Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

22 de março de 2018*

«Reenvio prejudicial — Fiscalidade direta — Liberdade de estabelecimento — Fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações com interesse para sociedades de Estados diferentes — Diretiva 90/434/CEE — Artigo 8.º — Operação de permuta de títulos — Mais-valias referentes a essa operação — Reporte de tributação — Menos-valias por ocasião da cessão posterior dos títulos recebidos — Competência de tributação do Estado de residência — Diferença de tratamento — Justificação — Preservação da repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros»

Nos processos apensos C-327/16 e C-421/16,

que têm por objeto dois pedidos de decisão prejudicial apresentados, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França), por decisões de 31 de maio de 2016 e 19 de julho de 2016, que deram entrada no Tribunal de Justiça, respetivamente, em 10 de junho de 2016 e 28 de julho de 2016, nos processos

Marc Jacob

contra

Ministre des Finances e des Comptes publics (C-327/16),

e

Ministre des Finances e des Comptes publics

contra

Marc Lassus (C-421/16),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: R. Silva de Lapuerta, presidente de secção, K. Lenaerts, presidente do Tribunal de Justiça, exercendo funções de juiz da Primeira Secção, C. G. Fernlund (relator), A. Arabadjiev e E. Regan, juízes,

advogado-geral: M. Wathelet,

secretário: V. Giacobbo-Peyronnel, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 13 de setembro de 2017,

* Língua do processo: francês.

vistas as observações apresentadas:

– em representação de M. Jacob, por E. Ginter e J. Bellet, avocats,

– em representação do Governo francês, por D. Colas, E. de Moustier e S. Ghiandoni, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo austríaco, por G. Eberhard, na qualidade de agente,

– em representação do Governo finlandês, por J. Heliskoski, na qualidade de agente,

– em representação do Governo sueco, por A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, H. Shev e F. Bergius, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por N. Gossement e W. Roels, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 15 de novembro de 2017,

profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a interpretação do artigo 8.º da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes (JO 1990, L 225, p. 1), conforme alterada pelo Ato relativo às condições de adesão do Reino da Noruega, da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia (JO 1994, C 241, p. 21), adaptado pela Decisão 95/1/CE, Euratom, CECA do Conselho da União Europeia, de 1 de janeiro de 1995 (JO 1995, L 1, p. 1) (a seguir «Diretiva Fusões»), e do artigo 49.º TFUE.

2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de litígios que opõem Marc Jacob ao ministre des Finances et des Comptes publics (a seguir «Administração Fiscal») e a Administração Fiscal a Marc Lassus a propósito das decisões da Administração Fiscal de tributar as mais-valias resultantes de uma operação de permuta de títulos por ocasião da cessão posterior dos títulos recebidos.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O primeiro, quarto e oitavo considerandos da Diretiva Fusões preveem:

«[…] as fusões, as cisões, as entradas de ativos e as permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes podem ser necessárias para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e assegurar deste modo a realização e o bom funcionamento do mercado comum; essas operações não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros; importa, por conseguinte, instaurar, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional;

[…]

«[…] o regime fiscal comum deve evitar a tributação das fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações, salvaguardando os interesses financeiros do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida;

[…]

[…] a atribuição, aos sócios da sociedade contribuidora, de títulos da sociedade beneficiária ou adquirente não deverá, por si só, originar qualquer tributação desses sócios».

4 O artigo 1.º desta diretiva dispõe que «[o]s Estados-Membros aplicarão a presente diretiva às operações de fusão, de cisão, de entrada de ativos e de permuta de ações que digam respeito a sociedades de dois ou mais Estados-Membros».

5 O artigo 2.º da Diretiva Fusões enuncia:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[…]

d) "Permuta de ações": a operação pela qual uma sociedade adquire uma participação no capital social de outra sociedade, que tem por efeito conferir-lhe a maioria dos direitos de voto desta sociedade, mediante a atribuição aos sócios da outra sociedade, em troca dos seus títulos, de títulos representativos do capital social da primeira sociedade, e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico dos títulos entregues em troca;

[…]

g) "Sociedade adquirida": a sociedade na qual outra sociedade adquire uma participação mediante permuta de títulos;

h) "Sociedade adquirente", a sociedade que adquire uma participação mediante permuta de títulos;

[…]»

6 O artigo 3.º da Diretiva Fusões dispõe:

«Para efeitos de aplicação da presente diretiva, a expressão "sociedade de um Estado-Membro" designa qualquer sociedade:

a) que revista uma das formas enumeradas no anexo;

b) que, de acordo com a legislação fiscal de um Estado-Membro, seja considerada como tendo o seu domicílio fiscal nesse Estado e, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um Estado terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade;

c) que, além disso, esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, a um dos seguintes impostos:

[…]

– impôt des sociétés, em França,

[…]

– impôt sur le revenu des collectivités, no Luxemburgo,

[…]

ou a qualquer outro imposto que possa vir a substituir um destes impostos.»

7 Nos termos do artigo 8.º, n.os 1 e 2, da Diretiva Fusões:

«1. Em caso de fusão, cisão ou permuta de ações, a atribuição de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária ou adquirente a um sócio da sociedade contribuidora ou adquirida, em troca de títulos representativos do capital social desta última, não deve, por si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do referido sócio.

2. Os Estados-Membros subordinarão a aplicação do disposto no n.º 1 à condição de o sócio não atribuir aos títulos recebidos por permuta um valor fiscal mais elevado que aquele que os títulos permutados tinham imediatamente antes da fusão, cisão ou permuta de ações.

A aplicação do n.º 1 não impede que os Estados-Membros tributem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos, do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existentes antes da aquisição.

[…]»

Direito convencional

8 O artigo 18.º da Convenção entre a França e a Bélgica, assinada em Bruxelas, em 10 de março de 1964, destinada a evitar a dupla tributação e a estabelecer regras de assistência administrativa e jurídica recíproca em matéria de imposto sobre os rendimentos, dispõe:

«Na medida em que os artigos precedentes da presente convenção não disponham de outra forma, os rendimentos dos residentes de um dos Estados contratantes só são tributáveis nesse Estado.»

9 Nos termos do artigo 13.º, n.os 3 e 4, da Convenção entre o Governo da República Francesa e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, assinada em Londres, em 22 de maio de 1968, destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre os rendimentos (a seguir «Convenção franco-britânica»):

«3. Os lucros auferidos com a alienação de bens diferentes dos referidos nos n.os 1 e 2 deste artigo são tributáveis apenas no Estado em que o cedente é residente.

4. Não obstante as disposições do n.º 3, os ganhos realizados por uma pessoa singular que seja residente de um Estado contratante aquando da alienação de mais de 25 por cento das participações detidas, só ou com familiares, direta ou indiretamente, numa sociedade domiciliada no outro Estado contratante são tributáveis nesse outro Estado. As disposições do presente número só são aplicáveis se:

a) a pessoa singular tiver a nacionalidade do outro Estado contratante sem ter a nacionalidade do primeiro Estado contratante; e

b) a pessoa singular for residente no outro Estado contratante durante um período qualquer nos cinco anos que precedam imediatamente a alienação das participações.

As disposições do presente número aplicam-se igualmente aos ganhos resultantes da alienação de outros direitos sociais desta sociedade que, no que respeita à tributação dos lucros em capital, estão sujeitos pela legislação desse outro Estado contratante ao mesmo regime que os ganhos resultantes da alienação das participações.»

Direito francês

10 Nos termos do artigo 92.º B, n.º II, ponto 1, do code général des impôts (Código Geral dos Impostos, a seguir «CGI»), na sua redação aplicável às mais-valias objeto de reporte de tributação à data de 1 de janeiro de 2000:

«A partir de 1 de janeiro de 1992 ou de 1 de janeiro de 1991 para as entradas de títulos numa sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades, a tributação de uma mais-valia realizada em caso de permuta de títulos resultante de uma operação de oferta pública, de fusão, de cisão, de absorção de um fundo comum de investimento por uma sociedade de investimento de capital variável, realizada em conformidade com a legislação em vigor, ou de uma entrada de títulos numa sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades, pode ser diferida para o momento da cessão ou da recompra dos títulos recebidos no momento da permuta […]»

11 O artigo 160.º, n.ºs I e I ter, do CGI, na sua redação aplicável à data dos factos nos processos principais, dispõe:

«I. […] A tributação da mais-valia assim realizada está subordinada somente à condição de que os direitos, direta ou indiretamente detidos sobre os lucros da sociedade pelo cedente ou pelo seu cônjuge, seus ascendentes e descendentes, tenham ultrapassado em conjunto 25% desses lucros em qualquer momento ao longo dos cinco últimos anos. Todavia, quando a cessão for permitida em proveito de uma das pessoas visadas no presente parágrafo, a mais-valia é isenta se a totalidade ou parte desses direitos sociais não for revendida a um terceiro num prazo de cinco anos. De outra forma, a mais-valia é tributável em nome do primeiro cedente a título do ano da revenda dos direitos ao terceiro.

[…]

As menos-valias sofridas no decurso de um ano são imputáveis exclusivamente nas mais-valias da mesma natureza realizadas no decurso do mesmo ano ou dos cinco anos seguintes.

[…]

I ter. […] 4. A tributação das mais-valias realizadas a partir de 1 de janeiro de 1991 em caso de permuta de direitos sociais resultantes de uma operação de fusão, de cisão ou de entrada de títulos numa sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades pode ser diferida nas condições previstas no ponto II do artigo 92.º B […]»

12 Nos termos do artigo 164.º B, n.º I, alínea f), do mesmo código, na sua versão aplicável em 1999, são considerados rendimentos de origem francesa «as mais-valias referidas no artigo 160.º e que resultem da alienação de direitos relativos a sociedades que tenham a sede em França».

13 O artigo 244.º bis B do CGI, na sua redação aplicável à data da alienação dos títulos em 1999, previa:

«Os produtos das alienações de direitos sociais referidas no artigo 160.º, realizadas por pessoas singulares que não estejam fiscalmente domiciliadas em França na aceção do artigo 4.º B ou por pessoas coletivas ou organismos, qualquer que seja a sua forma, que tenham a sua sede social fora de França, são apurados e tributados segundo as modalidades previstas no artigo 160.º»

Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

Processo C-327/16

14 Em 23 de dezembro de 1996, M. Jacob, residente fiscal francês, efetuou uma entrada dos títulos que detinha numa sociedade de direito francês numa outra sociedade de direito francês, em troca de títulos desta última. Em conformidade com a legislação fiscal aplicável à data dos factos, a mais-valia realizada por ocasião desta operação de permuta de títulos foi colocada em reporte de tributação.

15 Em 1 de outubro de 2004, M. Jacob transferiu a sua residência fiscal da França para a Bélgica.

16 Em 21 de dezembro de 2007, M. Jacob cedeu a totalidade dos títulos recebidos por ocasião da operação de permuta em causa. Na sequência dessa cessão, a mais-valia colocada em reporte de tributação foi tributada ao abrigo do ano de 2007, acrescida de juros de mora e de uma majoração de 10%.

17 Por Decisão de 8 de junho de 2012, o tribunal administratif de Montreuil (Tribunal Administrativo de Montereuil, França) declarou isenta essa contribuição suplementar de imposto sobre o rendimento. Em 28 de maio de 2015, a cour administrative d'appel de Versailles (Tribunal Administrativo de Recurso de Versalhes, França) anulou esta decisão e restabeleceu a totalidade das contribuições de cujo pagamento M. Jacob tinha sido isento.

18 Em 1 de outubro de 2015, M. Jacob recorreu para o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França), alegando que a legislação nacional em causa no processo principal, que visa assegurar a transposição para o direito francês do artigo 8.º da Diretiva Fusões, desrespeitava os objetivos prosseguidos por este artigo 8.º M. Jacob sustenta, a este propósito, que, em conformidade com o referido artigo 8.º, o facto gerador da tributação de uma mais-valia é a cessão posterior dos títulos recebidos e não a operação de permuta dos títulos, uma vez que esta operação constitui apenas uma operação intercalar fiscalmente neutra.

19 O órgão jurisdicional de reenvio indica, em substância, que a interpretação da legislação nacional em causa depende da interpretação do artigo 8.º da Diretiva Fusões.

20 Nestas condições, o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem as disposições […] do artigo 8.º da [Diretiva Fusões] ser interpretadas no sentido de que, no caso de uma operação de permuta de títulos abrangida pelo âmbito de aplicação [da Diretiva Fusões], proíbem um mecanismo de diferimento da tributação que, em derrogação à regra segundo a qual o facto gerador da tributação de uma mais-valia se constitui no ano da sua realização, preveja que o apuramento e a liquidação de uma mais-valia de permuta ocorrem no momento da operação de permuta de títulos e a respetiva tributação no ano do evento que põe termo ao diferimento da tributação, que pode, nomeadamente, ser a cessão dos títulos recebidos no momento da permuta?

2) Devem as disposições do artigo 8.º da [Diretiva Fusões] ser interpretadas no sentido de que proíbem, no caso de uma operação de permuta de títulos abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva, que a mais-valia de permuta de títulos, admitindo que é tributável, seja tributada pelo Estado da residência do contribuinte no momento da operação de permuta quando este, na data da cessão dos títulos recebidos no momento dessa permuta, na qual a mais-valia da permuta é efetivamente tributável, transferiu o seu domicílio fiscal para outro Estado-Membro?»

Processo C-421/16

21 M. Lassus, residente fiscal britânico desde o ano de 1997, efetuou, em 7 de dezembro de 1999, uma entrada numa sociedade de direito luxemburguês dos títulos que detinha numa sociedade de direito francês, em troca de títulos desta primeira sociedade. Foi declarada nessa ocasião uma mais-valia, que, em aplicação da legislação em vigor à data dos factos, foi colocada em reporte de tributação.

22 Resulta dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que, na sequência desta operação de permuta, M. Lassus adquiriu outros títulos da referida sociedade de direito luxemburguês. No mês de dezembro de 2002, M. Lassus cedeu 45% dos títulos que detinha nesta mesma sociedade.

23 Por considerar que os títulos recebidos por M. Lassus por ocasião da referida operação tinham sido cedidos até 45%, a Administração Fiscal tributou a fração correspondente da mais-valia colocada em reporte de tributação conforme tinha sido declarada para o ano de 1999. Por conseguinte, a Administração Fiscal imputou a M. Lassus contribuições suplementares de imposto sobre o rendimento relativas ao ano de 2002.

24 Para impugnar essas contribuições, M. Lassus recorreu ao tribunal administratif de Paris (Tribunal Administrativo de Paris, França), que rejeitou o seu pedido. Interposto recurso, a cour administrative d'appel de Paris (Tribunal Administrativo de Recurso de Paris, França) anulou a decisão da primeira instância e, portanto, isentou M. Lassus das referidas contribuições. A Administração Fiscal interpôs então para o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) um recurso de cassação contra esta última decisão.

25 O órgão jurisdicional de reenvio refere que, em conformidade com a legislação em causa no processo principal e com o artigo 13.º, n.º 4, alíneas a) e b), da Convenção franco-britânica, a mais-valia resultante da operação de permuta realizada durante o ano de 1999 por M. Lassus, residente fiscal britânico, podia ser tributada em França.

26 Além disso, esse órgão jurisdicional considera que a legislação nacional em causa tem por efeito permitir, em derrogação à regra segundo a qual o facto gerador da tributação de uma mais-valia se constitui no ano da sua realização, o apuramento da mais-valia resultante de uma operação de permuta de títulos ao longo do ano durante o qual essa operação é realizada e tributá-la ao longo do ano durante o qual se verifica o facto que põe termo ao reporte de tributação, a saber, o ano ao longo do qual se verificou a cessão dos títulos recebidos por ocasião da permuta.

27 Neste contexto, a circunstância de a mais-valia resultante da cessão posterior dos títulos recebidos em troca ser tributável num Estado-Membro diferente da República Francesa não tem, segundo o referido órgão jurisdicional, incidência no poder deste último Estado-Membro de tributar a mais-valia resultante da operação de permuta em causa no processo principal.

28 Todavia, M. Lassus questiona esta interpretação. Alega, a título principal, que o mecanismo de reporte de tributação instituído pela legislação nacional é incompatível com as disposições do artigo 8.º da Diretiva Fusões. Considera que este artigo prevê como facto gerador da tributação a cessão posterior dos títulos recebidos em permuta e não a operação de permuta dos títulos, uma vez que esta última corresponde a uma operação intercalar fiscalmente neutra. Além disso, defende que, neste caso, à data dessa cessão dos títulos recebidos em permuta, a República Francesa tinha perdido a sua competência fiscal sobre a mais-valia em questão, uma vez que a cessão estava abrangida pela competência fiscal do Reino Unido.

29 Por outro lado, no caso de a cessão ser tributável em França, uma vez que a legislação nacional permite aos contribuintes residentes imputar a menos-valia de cessão nas mais-valias da mesma natureza, a recusa da Administração Fiscal de imputar a menos-valia gerada pela cessão dos títulos durante o ano de 2002 na mais-valia de permuta resultante da operação de permuta de títulos e colocada em reporte de tributação constitui um entrave à liberdade de estabelecimento.

30 Nestas condições, o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem as disposições […] do artigo 8.º da [Diretiva Fusões] ser interpretadas no sentido de que, no caso de uma operação de permuta de títulos abrangida pelo âmbito de aplicação [da Diretiva Fusões], proíbem um mecanismo de diferimento da tributação que, em derrogação à regra segundo a qual o facto gerador da tributação de uma mais-valia se constitui no ano da sua realização, preveja que o apuramento e a liquidação de uma mais-valia de permuta ocorrem no momento da operação de permuta de títulos e a respetiva tributação no ano do evento que põe termo ao diferimento da tributação, que pode, nomeadamente, ser a cessão dos títulos recebidos no momento da permuta?

2) Admitindo que é tributável, pode a mais-valia de permuta de títulos ser taxada pelo Estado que tinha o poder de a tributar no momento da operação de permuta, quando a cessão dos títulos recebidos nessa permuta seja da competência tributária de outro Estado-Membro?

3) Em caso de resposta às questões precedentes que a [Diretiva Fusões] não se opõe a que a mais-valia resultante de uma permuta de títulos seja tributada no momento da cessão ulterior dos títulos recebidos na permuta, incluindo quando as duas operações não são da competência tributária do mesmo Estado-Membro, pode o Estado-Membro em que a mais-valia de permuta foi objeto de diferimento de tributação tributar a mais-valia diferida no momento dessa cessão, sem prejuízo das estipulações da Convenção fiscal bilateral aplicáveis, sem ter em conta o resultado da cessão quando esse resultado seja uma menos-valia? Esta questão é colocada relativamente tanto à [Diretiva Fusões] como à liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 43.º do Tratado [CE], atual artigo 49.º do Tratado [FUE], na medida em que um contribuinte com domicílio fiscal em França no momento da operação de permuta e da operação de cessão de títulos pode beneficiar [da imputação de uma menos-valia de cessão].

4) Em caso de resposta à terceira questão que há que ter em conta a menos-valia resultante da cessão dos títulos recebidos na permuta, deve o Estado-Membro em que foi realizada a mais-valia de permuta imputar a esta mais-valia a menos-valia de cessão ou deve, na medida em que a cessão não é da sua competência tributária, renunciar à tributação da mais-valia de permuta?

5) Em caso de resposta à quarta questão que há que imputar a menos-valia de cessão à mais-valia de permuta, qual o preço de aquisição dos títulos cedidos que deve ser considerado para o cálculo dessa menos-valia de cessão? Nomeadamente, deve ser considerado como preço de aquisição unitário dos títulos cedidos o valor total dos títulos da sociedade recebidos na permuta, conforme figura na declaração de mais-valia, dividido pelo número de títulos recebidos na permuta, ou deve ser considerado um preço de aquisição médio ponderado, tendo também em conta as operações posteriores à permuta, como outras aquisições ou distribuições gratuitas de títulos da mesma sociedade?»

31 Por Decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2017, os processos C-327/16 e C-421/16 foram apensados para efeitos da fase oral e do acórdão.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à admissibilidade

32 Como indicou o advogado-geral no n.º 46 das suas conclusões, resulta do artigo 1.º da Diretiva Fusões que esta é aplicável às operações transfronteiriças de fusão, de cisão, de entrada de ativos e de permuta de ações relativas a sociedades de dois ou vários Estados-Membros diferentes. Ora, os factos na origem do litígio no processo principal relativos ao processo C-327/16 são relativos a uma operação de permuta de títulos que envolve duas sociedades estabelecidas num só e mesmo Estado-Membro, concretamente, em França.

33 A este respeito, importa recordar que o Tribunal de Justiça declarou admissíveis pedidos de decisão prejudicial em casos em que, apesar de os factos do processo principal não estarem diretamente abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União, as disposições deste direito passaram a ser aplicáveis por força da legislação nacional, a qual é conforme, nas soluções dadas a situações em que todos os elementos estão confinados a um só Estado-Membro, às soluções acolhidas pelo direito da União (Acórdão de 15 de novembro de 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, n.º 53 e jurisprudência referida).

34 Com efeito, em tais casos, existe um interesse certo da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retomados do direito da União sejam objeto de interpretação uniforme, quaisquer que sejam as condições em que devam ser aplicadas (Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. C-32/11, n.º 20 e jurisprudência referida).

35 No caso vertente, importa referir, em primeiro lugar, que as questões submetidas têm por objeto a interpretação das disposições do direito da União, a saber, as da Diretiva Fusões.

36 Em segundo lugar, em resposta a um pedido de esclarecimento do Tribunal de Justiça, de 21 de julho de 2016, o órgão jurisdicional de reenvio precisou que a legislação nacional em causa nos processos principais, adotada para implementar a Diretiva Fusões, é aplicável nas mesmas condições às operações de permuta de títulos, quer se trate de operações puramente internas ou transfronteiriças, na condição de que o contribuinte detentor dos títulos tenha residência fiscal em França na data da permuta.

37 Dado que a legislação nacional em causa nos processos principais está em conformidade, quanto às soluções dadas a situações em que a operação de permuta de títulos é puramente interna, com as acolhidas pela Diretiva Fusões, há que constatar que as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio no processo C-327/16 são admissíveis.

38 No que diz respeito ao processo C-421/16, o Governo austríaco considera, em substância, que não está abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva Fusões uma situação na qual o sócio de uma sociedade adquirida tem a sua residência fiscal num Estado-Membro diferente do da sociedade adquirida ou do da sociedade adquirente. Ora, no processo principal, M. Lassus, quando da operação de permuta dos títulos em causa, tinha a sua residência fiscal no Reino Unido, ao passo que a sociedade adquirida e a sociedade adquirente estavam estabelecidas, respetivamente, em França e no Luxemburgo.

39 A este propósito, cumpre salientar que nenhuma disposição da Diretiva Fusões prevê uma limitação desse tipo do seu âmbito de aplicação.

40 Com efeito, como foi mencionado no n.º 32 do presente acórdão, a Diretiva Fusões é chamada a aplicar-se sempre que a permuta de títulos, na aceção do artigo 2.º desta diretiva, se verifique entre duas ou mais sociedades de Estados-Membros diferentes que preencham as condições que figuram no artigo 3.º da Diretiva Fusões.

41 Consequentemente, a fim de estabelecer o âmbito de aplicação da Diretiva Fusões, não tem pertinência o facto de que o detentor de títulos em questão tenha a sua residência fiscal num Estado-Membro diferente do das sociedades envolvidas na permuta de títulos.

42 No caso vertente, é pacífico que, por um lado, a operação em causa no processo principal diz respeito a duas sociedades de dois Estados-Membros diferentes, e, por outro, que as sociedades em questão preenchem as condições que figuram no artigo 3.º desta diretiva.

43 Nestas condições, não é possível considerar que a Diretiva Fusões apenas se deve aplicar nos casos em que o sócio da sociedade adquirida é residente fiscalmente no mesmo Estado-Membro que o da sociedade adquirida ou que o da sociedade adquirente. Por conseguinte, deve ser dada resposta às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio no processo C-421/16.

Quanto ao mérito

Quanto às primeiras questões

44 Através das suas primeiras questões nos processos C-327/16 e C-421/16, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 8.º da Diretiva Fusões deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional de um Estado-Membro por força da qual a mais-valia resultante de uma operação de permuta de títulos é declarada por ocasião desta operação, mas a sua tributação é reportada ao ano durante o qual se verifica o facto que põe termo a esse reporte de tributação, neste caso, a cessão dos títulos recebidos em troca.

45 A título preliminar, constate-se que, nestes dois processos, não foi alegado que os contribuintes em questão atribuíram aos títulos recebidos na permuta um valor fiscal mais elevado do que o que os títulos permutados tinham imediatamente antes da operação de permuta em causa. Consequentemente, o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva Fusões é aplicável às operações de permutas em questão.

46 Nos termos desta disposição, a atribuição, por ocasião de uma permuta de ações, de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária ou adquirente, a um sócio da sociedade contribuidora ou adquirida, em troca de títulos representativos do capital social desta última, não deve, em si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do referido sócio.

47 Através deste imperativo de neutralidade fiscal em relação a esse sócio, a Diretiva Fusões visa, como resulta dos seus primeiro e quarto considerandos, garantir que uma permuta de títulos que envolva sociedades de Estados-Membros diferentes não seja obstruída por restrições, desvantagens ou distorções especiais decorrentes das disposições fiscais dos Estados-Membros (Acórdão de 11 de dezembro de 2008, A.T., C-285/07, EU:C:2008:705, n.º 21).

48 Impõe-se recordar que a Diretiva Fusões visa, segundo o seu quarto considerando, salvaguardar os interesses financeiros do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida. Ora, entre esses interesses financeiros figura a competência de tributar a mais-valia referente aos títulos existentes antes da operação de permuta de títulos.

49 Assim, o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva Fusões dispõe que a aplicação do n.º 1 deste artigo não impede os Estados-Membros de tributar o lucro resultante da cessão posterior dos títulos recebidos do mesmo modo que o lucro resultante da cessão dos títulos existentes antes da aquisição (v., neste sentido, Acórdão de 11 de dezembro de 2008, A.T., C-285/07, EU:C:2008:705, n.º 35).

50 Afigura-se que, embora o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva Fusões, ao prever que uma operação de permuta de títulos não pode, em si mesma, estar na origem da tributação da mais-valia resultante desta operação, assegure a neutralidade fiscal dessa operação, essa neutralidade fiscal não se destina, no entanto, a subtrair essa mais-valia da tributação dos Estados-Membros que disponham da competência fiscal sobre esta, mas proíbe unicamente que se considere que essa operação de permuta é o facto gerador dessa tributação.

51 Em contrapartida, nem o artigo 8.º da Diretiva Fusões nem nenhum outro artigo desta diretiva contêm disposições relativas às medidas fiscais adequadas para efeitos da implementação deste artigo 8.º

52 Os Estados-Membros dispõem, consequentemente, no respeito pelo direito da União, de uma certa margem de manobra quanto a essa implementação (v., neste sentido, Acórdãos de 5 de julho de 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, n.ºs 41 a 43, e de 23 de novembro de 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, n.º 22).

53 No que diz respeito à medida prevista pela legislação em causa nos processos principais, essa medida consiste, num primeiro momento, em declarar a mais-valia resultante da operação de permuta de títulos por ocasião dessa operação e, num segundo momento, em reportar a tributação desta à data da cessão posterior dos títulos recebidos em troca.

54 Essa medida, uma vez que leva a que o facto gerador da tributação dessa mais-valia seja reportado ao ano durante o qual se verifica o facto que põe termo a esse reporte de tributação, a saber, a cessão dos títulos recebidos em troca, garante, como salientou o advogado-geral nos n.ºs 59 e 60 das suas conclusões, que a operação de permuta de títulos, em si mesma, não dê origem a nenhuma tributação da referida mais-valia. Por conseguinte, esta medida respeita o princípio da neutralidade fiscal, na aceção do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva Fusões.

55 Esta conclusão não pode ser posta em causa pela simples circunstância de que a mais-valia resultante da operação de permuta de títulos é declarada por ocasião desta operação. A este propósito, importa precisar que tal declaração constitui somente uma técnica que permite ao Estado-Membro que dispõe da competência fiscal sobre os títulos existentes antes da operação de troca, mas que, por força do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva Fusões, foi impedido de a exercer nessa ocasião, preservar a sua competência fiscal e exercê-la posteriormente, isto é, na data da cessão dos títulos recebidos em troca, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, desta diretiva.

56 Nestas condições, há que responder às primeiras questões nos processos C-327/16 e C-421/16 que o artigo 8.º da Diretiva Fusões deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual a mais-valia resultante de uma operação de permuta de títulos abrangida por esta diretiva é declarada por ocasião desta operação, mas a sua tributação é reportada ao ano durante o qual se verifica o facto que põe termo a esse reporte de tributação, a saber, a cessão dos títulos recebidos em troca.

Quanto às segundas questões

57 Através das suas segundas questões nos processos C-327/16 e C-421/16, órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 8.º da Diretiva Fusões deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que prevê a tributação da mais-valia referente a uma

operação de permuta de títulos, colocada em reporte de tributação, quando da cessão posterior dos títulos recebidos em troca, apesar de essa cessão não estar abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro.

58 Como decorre dos n.os 49 e 50 do presente acórdão, resulta do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva Fusões que o imperativo de neutralidade fiscal previsto por ocasião da operação de permuta de títulos por força do n.º 1 deste artigo 8.º não impede os Estados-Membros de tributar a mais-valia resultante da cessão posterior dos títulos recebidos em troca da mesma forma que a mais-valia que resulta da cessão dos títulos existentes antes da aquisição.

59 Este artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, reconhece deste modo o direito dos Estados-Membros que dispõem da competência fiscal sobre a mais-valia referente à operação de permuta de títulos, mas que, em aplicação do n.º 1 deste artigo 8.º, foram impedidos de exercer essa competência quando dessa operação de troca, de a exercer à data da cessão posterior dos títulos recebidos em troca.

60 Assim sendo, como mencionou o advogado-geral no n.º 68 das suas conclusões, a Diretiva Fusões não harmoniza os critérios de repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros. Por conseguinte, a mesma não regulamenta a atribuição do poder de tributação dessa mais-valia.

61 Na falta de harmonização à escala da União, os Estados-Membros continuam a ter competência para definir, por via convencional, ou unilateral, no respeito pelo direito da União, os critérios da sua competência fiscal, com vista a eliminar as duplas tributações (v., por analogia, Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, n.os 45, 46 e jurisprudência referida).

62 No caso vertente, o órgão jurisdicional de reenvio considera que as mais-valias em questão geradas por operações de troca de títulos são abrangidas, por força do direito nacional e do direito convencional, pela competência fiscal da República Francesa.

63 Nestas condições, e dado que a Diretiva Fusões, como resulta do n.º 56 do presente acórdão, não se opõe a que a tributação da mais-valia gerada pela operação de permuta de títulos seja reportada à cessão posterior dos títulos recebidos em troca, esta diretiva não impede o Estado-Membro em causa de tributar essa mais-valia por ocasião dessa cessão.

64 A simples circunstância de a cessão dos títulos recebidos em troca estar abrangida pela competência fiscal de um Estado-Membro diferente daquele que dispõe da competência fiscal sobre a mais-valia resultante da operação de permuta de títulos, como resulta dos n.os 69 a 71 das conclusões do advogado-geral, não pode privar o segundo destes dois Estados-Membros do seu direito de exercer a sua competência fiscal sobre uma mais-valia gerada no âmbito da sua competência fiscal.

65 Esta conclusão é igualmente conforme com o princípio da territorialidade fiscal associado a um elemento temporal, reconhecido pelo Tribunal de Justiça, por força do qual um Estado-Membro tem o direito de tributar a mais-valia gerada no âmbito da sua competência fiscal, com vista a preservar a repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros (v., neste sentido, Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, n.os 45, 46 e jurisprudência referida).

66 Por conseguinte, há que responder às segundas questões submetidas nos processos C-327/16 e C-421/16 que o artigo 8.º da Diretiva Fusões deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que prevê a tributação da mais-valia referente a uma operação de permuta de títulos, colocada em reporte de tributação, quando da cessão posterior dos títulos recebidos em troca, apesar de essa cessão não estar abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro.

Quanto à terceira a quinta questões no processo C-421/16

67 A título preliminar, importa notar que, como resulta dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe, M. Lassus, à data da operação de permuta dos títulos em causa no processo principal, tinha a sua residência fiscal no Reino Unido. Todavia, por força da Convenção franco-britânica, foi equiparado a contribuinte detentor de títulos que reside em França pelo que a mais-valia resultante desta operação de permuta de títulos estava abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro.

68 Resulta igualmente desses autos que, por força da legislação em causa no processo principal, as menos-valias sofridas ao longo de um ano são imputáveis nas mais-valias da mesma natureza realizadas durante o mesmo ano ou os cinco anos seguintes. Ora, no processo principal, é pacífico que a menos-valia em questão foi registada dentro desse prazo de cinco anos.

69 Na audiência, o Governo francês precisou que a imputação de uma eventual menos-valia realizada quando da cessão posterior dos títulos recebidos em troca sobre a mais-valia colocada em reporte de tributação não é permitida numa situação em que, no momento dessa cessão, o contribuinte detentor desses títulos não tem a sua residência fiscal em França.

70 Deste modo, através da terceira a quinta questões no processo C-421/16, que devem ser examinadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva Fusões e o artigo 49.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação de um Estado-Membro que, numa situação em que a cessão posterior de títulos recebidos em troca não está abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro, prevê a tributação da mais-valia colocada em reporte de tributação por ocasião dessa cessão sem ter em conta uma eventual menos-valia realizada nesse momento, ao passo que essa menos-valia é tida em conta quando o contribuinte detentor de títulos tem a sua residência fiscal no referido Estado-Membro à data da referida cessão. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, sendo caso disso, saber quais são as modalidades de imputação e de cálculo dessa menos-valia.

71 Recorde-se que as operações abrangidas pela Diretiva Fusões constituem uma modalidade especial de exercício da liberdade de estabelecimento, importante para o bom funcionamento do mercado interno, e constituem, portanto, atividades económicas em relação às quais os Estados-Membros estão obrigados ao respeito dessa liberdade (Acórdão de 23 de novembro de 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, n.º 23 e jurisprudência referida).

72 No entanto, como salientou o advogado-geral nos n.os 78, 100 e 101 das suas conclusões, a Diretiva Fusões não regula a questão relativa à possibilidade de imputação de uma menos-valia eventual realizada quando da cessão posterior dos títulos recebidos em permuta nem a relativa às modalidades dessa imputação e do seu cálculo. As questões relativas a essa imputação estão, por conseguinte, abrangidas pelo direito nacional do Estado-Membro de origem no respeito pelo direito da União, no caso vertente, mais especialmente, o artigo 49.º TFUE.

73 Consequentemente, as referidas questões devem ser examinadas unicamente à luz do artigo 49.º TFUE.

74 A este propósito, importa recordar que devem ser consideradas restrições à liberdade de estabelecimento, na aceção do artigo 49.º TFUE, todas as medidas que proíbam, dificultem ou tornem menos atrativo o exercício dessa liberdade (Acórdão de 23 de novembro de 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, n.º 25 e jurisprudência referida).

75 No caso vertente, refira-se que, no momento da cessão posterior dos títulos recebidos em troca, M. Lassus era um contribuinte detentor de títulos não residente, pelo que não podia imputar uma eventual menos-valia realizada quando dessa cessão sobre a mais-valia resultante da permuta e colocada em reporte de tributação, ao passo que, se tivesse sido um contribuinte detentor de títulos residente, teria podido efetuar essa imputação.

76 Essa diferença de tratamento, consoante no momento da cessão dos títulos recebidos em permuta o contribuinte detentor de títulos tem a sua residência fiscal no Estado-Membro em questão ou não, pode perturbar ou tornar menos atrativas, em relação aos contribuintes detentores de títulos não residentes, as operações de restruturação de sociedades abrangidas pela Diretiva Fusões e, portanto, constitui um entrave à liberdade de estabelecimento.

77 Este entrave só pode ser admitido se disser respeito a situações que não são objetivamente comparáveis ou se puder ser justificado por razões imperiosas de interesse geral reconhecidas pelo direito da União. Mas é ainda necessário, em tal caso, que seja adequado para garantir a realização do objetivo em causa e que não vá além do que é necessário para alcançar esse objetivo (Acórdão de 23 de novembro de 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, n.º 28 e jurisprudência referida).

78 No que diz respeito ao caráter comparável das situações em questão, importa observar que a legislação em causa no processo principal visa tributar uma mais-valia resultante de uma permuta de títulos que se gerou no momento em que M. Lassus era equiparado a um contribuinte com residência fiscal em França. Quanto a essa tributação, que é reportada ao momento da cessão posterior dos títulos recebidos em troca, a situação de um contribuinte detentor de títulos não residente no momento da cessão, como a de M. Lassus, é objetivamente comparável à de um contribuinte detentor de títulos residente no momento dessa mesma cessão.

79 Quanto à questão de saber se o entrave em causa pode ser justificado por razões imperiosas de interesse geral reconhecidas pelo direito da União, o Governo francês considera que a razão imperiosa de interesse geral ligada à repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros pode justificar esse entrave.

80 A este propósito, há que observar que a preservação da repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros é um objetivo reconhecido pelo Tribunal de Justiça (v., neste sentido, Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 45).

81 No entanto, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, como constatou o advogado-geral no n.º 93 das suas conclusões, este objetivo não pode justificar um entrave desse tipo, visto que é exclusivamente a competência fiscal da República Francesa que está em causa.

82 A este propósito, importa precisar que as circunstâncias em causa no processo principal são diferentes das circunstâncias nos processos que deram origem à jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à tributação à saída das mais-valias, como o Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785). Com efeito, o processo que deu origem a esse acórdão dizia respeito ao reporte da cobrança do imposto, concretamente, uma dívida fiscal que tinha sido definitivamente determinada na data em que o contribuinte, em razão de uma transferência da sua residência, tinha deixado de estar sujeito ao imposto no Estado-Membro de origem, e não, como no processo principal, a um reporte de tributação. Foi nestas circunstâncias que o Tribunal de Justiça considerou, no n.º 61 do Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), que a eventual não tomada em conta de menos-valias pelo Estado-Membro de acolhimento não impõe nenhuma obrigação, para o Estado-Membro de origem, de reavaliar na data da cessão definitiva das novas participações sociais uma dívida fiscal que foi determinada definitivamente na data em que o contribuinte, em razão da transferência da sua residência, deixou de estar sujeito ao imposto no Estado-Membro de origem.

83 Ora, o reporte de tributação da mais-valia em causa no processo principal à cessão posterior dos títulos recebidos em permuta tem como consequência que esta mais-valia, não obstante o facto de ter sido declarada quando da operação de permuta de títulos, só é tributada por ocasião dessa cessão posterior. Isso implica que o Estado-Membro em causa exerce a sua competência fiscal sobre a referida mais-valia no momento da realização da menos-valia em causa. Por conseguinte, a tomada

em conta dessa menos-valia inscreve-se, como a Comissão Europeia indicou, correlativamente, na obrigação desse Estado-Membro que tenciona exercer a sua competência fiscal sobre essa mais-valia que se tornou efetivamente tributável na data da referida cessão.

84 Portanto, o artigo 49.º TFUE opõe-se a uma legislação de um Estado-Membro que, numa situação em que a cessão posterior de títulos recebidos em troca não está abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro, prevê a tributação da mais-valia colocada em reporte de tributação por ocasião dessa cessão sem ter em conta uma eventual menos-valia realizada por essa ocasião, ao passo que é obrigado a ter essa menos-valia em conta quando o contribuinte detentor de títulos tem a sua residência fiscal no referido Estado-Membro à data da referida cessão.

85 No que respeita às modalidades relativas à imputação e ao cálculo da menos-valia em causa no processo principal, como resulta do n.º 72 do presente acórdão, uma vez que o direito da União não prevê essas modalidades, cabe aos Estados-Membros, no respeito pelo direito da União e, neste caso, mais especialmente pelo artigo 49.º TFUE, prever essas modalidades.

86 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à terceira a quinta questões no processo C-421/16 que o artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que, numa situação em que a cessão posterior de títulos recebidos em troca não está abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro, prevê a tributação da mais-valia colocada em reporte de tributação por ocasião dessa cessão sem ter em conta uma eventual menos-valia realizada por essa ocasião, ao passo que é obrigado a ter em conta essa menos-valia quando o contribuinte detentor de títulos tem a sua residência fiscal no referido Estado-Membro à data da referida cessão. Cabe aos Estados-Membros, no respeito pelo direito da União e, neste caso, mais especialmente, pela liberdade de estabelecimento, prever modalidades relativas à imputação e ao cálculo dessa menos-valia.

Quanto às despesas

87 Revestindo o processo, quanto às partes nas causas principais, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

1) **O artigo 8.º da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, conforme alterada pelo Ato relativo às condições de adesão do Reino da Noruega, da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia, adaptado pela Decisão 95/1/CE, Euratom, CECA do Conselho da União Europeia, de 1 de janeiro de 1995, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual a mais-valia resultante de uma operação de permuta de títulos abrangida por esta diretiva é declarada por ocasião desta operação, mas a sua tributação é reportada ao ano durante o qual se verifica o facto que põe termo a esse reporte de tributação, a saber, a cessão dos títulos recebidos em troca.**

2) **O artigo 8.º da Diretiva 90/434, conforme alterada pelo Ato relativo às condições de adesão do Reino da Noruega, da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia, adaptado pela Decisão 95/1, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que prevê a tributação da mais-valia referente a uma**

operação de permuta de títulos, colocada em reporte de tributação, quando da cessão posterior dos títulos recebidos em troca, apesar de essa cessão não estar abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro.

3) **O artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que, numa situação em que a cessão posterior de títulos recebidos em troca não está abrangida pela competência fiscal desse Estado-Membro, prevê a tributação da mais-valia colocada em reporte de tributação por ocasião dessa cessão sem ter em conta uma eventual menos-valia realizada por essa ocasião, ao passo que é obrigado a ter em conta essa menos-valia quando o contribuinte detentor de títulos tem a sua residência fiscal no referido Estado-Membro à data da referida cessão. Cabe aos Estados-Membros, no respeito pelo direito da União e, neste caso, mais especialmente, pela liberdade de estabelecimento, prever modalidades relativas à imputação e ao cálculo dessa menos-valia.**

Assinaturas