Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PRIIT PIKAMÄE
apresentadas em 5 de junho de 2019[1]

Processo C-641/17

College Pension Plan of British Columbia
contra
Finanzamt München III

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Finanzgericht München (Tribunal Tributário de Munique, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Fiscalidade direta — Livre circulação de capitais — Movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros — Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas — Fundos de pensões residentes e não residentes — Tributação dos dividendos de carteiras de ações — Retenção na fonte — Imputação integral da retenção na fonte ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas — Redução do lucro tributável através das provisões matemáticas destinadas ao pagamento das pensões — Restrição — Comparabilidade — Tomada em consideração das provisões matemáticas — Relação entre, por um lado, as provisões matemáticas e outras provisões técnicas e, por outro, o recebimento de dividendos — Justificação — Convenções para evitar a dupla tributação — Cláusula de *standstill* — Critérios temporal e material»

1. Com o presente pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.º TFUE, o Finanzgericht München (Tribunal Tributário de Munique, Alemanha) submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões sobre a interpretação das disposições de direito primário relativas à livre circulação de capitais, a saber, os artigos 63.º a 65.º TFUE[2]. É a articulação entre esta liberdade e o teor de disposições nacionais relativas à fiscalidade direta dos dividendos que está no cerne do presente processo prejudicial.

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe o College Pension Plan of British Columbia (a seguir «CPP»), um fundo de pensões sob a forma de *trust* de direito canadiano, ao Finanzamt München (Abteilung III) (Serviço de Finanças de Munique, secção III, Alemanha). Mais especificamente, entre 2007 e 2010, esse *trust* recebeu dividendos, através de um fiduciário canadiano, por parte de diversas sociedades anónimas alemãs, relativamente às quais a Administração Fiscal alemã recusou a isenção do imposto alemão sobre os rendimentos de capitais.

3. O Tribunal de Justiça é, nomeadamente, chamado a determinar se as disposições relativas à livre circulação de capitais que figuram no Tratado FUE devem ser interpretadas no sentido de que se opõem à legislação alemã nos termos da qual os impostos retidos na fonte sobre os dividendos podem ser imputados ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas que devem ser pagos pelos fundos

1 Língua original: francês.

2 Uma vez que as questões prejudiciais incidem sobre os artigos 63.º a 65.º TFUE, e que o seu conteúdo é idêntico ao dos artigos 56.º a 58.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE) que os precederam, ser-lhes-á feita referência, apesar de uma parte dos factos remontar a um período anterior a 1 de dezembro de 2009.

de pensões residentes e nos termos da qual as provisões podem igualmente ser tomadas em consideração nesse quadro para diminuir o lucro tributável, ao passo que um fundo de pensões não residente não pode proceder a tal imputação. Além disso, coloca-se igualmente a questão da aplicabilidade da cláusula denominada de «*standstill*» prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE.

4. O exame do regime fiscal aplicável aos dividendos distribuídos a fundos de pensões parcialmente sujeitos a imposto, à luz da livre circulação de capitais, já foi objeto de vários processos no Tribunal de Justiça [3]. Ainda que a jurisprudência na matéria já seja rica, as questões da existência de uma eventual restrição e da comparabilidade das situações dos contribuintes residentes e não residentes podem revelar-se por vezes complexas. O presente processo é uma boa ilustração disso.

I. Quadro jurídico

A. Lei relativa ao controlo dos organismos de seguro

5. Resulta dos elementos do processo submetido ao Tribunal de Justiça que, durante os anos 2007 a 2010, os fundos de pensões e as respetivas atividades eram regidos pelo «Versicherungsaufsichtsgesetz» (Lei relativa ao Controlo dos Organismos de Seguros), na versão publicada em 17 de dezembro de 1992 (a seguir «VAG 1992») [4]. O § 112 da VAG 1992 continha uma definição dos fundos de pensões. Segundo os elementos d processo submetido ao Tribunal de Justiça, o n.º 1 deste artigo tinha a seguinte redação:

«Um fundo de pensões é uma instituição de previdência dotada de capacidade jurídica

«1. que fornece, por capitalização, planos de pensões profissionais de velhice para um ou mais empregadores a favor dos seus trabalhadores,

2. que não pode, em todos os casos de planos previstos, garantir por seguros o montante das prestações ou das contribuições futuras a pagar tendo em vista essas prestações,

3. que confere aos trabalhadores um direito próprio às prestações em relação aos fundos de pensões, e

4. que está obrigado a fornecer a prestação de pensão sob a forma de um pagamento vitalício.»

6. A VAG 1992 foi revogada pela Lei relativa à Modernização do Controlo Financeiro dos Seguros de 1 de abril de 2015 [5] e substituída pela VAG 2015. O § 236, n.º 1, da VAG 2015 contém uma definição dos fundos de pensões que corresponde à que figura no artigo 112.º da VAG 1992.

3 V., nomeadamente, Acórdãos de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia (C-342/10, EU:C:2012:688); de 22 de novembro de 2012, Comissão/Alemanha (C-600/10, não publicado, EU:C:2012:737), e de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).

4 BGBl. 1993 I, p. 2.

5 BGBl. 2015 I, p. 434.

B. Legislação fiscal relativa aos fundos de pensão

7. Resulta dos elementos do processo submetido ao Tribunal de Justiça que o regime alemão de tributação dos rendimentos de capitais decorre das disposições da Einkommensteuergesetz (Lei do Imposto sobre o Rendimento, a seguir «EStG»), na versão publicada em 19 de outubro de 2002[6], conjugadas, no que respeita à tributação das pessoas coletivas, com as disposições da Körperschaftssteuergesetz (Lei relativa ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, a seguir «KStG»), na versão publicada em 15 de outubro de 2002[7].

1. Regime fiscal dos fundos de pensões com sede na Alemanha

8. Enquanto sociedade de capitais com sede na Alemanha, um fundo de pensões alemão está integralmente sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas em conformidade com o § 1, n.º 1, ponto 1, da KStG. Segundo o § 7, n.º 1, da KStG, o seu rendimento tributável está sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Nos termos do § 23 da KStG, o lucro dos fundos de pensões alemães deve ser tributado em 15 % a título de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

9. Segundo o § 8, n.º 1, primeiro período, da KStG, o rendimento tributável é determinado em conformidade com as disposições da EStG. De acordo com as disposições conjugadas do § 8, n.º 2, da KStG e do § 2, n.º 1, ponto 2, da EStG, todos os rendimentos de um fundo de pensões integralmente sujeitos a imposto são considerados rendimentos gerados por uma atividade industrial ou comercial. Nos termos do § 2, n.º 2, ponto 1, da EStG, os rendimentos gerados por uma atividade industrial ou comercial são o resultado obtido durante o exercício fiscal considerado.

10. As isenções fiscais previstas para os dividendos e para as mais-valias no § 8, n.ºs 1 e 2, da KStG não são aplicáveis aos fundos de pensões por força do § 8, n.º 8, primeiro e quinto períodos, da KStG.

11. Segundo o § 20, n.º 1, da EStG, os dividendos distribuídos sobre os lucros são considerados rendimentos de capitais.

12. Nos termos do § 43 e do § 44 da EStG, o imposto sobre os rendimentos de capitais é cobrado, através de retenção na fonte, sobre os rendimentos de capitais e é pago pela sociedade que procede à distribuição dos dividendos. Este imposto ascende a 25 % dos dividendos brutos.

13. O § 4, n.º 1, primeiro período, da EStG prevê que «[o] resultado é igual à diferença entre o património da empresa no final do exercício e o património da empresa no final do exercício anterior, acrescido do valor das contribuições e deduzido do valor das entradas».

14. Em conformidade com o § 5 da EStG, o património é avaliado por aplicação dos princípios contabilísticos do direito comercial. Assim, a referida diferença é estabelecida com base num balanço fiscal que é extraído do balanço contabilístico.

15. Por força do § 31, n.º 1, primeiro período, da KStG, lido em conjugação com o § 36, n.º 2, ponto 2, da EStG, o imposto sobre os rendimentos de capitais que incide sobre os dividendos, que foi cobrado sob a forma de retenção na fonte e que já foi pago durante o exercício fiscal, pode ser integralmente deduzido ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

6 BGBl. 2002 I, p. 4210, e BGBl. 2003 I, p. 179.

7 BGBl. 2002 I, p. 4144.

16. Nos termos do § 36, n.º 4, segundo período, da EStG, «[c]aso resulte, após liquidação, um excedente a favor do sujeito passivo, este excedente ser-lhe-á pago após notificação do aviso de liquidação».

17. Segundo as indicações prestadas na decisão de reenvio, para efeitos do regime fiscal, a legislação alemã distingue entre lucros realizados em fundos próprios («rendimentos de investimentos contabilísticos») e os realizados a partir do «pacote de cobertura» [8] («rendimentos de investimentos extracontabilísticos»).

18. Por um lado, no que respeita aos rendimentos de investimentos contabilísticos, quando os lucros financeiros são superiores à taxa de juro técnica tida em consideração para o cálculo das contribuições dos inscritos no fundo de pensões, esses lucros são diretamente imputáveis ao crédito dos diferentes contratos do fundo de pensões. Aumentam não apenas o ativo do balanço fiscal do fundo de pensões, mas também o valor das rubricas que figuram no passivo do referido balanço e, nomeadamente, as provisões matemáticas [9]. Nesta hipótese, os lucros decorrentes do recebimento dos dividendos são integralmente neutralizados e não se traduzem num resultado tributável.

19. Por outro lado, no que respeita aos rendimentos de investimentos extracontabilísticos, quando os lucros financeiros são superiores à taxa de juro técnica tida em consideração para o cálculo das contribuições dos inscritos no fundo de pensões, esses lucros são destinados, pelo menos em 90 %, aos contratos dos inscritos. Esta parte de 90 % dos lucros traduz-se num aumento do valor quer dos ativos inscritos no balanço fiscal e das rubricas do passivo do balanço fiscal, e nomeadamente, no aumento do valor das provisões matemáticas desse balanço. Esta parte dos lucros decorrentes do recebimento dos dividendos é integralmente neutralizada e não se traduz num resultado tributável. Em contrapartida, a parte restante, no máximo, de 10 % dos lucros não é levada a crédito dos diferentes contratos do fundo de pensões e o aumento do ativo a esse título não é acompanhado por um aumento correlativo do passivo do balanço. Estes lucros traduzem-se, assim, num resultado que deve ser fiscalmente tido em consideração.

2. Regime fiscal dos fundos de pensões estrangeiros

20. Nos termos do § 2, n.º 1, da KStG, um fundo de pensões estrangeiro, que não tenha a sua direção ou a sua sede na Alemanha, está parcialmente sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas relativamente aos rendimentos recebidos no território nacional.

21. Resulta das disposições conjugadas do § 8, n.º 1, da KStG, do § 49, n.º 1, ponto 5a, da EStG e do § 20, n.º 1, ponto 1, da EStG, que os dividendos recebidos pelo fundo de pensões estrangeiro são rendimentos de capitais sujeitos a uma obrigação fiscal limitada. Esses dividendos recebidos são plenamente tributáveis por força do § 8, n.º 8, quinto período, da KStG.

22. No caso de um fundo de pensões parcialmente sujeito a imposto, o imposto é cobrado por retenção na fonte e o pagador dos dividendos deve proceder a uma retenção do imposto sobre os rendimentos de capitais que, por força do disposto no § 43, n.º 1, ponto 1 e do § 43a, n.º 1, ponto 1, da EStG, é, em princípio, de 25 % dos dividendos brutos.

8 O termo alemão utilizado no pedido prejudicial é «Deckungsstock».

9 As provisões matemáticas constituem uma categoria de provisões que correspondem a reservas constituídas pelo fundo de pensões, a fim de garantir o pagamento dos planos de pensões. Estas provisões devem ser calculadas em conformidade com o § 341f do Handelsgesetzbuch (Código Comercial).

23. Nos termos do § 50d, n.º 1, terceiro período, da EStG, quando a tributação dos dividendos for limitada a 15 % no âmbito das convenções fiscais e o fundo de pensões efetue um pedido de reembolso ao Bundeszentralamt für Steuern (Serviço Central Federal dos Impostos, Alemanha), a diferença entre o imposto sobre os rendimentos de capitais retido e a taxa de imposto autorizada ao abrigo da convenção fiscal em causa será reembolsada ao referido fundo.

24. Em conformidade com o § 32.º, n.º 1, ponto 2, da KStG, quando o titular dos rendimentos estiver parcialmente sujeito a imposto na Alemanha, o imposto sobre o rendimento de 15 % é definitivo.

25. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, devido a esse facto, a possibilidade de imputar o imposto sobre os rendimentos de capitais ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas está excluída para os fundos de pensões estrangeiros que também não podem deduzir as eventuais despesas profissionais à matéria coletável dos seus rendimentos tributáveis. As condições de reembolso do imposto sobre os rendimentos de capitais às sociedades parcialmente sujeitas a imposto previstas no § 32.º, n.º 5, da KStG não estão reunidas.

C. Convenção bilateral sobre a dupla tributação celebrada entre a República Federal da Alemanha e o Canadá

26. A Convenção entre a República Federal da Alemanha e o Canadá para Evitar a Dupla tributação em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e de Alguns outros Impostos, para Prevenir a Evasão Fiscal e Prestar Assistência em Matéria de Impostos, celebrada em Berlim, em 19 de abril de 2001 (a seguir «Convenção Bilateral sobre a Dupla Tributação») [10] prevê, no artigo 10.º, n.º 2, alínea b), que o Estado de onde provêm os dividendos pode reter 15 % do seu montante bruto.

27. Por força do artigo 23.º, n.º 1, alínea a), da Convenção Bilateral sobre a Dupla Tributação, o Canadá, enquanto Estado de residência, evita a dupla tributação dos dividendos pelo mecanismo da imputação.

II. Litígio do processo principal e questões prejudiciais

28. O objeto social da CPP é a gestão de capitais para assegurar os pagamentos de pensões aos antigos funcionários da província de Colúmbia Britânica. Para tal, constitui, nos seus balanços, provisões técnicas correspondentes aos compromissos de garantia das pensões. A CPP detém, por intermédio de uma sociedade gestora de carteiras, participações em sociedades anónimas alemãs. A CPP e esta sociedade fiduciária celebraram um contrato fiduciário, nos termos do qual a segunda está vinculada pelas diretivas e instruções da CPP no que se refere às decisões de investimento. No Canadá, a CPP está isenta de qualquer tributação dos lucros.

29. A CPP detinha ações de diferentes sociedades anónimas alemãs correspondentes a menos de 1 % do seu capital. Durante os anos de 2007 a 2010, as suas participações obtiveram dividendos de acordo com as modalidades descritas nos n.ºs 17 a 19 das presentes conclusões. Nos termos do artigo 10.º, n.º 2, alínea b), da Convenção Bilateral sobre a Dupla Tributação, esses dividendos foram sujeitos, a título de imposto sobre os rendimentos de capitais, a uma retenção na fonte de 15 %, no montante total de 156 280,10 euros.

10 BGBl. 2002 II, p. 670.

30. Em 23 de dezembro de 2011, a CPP pediu ao Serviço de Finanças de Munique que adotasse uma decisão de isenção de imposto sobre os rendimentos de capitais e de devolução do referido montante de 156 280,10 euros, acrescido de juros, por estar em situação de desvantagem em relação aos fundos de pensões alemães, dado que o imposto sobre os rendimentos de capitais que incide sobre os dividendos era integralmente reembolsado a estes últimos. Por decisão de 26 de maio de 2014, a Administração Fiscal alemã indeferiu este pedido.

31. Tendo sido igualmente indeferida a reclamação apresentada contra aquela decisão, a CPP recorreu para o órgão jurisdicional de reenvio, o Finanzgericht München (Tribunal Tributário de Munique, Alemanha).

32. A título preliminar, este órgão jurisdicional indica que a CPP é comparável a um fundo de pensões alemão na aceção do artigo 236.º da VAG 2015, matéria sobre o qual as partes estão de acordo. Além disso, é igualmente pacífico entre as partes no processo principal que as participações em sociedades anónimas alemãs e os rendimentos que essas participações geram devem ser associadas, não à sociedade fiduciária, mas à CPP, que é o seu beneficiário efetivo.

33. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio explica que, dado tratar-se de um fundo de pensões residente, o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas a que aquele está sujeito se baseia no resultado inscrito no balanço desse fundo. Este resultado depende nomeadamente do recebimento dos dividendos e da constituição das provisões, uma vez que o fundo de pensões residente pode deduzir as provisões para pagamentos de pensões ao lucro tributável. Assim, o recebimento de dividendos não se traduz forçosamente num aumento do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas devido, mas apenas num aumento relativamente baixo desse imposto.

34. Em contrapartida, no que respeita a um fundo de pensões não residente, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, quando recebe dividendos, está parcialmente sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas alemão. Este imposto é pago mediante retenção na fonte e a sociedade emitente dos dividendos deve proceder a uma retenção do imposto sobre os rendimentos de capitais que ascende, em princípio, a 25 % dos dividendos brutos, em conformidade com o disposto no § 43, n.º 1, ponto 1 e no § 43a, n.º 1, ponto 1, da EStG. Pela aplicação do artigo 10.º, n.º 2, alínea b), da Convenção Bilateral sobre a Dupla Tributação, a tributação dos dividendos está limitada a 15 %. A diferença entre o imposto sobre os rendimentos de capitais retidos e esta taxa de 15 % é reembolsada, a pedido, pelo Serviço Central Federal dos Impostos.

35. Nestas condições, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se a diferença de tratamento fiscal entre os fundos de pensões não residentes, que recebem os dividendos que são objeto de uma retenção na fonte definitiva, e os fundos de pensões residentes, cujos dividendos recebidos também são objeto dessa retenção na fonte mas podem ser imputados ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, constitui uma restrição à livre circulação de capitais.

36. Caso o Tribunal de Justiça decida que a referida diferença de tratamento fiscal constitui uma restrição à livre circulação de capitais, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a eventual justificação de tal restrição.

37. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a aplicabilidade da cláusula de *standstill*, prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE. A este respeito, sublinha, em primeiro lugar, que o § 32, n.º 1, ponto 2, da KStG, por força do qual o imposto sobre os rendimentos de capitais de 15 % é definitivo em relação ao titular dos rendimentos parcialmente sujeito a imposto na Alemanha e do qual decorre a diferença de tratamento entre os fundos de pensões residentes e não residentes, já existia em 31 de dezembro de 1993 sob a forma do § 50, n.º 1, ponto 2, da KStG de 1991, cujo teor e funcionamento eram idênticos. Em segundo lugar, considera que pouco importa que a taxa de 25 % do imposto sobre os rendimentos de capitais, que já existia em 31 de dezembro de 1993 por força do

disposto no § 43, n.º 1, ponto 1, em conjugação com o § 43a, n.º 1, ponto 1, da EStG, tivesse sido reduzida para 20 % em 1 de janeiro de 2001, para ser, de novo, aumentada para 25 % em 1 de janeiro de 2009. A alteração legislativa de 1 de janeiro de 2009 substituiu as diferentes taxas aplicáveis anteriormente aos rendimentos de capitais, a saber, 20 %, 25 % e 30 %, por uma taxa única de 25 %, sem que o princípio da norma que rege o imposto sobre os rendimentos de capitais retido tenha sido alterado. Em terceiro lugar, coloca-se a questão de saber se se encontra preenchido o critério material relativo à prestação de serviços financeiros. A este respeito, há que determinar se a relação de causa e efeito entre a prestação de serviços financeiros e o movimento de capitais, na aceção do Acórdão Wagner-Raith [11], está presente num caso como o do processo principal.

38. Nestas condições, o Finanzgericht München (Tribunal Tributário de Munique, Alemanha) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A livre circulação de capitais, consagrada no artigo 63.º, n.º 1, TFUE, conjugado com o artigo 65.º TFUE, opõe-se à legislação de um Estado-Membro por força da qual uma instituição estrangeira de gestão de pensões profissionais de velhice, cuja estrutura equivale, no essencial, à de um fundo de pensões alemão, não está isenta de imposto sobre os rendimentos de capitais sobre os dividendos que recebe, ao passo que as distribuições equivalentes de dividendos a fundos de pensões nacionais não dão lugar à cobrança de imposto sobre [o rendimento das pessoas coletivas] ou só dão lugar [a um aumento moderado] desse imposto, porque esses fundos de pensões nacionais têm, no procedimento de liquidação do imposto, a possibilidade de reduzir o montante dos seus lucros tributáveis mediante a dedução de provisões para garantir o cumprimento de obrigações conexas com o pagamento de pensões, e de neutralizar o imposto sobre os rendimentos de capitais pago mediante a imputação de encargos e mediante reembolsos (desde que o montante de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas a pagar seja mais reduzido do que o montante dos encargos imputados)?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: é admissível, nos termos do artigo 63.º TFUE, conjugado com o artigo 64.º, n.º 1, TFUE, a restrição à livre circulação de capitais relativamente a países terceiros introduzida pelo § 32, n.º 1, ponto 2, da Lei do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (Körperschaftssteuergesetz), porque está conexa com a prestação de serviços financeiros?»

III. Processo perante o Tribunal de Justiça

39. Foram apresentadas observações escritas pela CPP, pelo Serviço de Finanças de Munique, pelo Governo alemão e pela Comissão Europeia. À exceção do Serviço de Finanças de Munique, todos apresentaram alegações orais na audiência que teve lugar em 20 de março de 2019.

IV. Análise

40. Antes de mais, em primeiro lugar, não há dúvida de que a liberdade fundamental que se aplica ao presente litígio é a livre circulação de capitais. Por um lado, o Tribunal de Justiça recordou recentemente que constituem movimentos de capitais referidos no artigo 63.º TFUE, 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

11 Acórdão de 21 de maio de 2015 (C-560/13, EU:C:2015:347, n.ºs 39 e 44).

(investimentos ditos «de carteira») [12]. Por outro lado, é jurisprudência constante que disposições nacionais aplicáveis a participações efetuadas com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa devem ser examinadas exclusivamente à luz da livre circulação de capitais [13] [14]. No caso em apreço, é pacífico que se trata de investimentos financeiros sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa, uma vez que o fundo de pensões canadiano detém participações correspondentes a menos de 1 % em diferentes sociedades anónimas alemãs. Assim, numa situação como a que está em causa no processo principal são aplicáveis as disposições relativas à livre circulação de capitais, nomeadamente, os artigos 63.º a 65.º TFUE.

41. Em segundo lugar, parece-me que a questão relativa à aplicabilidade da cláusula de *standstill* prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser analisada após a questão de saber se a legislação em causa constitui uma restrição à livre circulação de capitais, na aceção do artigo 63.º, n.º 1, TFUE. Com efeito, a redação do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, remete para as «restrições», o que implica que, para aplicar esta disposição, importa, antes de mais, qualificar a legislação nacional e determinar se o regime previsto por essa legislação constitui uma restrição [15]. Assim, proponho que se examinem as questões prejudiciais pela ordem em que foram colocadas.

A. Quanto à primeira questão prejudicial

42. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 63.º e 65.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação de um Estado-Membro que impõe uma retenção na fonte para os dividendos distribuídos por uma sociedade residente aos fundos de pensões residentes e não residentes, prevendo um mecanismo de imputação integral do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas apenas para os fundos de residentes, enquanto para os fundos de pensões não residentes, essa retenção de 25 % constitui, até ao máximo de 3/5 (15 %), um imposto definitivo, dado que 2/5 desta retenção (10 %) podem ser reembolsados a pedido.

43. Para responder a esta questão, proponho analisar, em primeiro lugar, a existência de uma restrição à livre circulação de capitais, na aceção do artigo 63.º TFUE, e, sendo caso disso, em segundo lugar, a admissibilidade de tal restrição.

1. Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais

44. As restrições aos movimentos de capitais são, segundo jurisprudência constante, todas as medidas que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou a dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados [16]. Mais concretamente, um tratamento desfavorável por um Estado-Membro dos dividendos pagos aos fundos de pensões não residentes, relativamente ao tratamento reservado aos dividendos pagos aos fundos de pensões

12 V., neste sentido, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros, C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 26 e jurisprudência referida).

13 V., nomeadamente, Acórdão de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 33 e jurisprudência referida).

14 Numa situação análoga à do processo principal, no Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 34), o Tribunal de Justiça precisou efetivamente que, para determinar se a legislação está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 63.º TFUE, não se trata de examinar a natureza da isenção prevista pela referida legislação nem o caráter da atividade exercida pelo fundo de investimento, mas a forma de participação dos fundos de investimento nas sociedades residentes.

15 A este respeito, faço questão de salientar que, no recente Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros, C-135/17, EU:C:2019:136), o Tribunal de Justiça optou por examinar as questões pela ordem inversa, a saber, examinar a regulamentação em causa, em primeiro lugar, à luz do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, e, em seguida, à luz do artigo 63.º, n.º 1, TFUE.

16 Acórdãos de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 15); de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 44), bem como de 2 de junho de 2016 (Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 27).

residentes, é suscetível de dissuadir as sociedades estabelecidas num Estado-Membro diferente desse primeiro Estado-Membro de realizarem investimentos nesse mesmo Estado-Membro e constitui, consequentemente, uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE [17].

45. No caso em apreço, a legislação nacional em causa no processo principal prevê um tratamento fiscal em duas fases. Num primeiro momento, tanto os dividendos distribuídos a um fundo de pensões residente como os distribuídos a um fundo de pensões não residente estão sujeitos a retenção na fonte. Para esse efeito, quanto aos dividendos pagos aos fundos de pensões não residentes, segundo as indicações prestadas na decisão de reenvio, a retenção na fonte é efetuada de maneira definitiva até ao máximo de 3/5 (15 %), ao abrigo do § 32, n.º 1, ponto 2, da KStG, enquanto 2/5 (10 %) desta retenção são reembolsados segundo as modalidades descritas no n.º 23 das presentes conclusões. Assim, no presente processo principal, os dividendos em causa foram objeto de uma retenção na fonte de 15 %. Em contrapartida, no que respeita à retenção na fonte aplicada aos dividendos pagos a um fundo de pensões residente, resulta das explicações do órgão jurisdicional de reenvio que a referida retenção é de 25 %.

46. Num segundo momento, os fundos de pensões estão sujeitos, no que respeita aos dividendos que lhes são distribuídos, a dois regimes de tributação diferentes. Com efeito, o imposto sobre os rendimentos de capitais que incide sobre os dividendos recebidos por fundos de pensões não residentes torna-se definitivo. Em contrapartida, os dividendos pagos aos fundos de pensões residentes entram no balanço contabilístico do fundo de pensões, que servirá de referência para estabelecer o resultado tributável ao qual será aplicado o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas de 15 % [18]. Quando este imposto se torna exigível, o imposto sobre os rendimentos de capitais pode ser integralmente imputado no montante devido. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio indica que, por força da conjugação entre o disposto no § 31.º da KStG e no § 36.º, n.º 2, ponto 2, da EStG, «[o] imposto sobre os rendimentos de capitais retido sobre os dividendos pagos aos fundos de pensões é integralmente imputável ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas devido» [19] e que, em conformidade com o § 36.º, n.º 4, segunda frase, da EStG, «[q]uando o imposto sobre os rendimentos de capitais retido excede o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas fixado, o mesmo é devolvido ao fundo de pensões nacional» [20].

47. Como explica o órgão jurisdicional de reenvio, o fundo de pensões alemão tem a possibilidade, por um lado, de reduzir o seu lucro tributável do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, tomando em consideração as provisões para o pagamento de pensões e, por outro, de imputar ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, o imposto sobre os rendimentos de capitais que foi retido. Por conseguinte, parece-me que, no presente processo, a alegada restrição à livre circulação de capitais pode decorrer destes dois mecanismos de tributação bem distintos previstos pela legislação nacional. Com efeito, por um lado, pode provir do facto de o lucro tributável a título de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas depender, em parte, das provisões constituídas pelo fundo de pensões, que reduzem o seu lucro tributável. Por outro lado, a referida restrição pode decorrer de o

17 V., nomeadamente, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14 (EU:C:2016:402, n.º 28 e jurisprudência referida).

18 Nas suas observações escritas, a CPP alega que um suplemento de solidariedade, até ao máximo de 5,5 %, acresce ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, pelo que daí resulta uma carga fiscal total correspondente a 15,825 %. Todavia, observe-se que, no pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio raciocina com base num imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas de 15 %. Para efeitos das presentes conclusões, far-se-á referência a uma taxa de 15 %

19 O órgão jurisdicional de reenvio refere igualmente que «o imposto sobre os rendimentos de capitais é integralmente imputado no imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas devido pelos fundos de pensões alemães integralmente sujeitos ao imposto».

20 Nas suas observações escritas, a CPP sublinha que tanto o imposto sobre os rendimentos de capitais como o suplemento de solidariedade cobrados sobre os dividendos podem ser deduzidos do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas que o fundo de pensões está obrigado a pagar. Ora, tal precisão não figura no pedido prejudicial. Para efeitos das presentes conclusões, far-se-á referência ao imposto sobre os rendimentos de capitais, que pode ser imputado, de 25 % dos dividendos brutos.

fundo de pensões residente poder imputar ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas devido o imposto sobre os rendimentos de capitais pago e obter o reembolso do excedente deste último. Proponho examinar estes mecanismos para identificar qual dos dois está na origem da alegada restrição ou mesmo se ela resulta de ambos.

48. No que respeita às provisões constituídas pelo fundo de pensões, o órgão jurisdicional de reenvio explica que as provisões matemáticas constituem uma forma específica de provisões para dívidas incertas, que antecipam as prestações de pensões profissionais de velhice que devem ser atribuídas no futuro pelo fundo de pensões aos seus inscritos. Indica que, em razão das provisões, que são constituídas pelo fundo de pensões e se encontram na coluna do passivo de um balanço contabilístico e, mais especificamente, as provisões matemáticas constituídas com vista ao pagamento de pensões, o lucro tributável, para determinar o montante do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas devido, pode ser «relativamente baixo».

49. Assim, segundo as explicações que figuram no pedido de decisão prejudicial, o pagamento dos dividendos não se traduz geralmente num aumento do lucro tributável calculado com base no balanço contabilístico, dado que o passivo desse balanço e, nomeadamente, as provisões matemáticas que aí figuram, aumentam tanto como o ativo [21]. O lucro tributável aumenta unicamente na hipótese de os lucros não serem levados ao crédito dos contratos dos inscritos, caso em que se traduzirão num aumento do ativo do fundo de pensões, e não num aumento correlativo do passivo desse fundo. Trata-se da hipótese dos 10 % dos lucros não levados a crédito dos contratos dos inscritos referidos no n.º 19 das presentes conclusões. Neste caso, esta parte residual de 10 % de lucros não reverte para os inscritos, de modo que as provisões matemáticas não vão aumentar. Consequentemente, esta parte residual dos lucros não afeta aos contratos dos inscritos também não aumenta o montante das prestações de reforma que serão pagas aos inscritos no vencimento (isto é, no momento da sua pensão).

50. Daqui resulta que os dividendos recebidos por um fundo de pensões residente, salvo no que respeita à parte residual de 10 % dos lucros não levados a crédito dos contratos dos inscritos, são geralmente levados aos referidos créditos, pelo que o lucro tributável relativo ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas não aumenta ou aumenta muito pouco.

51. Para responder à questão de saber em que medida o aumento das provisões pode afetar a carga fiscal efetiva referente aos dividendos pagos, saliente-se, desde logo, noto, que, nos processos relativos aos dividendos «que saem» e à retenção na fonte, o Tribunal de Justiça examinou o tratamento dado aos dividendos e não o reservado ao lucro tributável [22].

52. Quanto a este tratamento, há que determinar a carga fiscal efetiva referente aos dividendos, quando sobre eles incidiu cumulativamente um imposto sobre os rendimentos de capitais de 25 % que é retido na fonte e um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas de 15 %. A abordagem relativa à determinação de uma restrição à livre circulação de capitais, examinando a carga fiscal efetiva é, na minha opinião, confortada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, desde logo, em vários processos relativos à tributação dos dividendos, o Tribunal de Justiça já declarou que incumbe ao juiz nacional determinar se os contribuintes não residentes suportavam, em definitivo, uma carga fiscal efetiva mais elevada no Estado que procedeu à aplicação da retenção na fonte do que a

21 O órgão jurisdicional de reenvio indica que «os rendimentos de dividendos realizados pelos fundos de pensões alemães não se traduzem, em geral, devido ao aumento simultâneo das provisões para pagamento de pensões, num lucro tributável» e que, uma vez que, normalmente, esses fundos «são tributados com base no seu lucro (ou seja, após dedução das despesas profissionais), pagam normalmente apenas um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas relativamente baixo devido ao paralelismo geral entre o recebimento de dividendos e o aumento das provisões».

22 V. Acórdãos de 22 de novembro de 2012, Comissão/Alemanha (C-600/10, não publicado, EU:C:2012:737, n.º 15), e de 8 de novembro de 2012 (Comissão/Finlândia, C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 33).

suportada pelos contribuintes residentes relativamente aos dividendos da mesma natureza [23]. Em seguida, no Acórdão Hirvonen [24], o Tribunal de Justiça declarou, em substância, que a tributação dos rendimentos brutos de uma pessoa parcialmente sujeita a imposto era compatível com o direito da União se não fosse no final superior àquela que recaía sobre os rendimentos líquidos à taxa aplicável aos contribuintes integralmente tributados [25]. Por último, recentemente, no Acórdão Sofina, o Tribunal de Justiça declarou que importava «ter em conta o exercício fiscal de distribuição dos dividendos para comparar a carga fiscal que incide sobre esses dividendos e a que incide sobre os dividendos distribuídos a uma sociedade residente» [26].

53. No caso em apreço, constato que a decisão de reenvio não contém nenhum dado numérico que permita determinar a carga fiscal efetiva referente aos dividendos quando sobre eles tenha incidido cumulativamente o imposto sobre os rendimentos de capitais e o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

54. Neste contexto, tentei calcular a referida carga com base nos elementos que figuram nos autos. Segundo os meus cálculos, parece que a carga fiscal efetiva referente aos dividendos recebidos por um fundo de pensões residente é, no máximo, de 11,25 % dos dividendos brutos [27]. Assim, seja qual for o valor das provisões, essa taxa efetiva será sempre inferior à taxa de 15 % aplicada aos dividendos recebidos por um fundo de pensões não residente. Isto implica que a carga fiscal efetiva que incide sobre os dividendos pagos aos fundos de pensões residentes e não residentes será sempre desigual [28]. Consequentemente, considero que, nas circunstâncias do processo principal, a amplitude das provisões não é pertinente para estabelecer a restrição à livre circulação de capitais.

55. Por outras palavras, parece-me que o facto de se poder proceder a uma redução do lucro tributável através das provisões permite, é certo, reduzir o montante devido a título de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Todavia, esta redução não parece estar na origem da restrição à livre circulação de capitais, que existe independentemente da dimensão das provisões constituídas pelo fundo de pensões residente. Ora, tal verificação incumbe ao órgão jurisdicional nacional, que é o único a poder determinar a carga fiscal efetiva que incide sobre os dividendos pagos a um fundo de pensões residente e a um fundo de pensões não residente.

56. Por outro lado, pergunto-me se esta abordagem não é confortada pelo argumento apresentado pela CPP, que alega que a redução do lucro tributável tem por objetivo evitar a dupla tributação económica dos dividendos. Com efeito, segundo a CPP, o legislador adotou o § 8, n.º 8, da KStG com vista a neutralizar e, na prática, isentar os dividendos através da tomada em consideração das provisões técnicas para efeitos fiscais. Ora, há que sublinhar que a «neutralização» ou a «isenção» dos dividendos pagos ao fundo de pensões só abrange a tributação a título do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Assim, este mecanismo não parece afetar o imposto já pago a título de imposto sobre os rendimentos de capitais, que é integralmente imputado [29].

23 V., neste sentido, Acórdãos de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 34); de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 48); e de 19 de janeiro de 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, n.º 33).

24 Acórdão de 19 de novembro de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, n.ºs 44 e 48).

25 Além disso, o conceito de carga fiscal mais elevada também foi utilizado em matéria de tributação das sucessões. No seu Acórdão de 31 de março de 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, n.º 40), relativo à tributação das sucessões, o Tribunal de Justiça declarou que o facto de conceder uma dedução à matéria coletável do bem imóvel, que dependia do lugar de residência do falecido e do beneficiário à data da morte, conduziria a uma carga fiscal efetiva mais elevada do que a aplicável a um residente e teria, portanto, como efeito diminuir o valor da referida sucessão.

26 Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 31).

27 Admitindo que X é o valor dos dividendos brutos pagos, o valor dos dividendos líquidos recebidos pelo fundo de pensões residente é X - (0,25X). A aplicação de uma taxa de 15 % a título do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas terá como resultado [X - (0,25x)] x 0,15, o que equivale a uma taxa efetiva de 11,25 %.

28 Na audiência, o Governo alemão confirmou, na sua resposta a uma questão do Tribunal de Justiça, que, no que respeita à carga fiscal definitiva, existe uma diferença de tratamento entre os fundos de pensões residentes e não residentes.

29 Por força das disposições conjugadas do § 31 da KStG e do § 36, n.º 2, ponto 2, da EStG.

57. A este respeito, parece-me que o presente processo tem circunstâncias diferentes daquele que deu lugar ao Acórdão Comissão/Finlândia [30] evocado pelo órgão jurisdicional de reenvio. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que constituía uma restrição ao artigo 63.º TFUE uma legislação nacional segundo a qual os dividendos recebidos pelos fundos de pensões residentes estavam, na prática, isentos ou quase isentos de imposto sobre os rendimentos por força das disposições explícitas da legislação nacional que preveem a dedutibilidade das provisões, enquanto os dividendos recebidos pelos fundos de pensões não residentes estavam sujeitos a uma taxa de imposto de 19,5 % por força da legislação nacional, ou de 15 % no máximo em aplicação de convenções destinadas a evitar a dupla tributação celebradas pela República da Finlândia [31]. Todavia, no processo principal, tanto os dividendos distribuídos aos fundos de pensões residentes como aos não residentes são objeto de uma retenção na fonte a título de imposto sobre os rendimentos de capitais. A própria existência e a taxa dessa retenção na fonte não são afetadas pela constituição de provisões. Com efeito, se existe uma redução do lucro tributável e, de facto, uma quase isenção do imposto devido sobre os dividendos pagos ao fundo de pensões residente, estas apenas dizem respeito à tributação do lucro do fundo de pensões a título do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, mas não à tributação a título do imposto sobre os rendimentos de capitais, que pode ser integralmente recuperado.

58. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que, no caso em apreço, o segundo mecanismo na origem da alegada restrição, a saber, a imputação integral do imposto sobre os rendimentos de capitais ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e o eventual reembolso do excedente após liquidação, constitui uma restrição à livre circulação de capitais.

59. Como já indiquei, considero que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se, e em que medida, a carga fiscal efetiva é inferior à que incide sobre os dividendos distribuídos aos fundos de pensões não residentes, aos quais é aplicada uma retenção na fonte de 15 % nos termos da convenção bilateral sobre a dupla tributação.

60. Se o órgão jurisdicional de reenvio chegar à conclusão de que os dividendos recebidos por um fundo de pensões residente são praticamente isentos do imposto sobre os rendimentos de capitais através da imputação integral, parece estar demonstrada uma maior carga fiscal efetiva relativamente aos dividendos pagos a um fundo de pensões não residente. Daqui resulta que os referidos dividendos são tratados de forma mais vantajosa do que os pagos a um fundo de pensões não residente. Tal diferença de tratamento fiscal dos fundos de pensões em função do seu lugar de residência é suscetível de dissuadir os fundos de pensões não residentes de realizar investimentos em sociedades estabelecidas na Alemanha. Com efeito, nessa hipótese, os fundos de pensões não residentes não têm a possibilidade de recuperar o imposto cobrado mediante retenção na fonte, o que constitui, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais, a qual é, em princípio, proibida pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE.

2. Quanto à admissibilidade da restrição

61. De acordo com o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, «[o] disposto no artigo 63.º [TFUE] não prejudica o direito de os Estados-Membros […] [a]plicarem 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».

30 Acórdão de 8 de novembro de 2012 (C-342/10, EU:C:2012:688).

31 Com efeito, parece-me que no processo que deu origem ao referido acórdão, os dividendos distribuídos por sociedades residentes a fundos de pensões residentes eram tributados em 75 % e estavam sujeitos a uma taxa de imposto de 26 %. Assim, esses dividendos eram, de facto, tributados na totalidade a uma taxa de 19,5 %. O Tribunal de Justiça considerou que esta mesma legislação constituía uma restrição na aceção do artigo 63.º TFUE.

62. Esta disposição, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, é de interpretação estrita. Por conseguinte, 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 investem os seus capitais seja automaticamente compatível com o Tratado FUE. Com efeito, a derrogação prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, é também ela limitada pelo disposto no n.º 3 do mesmo artigo, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o n.º 1 «não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º [TFUE]» [32].

63. Assim, há que distinguir as diferenças de tratamento autorizadas pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, das discriminações proibidas pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE [33]. Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para que uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento diga respeito a situações não comparáveis objetivamente ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral [34].

a) Quanto à comparabilidade das situações em causa no processo principal

64. Segundo jurisprudência constante, o caráter comparável ou não de uma situação transfronteiriça com uma situação interna deve ser examinado tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa, bem como o objeto e o conteúdo destas últimas [35]. Além disso, apenas os critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela regulamentação em causa devem ser tidos em conta para efeitos de apreciar se a diferença de tratamento resultante de tal regulamentação reflete uma diferença de situações objetiva [36].

65. Ora, constato que o pedido de decisão prejudicial não contém explicações quanto ao objetivo da legislação em causa no processo principal. Nestas circunstâncias, proponho examinar a argumentação das partes do presente processo prejudicial. Tendo em conta esses argumentos, esta análise da comparabilidade das situações entre fundos de pensões residentes e não residentes incidirá sobre três aspetos, a saber, o objetivo da legislação alemã no que respeita às obrigações em relação aos inscritos (1), a alegada aplicação das técnicas de tributação diferentes às duas categorias de fundos de pensões (2) e a tomada em consideração das despesas diretamente relacionadas com o recebimento dos dividendos (3).

1) Obrigações em relação aos inscritos

66. A CPP sublinha que todos os fundos de pensões, residentes e não residentes, estão obrigados a investir os prémios de seguro no mercado de capitais, a fim de gerar dividendos que servem para os fundos de pensões cumprirem as suas obrigações para com os segurados. Por esta razão, a República Federal da Alemanha isenta-os de imposto, na medida em que os dividendos pagos servem para cumprir as obrigações em relação aos segurados. Enquanto a legislação nacional aplicável aos fundos

32 V., neste sentido, Acórdãos de 17 de outubro de 2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, n.ºs 42 e 43 e jurisprudência referida); de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 63); e de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 45).

33 V., nomeadamente, Acórdãos de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 46); de 20 de setembro de 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, n.º 87); de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 48); e Acórdão de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 64).

34 V., designadamente, Acórdãos de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 23 e jurisprudência referida), e de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 64).

35 V., nomeadamente, Acórdãos de 20 de setembro de 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, n.º 88); de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 50), e de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 48 e jurisprudência referida).

36 Acórdãos de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 28), e de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 49).

de pensões residentes tem em consideração o facto de os dividendos recebidos no final serem entregues aos segurados e, por esta razão, isenta de imposto os dividendos ao nível dos fundos de pensões, a mesma legislação ignora que os fundos de pensões nos Estados terceiros estarem, em princípio, sujeitos à mesma obrigação.

67. A Comissão considera que a isenção dos fundos de pensões alemães do imposto sobre os rendimentos de capitais que incide sobre os dividendos que lhes são distribuídos tem por objetivo permitir-lhes constituir um capital suficiente para cobrir o pagamento das pensões futuras. Os dividendos pagos estão, assim, isentos do imposto sobre os rendimentos de capitais desde que sejam utilizados para fins de provisões técnicas. Em contrapartida, um fundo de pensões não residente, mesmo supondo que possa provar que emprega os dividendos recebidos para constituir provisões, deve pagar de forma definitiva na Alemanha o imposto sobre os rendimentos de capitais no montante previsto na convenção bilateral sobre a dupla tributação em causa.

68. A este respeito, sem prejuízo das verificações a efetuar pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece-me resultar do processo submetido ao Tribunal de Justiça que a legislação alemã em causa no processo principal, que tem por efeito uma quase isenção do imposto sobre os dividendos pagos a um fundo de pensões residente, responde ao objetivo de garantir a atividade de seguro dos fundos de pensões por meio de constituição de um capital social suficiente para cobrir o pagamento de pensões no futuro. Em contrapartida, no que respeita aos dividendos distribuídos a um fundo de pensões não residente, mesmo quando sejam utilizados para responder a esse mesmo objetivo, o imposto sobre os rendimentos de capitais adotado torna-se um imposto definitivo, sem que essa quase isenção tenha lugar [37]. Visto nesta perspetiva, considero que os fundos de pensões residentes e não residentes têm objetivos em comum e deve, portanto, considerar-se que estão em situações semelhantes.

69. Além disso, na hipótese de o órgão jurisdicional de reenvio considerar que a legislação nacional em causa no processo principal tem por objetivo assegurar uma igualdade entre a carga fiscal efetiva que recai sobre os fundos de pensões residentes e os fundos de pensões não residentes que investem em sociedades estabelecidas na Alemanha, tendo em consideração, nomeadamente, que os dividendos pagos ao fundo de pensões residente são objeto de dois impostos cumulativos (o imposto sobre os rendimentos de capitais e o imposto sobre os rendimentos das pessoas coletivas), enquanto os dividendos recebidos por um fundo de pensões não residente apenas são tributados a título de imposto sobre os rendimentos das pessoas coletivas, é jurisprudência constante que, a partir do momento em que um Estado-Membro, de maneira unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só as sociedades residentes, mas também as sociedades não residentes, relativamente aos rendimentos que recebem de uma sociedade residente, a situação das referidas sociedades não residentes assemelha-se à das sociedades residentes [38].

70. Com efeito, é o mero exercício, por esse mesmo Estado, da sua competência fiscal que, independentemente de qualquer tributação noutro Estado-Membro, cria um risco de tributação em cadeia ou de dupla tributação económica. Em tal caso, para que as sociedades beneficiárias não residentes não sejam confrontadas com uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE, o Estado de residência da sociedade que distribui os dividendos deve garantir que, em relação ao mecanismo previsto na sua legislação nacional para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica, as sociedades não residentes sejam submetidas a um tratamento equivalente àquele de que beneficiam as sociedades residentes [39].

37 V., por analogia, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 50).

38 V., neste sentido, Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 54); de 25 de outubro de 2012, Comissão/Bélgica (C-387/11, EU:C:2012:670, n.º 49 e jurisprudência referida); e de 14 de dezembro de 2006, Denkavit Internationaal e Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, n.º 35).

39 V., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 55 e jurisprudência referida).

71. No caso em apreço, dado que a Alemanha optou por exercer a sua competência fiscal sobre os rendimentos recebidos pelos fundos de pensões não residentes, estes encontram-se, consequentemente, numa situação comparável à dos fundos de pensões residentes na Alemanha no que respeita ao risco de dupla tributação económica dos dividendos pagos pelas sociedades residentes na Alemanha [40].

2) Alegada aplicação de técnicas de tributação diferentes

72. O Governo alemão alega que os fundos de pensões residentes e os fundos de pensões não residentes não se encontram em situações objetivamente comparáveis, pelo facto de às duas categorias de fundos de pensões serem aplicadas técnicas de tributação diferentes na aceção do Acórdão Truck Center [41].

73. A este respeito, observe-se que resulta dos n.os 41 e 46 daquele acórdão que uma diferença de tratamento, que consiste na aplicação de técnicas ou de modalidades de cobrança do imposto diferentes em função do lugar de residência da sociedade que recebe os rendimentos em causa, tem que ver com situações que não são objetivamente comparáveis.

74. No caso em apreço, proponho ao Tribunal de Justiça que se abstenha de aplicar a jurisprudência do referido Acórdão Truck Center pelas seguintes razões. Em primeiro lugar, este acórdão é frequentemente invocado pelos governos dos Estados-Membros quando defendem legislações nacionais que têm por efeito tratar situações de contribuintes residentes de modo diferente dos não residentes [42]. Ora, tanto quanto é do meu conhecimento, este mesmo acórdão só foi confirmado uma única vez [43]. Recentemente, o Tribunal de Justiça restringiu novamente o alcance desta jurisprudência, precisando que a mesma era relativa apenas às modalidades de cobrança do imposto, que diferiam em função do local de residência do beneficiário dos dividendos de origem nacional [44].

75. Em segundo lugar, observe-se que essa jurisprudência é fortemente criticada pela doutrina [45] e não pode deixar de suscitar dificuldades na sua aplicação [46].

76. A este respeito, parece-me que o critério relativo à aplicação de técnicas de tributação diferentes, para estabelecer a comparabilidade das situações entre um contribuinte residente e um contribuinte não residente, assenta num raciocínio tautológico. Com efeito, regra geral, os residentes e os não residentes estão sujeitos a técnicas de tributação diferentes. Este acórdão apenas confirma que as

40 V., por analogia, Acórdãos de 20 de outubro de 2011, Comissão/Alemanha (C-284/09, EU:C:2011:670, n.º 58), e de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 42).

41 Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762).

42 V., nomeadamente, Acórdãos de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.º 163); de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 48); de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608); de 19 de junho de 2014, Strojírny Prostějov e ACO Industries Tábo (C-53/13 e C-80/13, EU:C:2014:2011); de 12 de julho de 2012, Comissão/Espanha (C-269/09, EU:C:2012:439); de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286); de 1 de julho de 2010, Dijkman e Dijkman-Lavaleije (C-233/09, EU:C:2010:397); e de 3 de junho de 2010, Comissão/Espanha (C-487/08, EU:C:2010:310).

43 Acórdão de 18 de outubro de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, n.º 26).

44 Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 52).

45 V. Beretta, G., «The Brisal and KBC Finance Decisiona: Once Again the CJEU Assbiubility with EU Law of Gross Withholding Taxation of Nonents», *EC Tax Review*, 2007, pp. 193 a 200; Lang, M., «Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions», *EC Tax Review*, 2009, pp. 100 a 101; *CFE ECJ Task Force*, «Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA», n.º 158, e De Broe, L., Bammens, N., «Truck Center Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ's Judgment in Truck Center», *EC Tax Review*, 2009, pp. 131 a 137.

46 O processo que deu origem ao Acórdão de 13 de julho de 2016, Brisal e KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549) constitui uma boa ilustração disso. Neste processo, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra (Portugal) aplicou o Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), ao passo que, no seu pedido prejudicial, o Supremo Tribunal Administrativo considerou que não havia que se referir a este acórdão.

situações são diferentes, uma vez que os contribuintes residentes e não residentes são diferentes [47]. Assim, no processo principal, os fundos de pensões residentes estão «integralmente sujeitos» [48], enquanto os rendimentos dos fundos de pensões estrangeiros apenas estão sujeitos a uma obrigação fiscal «limitada» que incide apenas sobre rendimentos com origem na Alemanha [49]. Na minha opinião, as técnicas de tributação diferentes mais não fazem do que refletir esta diferença. Todavia, isso não significa que a legislação nacional em causa fique automaticamente excluída do âmbito de aplicação da livre circulação de capitais.

77. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que se abstenha de aplicar a jurisprudência Truck Center [50] no presente processo. O Tribunal de Justiça poderia, efetivamente, considerar que a legislação nacional em causa se limita às modalidades de cobrança do imposto, mas confere um benefício fiscal substancial aos fundos de pensões residentes que não é concedido aos fundos de pensões não residentes [51]. Esta solução parece igualmente resultar do recente Acórdão N Luxemburgo 1 e o., no qual o Tribunal de Justiça considerou que o facto de se beneficiar de uma data sensivelmente mais distante do que a decorrente da retenção na fonte efetuada em caso de pagamento de juros por uma sociedade residente a uma sociedade não residente constituía uma vantagem, pelo que o Acórdão Truck Center não era aplicável [52].

3) Tomada em consideração das despesas diretamente relacionadas com o recebimento dos dividendos

78. Tanto o Serviço de Finanças de Munique como o Governo alemão alegam, nas suas observações escritas, que não existe uma relação direta entre, por um lado, o recebimento de rendimentos provenientes de dividendos e, por outro, a constituição das provisões matemáticas e de outras provisões técnicas, pelo que as situações em causa não são comparáveis.

79. A este respeito, segundo jurisprudência constante, os contribuintes residentes e os contribuintes não residentes estão numa situação comparável relativamente aos custos relativos diretamente à atividade de onde provêm os lucros tributáveis [53]. Neste sentido, o Tribunal de Justiça declarou que, se o método de tributação aplicado aos residentes permite a dedução das despesas diretamente relacionadas com o recebimento dos dividendos, «a tomada em conta destas despesas deve também ser admitida para […] não residentes» [54].

80. Ora, considero que esta jurisprudência não é pertinente para efeitos do presente processo por duas razões. Por um lado, a referida jurisprudência diz respeito a despesas, que estão diretamente relacionadas com o recebimento das receitas [55]. No caso em apreço, parece-me evidente que as provisões constituídas pelo fundo de pensões não podem ser qualificadas das «despesas relacionadas com a cobrança das receitas». Por outro lado, a jurisprudência relativa à tomada em consideração das despesas diretamente relacionadas com o recebimento dos dividendos só se aplica a casos em que a

47 *CFE ECJ Task Force*, «Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA», n.º 158, n.º 18.

48 Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, da KStG.

49 Em conformidade com as disposições conjugadas do artigo 8.º, n.º 1, da KStG, do artigo 49.º, n.º 1, ponto 5a, da EStG e o artigo 20.º, n.º 1, ponto 1, da EStG.

50 Acórdão de 22 de dezembro de 2008 (C-282/07, EU:C:2008:762).

51 V., por analogia, Acórdão de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 53).

52 V., a este respeito, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.ºs 164 e 165).

53 Acórdãos de 12 de junho de 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340); de 3 de outubro de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), e de 15 de fevereiro de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96).

54 Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 65).

55 No n.º 20 do Acórdão de 22 de novembro de 2012, Comissão/Alemanha (C-600/10, não publicado, EU:C:2012:737), respeitante à legislação alemã relativa à dedução das despesas de exploração relacionadas com o recebimento de dividendos e de juros recebidos na Alemanha, o Tribunal de Justiça salientou precisamente que «a Comissão não apresentou elementos suscetíveis de demonstrar que, se [as despesas bancárias e os custos de transação análogos] podem, eventualmente, estar diretamente ligados a um montante pago numa operação de transação de títulos […], também estão necessariamente ligados ao próprio recebimento de um rendimento sob a forma de dividendos ou de juros».

concessão do benefício fiscal, ou seja, a isenção ou a dedução da retenção na fonte, esteja relacionada com a determinação da matéria coletável e, nomeadamente, sob a forma de despesas num balanço fiscal, o que não acontece no caso em apreço. Com efeito, parece-me que, no presente processo, a restrição à livre circulação de capitais não resulta da dedução das provisões no do cálculo da referida base, mas da imputação integral que tem lugar após esse cálculo. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que esta jurisprudência é desprovida de pertinência num regime fiscal que prevê a imputação integral em causa.

81. Se o Tribunal de Justiça decidir, contudo, apreciar a existência de uma conexão entre a constituição das provisões e o recebimento de rendimentos provenientes de dividendos, sou de opinião que essa conexão só pode ser estabelecida para a parte das provisões que é consequência direta do recebimento dos dividendos. Com efeito, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, têm uma conexão direta com a atividade em questão as despesas causadas por essa atividade e, portanto, necessárias para o respetivo exercício [56]. No caso em apreço, a atividade que gerou rendimentos é o recebimento dos dividendos e as despesas relacionadas com essa atividade são as despesas relacionadas com o recebimento desses dividendos. As provisões constituem uma despesa ligada à atividade dos seguros.

82. A este respeito, como sustentou, em substância, o Governo alemão, a constituição das provisões deve ser feita independentemente da questão de saber se as receitas são rendimentos de dividendos ou de contribuições pagas pelos inscritos. Com efeito, a própria existência das provisões está ligada à atividade dos seguros e as provisões devem permitir fazer face às obrigações a título de prestações futuras do fundo de pensões. As provisões têm a sua origem no pagamento de pensões e não no volume dos rendimentos gerados. Pelo contrário, quando o fundo de pensões não tem lucros dos investimentos, não é menos verdade que está obrigado, por força do direito nacional, a constituir provisões para fazer face a esses pagamentos. Por analogia, no que respeita ao regime de provisões das instituições de pensões profissionais e de seguro de vida, o legislador da União reconhece a importância das provisões, mas deixa, no entanto, uma ampla margem de apreciação aos Estados-Membros quanto aos métodos para o seu cálculo [57]. Por conseguinte, considero que, em princípio, as provisões dos fundos de pensões não estão diretamente relacionadas com os dividendos recebidos.

83. Aliás, sou particularmente sensível ao argumento apresentado pelo Serviço de Finanças de Munique baseado na jurisprudência nacional relativa a uma companhia de seguros de doença. Segundo essa jurisprudência, no que respeita a despesas resultantes da dotação para provisões matemáticas e outras provisões, não existe relação de causa e efeito entre as referidas despesas e os lucros resultantes de investimentos, que estão prioritariamente ligados à atividade de seguro no território nacional. A obrigação de constituir provisões matemáticas e outras provisões técnicas decorre da qualidade de companhia de seguros. Ainda que este acórdão diga respeito às companhias de seguros de doença, não vejo nenhuma razão pela qual a situação dos fundos de pensões seja diferente. Por conseguinte, considero que esta abordagem pode ser aplicada, por analogia, ao presente processo [58].

56 V., nomeadamente, Acórdão de 6 de dezembro de 2018, Montag (C-480/17, EU:C:2018:987, n.º 33 e jurisprudência referida).

57 Assim, por um lado, a Diretiva 2003/41/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais (JO 2003, L 235, p. 10), enuncia, no seu considerando 26, que o «cálculo prudente das provisões técnicas constitui uma condição essencial para garantir o cumprimento das obrigações em matéria de pagamento» e que «[a]s taxas de juro máximas devem ser escolhidas com prudência, de acordo com todas as regras nacionais pertinentes». Segundo o considerando 27 desta diretiva, os Estados-Membros deverão dispor da possibilidade de sujeitar o cálculo das provisões técnicas a regras complementares mais pormenorizadas do que as previstas na referida diretiva. Por outro lado, em matéria de seguro de vida, por força dos considerandos 35 e 36 da Diretiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de novembro de 2002, relativa aos seguros de vida (JO 2002, L 345, p. 1), «[p]ara a proteção dos segurados, é necessário que todas as empresas de seguros constituam provisões técnicas suficientes» e que, em matéria de limitação da taxa de juro utilizada no cálculo das provisões técnicas, «afigura-se adequado conferir aos Estados-Membros a possibilidade de escolherem livremente o método a utilizar». A Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) (JO 2009, L 335, p. 1), que substitui a Diretiva 2002/83/CE, prevê princípios semelhantes.

58 Acórdão de 6 de abril de 2016 (n.º I R 61/14) do Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha).

84. Consequentemente, parece-me difícil sustentar que a tomada em consideração das provisões dos fundos de pensões pode constituir, enquanto tal, uma restrição à livre circulação de capitais.

85. A CPP alega que, na medida em que são utilizados para as provisões, os dividendos conduzem a um aumento dessas provisões que, por sua vez, diminuem o rendimento tributável. A este respeito, conforme exposto nos n.os 18 e 19 das presentes conclusões, resulta do pedido de decisão prejudicial que os investimentos contabilísticos e extracontabilísticos, salvo a parte residual de 10 %, fazem aumentar as provisões. Assim, parece-me possível que uma parte destas decorra do simples pagamento dos dividendos. Todavia, na minha opinião, é impossível ao Tribunal de Justiça determinar qual é essa parte no sistema nacional. Esta determinação incumbe, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio, que deve nomeadamente determinar qual a parte dessas provisões que está «diretamente relacionada» com o recebimento dos dividendos. De qualquer modo, devem ser subtraídas dessa determinação as provisões que não têm qualquer relação com o recebimento dos dividendos.

86. Em conclusão, a legislação nacional em causa no processo principal não pode, em minha opinião, subsistir por se aplicar a situações objetivamente diferentes. Importa, por conseguinte, examinar se a referida legislação pode ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral.

b) Quanto à existência de uma razão imperiosa de interesse geral

87. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a diferença de tratamento que resulta da legislação alemã não é justificada nem pelo princípio da territorialidade, nem pela necessidade de garantir a coerência do regime fiscal, nem pela preocupação de assegurar uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, nem pela eficácia dos controlos fiscais.

88. É certo que, segundo jurisprudência constante, estas justificações podem ser admitidas na medida em que constituam objetivos legítimos reconhecidos pelo Tribunal de Justiça[59]. No entanto, no caso em apreço, considero que uma diferença de tratamento entre os fundos de pensões residentes e não residentes não pode ser justificada por nenhum dos referidos objetivos. Uma vez que as partes interessadas não discutiram o assunto, este não deve ser aprofundado no âmbito das presentes conclusões.

89. À luz do que precede, considero que a restrição à livre circulação de capitais resultante da legislação alemã, que exclui apenas para os não residentes a dedução das despesas diretamente relacionadas com o recebimento dos dividendos, não pode ser justificada nem pelo facto de as situações em causa não serem comparáveis nem por uma razão imperiosa de interesse geral.

B. Quanto à segunda questão prejudicial

90. Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a restrição resultante da aplicação definitiva da retenção na fonte aos dividendos recebidos pelos fundos de pensões não residentes, quando os fundos de pensões alemães estão, na realidade, praticamente isentos, pode ser admitida nos termos do artigo 64.º, n.º 1, TFUE.

59 V., nomeadamente, Acórdão de 12 de julho de 2012, Comissão/Espanha (C-269/09, EU:C:2012:439, n.os 63 a 90 e jurisprudência referida).

91. Segundo o artigo 64.º, n.º 1, TFUE, um Estado-Membro pode aplicar, nas relações com países terceiros, as restrições aos movimentos de capitais abrangidas pelo âmbito de aplicação material dessa 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 [60].

92. Assim, o artigo 64.º, n.º 1, TFUE, dispõe que «[o] disposto no 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 que envolva investimento direto, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais». Importa analisar se a legislação alemã em causa preenche os dois critérios cumulativos desta disposição, concretamente o critério temporal e o critério material.

93. Em primeiro lugar, no que respeita ao âmbito de aplicação temporal do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, resulta do pedido de decisão prejudicial que a disposição alemã relativa ao caráter liberatório da retenção na fonte para os fundos de pensões estrangeiros e que permite a imputação integral do imposto sobre os rendimentos de capitais do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, a saber, o artigo 32.º, n.º 1, ponto 2, da KStG, é idêntica, tanto do ponto de vista da sua redação como do ponto de vista dos seus efeitos, à versão que estava em vigor em 31 de dezembro de 1993.

94. A este respeito, considero que, a fim de determinar se a restrição em causa existe desde essa data, é a própria essência do mecanismo fiscal que está na origem da restrição que deve ter perdurado desde a referida data. Nesta perspetiva, no processo principal, parece estar preenchido o critério temporal.

95. Com efeito, em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que «o procedimento de imputação do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas era aplicável, em 31 de dezembro de 1993, aos contribuintes integralmente sujeitos ao imposto». Em segundo lugar, o facto de a taxa de tributação ter variado desde essa data não implica, segundo me parece, que a própria essência do mecanismo fiscal tenha mudado. Em terceiro lugar, na minha opinião, não é importante o facto de o legislador alemão só ter reconhecido a existência dos fundos de pensões alemães em 2002, ao prever regras específicas para os mesmos. Com efeito, o facto de mudar o âmbito de aplicação pessoal do referido mecanismo fiscal, a saber, o aumento ou a redução do número de contribuintes sujeitos ao referido mecanismo, não tem importância para determinar se a própria essência do mecanismo fiscal mudou. Por conseguinte, no processo principal, sou de opinião que a própria essência do mecanismo fiscal em causa na origem da restrição, tal como resulta do pedido de decisão prejudicial, não se alterou desde 31 de dezembro de 1993.

96. Em segundo lugar, no que respeita ao âmbito de aplicação material do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, no Acórdão X (sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros) [61], o Tribunal de Justiça recordou recentemente que resulta da própria letra deste artigo que, embora as restrições aos movimentos de capitais, provenientes de ou com destino a países terceiros, que envolvam investimento direto estejam abrangidas pelo âmbito de aplicação material desta cláusula, os investimentos de carteira não figuram entre os movimentos de capitais previstos por aquela disposição. Uma vez que o processo principal diz respeito a investimentos de carteira [62], estes não podem estar abrangidos pelo conceito de «investimento direto» na aceção da mesma disposição.

60 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); de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 86); e de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros, C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 27).

61 Acórdão de 26 de fevereiro de 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 28).

62 N.º 40 das presentes conclusões.

97. Coloca-se ainda a questão de saber se a situação em causa no processo principal pode estar abrangida pela «circulação de capitais […] que envolva […] prestação de serviços financeiros», na aceção do artigo 64.º, n.º 1, TFUE.

98. A este respeito, há que salientar que o critério determinante para a aplicação do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, respeita à relação de causa e efeito que existe entre os movimentos de capitais e a prestação de serviços financeiros e não ao âmbito de aplicação pessoal da medida nacional controvertida ou à sua relação com o prestador, e não com o destinatário, desses serviços [63]. Com efeito, o âmbito de aplicação desta disposição é definido por referência às categorias de movimentos de capitais suscetíveis de ser objeto de restrições [64].

99. Além disso, sou de opinião que a expressão «circulação de capitais […] que envolva […] prestação de serviços financeiros», na aceção do artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser objeto de uma interpretação estrita, no sentido de que visa uma medida restritiva relativa aos movimentos de capitais que implicam a prestação de serviços mas não aos próprios serviços prestados. Com efeito, como salientou o advogado-geral P. Mengozzi nas suas Conclusões apresentadas no âmbito do processo Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, esta disposição refere-se aos movimentos de capitais quando «envolvam», isto é, quando impliquem a prestação de serviços financeiros [65].

100. No caso em apreço, a categoria dos movimentos de capitais em causa é o pagamento de dividendos a um fundo de pensões. Considero que, quando um fundo de pensões recebe dividendos, não existe uma relação de causa e efeito entre os movimentos de capitais e a prestação de serviços financeiros, uma vez que se trata da aquisição direta de participações por um investidor que deseja diversificar os seus ativos e melhor repartir os riscos. Como sublinhou a Comissão, as aquisições de participação de um fundo de pensões e os dividendos que recebe a esse título servem prioritariamente para a manutenção dos ativos através de uma maior diversificação acrescida e de uma melhor repartição dos riscos e das provisões que constitui, a fim de garantir o pagamento de pensões aos seus inscritos.

101. Por último, a restrição em causa reside na aplicação do mecanismo de imputação integral à tributação dos dividendos recebidos pelos fundos de pensões residentes, do qual não podem beneficiar os fundos de pensões não residentes. Ora, a referida restrição não incide sobre os movimentos de capitais associados à prestação de serviços financeiros pelo fundo de pensões aos seus inscritos.

102. Por conseguinte, considero que a cláusula de *standstill* prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE, não se aplica à restrição prevista pela legislação alemã em causa no processo principal.

V. Conclusão

103. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais submetidas pelo Finanzgericht München (Tribunal Tributário de Munique, Alemanha):

1) Os artigos 63.º TFUE e 65.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação de um Estado-Membro que impõe uma retenção na fonte relativamente aos dividendos distribuídos por uma sociedade residente aos fundos de pensões residentes e não residentes,

63 V., neste sentido, Acórdão de 21 de maio de 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, n.os 39 e 43 a 45), em que o Tribunal de Justiça declarou que a medida nacional deve dizer respeito aos movimentos de capitais que tenham uma relação suficientemente estreita com a prestação de serviços financeiros e que, para que haja uma relação suficientemente estreita, é necessário que exista uma relação de causa-efeito entre o movimento de capitais e a prestação de serviços financeiros.

64 Acórdão de 15 de fevereiro de 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, n.º 33 e jurisprudência referida).

65 V., em geral, Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi, de 6 de novembro de 2013, no processo Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, n.os 73 a 80).

estabelecendo um mecanismo de imputação integral do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas aplicável unicamente aos fundos de pensões residentes e que, em consequência, tem por efeito praticamente isentar estes dividendos de qualquer carga fiscal, ao passo que, para os fundos de pensões não residentes, a referida retenção constitui um imposto definitivo, na medida em que a carga fiscal efetiva relativa a esses dividendos suportada, no referido Estado, pelos fundos de pensões não residentes seja mais elevada do que a que suportam os fundos de pensões residentes, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar no processo principal.

2) O artigo 64.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretado no sentido de que uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não foi substancialmente alterada desde 31 de dezembro de 1993 e que prevê a imputação integral do imposto sobre os rendimentos de capitais ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, não está abrangida pelo âmbito da prestação de serviços financeiros, na aceção daquela disposição.