

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 16 de Dezembro de 1997 *

1. No presente processo, está em discussão a compatibilidade com o artigo 52.º do Tratado CE de uma legislação nacional que reserva um determinado benefício fiscal às sociedades partes de um consórcio, quando este último controle uma sociedade *holding* cujas filiais («subsidiaries»), na sua maior parte, tenham sede no território nacional; além disso, no caso de ser incompatível, está em discussão a relevância e o alcance da obrigação de interpretação do seu direito em conformidade com o direito comunitário que compete ao tribunal nacional, tendo em conta o disposto no artigo 5.º do Tratado. O tribunal *a quo* é a House of Lords; a legislação é do Reino Unido.

O contexto normativo nacional

2. A legislação aplicável no caso em apreço está contida nas Sections 258 a 264 do Income and Corporation Taxes Act 1970, a seguir substituído por disposições análogas do Income and Corporation Taxes Act 1988.

Tais disposições regulamentam, entre outras coisas, a chamada «dedução do consórcio»

(«consortium relief»)¹. Trata-se, em substância, da possibilidade oferecida a uma sociedade parte de um consórcio de compensar os seus lucros com as perdas sofridas pela sociedade filial participada através de uma sociedade *holding*. Em aplicação da legislação em questão, a sociedade em consórcio pode, por isso, deduzir do seu activo as perdas de uma sociedade participada, em proporção ao valor da participação, para efeitos do cálculo dos seus impostos. Os fundamentos de uma tal escolha legislativa foram expostos no decurso do processo. Não existe, de qualquer forma, necessidade de examiná-los neste contexto, se não com a finalidade de apreciar se as disposições nacionais provocam uma restrição à liberdade de estabelecimento proibida pelo artigo 52.º e se, em caso de resposta afirmativa, tal restrição pode ser justificada.

3. Em particular, segundo a Section 258(1) do Act, a isenção «relativa às perdas comerciais» respeitantes às sociedades pode ser cedida por uma sociedade pertencente a um grupo (a «sociedade cedente») a uma outra sociedade do mesmo grupo (a «sociedade requerente»). A Section 258(2) estende tal possibilidade de prevalecer-se da referida compensação a situações em estejam envolvidos consórcios. Isto é possível, por exemplo,

1 — É útil especificar que o termo «consórcio» se refere, no nosso caso, ao acordo existente entre empresas com vista a constituir uma empresa comum («joint venture») que opera a nível internacional.

* Língua original: italiano.

quando uma das sociedades em causa seja membro de um consórcio e a outra uma sociedade controlada por uma sociedade *holding* detida, por sua vez, pelo consórcio². Em aplicação da Section 259(1) e (8)(a) do Act em questão, no caso de a sociedade que invoca a isenção ser parte de um consórcio, ela própria pode invocar sozinha a percentagem das perdas da sociedade cedente que corresponde à sua participação no consórcio.

A possibilidade de obter a «dedução de consórcio» está, além disso, subordinada à condição de a sociedade possuída pelo consórcio ser uma «holding company», tal como definida pela Section 258(5)(b) do Act, isto é, «uma sociedade cuja actividade consiste exclusiva ou essencialmente na detenção de acções ou obrigações de sociedades comerciais por ela controladas a 90%».

4. A Section 258(7), finalmente, prevê que «as referências feitas neste e nos artigos seguintes deste capítulo a uma sociedade consideram-se feitas apenas a pessoas colectivas constituídas e com sede no Reino Unido». Foi precisamente a interpretação e a aplicação desta última disposição que deu lugar ao processo que agora nos ocupa.

2 — A definição de sociedade que pertence ao consórcio vem contida na Section 258(8), segundo o qual uma sociedade está nessas condições «se a propriedade de três quartos ou mais das acções ordinárias dessa sociedade estiver repartida entre sociedades pertencentes ao referido consórcio, das quais nenhuma é proprietária de menos da vigésima parte das acções representativas do referido capital, e que são definidas como fazendo parte do consórcio».

Os factos e as questões prejudiciais

5. Em 17 de Maio de 1984, foi constituída a Coopers Animal Health (Holdings) Ltd (a seguir «Holdings»), cujas acções pertencem a um consórcio constituído pela Wellcome Foundation Ltd e pela Imperial Chemical Industries plc (a seguir «ICI»); uma detém 51% do capital da Holdings, a outra 49%. A actividade da Holdings consiste exclusivamente na detenção de participações em filiais («subsidiaries»), que são ao todo 23. Destas últimas, só quatro têm sede no Reino Unido, enquanto seis têm sede noutros Estados-Membros e as restantes treze em países terceiros.

6. Uma das sociedades controladas pela Holdings com sede no Reino Unido é a Coopers Animal Health Ltd (a seguir «CAH»), sociedade que sofreu perdas consideráveis, em particular nos exercícios de 1985, 1986 e 1987. A ICI requereu, por isso, à administração fiscal a obtenção, em relação às perdas sofridas pela CAH e numa percentagem correspondente à sua participação no capital da Holdings (49%), da dedução prevista na Section 258 do Income and Corporation Taxes Act.

A administração negou a concessão da dedução requerida. Alegou que, não obstante todas as sociedades implicadas (ICI, Holdings e CAH) estarem estabelecidas no

Reino Unido, a maior parte das sociedades controladas pela Holdings tem sede em países terceiros. Tal circunstância poderá impedir, tendo em conta a Section 258(7) do Act, que a Holdings possua os requisitos necessários para ser qualificada como «sociedade holding» e, portanto, para poder gozar do benefício.

7. A ICI contestou judicialmente esta interpretação. Tanto a High Court como a Court of Appeal decidiram a seu favor, graças a uma interpretação da legislação relevante — em particular da Section 258(7) — diferente da subscrita pela administração. Em breve, os tribunais de primeira e segunda instância consideraram que o acesso às deduções fiscais não pode ser negado quando — como no caso em apreço — quer a sociedade cedente quer a requerente tenham residência no Reino Unido. A referência a «sociedade», contida na primeira parte da Section 258(7), deveria portanto entender-se não como uma qualificação do mesmo termo onde quer que apareça no texto da Section 258 (referida, portanto, também à *holding* e às filiais) mas antes apenas como uma especificação das sociedades que podem prevalecer-se da isenção aí prevista. As deduções não poderão portanto ser negadas, segundo esta interpretação, a sociedades domiciliadas no Reino Unido, por perdas sofridas por sociedades participadas também elas com sede neste país.

8. Em última instância, em recurso interposto pela administração fiscal, a House of Lords considerou, todavia, correcta a

interpretação da administração, negando portanto, com base apenas no direito interno, que a ICI possa gozar dos benefícios fiscais requeridos.

Perante a House of Lords, a ICI utilizou todavia, pela primeira vez, um outro argumento, baseado no direito comunitário, para contestar a recusa da isenção. Em resumo, a ICI alegou que a legislação controvertida — ou, pelo menos, a interpretação dada pela administração a essa legislação — é incompatível com os artigos 52.º e 58.º do Tratado CE, na medida em que, ao exigir o requisito da sede no Reino Unido da maioria das sociedades controladas pela Holdings, constitui uma restrição (ainda que indirecta) à liberdade de estabelecimento da ICI e, em particular, ao direito de participar, através de uma sociedade *holding*, no capital de sociedades filiais localizadas noutro Estado-Membro. De qualquer forma, segundo a ICI, face a duas possíveis interpretações das normas relevantes — isto é, a que foi adoptada pelos tribunais de primeira e segunda instância e a da administração —, o artigo 5.º do Tratado impõe ao tribunal nacional a preferência pela primeira, se ela permitir evitar qualquer contradição, ainda que potencial, com o direito comunitário.

9. Considerando que, com vista à solução do litígio perante ela pendente, era necessária a interpretação das normas comunitárias há pouco recordadas, a House of Lords subme-

teu por isso ao Tribunal de Justiça as seguintes duas questões prejudiciais:

«1) Numa situação em que:

i) Uma sociedade (sociedade A) tem sede num Estado-Membro da União Europeia.

ii) A sociedade A faz parte de um consórcio com outra sociedade (sociedade B) também com sede nesse Estado-Membro.

iii) As sociedades A e B detêm conjuntamente uma sociedade *holding* (sociedade C) também com sede nesse Estado-Membro.

iv) A sociedade C tem um certo número de sociedades comerciais ou industriais subsidiárias, umas com sede nesse Estado-Membro, outras com sede noutros Estados-Membros da União Europeia, outras ainda com sede noutras partes do Mundo, e

v) A sociedade A está impedida de reclamar a dedução do seu imposto sobre sociedades, relativamente a

prejuízos sofridos por uma sociedade comercial ou industrial subsidiária (também com sede nesse Estado-Membro) da sociedade C, porque a legislação nacional, interpretada de acordo com os princípios da lei nacional, exige que as actividades da sociedade C consistam, no todo ou principalmente, na detenção de acções de sociedades subsidiárias que tenham a sua sede nesse Estado-Membro.

Constitui a condição referida em v) uma restrição à liberdade de estabelecimento a que se refere o artigo 52.º do Tratado CE? Se assim for, tem esse tratamento justificação em termos de direito comunitário?

2) Se a condição referida em v) constituir uma injustificada restrição nos termos do direito comunitário, exige o artigo 5.º do Tratado CE que um tribunal nacional interprete a legislação nacional pertinente, na medida do possível, de modo a dar cumprimento ao direito comunitário, ainda que nenhuma das sociedades A, B ou C procure exercer quaisquer direitos que lhe sejam conferidos pelo direito comunitário e mesmo que uma interpretação da lei nacional de modo a dar cumprimento ao direito comunitário tenha por efeito permitir a dedução quando as actividades da sociedade C tenham consistido principalmente na detenção de acções em sociedades subsidiárias com sede fora da CE/EEE? Ou tem o artigo 5.º apenas a consequência de que a lei nacional, apesar da sua interpretação, produz efeitos

de acordo com as exigências do direito comunitário quando essas exigências estiverem em causa?»

A primeira questão prejudicial

10. Na primeira questão, o tribunal nacional pergunta ao Tribunal de Justiça se o artigo 52.º do Tratado constitui obstáculo à aplicação de uma legislação tal como a descrita na exposição anterior. Em particular, acolhendo a interpretação proposta pela administração fiscal, o tribunal *a quo* pergunta se o requisito a que é subordinado o benefício das deduções fiscais, de que a maioria das filiais da sociedade *holding* tenha sede no Reino Unido, comporta uma restrição injustificada à liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 52.º

— Quanto à pertinência

11. Recordo, antes de mais, que, no decurso do processo, foram manifestadas dúvidas quanto à pertinência de tal questão, para efeitos da solução a dar à causa no processo principal.

Em particular, o Governo do Reino Unido sustentou que, mesmo que se reconheça que a legislação controvertida comporta uma restrição à liberdade de estabelecimento, incompatível com uma correcta interpretação do artigo 52.º, isto não teria qualquer relevância para efeitos da decisão da causa no processo principal. De facto, os benefícios fiscais previstos pela lei deveriam, de qualquer modo, ser negados à ICI, atendendo a que a maioria das sociedades controladas pela Holdings, umas 13 em 23, tem sede não noutros Estados-Membros mas em países terceiros.

12. Em sentido diverso se manifestou a Comissão, que, com base na premissa de que o Tribunal de Justiça apenas se recusa a responder às questões postas nos termos do artigo 177.º do Tratado em presença de circunstâncias excepcionais, evidenciou, como a própria House of Lords tinha reconhecido, à luz da Section 258(5), que o critério «quantitativo» para apreciação da actividade da sociedade *holding* não é o único teoricamente utilizável, podendo fazer-se referência a parâmetros diversos, por exemplo, ao volume de facturação das sociedades controladas. De facto, a referência feita pela Section 258(5)(b), lida em conjugação com a Section 258(7), a uma actividade que consiste «exclusiva ou essencialmente» na detenção de acções ou obrigações em sociedades comerciais com sede no Reino Unido, não é, na opinião da Comissão, de interpretação unívoca. Em todo o caso, cabe ao tribunal nacional decidir que parâmetro deve ser utilizado, enquanto o Tribunal de Justiça deve fornecer todos os elementos úteis à decisão do litígio.

13. Quanto a este ponto, saliento, antes de mais, que, em conformidade com uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a apreciação da relevância e da necessidade das questões prejudiciais cabe, em princípio, ao tribunal nacional. Este último, tendo conhecimento directo dos factos e dos elementos de direito relevantes, está em melhor posição para apreciar a pertinência das questões de direito comunitário suscitadas pela causa ³. Em princípio, o Tribunal de Justiça considera-se, portanto, obrigado a responder, salvo quando se trate de questões puramente hipotéticas ou seja notório que a interpretação ou a apreciação da validade de uma norma comunitária não têm qualquer relação com a realidade ou com o objecto da causa ⁴.

de o benefício fiscal ser reconhecido com base num critério numérico, referido à sede das sociedades participadas, que a interpretação do artigo 52.º poderia parecer inútil, uma vez que a maioria das sociedades em questão está estabelecida em países terceiros. Diversa seria porém a solução se o tribunal *a quo*, como sugerido no próprio despacho de reenvio, decidisse utilizar o critério do volume de negócios ou outros critérios alternativos. Neste caso, de facto, a apreciação da compatibilidade da legislação em questão com o artigo 52.º do Tratado bem poderia ser relevante para decidir se a sociedade ICI tem ou não o direito à dedução requerida, por exemplo, se resultasse, com base nos elementos disponíveis, que o volume de negócios das sociedades controladas era imputável *essencialmente* às sociedades com sede no território comunitário.

14. Ora, nutrindo embora não poucas dúvidas sobre a necessidade efectiva de uma interpretação do artigo 52.º para a solução do litígio pendente no tribunal *a quo*, considero que deve reconhecer-se que, no caso em apreço, não se trata de uma das hipóteses, na verdade excepcionais, supra-recordadas. Em particular, não me parece que existam as condições que têm, até agora, conduzido o Tribunal de Justiça a considerar *manifestamente* irrelevante, em relação à solução da causa principal, a questão submetida pelo tribunal *a quo*. Do texto do despacho de reenvio, de facto, resulta que permanece ainda em aberto, como foi evidenciado, a questão relativa à interpretação da Section 258(5) do Act controvertido. Na verdade, é só na hipótese

Portanto, na medida em que subsiste a eventualidade de que, para apreciar a actividade da sociedade *holding*, a interpretação da legislação interna possa ser efectuada de maneira a tomar em consideração critérios diferentes do numérico, considero que é útil fornecer ao tribunal nacional uma resposta à primeira questão.

— Quanto ao fundo

3 — V., por todos, os acórdãos de 29 de Novembro de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Colect., p. 821, n.º 25), e de 7 de Julho de 1994, McLachlan (C-146/93, Colect., p. I-3229, n.º 20).

4 — V. despacho de 16 de Maio de 1994, Monin Automobiles (C-428/93, Colect., p. I-1707), e acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61), de 16 de Janeiro de 1997, USSL n.º 47 di Biella (C-134/95, Colect., p. I-195, n.º 12), e de 9 de Outubro de 1997, Grado e Bashir (C-291/96, Colect., p. I-5531, n.º 12).

15. Dito tudo isto, recordo, antes de mais que, como, foi precisado pelo próprio Tribunal de Justiça em várias ocasiões, «Embora,

no estado actual do direito comunitário, a matéria dos impostos directos não se encontra enquanto tal incluída na esfera de competências da Comunidade, não é menos certo que os Estados-Membros devem exercer as competências que detêm respeitando o direito comunitário»⁵. No campo das imposições directas, eles não podem, por conseguinte, adoptar medidas que tenham por efeito, sem justificação, criar obstáculos à livre circulação das pessoas singulares ou colectivas que exercem uma actividade autónoma⁶. É apenas caso para recordar, pois, que um tratamento fiscal discriminatório ou que, de qualquer forma, cria obstáculos ou limita o exercício do direito de estabelecimento entra sem qualquer dúvida no âmbito de aplicação do artigo 52.º⁷.

Deve portanto verificar-se, relativamente ao caso que aqui nos interessa, se o artigo 52.º do Tratado constitui obstáculo a que a legislação aqui em questão subordine a concessão da «dedução de consórcio» à condição de a sociedade *holding* desenvolver uma actividade que consista, exclusiva ou essencialmente, na detenção de participações em sociedades controladas com sede no Reino Unido.

16. O requisito da sede no Reino Unido da maioria das sociedades participadas

5 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 21). V., além disso, acórdãos de 4 de Outubro de 1991, Comissão/Reino Unido (C-246/89, Colect., p. I-4585, n.º 12); de 27 de Junho de 1996, Asscher (C-107/94, Colect., p. I-3089, n.º 36); e de 15 de Maio de 1997, Futura Participations e Singer (C-250/95, Colect., p. I-2471, n.º 19). V., por outro lado, a Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO L 225, p. 6).

6 — Conclusões do advogado-geral P. Léger, de 15 de Fevereiro de 1996, relativas ao processo Asscher (referido na nota precedente), n.º 55 das conclusões.

7 — Acórdão de 13 de Julho de 1993, Commerzbank (C-330/91, Colect., p. I-4017, n.º 20).

afigura-se já, *prima facie*, uma restrição à liberdade de estabelecimento proibida pelo primeiro parágrafo do artigo 52.º Isso, de facto, exclui a obtenção da dedução em todas as hipóteses em que a actividade da sociedade *holding* consista exclusiva ou essencialmente na detenção de participações de sociedades que tenham sede fora do Reino Unido, portanto, mesmo que estas últimas estejam estabelecidas no território de outros Estados-Membros. Nesta última hipótese, que é a relevante para o direito comunitário, a legislação em discussão limita, ou pelo menos desencoraja, o direito das sociedades britânicas de criarem filiais noutros Estados-Membros.

17. Quanto ao carácter restritivo de tal legislação, não me parece que se possam nutrir dúvidas. Em relação a isto, basta aqui recordar o acórdão *Daily Mail*⁸, em que o Tribunal de Justiça, depois de afirmar que «a liberdade de estabelecimento constitui um dos princípios fundamentais da Comunidade e que as disposições do Tratado que garantem essa liberdade têm efeito directo desde o fim do período transitório», esclareceu que «Embora, de acordo com o seu teor, essas disposições visem nomeadamente assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, impedem igualmente que o Estado de origem coloque obstáculos ao estabelecimento noutra Estado-Membro dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação e que, além disso, corresponde à definição do artigo 58.º»⁹.

8 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988 (81/87, Colect., p. 5483, n.º 15).

9 — *Ibidem*, n.º 16.

18. No presente processo, trata-se exactamente de um típica restrição «à saída». O tratamento fiscal desfavorável torna certamente menos atracta, para a sociedade estabelecida no Reino Unido, a criação de filiais noutros Estados. Na medida em que tal restrição afecta as sociedades participadas com sede noutros Estados-Membros, a legislação britânica comporta, repito, um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 52.º do Tratado. Além disso, a legislação controvertida parece desfavorecer em particular as sociedades partes de um consórcio, porquanto, fora desta hipótese, a compensação entre perdas e lucros de sociedades pertencentes a um grupo seria bem possível, como foi salientado pela Comissão e não contestado.

Nem se diga, como o Governo do Reino Unido, que um tratamento diferente baseado no domicílio das filiais de uma sociedade não constitui uma discriminação, pois não se trata de situações comparáveis. A legislação nacional que aqui nos ocupa, de facto, diz respeito às sociedades sujeitas a imposições no Reino Unido e subordina a concessão do benefício às modalidades de exercício do direito de estabelecimento (também) noutros Estados-Membros da Comunidade.

19. Em tais condições, não resta senão verificar se a restrição em causa pode ser justificada à luz do direito comunitário.

Quanto a este ponto, tanto a ICI como a Comissão excluíram que se trate de uma restrição justificável. Pelo contrário, segundo o Reino Unido, trata-se de uma medida justificada pelo objectivo de evitar que a criação de filiais no estrangeiro represente um instrumento fácil para subtrair recursos tributáveis ao fisco britânico.

20. O primeiro problema que se põe a este respeito é qualificar a restrição em causa como discriminatória ou não discriminatória em função do estabelecimento. Da solução escolhida derivam, na verdade, consequências diferentes para a eventual justificação dessa mesma restrição. Com efeito, segundo uma jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça, uma medida discriminatória apenas pode ser declarada compatível com o direito comunitário quando seja abrangida por derrogações expressamente previstas pelo Tratado¹⁰. Quando, pelo contrário, a medida em causa seja indistintamente aplicável aos nacionais e aos estrangeiros, as medidas restritivas da liberdade de estabelecimento são justificadas se dirigidas à prossecução de exigências imperiosas de interesse geral, idóneas para garantir a obtenção do fim prosseguido e proporcionadas à realização de tal finalidade¹¹.

10 — V., por todos, acórdão de 26 de Abril de 1988, *Bond van Adverteerders* (352/85, Colect., p. 2085, n.º 32), em que o Tribunal de Justiça esclareceu que «regulamentações nacionais... discriminatórias, apenas estarão em conformidade com o direito comunitário se puderem ser abrangidas por uma disposição derogatória expressa».

11 — V., por último, acórdão de 30 de Novembro de 1995, *Gebhard* (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 37), em que o Tribunal de Justiça se referiu de maneira indistinta a todas as liberdades fundamentais garantidas pelo direito comunitário.

21. Mais uma vez, a resposta à questão depende do aspecto em que se põe o acento. Pode salientar-se, por exemplo, que a legislação em questão opera uma discriminação entre sociedades com sede no Reino Unido, consoante elas tenham ou não feito uso do exercício da liberdade de estabelecimento noutros Estados-Membros, mesmo através de uma *holding* por elas participada. A diferença de tratamento diz respeito, por outras palavras, a sociedades com sede no mesmo Estado-Membro e deriva da escolha das mesmas de prevalecer-se ou não da possibilidade, garantida pelo artigo 52.º do Tratado, de usar ou não da faculdade de abrir filiais ou sucursais ou de criar de qualquer forma sociedades filiais noutros Estados-Membros, mesmo que membros da Comunidade.

22. É certo que, mesmo garantindo, em aplicação do artigo 52.º do Tratado, a equiparação das sociedades controladas pela *holding* que tenham sede no território comunitário às sociedades que tenham sede no território do Reino Unido, não se exclui evidentemente uma outra discriminação. Esta verifica-se, de facto, entre as sociedades que exercem o direito de estabelecimento, em razão das modalidades concretas em que esse estabelecimento ocorre: a dedução fiscal é concedida se a actividade da sociedade *holding* consistir exclusiva ou essencialmente na detenção de participações em sociedades estabelecidas no território dos Estados-Membros e negada quando a detenção de participações disser respeito apenas em minoria a sociedades estabelecidas no território em questão.

Este esclarecimento assume particular importância no nosso caso, em que, com efeito,

algumas das sociedades controladas pela *Holdings* têm a sua sede em Estados-Membros diversos do Reino Unido. Além disso, parece evidente que a discriminação em causa não é contestável com base no artigo 52.º do Tratado, na medida em que não se verifique qualquer restrição à liberdade de estabelecimento no território comunitário. Eliminada, em obediência ao artigo 52.º, a discriminação, consoante a localização das sociedades filiais, no Reino Unido ou noutros países comunitários, a legislação britânica desencoraja, em todo o caso, a criação de sociedades filiais em países terceiros. É precisamente por esta razão que, como temos ocasião de verificar na análise da segunda questão prejudicial, a ICI procura fazer valer o artigo 5.º do Tratado com a finalidade de obter, de qualquer forma, a dedução fiscal prevista na legislação nacional.

23. Dado que é discriminatória, a legislação nacional pode evidentemente ser justificada exclusivamente nas hipóteses excepcionais previstas no Tratado. É esta a abordagem escolhida pela Comissão, que, de facto, dedica ao problema da justificação um breve exame, para concluir que nenhuma das derrogações previstas no artigo 56.º (ordem pública, segurança pública, saúde pública) é relevante no caso vertente. Considerações de natureza puramente económica, como a perda de receitas fiscais, não podem de facto

justificar restrições de carácter discriminatório que entram no âmbito de aplicação do artigo 52.º do Tratado ¹².

24. Por outro lado, mesmo a pretender qualificar a medida controvertida como indistintamente aplicável, com base na circunstância de a condição respeitar às sociedades que, de qualquer forma, estão sujeitas a impostos no Reino Unido, não se alteraria o resultado relativamente à incompatibilidade com as normas sobre a liberdade de estabelecimento. Considero, de facto, digo-o desde já, que os argumentos adoptados neste caso para justificar a medida que nos ocupa estão desprovidos de fundamento.

25. O Tribunal de Justiça, é verdade, reconheceu em várias ocasiões que a necessidade de uma aplicação coerente dos sistemas fiscais pode ser uma fundamentação suficiente,

12 — Acórdão *Bond van Adverteerders* (já referido na nota 10); acórdão de 25 de Julho de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, *Colect.*, p. I-4007, n.º 11). No acórdão de 14 de Novembro de 1995, *Svensson e Gustavsson* (C-484/93, *Colect.*, p. I-3955, n.º 15), depois de dizer que a legislação luxemburguesa em matéria de concessão de bonificações de juros sobre empréstimos relativos à construção de alojamentos implicava uma discriminação em razão do local do estabelecimento, o Tribunal de Justiça acrescentou que «... uma tal discriminação só pode ser justificada pelas razões de interesse geral mencionadas no artigo 56.º, n.º 1, do Tratado... nas quais não figuram os objectivos de natureza económica». Deve, de qualquer forma, salientar-se que, na mesma ocasião, o Tribunal de Justiça examinou também se a legislação em causa, embora qualificada como discriminatória, era necessária para efeitos de preservar a coerência do sistema fiscal. Agindo desta forma, todavia, o Tribunal de Justiça verificou também se tal medida era justificável com base em exigências susceptíveis de serem tomadas em consideração apenas em relação a medidas indistintamente aplicáveis. Nas minhas conclusões de 16 de Setembro de 1997, nos processos *Decker* (C-120/95, *Colect.* 1998, pp. I-1831, I-1834) e *Kohll* (C-158/96, *Colect.* 1998, pp. I-1931, I-1934), expus quais as dificuldades de carácter sistemático que derivam da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., em particular, n.ºs 49 e 50).

ligada a razões imperativas de interesse geral, para justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento ¹³. É também verdade, todavia, que o problema em questão se apresentou, em geral, relativamente a legislações internas que previam um tratamento diferente de pessoas singulares ou colectivas em razão do seu domicílio ou sede no território de um outro Estado-Membro.

No caso *Bachmann*, que dizia respeito à aplicação aos residentes de uma legislação nacional que subordinava a possibilidade de dedução de certas contribuições à condição de que fossem pagas no próprio Estado, o Tribunal de Justiça esclareceu que o objectivo da legislação belga consistia em permitir que a perda de receitas fiscais devida à dedução das contribuições para o seguro de vida pudesse ser compensada pelo imposto aplicado às pensões, rendas e capitais devidos pelas seguradoras. A coerência do sistema fiscal estaria, portanto, comprometida se fosse exigido ao Estado belga que alargasse os mesmos benefícios fiscais também aos segurados em companhias estabelecidas no estrangeiro, por causa da dificuldade de cobrar o imposto sobre a renda paga no estrangeiro ¹⁴. Quanto ao pressuposto de que a norma nacional era formalmente não discriminatória, o Tribunal de Justiça concluiu, portanto, no sentido de que ela não podia ser considerada, enquanto justificada por razões de interesse geral, incompatível com o artigo 59.º

13 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1992, *Bachmann* (C-204/90, *Colect.*, p. I-249, n.º 21); acórdão *Schumacker* (já referido na nota 5, n.º 47); acórdão de 11 de Agosto de 1995, *Wielockx* (C-80/94, *Colect.*, p. I-2493, n.º 25); e acórdão *Asscher* (já referido na nota 5, n.º 59). V. ainda as minhas conclusões de 23 de Setembro de 1997, no processo *Safir* (C-118/96, *Colect.* 1998, pp. I-1897, I-1899, n.ºs 20 e segs).

14 — Acórdão *Bachmann* (já referido na nota anterior, n.ºs 22 e 23).

26. Voltando à situação que aqui interessa, resta, portanto, esclarecer se o objectivo de evitar que a criação de filiais fora do Reino Unido, portanto também noutros países da Comunidade, subtraia recursos tributáveis ao fisco britânico pode justificar a restrição à liberdade de estabelecimento provocada pela aplicação da legislação sobre a «dedução de consórcio».

27. O Reino Unido considera que a esta questão deve dar-se resposta positiva. As sociedades filiais domiciliadas fora do território britânico não estão evidentemente sujeitas a tributação no Reino Unido. À concessão da dedução relativa a perdas realizadas por uma filial com sede no Reino Unido não corresponde, portanto, a sujeição a tributação dos lucros obtidos pelas outras, domiciliadas no território de outros Estados. Isto, ainda na opinião do Reino Unido, é incompatível com a própria *ratio* da dedução de consórcio, que consiste em conceder às sociedades participantes no consórcio o mesmo tratamento fiscal que teriam recebido se tivessem desenvolvido directamente as actividades objecto da empresa comum.

28. Assim, quanto a este ponto, não esconde nutrir dúvidas graves. Não se trata, de facto, tanto do objectivo de manter a «coerência» do sistema fiscal, mas antes, muito simplesmente, de evitar que se reduzam as receitas. Se esta é a situação, portanto, não considero que o objectivo chegue para justificar uma derrogação ao princípio fundamental consagrado pelo Tratado.

Mas há mais. Também a pretender considerar que o objectivo prosseguido seja relevante para o direito comunitário, resta transpor o teste da proporcionalidade. E também a este respeito não posso esconder a minha perplexidade. A idoneidade da medida restritiva, que aqui nos ocupa, para realizar o objectivo, é muito duvidosa. Na verdade, numa situação em que a única razão pela qual a dedução não é concedida deriva do exercício, por parte da sociedade Holdings, da liberdade de estabelecimento noutros Estados-Membros, não considero que se possa sustentar com certeza que o objectivo de garantir a coerência do sistema fiscal possa ser prosseguido utilmente pela legislação controvertida.

29. Parece-me difícil conciliar a necessidade de evitar a evasão fiscal para conservar a coerência do sistema com a circunstância de a dedução de consórcio ser concedida quando apenas uma minoria de sociedades estiver domiciliada fora do Reino Unido; e negada quando se trate, pelo contrário, da maioria. Creio que o risco de evasão, se existe, se põe também no primeiro caso, ainda que, em proporção ao número de sociedades não domiciliadas, de forma menos sensível.

30. Além disso, a inexistência de medidas da mesma forma eficazes mas menos restritivas da liberdade de estabelecimento está completamente por demonstrar. Considero, a este propósito, que a administração e o Governo britânico, na sua intervenção, não esclareceram que as medidas controvertidas são as

únicas possíveis e que o objectivo não poderia ser utilmente prosseguido de modo diferente.

31. Tudo isto me parece suficiente para concluir que constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento proibida pelo Tratado, e não justificável de outra forma, uma legislação nacional que subordina a obtenção, por parte de uma sociedade, de deduções fiscais («consortium relief») à condição de que as actividades da sociedade *holding* que participa na sociedade que requer a dedução devam consistir exclusiva ou essencialmente na detenção de participações em sociedades controladas com sede no território nacional.

A segunda questão prejudicial

32. Recordo mais uma vez a peculiaridade da situação no caso vertente e as suas implicações no plano de relevância para o direito comunitário. Dentro dos limites em que a legislação nacional comporta uma condição para a obtenção do benefício fiscal que afecta também as sociedades que exercem o direito de se estabelecerem noutros Estados-Membros da Comunidade, é relevante o artigo 52.º do Tratado. A consequência substancial de tal relevância é que, neste caso concreto, a legislação nacional está em oposição com o artigo 52.º, na medida em que restringe a liberdade de estabelecimento noutros Estados da Comunidade.

Mas, para o problema subsequente, o da discriminação em detrimento das sociedades

que optam por criar filiais *em maior número* em países terceiros, o artigo 52.º do Tratado não pode ser útil, pois trata-se de um aspecto que não é abrangido pelo direito comunitário.

Se tal é verdade, como considero incontestável, também a interpretação do artigo 5.º do Tratado pedida pelo tribunal nacional não pode ser útil. De facto, em primeiro lugar, uma vez que a um aspecto desta situação é aplicável o artigo 52.º do Tratado, norma provida de efeito directo, não assume qualquer relevância a obrigação do tribunal nacional de interpretar uma legislação interna em conformidade com o direito comunitário. O resultado da harmonia entre a norma interna e a norma comunitária é já conseguido através da invocabilidade desta última por parte do particular.

Em segundo lugar, em relação ao aspecto da situação de facto a que não é aplicável o artigo 52.º do Tratado, também não se pode invocar a obrigação de interpretação em conformidade com o artigo 5.º do Tratado. De facto, o tratamento diferente reservado às sociedades que decidem participar em sociedades filiais localizadas *em maior número* em países terceiros e que as desfavorece, quer em relação às sociedades cujas filiais estão todas localizadas no Reino Unido (e na Comunidade) quer em relação àquelas cujas filiais estão localizadas em países terceiros *em número menor* do que no Reino Unido (e na Comunidade), não é relevante para o direito comunitário. Daí se segue que nem

o artigo 52.º nem o artigo 5.º são aplicáveis. Daí resulta, igualmente, que o tribunal nacional não tem obrigação de fazer uma interpretação em conformidade com o artigo 5.º

do Tratado relativamente a uma situação de facto em que, como no nosso caso, a uma das suas partes não é aplicável o direito comunitário.

Conclusão

33. À luz das observações que precedem, proponho, portanto, ao Tribunal que responda do modo seguinte às questões submetidas pela House of Lords:

- «1) O artigo 52.º do Tratado CE deve interpretar-se no sentido de que constitui obstáculo à aplicação de uma legislação de um outro Estado-Membro que veda o acesso de uma sociedade estabelecida no território desse Estado a deduções fiscais relativas às perdas sofridas por uma outra sociedade, também ela estabelecida nesse Estado e controlada pela primeira mediante uma sociedade em participação, ainda que esta última desenvolva actividades que consistam exclusiva ou essencialmente na detenção de participações nas sociedades controladas que não têm sede nesse mesmo Estado-Membro; isto dentro dos limites em que tal legislação constitui uma restrição ao exercício do direito de estabelecimento noutros Estados-Membros da União Europeia.
- 2) O artigo 5.º do Tratado CE não exige ao tribunal nacional que interprete a legislação interna em sentido conforme com o direito comunitário relativamente a uma situação de facto ou a uma parte dessa situação que exorbita do âmbito de aplicação do direito comunitário.»