CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 19 de Novembro de 2009 [1]

I — Introdução

1. O direito fiscal neerlandês confere às sociedades com sede no território nacional a possibilidade de formar uma unidade fiscal com as suas filiais nacionais. Daqui resulta, em particular, que os lucros e os prejuízos das sociedades implicadas são consolidados ao nível da sociedade-mãe e que as transacções realizadas no seio do grupo permanecem fiscalmente neutras. As filiais com sede noutro Estado-Membro não podem ser incluídas numa unidade fiscal.

2. O Hoge Raad tem dúvidas de que este tratamento diferenciado de filiais nacionais e estrangeiras possa ser justificado pelos motivos enunciados no acórdão Marks & Spencer [2] e nos acórdãos subsequentes [3], em particular para salvaguardar uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros.

3. Os Estados-Membros intervenientes no processo consideram que as disposições neerlandesas relativas à unidade fiscal são compatíveis com a liberdade de estabelecimento. A X Holding B.V. (a seguir «X Holding») e a Comissão defendem a opinião contrária. Elas indicam que o direito neerlandês permite que os estabelecimentos estrangeiros de uma sociedade neerlandesa sejam incluídos na unidade fiscal. Por conseguinte, tal também deveria ser possível no caso de filiais com sede noutros Estados-Membros.

II — Enquadramento jurídico

4. A convenção celebrada pelos Países Baixos e a Bélgica para evitar a dupla tributação, de 5 de Junho de 2001 [4] (a seguir «CDT»), dispõe,

1 — Língua original: alemão.

2 — Acórdão de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Colect., p. I-10837).

3 — V., em particular, os acórdãos de 7 de Setembro de 2006, N (C-470/04, Colect., p. I-7409), de 18 de Julho de 2007, Oy AA (C-231/05, Colect., p. I-6373), e de 15 de Maio de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Colect., p. I-3601).

4 — *Trb.* 2001, 136.

no seu artigo 7.º, n.º 1, de acordo com o modelo de convenção da OCDE, o seguinte:

«Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante […] só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua actividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua actividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.»

5. Se um sujeito passivo estabelecido nos Países Baixos auferir rendimentos que, de acordo com o artigo 7.º da convenção, estão sujeitos a imposto na Bélgica, os Países Baixos isentam estes rendimentos, nos termos do artigo 23.º, n.º 2, da CDT, conferindo uma redução do seu imposto prevista nas disposições neerlandesas para a prevenção da dupla tributação [5].

6. O artigo 15.º, n.º 1, da Wet op de vennootschapsbelasting 1969, na redacção de 2003 (Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, a seguir «Wet Vpb») regula da seguinte forma a unidade fiscal:

«Caso um contribuinte (a sociedade-mãe) detenha, jurídica e economicamente, pelo menos 95% das participações no capital nominal realizado de outro contribuinte (a filial), o imposto devido por estas sociedades é cobrado, a pedido de ambas, como se fossem *um único* contribuinte, considerando-se que as actividades e o património da filial fazem parte das actividades e do património da sociedade-mãe. O imposto é cobrado à sociedade-mãe. Uma unidade fiscal pode ser constituída por mais de uma filial.»

7. Nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea c), da Wet Vpb, só é possível a constituição de uma unidade fiscal entre sujeitos passivos com sede nos Países Baixos. O n.º 4 do artigo 15.º prevê uma excepção a esta regra para as sociedades sedeadas na União Europeia, desde que disponham de um estabelecimento estável nos Países Baixos, cujos rendimentos estejam sujeitos à tributação nos Países Baixos, em virtude de uma convenção para evitar a dupla tributação.

8. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, as disposições relativas à unidade fiscal visam permitir que os lucros e os

5 — V., a este respeito, as disposições do Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (Decreto de 2001 para evitar a dupla tributação), referidas nos n.os 10 e 11 das presentes conclusões.

prejuízos de diferentes sociedades pertencentes à unidade fiscal possam ser compensados durante o mesmo exercício fiscal. Para além disso, a transferência de bens patrimoniais entre duas sociedades pertencentes à unidade fiscal e as prestações de serviços realizadas no seio da unidade fiscal mantêm-se neutras no plano fiscal.

9. Se uma filial não integrar uma unidade fiscal, os prejuízos dessa sociedade não podem ser compensados com o lucro da sociedade-mãe. As acções na filial constituem, para a sociedade-mãe, participações sociais. Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Wet Vpb, os resultados (positivos ou negativos) provenientes de participações sociais não são considerados na determinação dos lucros. Um prejuízo decorrente de uma participação (prejuízo resultante de uma redução do valor) não pode, pois, em princípio, ser deduzido ao lucro tributável da sociedade-mãe. No entanto, o artigo 13d da Wet Vpb permite, em determinadas condições, deduzir dos lucros o prejuízo sofrido com a liquidação de uma participação social.

10. No que diz respeito ao tratamento fiscal dos lucros de estabelecimentos estrangeiros, o artigo 33.º do Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (Decreto de 2001 para evitar a dupla tributação) prevê que os referidos rendimentos são contabilizados na matéria colectável da sociedade principal nos Países Baixos. Simultaneamente, são isentos do imposto na medida em que é deduzido da dívida fiscal um valor correspondente ao imposto nacional sobre as sociedades.

11. Nos termos do artigo 35.º do referido decreto, se o prejuízo de um estabelecimento estável no estrangeiro implicar uma redução da matéria colectável neerlandesa, os resultados positivos futuros desse estabelecimento estável só serão isentados na medida em que excederem os prejuízos anteriormente deduzidos (regime de recuperação).

III — Matéria de facto, questões prejudiciais e processo

12. A X Holding B.V. é uma sociedade de capitais com sede nos Países Baixos. Ela detém todas as acções da sociedade F.N.V. (a seguir «F»), com sede na Bélgica. A F não tem qualquer estabelecimento estável nos Países Baixos e, de resto, não está sujeita, nesse Estado, ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas.

13. Em 2003, a X Holding e a F requereram o seu reconhecimento como unidade fiscal. Este pedido foi indeferido pela administração fiscal, devido ao facto de a F não estar sedeada nos Países Baixos. Após ter contestado esta recusa em primeira instância, sem êxito, a X Holding interpôs recurso para o Hoge Raad. Baseou o seu recurso na violação da liberdade de estabelecimento, consagrada nos artigos 43.º CE e 48.º CE.

14. O Hoge Raad submeteu a seguinte questão ao Tribunal de Justiça, para que este decida a título prejudicial:

«O artigo 43.º CE, conjugado com o artigo 48.º CE, deve ser interpretado no sentido de que obsta a que uma norma nacional [...], segundo a qual uma sociedade-mãe e a sua filial podem optar por que o imposto por elas devido seja cobrado à sociedade-mãe estabelecida neste Estado-Membro, como se houvesse um único sujeito passivo, reserve essa opção a sociedades sujeitas, no que respeita à tributação dos lucros, à jurisdição fiscal do Estado em questão?»

15. No processo perante o Tribunal de Justiça, apresentaram observações a X Holding, os Governos neerlandês, alemão, espanhol, francês, português e sueco, o Governo do Reino Unido, bem como a Comissão das Comunidades Europeias.

IV — Apreciação jurídica

16. O órgão jurisdicional de reenvio solicita a interpretação do artigo 43.º CE, em conjugação com o artigo 48.º CE, no que toca à compatibilidade das disposições neerlandesas relativas à unidade fiscal com a liberdade de estabelecimento.

17. Incluem-se no âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento as disposições nacionais que apenas são aplicáveis a participações que permitem exercer uma influência real nas decisões da sociedade e determinar as suas actividades [6]. Neste sentido, as disposições jurídicas que regulam apenas as relações internas de um grupo de sociedades afectam sobretudo a referida liberdade fundamental [7].

18. A constituição de uma unidade fiscal de acordo com as disposições aplicáveis no processo principal pressupõe que um sujeito passivo (a sociedade-mãe) detenha, jurídica e economicamente, pelo menos 95% das participações no capital nominal realizado de outro sujeito passivo (a filial).

19. Por conseguinte, as disposições neerlandesas relativas à unidade fiscal regulam apenas situações em que exista uma participação com uma influência dominante. Neste sentido, são abrangidas pelo âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento.

20. Não é necessário proceder, além disso, a uma análise individual de acordo com as

6 — V. acórdãos de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 21), Oy AA (já referido na nota 3, n.º 20), de 2 de Outubro de 2008, Heinrich Bauer Verlag (C-360/06, Colect., p. I-7333, n.º 27), e de 22 de Dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, Colect., p. I-10767, n.º 25).

7 — V., neste sentido, os acórdãos de 12 de Dezembro de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Colect., p. I-11753, n.º 118), e Oy AA (já referido na nota 3, n.º 23).

disposições relativas à livre circulação de capitais, mesmo que as operações em causa possam, em princípio, ser também consideradas um exercício desta liberdade [8].

A — *Restrição à liberdade de estabelecimento*

21. A liberdade de estabelecimento inclui, 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 na Comunidade Europeia, o direito de exercerem a sua actividade noutros Estados-Membros através de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência [9].

22. Embora, de acordo com o seu teor literal, as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento visem assegurar o direito a um tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, elas opõem-se igualmente a que o Estado-Membro de origem dificulte ou torne menos atractivo o estabelecimento noutro Estado-Membro de um dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação [10].

23. As regras relativas à unidade fiscal permitem apenas a inclusão de filiais nacionais. Por conseguinte, as sociedades neerlandesas e as suas filiais com sede noutro Estado-Membro devem ser tributadas de forma independente. De acordo com a X Holding, a tributação separada das várias sociedades de um grupo de empresas apresenta, no entanto, quatro desvantagens em comparação com o tratamento como unidade fiscal:

— Todas as sociedades são obrigadas a entregar a sua própria declaração de impostos, o que implica encargos adicionais em relação a uma declaração de impostos única para todo o grupo.

— Os lucros e os prejuízos das sociedades não podem ser compensados directamente entre si.

8 — V., neste sentido, os acórdãos de 12 de Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Colect., p. I-7995, n.º 33), Oy AA (já referido na nota 3, n.º 24), e de 18 de Junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Colect., p. I-5145, n.º 35).

9 — Acórdãos de 21 de Setembro de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Colect., p. I-6161, n.º 35), Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 30), e Aberdeen Property Fininvest Alpha (já referido na nota 7, n.º 37).

10 — V. acórdãos de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695, n.º 21), Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 31), e de 27 de Novembro de 2008, Papillon (C-418/07, Colect., p. I-8947, n.º 16).

— Não é possível realizar reestruturações no seio do grupo empresarial (por exemplo transferir bens económicos) sem que isso tenha consequências fiscais.

— Os negócios entre as sociedades não são neutros no plano fiscal. Isto aumenta as formalidades administrativas, na medida em que é necessária, por exemplo, a documentação relativa aos preços das transferências.

24. Tal como também é confirmado pelo órgão jurisdicional de reenvio, a constituição de uma unidade fiscal é, por conseguinte, vantajosa, equiparando em termos fiscais a forma de organização de um grupo de empresas, que abrange várias sociedades, a uma sociedade integrada com vários estabelecimentos. Atendendo a este facto, têm pouco peso as eventuais desvantagens resultantes da integração numa unidade fiscal, como por exemplo o facto de a taxa de tributação reduzida para lucros até 22 689 euros ser aplicável apenas uma vez.

25. No entanto, esta modalidade de organização mais vantajosa em termos fiscais só é acessível às sociedades-mãe com sede nos Países Baixos em relação às suas filiais nacionais. Este tratamento diferenciado de acordo com a sede da filial é susceptível de levantar obstáculos à criação, à aquisição ou à detenção de participações importantes em sociedades de outros Estados-Membros, ou de as tornar menos atractivas. Por conseguinte, representa uma restrição à liberdade de estabelecimento.

26. Os Governos neerlandês, alemão e português alegam, no entanto, que o caso da filial nacional não pode ser equiparado ao caso de uma filial com sede noutro Estado-Membro, na medida em que esta última não está sujeita à jurisdição fiscal do Estado da sede da sociedade-mãe. Por conseguinte, não pode ser integrada numa unidade fiscal, cujo total dos lucros seria tributado na sede da sociedade-mãe. O tratamento diferenciado destas situações não constitui, por isso, uma discriminação proibida nem — no entender do Governo neerlandês — uma restrição à liberdade de estabelecimento.

27. A este respeito, importa recordar a jurisprudência constante, nos termos da qual a sede da sociedade, na acepção do artigo 48.º CE, serve para determinar, à semelhança da nacionalidade das pessoas singulares, a sua subordinação à ordem jurídica de um Estado-Membro. Em direito fiscal, a sede de uma sociedade pode, é certo, constituir um critério que permite justificar normas nacionais que impliquem uma diferença de tratamento entre contribuintes residentes e não residentes. No entanto, a

sede nem sempre é um critério de distinção justificado. Com efeito, admitir que o Estado-Membro de estabelecimento possa livremente aplicar um tratamento diferente, unicamente pelo facto de a sede de uma sociedade estar situada noutro Estado-Membro, esvaziaria o artigo 43.º CE do seu conteúdo [11].

28. Por conseguinte, do facto de o poder de tributação estar ligado à sede também não resulta a impossibilidade de comparar, desde logo, situações puramente internas e situações que envolvem um outro Estado-Membro.

29. Pelo contrário, em cada caso concreto há que analisar se a limitação da aplicação de um benefício fiscal aos contribuintes residentes se baseia em critérios objectivos pertinentes, susceptíveis de justificar a diferença de tratamento [12]. Neste contexto, ao apreciar a justificação pode ser tida em conta, em especial, a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros [13].

B — *Justificação*

30. Uma restrição à liberdade de estabelecimento só pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral. Mas é ainda necessário, nessa hipótese, que a restrição seja adequada a garantir a realização do objectivo em causa e que não ultrapasse o que é necessário para atingir esse objectivo [14].

31. No acórdão Marks & Spencer, o Tribunal de Justiça reconheceu, como é sabido, a preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros como razão imperiosa de interesse geral, que é susceptível de justificar uma restrição às liberdades fundamentais [15]. A este respeito, considerou inicialmente elementos conexos o objectivo de evitar a dupla utilização dos prejuízos e a luta contra a evasão ou a fraude fiscal [16] [17]. Posteriormente, o Tribunal de Justiça reconheceu a defesa da repartição equilibrada do poder de tributação como justificação, mesmo

11 — V., neste sentido, os acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França (270/83, Colect., p. 273, n.º 18), de 13 de Julho de 1993, Commerzbank (C-330/91, Colect., p. I-4017, n.º 13), e de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-.1727, n.º 42), Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 37), Oy AA (já referido na nota 3, n.º 30), e Papillon (já referido na nota 9, n.º 26).

12 — Acórdão Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 38).

13 — V. as minhas conclusões de 12 de Setembro de 2006 no processo Oy AA (C-231/05, Colect., p. I-6373, n.º 27).

14 — V. acórdãos Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 35), Lidl Belgium (já referido na nota 3, n.º 27), e Aberdeen Property Fininvest Alpha (já referido na nota 7, n.º 57).

15 — Acórdão Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 45).

16 — Na versão francesa dos acórdãos pertinentes, ou seja a versão na qual os acórdãos são deliberados, é utilizado de modo uniforme o conceito de «évasion fiscale». Assim, os termos «Steuerflucht» e «Steuerumgehung» parecem ser apenas duas traduções diferentes do mesmo conceito francês, pelo que têm o mesmo significado. Por conseguinte, utilizarei a seguir apenas o conceito de evasão fiscal.

17 — Acórdão Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.ºs 47, 49 e 51).

quando não existiam ambos os elementos adicionais [18].

32. Com o reconhecimento desta justificação, o Tribunal de Justiça atende à circunstância de que a cobrança dos impostos directos é um elemento central da competência dos Estados-Membros [19]. Na falta de uma harmonização pelo direito comunitário, compete igualmente aos Estados-Membros definir os critérios de repartição das suas competências fiscais, através da celebração de convenções para evitar a dupla tributação ou de medidas unilaterais [20]. Como o Tribunal de Justiça também declarou, não deixa de ser útil que os Estados-Membros se inspirem na prática internacional e nos modelos de convenção elaborados pela OCDE [21].

33. Enquanto nos processos Marks & Spencer, Oy AA e Lidl estava em primeiro plano a transferência de prejuízos ou lucros entre sociedades ou estabelecimentos nacionais e estrangeiros, as disposições sobre a unidade fiscal vão mais longe. Neste sentido, a X Holding indica um total de quatro vantagens relacionadas com a criação de uma unidade fiscal, que lhe são negadas em relação à sua filial estrangeira (v. n.º 23 *supra*).

34. No que diz respeito à possibilidade, referida pela X Holding, de uma declaração de impostos para o conjunto da unidade fiscal, importa desde logo referir que uma simplificação correspondente está manifestamente excluída no caso transfronteiriço. De modo a que as sociedades sedeadas em Estados-Membros diferentes possam ser tributadas no Estado-Membro da sua sede de acordo com a repartição do poder de tributação nos termos das disposições aí aplicáveis, devem entregar às administrações fiscais competentes declarações de impostos separadas. Seria concebível apenas que os resultados da filial estrangeira de uma sociedade neerlandesa fossem *adicionalmente* tidos em conta na declaração de impostos da sociedade-mãe aquando da constituição de uma unidade fiscal transfronteiriça. No entanto, isso não representaria uma verdadeira simplificação para a filial, que teria ainda de entregar a sua própria declaração de impostos no Estado da sua sede.

35. Importa, pelo contrário, apreciar se é justificado que não se conceda as restantes vantagens da unidade fiscal, nomeadamente a consolidação dos resultados antes de impostos da sociedade-mãe e da filial, em caso de participações transfronteiriças.

18 — Acórdãos Oy AA (já referido na nota 3, n.º 60) e Lidl Belgium (já referido na nota 3, n.º 40).

19 — V. acórdãos Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 29), Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (já referido na nota 7, n.º 40), e Aberdeen Property Fininvest Alpha (já referido na nota 7, n.º 24).

20 — V. acórdãos de 12 de Maio de 1998, Gilly (C-336/96, Colect., p. I-2793, n.os 24 e 30), de 23 de Fevereiro de 2006, Van Hilten-Van der Heijden (C-513/03, Colect., p. I-1957, n.º 47), e Oy AA (já referido na nota 3, n.º 52).

21 — Acórdãos Gilly (já referido na nota 19, n.º 31), van Hilten-Van der Heijden (já referido na nota 20, n.º 48), e Lidl Belgium (já referido na nota 3, n.º 22).

1. Quanto à exclusão da consolidação de lucros e prejuízos

36. Os Estados-Membros intervenientes entendem que a restrição do regime da unidade fiscal a sociedades nacionais é justificada para salvaguardar uma repartição equilibrada do poder tributário.

— Salvaguarda da repartição do poder tributário

37. Os Estados-Membros sublinham que, nos termos da CDT, os Países Baixos não têm o direito de tributar os lucros de uma sociedade estabelecida na Bélgica. De acordo com a repartição do poder tributário baseada no princípio da territorialidade, é a Bélgica que, como Estado da sede, tem o direito de tributar os rendimentos da F. Por conseguinte, a F não pode ser incluída numa unidade fiscal sob o controlo da X Holding, que é um sujeito passivo nos Países Baixos.

38. A X Holding e a Comissão não contestam que os lucros de uma filial estrangeira não são tributáveis nos Países Baixos. Elas remetem, no entanto, para o facto de a criação de uma unidade fiscal no território nacional conduzir a uma equiparação, em termos fiscais, das filiais a estabelecimentos estáveis. Por conseguinte, exigem, por analogia, que as filiais estrangeiras sejam tratadas como estabelecimentos estáveis estrangeiros no âmbito de uma unidade fiscal transfronteiriça. A X Holding alega que esta era a prática anteriormente seguida e aprovada pelo Hoge Raad num acórdão de 2002 [22].

39. Segundo elas, os prejuízos de um estabelecimento estável estrangeiro podem ser compensados com os lucros da sociedade principal no mesmo período de tributação. De acordo com o denominado regime de recuperação, nos anos seguintes os lucros do estabelecimento estável não serão isentos de impostos nos Países Baixos até que os prejuízos transferidos voltem a estar compensados. Deste modo, a repartição do poder tributário não é afectada, evitando-se apenas a desvantagem de tesouraria que se cria quando os prejuízos do estabelecimento estável apenas podem ser compensados com lucros próprios num período de tributação posterior no seu Estado de estabelecimento.

40. A este respeito, importa referir que a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros pode tornar necessária a aplicação às actividades econó-

22 — Acórdão de 24 de Maio de 2002 (N.º 37220, BNB 2002/320).

micas das sociedades estabelecidas num desses Estados apenas das respectivas normas fiscais, tanto no que diz respeito aos lucros como aos prejuízos [23], o que é exigido pelo princípio da simetria do tratamento fiscal de lucros e prejuízos [24].

41. A alternativa à aplicação integral do regime da unidade fiscal, proposta pela X Holding e pela Comissão, vai, no entanto, no sentido de uma dedução isolada dos prejuízos na sede da sociedade-mãe.

42. Nos termos da jurisprudência, conceder às sociedades a faculdade de optarem pela dedução dos seus prejuízos no Estado-Membro do seu estabelecimento ou noutro Estado-Membro comprometeria sensivelmente a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, dado que a matéria colectável seria aumentada no primeiro Estado e diminuída no segundo, até ao montante dos prejuízos transferidos [25].

43. Neste contexto, a Comissão alega que, ao contrário de um puro regime de transferência de prejuízos (*group relief*), tal como foi apreciado no processo Marks & Spencer, a inclusão de filiais estrangeiras numa unidade fiscal não permite deslocar arbitrariamente prejuízos entre os Estados-Membros. A unidade fiscal, à qual os prejuízos podem exclusivamente ser imputados, é sempre tributada na sede da sociedade-mãe.

44. Este argumento apresentado pela Comissão não elimina, no entanto, a ingerência na repartição do poder tributário que se arriscaria em caso de admissão de uma unidade fiscal transfronteiriça no sentido desejado pela X Holding.

45. Na medida em que os sujeitos passivos têm a faculdade de se agrupar numa unidade fiscal ou de voltar a dissolvê-la, o grupo de empresas poderia escolher livremente o regime fiscal aplicável aos prejuízos da filial e o local da consideração dos mesmos. Se a F não fosse incluída na unidade fiscal, os seus prejuízos apenas seriam tidos em consideração na sua sede na Bélgica. Se a X Holding e a F, pelo contrário, pudessem constituir uma unidade fiscal nos termos descritos, os prejuízos da F diminuiriam o lucro tributável da X Holding nos Países Baixos.

46. O facto de a transferência de prejuízos nos termos do modelo preconizado pela X

23 — V. acórdão Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 45), Oy AA (já referido na nota 3, n.º 54), e Lidl Belgium (já referido na nota 3, n.º 31).

24 — V., a este respeito, os acórdãos Lidl Belgium (já referido na nota 3, n.º 33), e de 23 de Outubro de 2008, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Colect., p. I-8061, n.os 42 e 44).

25 — V. os acórdãos Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 46), e Oy AA (já referido na nota 3, n.º 55).

Holding e pela Comissão apenas ser possível num sentido, designadamente da filial estrangeira para a sociedade-mãe com sede nos Países Baixos, não altera em nada a ingerência na repartição do poder tributário descrita. No processo Lidl, o Tribunal de Justiça teve também de apreciar apenas o tratamento fiscal dos prejuízos de estabelecimentos estáveis estrangeiros no âmbito da tributação da sociedade principal nacional. Como é sabido, não considerou que se devesse tomar em conta os prejuízos por motivos de repartição da competência tributária [26].

47. Importa, porém, apreciar se a exclusão total das filiais com sede noutro Estado-Membro do sistema de consolidação de resultados da unidade fiscal é desproporcionada, na medida em que ultrapassa aquilo que é necessário para salvaguardar a repartição do poder tributário.

48. Neste sentido, importa ter em conta que as disposições relativas à imputação de prejuízos de estabelecimentos estáveis estrangeiros em virtude do regime de recuperação apenas produzem um efeito transitório. A aplicação das referidas disposições a filiais estrangeiras poderia, por conseguinte, representar um meio menos restritivo que a exclusão total da transferência de prejuízos. Tal seria o caso se um regime deste tipo afectasse menos a liberdade de estabelecimento mas ainda tivesse devidamente em conta a repartição do poder tributário.

26 — Acórdão Lidl Belgium (já referido na nota 3, n.os 31 a 34).

49. No entanto, no acórdão Lidl o Tribunal de Justiça — ao contrário do proposto pela advogada-geral E. Sharpston nas conclusões [27] — não considerou necessária a aplicação de uma transferência provisória de prejuízos, associada a um regime de tributação *a posteriori*, de forma a evitar uma desvantagem de tesouraria.

50. Como é evidente, os Estados-Membros são livres de aplicar disposições favoráveis correspondentes em relação a estabelecimentos estáveis com sede noutro Estado-Membro [28], mas a liberdade de estabelecimento não os vincula a agir desse modo. Com efeito, ao aceitar a compensação temporária dos prejuízos de um estabelecimento estável estrangeiro com os lucros da empresa nacional, o Estado-Membro está a abdicar de uma tributação imediata dos referidos lucros. Ao atender aos prejuízos estrangeiros, o Estado-Membro tolera, por seu lado, uma desvantagem de tesouraria, apesar de, nos termos da CDT, ter de isentar do imposto os rendimentos positivos do estabelecimento estável [29]. Até à tributação posterior

27 — Conclusões de 14 de Fevereiro de 2008 no processo Lidl (C-414/06, Colect., p. I-3601, n.os 23 e segs.).

28 — No acórdão Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (já referido na nota 24, n.º 43), o Tribunal de Justiça considerou coerente uma regulamentação correspondente.

29 — Neste contexto, importa salientar que o presente caso não pode ser equiparado à situação que esteve na origem do acórdão de 29 de Março de 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Colect., p. I-2647). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça levantou objecções a uma desvantagem de tesouraria provocada por diferentes regras no domínio das amortizações em relação ao valor de participações nacionais e estrangeiras. Tratava-se, por conseguinte, dos próprios prejuízos da sociedade-mãe, que deveriam ser tidos em consideração no Estado da sua sede (v. n.º 48 do acórdão Rewe). No presente caso, no entanto, devem ser tidos em consideração na sede da sociedade-mãe os prejuízos de uma filial sujeita a imposto noutro Estado-Membro.

dos lucros nos termos do regime de recuperação, não está, por conseguinte, assegurada a simetria da tributação de lucros e prejuízos [30].

51. Caso um Estado-Membro decida permitir a imputação temporária de prejuízos de um estabelecimento estável estrangeiro na sede principal da empresa, tal não significa que deva alargar este privilégio também a filiais estrangeiras. Com efeito, os estabelecimentos estáveis e as filiais noutro Estado-Membro não se encontram, no que diz respeito à repartição do poder tributário, numa situação comparável.

52. Importa a este respeito ter em consideração que o poder tributário, em geral, está ligado a dois critérios: a sede de uma empresa e o local da sua actividade económica. No Estado da sede, uma sociedade está sujeita a uma obrigação fiscal ilimitada no que diz respeito a todos os seus rendimentos a nível mundial. Simultaneamente, está sujeita a uma obrigação fiscal limitada nos Estados em que exerce uma actividade económica, sem aí ter a sua sede, em relação aos lucros respectivamente obtidos nesses Estados.

53. Na medida em que uma filial tem personalidade jurídica autónoma, está sujeita a uma obrigação fiscal ilimitada no Estado da sua sede. O Estado da sede da sociedade-mãe não tem o direito de tributar os lucros não distribuídos da sua filial não residente. Um estabelecimento estável, pelo contrário, não tem personalidade jurídica autónoma. Os seus lucros são considerados lucros da sociedade que o detém e são integralmente tributáveis na sede principal da mesma sociedade. Simultaneamente, o Estado em que se situa o estabelecimento estável tem um direito de tributação limitado em relação a estes rendimentos.

54. O artigo 7.º, n.º 1, da CDT reparte o poder tributário nestes termos. De forma a evitar uma dupla tributação dos rendimentos de estabelecimentos estáveis, o artigo 23.º, n.º 2, da CDT obriga o Estado da sede principal da sociedade a isentar estes rendimentos do imposto. Mesmo que o Estado-Membro não exerça o seu poder tributário em relação aos rendimentos dos estabelecimentos estáveis, de forma a evitar a dupla tributação, este não deixa de se manter de forma latente. Isto torna-se particularmente claro quando, em vez do método da isenção, se opta pelo método da imputação para evitar a dupla tributação.

55. Ao fundar uma filial estrangeira, a sociedade-mãe abandona, por conseguinte, também o domínio do poder tributário do seu Estado de residência e sujeita a filial a uma

30 — O que é reconhecido pela advogada-geral E. Sharpston, que acaba, no entanto, por conceder prioridade à liberdade de estabelecimento relativamente à afectação temporária da repartição do poder tributário [conclusões no processo Lidl (já referidas na nota 26, n.ºs 24 e 25)].

obrigação fiscal ilimitada no Estado-Membro de acolhimento. Ao constituir um estabelecimento estável, a empresa também se sujeita ao poder tributário do Estado-Membro de acolhimento, mas *sem* subtrair integralmente esta parte da empresa ao poder tributário do Estado de origem.

56. Por conseguinte, a aplicação analógica das disposições relativas ao tratamento fiscal de estabelecimentos estáveis estrangeiros a filiais estrangeiras provocaria um alargamento do poder tributário do Estado da sede da sociedade-mãe [31].

57. A este respeito, a X Holding alega que o referido alargamento do poder tributário não se verifica às custas do Estado da sede da filial caso se restringisse a uma compensação temporária dos prejuízos da filial com os lucros da sociedade-mãe. A este argumento deve-se opor que a consideração isolada dos prejuízos da filial não residente afecta o direito do Estado da sede da sociedade-mãe de tributar os lucros desta e contraria o princípio da tributação simétrica de lucros e prejuízos.

58. Apesar de o artigo 43.º, primeiro parágrafo, segunda frase, CE conceder expressamente aos operadores económicos a possibilidade de escolher livremente a forma jurídica apropriada para o exercício das suas actividades noutro Estado-Membro, essa livre escolha não deve ser limitada no Estado de acolhimento por disposições fiscais discriminatórias [32].

59. No que toca às obrigações do Estado-Membro de origem, o Tribunal de Justiça concluiu que a autonomia fiscal, de que os Estados-Membros beneficiam no estado actual de harmonização do direito fiscal comunitário, implica que os Estados-Membros sejam livres de determinar as condições e o nível de tributação das diferentes formas de estabelecimento das sociedades nacionais que operam no estrangeiro, desde que lhes concedam um tratamento que não seja discriminatório em relação aos estabelecimentos nacionais comparáveis [33].

60. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça entende que apenas as disposições aplicáveis à correspondente forma de estabelecimento no território nacional servem como critério de comparação para o tratamento fiscal de

31 — Uma tal extensão da competência fiscal do Estado da sede de uma sociedade aos lucros da sua filial estrangeira não é, todavia, totalmente excluída pelo direito comunitário. Ela pode, por razões relativas à luta contra abusos, ser justificada em casos muito limitados [v. acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (já referido na nota 8, n.º 59)]. No caso presente não se verifica, no entanto, uma situação excepcional deste tipo.

32 — V. acórdãos Comissão/França (já referido na nota 10, n.º 22), de 23 de Fevereiro de 2006, CLT-UFA (C-253/03, Colect., p. I-1831, n.º 14), e Oy AA (já referido na nota 3, n.º 40), bem como o despacho de 4 de Junho de 2009, KBC Bank (C-439/07 e C-499/07, Colect., p. I-4409, n.º 77).

33 — Acórdão de 6 de Dezembro de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Colect., p. I-10451, n.ºs 51 e 53), e despacho KBC Bank (já referido nota 32, n.º 80).

actividades no estrangeiro de uma empresa nacional. Os estabelecimentos estáveis nacionais devem ser comparados com estabelecimentos estáveis estrangeiros e as filiais nacionais com filiais estrangeiras. Em contrapartida, o direito comunitário não exclui que o Estado-Membro de origem aplique a estabelecimentos estáveis estrangeiros um regime fiscal que difere do das filiais estrangeiras.

61. Estas constatações em relação às obrigações do Estado-Membro de acolhimento, por um lado, e do Estado-Membro de origem, por outro, não se contradizem, correspondendo, pelo contrário, à diferente amplitude dos poderes tributários.

62. Na medida em que o Estado-Membro de acolhimento tributa, em regra, qualquer actividade económica exercida no seu território, quer por uma filial (contribuinte residente) quer por um estabelecimento estável de uma sociedade com sede (principal) noutro Estado-Membro (contribuinte não residente), também não pode tratar de forma diferente estas formas de estabelecimento ao cobrar o imposto. O Estado-Membro de origem apenas tem, pelo contrário, o direito de tributar um estabelecimento estável estrangeiro, mas não o direito de tributar uma filial com sede noutro Estado-Membro. Por conseguinte, ao cobrar o imposto o Estado-Membro de origem também não está obrigado a tratar de forma igual estas duas formas de estabelecimento no estrangeiro.

63. Assim, há que constatar, como conclusão provisória, que a restrição à liberdade de estabelecimento, que resulta do facto de uma filial com sede noutro Estado-Membro não poder, para efeitos de consolidação de resultados, ser incluída numa unidade fiscal nos termos do direito neerlandês, é justificada para salvaguardar a repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

— Risco de dupla utilização dos prejuízos

64. O Tribunal de Justiça admitiu ainda que os Estados-Membros devem poder prevenir o risco da dupla utilização dos prejuízos [34].

65. No entender do órgão jurisdicional de reenvio e dos Governos intervenientes, corre-se este risco se os prejuízos da F pudessem ser compensados com os lucros da X Holding no âmbito de uma unidade fiscal nos Países Baixos. Segundo eles, é concebível que os prejuízos da F fossem igualmente considerados na Bélgica, por exemplo aquando da inclusão numa unidade fiscal local, através da transferência para um terceiro ou de um reporte de prejuízos para outros exercícios fiscais.

34 — Acórdãos Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 47), Rewe Zentralfinanz (já referido na nota 29, n.º 47), e Lidl Belgium (já referido na nota 3, n.º 35).

66. A este respeito, a X Holding alega que o regime de recuperação exclui a possibilidade de recorrer, no âmbito de uma unidade fiscal, por diversas vezes a prejuízos compensados nos Países Baixos através de um reporte de prejuízos. Para além disso, nenhuma das outras vias referidas pelo Hoge Raad para continuar a utilizar os prejuízos é admissível à luz do direito belga. A Comissão acrescenta que uma compensação de prejuízos nos Países Baixos poderia estar condicionada à prova de que o prejuízo não foi tido em consideração de outra forma no Estado da sede da filial.

67. Efectivamente, nas condições descritas pelo órgão jurisdicional de reenvio e pelos Governos intervenientes, os prejuízos podem eventualmente ser imputados, durante o mesmo período tributário, tanto na sede da sociedade-mãe como na sede da filial [35].

68. A exclusão das filiais estrangeiras de uma unidade fiscal neerlandesa é adequada a eliminar o referido risco da dupla utilização dos prejuízos, mas poderá exceder aquilo que é necessário para esse efeito.

69. As disposições internas não permitem a inclusão de uma filial estrangeira numa unidade fiscal, mesmo no caso de as empresas demonstrarem que uma dupla utilização dos prejuízos está excluída devido à configuração do direito fiscal no Estado da sede da filial. Tal como a Comissão propõe, considerar os prejuízos estrangeiros quando o sujeito passivo conseguir provar que os prejuízos na sede da filial não foram efectivamente aplicados noutro lado constituiria uma medida menos restritiva a ter em conta [36]. No entanto, neste caso o Estado da sede da sociedade-mãe deveria também poder controlar as informações prestadas, por exemplo em aplicação da Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos directos e dos impostos sobre os prémios de seguro [37] [38].

70. Todavia, esta questão não necessita de uma resposta definitiva, na medida em que, pelo menos para a salvaguarda da repartição do poder tributário, é justificado excluir a constituição de unidades fiscais transfronteiriças com o objectivo de compensar prejuízos. Este motivo de justificação também se aplica quando não existe simultaneamente um risco de uma dupla utilização dos prejuízos ou

35 — V. igualmente, quanto ao risco de dupla consideração dos prejuízos no caso de grupos transfronteiriços de empresas, acórdão Papillon (já referido na nota 10, n.os 46 e segs.).

36 — V., neste sentido, acórdão Papillon (já referido na nota 10, n.os 55 e segs.).

37 — JO L 336, p. 15; EE 09 F1 p. 94, alterada em último lugar pela Directiva 2006/98/CE, do Conselho, de 20 de Novembro de 2006 (JO L 363, p. 129).

38 — A referida directiva não se aplica a países terceiros, incluindo os Estados do Espaço Económico Europeu, mas neste caso as cláusulas relativas à prestação de informações em convenções para evitar a dupla tributação poderiam eventualmente assegurar a troca de informações necessária para exercer o controlo devido [v., a este respeito, as minhas conclusões de 16 de Julho de 2009, Comissão/Itália (C-540/07, ainda não publicadas na Colectânea, n.os 75 e segs.)].

quando esse risco possa ser eliminado de outro modo [39].

— Risco de evasão fiscal

71. Por último, no que diz respeito ao terceiro elemento de justificação do acórdão Marks & Spencer, o risco de evasão fiscal [40], já nas minhas conclusões no processo Oy AA remeti para o facto de não considerar o referido elemento, a par da preservação da repartição do poder tributário, um motivo de justificação autónomo quando está em causa a exclusão de transferências transfronteiriças de lucros [41]. Isto aplica-se igualmente no caso da imputação de prejuízos de uma filial estrangeira aquando da tributação da sociedade-mãe nacional.

72. Caso se entenda que existe evasão fiscal quando uma empresa, desrespeitando a repartição do poder tributário, pode escolher livremente em que Estado sujeita os seus rendimentos ao imposto, esse motivo de justificação também se aplica no presente caso. Com efeito, se um grupo de empresas tivesse a liberdade de incluir filiais estrangeiras na unidade fiscal, ou de voltar a retirá-las do círculo de consolidação, as sociedades poderiam controlar a consideração dos prejuízos e influenciar a matéria colectável na sede da unidade fiscal [42].

2. Reestruturação neutra em termos fiscais e transferência de bens económicos

73. A X Holding invoca ainda que, para além da compensação dos prejuízos, também é excluída uma reestruturação neutra, em termos fiscais, das sociedades quando estas não podem formar uma unidade fiscal. Particularmente a transferência de bens económicos entre uma sociedade-mãe neerlandesa e a sua filial com sede noutro Estado-Membro não seria possível de realizar sem consequências fiscais.

74. Da análise que precede resulta, desde logo, que, pelo menos em partes essenciais, o regime da unidade fiscal não necessita de ser alargado a grupos transfronteiriços de empresas, de forma a respeitar a liberdade de estabelecimento. O órgão jurisdicional de reenvio considera, contudo, a possibilidade de aplicar apenas aspectos parciais do referido regime no caso transfronteiriço. No entanto, parece duvidoso que as reestruturações

39 — V. *supra*, o n.º 32 das presentes conclusões, com outras referências. No processo Lidl Belgium, é significativo que este elemento de justificação não tenha sido invocado em separado.

40 — V. acórdão Marks & Spencer (já referido na nota 2, n.º 49).

41 — Conclusões no processo Oy AA (já referidas na nota 13, n.os 62 e 63).

42 — V. *supra*, os n.os 42 e 45 das presentes conclusões.

possam ser realizadas ou os bens económicos transferidos entre empresas de forma neutra em termos fiscais quando, em simultâneo, os lucros e os prejuízos destas empresas não podem ser consolidados.

75. Caso o órgão jurisdicional de reenvio entender que, mesmo assim, isto é possível, importa antes de mais remeter para o facto de as consequências fiscais de reestruturações transfronteiriças de empresas terem sido harmonizadas pela Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes [43]. Neste sentido, eventuais impedimentos ao exercício da liberdade de estabelecimento no contexto de operações abrangidas pelo âmbito de aplicação da referida directiva e em relação a cuja existência nada foi, no entanto, alegado no caso concreto, devem, por conseguinte, ter sido em grande medida eliminados.

76. O direito comunitário não regula, no entanto, de forma precisa a questão de saber de que forma se deve tratar, em termos fiscais, as reservas latentes aquando da transferência transfronteiriça de bens económicos ou participações que não resultam de uma operação abrangida pela Directiva 90/434. Caso este tipo de operações seja tratado de forma mais desfavorável que as transferências entre sociedades nacionais — nomeadamente porque as reservas latentes devem ser reveladas e tributadas nesse momento, ao contrário do que sucede com transferências nacionais — poder-se-ia considerar que estaríamos perante uma restrição à liberdade de estabelecimento.

77. Contudo, uma restrição correspondente pode eventualmente ser justificada para salvaguardar a repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

78. A este respeito, importa observar que a transferência de bens económicos entre duas empresas nacionais não afecta o poder tributário do Estado em causa. Se forem transmitidas reservas latentes durante esta operação, o referido Estado continua a poder aceder-lhes em termos fiscais. Em caso de realização posterior, os lucros podem continuar a ser tributados nesse Estado.

79. Se se entender que uma mais-valia latente de um bem económico deve, por princípio, ser tributada no Estado em que foi criada [44], uma

43 — JO L 225, p. 1, modificada pela última vez pela Directiva 2006/98/CE do Conselho, de 20 de Novembro de 2006, que adapta determinadas directivas no domínio da fiscalidade, em virtude da adesão da Bulgária e da Roménia (JO L 363, p. 129).

44 — V., neste sentido, o acórdão de 7 de Setembro de 2006, N (C-470/04, Colect., p. I-7409, n.º 46), bem como o n.º 97 das minhas conclusões de 30 de Março de 2006 neste processo.

transferência transfronteiriça de bens económicos pode afectar a repartição do poder tributário. Se, desta forma, são deslocadas reservas latentes para outro Estado-Membro, o Estado em cujo território foram constituídas já não pode posteriormente tributar, sem mais, os lucros realizados através da revelação das reservas.

80. As disposições que visam opor-se a uma ingerência correspondente na repartição do poder tributário devem, no entanto, ser adequadas a garantir a realização do objectivo assim prosseguido e não ultrapassar o que é necessário para o atingir [45].

81. O órgão jurisdicional de reenvio pode ter de apreciar em que medida as disposições nacionais relativas à transferência de bens económicos e ao tratamento fiscal de reservas latentes, em relação às quais o Tribunal de Justiça não dispõe de quaisquer informações, respeitam os referidos princípios.

45 — V. *supra*, o n.º 30 e a jurisprudência aí referida.

3. Neutralização de negócios numa unidade fiscal

82. Por fim, a X Holding remete ainda para o facto de que os negócios entre empresas nacionais, integradas numa unidade fiscal, se mantêm neutros em termos fiscais, ao passo que transacções transfronteiriças semelhantes entre empresas coligadas, que não podem formar uma unidade fiscal, são sujeitas a tributação.

83. De forma a evitar que, no âmbito de negócios transfronteiriços, seja deslocada matéria colectável de um Estado-Membro para outro é necessário que estes negócios sejam realizados segundo as condições normais do mercado e registados nos balanços fiscais [46]. Apesar de o encargo adicional relacionado com a documentação dos preços de transferência dificultar os negócios entre empresas coligadas com sede em diferentes Estados-Membros, as disposições nacionais relativas a preços de transferência que possam representar uma restrição à liberdade de estabelecimento são justificadas pela salvaguarda da repartição do poder tributário, pressupondo que respeitam o princípio da proporcionalidade.

46 — Quanto às disposições nacionais que visam assegurar o respeito do princípio da comparação com terceiros, v. em especial as minhas conclusões de 10 de Setembro de 2009 no processo SGI (C-311/08, ainda não publicadas na Colectânea).

V — Conclusão

84. Tendo em conta as considerações precedentes, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial colocada pelo Hoge Raad da seguinte forma:

O artigo 43.º CE, em conjugação com o artigo 48.º CE, não se opõe a disposições legais de um Estado-Membro que possibilitam a uma sociedade nacional e a uma ou mais das suas filiais com sede no território nacional a criação de uma unidade fiscal, com a consequência de que o imposto por elas devido é cobrado à sociedade-mãe, como se esta fosse um único sujeito passivo, mas que não permitem a inclusão de filiais com sede noutro Estado-Membro numa unidade fiscal.