedades, ou seja, os dividendos pagos aos accionistas. Trata-se normalmente de retenção na fonte, ou seja, de impostos cobrados na fonte pela sociedade que efectua a distribuição em nome das autoridades fiscais. As retenções na fonte são frequentemente utilizadas, no âmbito nacional, para garantir o pagamento e simplificar a cobrança; geralmente, a retenção corresponde — ou é efectuada por conta — à dívida fiscal dos beneficiários que são contribuintes residentes. As retenções sobre dividendos transfronteiriços representam a aplicação de um imposto suplementar do Estado de tributação aos não residentes, que não é de forma alguma compensado no Estado de residência.

8. Para eliminar esses obstáculos fiscais relativamente aos agrupamentos de sociedades estabelecidos na Comunidade, a directiva, sob reserva de determinadas excepções, elimina as retenções na fonte sobre a distribuição de lucros entre sociedades filiais e sociedades-mãe situadas em diferentes Estados-Membros da Comunidade e impõe que os Estados-Membros não tributem duplamente as sociedades-mãe que recebam lucros de sociedades filiais situadas em outros Estados-Membros.

3 — JO L 225, p. 1.
4 — JO L 125, p. 10.
5 — Primeiro considerando.
6 — Segundo e terceiro considerandos.

9. O artigo 1.° da directiva dispõe:

«1. Os Estados-Membros aplicarão a presente directiva:

— à distribuição dos lucros obtidos por sociedades desse Estado e provenientes das suas afiliadas de outros Estados-Membros,

— à distribuição dos lucros efectuada por sociedades desse Estado a sociedades de outros Estados-Membros de que aquelas sejam afiliadas.

2. A presente directiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos.»

10. O artigo 2.° define o que deve entender-se por «sociedade de um Estado-Membro». É pacífico que as sociedades neerlandesas e alemãs em causa nos presentes processos correspondem ao conceito definido no artigo 2.°

11. O artigo 3.°, n.° 1, da directiva dispõe:

«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.° 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).»

12. O artigo 3.°, n.° 2, segundo parágrafo, da directiva — disposição em que se baseia a norma nacional controvertida — dispõe que, em derrogação do disposto no n.° 1, os Estados-Membros têm a faculdade:

«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».

13. O artigo 4.° impõe que o Estado da sociedade-mãe não tribute os lucros distribuídos às sociedades-mãe por sociedades filiais de outros Estados-Membros.

14. O artigo 5.° — que tem igualmente interesse imediato para os presentes processos — dispõe:

«1. 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.

...

3. Em derrogação do disposto no n.° 1, a República Federal da Alemanha, enquanto aplicar aos lucros distribuídos uma taxa de imposto sobre sociedades inferior em pelo menos 11 pontos à aplicável aos lucros não distribuídos, mas o mais tardar até meados de 1996, pode cobrar, a título de imposto compensatório, uma retenção na fonte de 5% sobre os lucros distribuídos pelas suas sociedades afiliadas.

...»

15. Os artigos 6.° e 7.° não têm relevância para os presentes processos. Nos termos do artigo 8.°, a data-limite para transposição da directiva era 1 de Janeiro de 1992.

As disposições nacionais aplicáveis

16. O § 43, n.° 1, da Einkommensteuergesetz (lei alemã relativa ao imposto sobre o rendimento, a seguir «lei») prevê a tributação em imposto sobre o rendimento, sob a forma de retenção na fonte, do rendimento de capitais, denominada imposto sobre o rendimento de capitais (Kapitalertragsteuer). O § 20, n.° 1, ponto 1), da lei dispõe que o rendimento de capitais inclui os dividendos de acções. Nos termos do § 43a, n.° 1, ponto 1), a taxa do imposto sobre o rendimento de capitais é fixada em 25% dos dividendos.

17. O § 50d, n.° 3, da lei prevê a aplicação de taxas reduzidas de imposto sobre o rendimento de capitais por força de convenções

sobre dupla tributação celebradas entre a Alemanha e outros países. Nos termos da convenção germano-neerlandesa que tem em vista eliminar a dupla tributação, é aplicável uma retenção na fonte de 15% às distribuições de lucros em causa no processo principal.

18. O § 44d, n.° 1, da lei, que põe em prática a redução da retenção na fonte imposta à República Federal da Alemanha pelo artigo 5.°, n.^{os} 1 e 3, da directiva, dispõe que o imposto será aplicado à taxa de 5% sobre o rendimento de capitais pago a uma sociedade-mãe que não tenha a sede nem o estabelecimento principal na Alemanha por uma sociedade de capitais inteiramente tributável na Alemanha (ou seja, uma sociedade filial residente).

19. Porém, o § 44d, n.° 2, da lei — a disposição controvertida no processo principal — tem a seguinte redacção:

«'Sociedade-mãe', na acepção do n.° 1, é qualquer sociedade que... no momento em que seja exigível o imposto sobre o rendimento de capitais nos termos do § 44, n.° 1, segundo período, prove que é detentora, desde há pelo menos doze meses ininterruptos, de uma participação mínima de um quarto do capital nominal da sociedade... (filial).»

20. Assim, o efeito das normas alemãs é que a retenção na fonte é devida à taxa normal, ou à taxa prevista por uma convenção em matéria fiscal, sobre os dividendos pagos nos doze primeiros meses subsequentes à aquisição de uma sociedade filial alemã, e não é reembolsável mesmo que a sociedade-mãe mantenha a sua participação na sociedade filial para além desse período. As recorrentes nos presentes processos afirmam que a directiva obriga a República Federal da Alemanha a aplicar a taxa de 5% imediatamente após a aquisição.

A matéria de facto e as questões do órgão jurisdicional nacional

21. As recorrentes nos processos principais, a Denkavit Internationaal BV (processo C-283/94), a VITIC Amsterdam BV (processo C-291/94) e a Voormeer BV (processo C-292/94), são sociedades neerlandesas que têm participações em sociedades alemãs. Os três processos correm no Finanzgericht Köln.

22. No processo C-291/94, a VITIC Amsterdam BV (a seguir «VITIC») aumentou a

sua participação na sociedade alemã Wesumat GmbH (a seguir «Wesumat») de 19% para 95%, a partir de 2 de Janeiro de 1992. Em 15 de Outubro de 1991, decidiu-se distribuir os lucros da Wesumat relativos ao ano que terminou em 31 de Dezembro de 1990, através de dividendos pagáveis em 15 de Janeiro de 1992. A VITIC tinha direito a 95% do montante distribuído. O imposto sobre o rendimento de capitais foi retido sobre a distribuição à taxa normal de 25%, juntamente com o adicional de solidariedade (ou seja, o suplemento cobrado a título de contribuição para a reconstrução económica dos novos Länder). A VITIC requereu posteriormente à administração fiscal a restituição do adicional de solidariedade e do imposto sobre o rendimento de capitais na parte que excedia a taxa de 5% autorizada à República Federal da Alemanha nos termos do artigo 5.°, n.° 3, da directiva. Por decisão de 16 de Outubro de 1992, a administração fiscal restituiu integralmente o adicional de solidariedade, mas restituiu apenas o imposto sobre o rendimento de capitais na parte em que excedia 15% dos dividendos, ou seja, a taxa prevista na convenção germano-neerlandesa sobre dupla tributação. Indeferiu a aplicação da taxa de 5% prevista no § 44d, n.° 1, da lei, por não estar preenchida a condição de uma participação mínima de doze meses imposta pelo § 44d (n.° 2). No recurso interposto para o Finanzgericht, a VITIC impugna esta decisão e pede a restituição adicional de 190 000 DM.

23. Matéria de facto semelhante está subjacente ao pedido de decisão prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça no processo C-292/94. A Voormeer BV (a seguir «Voormeer») pede também a restituição do imposto sobre o rendimento de capitais retido pela sociedade sua filial Framode GmbH na parte que excede a taxa de 5%, dado que a administração fiscal só reembolsou o adicional de solidariedade e a parte do imposto sobre o rendimento de capitais que excede 15% dos dividendos. A Voormeer afirma ter ainda direito à restituição de 240 333,30 DM.

24. A matéria de facto do processo C-283/94 é ligeiramente diferente. A Denkavit International BV (a seguir «Denkavit») aumentou a sua participação na sociedade alemã Denkavit Futtermittel GmbH de 20% para 99,4% a partir de 14 de Julho de 1992. Por requerimento de 6 de Outubro de 1992, solicitou que fosse declarado que a taxa de retenção de 5% era aplicável aos dividendos distribuídos pela sociedade sua filial, nos termos das disposições conjugadas dos §§ 50d e 44d da lei. Ao mesmo tempo, garantiu à administração fiscal que a sua participação na sociedade filial era superior a 25% desde 14 de Julho de 1992 e que continuaria a sê-lo durante um período ininterrupto de, pelo menos, dois anos. Apesar disso, a administração fiscal indeferiu o pedido da Denkavit por não ter sido respeitado o prazo de participação de doze meses imposto pelo § 44d, n.° 2, da lei, e concedeu apenas a taxa da retenção de 15%, aplicável por força da convenção fiscal germano-neerlandesa, relativamente ao período de 1 de Outubro de 1992 a 30 de Setembro de 1995. Após reclamação administrativa sem êxito e interposição de recurso pela Denkavit, a administração fiscal alterou a sua decisão e autorizou a cobrança da retenção à taxa de 5% a partir de 15 de Julho de 1993 (ou seja, um ano após a aquisição da participação que dava direito a essa taxa), na condição de a Denkavit manter uma participação suficiente até 30 de Setembro de 1995. A Denkavit reduziu então o recurso ao período anterior a 15 de Julho de 1993 e, alterando a natureza do pedido, requereu a declaração de ilegalidade da decisão. Afirmou ter interesse em obter uma declaração nesse sentido para

poder solicitar uma indemnização, em processo separado, noutros tribunais alemães. A Denkavit afirma que o indeferimento do seu pedido pela administração fiscal a obrigou a adiar a distribuição de lucros inicialmente prevista para 16 de Outubro de 1992, o que resultou em perda considerável de juros.

25. Nos processos que correm no Finanzgericht Köln, as sociedades alegaram que o § 44d, n.° 2, da lei é contrário ao artigo 3.°, n.° 2, da directiva. O Finanzgericht decidiu, assim, solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre as seguintes questões:

Nos processos C-291/94 e C-292/94 (VITIC e Voormeer):

«1) A 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), e em especial o seu artigo 3.°, n.° 2, deve ser interpretada no sentido de que os Estados-Membros podem excluir dos benefícios fiscais previstos no artigo 5.° uma sociedade-mãe com sede noutro Estado-Membro se essa sociedade-mãe, na altura de lhe serem distribuídos os lucros mencionados nesse artigo, ainda não detiver ininterruptamente, há pelo menos dois anos, uma participação mínima de 25% no capital da sociedade filial, vindo em seguida a completar esse período mínimo de participação?

2) Se a resposta à primeira questão for negativa, deve a directiva já referida ser interpretada no sentido de que uma sociedade-mãe que preencha as condições dos artigos 2.° e 3.° da directiva pode invocar directamente, contra o Estado-Membro da sociedade filial, o artigo 5.° da directiva como fundamento do seu direito à isenção ou à redução da retenção na fonte aí prevista e, se assim for, a protecção desse direito é da competência dos tribunais do Estado-Membro da sociedade filial?»

No processo C-283/94 (Denkavit):

«1) A 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), e em especial o seu artigo 3.°, n.° 2, deve ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros podem excluir dos benefícios fiscais previstos no artigo 5.° uma sociedade-mãe com sede noutro Estado-Membro se essa sociedade-mãe, na altura de lhe serem distribuídos os lucros mencionados

nesse artigo, ainda não detiver ininterruptamente, há pelo menos doze meses, uma participação mínima de 25% no capital da sociedade filial, tendo no entanto assumido, perante as autoridades fiscais competentes do Estado-Membro da sociedade filial, o compromisso de que manterá nesta a sua participação por um período ininterrupto de pelo menos dois anos a partir da data da aquisição?

2) Se a resposta à primeira questão for negativa, deve a 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, ser interpretada no sentido de que uma sociedade-mãe que preencha as condições dos artigos 2.° e 3.° da directiva pode invocar directamente, contra o Estado-Membro da sociedade filial, o artigo 5.° da directiva como fundamento do seu direito à isenção ou à redução da retenção na fonte aí prevista e, se assim for, a protecção desse direito é da competência dos tribunais do Estado-Membro da sociedade filial?

3) Se a resposta à primeira questão for negativa, no caso de o Estado-Membro da sociedade filial ter transposto incorrectamente o artigo 3.°, n.° 2, da directiva para o direito nacional, de forma que o período mínimo de participação previsto nessa disposição deve, por força da legislação nacional, já ter sido completado antes da distribuição dos lucros que irá beneficiar dos termos do artigo 5.° da directiva, tem a sociedade-mãe mencionada nas questões 1 e 2 um direito a indemnização, nos termos dos critérios determinados pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Novembro de 1991 nos processos apensos C-6/90 e C-9/90 (Francovich e o., Colect., p. I-5357), ao abrigo do direito comunitário ou por força do direito comunitário, contra esse Estado-Membro pela perda de juros que sofreu devido ao facto de ter adiado a distribuição de lucros da sociedade filial, decidida durante o mencionado período nacional mínimo de participação, até esse período ser completado?»

Primeira questão

26. O objectivo da primeira questão do órgão jurisdicional nacional nos três processos é o de saber se o artigo 3.°, n.° 2, da directiva permite que um Estado-Membro aplique uma norma que recusa a uma sociedade-mãe estabelecida noutro Estado-Membro a isenção da retenção referida no artigo 5.° da directiva se não tiver mantido uma participação de 25% na sociedade filial em causa durante um período determinado. No processo C-283/94, o órgão jurisdicional nacional pretende também saber se a situação é diferente caso a sociedade-mãe se comprometa a manter a sua participação durante o período exigido.

27. Foram apresentadas observações escritas sobre esta questão pela Denkavit (no

processo C-283/94), pelo Bundesamt für Finanzen, pelos Governos belga, alemão, grego, italiano e neerlandês e pela Comissão (nos três processos). Na audiência, alegaram a Denkavit, os Governos alemão, francês, grego e neerlandês, bem como a Comissão.

28. A Denkavit alega que a sua tese de que a norma alemã contraria o artigo 3.°, n.° 2, da directiva tem apoio na redacção da própria disposição, que afasta uma interpretação que autorize o Estado-Membro a recusar a isenção da retenção até ao termo do prazo mínimo de participação. Afirma que esse ponto de vista é compatível com o objectivo da directiva de facilitar a cooperação transfronteiriça, o que seria dificultado se a isenção pudesse ser recusada durante um período que pode ir até dois anos. Tem igualmente apoio na exposição de motivos da proposta de directiva [7], nos termos da qual o artigo 3.°, n.° 2, tem em vista permitir que os Estados-Membros deixem de considerar como sociedade-mãe, com efeito retroactivo, uma sociedade que deixe de preencher as condições exigidas.

29. O ponto de vista da Denkavit é apoiado pela Comissão, que acrescenta que o artigo 3.°, n.° 2, enquanto disposição derrogatória, deve ter interpretação estrita e que a supressão retroactiva da isenção, quando uma sociedade-mãe deixe de reunir as condições exigidas, não implicaria dificuldades significativas de ordem administrativa. A Comissão alega, além disso, que a norma alemã, que presume a intenção fraudulenta até prova em contrário, viola o princípio da proporcionalidade.

30. O Governo alemão, cujo ponto de vista é partilhado pelo Bundesamt für Finanzen, considera que a redacção do artigo 3.°, n.° 2, é suficientemente ampla para abranger a norma alemã. Só haveria, por isso, incompatibilidade com a directiva se o espírito e a finalidade desta impusessem uma interpretação mais restritiva, o que não é o caso. O Governo alemão considera que a isenção fiscal concedida pelo Estado da sociedade-mãe por força do artigo 4.° da directiva se deve distinguir da isenção da retenção na fonte concedida pelo Estado da sociedade filial nos termos do artigo 5.° Neste último caso, o Estado da sociedade filial renuncia à partida à retenção na fonte; deve, por isso, estar claro nesse momento que as condições de isenção da retenção na fonte estão reunidas. A retenção na fonte é um instrumento de cobrança de impostos que a serem cobrados de outra forma implicariam custos consideráveis. Embora seja possível que o direito nacional preveja a cobrança *a posteriori* de um imposto à sociedade filial ou à sociedade-mãe, isso deverá ser a excepção e não a regra.

31. A latitude conferida aos Estados-Membros pela redacção neutra do artigo 3.° pode ser explicada, no entender do Governo alemão, pela dificuldade que o Estado da sociedade filial tem em verificar se a sociedade-mãe respeita o prazo mínimo de participação exigido. O Governo alemão

7 — COM(69) 6 final.

reconhece que poderiam ser utilizadas outras técnicas, como a de só se restituir a importância retida após completado o período mínimo de participação ou a de se conceder a isenção provisória da retenção na fonte mediante prestação de uma garantia. O Governo alemão considera, porém, que estas soluções são incompatíveis com a natureza de uma isenção da retenção na fonte e que, de qualquer modo, não são impostas pela directiva.

32. Nos presentes processos, o Governo alemão é apoiado pelos Governos belga, francês, grego, italiano e neerlandês. O Governo grego afirma que a interpretação da Denkavit não corresponde à necessidade de funcionalidade e racionalidade que deve reger as disposições em matéria fiscal. Também não respeita a necessidade de segurança jurídica. A derrogação foi introduzida para recusar os benefícios da directiva aos agrupamentos temporários, reservando-os aos agrupamentos com carácter duradouro e estratégico. Este objectivo implica a fixação de critérios que garantam um certo grau de certeza e de permanência. No entender da Denkavit, seria necessário criar procedimentos administrativos especiais que afectariam a simplicidade do sistema e implicariam custos desproporcionados. A isenção condicional ou provisória geraria incertezas, para os particulares e para a administração fiscal, e teria consequências financeiras negativas para os Estados-Membros. O Governo grego acrescenta que os argumentos históricos baseados nas razões adiantadas pela Comissão para justificar a sua proposta tem um valor limitado, dado que a directiva foi objecto de negociações morosas que duraram mais de 25 anos.

33. O Governo neerlandês observa que, embora as regras neerlandesas permitam conceder imediatamente a isenção da retenção na fonte em certas circunstâncias se a sociedade filial der garantias suficientes, a directiva autoriza a adopção de normas mais restritivas. As disposições neerlandesas são menos restritivas para criar um clima fiscal favorável nos Países Baixos.

34. Antes de analisar esses argumentos, pode ser útil resumir a utilização feita pelos Estados-Membros da faculdade que lhes é concedida pela segunda parte do segundo travessão do artigo 3.°, n.° 2. Verifica-se que, à excepção de Portugal (cuja legislação não trata expressamente este ponto), os dez Estados-Membros que utilizaram esta faculdade (ou seja, a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a Dinamarca, a Espanha, a França, a Itália, o Luxemburgo, os Países Baixos e Portugal) exigem expressamente que o período que confere direito à isenção — e que em certos casos foi reduzido de dois anos para um — esteja em princípio completado antes da distribuição dos dividendos [8]. Porém, nos termos da legislação austríaca, a sociedade filial ou a sociedade-mãe não residente pode requerer a restituição do imposto retido depois de completado o período de participação [9]. Por outro lado, nos termos

8 — § 44d, n.° 2, da lei alemã sobre o imposto de rendimento, já referida; § 94a da lei austríaca sobre o imposto de rendimento; artigo 106.°, n.° 5, do decreto real belga de 27 de Agosto de 1993; artigo 2.°, n.° 5, da lei dinamarquesa de 2 de Agosto de 1994 relativa ao imposto sobre as sociedades; artigo 17.°, n.° 2, da Lei espanhola n.° 29 de 16 de Dezembro de 1991 e artigo 46.° da Lei n.° 43 de 27 de Dezembro de 1995, que reduz o prazo de participação de dois anos para um; artigo 119.° b, n.° 2, alínea c), do code général des impôts francês; artigo 2, n.° 1, do Decreto italiano n.° 136/93; artigo 147.°, n.° 1, da lei luxemburguesa sobre o imposto de rendimento; artigo 4.°a da lei neerlandesa de 1965 relativa ao imposto sobre os dividendos.

9 — § 94a, n.° 2, ponto 2, da lei austríaca sobre o imposto de rendimento.

das disposições neerlandesas, a isenção da retenção na fonte pode ser concedida imediatamente se a sociedade filial prestar uma garantia de valor igual ao montante do imposto previsto [10].

35. Embora nos presentes processos o Governo neerlandês apoie a posição do Governo alemão, parece-me existir uma diferença fundamental entre a legislação neerlandesa e austríaca e a norma alemã. Enquanto a norma alemã tem como efeito tributar de modo definitivo qualquer distribuição feita por uma sociedade filial alemã no primeiro ano seguinte ao da sua aquisição por uma sociedade-mãe não residente, as disposições austríacas e neerlandesas, embora tributem provisoriamente durante o período mínimo de participação ou exijam a constituição de uma garantia de valor igual ao montante do imposto, acabam por conceder a isenção relativamente a esse período, desde que estejam preenchidas determinadas condições. Como a Comissão referiu na audiência, não tratam os agrupamentos de sociedades de modo idêntico independentemente de o período de participação ter sido ou não respeitado.

36. Abordando, portanto, a interpretação do artigo 3.°, n.° 2, considero antes de mais que a disposição é mais compatível com o ponto de vista da Denkavit e da Comissão do que com o dos governos que apresentaram observações. O artigo 3.°, n.° 2, confere aos Estados-Membros a faculdade de «...não aplicar a presente directiva... às sociedades em que uma sociedade de outro Estado-Membro não conserve essa participação durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos». Estes termos, e em particular a utilização do tempo presente («não conserve») [11], têm por efeito autorizar os Estados-Membros a não aplicar o artigo 5.° da directiva se a sociedade-mãe não mantiver a sua participação durante dois anos. Não conferem a um Estado-Membro a faculdade de recusar a isenção relativamente ao período inicial, mesmo no caso de a sociedade-mãe manter efectivamente a sua participação na sociedade filial durante esse período.

37. Existe, apesar disso, uma certa ambiguidade na redacção do artigo 3.°, n.° 2, na medida em que não determina claramente em que momento um Estado-Membro deve decidir se está preenchida a condição de participação. Noutros termos, não está claramente dito se um Estado-Membro — conforme sugerem a Denkavit e a Comissão — deve aplicar provisoriamente a directiva e, quando se verifique posteriormente que a condição não está preenchida, aplicar o imposto com efeito retroactivo ou se pode — como a Áustria — aplicar provisoriamente o imposto (ou, como os Países Baixos, exigir a prestação de uma garantia de valor igual ao montante do imposto) até que tenha a prova de que foi preenchida a condição de participação. Como esclarecerei adiante, considero

10 — Artigo 4.° b, n.° 1, da lei de 1965 relativa ao imposto sobre os dividendos.

11 — V. também, por exemplo, as versões francesa («ne conserve pas»), neerlandesa («niet behoudt»), alemã («nicht hält»), italiana («non conservi»), inglesa («does not maintain») e espanhola («no conserve»). A versão dinamarquesa, que utiliza o passado do verbo «conservar» («har besiddet»), afasta-se aparentemente das restantes versões linguísticas.

que há que deixar aos Estados-Membros liberdade de escolha entre estas duas possibilidades.

38. Ir mais além, interpretando o artigo 3.°, n.° 2, de modo contrário à sua redacção, no sentido de que autoriza os Estados-Membros a aplicar definitivamente em todos os casos a retenção na fonte à taxa normal durante um período que pode ir até dois anos, seria incompatível com o objectivo da directiva. Ao contrário do que afirmam os governos, tal interpretação seria susceptível de constituir uma barreira à cooperação transfronteiriça, pois a impossibilidade de uma sociedade-mãe, durante um período que pode ir até dois anos, de receber dividendos de uma sociedade filial recentemente adquirida sem estar sujeita a uma retenção na fonte constitui uma desvantagem que há que ter em conta no âmbito de uma eventual operação de reestruturação ou de agrupamento. Como demonstra o caso da Denkavit, a sujeição à retenção na fonte incentiva a adiar o pagamento de dividendos até ao termo do prazo que dá direito à isenção. Pode, porém, ser necessário que uma sociedade-mãe receba uma distribuição imediata da sociedade filial para financiar um empréstimo ou remunerar correctamente o capital que teve de obter para adquirir a sociedade filial. A retenção provisória na fonte ou a obrigação de prestar uma caução constituem entraves menos graves, dado que a distribuição de lucros pode sempre ser efectuada, sabendo-se que a isenção da retenção na fonte acabará por ser concedida desde que seja preenchida a condição de participação.

39. A interpretação proposta pelos governos intervenientes é, além disso, desproporcionada relativamente ao objectivo do artigo 3.°, n.° 2, que é o de evitar a utilização dos benefícios da directiva para aquisições de curto prazo que não se incluem nos objectivos da directiva. Como demonstram as disposições austríacas e neerlandesas, esse objectivo pode ser alcançado através de medidas menos restritivas, como a exigência de a filial proceder à retenção provisória na fonte durante o período mínimo de participação, ou de prestar uma garantia de valor igual ao montante do imposto.

40. Não me convence o argumento dos governos baseado na natureza da retenção ou nas dificuldades de ordem administrativa de aplicar regras menos restritivas. Aceito o argumento do Governo alemão de que uma das características essenciais da retenção na fonte é permitir a gestão e a cobrança simplificadas do imposto, em especial no caso de pagamentos transfronteiriços. Mas, embora isso possa justificar a cobrança provisória do imposto até a sociedade-mãe provar que respeitou o prazo de participação exigido, não penso que seja inerente à natureza da retenção na fonte não poder haver nunca restituição quando o imposto retido na fonte exceda a dívida do beneficiário. A restituição de impostos retidos na fonte sobre diversas categorias de rendimentos não é rara, quer no âmbito nacional quer no transfronteiriço.

41. Pode suceder que, no caso de pagamento de dividendos transfronteiriços, as duas funções da retenção na fonte coincidam normalmente: a retenção na fonte corresponde à dívida fiscal do beneficiário não residente no Estado da sociedade que distribui os lucros, funcionando como mecanismo de cobrança do imposto. Consequentemente, o montante cobrado é normalmente o montante devido a título definitivo, de modo que a questão da restituição se não coloca. Mas, na realidade, uma sociedade que preencha a condição de participação prevista no artigo 3.°, n.° 2, da directiva não é devedora do imposto. Nessas circunstâncias, a retenção na fonte funciona apenas como meio de cobrança provisória. A aplicação definitiva da retenção na fonte só se justifica em relação a sociedades devedoras do imposto por não preencherem a condição de participação exigida.

42. Não penso que a administração fiscal tivesse de suportar um ónus intolerável se fosse obrigada a restituir o imposto cobrado a mais às sociedades-mãe que provassem ter respeitado o requisito de participação. A fiscalização dos negócios dos contribuintes e a aplicação dos ajustamentos necessários fazem parte das tarefas diárias da administração fiscal e afigura-se pouco provável que uma obrigação desse tipo aumentasse em muito a sua carga de trabalho. Interrogados em especial sobre este ponto na audiência, os governos não referiram dificuldades significativas e o Governo alemão reconheceu mesmo que a restituição do imposto seria tecnicamente possível. As normas austríacas servem uma vez mais de apoio a este ponto de vista, dado que permitem a restituição do imposto mediante requerimento devidamente apresentado pelo contribuinte. Além disso, são possíveis outras soluções que não impliquem uma efectiva restituição do imposto, como a constituição de garantias bancárias.

43. Não subscrevo o argumento do Governo grego de que a recusa de restituição da retenção feita durante os dois primeiros anos a seguir à aquisição se justifica pela necessidade de segurança jurídica da administração fiscal e dos contribuintes. Como a Comissão sugere, há que presumir que uma distribuição de lucros efectuada por uma sociedade filial à sua sociedade-mãe é abrangida pela directiva e está isenta de imposto. Compete aos Estados-Membros, se for caso disso, elaborar os respectivos orçamentos em conformidade. No que toca ao contribuinte, não vejo como pode seriamente afirmar-se que a restituição do imposto depois de completado o período mínimo de participação violaria o seu interesse na segurança jurídica.

44. Pode mesmo duvidar-se de que os Estados-Membros possam justificar a tributação provisória ou a exigência de garantias de valor igual ao montante do imposto. A isenção provisória pode ser o método de execução adequado. Não me convence completamente o argumento de que não é possível conceder a isenção provisória por os Estados-Membros poderem ter dificuldades na cobrança *a posteriori* do imposto a sociedades filiais estabelecidas no seu território. Os Estados-Membros poderiam dispor que as sociedades filiais são solidariamente devedoras do imposto. Em minha opinião, não é mais difícil cobrar o imposto a uma sociedade filial residente do que cobrar outros

impostos sobre o rendimento e mais-valias a contribuintes residentes. Acresce que, mesmo na eventualidade de liquidação, as autoridades fiscais dispõem, em determinados casos, de créditos privilegiados.

45. É também difícil conciliar este argumento com a premissa subjacente à directiva sobre fusões [12]. Esta prevê que os Estados-Membros não tributem imediatamente as mais-valias relativas aos bens transferidos em caso, designadamente, de fusões, cisões e entradas de activos que envolvam sociedades de dois ou mais Estados-Membros. A directiva baseia-se expressamente na suposição de que os interesses financeiros dos Estados-Membros podem ser salvaguardados apesar do adiamento da tributação, uma vez que as operações em questão têm normalmente como resultado a transformação da sociedade contribuidora em estabelecimento estável da sociedade beneficiária, situado no território do Estado da sociedade contribuidora, ou a afectação dos activos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária [13]. Por outras palavras, o Estado da sociedade contribuidora pode adiar a tributação sabendo que os activos, embora entrados numa sociedade residente noutro Estado-Membro, continuarão a ser afectos a um estabelecimento estável desta sociedade no seu território, o que lhe permite tributar estes activos no momento da respectiva realização por esta sociedade. Assim, ao acordarem na adopção desta directiva, os Estados-Membros consideraram evidentemente ser aceitável o risco de o imposto adiado não poder ser cobrado ao estabelecimento estável de uma sociedade beneficiária não residente; em minha opinião, o risco da perda de rendimentos que resulta do adiamento da tributação nestas circunstâncias é bem maior do que no presente contexto.

46. Aceito, apesar disso, a tese geral dos governos de que os Estados-Membros devem ter alguma latitude para adoptar soluções baseadas no artigo 3.°, n.° 2, que sejam praticáveis e também eficazes na prevenção dos abusos. Em especial, como o Governo neerlandês sugeriu na audiência, a cobrança do imposto pode revelar-se difícil no caso de um entendimento especialmente concebido para utilizar indevidamente os benefícios conferidos pela directiva. Por esta razão — e tendo em conta a ambiguidade, acima referida, da redacção do artigo 3.°, n.° 2 — não partilho o ponto de vista da Denkavit e da Comissão de que o artigo 3.°, n.° 2, deve ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros devem conceder imediatamente a isenção, obrigando-os, deste modo, a aplicar o imposto retroactivamente quando se verifique que o requisito de participação não foi respeitado. Como já expliquei, a aplicação provisória da retenção na fonte, embora seja um obstáculo aos agrupamentos transfronteiriços, será provavelmente um obstáculo muito menor do que a norma alemã em causa no processo presente. Parece-me, por isso, que um Estado-Membro deve ter liberdade para, se o considerar necessário, efectuar provisoriamente a retenção na fonte até poder certificar-se razoavelmente de que foi respeitada a exigência de participação ou exigir a prestação de uma garantia de valor igual ao do imposto, desde que não aplique as suas normas de modo arbitrário. Em conformidade com o princípio da igualdade de trata-

12 — Referida na nota 3.

13 — V., em especial, os quinto e sexto considerandos do preâmbulo.

mento dos pedidos baseados no direito comunitário, devem ser pagos juros em caso de restituição de qualquer retenção na fonte nas mesmas condições que se aplicam à restituição de impostos nos termos da legislação nacional.

47. Consequentemente, considero que deve responder-se à primeira questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional nos três processos que um Estado-Membro não tem o direito de recusar a uma sociedade-mãe que tenha sede noutro Estado-Membro o benefício da isenção da retenção na fonte previsto no artigo 5.° da directiva quando, no momento da distribuição de lucros, não estiver ainda completado o período mínimo de participação. Pode, porém, proceder à tributação provisória ou exigir a prestação de uma garantia de valor igual ao do imposto até que seja feita prova de estar completado o período mínimo de participação. Não está obrigado a conceder a isenção imediata se a sociedade-mãe se comprometer a respeitar o período mínimo de participação.

Segunda questão

48. Com a segunda questão, redigida de modo idêntico nos três processos, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se o artigo 5.° da directiva tem efeito directo e se uma sociedade-mãe pode invocar essa disposição nos órgãos jurisdicionais do Estado da sociedade filial.

49. A Denkavit e a Comissão sugerem que se responda afirmativamente a esta questão. A Denkavit observa que, apesar do artigo 3.°, n.° 2, é possível identificar direitos mínimos conferidos pela directiva. A Comissão considera que a resposta do Tribunal de Justiça deve ser suficientemente ampla para ter em conta a situação da sociedade filial.

50. O Bundesamt e os governos não apresentaram observações sobre a segunda questão.

51. Partilho o ponto de vista da Denkavit de que a redacção do artigo 5.° é simultaneamente incondicional e suficientemente precisa. Além disso, como a Denkavit observa, está assente que a circunstância de ser deixada aos Estados-Membros uma certa margem de apreciação não exclui o efeito directo de uma disposição de uma directiva se for possível determinar direitos mínimos [14]. Em minha opinião, as possibilidades de opção concedidas aos Estados-Membros pelos artigos 1.°, n.° 2, 3.°, n.° 2, e 5.°, n.os 2 a 4, da directiva não impossibilitam a determinação dos direitos mínimos conferidos pelo artigo 5.° Apesar do disposto no artigo 3.°, n.° 2, segundo travessão, e no artigo 5.°, n.° 3, a directiva confere a uma sociedade-mãe que receba dividendos de uma sociedade filial

14 — V., por exemplo, acórdão de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.° 17).

alemã o direito mínimo de não ser obrigada a pagar uma retenção na fonte de mais de 5%, desde que mantenha a sua participação na sociedade filial por um período mínimo que não pode ser superior a dois anos.

52. Por outro lado, não penso que o efeito directo do artigo 5.° seja anulado pelo artigo 1.°, n.° 2, nos termos do qual a directiva «... não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos». Parece-me que os limites do poder conferido aos Estados-Membros por esta disposição podem ser objecto de determinação judicial; a tese contrária prejudicaria gravemente o efeito útil da directiva. De qualquer modo, o artigo 1.°, n.° 2, não foi directamente invocado nos presentes processos.

53. Os procedimentos de cobrança do imposto com base na directiva dependem, porém, do direito nacional. Sem prejuízo da exigência primeira de protecção efectiva dos direitos conferidos pelo direito comunitário, compete, por isso, ao direito nacional determinar os procedimentos através dos quais uma sociedade-mãe deve exercer os direitos que a directiva lhe confere. No âmbito desses procedimentos, uma sociedade-mãe pode invocar o artigo 5.° da directiva nos órgãos jurisdicionais do Estado da sociedade filial.

Terceira questão

54. Com a terceira questão submetida no processo C-283/94, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se, partindo do princípio de que a norma nacional controvertida é contrária ao artigo 3.°, n.° 2, da directiva, uma sociedade-mãe que tenha adiado a distribuição de lucros até estar completado o período mínimo de participação tem direito a indemnização por parte do Estado da sociedade filial pela perda de juros, nos termos dos critérios estabelecidos no acórdão Francovich e o..

55. A Denkavit alega que as condições exigidas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Francovich estão reunidas: o resultado previsto no artigo 5.°, n.° 3, da directiva implica a atribuição de direitos aos particulares; o conteúdo desses direitos pode ser identificado com base nas disposições da directiva; existe um nexo de causalidade entre a infracção e a perda de juros.

56. A Comissão observa que o dever de indemnizar os prejuízos afirmado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Francovich tem natureza subsidiária relativamente aos meios processuais principais ao dispor dos particulares quando uma directiva não tenha sido correctamente transposta. Se a disposição em causa tiver efeito directo, não se coloca a questão da reparação sob a forma de indemnização.

57. O Bundesamt alega essencialmente que a acção no órgão jurisdicional nacional não é uma acção de indemnização, e que a questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional não é, por isso, relevante para a resolução do litígio.

58. O Bundesamt alega ainda que, ao contrário da situação que se verificava no processo Francovich e o., a República Federal da Alemanha transpôs a directiva; além disso, as normas alemãs, na hipótese de serem ilegais, não constituem violação manifesta do direito comunitário.

59. O Governo alemão não apresentou observações quanto à terceira questão. Pergunta, porém, como é possível que a Denkavit tenha sofrido prejuízos, uma vez que a sua sociedade filial alemã tinha a possibilidade de investir os fundos que detinha.

60. Ao contrário do Bundesamt, não penso que possa concluir-se que a questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional é irrelevante para o litígio que corre no Finanzgericht. Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, só pode ser rejeitado um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional se for evidente que o mesmo não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal [15]. O despacho de reenvio refere que, por o Bundesamt ter alterado a sua decisão durante o processo, a Denkavit limitou o recurso ao período anterior a 15 de Julho de 1993 e alterou o pedido inicial, requerendo que seja declarado pelo Finanzgericht que a decisão do Bundesamt está ferida de ilegalidade. O seu objectivo expresso ao procurar obter essa declaração era, com base na mesma, pedir uma indemnização em processo separado noutros órgãos jurisdicionais alemães. Interrogada pelo Tribunal na audiência, a Denkavit esclareceu que, segundo as normas processuais alemãs aplicáveis, só poderia obter essa declaração do Finanzgericht se tivesse um interesse legítimo na mesma; a terceira questão do Finanzgericht deveria ser vista dessa perspectiva. Por isso, embora a Denkavit não requeira uma indemnização no processo que corre no Finanzgericht, não pode concluir-se que a questão submetida por este não tem relevância para os factos ou para o objecto do litígio no processo principal. Acrescentarei que não compete ao Tribunal de Justiça verificar se, nos termos das disposições alemãs que regulam o processo e a organização judicial, a Denkavit tinha o direito de alterar o seu pedido por forma a solicitar a declaração em questão no processo que corre no Finanzgericht [16].

61. Pelo contrário, partilho o ponto de vista do Bundesamt, segundo o qual o direito comunitário não obriga a República Federal da Alemanha a indemnizar a Denkavit por qualquer perda ou prejuízo que possa ter sofrido devido à transposição incorrecta da

15 — V., mais recentemente, acórdão de 18 de Janeiro de 1996, SEIM (C-446/93, Colect., p. I-73, n.° 28).

16 — V., por exemplo, acórdão de 20 de Outubro de 1993, Balocchi (C-10/92, Colect., p. I-5105, n.os 16 e 17).

directiva. Como o Tribunal de Justiça declarou nos acórdãos Francovich e o. [17] e Brasserie du pêcheur e Factortame [18], as condições em que um Estado incorre na obrigação de reparar uma perda ou prejuízo dependem da natureza da violação. No recente acórdão British Telecommunications [19], o Tribunal de Justiça enunciou os princípios que regem a responsabilidade do Estado em matéria de indemnização na hipótese de um Estado-Membro ter procurado transpor uma directiva para o direito nacional e o ter feito incorrectamente. O Tribunal de Justiça declarou que, tendo em conta o poder de apreciação de que os Estados-Membros dispõem ao exercer a sua actividade normativa para transporem uma directiva, um Estado-Membro só é responsável pelos prejuízos causados pela incorrecta transposição se estiverem reunidas as condições restritivas referidas no acórdão Brasserie du pêcheur e Factortame e, designadamente, se a violação do direito comunitário for suficientemente grave. Uma violação é suficientemente grave quando um Estado-Membro, no exercício do seu poder normativo, tenha violado de modo manifesto e grave os limites impostos ao exercício desses poderes.

62. No acórdão British Telecommunications, o Tribunal de Justiça, embora reconhecendo que competia em princípio aos órgãos jurisdicionais nacionais verificar se estão preenchidas as condições relevantes, considerou que não estava em situação de poder apreciar ele próprio a matéria de facto do caso concreto. Entre os elementos a tomar em consideração estava o grau de clareza e de precisão da norma violada. A interpretação de que o Reino Unido fizera da disposição em causa, embora diferente da do Tribunal de Justiça, era razoável e tinha sido feita em boa fé. Esta interpretação era partilhada por outros Estados-Membros e não era manifestamente contrária à redacção da directiva ou ao seu objectivo. Por outro lado, o Reino Unido não dispunha de qualquer indicação decorrente da jurisprudência do Tribunal de Justiça ou de qualquer posição tomada pela Comissão. O Tribunal de Justiça concluiu que, nestas circunstâncias, não estavam reunidas as condições para que se efectivasse a responsabilidade do Reino Unido pelos prejuízos causados.

63. Em minha opinião, o mesmo se deve concluir no presente caso. O Tribunal de Justiça pode verificar se estão reunidas as condições relevantes. Embora eu tenha sugerido que não se deve acolher a interpretação do artigo 3.°, n.° 2, da directiva proposta pela República Federal da Alemanha, não penso que se possa considerar essa interpretação como sendo manifestamente contrária ao texto e ao objectivo da directiva. É partilhada por vários outros Estados-Membros. Além disso, até à data não existe jurisprudência relativa à directiva.

64. Consequentemente, não penso que o direito comunitário confira à Denkavit direito a indemnização por perdas que possa ter sofrido em consequência do adiamento da distribuição de lucros pela sociedade sua filial. A situação só seria diferente se o direito nacional conferisse um direito desse tipo em circunstâncias equiparáveis.

17 — Já referido na nota 2, n.° 38.

18 — Acórdão de 5 de Março de 1996 (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.° 38).

19 — Acórdão de 26 de Março de 1996 (C-392/93, Colect., p. I-1631).

Conclusão

65. Assim, sou de opinião de que deve responder-se da forma seguinte às questões submetidas ao Tribunal de Justiça pelo Finanzgericht Köln nos processos apensos C-283/94, C-291/94 e C-292/94:

«1) O artigo 3.°, n.° 2, da 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, *não autoriza os Estados-Membros* a recusar a uma sociedade-mãe o benefício da isenção de retenção na fonte sobre os lucros distribuídos pela sociedade sua filial, conferida pelo artigo 5.° da directiva, quando, no momento da distribuição dos lucros, não estiver ainda completado o período mínimo de participação previsto no artigo 3.°, n.° 2, segundo travessão. Um Estado-Membro pode, porém, efectuar uma retenção provisória na fonte ou exigir a prestação de uma garantia de valor igual ao do imposto até que a sociedade-mãe faça prova de estar completado o período mínimo de participação. O Estado-Membro não está obrigado a conceder a isenção imediata da retenção na fonte a uma sociedade-mãe que se comprometa a conservar as suas participações até terminar o período mínimo de participação.

2) Uma sociedade-mãe pode invocar directamente o artigo 5.° da Directiva 90/435 contra as autoridades do Estado-Membro da sociedade filial nos órgãos jurisdicionais desse Estado, nos termos das normas processuais desse Estado.

3) O direito comunitário não confere a uma sociedade-mãe direito a indemnização, em circunstâncias como as referidas no presente processo, por perda de juros que possa ter sofrido devido ao adiamento de uma distribuição de lucros.»