

Edição provisória

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

26 de fevereiro de 2019 (\*)

«Reenvio prejudicial – Livre circulação de capitais – Movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros – Cláusula de standstill – Regulamentação nacional de um Estado-Membro relativa a sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros – Alteração desta regulamentação, seguida da reintrodução da regulamentação anterior – Lucros de uma sociedade estabelecida num país terceiro provenientes da detenção de créditos junto de uma sociedade estabelecida num Estado-Membro – Incorporação desses lucros na matéria coletável de um contribuinte com domicílio fiscal num Estado-Membro – Restrição à livre circulação de capitais – Justificação»

No processo C-135/17,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha), por decisão de 12 de outubro de 2016, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 15 de março de 2017, no processo

**X GmbH**

contra

**Finanzamt Stuttgart – Körperschaften,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente, J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, F. Biltgen, K. Jürimäe e C. Lycourgos, presidentes de secção, A. Rosas (relator), E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský, E. Levits e L. Bay Larsen, juízes,

advogado-geral: P. Mengozzi,

secretário: R. Frenn, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 5 de março de 2018,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da X GmbH, por K. Weber e D. Pohl, Rechtsanwälte,
- em representação do Governo alemão, por T. Henze e R. Kanitz, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo francês, por D. Colas, E. de Moustier e S. Ghiandoni, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo sueco, por A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, L. Zettergren e L. Swedenborg, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por B.-R. Killmann e N. Gossement, na

qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado? geral na audiência de 5 de junho de 2018,

profere o presente

## **Acórdão**

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 63.º TFUE e 64.º TFUE.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a X GmbH, sociedade de direito alemão, ao Finanzamt Stuttgart – Körperschaften (Serviço de Finanças Públicas de Estugarda – Serviço das pessoas coletivas, Alemanha) a respeito da incorporação dos lucros da Y, sociedade de direito suíço, detida em 30% pela X, na matéria coletável desta última.

## **Quadro jurídico**

3 A quarta parte da Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Lei fiscal relativa à tributação em caso de relações com o estrangeiro), de 8 de setembro de 1972 (BGBl. 1972 I, p. 1713), na versão aplicável aos factos no processo principal (a seguir «AStG 2006»), sob a epígrafe «Participação em sociedades intermediárias estrangeiras», inclui os §§ 7 a 14.

4 Nos termos do § 7, n.º 1, da AStG 2006, uma «sociedade estrangeira» é definida como «uma pessoa coletiva, um grupo de pessoas coletivas ou uma massa de bens, na aceção da Körperschaftsteuergesetz [(Lei relativa ao imposto sobre as sociedades)] que não tem a sua direção nem a sua sede na Alemanha e que não está isenta do imposto sobre as sociedades em conformidade com o § 3, n.º 1, [desta última lei]». De acordo com este mesmo § 7, n.º 1, quando pessoas integralmente sujeitas ao imposto detiverem uma participação superior a metade do capital dessa sociedade estrangeira, os lucros relativamente aos quais esta sociedade for considerada uma sociedade intermediária, na aceção do § 8 da AStG 2006, serão tributados a cada uma dessas pessoas na parte correspondente à participação que lhes deva ser imputada no capital nominal da referida sociedade.

5 O § 7, n.º 6, da AStG 2006 dispõe:

«Se uma sociedade estrangeira for uma sociedade intermediária relativamente a lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais, na aceção do n.º 6a, e se uma pessoa integralmente sujeita ao imposto detiver nessa sociedade uma participação de pelo menos 1%, esses lucros intermédios serão tributáveis a essa pessoa na medida definida no n.º 1, mesmo que não estejam preenchidos os outros requisitos previstos neste parágrafo. [...]»

6 O § 7, n.º 6a, da AStG 2006 prevê:

«Os lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais são lucros da sociedade intermediária estrangeira [...] que proveem da detenção, da gestão, da manutenção ou do aumento do valor de meios de pagamento, de créditos, de títulos, de participações (com exceção dos lucros previstos no § 8, n.º 1, pontos 8 e 9) ou de elementos patrimoniais análogos, a menos que o sujeito passivo comprove que provêm de uma atividade que contribui para uma atividade própria da sociedade estrangeira abrangida pelo § 8, n.º 1, pontos 1 a 6 [...]»

7 Ao abrigo do § 8, n.º 1, da AStG 2006, uma sociedade estabelecida num país terceiro é considerada uma «sociedade intermediária» relativamente a lucros que estiverem sujeitos a uma tributação baixa e que não sejam provenientes das atividades económicas enumeradas nos

pontos 1 a 10 do referido número. De acordo com estes pontos, são excluídas do conceito de «sociedade intermediária» as sociedades cujos lucros provêm, sob reserva de várias exceções e precisões, das atividades da agricultura e da silvicultura, do fabrico, do processamento, da transformação ou da montagem de objetos, da produção de energia, da prospeção e extração de minerais, da exploração de instituições de crédito ou de empresas de seguros, do comércio, da prestação de serviços, da locação e do arrendamento, da angariação ou da disponibilização, através de empréstimos, de capitais relativamente aos quais o sujeito passivo demonstre que foram exclusivamente obtidos nos mercados de capitais estrangeiros, e não junto de uma pessoa relacionada com o sujeito passivo ou com a sociedade estrangeira, das distribuições de dividendos de sociedades de capitais, da cessão de uma participação noutra sociedade e da sua dissolução ou da redução do seu capital, e das transformações societárias.

8 Para efeitos da definição da sociedade intermediária estabelecida num país terceiro, o § 8, n.º 3, da AStG 2006 define como «baixa» uma tributação dos lucros que seja inferior a 25%

### **Litígio no processo principal e questões prejudiciais**

9 Decorre da decisão de reenvio que a X, uma sociedade de responsabilidade limitada de direito alemão, detinha, durante o período em causa no litígio no processo principal, uma participação de 30% na Y, sociedade de capitais com sede e direção na Suíça. No mês de junho de 2005, a Y celebrou um «contrato de compra e cessão de créditos» com a Z GmbH, sociedade de gestão dos direitos desportivos com sede na Alemanha.

10 Os créditos assim cedidos à Y tinham fundamento em contratos ao abrigo dos quais a Z pagava subvenções não reembolsáveis a clubes desportivos, disponibilizando-lhes liquidez, e, em contrapartida, recebia «participações nos lucros», cujo montante mínimo correspondia ao montante pago pela Z a título de subvenção, podendo no entanto esse montante ser superior, nomeadamente em função dos resultados desportivos do clube em causa e das receitas provenientes, em particular, dos direitos de transmissão.

11 A Y pagou à Z um montante de 11 940 461 euros, a título de preço da cessão de créditos em causa, tendo a totalidade desse montante sido obtida com recurso a financiamento externo. Em novembro de 2005, a X concedeu à Y um empréstimo no montante de 2,8 milhões de euros.

12 Por decisão de 1 de janeiro de 2007, o Serviço de Finanças Públicas de Estugarda – Serviço das pessoas coletivas constatou que a X tinha obtido rendimentos provenientes da atividade passiva de uma sociedade com sede num país terceiro. Na medida em que, de acordo com aquele serviço, a Y devia ser qualificada de sociedade intermediária relativamente aos «lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais», na aceção do § 7, n.os 6 e 6a, da AStG 2006, uma parte dos lucros realizados pela Y graças aos créditos adquiridos a Z foi incorporada na matéria coletável da X, à qual foram imputados, em 2006, lucros no valor de 546 651 euros, dos quais podiam ser deduzidas perdas de 95 223 euros, verificadas no ano anterior.

13 A X interpôs recurso dessa decisão para o Finanzgericht Baden-Württemberg (Tribunal Tributário de Baden-Württemberg, Alemanha), que lhe negou provimento.

14 Na sequência dessa decisão, a X recorreu para o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha). De acordo com este último, é pacífico que a Y era uma «sociedade intermediária» para a X e que os rendimentos obtidos pela Y na sequência do contrato de cessão de créditos eram «lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais», na aceção do § 7, n.º 6, e do § 8, n.º 1, da AStG 2006. Uma vez que a X detinha mais de 1% do capital social desta sociedade estabelecida num país terceiro, os referidos rendimentos recebidos pela Y foram acertadamente incorporados na matéria coletável da X, em conformidade com estas disposições,

na proporção da sua participação na referida sociedade. Por conseguinte, à luz do direito alemão, o recurso da X contra a decisão de 1 de janeiro de 2007 era improcedente.

15 O órgão jurisdicional de reenvio constata, todavia, que as referidas disposições apenas se aplicam às participações que os sujeitos passivos alemães detêm em sociedades estabelecidas em países terceiros. Nestas condições, interroga-se sobre a questão de saber se as disposições em causa são suscetíveis de violar o artigo 63.º, n.º 1, TFUE, que prevê, nomeadamente, que são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros.

16 Antes de abordar a questão da compatibilidade da regulamentação nacional com o artigo 63.º TFUE, aquele órgão jurisdicional recorda, contudo, que, nos termos da cláusula dita de «*standstill*», que figura no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, a proibição que consta do artigo 63.º TFUE não prejudica a «aplicação a países terceiros de quaisquer restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993 ao abrigo de legislação nacional ou da União adotada em relação à circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros», quando esses movimentos envolverem, nomeadamente, investimentos diretos. Partindo do pressuposto de que a situação em causa no processo principal implica um investimento direto num país terceiro, no caso em apreço a Suíça, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário determinar previamente se as regras nacionais em matéria de sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros, aplicáveis durante o exercício fiscal controvertido, devem ser consideradas uma restrição «em vigor em 31 de dezembro de 1993», dado que essas regras foram objeto de alterações após essa data.

17 A este respeito, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) explica que essas regras, tal como existiam em 31 de dezembro de 1993, foram alteradas, nomeadamente, pela Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Lei que reduz o imposto e reforma a tributação das empresas), de 23 de outubro de 2000 (BGBl. 2000 I, p. 1433, a seguir «StSenkG 2000»), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2001. Esse órgão jurisdicional indica que a StSenkG 2000 «alterou profundamente» as regras existentes em 31 de dezembro de 1993, mas indica que, no entanto, tais alterações foram revogadas pouco tempo depois pela Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Lei relativa à evolução da fiscalidade das empresas), de 20 de dezembro de 2001 (BGBl. 2001 I, p. 3858, a seguir «UntStFG 2001»), que, nesta matéria, entrou em vigor em 25 de dezembro de 2001 e que, no que respeita ao regime fiscal das sociedades intermediárias estabelecidas num país terceiro, contém uma restrição aos movimentos de capitais relativa aos investimentos diretos e é, em substância, idêntica à que decorre das regras existentes em 31 de dezembro de 1993. Na medida em que as alterações introduzidas pela StSenkG 2000 só eram suscetíveis de conduzir, em conformidade com as disposições pertinentes desse diploma, a uma incorporação dos «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais» na matéria coletável de um sujeito passivo residente a partir de 2002, a sua revogação ocorreu antes que as referidas alterações tivessem permitido à Administração Fiscal efetuar a referida incorporação.

18 Nestas condições, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) solicita uma interpretação da cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, quanto a dois aspetos.

19 Em primeiro lugar, interroga-se, em substância, a respeito da questão de saber se a derrogação prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE permite aplicar uma restrição aos movimentos de capitais entre um Estado-Membro e um país terceiro relativamente a investimentos diretos, ainda que o âmbito de aplicação material da regulamentação em causa tenha sido alargado, após 31 de dezembro de 1993, com vista a abranger igualmente outros investimentos, nomeadamente os investimentos ditos «de carteira». A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio refere que o § 7, n.º 6, da AStG 2006, na redação que lhe foi dada pela UntStFG 2001, reduziu, nomeadamente, o

nível de participação na sociedade intermediária estabelecida num país terceiro, exigido para essa incorporação, de 10% para 1% do capital desta sociedade. Ora, dado que, em princípio, esta alteração não visa os investimentos diretos, como os que estão em causa no processo principal, a cláusula de *standstill* poderia contudo ser aplicável nas circunstâncias do processo principal.

20 A segunda interrogação do órgão jurisdicional de reenvio a respeito do artigo 64.º, n.º 1, TFUE incide sobre a dimensão temporal das significativas alterações introduzidas pela StSenkG 2000 às regras relativas aos «lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais». Estas alterações entraram em vigor, mas só podiam conduzir a uma incorporação dos lucros intermédios na matéria coletável de um sujeito passivo residente a partir de uma data posterior àquela em que as referidas alterações foram revogadas pela UntStFG 2001. Todavia, a alteração da situação jurídica existente em 31 de dezembro de 1993 tornou-se, ainda que temporariamente, uma parte integrante da ordem jurídica nacional e, assim sendo, pode ter interrompido a validade das regras restritivas existentes nessa data. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se a garantia de manutenção de uma restrição nacional à livre circulação de capitais existente em 31 de dezembro de 1993 pode caducar exclusivamente em razão do efeito normativo formal de uma regulamentação modificativa, ou se esta regulamentação também deve ter sido efetivamente aplicada na prática.

21 Caso a regulamentação nacional em causa não esteja abrangida pela cláusula de *standstill* prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, devido a um destes dois aspetos, e deva, por conseguinte, ser apreciada à luz do direito da União em matéria de livre circulação de capitais, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se essa regulamentação constitui uma restrição proibida por força do artigo 63.º, n.º 1, TFUE e, nesse caso, se essa restrição pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral. Recorda a este respeito que o Tribunal de Justiça analisou a questão relativa à tributação dos rendimentos das sociedades intermediárias no processo que deu origem ao Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), mas que esse processo se inscrevia no contexto da liberdade de estabelecimento nas relações entre os Estados-Membros, e não no da livre circulação de capitais, igualmente aplicável nas relações entre os Estados-Membros e os países terceiros.

22 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, caso os princípios enunciados naquele último acórdão em matéria de liberdade de estabelecimento fossem transpostos sem reservas para os movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros, a regulamentação alemã em causa violaria o artigo 63.º, n.º 1, TFUE. Com efeito, de acordo com esta regulamentação, a incorporação dos «lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais» na matéria coletável de um acionista residente na Alemanha não ocorre apenas no caso de expedientes puramente artificiais cuja finalidade seja contornar a aplicação da legislação nacional em matéria fiscal, na aceção do Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Ao invés, a regulamentação nacional em causa aplica-se independentemente da função económica da sociedade intermediária, e o acionista em causa não tem a possibilidade de identificar e demonstrar às autoridades fiscais qual o fundamento económico do compromisso que assumiu num país terceiro.

23 Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se os motivos que podem justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento enunciados no Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), se aplicam nas relações com países terceiros e, sendo esse o caso, que exigências de ordem qualitativa e quantitativa deve, nesse contexto, respeitar a participação numa sociedade estabelecida num país terceiro para não ser considerada «puramente artificial».

24 Nestas condições, o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o artigo 57.º, n.º 1, CE (atual artigo 64.º, n.º 1, TFUE) ser interpretado no sentido de que uma restrição aos movimentos de capitais provenientes [de] ou com destino a países terceiros que envolva investimento direto, estabelecida por um Estado-Membro e em vigor em 31 de dezembro de 1993, não é afetada pelo artigo 56.º CE (atual artigo 63.º TFUE), mesmo [que] a legislação nacional que restringia o movimento de capitais, em vigor à data de referência, [apenas se aplicasse] essencialmente [...] ao investimento direto, mas, a partir [daquela] data [tenha passado] a abranger também [participações de] carteiras de títulos em sociedades estrangeiras abaixo do limiar de participação de 10%?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: deve o artigo 57.º, n.º 1, CE [(atual artigo 64.º, n.º 1, TFUE)] ser interpretado no sentido de que [se considera que] uma [disposição] nacional, em vigor à data de referência [de] 31 de dezembro de 1993, [que restringe] movimentos de capitais provenientes [de] ou com destino a países terceiros que envolva investimento direto, [é aplicada] quando se aplica uma legislação posterior que corresponde essencialmente [à] restrição em vigor na data de referência, mas a restrição em vigor na data de referência [tenha sido] substancialmente alterada por um curto período [de tempo] após a data de referência por uma lei que, apesar de ter entrado em vigor, nunca foi aplicada na prática, dado que foi substituída pela legislação atualmente [em vigor,] antes de ser aplicada pela primeira vez a um caso concreto?

3) Em caso de resposta negativa a uma das duas primeiras questões: o artigo 56.º CE [(atual artigo 63.º TFUE)] opõe-se à legislação de um Estado-Membro nos termos da qual [na] matéria coletável de um sujeito passivo estabelecido [nesse] Estado-Membro e que detém uma participação de, pelo menos, 1% numa sociedade estabelecida noutro Estado (neste caso, a Suíça) são imputados, de forma proporcional [à participação detida], os rendimentos positivos com caráter de aplicações de capitais obtidos por esta sociedade, no valor da quota de participação correspondente, quando estes rendimentos [estejam] sujeitos a um nível de tributação mais baixo do que no primeiro Estado? »

### **Quanto às questões prejudiciais**

#### **Quanto à primeira questão**

25 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretada no sentido de que o artigo 63.º, n.º 1, TFUE não impede a aplicação de uma restrição aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que envolvam investimentos diretos, que, na sua substância, existia em 31 de dezembro de 1993 nos termos de uma regulamentação de um Estado-Membro, apesar de o alcance dessa restrição ter sido alargado, depois dessa data, às participações que não envolvam um investimento direto.

26 O artigo 63.º, n.º 1, TFUE proíbe, em termos gerais, as restrições aos movimentos de

capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros. Constituem movimentos de capitais visados por esta disposição, designadamente, os investimentos diretos sob a forma de participação numa empresa através de uma detenção de ações que confira a possibilidade de participar efetivamente na sua gestão e no seu controlo (investimentos ditos «diretos»), assim como a aquisição de títulos no mercado de capitais com a única intenção de realizar uma aplicação financeira, sem pretender influenciar a gestão e o controlo da empresa (investimentos ditos «de carteira») [v., neste sentido, Acórdão de 28 de setembro de 2006, Comissão/Países Baixos, C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608, n.os 18 e 19, e Parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre com Singapura), de 16 de maio de 2017, EU:C:2017:376, n.os 80 e 227].

27 Todavia, ao abrigo do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, nas relações com os países terceiros, um Estado-Membro pode aplicar restrições aos movimentos de capitais abrangidas pelo âmbito de aplicação material desta disposição, mesmo que sejam contrárias ao princípio da livre circulação de capitais, enunciado no artigo 63.º, n.º 1, TFUE, desde que essas restrições já estivessem em vigor em 31 de dezembro de 1993 (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 187; de 24 de maio de 2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, n.º 39; e de 24 de novembro de 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 86).

28 Na medida em que a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, dispõe que «[o] artigo 63.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 da União adotada em relação à circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros que envolva investimento direto [...]», resulta da própria letra deste artigo que as restrições aos movimentos de capitais, provenientes de ou com destino a países terceiros, que envolvam investimento direto são abrangidas pelo âmbito de aplicação material desta cláusula. Em contrapartida, os investimentos de carteira não figuram entre os movimentos de capitais visados por ela.

29 A este respeito, decorre da decisão de reenvio, por um lado, que a X detinha, durante o exercício fiscal em causa no processo principal, uma participação de 30% na Y, que o órgão jurisdicional de reenvio qualifica de investimento direto, e, por outro, que o âmbito de aplicação da regulamentação nacional em causa no processo principal foi alargado posteriormente a 31 de dezembro de 1993, de modo que essa mesma regulamentação passou a visar não apenas as participações superiores a 10% no capital de uma sociedade estabelecida num país terceiro, mas também as participações inferiores a 10% no capital dessas sociedades, que o referido órgão jurisdicional qualifica de investimentos de carteira.

30 Ora, para que a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, se aplique não é necessário que a regulamentação nacional que restringe os movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros se refira exclusivamente aos movimentos de capitais visados nesta disposição.

31 A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que o facto de uma regulamentação nacional ser aplicável não apenas aos movimentos de capitais visados no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, mas também a outras situações, não é suscetível de impedir a aplicabilidade da cláusula de *standstill* nas circunstâncias previstas por esta cláusula. Com efeito, o âmbito de aplicação material desta cláusula não depende do objeto específico da restrição nacional, mas sim do seu efeito sobre os movimentos de capitais visados no artigo 64.º, n.º 1, TFUE (v., neste sentido, Acórdão de 15 de fevereiro de 2017, X, C-317/15, EU:C:2017:119, n.os 21 e 22).

32 Assim sendo, o artigo 63.º, n.º 1, TFUE não impede a aplicação de uma restrição existente em 31 de dezembro de 1993 nos termos do direito nacional e respeitante aos movimentos de

capitais visados no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, como, nomeadamente, os investimentos diretos provenientes de ou com destino a países terceiros, mesmo que, depois desta data, o alcance da regulamentação que tenha estado na origem da referida restrição seja eventualmente alargado a outros tipos de movimentos de capitais, como os investimentos de carteira.

33 Nestas condições, como salientou em substância o advogado-geral nos n.os 58 e 59 das suas conclusões, embora a alteração introduzida pela UntStFG 2001, que prevê a redução do limiar mínimo de participação no capital das sociedades em causa de 10% para 1%, tenha podido levar a incluir no âmbito de aplicação da regulamentação nacional em causa no processo principal investimentos diferentes dos investimentos diretos, essa alteração não pode ter influência na possibilidade de o Estado-Membro em causa continuar a aplicar aos países terceiros restrições que existiam em 31 de dezembro de 1993 nos termos do direito nacional, desde que tais restrições digam respeito a movimentos de capitais visados no artigo 64.º, n.º 1, TFUE.

34 Atendendo ao acima exposto, há que responder à primeira questão que a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretada no sentido de que o artigo 63.º, n.º 1, TFUE não impede a aplicação de uma restrição aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que envolvam investimento direto, que, na sua substância, existia em 31 de dezembro de 1993 nos termos de uma regulamentação de um Estado-Membro, apesar de o alcance dessa restrição ter sido alargado, depois dessa data, às participações que não envolvam um investimento direto.

#### **Quanto à segunda questão**

35 Com a sua segunda questão, que é submetida em caso de resposta afirmativa à primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretada no sentido de que a proibição prevista no artigo 63.º, n.º 1, TFUE se aplica a uma restrição aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que envolvam investimentos diretos, quando a regulamentação fiscal nacional na origem desta restrição tiver sido objeto, depois de 31 de dezembro de 1993, de uma alteração substancial em virtude da adoção de uma lei que entrou em vigor, mas que foi substituída, antes mesmo de ter sido aplicada na prática, por uma regulamentação idêntica, na sua substância, à que era aplicável em 31 de dezembro de 1993.

36 Como decorre, em substância, do n.º 27 do presente acórdão, a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, permite, em derrogação ao princípio da livre circulação de capitais consagrado no Tratado FUE, que sejam aplicadas restrições a certas categorias de movimentos de capitais, desde que, todavia, essas restrições constituam «restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993».

37 Quanto ao conceito de «restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993» que figura no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, importa recordar que qualquer disposição nacional adotada posteriormente a esta data não fica, por este simples facto, automaticamente excluída do regime derogatório previsto nesta disposição. Com efeito, o Tribunal de Justiça admitiu que podem ser equiparadas a tais restrições «existentes» as previstas por disposições adotadas após a referida data, que, na sua substância, sejam idênticas à regulamentação anterior ou que se limitem a reduzir ou a suprimir um obstáculo ao exercício dos direitos e das liberdades de circulação que figuravam nesta regulamentação (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, n.os 189 e 192; de 24 de maio de 2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, n.º 41; e de 18 de dezembro de 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 49).

38 Embora a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, permita que os



Estados?Membros continuem a aplicar restrições abrangidas pelo âmbito de aplicação material desta cláusula sem limite de tempo, desde que essas restrições se mantenham intactas na sua substância, importa salientar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o conceito de «restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993» pressupõe, contudo, que o quadro jurídico no qual se insere a referida restrição faça parte da ordem jurídica do Estado?Membro em causa, de modo ininterrupto, desde essa data (Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A, C?101/05, EU:C:2007:804, n.º 48; de 5 de maio de 2011, Prunus e Polonium, C?384/09, EU:C:2011:276, n.º 34; e de 24 de novembro de 2016, SECIL, C?464/14, EU:C:2016:896, n.º 81).

39 O Tribunal de Justiça declarou, assim, que o regime derogatório instaurado pela cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, não pode ser aplicado às disposições adotadas por um Estado?Membro que, embora idênticas, na sua substância, a uma regulamentação que existia em 31 de dezembro de 1993, tenham reintroduzido um obstáculo à livre circulação de capitais que, na sequência da revogação da regulamentação anterior ou na sequência da adoção de disposições que alteraram a lógica em que assentava esta regulamentação, já não existia (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de dezembro de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C?446/04, EU:C:2006:774, n.º 192; de 18 de dezembro de 2007, A, C?101/05, EU:C:2007:804, n.º 49; e de 24 de novembro de 2016, SECIL, C?464/14, EU:C:2016:896, n.os 87 e 88).

40 Com efeito, importa considerar que, quando procede a tal revogação ou a tal alteração, o Estado?Membro em causa renuncia à faculdade de que dispunha, em aplicação do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, de continuar a aplicar, nas relações com países terceiros, certas restrições aos movimentos de capitais que existiam em 31 de dezembro de 1993 (v., neste sentido, Acórdão de 24 de novembro de 2016, SECIL, C?464/14, EU:C:2016:896, n.os 86 a 88).

41 Assim, a aplicação do artigo 64.º, n.º 1, TFUE pressupõe não apenas a manutenção do conteúdo material essencial da restrição em causa, mas também a continuidade temporal da referida restrição. Com efeito, se não fosse exigido que as restrições autorizadas ao abrigo da cláusula de *standstill* prevista nesta disposição fizessem parte da ordem jurídica do Estado?Membro em causa, de forma ininterrupta, desde 31 de dezembro de 1993, um Estado poderia, a qualquer momento, reintroduzir restrições aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros, que existiam na ordem jurídica nacional nessa data, mas que não tinham sido mantidas (v., neste sentido, Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A, C?101/05, EU:C:2007:804, n.º 48; de 5 de maio de 2011, Prunus e Polonium, C?384/09, EU:C:2011:276, n.º 34; e de 24 de novembro de 2016, SECIL, C?464/14, EU:C:2016:896, n.º 81).

42 Por outro lado, como derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser objeto de uma interpretação restrita. De igual modo, os requisitos que uma legislação nacional deve satisfazer para ser considerada «existente» em 31 de dezembro de 1993 apesar de uma alteração do quadro jurídico nacional posterior a esta data devem, também eles, ser interpretados de forma restrita (v., neste sentido, Acórdão de 20 de setembro de 2018, EV, C?685/16, EU:C:2018:743, n.os 80 e 81).

43 No caso em apreço, é pacífico que a regulamentação em causa no processo principal, existente em 31 de dezembro de 1993, foi objeto de alterações posteriormente a essa data. Todavia, como exposto, nomeadamente, nos n.os 17 e 20 do presente acórdão, o órgão jurisdicional de reenvio observa que as alterações introduzidas no quadro jurídico existente na referida data pela StSenkG 2000 foram revogadas pouco tempo depois da respetiva adoção devido à subsequente entrada em vigor da UntStFG 2001.

44 Importa referir que, embora não decorra da decisão de reenvio que a StSenkG 2000 revogou as disposições que estavam na origem da restrição existente em 31 de dezembro de 1993, visada pelo órgão jurisdicional de reenvio, este último parece, todavia, considerar que as

alterações à regulamentação introduzidas por essa lei modificaram, pelo menos, a lógica em que essa regulamentação assentava. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio defende a este propósito que, com a adoção da StSenkG 2000, o legislador alemão reformou substancialmente o sistema de tributação das sociedades e dos seus acionistas, incluindo a regulamentação relativa às sociedades intermediárias estabelecidas num país terceiro, concebida em função desse sistema geral, que, segundo aquele órgão jurisdicional, foi «profundamente reestruturado».

45 Admitindo, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que as alterações introduzidas na regulamentação nacional pela StSenkG 2000 tenham efetivamente modificado a lógica subjacente à regulamentação anterior, ou até revogado esta regulamentação, é necessário analisar qual o impacto, na aplicabilidade da cláusula de *standstill*, da circunstância, salientada pelo órgão jurisdicional de reenvio, de que, apesar de estas alterações terem entrado em vigor em 1 de janeiro de 2001, só podiam dar lugar à incorporação de «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais» na matéria coletável de um sujeito passivo a partir de 2002, ou seja, após a revogação das referidas alterações, ocorrida por ocasião da posterior entrada em vigor da UntStFG 2001, em 25 de dezembro de 2001.

46 Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça recordada nos n.os 39 e 40 do presente acórdão, não se pode considerar que uma restrição aos movimentos de capitais em vigor, nos termos do direito nacional, desde 31 de dezembro de 1993 fez parte da ordem jurídica do Estado?Membro em causa de modo ininterrupto desde essa data, nomeadamente quando a regulamentação na origem desta restrição tenha sido revogada ou quando a lógica em que assentava tenha sido alterada. Essa revogação ou alteração ocorre, em princípio, no momento da entrada em vigor das disposições que revogam ou alteram a regulamentação existente, de acordo com os procedimentos constitucionais nacionais previstos para o efeito.

47 No entanto, apesar da entrada em vigor formal das disposições que revogam ou alteram a regulamentação na origem de uma restrição existente em 31 de dezembro de 1993, deve considerar-se que essa restrição se manteve de modo ininterrupto quando a aplicabilidade das disposições revogatórias ou modificativas é diferida por força do direito nacional e estas últimas disposições são, elas próprias, revogadas antes de se tornarem aplicáveis. Com efeito, nessa hipótese, essa restrição continuou a fazer parte, de modo ininterrupto, da ordem jurídica do Estado?Membro em causa.

48 Nestas condições, se, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, a adoção da StSenkG 2000 foi acompanhada de disposições que previam o diferimento da aplicabilidade desta lei, de modo que as alterações introduzidas pela referida lei no regime fiscal das sociedades intermediárias estabelecidas num país terceiro não se aplicaram aos movimentos de capitais transfronteiriços referidos no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, no período compreendido entre 1 de janeiro e 25 de dezembro de 2001, data da entrada em vigor da UntStFG 2001, deve considerar-se que a restrição mencionada por esse órgão jurisdicional foi mantida de forma ininterrupta desde 31 de dezembro de 1993, na aceção da cláusula de *standstill* prevista nesta disposição.

49 Em contrapartida, caso o órgão jurisdicional de reenvio constate que as disposições da StSenkG 2000 passaram a ser aplicáveis a partir da sua entrada em vigor, importa considerar que a adoção desta lei interrompeu a vigência continuada da restrição em causa no processo principal, interrupção essa que deveria afastar a aplicação do artigo 64.º, n.º 1, TFUE.

50 Tal seria o caso se as regras fiscais da StSenkG 2000, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2001, implicassem que os lucros intermédios gerados durante o ano de 2001 se destinassem a ser incorporados na matéria coletável do sujeito passivo residente em causa, não obstante o facto de, em razão da revogação desta lei em 25 de dezembro de 2001, a Administração Fiscal ter acabado por não aplicar estas regras para cobrar impostos sobre esses lucros em 2002.

51 Tendo em conta as considerações anteriores, há que responder à segunda questão que a cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretada no sentido de que a proibição prevista no artigo 63.º, n.º 1, TFUE se aplica a uma restrição aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que envolvam investimentos diretos, quando a regulamentação fiscal nacional na origem dessa restrição tiver sido objeto, depois de 31 de dezembro de 1993, de uma alteração substancial em virtude da adoção de uma lei que entrou em vigor, mas que foi substituída, antes mesmo de ter sido aplicada na prática, por uma regulamentação idêntica, na sua substância, à que era aplicável em 31 de dezembro de 1993, a menos que a aplicabilidade dessa lei tenha sido diferida por força do direito nacional, de modo que, apesar da sua entrada em vigor, não foi aplicada aos movimentos de capitais transfronteiriços visados no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

### **Quanto à terceira questão**

52 No caso de o órgão jurisdicional de reenvio considerar, à luz da resposta dada à segunda questão, que a regulamentação nacional em causa no processo principal não está abrangida pela cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, importa examinar a terceira questão prejudicial, como solicita o órgão jurisdicional de reenvio.

53 Através desta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 63.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro por força da qual os rendimentos obtidos por uma sociedade estabelecida num país terceiro que não provêm de uma atividade desta sociedade, como os que são qualificados de «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais», na aceção desta regulamentação, são incorporados, na proporção da participação detida, na matéria coletável de um sujeito passivo residente nesse Estado-Membro, se esse sujeito passivo detiver uma participação de, pelo menos, 1% na referida sociedade e se esses lucros forem sujeitos, nesse país terceiro, a um nível de tributação mais baixo do que o existente no Estado-Membro em causa.

54 Para responder a esta questão importa verificar, em primeiro lugar, se existe uma restrição à livre circulação de capitais na aceção do artigo 63.º TFUE, e, sendo esse o caso, em segundo lugar, se essa restrição é admissível.

#### *Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais*

55 Resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que as medidas proibidas enquanto restrições aos movimentos de capitais incluem as que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados (v., nomeadamente, Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 40; de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 50; e de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia, C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 28).

56 Em aplicação da regulamentação em causa no processo principal, um sujeito passivo com residência fiscal na Alemanha, que detenha uma participação de, pelo menos, 1% numa

sociedade estabelecida num país terceiro com «baixo» nível de tributação, é tributado, proporcionalmente à sua participação, pelos lucros ditos «passivos», concretamente os «lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais», na aceção desta regulamentação, realizados por esta sociedade, independentemente de qualquer distribuição de dividendos. Em contrapartida, um sujeito passivo que detinha uma participação equivalente numa sociedade com sede na Alemanha não está sujeito à referida regulamentação, uma vez que, por definição, esta só é aplicável nas situações transfronteiriças.

57 Esta diferença de tratamento fiscal pode ter consequências desfavoráveis para um sujeito passivo residente que detenha uma participação numa sociedade estabelecida num país terceiro e que receba esses lucros «passivos», uma vez que os lucros desta sociedade são incorporados na matéria coletável do sujeito passivo na proporção da sua participação nela. Com efeito, relativamente a um sujeito passivo que detenha uma participação comparável numa sociedade estabelecida no Estado-Membro da sua residência, concretamente a Alemanha, esta diferença de tratamento cria uma desvantagem fiscal para o sujeito passivo que investe capitais num país terceiro, na medida em que a regulamentação em causa no processo principal imputa a esse sujeito passivo os lucros de uma pessoa coletiva distinta dele e tributa-os por esses mesmos lucros (v., por analogia, Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 45).

58 Nestas condições, deve considerar-se que a regulamentação em causa no processo principal é suscetível de dissuadir os investidores integralmente sujeitos a imposto na Alemanha de investirem em sociedades estabelecidas em determinados países terceiros e constitui, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais, em princípio, proibida pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE.

#### *Quanto ao carácter admissível da restrição*

59 Tendo em conta a natureza restritiva da regulamentação em causa no processo principal, cumpre examinar, como assinala o Governo alemão, se a restrição à livre circulação de capitais criada por essa regulamentação pode ser justificada à luz do artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, nos termos do qual «[o] artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros [...] aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido».

60 Resulta de jurisprudência constante que o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, na medida em que constitui uma derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, deve ser objeto de interpretação restrita. Por conseguinte, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre os contribuintes, em função do lugar onde residam ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais, é automaticamente compatível com o Tratado (Acórdãos de 11 de setembro de 2008, Eckelkamp e o., C-11/07, EU:C:2008:489, n.º 57; de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 56; e de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 55).

61 Com efeito, as diferenças de tratamento autorizadas pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE não devem constituir, de acordo com o n.º 3 deste mesmo artigo, um meio de discriminação arbitrária nem uma restrição dissimulada. O Tribunal de Justiça considerou, por conseguinte, que essas diferenças de tratamento só podem ser autorizadas se disserem respeito a situações que não são objetivamente comparáveis ou, no caso contrário, quando forem justificadas por uma razão imperiosa de interesse geral (v., neste sentido, Acórdãos de 6 de junho de 2000, Verkooijen, C-35/98, EU:C:2000:294, n.º 43; de 7 de setembro de 2004, Manninen, C-319/02,

EU:C:2004:484, n.º 29; e de 17 de setembro de 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, EU:C:2009:559, n.º 68).

62 Por conseguinte, há que verificar, em primeiro lugar, se a diferença de tratamento em causa diz respeito a situações objetivamente comparáveis e, sendo esse o caso, examinar, em segundo lugar, se a restrição à livre circulação de capitais em causa pode ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral.

– *Quanto à comparabilidade das situações*

63 O Governo alemão contesta a existência de uma restrição à livre circulação de capitais alegando que a situação dos sujeitos passivos que detêm uma participação numa sociedade estabelecida num país terceiro sujeita a uma tributação baixa, visada pela regulamentação em causa no processo principal, não é comparável à dos sujeitos passivos que detêm uma participação numa sociedade estabelecida na Alemanha. Segundo este governo, estas situações não são comparáveis, nomeadamente pelo facto de essa regulamentação dizer respeito a participações em sociedades que não são abrangidas pela competência fiscal da Alemanha e que apenas estão sujeitas, num país terceiro, a um baixo nível de tributação.

64 É jurisprudência constante que a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna deve ser examinada tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa (v., neste sentido, Acórdãos de 18 de julho de 2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 38; de 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e o., C-80/12, EU:C:2014:200, n.º 25; e de 12 de junho de 2018, Bevola e Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 32).

65 A este respeito, de acordo com as explicações do órgão jurisdicional de reenvio, o objetivo da regulamentação em causa no processo principal é «impedir ou neutralizar a transferência de lucros (passivos) das pessoas integralmente sujeitas a imposto para Estados com um baixo nível de tributação». Segundo o Governo alemão, esta regulamentação tem também por objetivo impedir a evasão fiscal através da transferência artificial de lucros para países terceiros com um baixo nível de tributação.

66 É verdade que um objetivo de combate à transferência de lucros para países terceiros com um baixo nível de tributação não tem vocação para ser prosseguido por um Estado-Membro no contexto dos investimentos realizados a nível interno nesse Estado.

67 Todavia, como sublinhou o advogado-geral no n.º 71 das suas conclusões, a regulamentação em causa no processo principal tem por objetivo equiparar, tanto quanto possível, a situação das sociedades residentes que tenham investido capitais numa sociedade estabelecida num país terceiro com um nível de tributação «baixo» à das sociedades residentes que investiram os seus capitais numa outra sociedade residente na Alemanha, a fim, nomeadamente, de neutralizar as eventuais vantagens fiscais que as primeiras podem retirar do investimento de capitais num país terceiro. Ora, a partir do momento em que um Estado-Membro sujeita, unilateralmente, uma sociedade residente ao pagamento de imposto sobre rendimentos realizados por uma sociedade estabelecida num país terceiro na qual a sociedade residente detém uma participação, a situação desta sociedade assemelha-se à de uma sociedade residente que detém uma participação numa outra sociedade residente (v., por analogia, Acórdãos de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 45, e de 14 de dezembro de 2006, Denavit Internationaal e Denavit France, C-170/05, EU:C:2006:783, n.os 35 e 36).

68 Nestas condições, e sem prejuízo da análise do carácter eventualmente justificado da

regulamentação em causa no processo principal, a título de um razão imperiosa de interesse geral, admitir que as situações não são comparáveis pelo simples facto de o investidor em causa deter participações numa sociedade estabelecida num país terceiro, quando o artigo 63.º, n.º 1, TFUE proíbe, precisamente, as restrições aos movimentos de capitais transfronteiriços, esvaziaria esta disposição do seu conteúdo (v., por analogia, Acórdão de 12 de junho de 2018, *Bevola e Jens W. Trock*, C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 35).

69 Tendo em conta as considerações anteriores, a diferença de tratamento em causa no processo principal diz respeito a situações objetivamente comparáveis.

– *Quanto à existência de uma razão imperiosa de interesse geral*

70 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma restrição à livre circulação de capitais só pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral e, nesse caso, se for adequada para garantir a realização do objetivo por ela prosseguido e se não for além do que é necessário para o alcançar (v., neste sentido, Acórdãos de 11 de outubro de 2007, *ELISA*, C-451/05, EU:C:2007:594, n.os 79 e 82; de 23 de janeiro de 2014, *DMC*, C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 44; e de 21 de junho de 2018, *Fidelity Funds e o.*, C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 64).

71 Nas suas observações escritas, os Governos alemão, francês e sueco consideram que uma regulamentação como a que está em causa no processo principal pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral atinentes à salvaguarda de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros e os países terceiros, à prevenção da fraude e da evasão fiscal bem como à necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais.

72 A este respeito, importa desde já recordar que a necessidade de preservar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros e os países terceiros constitui um motivo suscetível de justificar uma restrição à livre circulação de capitais nomeadamente quando as medidas nacionais em causa se destinam a prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades exercidas no seu território (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de fevereiro de 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen*, C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 121; de 10 de maio de 2012, *Santander Asset Management SGIIIC e o.*, C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 47; e de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 98).

73 Na mesma ordem de ideias, o Tribunal de Justiça decidiu que uma medida nacional que restrinja a livre circulação de capitais pode ser justificada pela necessidade de prevenir a fraude e a evasão fiscais quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo único objetivo seja elidir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades exercidas no território nacional do Estado-Membro em causa (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, n.os 51 e 55; de 13 de março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, n.os 72 e 74; e de 3 de outubro 2013, *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, n.º 34).

74 Por outro lado, decorre de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais constitui uma razão imperiosa de interesse geral suscetível de justificar uma restrição à livre circulação de capitais (v., neste sentido, Acórdãos de 9 de outubro de 2014, *van Caster*, C-326/12, EU:C:2014:2269, n.º 46, e de 22 de novembro de 2018, *Huijbrechts*, C-679/17, EU:C:2018:940, n.º 36). A este respeito, importa recordar que os controlos fiscais visam, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de

Justiça, o combate à fraude e evasão fiscais (v., neste sentido, Acórdão de 5 de julho de 2012, SIAT, C?318/10, EU:C:2012:415, n.º 44).

75 Nestas condições, as razões imperiosas de interesse geral avançadas pelos interessados, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, estão estreitamente ligadas (v., por analogia, Acórdãos de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer, C?446/03, EU:C:2005:763, n.º 51; de 21 de janeiro de 2010, SGI, C?311/08, EU:C:2010:26, n.º 69; e de 5 de julho de 2012, SIAT, C?318/10, EU:C:2012:415, n.º 48). Na medida em que o objetivo da regulamentação nacional em causa no processo principal, como recordado no n.º 65 do presente acórdão, corresponde, em substância, a essas razões imperiosas de interesse geral, em particular à prevenção da fraude e evasão fiscais, há, por conseguinte, que verificar se essa regulamentação é adequada para garantir a concretização do objetivo prosseguido e se não vai além do necessário para o atingir.

76 Quanto à questão de saber se a referida regulamentação é adequada para atingir o objetivo que prossegue, cabe salientar que a mesma prevê, designadamente no § 7, n.º 6, e no § 8, n.º 3, 2006, da AStG 2006, que os rendimentos de uma sociedade estabelecida num país terceiro que obtenha «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais», não tributáveis na Alemanha e sujeitos a uma tributação baixa, na aceção desta regulamentação, no país terceiro em causa, são incorporados, independentemente de uma distribuição desses lucros, na matéria coletável de uma pessoa, integralmente sujeita a imposto na Alemanha, na proporção da percentagem do valor da sua participação nessa sociedade, e tributados a essa pessoa como um dividendo distribuído.

77 A este respeito, como observou, em substância, o advogado?geral no n.º 94 das suas conclusões, não é de excluir que, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, a cessão de créditos pela Z, sociedade estabelecida na Alemanha, à Y, sociedade não sujeita à competência fiscal alemã, possa ter como consequência que os rendimentos gerados pelas atividades de clubes desportivos desenvolvidas em território alemão, aos quais esses créditos dizem respeito, sejam, pelo menos em parte, subtraídos à competência fiscal alemã, cabendo, no entanto, ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a questão relativa ao direito fiscal material aplicável. Por outro lado, embora o Tribunal de Justiça não disponha de elementos de facto suficientes para concluir que, no caso em apreço, as operações em causa no processo principal têm caráter artificial, também não é de excluir, uma vez que a única atividade da Y consiste em deter créditos comprados a uma sociedade estabelecida na Alemanha com recurso a financiamento externo, incluindo um empréstimo concedido pela X, que a participação detida por esta última na Y não tenha qualquer justificação comercial válida, mas possa destinar?se, como objetivo principal ou um dos objetivos principais, a elidir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas em território alemão, utilizando para esse efeito a Y como sociedade intermediária.

78 Uma vez que uma regulamentação, como a que está em causa no processo principal, ao prever a incorporação dos lucros de uma sociedade estabelecida num país terceiro com «baixo» nível de tributação na matéria coletável de uma sociedade integralmente sujeita a tributação na Alemanha, é apta a neutralizar, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, os efeitos de uma eventual transferência artificial de rendimentos para esse país terceiro, essa regulamentação é, em princípio, adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue.

79 Importa ainda verificar se essa regulamentação não vai além do que é necessário para atingir o seu objetivo.

80 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a mera circunstância de uma sociedade residente deter uma participação numa outra sociedade estabelecida num país terceiro

não pode, enquanto tal, servir de base a uma presunção geral de fraude e evasão fiscais e justificar, a esse título, uma medida fiscal que afete a livre circulação de capitais (v., neste sentido, Acórdãos de 16 de julho de 1998, ICI, C?264/96, EU:C:1998:370, n.º 26; de 21 de novembro de 2002, X e Y, C?436/00, EU:C:2002:704, n.º 62; e de 11 de outubro de 2007, ELISA, C?451/05, EU:C:2007:594, n.º 91). Em contrapartida, como resulta da jurisprudência recordada no n.º 73 do presente acórdão, uma medida nacional que restrinja a livre circulação de capitais pode ser justificada quando visa especificamente impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais.

81 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio procura saber se a interpretação do conceito de «expediente puramente artificial», utilizado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), é transponível para as circunstâncias em causa no processo principal. Observa, além disso, que o processo que deu origem a esse acórdão se inscrevia no contexto da liberdade de estabelecimento, prevista designadamente no artigo 49.º TFUE, na medida em que o referido processo tinha por objeto uma regulamentação nacional de um Estado-Membro que visava a tributação de um sujeito passivo estabelecido nesse Estado pelos lucros de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro, nomeadamente quando o sujeito passivo residente detinha mais de 50% do capital desta sociedade.

82 Cabe observar que o Tribunal de Justiça declarou, nos n.os 67 e 68 do Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), que o estabelecimento de uma sociedade num Estado-Membro assume caráter de «expediente puramente artificial» quando se verificar, com fundamento em elementos objetivos e comprováveis por terceiros, que esta sociedade é uma implantação fictícia, na medida em que não exerce qualquer atividade económica efetiva no território do Estado-Membro de acolhimento, tendo em conta, nomeadamente, o grau de existência física da sociedade em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos. O Tribunal de Justiça deduziu daí que essas implantações fictícias, nomeadamente as que têm as características de uma filial «caixa de correio» ou de «fachada», podem ser sujeitas a um regime fiscal específico com vista a prevenir a fraude e a evasão fiscais sem que as disposições do Tratado relativas a esta liberdade a tal se oponham.

83 Todavia, quanto à questão expressamente visada pelo órgão jurisdicional de reenvio de saber que exigências de ordem qualitativa e quantitativa deve respeitar a participação de um sujeito passivo residente numa sociedade, estabelecida num país terceiro, para poder ser considerada «puramente artificial», há que recordar que a livre circulação de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros não se destina a enquadrar as condições nas quais as sociedades se podem estabelecer no mercado interno (v., neste sentido, Acórdão de 13 de novembro de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C?35/11, EU:C:2012:707, n.º 100), mas a concretizar a liberalização dos movimentos de capitais transfronteiriços (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de dezembro de 1995, Sanz de Lera e o., C?163/94, C?165/94 e C?250/94, EU:C:1995:451, n.º 19, e de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C?436/08 e C?437/08, EU:C:2011:61, n.º 46).

84 Por conseguinte, no contexto da livre circulação de capitais, o conceito de «expediente puramente artificial» não se resume necessariamente aos elementos relativos à falta de realidade económica do estabelecimento de uma sociedade referidos nos n.os 67 e 68 do Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), na medida em que a criação artificial das condições exigidas para escapar indevidamente à tributação num Estado-Membro ou para beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal neste Estado pode assumir, no que respeita aos movimentos de capitais,



diversas formas. É certo que os referidos elementos também podem constituir indícios da existência de um expediente puramente artificial para efeitos da aplicação das regras relativas à livre circulação de capitais, nomeadamente quando é necessário apreciar a justificação comercial da aquisição de uma participação numa sociedade que não exerce atividades económicas próprias. Todavia, no contexto da livre circulação de capitais, o referido conceito também pode abranger qualquer dispositivo cujo objetivo principal, ou um dos objetivos principais, seja a transferência artificial de lucros gerados por atividades realizadas no território de um Estado-Membro para países terceiros com um baixo nível de tributação.

85 No entanto, no caso vertente, a regulamentação em causa no processo principal não parece destinar-se unicamente a impedir comportamentos que consistam em criar esses expedientes artificiais. Com efeito, resulta da decisão de reenvio que, em conformidade com o § 7.º, n.º 6, e o § 8.º, n.º 3, da AStG 2006, caso se verifique que um sujeito passivo residente detém, pelo menos, 1% do capital social de uma sociedade estabelecida num país terceiro com um baixo nível de tributação, na aceção da referida regulamentação, que recebe «lucros intermédios com carácter de aplicações de capitais», na aceção da referida regulamentação, esses lucros são incorporados na matéria coletável desse sujeito passivo sem que este último disponha da possibilidade de apresentar elementos que demonstrem que a sua participação não provém de um expediente artificial, tais como, designadamente, as razões comerciais da sua participação nessa sociedade ou a efetiva existência da atividade económica exercida por esta última.

86 Ora, este automatismo da regulamentação em causa no processo principal, essencialmente comparável a uma presunção inilidível de fraude ou de evasão fiscais, não se pode justificar apenas com base nos critérios estabelecidos por essa regulamentação. Com efeito, ainda que um baixo nível de tributação aplicável aos rendimentos de uma sociedade estabelecida num país terceiro ou a natureza «passiva» das atividades que estão na sua origem, tal como definidas por esta regulamentação, possam constituir indícios de um comportamento suscetível de conduzir à fraude ou evasão fiscais, não podem, por si só, ser suficientes para que se conclua que a aquisição de participações nesta sociedade por parte de um sujeito passivo residente num Estado-Membro constitui, necessariamente, em todos os casos, um expediente artificial.

87 É jurisprudência constante que, no que diz respeito às relações entre Estados-Membros, para que uma regulamentação nacional seja proporcionada ao objetivo de prevenir a fraude e a evasão fiscais, a mesma deve, nos casos em que não possa ser excluída a existência de transações artificiais, permitir que o sujeito passivo, sem que seja submetido a exigências administrativas excessivas, apresente elementos relativos às eventuais razões comerciais pelas quais a transação em causa foi concluída (v., neste sentido, Acórdãos de 13 de março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, n.º 82; de 5 de julho de 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 50; e de 3 de outubro de 2013, *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, n.º 37).

88 Tendo em conta a jurisprudência recordada no número anterior, a regulamentação em causa no processo principal, na medida em que presume a existência de comportamentos artificiais pelo simples motivo de estarem reunidas as condições nela enunciadas, não concedendo nenhuma possibilidade ao sujeito passivo de elidir essa presunção, vai, em princípio, além do necessário para atingir o seu objetivo.

89 Assim sendo, a regulamentação em causa no processo principal não visa os Estados-Membros, mas os países terceiros.

90 A este respeito, importa recordar que a jurisprudência relativa às restrições ao exercício das liberdades de circulação na União não pode ser inteiramente transposta para os movimentos de capitais entre Estados-Membros e países terceiros, uma vez que estes movimentos se inscrevem

num contexto jurídico diferente (v., nomeadamente, Acórdão de 28 de outubro de 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, n.º 40 e jurisprudência referida).

91 No que diz respeito, nomeadamente, à obrigação que incumbe aos Estados-Membros de proporcionarem a um sujeito passivo condições para apresentar elementos que provem as eventuais razões comerciais da sua participação numa sociedade estabelecida num país terceiro, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a existência de tal obrigação deve ser apreciada em função da disponibilidade de medidas administrativas e regulamentares que permitam, sendo caso disso, um controlo da veracidade desses elementos (v., neste sentido, Acórdãos de 11 de outubro de 2007, *ELISA*, C-451/05, EU:C:2007:594, n.º 98; de 28 de outubro de 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, n.os 45 e 46; e de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 85).

92 Resulta igualmente de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que, quando a regulamentação de um Estado-Membro faz depender a concessão de um benefício fiscal da satisfação de condições cuja observância só pode ser verificada mediante a obtenção de informações junto das autoridades competentes de um país terceiro, esse Estado-Membro pode, em princípio, recusar-se a conceder essa vantagem se for impossível obter essas informações junto desse país, designadamente por não existir uma obrigação convencional de esse país terceiro fornecer essas informações (v., neste sentido, Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 63; de 10 de fevereiro de 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen*, C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 67; e de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 84).

93 No caso em apreço, a conclusão de que a participação da sociedade estabelecida na Alemanha, que está em causa no processo principal, numa sociedade estabelecida num país terceiro não tem origem, apesar de estarem reunidas as condições enunciadas no § 7, n.º 6, e no § 8, n.º 3, da AStG 2006, num expediente artificial exige uma análise, por parte da Administração Fiscal alemã, de informações relativas, nomeadamente, à natureza das atividades dessa sociedade estabelecida num país terceiro.

94 Uma vez que um Estado-Membro não é obrigado a aceitar as informações relativas às atividades de uma sociedade estabelecida num país terceiro onde um sujeito passivo deste Estado-Membro detém uma participação, sem poder controlar, sendo caso disso, a veracidade dessas informações (v., neste sentido, Acórdão de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 85), incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no caso vertente, existem, nomeadamente, obrigações convencionais entre a República Federal da Alemanha e a Confederação Suíça que estabeleçam um quadro jurídico de cooperação e mecanismos de troca de informações entre as autoridades nacionais em causa e que possam efetivamente permitir às autoridades fiscais alemãs verificar, se for caso disso, a veracidade das informações relativas à sociedade estabelecida na Suíça, fornecidas para demonstrar que a participação do referido sujeito passivo nesta última sociedade não tem origem num expediente artificial.

95 Caso não exista esse quadro jurídico, nomeadamente convencional, entre o Estado-Membro e o país terceiro em causa, deve considerar-se que o artigo 63.º, n.º 1, TFUE não obsta a que o Estado-Membro em causa aplique uma regulamentação, como a que está em causa no processo principal, que prevê a incorporação dos lucros de uma sociedade estabelecida num país terceiro na matéria coletável de um sujeito passivo residente, sem que seja concedida a este último a possibilidade de demonstrar as eventuais razões comerciais da sua participação nessa sociedade. Em contrapartida, caso se conclua que esse quadro jurídico existe, deve

permitir-se que o sujeito passivo demonstre, sem ser sujeito a exigências administrativas excessivas, as eventuais razões comerciais do seu investimento no país terceiro em causa.

96 Atendendo às considerações anteriores, importa responder à terceira questão que o artigo 63.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro por força da qual os rendimentos obtidos por uma sociedade estabelecida num país terceiro que não provêm de uma atividade própria desta sociedade, como os que são qualificados de «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais», na aceção dessa regulamentação, são incorporados, na proporção da participação detida, na matéria coletável de um sujeito passivo residente nesse Estado-Membro, se esse sujeito passivo detiver uma participação de, pelo menos, 1% na referida sociedade e se esses lucros forem sujeitos, nesse país terceiro, a um nível de tributação mais baixo do que o existente no Estado-Membro em causa, a menos que exista um quadro jurídico que preveja, nomeadamente, obrigações convencionais que habilitem as autoridades fiscais nacionais do referido Estado-Membro a controlar, se for caso disso, a veracidade das informações relativas a essa sociedade, fornecidas para demonstrar que a participação do referido sujeito passivo nesta última sociedade não tem origem num expediente artificial.

### **Quanto às despesas**

97 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

- 1) **A cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretada no sentido de que o artigo 63.º, n.º 1, TFUE não impede a aplicação de uma restrição aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que envolvam investimento direto, que, na sua substância, existia em 31 de dezembro de 1993 nos termos de uma regulamentação de um Estado-Membro, apesar de o alcance dessa restrição ter sido alargado, depois dessa data, às participações que não envolviam um investimento direto.**
- 2) **A cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretada no sentido de que a proibição prevista no artigo 63.º, n.º 1, TFUE se aplica a uma restrição aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que envolvam investimentos diretos, quando a regulamentação fiscal nacional na origem dessa restrição tiver sido objeto, depois de 31 de dezembro de 1993, de uma alteração substancial em virtude da adoção de uma lei que entrou em vigor, mas que foi substituída, antes mesmo de ter sido aplicada na prática, por uma regulamentação idêntica, na sua substância, à que era aplicável em 31 de dezembro de 1993, a menos que a aplicabilidade dessa lei tenha sido diferida por força do direito nacional, de modo que, apesar da sua entrada em vigor, não foi aplicada aos movimentos de capitais transfronteiriços visados no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.**
- 3) **O artigo 63.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro por força da qual os rendimentos obtidos por uma sociedade estabelecida num país terceiro que não provêm de uma atividade própria desta sociedade, como os que são qualificados de «lucros intermédios com caráter de aplicações de capitais», na aceção dessa regulamentação, são incorporados, na proporção da participação detida, na matéria coletável de um sujeito passivo residente nesse Estado-Membro, se esse sujeito passivo detiver uma participação de, pelo menos, 1% na referida sociedade e se esses lucros forem sujeitos, nesse país terceiro, a um nível de tributação**

**mais baixo do que o existente no Estado? Membro em causa, a menos que exista um quadro jurídico que preveja, nomeadamente, obrigações convencionais que habilitem as autoridades fiscais nacionais do referido Estado? Membro a controlar, se for caso disso, a veracidade das informações relativas a essa sociedade, fornecidas para demonstrar que a participação do referido sujeito passivo nesta última sociedade não tem origem num expediente artificial.**

Assinaturas

\* Língua do processo: alemão.