Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 13 de março de 2014[1]

Processo C-48/13

Nordea Bank Danmark A/S
contra
Skatteministeriet

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Østre Landsret (Dinamarca)]

«Fiscalidade — Liberdade de estabelecimento — Imposto nacional sobre os lucros — Tributação em grupo — Tributação da atividade exercida pelos estabelecimentos estáveis não residentes de sociedades nacionais — Prevenção da dupla tributação mediante a dedução do imposto (método da imputação) — Reintegração dos prejuízos tidos anteriormente em conta em caso de cessão do estabelecimento estável no seio de um grupo e afastamento do poder de tributação»

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça deverá debruçar-se, uma vez mais, sobre a tributação transfronteiriça dos grupos de sociedades por um Estado-Membro e a sua compatibilidade com a liberdade de estabelecimento. O Tribunal de Justiça deverá ainda examinar novamente o motivo justificativo relativo à «preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros», que o mesmo reconheceu, pela primeira vez, expressamente no acórdão Marks & Spencer[2] e cujo alcance parece ainda não ter sido suficientemente esclarecido.

2. É verdade que os casos submetidos são cada vez mais complexos. O presente pedido de decisão prejudicial dinamarquês diz respeito à tributação conjunta de uma sociedade nacional e dos seus estabelecimentos estáveis situados noutros Estados-Membros. Embora a Dinamarca tenha tributado a integralidade da atividade destes estabelecimentos estáveis não residentes, o imposto pago no estrangeiro foi, porém, deduzido ao imposto dinamarquês, em conformidade com o denominado método da imputação. No entanto, no presente caso, os estabelecimentos estáveis não residentes registaram apenas prejuízos. Estes prejuízos tidos em conta no âmbito da tributação da sociedade nacional devem agora ser objeto de uma reintegração em virtude de um regime especial, visto que os estabelecimentos estáveis foram cedidos a outras sociedade do grupo que não estão sujeitas ao poder de tributação da Dinamarca.

3. Todavia, o presente processo não é um caso especialmente exótico sem alcance geral. Pelo contrário, o presente pedido presta-se ao desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de dedução transfronteiriça dos prejuízos, em geral, e no âmbito de aplicação do método da imputação, em particular.

1 — Língua original: alemão.
2 — C-446/03, EU:C:2005:763.

I – **Quadro jurídico**

4. O Reino da Dinamarca cobra um imposto sobre os lucros registados pelas sociedades sediadas em território nacional.

5. Se essa sociedade exercer a sua atividade noutro Estado nórdico (Suécia, Finlândia ou Noruega) através de um estabelecimento estável, o Reino da Dinamarca pode de igual modo, nos termos do artigo 7.º da Convenção nórdica sobre a dupla tributação, tributar a sociedade relativamente à parte dos lucros imputável a esse estabelecimento estável não residente. De acordo com o artigo 25.º da referida convenção, ao imposto dinamarquês deve, porém, deduzir-se o imposto estrangeiro cobrado sobre a atividade do estabelecimento estável, embora apenas até ao montante do imposto calculado no Reino da Dinamarca sobre o lucro do estabelecimento estável.

6. À luz da legislação aplicável ao litígio no processo principal, os lucros e os prejuízos provenientes dos estabelecimentos estáveis não residentes das sociedades nacionais deviam ser tidos regularmente em consideração para efeitos de tributação na Dinamarca.

7. No entanto, em determinados casos, era necessário proceder a uma correção da tomada em consideração dos prejuízos. O § 33 D, n.º 5, da Lei relativa à liquidação dos impostos (ligningsloven) previa o seguinte a este respeito:

«Se a totalidade ou parte de um estabelecimento estável situado fora da Dinamarca […] for vendida a outra sociedade do mesmo grupo […], os prejuízos deduzidos que não forem compensados por lucros em futuros exercícios serão incluídos no cálculo do rendimento tributável. Esta disposição é aplicável independentemente do método de dedução utilizado. […]»

8. Segundo expõe o órgão jurisdicional de reenvio, esta disposição só era aplicável quando a sociedade adquirente do mesmo grupo não tivesse sido tributada em conjunto com a sociedade cedente. Segundo a exposição de motivos do respetivo projeto de lei, esta disposição tinha por objetivo impedir que as sociedades dinamarquesas pudessem, num primeiro momento, deduzir os prejuízos provenientes dos seus estabelecimentos estáveis não residentes para reduzir os lucros e, em seguida, ceder esses estabelecimentos estáveis, logo que começassem a gerar lucros, a uma sociedade não residente do mesmo grupo a fim de evitar a tributação desses lucros na Dinamarca.

II – **Processo principal**

9. A recorrente no processo principal é a sociedade Nordea Bank Danmark A/S. Esta sociedade sucede legalmente a um banco, o qual foi integrado no grupo Nordea no ano de 2000, juntamente com um banco sueco, um finlandês e um norueguês.

10. Nos anos de 1996 e 1997 a 2000, esta sucessora legal exerceu a sua atividade na Suécia, na Finlândia, e na Noruega através de estabelecimentos estáveis sob a forma de sucursais bancárias. Estas filiais registaram prejuízos durante todos esses anos. Por conseguinte, à matéria coletável do imposto dinamarquês foi deduzido um montante total de 204 402 324 DKK, o que corresponde, de acordo com a taxa de câmbio atual, a aproximadamente 27 milhões de euros.

11. Estas filiais bancárias encerraram na sequência da criação do grupo Nordea. Cerca de metade dos funcionários, assim como uma parte dos clientes, foram transferidos para as sociedades suecas, finlandesas e norueguesas do grupo Nordea. Os prejuízos sofridos anteriormente pelos estabelecimentos estáveis deixaram de poder ser invocados pelas sociedades adquirentes no âmbito da sua própria tributação.

12. As autoridades fiscais dinamarquesas qualificam estas operações como uma cessão parcial de estabelecimentos estáveis a sociedades do mesmo grupo na aceção do § 33 D, n.º 5, da ligningsloven. Por conseguinte, estas operações elevavam a matéria coletável do imposto para o ano de 2000 ao total acumulado dos prejuízos invocados nos anos anteriores. Segundo o Nordea Bank Danmark, esta disposição viola, todavia, tanto o direito da União como o Acordo EEE.

III – **Tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

13. Nos termos do artigo 267.º TFUE, o Østre Landsret, que conhece entretanto do litígio, submeteu à apreciação do Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

Devem os artigos 49.° TFUE e 54.° TFUE (ex-artigos 43.° CE e 48.° CE), bem como os artigos 31.° e 34.° do Acordo EEE, ser interpretados no sentido de que se opõem a que um Estado-Membro que permite a uma sociedade residente deduzir regularmente os prejuízos sofridos por um estabelecimento estável situado noutro Estado-Membro reintegre integralmente no rendimento tributável dessa sociedade os prejuízos do estabelecimento estável (na medida em que não tenham sido compensados por lucros em futuros exercícios), em caso de encerramento desse estabelecimento na sequência da cessão de parte das suas atividades a outra sociedade pertencente ao mesmo grupo e residente no mesmo Estado que o estabelecimento estável, e quando se devam considerar esgotadas todas as possibilidades de dedução dos prejuízos em causa?

14. No processo no Tribunal de Justiça, apresentaram observações escritas o Nordea Bank Danmark, o Reino da Dinamarca, a República da Alemanha, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a Autoridade de vigilância da EFTA, bem como a Comissão.

IV – **Apreciação jurídica**

15. No presente processo, há que esclarecer se a reintegração descrita dos prejuízos sofridos por um estabelecimento estável não residente no quadro da tributação, na Dinamarca, dos lucros das sociedades nacionais é compatível com a liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado CE e no Acordo EEE aplicáveis no processo principal.

16. A este respeito, não é necessário, no caso vertente, proceder a uma distinção entre a análise da violação da liberdade de estabelecimento de uma sociedade nos Estados-Membros, que deve ser apreciada à luz das disposições conjugadas dos artigos 43.° e 48.° do Tratado CE, e a análise dessa violação no Reino da Noruega, à qual é aplicável o artigo 31.º em conjugação com o artigo 34.º do Acordo EEE. Com efeito, ambos os diplomas proíbem restrições à liberdade de estabelecimento em condições idênticas [3].

17. Antes de mais, partilho da opinião de todos os intervenientes no processo, segundo a qual se deve constatar, no presente caso, a existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento.

3 — V. acórdão A (C-48/11, EU:C:2012:485, n.º 21) quanto ao artigo 49.º TFUE.

18. A liberdade de estabelecimento confere a uma sociedade nomeadamente o direito de exercer a sua atividade noutros Estados-Membros por intermédio de uma filial [4]. Em princípio, ao Estado-Membro de origem de uma sociedade é igualmente proibido levantar obstáculos ao seu estabelecimento noutro Estado-Membro [5]. Verifica-se um obstáculo neste sentido se se constatar uma diferença de tratamento desvantajosa de uma sociedade que se estabelece noutro Estado-Membro em comparação com aquela que se estabelece em território nacional [6].

19. No Reino da Dinamarca, as sociedades com filiais não residentes e aquelas com filiais residentes eram tratadas de forma diferente pela disposição prevista no § 33 D, n.º 5, da ligningsloven. Quando uma sociedade dinamarquesa explorava uma filial residente e cedia esta última a uma sociedade do grupo, que não estava sujeita a tributação na Dinamarca, os prejuízos dessa filial residente anteriormente deduzidos, ao contrário do que sucedia no caso de uma filial não residente, não eram objeto de correção. Por conseguinte, a exploração de uma filial noutro Estado-Membro revelava-se desvantajosa em termos fiscais.

20. Segundo a jurisprudência, essa diferença de tratamento desvantajosa é, todavia, compatível com a liberdade de estabelecimento, caso respeite a situações não comparáveis objetivamente (a este respeito, v. *infra*, ponto A), ou se justifique por razões imperativas de interesse geral (a este respeito, v. *infra*, ponto B) [7].

A – *Quanto à necessidade de analisar a comparabilidade objetiva das situações*

21. Tradicionalmente, deveria começar-se por examinar se as sociedades com uma filial residente e aquelas com uma filial situada noutro Estado-Membro se encontram numa situação objetivamente comparável, tendo em conta, nomeadamente, o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa [8].

22. Apesar de também eu ter efetuado este tipo de análises no passado [9], parece-me que é tempo de nos afastarmos das mesmas [10]. Com efeito, por um lado, não é possível distinguir esta análise da da verificação de um motivo justificativo, nem identificar os critérios segundo os quais se deve negar, em absoluto, a comparabilidade objetiva das situações. Por outro lado, tal constatação impediria de igual modo um equilíbrio adequado entre a liberdade fundamental e a respetiva razão para uma diferença de tratamento.

23. A exigência da comparabilidade objetiva pode ser considerada uma reminiscência dogmática do tempo em que, no domínio da liberdade de estabelecimento, o Tribunal de Justiça aceitava unicamente os motivos justificativos previstos expressamente no Tratado [11]. Por conseguinte, numerosas razões, invocadas por um Estado-Membro em apoio de uma diferença de tratamento entre factos internos e factos transfronteiriços, só podiam ser apreciadas no âmbito da comparabilidade objetiva das situações.

4 — V., por exemplo, acórdão Impacto Azul (C-186/12, EU:C:2013:412, n.º 32 e jurisprudência referida).

5 — V., por exemplo, acórdãos Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, n.º 16); AMID (C-141/99, EU:C:2000:696, n.º 21); e Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, n.º 20).

6 — V., por exemplo, acórdãos AMID (EU:C:2000:696, n.º 27); Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, n.ºs 16 a 23); e Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, n.ºs 20 a 34).

7 — Acórdãos X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, n.º 20); Comissão/Bélgica (C-250/08, EU:C:2011:793, n.º 51); Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, n.º 17); e A (C-123/11, EU:C:2013:84, n.º 33); v., quanto à livre circulação de capitais, acórdão K (C-322/11, EU:C:2013:716, n.º 36 e a jurisprudência referida).

8 — Acórdãos X Holding (EU:C:2010:89, n.º 22); Philips Electronics UK (EU:C:2012:532, n.º 17); e A (EU:C:2013:84, n.º 33).

9 — V., designadamente, por último, as minhas conclusões Philips Electronics UK (EU:C:2012:222, n.ºs 31 e segs.), e Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, n.ºs 56 e segs.).

10 — V., desde lodo, as minhas conclusões A (EU:C:2012:488, n.ºs 40 e 41), e SCA Group Holding e o. (C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:104, n.º 32).

11 — V., a título de exemplo, acórdão Royal Bank of Scotland (C-311/97, EU:C:1999:216, n.º 32).

24. No entanto, o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça de motivos justificativos não escritos deu origem a uma nova situação. As razões que militam a favor de uma diferença de tratamento são agora geralmente ponderadas no âmbito da análise dos diversos motivos justificativos reconhecidos ou eventualmente ainda a reconhecer no futuro. Assim, não é de surpreender que, nos casos em que procede à verificação da comparabilidade objetiva das situações, o Tribunal de Justiça examine essencialmente o mesmo que analisa posteriormente, uma vez mais, sob o ponto de vista da justificação [12].

25. Neste contexto, a intensidade da análise da comparabilidade das situações tem variado muito nos últimos tempos, sobretudo no que toca a decisões em matéria de fiscalidade. Deste modo, para a existência de uma comparabilidade objetiva, o Tribunal de Justiça considera em parte suficiente que se procure uma vantagem fiscal em ambas as situações [13]. Em contrapartida, noutros casos, o sistema regulamentar do Estado-Membro em causa é objeto de uma análise profunda [14]. Todavia, por vezes, o Tribunal de Justiça renuncia totalmente à análise de uma comparabilidade objetiva das situações [15] ou conclui pela comparabilidade sem fundamentar essa decisão [16].

26. Em geral, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não permite determinar em que circunstâncias uma diferença entre situações comparáveis deve excluir a sua comparabilidade objetiva. No presente caso, há que constatar, a título de exemplo, que as situações de uma filial não residente e de uma filial residente se distinguem objetivamente pelo facto de o imposto estrangeiro só ser objeto de imputação pelo imposto dinamarquês no caso de uma tributação da filial não residente. De acordo com que critérios se deve, todavia, apreciar a questão de saber se a correção da dedução dos prejuízos se trata de uma diferença relevante?

27. Se se acabasse agora por considerar que as situações não são objetivamente comparáveis, então excluir-se-ia — ao contrário do que sucede no caso do exame de um motivo justificativo — uma análise da proporcionalidade da diferença de tratamento entre as situações internas e as situações transfronteiriças. Consequentemente, deixaria de ser possível um equilíbrio adequado entre os objetivos prosseguidos pela liberdade fundamental e os objetivos por detrás da razão de ser da diferenciação entre as situações internas e as situações transfronteiriças. Assim, apenas se assegura uma solução equilibrada quando a razão para uma diferença de tratamento é tida em consideração no âmbito da análise de um motivo justificativo.

28. Deste modo, quando a análise da comparabilidade objetiva das situações não é necessária, nem conduz a resultados satisfatórios, o Tribunal de Justiça deve, no futuro, renunciar à mesma. A legitimidade de uma diferença de tratamento deve ser apreciada apenas em função da questão de saber se existe um motivo suscetível de justificar de forma proporcionada essa diferença de tratamento.

B – *Justificação*

29. Por conseguinte, a diferença de tratamento desvantajosa aplicada às filiais não residentes só não viola, no caso vertente, a liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado CE e no Acordo EEE, se se justificar por uma razão imperiosa de interesse geral.

12 — V. acórdão K (EU:C:2013:716, n.os 37 e segs., e 49 e segs.).

13 — V. acórdão X Holding (EU:C:2010:89, n.º 24).

14 — V. acórdão K (EU:C:2013:716, n.os 37 e segs.).

15 — V. acórdãos Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, n.os 18 a 26); Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, n.os 27 a 39); e Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, n.os 18 a 34).

16 — Acórdão National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 38).

30. Os Estados-Membros intervenientes no processo consideram estar perante uma justificação deste tipo. Estes invocam os motivos justificativos, reconhecidos pelo Tribunal de Justiça, relativos à preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros (v. *infra*, ponto 1), à preservação da coerência de um regime fiscal (v. *infra*, ponto 2) e à prevenção da evasão fiscal (v. *infra*, ponto 3).

1. Repartição do poder de tributação

31. A preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros é um motivo justificativo reconhecido pelo Tribunal de Justiça em jurisprudência constante [17].

32. O Reino da Dinamarca considera que a reintegração dos prejuízos é justificada por este motivo, conjugado com o objetivo de prevenção da evasão fiscal. Com efeito, pretende-se evitar que um grupo invoque, num primeiro momento, na Dinamarca os prejuízos sofridos por um estabelecimento estável não residente e, em seguida, através da cessão do estabelecimento estável dentro do grupo, sujeite tributação os lucros noutro Estado-Membro mais favorável em termos fiscais.

33. Os restantes Estados-Membros intervenientes no processo consideram o motivo justificativo relativo à preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros determinante especialmente no que se refere à simetria entre a tomada em consideração dos lucros e a tomada em consideração dos prejuízos num mesmo Estado-Membro. Uma vez que a cessão do estabelecimento estável não residente exclui este último do direito de tributação dinamarquês, esta simetria é afetada, já que os lucros registados em exercícios futuros pelos estabelecimentos estáveis deixarão de ser tributados na Dinamarca.

34. Tendo em conta as diferentes ênfases dadas a esta questão, deve esclarecer-se, antes de mais, qual o conteúdo exato do motivo justificativo relativo à preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros.

35. A este respeito, é necessário começar por distinguir entre a repartição do poder tributário, em si mesma, e a preservação dessa repartição. Em jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça indica nomeadamente que compete aos próprios Estados-Membros decidir *como* se faz a repartição do direito de tributação entre os Estados-Membros. Com efeito, na falta de medidas de harmonização adotadas pela União Europeia, os Estados-Membros continuam a ser competentes para determinar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição do seu poder tributário [18].

36. É certo que, quando reconheceu pela primeira vez este motivo justificativo no acórdão Marks & Spencer, o Tribunal de Justiça salientou que a repartição *equilibrada* do poder de tributação era digna de proteção [19], tendo reiterado igualmente este aspeto em decisões posteriores [20].

17 — V., designadamente, acórdãos National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 45); Comissão/Espanha (C-269/09, EU:C:2012:493, n.º 76); DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. (C-380/11, EU:C:2012:552, n.º 43); Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, n.º 50); Imfeld e Garcet (C-303/12, EU:C:2013:822, n.º 68); e DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 46).

18 — V., desigandamente, acórdãos Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, n.º 25); National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 45); Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, n.º 50); e DMC (EU:C:2014:20, n.º 47).

19 — EU:C:2005:763, n.º 46.

20 — V., designadamente, acórdãos Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, n.º 58), e Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, n.º 53).

37. Pode, todavia, partir-se do princípio que o Tribunal de Justiça não põe em causa a forma como, num determinado caso, os Estados-Membros repartiram entre si o seu poder de tributação, sendo, portanto, essa forma que será tida em consideração na «*preservação* da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros» [21]. O mesmo se deve presumir em relação ao caso em apreço, no qual o estabelecimento estável não residente de uma sociedade é tributado tanto pelo Estado de origem em que se situa o estabelecimento, como pelo Estado dinamarquês em que se encontra estabelecida a sociedade, após dedução, neste último caso, do imposto já pago no Estado de origem.

38. Por conseguinte, o motivo justificativo relativo à «preservação» da repartição do poder de tributação efetuada pelos Estados-Membros confere-lhes o direito de administrar e de proteger este poder definido por eles próprios. É igualmente neste sentido que se deve entender a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual este motivo justificativo permite «nomeadamente» evitar comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro de exercer a sua competência fiscal em relação às atividades exercidas no seu território [22]. O recurso a este motivo justificativo não pode tão-pouco excluir-se quando um Estado-Membro tributa atividades que não são levadas a cabo no seu território, tal como a atividade exercida pelos estabelecimentos estáveis não residentes no caso em apreço. Caso contrário, o Tribunal de Justiça deveria negar aos Estados-Membros o poder de tributar atividades levadas a cabo fora do seu território.

39. No que se refere à forma como podem os Estados-Membros administrar e proteger entre si o seu poder de tributação, da jurisprudência proferida até ao momento pelo Tribunal de Justiça resultam dois tipos de situações.

40. Em primeiro lugar, os Estados-Membros podem impedir que lhes seja retirado o seu poder para tributar rendimentos pelo facto de estes serem deslocados para outro Estado-Membro [23]. Isto abrange a luta contra expedientes fictícios ou enganosos para deslocar receitas fiscais entre os Estados-Membros [24].

41. Em segundo lugar e inversamente, os Estados-Membros não devem tão-pouco ter em consideração quaisquer prejuízos provenientes de uma atividade, que não é tributada por si, mas sim por outro Estado-Membro. Com efeito, o motivo justificativo tem por objeto salvaguardar da simetria entre o direito de tributação dos lucros e a faculdade de dedução das perdas [25]. Por conseguinte, o mercado interno não permite aos contribuintes escolher em que Estado-Membro as suas perdas serão tidas em conta [26].

42. Estas hipóteses admitidas até ao momento tornam evidente que o denominado motivo justificativo de «preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros» não é mais do que uma manifestação de outros motivos justificativos reconhecidos, mais precisamente da repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros.

21 — V., igualmente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, n.º 38 e a jurisprudência aí referida), segundo o qual «os inconvenientes que podem resultar do exercício paralelo das competências fiscais dos diferentes Estados-Membros [...] não constituem restrições às liberdades de circulação».

22 — Acórdãos Comissão/Alemanha (C-284/09, EU:C:2011:670, n.º 77); Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 47); SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 45); Beker (C-168/11, EU:C:2013:117, n.º 57); Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, n.º 53); e Imfeld e Garcet (EU:C:2013:822,n.º 75).

23 — V. acórdãos Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 56); Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, n.º 87); e Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, n.º 55).

24 — V. acórdãos SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.ºs 60 a 63), e SIAT (EU:C:2012:415, n.ºs 45 a 47).

25 — Acórdão Philips Electronics UK (EU:C:2012:532, n.º 24).

26 — V. acórdãos Oy AA (EU:C:2007:439, n.º 55); X Holding (EU:C:2010:89, n.º 29); e A (C-123/11, EU:C:2013:84, n.º 43).

43. Com efeito, por um lado, a ideia de que a tomada em consideração dos lucros não pode ser dissociada da tomada em consideração das perdas resultantes de uma mesma atividade mais não é do que a expressão do motivo justificativo relativo à preservação da coerência de um regime fiscal. Segundo este, a restrição de uma liberdade fundamental poder ser legítima se se verificar a existência de um nexo direto entre um benefício fiscal e a compensação deste benefício por uma determinada imposição fiscal [27]. No âmbito da análise deste motivo justificativo, o Tribunal de Justiça já constatou que existe, neste sentido, um nexo direto entre a tomada em consideração dos lucros e a tomada em consideração das perdas decorrentes de uma atividade num Estado-Membro [28]. A este respeito, o Tribunal de Justiça afirma corretamente que os objetivos da coerência fiscal e da repartição equilibrada do poder de tributação coincidem [29].

44. Por outro lado, a prevenção da deslocação dos rendimentos de um Estado-Membro para outro mediante expedientes fictícios ou enganosos constitui apenas um caso especial do motivo justificativo relativo à prevenção da evasão fiscal, o qual já foi reconhecido. Segundo jurisprudência assente, uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento pode ser justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é escapar à aplicação da legislação do Estado-Membro em causa [30]. Ora, no domínio da «preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros», não está em causa impedir que um contribuinte escape totalmente à tributação, mas sim impedir que o mesmo desloque as receitas fiscais para outro Estado-Membro através de expedientes artificiais. O Tribunal de Justiça verifica ele próprio a existência deste nexo quando, por vezes, se pronuncia sobre os dois motivos justificativos «considerados em conjunto» [31].

45. Entendendo-se o denominado motivo justificativo de «preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros» apenas como uma manifestação especial de outros motivos justificativos já reconhecidos, esta circunstância explica igualmente por que razão o Tribunal de Justiça admite, em determinados casos, a preservação dessa repartição como motivo justificativo autónomo [32], e, noutros casos, parece apenas reconhecê-la em conjugação com outros motivos justificativos [33].

46. No entanto, pretende-se contribuir para a clareza da jurisprudência quando, na análise do motivo justificativo de uma restrição às liberdades fundamentais, o verdadeiro motivo não fica dissimulado por detrás do rótulo da «repartição do poder de tributação», surgindo antes em primeiro plano. Por conseguinte, em seguida, analisarei unicamente aqueles motivos justificativos cujas manifestações especiais foram até ao momento englobadas no conceito de «preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros», a saber, no presente caso, a preservação da coerência de um regime fiscal (a este respeito, v. *infra*, ponto 2) e a prevenção da evasão fiscal (a este respeito, v. *infra*, ponto 3).

27 — V., designadamente, acórdãos Papillon (EU:C:2008:659, n.º 44); DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. (EU:C:2012:552, n.º 46); e Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, n.º 59).

28 — Acórdão K (EU:C:2013:716, n.º 69).

29 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 80).

30 — V., designadamente, acórdãos Aberdeen Property Fininvest Alpha (EU:C:2009:377, n.º 63), e SGI (EU:C:2010:26, n.º 65).

31 — Acórdão SGI (EU:C:2010:26, n.ºs 66 e 69).

32 — V. acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 48).

33 — V. acórdãos Marks & Spencer (EU:C:2005:763, n.º 51); Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.ºs 38 e segs.); e A (C-123/11, EU:C:2013:84, n.º 46).

2. Coerência fiscal

47. De acordo com jurisprudência assente, a necessidade de preservar a coerência de um sistema fiscal pode justificar a restrição a uma liberdade fundamental. Para tal, é necessário constatar a existência de um nexo direto entre o benefício fiscal e a compensação deste benefício por uma determinada imposição fiscal [34]. Numa situação deste tipo, é possível negar-se o benefício fiscal ao titular da liberdade fundamental, se este também não estiver sujeito à carga fiscal diretamente ligada a esse benefício. O caráter direto deste nexo deve ser apreciado tendo em conta o objetivo prosseguido pelo regime fiscal em causa [35].

48. O Tribunal de Justiça já declarou que existe, neste sentido, um nexo direto entre a tomada em consideração dos lucros e a tomada em consideração das perdas decorrentes de uma atividade num Estado-Membro [36].

49. No entanto, como foi acertadamente referido pela Comissão, a simetria entre a tomada em consideração dos lucros e a tomada em consideração das perdas relativas a uma atividade tributável encontra-se, em princípio, garantida no caso em apreço, sem que seja necessário uma reintegração dos prejuízos. Com efeito, o Reino da Dinamarca tinha optado, no momento dos factos do litígio no processo principal, pela tributação dos estabelecimentos estáveis não residentes, devendo, portanto, ter em consideração tanto os lucros como os prejuízos registados por essa atividade.

50. Nesta simetria inclui-se igualmente, como o Nordea Bank Danmark salientou com razão, o facto de, no caso de cessão de um estabelecimento estável não residente, se dever tributar na Dinamarca um eventual lucro resultante dessa venda. Entre sociedades filiais, como sucede no caso vertente, que por vezes não acordam qualquer preço de venda ou um preço de venda razoável, esse lucro resultante da venda pode — como prevê, de resto, o direito fiscal dinamarquês — basear-se, de acordo com o denominado princípio da plena concorrência, num valor comercial objetivo. Neste sentido, a tributação corresponde precisamente ao direito de um Estado-Membro tributar uma mais-valia do património de uma sociedade surgida no âmbito da sua competência fiscal [37].

51. A este respeito, é irrelevante que — como objeta, por exemplo, o Reino dos Países Baixos —, na falta da disposição dinamarquesa relativa à reintegração, se devesse conceder aos contribuintes a hipótese de deduzir os prejuízos sem que os correspondentes lucros futuros pudessem ser tributados. O facto de eventuais lucros futuros deixarem de poder ser tributados é algo normal no quadro da tributação de uma atividade, nomeadamente quando a atividade fracassa em termos económicos ou quando um Estado-Membro deixa de dispor do poder de tributação devido à transferência da sede.

52. No entanto, contra esta simetria, a República da Áustria em particular alegou que a tributação dos lucros no caso em apreço reveste antes um caráter formal. Uma vez que a República da Dinamarca aplica o método da imputação à tributação dos estabelecimentos estáveis não residentes, o imposto já pago no Estado de origem deve ser deduzido. Se a taxa de imposto prevista na Dinamarca for idêntica ou inferior à do Estado de origem, os lucros registados pelo estabelecimento estável não residente não seriam de todo, em última análise, tributados na Dinamarca. Porém, ainda que a taxa de imposto seja inferior no Estado de origem, a Dinamarca não dispõe, em todo o caso, de um direito de tributação pleno.

34 — V., designadamente, acórdãos Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, n.º 42); Papillon (EU:C:2008:659, n.ºs 43 e 44); DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. (EU:C:2012:552, n.º 46); e Welte (EU:C:2013:662, n.º 59).

35 — V., designadamente, acórdãos Papillon (EU:C:2008:659, n.º 44), e Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, n.º 42).

36 — Acórdão K (EU:C:2013:716, n.º 69).

37 — V. acórdãos National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 46), e DMC (EU:C:2014:20, n.ºs 48 e 49).

53. Esta objeção é legítima na medida em que a tributação de um estabelecimento estável não residente conduz, no quadro do método da imputação, a resultados fiscais distintos dos obtidos mediante uma tributação normal de uma atividade interna. As receitas fiscais que a Dinamarca obtém com a tributação do estabelecimento estável não residente são, em regra, relativamente inferiores. Verifica-se igualmente um certo desequilíbrio entre a dedução integral dos prejuízos sofridos e a tributação dos seus lucros, a qual será, em última análise, no máximo parcial.

54. Não obstante, a tributação de um estabelecimento estável não residente no quadro do método da imputação não equivale à sua não tributação de acordo com o método da isenção. No acórdão Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, o Tribunal de Justiça ocupou-se deste último tipo de situação, tendo, em conclusão, autorizado o Estado-Membro a corrigir *a posteriori* uma dedução dos prejuízos, a qual teve lugar apesar da falta de poder de tributação devido à isenção dos rendimentos de um estabelecimento estável não residente [38]. Contrariamente ao que afirma a República Federal da Alemanha, este acórdão não é, todavia, aplicável ao caso em apreço, uma vez que o Reino da Dinamarca pretendia precisamente exercer o seu poder de tributação no que se refere aos estabelecimentos estáveis não residentes e uma vez que existia, pelo menos, a possibilidade de tributar igualmente os seus lucros de forma parcial.

55. No presente caso, não é, no entanto, necessário apreciar a questão de saber se, no âmbito da coerência fiscal, o poder de tributação de um Estado-Membro, que é limitado pelo método da imputação, permite que este tome em consideração os prejuízos sofridos igualmente apenas de forma limitada. Com efeito, o objetivo declarado e reconhecido da disposição dinamarquesa relativa à reintegração não consiste em estabelecer uma justa proporção entre a tomada em consideração dos lucros e a tomada em consideração das perdas no que diz respeito a atividades tributadas no quadro do método da imputação. Pelo contrário, esta disposição pretende simplesmente — como também defendeu o próprio Reino da Dinamarca — impedir, num caso particular, o recurso abusivo à dedução integral dos prejuízos no quadro do método da imputação. Porém, regra geral, de acordo com o direito fiscal dinamarquês, os contribuintes devem beneficiar precisamente desta vantagem relativa à dedução integral dos prejuízos, mesmo que, na ausência de lucros futuros, deixasse de se dever efetuar uma compensação dessa dedução dos prejuízos.

56. Face a esta configuração da legislação dinamarquesa, o recurso ao motivo justificativo relativo à preservação da coerência do regime fiscal seria igualmente de excluir à luz de jurisprudência constante, segundo a qual uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objetivo visado se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de forma coerente e sistemática [39].

57. Consequentemente, a presente restrição à liberdade de estabelecimento não pode ser justificada pela necessidade de garantir a coerência de um regime fiscal.

3. Prevenção da evasão fiscal

58. No entanto, segundo jurisprudência constante, relativamente à prevenção da evasão fiscal, uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento pode ser justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais que tenham por finalidade escapar à aplicação da legislação do Estado-Membro em causa [40]. Tratando-se, em particular, de impedir a deslocação dos

38 — EU:C:2008:588.

39 — V., designadamente, acórdão Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, n.º 39 e jurisprudência aí referida).

40 — V., designadamente, acórdãos Aberdeen Property Fininvest Alpha (EU:C:2009:337, n.º 63), e SGI (EU:C:2010:26, n.º 65).

lucros para outro Estado-Membro, o Tribunal de Justiça parece mesmo impor condições menos rigorosas. Com efeito, uma legislação que não tenha como objetivo específico impedir expedientes puramente artificiais poder ser igualmente considerada justificada para efeitos da preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros [41].

59. De acordo com a exposição de motivos da lei, a presente legislação tem por objetivo impedir que um grupo de sociedades deduza, num primeiro momento, na Dinamarca os prejuízos sofridos por um estabelecimento estável não residente e sujeite, todavia, a tributação noutro Estado somente os lucros registados posteriormente. É lógico que pode existir, a este respeito, uma possibilidade de evasão, especialmente no caso do decurso clássico de um investimento, no qual, devido aos investimentos iniciais, a uma fase de perdas se segue uma fase de lucros. Consequentemente, a deslocação dentro do grupo da atividade exercida por um estabelecimento estável não residente, ainda que as suas perdas deixem de poder ser invocadas pela sociedade adquirente, pode ser vantajosa no caso de a taxa de imposto aplicada no Estado estrangeiro ser inferior à aplicada na Dinamarca.

60. Contudo, uma legislação nacional destinada a prevenir evasões fiscais não pode tão-pouco exceder o necessário para alcançar esse objetivo. Assim, por um lado, deve ser dada ao contribuinte a possibilidade de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais [42]. Por outro lado, a medida fiscal corretora tem de se limitar à parte que excede o que teria sido acordado caso não existisse uma situação de interdependência entre aquelas [43].

61. É certo que num procedimento em grande escala, como o da tributação, não é possível exigir que cada caso seja obrigatoriamente submetido a um exame individual, devendo antes os factos que têm tipicamente uma determinada consequência ou suscitam uma motivação particular ser submetidos a uma regulamentação geral.

62. No entanto, os limites de uma tipificação ainda autorizada de uma evasão fiscal foram, em todo o caso, ultrapassados na situação em apreço. Em primeiro lugar, o contribuinte não tem qualquer possibilidade de demonstrar a inexistência de uma evasão, apesar de ser manifesto que, com a transferência de um estabelecimento estável dentro de um grupo, podem existir razões económicas válidas para uma cessão, em particular para suprimir a duplicação de capacidades, como indica de resto o caso vertente. Em segundo lugar, como resulta de igual modo do presente caso, é desproporcionado, de acordo com a posição defendida pela Autoridade de Vigilância da EFTA, exigir uma reintegração integral dos prejuízos invocados anteriormente perante qualquer cessão mesmo parcial de um estabelecimento estável. Com efeito, esta circunstância diz igualmente respeito a casos em que o estabelecimento estável é, no essencial, simplesmente objeto de uma liquidação.

63. Finalmente, em terceiro lugar, a reintegração da totalidade dos prejuízos deduzidos é desproporcionada relativamente à tributação devida dos lucros futuros, que a legislação dinamarquesa visa compensar. O Reino da Dinamarca apenas pode aceder legitimamente aos lucros que se esperam registar no momento da cessão. Com efeito, as subsequentes perspetivas acrescidas de lucro deveriam ser imputadas ao poder de tributação do Estado-Membro então competente. Contudo, como observou acertadamente a Comissão, os lucros que se esperam registar no momento da cessão encontram expressão na determinação do preço de venda de acordo com o princípio da plena concorrência [44].

41 — Acórdão SGI (EU:C:2010:26, n.º 66).

42 — *Ibidem* (n.º 71).

43 — *Ibidem* (n.º 72).

44 — V. n.º 50, *supra*.

64. Em contrapartida, se o Reino da Dinamarca considerar esse valor irrazoável, visto que, em sua opinião, a transferência dentro de um grupo pode trazer maiores benefícios do que a transferência para um terceiro, então, há que sublinhar que esses eventuais benefícios não existiriam, se o estabelecimento estável continuasse a exercer a sua atividade sob a competência fiscal da Dinamarca. Porém, a permanência do estabelecimento estável sob a competência fiscal da Dinamarca constitui precisamente, em última análise, o objetivo prosseguido pela legislação em causa.

65. Por conseguinte, o objetivo da prevenção da evasão fiscal não é tão-pouco suscetível de justificar a presente restrição à liberdade de estabelecimento, uma vez que a legislação dinamarquesa excede o necessário para alcançar esse objetivo.

4. Conclusão no que se refere à justificação

66. A presente restrição à liberdade de estabelecimento não é, portanto, justificada por uma razão imperiosa de interesse geral. Assim sendo, não é necessário abordar o argumento avançado pelo Nordea Bank Danmark, segundo o qual se deve em todo o caso excluir uma justificação de acordo com disposto no acórdão Marks & Spencer, uma vez que não se pode negar a um contribuinte a tomada em consideração dos prejuízos quando — como sucede no presente caso devido ao encerramento das filiais bancárias — todas as possibilidades de dedução dos prejuízos no Estado de origem se encontram esgotadas.

V – **Conclusão**

67. Por conseguinte, deve responder-se do seguinte modo à questão prejudicial:

«Os artigos 43.° CE e 48.° CE, bem como os artigos 31.° e 34.° do Acordo EEE opõem-se a que um Estado-Membro, que permite a uma sociedade residente deduzir regularmente, no quadro do método da imputação, os prejuízos sofridos por um estabelecimento estável situado noutro Estado-Membro, reintegre integralmente os prejuízos do estabelecimento estável (na medida em que não tenham sido compensados por lucros em futuros exercícios), quando a reintegração é prevista para todos os casos de cessão de parte das suas atividades a outra sociedade pertencente ao mesmo grupo e residente no mesmo Estado que o estabelecimento estável.»