

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

L. A. GEELHOED

apresentadas em 6 de Abril de 2006<sup>1</sup>

**I — Introdução**

**II — Quadro jurídico e económico do pedido de decisão prejudicial**

*A — Contexto da tributação dos dividendos*

1. O presente processo resulta da mesma legislação de base que é objecto de apreciação no processo pendente C-374/04, *Test Claimants in the Act Group Legislation*<sup>2</sup>, a saber, o regime britânico de pagamento antecipado de imposto sobre as sociedades («Advance Corporation Tax», a seguir «ACT») em vigor entre 1973 e 1999. Enquanto aquele processo dizia respeito ao tratamento fiscal dado aos dividendos pagos por sociedades residentes no Reino Unido a empresas accionistas residentes noutros Estados-Membros, o presente processo refere-se ao tratamento fiscal dos dividendos recebidos por empresas accionistas residentes no Reino Unido de sociedades residentes noutro Estado-Membro e, no que diz respeito a um aspecto suscitado pelo órgão jurisdicional nacional, em países terceiros.

2. Antes de referir as disposições relevantes do regime tributário do Reino Unido em causa, é importante sublinhar o enquadramento mais alargado da tributação dos lucros distribuídos pelas sociedades (dividendos) na União Europeia, que constitui o quadro legal e económico do presente processo. Em princípio, podem surgir dois níveis de tributação da distribuição dos lucros de uma empresa. O primeiro surge ao nível da empresa, sob a forma de imposto sobre as sociedades, e é relativo aos lucros da empresa. A cobrança de imposto sobre as sociedades ao nível das empresas é comum a todos os Estados-Membros. O segundo surge ao nível do accionista, podendo assumir a forma de tributação do rendimento quando o

1 — Língua original: inglês.

2 — V. as minhas conclusões de 23 de Fevereiro, ainda não publicadas na Colectânea.

accionista recebe os dividendos (um método utilizado pela maioria dos Estados-Membros), e/ou de retenção do imposto pela empresa no momento da distribuição deles<sup>3</sup>.

com o principal objectivo e efeito de fornecer aos accionistas uma protecção contra a dupla tributação económica.

3. A existência desses dois possíveis níveis de tributação pode conduzir, por um lado, a uma dupla tributação económica (tributação do mesmo rendimento por duas vezes, a dois contribuintes diferentes) e, por outro, a uma dupla tributação jurídica (tributação do mesmo rendimento por duas vezes, ao mesmo contribuinte). Existe uma dupla tributação económica quando, por exemplo, os mesmos lucros são tributados, em primeiro lugar, à empresa em sede de imposto sobre as sociedades e, em segundo lugar, ao accionista em sede de imposto sobre o rendimento. Existe uma dupla tributação jurídica quando, por exemplo, um accionista é sujeito em primeiro lugar a uma retenção do imposto na fonte e, em seguida, lhe é cobrado imposto sobre o rendimento pelos mesmos lucros, em Estados diferentes.

4. O presente processo diz respeito à compatibilidade com o direito comunitário de um regime estabelecido pelo Reino Unido

5. Os Estados-Membros têm ao seu dispor, ao decidir sobre a forma de atingir esse objectivo, quatro regimes à escolha, que podem ser designados como regime «clássico», «cedular», de «isenção» e de «imputação». Os Estados que adoptaram um regime clássico de tributação de dividendos optaram por não prevenir a dupla tributação económica: os lucros das sociedades são sujeitos a imposto sobre as sociedades, e os lucros distribuídos são novamente tributados ao accionista em sede de imposto sobre o rendimento. Pelo contrário, os regimes cedular, de isenção e de imputação visam prevenir total ou parcialmente a dupla tributação económica<sup>4</sup>. Os Estados com regimes cedulares (de que existem diversas formas) optam por sujeitar os lucros das empresas a imposto sobre as sociedades, mas tributam os dividendos como uma categoria distinta de rendimentos. Aqueles que têm regimes de isenção optam por isentar os dividendos do imposto sobre o rendimento. Por último, nos regimes de imputação, o imposto sobre as sociedades a nível das empresas é total ou parcialmente imputado ao imposto sobre o rendimento devido pelos dividendos a nível do accionista, de forma que o imposto sobre as sociedades serve como um pagamento antecipado deste (ou de parte deste) imposto sobre o rendimento.

3 — V., no entanto, artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO L 225, p. 6) («Os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe são, pelo menos quando esta detém uma participação mínima de 25% no capital da afiliada, isentos de retenção na fonte»).

4 — A principal motivação deste objectivo é evitar a discriminação entre o financiamento por emissão de acções e o financiamento por constituição de dívida.

Assim, os accionistas recebem um crédito de imposto correspondente a todo ou parte do imposto sobre as sociedades pago pelos lucros que deram origem ao pagamento dos dividendos, crédito esse que é dedutível do imposto sobre o rendimento devido por esses dividendos.

6. No período relevante para o presente processo, o Reino Unido ainda utilizava um regime de imputação parcial na tributação dos dividendos.

#### B — *Legislação britânica relevante*

7. Entre 1965 (ano em que foi introduzido o imposto sobre as sociedades no Reino Unido) e 1973, o Reino Unido aplicava um regime clássico de tributação dos dividendos, o qual, como expus acima, não evitava a dupla tributação económica. Em 1973, o Reino Unido passou para um regime de imputação parcial de tributação de dividendos, com o objectivo de eliminar a discriminação incidente sobre os lucros distribuídos<sup>5</sup>. Este regime funcionava, no essencial, da forma seguinte.

5 — V. «Reform of Corporation Tax», um documento oficial apresentado ao Parlamento do Reino Unido aquando da passagem para o regime da imputação parcial, n.ºs 1 e 5 (Cmnd. 4955).

1. ACT: sujeição e dedutibilidade

8. As sociedades residentes no Reino Unido que tivessem efectuado determinadas distribuições, incluindo o pagamento de dividendos aos seus accionistas, estavam em princípio sujeitas ao pagamento antecipado de imposto sobre as sociedades, calculado sobre um montante igual ao montante ou ao valor da distribuição efectuada, ainda que essas sociedades não estivessem sujeitas ao imposto sobre as sociedades do Reino Unido<sup>6</sup>. A soma do montante da distribuição e do ACT era designada por pagamento liberatório («franked payment»)<sup>7</sup>.

9. Até um certo limite, o ACT podia ser deduzido por uma sociedade do «mainstream corporation tax» (imposto de base sobre as sociedades, a seguir «MCT») devido pelos seus lucros no exercício contabilístico relevante. Operando o Reino Unido um regime de imputação parcial, segundo o qual a taxa do imposto sobre as sociedades era superior à taxa do ACT dedutível, a empresa continuava sempre sujeita a um imposto sobre as sociedades relativo aos seus lucros que era marginal. Além disso, quando uma empresa recebia um crédito pelos impostos pagos no estrangeiro, tal reduzia o montante da dívida de imposto sobre as sociedades disponível para deduzir o ACT<sup>8</sup>. O ACT não deduzido, designado por remanescente do

6 — Section 14(1) do Income and Corporation Taxes Act 1988 (lei relativa aos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares e sobre o rendimento das pessoas colectivas, a seguir «TA»), na redacção então em vigor.

7 — Section 238(1) TA.

8 — Section 797(4) TA.

ACT («surplus ACT»), podia ser restituído ou então transportado para outros exercícios, para efeitos de dedução ao respectivo imposto sobre as sociedades<sup>9</sup>. Em alternativa, a empresa podia transferir («ceder») este ACT às suas filiais no Reino Unido, que o podiam deduzir do imposto sobre as sociedades que tinham de pagar no Reino Unido<sup>10</sup>.

10. Uma sociedade com um remanescente de rendimentos de investimento isentos («surplus franked investment income») (ou seja, rendimentos de investimento isentos cujo montante excedesse os pagamentos liberatórios) podia, caso sofresse perdas, deduzir estas perdas ao montante dos referidos rendimentos, ao abrigo da Section 242 TA, recebendo em dinheiro o montante do crédito de imposto compreendido no referido remanescente. Esta disposição foi revogada com efeitos a partir de 2 de Julho de 1997.

11. Os grupos de empresas residentes no Reino Unido também podiam beneficiar de disposições especiais segundo as quais a obrigação de efectuar o ACT podia ser evitada em determinadas distribuições dentro do grupo, mediante decisão conjunta das duas empresas [opção pela tributação de grupo («group income election»)]<sup>11</sup>. Essas disposições foram objecto do acórdão *Metallgesellschaft*<sup>12</sup>.

## 2. Obrigação de pagamento do MCT

12. No caso de uma sociedade residente no Reino Unido que recebesse dividendos da sua filial, apesar de essa empresa estar, em princípio, sujeita ao imposto sobre as sociedades, este não incidia sobre os dividendos recebidos de outra empresa residente no Reino Unido<sup>13</sup>.

13. Uma sociedade residente no Reino Unido estava, no entanto, sujeita a imposto sobre as sociedades relativamente aos dividendos recebidos de sociedades não residentes, mas eram-lhe deduzidos os impostos estrangeiros que tivessem sido pagos. Estas deduções eram feitas unilateralmente nos termos das normas nacionais<sup>14</sup> ou então nos termos das convenções para evitar a dupla tributação celebradas com outros países<sup>15</sup>. As medidas unilaterais previam que os impostos pagos pelos dividendos estrangeiros fossem objecto de um crédito de imposto, reduzindo o montante do imposto sobre as sociedades devido pela empresa. Sendo a sociedade residente no Reino Unido controlada, directa ou indirectamente, ou sendo filial de uma sociedade que, directa ou indirectamente, controlasse 10% ou mais dos votos da sociedade que pagava o dividendo, a dedução estendia-se ao imposto sobre as sociedades estrangeiras aplicável aos lucros na origem dos dividendos que tinham sido pagos. O imposto estrangeiro só podia ser

9 — Section 239 TA.

10 — Section 240 TA.

11 — Section 247 TA.

12 — Acórdão de 8 de Março de 2001, *Metallgesellschaft* e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727).

13 — Section 208 TA.

14 — Section 790 TA.

15 — Section 788 TA.

creditado até ao montante do imposto sobre as sociedades devido no Reino Unido pelo rendimento em questão. De um modo geral, aplicavam-se medidas equivalentes nos termos das convenções para evitar a dupla tributação (a seguir «CDT») celebradas pelo Reino Unido com outros países<sup>16</sup>.

e accionistas individuais que recebiam a distribuição.

14. Para os exercícios fiscais iniciados a partir de 3 de Junho de 1986, a dedução referente à dupla tributação passou a ser efectuada antes de ser deduzido o ACT. Anteriormente, sucedia o contrário. A situação existente antes de 1986 constituía um problema para as sociedades residentes no RU, pois a dedução referente à dupla tributação só podia ser efectuada no próprio ano em que se constituía e, caso não fosse utilizada, era perdida.

a) Créditos de imposto: empresas accionistas

### 3. Créditos de imposto

15. Em determinadas circunstâncias, o ACT conferia um crédito de imposto às empresas

16. No caso de uma sociedade residente no Reino Unido que recebesse dividendos da sua filial, apesar de essa empresa estar, em princípio, sujeita ao imposto sobre as sociedades, este não incidia sobre distribuições recebidas de outra empresa residente no Reino Unido<sup>17</sup>. Além disso, a empresa tinha direito a um crédito de imposto igual ao ACT efectuado pela filial<sup>18</sup>. O montante agregado da distribuição e do crédito de imposto era designado por rendimento de investimento isento («franked investment income»)<sup>19</sup>. Uma sociedade residente no Reino Unido estava obrigada a efectuar ACT apenas relativamente à parte dos pagamentos liberatórios («franked payments») que excedesse o montante dos rendimentos de investimento isentos. Isso significava que o ACT era efectuado apenas uma vez relativamente aos dividendos transferidos por empresas membros de grupos residentes no Reino Unido.

17. Uma sociedade residente no RU que recebesse uma distribuição de uma sociedade

16 — Por exemplo, o artigo 22.º(b) da CDT entre o Reino Unido e os Países Baixos tinha, no período relevante para o presente processo, o seguinte teor: «quando este rendimento é constituído por um dividendo pago por uma sociedade residente nos Países Baixos a uma sociedade residente no Reino Unido e que controla directa ou indirectamente 10% ou mais dos votos desta última sociedade, o crédito terá em conta (para além de qualquer imposto dos Países Baixos devido relativamente aos dividendos) os impostos dos Países Baixos devidos por essa última sociedade relativamente aos respectivos lucros». V. igualmente as CDT com a França e com a Espanha.

17 — Section 208 TA.

18 — Section 231(1) TA.

19 — Section 238(1) TA.

não residente não tinha direito a um crédito de imposto e esse rendimento não era considerado rendimento de investimento isento. Quando uma sociedade recebesse rendimentos de investimento isentos durante um exercício, estava obrigada a pagar ACT apenas relativamente à parte dos pagamentos liberatórios («franked payments») que excedesse o montante do rendimento de investimento isento («franked investment income»)<sup>20</sup>.

b) Regime dos dividendos provenientes do estrangeiro («Foreign Income Dividend», a seguir «FID»)

18. A experiência decorrente do referido regime demonstrou que as sociedades que recebiam significativos rendimentos provenientes de dividendos estrangeiros podiam gerar remanescentes de ACT por dois motivos principais. Primeiro, os dividendos estrangeiros não acarretavam um crédito de imposto que pudesse ser utilizado para reduzir os ACT devidos pela sociedade pelas distribuições por si feitas. Segundo, quaisquer créditos conferidos relativamente aos impostos estrangeiros reduziam o montante do imposto sobre as sociedades devido pela sociedade, do qual podiam ser deduzidos os ACT.

19. Foram introduzidas medidas com efeitos a partir de 1 de Junho de 1994, nos termos das quais uma sociedade residente no Reino Unido podia optar por qualificar os dividen-

dos pagos em dinheiro aos seus accionistas como rendimento proveniente de dividendos estrangeiros («Foreign Income Dividend», a seguir «FID»)<sup>21</sup>. Esta opção podia ser feita na data em que o dividendo fosse pago e não podia ser revogada após essa data. Era devido ACT sobre o FID, mas, se a sociedade pudesse comprovar que o FID correspondia a lucros estrangeiros, podia apresentar um pedido de restituição relativamente ao remanescente de ACT decorrente do FID. O remanescente do ACT devia ser restituído no mesmo momento em que se constituía a dívida do MCT, ou seja, nove meses após o termo do exercício fiscal. Era, em primeiro lugar, dedutível do imposto de base sobre as sociedades devido por esse exercício fiscal. Qualquer montante cobrado em excesso seria então restituído. Como o ACT era pago 14 dias após o termo do trimestre durante o qual o dividendo tinha sido pago, isso significava que o ACT só era restituído, nos termos do regime FID, passados entre oito meses e meio e dezassete meses e meio, consoante o momento em que os dividendos tivessem sido pagos.

20. O FID não constituía um rendimento de investimento isento<sup>22</sup> e o accionista que recebia o FID não tinha direito a um crédito de imposto nos termos da Section 231(1), embora uma pessoa singular que recebesse um FID fosse tratada como se tivesse recebido um rendimento ao qual fosse aplicável o imposto à taxa mais baixa devida no respectivo exercício fiscal. Contudo, não era devida qualquer restituição aos accionistas pessoas singulares do imposto sobre os rendimentos que se considerasse já ter sido

21 — Sections 246A a 246Y TA.

22 — Todavia, uma sociedade accionista podia utilizar um FID por si recebido para o compensar com um FID pago, pelo que só era devido ACT relativamente ao excesso dos FID pagos relativamente aos FID recebidos.

20 — Section 241 TA.

pago, nem podia um accionista isento, como por exemplo um fundo de pensões do Reino Unido, requerer um crédito de imposto similar àquele que seria devido por uma distribuição que não pudesse ser qualificada de FID.

tuadas a partir de 6 de Abril de 1999. As sociedades deixaram de estar obrigadas ao ACT sobre os dividendos dos accionistas e sobre outras distribuições. As regras sobre os FID também foram abolidas<sup>26</sup>.

c) Créditos de imposto: accionistas individuais

21. No que respeita aos accionistas individuais, os residentes no Reino Unido e certas entidades como os fundos de pensões tinham direito, após receberem dividendos de uma empresa residente no Reino Unido, a um crédito de imposto proporcional ao montante ou valor da distribuição correspondente à taxa do ACT<sup>23</sup>. O imposto sobre o rendimento incidia sobre o montante agregado da distribuição e do crédito de imposto<sup>24</sup>. Este crédito de imposto podia ser deduzido do imposto sobre o rendimento relativo ao dividendo ou ser-lhes pago em dinheiro se o crédito excedesse o montante de imposto devido<sup>25</sup>.

4. As alterações de 1999

22. O regime dos ACT foi abolido relativamente às distribuições de dividendos efec-

C — *Direito comunitário relevante*

23. O principal acto de direito comunitário derivado relevante para efeitos do presente processo é a Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, que estrutura as regras fiscais reguladoras das relações entre as sociedades-mães e as sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes com o objectivo de facilitar os agrupamentos de sociedades<sup>27</sup>. Para evitar a dupla tributação transfronteiriça, o artigo 4.º da directiva sociedades-mães — sociedades afiliadas permite expressamente tanto o método da isenção como o do crédito de imposto, ao dispor o seguinte:

«1. Sempre que uma sociedade-mãe receba, na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada, lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, o Estado da sociedade-mãe:

— ou se abstém de tributar esses lucros,

23 — Section 231(1) TA.

24 — Section 20(1) TA.

25 — Section 231(1)(3) TA.

26 — Relativamente às sociedades com remanescentes de ACT, foi posto em prática um sistema sombra de pagamento por conta («shadow ACT»), que permitia o acesso das sociedades ao seu remanescente de ACT.

27 — V. nota 3.

— ou os tributa, autorizando esta sociedade a deduzir do montante do imposto a fracção do imposto da afiliada correspondente a tais lucros e, se for caso disso, o montante da retenção na fonte efectuada pelo Estado-Membro da residência da afiliada nos termos das disposições derogatórias do artigo 5º, dentro do limite do montante do imposto nacional correspondente.

24. O artigo 6.º da Directiva dispõe que o Estado-Membro de que depende a sociedade-mãe não pode aplicar uma retenção na fonte sobre os lucros que esta sociedade receba da sua afiliada.

### III — Matéria de facto e questões prejudiciais

2. Todavia, todos os Estados-Membros conservam a faculdade de prever que os encargos respeitantes à participação e as menos valias resultantes da distribuição dos lucros da sociedade afiliada não sejam dedutíveis do lucro tributável da sociedade-mãe. Se, nesse caso, as despesas de gestão relativas à participação forem fixadas de modo forfetário, o montante forfetário não pode exceder 5% dos lucros distribuídos pela sociedade afiliada.

25. As recorrentes são Test Claimants (recorrentes-tipo) e estão incluídas no Franked Investment (a seguir «FII») Group Litigation. Este Group Litigation foi definido por um despacho (Group Litigation Order) que se aplica a todas as acções intentadas num universo nele delimitado e que determina as várias questões a decidir comuns às várias acções. Na altura do pedido de decisão prejudicial faziam parte do FII Group Litigation doze grupos de sociedades.

3. O disposto no n.º 1 aplica-se até à data de aplicação efectiva de um sistema comum de imposto de sociedades.

26. Todas as recorrentes são sociedades residentes no RU que fazem parte de um grupo de sociedades conhecido como grupo BAT<sup>28</sup>. Incluem a sociedade principal que, em última análise, é a sociedade-mãe do

O Conselho adoptará em tempo útil as disposições aplicáveis a partir da data referida no primeiro parágrafo.»

28 — As Test Claimants são: a B.A.T Industries plc, a British American Tobacco (Investments) Ltd, a British American Tobacco (Holdings) Limited, a BAT 1998 Limited e a British American Tobacco plc.

grupo, cotada na Bolsa, e as sociedades-mães intermediárias que detêm as filiais não residentes<sup>29</sup>. Em todos os momentos relevantes, a sociedade-mãe principal e cada uma das sociedades-mães intermediárias detinham integralmente numerosas filiais residentes na maior parte dos Estados-Membros da União Europeia e do EEE e em muitos países terceiros.

(3) os pagamentos de ACT feitos pelas recorrentes-tipo referentes aos períodos iniciados no exercício fiscal que terminou em 30 de Setembro de 1973 e terminados em 14 de Abril de 1999; e

(4) os pagamentos de FID efectuados no período iniciado em 30 de Setembro de 1994 e terminado em 30 de Setembro de 1997.

27. As situações-tipo dizem respeito

(1) aos pagamentos de dividendos por filiais não residentes às recorrentes-tipo nos períodos iniciados no exercício fiscal que terminou em 30 de Setembro de 1973 e até ao presente momento;

(2) os pagamentos de dividendos de sociedades-mães residentes no RU aos seus accionistas efectuados nos períodos iniciados no exercício fiscal que terminou em 30 de Setembro de 1973 e terminados no trimestre com termo em 31 de Março de 1999;

28. Por despacho de 6 de Outubro de 2004, a High Court (Chancery Division) submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões nos termos do artigo 234.º CE:

«1. É contrário aos artigos 43.º CE ou 56.º CE que um Estado-Membro mantenha em vigor e aplique medidas que isentam do imposto sobre as sociedades os dividendos recebidos por uma sociedade residente nesse Estado-Membro (a seguir 'sociedade residente') de outras sociedades residentes e que sujeitam os dividendos por ela recebidos de sociedades residentes noutros Estados-Membros (a seguir 'sociedades não residentes') ao imposto sobre as sociedades (depois de ter concedido um direito à dedução, para evitar a dupla tributação, de qualquer retenção na fonte operada sobre esses dividendos e, em certas condições, do imposto correspondente pago pelas sociedades não residentes sobre os seus lucros no país onde são residentes)?

29 — Apesar de as características essenciais do grupo de recorrentes-tipo não se terem alterado durante todo este tempo, a identidade da sociedade-mãe principal sofreu alterações no âmbito das sociedades Test Claimants.

- 2) Quando um Estado-Membro mantém em vigor um sistema que, em determinadas circunstâncias, impõe o pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades [...] pelos dividendos pagos por uma sociedade residente aos seus accionistas, e concede um crédito de imposto aos accionistas residentes nesse Estado-Membro relativamente a esses dividendos, é contrário aos artigos 43.º CE ou 56.º CE ou aos artigos 4.º, n.º 1, ou 6.º da Directiva [90/435] o facto de o Estado-Membro manter em vigor e aplicar medidas que permitem que a sociedade residente pague dividendos aos seus accionistas sem estar sujeita ao pagamento do ACT na medida em que tenha recebido dividendos de sociedades residentes nesse Estado-Membro (directamente ou indirectamente através de outras sociedades residentes nesse Estado-Membro) e que não permitem que a sociedade residente pague dividendos aos seus accionistas sem estar sujeita ao pagamento do ACT na medida em que tenha recebido dividendos de sociedades não residentes?
- 3) É contrário às disposições de direito comunitário referidas na segunda questão que um Estado-Membro mantenha em vigor e aplique medidas que permitem imputar o montante devido a título de ACT ao imposto sobre as sociedades devido nesse Estado-Membro pela sociedade que paga o dividendo e pelas outras sociedades do grupo residentes nesse Estado-Membro sobre os respectivos lucros:
- a) mas que não prevêem qualquer forma de imputação do ACT devido nem qualquer dedução equivalente (como a restituição do ACT) relativamente aos lucros obtidos, quer nesse Estado quer noutros Estados-Membros, por sociedades do grupo não residentes nesse Estado-Membro, e/ou
- b) que prevêem que qualquer dedução fiscal destinada a evitar a dupla tributação de que beneficie uma sociedade residente nesse Estado-Membro reduza o montante do imposto sobre as sociedades ao qual o ACT devido pode ser imputado?
- 4) Quando um Estado-Membro mantém em vigor medidas que, em determinadas circunstâncias, prevêem que as sociedades residentes, se fizerem essa opção, possam recuperar o ACT pago sobre quantias distribuídas aos seus accionistas, na medida em que estas sejam recebidas por sociedades residentes e provenham de sociedades não residentes (incluindo, para este efeito, sociedades residentes em países terceiros), é contrário aos artigos 43.º CE ou 56.º CE ou aos artigos 4.º, n.º 1, ou 6.º da Directiva [90/435] que tais medidas:
- a) obriguem as sociedades residentes a pagar o ACT e a pedir subsequentemente a sua restituição, e

- b) não prevejam que seja concedido aos accionistas de sociedades residentes o crédito de imposto que lhes seria concedido se o dividendo fosse proveniente de uma sociedade residente que não tivesse ela própria recebido dividendos de sociedades não residentes?
- 5) Quando, antes de 31 de Dezembro de 1993, um Estado-Membro tenha adoptado as medidas descritas, no essencial, nas questões primeira e segunda e, depois dessa data, tenha adoptado as demais medidas descritas, no essencial, na quarta questão, e se estas últimas medidas constituírem uma restrição proibida pelo artigo 56.º CE, deve esta restrição ser considerada uma nova restrição, ainda não existente em 31 de Dezembro de 1993?
- 6) Se qualquer das medidas descritas nas questões primeira a quinta infringir qualquer das disposições do direito comunitário em tais questões referidas, no caso de a sociedade residente ou outras sociedades que pertençam ao mesmo grupo intentarem as seguintes acções relativas às infracções correspondentes:
- a) uma acção de restituição do imposto sobre as sociedades ilegalmente cobrado nas circunstâncias a que se refere a primeira questão;
- b) uma acção de recuperação (ou de compensação pela perda) de deduções ao imposto sobre as sociedades ilegalmente cobrado nas circunstâncias a que se refere a primeira questão;
- c) uma acção de restituição (ou de compensação) do ACT que não pôde ser deduzido do imposto sobre as sociedades devido pela sociedade ou deduzido de outro modo e que, a não ter existido a infracção, não teria sido pago (ou teria sido deduzido);
- d) uma acção, quando o ACT tenha sido imputado ao imposto sobre as sociedades, de compensação pelo facto de não terem fruído desse dinheiro entre a data do pagamento do ACT e a data dessa imputação;
- e) uma acção de restituição do imposto sobre as sociedades pago pela sociedade ou por outra sociedade do grupo quando uma destas sociedades tenha ficado obrigada ao pagamento do imposto sobre as sociedades renunciando a outras deduções, de forma a permitir que o ACT devido fosse imputado ao imposto sobre as sociedades de que é devedora (dando os limites impostos à imputação do ACT origem a uma dívida residual do imposto sobre as sociedades de que é devedora);

- f) uma acção de compensação pelo facto de não terem fruído de montantes pecuniários devido ao pagamento do imposto sobre as sociedades ter sido feito mais cedo do que deveria tê-lo sido ou por ter sido subsequentemente perdido o direito a deduções fiscais nas circunstâncias referidas na alínea e);
- g) uma acção da sociedade residente destinada a obter o pagamento (ou uma compensação) do excedente de ACT que essa sociedade cedeu a outra sociedade do grupo e que não tenha sido deduzido quando essa outra sociedade foi objecto de venda, de cisão ou de liquidação;
- h) uma acção, quando o ACT tenha sido pago mas tenha sido subsequentemente pedida a sua restituição nos termos das disposições referidas na quarta questão, para compensação da não fruição dos montantes em causa entre a data do pagamento do ACT e a data em que este foi restituído;
- i) uma acção de compensação, quando a sociedade residente tenha optado pela restituição do ACT, nos termos das disposições referidas na quarta questão, e tenha compensado os seus accionistas, pela impossibilidade de receberem um crédito de imposto, através de um aumento do montante do dividendo,
- deve cada uma dessas acções, considerada independentemente, ser qualificada de:
- acção de reembolso de montantes indevidamente cobrados, sendo o reembolso considerado uma consequência e um acessório da violação das disposições do direito comunitário anteriormente referidas; ou
  - acção de compensação ou de indemnização, de forma que os requisitos enunciados no acórdão [do Tribunal de Justiça de 5 de Março de 1996], *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93, [Colect., p. I-1029], devem estar preenchidos; ou
  - acção destinada a obter o pagamento de um montante que representa um benefício indevidamente recusado?
- 7) Caso a resposta a qualquer das partes da sexta questão seja de que essa acção deve ser qualificada como uma acção destinada a obter o pagamento de um montante que representa um benefício indevidamente recusado:
- a) o direito a esse pagamento é uma consequência ou um acessório do direito conferido pelas disposições de direito comunitário acima referidas; ou

b) têm que estar preenchidos os requisitos enunciados no acórdão *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, [já referido], em matéria de indemnização; ou

saber se, num caso concreto, existe um nexo causal suficiente para que se possa considerar um 'nexo de causalidade directo' na acepção desse acórdão?».

c) há outros requisitos que devem ser preenchidos?

29. Ao abrigo do artigo 103.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, as recorrentes, o Governo do Reino Unido, a Irlanda e a Comissão apresentaram observações escritas. Na audiência de 29 de Novembro de 2005, as partes fizeram alegações.

8) Deve a resposta às questões sexta ou sétima ser diferente consoante, no âmbito do direito nacional, as acções referidas na sexta questão tenham sido intentadas como acções de restituição ou como acções de indemnização?

#### IV — *Análise*

*A — Aplicabilidade do artigo 43.º CE ou do artigo 56.º CE: questões 1 a 4.*

9) Quais as orientações, se as houver, que, no entender do Tribunal de Justiça, são adequadas ao presente processo e quais as circunstâncias 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 da saber se, atendendo ao estado da jurisprudência relativa à interpretação das disposições de direito comunitário aplicáveis, a infracção era desculpável, ou quanto à questão de

30. Como o órgão jurisdicional nacional invocou os artigos 43.º CE e 56.º CE na suas questões 1 a 4, o primeiro ponto a abordar é o de saber qual destes artigos se aplica no presente processo. Tal como referi nas conclusões que proferi no processo *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*<sup>30</sup>, sou da opinião que a legislação do Reino Unido em questão pode, em

30 — V. nota 2.

princípio, entrar no âmbito de aplicação quer do artigo 43.º CE quer do artigo 56.º CE, dependendo do tipo de participação que uma dada sociedade-mãe possua na sociedade filial estrangeira em questão. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma sociedade residente num Estado-Membro que detém, no capital de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro, uma participação que lhe confere «uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade» e lhe permite que «determine as respectivas actividades» está a exercer o seu direito de estabelecimento<sup>31</sup>. Por conseguinte, no caso de sociedades-mães residentes no Reino Unido cujas participações em sociedades não residentes no Reino Unido preenchem este critério, há que apreciar a compatibilidade da legislação do Reino Unido com o artigo 43.º CE. A aplicação deste critério a um caso concreto é da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais, após análise das circunstâncias próprias da sociedade recorrente.

31. No caso das recorrentes-tipo do presente pedido de decisão prejudicial, parece decorrer de forma clara da decisão de reenvio que se trata de sociedades residentes no Reino Unido (todas pertencentes ao grupo BAT) que detêm a 100% filiais não residentes no Reino Unido. Em consequência, a situação-tipo é abrangida pelo artigo 43.º CE. Como referi nas conclusões que proferi no processo *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apesar

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

de o exercício da liberdade de estabelecimento por essas sociedades residentes no Reino Unido implicar também inevitavelmente um movimento de capitais para fora do Reino Unido, na medida do necessário para constituir uma filial, isso é uma mera consequência indirecta do exercício da liberdade de estabelecimento. Por conseguinte, o artigo 43.º CE aplica-se prioritariamente a essas sociedades<sup>32</sup>.

32. No caso de sociedades residentes no Reino Unido que detêm investimentos numa sociedade não residente no Reino Unido que não lhes confirmam «uma influência certa» sobre as decisões dessa sociedade ou não lhes permitam determinar as respectivas actividades, a legislação do Reino Unido deve ser apreciada relativamente à compatibilidade com o artigo 56.º CE. A este respeito, observo que a legislação do Reino Unido em questão se refere claramente àquilo que pode ser designado por «movimento de capitais»<sup>33</sup>.

32 — V. as conclusões do advogado-geral Alber no processo *Baars* (C-251/98, já referido na nota 31, n.º 22), segundo as quais «[se] se verificar um atentado directo 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».

33 — Embora o Tratado não contenha qualquer definição deste conceito, o Tribunal de Justiça julgou que, apesar de o recebimento de dividendos não poder constituir em si mesmo um movimento de capital, esse recebimento pressupõe a participação em novas empresas ou em empresas já existentes, o que constitui um movimento de capital: acórdão de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen* (C-35/98, Colect., p. I-4071). V. igualmente *Manninen* (C-319/02, Colect., p. I-7477) em que essa questão não era abordada de modo explícito.

33. Em princípio, portanto, devido à natureza do presente processo enquanto acção de grupo em que as circunstâncias especiais e a natureza da participação de cada recorrente não foram expostas ao Tribunal de Justiça, é necessário apreciar a compatibilidade da legislação do Reino Unido em questão quer com o artigo 43.º CE quer com o artigo 56.º CE.

34. Acrescentaria que, apesar de os princípios substanciais para averiguar se ocorreu uma violação serem os mesmos quanto a ambos os artigos, o âmbito de aplicação geográfico e temporal do artigo 56.º CE é diferente do do artigo 43.º: o artigo 43.º apenas se aplica a restrições ao exercício da liberdade de estabelecimento entre Estados-Membros e entrou em vigor como parte integrante do Tratado de Roma, enquanto o artigo 56.º CE proíbe igualmente restrições ao movimento de capitais entre Estados-Membros e países terceiros e entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1994 (ainda que o princípio da livre circulação de capitais tivesse já sido estabelecido pela Directiva 88/361)<sup>34</sup>. Além disso, o artigo 56.º CE está sujeito a uma disposição de "standstill" — o artigo 57.º, n.º 1, CE — no que respeita a Estados terceiros.

35. Em consequência, no que diz respeito aos princípios substanciais aplicáveis à avaliação da compatibilidade, apenas considerarei expressamente o artigo 43.º CE, aten-

dendo ao facto de os mesmos princípios se aplicarem ao artigo 56.º CE. Analisarei separadamente determinadas questões relacionadas com o âmbito de aplicação temporal e geográfico do artigo 56.º CE (suscitadas na quinta questão).

#### B — *Questão 1*

36. Através da primeira questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se é contrário aos artigos 43.º CE ou 56.º CE que um Estado-Membro mantenha em vigor e aplique disposições legais que isentam do imposto sobre as sociedades os dividendos recebidos por uma sociedade residente nesse Estado-Membro de outras sociedades nele residentes mas que tributam em imposto sobre as sociedades os dividendos por ela recebidos de sociedades residentes noutros Estados-Membros (após dedução, para evitar a dupla tributação, de qualquer imposto sobre os dividendos pago por conta e, em certas condições, do imposto pago pelas sociedades não residentes pelos seus lucros no seu país de domicílio).

37. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, embora a fiscalidade directa seja da competência dos Estados-Membros, estes últimos devem exercer essa

<sup>34</sup> — Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado (JO L 178, p. 5).

competência no respeito do direito comunitário<sup>35</sup>. Isso inclui a obrigação de respeitar o artigo 43.º CE, que proíbe as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

minação directa ou dissimulada decorrente das regras de um regime fiscal, e não simplesmente das disparidades ou da repartição de competências fiscais entre dois ou mais sistemas fiscais dos Estados-Membros, ou da co-existência de administrações fiscais nacionais<sup>38</sup>.

38. Tal como referi nas conclusões que proferi no processo *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*<sup>36</sup>, o artigo 43.º CE é violado no caso de a diferença de tratamento aplicada no Estado-Membro em questão aos seus sujeitos passivos não ser uma consequência lógica e directa do facto de, no estado actual de desenvolvimento do direito comunitário, as diferentes obrigações fiscais dos sujeitos passivos poderem aplicar-se a situações transfronteiriças mas não a situações puramente internas. Por outras palavras, o artigo 43.º CE proíbe restrições à liberdade de estabelecimento que vão além daquelas que resultam inevitavelmente do facto de os regimes fiscais serem nacionais, excepto se essas restrições forem justificadas e proporcionais<sup>37</sup>.

40. No caso de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal a nível mundial (Estado de residência), tal princípio significa essencialmente, como referi nas conclusões que proferi no processo *Test Claimants in the ACT Group Litigation*, que esse Estado está obrigado a tratar o rendimento dos seus residentes proveniente do estrangeiro em coerência com o modo como repartiu a sua matéria colectável. Na medida em que repartiu a sua matéria colectável a fim de incluir esse rendimento proveniente do estrangeiro — ou seja, se o considerou como rendimento tributável — não deve discriminar entre rendimento estrangeiro e nacional<sup>39</sup>. A legislação não deve, em especial, tratar o rendimento estrangeiro de forma mais desfavorável do que o rendimento doméstico.

39. Tal significa que o tratamento fiscal desfavorável, para ser abrangido pelo artigo 43.º CE, deve resultar de uma discriminação directa ou dissimulada decorrente das regras de um regime fiscal, e não simplesmente das disparidades ou da repartição de competências fiscais entre dois ou mais sistemas fiscais dos Estados-Membros, ou da co-existência de administrações fiscais nacionais.

41. A presente questão consiste, essencialmente, em saber se é compatível com o artigo 43.º CE o facto de, para evitar a dupla tributação económica dos dividendos, um

35 — V., por exemplo, acórdão de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer (C-446/03)*, ainda não publicado na *Colectânea*, n.º 29) e jurisprudência aí citada.

36 — V. nota 2.

37 — V., para um raciocínio mais desenvolvido sobre esta matéria, n.ºs 31 a 54 das conclusões que proferi no processo *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, nota 2.

38 — *Ibidem*, n.º 55.

39 — *Ibidem*, n.º 58.

Estado-Membro exercer a sua competência fiscal enquanto Estado de residência através da utilização do método da isenção do rendimento doméstico, utilizando simultaneamente o método do crédito de imposto relativamente ao rendimento estrangeiro que

- (1) no caso de uma sociedade britânica que detenha menos de 10% dos direitos de voto da sociedade que paga o dividendo (que eu designarei por «participação financeira») apenas deu lugar a crédito de imposto quanto à retenção na fonte do imposto sobre os dividendos efectuada pelo Estado de origem e
- (2) no caso de uma sociedade britânica que controlava directa ou indirectamente, ou era afiliada de sociedades que controlavam directa ou indirectamente pelo menos 10% dos direitos de voto da sociedade que paga o dividendo (que designarei por "participação de co-gestão), deu lugar a um crédito de imposto quanto ao imposto sobre as sociedades estrangeiro pago a montante pelos lucros com base nos quais foram pagos os dividendos.

42. No que diz respeito, em primeiro lugar, às participações de co-gestão estrangeiras, como o Reino Unido e a Comissão observam, tanto no caso dos rendimentos internos como no dos estrangeiros as regras do Reino Unido concretizam o objectivo de eliminação da dupla tributação económica dos dividen-

dos. Contudo, são vários os meios de concretização desse objectivo: no caso dos rendimentos internos, isentando do imposto sobre as sociedades os dividendos pagos aos accionistas; no caso dos rendimentos estrangeiros, concedendo um crédito de imposto igual ao montante do imposto sobre as sociedades pago pelos lucros que deram origem aos dividendos.

43. Em princípio, cabe exclusivamente aos Estados-Membros a escolha da possibilidade e da forma de evitar a dupla tributação dos dividendos, optando por um regime clássico (não eliminação da dupla tributação), cedular, de isenção ou de imputação (eliminação total ou parcial da dupla tributação). Desde que sejam aplicados da mesma forma aos dividendos provenientes de rendimentos internos e aos de rendimentos estrangeiros, qualquer dos regimes é perfeitamente compatível com o artigo 43.º CE<sup>40</sup>.

44. Assim, por exemplo, é, em princípio, perfeitamente possível que um regime de eliminação da dupla tributação baseado em créditos de imposto se aplique de forma

40 — V. também, por exemplo, o artigo 4.º da directiva sobre as sociedades-mães e sociedades afiliadas, já referida na n.º 3, *supra*, que permite ao Estado da sociedade-mãe que receba lucros distribuídos usar um regime de isenção ou de crédito de imposto na tributação dos dividendos.

compatível com o artigo 43.º CE. Constitui um exemplo disto a solução que o Tribunal de Justiça deu no processo Manninen<sup>41</sup>, em que estava em causa a lei finlandesa ao abrigo da qual a Finlândia concedeu aos accionistas finlandeses um crédito de imposto integralmente imputável ao imposto sobre as sociedades cobrado pelos lucros distribuídos como dividendos, não concedendo um tal crédito de imposto quanto ao imposto sobre as sociedades estrangeiro cobrado pelos lucros de origem estrangeira distribuídos como dividendos. Ao considerar que o artigo 56.º CE obrigava a Finlândia a estender este crédito de imposto, de forma a ter em conta o imposto sobre as sociedades cobrado pelos dividendos provenientes de outro Estado-Membro (Suécia), o Tribunal de Justiça observou que, nos termos do regime finlandês, sempre que um contribuinte finlandês investia capital numa sociedade sueca não havia possibilidade de escapar à dupla tributação dos lucros distribuídos pela sociedade em que o investimento era realizado<sup>42</sup>. Ao invés, ainda segundo o Tribunal de Justiça, a concessão de um crédito fiscal também a favor dos dividendos provenientes da Suécia eliminaria a dupla tributação dos dividendos da mesma forma que relativamente aos lucros de origem interna<sup>43</sup>.

dades está sujeito a uma taxa mais elevada que a aplicada no Reino Unido, resulta num encargo fiscal superior para os dividendos obtidos no estrangeiro do que para aqueles obtidos no Reino Unido (uma vez que o Reino Unido apenas concede crédito até ao montante do seu imposto sobre as sociedades e não relativamente à totalidade do imposto sobre as sociedades pago no estrangeiro). Embora se possa afirmar que isto «restringe» o investimento em filiais estrangeiras face às filiais do Reino Unido, este é um bom exemplo de restrição resultante, meramente, de disparidades entre os regimes fiscais nacionais, as quais não são objecto do artigo 43.º CE<sup>44</sup>. Da mesma forma, apesar de, no quadro de um regime de crédito de imposto, os contribuintes que recebem dividendos estrangeiros poderem estar obrigados a cumprir formalidades adicionais de prova do montante de imposto sobre as sociedades pago no estrangeiro para poderem beneficiar do crédito, este facto constitui o que designei por «quase-restrição», que resulta inevitavelmente do facto de, até ao presente, as administrações fiscais serem nacionais<sup>45</sup>.

45. É certamente verdade que a aplicação pelo Reino Unido de um regime de crédito de imposto para eliminar a dupla tributação dos dividendos de origem estrangeira, nos casos em que o imposto sobre as sociedades estrangeiro cobrado pelos lucros das socie-

46. Em suma, a aplicação de um regime de crédito de imposto para eliminar a dupla tributação económica não coloca, em princípio, um problema do ponto de vista do artigo 43.º CE.

41 — V. nota 33, *supra*.

42 — Acórdão Manninen, já referido na n.º 33, *supra*, n.º 36.

43 — V. acórdão Manninen, já referido na n.º 33, *supra*, n.º 48.

44 — V. as minha conclusões apresentadas no processo Test Claimants in the ACT Group Litigation, já referido na nota 2 *supra*, n.º 43 e segs.

45 — *Ibid.*; v. ainda as conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Manninen, já referido na n.º 33 *supra*, n.º 74.

47. Contudo, a questão em apreço consiste em saber se o artigo 43.º autoriza os Estados-Membros a aplicarem um regime de isenção aos dividendos auferidos internamente e um regime de crédito de imposto aos dividendos auferidos no estrangeiro. A resposta a esta pergunta depende de saber se esta distinção tem o efeito de o Reino Unido tratar os dividendos auferidos no estrangeiros menos favoravelmente que os dividendos auferidos internamente.

48. A este respeito, o Reino Unido e a Comissão alegam que, numa perspectiva interna, os efeitos dos regimes de eliminação da dupla tributação assentes em isenção ou em crédito de imposto são exactamente os mesmos. A adopção de um regime de crédito de imposto para o rendimento interno, no entanto, significaria incorrer em custos administrativos adicionais sem justificação, enquanto o regime da isenção, que conduz aos mesmos resultados, é substancialmente mais simples e mais barato de manter. Do mesmo modo, o efeito do regime aplicável aos dividendos internos (isenção) ou aos dividendos estrangeiros (crédito de imposto) é igual: em ambos os casos a dupla tributação é evitada.

49. As recorrentes-tipo contestam esta conclusão. Argumentam que existe uma diferença entre os regimes de isenção e de crédito de imposto quando a filial britânica que efectua a distribuição tiver, nos termos de determinadas isenções e benefícios fiscais aplicáveis ao imposto britânico sobre as sociedades (por exemplo, para investimento em pesquisa e desenvolvimento), pago de facto uma taxa líquida de imposto sobre as

sociedades inferior à taxa base britânica. De acordo com o regime de isenção, tal facto é «transferido» para a sociedade-mãe receptora — i.e., os dividendos distribuídos terão em última instância suportado uma taxa de imposto inferior à taxa base de imposto sobre as sociedades britânico. No entanto, aplicando-se a nível interno o regime de crédito de imposto a um caso em que uma taxa efectiva de imposto sobre as sociedades tiver sido suportada pelos lucros decorrentes de isenções ou benefícios, esta taxa seria sempre completada pela taxa base de imposto sobre as sociedades britânico aquando da distribuição à sociedade-mãe<sup>46</sup>. De igual modo, no caso de dividendos com origem no estrangeiro, o efeito do regime de crédito de imposto consiste em que, em todos os casos, o Reino Unido completa a diferença entre o imposto sobre as sociedades estrangeiro efectivamente pago e a taxa base britânica, sem ter em consideração os subjacentes créditos de imposto sobre as sociedades atribuídos subsidiariamente.

50. Parece, assim, que a aplicação de um regime de crédito de imposto pelo Reino Unido para evitar a dupla tributação económica de dividendos estrangeiros pode, em certos casos, ter um efeito menos favorável do que o sistema de isenção puro aplicado aos dividendos internos. Ao passo que, ao

46 — V., por analogia, a forma como o regime de imputação de crédito finlandês funcionava no contexto nacional para limitar a 29% o imposto efectivamente pago pelos lucros distribuídos, isto é, para o limitar à taxa de base do imposto sobre as sociedades finlandês (sendo a diferença cobrada à empresa que efectua a distribuição): acórdão Manninen, já referido na nota 33, *supra*, n.º 11.

abrigo de um regime de isenção, as isenções e os benefícios associados ao imposto sobre as sociedades comerciais subjacente podem ser transferidos para a sociedade-mãe que recebe os dividendos, num regime de crédito fiscal estes benefícios não podem ser transferidos, dado que o imposto que é aplicado aos dividendos é acrescido de forma a igualar a taxa normal de imposto sobre as sociedades britânico. Nesses casos, o efeito deste facto pode ser entendido como a aplicação pelo Reino Unido, aos dividendos com origem interna, de uma taxa de imposto diferente (inferior) da dos dividendos com origem estrangeira.

ela não vai no sentido de justificar uma possível diferença de tratamento, acima referida, entre os dividendos internos e os dividendos estrangeiros no que diz respeito à capacidade potencial de transmitir às sociedades-mães destinatárias o benefício dos abatimentos fiscais subjacentes.

51. Uma questão suplementar que se suscita é a de saber se esse tratamento discriminatório pode ser justificado. A este propósito, o Reino Unido sustenta nas suas observações que qualquer restrição pode ser justificada com fundamento na coesão fiscal. Alega, baseando-se no acórdão Manninen, que o objectivo do regime do Reino Unido é evitar a dupla tributação económica relativamente aos dividendos internos e estrangeiros. A coesão é mantida nas situações transfronteiriças porque a sociedade destinatária recebe um crédito relativamente a todos os impostos estrangeiros pagos pelos lucros com base nos quais foram pagos os dividendos. Ainda que a argumentação do Reino Unido demonstre claramente que, como acima referi, em princípio a aplicação de um regime de crédito de imposto pode estar perfeitamente em concordância com o artigo 43.º,

52. Na falta de um mecanismo que permita ter os abatimentos em conta da mesma forma no que diz respeito aos dividendos estrangeiros e aos internos — a sua existência não foi alegada no caso em apreço — penso que as regras fiscais do Reino Unido em matéria de dividendos de participações de co-gestão violam o artigo 43.º CE.

53. No que diz respeito às participações financeiras estrangeiras, relativamente às quais foi concedido um crédito de imposto apenas pela retenção do imposto estrangeiro sobre os dividendos estrangeiros, as regras do Reino Unido parecem claramente discriminatórias. Enquanto a cobrança do imposto sobre as sociedades britânico não era possível relativamente aos dividendos auferidos por sociedades do Reino Unido em virtude de uma participação financeira noutra sociedade do Reino Unido, aquela era possível relativamente aos dividendos resultantes de igual participação numa sociedade estabelecida noutra Estado-Membro, apenas estando sujeita a um crédito pela retenção na fonte estrangeira (e não pelo subjacente imposto

estrangeiro sobre as sociedades). Por outras palavras, no exercício da sua competência, o Reino Unido escolheu eliminar integralmente a dupla tributação dos dividendos provenientes de uma participação financeira numa sociedade do Reino Unido, não o fazendo relativamente aos dividendos provenientes de uma participação financeira estrangeira. Isto implica claramente um tratamento dos rendimentos provenientes do estrangeiro englobados na sua competência fiscal menos favorável do que o reservado aos rendimentos equivalentes de proveniência interna.

54. Nas suas observações escritas e orais, o Reino Unido tentou justificar este facto alegando que seria desproporcionadamente oneroso e complexo administrar e supervisionar a concessão de créditos de imposto por impostos estrangeiros relativamente a participações mais pequenas, complexidade que resultaria em atrasos e incerteza para os contribuintes.

55. Este argumento não me convence. Apesar de ser verdade que a concessão de créditos de imposto por dividendos de participações financeiras estrangeiras sujeitaria as autoridades do Reino Unido a mais um encargo administrativo, este encargo não é, na minha opinião, desproporcionado relativamente ao benefício da eliminação da dupla tributação económica dos accionistas em causa do Reino Unido. A este respeito referir-me-ei ao acórdão Manninen, no qual, considerando que o artigo 56.º EC obrigava a Finlândia a estender o seu regime de imputação de crédito de imposto para ter

em conta o imposto sobre as sociedades comerciais cobrado pelos dividendos provenientes da Suécia, o Tribunal de Justiça negou provimento aos argumentos baseados nas potenciais dificuldades dos contribuintes ou da administração fiscal na obtenção da informação necessária quanto ao imposto sobre as sociedades pago noutra Estado-Membro<sup>47</sup>. Apesar de, como observou o Tribunal de Justiça, no cálculo de um crédito de imposto concedido a um residente finlandês que auferir dividendos de uma sociedade estabelecida noutra Estado-Membro se dever ter em conta o imposto efectivamente pago por essa sociedade e de esse imposto resultar das regras gerais aplicáveis ao cálculo da matéria colectável e da taxa do imposto sobre as sociedades deste último Estado-Membro, «[e]ventuais dificuldades quanto à determinação do imposto efectivamente pago não podem, em qualquer dos casos, justificar um entrave à livre circulação de capitais como aquele que decorre da regulamentação em causa no processo principal»<sup>48</sup>. No caso ora em apreço, aplicam-se precisamente as mesmas considerações. Sublinho que, se preferisse evitar encargos administrativos suplementares, o Reino Unido teria sempre a possibilidade de optar por isentar do pagamento de imposto sobre as sociedades os rendimentos provenientes de dividendos desse tipo (como acontece no caso dos dividendos originados no Reino Unido a partir de participações financeiras).

56. Por estas razões, a resposta à primeira questão deve ser a de que contraria os

47 — Para uma referência a estes argumentos, v. n.º 77 das conclusões da advogada-geral J. Kokott, no processo Manninen, n.º 33, *supra*.

48 — Acórdão Manninen, já referido no n.º 33 *supra*, n.º 54.

artigos 43.º e 56.º CE o facto de um Estado-Membro manter em vigor e aplicar medidas que, como as que estão em causa no presente processo, isentam do imposto sobre as sociedades os dividendos recebidos por uma sociedade residente nesse Estado-Membro de outras sociedades aí residentes e que tributam em imposto sobre as sociedades os dividendos por ela recebidos de sociedades residentes noutros Estados-Membros, após ter deduzido, para evitar a dupla tributação, qualquer retenção na fonte relativa aos dividendos e, em certas condições, o imposto pago pelas sociedades não residentes pelos lucros que obtiveram no seu país de residência.

pague dividendos aos seus accionistas sem estar obrigada ao ACT, na medida em que tenha recebido dividendos de sociedades não residentes.

58. Na terceira questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se é contrário às referidas disposições do direito comunitário que o Estado-Membro mantenha em vigor e aplique disposições legais que permitem que o ACT a efectuar possa ser deduzido do imposto sobre as sociedades devido nesse Estado-Membro pela sociedade que paga o dividendo e pelas outras sociedades do grupo residentes nesse Estado-Membro sobre os respectivos lucros,

### C — Questões 2 e 3

57. Na segunda questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se, quando um Estado-Membro mantém em vigor um regime que, em determinadas circunstâncias, impõe o ACT relativamente à distribuição de dividendos por uma sociedade residente aos seus accionistas e concede um crédito de imposto aos accionistas residentes nesse Estado-Membro relativamente a esses dividendos, é contrário aos artigos 43.º CE ou 56.º CE ou aos artigos 4.º, n.º 1, ou 6.º da Directiva 90/435 o facto de o Estado-Membro manter em vigor e aplicar disposições legais que permitem que a sociedade residente pague dividendos aos seus accionistas sem ser devido o ACT, na medida em que tenha recebido dividendos de sociedades residentes nesse Estado-Membro (quer directamente quer indirectamente através de outras sociedades residentes nesse Estado-Membro), e que não permitem que a sociedade residente

- a) mas que não prevê qualquer forma de dedução do ACT nem um crédito equivalente (como a restituição do ACT) relativamente aos lucros obtidos, quer nesse Estado quer noutros Estados-Membros, pelas sociedades do grupo que não estejam residentes nesse Estado-Membro e/ou
- b) que prevê que qualquer dedução de imposto, destinada a evitar a dupla tributação, de que possa gozar uma sociedade residente nesse Estado-Membro diminuirá o montante do imposto sobre as sociedades de que pode ser deduzido o montante do ACT efectuado.

59. Por conseguinte, a segunda questão diz respeito à característica do sistema britânico em questão segundo a qual

1) as sociedades accionistas do Reino Unido que tenham auferido dividendos de sociedades do Reino Unido que tenham procedido a ACT quando da distribuição desses dividendos obtêm um crédito de imposto equivalente ao ACT efectuado pela sociedade que efectuou a distribuição, o que significa que o ACT é efectuado apenas uma vez relativamente aos dividendos auferidos por membros de grupos de empresas residentes no Reino Unido; e,

2) as sociedades accionistas do Reino Unido que tenham auferido dividendos de sociedades não residentes no Reino Unido não obtêm o mesmo crédito de imposto, estando, em consequência, obrigadas ao ACT relativamente ao montante integral dos lucros distribuídos. A terceira questão tem por objecto a característica segundo a qual o imposto sobre as sociedades estrangeiro pago por dividendos de origem estrangeira não pode ser imputado ao ACT mas apenas ao MCT britânico. Contudo, dado que o ACT efectuado apenas pode ser imputado ao MCT britânico, as sociedades com um montante significativo de rendimentos provenientes do estrangeiro não poderão obter a dedução dos ACT (ou seja, os ACT efectuados que não podiam ser imputados ao MCT devido pela sociedade quanto a esse exercício: o chamado remanescente

do ACT). Apesar de, em última instância, haver a possibilidade de deduzir esse remanescente do ACT (por exemplo, imputando-o a exercícios anteriores ou posteriores para efeitos de compensação com o MCT desses exercícios, ou transferindo-o para filiais residentes no Reino Unido), nem todas as sociedades podiam valer-se dessas disposições.

60. Dado que o objecto destas duas questões consiste, ao nível interno, em características complementares do sistema do Reino Unido, a apreciação conjunta de ambas as questões permitirá uma melhor avaliação do pleno efeito do sistema.

1. Compatibilidade com o artigo 43.º CE (e com o artigo 56.º CE)

61. Como observei acima, o artigo 43.º CE proíbe o Reino Unido, na medida em que este cindiu a sua base tributável para incluir o rendimento proveniente do estrangeiro, de fazer uma discriminação entre rendimentos estrangeiros e internos<sup>49</sup>. O Tribunal de

<sup>49</sup> — V. as minhas conclusões apresentadas no processo Test Claimants in the ACT Group Litigation, n.º 58.

Justiça tem entendido, de forma constante, que essa discriminação consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes<sup>50</sup>.

62. A questão aqui em causa é a de saber se, ao conceder um crédito de imposto a sociedades accionistas do Reino Unido quando o ACT britânico tenha sido efectuado a montante relativamente aos lucros distribuídos e ao dispor que o ACT apenas pode ser imputado ao MCT britânico, o Reino Unido trata de forma diferente sociedades que estão em situações comparáveis.

63. A alegada diferença de tratamento distingue entre as sociedades accionistas que auferem dividendos relativamente aos quais foi efectuado ACT (direito a um crédito de imposto sobre as sociedades pelo ACT já efectuado relativamente aos lucros; possibilidade de dedução do ACT ao MCT) e aquelas que auferem dividendos relativamente aos quais apenas foi pago o imposto sobre as sociedades estrangeiro (sem direito a um crédito de imposto sobre as sociedades, por nenhum ACT ter sido efectuado relativamente aos lucros e sem possibilidade de imputar o ACT ao imposto sobre as sociedades estrangeiro). Num primeiro aspecto

há, por conseguinte, que saber se estes dois tipos de sociedades se encontram em condições comparáveis.

64. O Reino Unido alega não ser esse o caso. No que diz respeito ao crédito de imposto sobre as sociedades, o Reino Unido observa que esse crédito apenas é concedido relativamente a lucros distribuídos pelos quais tenha sido efectuado ACT e não a lucros distribuídos pelos quais o ACT não tenha sido efectuado. As sociedades que auferem lucros relativamente aos quais tenha sido efectuado ACT e as que recebem lucros relativamente aos quais um tal pagamento não tenha sido efectuado não se encontram em situações comparáveis. É verdade que, dado que as sociedades não residentes no Reino Unido nunca efectuam ACT relativamente a distribuições de lucros, os dividendos que distribuem nunca são elegíveis para este crédito de imposto sobre as sociedades. Contudo, não existe, enquanto tal, uma condição de «nacionalidade» da sociedade que distribui lucros, para efeitos de concessão do crédito de imposto: a única condição é a de que o ACT já tenha sido efectuado relativamente aos lucros distribuídos. Além disso, no que diz respeito à regra segundo a qual o ACT apenas pode ser imputado ao MCT britânico, o Reino Unido alega que isso não constitui uma discriminação das sociedades que auferem lucros provenientes do estrangeiro: em qualquer dos casos, as sociedades accionistas do Reino Unido podem deduzir o ACT ao MCT exactamente da mesma forma.

65. A resposta a este argumento exige a apreciação da relação entre o imposto sobre

50 — V., por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 1999, *Royal Bank of Scotland* (C-311/97, Colect., p. I-2651, n.º 26), e os acórdãos aí referidos.

as sociedades estrangeiro pago relativamente a lucros de sociedades não residentes no Reino Unido, o imposto normal do Reino Unido sobre as sociedades (MCT) pago relativamente aos lucros provenientes do Reino Unido e os ACT efectuados relativamente aos lucros distribuídos por sociedades do Reino Unido.

66. A este respeito, é elucidativo recordar o acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Metallgesellschaft*<sup>51</sup>, que diz respeito à compatibilidade do regime do Reino Unido de acordo com o qual as sociedades residentes nesse país tinham a possibilidade de pagar dividendos à respectiva sociedade-mãe sem estarem obrigadas a efectuar ACT sempre que a sociedade-mãe estivesse residente no Reino Unido, contrariamente ao que sucedia quando a sociedade-mãe estivesse residente noutro Estado-Membro [regime da isenção de grupo («group exemption»)]. Para defender que se justifica a recusa desse benefício a sociedades cuja sociedade-mãe não está residente no Reino Unido, o Governo do Reino Unido alegou, nomeadamente, que a situação em que tanto as filiais como as sociedades-mães são residentes no Reino Unido não é comparável com a das filiais residentes no Reino Unido de sociedades-mães aí não residentes. Em especial, enquanto no primeiro caso os ACT eram apenas adiados através da concessão de uma isenção de grupo (ou seja, a sociedade-mãe residente no Reino Unido estava, ela própria, obrigada aos ACT quando efectuasse distribuições), no último caso a concessão de uma isenção de grupo implicava a não efectivação de qualquer ACT<sup>52</sup>.

67. Ao rejeitar este argumento, o Tribunal de Justiça considerou que:

«Em primeiro lugar, na medida em que o ACT não é, de modo algum, um imposto sobre os dividendos, mas um pagamento antecipado do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, é errado considerar que o facto de conceder às filiais residentes de sociedades-mães não residentes a possibilidade de optar pelo regime da tributação de grupo permitiria à filial eludir o pagamento no Reino Unido de qualquer imposto sobre os [lucros distribuídos] sob a forma de dividendos.

Com efeito, a fracção do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas que a filial residente não é obrigada a pagar antecipadamente quando distribui dividendos à sua sociedade-mãe, no quadro do regime da tributação de grupo, será em princípio paga no momento em que o imposto de base sobre as sociedades de que a filial é devedora se tornar exigível. A este respeito, deve recordar-se que a filial residente de uma sociedade-mãe residente noutro Estado-Membro está sujeita ao imposto de base sobre os lucros da mesma maneira que uma filial residente de uma sociedade-mãe igualmente residente.

51 — V. nota 12.

52 — *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.ºs 46 a 48.

[...]

Em segundo lugar, não pode constituir argumento, para recusar à filial residente de uma sociedade-mãe não residente a possibilidade de ser dispensada do pagamento do ACT quando lhe paga dividendos, o facto de a sociedade-mãe não estar sujeita a ACT quando, ela própria, efectua pagamentos de dividendos, contrariamente ao que acontece com uma sociedade-mãe residente.

Com efeito, deve salientar-se que a não sujeição a ACT da sociedade-mãe não residente resulta do facto de a mesma não estar sujeita a imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas no Reino Unido, estando-o no seu Estado de estabelecimento. Por conseguinte, é lógico que uma sociedade não deva pagar antecipadamente um imposto em que nunca será tributada.»<sup>53</sup>

68. Resulta claramente destas observações, com as quais concordo, que, no contexto do caso ora em apreço, o pagamento por conta deve ser considerado um pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades do Reino Unido. É verdade que, como o Reino Unido realça, o ACT tem algumas características distintas do imposto "de base" sobre as sociedades. Designadamente, o ACT a efectuar, se e quando uma sociedade distribui dividendos, é quantificado por referência ao montante da distribuição e não pode ser objecto das isenções que são aplicáveis ao MCT. Contudo, estas diferenças parecem-me ser o resultado lógico do facto de o ACT

ser, por natureza e como o seu próprio nome indica, cobrado a título de adiantamento do imposto "normal" sobre as sociedades do Reino Unido (o MCT). Assim, o regime do Reino Unido permitia que os ACT efectuados aquando da distribuição de dividendos fossem, embora até um certo limite, posteriormente deduzidos ao MCT devido por uma sociedade pelos seus lucros no exercício em causa.

69. Em consequência, as sociedades accionistas do Reino Unido que auferem dividendos relativamente aos quais tenham sido efectuados ACT e aquelas que auferem dividendos relativamente aos quais apenas tenha sido pago imposto sobre as sociedades estrangeiro encontram-se, em princípio, em situações comparáveis. Isto decorre do facto de, tal como as sociedades residentes no Reino Unido que efectuem distribuições (a montante) estão, em princípio, sujeitas ao imposto sobre as sociedades do Reino Unido — incluindo, em caso de distribuições de dividendos, o ACT — as sociedades não residentes no Reino Unido que efectuem distribuições estarem, em princípio, sujeitas ao imposto do Estado do domicílio.

70. A questão seguinte consiste em saber se a legislação do Reino Unido em causa reserva para as sociedades accionistas que auferem lucros distribuídos por sociedades não residentes no Reino Unido um tratamento menos favorável do que o reservado para as

53 — Metallgesellschaft, já referido na nota 12, *supra*, n.ºs 52, 53, 55 e 56.

que auferem lucros distribuídos por sociedades residentes naquele país.

71. Enquanto as primeiras estavam obrigadas a ACT quando da redistribuição dos lucros recebidos, as últimas estavam efectivamente isentas (através da concessão de um crédito de imposto) da obrigação de ACT, na medida em que o ACT já tinha sido pago na distribuição a montante. Além disso, o ACT efectuado em cada situação apenas podia ser deduzido ao MCT britânico, e não ao imposto sobre as sociedades estrangeiro, pago sobre os lucros contidos na distribuição.

72. Em minha opinião, tal resulta claramente num tratamento menos favorável dos dividendos estrangeiros.

73. O objectivo e o efeito do regime do Reino Unido, aplicado num contexto nacional, era assegurar que a dupla tributação económica dos lucros distribuídos fosse completamente evitada ao nível das empresas. Graças à concessão do crédito de imposto sobre as sociedades, o ACT apenas tinha que ser pago uma vez na «cadeia» da distribuição. Ademais, o ACT pago durante um determinado período contabilístico podia, dentro de um determinado limite, ser deduzido ao MCT. O ACT que não podia ser deduzido nesse período contabilístico (o chamado «surplus» ACT) podia potencialmente ser deduzido através de outros

métodos, nomeadamente através do seu transporte para um período anterior ou posterior, com o fim de ser deduzido ao MCT britânico relativo a outros períodos ou de ser cedido a filiais residentes no Reino Unido.

74. Ao invés, no entanto, o regime do Reino Unido não garantia que se evitasse por completo, ao nível das empresas, a dupla tributação económica dos dividendos estrangeiros. Tal podia ocorrer como resultado do efeito combinado do facto de

- (1) o ACT ter de ser efectuado na totalidade quando da redistribuição dos lucros estrangeiros (como é referido na questão 2 do pedido de decisão prejudicial); mas
- (2) o ACT não poder ser deduzido ao imposto sobre as sociedades estrangeiro pago (como referido na questão 3, a), do pedido de decisão prejudicial); e
- (3) a dedução destinada a evitar a dupla tributação concedida pelo imposto sobre as sociedades estrangeiro já pago, quando podia ser concedida (i.e., no caso de participações de co-gestão), reduzir o montante de imposto sobre as sociedades de que o ACT podia ser deduzido [como é referido na questão 3 (b) do pedido de decisão prejudicial].

75. Na medida em que a dupla tributação económica não era totalmente evitada no caso dos dividendos estrangeiros, contrariamente ao que acontecia com os dividendos internos, o regime do Reino Unido era discriminatório, a não ser que o Reino Unido provasse que essa diferença de tratamento era justificada e proporcional. O Tribunal decidiu que, na medida em que o Estado de residência decida evitar a dupla tributação económica dos dividendos auferidos pelos seus residentes, deve fazê-lo igualmente no que respeita a dividendos estrangeiros e tem, para esse efeito, de ter em conta o imposto sobre as sociedades estrangeiro já pago<sup>54</sup>.

76. Sublinho que o facto de a dupla tributação económica ser resultado de um conjunto de regras significa que a avaliação de como deveria ter sido alcançada a forma de evitar totalmente a tributação dos dividendos estrangeiros pode ser complexa. Esta questão resulta mais especificamente da análise que farei das questões 6 a 9. Como aí refiro, cabe ao órgão jurisdicional nacional avaliar em que medida a violação da obrigação de não

discriminação praticada pelo Reino Unido deverá na prática ser remediada, devendo restaurar-se de forma adequada e efectiva a igualdade de tratamento garantida pelos artigos 43.º CE e 56.º CE.

77. Acrescentaria no entanto que, se fosse possível conceder uma equivalente compensação integral da dupla tributação económica aos dividendos estrangeiros e aos dividendos domésticos, o Reino Unido teria, em princípio, direito a exigir o pagamento antecipado, quando da distribuição dos dividendos (i.e., como ACT), de qualquer remanescente de imposto britânico sobre as sociedades relativo a lucros estrangeiros. Tal decorre, em minha opinião, do facto de o Reino Unido ser livre de escolher a forma pela qual organiza o seu próprio regime fiscal, desde que aplique o regime de forma não discriminatória a rendimentos domésticos e a estrangeiros. Tal como o Reino Unido exige que a dívida de imposto sobre as sociedades relativa aos lucros internos distribuídos seja paga antecipadamente, pode, em princípio, exigir que a dívida que eventualmente exista após aplicação de um mecanismo preventivo da dupla tributação económica seja paga antecipadamente no caso de dividendos de origem estrangeira.

54 — V. as minhas conclusões no processo *Test Claimants in the ACT Group Litigation*, nota 2 *supra*, n.º 58, e acórdãos aí referidos (nomeadamente o acórdão *Manninen*, nota 33 *supra*, o acórdão *Verkooijen*, nota 33 *supra* e acórdão *Lenz* (C-315/02, *Colect.*, p. I-7063).

78. Esta posição não é alterada pelos argumentos do Reino Unido segundo os quais

esse ACT remanescente, não dedutível, pode em teoria surgir em situações internas, nomeadamente quando o ACT efectuado por um accionista britânico exceder a dívida de MCT britânico desse accionista (por exemplo, quando uma sociedade britânica tiver beneficiado de isenções e abatimentos relativamente ao pagamento de MCT britânico). Nessa situação, o regime do Reino Unido continua a manter o seu objectivo de evitar integralmente a dupla tributação económica dos dividendos internos.

de imposto sobre as sociedades estrangeiro sobre os lucros objecto da distribuição. Sendo a dupla tributação económica evitada relativamente ao lucros internos distribuídos, também devia ser evitada relativamente aos lucros estrangeiros distribuídos. Por esse motivo este argumento deve ser rejeitado<sup>55</sup>.

79. Também não posso aceitar o argumento do Reino Unido segundo o qual qualquer eventual diferença de tratamento entre os accionistas que recebem dividendos internos e aqueles que recebem dividendos estrangeiros é justificada pela necessidade de coesão do regime fiscal do Reino Unido. O Reino Unido argumenta que esta justificação é apresentada porque existe uma relação directa entre o benefício fiscal concedido à sociedade accionista britânica (o benefício do crédito de imposto pelo ACT já efectuado quando da distribuição dos lucros) e uma compensação da dívida fiscal (a obrigação de efectuar o ACT pela empresa que procede à distribuição). No entanto, como se referiu, as sociedades que efectuam a distribuição e não são residentes no Reino Unido estão sujeitas, embora não ao ACT britânico, ao pagamento

## 2. Compatibilidade com a directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas

80. O órgão jurisdicional nacional questiona igualmente se as disposições que restringem a concessão de um crédito de imposto a empresas accionistas que recebem dividendos pelos quais já tenha sido pago ACT e que restringem a possibilidade de deduzir o ACT ao MCT britânico, violam o disposto no artigo 4.º, n.º 1, ou o artigo 6.º da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas, cujo texto já apresentei acima.

55 — Chamo a atenção, sobre o ponto complementar de que, nos casos em que o regime do Reino Unido gerasse um remanescente de ACT, uma das possibilidades de «utilizar» esse remanescente era a de conferir um crédito de remanescente de ACT às filiais residentes no Reino Unido (que o podiam deduzir no seu próprio pagamento de MCT britânico). Como a Comissão observou, a restrição, em si mesma, dessa possibilidade de dedução às filiais residentes no Reino Unido pareceria discriminatória: atendendo ao facto de as filiais não residentes no Reino Unido estarem sujeitas ao pagamento de MCT, não vejo motivo para que não pudessem ter igualmente direito a «utilizar» o remanescente de ACT das suas sociedades-mães. No entanto, como a compatibilidade desta disposição com o direito comunitário não foi explicitamente suscitada pelo órgão jurisdicional nacional no seu pedido de decisão prejudicial, é desnecessário discutir aqui este ponto com mais profundidade.

81. Como ponto preliminar realço que esta questão apenas se aplica às distribuições que caem no âmbito de aplicação material e temporal da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas, que são as distribuições entre uma filial e uma sociedade-mãe, na acepção da Directiva, efectuadas após 1 de Janeiro de 1992.

82. O artigo 4.º, n.º 1, da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas dispõe que, quando uma sociedade-mãe obtenha lucros de uma filial residente noutro Estado-Membro, o Estado da sociedade-mãe ou se abstém de tributar esses lucros ou concede um crédito fiscal relativamente ao imposto sobre as sociedades (e, se for o caso, as retenções na fonte) já pago no Estado da filial.

83. Em minha opinião, a avaliação da compatibilidade da legislação do Reino Unido com esta disposição, relativamente às distribuições que caem no âmbito de aplicação material da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas<sup>56</sup>, suscita questões substancialmente semelhantes àquelas que acabei de analisar relativamente aos artigos 43.º e 56.º CE. Realço, no entanto, que a obrigação imposta ao Reino Unido pelo artigo 4.º, n.º 1, é menos abrangente do

que aquela que é imposta pelos artigos 43.º e 56.º CE: enquanto os últimos impõem uma obrigação de não discriminação entre o rendimento estrangeiro e o rendimento interno, o primeiro apenas exige que o Estado da sociedade-mãe credite o imposto sobre as sociedades já pago relativamente aos dividendos distribuídos, até ao limite do montante do correspondente imposto interno, ou se abstenha de tributar esses dividendos.

84. Como, no presente processo, o Reino Unido optou pelo método do crédito de imposto para evitar a dupla tributação, está obrigado pelo artigo 4.º, n.º 1, a conceder um crédito fiscal, até ao limite do montante do correspondente imposto interno, relativamente ao imposto sobre as sociedades estrangeiro pago por uma filial não residente no Reino Unido relativamente aos lucros distribuídos à sua sociedade-mãe britânica. Como, pelas razões que aponteí supra, o ACT deve ser considerado para os efeitos do presente processo como um pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades britânico (ainda que cobrado pela distribuição de lucros, no caso de esta se verificar), deveria considerar-se que, em conjunto com o MCT britânico, constitui o imposto interno britânico «correspondente» ao imposto sobre as sociedades estrangeiro pago, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas. Em minha opinião, a essência da obrigação contida neste artigo é assegurar a não ocorrência da dupla tributação económica no Estado da sociedade-mãe na sequência da cobrança do imposto sobre as sociedades e, quando for relevante, da retenção na fonte sobre os lucros distribuídos por uma filial no Estado dessa filial. Nesses termos, a obrigação imposta ao Reino

56 — A saber, as distribuições às sociedades-mães que possuem uma participação não inferior a 25% no capital de uma sociedade doutro Estado-Membro, quando ambas as sociedades preenchem as condições previstas no artigo 2.º da Directiva (v. artigo 3.º da Directiva).

Unido por este artigo é, tal como acontece com os artigos 43.º CE e 56.º CE, assegurar que a dupla tributação económica desses lucros distribuídos seja evitada. Essa interpretação está de acordo com o objectivo da directiva, que consiste em introduzir «regras fiscais neutras relativamente à concorrência», no que diz respeito aos «grupos de sociedades»<sup>57</sup>.

85. Na contestação desta posição, o governo do Reino Unido argumenta que o artigo 4.º, n.º 1, se refere apenas aos impostos cobrados quando da recepção dos lucros recebidos por uma sociedade-mãe da sua filial, e não a um imposto como o ACT, que apenas é cobrado se e quando a distribuição dos lucros é efectuada, não podendo assim ser considerado um imposto sobre os lucros distribuídos pela filial. Não posso aceitar este argumento em razão, novamente, do objectivo visado pelo artigo 4.º, n.º 1, que é evitar a dupla tributação no país de residência da sociedade-mãe. Esta interpretação restritiva do artigo adoptada pelo governo do Reino Unido comprometeria, se aplicado à presente situação, a realização desse objectivo.

86. Por este motivo, na medida em que o regime do Reino Unido não permitia a concessão de um crédito, pelo imposto sobre

as sociedades estrangeiro já pago sobre os dividendos recebidos de filiais estrangeiras, dedutível não apenas ao MCT do Reino Unido mas igualmente em relação ao ACT já efectuado, o Reino Unido violou o artigo 4.º, n.º 1, da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas.

87. O órgão jurisdicional nacional suscita igualmente a questão da compatibilidade do regime em análise com o artigo 6.º da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas, que proíbe o Estado de residência da sociedade-mãe de aplicar uma retenção na fonte sobre os lucros que esta sociedade recebe da sua afiliada.

88. Para analisar esta questão, é necessário recordar a definição da expressão «retenção na fonte» que consta da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que essa expressão não se limita a determinados tipos específicos de impostos nacionais: «a qualificação de uma imposição, imposto, taxa ou direito à luz do direito comunitário compete ao Tribunal de Justiça em função das características objectivas da imposição, independentemente da qualificação que lhe é dada em direito nacional»<sup>58</sup>. No contexto do artigo 5.º, n.º 1, da directiva (que proíbe a retenção na fonte no Estado do domicílio da filial aquando da distribuição dos lucros a sociedades-mães residentes noutro Estado-Membro), o Tribunal declarou que «consti-

57 — V. preâmbulo da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas.

58 — Acórdãos de 25 de Setembro de 2003, *Océ van der Grinten* (C-58/01, Colect., p. I-9089, n.º 46), de 8 de Junho de 2000, *Epson Europe* (C-375/98, Colect., p. I-4243, n.º 22) e de 4 de Outubro de 2001, *Athinaiki Zithopoiia* (C-294/99, Colect., p. I-6797, n.ºs 26 e 27).

tui uma retenção na fonte sobre os lucros distribuídos, na acepção do artigo 5.º, n.º 1, da directiva, qualquer imposição sobre os rendimentos auferidos no Estado no qual os dividendos são distribuídos e cujo facto gerador é o pagamento de dividendos ou de qualquer outro rendimento dos títulos, quando a base de tributação desse imposto é o rendimento dos referidos títulos e o sujeito passivo é o detentor dos mesmos títulos.»<sup>59</sup>

89. Transferindo estes critérios para o artigo 6.º da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas (referente às obrigações do Estado de residência da sociedade-mãe), um imposto cobrado pelo Estado de residência da sociedade-mãe deve ser considerado uma retenção na fonte se

(1) o facto tributável para efeitos de imposto for a recepção dos dividendos ou de qualquer outro rendimento gerado pelas acções;

(2) a matéria tributável for o rendimento dessas acções; e

(3) a pessoa tributável for o titular dessas acções.

59 — Acórdãos *Océ van der Grinten*, nota 58 *supra*, n.º 47, *Epson Europe*, nota 58 *supra*, n.º 23 e *Athinaiki Zithopiia*, nota 58 *supra*, n.ºs 28 e 29.

90. Aplicando estes critérios à cobrança do ACT, parece-me que o ACT não pode ser considerado uma retenção na fonte na acepção do artigo 6.º da Directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas. Como realçou o governo do Reino Unido nas suas observações, o ACT não é cobrado sobre a recepção dos dividendos da filial pela sociedade-mãe, mas antes sobre a redistribuição desses dividendos pela sociedade-mãe aos seus próprios accionistas, i.e., sobre o pagamento a um nível distinto a «jusante». O facto gerador da imposição do ACT não é assim de molde a permitir inclui-lo no âmbito da definição de retenção na fonte<sup>60</sup>.

91. Por esta razão, as disposições britânicas em questão não infringem, em minha opinião, o artigo 6.º da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas.

### 3. Conclusão relativamente às questões 2 e 3

92. Pelas razões expostas, sou de opinião que, na medida em que garantia uma eliminação integral, ao nível das sociedades,

60 — Realço que a presente situação não se insere nos princípios referidos no artigo 7.º, n.º 1, da directiva sociedades-mães e sociedades afiliadas, o qual refere que a expressão «retenção na fonte» não abrange o pagamento antecipado ou prévio (pagamento por conta) do imposto sobre as sociedades ao Estado-Membro em que está situada a afiliada, efectuado em ligação com a distribuição de lucros à sociedade-mãe. O ACT é claramente um imposto cobrado pelo Estado-Membro de residência da sociedade-mãe, não da filial.

da dupla tributação económica dos dividendos de origem nacional distribuídos a sociedades accionistas do Reino Unido, mas não dos dividendos distribuídos por sociedades residentes noutros Estados-Membros, o regime do Reino Unido a que se referem as questões 2 e 3 da decisão de reenvio é discriminatório e viola os artigos 43.º CE e 56.º CE e, no que diz respeito às distribuições que caem no seu âmbito de aplicação, o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 90/435/CEE do Conselho. Esse regime não viola, contudo, o artigo 6.º da referida directiva.

b) não prevejam que os accionistas de sociedades residentes recebam um crédito de imposto, quando o receberiam relativamente aos dividendos provenientes de uma sociedade residente que não tivesse ela própria recebido dividendos de sociedades não residentes.

#### D — Questão 4

93. Na sua quarta questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se, dado o facto de o Reino Unido ter adoptado medidas que, em determinadas circunstâncias, permitem às sociedades residentes, se o pretenderem, recuperar os pagamentos por conta efectuados sobre os dividendos distribuídos aos seus accionistas, na medida em que esses dividendos sejam recebidos por sociedades residentes e provenham de sociedades não residentes (incluindo, para este efeito, as sociedades residentes em países terceiros), é contrário aos artigos 43.º CE ou 56.º CE ou aos artigos 4.º, n.º 1, ou 6.º da Directiva 90/435/CEE do Conselho que tais medidas

a) obriguem as sociedades residentes a efectuar pagamentos por conta e a pedir subsequentemente a sua restituição; e

94. Esta questão diz respeito à compatibilidade do regime dos dividendos provenientes de rendimentos estrangeiros («Foreign Income Dividend Scheme», a seguir «FID»), em vigor no Reino Unido a partir de 1 de Julho de 1994. Como esclareci acima, ao abrigo deste regime uma sociedade residente no Reino Unido podia, antes do pagamento de um dividendo em dinheiro aos respectivos accionistas, declarar que esse dividendo provinha de rendimentos estrangeiros. Os pagamentos por conta incidiam sobre esses dividendos provenientes de rendimento estrangeiro mas, se a sociedade pudesse associar esses dividendos a lucros obtidos no estrangeiro, podia requerer o reembolso do remanescente do pagamento por conta relativamente aos dividendos provenientes de rendimento estrangeiro. Esse remanescente era reembolsado ao mesmo tempo que o imposto de base se tornava susceptível de cobrança, ou seja, 9 meses após o fim do exercício e depois da compensação com qualquer obrigação de pagamento de MCT relativa a esse exercício. O accionista que auferia os dividendos provenientes de rendimento estrangeiro não tinha direito a um crédito de imposto ao abrigo da section 231 (1) TA, mas considerava-se que uma pessoa singular que auferia tais dividendos obtinha rendimentos aos quais fora aplicada a taxa mais baixa do ano fiscal em causa. Contudo, esses accionistas não obtinham qualquer

reembolso do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares considerado pago, não podendo também o accionista isento do pagamento de imposto exigir um crédito de imposto idêntico ao que seria atribuível relativamente a distribuições de dividendos que não pudessem ser qualificados de FID.

95. A obrigação que incidia sobre o Reino Unido, por força dos artigos 43.º CE e 56.º CE, na aplicação do FID era precisamente a mesma que referi no quadro das questões 2 e 3, *supra*, designadamente a de assegurar a eliminação integral da dupla tributação económica de forma equivalente no que diz respeito tanto aos dividendos estrangeiros como aos internos.

96. No que diz respeito à característica do FID referida na primeira parte da questão 4, consistente na obrigação que impende sobre as sociedades residentes que auferem dividendos estrangeiros de efectuar pagamentos por conta relativamente às redistribuições, ela viola os artigos 43.º CE e 56.º CE, já que tais pagamentos por conta resultam em dupla tributação económica dos referidos lucros estrangeiros. O facto de as sociedades residentes poderem, ulteriormente, exigir os pagamentos por conta efectuados não constitui, neste ponto, argumento válido: analogamente às observações do Tribunal de

Justiça no acórdão *Metallgesellschaft*<sup>61</sup>, a desvantagem, do ponto de vista de tesouraria, dessas sociedades no período que medeia até à apresentação do requerimento constitui, para efeitos do princípio da não discriminação, um tratamento menos favorável<sup>62</sup>.

97. A segunda parte da questão 4 diz respeito à característica do regime FID de acordo com a qual, na medida em que sociedades residentes no Reino Unido tenham auferido dividendos de sociedades não residentes, os accionistas (a jusante) daquelas sociedades não obtêm o crédito de imposto que receberiam se estivessem em causa dividendos de sociedades residentes no Reino Unido que não tivessem, elas próprias, auferido dividendos de sociedades não residentes.

98. A este respeito, na medida em que optou por eliminar a dupla tributação económica através da concessão de um crédito de imposto pelos dividendos internos, o Reino Unido está obrigado, por força dos artigos 43.º CE e 5.º CE, a evitar a dupla tributação de forma equivalente no que diz respeito aos dividendos estrangeiros<sup>63</sup>.

61 — V. nota 12.

62 — V. acórdão *Metallgesellschaft*, já referido na n.º 12, *supra*, n.º 44.

63 — V. acórdão *Manninen*, já referido na n.º 33, *supra*.

99. Quanto ao argumento do Reino Unido segundo o qual, ao abrigo do FID, os accionistas de sociedades do Reino Unido que auferem dividendos provenientes de rendimento estrangeiro podem, efectivamente, evitar a dupla tributação, dado que foram tratados como se tivessem auferido rendimentos tributados à taxa mais baixa do período de tributação em causa, observo que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar, no caso concreto, se esse tratamento teve efectivamente por efeito uma eliminação da dupla tributação equivalente à que ocorre no caso dos dividendos internos.

100. Na medida em que o regime FID não resulta numa eliminação da dupla tributação económica equivalente para os accionistas de sociedades do Reino Unido que auferem dividendos estrangeiros e para os que auferem dividendos internos, tal regime viola, salvo se for justificado, os artigos 43.º CE e 56.º CE.

101. Na sua defesa, o Governo do Reino Unido alega, em primeiro lugar, que, sendo de natureza totalmente voluntária, o regime FID não poderia, nunca, constituir uma restrição da liberdade de estabelecimento ou da liberdade de circulação de capitais: as disposições fiscais do Reino Unido subjacentes (já abordadas nas questões 2 e 3, supra) estavam em vigor durante todo o período relevante para efeitos do presente processo. Contudo, na medida em que as referidas disposições fiscais de base também são

discriminatórias e violam os artigos 43.º CE e 56.º CE, este argumento é claramente equívoco. Em qualquer dos casos, as sociedades com accionistas estrangeiros não puderam obter um tratamento não discriminatório dos rendimentos provenientes do estrangeiro em comparação com os rendimentos internos.

102. Em segundo lugar, o Governo do Reino Unido alega que uma filial não residente que não tenha sido obrigada a pagamentos por conta quando da distribuição pode, em todo o caso, pagar um dividendo de montante mais elevado à sociedade-mãe do Reino Unido do que uma filial residente, que está obrigada a pagamentos por conta sobre as suas distribuições. Novamente, este argumento não reconhece que, apesar de a filial não residente não ter sido obrigada a pagamentos por conta, foi, todavia, sujeita ao imposto sobre as sociedades estrangeiro, o qual, como observei acima, coloca numa situação comparável as sociedades-mães que auferem dividendos estrangeiros e as que auferem dividendos internos.

103. Finalmente, o Reino Unido suscita o argumento de que o regime FID se justifica pela necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal do Reino Unido, como alegou no contexto da questão 2, supra, e de assegurar a eficácia das inspecções fiscais, especialmente no que diz respeito a países terceiros. No que diz respeito às restrições intracomunitárias, estes argumentos, na

medida em que sejam correctos, repetem os referidos no âmbito da questão 2, devendo ser desatendidos pelas mesmas razões. A questão de saber se tais argumentos podem ter maior força no que respeita a restrições relativas a "países terceiros", foi suscitada no âmbito da questão 5, pelo que aí a abordarei brevemente.

104. Outra é a questão de saber se os únicos possíveis demandantes numa acção de indemnização dos prejuízos resultantes de tal violação devem ser os próprios accionistas, com exclusão da sociedade britânica que procedeu à distribuição. Neste ponto, as recorrentes-tipo alegam que o FID leva as sociedades-mães que efectuam distribuições de rendimentos estrangeiros a aumentar o montante dos dividendos para os accionistas, de forma a distribuir um montante equivalente ao que as sociedades-mães distribuem em caso de rendimentos internos. Abordarei esta questão no contexto da questão 6, que diz respeito às vias de recurso adequadas em caso de violação.

105. O órgão jurisdicional nacional também suscita a questão da compatibilidade com o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 6º da directiva aplicável às sociedades-mães e às sociedades afiliadas das duas características do FID que identificou — a obrigação de pagamentos por conta das sociedades do Reino Unido que efectuam a redistribuição de dividendos estrangeiros [questão 4, alínea a)] e a não concessão de créditos de imposto em bene-

fício dos accionistas a jusante [questão 4, alínea b)]. No que diz respeito ao artigo 4.º, n.º 1, como expliquei acima relativamente às questões 2 e 3, esta disposição impõe uma obrigação de eliminação total da dupla tributação económica ao nível da sociedade accionista que recebe distribuições abrangidas no seu âmbito de aplicação material e temporal. Assim, a análise no contexto da questão 4, alínea a), (obrigação de efectuar os pagamentos por conta) corresponde à análise ao abrigo dos artigos 43.º CE e 56.º CE. Contudo, a questão 4, alínea b), (concessão de um crédito de imposto imputável) diz respeito a uma diferença de tratamento ao nível, não da própria sociedade que recebe, mas dos accionistas da sociedade. Por esta razão, não creio que uma restrição desse tipo caia no âmbito de aplicação do artigo 4.º, n.º 1, da directiva aplicável às sociedades-mães e às sociedades afiliadas. Da mesma forma, por razões semelhantes às que adiantei acima no contexto das questões 2 e 3, nenhum dos pontos referidos na questão 4, constitui, na minha opinião, uma violação do artigo 6.º da referida directiva.

106. Por conseguinte, a resposta à questão 4 deve ser que, prevendo o Reino Unido que, em determinadas circunstâncias, as sociedades residentes, se o pretenderem, podem recuperar os pagamentos por conta efectuados sobre os dividendos distribuídos aos seus accionistas, na medida em que esses dividendos sejam recebidos por sociedades residentes e provenham de sociedades não residentes (incluindo, para este efeito, as

sociedades residentes em países terceiros), 1) é contrário aos artigos 43.º CE e 56.º CE, bem como aos artigos 4.º, n.º 1, ou 6.º da Directiva 90/435, que tais medidas obriguem as sociedades residentes a efectuar pagamentos por conta e a pedir subsequentemente a sua restituição, na medida em que esta possibilidade não assegura uma eliminação da dupla tributação económica equivalente à que é garantida relativamente aos dividendos internos e 2) é contrário aos artigos 43.º CE e 56.º CE que tais medidas não prevejam uma eliminação da dupla tributação económica dos accionistas das sociedades residentes equivalente à que obteriam relativamente aos dividendos provenientes de uma sociedade residente que não tivesse ela própria recebido dividendos de sociedades não residentes.

o qual dispõe que a proibição de restrições aos movimentos de capitais prevista no artigo 5.º «não prejudica a aplicação a países terceiros de quaisquer restrições em vigor em 31 de Dezembro de 1993 ao abrigo de legislação nacional ou comunitária adoptada em relação à circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros que envolva investimento directo, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais». Assim, a questão consiste essencialmente em saber se, na medida em que as medidas enunciadas na questão 4 caíam no âmbito da proibição do artigo 56.º CE, esta proibição abrange as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros<sup>64</sup>.

#### E — *Questão 5*

107. Na quinta questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se, no caso de, antes de 31 de Dezembro de 1993, um Estado-Membro ter aprovado as disposições legais descritas nas questões 1 e 2 e ter após essa data aprovado as demais medidas descritas na questão 4, e no caso de estas últimas medidas constituírem uma restrição proibida pelo artigo 56.º CE, esta restrição deve ser considerada uma nova restrição não existente antes de 31 de Dezembro de 1993.

108. O órgão jurisdicional nacional suscita esta questão no contexto do artigo 57.º, n.º 1,

109. A primeira questão consiste em saber se pode considerar-se que as regras do regime FID, que produzem efeitos desde 1 de Julho de 1994, fazem parte de restrições «em vigor» em 31 de Dezembro de 1993.

110. Neste ponto, tanto as recorrentes-tipo como o Governo do Reino Unido remetem, correctamente, para o acórdão do Tribunal

64 — Assinalo que as questões 1 e 3, tal como formuladas pelo órgão jurisdicional nacional, dizem expressamente respeito apenas a restrições intra-comunitárias, dado que dizem respeito a restrições que já existiam em 31 de Dezembro de 1993, na acepção do artigo 57.º, n.º 1, CE.

de Justiça no processo Konle/Áustria<sup>65</sup>. Esse processo tinha por objecto a interpretação de uma derrogação relativa à Áustria prevista no Acto relativo às condições de adesão da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia<sup>66</sup>, que permitia a este país manter a legislação em vigor na altura, respeitante às residências secundárias (regime de autorização prévia) por um determinado período. O Tribunal de Justiça observou, em primeiro lugar, que, apesar de caber aos tribunais austríacos a determinação do conteúdo da legislação nacional em vigor à data da adesão da Áustria, competia ao Tribunal de Justiça fornecer os elementos de interpretação do conceito comunitário de «legislação actual»<sup>67</sup>. O Tribunal de Justiça continuou, observando que:

«Qualquer disposição adoptada posteriormente à data de adesão não está, por este simples facto, automaticamente excluída do regime derogatório instituído pelo [...] acto de adesão. Assim, se a mesma for, essencialmente, idêntica à legislação anterior ou se se limitar a reduzir ou suprimir um obstáculo ao exercício dos direitos e das liberdades comunitárias que constam da legislação anterior, beneficiará da derrogação.

Pelo contrário, uma legislação que assenta numa lógica diferente da do direito anterior e institui novos procedimentos não pode ser equiparada à legislação actual no momento da adesão.»<sup>68</sup>

111. Como observei nas minhas conclusões no processo Ospelt, também decorre do artigo 57.º, n.º 1, CE, que os Estados-Membros são competentes para adaptarem a legislação em vigor sem alterarem a situação jurídica existente<sup>69</sup>.

112. No contexto do presente processo, com base na descrição constante do despacho de reenvio, parece-me que a criação do regime FID tinha, de facto, por objectivo e efeito a redução (mas não a eliminação) do obstáculo ao exercício das liberdades previstas nos artigos 43.º CE e 56.º CE que consistia na não eliminação plena da dupla tributação económica dos dividendos provenientes do estrangeiro. De facto, o regime aplicável aos pagamentos por conta em vigor não foi revogado no que diz respeito aos dividendos estrangeiros quando da adopção das alterações ao FID, o qual continuou a ser opcional para as sociedades abrangidas pelo âmbito de aplicação destas. Acrescentaria que esta interpretação do artigo 57.º, n.º 1, CE, que

65 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, Konle/Áustria (C-302/97, Colect., p. I-3099).

66 — JO 1994, C 241, p. 21.

67 — *Ibidem*, p. 27.

68 — *Ibidem*, n.ºs 52 e 53. V., também, o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2003, Slazmann (C-300/01, Colect., p. I-4899) e as minhas conclusões apresentadas em 10 de Abril de 2003 no processo Ospelt (C-452/01, Colect., p. I-9743, n.º 52).

69 — Conclusões no processo Ospelt, já referidas na n.º 68, *supra*, n.º 53.

inclui a legislação que tem como objectivo a redução das restrições existentes, é perfeitamente lógica: na ausência de uma tal interpretação, os Estados-Membros seriam incentivados a manter as restrições existentes em vez de tentarem reduzi-las, parcial ou integralmente.

113. Em consequência, embora caiba ao órgão jurisdicional nacional a apreciação final do conteúdo, objectivo e efeitos do regime FID, com base nos dados fornecidos, entendo que o regime faz parte de restrições em vigor em 31 de Dezembro de 1993, na acepção do artigo 57.º, n.º 1, CE.

114. A segunda questão é relativa a saber se o regime FID se inclui no âmbito de aplicação material do artigo 57.º, n.º 1, CE.

115. As recorrentes-tipo alegam que o regime não entra no âmbito de aplicação do artigo 57.º, n.º 1, CE, o qual apenas abrange a circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros «que envolva investimento directo, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais».

116. As recorrentes-tipo alegam que o conceito de «investimento» deve ser objecto de interpretação estrita, não se aplicando a pagamentos que resultam desse investimento. Não concordo. Como o Tribunal de Justiça entendeu, dado que pode tornar menos atractivo o investimento em acções de sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, a discriminação no tratamento fiscal dos dividendos com origem interna e dos dividendos com origem estrangeira deve ser considerada uma restrição à livre circulação de capitais<sup>70</sup>.

117. As recorrentes-tipo alegam, ainda, que os termos «investimento directo» não devem, neste contexto, aplicar-se a participações mais pequenas (por exemplo, participações financeiras) detidas por sociedades do Reino Unido no estrangeiro. A este respeito, é verdade que, constituindo uma excepção ao artigo 56.º CE, o artigo 57.º, n.º 1, CE deveria ser objecto de uma interpretação estrita<sup>71</sup>. Na minha opinião, o conceito de investimento directo deve ser interpretado de acordo com as orientações fornecidas no anexo I da Directiva 88/361, que estabelece a nomenclatura dos movimentos de capitais a que se refere o artigo 1.º dessa Directiva. A parte I do anexo tem por objecto os «investimentos directos» e a rubrica mais relevante desta categoria para efeitos do presente processo é a do n.º 2: «participação em empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços

70 — V. acórdão Manninen, já referido na n.º 33, *supra*, n.ºs 22 a 24, e as conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo em que foi proferido esse acórdão, n.ºs 27 a 33.

71 — V. as minhas conclusões no processo Ospelt, já referidas na n.º 68, *supra*.

económicos duradouros.» As Notas Explicativas da Directiva elucidam melhor o que significa «investimento directo», o qual corresponde aos «[i]nvestimentos de qualquer natureza efectuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradouras e directas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma actividade económica. Esta noção deve pois ser considerada na sua acepção mais lata.»

118. As Notas Explicativas continuam afirmando que, «[n]o que se refere às empresas mencionadas no ponto I-2 da nomenclatura e que têm o estatuto de sociedades por acções, existe participação com carácter de investimentos directos quando o lote de acções que se encontra na posse de uma pessoa singular, de uma outra empresa ou de qualquer outro detentor, dá a esses accionistas, quer por força no disposto na legislação nacional sobre as sociedades por acções, quer por qualquer outro modo, a possibilidade de participarem efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo.»

119. Compete ao órgão jurisdicional nacional decidir se, num determinado caso, o investimento que uma sociedade do Reino Unido detém numa sociedade residente num país terceiro serve para criar ou manter «relações duradouras e directas» com esta última sociedade, permitindo à primeira

«[participar] efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo». Devo observar, contudo, que este é um limiar claramente mais baixo que o critério da «influência certa» a que me referi acima no título IV(A), no quadro da distinção entre os âmbitos de aplicação dos artigos 43.º CE e 56.º CE.

120. Por conseguinte, a proibição do artigo 56.º CE apenas se aplicaria no caso de a participação de uma sociedade do Reino Unido numa sociedade de um país terceiro não permitir, pela sua própria natureza, uma participação efectiva.

121. Esta questão suscita, por seu turno, a questão de saber se se aplicam à análise do artigo 56.º CE as mesmas considerações, no que diz respeito aos movimentos de capitais intracomunitários por oposição aos movimentos de capitais entre países terceiros. A este respeito, resulta claramente da redacção do artigo 56.º, n.º 1, que as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros são, em princípio, proibidas. Contudo, penso que ao apreciar se essas restrições são justificadas (seja ao abrigo do artigo 51.º, n.º 1, CE, seja ao abrigo de uma apreciação da discriminação com base no artigo 56.º CE) poderão aplicar-se considerações diferentes das que se aplicam

às restrições puramente intra-comunitárias. Como já observei nas minhas conclusões no processo Ospelt, a particularidade da liberdade intra-comunitária de circulação de capitais reside na circunstância de que esta deve ser considerada um elemento constitutivo da união económica e monetária<sup>72</sup>. Como aí referi, o facto de a política monetária ser, na sequência da conclusão da união económica e monetária, definida pelo Banco Central Europeu, pressupõe uma unidade total em termos de circulação do dinheiro e de capitais. Este contexto não releva no caso de movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros, apesar de os movimentos de capitais terem sido objecto de grande liberalização a nível mundial<sup>73</sup>.

países terceiros, é causa de maior preocupação que em situações intra-comunitárias. Este argumento teórico não é no entanto, em minha opinião, suficiente para provar que as restrições do regime FDI relativamente aos dividendos com origem em países terceiros eram, nesse caso particular, justificadas.

122. Contudo, no caso ora em apreço, como observei acima, o Reino Unido não aduziu argumentos de fundo sobre a questão de saber por que razão se utilizam considerações específicas para justificar as restrições incluídas no regime FID no caso de países terceiros. Os seus argumentos relativamente à justificação do regime baseiam-se essencialmente na coesão fiscal, alegando que a «fuga de rendimento» para o exterior da Comunidade, no caso de movimentos com

123. Em qualquer caso, atendendo à minha resposta sobre o âmbito de aplicação do artigo 57.º, n.º 1, no presente processo, não é necessário, em minha opinião, fornecer uma resposta definitiva a este respeito.

124. Por conseguinte, a resposta à quinta questão deve, na minha opinião, ser a de que quando, antes de 31 de Dezembro de 1993, um Estado-Membro tenha adoptado as medidas descritas nas questões 1 e 2 da decisão de reenvio e tenha após essa data adoptado as demais medidas descritas na questão 4, e se estas últimas medidas constituírem uma restrição proibida pelo artigo 56.º CE, esta restrição faz parte das restrições em vigor em 31 de Dezembro de 1993, na acepção do artigo 57.º, n.º 1.

72 — V. acórdão Ospelt já referido na nota 68, *supra*, n.ºs 35 a 40.

73 — V. acórdão Ospelt já referido na nota 68, *supra*, n.ºs 41 e 42.

F — *Questões 6 a 9*

125. As questões 6 a 9 da decisão de reenvio levantam questões a respeito da natureza das vias de recurso de que as sociedades afectadas, do Reino Unido ou outras do mesmo grupo, devem dispor no caso de alguma das medidas referidas nas questões 1 a 5 violarem as disposições comunitárias referidas nessas questões.

126. A este respeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o direito de obter o reembolso das importâncias cobradas pelo Estado-Membro em violação das disposições do direito comunitário é a consequência e o complemento dos direitos conferidos aos particulares pelas disposições comunitárias, tal como interpretadas pelo Tribunal de Justiça<sup>74</sup>. O Estado-Membro é, assim, em princípio, obrigado a restituir os impostos cobrados em violação do direito comunitário<sup>75</sup>.

74 — Acórdão Metallgesellschaft, já referido na nota 12, *supra*, n.º 84. V., também, os acórdãos de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.º 12), de 2 de Fevereiro de 1988, Barra (309/85, Colect., p. 355, n.º 17), de 6 de Julho de 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Colect., p. I-1883, n.º 40), de 9 de Fevereiro de 1999, Dilexport (C-343/96, Colect., p. I-579, n.º 23), de 21 de Setembro de 2000, Michailidis (C-441/98 e C-442/98, Colect., p. I-7145, n.º 30).

75 — Acórdão Metallgesellschaft, já referido na nota 12, *supra*, n.º 84. V., também, os acórdãos de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 34), de 9 de Dezembro de 2003, Comissão /República Italiana (C-129/00, Colect., p. I-14637, n.º 25), de 14 de Janeiro de 1997, Comateb e o. (C-192/95 a C-218/95, Colect., p. I-165, n.º 20), Dilexport, já referido na nota 74, *supra*, n.º 23, e Michailidis, já referido na nota 74, *supra*, n.º 30.

127. Na falta de regulamentação comunitária em matéria de recuperação de importâncias indevidamente pagas, compete 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 particulares 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)<sup>76</sup>.

128. A questão suscitada no presente processo consiste em saber se deve considerar-se que o pedido dos demandantes tem por objecto uma restituição, uma indemnização ou um montante (lucro cessante) correspondente a um benefício indevidamente recusado.

129. Também neste ponto, o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Metallgesellschaft é relevante. Nesse processo, a segunda questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional dizia respeito à via judicial adequada que deveria existir no caso de uma

76 — Acórdão Metallgesellschaft, n.º 85. V., também, os acórdãos 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer, já referido na nota 75, *supra*, n.º 39, de 15 de Setembro de 1998, Edis (C-231/96, Colect., p. I-4951, n.ºs 19 e 34) e Spac (C-260/96, Colect., p. I-4997, n.º 18), de 17 de Novembro de 1998, Aprile (C-228/96, Colect., p. I-7141 n.º 18), e de 9 de Fevereiro de 1999, Dilexport, já referido na nota 74, *supra*, n.º 25. V., igualmente, o acórdão de 20 de Setembro de 2001, Courage/Crehan (C-453/99, Colect., p. I-6297).

filial do Reino Unido e a sociedade-mãe não residente nesse país terem sido privadas do benefício do regime de isenção de grupo em violação o artigo 43.º CE. A questão consistia, designadamente, em saber se o artigo 43.º CE permitia a essa filial e/ou à sua sociedade-mãe obter uma importância igual aos juros resultantes da antecipação dos pagamentos efectuados pela filial, desde a data dos referidos pagamentos até à data da exigibilidade do imposto, ainda que o direito nacional proibisse o pagamento de juros sobre um capital que não é devido. O Tribunal de Justiça sublinhou que não lhe competia qualificar juridicamente (ao abrigo do direito inglês) as petições apresentadas pelas demandantes no processo principal perante o tribunal nacional, antes cabendo às empresas afectadas precisar a natureza e o fundamento da sua acção (acção de restituição ou acção de indemnização do prejuízo), sob controlo do tribunal nacional<sup>77</sup>.

130. Com base nisto, o Tribunal de Justiça prosseguiu, apreciando as questões que se levantam nas duas hipóteses colocadas pelo órgão jurisdicional nacional: em primeiro lugar, a hipótese de se considerar estar em causa uma acção de restituição e, em segundo lugar, a de estar em causa uma acção de indemnização<sup>78</sup>. O Tribunal de Justiça concluiu que, em qualquer dos casos,

o artigo 43.º CE exige que as demandantes beneficiem de 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 antecipado do imposto pelas filiais<sup>79</sup>. O simples facto de essa via ter por único objecto o pagamento dos juros não constitui um fundamento de rejeição do recurso<sup>80</sup>.

131. Faço notar que, nesse processo, o órgão jurisdicional nacional não colocou questões sobre a interpretação dos pressupostos gerais da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário estabelecidos no acórdão *Brasserie du Pêcheur*, não tendo o Tribunal apreciado se esses pressupostos estavam verificados<sup>81</sup>. O advogado-geral N. Fennelly analisou sucintamente esta questão, embora a título meramente subsidiário, já que entendia ser «mais correcto e lógico tratar o pedido das demandantes como de restituição e não como um pedido de indemnização dos prejuízos»<sup>82</sup>.

77 — Acórdão *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.º 81.

78 — Acórdão *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.ºs 82 a 95.

79 — Acórdão *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.º 96.

80 — Acórdão *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.º 96.

81 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Março de 1996 (C-46/93 e C-48/93, *Colect.*, I-1029).

82 — Conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.º 52.

132. Parece-me que, no caso ora em apreço, com uma única excepção, os pedidos descritos pelo órgão jurisdicional nacional na sexta questão devem ser considerados equivalentes a pedidos de restituição de importâncias indevidamente pagas, ou seja, pedidos de restituição de importâncias ilegalmente cobradas, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a cujo pagamento o Reino Unido está, em princípio, obrigado. O princípio subjacente deve ser o de que não deve haver um enriquecimento do Reino Unido e que as sociedades (ou grupos de sociedades) que foram obrigadas a pagar o encargo ilícito em causa não devem sofrer prejuízos em consequência da aplicação desse encargo<sup>83</sup>. Assim, para permitir a efectiva obtenção do reembolso ou reparação do prejuízo financeiro que as referidas sociedades sofreram e do qual as autoridades do Estado-Membro em causa beneficiaram, a via judicial em questão deve aplicar-se a todas as consequências directas da cobrança ilícita do imposto sobre as sociedades. Na minha opinião, isto inclui o seguinte:

- 1) a restituição do imposto sobre as sociedades cobrado ilegalmente [questão 6, alíneas a), c) e g)];
- 2) a restauração de quaisquer deduções ao imposto sobre as sociedades ilegalmente cobrado [questão 6, alínea b)];

- 3) a restauração das deduções ao imposto a que se renunciou de forma a permitir as deduções no imposto sobre as sociedades ilegalmente cobrado [questão 6, alínea e)];
- 4) a perda da utilização do dinheiro pelo facto de o imposto sobre as sociedades ter, em virtude de violação do direito comunitário, sido pago mais cedo do que deveria [questão 6, alíneas d), f) e h)]<sup>84</sup>. Em qualquer dos casos, cabe ao órgão jurisdicional nacional assegurar-se de que o pedido é consequência directa do imposto ilegalmente cobrado.

133. A este respeito, não estou convencido de que o pedido referido na questão 6, alínea i), deva ser considerado equivalente a um pedido de restituição de importâncias cobradas ilegalmente. As recorrentes-tipo alegam, essencialmente, que o facto de o Reino Unido, de forma discriminatória, não conceder créditos de imposto equivalentes aos accionistas de sociedades do Reino Unido que recebem dividendos provenientes do estrangeiro levou essas sociedades a aumentarem as distribuições para compensar os accionistas. Contudo, não me parece que o aumento, por parte da sociedade que efectua a distribuição, dos montantes das distribuições deva ser considerado uma consequência directa do acto ilegal de não concessão de um crédito equivalente aos accionistas. A consequência directa dessa não concessão é, antes, a cobrança aos referidos accionistas de

83 — V. as conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Metallgesellschaft, já referido na nota 12, *supra*, n.º 45.

84 — V., a este respeito, a resposta do Tribunal de Justiça à segunda questão prejudicial no processo Metallgesellschaft, já referido na nota 12, *supra*.

um imposto adicional relativamente ao que seria cobrado se o Reino Unido tivesse cumprido as suas obrigações por força do direito comunitário — prejuízo sofrido pelos accionistas e não pelas sociedades que efectuam as distribuições. Em contrapartida, não me parece que qualquer aumento por estas sociedades do montante de dividendos distribuídos aos accionistas decorra inevitavelmente da recusa de crédito de imposto, nem é possível concluir, sem mais, que a distribuição de dividendos mais elevados constitua necessariamente um prejuízo para as sociedades que distribuem.

134. Em princípio, compete ao órgão jurisdicional nacional decidir da qualificação dos vários pedidos ao abrigo da lei nacional. Contudo, como referi acima, isso deve respeitar o pressuposto de que a qualificação deve oferecer aos demandantes uma via de acção 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 antecipado do imposto<sup>85</sup>. Esta obrigação impõe ao órgão jurisdicional nacional que, na qualificação dos pedidos ao abrigo do direito nacional,

tenha em conta o facto de os pressupostos da responsabilidade, como definidos no acórdão *Brasserie du Pêcheur*, poderem não estar verificados num determinado caso e que, se assim for, assegure, não obstante, uma via judicial efectiva.

135. No presente processo, por exemplo, não estou convencido de que os pressupostos estabelecidos no acórdão *Brasserie du Pêcheur* estejam preenchidos relativamente a todos os aspectos do regime do Reino Unido a que se refere o presente pedido de decisão prejudicial e que, em minha opinião, violam o direito comunitário. O primeiro pressuposto (violação de uma regra de direito que tenha por objecto conferir direitos aos particulares,) está preenchido, na medida em que todas as disposições legais comunitárias em causa têm efeito directo. O mesmo parece ser verdade, em geral, no que diz respeito ao terceiro pressuposto (existência de um nexo de causalidade entre a violação de uma obrigação do Estado e o prejuízo sofrido pelos particulares), com a possível excepção do pedido exposto na questão 6, alínea i), pelas razões que eu referi acima.

136. Contudo, tenho sérias dúvidas quanto ao preenchimento do segundo pressuposto — a existência de uma violação «suficientemente caracterizada» do direito comunitário — relativamente a todos os aspectos do regime que, na minha opinião, viola o direito

85 — Acórdão *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.º 96.

comunitário. Como o Tribunal de Justiça observou no acórdão *Brasserie du Pêcheur*:

«o critério decisivo para considerar que existe uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada é o da violação manifesta e grave, tanto por um Estado-Membro como por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação.

A este respeito, entre os elementos que o órgão jurisdicional competente pode ser levado a considerar, importa sublinhar o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário.

De qualquer modo, encontramos-nos perante uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada, quando esta perdurou, apesar de ter sido proferido um

acórdão em que se reconhecia o incumprimento imputado ou um acórdão num reenvio prejudicial, ou apesar de existir uma jurisprudência bem assente do Tribunal de Justiça na matéria, dos quais resulte o carácter ilícito do comportamento em causa.»<sup>86</sup>

137. No acórdão *Metallgesellschaft*, o Tribunal de Justiça, como referi acima, não apreciou esta questão, nem ela foi suscitada pelo órgão jurisdicional nacional no referido processo. O advogado-geral N. Fennelly que, como referi, considerou que a acção judicial consistia, naquele caso, num pedido de restituição, fez contudo alguns comentários a título subsidiário sobre a questão do preenchimento dos pressupostos estabelecidos no acórdão *Brasserie du Pêcheur*. Observou que: «[a] questão é a de saber se a clareza e precisão do artigo [43.º] do Tratado CE eram tais que a violação podia ser considerada suficientemente grave. Tal questão tem de ser vista à luz da utilização generalizada do domicílio como critério para efeitos de tributação directa e em combinação com o estado de desenvolvimento da jurisprudência pertinente ao tempo dos factos. O que terá a ver com os limites impostos à utilização, por parte dos Estados-Membros, daquele critério no caso de o mesmo ser desvantajoso para os interesses de residentes em outros Estados-Membros. Em suma, era a recusa em permitir a opção pela tributação dos rendimentos do grupo, considerada objectivamente, 'desculpável ou não'?»<sup>87</sup>. O advogado-geral continuou opinando que, como o que estava em causa era

86 — Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, já referido na nota 80, *supra*, n.ºs 55 a 58.

87 — Conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo *Metallgesellschaft*, já referido na nota 12, *supra*, n.º 55.

uma questão de discriminação indirecta, esta «deveria, em geral, ser considerada 'suficientemente caracterizada' [...] [P]ara classificar uma violação do artigo 52.º do Tratado CE, como a que está em causa no presente processo, como 'desculpável', o órgão jurisdicional nacional deve estar convencido não só de que as autoridades do Reino Unido acreditavam genuinamente que a recusa do alargamento do benefício da isenção do grupo em causa a grupos cuja sociedade-mãe não era residente no Reino Unido era estritamente necessária, mas também de que, apreciada objectivamente à luz do acórdão Bachmann<sup>88</sup> e do princípio da interpretação restritiva das excepções a normas fundamentais do Tratado como a da liberdade de estabelecimento, aquela convicção era razoável.»<sup>89</sup>

138. Concordo com o advogado-geral Fennelly em que a questão crucial para decidir se uma violação, como a do Reino Unido no referido processo, é suficientemente caracterizada é a questão de saber se o erro de direito era objectivamente desculpável ou não. Concordo igualmente que, na maioria das áreas do direito comunitário, a discriminação indirecta é susceptível de preencher este pressuposto. Contudo, como referi nas conclusões que proferi no processo *Test-Claimants in the ACT Group Litigation*<sup>90</sup>, alguma jurisprudência do Tribunal que

define os limites de aplicação das disposições do Tratado sobre a liberdade de circulação no âmbito da tributação directa é extremamente complexa e está, parcialmente, em desenvolvimento. A título de exemplo, não era em minha opinião totalmente claro, até aos recentes acórdãos Verkooijen<sup>91</sup> e Manninen<sup>92</sup>, que os Estados-Membros que agem na qualidade de Estado do domicílio estão obrigados, pelos artigos 43.º e 56.º CE, a eliminar a dupla tributação económica de igual forma no que diz respeito tanto aos accionistas residentes que recebem rendimentos estrangeiros como aos accionistas residentes que recebem rendimentos internos. Essas áreas podem ser comparadas, no entanto, com obrigações que decorrem claramente de legislação secundária, tal como a directiva aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas, ou que resultam claramente da jurisprudência do Tribunal que existia na altura em que as medidas relevantes estavam em vigor. Em resumo, sou da opinião que violações ocorridas naquilo que eram na altura os limites do desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça neste campo não deveriam ser consideradas uma manifesta e grave inobservância da discricionariedade de um Estado-Membro na acepção da jurisprudência do Tribunal. Compete aos órgãos jurisdicionais nacionais efectuar a última apreciação sobre esta questão à luz dos factos em apreço no presente processo<sup>93</sup>.

139. A resposta às questões 6 a 9 deve assim ser, na minha opinião, que na falta de

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

89 — *Ibidem*, n.º 56.

90 — V. nota 2.

91 — V. nota 33.

92 — V. nota 33.

93 — V., a título de exemplo, acórdão *Brasserie du Pêcheur*, já referido na nota 80, *supra*, n.º 58.

regulamentação comunitária em matéria de recuperação de impostos indevidamente pagos, compete 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 particulares decorrem do direito comunitário, incluindo a qualificação das acções intentadas pelos demandantes no órgão jurisdicional nacional. Contudo, ao fazê-lo, os órgãos jurisdicionais nacionais devem assegurar que os demandantes beneficiam de uma via de acção judicial efectiva para reclamar o reembolso ou a reparação do prejuízo financeiro que sofreram como consequência directa da cobrança do imposto efectuada em violação do direito comunitário.

da legislação diferente do suscitado no presente e que nunca foi contestada no Tribunal antes deste acórdão. Ademais, a legislação nacional permaneceu substancialmente inalterada entre 1973 e a sua revogação, em 1999, período de tempo durante o qual os regimes de imputação eram os preferidos da Comissão para evitar a dupla tributação. Por último, o governo do Reino Unido sustenta que o potencial valor da questão em apreço pode ascender a 7 mil milhões de libras, custo este que seria aumentado pela complexidade que envolve o facto de ter que se lidar com pedidos datados de 1974.

## V — Limitação temporal

140. Nas suas alegações orais, o governo do Reino Unido pediu que, caso entendesse que este tinha violado o direito comunitário no presente processo, o Tribunal considerasse a hipótese de limitar os efeitos no tempo da sua decisão. Pediu que, sendo caso disso, o Tribunal reabrisse a instância após proferir acórdão no processo *Banco Popolare di Cremona*<sup>94</sup>. O governo do Reino Unido realça que a legislação em apreço no presente processo é anterior ao acórdão proferido pelo Tribunal no acórdão *Metallgesellschaft*<sup>95</sup>, que diz respeito a um aspecto

141. Contestando, as recorrentes-tipo argumentam que as potenciais consequências financeiras do presente processo são consideravelmente inferiores às estimadas pelo governo do Reino Unido — argumentam que o montante em questão se situará antes entre 2 mil milhões de libras e 100 milhões de libras, dependendo do resultado de um processo pendente nos órgãos jurisdicionais ingleses referente à limitação em causa. Em complemento, sustentam que, mesmo que a regulamentação do Reino Unido não tenha sido expressamente impugnada por pedidos apresentados, ao abrigo dos artigos 43.º e 56.º CE, nos órgãos jurisdicionais britânicos até uma data relativamente recente, as medidas controvertidas — e em particular a sua aplicação transfronteiriça — foram ainda assim impugnadas anteriormente. Por último, as recorrentes-tipo pedem que, caso o Tribunal considere a hipótese de limitar

94 — Processo C-475/03: conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, apresentadas em 17 de Março de 2005.

95 — V. nota 12.

temporalmente os efeitos da sua decisão, o procedimento oral seja reaberto para permitir alegações suplementares quanto a esta questão.

142. Começando por recordar os princípios aplicáveis aos pedidos de limitação temporal, recorde que o Tribunal tem decidido uniformemente que a interpretação que faz de uma disposição de direito comunitário clarifica e define o significado e o objecto dessa disposição, tal como deveria ser entendida e aplicada desde a sua entrada em vigor. De forma muito excepcional, atendendo à necessidade de segurança jurídica, o Tribunal, ao aplicar o princípio geral da segurança jurídica inerente ao ordenamento jurídico comunitário, tem optado por restringir a possibilidade de qualquer interessado invocar uma disposição interpretada pelo Tribunal com o objectivo de pôr em causa uma relação jurídica estabelecida de boa fé. O Tribunal só recorreu a esta solução em circunstâncias bem precisas, quando (1) existia um risco de repercussões económicas graves, devido em especial ao grande número de relações jurídicas constituídas de boa fé com base na regulamentação considerada validamente em vigor, e (2) quando se verificava que os particulares e as autoridades nacionais tinham sido levados a um comportamento não conforme com a regulamentação comunitária em virtude de uma incerteza objectiva e importante quanto ao alcance das disposições comunitárias, incerteza para a qual tinham eventualmente contribuído os próprios comportamentos

adoptados por outros Estados-Membros ou pela Comissão<sup>96</sup>.

143. Respondendo agora ao argumento apresentado pelo governo do Reino Unido no presente processo, a minha primeira observação seria que, quando uma parte formula um pedido num processo perante o Tribunal, cabe a essa parte garantir que os seus argumentos sejam suficientemente sólidos e que o Tribunal tenha informação suficiente para lhe permitir proferir uma decisão sobre a matéria. Este é um princípio processual fundamental do Tribunal e é necessário para evitar que o Tribunal decida sobre questões puramente hipotéticas, ou com base em meras assunções que poderia provar-se serem inexactas. Além disso, as alegações por escrito das partes deverão cobrir todos os fundamentos do pedido<sup>97</sup>. Isto no interesse não só de permitir às outras partes no processo uma oportunidade de resposta bastante, mas igualmente de ajudar o Tribunal a tomar decisões preliminares,

96 — V. Acórdão de 15 de Março de 2005, *Bidar* (C-209/03, *Colect.*, I-2119, n.º 66 a 69); conclusões do advogado-geral Jacobs, proferidas no acórdão *Banco Popolare di Cremona*, já referido na nota 92, *supra*, n.º 74 e 75; e conclusões do advogado-geral Tizzano apresentadas em 10 de Novembro de 2005, no processo *Meilicket* (C-292/04, ainda não publicado na *Colectânea*).

97 — V., no caso de acções directas, os artigos 38.º e 42.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. O artigo 38.º exige que a petição contenha «a exposição sumária dos fundamentos do pedido». O artigo 42.º, n.º 2, dispõe que «[é] proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. Se, no decurso do processo, qualquer das partes deduzir fundamentos novos nos termos do parágrafo anterior, o presidente pode, decorridos os prazos normais do processo, com base em relatório do juiz-relator e ouvido o advogado-geral, conceder à outra parte um prazo para responder a esse fundamento. A decisão sobre a admissibilidade do fundamento é reservada para o acórdão que ponha termo ao processo.»

tais como, por exemplo, a atribuição às formações de julgamento ou a realização da instrução que se mostrarem necessárias.

144. No presente processo, o pedido de limitação dos efeitos no tempo não foi feito pelo governo do Reino Unido nas suas observações escritas. Apenas fez o pedido na fase oral, sem que tivesse apresentado argumentos de fundo detalhados ou provas de qualquer dos dois elementos que, como decorre da jurisprudência uniforme que acima referi, o Tribunal necessita verificar para limitar o efeito no tempo de uma decisão. No que diz respeito ao primeiro elemento — o risco de repercussões económicas graves devido em especial ao grande número de relações jurídicas constituídas de boa fé com base na regulamentação considerada validamente em vigor — mesmo que o Reino Unido tenha estimado em £ 7 mil milhões o montante potencial em questão, não forneceu qualquer indicação sobre a forma como chegou a esse montante nem sobre o número das relações jurídicas afectadas sobre o qual se baseou. O Governo do Reino Unido não forneceu qualquer outro esclarecimento sobre esta questão em resposta às contra-alegações das recorrentes-tipo segundo as quais o verdadeiro montante em causa se situaria entre 100 milhões e 2 mil milhões de libras. No que respeita ao segundo elemento — o requisito de que os particulares e as autoridades nacionais tinham sido «levados a um comportamento não conforme com a regulamentação comunitária em virtude de uma incerteza objectiva e importante quanto ao alcance das disposições comunitárias» — o governo do Reino

Unido limitou-se a referir que o seu sistema de ACT nunca tinha sido impugnado no âmbito do direito comunitário antes do acórdão Metallgesellschaft, e que os regimes de imputação eram na altura os métodos preferidos pela Comissão para evitar a dupla tributação. Não apresentou qualquer argumento sobre qual a jurisprudência do Tribunal relativa aos artigos 43.º CE e/ou 56.º CE relevante para o processo em questão, ou quanto ao momento "de referência" que considerou que o Tribunal deveria adoptar caso optasse por limitar os efeitos da sua decisão<sup>98</sup>.

145. Pelos motivos expostos, sou da opinião que o Tribunal deve rejeitar liminarmente o pedido do governo do Reino Unido de limitação dos efeitos no tempo, com base em insuficiente fundamentação. Verifico que o governo do Reino Unido não tentou fornecer qualquer explicação quanto ao facto de não ter efectuado o pedido de limitação temporal nas suas observações escritas, ou para o facto de não ter fornecido argumentos de fundo durante todo o processo decorrido no Tribunal. É certo que o governo do Reino Unido pediu ao Tribunal para reabrir a instância na sequência do acórdão proferido no processo Banco Populare di Cremona. No entanto, as características principais da jurisprudência do Tribunal que estabelece as duas condições básicas para a fixação de um limite temporal às suas decisões, que referi acima, foram há muito fixadas. O outro aspecto desta linha de jurisprudência, que esteve em apreço no reaberto processo Banco Populare di Cremona na sequência das conclusões apresentadas pelo advogado-

98 — Em sentido contrário, a título de exemplo, nos processos Banco Populare di Cremona, já referido na nota 94, acima, e Meilicke, já referido na nota 96, acima, os governos italiano e alemão incluíram nas suas petições iniciais argumentação substancial sobre a questão da limitação temporal.

geral Jacobs nesse processo — ou seja, a possibilidade de fixar um ponto de referência para os efeitos de uma decisão que se verifique no futuro — não foi de todo suscitado no presente processo.

146. Para o caso de o Tribunal de Justiça entender que a falta de fundamentação do pedido por parte do Reino Unido não é em si suficiente para indeferir a questão da limitação temporal, apresentarei, ainda que tenha relutância, pelos motivos expostos, a expressar a minha opinião sobre o mérito sem ter ouvido qualquer argumento substancial, as seguintes observações. Ainda que, como referi acima, os limites do âmbito de aplicação das disposições do Tratado sobre a liberdade de circulação no domínio da tributação directa nem sempre tenham sido óbvios, parece-me que o Reino Unido deveria estar ciente que havia o risco de que um regime que tratava o rendimento estrangeiro de forma menos favorável do que o rendimento interno pudesse ser considerado discriminatório e contrário ao direito comunitário. A potencial aplicação do princípio de base da proibição de não discriminação às medidas de tributação directa deveria ser clara para o governo do Reino Unido a partir do acórdão do Tribunal no

processo Avoir Fiscal, se não mesmo antes, ainda que esse processo dissesse respeito a um tipo diferente de discriminação através de medidas semelhantes<sup>99</sup>. Além disso, não posso concordar com a sugestão feita implicitamente pelo Reino Unido de que a alegada preferência da Comissão, na altura, pelos métodos de imputação para evitar a dupla tributação económica, o levou a crer que o seu regime era compatível com o direito comunitário: mesmo que a Comissão tenha desculpado os métodos de imputação em geral, nunca desculpou as características discriminatórias específicas do regime de imputação do Reino Unido em apreço no presente processo. Não existe assim nenhuma razão para crer que o Reino Unido foi «levado» a manter o seu regime devido a uma insegurança, objectiva e significativa, relativa às implicações ao nível do direito comunitário, ou que a Comissão contribuiu para essa incerteza, na acepção do segundo elemento de apreciação definido pela jurisprudência do Tribunal acima referida.

147. Pelos motivos acima expostos, sou da opinião que o Tribunal deve indeferir o pedido feito pelo Reino Unido, nos termos do qual os efeitos da decisão deveriam ser limitados no tempo.

99 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/República Francesa (C-270/83, Colect., p. 273).

## VI — Conclusão

148. Por estas razões, sou de opinião de que o Tribunal deverá responder às questões submetidas pela High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, da seguinte forma:

- É contrário aos artigos 43.º CE ou 56.º CE que um Estado-Membro mantenha em vigor e aplique medidas que, como as que estão em causa no presente processo, isentam do imposto sobre as sociedades os dividendos recebidos por uma sociedade residente nesse Estado-Membro de outras sociedades aí residentes e que tributam em imposto sobre as sociedades os dividendos por ela recebidos de sociedades residentes noutros Estados-Membros, após ter deduzido, para evitar a dupla tributação, qualquer retenção na fonte relativa aos dividendos e, em certas condições, o imposto pago pelas sociedades não residentes pelos lucros que obtiveram no seu país de residência.
  
- Na medida em que garantia uma eliminação integral, ao nível das sociedades, da dupla tributação económica dos dividendos de origem nacional distribuídos a sociedades accionistas do Reino Unido, mas não dos dividendos distribuídos por sociedades residentes noutros Estados-Membros, o regime do Reino Unido a que se referem as questões 2 e 3 da decisão de reenvio é discriminatório e viola os artigos 43.º CE e 56.º CE e, no que diz respeito às distribuições que caem no seu âmbito de aplicação, o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 90/435/CEE do Conselho. Esse regime não viola, contudo, o artigo 6.º da referida directiva.

- Dado que as disposições do Reino Unido prevêem que, em determinadas circunstâncias, as sociedades residentes, se o pretenderem, podem recuperar o ACT efectuado sobre os dividendos distribuídos aos seus accionistas, na medida em que esses dividendos sejam recebidos por sociedades residentes e provenham de sociedades não residentes (incluindo, para este efeito, as sociedades residentes em países terceiros), 1) é contrário aos artigos 43.º CE e 56.º CE e ao artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 90/435/CEE do Conselho, o facto de essas disposições obrigarem as sociedades residentes a efectuar ACT e a pedir subsequentemente a sua restituição, na medida em que isto não assegura uma eliminação da dupla tributação económica equivalente à garantida no caso de dividendos internos, e 2) é contrário aos artigos 43.º CE e 56.º CE o facto de essas disposições não preverem que os accionistas de sociedades residentes recebam um crédito de imposto equivalente ao que receberiam relativamente aos dividendos provenientes de uma sociedade residente que não tivesse ela própria recebido dividendos de sociedades não residentes.
  
- Quando, antes de 31 de Dezembro de 1993, um Estado-Membro tenha adoptado as medidas descritas nas questões 1 e 2 da decisão de reenvio e tenha após essa data adoptado as demais medidas descritas na questão 4, e se estas últimas medidas constituírem uma restrição proibida pelo artigo 56.º CE, esta restrição faz parte das restrições em vigor em 31 de Dezembro de 1993, na acepção do artigo 57.º, n.º 1.
  
- Na falta de regulamentação comunitária em matéria de recuperação de impostos indevidamente pagos, compete 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 particulares decorrem do direito comunitário, incluindo a qualificação das acções intentadas pelos demandantes no órgão jurisdicional nacional. Contudo, ao fazê-lo, os órgãos jurisdicionais nacionais devem assegurar que os demandantes beneficiam de uma via de acção judicial efectiva para reclamar o reembolso ou a reparação do prejuízo financeiro que sofreram como consequência directa da cobrança do imposto efectuada em violação do direito comunitário.