

Edição provisória

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

7 de setembro de 2017 (\*)

«Reenvio prejudicial – Fiscalidade direta – Liberdade de estabelecimento – Livre circulação de capitais – Retenção na fonte – Diretiva 90/435/CEE – Artigo 1.º, n.º 2 – Artigo 5.º, n.º 1 – Isenção – Dividendos distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente detida direta ou indiretamente por residentes de Estados terceiros – Presunção – Fraude, evasão e abusos fiscais»

No processo C-6/16,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Conseil d'État (Conselho de Estado, França), por decisão de 30 de dezembro de 2015, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 6 de janeiro de 2016, no processo

**Eqiom SAS**, anteriormente Holcim France SAS,

**Enka SA**

contra

**Ministre des Finances et des comptes publics,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: E. Regan, presidente de secção, A. Arabadjiev e C. G. Fernlund (relator), juízes,  
advogado-geral: J. Kokott,

secretário: V. Giacobbo-Peyronnel, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 30 de novembro de 2016,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Eqiom SAS e da Enka SA, por R. Alberti, avocat,
- em representação do Governo francês, por D. Colas e S. Ghiandoni, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo dinamarquês, por C. Thorning e M. Wolff, na qualidade de agentes;
- em representação do Governo alemão, por T. Henze e R. Kanitz, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo espanhol, por A. Rubio González e V. Ester Casas, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida

por E. De Bonis, avvocato dello Stato,

— em representação da Comissão Europeia, por W. Roels e L. Pamukcu, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 19 de janeiro de 2017,

profere o presente

## **Acórdão**

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º e 63.º TFUE, bem como do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO 1990, L 225, p. 6), conforme alterada pela Diretiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 2003 (JO 2004, L 7, p. 41) (a seguir «diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de uma litígio que opõe a Egiom SAS, anteriormente Holcim France SAS, que sucedeu na posição jurídica da sociedade Euro Stockage, e a Enka SA à Administração Fiscal francesa relativamente à recusa desta última de isentar de retenção na fonte os dividendos distribuídos pela Euro Stockage à Enka, sociedade-mãe da Euro Stockage.

## **Quadro jurídico**

### *Direito da União*

3 Os considerandos 3 e 5 da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas têm a seguinte redação:

«Considerando que as disposições fiscais que regem atualmente as relações entre sociedades-mãe e afiliadas de Estados-Membros diferentes variam sensivelmente de uns Estados-Membros para os outros e são, em geral, menos favoráveis que as aplicáveis às relações entre sociedades-mãe e afiliadas de um mesmo Estado-Membro; que, por esse facto, a cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes é penalizada em comparação com a cooperação entre sociedades de um mesmo Estado-Membro; que se torna necessário eliminar essa penalização através da instituição de um regime comum e facilitar assim os agrupamentos de sociedades à escala comunitária;

[...]

Considerando que, além disso, para garantir a neutralidade fiscal, se torna necessário isentar de retenção na fonte, exceto em alguns casos especiais, os lucros que uma sociedade afiliada distribui à sua sociedade-mãe; [...]

4 O artigo 1.º desta diretiva dispõe:

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

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

à distribuição dos lucros efetuada por sociedades desse Estado a sociedades de outros Estados?Membros, de que aquelas sejam afiliadas.

[...]

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

5 O artigo 5.º, n.º 1, da referida diretiva prevê:

«Os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade?mãe são isentos de retenção na fonte.»

#### *Direito francês*

6 O Código Geral dos Impostos, na versão aplicável à data dos factos no processo principal (a seguir «CGI»), dispõe, no seu artigo 119.*bis*, n.º 2, primeiro parágrafo:

«Os rendimentos referidos nos artigos 108.º a 117.*bis* dão lugar à aplicação de uma retenção na fonte cuja taxa é fixada pelo artigo 187.º, n.º 1, quando sejam obtidos por pessoas que não têm o seu domicílio fiscal ou a sua sede em França. As modalidades e condições de aplicação desta disposição são fixadas por decreto.»

7 O artigo 119.º *ter* do CGI prevê:

«1. A retenção na fonte prevista no n.º 2 do artigo 119.*bis* não é aplicável aos dividendos distribuídos a uma pessoa coletiva que preencha as condições enumeradas no n.º 2 do presente artigo por uma sociedade ou um organismo sujeitos a imposto sobre as sociedades à taxa normal.

2. Para beneficiar da isenção prevista no n.º 1, a pessoa coletiva deve justificar junto do devedor ou da pessoa que garante o pagamento desses rendimentos que é o beneficiário efetivo dos dividendos e que preenche as seguintes condições:

a) Ter a sua sede de direção efetiva num Estado?Membro da Comunidade Europeia e não ser considerada, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um Estado terceiro, como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade;

b) Revestir uma das formas enumeradas numa lista estabelecida por decreto do Ministro encarregado da economia em conformidade com o anexo à [diretiva sociedades?mãe e sociedades afiliadas];

c) Deter diretamente, de forma ininterrupta há dois anos ou mais, pelo menos 25% do capital da pessoa coletiva que distribui os dividendos, ou comprometer?se a conservar essa participação de forma ininterrupta durante um período de pelo menos dois anos e designar, como em matéria de impostos sobre o volume de negócios, um representante responsável pelo pagamento da retenção na fonte prevista no n.º 1 em caso de incumprimento desse compromisso;

A taxa de participação prevista no parágrafo anterior é reduzida a 20% para os dividendos distribuídos entre 1 de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2006, a 15% para os dividendos distribuídos entre 1 de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2008 e a 10% para os dividendos distribuídos a partir de 1 de janeiro de 2009;

d) Estar sujeito, no Estado?Membro em que tem a sua sede de direção efetiva, ao imposto

sobre as sociedades desse Estado, sem possibilidade de isenção.

[...]

2 *bis*. O disposto no n.º 1 é aplicável aos dividendos distribuídos aos estabelecimentos estáveis das pessoas coletivas que preenchem as condições fixadas no n.º 2, caso esses estabelecimentos estáveis se situem em França ou noutro Estado-Membro da Comunidade Europeia.

3. O disposto no n.º 1 não se aplica quando os dividendos distribuídos beneficiem uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da Comunidade, salvo se essa pessoa coletiva justificar que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar das disposições do n.º 1.

[...]».

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

8 A Egiom, anteriormente Holcim France, que sucedeu na posição jurídica da Euro Stockage, sociedade de direito francês, é uma afiliada da Enka, sociedade de direito luxemburguês, que a detém a 100%. Esta última sociedade é ela própria detida em mais de 99% pela Waverley Star Investments Ltd, sociedade de direito cipriota, ela própria totalmente controlada pela Campsores Holding SA, sociedade com sede na Suíça.

9 A Euro Stockage distribuiu em 2005 e 2006 dividendos à sua sociedade-mãe, a Enka. Na sequência da fiscalização da contabilidade de que a primeira sociedade foi objeto, a Administração Fiscal francesa impôs a essa sociedade a retenção na fonte prevista artigo 119.º *bis*, n.º 2, do CGI.

10 Essas duas sociedades solicitaram então o benefício da isenção de retenção na fonte prevista no artigo 119.º *ter* desse código. Todavia, essa Administração indeferiu o seu pedido com base no artigo 119.º *ter*, n.º 3, do referido código, que prevê que essa isenção não se aplica quando o beneficiário dos dividendos distribuídos for uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da União Europeia, salvo se esta pessoa coletiva justificar que a cadeia de participações não tem como objetivo principal, ou como um dos seus objetivos principais, beneficiar da isenção.

11 As referidas sociedades intentaram uma ação no tribunal administratif de Montreuil (Tribunal Administrativo de Montreuil, França) pedindo a exoneração da retenção na fonte em causa. Tendo a ação sido julgada improcedente por sentença de 28 de abril de 2011, recorreram para a cour administrative d'appel de Versailles (Tribunal Administrativo de Segunda Instância de Versailles, França), que confirmou a sentença recorrida.

12 As mesmas sociedades interpuseram então recurso para o Conseil d'État (Conselho de Estado, França), alegando que a legislação fiscal em causa é incompatível com o direito primário da União e com a diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas.

13 Nestas circunstâncias, o Conseil d'État (Conselho de Estado) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Quando uma legislação nacional de um Estado-Membro utiliza, no direito interno, a faculdade conferida pelo artigo 1.º, n.º 2, da [Diretiva 90/435], há que efetuar um controlo dos atos ou acordos celebrados para o exercício dessa faculdade à luz do direito primário da União

Europeia?

2) Devem as disposições do artigo 1.º, n.º 2, dessa diretiva, que atribuem aos Estados-Membros uma ampla margem de apreciação para determinarem quais as disposições “necessárias para evitar fraudes e abusos”, ser interpretadas no sentido de que obstam a que um Estado-Membro adote um mecanismo destinado a excluir do benefício da isenção os dividendos distribuídos a uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da União Europeia, salvo se essa pessoa coletiva demonstrar que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar da isenção?

3) a) No caso de a conformidade com o direito da União do mecanismo “antiabuso” acima referido dever ser igualmente apreciada à luz das disposições do Tratado, deve esta conformidade ser examinada, atendendo ao objeto da legislação em causa, à luz das disposições do artigo [49.º TFUE], mesmo quando a sociedade beneficiária da distribuição de dividendos seja controlada, direta ou indiretamente, através de uma cadeia de participações que tenha entre os seus objetivos principais o benefício da isenção, por um ou mais residentes de Estados terceiros, os quais não podem invocar a liberdade de estabelecimento?

b) Caso não seja dada resposta afirmativa à questão anterior, deve esta conformidade ser examinada à luz das disposições do artigo [63.º TFUE]?

4) Devem as disposições acima referidas ser interpretadas no sentido de que obstam a que uma legislação nacional prive da isenção de retenção na fonte os dividendos pagos por uma sociedade de um Estado-Membro a uma sociedade sediada noutro Estado-Membro, quando o beneficiário desses dividendos seja uma pessoa coletiva controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados que não são membros da União Europeia, a menos que esta demonstre que a referida cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar da isenção?»

#### *Quanto às questões prejudiciais*

14 Com as suas questões, que devem ser apreciadas conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se, por um lado, o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas e, por outro, o artigo 49.º ou o artigo 63.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que submete a concessão da vantagem fiscal prevista no artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva – a saber, a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente, quando essa sociedade-mãe é controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros – à condição de que esta demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar da isenção.

#### *Quanto à aplicabilidade das disposições do Tratado*

15 Uma vez que as questões submetidas dizem respeito a disposições quer da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas quer do Tratado, e que, segundo jurisprudência constante, qualquer medida nacional num domínio que foi objeto de uma harmonização exaustiva a nível da União deve ser apreciada à luz das disposições dessa medida de harmonização e não das disposições do direito primário (acórdão de 8 de março de 2017, Euro Park Service, C-14/16, EU:C:2017:177, n.º 19 e jurisprudência referida), é necessário determinar a título preliminar se o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas opera essa harmonização.

16 A este respeito, cabe salientar que decorre claramente do teor dessa disposição que não é esse o caso.

17 Com efeito, o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas reconhece unicamente aos Estados-Membros o poder de aplicar as disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos. Daqui decorre que essas disposições podem, como tal, ser apreciadas à luz do direito primário da União.

18 Resulta do exposto que uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, adotada para dar execução ao artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas pode ser apreciada não só à luz das disposições dessa diretiva mas também das disposições pertinentes do direito primário.

*Quanto ao artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas*

19 A título preliminar, cabe precisar que não se contesta, por um lado, que as sociedades em causa no processo principal são abrangidas pela diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas e, por outro, que os lucros distribuídos em causa no processo principal se inserem no âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva.

20 Conforme decorre do seu considerando 3, a diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas destina-se a eliminar, através da instituição de um regime fiscal comum, qualquer penalização da cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes relativamente à cooperação entre sociedades de um mesmo Estado-Membro, e facilitar, assim, o agrupamento de sociedades à escala da União. Esta diretiva tem assim como finalidade garantir a neutralidade, no plano fiscal, da distribuição de lucros por uma sociedade estabelecida num Estado-Membro à sua sociedade-mãe estabelecida noutro Estado-Membro (acórdão de 8 de março de 2017, Wereldhave Belgium e o., C-448/15, EU:C:2017:180, n.º 25 e jurisprudência referida).

21 Para tal, o considerando 5 da referida diretiva refere que, para garantir a neutralidade fiscal, é necessário isentar de retenção na fonte os lucros que uma sociedade afiliada distribui à sua sociedade-mãe.

22 Nesta base, para evitar a dupla tributação, o artigo 5.º, n.º 1, dessa mesma diretiva estabelece o princípio da proibição das retenções na fonte sobre os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada estabelecida num Estado-Membro à sua sociedade-mãe estabelecida noutro Estado-Membro (v., neste sentido, acórdãos de 17 de outubro de 1996, Denkavit e o., C-283/94, C-291/94 e C-292/94, EU:C:1996:387, n.º 22, e de 25 de setembro de 2003, Océ van der Grinten, C-58/01, EU:C:2003:495, n.º 83).

23 Ao proibir os Estados-Membros de realizar uma retenção na fonte sobre os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente à sua sociedade-mãe não residente, o artigo 5.º, n.º 1, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas limita a competência dos Estados-Membros quanto à tributação dos lucros distribuídos pelas sociedades estabelecidas nos seus territórios às sociedades estabelecidas noutro Estado-Membro (v., neste sentido, acórdão de 1 de outubro de 2009, Gaz de France – Berliner Investissement, C-247/08, EU:C:2009:600, n.º 38).

24 Os Estados-Membros não podem, portanto, instituir unilateralmente medidas restritivas e condicionar o direito de beneficiar da isenção de retenção na fonte prevista no referido artigo 5.º, n.º 1, a diferentes condições (v., neste sentido, despacho de 4 de junho de 2009, KBC Bank e Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 e C-499/07, EU:C:2009:339, n.º 38 e jurisprudência

referida).

25 Todavia, o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas prevê que esta diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos.

26 Conforme referiu a advogada-geral nos n.os 24 e 25 das suas conclusões, embora o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas reflita o princípio geral do direito da União segundo o qual ninguém deve beneficiar abusiva ou fraudulentamente dos direitos decorrentes do sistema jurídico da União, este deve, contudo, na medida em que constitui uma derrogação às regras fiscais estabelecidas pela referida diretiva, ser objeto de interpretação estrita (v., neste sentido, acórdão de 25 de setembro de 2003, *Océ van der Grinten*, C-58/01, EU:C:2003:495, n.º 86).

27 Assim, o poder conferido aos Estados-Membros pelo artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas de aplicar, no domínio regulado pela mesma, disposições nacionais ou convencionais para evitar fraudes e abusos não pode ter uma interpretação que vá além dos próprios termos dessa disposição (v., neste sentido, acórdão de 25 de setembro de 2003, *Océ van der Grinten*, C-58/01, EU:C:2003:495, n.º 86).

28 A este respeito, cabe salientar que resulta da letra da referida disposição que esta permite unicamente a aplicação das disposições nacionais ou convencionais «necessárias» a esse fim.

29 Coloca-se então a questão de saber se uma legislação fiscal nacional como a que está em causa no processo principal cumpre essa exigência de necessidade.

30 Neste contexto, cabe recordar que, para que se considere que uma legislação nacional visa evitar fraudes e abusos, o seu objetivo específico deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo é beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal (v., neste sentido, acórdãos de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 55, e de 5 de julho de 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 40).

31 Assim, uma presunção geral de fraude e de abuso não é suscetível de justificar uma medida fiscal que afete os objetivos de uma diretiva, nem uma medida fiscal que prejudique o exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (acórdãos de 26 de setembro de 2000, *Comissão/Bélgica*, C-478/98, EU:C:2000:497, n.º 45 e jurisprudência referida, e de 5 de julho de 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:4153, n.º 38).

32 Para verificar se uma operação prossegue um objetivo de fraude e abuso, as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais predeterminados, devendo proceder a uma apreciação individual da totalidade da operação em causa. A criação de uma medida fiscal de alcance geral que exclua automaticamente da vantagem fiscal certas categorias de contribuintes da vantagem fiscal, não sendo a Administração Fiscal obrigada a fornecer nem mesmo uma prova perfunctória ou indícios de fraude ou de evasão, iria além do necessário para evitar fraudes e abusos (v., neste sentido, acórdão de 8 de março de 2017, *Euro Park Service*, C-14/16, EU:C:2017:177, n.os 55 e 56).

33 No caso vertente, há que observar que a legislação em causa no processo principal não tem por objetivo específico excluir do benefício de uma vantagem fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é beneficiar indevidamente dessa vantagem, mas visa, de modo geral, qualquer situação na qual a sociedade-mãe controlada, direta ou indiretamente, por residentes de Estados terceiros tem a sua sede, qualquer que seja a razão, fora de França.

34 Ora, como salientou a advogada-geral nos n.os 27 e 28 das suas conclusões, o simples facto de uma sociedade residente na União ser controlada, direta ou indiretamente, por residentes de Estados terceiros não implica, por si só, a existência de um expediente puramente artificial, desprovido de realidade económica, criado unicamente com o objetivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.

35 Por outro lado, cabe precisar que essa sociedade está, de qualquer forma, sujeita à legislação fiscal do Estado-Membro em cujo território está estabelecida (v., neste sentido, acórdão de 12 de dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, EU:C:2002:749, n.º 37 e jurisprudência referida).

36 Como tal, ao subordinar a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente à sua sociedade-mãe não residente à condição de que esta sociedade-mãe demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar dessa isenção, não sendo a Administração Fiscal obrigada a fornecer nem mesmo uma prova perfunctória ou indícios de fraude ou de abuso, a legislação em causa no processo principal instaura uma presunção geral de fraude e abuso e prejudica o objetivo prosseguido pela diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas, a saber, a prevenção da dupla tributação dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe.

37 Esta interpretação não é infirmada pelo facto de a sociedade-mãe em causa ser controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros. A este respeito, basta observar que não resulta de nenhuma disposição da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas que a origem dos acionistas das sociedades residentes na União tenha qualquer relevância para o direito de essas sociedades invocarem as vantagens fiscais previstas por essa diretiva.

38 Atendendo às considerações precedentes, há que entender que o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que submete a concessão da vantagem fiscal prevista no artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva – a saber, a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente, quando essa sociedade-mãe é controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros – à condição de que esta demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar dessa isenção.

#### *Quanto à liberdade aplicável*

39 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a questão do tratamento fiscal dos dividendos é suscetível de ser abrangida tanto pela liberdade de estabelecimento como pela livre circulação de capitais (acórdão de 15 de setembro de 2011, Accor, C-310/09, EU:C:2011:581, n.º 30 e jurisprudência referida).

40 Quanto à questão de saber se uma legislação nacional é abrangida por uma ou outra das

liberdades de circulação, há que ter em consideração o objetivo da legislação em causa (acórdão de 15 de setembro de 2011, *Accor*, C-310/09, EU:C:2011:581, n.º 31 e jurisprudência referida).

41 A este respeito, o Tribunal de Justiça já considerou que uma legislação nacional que apenas é aplicável às participações que permitem exercer uma influência certa sobre as decisões de uma sociedade e determinar as respetivas atividades é abrangida pelas disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento. Pelo contrário, as disposições nacionais que se destinam a aplicar-se a participações efetuadas com a única intenção de realizar uma aplicação financeira, sem intenção de influir na gestão e no controlo da empresa, devem ser examinadas exclusivamente à luz da livre circulação de capitais (acórdão de 15 de setembro de 2011, *Accor*, C-310/09, EU:C:2011:581, n.º 32 e jurisprudência referida).

42 No caso vertente, resulta da decisão de reenvio que a legislação fiscal em causa no processo principal era aplicável, nos anos de 2005 e 2006, às sociedades que detinham pelo menos 20% do capital das suas sociedades afiliadas. Em contrapartida, esta decisão não contém informações quanto ao objetivo dessa legislação.

43 Como referiu a advogada-geral no n.º 42 das suas conclusões, essa participação não implica necessariamente que a sociedade que detém essa participação exerce uma influência certa sobre as decisões da sociedade que distribui os lucros (v., neste sentido, acórdão de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, EU:C:2000:205, n.º 20).

44 Nestas circunstâncias, há que ter em conta os elementos factuais do caso concreto para determinar se a situação visada pelo litígio no processo principal está abrangida pelo âmbito de aplicação de uma ou outra destas liberdades de circulação (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.os 93 e 94).

45 Quanto aos factos em causa no processo principal, resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que a *Enka* detinha à época dos factos a totalidade do capital da sua afiliada francesa, a *Euro Stockage*.

46 Importa, portanto, observar que essa participação conferia a essa primeira sociedade uma influência certa nas decisões dessa segunda sociedade, que lhe permitia determinar as respetivas atividades. Portanto, as disposições nacionais aplicáveis a essas participações devem ser apreciadas à luz da liberdade de estabelecimento.

47 Neste contexto, cabe precisar que, contrariamente ao que alega o Governo francês, o facto de uma sociedade-mãe residente num Estado-Membro que não seja a República Francesa ser controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros não priva essa sociedade do direito de invocar essa liberdade.

48 Com efeito, o Tribunal de Justiça já declarou que não resulta de nenhuma disposição do direito da União que a origem dos acionistas, sejam pessoas singulares ou coletivas, das sociedades residentes na União tenha incidência sobre esse direito, dado que o estatuto de uma sociedade da União se baseia, nos termos do artigo 54.º TFUE, no lugar da sede social e na ordem jurídica a que a sociedade está ligada, e não na nacionalidade dos seus acionistas (acórdão de 1 de abril de 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company e o.*, C-80/12, EU:C:2014:200, n.º 40).

49 No processo principal, é facto assente que a sociedade?mãe em causa é uma sociedade com sede na União. Por conseguinte, essa sociedade pode invocar a liberdade de estabelecimento.

50 Esta apreciação não pode ser posta em causa pelas considerações que figuram nos n.os 99 e 100 do acórdão de 13 de março 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C?524/04, EU:C:2007:161), uma vez que, contrariamente à situação em causa no processo que deu origem a esse acórdão, no processo principal, a sociedade?mãe detém a relação de controlo sobre a sua sociedade afiliada.

51 Atendendo ao que precede, há que responder às questões submetidas à luz da liberdade de estabelecimento.

#### *Quanto à liberdade de estabelecimento*

52 A liberdade de estabelecimento, que o artigo 49.º TFUE reconhece aos nacionais de um Estado?Membro da União, confere?lhes o acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício, bem como a constituição e a gestão de empresas, nas mesmas condições que as definidas na legislação do Estado?Membro de estabelecimento para os seus próprios nacionais. Compreende, em conformidade com o artigo 54.º TFUE, para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado?Membro e que tenham a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da União, o direito de exercerem a sua atividade no Estado?Membro em causa por intermédio de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência (acórdão de 17 de julho de 2014, *Nordea Bank Danmark*, C?48/13, EU:C:2014:2087, n.º 17 e jurisprudência referida).

53 No que se refere ao tratamento no Estado?Membro de acolhimento, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o artigo 49.º, primeiro parágrafo, segundo período, TFUE deixa expressamente aos operadores económicos a possibilidade de escolherem livremente a forma jurídica apropriada para o exercício das suas atividades noutro Estado?Membro, não devendo essa livre escolha ser limitada por disposições fiscais discriminatórias (acórdão de 17 de maio de 2017, X, C?68/15, EU:C:2017:379, n.º 40 e jurisprudência referida).

54 Por outro lado, devem ser consideradas restrições à liberdade de estabelecimento todas as medidas que proíbam, dificultem, ou tornem menos atrativo o exercício dessa liberdade (acórdão de 8 de março de 2017, *Euro Park Service*, C?14/16, EU:C:2017:177, n.º 59 e jurisprudência referida).

55 Resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que o benefício da isenção de retenção na fonte só está sujeito à condição de que essa sociedade?mãe demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar dessa isenção quando uma sociedade afiliada residente distribui lucros a uma sociedade?mãe não residente, que é controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros. Em contrapartida, quando essa sociedade afiliada distribui lucros a uma sociedade?mãe residente, também controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros, essa sociedade?mãe residente pode beneficiar dessa isenção sem estar sujeita a essa condição.

56 Esta diferença de tratamento é suscetível de dissuadir uma sociedade?mãe não residente de exercer em França uma atividade por intermédio de uma sociedade afiliada com sede nesse Estado?Membro e constitui, como tal, uma restrição à liberdade de estabelecimento.

57 Essa restrição só pode ser admitida se disser respeito a situações que não são objetivamente comparáveis ou se for justificada por razões imperiosas de interesse geral reconhecidas pelo direito da União. Nesta hipótese, é ainda necessário que a restrição seja adequada a garantir a realização do objetivo por ela prosseguido e que não vá além do necessário para alcançar esse objetivo (acórdão de 17 de dezembro de 2015, Timac Agro Deutschland, C-388/14, EU:C:2015:829, n.os 26 e 29 e jurisprudência referida).

58 No que se refere ao caráter comparável da situação de uma sociedade residente e de uma sociedade não residente que recebem lucros de uma sociedade afiliada residente, cabe precisar que a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade?mãe visa, como se referiu no n.º 22 do presente acórdão, evitar uma dupla tributação ou a tributação em cadeia desses lucros.

59 Embora o Tribunal de Justiça tenha considerado, no que se refere a medidas previstas por um Estado?Membro para prevenir ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação de lucros distribuídos por uma sociedade residente, que os acionistas beneficiários residentes não se encontram necessariamente numa situação comparável à dos acionistas beneficiários residentes noutro Estado?Membro, precisou também que, a partir do momento em que um Estado?Membro exerce a sua competência fiscal não só sobre o rendimento dos acionistas residentes mas também sobre o dos acionistas não residentes, relativamente aos dividendos que recebam de uma sociedade residente, a situação desses acionistas não residentes aproxima-se da dos acionistas residentes (acórdão de 14 de dezembro de 2006, Denkavit Internationaal e Denkavit France, C-170/05, EU:C:2006:783, n.os 34, 35 e jurisprudência referida).

60 No processo principal, uma vez que a República Francesa optou por exercer a sua competência fiscal sobre os lucros distribuídos pela sociedade afiliada residente à sociedade?mãe não residente, há que considerar que essa sociedade?mãe não residente se encontra numa situação comparável à de uma sociedade?mãe residente.

61 No que se refere à justificação e à proporcionalidade da restrição, a República Francesa alega que esta se justifica quer pelo objetivo de luta contra a fraude e a evasão fiscais quer pelo objetivo de salvaguardar uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados?Membros.

62 Em especial, este Estado?Membro alega que a legislação nacional em causa no processo principal visa impedir uma prática denominada «treaty shopping» que consiste na elaboração de esquemas através dos quais sociedades estabelecidas num Estado terceiro contornam a aplicação da taxa de retenção na fonte sobre os dividendos de fonte nacional prevista pelo direito francês ou pela convenção celebrada entre o Estado terceiro e a República Francesa a fim de serem abrangidas por uma taxa de tributação mais baixa prevista pela convenção entre outro Estado?Membro e esse mesmo Estado terceiro, através da isenção de retenção na fonte entre Estados?Membros prevista pela diretiva sociedades?mãe e sociedades afiliadas.

63 A este respeito, há que salientar, por um lado, que o objetivo da luta contra a fraude e a evasão fiscais e o da salvaguarda de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados?Membros estão ligados (acórdão de 17 de dezembro de 2015, Timac Agro Deutschland, C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 47 e jurisprudência referida) e, por outro, que, uma vez que constituem razões imperiosas de interesse geral, são suscetíveis de justificar uma restrição ao

exercício das liberdades de circulação garantidas pelo Tratado (acórdão de 8 de março de 2017, Euro Park Service, C-14/16, EU:C:2017:177, n.º 65 e jurisprudência referida).

64 Todavia, há que observar que o objetivo de luta contra a fraude e a evasão fiscais, quer seja invocado em aplicação do artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas quer como justificação de uma restrição ao direito primário, tem o mesmo valor. Como tal, as considerações mencionadas nos n.os 30 a 36 do presente acórdão também se aplicam no que se refere a esta liberdade.

65 Portanto, o objetivo da luta contra a fraude e a evasão fiscais invocado pela República Francesa no processo principal não pode justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento.

66 Atendendo às considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 1.º, n.º 2, da diretiva sociedades-mãe e sociedades afiliadas, por um lado, e o artigo 49.º TFUE, por outro, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que submete a concessão da vantagem fiscal prevista no artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva – a saber, a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente, quando essa sociedade-mãe é controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros – à condição de que esta demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar dessa isenção.

### **Quanto às despesas**

67 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 (Sexta Secção) declara:

**O artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mã[e] e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, conforme alterada pela Diretiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, por um lado, e o artigo 49.º TFUE, por outro, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que submete a concessão da vantagem fiscal prevista no artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva – a saber, a isenção de retenção na fonte dos lucros distribuídos por uma sociedade afiliada residente a uma sociedade-mãe não residente, quando essa sociedade-mãe é controlada, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de Estados terceiros – à condição de que esta demonstre que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos seus objetivos principais beneficiar dessa isenção.**

Assinaturas

\* Língua do processo: francês.