CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PHILIPPE LÉGER
apresentadas em 2 de Maio de 2006 [1]

1. O presente pedido de decisão prejudicial tem por objecto a apreciação da compatibilidade de uma legislação nacional, como a legislação do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte relativa às «sociedades estrangeiras controladas» [2], com o direito comunitário.

2. Esta legislação tem por objectivo lutar contra a evasão fiscal. Com efeito, visa combater a prática que consiste numa sociedade residente no Reino Unido transferir os seus lucros tributáveis para uma sociedade sob o seu controlo, residente noutro Estado, que esteja sujeita a uma taxa de tributação muito inferior à do Reino Unido.

3. A legislação em causa destina-se, portanto, a ser aplicada sempre que os lucros obtidos por uma SEC de uma sociedade com domicílio fiscal no Reino Unido se encontrem sujeitos a uma tributação muito inferior à desse Estado-Membro. A referida legislação prevê que, por derrogação ao regime de direito comum e salvo se alguma das excepções previstas se verificar, esses lucros sejam incluídos na matéria colectável da sociedade-mãe a partir do momento em que são gerados.

4. Conforme indicado pelos diversos Estados-Membros que intervieram no âmbito do presente processo, muitos deles adoptaram uma legislação deste tipo. A adopção de uma tal legislação foi recomendada pela OCDE (Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos), com a finalidade de lutar contra a concorrência fiscal prejudicial [3]. Segundo um estudo publicado pela referida organização em 1996, embora as legislações sobre as SEC, em vigor nos Estados-Membros da mesma, variem no respectivo conteúdo, têm em comum o facto de preverem a tributação dos accionistas residentes quanto à totalidade ou a parte dos lucros da SEC quando os mesmos não são distribuídos [4].

5. É a primeira vez que o Tribunal de Justiça é convidado a examinar a compatibilidade de uma tal legislação com o direito comunitário.

1 — Língua original: francês.

2 — A seguir «SEC».

3 — Harmful Tax Competition — An Emerging Global Issue, OCDE, Paris, 1998, p. 44.

4 — Controlled Foreign Company Legislation, OCDE, Paris, 1996, p. 19.

6. O direito derivado não nos parece conter disposições pertinentes para esta apreciação. No que se refere, por um lado, à luta contra a evasão fiscal, a acção levada a cabo a nível comunitário nesta matéria permanece muito limitada. Na medida em que a fiscalidade directa continua a ser da competência dos Estados-Membros e em que, consequentemente, os regimes de tributação variam no interior da União Europeia, parece lógico que as medidas destinadas a combater a fraude e evasão fiscais sejam igualmente próprias a cada Estado. Embora, na sua Resolução de 10 de Fevereiro de 1975 [5], o Conselho da União Europeia tenha afirmado a sua intenção de combater a evasão e fraude fiscais, circunscreveu as medidas consideradas a nível comunitário à melhoria da cooperação entre as administrações dos diferentes Estados-Membros, afim de permitir o estabelecimento correcto do imposto [6].

7. No que se refere, por outro lado, às disposições da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes [7], não são pertinentes, uma vez que contribuem unicamente para o estabelecimento de um regime comum relativo à tributação dos lucros distribuídos por uma filial. Estas disposições não respeitam a um sistema como o previsto pela legislação do Reino Unido sobre as SEC, que consiste na atribuição à sociedade-mãe dos lucros da sua filial estrangeira a partir do momento em que são gerados.

8. É, pois, com as normas do Tratado CE relativas às liberdades de circulação que os Special Commissioners (Reino Unido) solicitam ao Tribunal de Justiça que verifique a compatibilidade da legislação em questão. O órgão jurisdicional de reenvio procura assim saber se esta legislação constitui uma discriminação ou uma restrição ao exercício dessas liberdades de circulação e, se for caso disso, se se justifica a título de combate contra a evasão fiscal.

9. Antes de proceder a essa análise, importa apresentar o conteúdo da legislação nacional em questão, bem como os factos que deram origem ao processo principal.

I — A legislação nacional

10. Segundo a legislação fiscal do Reino Unido, uma sociedade residente nesse Estado-Membro nos termos dessa legislação, ou seja, uma sociedade de direito britânico ou cujos órgãos centrais de gestão ou de controlo se situem no referido Estado, encontra-se sujeita ao imposto sobre as sociedades pelos seus lucros a nível mundial. Nestes termos, é tributada pelos lucros

5 — Resolução relativa às medidas a adoptar pela Comunidade no domínio da luta contra a fraude e a evasão fiscais internacionais (JO C 35, p. 1).

6 — Esta cooperação foi estabelecida pela 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 (JO L 336, p. 15).

7 — JO L 225, p. 6.

obtidos fora do Reino Unido através de um estabelecimento permanente, como uma sucursal ou uma agência. Também é tributada pelos dividendos que lhe são distribuídos por uma sociedade estrangeira em que possua uma participação.

11. Afim de evitar que esses lucros de origem estrangeira sejam objecto de uma dupla tributação, a legislação fiscal do Reino Unido prevê a atribuição de um crédito de imposto à sociedade residente no valor do imposto estrangeiro que foi pago.

12. Uma sociedade-mãe residente no Reino Unido não é tributada pelos lucros das suas filiais quando realizados. No que se refere aos lucros obtidos por uma filial sediada no Reino Unido, também não são tributados quando distribuídos à sociedade-mãe sediada nesse Estado sob a forma de dividendos.

13. A legislação do Reino Unido sobre as SEC prevê uma excepção à regra segundo a qual uma sociedade-mãe sediada nesse Estado-Membro não é tributada pelos lucros obtidos por uma filial estabelecida no estrangeiro quando realizados.

14. Esta legislação encontra-se prevista nas Sections 747 a 756 e nos Schedules 24 a 26 do Income and Corporation Taxes Act 1988 (Lei relativa aos impostos sobre o rendimento e sobre as sociedades). Em resultado desta legislação, uma filial estrangeira, na qual, segundo a versão aplicável no momento dos factos, a sociedade-mãe detém uma participação de mais de 50%, é considerada uma entidade transparente. Assim, os lucros gerados por esta filial estrangeira são atribuídos à sociedade-mãe no Reino Unido e incluídos na matéria colectável da mesma, ainda que não tenham sido por ela recebidos. Estes lucros são tributados através de um crédito de imposto, que corresponde ao imposto pago pela filial no Estado de estabelecimento. Caso estes mesmos lucros sejam posteriormente entregues à sociedade-mãe sob a forma de dividendos, o imposto pago por esta no Reino Unido em resultado dos lucros da sua filial é equiparado a um imposto adicional pago pela filial no Estado do estabelecimento e dá origem a um crédito sobre o imposto a pagar sobre os dividendos.

15. A legislação sobre as SEC aplica-se quando a filial estabelecida fora do Reino Unido está sujeita nesse outro Estado a um «nível de tributação inferior». Existe «nível de tributação inferior» em qualquer período contabilístico em que o imposto pago pela filial estrangeira é inferior a três quartos do montante do imposto que seria pago no Reino Unido se os lucros da filial tivessem sido tributados neste Estado-Membro.

16. A legislação sobre as SEC prevê, contudo, um certo número de excepções, cujos termos têm variado ao longo do tempo. De acordo com a versão aplicável à data dos

factos do processo principal, a referida legislação não se aplica no caso de se verificar uma das seguintes condições:

1) A filial estrangeira prossegue uma «política de distribuição aceitável». Isto significa que determinada percentagem (em 1996, 90%) dos lucros da filial é distribuída no prazo de 18 meses e tributada em nome de uma sociedade residente no Reino Unido.

2) A filial estrangeira exerce «actividades isentas». Trata-se das actividades referidas na legislação, como determinadas actividades comerciais levadas a cabo por um estabelecimento comercial.

3) A filial estrangeira cumpre o «requisito da cotação pública». Isto significa que 35% dos direitos de voto estão nas mãos do público, que a filial está cotada e que os seus títulos são objecto de operações numa bolsa de valores reconhecida.

4) O lucro tributável da sociedade não ultrapassa as 50 000 GBP.

5) O estabelecimento e a actividade da filial estrangeira satisfazem o «teste de intenção». Este teste contém dois elementos cuja satisfação deve ser demonstrada pelo contribuinte.

— O primeiro elemento refere-se às transacções efectuadas entre a SEC e a respectiva sociedade-mãe. Assim, se as transacções que reflectem os lucros da filial no período contabilístico em causa conduzirem a uma redução do imposto no Reino Unido (trata-se de uma redução em comparação com o imposto que seria devido no Reino Unido se estas transacções não tivessem tido lugar) e se esta for superior a um montante mínimo, o contribuinte deve provar que a diminuição do imposto no Reino Unido não constituía o objectivo principal ou um dos principais objectivos dessas transacções.

— O segundo elemento respeita à constituição da SEC. O contribuinte deve provar que a principal razão de ser, ou uma das principais, da existência da filial não era, relativamente ao exercício em causa, a obtenção de uma diminuição do imposto no Reino Unido através do desvio de lucros. A legislação considera que existe desvio de lucros se se puder razoavelmente

supor que, caso não existisse a filial ou uma sociedade aparentada não residente no Reino Unido, as respectivas receitas teriam sido recebidas por um residente nesse Estado-Membro e tributadas em seu nome.

17. O órgão jurisdicional de reenvio indica que, caso nenhuma das quatro primeiras excepções seja aplicável, o teste de intenção permite que o fisco tenha em conta a situação específica do contribuinte à luz da finalidade da legislação sobre as SEC, que visa tributar os lucros acumulados no estrangeiro ou desviados do Reino Unido para o estrangeiro.

18. Refere ainda que, para esse fim, o fisco publicou, em 1996, uma lista de países em que, mediante determinadas condições, uma filial podia ser criada e ser vista como preenchendo as condições que lhe permitiam escapar à aplicação da lei sobre as SEC.

II — Os factos do processo principal

19. O presente processo tem origem no litígio que opõe, por um lado, as sociedades Cadbury Schweppes plc [8] e Cadbury Schweppes Overseas Ltd [9], e, por outro, os Commissioners of Inland Revenue, a propósito da tributação da CSO pelo fisco britânico relativamente aos lucros obtidos por uma das filiais do grupo Cadbury na Irlanda.

20. A Cadbury é uma sociedade residente no Reino Unido. É a sociedade-mãe de um grupo de sociedades que inclui filiais sediadas nesse Estado e noutros Estados-Membros, bem como em países terceiros, à cabeça das quais está a CSO. O grupo inclui assim duas filiais detidas indirectamente a 100% pela Cadbury, a Cadbury Schweppes Treasury Services [10] e Cadbury Schweppes Treasury International [11], que foram constituídas no International Financial Services Centre (Centro Internacional de Serviços Financeiros), em Dublin (Irlanda).

21. À data dos factos, estas duas filiais encontravam-se sujeitas a uma taxa de imposto de 10%.

22. As actividades da CSTS e da CSTI consistem em angariar fundos e canalizá-lo para as filiais do grupo Cadbury.

8 — A seguir «Cadbury».
9 — A seguir «CSO».
10 — A seguir «CSTS».
11 — A seguir «CSTI».

23. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a Cadbury criou a CSTS, que substituiu uma estrutura anterior que envolvia uma sociedade sediada em Jersey, com três finalidades. Em primeiro lugar, para resolver um problema decorrente da lei fiscal canadiana para os residentes canadianos accionistas preferenciais da Cadbury, em segundo lugar, para evitar a necessidade de obter autorizações do Tesouro do Reino Unido para empréstimos no estrangeiro e, em terceiro lugar, para reduzir, ao abrigo da Directiva 90/435/CEE, a tributação na fonte dos dividendos pagos no interior da estrutura do grupo. O órgão jurisdicional de reenvio esclarece que todos estes objectivos teriam sido alcançados se a CSTS estivesse sediada no Reino Unido.

24. Refere igualmente que a Cadbury constituiu a CSTS e a CSTI como filiais indirectas com domicílio fiscal na Irlanda apenas para que as actividades de empréstimos financeiros efectuadas dentro do grupo pudessem beneficiar do regime do International Financial Services Centre para as sociedades de financiamento de grupo na Irlanda e não fossem tributadas no Reino Unido.

25. Em resultado da aplicação da taxa de imposto aplicável às sociedades constituídas no referido Centro, os lucros obtidos pela CSTS e pela CSTI estão sujeitos a um nível de tributação inferior, ao abrigo da lei sobre as SEC. O fisco britânico também considerou que, no exercício de 1996, nenhuma das condições que permite afastar esta lei se aplicava. Exigiu à CSO, primeira sociedade do grupo residente no Reino Unido, o montante de 8 638 633,54 GBP a título do imposto sobre as sociedades pelos lucros realizados pela CSTI durante o exercício contabilístico que terminou em 28 de Setembro de 1996. O aviso de tributação respeita apenas nos lucros da CSTI visto que, no mesmo período, a CSTS sofreu um prejuízo.

26. A Cadbury e a CSO recorreram deste aviso de tributação para os Special Commissioners, o tribunal dos recursos interpostos das decisões da administração fiscal. Neste órgão jurisdicional, as recorrentes alegaram que a legislação relativa às SEC era contrária à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 43.º CE, à livre prestação de serviços a que se refere o artigo 49.º CE e à livre circulação de capitais enunciada no artigo 56.º CE.

III — A questão prejudicial

27. O órgão jurisdicional de reenvio considera estar confrontado com as seguintes dúvidas:

«Se, ao constituir e capitalizar sociedades noutros Estados-Membros apenas porque existe nesse Estado-Membro um regime fiscal mais favorável (em comparação com

o regime fiscal do Reino Unido), a [Cadbury] está a exercer as suas liberdades fundamentais ou se tal constitui um abuso dessas liberdades?

No caso de a [Cadbury] estar a exercer as suas liberdades fundamentais, se a abordagem correcta no contexto do presente caso é considerar que a legislação relativa às [SEC] do Reino Unido pode ser considerada restritiva quanto ao exercício dessas liberdades ou envolve discriminação?

No que diz respeito à questão de saber se a legislação deve ser considerada uma restrição, se o facto de a [Cadbury] não pagar mais imposto do que a CSTS e a CSTI pagariam se estivessem estabelecidas no Reino Unido significa que tal restrição não existe, e se é relevante o facto de:

a) as regras de cálculo do imposto relativo ao rendimento da CSTS e da CSTI divergirem nalguns aspectos das regras gerais aplicáveis às filiais da [Cadbury] no Reino Unido, e

b) não existir dedução das perdas de uma filial nos lucros da outra ou nos lucros da [Cadbury] e respectivas filiais no Reino Unido (essa dedução das perdas seria aplicável se a CSTS e a CSTI estivessem estabelecidas no Reino Unido e não na Irlanda)?

Quanto à questão de saber se a legislação deve ser considerada discriminatória, se há lugar a comparação e em que termos deve ser feita? Em particular, se os factos devem ser comparados ao estabelecimento pela [Cadbury] de filiais no Reino Unido (assumindo-se que os lucros da [Cadbury] não podem incluir os lucros das suas filiais no Reino Unido) ou num Estado-Membro que não aplique uma taxa de imposto inferior?

No caso de se verificar uma restrição ao estabelecimento ou uma discriminação, se a legislação se pode justificar a título de prevenção da evasão fiscal, dado o seu objectivo de prevenir a redução ou o desvio de lucros sujeitos a imposto no Reino Unido? E, em caso afirmativo, se é de facto justificada como medida proporcional para cumprir esse objectivo legítimo, tendo em conta o seu objecto e o objecto das isenções e, em especial, a oportunidade que o teste de intenção oferece à [Cadbury] para provar que não tinha por objectivo a evasão fiscal, satisfazendo ambos os elementos do referido teste acima descritos, o que a [Cadbury] não consegue fazer?»

28. Foi face a estas dúvidas que os Special Commissioners decidiram submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Os artigos 43.º[CE], 49.º[CE] e 56.º CE opõem-se a uma legislação fiscal nacional, como a que está em causa no processo principal, que, em circunstâncias específicas determinadas, prevê a tributação de uma sociedade estabelecida neste Estado-Membro em razão dos lucros de uma filial estabelecida noutro Estado-Membro e sujeita a um nível de tributação inferior?»

IV — Análise

29. É de jurisprudência constante que, embora os impostos directos não integrem o domínio da competência da Comunidade, os Estados-Membros devem exercer as respectivas competências com respeito pelo direito comunitário [12]. Esta restrição ao exercício por parte dos Estados-Membros das suas competências reservadas aplica-se também às medidas destinadas a prevenir a fraude e a evasão fiscais. Embora a competência dos Estados-Membros para tomar essas medidas esteja expressamente prevista tanto no Tratado [13] como em actos de direito derivado [14], não é menos verdade que as referidas medidas não devem infringir os compromissos assumidos no quadro do Tratado, nomeadamente as liberdades de circulação que estabelece.

30. O órgão jurisdicional de reenvio procura determinar, no caso em apreço, se a legislação do Reino Unido sobre as SEC é compatível com a liberdade de estabelecimento, a livre prestação de serviços, bem como com a liberdade de circulação de capitais.

31. Somos de opinião, à semelhança de vários intervenientes, que é à luz da liberdade de estabelecimento que a compatibilidade da legislação em causa deverá ser analisada.

12 — Acórdãos de 4 de Outubro de 1991, Comissão/Reino Unido (C-246/89, Colect., p. I-4585, n.º 12), e de 11 de Março de 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Colect., p. I-2409, n.º 44 e jurisprudência referida).

13 — O artigo 58.º, n.º 1, alínea b), CE dispõe que o artigo 56.º CE, relativo à livre circulação de capitais não prejudica o direito que assiste aos Estados-Membros de tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infracções às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal.

14 — O artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da 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 (JO L 225, p. 1), dispõe que qualquer Estado-Membro pode recusar-se a aplicar, no todo ou em parte, as disposições desse diploma, sempre que a operação em causa tenha como objectivo a fraude ou a evasão fiscais. V. igualmente o artigo 1.º, n.º 2, da Directiva 90/435, nos termos do qual a referida Directiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos, bem como o artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e de royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes (JO L 157, p. 49), segundo o qual os Estados-Membros podem, no caso de operações que tenham por principal motivo, ou que se contem entre os seus motivos principais, a fraude fiscal, a evasão fiscal ou práticas abusivas, retirar o benefício da aplicação da referida directiva ou recusar-se a aplicá-la.

32. Resulta da jurisprudência que quando um cidadão de um Estado-Membro detém uma participação no capital de uma sociedade sediada noutro Estado-Membro que lhe permita exercer uma determinada influência nas decisões dessa sociedade e determinar a respectiva actividade, são as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento que são aplicáveis e não as relativas à livre circulação de capitais [15]. Além disso, o artigo 48.º CE estende os direitos conferidos pelo artigo 43.º CE às sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que têm a sua sede estatutária, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da Comunidade.

33. Pode então deduzir-se destes elementos que a legislação do Reino Unido sobre as SEC, que define as regras aplicáveis à tributação de lucros de uma filial estrangeira cuja ligação com a sociedade-mãe residente não se limita a uma simples participação, mas consiste num controlo por parte desta, não se enquadra na liberdade de circulação dos capitais, mas sim na liberdade de estabelecimento.

34. As recorrentes alegam que as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços também devem aplicar-se no caso em apreço. Defendem que a legislação litigiosa torna mais difícil a prestação de serviços financeiros pela CSTS e pela CSTI à respectiva sociedade-mãe residente no Reino Unido. Referem, a título de exemplo, os acórdãos Safir [16] e Eurowings Luftverkehr [17].

35. Não ficamos convencidos com a argumentação das recorrentes. O presente processo prende-se com a compatibilidade com o direito comunitário de uma legislação de um Estado-Membro que prevê atribuir a uma sociedade-mãe residente os lucros da sua filial constituída noutro Estado-Membro quando essa filial está sujeita neste último Estado a um nível de tributação muito inferior. A natureza da actividade exercida pela CSTS e pela CSTI não é especificamente visada nesta legislação. A situação é pois diferente das dos processos que deram origem aos supramencionados acórdãos Safir e Eurowings Luftverkehr [18].

36. É verdade que, embora a legislação litigiosa tenha como efeito dissuadir uma sociedade residente de criar uma filial noutro Estado-Membro, consegue também impedir a prestação de serviços por essa filial a partir desse Estado-Membro. Contudo, esta última limitação aparece como uma consequência do obstáculo ao estabelecimento. No caso

15 — Acórdão de 21 de Novembro de 2002, X e Y (C-436/00, Colect., p. I-10829, n.º 37 e jurisprudência referida).

16 — Acórdão de 28 de Abril de 1998 (C-118/96, Colect., p. I-1897).

17 — Acórdão de 26 de Outubro de 1999 (C-294/97, Colect., p. I-7447).

18 — No acórdão Safir, já referido, tratava-se de um regime fiscal diferente para os seguros de vida em capital segundo o qual eram subscritos junto de sociedades sediadas ou não no Estado-Membro. No acórdão Eurowings Luftverkehr, já referido, a regulamentação nacional em causa concedia um benefício fiscal, que consistia numa dispensa de reintegração na matéria colectável do preço da locação de bens às empresas que alugam esses bens a locadores estabelecidos no território nacional.

em apreço, é efectivamente a liberdade de criar uma filial no referido Estado-Membro que se encontra no centro do litígio [19]. Não vemos qualquer interesse em invocar igualmente as regras relativas à livre prestação de serviços. Em todo o caso, não cremos que o exame da legislação em questão à luz desta liberdade, para além da liberdade de estabelecimento, possa alterar o resultado da nossa análise.

37. Consequentemente, propomos limitar a análise da questão prejudicial à questão de saber se os artigos 43.° CE e 48.° CE se opõem a uma legislação fiscal nacional que prevê a inclusão na matéria colectável de uma sociedade-mãe residente dos lucros obtidos por uma SEC estabelecida noutro Estado-Membro, quando esses lucros estão sujeitos neste outro Estado a nível de tributação muito inferior ao em vigor no Estado da residência da sociedade-mãe.

38. A análise que nos permitirá responder a esta questão vai levar-nos a examinar, sucessivamente, as três dúvidas principais com que o órgão jurisdicional de reenvio afirmou encontrar-se confrontado. Estudaremos, em primeiro lugar, se o facto de uma sociedade-mãe criar uma filial noutro Estado-Membro com vista a beneficiar de um regime fiscal mais favorável do que o que se encontra em vigor no Estado onde se encontra sediada constituiu, em si mesmo, uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento. Analisaremos, em seguida, se for caso disso, se a legislação do Reino Unido sobre as SEC constitui um obstáculo ao exercício desta liberdade. Por último, examinaremos se este obstáculo pode justificar-se.

19 — Neste sentido, v. acórdão de 14 de Outubro de 2004, Omega (C-36/02, Colect., p. I-9609, n.° 26).

A — *Sobre a existência de uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento*

39. Trata-se pois, em primeiro lugar, de determinar se o facto de uma sociedade-mãe criar uma filial noutro Estado-Membro com vista a beneficiar do regime fiscal mais favorável desse outro Estado constitui, em si, uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento. O órgão jurisdicional de reenvio justifica esta questão no facto de a Cadbury ter constituído a CSTS e a CSTI como filiais indirectas, com domicílio fiscal na Irlanda, apenas para que os lucros resultantes das suas actividades de empréstimos financeiros efectuados dentro do grupo pudessem beneficiar do regime do International Financial Services Centre.

40. Não cremos que o facto de uma sociedade-mãe criar uma filial noutro Estado-Membro com o objectivo assumido de beneficiar do regime fiscal mais favorável em vigor nesse Estado constitua, em si, uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento, que impediria assim esta sociedade da possibilidade de poder invocar os direitos conferidos pelos artigos 43.° CE e 48.° CE. Baseamos esta análise no alcance destas disposições, tal como definido pela jurisprudência.

41. Importa recordar, desde logo, que os artigos 43.º CE e 48.º CE conferem expressamente a uma sociedade que cumpra as exigências previstas neste último artigo o direito de criar uma agência, uma sucursal ou mesmo uma filial noutro Estado-Membro, nas condições definidas na sua legislação para os seus próprios nacionais. Esta liberdade fundamental, consagrada nestas disposições que têm efeito directo desde o termo do período de transição [20], visa assim permitir a uma tal sociedade constituir um estabelecimento secundário em qualquer outro Estado-Membro. Qualquer sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro pode, pois, abrir uma filial no local da sua escolha no interior da Comunidade.

42. Em seguida, é importante sublinhar, no âmbito do presente processo, que a noção de «estabelecimento» implica a possibilidade de um nacional comunitário participar de forma estável e contínua na vida económica de qualquer Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e de desse facto retirar benefícios [21]. A liberdade de estabelecimento visa assim permitir o exercício de uma actividade económica real e efectiva no Estado de acolhimento [22]. Como referido pelo advogado-Geral M. Darmon no n.º 3 das suas conclusões no processo Daily Mail and General Trust [23], «estabelecer[-se] consiste em 'integrar-se numa economia nacional'». É, pois, o exercício de uma actividade económica no Estado-Membro de acolhimento que constituiu a razão de ser da liberdade de estabelecimento.

43. Finalmente, resulta da jurisprudência que, logo que o objectivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento se encontra satisfeito, as razões pelas quais o cidadão comunitário ou a sociedade em questão entenderam exercer essa liberdade não podem pôr em causa a protecção que retiram do Tratado.

44. Assim, no acórdão Centros [24], a questão residia em saber se as autoridades dinamarquesas competentes podiam recusar o registo de uma sucursal de uma sociedade de responsabilidade limitada regularmente constituída no Reino Unido, com fundamento no facto de a mesma não exercer qualquer actividade nesse Estado-Membro e de, na realidade, procurar apenas iludir as normas dinamarquesas relativas à constituição de uma SARL [25].

45. Tratava-se, pois, de determinar se o Estado de acolhimento podia recusar a uma sociedade que cumpria os requisitos previs-

20 — Acórdãos de 21 de Junho de 1974, Reyners (2/74, Colect., p. 325, n.º 25), e de 5 de Novembro de 2002, Überseering (C-208/00, Colect., p. I-9919, n.º 60).

21 — V., neste sentido, acórdãos Reyners, já referido, n.º 21, e de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 25).

22 — Acórdãos de 25 de Julho de 1991, Factortame e o. (C-221/89, Colect., p. I-3905, n.º 20), e Comissão/Reino Unido, já referido, n.º 21.

23 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988 (81/87, Colect., p. 5483).

24 — Acórdão de 9 de Março de 1999 (C-212/97, Colect., p. I-1459).

25 — As normas dinamarquesas submetiam a constituição de uma SARL à liberação de um capital mínimo de 200 000 DKR, enquanto a legislação do Reino Unido não submetia a constituição deste tipo societário a nenhuma exigência relativa à liberação de um capital social mínimo.

tos no artigo 48.° CE a constituição de um estabelecimento secundário no seu território, devido às motivações que levaram os sócios a escolher constituir a sua sociedade noutro Estado-Membro. Por outras palavras, as razões que motivaram os sócios podiam impedi-los de beneficiar dos direitos conferidos pelo artigo 43.° CE, embora essa disposição fosse invocada em conformidade com a sua finalidade, a saber, permitir a uma sociedade regularmente constituída de acordo com as regras de um Estado-Membro exercer a sua actividade a título secundário noutro Estado-Membro?

46. O Tribunal de Justiça fez prevalecer a finalidade do direito de estabelecimento conferido pelo Tratado. Assim, indicou, no acórdão Centros, já referido, que o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais noutros Estados Membros é inerente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado. Entendeu que o facto de um nacional de um Estado-Membro que pretende criar uma sociedade optar por a constituir no Estado-Membro cujas normas de direito das sociedades lhe parecem menos restritivas e de criar sucursais noutros Estados Membros não constituía, em si mesmo, uma utilização abusiva do direito de estabelecimento [26].

47. Esta solução, que foi aprovada em plenário, não é isolada. Foi confirmada no acórdão Inspire Art [27], no qual foi estendida à legislação neerlandesa que, em circunstâncias comparáveis às do processo Centros, já referido, não se opunha ao registo de uma sucursal, mas submetia a criação deste estabelecimento secundário ao respeito de certos requisitos previstos no direito interno para a constituição de sociedades.

48. No acórdão Inspire Art, já referido, o Tribunal indicou expressamente que os motivos pelos quais uma sociedade opta por se constituir num Estado-Membro são, excluindo os casos de fraude, irrelevantes na perspectiva da aplicação das regras relativas à liberdade de estabelecimento [28]. Confirmou que a circunstância de a sociedade que invocou os artigos 43.° CE e 48.° CE se ter constituído num Estado-Membro com o único objectivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não constitui um abuso, ainda que a referida sociedade exerça o essencial, senão mesmo o conjunto, das suas actividades no Estado em que foi criado o estabelecimento secundário [29].

49. Podemos deduzir desta jurisprudência, para efeitos do presente processo, que, desde que a filial controlada exerça uma actividade real e efectiva no Estado-Membro em que foi criada, as razões que motivaram a sociedade-

26 — Acórdão Centros, já referido, n.° 27.

27 — Acórdão de 30 de Setembro de 2003 (C-167/01, Colect., p. I-10155).

28 — Acórdão Inspire Art, já referido, n.° 95.

29 — *Ibidem*, n.° 96.

mãe a implantar essa filial num determinado Estado de acolhimento não podiam pôr em causa os direitos que a referida sociedade retira do Tratado [30].

50. O direito de a Cadbury invocar a protecção conferida pelos artigos 43.° CE e 48.° CE depende, portanto, da questão de saber se a CSTS e a CSTI exercem actividades reais e efectivas na Irlanda. É ao órgão jurisdicional de reenvio que compete decidir esta questão, que é alvo de forte contestação entre as recorrentes e o Reino Unido. Contudo, nesta altura, cremos poder afirmar que o facto da Cadbury ter decidido instalar as suas filiais na Irlanda, unicamente com a finalidade de ficarem sujeitas ao regime fiscal muito favorável aplicável no International Financial Services Centre, não constituiu, em si mesmo, uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento.

51. O nível de tributação constituiu um elemento que uma sociedade pode legitimamente considerar na escolha do Estado de acolhimento em que pretenda criar uma filial. Uma sociedade pode, sem violar o alcance e o espírito do artigo 43.° CE, decidir exercer as suas actividades, a título secundário, noutro Estado-Membro para beneficiar do regime fiscal mais favorável desse outro Estado no que respeita à tributação das suas actividades que aí estão sujeitas a imposto.

52. Esta análise é confirmada por uma jurisprudência constante, segundo a qual um Estado-Membro não pode impedir uma sociedade de exercer o seu direito de estabelecimento noutro Estado-Membro, com fundamento no facto de essa operação lhe provocar uma perda fiscal no que se refere aos impostos que seriam exigíveis em virtude de uma actividade futura se a sociedade tivesse exercido essa actividade no seu Estado de origem [31].

53. No mesmo sentido, encontra-se igualmente estabelecido na jurisprudência que a simples circunstância de uma sociedade residente criar um estabelecimento secundário noutro Estado-Membro não pode gerar uma presunção geral de fraude ou de evasão fiscal e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental

30 — Inversamente, quando os objectivos da liberdade de estabelecimento não são atingidos, a sociedade não pode invocar as disposições do artigo 43.° CE. V. acórdão Daily Mail and General Trust, já referido. Nesse processo, a sociedade Daily Mail, constituída de acordo com a legislação do Reino Unido, queria transferir a sua sede de direcção e a sua administração central para fora deste Estado-Membro sem perder a sua personalidade jurídica ou a sua qualidade de sociedade de direito britânico, como previsto na lei do referido Estado-Membro. Contudo, contestava dever submeter-se à condição prevista pela referida legislação, respeitante à obtenção de autorização por parte do Tesouro. A sociedade Daily Mail queria, com efeito, realizar a transferência da sua sede de direcção para os Países Baixos para, após haver estabelecido a sua residência fiscal neste Estado-Membro, poder proceder à venda de uma parte importante dos títulos, que compunham o seu activo não permanente e de adquirir, graças ao produto dessa venda, uma parte das suas próprias acções sem ter que pagar os impostos a que estas operações dariam lugar de acordo com a legislação fiscal britânica. O Tribunal decidiu que o direito comunitário, então, não se opunha a uma legislação como a em causa, pois não conferia às sociedades de direito nacional o direito de transferir a sua sede de direcção e a sua administração central para outro Estado-Membro, mantendo a sua qualidade de sociedade do Estado-Membro segundo a legislação do qual as mesmas haviam sido constituídas.

31 — V., nomeadamente, acórdãos de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695, n.° 28); De Lasteyrie du Saillant, já referido, n.° 60, e de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Colect., p. I-10837, n.° 44).

garantida pelo Tratado CE [32]. Como o Tribunal já diversas vezes declarou, o estabelecimento de uma sociedade noutro Estado-Membro não implica, em si mesmo, uma evasão fiscal, uma vez que a sociedade em questão está, para todos os efeitos, sujeita à legislação desse Estado [33].

54. Finalmente, pode igualmente deduzir-se da jurisprudência que um Estado-Membro não pode dificultar o exercício das liberdades de circulação noutro Estado-Membro sob o pretexto do baixo nível de tributação no mesmo [34].

55. Face a estas considerações, não existindo harmonização comunitária, importa admitir que os regimes fiscais dos diferentes Estados-Membros podem assim ser colocados em situação de concorrência. Esta concorrência, que se traduz nomeadamente numa grande disparidade das taxas de tributação dos lucros das sociedades entre os Estados-Membros, pode ter um impacto significativo na escolha, pelas sociedades, da localização das suas actividades no interior da União Europeia [35]. Nada obsta a que se lamente que uma concorrência neste domínio possa ocorrer entre os Estados-Membros sem quaisquer limitações. Trata-se, contudo, de uma questão de natureza política.

56. Importa recordar, a este respeito, que o Conselho «Questões económicas e financeiras» (Conselho «Ecofin») adoptou um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas [36], que visa «as medidas que tenham ou sejam susceptíveis de ter uma incidência sensível na localização das actividades económicas na Comunidade» e nos termos do qual os Estados-Membros se comprometeram a proceder ao congelamento e ao desmantelamento de tais medidas. Parece útil sublinhar aqui que o regime fiscal irlandês, aplicável às sociedades estabelecidas no International Financial Services Centre, foi referido no relatório do grupo «Código de conduta», encarregue de avaliar as medidas nacionais susceptíveis de integrar o âmbito de aplicação do referido código, como uma medida prejudicial. Este regime fiscal foi pois objecto de uma supressão progressiva [37].

32 — V., neste sentido, acórdão de 26 de Setembro de 2000, Comissão/Bélgica (C-478/98, Colect., p. I-7587, n.º 45). V. igualmente acórdão X e Y, já referido, n.º 62.

33 — Acórdãos ICI, já referido, n.º 26; de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 57), e de 12 de Dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Colect., p. I-11779, n.º 37).

34 — Acórdão Eurowings Luftverkehr, já referido, n.º 44. V. igualmente, neste sentido, acórdãos de 26 de Junho de 2003, Skandia e Ramstedt (C-422/01, Colect., p. I-6817, n.º 52), e de 11 de Dezembro de 2003, Barbier (C-364/01, Colect., p. I-15013, n.º 71).

35 — V., a propósito, os trabalhos da Comissão das Comunidades Europeias sobre a fiscalidade das empresas no interior da União, em particular a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu — Para um mercado interno sem obstáculos fiscais [COM (2001)582 final], e o relatório dos serviços da Comissão sobre a fiscalidade das empresas no mercado interno [SEC (2001)1681 final].

36 — Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados Membros, reunidos no Conselho de 1 de Dezembro de 1997, relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas (JO 1998, C 2, p. 2).

37 — Este relatório encontra-se disponível na página Internet http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/fr//misc/04901.f9.html

57. Contudo, estes elementos não podem ter uma influência sobre o alcance dos direitos conferidos pelos artigos 43.º CE e 48.º CE aos operadores económicos. Como resulta do seu preâmbulo, o código de conduta constitui um compromisso de natureza política e não afecta, portanto, os direitos e obrigações dos Estados-Membros, nem as competências respectivas dos Estados Membros e da Comunidade, tal como decorrem do Tratado. A adopção do código de conduta e a menção do regime fiscal irlandês em questão entre as medidas fiscais nacionais prejudiciais para o mercado único não podem, portanto, limitar nem, *afortiori*, restringir retroactivamente o direito conferido pelo Tratado a qualquer sociedade, conforme com o artigo 48.º CE, de criar um estabelecimento secundário no Estado-Membro da sua escolha, inclusive num Estado em que se aplique um regime fiscal considerado prejudicial para o mercado único.

58. A circunstância deste regime fiscal poder igualmente ser qualificado de ajuda de Estado incompatível com o mercado comum [38], não altera a presente análise. Como foi defendido pela Comissão nas suas observações, o Tratado contém disposições específicas, nos seus artigos 87.º CE e 88.º CE, destinadas a assegurar o controlo da compatibilidade de uma tal medida com o mercado comum e a anulação dos seus efeitos prejudiciais nesse mesmo mercado. A circunstância de esse regime fiscal não estar de acordo com as regras do Tratado não pode, portanto, permitir que um Estado-Membro tome medidas unilaterais destinadas a combater os respectivos efeitos, em violação das liberdades de circulação.

59. Contra esta análise poderia ainda argumentar-se que o problema se mantém na totalidade no que respeita a disparidade das taxas de tributação que se encontram fixadas nas legislações dos Estados-Membros que tenham um alcance geral. Com efeito, por um lado, a avaliação das medidas fiscais consideradas prejudiciais, levada a cabo pelo grupo «Código de conduta» e cuja supressão foi programada, ficou limitada aos regimes particulares ou específicos. Por outro lado, nos termos do artigo 94.º CE, uma aproximação das legislações nacionais no que respeita às taxas de tributação aplicáveis depende sempre da regra da unanimidade do Conselho. Ora, até à data, nenhuma medida deste género foi tomada, nem tão-pouco parece vir a ser considerada num futuro próximo, conforme foi apontado por Estados-Membros na audiência.

60. Todavia, os efeitos prejudiciais de uma total falta de harmonização das taxas de tributação dos lucros de sociedades relevam, como já foi dito, de uma solução de natureza política e não nos parece que justifiquem que se ponha em causa o alcance dos direitos conferidos pelos artigos 43.º CE e 48.º CE, tal como definido pela jurisprudência. Somos, pois, de opinião que o facto de uma sociedade residente fiscal num Estado-Mem-

38 — Resulta do relatório do grupo «Código de conduta» que a Comissão tinha autorizado em 1987 a criação do International Financial Services Centre e, posteriormente, considerado que as taxas de tributação preferenciais, estabelecidas nesse centro constituíam ajudas ao funcionamento que infringiam as regras do Tratado e, por fim, que havia celebrado um acordo com as autoridades irlandesas com vista à supressão progressiva desse regime.

bro criar uma filial no International Financial Services Centre, com o objectivo assumido de beneficiar do regime fiscal mais favorável que aí é aplicado, não constitui, em si mesmo, uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento.

61. Iremos agora analisar se a legislação do Reino Unido sobre as SEC constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento.

B — *Sobre a existência de um obstáculo à liberdade de estabelecimento*

62. A título liminar, cabe recordar que o artigo 43.° CE não proíbe apenas as restrições à criação de uma filial noutro Estado-Membro que emanem do Estado de acolhimento, mas também as imputáveis ao Estado de origem. Assim, e em conformidade com a jurisprudência estabelecida, embora, segundo a sua letra, as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento visem sobretudo assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, opõem-se igualmente a que o Estado de origem dificulte o estabelecimento de um dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação noutro Estado-Membro [39]. Esta proibição de entraves «à saída» aplica-se igualmente às medidas fiscais [40].

63. Resulta igualmente da jurisprudência que as restrições proibidas pelo artigo 43.° CE podem assumir formas distintas. Pode tratar-se de discriminações ostensivas baseadas na nacionalidade ou, no que respeita às sociedades, na respectiva sede social. Podem também assumir a forma de «discriminações indirectas», ou seja, de medidas que, sem terem por base a sede social, assentam em condições aplicadas de forma indistinta, tendo por efeito desfavorecer essencialmente os nacionais de outros Estados-Membros, como o critério da residência fiscal [41]. Finalmente, na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal não procura saber se a medida em causa deve ser qualificada de discriminação directa ou indirecta. Limita-se a constatar a existência de uma diferença de tratamento fiscal, que cria uma desvantagem em prejuízo do operador económico que exerceu os direitos conferidos pelo artigo 43.° CE e que poderia dissuadi-lo de exercer esses direitos [42].

39 — Acórdãos, já referidos, Daily Mail and General Trust, n.° 16, e Marks & Spencer, n.° 31.

40 — A proibição de entraves à saída através de uma medida fiscal foi aplicada, pela primeira vez, no acórdão ICI, já referido, relativamente à legislação do Reino Unido que reservava o benefício de desagravamento fiscal às sociedades residentes que controlavam unicamente ou principalmente filiais com sede em território nacional. Desde esse acórdão, foi alvo de vários exemplos (v., em particular, acórdãos de 18 de Novembro de 1999, X e Y, C-200/98, Colect., p. I-8261, bem como De Lasteyrie du Saillant, já referido, e, numa aplicação recente, acórdão de 23 de Fevereiro de 2006, Keller Holding, C-471/04, Colect., p. I-2107).

41 — Acórdão de 13 de Julho de 1993, Commerzbank (C-330/91, Colect., p. I-4017, n.os 14 e 15).

42 — V., nomeadamente, acórdãos de 14 de Dezembro de 2000, AMID (C-141/99, Colect., p. I-11619, n.os 22 e 23), de 21 de Novembro de 2002, X e Y, já referido, n.os 36 a 39; Lankhorst-Hohorst, já referido, n.os 27 a 32; de 18 de Setembro de 2003, Bosal (C-168/01, Colect., p. I-9409, n.° 27), bem como os acórdãos já referidos Marks & Spencer, n.os 32 a 34, e Keller Holding, n.os 31 a 35.

64. O último elemento que aqui parece útil assinalar na jurisprudência relativa ao exame de regimes fiscais nacionais na perspectiva das liberdades de circulação respeita às justificações possíveis para uma restrição. Em princípio, as discriminações ostensivas baseadas na nacionalidade só podem ser justificadas por um dos motivos de ordem, segurança e saúde públicas previstos no artigo 46.°, n.° 1, CE. Apenas as medidas aplicáveis indistintamente podem sê-lo igualmente por uma razão imperiosa de interesse geral, ou seja, por uma razão não prevista nesta disposição, mas que seja reconhecida pela jurisprudência como prosseguindo um interesse legítimo. Por outro lado, e no contexto dos artigos 43.° CE e 48.° CE, a sede social das sociedades serve para determinar a sua ligação à ordem jurídica de um Estado-Membro, à semelhança da nacionalidade das pessoas singulares [43]. Não obstante, em matéria fiscal, a verificação da existência de uma diferença de tratamento baseada na sede social das sociedades não exclui que essa desigualdade de tratamento possa ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral [44].

65. É em face destas considerações que iremos analisar se a legislação em causa constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento. O órgão jurisdicional de reenvio questiona-se, a este respeito, sobre se esta legislação deve ser analisada como uma restrição ao exercício da liberdade de estabelecimento ou como uma discriminação.

66. No primeiro caso, pergunta-se se a eventualidade da Cadbury não pagar um imposto superior ao que a CSTS e a CSTI teriam pago se estivessem sediadas no Reino Unido, ou ainda se o facto dos prejuízos sofridos por essas filiais estrangeiras não poderem ser alvo de um desagravamento sobre os lucros tributáveis no Reino Unido, uma vez que esse desagravamento poderia ser possível caso essas filiais se situassem nesse Estado-Membro, têm incidência sobre a existência de uma restrição.

67. No segundo caso, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a comparação que importa efectuar para determinar a existência de uma discriminação. Assim, questiona-se sobre se a situação da Cadbury deve ser comparada à de uma sociedade residente que criou uma filial no Reino Unido ou à de uma sociedade residente que criou um estabelecimento secundário desse tipo noutro Estado-Membro, em que a taxa de tributação não é suficientemente vantajosa para que a legislação sobre as SEC se pudesse aplicar.

68. O Reino Unido sustenta que a legislação controvertida não constitui um obstáculo discriminatório à liberdade de estabeleci-

43 — Acórdão ICI, já referido, n.° 20 e jurisprudência referida.

44 — V., nomeadamente, acórdãos já referidos ICI, a propósito da legislação do Reino Unido que reserva a concessão de um desagravamento fiscal às sociedades em consórcio residentes que controlem única ou principalmente filiais com sede em território nacional (n.os 23 e 24), e Lankhorst-Hohorst, a propósito do regime alemão sobre a tributação dos juros pagos pelas filiais à respectiva sociedade-mãe, que previa um tratamento diferente em função da sede desta, conforme se situava ou não em território nacional.

mento. Argumenta, desde logo, que a situação da Cadbury deve ser comparada unicamente à de uma sociedade residente cuja filial se estabelecera em território nacional. Alega, em seguida, com o apoio dos Governos dinamarquês, alemão, francês, português, finlandês e sueco, que a referida legislação não era discriminatória porque o imposto reclamado à Cadbury não era superior ao que seria globalmente suportado por esta sociedade e pelas suas filiais caso estas últimas estivessem sediadas no Reino Unido. O efeito económico sobre os bens da Cadbury seria portanto o mesmo nos dois casos supramencionados.

69. Segundo esses Estados-Membros, a legislação sobre as SEC prosseguia assim um objectivo de neutralidade fiscal, pois a carga fiscal global que incidia sobre a unidade económica constituída por uma sociedade-mãe britânica e as suas filiais era idêntica, independentemente das filiais se encontrarem sediadas no Reino Unido ou em qualquer outro Estado-Membro.

70. Finalmente, os Governos alemão e francês sustentam que a diferença de tratamento prevista na legislação em causa, em função do local de implantação das filiais, era objectivamente justificada pela diferença entre as taxas de tributação às quais estas filiais se encontrariam sujeitas no respectivo Estado de estabelecimento.

71. Não compartilhamos esta análise pelas razões que se seguem.

72. Como vimos, a legislação em causa estabelece um regime específico que se aplica unicamente às sociedades residentes que tenham criado uma filial num Estado-Membro que preveja uma taxa de tributação sobre os lucros das sociedades muito inferior à que vigora no Reino Unido. A legislação sobre as SEC não se aplica, recorde-se, se a filial estiver sediada no Reino Unido ou noutro Estado-Membro cujo regime fiscal não conduza a uma tributação dos lucros dessa filial inferior a três quartos do imposto que seria devido sobre esses mesmos lucros no Reino Unido.

73. A legislação em causa prevê que os lucros da filial controlada são susceptíveis de ser incluídos na matéria colectável da sociedade-mãe a partir do momento em que são gerados.

74. Constitui, pois, uma desvantagem para a sociedade-mãe a que se aplica relativamente, por um lado, a uma sociedade residente que tenha criado a sua filial no Reino Unido e, por outro lado, a uma sociedade residente que tenha criado essa filial num Estado-Membro cujo regime fiscal não seja suficientemente vantajoso para cair no seu campo de aplicação. Na primeira situação, a sociedade residente nunca é tributada sobre os lucros da sua filial nacional. Na segunda situação, a sociedade residente não é tributada sobre os lucros da sua filial estrangeira quando são gerados. Apenas poderá ser tributada no momento em que esses benefícios lhe sejam distribuídos sob a forma de dividendos.

75. Estamos, pois, perante um tratamento fiscal diferenciado, que prejudica as sociedade que, como a Cadbury, tenham criado uma filial na Irlanda, no International Financial Services Centre, e esse tratamento é susceptível de dissuadir uma sociedade residente de aí exercer o seu direito de estabelecimento.

76. O argumento segundo o qual o imposto a pagar pela Cadbury não excede o montante global de tributação que teria sido suportado pela unidade económica constituída pela sociedade-mãe e as suas filiais se estas estivessem sediadas no Reino Unido não põe em causa esta análise. Com efeito, este argumento não faz desaparecer a desigualdade de tratamento ao nível das sociedades-mães.

77. Porém, e ainda que a legislação litigiosa fosse fiscalmente neutra em relação a uma situação puramente interna, isto não poria em causa a existência da desigualdade de tratamento e a desvantagem da Cadbury em relação à situação de uma sociedade residente que tenha criado uma filial noutro Estado-Membro cuja fiscalidade é menos vantajosa que a que vigora no International Financial Services Centre.

78. Contrariamente ao Reino Unido, não vemos porque é que a situação da Cadbury não devia ser comparada à de uma tal sociedade. Entendemos que a apreciação da compatibilidade da legislação em causa com o direito comunitário deve permitir examiná-la em todas as suas implicações. A noção de «discriminação» é definida, como se sabe, como a aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou como a aplicação da mesma regra a situações diferentes [45]. A única questão que se coloca com vista a determinar se o tratamento diferente de duas situações constitui uma discriminação é, pois, a de saber se essas duas situações são comparáveis. Somos de opinião que é esse o caso entre a situação da Cadbury e a de uma sociedade residente que tenha criado uma filial noutro Estado-Membro cujo sistema fiscal seja menos vantajoso do que o sistema em vigor no International Financial Services Centre, uma vez que, em ambos os casos, uma sociedade sediada no Reino Unido criou uma filial noutro Estado-Membro.

79. A propósito da nossa análise, sustenta-se que a disparidade das taxas de tributação dos lucros das sociedades em vigor na União constitui uma diferença objectiva de situação que justifica o tratamento diferenciado previsto pela legislação em causa.

80. Caso essa tese devesse ser adoptada, isso queria dizer que um Estado-Membro teria o direito, sem violar as regras do Tratado, de seleccionar os outros Estados Membros em que as suas sociedades nacionais poderiam criar filiais, beneficiando do regime fiscal

45 — Acórdão de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Colect., p. I-2651, n.º 26 e jurisprudência referida).

aplicável no Estado de acolhimento. Ora, como foi defendido pelas recorrentes e pela Irlanda, essa solução levaria manifestamente a um resultado contrário à própria noção de «mercado único».

81. A fixação da taxa de tributação dos lucros das sociedades é, como se verificou, da competência soberana de cada Estado-Membro e os artigos 43.º CE e 48.º CE conferem, a cada sociedade que satisfaça o disposto neste último artigo, o direito de criar uma filial em local à sua escolha no interior da União. Um Estado-Membro não pode, pois, tratar de forma diferente as suas sociedades residentes que criem filiais noutros Estados-Membros em função da taxa de tributação aplicável no Estado de acolhimento.

82. Esta solução também contraria a posição adoptada pelo Tribunal nos acórdãos, já referidos, Eurowings Luftverkehr e Barbier, nos quais se determinou que o regime fiscal pouco elevado, em vigor num Estado-Membro, não pode justificar um tratamento fiscal desfavorável por outro Estado-Membro [46] e que um cidadão comunitário não pode ser privado da possibilidade de invocar disposições do Tratado por beneficiar das vantagens fiscais legalmente oferecidas pelas normas em vigor noutro Estado-Membro que não aquele em que reside [47].

46 — Acórdão Eurowings Luftverkehr, já referido, n.º 44.

47 — Acórdão Barbier, já referido, n.º 71.

83. A diferença de tratamento prevista pela legislação do Reino Unido sobre as SEC, em função da taxa de tributação no Estado-Membro de estabelecimento, basta, em nossa opinião, para que esse regime seja analisado como constituindo um obstáculo à liberdade de estabelecimento e para que a sua compatibilidade com as regras do Tratado seja necessariamente sujeita ao controlo do Tribunal.

84. Iremos agora examinar se este obstáculo pode ser justificado.

C — Sobre a justificação baseada na luta contra a evasão fiscal

85. Conforme resulta dos autos, a legislação do Reino Unido sobre as SEC foi adoptada com vista a combater um modo específico de evasão fiscal, realizada através do desvio artificial de lucros obtidos no Reino Unido. Trata-se, segundo este Estado-Membro, de lutar contra os desvios de lucros efectuados por uma sociedade residente ao constituir uma filial num país com um nível baixo de tributação e ao efectuar transacções intra grupos, cujo principal objectivo é a transferência desses lucros para essa filial. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a legislação nacional em questão pode ser justificada por esse objectivo.

86. A luta contra a evasão fiscal faz parte das razões imperiosas de interesse geral que podem justificar um obstáculo ao exercício das liberdades de circulação. O Tribunal admitiu-o diversas vezes, aceitando analisar se a restrição à liberdade de estabelecimento criada pela legislação nacional em questão poderia ser justificada por tal motivo [48]. Indicámos também que, no acórdão ICI, já referido, o Tribunal procedeu a essa análise a propósito da legislação do Reino Unido que utilizava o critério da sede das filiais controladas para instaurar um tratamento fiscal diferenciado das sociedades em regime de consórcio, estabelecidas nesse Estado-Membro.

87. Todavia, a possibilidade de uma tal justificação ser efectivamente acolhida foi enquadrada por limites bastante apertados. Assim, segundo uma fórmula regularmente reproduzida na jurisprudência, um obstáculo a uma liberdade de circulação garantida pelo Tratado só pode ser justificado pela luta contra a evasão fiscal se a legislação em causa tiver como finalidade específica excluir dos benefícios fiscais as manobras puramente artificiais cujo objectivo seja contornar a lei nacional [49].

88. O recurso a esta fórmula, cujos termos retomam os da noção de «abuso de direito» [50], pode ser entendido como a vontade de evitar que a luta contra a evasão fiscal sirva de pretexto a uma atitude proteccionista. A aplicação do direito comunitário apenas pode ser recusada quando a sociedade em questão o invoque de forma abusiva, por ter posto em prática uma manobra artificial com vista a escapar ao imposto.

89. O Tribunal recusou, pois, que uma medida nacional restritiva pudesse ser justificada pela luta contra a evasão fiscal, quando essa legislação abranja uma situação definida em termos muito gerais. Assim, segundo o Tribunal, para que essa justificação pudesse ter aplicação, a legislação nacional litigiosa não poderia visar, «de maneira geral, qualquer situação em que a maioria das sociedades filiais de um grupo tenha a sua sede, por qualquer razão, fora do Reino Unido» [51], nem, «de um modo geral, qualquer situação em que, independentemente da razão invocada, a cessão a preço abaixo do valor seja efectuada em proveito de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro em que o cedente detém uma participação ou de uma filial criada no Reino da Suécia por essa sociedade» [52].

90. Também não deve visar «de maneira geral, qualquer situação na qual a sociedade-mãe tem a sua sede, qualquer que seja a razão, fora da República Federal da Alemanha» [53], nem, «de um modo geral, qualquer

48 — Acórdãos, já referidos, ICI, n.º 26; de 21 de Novembro de 2002, X e Y, n.ºs 60 e 61; Lankhorst-Hohorst, n.º 37; e De Lasteyrie du Saillant, n.º 50.

49 — *Ibidem*.

50 — V., nomeadamente, acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Colect., p. I-11569, n.º 56).

51 — Acórdão ICI, já referido, n.º 26.

52 — Acórdão de 21 de Novembro de 2002, X e Y, já referido, n.º 61.

53 — Acórdão Lankhorst-Hohorst, já referido, n.º 37.

situação em que um contribuinte que detém participações substanciais numa sociedade sujeita ao imposto sobre as sociedades transfere, por qualquer razão, o seu domicílio para fora de França» [54].

91. Em contrapartida, as jurisdições nacionais podem, caso a caso, com base em elementos objectivos, ter em conta o comportamento abusivo ou fraudulento das pessoas interessadas, para lhes recusar o benefício das disposições de direito comunitário invocadas [55].

92. Conclui-se que, para se poder justificar com a luta contra a evasão fiscal, a legislação nacional não pode contentar-se em visar uma situação definida em termos gerais, mas deve permitir ao juiz nacional recusar, caso a caso, o benefício do direito comunitário a alguns contribuintes ou a algumas sociedades que tenham posto em prática uma manobra artificial com vista a escapar ao imposto.

93. No acórdão Marks & Spencer, já referido, o Tribunal, que saibamos pela primeira vez, aplicou de uma forma mais lata a justificação da luta contra a evasão fiscal. Esta aplicação foi efectuada num contexto particular, a propósito da legislação do Reino Unido relativa ao «desagravamento de grupo». Em conformidade com esta legislação, as sociedades de um mesmo grupo, residentes no Reino Unido, podem proceder entre si a uma compensação dos seus lucros e dos seus prejuízos. Contudo, esta possibilidade é recusada a uma sociedade-mãe residente quanto aos prejuízos sofridos pelas suas filiais que estejam sediadas noutro Estado-Membro. Esta diferença de tratamento entre filiais em função da sua residência foi analisada de forma previsível como constituindo um obstáculo à liberdade de estabelecimento.

94. Foram invocados três motivos para justificar a referida diferença de tratamento. Em primeiro lugar, os lucros e os prejuízos deveriam ser tratados de forma simétrica no quadro de um mesmo sistema fiscal, com vista a garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros. Em segundo lugar, tratava-se de evitar que os prejuízos fossem contabilizados duas vezes. O terceiro motivo consistia em prevenir um risco de evasão fiscal.

95. A análise que o Tribunal efectuou das supramencionadas justificações traz elementos que nos parecem pertinentes para o presente processo. Parece útil recordar aqui o seu conteúdo.

54 — Acórdão De Lasteyrie du Saillant, já referido, n.º 50.

55 — Acórdãos, já referidos, Centros, n.º 25 e, de 21 de Novembro de 2002, X e Y, n.º 42.

96. Quanto à primeira justificação, o Tribunal recordou a sua jurisprudência constante, segundo a qual a redução das receitas fiscais não pode ser considerada uma razão imperiosa de interesses geral susceptível de ser invocada para justificar uma medida, em princípio, contrária a uma liberdade fundamental [56].

97. Contudo, veio especificar o seguinte. Acrescentou que, não obstante, a preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros poderia tornar necessária a aplicação, às actividades económicas das sociedades sediadas num destes Estados, apenas das regras fiscais deste, no que respeita tanto aos lucros como aos prejuízos. Com efeito, segundo o Tribunal, «conceder às sociedades a faculdade de optar pela dedução dos seus prejuízos no Estado-Membro do seu estabelecimento ou noutro Estado-Membro comprometeria sensivelmente a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros, sendo a matéria colectável aumentada no primeiro Estado e diminuída no segundo, até ao montante dos prejuízos transferidos» [57].

98. Quanto ao risco da dupla utilização dos prejuízos, o Tribunal defende que os Estados-Membros devem poder impedi-la [58].

99. Tratando-se, finalmente, do risco de evasão fiscal, o Tribunal admite que a possibilidade de transferir os prejuízos de uma filial não-residente para uma sociedade residente comporta o risco de serem organizadas transferências de prejuízos no interior de um grupo de sociedades para as sociedades estabelecidas nos Estados-Membros que aplicam as taxas de imposto mais elevadas e onde, por conseguinte, o valor fiscal dos prejuízos é mais significativo. Refere que o facto de se excluírem da dedução de grupo os prejuízos sofridos por filiais não-residentes impede essas práticas, que encontravam a sua justificação nas diferenças sensíveis entre as taxas de imposto aplicadas nos vários Estados Membros [59].

100. O Tribunal entendeu, atentos estes três motivos considerados conjuntamente, que a restrição em causa prosseguia objectivos legítimos e que era adequada a atingi-los. Procedeu, em seguida, à análise da sua proporcionalidade e determinou em que condições se poderia justificar.

101. Poderemos retirar desta motivação duas considerações que apresentam um carácter pertinente para o presente processo.

56 — Acórdão Marks & Spencer, já referido, n.º 44.

57 — *Ibidem*, n.os 45 e 46.

58 — *Ibidem*, n.os 47 e 48.

59 — *Ibidem*, n.os 49 e 50.

102. A primeira consideração prende-se com o facto de as liberdades de circulação estabelecidas pelo Tratado não visarem permitir às sociedades transferir os seus prejuízos ou os seus lucros de um Estado-Membro para outro, em função da sua própria conveniência. Por outras palavras, o Tribunal confirma que estas regras não se destinam a pôr em causa a repartição pelos Estados-Membros do respectivo poder de tributação, nem o direito de cada Estado de tributar as actividades económicas prosseguidas no seu território. Os Estados-Membros podem, pois, opor-se a tais transferências, que visam beneficiar das disparidades das taxas de tributação aplicáveis à tributação dos lucros já obtidos.

103. A segunda consideração que poderá ser retirada do acórdão Marks & Spencer, já referido, prende-se com o facto de a primeira consideração não dever pôr em causa o alcance dos artigos 43.º CE e 48.º CE que descrevemos na primeira parte da nossa análise. No número 44 do referido acórdão, o Tribunal confirma efectivamente a sua jurisprudência constante, segundo a qual a redução das receitas fiscais não constitui uma razão imperiosa de interesse geral que possa justificar uma restrição ao exercício das liberdades garantidas pelo Tratado. O Estado-Membro no qual se encontra sediada a sociedade-mãe não pode pois obstar à criação, por parte desta, de uma filial noutro Estado-Membro, com o pretexto, por exemplo, de as actividades que aí são exercidas por esta poderem sê-lo no seu próprio território e estarem sujeitas à sua soberania fiscal.

104. A questão de saber se, e em que medida, transacções entre uma SEC e a sua sociedade-mãe que tenham por efeito a diminuição do lucro tributável desta última constituem uma evasão fiscal, passa pela procura de um equilíbrio justo entre estes dois princípios.

105. Na nossa opinião, esta procura implica que se parta do critério tido em consideração quando seja necessário analisar a existência de uma prática abusiva, que é saber se o objectivo prosseguido pela disposição de direito comunitário invocada foi satisfeito [60]. Trata-se portanto de analisar se a implantação da SEC num Estado com um baixo nível de tributação e as transacções entre esta e a sociedade-mãe que conduzam a uma diminuição da tributação devida por esta última no Estado de origem constituem operações que se enquadram no objectivo da liberdade de estabelecimento.

106. Vimos que a noção de «estabelecimento», no sentido dado pelos artigos 43.º CE e seguintes, inclui o exercício efectivo de uma actividade económica no Estado de acolhimento. Se a filial exerce efectivamente uma tal actividade nesse Estado e se, nesse âmbito, fornece à sua

60 — Acórdãos de 2 de Maio de 1996, Paletta (C-206/94, Colect., p. I-2357, n.º 25); de 23 de Março de 2000, Diamantis (C-373/97, Colect., p. I-1705, n.º 34), e Emsland-Stärke, já referido, n.º 52.

sociedade-mãe prestações reais e efectivas, não cremos que essa situação possa ser analisada como constituindo, em si, uma fraude ou uma evasão fiscais, mesmo que o pagamento dessas prestações se traduza numa diminuição dos lucros tributáveis da sociedade-mãe no Estado de origem.

107. Na perspectiva do objectivo da liberdade de estabelecimento, desde que a filial exerça uma actividade económica real no Estado de acolhimento, não existe diferença entre a prestação de serviços a terceiros e a prestação desses mesmos serviços a sociedades pertencentes ao mesmo grupo que a filial.

108. Além disso, a prestação de serviços pela filial à sociedade-mãe constitui uma actividade económica, que se traduz em transacções entre pessoas colectivas distintas. A circunstância de essas sociedades estarem ligadas não obsta a que o preço dessas transacções seja fixado nas condições normais de concorrência [61]. O risco de evasão fiscal no âmbito de tais transacções não é pois comparável ao que decorreria da transferência dos prejuízos de filiais estrangeiras para uma sociedade-mãe residente, como no caso do processo Marks & Spencer, já referido, uma vez que essa transferência de prejuízos era efectuada por um simples jogo de movimentos contabilísticos. As transacções entre uma SEC e a respectiva sociedade-mãe, destinadas a reduzir os lucros tributáveis desta última, não podem, portanto, ser consideradas uma evasão fiscal, excepto se a implantação desta filial e essas transacções constituírem, segundo a jurisprudência supra referida, uma manobra artificial destinada a contornar a lei nacional.

109. Do mesmo modo, o facto de uma sociedade centralizar noutro Estado-Membro com uma taxa de imposto diminuta a realização de certas actividade úteis ao conjunto do grupo e de procurar, dessa forma, reduzir a carga fiscal global suportada pelo referido grupo também não nos parece constituir, em si mesmo, uma prática abusiva. Neste caso, a partir do momento em que a filial encarregue dessas prestações intra grupo exerce uma actividade económica real no Estado de acolhimento, a cuja soberania fiscal se encontra sujeita, não se verifica, *a priori*, uma violação da repartição territorial do poder de tributação dos Estados-Membros. Com efeito, a perda dos lucros tributáveis sentida no Estado de origem é o resultado da actividade económica efectuada no Estado de acolhimento e que aí é tributada.

61 — Este tipo de transacções intra grupos motivou a elaboração por parte da OCDE dos princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência, que prevêem de que forma os preços dessas transacções devem ser calculados pelas administrações nacionais, de forma a determinar correctamente o imposto devido em cada país e evitar duplas tributações [v., nomeadamente, o projecto da OCDE sobre as práticas fiscais prejudiciais — Nota de aplicação consolidada — Indicações para a aplicação do relatório 1998 aos regimes fiscais preferenciais (pp. 30 e segs.), disponível na página Internet: http://www.oecd.org/dataoecd/60/31/30901141.pdf].

110. Podemos, pois, deduzir que a análise da existência de uma manobra puramente artificial destinada a contornar a lei fiscal nacional no âmbito das relações de uma sociedade-mãe com uma SEC passa necessariamente pela verificação, caso a caso, da realidade da implementação da filial no Estado de acolhimento e da substância das suas actividades nesse Estado relativamente às prestações fornecidas à sociedade-mãe, cujo pagamento conduziu a uma diminuição da tributação devida por esta sociedade no seu Estado de origem.

111. O Reino Unido e a Comissão referiram, a este respeito, três critérios que nos parecem pertinentes. Trata-se, por um lado, do nível de presença física da filial no Estado de acolhimento, por outro, da substância real da actividade prestada pela filial e, finalmente, do valor económico dessa actividade relativamente à sociedade-mãe e ao conjunto do grupo.

112. O primeiro destes critérios diz respeito à realidade da implantação da filial no Estado de acolhimento. Implica que se analise se a filial dispõe dos locais, do pessoal e dos equipamentos necessários à realização das prestações fornecidas à sociedade-mãe e que tiveram por efeito a diminuição do imposto devido no Estado de origem. Se não for esse o caso, a sujeição dessas prestações à soberania fiscal do referido Estado aparece como uma manobra puramente artificial destinada a escapar ao imposto.

113. O segundo destes critérios respeita ao carácter efectivo das prestações fornecidas pela filial. Trata-se, neste quadro, de verificar a competência do pessoal da filial em relação às prestações fornecidas, bem como o nível de tomada de decisão na realização dessas prestações. Se, por exemplo, a filial se revelar ser apenas um simples instrumento de execução, por as decisões que são necessárias à realização das prestações que lhe são pagas serem tomadas a outro nível, é igualmente justificável considerar que a sujeição destas prestações à soberania fiscal do Estado de acolhimento constitui uma manobra puramente artificial.

114. O terceiro critério, referente ao valor acrescentado gerado pela actividade da filial, é, sem dúvida, mais difícil de pôr em prática caso as prestações por ela fornecidas correspondam, efectivamente, ao exercício de actividades reais no Estado de acolhimento. Este critério parece-nos, contudo, pertinente na medida em que poderia permitir ter em conta a situação objectiva, em que as prestações fornecidas pela filial são desprovidas de todo e qualquer interesse económico relativamente à actividade desenvolvida pela sociedade-mãe. Se for esse o caso, parece-nos possível admitir que existe uma manobra puramente artificial, uma vez que o pagamento das prestações em questão pela sociedade-mãe aparece desprovido de qualquer contrapartida. O pagamento dessas

prestações poderia então ser analisado como uma transferência pura e simples de lucros da sociedade-mãe para a filial.

115. Em contrapartida, como a Comissão e contrariamente ao Reino Unido, não cremos que a motivação da criação da filial e da escolha do país da sua implantação possa constituir um critério pertinente. Por outras palavras, a existência de uma manobra puramente artificial não pode ser deduzida da intenção manifestada pela sociedade-mãe de obter um desagravamento da sua tributação no Estado de origem.

116. Como vimos, as razões subjectivas pelas quais um operador económico exerceu os direitos de circulação que lhe são conferidos pelo Tratado não podem pôr em causa a protecção que retira desses direitos desde que a finalidade prosseguida por estes se encontre satisfeita. Sendo esse o caso, o facto de uma sociedade-mãe ter decidido deslocalizar alguns serviços necessários ao exercício das suas actividades para um Estado com um nível baixo de tributação, com o objectivo de reduzir a sua carga fiscal, não constitui um elemento pertinente para caracterizar uma evasão fiscal.

117. A existência de uma manobra puramente artificial destinada a escapar à lei fiscal nacional só pode, pois, ser demonstrada com base em elementos objectivos.

118. É ainda a esta mesma conclusão que chegamos se nos debruçarmos novamente sobre a jurisprudência do Tribunal relativa à noção de «abuso de direito». Segundo esta jurisprudência, é com base em elementos objectivos que a existência de uma prática abusiva deve ser demonstrada [62]. De acordo com a decisão recentemente tomada pelo Tribunal de Justiça no processo Halifax e o., já referido, a existência de uma tal prática exige o apuramento, à luz de «um conjunto de elementos objectivos», de que o objectivo essencial das operações em causa é a obtenção de um benefício fiscal cuja concessão seja contrária ao objectivo prosseguido por esta legislação [63].

119. As autoridades nacionais competentes, a quem cabe essa verificação, não são pois convidadas a determinar a intenção subjectiva das partes, cuja prova seria muito difícil fazer e que seria fonte de insegurança jurídica. Devem reportar-se a elementos como o conluio entre um exportador e um importador [64] ou o carácter puramente

62 — V. acórdão Emsland-Stärke, já referido, n.os 52 e 53, e a análise dos critérios enunciados neste acórdão, efectuada pelo advogado-geral M. Poiares Maduro nas conclusões que apresentou no processo Halifax e o. (acórdão de 21 de Fevereiro de 2006, C-255/02, Colect., p. I-1609).

63 — Acórdão Halifax e o., já referido, n.os 74 e 75.

64 — Acórdão Emsland-Stärke, já referido, n.º 53. A Emsland-Stärke tinha exportado mercadorias para um país terceiro, que haviam sido reexpedidas, quase imediatamente, para a Comunidade, envolvendo o correspondente pagamento dos direitos de importação, mas cujo montante era inferior às restituições à exportação concedidas ao exportador. Tratava-se de saber se, neste caso, o exportador poderia reclamar as restituições à exportação.

artificial das operações em causa, bem como às ligações de natureza jurídica, económica e/ou pessoal entre os operadores implicados no plano de redução da carga fiscal [65].

120. Se transpusermos esta análise para o nosso caso, encontraremos os critérios objectivos propostos pelo Reino Unido e pela Comissão. Com efeito, somos confrontados com uma situação em que uma sociedade residente criou uma filial sob o seu controlo num Estado-Membro com uma fiscalidade mais vantajosa que a do Estado de origem e que efectuou transacções com essa filial que tiveram como efeito uma diminuição da sua tributação no referido Estado.

121. Neste caso, a prova de que a implantação desta filial e de que as transacções em causa não poderiam ter outro objectivo que não fosse o de obter uma redução de imposto, que seria contrária à finalidade da liberdade de estabelecimento, passa, como já referimos, por uma análise da realidade da implantação da filial no Estado de acolhimento e da substância das referidas transacções, sem necessidade de analisar as motivações ou as intenções subjectivas dos sócios.

122. É com base nestas considerações que iremos examinar se a legislação do Reino Unido sobre as SEC é adequada a combater a evasão fiscal e se excede esse objectivo [66].

123. A legislação em questão tem por objecto, como já referimos, lutar contra os desvios dos lucros, obtidos por uma sociedade residente fiscal no Reino Unido ao criar uma filial num país com um nível baixo de tributação e ao efectuar transacções intra grupo cujo objectivo principal é transferir esses lucros para essa filial.

124. O procedimento em causa consiste, para uma sociedade-mãe, em reduzir os seus lucros tributáveis através do pagamento de prestações à sua filial, pois sabe que os lucros desta última serão tributados no Estado de acolhimento a uma taxa muito inferior à taxa em vigor no Estado de origem.

65 — Acórdão Halifax e o., já referido, n.º 81. Tratava-se, neste processo, de práticas de sujeitos passivos que efectuavam operações isentas, que não podiam, portanto, deduzir, ou apenas em parte, o Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) pago no âmbito de trabalhos de construção. Estas práticas consistiam em transferir o arrendamento do imóvel construído para uma entidade que controlavam, a qual tinha o direito de optar pela tributação do arrendamento do referido imóvel e, dessa forma, deduzir a totalidade do IVA a montante pago sobre os custos de construção.

66 — Acórdão de 15 de Maio de 1997, Futura Participations e Singer (C-250/95, Colect., p. I-2471, n.º 26 e jurisprudência referida), bem como os acórdãos, já referidos, de 21 de Novembro de 2002, X e Y, n.º 49, e De Lasteyrie du Saillant, n.º 49.

125. Ao incluir os lucros obtidos pela SEC na matéria colectável da sociedade-mãe, a legislação em causa anula, sem qualquer dúvida, os efeitos desta prática. Esta legislação destina-se pois a garantir a realização do objectivo para o qual foi criada.

126. Resta examinar se a referida legislação não ultrapassa o necessário para atingir esse objectivo.

127. A legislação do Reino Unido sobre as SEC, como já referimos, destina-se a ser aplicada sempre que uma filial controlada por uma sociedade residente se encontra estabelecida num Estado em que os seus lucros são tributados a uma taxa que é inferior aos três quartos do montante do imposto que seria pago se esses lucros tivessem sido tributados no Reino Unido.

128. Esta legislação prevê igualmente cinco excepções por força das quais não se aplica. Recorde-se que estas excepções se aplicam se a filial distribuir uma parte importante dos seus lucros à sociedade-mãe, ou se exercer certas actividades, como actividades comerciais, ou se respeitar a «condição da cotação pública», ou ainda se o lucro tributável da SEC não exceder um determinado montante. Se nenhuma das quatro primeiras condições for preenchida, a lei sobre as SEC só não será aplicada se a sociedade residente passar o «teste de intenção».

129. Este teste envolve duas condições cumulativas que se referem, a primeira, às transacções efectuadas entre a SEC e a sua sociedade-mãe e, a segunda, à implantação da filial.

130. Em primeiro lugar, se as transacções que reflectem os lucros da filial para o período contabilístico em causa produzirem uma diminuição da tributação que seria devida no Reino Unido se essas transacções não tivessem sido efectuadas e se essa diminuição exceder um determinado montante, o contribuinte deverá provar que a redução do imposto no Reino Unido não era o objectivo principal ou um dos principais objectivos das referidas transacções.

131. Em segundo lugar, o contribuinte deverá demonstrar que a razão principal ou uma das principais razões da existência da filial não era, para o período contabilístico em questão, a obtenção de uma redução de imposto no Reino Unido através do desvio de lucros nesse Estado-Membro.

132. Existe igualmente uma lista de países em que, preenchidas algumas condições, a aplicação da legislação sobre as SEC é afastada.

133. Finalmente, importa também lembrar que a legislação do Reino Unido sobre as SEC comporta um sistema de imputação do imposto que foi pago pela filial no Estado de acolhimento, a fim de evitar que esses lucros, em virtude da sua atribuição à sociedade-mãe, sejam objecto de uma dupla tributação.

134. A Irlanda defende que o objectivo prosseguido pela referida legislação poderia ser atingido através de medidas menos restritivas, como trocas de informações no quadro da Directiva 77/799. Expõe ainda que essas trocas podem igualmente ter lugar no âmbito da Convenção concluída em 2 de Junho de 1976, entre o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a Irlanda para a eliminação da dupla tributação e a prevenção da evasão fiscal relativamente à tributação dos rendimentos e dos ganhos de capital. Finalmente, sustenta que a aplicação da legislação em causa impõe um encargo significativo e desproporcionado às sociedades-mãe residentes no Reino Unido que tenham uma filial na Irlanda.

135. Não ficamos realmente convencidos com esta análise efectuada pela Irlanda. É certo que as trocas de informação no âmbito da Directiva 77/799 se destinam a permitir lutar contra a evasão fiscal e que esta directiva foi invocada diversas vezes pelo Tribunal como oferecendo aos Estados-Membros possibilidades suficientes para ultrapassarem as dificuldades administrativas ligadas ao conhecimento da situação dos contribuintes não-residentes [67]. É também verdade que a legislação do Reino Unido sobre as SEC estabelece uma presunção. Assim, quando nenhuma das referidas quatro primeiras condições se aplicar e as transacções efectuadas entre a filial e a respectiva sociedade-mãe tiverem como efeito uma diminuição, superior a um montante mínimo, do imposto que seria devido por esta caso as referidas transacções não tivessem sido realizadas, é ao contribuinte que cabe demonstrar a inexistência de evasão fiscal.

136. Todavia, na perspectiva da situação específica tida em vista pela legislação em causa, não estamos convencidos de que as trocas de informação no âmbito da Directiva 77/799 possam conduzir a uma eficácia comparável à da referida legislação. Da mesma maneira, não compartilhamos a opinião segundo a qual se devia considerar que esta legislação, devido à presunção que instaura, impõe às sociedades a que se aplica um encargo que não é razoável.

67 — V., nomeadamente, acórdãos de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 45), e de 28 de Outubro de 1999, Vestergaard (C-55/98, Colect., p. I-7641, n.º 26). V., a titulo de exemplo recente, acórdão de 4 de Março de 2004, Comissão/França (C-334/02, Colect., p. I-2229, n.º 31).

137. Por um lado, a legislação do Reino Unido sobre as SEC, tendo em conta o conjunto das suas condições de aplicação e de isenção, só se destina a ser aplicada em circunstâncias bem determinadas, que correspondem à situação em que o risco de evasão fiscal existe com maior probabilidade.

138. Assim, conforme o exposto pela Comissão na audiência, é muito mais fácil criar uma SEC artificial quando a mesma se destina a prestar serviços, do que quando deve assegurar uma actividade de produção de um bem de consumo. Assim, quando os serviços em causa consistam, como no caso em apreço, em levantar fundos e fornecê-los às filiais do grupo mundial Cadbury, podem, graças aos meios modernos de comunicação, ser assegurados, em nome da SEC, por pessoal e instrumentos informáticos que não se encontram física e materialmente na Irlanda. No caso desses serviços, a sociedade formalmente constituída em Dublin pode aí não ter qualquer consistência material e corresponder apenas àquilo que se convencionou chamar «caixa de correio».

139. Além disso, é provável que essas manobras sejam de recear quando a SEC é criada num Estado com um nível muito baixo de tributação. Finalmente, a conclusão de que as transacções efectuadas entre esta e a respectiva sociedade-mãe tiveram como resultado uma diminuição superior a um montante mínimo do imposto devido no Reino Unido, bem como a não distribuição de dividendos tributáveis no Estado de origem constituem elementos objectivos que podem corroborar a hipótese de uma evasão fiscal.

140. Neste caso, e tendo em conta a facilidade com a qual tais serviços podem ser deslocados, não nos parece excessivo que um Estado-Membro estabeleça uma presunção de evasão fiscal em vez de esperar por uma comunicação de informações *a posteriori*.

141. Por outro lado, a existência de uma tal legislação apresenta o interesse de contribuir para a segurança jurídica dos operadores económicos. Com efeito, permite-lhes saber de antemão que, no caso supramencionado, existe uma presunção de evasão fiscal. Esses operadores ficam assim alertados para a necessidade de justificar a realidade da implantação da respectiva filial no Estado de acolhimento, bem como a substância das transacções com ela efectuadas.

142. Não cremos, no entanto, que a preparação destas justificações constitua uma carga de trabalho pouco razoável. Pode pensar-se que tais justificações poderiam igualmente dever ser apresentadas num quadro de controlo fiscal «ordinário», efectuado no âmbito do regime nacional de direito comum, que visa lutar contra a

evasão fiscal [68]. A legislação em questão, na medida em que define antecipadamente os casos em que haverá que prestar essas justificações, parece-nos favorecer os operadores económicos.

143. Em contrapartida, o que é relevante é que a presunção estabelecida pela lei em questão possa ser efectivamente ilidida. Conforme invocado correctamente por vários Estados-Membros e pela Comissão, o facto de nenhuma das quatro primeiras excepções se aplicar e a circunstância de as transacções efectuadas entre a filial e a respectiva sociedade-mãe terem conduzido a uma diminuição significativa da tributação devida ao Reino Unido não bastam para demonstrar a existência de uma manobra puramente artificial.

144. Não se exclui que os serviços objecto das transacções em questão correspondem a actividades reais desenvolvidas pela filial no Estado de acolhimento. Da mesma forma, uma filial pode ter razões legítimas para não distribuir lucros de um montante equivalente ao previsto na legislação em questão. Importa, pois, que a presunção estabelecida pela legislação litigiosa possa ser ilidida e que, portanto, a aplicação desta lei possa ser limitada a manobras puramente artificiais, cujo objectivo é contornar a lei fiscal nacional.

145. Em conformidade com a jurisprudência, esta demonstração deve poder ser apresentada pelo contribuinte, de acordo com as regras de prova do direito nacional, desde que não sejam contrárias à eficácia do direito comunitário [69].

146. É o teste de intenção que, no sistema da legislação controvertida, deve permitir à administração nacional ter em conta a situação particular de cada contribuinte.

147. A Comissão, apoiada pelos Governos belga e cipriota, afirma que este teste não é totalmente satisfatório porque, por um lado, nada indica que o fisco britânico efectue uma qualquer análise das actividades reais da filial e, por outro lado, o referido teste teria como resultado incluir no âmbito de aplicação da legislação sobre as SEC as sociedades que

68 — O órgão jurisdicional de reenvio não forneceu elementos a este respeito. Podemos, contudo, supor que a criação de uma SEC artificial, com vista a evitar o imposto nacional, poderia cair sob a alçada do princípio invocado pela House of Lords no processo W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners [1982] A. C. 300, segundo o qual, quando uma operação fiscal consiste numa série de operações artificiais sem qualquer outro objectivo que não uma diminuição dos impostos, a solução a adoptar será a de tributar o resultado da operação no seu todo (*Simon's Direct Tax Service*, Butterworths, Londres, 2005, vol. 7, parágrafos I2.203 a I2.211).

69 — V., neste sentido, acórdão Emsland-Stärke, já referido, n.os 52 a 54 e jurisprudência referida.

pretenderam beneficiar da taxa de tributação inferior no Estado de acolhimento. A Comissão lembra que tal escolha não constitui uma manobra puramente artificial.

148. Se a interpretação que a Comissão faz do teste de intenção se justificasse, também seríamos de opinião que a legislação do Reino Unido sobre as SEC vai para além do que é necessário para combater a evasão fiscal. Como já vimos, o facto de uma sociedade ter decidido centralizar a prestação de serviços num Estado-Membro com uma fiscalidade muito vantajosa com o objectivo de reduzir a sua carga fiscal não comprova a existência de uma manobra puramente artificial.

149. Todavia, e face à descrição do quadro jurídico efectuada pelo órgão jurisdicional de reenvio, não é certo que o teste de intenção deva ser objecto de uma tal interpretação. Assim, não temos a certeza se o primeiro elemento deste teste, respeitante às prestações que têm como efeito uma diminuição significativa da tributação devida no Reino Unido, permite ou não ao contribuinte exonerar-se, justificando a substância dessas prestações. Da mesma forma, também não é claro que o segundo elemento respeite às motivações subjectivas dos sócios ou que possa ser satisfeito quando o contribuinte prove a realidade da implantação da filial no Estado de acolhimento.

150. Nestes termos, somos de opinião que é ao órgão jurisdicional de reenvio, ao qual compete verificar a compatibilidade da sua lei nacional sobre as SEC com o direito comunitário, que caberá apreciar se o teste de intenção pode ser interpretado de forma a permitir limitar a aplicação desta lei às manobras artificiais destinadas a contornar a lei fiscal nacional.

151. Face às considerações que antecedem, entendemos que, em resposta ao pedido de decisão prejudicial, os artigos 43.º CE e 48.º CE não se opõem a uma legislação fiscal nacional que preveja a inclusão na matéria colectável de uma sociedade-mãe residente dos lucros obtidos por uma SEC estabelecida noutro Estado-Membro, quando esses lucros estejam sujeitos nesse Estado a um nível de tributação muito inferior ao que vigora no Estado de residência da sociedade-mãe, caso essa legislação se aplique apenas às manobras puramente artificiais destinadas a contornar a lei nacional. Essa legislação deve pois permitir ao contribuinte ficar isento se provar que a filial controlada se encontra realmente implantada no Estado de estabelecimento e que as transacções que tenham como efeito uma redução da tributação da sociedade-mãe correspondem a prestações efectivamente realizadas nesse Estado e que não eram destituídas de interesse económico na perspectiva da actividade desenvolvida pela referida sociedade.

V — Conclusão

152. Face a estas considerações, propomo-nos responder à questão colocada pelo Special Commissioners da seguinte forma:

«Os artigos 43.° CE e 48.° CE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação fiscal nacional que preveja a inclusão na matéria colectável de uma sociedade-mãe residente dos lucros obtidos por uma sociedade estrangeira controlada estabelecia noutro Estado-Membro quando esses lucros estejam sujeitos nesse Estado a um nível de tributação muito inferior ao que vigora no Estado de residência da sociedade-mãe, se essa legislação se aplicar apenas às manobras puramente artificiais destinadas a contornar a lei nacional. Essa legislação deve pois permitir ao contribuinte ficar isento se provar que a filial controlada se encontra realmente implantada no Estado de estabelecimento e que as transacções que tenham como efeito uma redução da tributação da sociedade-mãe correspondem a prestações efectivamente realizadas nesse Estado e que não eram destituídas de interesse económico na perspectiva da actividade desenvolvida pela referida sociedade.»