CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 29 de Junho de 2006 [1]

I — Introdução

1. O presente processo, um reenvio prejudicial da High Court of Justice of England and Wales, diz respeito à compatibilidade com as disposições do Tratado sobre livre circulação das chamadas regras «thin cap» ou «thin capitalisation» (relativas à subcapitalização) do Reino Unido, nas várias versões alteradas, segundo as quais o Reino Unido restringe a dedutibilidade dos pagamentos de juros efectuados por filiais britânicas a sociedades-mãe ou sociedades intermédias de grupo não residentes.

2. O processo suscita uma vez mais a questão da compatibilidade com as disposições sobre livre circulação da legislação nacional «anti-abuso» em matéria de impostos directos, tal como é suscitada, em especial, no acórdão Lankhorst-Hohorst de 2002 (relativo às regras de subcapitalização alemãs) e no processo pendente Cadbury Schweppes (relativo à legislação do Reino Unido sobre as sociedades estrangeiras controladas) [2]. Na sequência do acórdão Lankhorst-Hohorst, no entanto, os limites permissíveis das restrições à subcapitalização não ficaram totalmente claros, conduzindo certos Estados-Membros — incluindo o Reino Unido e a Alemanha — a estender as suas legislações relativas à subcapitalização a pagamentos nacionais internos de um grupo, apesar de não poder surgir nenhum risco de «abuso» em situações puramente nacionais. Por esse motivo, e porque a legislação do Reino Unido é diferente em muitos aspectos da legislação alemã impugnada no processo Lankhorst-Hohorst, este processo exige um novo tratamento da questão.

1 — Língua original: inglês.

2 — Acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Colect., p. I-11779); processo pendente C-196/04, Cadbury Schweppes (ver as conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas em 2 de Maio de 2006).

II — Quadro jurídico

A — *Legislação aplicável no Reino Unido*

1. Contexto e razão de ser das normas relativas à subcapitalização

3. Existem dois meios principais de financiamento das sociedades: contracção de empréstimos e emissão de acções. Muitos Estados-Membros operam uma distinção quanto à tributação directa destas duas formas de financiamento. No caso do financiamento por empréstimos, as sociedades podem geralmente deduzir os pagamentos de juros sobre os empréstimos aos seus lucros tributáveis (ou seja, antes do imposto), com fundamento em que isso constitui uma despesa corrente incorrida na prossecução das actividades empresariais. No caso do financiamento por emissão de acções, no entanto, as sociedades não podem deduzir dos seus lucros antes de impostos as distribuições pagas aos accionistas; em vez disso, os dividendos são pagos a partir dos lucros já tributados.

4. Esta diferença de tratamento fiscal significa que, no contexto de um grupo de sociedades, pode ser vantajoso para uma sociedade-mãe financiar um dos membros do grupo por meio de empréstimos, em vez de acções. O incentivo fiscal nesse sentido é especialmente evidente se a filial estiver localizada num território onde a tributação é relativamente elevada, enquanto a sociedade-mãe (ou mesmo uma sociedade intermédia do grupo que fornece o empréstimo) está localizada num território onde a tributação é mais baixa. Nessas circunstâncias, aquilo que, em substância, é um investimento por acções pode ser apresentado sob a forma de dívida a fim de obter um tratamento fiscal mais favorável. Este fenómeno é designado por «subcapitalização». Ao manipular, deste modo, a forma como o capital é fornecido, uma sociedade-mãe pode efectivamente escolher onde quer que os lucros sejam tributados.

5. Muitos Estados, considerando a subcapitalização abusiva, implementaram medidas destinadas a contrariar esse abuso. Estas medidas dispõem, tipicamente, que os empréstimos que preenchem determinados critérios são considerados para efeitos fiscais como capital próprio dissimulado. Isso significa que os pagamentos de juros são requalificados com distribuições de lucros, de modo que a filial não pode deduzir total ou parcialmente o pagamento de juros do seu rendimento tributável e o pagamento está sujeito às regras aplicáveis à tributação de dividendos [3].

3 — Na Comunidade, 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), proíbe a aplicação de uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos por uma filial à sua sociedade-mãe.

2. Normas aplicáveis no Reino Unido até 1995

6. A Section 209(2)(d) do Income and Corporation Taxes Act 1988 (a seguir «TA») estabelecia que qualquer juro pago por uma sociedade sobre um empréstimo que ultrapassasse o rendimento comercial razoável do mútuo deveria ser considerado como distribuição de lucros na medida em que excedesse esse rendimento [4]. Esta regra era aplicável quer o pagamento fosse efectuado a um mutuante residente quer a um não residente. Isto significava que o montante em excesso não era dedutível, a título de juros, no cálculo dos lucros tributáveis da sociedade, mas era considerado uma distribuição de lucros posterior à tributação destes. O facto de os juros serem considerados uma distribuição de lucros significava ainda que, ao fazer o pagamento dos juros, a sociedade estava sujeita ao pagamento por conta do imposto sobre as sociedades (a seguir «ACT») [5].

7. A Section 209(2)(e)(iv) e (v) do TA consagrava uma outra norma que considerava uma distribuição de lucros todos os juros, para além do juros já considerados como uma distribuição de lucros por força do paragraph (d), pagos a qualquer mutuante não residente no Reino Unido que pertencesse ao mesmo grupo de sociedades (conforme definido). Em especial, esta Section era aplicável a empréstimos concedidos por uma sociedade não residente no Reino Unido a uma sociedade residente no Reino Unido que fosse uma filial a 75% da sociedade mutuante, ou em que ambas as sociedades fossem filiais a 75% de uma terceira sociedade não residente no Reino Unido. Assim, nos termos das disposições britânicas aplicáveis até à alteração da legislação em 1995 — e sem ter em conta o efeito das convenções para evitar a dupla tributação (a seguir «CDT») aplicáveis que descrevo *infra* —, os pagamentos de juros feitos por uma sociedade residente no Reino Unido a outra sociedade do mesmo grupo (conforme definido) residente fora do Reino Unido, eram sempre considerados uma distribuição de lucros, mesmo quando os juros do empréstimo representavam um rendimento comercial razoável do mútuo.

8. As disposições de determinadas CDT concluídas pelo Reino Unido preveniam a aplicação das regras da Section 209 do TA acima referidas, assegurando assim que os juros fossem dedutíveis aos lucros para efeitos fiscais, em determinadas circunstâncias. Esses acordos produziam efeitos apesar das disposições em contrário na legislação interna do Reino Unido [6]. Embora a redacção das disposições das CDT varie, o órgão jurisdicional de reenvio declara, no pedido prejudicial, que elas podem, em geral, classificar-se numa de duas categorias.

4 — Ao passo que o TA e as respectivas alterações referem em geral a prestação de garantias pelo mutuário ao mutuante, em vez de empregarem os termos de emprestar por meio de um mútuo, nestas conclusões, por motivos de simplicidade e clareza, referir-me-ei à concessão de um empréstimo por um mutuante a um mutuário.

5 — Section 14 do TA.

6 — Section 788(3) do TA.

9. A primeira categoria de disposições concentra-se sobre a questão de saber se a taxa de juro pode ser considerada uma taxa comercial, tendo em conta o montante da dívida. Não inquirem sobre a questão de saber se o montante da dívida em si mesmo resulta de uma situação de plena concorrência. Estas disposições encontram-se, por exemplo, nas CDT celebradas com o Luxemburgo, o Japão, a Alemanha, a Espanha e a Áustria. O artigo 11.º, n.º 7, da CDT entre o Reino Unido e o Luxemburgo dispõe: «No casos em que, devido a uma relação especial entre o devedor e o credor ou entre estes e um terceiro, o montante dos juros pago, tendo em consideração o débito pelo qual estes são pagos, exceder o montante que teria sido acordado pelo devedor e pelo credor se não existisse tal relação [...] a parte que exceder os pagamentos é sempre tributável em conformidade com a legislação de cada Parte Contratante, sem prejuízo do disposto noutros artigos da presente Convenção.»

10. A segunda categoria de disposições implica um exame mais geral da questão de saber se o montante dos juros excede por qualquer motivo o que seria pago numa situação de plena concorrência. Isto inclui a questão de saber se o montante do próprio empréstimo excede o montante que teria sido emprestado numa situação de plena concorrência. Este tipo de disposições pode ser encontrado, por exemplo, nas CDT celebradas com os EUA, a Irlanda, a Suíça, os Países Baixos, a França e a Itália. Assim, o artigo 11.º, n.º 5, da CDT entre o Reino Unido e os Estados Unidos dispõe: «Nos casos em que, devido a uma relação especial entre o pagador e a pessoa que recebe o juro ou entre ambos e um terceiro, o montante do juro exceder, por qualquer razão, o montante que teria sido pago se não existisse tal relação [...] a parte que exceder os pagamentos é sempre tributável em conformidade com a legislação de cada Parte Contratante, sem prejuízo do disposto noutros artigos da presente Convenção.»

11. O âmbito mais alargado da segunda categoria de disposições convencionais é confirmado pela Section 808 A(2) do TA [7], que estabelece que, ao determinar se existe tal «relação especial», devem ser tidos em conta todos os factores, incluindo o de saber se o empréstimo teria sido sequer contraído, quanto teria sido emprestado e qual a taxa de juro na ausência de tal relação. No que respeita às duas categorias de CDT, a Section 808 A (3) estabelece que a disposição sobre a relação especial deve ser interpretada no sentido de exigir ao contribuinte que demonstre a não existência de uma relação especial ou (se for caso disso) que demonstre qual o montante dos juros que teria sido pago na falta de tal relação especial. Estas disposições aplicam-se a juros pagos depois de 14 de Maio de 1992.

7 — Introduzida pela Section 52 do Finance Act (No 2) 1992.

3. As alterações de 1995

12. A Section 209(2)(e)(iv) e (v) do TA foi revogada e substituída pela Section 209(2)(da), que previa essencialmente que os juros pagos entre sociedades do mesmo grupo (conforme definido) que ultrapassassem o montante que teria sido pago numa situação de imparcialidade [8] seriam considerados uma distribuição de lucros. Esta Section aplica-se quando a mutuária é uma filial a 75% da mutuante, ou quando ambas são filiais a 75% de uma terceira sociedade.

13. Contudo, nos termos da Section 212(1) e (3) do TA, na sua redacção alterada, a Section 209(2)(da) do TA não é aplicável no caso de tanto aquele que paga como aquele que recebe o juro estarem ambos sujeitos ao imposto sobre as sociedades do Reino Unido.

4. As alterações de 1998

14. A Section 209(8B) enuncia os critérios a utilizar para determinar se os pagamentos de juros devem ser considerados distribuições de lucros. Estes são enumerados como sendo: o nível adequado de endividamento global da mutuária; a medida em que se podia esperar que a mutuária ou uma determinada pessoa se teriam tornado partes numa transacção implicando a emissão de um título pela sociedade emissora ou a concessão de um empréstimo a essa sociedade; e a taxa de juro ou outras condições que possam ser aplicáveis em qualquer caso a essa transacção. A Section 209(8A), em conjugação com a Section 209(8D) a (8F), determina a medida em que as sociedades podem ser agrupadas para efeitos da avaliação dos níveis do seu endividamento numa base consolidada. No essencial, as normas não permitem esta consolidação no caso de diferentes sub-grupos britânicos que façam parte de um grupo estrangeiro maior. A capacidade de endividamento de cada sub-grupo britânico é considerada em separado [9].

15. O anexo 28AA do TA, introduzido pelo Finance Act 1998, contém um código

8 — Esta Section aplica-se quando o empréstimo «represente total ou parcialmente um montante que não teria de ser pago à outra sociedade se se tratasse de sociedades sem qualquer relação entre si (excepto no que diz respeito aos títulos ou valores em questão), que não tivessem concluído acordos nem tivessem qualquer ligação (formal ou informal), excepto a parte, se existir, de qualquer distribuição que não represente tal montante ou que constitua uma distribuição em virtude da alínea (d) ou um montante que represente o principal garantido pelos títulos» (Section 209(2)(da)(ii)).

9 — A Section 209(8A)(b) dispõe que, na determinação da aplicabilidade dos factores que levam à qualificação como distribuição expostos na Section 209(8B), não deve ser tida em conta qualquer relação, qualquer acordo ou ligação (que não seja a relação entre o mutuário e o mutuante) entre o mutuário e qualquer outra pessoa, excepto no caso de esta pessoa (i) não ter nenhuma ligação relevante [tal como definido na Section 209(8C)] com o mutuário e (ii) ser uma sociedade membro do mesmo grupo de sociedades britânicas [tal como definido na Section 209(8D)] que o do mutuário.

pormenorizado de regras sobre preços das transferências que também é aplicável aos pagamentos de juros. As regras sobre preços das transferências são aplicáveis quando: (1) existe uma «disponibilização de fundos mediante uma transacção», ou uma série de transacções, entre duas sociedades sob controlo comum. Para este efeito, o controlo inclui a participação directa ou indirecta na gestão, no controlo ou no capital de qualquer sociedade em causa [10]; (2) os termos da disponibilização são diferentes do que teriam sido se as sociedades não estivessem sujeitas a um controle comum; e (3) a disponibilização dos fundos implica uma vantagem potencial para uma das pessoas em causa relativamente aos impostos do Reino Unido. Nesse caso, os lucros e as perdas da(s) pessoa (s) potencialmente favorecida(s) «devem ser calculados para efeitos fiscais como se o princípio da plena concorrência tivesse sido aplicado ou imposto em vez da disposição que foi aplicada» [11].

16. Não se considerava que a disposição conferisse a uma das pessoas afectadas uma vantagem potencial quando, entre outros, a outra parte na transacção fosse sujeito passivo do imposto sobre o rendimento ou do imposto sobre as sociedades no Reino Unido, e quando estivessem preenchidas certas outras condições. Essas condições exigiam que (1) a pessoa não tivesse direito a qualquer isenção de imposto sobre o rendimento ou de imposto sobre as sociedades relativamente a (parte do) rendimento ou dos lucros tributáveis [12]; (2) nos casos em que essa pessoa fosse sujeito passivo do imposto sobre o rendimento relativamente aos lucros decorrentes dessas actividades, a pessoa fosse residente no Reino Unido nos períodos fiscais em que era sujeito passivo [13]; (3) a pessoa não tivesse direito [14] a um crédito fiscal em qualquer período fiscal por qualquer imposto estrangeiro relativo a lucros decorrentes das actividades pertinentes, nem pudesse vir a ter esse direito em qualquer período fiscal se existissem tais lucros ou se excedessem um determinado montante [15]; e (4) os montantes tidos em conta no cálculo dos lucros e perdas da pessoa pelas actividades relevantes em qualquer período fiscal não incluíssem qualquer rendimento cujo montante fosse reduzido em conformidade com a Section 811(1) do TA (dedução por pagamento de imposto estrangeiro quando não fosse conferido um crédito de imposto).

17. Esta regra foi alterada pelo Finance Act 2004, de modo que passou a aplicar-se quando ambas as partes na operação são sujeitos passivos de imposto no Reino Unido.

10 — Schedule 28AA(1)(1)(b).

11 — Schedule 28AA(1)(2). Segundo o anexo 28AA(5) do TA, esta exigência considerava-se cumprida num caso concreto quando o efeito da aplicação ou imposição da disposição fosse o de reduzir o montante dos lucros sujeitos a imposto num dado período fiscal relativo a essa pessoa e/ou aumentar o montante das perdas num dado período fiscal relativo a essa pessoa.

12 — Schedule 28AA(5)(3)(b) do TA.

13 — Schedule 28AA(5)(3)(c) do TA.

14 — Em conformidade com quaisquer acordos de prevenção da dupla tributação ou nos termos da section 790(1) do TA.

15 — Schedule 28AA(5)(4) do TA.

III — Matéria de facto subjacente ao reenvio

18. O designado Thin Cap group litigation abrange acções de restituição e/ou de indemnização por desvantagens fiscais ou outras consequências adversas sofridas em resultado do regime de subcapitalização no Reino Unido, descrito supra. Essas acções foram intentadas na High Court of Justice of England and Wales na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo Lankhorst-Hohorst. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que as normas alemãs relativas à subcapitalização eram contrárias ao artigo 43.º CE [16]. Para efeitos do presente reenvio prejudicial, foram organizados processos-tipo para representar diferentes estruturas de sociedades, em cada um dos quais as partes chegaram a acordo quanto à matéria de facto. Em todos os processos-tipo existe uma filial residente no Reino Unido que é directa ou indirectamente detida em pelo menos 75% por uma sociedade-mãe não residente, tendo a sociedade-mãe concedido um empréstimo à mutuária ou tendo outra sociedade não residente, também ela uma filial directa ou indirectamente detida em 75% pela sociedade-mãe, concedido um empréstimo à mutuária. Para efeitos deste pedido prejudicial, as questões apresentadas são formuladas com base na matéria de facto de uma das transacções em causa num dos processos-tipo, o do Grupo Lafarge, e na forma pela qual os outros processos-tipo diferem dele de maneira relevante.

16 — Acórdão Lankhorst-Hohorst, já referido na nota 2.

A — *O grupo Lafarge: matéria de facto relevante*

19. A Lafarge SA, uma sociedade anónima com sede em França, é a sociedade-mãe principal de um grupo multinacional de sociedades (a seguir «Grupo Lafarge») que produz materiais de construção. Os membros relevantes do Grupo Lafarge para efeitos do presente processo são os seguintes: (1) a Financière Lafarge SA (a sociedade mutuante) que tem sede em França e é uma filial indirectamente detida em 100% pela sociedade-mãe, a Lafarge SA; e (2) a Lafarge Building Materials Limited, residente no Reino Unido, que é a sociedade holding principal da maioria das filiais do Grupo Lafarge residentes no Reino Unido, e que é, por seu lado, uma filial directa da Financière Lafarge [17]. A acção respeita também a outras 9 sociedades recorrentes pertencentes ao Grupo Lafarge, todas elas residentes no Reino Unido e filiais directas ou indirectas da Lafarge Building Materials (que detém mais de 50% do capital social de cada uma dessas sociedades).

20. Em Dezembro de 1997, o Grupo Lafarge adquiriu as acções da Redland plc, uma sociedade residente no Reino Unido. Com o fim de financiar esta aquisição, a Financière Lafarge teve à sua disposição várias linhas de crédito — garantidas por último pela sociedade-mãe — concedidas por instituições financeiras externas ao Grupo Lafarge que

17 — Em todos os períodos relevantes, a Financière Lafarge deteve sempre mais de 75% das acções emitidas pela Lafarge Building Materials.

lhe permitiram conceder empréstimos a outras sociedades do grupo ou às quais as filiais autorizadas poderiam recorrer directamente para obter fundos. Em especial, para financiar a aquisição da Redland, a Financière Lafarge concedeu um empréstimo a curto prazo à Lafarge Building Materials que, por sua vez, concedeu um empréstimo semelhante à Minerals UK, outra entidade do Grupo Lafarge. No total, este empréstimo financiou (i.e, através da Financière Lafarge e da Lafarge Building Materials) 50% do preço de aquisição das acções da Redland, sendo as restantes 50% financiadas com os fundos sacados directamente pela Minerals UK das linhas de crédito concedidas ao Grupo Lafarge por instituições financeiras externas. A maioria destes fundos sacados foram reembolsados em 1998 através de empréstimos concedidos pela Lafarge SA à Minerals UK, na sequência do refinanciamento pela Lafarge SA e pela Financière Lafarge das suas linhas de crédito externas através de uma emissão de obrigações destinada a obter melhores condições de financiamento.

21. Após a conclusão da aquisição da Redland, os consultores fiscais britânicos do Grupo Lafarge deram um parecer no sentido de que as autoridades fiscais do Reino Unido considerariam pelo menos uma parte dos juros pagos sobre esses empréstimos pela Lafarge Building Materials como distribuições de lucros, por força da Section 209(2)(da) do TA. O Grupo Lafarge reduziu então o endividamento da Lafarge Building Materials para com a Financière Lafarge através da conversão em acções de aproximadamente 75% do montante então em causa, por volta de Março de 1998. Esta operação foi realizada através do aumento do capital social da Lafarge Building Materials conseguido pela emissão de acções adicionais subscritas por sociedades do Grupo Lafarge (na sua maioria pela Financière Lafarge). O pagamento dessa subscrição de acções foi feito por compensação com a dívida, no mesmo valor, da Lafarge Building Materials à mutuante Financière Lafarge.

22. A administração fiscal do Reino Unido iniciou em Março de 1999 uma investigação sobre a aquisição da Redland. A administração fiscal não aceitou a argumentação do Grupo Lafarge no sentido de que uma instituição financeira externa teria em condições normais concedido empréstimos semelhantes em termos semelhantes aos realizados entre a Financière Lafarge e a Lafarge Building Materials e entre a Minerals UK e a Lafarge SA. A referida administração fiscal alegou que alguns dos juros deveriam ser qualificados como distribuições de lucros por força da Section 209(2)(da) do TA. Na sequência das reuniões posteriores entre a administração fiscal do Reino Unido e os consultores da Lafarge, foi concluído um acordo segundo o qual alguns dos pagamentos de juros efectuados pela Financière Lafarge à Lafarge Building Materials, e pela Minerals UK à Lafarge SA, foram requalificados como distribuições, em especial quando o rácio da dívida líquida total relativamente aos resultados antes do imposto excedesse determinados limiares.

B — *Outras recorrentes-tipo: matéria de facto relevante*

23. Os outros processos-tipo seleccionados para efeitos do presente reenvio prejudicial dizem respeito aos seguintes grupos de sociedades.

24. O primeiro processo-tipo diz respeito ao Grupo Volvo, cujos membros relevantes para efeitos do presente processo incluem (1) a AB Volvo, a sociedade-mãe cotada na bolsa com sede na Suécia; (2) a Volvo Treasury AB, uma sociedade residente na Suécia e filial detida directamente em 100% pela sociedade-mãe; (3) a Volvo Truck and Bus Limited, uma sociedade residente no Reino Unido e filial detida indirectamente em 100% pela AB Volvo através de sociedades intermédias residentes na Suécia e nos Países Baixos; (4) a VFS Financial Services (UK) Limited, uma sociedade residente no Reino Unido e filial detida indirectamente em 100% pela AB Volvo através de sociedades intermédias residentes na Suécia. Designadamente, a situação-tipo diz respeito ao financiamento pela Volvo Treasury, em Outubro de 1999 nos termos de um contrato de mútuo com a Volvo Truck and Bus. Em circunstâncias semelhantes às do Grupo Lafarge descritas *supra*, uma parte do empréstimo foi convertida em acções da Volvo Truck and Bus em Dezembro de 1999. O Grupo Volvo chegou a um acordo com a administração fiscal sobre as condições em que os pagamentos de juros não seriam requalificados como distribuições em 2000.

25. O segundo processo-tipo diz respeito ao grupo PepsiCo, cujos membros relevantes para efeitos do presente processo incluem (1) a PepsiCo Inc, a sociedade-mãe residente nos Estados Unidos da América; (2) a PepsiCo Finance Europe Limited, uma sociedade constituída no Reino Unido e residente no Luxemburgo, que exercia a sua actividade na Suíça através de uma sucursal e era uma filial detida indirectamente em 100% pela sociedade-mãe através de sociedades holding intermédias residentes na Irlanda e noutros países terceiros; (3) a PepsiCo Holdings, uma sociedade residente no Reino Unido que era uma filial detida indirectamente em 100% pela sociedade-mãe através de sociedades intermédias residentes em Estados-Membros e em países terceiros. A partir de Dezembro de 1999, a PepsiCo Finance Europe concedeu empréstimos através da sucursal suíça à PepsiCo Holdings, estando o pagamento de juros abrangido pela CDT concluída entre o Reino Unido e o Luxemburgo em 1968.

26. Os terceiro e quarto processos-tipo dizem respeito ao grupo Caterpillar, que apresentou pedidos que foram considerados como duas diferentes situações-tipo.

27. Para efeitos do terceiro processo-tipo adicional, os membros relevantes do grupo Caterpillar incluem (1) a Caterpillar Inc, a

sociedade-mãe residente nos Estados Unidos da América; (2) a Caterpillar International Finance plc, uma sociedade residente na Irlanda, filial detida total e indirectamente pela Caterpillar Inc através de sociedades holding intermédias residentes no Reino Unido ou nos EUA, sendo que uma dessas sociedades holding era a Caterpillar Financial Services Corporation, uma sociedade residente nos EUA; (3) a Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, uma sociedade residente no Reino Unido e filial detida indirectamente em 100% pela Caterpillar Inc através de sociedades holding intermédias residentes no Reino Unido ou nos EUA, sendo uma delas a Caterpillar Financial Services Corporation. Em especial, o pagamento de juros pela Caterpillar Financial Services (UK) devido pelo empréstimo que lhe foi concedido pela Caterpillar International Finance estava abrangido pela CDT concluída entre o Reino Unido e a Irlanda em 1976.

28. Para efeitos do quarto processo-tipo adicional, os membros relevantes do grupo Caterpillar incluem (1) a Caterpillar Inc; (2) a Caterpillar Overseas SA, uma sociedade residente na Suíça e filial detida directa ou indirectamente em 100%, consoante o período em questão, pela Caterpillar Inc. Nos períodos em que a sociedade era uma filial indirecta, as sociedades holding intermédias estavam residentes nos EUA; (3) a Caterpillar Peterlee Limited, uma sociedade residente no Reino Unido e filial detida indirectamente em 100% pela Caterpillar Inc através de sociedades holding intermédias residentes no Reino Unido. Em especial, a Caterpillar Overseas concedeu um empréstimo à Caterpillar Peterlee, e o pagamento dos juros respectivos estava sujeito à CDT concluída entre o Reino Unido e a Suíça em 1977.

IV — Questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça

29. Na sequência do acordo sobre a matéria de facto das situações-tipo, foi suspensa a instância no processo principal em 21 de Dezembro de 2004, tendo sido submetidas ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) É contrário aos artigos 43.º CE, 49.º CE ou 56.º CE o facto de um Estado-Membro ('Estado da sociedade mutuária') manter em vigor e aplicar disposições, tais como as das Sections 209 e 212 e do Schedule 28AA [da ICTA] ('disposições nacionais'), que impõem restrições à possibilidade de uma sociedade residente nesse Estado-Membro ('sociedade mutuária') deduzir, para efeitos fiscais, os juros do empréstimo concedido pela sociedade-mãe, directa ou indirecta, residente noutro Estado-Membro, numa situação em que a sociedade mutuária não estaria sujeita a essas restrições se a sociedade-mãe fosse residente no Estado da sociedade mutuária?

2) Para a resposta à primeira questão, que relevância tem, se tiver alguma, o facto de:

a) o empréstimo ser concedido não pela sociedade-mãe da sociedade mutuária mas por outra sociedade ('sociedade mutuante') do mesmo grupo que tenha uma sociedade-mãe, directa ou indirecta, comum à sociedade mutuária, quando tanto a sociedade-mãe comum como a sociedade mutuante são residentes em Estados-Membros diferentes do Estado da sociedade mutuária?

b) a sociedade mutuante residir num Estado-Membro diferente do da sociedade mutuária, mas todas as sociedades-mãe comuns, directas ou indirectas, da sociedade mutuária e da sociedade mutuante serem residentes num país terceiro?

c) todas as sociedades-mãe, directas ou indirectas, comuns à sociedade mutuante e à sociedade mutuária serem residentes em países terceiros e a sociedade mutuante ser residente num Estado-Membro diferente do da sociedade mutuária mas conceder o empréstimo à sociedade mutuária a partir de uma sucursal situada num país terceiro?

d) a sociedade mutuante e todas as sociedades-mãe, directas ou indirectas, comuns à sociedade mutuante e à sociedade mutuária serem residentes em países terceiros?

3) Teria alguma pertinência para as respostas às questões primeira e segunda que se pudesse demonstrar que a concessão do empréstimo constituía um abuso de direito ou fazia parte de um expediente artificial destinado a contornar a legislação fiscal do Estado-Membro da sociedade mutuária? Nesse caso, quais as orientações que o Tribunal de Justiça considera adequadas para saber em que consiste tal abuso ou expediente artificial no contexto de casos como o presente?

4) No caso de existir uma restrição à circulação de capitais entre Estados-Membros e países terceiros à luz do artigo 56.º CE, essa restrição existia em

31 de Dezembro de 1993 para efeitos do artigo 57.° CE?

5) Se quaisquer situações das referidas nas questões primeira e segunda forem contrárias aos artigos 43.° CE, 49.° CE ou 56.° CE, no caso de a sociedade mutuária ou outras sociedades do grupo da sociedade mutuária ('demandantes') proporem as seguintes acções:

a) uma acção para obter o reembolso do imposto sobre as sociedades pago em excesso pela sociedade mutuária como consequência da não aceitação, como deduções aos seus lucros tributáveis em imposto sobre as sociedades, dos juros pagos à sociedade mutuante, nos casos em que esses pagamentos de juros teriam sido aceites como deduções aos lucros tributáveis da sociedade mutuária se a sociedade mutuante fosse igualmente residente no Estado da sociedade mutuária;

b) uma acção para obter o reembolso do imposto sobre as sociedades pago em excesso pela sociedade mutuária, nos casos em que o montante total dos juros do empréstimo tenha sido de facto pago à sociedade mutuante mas o pedido de dedução desses juros tenha sido reduzido devido às disposições nacionais ou à aplicação delas feita pela Administração Fiscal;

c) uma acção para obter o reembolso do imposto sobre as sociedades pago em excesso pela sociedade mutuária, nos casos em que o montante dos juros dos empréstimos concedidos pela sociedade mutuante, aceite como dedução aos lucros tributáveis da sociedade mutuária, tenha sido reduzido por se ter verificado uma subscrição de fundos próprios em vez de fundos tomados de empréstimo, ou por os fundos próprios terem substituído capitais tomados de empréstimo existentes, devido às disposições nacionais ou à aplicação delas feita pela Administração Fiscal;

d) uma acção para obter o reembolso do imposto sobre as sociedades pago em excesso pela sociedade mutuária, nos casos em que os juros dos empréstimos concedidos pela sociedade mutuante, dedutíveis aos lucros tributáveis da sociedade mutuária, foram reduzidos como consequência de se ter reduzido a taxa de juro de um determinado empréstimo (ou por não serem aplicados juros sobre o empréstimo), em resultado das disposições nacionais ou da aplicação que a Administração Fiscal faz das mesmas;

e) uma acção de restituição ou de indemnização por perdas ou outras deduções fiscais ou créditos de

imposto da sociedade mutuária (ou a que renunciaram, cedendo-os à sociedade mutuária, outras sociedades do grupo da sociedade mutuária residentes no mesmo Estado) utilizados pela sociedade mutuária para obter a redução do montante do imposto sobre as sociedades pago em excesso, referido nas alíneas a), b) e c) *supra*, nos casos em que essas perdas, deduções e créditos poderiam, de outro modo, ter sido utilizados para outros fins ou reportados;

f) uma acção para obter o reembolso do pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades não utilizado e pago pela sociedade mutuária sobre os pagamentos de juros efectuados à sociedade mutuante que foram requalificados como distribuição de lucros;

g) uma acção de restituição ou de indemnização de montantes pagos antecipadamente do imposto sobre as sociedades nas circunstâncias referidas na alínea f), mas que foram posteriormente deduzidos ao imposto sobre as sociedades a pagar pela sociedade mutuária;

h) uma acção de indemnização por custos e gastos suportados pelas demandantes para cumprimento das disposições nacionais e da aplicação delas feita pela Administração Fiscal;

i) uma acção de restituição ou de indemnização pela perda de rendimento do capital mutuado investido em fundos próprios (ou convertido em fundos próprios) nas circunstâncias descritas na alínea c); e

j) uma acção de restituição ou de indemnização por qualquer imposto pago devido pela sociedade mutuante no seu Estado de residência, como consequência da recepção, estimada ou imputada, dos juros pagos pela sociedade mutuária e requalificados como distribuição de lucros nos termos das disposições nacionais referidas na primeira questão;

devem estas acções ser qualificadas, para efeitos de direito comunitário, como:

— acções de restituição ou reembolso dos montantes indevidamente cobrados, que devem ser consideradas uma consequência e um acessório da violação das disposições de direito comunitário anteriormente referidas; ou

— acções de indemnização por perdas e danos; ou

— acções para pagamento de um montante correspondente a um benefício indevidamente recusado?

6) Caso a resposta a qualquer parte da quinta questão seja no sentido de que essas acções constituem acções para obter o pagamento de um montante correspondente a um benefício indevidamente recusado:

a) essas acções constituem uma consequência e um acessório do direito conferido pelas disposições de direito comunitário acima referidas; ou

b) têm que estar preenchidos os requisitos enunciados no acórdão do Tribunal de Justiça [de 5 de Março de 1996], Brasserie du Pecheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029); ou

c) há outros requisitos que devem ser preenchidos?

7) Tem alguma pertinência o facto de, no âmbito do direito nacional, as acções referidas na sexta questão serem propostas como acções de restituição ou serem ou deverem ser propostas como acções de indemnização por perdas e danos?

8) Quais as orientações, se as houver, que, no entender do Tribunal de Justiça, são adequadas ao presente processo e quais as circunstâncias a que o tribunal nacional deve atender para determinar se existe uma violação suficientemente caracterizada, na acepção do acórdão [Brasserie du Pêcheur e Factortame, já referido], designadamente quanto à questão de saber se, atendendo ao estádio da jurisprudência relativa à interpretação das disposições de direito comunitário aplicáveis, a infracção era desculpável?

9) Em princípio, pode existir um nexo de causalidade directo (na acepção do acórdão [Brasserie du Pêcheur e Factortame, já referido]) entre qualquer infrac-

ção dos artigos 43.° CE, 49.° CE e 56.° CE e as perdas enquadradas nas categorias identificadas na quinta questão, alíneas a) a h), que alegadamente decorrem dessas infracções? Em caso afirmativo, quais as orientações, se as houver, que, no entender do Tribunal de Justiça, são adequadas ao presente processo quanto às circunstâncias a que o órgão jurisdicional nacional deve atender na determinação da existência de um tal nexo de causalidade directo?

10) Para efeitos de determinação das perdas ou danos cujo ressarcimento pode ser concedido, pode o órgão jurisdicional nacional atender à questão de saber se as pessoas lesadas demonstraram diligência razoável de forma a evitar ou limitar as suas perdas, em especial usando os meios judiciais disponíveis que poderiam ter demonstrado que as disposições nacionais não tinham por efeito a imposição das restrições estabelecidas na primeira questão (em razão da aplicação das convenções para evitar a dupla tributação)? Pode a resposta a esta questão ser influenciada pelas convicções das partes, à época dos factos, quanto ao efeito das convenções para evitar a dupla tributação?»

30. Em conformidade com o artigo 23.° do Estatuto do Tribunal de Justiça, foram apresentadas observações escritas pelos recorrentes-tipo, pelos Governos do Reino Unido e da Alemanha, bem como pela Comissão. A audiência realizou-se em 31 de Janeiro de 2006, tendo cada uma das partes, bem como o Governo dos Países Baixos, apresentado alegações orais.

V — Análise

A — *Disposições do Tratado aplicáveis*

31. Uma vez que o órgão jurisdicional nacional suscitou a questão da incompatibilidade da legislação do Reino Unido relevante com as disposições do Tratado sobre a liberdade de estabelecimento, a livre prestação de serviços e a livre circulação de capitais (artigos 43.°, 49.° e 56.° CE), há que resolver em primeiro lugar a questão de saber com qual destas disposições será a legislação incompatível. Esta questão é importante por duas razões. Primeiro, enquanto os artigos 43.° e 49.° CE se aplicam apenas a restrições ao exercício da liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços entre Estados-Membros, o artigo 56.° CE proíbe igualmente as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros. Segundo, o âmbito de aplicação temporal do artigo 56.° CE é diferente do dos

artigos 43.º e 49.º CE; em especial, o artigo 56.º CE entrou em vigor, com efeito directo, em 1 de Janeiro de 1994, e está sujeito a uma disposição de «standstill» (artigo 57.º CE) no que respeita a países terceiros (apesar de o princípio da livre circulação de capitais já ter sido estabelecido pela Directiva 88/361 [18]).

32. Relativamente ao artigo 43.º CE, o Tribunal de Justiça tem constantemente declarado que exerce o direito de estabelecimento uma sociedade estabelecida num Estado-Membro que detém, no capital de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro, uma participação que lhe confere «uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade» e lhe permite «que determine as respectivas actividades» [19].

33. No presente processo, parece-me que, segundo a redacção de cada uma das versões alteradas apresentadas ao Tribunal de Justiça, a legislação relevante do Reino Unido aplica-se apenas a situações em que uma sociedade tem (ou tinha no período relevante) uma influência certa sobre as decisões de outra sociedade na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Assim, na versão da legislação em vigor até às alterações de 1995, a Section 209(2)(e) aplicava-se em especial a empréstimos concedidos por uma sociedade não residente no Reino Unido a uma sociedade residente no Reino Unido que fosse uma filial a 75% da mutuante, ou quando as duas sociedades eram filiais a 75% de uma terceira sociedade não residente no Reino Unido (ou seja, quando o empréstimo era concedido através de outra filial da sociedade-mãe). Esta condição de aplicabilidade manteve-se nas alterações introduzidas pelo Finance Act 1995 [20].

34. A situação alterou-se de algum modo com o Finance Act 1998 do Reino Unido, que submeteu as transacções anteriormente abrangidas pelas suas regras específicas de subcapitalização às regras gerais britânicas sobre preços de transferência. No entanto, estas aplicam-se apenas quando existe uma estipulação resultante de uma transacção efectuada ou imposta entre duas sociedades sob controlo comum, ou seja, quando uma dessas sociedades participa directa ou indirectamente na gestão, no controlo ou no capital da outra parte, ou quando a mesma pessoa participa directa ou indirectamente na gestão, no controlo ou no capital dessas duas sociedades [21]. Esta condição basta para indicar, em meu entender, que o critério da «influência certa» está preenchido no presente caso. De qualquer modo, cada um dos processos-tipo implica uma filial residente

18 — Directiva 88/361 do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado (JO 1998, L 178, p. 5).

19 — Acórdão de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22). Apesar de este processo dizer respeito a uma participação de um nacional de um Estado-Membro, e não a uma sociedade, o princípio aplica-se igualmente a sociedades estabelecidas nesse Estado-Membro. Ver, igualmente, o artigo 58.º, n.º 2, CE, que dispõe que a aplicação da livre circulação de capitais «não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com o presente Tratado».

20 — Section 209(2)(da) do TA.

21 — Schedule 28AA(1)(1)(b) do TA.

no Reino Unido que é pelo menos directa ou indirectamente detida em 75% por uma sociedade-mãe não residente no Reino Unido, ou por outra sociedade não residente no Reino Unido, que também é directa ou indirectamente uma filial a 75% da sociedade-mãe. Com efeito, poderia dizer-se que a conclusão de que o artigo 43.º CE é aplicável, fundada na redacção expressa da legislação do Reino Unido, é reforçada pela própria razão de ser das regras nacionais relativas à subcapitalização e ao preço de transferência que, como observei acima, se baseiam na ideia de que em certas circunstâncias pode ser vantajoso para a situação fiscal global de grupos transfronteiriços procurar um acordo sobre as condições das transacções, ou sobre a natureza de uma transacção, diferentes dos que seriam acordados em condições de plena concorrência. Esta ideia só faz sentido em situações de grupo, ou seja, quando uma sociedade-mãe (e/ou sociedades intermédias do grupo) tem uma influência certa sobre as filiais a jusante [22].

35. Daí resulta que a legislação do Reino Unido em questão deve ser apreciada quanto à sua compatibilidade com as disposições do Tratado sobre liberdade de estabelecimento. É claro que isso significa que o artigo 49.º CE, que pressupõe uma presença temporária e não permanente noutro Estado-Membro, não se aplica [23]. Pelo contrário, é em princípio possível que as disposições do Tratado sobre livre circulação de capitais sejam aplicáveis a título cumulativo com as disposições sobre liberdade de estabelecimento [24]. Quanto a este ponto, remeto para as conclusões do advogado-geral Alber no processo Baars, nas quais expressou a opinião de que, no caso de a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento estarem potencialmente em causa, o Tribunal de Justiça deve apreciar qual destas duas liberdades é directamente restringida pelas normas nacionais relevantes. Deste modo, quando são afectadas directamente as duas liberdades, deve ser analisada a compatibilidade das disposições nacionais com os artigos 43.º CE e 56.º CE. Pelo contrário, se se verificar uma restrição directa à liberdade de estabelecimento que conduza, indirectamente, através de obstáculos ao estabelecimento, à redução do fluxo de capitais entre os Estados-Membros, apenas as disposições referentes à liberdade de estabelecimento são aplicáveis [25]. Com a devida vénia, concordo com este raciocínio.

36. Ao aplicar este critério ao caso vertente, apesar de o exercício da liberdade de estabelecimento das sociedades-mãe não residentes no Reino Unido através da cons-

22 — V., igualmente, o artigo 4.º, n.º 1, da Convenção de Arbitragem, que dispõe que é condição da aplicação das suas regras de preços de transferência a participação directa ou indirecta por uma sociedade de um Estado-Membro na gestão, no controlo ou no capital de uma sociedade noutro Estado-Membro, e a participação directa ou indirecta pelas mesmas pessoas na gestão, no controlo ou no capital de uma sociedade de um Estado e duma sociedade de outro Estado. Ver, do mesmo modo, artigo 9.º, n.º 1, do modelo de Convenção da OCDE sobre tributação do rendimento e do património, com comentários aos artigos, OCDE, Paris, 1977, versão revista.

23 — V., por exemplo, acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755).

24 — Acórdão de 14 de Novembro de 1995, Svensson (C-484/93, Colect., p. I-3955).

25 — Processo Baars, já referido na nota 19, n.º 26 das conclusões. V., igualmente, as minhas conclusões no processo Reisch (C-515/99 e C-527/99 a C-540/99, Colect., p. I-2157, n.º 59).

tituição de uma filial residente no Reino Unido implicar inevitavelmente um movimento de capital para o Reino Unido, na medida do que é necessário para a constituir, este movimento é, em minha opinião, uma mera consequência indirecta desse estabelecimento. Por conseguinte, deve ser analisada a compatibilidade da legislação do Reino Unido em questão apenas com o artigo 43.º CE.

B — *Questão 1*

37. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se é contrário aos artigos 43.º, 49.º ou 56.º CE o facto de um Estado-Membro manter em vigor e aplicar disposições, como as das Sections 209, 212 e Schedule 28AA do ICTA 1998, que impõem restrições à possibilidade de uma sociedade residente nesse Estado-Membro deduzir, para efeitos fiscais, os juros do empréstimo concedido por uma sociedade-mãe, directa ou indirecta, residente noutro Estado-Membro, numa situação em que a sociedade mutuária não estaria sujeita a essas restrições se a sociedade-mãe fosse residente no Estado da sociedade mutuária.

38. O processo-tipo relevante para esta questão é o do Grupo Lafarge. Pelas razões que já expliquei, apreciarei apenas a compatibilidade da legislação com o artigo 43.º CE.

39. Segundo jurisprudência assente, embora a fiscalidade directa seja da competência dos Estados-Membros, estes devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário, o qual inclui o artigo 43.º CE, que proíbe restrições à constituição de filiais, sucursais ou agências por nacionais de qualquer Estado-Membro estabelecidos no território de qualquer Estado-Membro [26]. O artigo 43.º, n.º 2, especifica que a liberdade de estabelecimento inclui o direito de constituir e gerir empresas num Estado-Membro nas condições estabelecidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais.

40. Tal como observei nas minhas conclusões nos processos Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert and Morres e Denkavit [27], o artigo 43.º CE aplica-se no caso de a diferença de tratamento entre as situações transfronteiriças e as situações puramente internas não ser uma consequência lógica e directa do facto de, no estádio actual de

26 — Acórdão de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Colect., p. I-0000, n.º 29) e jurisprudência aí referida.

27 — V. as minhas conclusões de 23 de Fevereiro de 2006 no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Litigation Group (C-374/04, Colect., p. I-0000, n.ºs 32 e segs.); as minhas conclusões de 6 de Abril de 2006 no processo Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Colect., p. I-0000, n.º 37 e segs.); as minhas conclusões de 6 de Abril de 2006 no processo Kerckhaert e Morres (C-513/04, Colect., p. I-0000, n.ºs 18 e 19); e as minhas conclusões de 27 de Abril de 2006 no processo Denkavit (C-170/05, Colect., p. I-0000, n.º 20).

desenvolvimento do direito comunitário, as obrigações fiscais dos sujeitos passivos poderem ser diferentes consoante existam situações transfronteiriças ou situações puramente internas [28]. Isto significa, em especial, que, para estar abrangido pelo disposto no artigo 43.º CE, o tratamento fiscal desfavorável deve resultar de discriminação directa ou dissimulada decorrente das regras de um regime fiscal, e não só das disparidades ou da repartição das competências fiscais entre dois ou mais sistemas fiscais de Estados-Membros ou da coexistência das administrações fiscais nacionais (a que chamei «quase-restrições») [29].

41. Aplicando este critério ao presente processo, a primeira questão é a de saber se as normas do Reino Unido resultam, como alegam as recorrentes, num tratamento fiscal desfavorável das filiais residentes no Reino Unido fundado na localização das suas sociedades-mãe, directas ou indirectas. Em caso afirmativo, a questão seguinte é a de saber se esse tratamento fiscal desfavorável resulta apenas de uma quase-restrição, e, desse modo, não entra no âmbito de aplicação do artigo 43.º CE. Se não for esse o caso, a última questão é a de saber se o tratamento fiscal desfavorável resulta de discriminação, e se essa discriminação pode ser justificada.

1. Tratamento fiscal desfavorável de filiais residentes no Reino Unido fundado na localização das suas sociedades-mãe, directas ou indirectas?

42. Parece-me claro que, nas versões em vigor até 2004, a distinção de tratamento fiscal contida nas normas do Reino Unido equivalia a um tratamento fiscal desfavorável das filiais residentes no Reino Unido com sociedades-mãe não residentes no Reino Unido relativamente a filiais residentes no Reino Unido com sociedades-mãe simplesmente residentes no Reino Unido.

43. Em primeiro lugar, a diferença de tratamento fiscal efectuada pela legislação do Reino Unido era efectivamente entre filiais residentes no Reino Unido e era fundada na localização da respectiva sociedade-mãe. Deste modo:

— Nos termos da legislação aplicável até 1995, ao passo que, em princípio, qualquer juro pago por uma sociedade sobre um empréstimo — a um mutuante residente ou não residente — que representasse mais do que a remuneração comercial razoável do empréstimo era considerado uma distribuição de lucros na parte que excedesse esse limite [30], o juro pago a qualquer mutuante não residente no Reino Unido que fosse membro do

28 — V. uma análise detalhada desta questão nos n.º 31 a 54 das minhas conclusões no processo Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido na nota 27.

29 — Ibid., n.º 55; v. igualmente as minhas conclusões no processo Denkavit, já referido na nota 27, n.º 20.

30 — Section 209(2)(d) do TA.

mesmo grupo de sociedades era sempre tratado como uma distribuição [31]. Por outras palavras, nunca era possível que o juro pago por um mutuante não domiciliado no Reino Unido continuasse a ser tratado como juro para efeitos fiscais.

— Nos termos da legislação aplicável entre 1995 e 1998, a disposição segundo a qual o juro pago entre membros do grupo que excedesse o montante que seria pago com base no princípio da plena concorrência era considerado uma distribuição [32] não se aplicava no caso de o pagador e a pessoa que recebe os juros estarem ambos sujeitos ao imposto sobre as sociedades no Reino Unido [33]. (É evidente que uma diferença de tratamento baseada no facto de a pessoa que recebe os juros estar sujeita ao imposto britânico sobre as sociedades é provavelmente mais relevante quando essa pessoa está legalmente constituída ou exerce a sua actividade principal num Estado-Membro que não seja o Reino Unido).

— Nos termos da legislação aplicável entre 1998 e 2004, os pagamentos de juros dentro do grupo eram considerados através da aplicação das normas gerais do Reino Unido sobre preços de transferências [34]. No entanto, considerava-se que a estipulação de uma transacção não conferia a uma das partes em causa uma vantagem potencial quando, nomeadamente, a outra parte na transacção estava sujeita a imposto sobre o rendimento ou sobre as sociedades no Reino Unido (e quando estavam reunidas determinadas condições) [35].

44. O Finance Act 2004 alterou esta distinção de modo a aplicar igualmente as normas sobre preços de transferências do Reino Unido quando ambas as partes da transacção estão sujeitas a imposto no Reino Unido. Isso tinha evidentemente por objectivo e efeito a eliminação da diferença de tratamento que descrevi acima (apesar de, como exponho mais abaixo, poder ter significado a extensão da aplicação da legislação do Reino Unido a casos que saem do âmbito da sua razão de ser). Daí resulta que a legislação do Reino Unido, a partir de 2004, não entra no âmbito do artigo 43.º: o raciocínio que exponho *infra* aplica-se, portanto, apenas à legislação em vigor até essa data.

45. Em segundo lugar, o tratamento dado às filiais relacionadas com elementos do grupo não residentes implicava claramente uma desvantagem fiscal. Na perspectiva da filial, a

31 — Section 209(2)(e)(iv) do TA.

32 — Section 209(2)(da) do TA.

33 — Section 212(1) e (3) do TA, na versão alterada.

34 — Schedule 28 AA do TA.

35 — Schedule 28 AA(5)(2) do TA.

requalificação (de parte) dos pagamentos de juros como distribuições significava que esses pagamentos deixavam de ser dedutíveis dos lucros tributáveis da filial, de modo que, tudo o mais se mantendo idêntico, a soma dos impostos no Reino Unido seria maior do que no caso de a requalificação não ter sido efectuada. Além disso, nos casos em que o sistema do pagamento antecipado do imposto (Advance Corporation Tax, a seguir «ACT») do Reino Unido ainda estava em vigor — foi abolido em 1999 — a requalificação significava que a filial era responsável pelo pagamento de ACT no momento da «distribuição».

46. A este respeito, o Reino Unido sustenta que, uma vez que o critério de distinção não é a nacionalidade ou a residência da filial no Reino Unido, mas sim a nacionalidade ou a residência da sua sociedade-mãe, isso não equivale a uma distinção em razão da nacionalidade na acepção do artigo 43.º CE. Além disso, na medida em que se pode sustentar que a legislação do Reino Unido pode dissuadir sociedades-mãe que pretendam estabelecer filiais no Reino Unido de o fazer, o Reino Unido alega que essa possibilidade não é uma consequência suficientemente directa e certa das suas normas para ser abrangida pelo artigo 43.º CE, por analogia com a jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo Keck no domínio da livre circulação de mercadorias. Na opinião do Reino Unido, não existia nenhum obstáculo, na prática, para as sociedades-mãe não residentes no Reino Unido constituírem estabelecimentos secundários no Reino Unido, ou qualquer prova de que as recorrentes foram de facto dissuadidas de constituir estabelecimentos secundários. Com efeito, o Reino Unido pretendia encorajar esse investimento no seu território. O objectivo da legislação do Reino Unido era antes o de assegurar a igualdade de tratamento para as filiais residentes, na medida em que procurava impedir uma «possibilidade de fuga» disponível para grupos transfronteiriços que não existia para grupos situados na sua totalidade no Reino Unido.

47. Nenhum destes argumentos me convence. Primeiro, o facto de a diferença de tratamento ser feita com base não no domicílio da própria filial mas no da sua sociedade-mãe não significa que não possa existir uma diferença de tratamento relevante para efeitos do artigo 43.º CE. Como o Tribunal de Justiça declarou nos acórdãos Metallgesellschaft e Lankhorst-Hohorst, uma legislação que cria uma diferença de tratamento entre filiais residentes no Reino Unido consoante a sua sociedade-mãe tenha ou não sede no Reino Unido, segundo a qual as filiais com uma sociedade-mãe residente no Reino Unido têm uma vantagem fiscal, entra em princípio no âmbito do artigo 43.º CE [36]. Em segundo lugar, no que respeita ao alegado efeito indirecto das normas do Reino Unido sobre as decisões das sociedades-mãe não residentes de estabelecerem filiais no Reino Unido, observo que, para o artigo 43.º CE ser aplicável, basta provar que existe uma diferença de tratamento relevante e um benefício fiscal. Não se exige a prova de que determinadas sociedades não

36 — V., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft (C-397/98, Colect., p. I-1727, n.os 43 e 44); acórdão Lankhorst-Hohorst, já referido na nota 2, n.os 27 a 32.

residentes foram de facto dissuadidas pela legislação de exercerem o seu direito à liberdade de estabelecimento.

48. Acrescento que a jurisprudência Keck, desenvolvida no domínio da livre circulação de mercadorias, não pode ser aplicada sem mais na apreciação da compatibilidade de medidas de fiscalidade directa nacionais com o artigo 43.º CE [37]. Em especial, como expliquei nas minhas conclusões no processo ACT, o conceito de «restrições» indistintamente aplicáveis à liberdade de circulação usado na jurisprudência geral do Tribunal de Justiça sobre livre circulação não pode ser validamente transposto *per se* para o domínio da tributação directa. Devido ao facto de os critérios de atribuição da competência fiscal serem geralmente baseados na nacionalidade ou na residência, trata-se antes da questão de saber se a medida de fiscalidade directa nacional é directa ou indirectamente discriminatória, por oposição a uma «quase-restrição» na acepção acima descrita [38].

49. Isto não quer dizer que a gravidade do efeito sobre o exercício da liberdade de circulação não possa ser tido em conta em qualquer fase da apreciação da compatibilidade com o artigo 43.º CE. Pode ser uma consideração importante na fase de justificação da análise e, em especial, na apreciação da proporcionalidade da medida.

2. O tratamento fiscal desfavorável resulta de uma quase-restrição?

50. A questão seguinte é a de saber se o tratamento fiscal desfavorável das filiais britânicas com uma sociedade-mãe, directa ou indirecta, não residente resulta simplesmente de quase-restrições — quer dizer, restrições causadas por disparidades ou pela repartição da competência fiscal entre dois ou mais sistemas fiscais dos Estados-Membros (significando que o artigo 43.º CE não é aplicável), e não tanto da discriminação resultante das normas de um dado sistema fiscal.

51. Quanto a este ponto, o Reino Unido sustenta que as normas impugnadas apenas pretendiam repartir a competência fiscal entre o Reino Unido e as outras Partes nas suas CDT. Na opinião do Reino Unido, decorre do raciocínio do Tribunal de Justiça no acórdão Gilly [39] que o artigo 43.º CE não se aplica de todo no caso presente: este artigo aplica-se apenas ao exercício dos poderes fiscais nacionais, e não à sua repartição. Em

37 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91, Colect., p. I-6097).

38 — Acórdão ACT, já referido na nota 27, n.os 32 e segs.

39 — Acórdão de 12 de Maio de 1998, Gilly (C-336/96, Colect., p. I-2793).

especial, o Reino Unido sustenta que as regras em questão reflectiram o exercício de repartição negociada no quadro das CDT aplicáveis, uma vez que todas as CDT concluídas com outros Estados-Membros contêm uma disposição que permite às respectivas autoridades competentes acordar num ajustamento compensatório nos termos do qual ao aumento dos lucros tributáveis sujeitos a imposto no Reino Unido corresponde uma redução de igual montante nos lucros tributáveis do mutuante no país de estabelecimento.

52. Este argumento não me convence.

53. É verdade que, como observei nas minhas conclusões no processo ACT [40], no estádio actual do direito comunitário, o poder de escolher critérios em matéria de competência fiscal e de a repartir (por ordem de prioridade) é unicamente dos Estados-Membros (no quadro do direito fiscal internacional). O Tribunal de Justiça reconheceu isso mesmo em diversas ocasiões, em especial nos acórdãos Gilly e D [41]. Actualmente, não existem critérios alternativos no direito comunitário nem existe uma base para estabelecer esses critérios. Além disso, a necessidade de repartir entre Estados-Membros a competência fiscal sobre o rendimento de operadores económicos transfronteiriços (deslocação da matéria colectável) é uma consequência inevitável do facto de os sistemas de tributação directa serem nacionais: as restrições decorrentes dessa repartição devem, com efeito, ser consideradas como quase-restrições que não entram no âmbito de aplicação do artigo 43.° CE.

54. Em meu entender, no entanto, as normas do Reino Unido em questão no presente processo ultrapassam a simples repartição da competência entre o Reino Unido e as outras partes nas suas CDT. Antes de 1998, exigiam essencialmente a requalificação como distribuições dos empréstimos contraídos por sociedades-mãe não residentes às filiais residentes (até 1995, em todos os casos, sem prejuízo do disposto nas CDT; após 1995, quando o montante do juro pago excedesse o que deveria ter sido pago numa situação de plena concorrência). Isso, parece-me, representa a decisão puramente unilateral do Reino Unido sobre a forma como deseja qualificar as transacções para efeitos fiscais a fim de combater a fraude e a evasão no seu próprio sistema fiscal — por outras palavras, sobre a forma como deseja exercer os seus poderes tributários. Esse objectivo básico das regras é claro, quer seja expresso em legislação interna ou, como aconteceu em certos casos antes de 1995, numa disposição de uma CDT. Além disso, esta decisão unilateral foi tomada, por sua vez, num contexto de uma anterior decisão unilateral do Reino Unido de operar uma distinção entre o tratamento fiscal dos pagamentos de juros (considerados na legislação do Reino Unido como pagamentos dedutíveis antes do imposto) e das distribuições (considerados na legislação do Reino Unido como pagamentos não dedutíveis, a

40 — Conclusões no processo ACT, já referido na nota 27, n.os 48 a 54.

41 — Acórdão Gilly, já referido na nota 39; acórdão de 5 de Julho de 2005, D (C-376/03, Colect., p. I-5821).

efectuar só após o imposto). De modo semelhante, apesar de a partir de 1998 o Reino Unido tratar a questão da subcapitalização através das suas regras gerais sobre preços de transferências e não através de uma legislação específica relativa à subcapitalização, isso ainda representava uma decisão unilateral do Reino Unido de tratar certas transacções concluídas sem condições de plena concorrência como se tivessem sido concluídas em condições de concorrência plena, no interesse de combater a fraude ao sistema fiscal do Reino Unido.

55. Acrescento que o facto de essas práticas poderem ser aceites pelo direito fiscal internacional não significa necessariamente que equivalham a uma regra de repartição da competência fiscal; e tão pouco significa necessariamente que essa prática seja conforme com o artigo 43.° CE [42].

56. O argumento do Reino Unido segundo o qual as suas CDT com Estados-Membros contêm disposições que exigem que a outra parte contratante compense qualquer requalificação efectuada pelas autoridades do Reino Unido também não altera esta análise. Parece-me que estas disposições se destinam a reduzir, através de uma CDT bilateral, a dupla tributação potencial causada pelas regras britânicas unilaterais de requalificação (por exemplo, para evitar casos em que o Reino Unido requalifica um pagamento de juros como uma distribuição, mas o Estado da sede da sociedade-mãe continua a considerá-lo como um pagamento de juros). Essas regras não negam a natureza unilateral da regra nacional original em que se baseia a disposição da CDT. No entanto, como observei nas minhas conclusões nos processos ACT e Denkavit [43] e tal como exponho *infra*, o efeito destas disposições das CDT sobre a situação de um determinado contribuinte deve ser tido em conta ao apreciar se a legislação de um Estado-Membro é de facto discriminatória — em especial, se existe na realidade uma diferença de tratamento entre residentes e não residentes que implique uma desvantagem fiscal.

57. Por conseguinte, o tratamento fiscal desfavorável pela legislação do Reino Unido das filiais residentes de sociedades-mãe não residentes no Reino Unido, em comparação com as filiais residentes de sociedades-mãe residentes no Reino Unido, não pode ser vista simplesmente como uma quase-restri-

42 — V., por exemplo, as minhas conclusões no processo Kerckhaert e Morres, já referidas na nota 27, n.° 37, e no processo Denkavit, já referidas na nota 27, n.° 43.

43 — Conclusões no processo ACT, já referido na nota 27, n.os 70 e seguintes; conclusões no processo Denkavit, já referido na nota 27, n.os 33 e segs.

ção, mas sim como uma diferença de tratamento que resulta apenas das regras de um dado sistema fiscal.

3. O tratamento fiscal desfavorável resulta de discriminação?

58. A última questão consiste em saber se o tratamento fiscal desfavorável pode resultar de discriminação. O Tribunal de Justiça declarou que a discriminação consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes, a não ser que essa diferenciação se justifique [44].

59. Como expus acima, antes das alterações de 2004 o Reino Unido aplicava regras diferentes às filiais residentes com sociedades-mãe não residentes no Reino Unido, o que resultava numa desvantagem fiscal para essas filiais. À primeira vista, parece claro que isso deve ser considerado um tratamento diferente de sociedades numa situação comparável; com efeito, o Reino Unido não alegou o contrário nas suas observações. A natureza e a extensão da competência fiscal relevante exercida pelo Reino Unido sobre as filiais residentes com sociedades-mãe não residentes no Reino Unido estava, em princípio, a mesma que era exercida sobre as filiais residentes com sociedades-mãe também residentes. No exercício dessa competência, o Reino Unido estava, portanto, obrigado pelo artigo 43.º CE a não operar distinções no tratamento fiscal de filiais residentes no Reino Unido apenas com base na localização da sua sociedade-mãe. *Prima facie*, o Reino Unido não cumpriu essa obrigação.

60. No entanto, o Reino Unido pode demonstrar que essa diferença de tratamento era justificada. A fim de o fazer, o Reino Unido deve provar que (1) a sua legislação prossegue um objectivo legítimo e compatível com o Tratado e se justifica por razões imperiosas de interesse geral; (2) a aplicação da sua legislação é adequada a garantir a realização do objectivo assim prosseguido e (3) a aplicação da sua legislação não ultrapassa o que é necessário para o atingir [45].

61. A este respeito, o Reino Unido sustenta que as suas regras eram uma resposta proporcionada a objectivos políticos legítimos que podem ser qualificados de várias formas, como objectivos de coerência fiscal (como no acórdão Bachmann) [46], de prevenção da evasão fiscal (como no acórdão ICI) [47], ou relativos à necessidade de prevenir

44 — V., por exemplo, acórdão de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Colect., p. I-2651) e acórdãos aí referidos.

45 — V. acórdão Marks & Spencer, já referido na nota 26, n.º 35.

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

47 — Acórdão de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695).

acordos totalmente artificiais destinados a tornear a legislação fiscal. Essencialmente, estes objectivos equivalem segundo o Reino Unido ao objectivo legítimo de assegurar um tratamento fiscal justo e coerente, em especial ao dispor que a actividade económica da sociedade mutuária seja tributada no país onde foi realizada. Analisarei a aplicabilidade destas justificações uma por uma.

a) Justificação por razões de luta contra as práticas abusivas

62. O Tribunal de Justiça reconheceu em diversas ocasiões que, em princípio, pode justificar-se que os Estados-Membros tomem medidas de fiscalidade directa que de outro modo seriam discriminatórias a fim de evitar o abuso de direito (apesar de, até hoje, o Tribunal de Justiça nunca ter declarado que uma medida nacional se justificava por essa razão). Isto é evidente sobretudo no recente acórdão Marks & Spencer, em que o Tribunal de Justiça declarou que, em princípio, uma regra nacional que restringe a dedução de prejuízos transfronteiriços pode ser justificada pelo risco de evasão fiscal, e em especial pelo risco de, no interior de um grupo de sociedades, os prejuízos serem transferidos para sociedades estabelecidas nos Estados-Membros que aplicam as taxas de imposto mais elevadas e onde, por conseguinte, o valor fiscal dos prejuízos é mais elevado [48]. Esse reconhecimento é igualmente evidente nos acórdãos do Tribunal de Justiça Lankhorst-Hohorst, X & Y, e ICI [49], bem como nos acórdãos Leur-Bloem (sobre a directiva fusões) e Halifax (sobre tributação indirecta), e em diversos acórdãos em domínios que não os da tributação [50].

63. A razão que subjaz à aceitação de tal justificação é a seguinte. Em princípio, é legítimo, e mesmo fundamental para o conceito de mercado interno, que os sujeitos passivos procurem tratar dos seus assuntos fiscais (transfronteiriços) da forma que lhes for mais vantajosa [51]. No entanto, isso só é admissível na medida em que a sua prática seja sincera, isto é, que não seja uma montagem totalmente artificial destinada a abusar da legislação fiscal nacional ou a contorná-la [52]. Por exemplo, o simples facto

48 — Acórdão Marks & Spencer, já referido na nota 26, n.os 49 e 50.

49 — Acórdão Lankhorst-Hohorst, já referido na nota 2; acórdão de 21 de Novembro de 2002, X e Y (C-436/00, Colect., p. I-10829); acórdão ICI, já referido na nota 47.

50 — Acórdão de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Colect., p. I-4161); acórdão de 21 de Fevereiro de 2006, Halifax (C-255/02, Colect., p. I-1609); acórdão de 12 de Maio de 1998, Kefalas (C-367/96, Colect., p. I-2843) e acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Colect., p. I-11569).

51 — V., por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Halifax, já referido na nota 50, n.º 73. Ver igualmente o acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1999, Eurowings (C-294/97, Colect., p. I-7447): «Uma eventual vantagem fiscal resultante, para os prestadores de serviços, da fiscalidade pouco elevada a que estão sujeitos no Estado-Membro em que estão estabelecidos não pode permitir que um Estado-Membro justifique um tratamento fiscal menos favorável dos destinatários dos serviços estabelecidos neste último Estado-Membro [...] Tal como salientou correctamente a Comissão, essas cobranças fiscais compensatórias atentam contra os próprios fundamentos do mercado interno» (n.os 44 e 45).

52 — V., em especial, a formulação do Tribunal de Justiça nos acórdãos Lankhorst-Hohorst, já referido na nota 2, e ICI, já referido na nota 47.

de uma sociedade residente criar um estabelecimento secundário noutro Estado-Membro não pode, em si mesmo, gerar uma presunção geral de fraude ou de evasão fiscal [53], mesmo quando esse Estado-Membro pratica um relativamente baixo nível de tributação (ou, até, aplica um regime abrangido pela definição de «medidas fiscais prejudiciais» contida no Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas) [54].

64. A questão seguinte é a de saber se a legislação do Reino Unido é adequada para atingir tal objectivo. É claramente o caso: se a preocupação do Reino Unido consiste em evitar que os grupos transfronteiriços qualifiquem abusiva e artificialmente de pagamentos de juros sobre empréstimos o que na realidade são distribuições, a requalificação dos juros pagos como distribuições produz evidentemente efeito no combate contra esse abuso.

65. A última questão é a de saber se a legislação contra as práticas abusivas do Reino Unido representa uma resposta proporcionada, e é aplicada de modo proporcionado, a tal objectivo.

66. Quanto a este ponto, é minha opinião que, consoante a sua formulação e a sua aplicação, a legislação destinada a evitar a subcapitalização pode constituir, em princípio, uma medida proporcionada contra as práticas abusivas. É certo que a ideia de que as sociedades têm o direito de gerir os seus negócios como quiserem significa que, em princípio, devem poder financiar as suas filiais com fundos próprios ou com recurso ao endividamento. No entanto, quando a decisão da sociedade implica um abuso de direito, essa possibilidade atinge os limites. Parece-me que o princípio da plena concorrência, aceite pelo direito fiscal internacional como um meio adequado de evitar manipulações artificiais de transacções transfronteiriças, é, em princípio, um bom ponto de partida para apreciar se a transacção é ou não abusiva. Seguindo o raciocínio do Tribunal de Justiça desenvolvido no domínio da fiscalidade indirecta e noutros domínios não fiscais, o critério da plena concorrência representa neste contexto um factor objectivo pelo qual se pode avaliar se a finalidade essencial da transacção em questão é obter uma vantagem fiscal [55]. Além disso, é em minha opinião legítimo e deve até encorajar-se que os Estados-Membros estabeleçam critérios razoáveis para avaliar a conformidade de uma operação ao princípio da plena concorrência e que, em caso de incumpri-

53 — Ver as conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Cadbury-Schweppes, já referidas na nota 2, n.os 53 e 56. Ver igualmente acórdão X e Y, C-436/00, já referido na nota 49, n.º 62.

54 — Ver as conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Cadbury-Schweppes, já referidas na nota 2, n.º 54.

55 — V. acórdão Halifax, já referido na nota 50, n.º 86.

mento desses critérios, presumam que a operação é abusiva, salvo prova em contrário [56]. O estabelecimento desses critérios serve, em meu entender, o interesse da segurança jurídica dos sujeitos passivos, bem como o da aplicabilidade da regulamentação pelas autoridades fiscais. Esta abordagem distingue-se, por exemplo, do uso de um único critério fixo a aplicar em todos os casos — como o do rácio fixo empréstimos-capital próprio — que não permite que outras circunstâncias sejam tidas em conta.

67. No entanto, a formulação e a aplicação prática desse critério deve satisfazer igualmente as exigências da proporcionalidade. Isso significa, em minha opinião, que:

— Deve ser possível ao contribuinte demonstrar que, apesar de os termos da sua operação não serem os da plena concorrência, existiam contudo razões comerciais genuínas para a operação que não consistiam na obtenção de um benefício fiscal. Por outras palavras, como o Tribunal de Justiça observou no seu acórdão Halifax, «a proibição de práticas abusivas não é relevante nos casos em que as operações em causa possam ter alguma explicação para além da mera obtenção de benefícios fiscais» [57]. Um exemplo é o da situação de facto do processo Lankhorst-Hohorst, em que a finalidade do empréstimo, aceite pelo Tribunal de Justiça, era uma tentativa de salvamento da filial através da minimização dos seus encargos e da realização de economias em termos de juros bancários. Pode imaginar-se, todavia, que tais situações (em que uma operação não foi concluída em plena concorrência, mas ainda assim foi efectuada de modo não abusivo e não apenas para a obtenção de um benefício fiscal) são relativamente excepcionais [58];

— Se essas razões comerciais são invocadas pelo contribuinte, a sua validade deve ser apreciada caso a caso a fim de apurar se essas operações devem ser consideradas totalmente artificiais e destinadas simplesmente a obter um benefício fiscal;

— As informações exigidas ao contribuinte a fim de ilidir a presunção não devem ser desproporcionadas ou tornar tal ilisão excessivamente difícil ou impossível;

56 — O caso vertente distingue-se de casos como o do acórdão Kefalas, já referido na nota 50, n.os 26 e segs., no qual o Tribunal de Justiça decidiu que a aplicação de uma presunção de abuso quando um sujeito passivo não executou determinada operação era contrária ao direito comunitário (nesse processo, o exercício de direito de preferência ao abrigo do artigo 29.°, n.° 1, da Segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO 1977, L 26, p. 1). Nesses casos, o facto gerador da presunção não podia — ao contrário do critério da plena concorrência em apreço — ser considerado um factor objectivo pelo qual pudesse apreciar-se se a finalidade essencial da operação em questão consistia na obtenção de um benefício fiscal.

57 — Acórdão Halifax, já referido na nota 50, n.os 74 e 75.

58 — Acórdão Lankhorst-Hohorst, já referido na nota 2.

— Nos casos em que os pagamentos sejam considerados abusivos (distribuições dissimuladas) no sentido acima referido, só a parte dos pagamentos que exceder o que teria sido acordado em condições de plena concorrência deve ser requalificada como distribuição e tributada no Estado de residência da filial nessa conformidade; e

— O resultado dessa análise deve poder ser objecto de uma fiscalização jurisdicional [59].

68. Também não sou de opinião que, a fim de se conformar com o artigo 43.º CE, os Estados-Membros devam ser necessariamente obrigados a estender a legislação relativa à subcapitalização a situações puramente internas em que não exista nenhum risco possível de abuso. É extremamente lamentável que a falta de clareza quanto ao âmbito da justificação do artigo 43.º CE por razões de luta contra a fraude tenha conduzido a uma situação em que os Estados-Membros, sem saberem até que ponto podem adoptar leis anti-fraude *prima facie* «discriminatórias», se sentiram obrigados a «jogar pelo seguro», estendendo o âmbito de aplicação das suas regras a situações puramente internas em que não existe nenhum risco possível de abuso [60]. Essa extensão da aplicabilidade da legislação a situações que estão totalmente fora da sua razão de ser, para fins puramente formais e que causam consideráveis encargos administrativos suplementares às sociedades nacionais e à administração fiscal, não faz sentido e é contraproducente em termos de eficiência económica. Como tal, é contrária ao mercado interno.

69. Acresce que concordo com a Comissão em que, a fim de a aplicação das regras relativas à subcapitalização ser proporcionada em relação à sua finalidade, o Estado-Membro que aplica essas regras deve assegurar através de CDT que a requalificação da operação no âmbito da sua jurisdição fiscal se reflecte em contrapartida numa requalificação (ou seja, de recebimento de juros em recebimento de dividendos) no Estado-Membro da sociedade-mãe. Em minha opinião, não o fazer ultrapassa o necessário para atingir a finalidade das regras relativas à subcapitalização, e impõe um encargo desproporcionado (dupla tributação) sobre o grupo no seu conjunto. Já observei noutro local que o efeito das CDT na situação do contribuinte deve ser tido em conta ao apreciar a compatibilidade da legislação de um Estado-Membro com o artigo 43.º CE [61]. Isso não significa que, numa acção por

59 — Acórdão Leur-Bloem, já referido na nota 50, n.º 41.

60 — Um exemplo é a extensão das regras alemãs de subcapitalização a situações puramente internas na sequência do acórdão Lankhorst-Hohorst, já referido na nota 2.

61 — V. as minhas conclusões no processo ACT, já referidas na nota 27, n.os 71 e segs.; e no processo Denkavit, já referido na nota 27, n.os 33 e segs.

violação do artigo 43.º CE, a defesa não possa alegar que o outro Estado contratante da CDT não cumpriu as suas obrigações resultantes da CDT por não considerar os pagamentos recebidos pela sociedade-mãe em conformidade com a sua requalificação feita no Reino Unido [62].

70. Resulta do exposto que a redacção da legislação relativa à subcapitalização, e a forma como é aplicada na prática, é crucial para apreciar se satisfaz o critério da proporcionalidade.

71. Debruçando-nos, por exemplo, sobre o único outro processo até à data em que o Tribunal de Justiça apreciou uma legislação nacional relativa à subcapitalização — o processo Lankhorst-Hohorst — a legislação alemã impugnada naquele processo dispunha que os pagamentos deviam ser requalificados se o capital do empréstimo fosse mais de três vezes superior ao capital próprio correspondente à participação do sócio (ou seja, um critério fixo), sendo essa presunção ilidível apenas quando «a sociedade tivesse podido obter o referido capital externo de outra entidade terceira em igualdade de condições ou se o capital externo constituir um empréstimo destinado a financiar operações bancárias habituais» [63]. Isso significava que, como observei acima, não era possível ilidir a presunção nos casos em que não havia abuso, mas em que, no entanto, o empréstimo não preenchia o critério legislativo (como no caso em que o Tribunal de Justiça declarou que o empréstimo tinha sido feito para salvar uma filial com prejuízos, reduzindo o encargo dos juros resultantes do seu empréstimo bancário, em circunstâncias em que o prejuízo excedia largamente o juro pago à sociedade-mãe). Além disso, parece que a legislação alemã produzia o efeito de requalificar não apenas o excesso do pagamento sobre o que teria sido concedido em termos comerciais, mas também o total do pagamento da filial à sociedade-mãe. Finalmente, parece que, segundo os termos do acórdão, não houve um mecanismo que assegurasse através das CDT aplicáveis que as requalificações do juro pela Alemanha seriam «compensadas» por partes contratantes de outro Estado-Membro para evitar a dupla tributação.

72. A situação em causa no presente processo nos termos da legislação do Reino Unido era (e é) diferente em muitos aspectos, tal como indica o Reino Unido nas suas alegações.

73. Em primeiro lugar, no que se refere à legislação do Reino Unido aplicável até 1995, qualquer juro pago por uma sociedade — quer a um mutuante residente quer a um não residente — sobre um empréstimo que representasse mais do que uma margem comercial razoável do empréstimo devia ser considerado uma distribuição de lucros na parte em que excedesse essa margem [Sec-

62 — V., por exemplo, acórdão Denkavit, já referido na nota 27, n.º 43.

63 — Acórdão Lankhorst-Hohorst, já referido na nota 2, n.º 3.

tion 209(2)(d) do TA]. No entanto, qualquer juro pago a um mutuante não residente no Reino Unido que fosse membro do mesmo grupo [que não fosse um juro já considerado como uma distribuição nos termos da Section 209(2)(d)] era em qualquer caso considerado como uma distribuição [64]. Esta disposição era claramente desproporcionada, no sentido que descrevi acima, por duas razões. Primeiro, um empréstimo concedido a uma filial no Reino Unido por uma sociedade-mãe residente noutro Estado-Membro era sempre requalificado como uma distribuição sem apreciação da sua conformidade a um critério de plena concorrência. Segundo, não existia absolutamente nenhuma oportunidade de essa filial provar que o empréstimo era efectuado por razões comerciais legítimas e não de modo puramente abusivo para obter um benefício fiscal. Esta regra geral ultrapassava o que era razoavelmente necessário para atingir o objectivo da legislação do Reino Unido.

74. O Reino Unido sustenta, no entanto, que o efeito das CDT que concluiu com outros Estados-Membros consistia em o juro ser de facto dedutível, excepto se a taxa de juro fosse excessiva, e apenas nessa medida. O juro era excessivo, no caso de CDT mais antigas baseadas no modelo de 1963 [65], se a taxa de juro excedesse o que era comercial tendo em conta o montante da dívida ou, no caso de CDT mais recentes, baseadas em modelos da OCDE ulteriores [66], se o valor do juro excedesse por qualquer razão o que seria pago em plena concorrência por a taxa ou o próprio montante do empréstimo não serem comerciais. Além disso, no que se refere a uma segunda categoria de CDT, a partir de 1992, a orientação legislativa relativamente às circunstâncias em que o montante do empréstimo ou a taxa de juro sobre o mesmo excedia o que teria sido acordado em plena concorrência encontrava-se na Section 808A do TA. Esta orientação exigia que fossem tidos em conta todos os factores na apreciação da plena concorrência, incluindo a questão de saber se o empréstimo teria sido efectuado se não existisse uma relação especial (entre a mutuante e a mutuária), qual seria o montante do empréstimo se não existisse a relação, e quais a taxa de juro e demais condições que teriam sido acordadas se não existisse a relação [67].

75. No caso de cada uma destas categorias de CDT, a sua redacção parece-me, em princípio, proporcionada relativamente ao objectivo anti-fraude da legislação do Reino Unido. A base de apreciação é essencialmente, em todos os casos, o princípio da plena concorrência. Em nenhum dos casos existe uma regra fixa e absoluta (tal como o rácio fixo empréstimos-acções) sobre o que é permissível: cada categoria permite, em face

64 — Section 209(2)(e)(iv) e (v) do TA.

65 — Por exemplo, as CDT com o Luxemburgo, a Alemanha, a Espanha e a Áustria.

66 — Por exemplo, as CDT com os Países Baixos, a França, a Irlanda e a Itália.

67 — Section 808A(2) do TA.

dos termos empregues, que sejam tidas em conta as circunstâncias de cada caso concreto na determinação daquilo que é comercial. Acresce que em cada caso apenas a parte excessiva dos pagamentos transfronteiriços (relativamente ao que teria sido pago em condições comerciais) é requalificada como uma distribuição. Em princípio, portanto, essas disposições parecem-me justificadas ao abrigo do artigo 43.º CE. Esta conclusão fica, no entanto, sujeita às seguintes qualificações importantes, cuja verificação cabe ao órgão jurisdicional nacional.

76. Em primeiro lugar, o contribuinte deve ter tido a possibilidade de demonstrar, sem encargos indevidos, que a transacção foi efectivamente realizada por razões genuinamente comerciais e não para obter um benefício fiscal. Apesar de, como observei acima, se poder imaginar que as circunstâncias em que isso pode ser demonstrado são relativamente limitadas (disso sendo exemplo o salvamento da filial pela sociedade-mãe), não me parece claro que resulte da redacção dos exemplos de CDT apresentados ao Tribunal de Justiça que a possibilidade existisse no quadro do sistema do Reino Unido. Compete ao órgão jurisdicional nacional decidir sobre isso com base na matéria de facto do litígio que lhe está submetido.

77. Em segundo lugar, esta análise baseia-se puramente na redacção formal das CDT apresentadas ao Tribunal de Justiça. Se, por exemplo, as autoridades do Reino Unido aplicassem essas disposições na prática de tal maneira que equivalessem a uma regra absoluta e inflexível aplicada sem atender às circunstâncias de um dado caso concreto, e sem que o contribuinte tivesse efectivamente oportunidade de reclamar e fazer com que essas circunstâncias fossem tidas em conta (ou, mesmo, se não aplicassem de todo essas disposições das CDT, o que significa que se aplicaria a Section 209(2)(e)(iv) e (v)), isso não deixaria de ser desproporcionado. Quanto a este ponto, a existência de um «processo de liquidação antecipada», segundo o qual os contribuintes podem verificar a sua posição antes de as regras relativas à subcapitalização lhes serem aplicadas, acrescenta transparência e segurança aos regimes fiscais dos Estados-Membros no interesse da boa administração, mas não é decisiva no que respeita à compatibilidade com o artigo 43.º CE de regras nacionais que, de resto, são proporcionadas. Observo que no presente processo os recorrentes-tipo contestam a eficácia e a fiabilidade do procedimento de autorização prévia invocado pelo Reino Unido em apoio dos seus argumentos.

78. Em terceiro lugar, a análise aplica-se evidentemente apenas na medida em que o Reino Unido tenha de facto concluído uma CDT com essa redacção com o Estado-Membro relevante. Não resulta claramente do despacho de reenvio qual o número de CDT semelhantes concluídas entre o Reino Unido e os Estados-Membros.

79. Finalmente, mesmo em casos regulados por essas CDT, a compatibilidade das regras com o artigo 43.º CE dependeria, como observei acima, do reconhecimento recíproco da requalificação do Reino Unido pelo outro Estado-Membro parte na CDT (para assegurar, em especial, que a requalificação não ocasionasse a dupla tributação). Tal como observei acima, o Reino Unido não pode argumentar que a outra parte contratante da CDT não cumpriu as suas obrigações por não considerar os pagamentos recebidos pela sociedade-mãe em conformidade com a sua requalificação pelo Reino Unido. Observando embora que, no presente processo, o Reino Unido alega que esse ajustamento era quase sempre efectuado, compete ao órgão jurisdicional investigar se, num dado caso concreto que lhe seja submetido, isso realmente foi assim.

80. Acrescento que, ao contrário do que alegam os recorrentes-tipo, o facto de o «critério» da plena concorrência interna para a requalificação estabelecido na Section 209 (2)(d) poder ser diferente (e mais amplo) do «critério» da CDT não significa, em si mesmo, que as regras do Reino Unido violavam o artigo 43.º CE: como observei acima, não se justifica exigir que os Estados-Membros avaliem os empréstimos puramente internos do grupo da mesma maneira que o fazem relativamente a empréstimos transfronteiriços dentro do grupo para esse mesmo efeito. Além disso, a ampliação da avaliação para incluir a análise do facto de que não só a taxa de juro mas também o montante do empréstimo foram concedidos em condições comerciais parece perfeitamente conforme com o objectivo anti-fraude da legislação do Reino Unido, uma vez que o aumento do montante do empréstimo para proporções não comerciais também pode teoricamente ser uma maneira de «deslocar» a tributação dos lucros para outro território fiscal.

81. Examinarei de seguida a proporcionalidade das alterações introduzidas em 1995. O Reino Unido observa que essas alterações introduziram essencialmente, sob forma legislativa, o princípio da plena concorrência, que tinha produzido anteriormente efeito através das CDT. Desse modo, dispuseram que o juro pago entre membros do grupo que excedesse o montante que teria sido pago em condições de plena concorrência devia ser considerado uma distribuição [68]. Considerava-se que tinha sido concedido um empréstimo não baseado no princípio da plena concorrência quando uma parte ou a totalidade do empréstimo representasse «um montante que não teria sido pago à outra sociedade se as sociedades não tivessem qualquer relação entre si (excepto no que se refere aos títulos em questão), não tivessem concluído acordos nem tivessem qualquer outra ligação [...]» [69]. Além disso, a legislação estabelecia uma lista de critérios a utilizar para decidir se os pagamentos de juros deviam ser considerados distribuições.

68 — Section 209(2)(da) do TA.

69 — Section 209(2)(da)(ii) do TA.

Esses critérios eram os seguintes: o nível de endividamento global da mutuária; a expectativa de que a mutuária e uma determinada pessoa se teriam tornado partes numa operação que implicasse a emissão de um título de crédito pela sociedade emissora ou a contracção de um empréstimo, ou de um empréstimo de determinado montante, a essa sociedade; e a taxa de juro e outras condições que se deviam considerar aplicáveis em qualquer caso a essa transacção.

82. À primeira vista, e por razões semelhantes às que expusemos relativamente à legislação anterior a 1995, os termos desta legislação parecem-me, em princípio, proporcionados ao seu fim, dependendo das quatro qualificações importantes que expus acima. O critério da requalificação baseia-se expressamente no princípio da plena concorrência, tal como especificado na enumeração dos critérios. Não foi alegado no presente processo que esses critérios, e a maneira como a legislação está redigida, não exprimem adequadamente o princípio da plena concorrência. Uma vez mais, o facto de as disposições não se aplicarem se o pagador e a pessoa que recebe o pagamento estiverem ambos sujeitos a imposto sobre as sociedades no Reino Unido [70] não significa, em si mesmo, que sejam desproporcionadas.

83. Aplicam-se precisamente as mesmas considerações à apreciação da proporcionalidade das alterações de 1998 às normas que consideram a questão da subcapitalização como sendo parte da legislação geral do Reino Unido sobre preços de transferências. O ponto de referência é outra vez o padrão da plena concorrência, traduzido nesta ocasião em condições «diferentes das que teriam existido se as sociedades não estivessem sob controlo comum». Uma vez mais se aplicam os requisitos que expus acima.

84. Tendo o Reino Unido alterado as suas normas sobre preços de transferências em 2004, de modo a aplicarem-se igualmente quando ambas as partes na operação estão sujeitas a imposto no Reino Unido, resulta claramente do exposto que isso não é necessário, em minha opinião, para que as regras sejam conformes com o artigo 43.º CE.

b) Justificação por razões de coerência fiscal?

85. Uma justificação alternativa avançada pelo Reino Unido é que a legislação em questão era necessária para assegurar a coerência do sistema fiscal. Segundo o Reino Unido, a sua legislação destinava-se a assegurar que as distribuições dissimuladas fossem tributadas uma única vez e no território fiscal adequado (em que os lucros eram gerados). Além disso, o Reino Unido

70 — Section 212(1) e (3) do TA.

sustenta que, considerando a coerência fiscal na perspectiva do grupo de sociedades e da Comunidade, a aplicação da suas regras relativas à subcapitalização assegurava a coerência ao assegurar que os lucros não podiam ser «exportados», com recurso a um instrumento artificial, para serem tributados num território fiscal onde os lucros não tinham sido ganhos.

86. Este argumento pode ser abordado com brevidade, uma vez que, aplicado no presente contexto, suscita em minha opinião precisamente as mesmas questões, e está sujeito às mesmas limitações, que expusemos acima no que se refere à justificação por razões de luta contra as práticas abusivas.

87. No entanto, dá ensejo a observações mais genéricas sobre a natureza e a função do argumento, bastante vago, da «coerência fiscal». O Tribunal de Justiça aceitou expressamente esse argumento apenas num caso — Bachmann [71] - embora já tenha sido suscitado sem êxito em vários processos desde então. No processo Bachmann, o Tribunal de Justiça utilizou o conceito para exprimir a ideia de que a Bélgica podia justificadamente manter, com razão, um «nexo» entre a dedutibilidade das contribuições pagas em cumprimento dos contratos de seguros de reforma e de vida e a subsequente sujeição a imposto belga das quantias pagas ao abrigo desses contratos. Justificava-se que a Bélgica limitasse a dedutibilidade das contribuições aos casos em que podia tributar as quantias pagas subsequentemente. Desde então, o Tribunal de Justiça tem declarado que, a fim de se poder invocar esse argumento, deve existir um «nexo directo» entre a concessão de um benefício fiscal e a neutralização desse benefício por uma tributação específica. Em acórdãos como o do processo Verkooijen, o Tribunal de Justiça salientou que, no processo Bachmann, a atribuição do benefício fiscal e a tributação diziam respeito ao mesmo imposto e ao mesmo contribuinte, tendo rejeitado a argumentação da defesa naquele processo porque dizia respeito a dois impostos distintos que atingiam contribuintes distintos [72]. O mesmo raciocínio foi seguido nos processos Baars e Bosal [73].

88. A limitação do âmbito da defesa a um princípio formal «um imposto, um contribuinte» foi criticada, entre outros, pelos advogados-gerais J. Kokott e M. Poiares Maduro nas suas conclusões respectivas nos processos Manninen e Marks & Spencer [74]. Com efeito, o Tribunal de Justiça nos seus acórdãos naqueles processos pareceu adoptar uma interpretação mais ampla do conceito. No acórdão Manninen, rejeitando embora o argumento da defesa sobre a matéria de facto daquele processo, o Tribunal de Justiça declarou que a coerência do regime fiscal finlandês está assegurada

71 — Acórdão Bachmann, já referido na nota 46 (v. igualmente o processo paralelo, acórdão de 28 de Janeiro de 1992, Comissão/Bélgica, C-300/90, Colect., p. I-305, sobre questões muito semelhantes).

72 — Acórdão de 6 de Junho de 2000, Verkooijen (C-35/98, Colect., p. I-4071, n.º 58).

73 — Acórdão Baars, já referido na nota 19; acórdão de 18 de Setembro de 2003, Bosal (C-168/01, Colect., p. I-9409).

74 — Acórdão de 7 de Setembro de 2004, Manninen (C-319/02, Colect., p. I-7477); acórdão Marks & Spencer, já referido na nota 26.

enquanto se mantiver a correlação (nexo) entre o benefício fiscal concedido ao accionista (um crédito de imposto) e o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas pago sobre os lucros resultantes dessas participações. O facto de esse imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas ter sido pago na Suécia, e não na Finlândia, não negava essa correlação [75]. No acórdão Marks & Spencer, o Tribunal de Justiça estruturou o seu raciocínio de uma maneira um pouco diferente, utilizando o conceito de «repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros» [76]. Apesar de, em princípio, a legislação nacional que restringe as reduções fiscais de grupo a filiais residentes de uma sociedade-mãe residente prosseguir o objectivo legítimo de protecção desta repartição equilibrada do poder tributário — porque conceder às filiais a opção de os seus prejuízos serem tidos em conta no seu Estado de domicílio ou noutro Estado poria em perigo o equilíbrio — os meios empregues naquele processo pela legislação do Reino Unido para atingir esse objectivo eram, no entender do Tribunal de Justiça, desproporcionados.

89. À luz do exposto, é desculpável sentir-se inseguro quanto ao âmbito e função deste argumento. Em meu entender, no entanto, na grande maioria dos casos em que o Tribunal de Justiça não admitiu a aplicabilidade do argumento da defesa (em resposta a alegações específicas das partes quanto a este ponto), na realidade exprimiu simplesmente os princípios básicos de não discriminação que referi nas minhas conclusões nos processos ACT, FII, Kerckaert e Morres e Denkavit, designadamente: (1) ao agirem na qualidade de Estados de residência, os Estados-Membros não devem discriminar entre rendimentos de origem estrangeira e rendimentos de origem interna quando exercem a sua competência fiscal sobre os primeiros e (2) ao agirem na qualidade de Estados da fonte, os Estados-Membros não devem discriminar entre os rendimentos dos residentes e os rendimentos dos não residentes, quando exercem a sua competência fiscal sobre os primeiros [77]. Disto são exemplos claros os processos Verkooijen e Manninen, nos quais o Tribunal de Justiça confirmou essencialmente a obrigação de não discriminação do Estado de residência ao rejeitar os argumentos dos Governos neerlandês e finlandês segundo os quais não existia um nexo suficiente entre o benefício fiscal (a isenção e o crédito, respectivamente) e o imposto pago (que, como rendimento de origem estrangeira, tinha sido pago noutro Estado-Membro) [78]. Do mesmo modo, no acórdão Marks & Spencer, o Tribunal de Justiça estabeleceu essencialmente os limites da obrigação de não discriminação (do Estado de residência) — como o Reino Unido não exerceu o seu poder de tributar as filiais não residentes de sociedades-mãe do Reino Unido, foi coerente, em princípio, em não permitir a dedutibilidade dos prejuízos dessas filiais pela sociedade-mãe do Reino Unido [79]. Quaisquer «restrições» à actividade trans-

75 — Acórdão Manninen, já referido na nota 74, n.º 46.

76 — Acórdão Marks & Spencer, já referido na nota 26, n.º 46.

77 — V. nota 27.

78 — Acórdão Verkooijen, já referido na nota 72; acórdão Manninen, já referido na nota 74.

79 — Acórdão Marks & Spencer, já referido na nota 26.

fronteiriça decorrentes dessas limitações à dedução dos prejuízos resultariam não de discriminação, mas de quase-restrições.

90. Nesses casos, portanto, a apreciação da aplicabilidade do «argumento da coerência fiscal» era de facto conceptualmente indistinta da questão de saber se a legislação nacional era discriminatória. Na grande maioria dos casos, portanto, pode questionar-se se o argumento da «coerência fiscal» tem efectivamente uma função útil específica.

91. No presente processo, o resultado da aplicação do raciocínio baseado na coerência fiscal é, em minha opinião, precisamente o mesmo que se explicou acima no que se refere à justificação da luta contra as práticas abusivas. Assim, apesar de em princípio se justificar que o Reino Unido procure reforçar e prevenir a utilização abusiva das disposições fiscais aplicáveis no seu território fiscal (ou seja, a distinção, no tratamento fiscal, dos juros e das distribuições de lucros) com base no princípio geralmente aceite da plena concorrência, apenas o pode fazer de modo proporcionado.

4. Conclusões quanto à questão 1

92. Pelas razões expostas, a resposta à primeira questão do órgão jurisdicional nacional deve, em meu entender, ser a de que o artigo 43.º CE não se opõe à manutenção em vigor e à aplicação de disposições fiscais nacionais como as disposições do Reino Unido em questão no presente processo, que impõem restrições baseadas no critério da plena concorrência quanto à possibilidade de uma filial residente no Reino Unido deduzir para efeitos fiscais os juros relativos a um empréstimo concedido pela sociedade-mãe, directa ou indirecta, não residente, quando a filial não estaria sujeita a essas restrições se a sua sociedade-mãe fosse residente no Reino Unido, desde que (1) seja possível que a filial demonstre sem encargos excessivos que a transacção foi de facto realizada por razões genuinamente comerciais e não para a obtenção de uma vantagem fiscal; e (2) o Reino Unido assegure o reconhecimento mútuo, pelo Estado de residência da sociedade-mãe, de qualquer requalificação feita pelo Reino Unido dos juros pagos pela filial.

C — *Questão 2*

93. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta essencialmente se a resposta à sua primeira questão

seria diferente caso o empréstimo à filial residente no Reino Unido fosse feito não directamente pela sua sociedade-mãe, mas por uma sociedade intermédia que faz igualmente parte do mesmo grupo, e se tal sociedade mutuante e/ou a sociedade-mãe foss(em) residente(s) não noutro Estado-Membro mas num país terceiro.

94. Tal como expus acima, uma vez que a legislação do Reino Unido em questão se aplica apenas a situações em que uma sociedade tem uma influência certa sobre as decisões de outra sociedade na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, deve ser apreciada a sua compatibilidade apenas com o artigo 43.° CE. A proibição relevante deste artigo para efeitos do presente processo é a proibição de restrições na criação de filiais por sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade [80].

95. Isso significa em meu entender que, desde que a sociedade-mãe, directa ou indirecta, cujo direito de estabelecimento é alegadamente restringido seja residente num Estado-Membro (que não seja o Reino Unido), o artigo 43.° CE (e a análise exposta acima) é aplicável. A possibilidade de a sociedade mutuante intermédia que fornece efectivamente o empréstimo ser residente num país terceiro não altera esta conclusão. Assim, a análise é exactamente a mesma que foi exposta relativamente à primeira questão nas hipóteses sugeridas pela questão 2(a) (sociedade-mãe e sociedade mutuante residentes noutro Estado-Membro).

96. Pelo contrário, se a sociedade-mãe directa ou indirecta for residente num país terceiro, o artigo 43.° CE não é, em princípio, aplicável, mesmo que o empréstimo seja efectuado de facto através de outro membro do grupo domiciliado noutro Estado-Membro. Daí resulta que, na hipótese sugerida na questão 2(d) (sociedade-mãe e sociedade mutuante residentes em países terceiros), o artigo 43.° não é aplicável (nem qualquer outra disposição do Tratado sobre a livre circulação).

97. A excepção seria se a própria sociedade mutuante exercesse uma influência certa sobre as decisões da filial no Reino Unido (ou seja, quando a sociedade no Reino Unido é, de facto, uma filial da sociedade mutuante), e se as normas do Reino Unido implicassem uma discriminação da filial no Reino Unido em razão da localização dessa sociedade mutuante. Nesse caso, haveria uma alegada restrição à liberdade de estabelecimento da sociedade mutuante, e não da sociedade-mãe de um país terceiro. Assim, nas hipóteses sugeridas pelas questões 2(b) e

80 — V. artigo 48.° CE.

2(c) (sociedade mutuante residente noutro Estado-Membro, sociedade-mãe residente num país terceiro), a análise exposta acima quanto ao artigo 43.º aplica-se apenas quando a mutuária no Reino Unido é uma filial da sociedade mutuante. Isto é igualmente assim apesar da variante da questão 2 (c) (empréstimo avançado por uma sucursal num país terceiro da sociedade mutuante residente no Estado-Membro), desde que a própria sociedade mutuante cumpra as condições de aplicabilidade do artigo 43.º CE estabelecidas no artigo 48.º CE (ou seja, ser constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e ter a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade).

98. Por estas razões, a resposta à segunda questão do órgão jurisdicional nacional deve ser que o artigo 43.º CE, e a análise contida na minha resposta à questão 1, é aplicável quando (a) o empréstimo é efectuado por uma sociedade mutuante, e não pela própria sociedade-mãe, se ambas as sociedades forem residentes num Estado-Membro que não seja o Reino Unido; ou (b) a sociedade mutuante é residente num Estado-Membro que não seja o Reino Unido e a sociedade mutuária é uma filial da sociedade mutuante, mesmo que a sua sociedade-mãe comum seja residente num país terceiro ou que a sociedade mutuária avance o empréstimo a partir de uma sucursal situada num país terceiro. No entanto, o artigo 43.º CE não é aplicável quando (a) a sociedade mutuante é residente num Estado-Membro que não seja o Reino Unido, a sociedade mutuária não é uma filial da sociedade mutuante e a sua sociedade-mãe comum é residente num país terceiro; ou (b) a sociedade mutuante e todas as sociedades-mãe, directas ou indirectas, tanto da sociedade mutuante como da sociedade mutuária, são residentes em países terceiros.

D — *Questão 3*

99. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se teria alguma pertinência para as respostas às questões 1 e 2 que se pudesse demonstrar que a concessão do empréstimo constituía um abuso de direito ou fazia parte de um acordo simulado destinado a contornar a legislação fiscal do Estado-Membro da sociedade mutuária. Como respondi a esta questão na minha resposta à questão 1, designadamente na secção respeitante à aplicabilidade da justificação baseada na luta contra as práticas abusivas avançada pelo Reino Unido, não fornecerei aqui uma resposta em separado.

E — *Questão 4*

100. Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se, no caso de

existir uma restrição à circulação de capitais entre Estados-Membros e países terceiros à luz do artigo 56.º CE, essa restrição existia em 31 de Dezembro de 1993 para efeitos do artigo 57.º CE. Como já respondi a esta questão na secção VA, *supra*, onde concluí que a legislação do Reino Unido apenas deve ser apreciada quanto à sua compatibilidade com o artigo 43.º CE, e não com os artigos 49.º ou 56.º CE, não fornecerei aqui uma resposta em separado.

F — *Questões 5 a 10*

101. As questões 5 a 10 do despacho de reenvio suscitam questões relativas às vias judiciais que as filiais residentes no Reino Unido ou outras sociedades do mesmo grupo podem utilizar no caso de alguma das normas do Reino Unido em questão violar as disposições comunitárias referidas nessas questões.

102. Resulta da minha resposta à questão 1 que a questão das vias judiciais só ocorrerá em circunstâncias relativamente limitadas, uma vez que as normas do Reino Unido são, em meu entender, em geral conformes com o artigo 43.º CE. Assim, a questão das vias judiciais apenas surge nos casos em que (1) um contribuinte pode demonstrar que os pagamentos requalificados pelo Reino Unido em conformidade com essas normas foram de facto efectuados por razões genuinamente comerciais e não para a obtenção de um benefício fiscal; (2) no que respeita às situações reguladas pelas regras aplicáveis até 1995, não existia CDT aplicável que previsse um critério de plena concorrência, e o contribuinte pode demonstrar que os pagamentos requalificados pelo Reino Unido em conformidade com essas normas cumprem o critério da plena concorrência ou que esses pagamentos foram efectuados de facto por razões genuinamente comerciais e não para a obtenção de um benefício fiscal; ou (3) se a não existência de um recíproco reconhecimento, pelo Estado-Membro da sociedade-mãe, da requalificação do pagamento feito pelo Reino Unido conduzisse a uma dupla tributação do pagamento que de outro modo não teria ocorrido.

103. Devido ao âmbito restrito destas circunstâncias, e ao facto de já ter tratado de questões muito semelhantes nas minhas conclusões no processo Test Claimants in the FII Litigation Group [81], serei breve nas minhas respostas a estas questões.

104. Tal como observei nas minhas conclusões no processo FII [82], o Tribunal de Justiça tem constantemente decidido que os Esta-

81 — Conclusões no processo FII, já referidas na nota 27, n.ºs 125 e segs.

82 — *Ibidem*, n.º 126, e jurisprudência aí referida.

dos-Membros devem reembolsar os impostos cobrados em violação do direito comunitário e que o direito a tal reembolso é uma consequência e um complemento dos direitos conferidos aos particulares pelas normas de direito comunitário tal como são interpretadas pelo Tribunal de Justiça. O Estado-Membro está, em princípio, obrigado a restituir os montantes cobrados em violação do direito comunitário [83]. Na falta de disposições comunitárias sobre repetição do indevido, compete, com efeito, à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos decorrem do direito comunitário, desde que, por um lado, essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e, por outro, não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) [84].

105. A questão suscitada no presente processo é precisamente a mesma que foi suscitada no processo FII, designadamente, a de saber se as pretensões dos recorrentes devem ser qualificadas como acções de restituição ou de indemnização por perdas e danos ou por um montante correspondente ao benefício indevidamente recusado.

106. Naquele processo indiquei (com referência ao acórdão Metallgesellschaft) que, em princípio, compete ao órgão jurisdicional nacional decidir sobre a qualificação dos diversos tipos de acções segundo o direito nacional. No entanto, isso fica sujeito à condição de a qualificação permitir aos recorrentes-tipo uma via judicial efectiva para reclamar o reembolso ou a reparação do prejuízo financeiro que sofreram em proveito das autoridades do Estado-Membro em causa na sequência do pagamento do imposto indevidamente cobrado [85]. Esta obrigação exige que o órgão jurisdicional nacional, ao qualificar as acções segundo o direito nacional, tenha em conta o facto de as condições de reparação do prejuízo estabelecidas no acórdão Brasserie du Pêcheur poderem não estar reunidas num dado caso, situação em que, apesar disso, deverá garantir a existência de uma via judicial eficaz.

107. Ao aplicar isto ao caso vertente, parece-me que os argumentos avançados pelos recorrentes-tipo devem ser apreciados à luz dos princípios estabelecidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a repetição do indevido; ou seja, o Reino Unido não deve lucrar e as sociedades (ou grupos de sociedades) às quais foi exigido o pagamento de uma quantia indevida não devem sofrer prejuízos em consequência da aplicação dessa imposição [86]. Deste modo, a fim de que a via judicial fornecida aos recorrentes-

83 — *Ibidem*, e jurisprudência aí referida.

84 — Conclusões no processo FII, já referidas na nota 27, n.º 127 e jurisprudência aí referida.

85 — Acórdão Metallgesellschaft, já referido na nota 36, n.º 96.

86 — V. as conclusões do advogado-geral Fennelly no processo Metallgesellschaft, já referido na nota 36, n.º 45.

tipo seja eficaz para a obtenção do reembolso ou da reparação do prejuízo financeiro que alegaram e com o qual as autoridades do Estado-Membro lucraram, esse argumento deve em minha opinião estender-se a todas as consequências directas da cobrança indevida do imposto. À primeira vista, isso inclui em minha opinião o seguinte: (1) o reembolso do imposto sobre as sociedades indevidamente cobrado [questão 5(a), (b), (c) e (d)]; (2) o restabelecimento dos desagravamentos fiscais destinados a compensar o imposto sobre as sociedades indevidamente cobrado [questão 5(e)]; e (3) o reembolso do pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades não utilizado, feito sobre juros erradamente requalificados de distribuições [questão 5(f)]. Saliento que, no entanto, compete ao órgão jurisdicional nacional certificar-se de que a reparação reclamada era uma consequência directa da imposição indevidamente cobrada.

108. Acrescento que, no processo FII, que dizia respeito ao tratamento fiscal de dividendos recebidos no Reino Unido, exprimi sérias dúvidas sobre se as condições da jurisprudência Brasserie du Pêcheur [87] estariam reunidas — e, em especial, a exigência de uma violação suficientemente caracterizada — quanto aos aspectos do sistema do Reino Unido que violavam o direito comunitário. Tenho as maiores dúvidas sobre esse ponto no caso vertente. A aplicação do artigo 43.º CE à legislação nacional relativa à subcapitalização foi confirmada pelo Tribunal de Justiça apenas em 2002, com o acórdão Lankhorst-Hohorst [88], e mesmo após esse acórdão o âmbito da sua aplicação não é totalmente claro. Além disso, o Reino Unido alterou a sua legislação em diversas ocasiões, tornando a aplicação das suas normas mais transparente e provavelmente, no caso das alterações de 2004, teve em consideração a compatibilidade com o direito comunitário. Isso não me parece suficiente para constituir uma violação grave e manifesta dos limites do seu poder de apreciação, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

109. Finalmente, em resposta à décima questão do órgão jurisdicional nacional, relativa à relevância da diligência razoável na limitação dos prejuízos pelas pessoas lesadas, observo que, tal como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Metallgesellschaft e de acordo com o princípio da economia processual nacional, os pedidos como os do processo principal estão sujeitos a regras processuais nacionais que podem, em particular, impor que os demandantes actuem com uma diligência razoável a fim de evitar o prejuízo ou limitar a sua extensão [89]. Uma vez mais, no entanto, se aplicam os princípios segundo os quais as regras processuais devem ser equivalentes às que regulam situações internas semelhantes e não devem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário. No acórdão Metallgesellschaft, por exemplo, o Tribunal de Justiça declarou que este princípio de efectividade não é cumprido quando um órgão jurisdicional nacional

87 — Acórdão de 5 de Março de 1996, Brasserie du Pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029).

88 — Já referido na nota 2.

89 — Acórdão Metallgesellschaft, já referido na nota 36, n.º 102.

rejeite ou reduza um pedido, destinado a obter o reembolso ou a reparação do prejuízo financeiro sofrido, com o único fundamento de que as demandantes não requereram à administração fiscal o benefício de um regime de tributação que se apoiasse directamente nos direitos resultantes das disposições jurídicas comunitárias, quando, «em qualquer dos casos», a legislação nacional lhes recusava o benefício daquele regime de tributação. A este respeito, observo que não resulta claramente do despacho de reenvio se, no caso vertente, as disposições nacionais, conjugadas com as CDT aplicáveis, implicariam a aplicação das restrições referidas na questão 1. Compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se a regra processual em questão obedece efectivamente aos princípios da efectividade e da equivalência.

110. Deve, em minha opinião, responder-se às questões 5 a 10 no sentido de que, na falta de regras comunitárias sobre a restituição de impostos indevidamente pagos, compete ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das vias judiciais destinadas à salvaguarda dos direitos que para os contribuintes decorrem do direito comunitário, incluindo a qualificação das acções intentadas pelos recorrentes no órgão jurisdicional nacional. No entanto, no exercício dessa competência, os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a assegurar que os demandantes disponham de uma via judicial efectiva que lhes permita obterem o reembolso ou a reparação do prejuízo financeiro que suportaram como resultado directo do imposto cobrado em violação do direito comunitário.

G — Limitação temporal

111. Nas suas alegações orais, o Governo do Reino Unido pediu que, no caso de decidir que houve violação do direito comunitário no presente processo, o Tribunal de Justiça pondere a limitação dos efeitos do seu acórdão no tempo. O Governo do Reino Unido sustenta que o custo potencial de uma decisão em seu desfavor equivaleria a 300 milhões de euros, dado o grande número de recorrentes envolvido no processo. Além disso, sustenta que os recorrentes-tipo no presente processo não devem ser isentos do efeito da limitação temporal.

112. Quanto a este ponto, basta observar que o facto de as circunstâncias em que as normas do Reino Unido violaram o artigo 43.º CE serem muito limitadas, tal como expus acima, significa que os montantes em causa no acórdão serão provavelmente muito inferiores aos calculados pelo Reino Unido. Em qualquer caso, como observei nas minhas conclusões no processo FII, compete ao Reino Unido, ao pedir a

limitação temporal, assegurar que o Tribunal de Justiça tenha ao seu dispor a informação suficiente para proferir uma decisão. Por razões semelhantes às que enunciei naquele processo — em que o Reino Unido também só na fase oral do processo suscitou a questão da limitação temporal, sem indicar o modo como chegou às suas estimativas sobre o custo do processo e sem precisar a data proposta para a produção de efeitos do acórdão — o Tribunal de Justiça deve declarar o pedido improcedente.

VI — Conclusão

113. À luz da exposição precedente, sou de opinião que o Tribunal de Justiça deve responder do seguinte modo às questões que lhe foram submetidas pela High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division:

— O artigo 43.° CE não se opõe à manutenção em vigor e à aplicação de disposições fiscais nacionais como as disposições do Reino Unido em questão no presente processo, que impõem restrições baseadas no critério da plena concorrência quanto à possibilidade de uma filial residente no Reino Unido deduzir para efeitos fiscais os juros relativos a um empréstimo concedido pela sociedade-mãe, directa ou indirecta, não residente, quando a filial não estaria sujeita a essas restrições se a sua sociedade-mãe fosse residente no Reino Unido, desde que (1) seja possível que a filial demonstre sem encargos excessivos que a transacção foi de facto realizada por razões genuinamente comerciais e não

para a obtenção de uma vantagem fiscal; e (2) o Reino Unido assegure o reconhecimento mútuo, pelo Estado de residência da sociedade-mãe, de qualquer requalificação feita pelo Reino Unido dos juros pagos pela filial.

— O artigo 43.° CE, e a análise contida na minha resposta à questão 1, é aplicável quando (a) o empréstimo é efectuado por uma sociedade mutuante, e não pela própria sociedade-mãe, se ambas as sociedades forem residentes num Estado-Membro que não seja o Reino Unido; ou (b) a sociedade mutuante é residente num Estado-Membro que não seja o Reino Unido e a sociedade mutuária é uma filial da sociedade mutuante, mesmo que a sua sociedade-mãe comum seja residente num país terceiro ou que a sociedade mutuária avance o empréstimo a partir de uma sucursal situada num país terceiro. No entanto, o artigo 43.° CE não é aplicável quando (a) a sociedade mutuante é residente num Estado-Membro que não seja o Reino Unido, a sociedade mutuária não é uma filial da sociedade mutuante e a sua sociedade-mãe comum é residente num país terceiro; ou (b) a sociedade mutuante e todas as sociedades-mãe, directas ou indirectas, tanto da sociedade mutuante como da sociedade mutuária, são residentes em países terceiros.

— Na falta de regras comunitárias sobre a restituição de impostos indevidamente pagos, compete ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das vias judiciais destinadas à salvaguarda dos direitos que para os contribuintes decorrem do direito comunitário, incluindo a qualificação das acções intentadas pelos recorrentes no órgão jurisdicional nacional. No entanto, no exercício dessa competência, os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a assegurar que os demandantes disponham de uma via judicial efectiva que lhes permita obterem o reembolso ou a reparação do prejuízo financeiro que suportaram como resultado directo do imposto cobrado em violação do direito comunitário.