Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NIILO JÄÄSKINEN
apresentadas em 26 de fevereiro de 2015[1]

Processo C-657/13

Verder LabTec GmbH & Co. KG
contra
Finanzamt Hilden

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Finanzgericht Düsseldorf (Alemanha)]

«Liberdade de estabelecimento — Realização e tributação de reservas ocultas resultantes da transferência de ativos de um estabelecimento permanente de uma empresa situado num Estado-Membro para outro estabelecimento permanente situado noutro Estado-Membro — Existência de uma restrição — Determinação, no momento da transferência, do valor das mais-valias latentes que contribuem para os lucros tributáveis — Justificação — Preservação da repartição dos poderes de tributação entre os Estados-Membros — Pagamento e cobrança em dez prestações anuais — Proporcionalidade»

I – **Introdução**

1. O presente pedido de decisão prejudicial diz respeito às regras fiscais da República Federal da Alemanha que estabelecem obrigações fiscais relativas a reservas ocultas (latentes), a pagar em prestações anuais. Estas regras são aplicáveis em caso de transferência de ativos de um estabelecimento permanente pertencente a uma empresa alemã para um estabelecimento permanente da mesma empresa situado no estrangeiro.

2. Uma sociedade em comandita constituída ao abrigo do direito alemão transferiu ativos, que consistiam em vários direitos de propriedade intelectual, do seu estabelecimento permanente na Alemanha para o seu estabelecimento permanente nos Países Baixos. Segundo a autoridade fiscal competente, esta transferência criava, nos termos do direito alemão, uma obrigação fiscal em relação à realização das reservas ocultas associadas aos ativos transferidos. Porém, o imposto não era devido imediatamente. As autoridades fiscais permitiam o seu pagamento em prestações anuais, ao longo de um período de dez anos.

3. A sociedade em comandita impugnou a decisão das autoridades fiscais perante os órgãos jurisdicionais alemães, tendo essa impugnação culminado no presente pedido de decisão prejudicial do Finanzgericht Düsseldorf. Os problemas jurídicos suscitados pelo litígio prendem-se com a questão de saber se as leis alemãs restringem a liberdade de estabelecimento; se podem ser justificadas por referência à necessidade de preservar o poder de tributação da Alemanha em relação às mais-valias

1 — Língua original: inglês.

latentes (reservas ocultas) geradas nesse Estado-Membro antes da transferência dos ativos em causa; e se são proporcionais, especialmente tendo em conta, por um lado, o facto de o imposto ser devido mesmo antes da realização dos ativos e, por outro, o facto de o período de cobrança se prolongar por dez anos.

4. Este tipo de problema já foi abordado pelo Tribunal de Justiça, sendo de destacar o acórdão National Grid Indus [2], os acórdãos proferidos no âmbito de procedimentos de infração distintos instaurados pela Comissão contra Portugal, a Espanha e a Dinamarca [3] e, mais recentemente, o acórdão DMC [4]. No entanto, o caso em apreço apresenta uma combinação de factos inédita.

II – **Quadro jurídico**

5. O quadro jurídico nacional, particularmente complexo, pode ser resumido da seguinte forma.

6. Não existia inicialmente nenhuma base legal para aquilo que se designa por «tributação separada das reservas ocultas». Esta baseava-se na jurisprudência do Bundesfinanzhof (Tribunal Federal Tributário) de 1969, nos termos da qual a transferência de um ativo de uma empresa alemã para um seu estabelecimento permanente situado no estrangeiro deveria ser qualificada como saída de ativos de atividades comerciais na aceção do § 4, n.º 1, segundo período, da Einkommensteuergesetz (Lei relativa ao imposto sobre o rendimento) (a seguir «EStG»). A fim de minimizar os efeitos desta abordagem para os contribuintes, as autoridades fiscais davam-lhes a possibilidade, em conformidade com a prática administrativa corrente, de escolher entre tomar imediatamente em consideração as mais-valias latentes no lucro tributável ou diferir a tributação inscrevendo esses lucros a título de conta de compensação por impostos não pagos nas contas fiscais, ao longo de um período de dez anos.

7. A «tributação separada das reservas ocultas» foi regulada, pela primeira vez, na Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (Lei que estabelece medidas fiscais de acompanhamento para a introdução da sociedade europeia e que altera várias disposições fiscais) (a seguir «SEStEG»), de 7 de dezembro de 2006 [5].

8. O § 4, n.º 1, terceiro período, da EStG, que foi aditado pela SEStEG, tem a seguinte redação: «A exclusão ou a restrição do direito de tributação da República Federal da Alemanha relativamente ao lucro resultante da alienação ou da utilização de um ativo equivale a uma saída para fins alheios à atividade da sociedade».

9. A SEStEG também introduziu o § 4g da EStG, que estabelece que, nos casos em que se considere que ocorreu a saída de um ativo de acordo com o previsto no § 4, n.º 1, terceiro período, da EstG devido à sua afetação a um estabelecimento permanente do mesmo sujeito passivo noutro Estado-Membro da União Europeia, é constituída a pedido do sujeito passivo uma conta de compensação no montante correspondente à diferença entre o valor contabilístico e o valor de mercado do ativo. Essa conta de compensação é amortizada num montante equivalente, no máximo, a um quinto desse valor, no exercício financeiro do seu estabelecimento e nos quatro exercícios financeiros seguintes, com o correspondente aumento dos lucros.

2 — Acórdão National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785).

3 — Acórdãos Comissão/Espanha (C-269/09, EU:C:2012:43); Comissão/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521); Comissão/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480).

4 — Acórdão DMC (C-164/12, EU:C:2014:20). Conforme salientou o Governo italiano nas suas observações escritas, à data do despacho de reenvio, o Finanzgericht não tinha conhecimento do acórdão DMC.

5 — Bundesgesetzblatt (BGBl) 2006, parte I, p. 2782.

10. Em 2010, o § 4, n.º 1, da EStG foi alterado em resposta a um acórdão do Bundesfinanzhof[6]. Em primeiro lugar, a seguir ao terceiro período do § 4, n.º 1, da EstG foi aditado um quarto período com a seguinte redação:

«Ocorre nomeadamente exclusão ou restrição do direito a tributação relativamente ao lucro decorrente da alienação de um ativo quando um ativo até esse momento afetado a um estabelecimento permanente do sujeito passivo situado na Alemanha seja afetado a um estabelecimento permanente situado no estrangeiro».

11. Em segundo lugar, o § 52, n.º 8b, da EStG, que até então previa apenas que o seu § 4, n.º 1, terceiro período, com a redação dada pela SEStEG, se aplicava a partir de 2006, foi alterado no sentido de estipular que o § 4, n.º 1, terceiro período também se aplicava a períodos de tributação anteriores quando tivesse ocorrido a transferência de um ativo para um estabelecimento permanente situado no estrangeiro cujos rendimentos estivessem isentos de tributação na Alemanha ao abrigo de uma convenção para evitar a dupla tributação, e que o § 4, n.º 1, quarto período se aplicava a todos os casos em que o § 4, n.º 1, terceiro período fosse aplicável.

III – **Processo principal, questão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

12. A Verder LabTec GmbH& Co KG (a seguir «sociedade em comandita») é uma sociedade em comandita com sede em Haan, na Alemanha. A Verder LabTec Beteiligungs GmbH (a seguir «sócio comanditado»), com sede também em Haan, é o sócio comanditado.[7] São sócios comanditários a Tarco B.V. e a Labo-Tech B.V., ambas com sede nos Países Baixos. Desde maio de 2005, a sociedade em comandita assegura, de forma exclusiva, a gestão dos seus direitos sobre patentes, marcas e modelos de utilidade. Por contrato de 25 de maio de 2005, transferiu os referidos direitos para o seu estabelecimento permanente neerlandês situado em Vleuten[8].

13. Durante uma inspeção fiscal, a Administração Tributária (Finanzamt Hilden) considerou que a transferência dos direitos de propriedade intelectual devia ser acompanhada da revelação das reservas ocultas pelo seu valor de mercado no momento da transferência. Todas as partes concordaram com o valor das reservas ocultas, e a Administração Tributária reconheceu, porém, que este montante não estava imediatamente sujeito a tributação na sua totalidade. Pelo contrário, por razões de equidade, deveria ser neutralizado por uma quantia nominal no mesmo montante; em seguida, esta quantia nominal deveria ser amortizada, de forma linear, ao longo de um período de dez anos, com o correspondente aumento dos lucros. Por outras palavras, o Finanzamt Hilden diferiu a cobrança, por razões de equidade, distribuindo as reservas ocultas ao longo de um período de dez anos. No aviso de

6 — Por acórdão de 17 de julho de 2008, ou seja, numa altura em que o § 4, n.º 1, terceiro período, da EstG, com a redação que lhe foi dada pela SEStEG, já se encontrava em vigor, o Bundesfinanzhof abandonou a teoria da saída final num processo relativo ao período de tributação respeitante ao ano de 1985. Nesse acórdão, afirmou que a transferência de um ativo para um estabelecimento permanente da mesma empresa situado no estrangeiro não constituía uma saída. Não havia necessidade de considerar a transferência de um ativo de uma empresa alemã para um seu estabelecimento permanente no estrangeiro como um ato de realização de lucros, dado que a posterior tributação das reservas ocultas a realizar na Alemanha não era afetada pelo facto de os lucros do estabelecimento permanente no estrangeiro estarem isentos de tributação alemã. Perante esta inversão jurisprudencial, o legislador decidiu alterar o § 4, n.º 1, da EStG. Esta alteração teve lugar através da Jahressteuergesetz 2010 (Lei fiscal relativa ao ano de 2010), de 8 de dezembro de 2010 (BGBl 2010, parte I, p. 1768). O objetivo era garantir que os princípios do acórdão de 17 de julho de 2008 se restringiriam à decisão naquele caso concreto e que a teoria da saída final, conforme consagrada no § 4, n.º 1, terceiro período, da EStG, seria aplicada a todos os processos que se encontrassem pendentes.

7 — Na Alemanha, por razões fiscais, muitas sociedades adotam a forma de sociedade em comandita, tendo como sócio comanditado uma sociedade de responsabilidade limitada (as chamadas empresas GmbH & Co.). V. Hensler, M. e Strohn, L. *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage 2014, Beck, Munique, pp. 403 a 404, 511. Na Alemanha, as sociedades em comandita estão sujeitas ao regime de tributação transparente, o que significa que a sociedade não é, ela mesma, sujeito passivo do imposto sobre o rendimento, mas apenas um sujeito passivo no sentido de que o rendimento tributável das suas atividades é calculado separadamente e, depois, imputado aos sócios. Os impostos são cobrados ao nível dos sócios.

8 — O pedido de decisão prejudicial não identifica as partes neste contrato. Do contexto, deduzo que fossem os sócios da sociedade em comandita. Esta matéria não se afigura pertinente para a resposta às questões prejudiciais.

liquidação de 17 de agosto de 2009, relativo ao cálculo da base tributável separada e uniforme para o ano de 2005, o Finanzamt Hilden liquidou o rendimento decorrente das atividades da sociedade em comandita, nele incluindo as reservas ocultas. Por decisão de 19 de setembro de 2011, o Finanzamt Hilden indeferiu uma reclamação do referido aviso.

14. A sociedade em comandita alega, perante o órgão jurisdicional nacional, que a legislação alemã infringe o princípio da liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 49.º TFUE. Acresce que a cobrança imediata do imposto no momento da transferência dos ativos era desproporcionada, sendo a cobrança do imposto à data da realização da mais-valia uma alternativa menos drástica.

15. À luz do exposto, o Finanzgericht Düsseldorf submeteu a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que, no caso de uma empresa nacional transferir um ativo para um estabelecimento [permanente] da mesma empresa situado no estrangeiro, uma disposição nacional estabeleça que essa transferência constitui uma alienação de um ativo para fins alheios à atividade da empresa da qual resultam lucros decorrentes da [revelação] das reservas ocultas, ao passo que outra disposição nacional prevê a possibilidade de [repartir] o referido lucro em partes iguais ao longo de cinco ou dez exercícios?»

16. A Verder Labtec GmbH & Co.KG, o Finanzamt Hilden, os Governos belga, dinamarquês, alemão, espanhol, italiano, neerlandês e sueco e a Comissão apresentaram observações escritas. Não foi realizada audiência.

IV – **Análise**

A – *Observações introdutórias*

1. Admissibilidade

17. A sociedade em comandita alega que a questão prejudicial é inadmissível porque é hipotética, na medida em que nem o período de cinco anos nem o período de dez anos mencionados pelo Finanzgericht para a cobrança do imposto são aplicáveis ao exercício de 2005. A Comissão considera que a questão prejudicial é, ou poderá ser, hipotética em relação ao período de cinco anos, dado que não é aplicável ao exercício de 2005. O Finanzamt e o Governo alemão também referem que o período de cinco anos não é pertinente para a resolução do litígio.

18. No meu entender, a questão prejudicial é hipotética no que respeita à proporcionalidade do período de cinco anos para pagamento do imposto, uma vez que as autoridades fiscais alemãs não tomaram qualquer decisão que estabelecesse a aplicabilidade desse período em relação à sociedade em comandita. Em contrapartida, o Finanzamt permite o pagamento daquele imposto ao longo de um período de dez anos, pelo que, neste aspeto, a questão prejudicial não é hipotética. Por conseguinte, no que respeita ao período de cobrança, o Tribunal de Justiça deve restringir a sua análise à compatibilidade do período de dez anos em causa com o direito da União.

2. Reservas ocultas e tributação à saída

19. O termo «reservas ocultas» designa os lucros (geralmente mais-valias) que não estão incluídos na base tributável de um sujeito passivo para efeitos do imposto sobre o rendimento. As reservas ocultas podem resultar do aumento do valor de um ativo e/ou da aplicação de regras fiscais que permitam uma depreciação superior à depreciação real do ativo por motivo de desgaste, e/ou de outras

deduções de despesas ainda não suportadas [9].

20. As mais-valias latentes não são tributadas como parte do rendimento do ano em que foram geradas. A sua tributação é diferida, geralmente para o ano em que são efetivamente realizadas. Tal deve-se ao facto de, antes da sua realização, as reservas ocultas não contribuírem para a capacidade contributiva do sujeito passivo. Porém, sobretudo no caso de ativos não financeiros ou de bens mais suscetíveis de depreciação, a realização dos ativos não tem necessariamente lugar através da sua alienação; as reservas ocultas vão «desaparecendo» à medida que o valor económico do ativo se aproxima de zero, por exemplo devido ao desgaste da maquinaria ou à caducidade de um direito de propriedade intelectual pelo decurso do tempo.

21. As reservas ocultas também contribuem para o rendimento tributável nos casos em que existe uma saída (alienação) para fins alheios à atividade da sociedade. Isto significa que um ativo é subtraído à base tributável do sujeito passivo. É o que poderá acontecer, por exemplo, quando um ativo é transferido do património comercial de um empresário para o seu património pessoal ou de uma sociedade para os respetivos sócios, a título gratuito ou por um valor inferior ao seu valor de mercado. Contudo, os exemplos mais importantes de alienação estão relacionados com a saída do âmbito de aplicação pessoal ou territorial dos poderes de tributação de um Estado.

22. A saída fiscal, que dá origem à cobrança dos chamados «impostos à saída», pode estar relacionada com o sujeito passivo, com o objeto da tributação ou com ambos. A migração de um sujeito passivo singular ou coletivo para outro Estado é geralmente acompanhada pela transferência do poder de tributação para este Estado. O mesmo é válido para a transferência de um «objeto tributável» (como os ativos de uma empresa) de um Estado para outro. No caso dos estabelecimentos estáveis [10], poderão ser suscitadas questões relacionadas com a saída do sujeito passivo, do objeto tributável ou de ambos, consoante os casos [11].

23. Os artigos 7.° e 13.°, n.º 2, da Convenção Modelo da OCDE respeitantes aos impostos sobre os lucros e as mais-valias de uma empresa reconhecem os poderes de tributação do Estado de origem e do Estado de acolhimento relativamente aos estabelecimentos permanentes de empresas estrangeiras. A fim de evitar a dupla tributação dos mesmos lucros, os Estados de origem podem abster-se de tributar os lucros dos estabelecimentos permanentes das suas empresas situados no estrangeiro. É este também o caso da Alemanha, que isenta de imposto o rendimento dos estabelecimentos estáveis das empresas residentes na Alemanha situados nos Países Baixos [12].

24. A tributação à saída poderá criar para os sujeitos passivos uma situação de dupla tributação ou de não tributação das reservas ocultas. A primeira situação verificar-se-ia, por exemplo, nos casos em que o Estado que o sujeito passivo abandona cobra, à saída, um imposto sobre a diferença entre o valor contabilístico (inscrito nas contas fiscais) e o valor real dos ativos, enquanto o Estado de acolhimento

9 — V. Von Brocke, K. e Müller, S. «Exit Taxes». *EC Tax Review* 6 (2013), pp. 299 a 304. Além disso, podem ser acumuladas reservas ocultas devido a ativos incorpóreos (como o *goodwill*) que tenham sido criados pelo contribuinte, mas que ainda não tenham sido inscritos como ativos no balanço.

10 — De acordo com o artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção Modelo da OCDE sobre o rendimento e o património (OCDE 2012, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/9789264175174-en), para efeitos dessa convenção, o termo «estabelecimento permanente» significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerce a totalidade ou parte da sua atividade, e abrange, em especial, as sucursais.

11 — Recordo que, na Diretiva 90/434 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), o termo transferência de ativos (ou «entrada de ativos», na terminologia desta diretiva) tem um significado especial, mais limitado. Segundo a definição constante do artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 90/434/CEE, de 23 de julho de 1990, «[p]ara efeitos da presente diretiva, entende-se por […] c) 'Entrada de ativos': a operação pela qual uma sociedade transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua atividade para outra sociedade, mediante entrega de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária da entrada».

12 — As disposições pertinentes da convenção fiscal de 1959 celebrada entre a Alemanha e os Países Baixos encontram-se descritas nas observações escritas da Bélgica e da Alemanha. De acordo com o artigo 20.º, n.º 2, da convenção, a Alemanha, enquanto Estado de residência do sujeito passivo, excluirá da base tributável todos os rendimentos ou mais-valias que, nos termos da convenção, possam ser tributados pelos Países Baixos. Isto é o que acontece com os estabelecimentos permanentes das empresas alemãs nos Países Baixos (v. artigo 5.º).

utiliza o mesmo valor contabilístico como base do imposto quando o ativo é alienado sem prever a dedução do imposto cobrado no Estado de saída. Em contrapartida, no segundo caso, se o Estado de saída não cobrar qualquer imposto à saída e, simultaneamente, o Estado de acolhimento aceitar o valor real do ativo como o seu valor de substituição («reajustamento») e o ativo for alienado por este valor, estaremos perante uma possível situação de não tributação [13].

25. Além disso, se o imposto for cobrado antes da realização do ativo, o regime de tributação à saída criará certamente uma desvantagem de tesouraria para o sujeito passivo.

26. As observações apresentadas no presente processo refletem uma divergência insanável entre a Comissão e os Estados-Membros em relação à aceitabilidade e ao modo de funcionamento do regime de tributação à saída no mercado interno [14]. Embora considerem que o regime de tributação à saída constitui uma restrição às liberdades do mercado interno, mas simultaneamente uma consequência inevitável do princípio da territorialidade fiscal que rege a distribuição dos poderes de tributação entre os Estados-Membros, tanto a Comissão como o Conselho defendem pontos de vista diferentes quando à sua justificabilidade e proporcionalidade. Por conseguinte, não admira que a questão da tributação à saída tenha dado origem a uma jurisprudência relativamente extensa do Tribunal de Justiça.

3. Resumo dos principais precedentes

27. Nenhum dos acórdãos do Tribunal de Justiça pode ser diretamente transposto para o caso em apreço. Assim sendo, afigura-se útil apresentar uma panorâmica dos problemas factuais analisados nesses acórdãos, bem como das conclusões do Tribunal de Justiça, o que proporcionará um roteiro para determinar se a impugnação da sociedade em comandita encontra apoio no direito da União.

28. No acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785), uma empresa neerlandesa transferiu a sua sede de direção efetiva para o Reino Unido. De acordo com a convenção de dupla tributação aplicável, após a transferência considerava-se que a sociedade tinha o seu domicílio fiscal no Reino Unido, não obstante continuar a ser uma empresa neerlandesa, sujeita, em princípio, a tributação nos Países Baixos. Uma vez que a empresa não possuía um estabelecimento permanente nos Países Baixos, em conformidade com o disposto na referida convenção, apenas o Reino Unido podia tributar os seus lucros e mais-valias após a transferência. O direito neerlandês exigia a contabilização final das mais-valias latentes existentes à data da transferência.

29. O Tribunal de Justiça respondeu às questões prejudiciais submetidas pelo Gerechtshof Amsterdam (na parte pertinente para o presente caso) no sentido de que o artigo 49.º TFUE não se opunha à legislação de um Estado-Membro por força da qual o montante do imposto sobre as mais-valias latentes atinentes a elementos do património de uma sociedade era fixado definitivamente — sem que fossem levadas em conta as menos-valias, e tão-pouco as mais-valias, suscetíveis de serem realizadas posteriormente — no momento em que a sociedade deixava de auferir lucros tributáveis no primeiro Estado-Membro, devido à transferência da sede da sua direção efetiva para outro Estado-Membro. Contudo, o artigo 49.º TFUE opunha-se à legislação de um Estado-Membro que impunha a cobrança imediata do imposto sobre as mais-valias latentes atinentes a elementos do património de uma sociedade que transferia a sede da sua direção efetiva para outro Estado-Membro, no momento da referida transferência.

13 — V. «Tributação à saída e necessidade de coordenação das políticas fiscais dos Estados-Membros». Comunicação de 19.12.2006 da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, COM (2006) 825 final, pp. 4 a 8.

14 — V. COM (2006) 825 final *ibid*. e Resolução do Conselho, de 2 de dezembro de 2008, sobre a coordenação em matéria de tributação à saída (JO 2008, C 323, p. 1).

30. Além de distinguir entre a determinação do montante das mais-valias tributáveis e a cobrança do imposto, o Tribunal de Justiça concluiu que a *legislação neerlandesa era adequada* para garantir a preservação do poder de tributação entre os Estados-Membros em causa, dado que as *mais-valias latentes atinentes a um bem económico eram, assim, tributadas no Estado-Membro em que tinham surgido* [15]. (o sublinhado é meu) Note-se que o facto de a empresa permanecer sujeita a tributação nos Países Baixos, apesar de já não auferir lucros tributáveis nesse Estado-Membro, não tinha importância decisiva.

31. No acórdão Comissão/Portugal (EU:C:2012:521), o Tribunal de Justiça caracterizou a primeira acusação da Comissão como a alegação de que as disposições relevantes da legislação portuguesa comportavam entraves à liberdade de estabelecimento, dado que, em caso de transferência por uma sociedade portuguesa da sua sede e da sua direção efetiva para outro Estado-Membro, bem como em caso de transferência parcial ou total dos ativos de um estabelecimento permanente de uma sociedade não residente em Portugal, situado em território português, para outro Estado-Membro, tal sociedade era financeiramente penalizada em relação a uma sociedade semelhante que mantinha as suas atividades em território português [16]. Uma vez que operações exclusivamente nacionais semelhantes não resultavam na tributação imediata das mais-valias latentes, o Tribunal de Justiça concluiu que a legislação portuguesa infringia o artigo 49.º TFUE.

32. No acórdão Comissão/Dinamarca [17], a Comissão questionou a compatibilidade com o artigo 49.º TFUE e com o artigo 31.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu de uma lei dinamarquesa que previa a tributação imediata das mais-valias das sociedades em comandita em caso de transferência de ativos para outro dos seus estabelecimentos situados noutros Estados-Membros, embora não previsse a tributação de transferências semelhantes dentro do território dinamarquês (incluindo a e as Ilhas Faroé). A legislação dinamarquesa em causa qualificava estas transferências transfronteiriças de ativos como vendas, ao passo que operações semelhantes entre os estabelecimentos da empresa situados na Dinamarca não eram consideradas vendas de ativos [18]. O Tribunal de Justiça considerou que existia uma violação das referidas disposições porque a legislação dinamarquesa, que impunha a tributação imediata das mais-valias latentes em caso de transferência de ativos de uma sociedade em comandita para fora do território continental da Dinamarca [19], era desproporcional [20].

33. De particular relevância para o caso em apreço é a conclusão do Tribunal de Justiça de que os Estados-Membros têm o poder, para efeitos de tributação das mais-valias geradas no seu território, de prever um facto gerador do imposto diferente da realização dessas mais-valias, a fim de assegurar a tributação desses ativos quando a empresa em causa não tenciona aliená-los, desde que o imposto não seja cobrado no momento da transferência [21]. Esta conclusão reportava-se aos argumentos aduzidos pelo Governo dinamarquês no sentido de que os ativos não financeiros, como os ativos sujeitos a desgaste ou os bens incorpóreos, não se destinavam a ser realizados e, além disso, estavam sujeitos a depreciação. Por este motivo, o seu valor contabilístico seria nulo ou, em qualquer caso, inferior ao valor do imposto a pagar [22].

15 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 48).

16 — Acórdão Comissão/Portugal (EU:C:2012:521, n.º 27).

17 — Acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480) (o acórdão só está disponível em dinamarquês e em francês).

18 — Acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 24).

19 — Acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 29).

20 — Acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 32).

21 — Acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 37).

22 — Acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.ºs 12 a 14).

34. O acórdão DMC (EU:C:2014:20) dizia respeito à tributação das mais-valias latentes de uma sociedade em comandita alemã, que foi dissolvida porque os sócios comanditários, duas sociedades austríacas de responsabilidade limitada, tinham transferido as suas participações na sociedade em comandita alemã para o sócio comanditado em contrapartida de ações nesse sócio comanditado. A sociedade em comandita foi dissolvida e todas as participações no seu capital social foram transferidas para o sócio austríaco alemão comanditado.

35. Estes factos resultaram na tributação dos sócios comanditários na Alemanha com base nas mais-valias latentes da sociedade alemã em comandita, dado que, enquanto sócios, estavam sujeitos ao imposto sobre os lucros, mesmo que, na sequência da dissolução da sociedade alemã em comandita, já não possuíssem um estabelecimento na Alemanha. Consequentemente, a Alemanha já não dispunha do direito de tributar os lucros obtidos pelos sócios comanditários em resultado da transmissão das participações sociais no sócio alemão comanditado, que lhes tinham sido concedidas em troca da entrada das participações que essas sociedades detinham na sociedade alemã em comandita. O valor das participações dadas como entrada pelos sócios comanditários no sócio alemão comanditado foi fixado pelo seu valor venal e não pelo seu valor contabilístico, provocando assim a tributação das mais-valias latentes sobre as participações na sociedade alemã em comandita.

36. No acórdão DMC (EU:C:2014:20), o Finanzgericht Hamburg submeteu duas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. A primeira dizia respeito à compatibilidade com a liberdade de estabelecimento de uma disposição nacional segundo a qual, no caso de serem dadas como entrada numa sociedade de capitais participações numa sociedade em comandita, esses ativos deviam ser obrigatoriamente contabilizados pelo seu valor venal (pelo que a divulgação das reservas ocultas gerava uma mais-valia para o transmitente), quando, à data da realização da entrada em espécie, a República Federal da Alemanha não tinha o direito de tributar as mais-valias resultantes da transmissão das novas participações sociais concedidas ao transmitente em troca da sua entrada.

37. Em segundo lugar, se a resposta à primeira questão fosse negativa, o órgão jurisdicional do Estado-Membro perguntava se a disposição nacional era compatível com a liberdade de estabelecimento caso o transmitente tivesse o direito de requerer o diferimento, sem juros, do imposto devido na sequência da divulgação das reservas ocultas, podendo o imposto devido sobre as mais-valias ser pago em prestações anuais ao longo de um período de cinco anos, desde que o pagamento dessas prestações estivesse garantido.

38. O Tribunal de Justiça considerou que os factos do caso diziam respeito à livre circulação de capitais e não à liberdade de estabelecimento. Considerou ainda que a disposição nacional em causa poderia ser compatível com o artigo 63.º TFUE à luz da justificação relativa à preservação de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, desde que o referido Estado-Membro não se encontrasse efetivamente na impossibilidade de exercer a sua competência fiscal em relação a essas mais-valias latentes aquando da sua realização efetiva [23].

39. No que respeita à segunda questão prejudicial, o Tribunal de Justiça considerou que a tributação imediata das mais-valias latentes geradas no território do Estado-Membro em causa não era desproporcional, desde que o sujeito passivo tivesse a possibilidade de optar pelo diferimento do pagamento e desde que, caso o fizesse, a obrigação de constituir uma garantia bancária fosse imposta em função do risco real de não pagamento do imposto [24]. O Tribunal de Justiça concluiu, em especial,

23 — Esta condição baseava-se na possibilidade de tomar em consideração as mais-valias para efeitos de liquidação do imposto sobre as sociedades a pagar, na Alemanha, pela sociedade adquirente, ou seja, a sociedade de responsabilidade limitada que fora o sócio comanditado da sociedade em comandita dissolvida. Acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.º 57).

24 — Acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.º 67).

que o pagamento do imposto devido antes da realização efetiva das mais-valias latentes em cinco prestações anuais constitui uma medida adequada e proporcionada para realizar o objetivo da preservação de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, tendo em conta que o risco de não pagamento aumenta com o decurso do tempo [25]. (o sublinhado é meu)

40. Creio que o Tribunal de Justiça aceitou, como premissa geral, que, na falta de regras específicas da União, decorre da competência dos Estados-Membros em matéria de tributação direta o poder de tributarem as mais-valias latentes geradas no seu território, embora tal crie uma restrição à liberdade de estabelecimento ou à livre circulação de capitais, consoante os casos [26]. Esta posição baseia-se no reconhecimento mais genérico, no contexto da saída de um sujeito passivo, da faculdade que assiste aos Estados-Membros de exercerem os seus poderes de tributação em relação às atividades exercidas no seu território, em conformidade com o princípio da territorialidade fiscal [27].

41. Porém, à luz da jurisprudência consagrada nos acórdãos Comissão/Portugal (EU:C:2012:521) e Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480), este reconhecimento dos efeitos do princípio da territorialidade fiscal não se restringe às situações em que um sujeito passivo deixa o território do Estado-Membro, sendo igualmente aplicável nos casos em que exista uma transferência parcial ou total de ativos para outro Estado-Membro. Com efeito, em termos de territorialidade fiscal, se o Estado-Membro perder a sua competência fiscal em relação a uma certa base tributável, como os lucros imputáveis a determinados ativos da empresa, é irrelevante que o sujeito passivo tenha ou não deixado a jurisdição territorial. Nesse caso, o Estado-Membro tem de provar que a obrigação fiscal foi constituída antes da transferência da base tributável sujeita ao poder de tributação de outro Estado-Membro, desde que o primeiro Estado-Membro tenha atribuído ao segundo, mediante um ato de direito internacional e/ou de legislação nacional, o seu poder de tributação sobre a referida base tributável após a transferência.

42. O Tribunal de Justiça rejeitou expressamente a obrigação de o Estado de saída tomar em consideração eventuais alterações de valor dos ativos a que as reservas ocultas estavam associadas, depois de os ativos terem saído do território desse Estado-Membro [28]. Contudo, a prerrogativa de tributar mais-valias latentes geradas no Estado-Membro não pode ser exercida de modo desproporcionado em relação à cobrança do imposto e às suas modalidades.

B – *Existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento*

43. O órgão jurisdicional de reenvio explica a existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento por referência ao facto de uma transferência de ativos semelhantes de um estabelecimento permanente para outro dentro da Alemanha não ter resultado na tributação de reservas ocultas [29]. Esta parece ser também a posição adotada pelas partes que apresentaram observações, à exceção do Finanzamt e do Governo belga.

44. Segundo a jurisprudência assente, uma norma fiscal constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento se uma situação transfronteiriça for objeto de um tratamento menos favorável do que uma situação nacional, desde que as situações sejam comparáveis [30].

25 — Acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.º 62).

26 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 46).

27 — Acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.º 49 e jurisprudência aí referida).

28 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 56).

29 — Chamo a atenção para o facto de a disposição do Tratado aplicável *ratione temporis* ser o artigo 43.º CE e não o artigo 49.º TFUE, uma vez que o processo diz respeito à tributação de uma transferência de ativos que ocorreu em 2005. No entanto, dado que não existe qualquer diferença de fundo entre as duas disposições, entendo que o Tribunal de Justiça pode responder à questão prejudicial por referência à última disposição.

30 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.ºs 37 e 38, e jurisprudência aí referida).

45. É inquestionável que o tratamento previsto nas normas fiscais alemãs para a transferência de ativos de um estabelecimento permanente nacional para um estabelecimento permanente estrangeiro é diferente do tratamento previsto para uma operação semelhante entre dois estabelecimentos estáveis nacionais. Na primeira situação, há lugar à tributação das reservas ocultas, o que já não acontece na segunda. Esta diferença corresponde ao tratamento menos favorável de uma operação transfronteiriça do que de uma operação interna, na medida que existe uma desvantagem de tesouraria [31].

46. No meu entender, mesmo que não exista um problema de tesouraria, estamos perante um caso de tratamento menos favorável. Se o montante das mais-valias latentes que contribui para os lucros tributáveis for fixado no momento da transferência dos ativos, o sujeito passivo deixa de poder tomar em consideração uma eventual diminuição do valor de mercado dos ativos no cálculo da sua obrigação fiscal. Poderá, no entanto, fazê-lo se os ativos permanecerem na Alemanha.

47. Por conseguinte, no caso em apreço, existirá uma restrição à liberdade de estabelecimento, desde que a situação da empresa alemã que transfere ativos para um estabelecimento permanente noutro Estado-Membro seja objetivamente comparável com uma transferência de ativos para um estabelecimento permanente na Alemanha. Segundo a jurisprudência, afigura-se ser esse o caso [32].

48. No entanto, os Governos alemão e belga defendem que as operações transfronteiriças não estão sujeitas a um tratamento desfavorável devido à convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre a Alemanha e os Países Baixos, aplicada em conjunto com a legislação fiscal neerlandesa. Nos termos da convenção, os lucros dos estabelecimentos estáveis de sujeitos passivos alemães situados nos Países Baixos estão isentos na Alemanha, mas são tributados pelos Países Baixos. Nos termos da legislação neerlandesa, os ativos transferidos da Alemanha para um estabelecimento permanente nos Países Baixos podem ser reajustados, ou seja, inscritos nas contas fiscais deste estabelecimento pelo seu valor de mercado, que constitui a base de depreciação. Por conseguinte, alega-se que o imposto alemão à saída seria neutralizado pelas normas fiscais neerlandesas que permitem a depreciação com base no valor reajustado dos ativos, reduzindo assim o rendimento tributável gerado pelos ativos nos Países Baixos. Em virtude das normas neerlandesas sobre amortização relacionadas com direitos de patentes, o sujeito passivo poderá até lucrar com esta situação.

49. No meu entender, esta argumentação não altera o facto de a legislação alemã sujeitar as transferências transfronteiriças de ativos a um tratamento menos favorável. Os efeitos da convenção fiscal dizem antes respeito à justificação da restrição, com referência à necessidade de repartir equitativamente os poderes de tributação entre os dois Estados. Abordarei esta questão mais adiante.

50. Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça parece rejeitar o argumento de que as normas constantes de convenções fiscais podem neutralizar uma restrição decorrente, *a priori*, da legislação fiscal nacional. O Tribunal de Justiça entendeu que «compete com efeito aos Estados-Membros determinar se, e em que medida, deve ser evitada a dupla tributação económica dos lucros distribuídos e adotar, para esse efeito, de modo unilateral ou através de convenções celebradas com outros Estados-Membros, mecanismos destinados a evitar ou a atenuar essa dupla tributação económica. No entanto, esta situação não significa que lhes seja permitido aplicar medidas contrárias às liberdades de circulação» [33].

51. Assim, considero que as leis impugnadas no processo principal criam uma restrição à liberdade de estabelecimento.

31 — *Ibidem*, n.º 37.

32 — Acórdãos Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 31); Comissão/Portugal (EU:C:2012:521, n.º 29); e Comissão/Espanha (EU:C:2012:439, n.º 60).

33 — Acórdão Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, n.º 24). V., também, o acórdão Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, n.ºs 49 a 50).

C – *Justificação da restrição à liberdade de estabelecimento*

1. Preservação de uma repartição equilibrada dos poderes de tributação entre os Estados-Membros

52. O órgão jurisdicional nacional e os Estados-Membros que intervieram no processo entendem que as leis alemãs em causa podem ser justificadas com base na necessidade de preservar a repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros, que o Tribunal de Justiça admitiu ser um objetivo legítimo de interesse público suscetível de justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento. A Alemanha invoca ainda a coerência do seu sistema fiscal.

53. Por seu turno, a Comissão alega que a primeira destas justificações não pode ser invocada, dado que, tendo em conta a jurisprudência do Bundesfinanzhof [34], a Alemanha não perde o seu poder de tributação em relação às mais-valias geradas antes da transferência dos ativos.

54. Aconselharia o Tribunal de Justiça a não tomar posição sobre o argumento da Comissão, dado que se baseia na sua interpretação de alterações na jurisprudência do Bundesfinanzhof sobre a eventual equiparação entre a transferência de ativos para um estabelecimento permanente estrangeiro e a alienação de bens que implica uma perda do poder de tributação desse Estado. Com efeito, afigura-se que a responsabilidade fiscal da sociedade em comandita resulta exclusivamente da transferência de ativos para um estabelecimento permanente estrangeiro. É esta consequência da aplicação da legislação nacional que o Estado-Membro tem de justificar em termos de liberdade de estabelecimento.

55. Para saber se as normas alemãs são justificadas em face do direito da União importa determinar, em primeiro lugar, se são ou não aptas e necessárias para preservar a repartição do poder de tributação acima descrita e, em segundo lugar, se ultrapassam ou não o que é necessário para atingir aquele objetivo [35]. No meu entender, não é necessário analisar em profundidade as normas alemãs em causa neste contexto porque é possível aplicar-lhes as conclusões relevantes do Tribunal de Justiça nos acórdãos acima referidos.

56. Chamo a atenção para o facto de a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre tributação à saída assentar na distinção entre, por um lado, a *determinação* do montante do imposto no momento da saída e, por outro, a *cobrança* do imposto determinado. O Tribunal de Justiça reconheceu que a primeira dessas operações é justificada pelo objetivo de preservar uma repartição equilibrada dos poderes de tributação [36] e de manter a coerência do sistema fiscal [37].

57. Ninguém contesta o facto de a Alemanha conservar o direito de tributar as mais-valias latentes geradas no seu território antes da transferência. Também é evidente que, devido à convenção fiscal aplicável, a Alemanha abandonou o seu poder de tributação em relação aos lucros e ativos de um estabelecimento permanente de uma empresa alemã situado nos Países Baixos e isentou todos os rendimentos imputáveis a esse estabelecimento permanente.

34 — V. acórdão de 17 de julho de 2008 referido na nota 6.

35 — V., por exemplo, acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 42 e jurisprudência aí referida).

36 — Acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.ºs 51 e 52).

37 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 81).

58. Assim, os Países Baixos e a Alemanha parecem ter coordenado os seus poderes de tributação dos lucros gerados pelos ativos em causa de tal modo que o momento decisivo é o da transferência. Para que a Alemanha possa exercer o seu poder de tributação, é óbvio que tem de estar em condições de determinar o montante das mais-valias latentes que contribui para os lucros tributáveis da sociedade em comandita no momento da transferência dos ativos. Caso contrário, confundir-se-iam estas mais-valias e quaisquer mais-valias (ou menos-valias) geradas após a transferência, e que estão sujeitas aos poderes de tributação dos Países Baixos.

2. Exercício do poder de tributação da Alemanha (determinação do montante das mais-valias latentes)

59. Nestes termos, a verdadeira questão que se coloca à Alemanha é o modo como poderá exercer, na prática, o seu poder de tributação. O facto de a sociedade em comandita permanecer na Alemanha torna desnecessária a determinação do montante de mais-valias latentes geradas na Alemanha antes da transferência dos ativos em causa para efeitos de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os dois Estados-Membros? Parece ser esta a posição da Comissão, que invoca excertos do acórdão DMC do Tribunal de Justiça, no qual este reconheceu que o objetivo da preservação de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros só pode justificar uma regulamentação que, de outro modo, seria ilegal nos casos em que o Estado-Membro em cujo território os rendimentos foram gerados se veja efetivamente impedido de exercer a sua competência fiscal sobre os referidos rendimentos [38].

60. Afigura-se inquestionável que a Alemanha mantém o seu poder de tributação *ratione personae* em relação à sociedade em comandita, dado que esta não saiu do território. Esta conclusão é igualmente válida para o sócio comanditado, uma sociedade alemã de responsabilidade limitada; no que respeita ao facto de os sócios comanditários serem empresas neerlandesas, os autos não contêm qualquer informação sobre a sua situação fiscal na Alemanha.

61. Em face da decisão do Tribunal de Justiça no acórdão National Grid Indus, não vejo motivo para criticar a Alemanha por proceder à liquidação dos lucros tributáveis por referência à determinação do montante tributável correspondente às mais-valias associadas aos ativos transferidos para o estabelecimento permanente da sociedade em comandita situado nos Países Baixos. Tal é necessário por questões de segurança jurídica, na medida em que, de qualquer modo, estes lucros estão associados ao momento da transferência e, consequentemente, a um exercício financeiro específico [39].

62. Considero que não existe qualquer diferença relevante entre uma situação em que todos os ativos de um estabelecimento permanente nacional de um sujeito passivo residente são transferidos para um estabelecimento permanente estrangeiro e uma situação em que apenas são transferidos alguns ativos, na medida em que o sujeito passivo transmitente permanece sujeito a tributação no Estado de saída. No acórdão Comissão/Portugal, o Tribunal de Justiça não fez qualquer distinção entre a transferência parcial e a transferência total de ativos de estabelecimentos estáveis portugueses de uma empresa não residente [40]. Esta distinção deveria ser ainda menos relevante no caso das empresas residentes, uma vez que a base tributável, ou seja, as mais-valias latentes geradas antes da transferência é a mesma em ambas as situações [41].

38 — V. acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.os 56 e 57).

39 — A situação seria diferente se o direito da União exigisse que se tomasse em consideração para calcular o montante dos lucros tributáveis gerados na Alemanha, o montante das mais-valias (ou menos-valias) realizadas quando os ativos fossem realizados nos Países Baixos. Esta exigência foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça no acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.os 56 e 57). V., também, acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.º 48). Importa aqui recordar que, no acórdão National Grid Indus, a empresa permanecia, em princípio, sujeita a tributação nos Países Baixos, não obstante ter passado a ser residente no Reino Unido. Saliento ainda que, se um Estado prever a isenção do rendimento imputável aos estabelecimentos estáveis estrangeiros de empresas residentes, a obrigação de tomar em consideração a depreciação dos ativos transferidos sem poder tomar em consideração a valorização dos ativos após a saída seria uma assimetria que afetaria a coerência do seu sistema fiscal.

40 — Acórdão Comissão/Portugal (EU:C:2012:521, n.os 27 e 28). V., também, acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 28).

41 — V. acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.os 31 e 36).

63. Além disso, a jurisprudência parece aceitar a determinação do imposto à saída no contexto da transferência de ativos, ainda que não ocorra a saída do sujeito passivo para outro Estado-Membro, desde que não exista cobrança imediata desse imposto [42].

64. Concluindo, para efeitos de preservação do poder de tributação da Alemanha sobre as mais-valias latentes geradas antes da transferência dos ativos, que é o *facto tributável* para efeitos de determinação da obrigação fiscal, é necessário e adequado que o montante dos lucros tributáveis seja determinado nesta altura. O facto de a sociedade em comandita continuar a existir como sujeito passivo na Alemanha não afeta esta conclusão, sendo apenas relevante para a questão da cobrança.

65. Por último, antes de analisar em maior detalhe a questão da cobrança do imposto, importa referir que a Comissão comete um equívoco quando invoca a impossibilidade prática de tributar as mais-valias latentes questionada pelo Tribunal de Justiça no acórdão DMC. No acórdão DMC, o Tribunal de Justiça questionou a possibilidade de a Alemanha tomar em consideração as mais-valias latentes da sociedade em comandita dissolvida na liquidação do imposto sobre o rendimento da sociedade de responsabilidade limitada que fora o seu sócio comanditado quando a sociedade em comandita foi adquirida pelo sócio remanescente, ou seja, a sociedade de responsabilidade limitada, como consequência da sua dissolução [43].

66. Em primeiro lugar, no caso em apreço é impossível tomar em consideração as mais-valias latentes na tributação de quaisquer outras pessoas que não a sociedade comanditária e, em última análise, por uma questão de transparência, os seus sócios. Em segundo lugar, a correta repartição do poder de tributação entre a Alemanha e os Países Baixos só estará assegurada se o montante das mais-valias latentes for determinado no momento da transferência. A realização destas mais-valias em momento posterior não afeta aquele montante porque todas as mais-valias ou menos-valias posteriores à transferência de ativos estarão sujeitas ao poder de tributação dos Países Baixos. Consequentemente, na verdade, não é possível tributar aquelas mais-valias latentes na Alemanha se o seu montante não tiver sido determinado no momento da transferência.

3. Cobrança do imposto

67. Desde os acórdãos Comissão/Dinamarca e DMC, parece não haver dúvidas de que o Tribunal de Justiça não considera que a realização efetiva no Estado de acolhimento de um ativo transferido para um estabelecimento permanente nesse Estado-Membro seja o único *facto gerador do imposto* aceitável ou obrigatório, no sentido de ser o facto que desencadeia a obrigação de pagar o imposto, e não o facto tributável que estabelece a responsabilidade fiscal [44]. Além disso, o Tribunal de Justiça já afirmou que a cobrança imediata é desproporcionada, tendo, no entanto, acrescentado que as disposições que permitem ao sujeito passivo escolher entre o pagamento imediato e a cobrança do imposto em

42 — V., para este efeito, acórdão Comissão/Portugal (EU:C:2012:521, n.º 34). Neste processo o Tribunal de Justiça concluiu que a cobrança imediata do imposto sobre as mais-valias latentes relativas a ativos de um estabelecimento permanente situado em território português que foram transferidos para outro Estado-Membro não podia ser considerada justificada nem proporcionada. V., também, acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.ºs 36 e 37) e acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785), em que a empresa continuava a ser uma sociedade neerlandesa, apesar de ter transferido a sede da sua direção efetiva para outro Estado-Membro.

43 — Acórdão DMC (EU:C:2014:20, n.º 57).

44 — Acórdãos Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 37) e DMC (EU:C:2014:20, n.º 53).

prestações são proporcionadas [45]. Uma vez reconhecido aos Estados-Membros de saída o direito de tributarem as mais-valias latentes geradas no seu território, a limitação da cobrança desse imposto às situações em que o ativo é efetivamente realizado deixaria o exercício dos direitos de tributação dos Estados de saída nas mãos do sujeito passivo [46].

68. Considero que a jurisprudência sobre esta questão é clara. O Tribunal de Justiça reconhece que, para além da realização efetiva, há outros factos que desencadeiam a obrigação de pagar o imposto à saída. A jurisprudência não impõe aos Estados-Membros a obrigação de permitirem o diferimento do pagamento do imposto à saída até à realização efetiva dos ativos [47].

69. Quando os ativos transferidos consistem em direitos de propriedade intelectual, é particularmente importante que a realização efetiva não seja o único facto gerador do imposto admissível nem mesmo uma alternativa obrigatória. Em primeiro lugar, esses direitos são transmissíveis, mas o seu titular pode facilmente explorá-los sem os alienar. Assim sendo, se o facto que desencadeia a cobrança do imposto à saída for a realização efetiva, em muitos casos o pagamento deste imposto será, na prática, voluntário. Em segundo lugar, os direitos de propriedade intelectual geram habitualmente rendimentos e, como tal, contribuem para a capacidade contributiva do seu titular, quer como um fluxo contínuo de rendimentos sob a forma de royalties quer como rendimentos resultantes da exploração do direito, que, no caso das patentes e dos modelos de utilidade é limitada no tempo, mas que, no caso das marcas comerciais, pode ter duração indeterminada. Por conseguinte, o estabelecimento de um período de cobrança em que o imposto é pago em prestações traduz de forma mais adequada o contributo desses direitos para a capacidade contributiva do sujeito passivo [48].

4. Proporcionalidade do período de dez anos para pagamento e cobrança

70. Por último, no que respeita à proporcionalidade de um período de dez anos para o pagamento e a cobrança do imposto, é inevitável a existência de algum tipo de plano de pagamento do imposto, dado que o Tribunal de Justiça considerou que as leis dos Estados-Membros que preveem a cobrança imediata de um imposto à saída no momento da transferência são desproporcionadas [49], salvo se existir a opção de diferir a cobrança [50].

71. Este período poderia ser fixado individualmente para cada ativo transferido, tendo em conta a vida útil prevista para o mesmo em termos de desgaste ou da caducidade dos direitos de propriedade intelectual por decurso do tempo, o que parece ser a posição defendida pela Comissão. No entanto, esta solução poderia trazer inconvenientes práticos consideráveis para o sujeito passivo e para o Estado-Membro de origem devido a diferenças na duração do período remanescente de proteção dos direitos individuais associados aos ativos transferidos e à possibilidade de estes serem novamente transferidos dentro da estrutura corporativa, eventualmente para outras jurisdições fiscais na União Europeia ou em países terceiros. Foram dificuldades deste tipo que levaram o Tribunal de Justiça a rejeitar a tese de que a realização efetiva deveria ser considerada como o único facto gerador do imposto aceitável para efeitos de cobrança do imposto à saída [51].

45 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785). Em alguns casos, o pagamento imediato evitará que o sujeito passivo e as autoridades fiscais suportem encargos administrativos desproporcionados decorrentes da necessidade de acompanhar a evolução do valor de cada ativo transferido.

46 — Este argumento foi aduzido pela Dinamarca no acórdão Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.º 13). Relembro que o Tribunal de Justiça reconheceu (ver n.º 37) que os Estados-Membros podem escolher um facto gerador do imposto para efeitos de cobrança diferente da realização efetiva dos ativos.

47 — Acórdãos Comissão/Dinamarca (EU:C:2013:480, n.ºs 36 a 38) e DMC (EU:C:2014:20, n.º 53).

48 — Esta afirmação é válida independentemente das regras sobre depreciação, que, no caso das patentes, parecem ser bastante generosas nos Países Baixos, segundo as observações escritas apresentadas pelo Governo belga.

49 — Acórdão National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 81).

50 — Acórdãos National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.º 73) e DMC (EU:C:2014:20, n.º 61).

51 — Acórdão DMC National Grid Indus (EU:C:2011:785, n.ºs 70 e 71).

72. Daqui decorre que é possível estabelecer esquematicamente um período de pagamento e cobrança sem violar o princípio da proporcionalidade. Uma vez que o Tribunal de Justiça rejeitou a cobrança imediata dos impostos à saída por considerar que criava desvantagens de tesouraria para o sujeito passivo, é evidente que esse período deve ser suficientemente longo para minimizar este problema. Por outro lado, esse período deve ter em conta a realidade económica e jurídica do mundo dos negócios e da tributação das sociedades, nomeadamente as disposições em matéria de conservação das contas e da respetiva documentação comprovativa.

73. No acórdão DMC (EU:C:2014:20), o Tribunal de Justiça considerou que, naquele caso concreto, um período de cinco anos para o pagamento do imposto à saída era proporcionado. Uma vez que o imposto em questão no presente processo pode ser pago ao longo de um período de dez anos, creio que não existe fundamento para considerar que este período é desproporcionado.

V – **Conclusão**

74. Por estes motivos, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão submetida pelo Finanzgericht Düsseldorf, nos seguintes termos:

A liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.º TFUE não se opõe a uma disposição nacional que, em caso de transferência de um ativo de um estabelecimento permanente de uma empresa situado em território nacional para um estabelecimento permanente da mesma empresa situado no estrangeiro considera as reservas ocultas como os lucros tributáveis, quando outra disposição nacional prevê a possibilidade de repartir esse rendimento em partes iguais ao longo de dez anos.