Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 13 de julho de 2017 [1]

Processo C-292/16

A Oy
Interveniente:
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Helsingin hallinto-oikeus (Tribunal Administrativo de Helsínquia, Finlândia)]

«Pedido de decisão prejudicial — Direito fiscal — Tributação das sociedades — Diretiva 90/434/CEE — Transferência de um estabelecimento estável estrangeiro de uma sociedade nacional para uma sociedade estrangeira — Tributação imediata em situação transfronteiriça ao contrário da não tributação numa situação nacional — Apreciação do direito derivado à luz das liberdades fundamentais — Comparabilidade com a tributação à saída — Proporcionalidade da tributação imediata em caso de redução da carga fiscal»

I. Introdução

1. O Tribunal de Justiça debruça-se no presente processo sobre a transposição na Finlândia da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes (a seguir «Diretiva 90/434») [2]. Trata-se do caso especial em que uma sociedade nacional transfere um estabelecimento estável estrangeiro para uma sociedade com sede no estrangeiro e, em contrapartida, não recebe dinheiro, mas sim participações sociais na referida sociedade. Tal entrada de ativos é imediatamente tributada na Finlândia, ao contrário da entrada de um estabelecimento nacional numa sociedade nacional. No entanto, é deduzido um imposto fictício estrangeiro do país em que se encontra o estabelecimento. Há, pois, que esclarecer se isso é compatível com a liberdade de estabelecimento.

2. A Diretiva 90/434 permite, no seu artigo 10.º, n.º 2, uma tributação porque com a entrada de ativos transfronteiriça perde-se a competência tributária relativamente ao estabelecimento estável no estrangeiro. Este estabelecimento estável já não pertence doravante a uma sociedade com sede no território nacional e encontra-se em território estrangeiro. Trata-se basicamente de uma forma de

1 Língua original: alemão.
2 JO 1990, L 225, p. 1.

tributação à saída, que entretanto em princípio até é permitida pelo direito da União [3]. Em geral, uma tributação *imediata* à saída é desproporcionada. A questão que aqui se coloca é a de saber se a dedução de um imposto estrangeiro fictício nos termos da diretiva altera de algum modo a situação, permitindo assim uma tributação imediata.

3. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça é chamado a desenvolver a sua jurisprudência relativa às restrições das liberdades fundamentais pelos Estados-Membros devido à perda da sua competência tributária.

II. Quadro legal

A. Direito da União

4. No caso em apreço, o quadro legal no âmbito do direito da União é constituído pelo artigo 43.º CE, conjugado com o artigo 48.º CE (atual artigo 49.º TFUE, conjugado com o artigo 54.º TFUE), e pela Diretiva 90/434.

5. O aqui determinante artigo 10.º do título IV da Diretiva 90/434, intitulado «Caso especial da transferência de um estabelecimento», dispõe:

«(1) Sempre que dos bens transferidos por ocasião de uma fusão, de uma cisão ou de uma entrada de ativos faça parte um estabelecimento estável da sociedade contribuidora situado num Estado-Membro diverso do desta sociedade, este último Estado renunciará a qualquer direito de tributar o estabelecimento estável. Todavia, o Estado da sociedade contribuidora pode reintegrar nos lucros tributáveis desta os prejuízos anteriores do estabelecimento estável que tenham eventualmente sido deduzidos dos lucros tributáveis da sociedade neste Estado, e que não tenham sido compensados. O Estado em que se situa o estabelecimento estável e o Estado da sociedade beneficiária aplicarão a tal entrada de ativos as disposições da presente diretiva, como se o primeiro Estado fosse o da sociedade contribuidora.

(2) Em derrogação do disposto no n.º 1, sempre que o Estado-Membro da sociedade contribuidora aplique um regime de tributação do lucro mundial, esse Estado terá direito a tributar os lucros ou as mais-valias do estabelecimento estável verificados por ocasião da fusão, da cisão ou da entrada de ativos, desde que autorize a dedução do imposto que, na falta das disposições da presente diretiva, incidiria sobre tais lucros ou mais-valias no Estado em que está situado o estabelecimento estável e admita aquela dedução do mesmo modo e pelo mesmo montante que teria aplicado se o imposto tivesse efetivamente sido liquidado e pago.»

B. Direito finlandês

6. Segundo expõe o órgão jurisdicional de reenvio, a Diretiva 90/434 foi transposta na Finlândia pela Lei 1733/1995, relativa à fiscalidade dos rendimentos de atividades económicas (a seguir «Lei 1733/1995»).

3 O artigo 5.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (JO 2016, L 193, p. 1), que, no entanto, não é aplicável no caso vertente, dispõe: «Um contribuinte deve estar sujeito a imposto por um montante igual ao valor de mercado dos ativos transferidos, no momento da saída dos ativos, deduzido do seu valor para efeitos fiscais, em qualquer das seguintes circunstâncias: […] c) o contribuinte transfere a sua residência fiscal para outro Estado […]».

7. Nos termos do § 52 d, n.º 2, da Lei 1733/1995, para efeitos da tributação da sociedade contribuidora, a parte das despesas de aquisição ainda não amortizada está incluída no preço de cessão tributável do património cedido desde que na transferência tenham sido tomados em consideração os valores ainda não amortizados a nível contabilístico.

8. Segundo dispõe o§ 52 d, n.º 3, da Lei 1733/1995, para efeitos da tributação da sociedade beneficiária, um montante correspondente às despesas de aquisição dedutíveis do património cedido, em conformidade com o disposto no n.º 2, é incluído no preço de cessão tributável da sociedade contribuidora. Daí resulta, portanto, uma entrada de ativos transferidos que é neutra do ponto de vista fiscal.

9. Nos termos do § 52 e, n.º 3, da Lei 1733/1995, se os ativos e as dívidas entrados estiverem associados a um estabelecimento estável de uma sociedade nacional, situado noutro Estado-Membro da União Europeia, o justo valor dos ativos cedidos e das provisões deduzidas dos benefícios da sociedade quando da tributação do estabelecimento estável são integrados no rendimento tributável da sociedade contribuidora na Finlândia, no ano fiscal em que ocorre a fusão, a cisão ou a transferência de um estabelecimento estável. Desse modo, isso parece conduzir a uma tributação das mais-valias latentes do estabelecimento estável. Do imposto devido na Finlândia sobre este rendimento é deduzido o imposto que seria devido sobre o mesmo rendimento no Estado em que se situa este estabelecimento estável se as disposições da Diretiva 90/434 não se aplicassem.

10. De acordo com a exposição de motivos do § 52 e, n.º 3, da Lei 1733/1995, esta disposição diz respeito às situações nas quais as entradas de ativos que estão ligadas a um estabelecimento estável de uma sociedade finlandesa dão entrada numa sociedade estrangeira. Depois de os bens situados no estrangeiro serem transferidos para uma sociedade estrangeira, esses bens deixam de estar abrangidos pela competência tributária da Finlândia. A dedução do imposto do Estado do estabelecimento estável constitui uma dedução do imposto igualmente prevista em algumas convenções fiscais. Para aplicar a norma, há que calcular o montante do imposto que seria devido no outro Estado se as normas da Diretiva 90/434 não se aplicassem.

III. Litígio no processo principal

11. Em 2006, a A Oy (a seguir «sociedade») cedeu, a título de entrada de ativos, a exploração das instalações produtivas de um estabelecimento estável situado na Áustria à sociedade austríaca B, membro de um grupo de sociedades, e, em contrapartida, recebeu ações novas. A cessão incluiu os ativos, as dívidas e as provisões e reservas pertencentes à referida instalação.

12. Considerou-se que o rendimento tributável da sociedade era constituído pelo provável preço de cessão dos ativos transferidos na operação de transferência, ou seja, no caso em apreço, um valor contabilístico de 249 663 661,59 euros, ao qual acrescia um auxílio ao investimento de 11 256 146 euros concedido pelo Estado austríaco, isto é, o rendimento tributável ascendia a um total de 260 919 807,59 euros. Deste último montante foram deduzidas as despesas de aquisição ainda não fiscalmente amortizadas. Na tributação, os auxílios recebidos do Estado austríaco não foram integrados nas despesas de aquisição dedutíveis.

13. O imposto foi fixado com base no § 52 d, n.º 1, e no § 52 e, n.º 3 da Lei 1733/1995 no ano fiscal de 2006. Não existe uma obrigação fiscal equivalente numa situação nacional correspondente, na qual a obrigação fiscal só se torna efetiva no momento em que ocorre a realização dos lucros pela sociedade beneficiária.

14. A sociedade A Oy requereu, através de uma reclamação, a retificação da alteração do aviso de liquidação de 30 de novembro de 2010 que lhe foi prejudicial. O § 52, n.º 3, da Lei 1733/1995 é incompatível com a liberdade de estabelecimento nos termos do artigo 49.º TFUE.

15. Esta reclamação foi indeferida pela Verokutsen oikaisulautakunta (comissão de verificação tributária). A A Oy interpôs recurso desta decisão no Helsingin hallinto-oikeus (Tribunal Administrativo de Helsínquia, Finlândia). O Tribunal Administrativo de Helsínquia decidiu suspender a instância e apresentar um pedido de decisão prejudicial.

IV. Tramitação processual no Tribunal de Justiça

16. O Tribunal Administrativo de Helsínquia, ao qual foi submetido o litígio, apresentou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões para decisão a título prejudicial:

«1. O artigo 49.º TFUE opõe-se a uma legislação finlandesa segundo a qual, se uma sociedade nacional ceder, a título de entrada de ativos, um estabelecimento estável situado noutro Estado-Membro a uma sociedade que aí está estabelecida e receber em contrapartida novas ações desta, a entrada de ativos é tributada imediatamente, logo no ano em que ocorre a transferência, embora, numa situação nacional equivalente, essa tributação só ocorra no momento da respetiva realização?

2. Pode considerar-se que existe discriminação indireta ou direta se a Finlândia proceder imediatamente à tributação, logo no ano em que ocorre a entrada de ativos, antes de o rendimento ser realizado, embora numa situação nacional a tributação seja diferida até ao momento desta realização?

3. Em caso de resposta afirmativa às questões 1 e 2, é possível que esta restrição à liberdade de estabelecimento se justifique devido a uma razão imperiosa de interesse geral ou devido à proteção da competência tributária nacional? A restrição proibida é conforme com o princípio da proporcionalidade?»

17. A A Oy, a Finlândia, a Suécia e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas sobre estas questões ao Tribunal de Justiça. Além disso, a República Federal da Alemanha interveio na audiência de 8 de junho de 2017.

V. Apreciação jurídica

A. Critério de avaliação

18. Com as suas questões prejudiciais, que devem ser analisadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber afinal se a liberdade de estabelecimento como parte integrante do direito primário se opõe a uma regulamentação nacional que, na transposição do 10.°, n.º 2, da Diretiva 90/434 prevê uma tributação e se essa tributação pode ser justificada em determinadas circunstâncias. Segundo afirma o órgão jurisdicional de reenvio, essa tributação conduz a uma tributação imediata apenas em situações transfronteiriças, ao passo que numa situação puramente interna não ocorre nenhuma tributação da sociedade contribuidora.

19. Contudo, e tal como afirmaram quase unanimemente todos os Estados-Membros intervenientes, o Tribunal de Justiça já decidiu em várias ocasiões que «qualquer medida nacional num domínio que foi objeto de uma harmonização exaustiva a nível da União Europeia deve ser apreciada à luz das disposições dessa medida de harmonização e não das disposições do direito primário» [4].

4 V., por último, acórdãos de 8 de março de 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, n.º 19); de 12 de novembro de 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, n.º 40); de 11 de dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, n.º 64); e de 16 de dezembro de 2008, Gysbrechts e Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, n.º 33) — ainda que refutando sempre, no caso concreto, uma falta de ligação ao direito primário.

20. Ainda que a Diretiva 90/434 não represente uma harmonização exaustiva, isso não impede que deva ser interpretada à luz das disposições do direito primário e, se for caso disso, quanto à sua compatibilidade com as liberdades fundamentais. De facto, o Tribunal de Justiça há muito que reconheceu que a proibição das restrições à livre prestação de serviços se aplica não só às medidas nacionais mas também às medidas dos órgãos da União [5]. Os Tratados, enquanto fonte de direito primário, constituem «a base, o quadro e os limites» de todos os atos da União, tal como o Tribunal de Justiça já teve ocasião de afirmar [6]. Desse modo, devem ser sempre respeitados pelos Estados-Membros na transposição desses atos [7].

21. Independentemente disso, a Diretiva 90/434 não constitui uma harmonização exaustiva. Tal como resulta da sua economia e do seu próprio texto, o n.º 2 prevê uma exceção ao n.º 1. Nos termos do n.º 1, o Estado da sociedade contribuidora renuncia, em princípio, definitivamente aos seus direitos de tributação do estabelecimento estável. Apenas pode corrigir um prejuízo invocado anteriormente. Em derrogação disso, um Estado-Membro que aplique um regime de tributação do lucro mundial, *tem direito*, nos termos do n.º 2, a tributar os lucros verificados por ocasião da entrada de ativos.

22. No entanto, o artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 90/434 não regula o tempo, o modo e em que medida é exercido concretamente esse direito de tributação, como sublinha igualmente a Comissão. Em particular, da redação dessa disposição não resulta manifestamente nenhuma obrigação para a Finlândia de tributar a transferência de um estabelecimento estável desse modo e nessa medida, apenas um direito ou uma faculdade. Em tal caso, mantém-se, em todo o caso, a vinculação do legislador nacional às liberdades fundamentais na transposição do direito derivado.

B. Restrição da liberdade de estabelecimento

23. Segundo o artigo 43.º CE, conjugado como o artigo 48.º CE (atual artigo 49.º TFUE, conjugado com o artigo 54.º TFUE), a liberdade de estabelecimento compreende o acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício por parte dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro [8]. Embora as disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento visem assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, tais disposições opõem-se igualmente a que o Estado-Membro de origem coloque entraves ao estabelecimento num outro Estado-Membro de um dos seus cidadãos nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação, em especial por intermédio de um estabelecimento estável [9] [10]. No âmbito do direito fiscal, isso depende do caráter discriminatório da restrição.

24. É igualmente jurisprudência assente que devem ser consideradas restrições à liberdade de estabelecimento todas as medidas que proíbam, perturbem ou tornem menos atrativo o exercício dessa liberdade [11].

5 Acórdãos de 2 de setembro de 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, n.º 39); de 18 de setembro de 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, n.ºs 25 e 26); de 23 de fevereiro de 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, n.º 45); de 12 de dezembro de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 46); de 29 de fevereiro de 1984, REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, n.º 18); e de 26 de outubro de 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, n.º 50).

6 Acórdão de 5 de outubro de 1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172, n.º 9/14).

7 V., nesse sentido, acórdão de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, n.º 27) e acórdão de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, n.º 25): «o facto de uma medida nacional poder ser eventualmente conforme a uma disposição de direito derivado, neste caso o artigo 22.º do Regulamento n.º 1408/71, não tem por efeito fazer escapar essa medida ao disposto no Tratado».

8 Acórdãos de 11 de março de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, n.º 40 e jurisprudência citada); de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 38); e de 13 de dezembro de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, n.º 18).

9 V., nesse sentido, acórdãos de 17 de julho de 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, n.º 18), e de 15 de maio de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, n.º 19 e 20).

10 Acórdãos de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 39); de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 31); e de 6 de setembro de 2012, Comissão/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521, n.º 25).

11 Acórdãos de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 36); de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 34); e de 16 de abril de 2015, Comissão/Alemanha (C-591/13, EU:C:2015:230, n.º 56 e jurisprudência citada).

25. A disposição fiscal nacional considerada isoladamente não entrava aqui a constituição do estabelecimento estável no estrangeiro. No entanto, a atividade transfronteiriça de uma empresa é afetada, por um lado, pela transferência posterior do estabelecimento estrangeiro para uma sociedade estrangeira com a correspondente tributação. Esta não ocorreria se o estabelecimento estável estivesse situado em território nacional. Tendo em consideração as medidas posteriores de reestruturação e a sua tributação é, por conseguinte, mais atrativa a constituição de um estabelecimento estável em território nacional do que no estrangeiro.

26. Por outro lado, há que ter em conta que não só a constituição mas também a dissolução de um estabelecimento estável se enquadram na atividade económica transfronteiriça protegida pelas liberdades fundamentais. A transferência de um estabelecimento estável para outra empresa conduz a que, desse modo, deixe de ser exercida uma atividade económica no estrangeiro. A cessação dessa atividade económica apenas é tributada, assim sendo, porque o estabelecimento estável situado no estrangeiro dá entrada numa sociedade estrangeira e não numa sociedade nacional. Também nessa medida, não pode negar-se que existe uma relação transfronteiriça. A cessação de uma atividade transfronteiriça por meio da transferência para uma sociedade estrangeira assume uma forma menos atrativa que a cessação por meio de uma entrada de ativos numa sociedade nacional.

27. A tributação das mais-valias latentes em caso de mudança da sede constitui, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma restrição da liberdade de estabelecimento, quando não ocorra tal tributação de lucros não realizados numa situação interna (ou seja, uma mudança em território nacional) [12].

28. O caso vertente é comparável com tal situação. Por meio da tributação nos termos do § 52 d, n.º 3, da Lei 1733/1995 são tributadas as mais-valias latentes que se encontram no estabelecimento estável (mais-valias dos ativos ou prejuízos contabilísticos por meio de adiamentos fiscais através de amortizações) sem que o sujeito passivo tenha obtido os meios em dinheiro necessários para o efeito. Em contrapartida, não se aplica nenhuma tributação à transferência de um estabelecimento estável para o território nacional devido à manutenção dos valores contabilísticos. Aqui, quando muito, o «adquirente» (isto é, a sociedade beneficiária) tem de pagar, em algum momento, o imposto sobre as mais-valias realizadas nalgum momento.

29. É certo que a saída não ocorre aqui através do próprio sujeito passivo, mas sim através da transferência para uma sociedade estrangeira do seu estabelecimento estável situado no estrangeiro. No entanto, isso tem a mesma consequência jurídica que no caso anterior de um sujeito passivo que vai com os ativos do seu estabelecimento nacional para o estrangeiro. A tributação ocorre, tal como na tributação à saída «clássica», com base apenas no facto de agora outro Estado-Membro ter o direito exclusivo de cobrar impostos sobre os ativos do estabelecimento estável.

30. A regulamentação nacional do § 52 e, n.º 3, da Lei 1733/1995 tem, em última instância, por consequência que a constituição de um estabelecimento estável no estrangeiro é menos atrativa que a constituição de um estabelecimento estável no território nacional, tendo em consideração os procedimentos de transferência subsequentes. Tal como sustentaram a Comissão e a A Oy, isso contraria quer os objetivos da Diretiva 90/434 (ver apenas os considerandos que referem que as entradas de participações sociais não devem ser entravadas por limitações especiais) quer os objetivos da liberdade de estabelecimento.

12 Acórdãos de 11 de março de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, n.º 46); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 33); de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 35); e de 7 de setembro de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, n.º 35).

31. A restrição da liberdade de estabelecimento já se vê no apuramento do imposto [13] no ano 2006 e não apenas no momento em que o imposto se torna exigível. De facto a A Oy, cujo estabelecimento estável situado no estrangeiro é transferido para uma outra empresa (estrangeira), sofre uma desvantagem de liquidez em comparação com operadores semelhantes que transferem estabelecimentos estáveis situados em território nacional para sociedades estrangeiras (ou estabelecimentos situados no estrangeiro para sociedades nacionais), nesse momento do apuramento do imposto e da concomitante exigibilidade da dívida fiscal.

C. Justificação

1. Justificação de uma tributação à saída

32. O Tribunal de Justiça já declarou em várias ocasiões que, segundo o princípio da territorialidade fiscal, um Estado-Membro tem o direito de tributar as mais-valias dos sujeitos passivos residentes no seu território, ainda que não estejam realizadas no momento da saída do sujeito passivo [14].

33. Tal medida visa evitar situações que ponham em risco o direito do Estado-Membro de origem de exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território, e portanto pode ser justificada com fundamento na preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros [15]. Isso na condição de a saída pôr de facto em risco a soberania tributária do Estado de saída, o que é geralmente o caso quando cessa a competência fiscal [16].

34. A competência fiscal não cessa apenas em caso de saída de um território, mas também quando um estabelecimento estável situado no estrangeiro passa para a esfera jurídica de uma sociedade não residente em território nacional no âmbito de uma transferência. Tal como alegam com razão a Finlândia e a Suécia, essa é manifestamente a ideia que subjaz ao artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 90/434, quando no caso da tributação do lucro mundial é permitida ao Estado-Membro (pela última vez) a possibilidade de tributação das mais-valias latentes (sobre o ganho resultante da alienação).

35. Ao contrário de uma tributação à saída clássica, no caso de uma entrada de ativos mediante a cessão de ações, no entanto, estas participações na sociedade beneficiária estão submetidas agora ao poder tributário do Estado de saída. Ocorre apenas uma espécie de troca de ativos (considerada contabilisticamente do lado do ativo). O artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 permite expressamente a tributação do ganho de uma alienação ulterior dos títulos recebidos. As mais-valias latentes que surgirem no futuro no estabelecimento estável mantêm-se nessa medida *indiretamente* sujeitas ao poder tributário da Finlândia.

13 No entanto, a exigibilidade do imposto, tal como afirmei nas minhas conclusões no processo Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, n.º 59) é irrelevante. Porque devido ao apuramento do imposto, o sujeito passivo já o deve e tem esse encargo, mesmo que o imposto ainda não seja exigível. A cobrança do imposto é nessa medida apenas o culminar da restrição.

14 Acórdãos de 23 de janeiro de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 53 e jurisprudência citada); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 49); de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 44 e 45); e de 7 de setembro de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, n.º 46).

15 Acórdãos de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.ºs 45 e 46); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.ºs 45 e segs.); de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 47); e de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 60).

16 V., nesse sentido, acórdãos de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 48); de 25 de abril de 2013, Comissão/Espanha (C-64/11, ainda não publicado, EU:C:2013:264, n.º 31); e de 23 de janeiro de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 60 e jurisprudência citada).

36. A soberania fiscal relativamente a títulos de uma sociedade estrangeira situada no estrangeiro é, no entanto, um *aliud* em comparação com a soberania fiscal sobre os ativos de um estabelecimento estável estrangeiro. Os títulos recebidos são uma coisa diferente dos ativos do estabelecimento estável. Mantém-se, portanto, a situação na qual se perde definitivamente o poder sobre as mais-valias latentes surgidas no estabelecimento estável. Isso justifica um interesse legítimo numa (última) tributação pelo Estado-Membro que perde a sua competência fiscal direta.

2. Proporcionalidade da restrição

37. A restrição deve ainda ser adequada para garantir a realização do objetivo em causa e não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objetivo, neste caso, a preservação da repartição dos poderes tributários [17].

a) Necessidade de um diferimento

38. O Tribunal de Justiça também já decidiu várias vezes que deve deixar-se ao sujeito passivo a escolha entre, por um lado, o pagamento imediato do montante desse imposto e, por outro, o pagamento diferido do montante do referido imposto, acrescido, sendo caso disso, de juros, segundo a regulamentação nacional [18]. Uma cobrança parcelada do imposto relativo às mais-valias latentes em cinco anuidades, em vez de uma cobrança imediata, foi considerada pelo Tribunal de Justiça como uma medida proporcionada para realizar esse objetivo [19]. A legislação finlandesa, no entanto, não oferece essa possibilidade. Assim sendo, a regulamentação finlandesa constitui uma restrição desproporcionada à liberdade de estabelecimento.

39. A esta conclusão não se pode objetar, ao contrário do que sustentam a Finlândia e a Suécia, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à tributação à saída não se pode transpor para uma tributação da transferência de um estabelecimento estável mediante a cessão de participações sociais.

40. É certo que a transferência de um estabelecimento estável mediante a cessão de participações sociais constitui, tal como sustenta a Suécia, com razão, ao contrário da mera saída, um ato de realização que conduz em princípio ao apuramento e à tributação de mais-valias latentes. Contudo, a entrada de ativos mediante a cessão de participações sociais não constitui justamente uma verdadeira realização do valor do estabelecimento estável por meio de uma alienação, mas apenas uma medida de reestruturação. O estabelecimento estável não é vendido, mas transferido para uma pessoa coletiva na qual passa a haver uma participação mais forte que anteriormente. Tais reestruturações transfronteiriças devem ser justamente facilitadas pela Diretiva 90/434.

41. Além disso, não é realizada nenhuma liquidez financeira necessária para o pagamento do imposto, pelo contrário, a sociedade contribuidora obtém apenas títulos da sociedade beneficiária na medida correspondente. Esta circunstância é também o motivo pelo qual a Finlândia possibilita igualmente no caso de entradas de ativos não transfronteiriças - apesar da «realização» - uma reestruturação neutra do ponto de vista contabilístico. Tal não tributação num caso puramente interno não é exigida pela Diretiva 90/434.

17 Acórdãos de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 42); de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 47); de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 35); de 17 de julho de 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, n.º 25); de 15 de maio de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, n.º 27); e de 13 de dezembro de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, n.º 23).

18 Acórdãos de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 49); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.ºs 56 e seg., 58, 62); e de 16 de abril de 2015, Comissão/Alemanha (C-591/13, EU:C:2015:230, n.º 67 e jurisprudência citada).

19 Acórdãos de 23 de janeiro de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 64); e de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 52).

42. O objetivo da diretiva de facilitar as reestruturações transfronteiriças é tido em maior conta quando as reestruturações transfronteiriças - a serem tributadas — não o são imediatamente, mas apenas em prestações durante um prazo alargado.

43. Quando o Estado-Membro, apesar da «realização», não ordena nenhuma tributação em caso de transferência de um estabelecimento estável para o território nacional, a tributação imediata sem possibilidade de diferimento não constitui, em todo o caso, o meio mais suave, em face da falta de liquidez do sujeito passivo, de ter em conta a perda do direito de tributar do Estado-Membro na situação estrangeira.

44. Uma cobrança do imposto parcelada em várias anuidades permite igualmente ter em consideração a perda do poder tributário e mitiga significativamente a desigualdade (não tributação na situação nacional). Tal como a Comissão referiu na audiência, o Tribunal de Justiça já decidiu isso mesmo, de modo semelhante, no que se refere a diversas regulamentações de diferimento relativas a ganhos realizados para efeitos da renovação de equipamentos [20].

45. Acresce o facto de o devedor do imposto, ao contrário das situações de saída, se manter sob a competência territorial do credor do imposto, como a Comissão salienta, com razão. Uma cobrança alargada do imposto não implica neste caso quaisquer dificuldades administrativas que exijam uma tributação imediata. No caso vertente, portanto, em conformidade com a opinião da Comissão, é suficiente que, por um lado, a perda da possibilidade de tributação do Estado seja tida em conta através de uma última tributação, e por outro, a falta de liquidez do sujeito passivo o seja através de uma cobrança do imposto alargada no tempo.

46. Ao contrário do que sustenta a A Oy, não resulta das liberdades fundamentais que uma tributação deva necessariamente ser adiada até à «verdadeira» realização das mais-valias latentes. Uma vez que uma realização ulterior, tanto mais por um terceiro (a sociedade beneficiária), não é obrigatória — como, por exemplo, no caso de perdas de valor ulteriores ou da eliminação de ativos — e dificilmente pode ser controlada pela Finlândia, essa opinião contraria o princípio da preservação da repartição dos poderes tributários entre os Estados-Membros. De facto, conduziria à necessidade de ter em consideração igualmente as perdas posteriores de valor fora do âmbito da sua própria soberania tributária [21]. De acordo com o princípio da territorialidade fiscal conjugado com o princípio das datas-limite vigente no âmbito do direito fiscal, é igualmente admissível uma tributação das mais-valias latentes no momento da cessação do direito de tributar sem uma realização das mais-valias latentes, tanto mais por terceiros. O princípio da proporcionalidade apenas se opõe a uma tributação imediata.

b) *Proporcionalidade devido à dedução de um imposto fictício?*

47. A dedução de um imposto estrangeiro fictício prevista na legislação finlandesa e no artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 90/434 em nada altera essa conclusão. Esta produz efeitos «apenas» sobre o montante da carga fiscal numa situação transfronteiriça. Essa carga fiscal corresponde à totalidade da taxa do imposto, quando não ocorra nenhuma tributação no Estado beneficiário. Se o imposto (fictício) a deduzir for menos elevado, tem uma taxa de imposto reduzida; se o imposto (fictício) for mais elevado ou de igual montante, não existe qualquer carga fiscal.

20 Acórdão de 16 de abril de 2015, Comissão/Alemanha (C-591/13, EU:C:2015:230, n.os 71 e segs.).

21 Este princípio, segundo o qual não é obrigatório ter em conta os prejuízos, foi confirmado pelo Tribunal de Justiça várias vezes nos seus primeiros acórdãos. V. acórdãos de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.os 43 e segs.), e de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.os 56 e segs.). V., a esse respeito, as minhas conclusões no processo Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, n.os 61 e segs.).

48. Em conclusão, a dedução de um imposto estrangeiro evita «apenas», tal como sustentam a própria Finlândia e a Suécia, uma eventual dupla tributação. Mas a violação não consiste na dupla tributação. O direito da União não impõe a proibição da dupla tributação [22]. Mas se a dupla tributação não é uma questão relativa ao direito da União e, portanto, às liberdades fundamentais, *a contrario*, a prevenção da dupla tributação não pode influenciar a justificação da restrição de uma liberdade fundamental.

49. Isto é válido, em especial, quando através da dedução não se reduz a desigualdade da situação transfronteiriça em relação à situação interna. A desigualdade que deve ser justificada não consiste apenas no montante da tributação (ou da taxa do imposto), mas sim na *tributação imediata* da sociedade contribuidora numa situação transfronteiriça em comparação com a *não tributação* na chamada situação interna [23].

50. Em conclusão, o artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 90/434 não fixa uma taxa do imposto mais reduzida que a taxa do imposto «normal», antes definindo a taxa normal do imposto que os Estados-Membros podem cobrar numa situação transfronteiriça. Esta, ao contrário de outras taxas de imposto, é meramente variável e dependente de outros fatores (cálculo de um imposto estrangeiro fictício). A Diretiva 90/434, tal como referimos nos pontos 21 e 22 *supra*, não regula o momento em que essa taxa do imposto é cobrada. Todavia, isso pode deduzir-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à tributação à saída, acima referida.

51. Quando numa situação interna comparável não ocorre nenhuma tributação de medidas de reestruturação, o meio igualmente adequado e mais suave para efeitos da preservação do poder tributário é o do diferimento ou da cobrança do imposto de modo alargado no tempo (reduzido, se for caso disso) em caso de medidas de reestruturação numa situação transfronteiriça.

52. Isso é válido no caso vertente, tanto mais que através do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 90/434, ao contrário das situações de tributação à saída clássica, se mantém um poder tributário indireto sobre as mais-valias futuras do estabelecimento estável. Mas quando se mantém uma participação indireta noutras alterações de valor, uma tributação imediata (a uma determinada taxa de imposto) parece ainda menos proporcionada que no caso de uma saída na qual se perdem todas as ligações à matéria coletável.

53. Deste modo, mantém-se uma restrição injustificada da liberdade de estabelecimento. No entanto, compete ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se a incompatibilidade da legislação nacional com o direito da União pode ser evitada através de uma interpretação conforme com o direito da União, que consista no reconhecimento de um direito a um pagamento do imposto alargado no tempo, nos termos do direito processual tributário finlandês.

22 Acórdãos de 15 de abril de 2010, CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, n.os 27 e segs.), de 16 de julho de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, n.os 26 e segs.), e de 12 de fevereiro de 2009, Block (C-67/08, EU:C:2009:92, n.º 30 f.); bem como as conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:438, n.os 58 e segs.).

23 Ou seja, o estabelecimento estável situa-se no território nacional ou a sociedade beneficiária é uma sociedade nacional.

VI. Conclusão

54. À luz da exposição precedente, proponho responder às questões apresentadas pelo Helsingin hallinto oikeus (Tribunal Administrativo de Helsínquia, Finlândia), no seu conjunto, do seguinte modo:

O artigo 43.º CE, conjugado com o artigo 48.º CE (atual artigo 49.º TFUE, conjugado com o artigo 54.º TFUE) opõe-se a uma transposição do artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 90/434/CEE por uma regulamentação nacional que prevê uma tributação imediata apenas numa situação transfronteiriça de transferência de um estabelecimento estável estrangeiro para uma sociedade estrangeira, ao passo que essa tributação não ocorre numa situação interna. A dedução de um imposto estrangeiro fictício em nada altera esta conclusão porque essa dedução apenas evita uma dupla tributação e não uma tributação imediata.