

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 24 de Setembro de 2002¹

I — Introdução

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

1. O Hoge Raad der Nederlanden submeteu, no presente pedido de decisão prejudicial, duas questões a respeito da interpretação do artigo 43.º CE, conjugado com o artigo 48.º CE, e da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes² (a seguir «directiva mãe-filial»). O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se estas disposições se opõem ao regime da lei neerlandesa do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, segundo o qual, na tributação da sociedade-mãe, os encargos relacionados com as participações em sociedades filiais (no caso concreto, com sede num Estado-Membro) são dedutíveis quando estes forem indirectamente utilizados na obtenção de lucros tributáveis nos Países Baixos. De acordo com a directiva mãe-filial, é deixada aos Estados-Membros a liberdade de determinar se os encargos de participação numa sociedade filial não podem (em geral) ser dedutíveis aos lucros da sociedade-mãe.

2. A directiva mãe-filial foi publicada com o objectivo de não dificultar os agrupamentos de sociedades de diferentes Estados-Membros através de restrições, desvantagens ou distorções especiais decorrentes das disposições fiscais dos Estados-Membros, garantindo assim o estabelecimento e o bom funcionamento do mercado comum. Isto deve ser alcançado através de regras fiscais neutras relativamente à concorrência aplicáveis a esses agrupamentos e através da instituição de um regime fiscal comum³.

3. No terceiro considerando da directiva é determinado que:

«[...] as disposições fiscais que regem actualmente as relações entre sociedades-

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 225, p. 6.

3 — V., também, os primeiro e terceiro considerandos.

mãe e afiliadas de Estados-Membros diferentes variam sensivelmente de uns Estados-Membros para os outros e são, em geral, menos favoráveis que as aplicáveis às relações entre sociedades-mãe e afiliadas de um mesmo Estado-Membro; que, por esse facto, a cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes é penalizada em comparação com a cooperação entre sociedades de um mesmo Estado-Membro; que se torna necessário eliminar essa penalização através da instituição de um regime comum e facilitar assim os agrupamentos de sociedades à escala comunitária.»

4. O artigo 4.º da directiva mãe-filial dispõe:

«1. Sempre que uma sociedade-mãe receba, na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada, lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, o Estado da sociedade-mãe:

— ou se abstém de tributar esses lucros,

— ou os tributa, autorizando esta sociedade a deduzir do montante do imposto a fracção do imposto da afiliada correspondente a tais lucros e, se for caso disso, o montante da retenção na fonte efectuada pelo Estado-Membro da residência afiliada

nos termos das disposições derogatórias do artigo 5.º, dentro do limite do montante do imposto nacional correspondente.

2. Todavia, todos os Estados-Membros conservam a faculdade de prever que os encargos respeitantes à participação e as menos-valias resultantes da distribuição dos lucros da sociedade afiliada não sejam dedutíveis do lucro tributável da sociedade-mãe. Se, nesse caso, as despesas de gestão relativas à participação forem fixadas de modo forfaitário, o montante forfaitário não pode exceder 5% dos lucros distribuídos pela sociedade afiliada.»

B — *Enquadramento jurídico nacional*

5. O regime neerlandês relativo à determinação dos lucros nas sociedades participadas estabelece, no artigo 13.º, n.º 1, da *Wet op de vennootschapsbelasting 1969* o seguinte (na sua versão de 1993):

«Na determinação do lucro excluem-se os benefícios e os encargos relacionados com participações, salvo se resultar que os referidos encargos servem indirectamente

para receber lucros tributáveis nos Países Baixos (isenção das participações). Consideraram-se em qualquer caso encargos relacionados com as participações os juros e despesas de empréstimos contraídos nos seis meses anteriores à aquisição da participação, salvo se for manifesto que os empréstimos foram contraídos com uma finalidade distinta da aquisição da participação.»

III — Matéria de facto e processo principal

6. A Bosal Holding BV, recorrente no processo principal (a seguir «Bosal»), uma sociedade de responsabilidade limitada estabelecida nos Países Baixos, detém participações em diferentes sociedades nacionais e estrangeiras tanto dentro da União Europeia como fora desta. Estas participações variam entre 50% a 100% do capital. As actividades da Bosal consistem na titularidade, financiamento e a concessão de licenças e *royalties*.

7. Em 1993, a Bosal incorreu em despesas no valor de 3 969 339 NLG, na forma de juros relacionados com o financiamento das suas participações em sociedades estabelecidas fora dos Países Baixos, mas dentro da União Europeia. A Bosal requereu às autoridades fiscais competentes a dedução, neste valor, do seu lucro tributável alegando que o artigo 13.º da lei neerlandesa do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas não era vinculativo,

pois violava o artigo 52.º Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), na medida em que estabelece que apenas são dedutíveis os encargos relacionados com participações que foram utilizados indirectamente para obter lucros tributáveis nos Países Baixos.

8. A dedução do montante foi recusada através da liquidação do imposto relativo ao ano de 1993. Tanto a reclamação formulada pela Bosal como a queixa feita contra a decisão de rejeição foram infrutíferas, razão pela qual a Bosal interpôs recurso de anulação.

IV — Questões prejudiciais

9. O Hoge Raad der Nederlanden, a que foi submetido o recurso, colocou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 52.º, em conjugação com o artigo 58.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 43.º CE e 48.º CE), ou outra disposição de direito comunitário opõem-se a que um Estado-Membro conceda a uma sociedade-mãe, sujeita a tributação nesse Estado-Membro, uma dedução dos encargos relacionados com uma participação que detém numa filial

estabelecida noutro Estado-Membro unicamente se a respectiva filial obtiver lucros sujeitos a imposto no Estado-Membro em que a sociedade-mãe está estabelecida?

op de vennootschapsbelasting neerlandesa não é contrário ao direito comunitário, seja porque a disposição não contém qualquer restrição à liberdade de estabelecimento ou porque a limitação existente é justificada.

- 2) É relevante, para a resposta à primeira questão, saber se, no caso de a filial estar sujeita a imposto sobre os lucros no Estado-Membro em causa, mas não a sociedade-mãe, esse Estado-Membro tem ou não em conta os referidos encargos na tributação da sociedade filial?»

10. A recorrente Bosal, os Países Baixos, a Comissão e o Reino Unido apresentaram ao Tribunal de Justiça as suas observações relativamente às questões submetidas.

12. A *Bosal* entende que o exercício da liberdade de estabelecimento através da aquisição de sociedades afiliadas é ilegalmente restringido pela lei neerlandesa. A não dedutibilidade dos custos conduz a uma dupla tributação legal. A responsabilidade não é da falta de harmonização uma vez que as desvantagens fiscais que daqui adviriam seriam as mesmas, mesmo se todos os Estados adoptassem uma regra como a dos Países Baixos.

V — Apreciação jurídica

A — Quanto à primeira questão

- 1) Argumentos das partes

11. Todas as partes, à excepção da Bosal, entendem que o artigo 13.º, n.º 1, da Wet

13. A possibilidade autorizada pela directiva, de estabelecer a não dedutibilidade dos encargos com as participações, apenas pode ser usada por um Estado-Membro se isto valer para todas as formas de custos de participação e não apenas para as participações estrangeiras. Assim, a lei provisória, a *Besluit Vennootschapsbelasting 1942*, que não previa qualquer possibilidade de dedução, não foi discriminatória. Dos documentos preparativos decorre que a alteração na lei de 1969 tinha por finalidade evitar os efeitos indesejáveis da proibição internacional da dupla tributação no orçamento interno dos Países Baixos.

14. Os Países Baixos adoptaram este regime apenas por receio de perda financeira e de abuso. Para que seja justificável à luz do princípio da coerência, tem de haver um nexo entre a dedutibilidade dos encargos com as participações da sociedade-mãe e o lucro tributável da filial, uma vez que uma sociedade-mãe e uma sociedade filial não constituem uma entidade fiscal única. Igualmente, no sistema neerlandês, o princípio da coerência não é uniformemente aplicado.

15. O *Governo neerlandês* entende que do regime não resulta qualquer restrição imediata à liberdade de estabelecimento. É o que resulta desde logo do facto de o regime estar de acordo com o artigo 4.º, n.º 2, da directiva mãe-filial, uma vez que nesta é deixada aos Estados-Membros a liberdade de declararem os encargos de participação, mesmo na sua totalidade, como não dedutíveis.

16. Para além disso, não existe qualquer discriminação em razão da forma jurídica ou da sede social. O regime não se baseia no direito segundo o qual as sociedades filiais foram fundadas e beneficiaria também as sociedades-mãe com sociedades filiais com sede no estrangeiro, a não ser que o lucro destas não seja tributável nos Países Baixos. A questão da dedutibilidade dos encargos de participação depende exclusivamente do nexo necessário entre os encargos da sociedade-mãe com a aqui-

sição de uma participação e com o lucro tributável da sociedade filial adquirida. Não há comparação possível entre sociedades filiais que obtêm lucro nos Países Baixos e aquelas em que isso não acontece.

17. Através da isenção de participações, é evitada a dupla tributação, quer no contexto nacional quer internacional. A isenção é conforme ao princípio fiscal da territorialidade. Com este regime, pretendeu-se igualar o regime fiscal das sociedades filiais ao das sucursais.

18. A restrição à liberdade de estabelecimento não decorre do regime fiscal neerlandês, mas do facto de o país da sede da sociedade filial não autorizar a dedução dos encargos de participação da sociedade-mãe. As diferenças existentes entre as ordens jurídicas nacionais não representam qualquer restrição à liberdade de estabelecimento.

19. Supondo, todavia, uma restrição da liberdade de estabelecimento, então esta estaria justificada pelo princípio da coerência do regime fiscal, reconhecido pelo Tribunal de Justiça. O nexo directo requerido entre vantagem fiscal e tributação reside em fazer-se depender a dedutibilidade dos encargos dos lucros tributáveis nos Países Baixos. Ambas as sociedades tributáveis, independentes entre si, devem considerar-se, para esse efeito, consolidadas.

20. As supostas falhas no regime, como o facto de os lucros efectivamente obtidos pela sociedade filial serem irrelevantes e a não dedutibilidade dos encargos quando só a sociedade filial obtém lucros, não diminuem a coerência fundamental do regime jurídico. Para o assegurar, foram escolhidos os meios mais conformes ao princípio da proporcionalidade. Tal era visível igualmente na renúncia, por parte dos Países Baixos, à tributação de lucros auferidos no estrangeiro no seio de um mesmo grupo.

21. Além disso, ao admitir-se uma dedutibilidade geral dos encargos com participações iria reduzir-se significativamente as receitas fiscais nos Países Baixos, razão pela qual também nenhum outro Estado-Membro prevê uma tal regra sem ao mesmo tempo estabelecer outro encargo fiscal.

22. O *Governo do Reino Unido* entende que a norma neerlandesa é justificada pelos princípios da coerência e da territorialidade. Através da disposição em causa, consegue-se estabelecer um nexo claro entre a dedutibilidade dos encargos e a tributação dos lucros nos Países Baixos. Trata-se de um caso clássico de aplicação do princípio da coerência desenvolvido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Bachmann⁴. Prescindir da isenção de participações conduz a uma dupla tributação significativa. O regime neerlandês está em

sintonia com a directiva mãe-filial que apenas tem um carácter de autorização, ou seja, autoriza os Estados-Membros a preverem a não dedutibilidade dos encargos de participação, não se opondo, no entanto, a que a dedutibilidade seja permitida apenas em alguns casos.

23. A *Comissão* defende uma outra posição, considerando que o regime neerlandês sobre a tributação das sociedades-mãe é, em princípio, compatível com a liberdade de estabelecimento. Formalmente, não existe qualquer discriminação, uma vez que os encargos com participações em sociedades filiais, independentemente de terem a sua sede dentro ou fora do país, seriam sempre dedutíveis, desde que estas obtivessem lucros tributáveis nos Países Baixos. Na realidade, porém, uma sociedade filial estrangeira não obtém, regra geral, qualquer lucro dentro do país, de modo que esta condição poderia ter efeitos restritivos. No entanto, a dedução de encargos de participação com sociedades filiais estrangeiras não é totalmente excluída pelo regime neerlandês, uma vez que, por exemplo, é permitida uma dedução quando a filial tem, por seu lado, uma sucursal nos Países Baixos. Em geral, a *Comissão* entende que existe uma restrição à liberdade de estabelecimento.

24. Contudo, a dedução dos juros de financiamento tem de ser de algum modo permitida, de forma a que se possa determinar uma matéria colectável correcta de

4 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1992 (C-204/90, Colect., p. I-249).

acordo com o princípio da dedutibilidade. O problema reside no facto de, frequentemente, não existir em nenhum lugar a possibilidade de deduzir os encargos: a filial não os assumiu e a sociedade-mãe não pode deduzir os lucros transferidos para a filial, uma vez que, para evitar a dupla tributação, a maioria dos Estados não tributa mais esses lucros para evitar uma dupla tributação.

25. Se na tributação das sociedades-mãe considerássemos os encargos de participação pelo facto de, no direito civil, ser devedora desses encargos, surgiriam dois problemas: o país da sede da sociedade filial calcula os impostos com base num montante excessivo, pois tributa o lucro da sociedade filial sem atender aos encargos de participação na origem desse lucro. Por seu turno, o Estado-Membro da sociedade-mãe cobra menos impostos. O direito comunitário não deve admitir isso como regra.

26. Neste contexto, o modelo neerlandês é admissível. Satisfaz o princípio da territorialidade e representa a consequência lógica da expressão «Estado dos lucros». Assim, corresponde à primeira possibilidade prevista na directiva mãe-filial, a saber, a de não prever qualquer dedutibilidade dos encargos com participações tendo por consequência que esta tem que ocorrer no país

da sede da filial. Nesta medida, as falhas constatadas no regime que, de outra forma, seria coerente, são irrelevantes pois tiveram lugar indistintamente.

27. Pelo contrário, o facto de o direito fiscal neerlandês não autorizar uma sociedade filial que tem lucros nos Países Baixos a deduzir dos lucros auferidos neste país os encargos incorridos pela sua sociedade-mãe é uma violação do artigo 43.º CE. Tal não é, no entanto, o objecto do litígio.

2) Apreciação

28. Segundo a interpretação de todas as partes, à excepção da Bosal, o n.º 1 do artigo 13.º da Wet op de vennootschapsbelasting neerlandesa de 1969 não constitui qualquer restrição imediata à liberdade de estabelecimento ou, se houver restrição, está justificada.

29. De seguida, deverá examinar-se se esta interpretação está em conformidade com a liberdade de estabelecimento e a jurisprudência do Tribunal de Justiça. A tributação directa é, na verdade, da competência dos Estados-Membros; no entanto, estes devem exercê-la no respeito do direito comunitário abstendo-se de qualquer discriminação

ostensiva ou dissimulada em razão da nacionalidade ou da sede ⁵.

participações de pelo menos 50% a 100%, dispõe dessa influência. Encontramo-nos, assim, no âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento.

30. O artigo 43.º CE constitui uma das disposições fundamentais do direito comunitário e é directamente aplicável nos Estados-Membros desde o termo do período transitório. Em virtude desta disposição, a liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro inclui o acesso às actividades não assalariadas e ao seu exercício, bem como a constituição e gestão de empresas nas condições definidas pela legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais. A supressão das restrições à liberdade de estabelecimento estende-se às restrições à criação de agências, sucursais ou filiais ⁶.

32. A liberdade de estabelecimento produz efeitos em dois sentidos, por um lado perante o Estado-Membro de acolhimento, por outro perante o Estado de origem, neste caso os Países Baixos. O Tribunal de Justiça declarou reiteradamente a este respeito que, embora de acordo com o seu teor estas disposições visem assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, impedem igualmente que o Estado de origem levante obstáculos ao estabelecimento noutro Estado-Membro de um dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação e que, além disso, corresponda à definição do artigo 48.º CE ⁸.

31. Nos termos do artigo 43.º, segundo parágrafo, CE, a liberdade de estabelecimento é acompanhada da reserva da aplicação das disposições relativas aos capitais. Como resulta do enunciado do artigo 43.º, segundo parágrafo, CE, o elemento distintivo é a possibilidade de gestão da empresa. Para determinar se a direcção da empresa está associada à participação, há nomeadamente que ter em conta a importância da participação. De qualquer modo, uma participação substancial confere o controlo da empresa ⁷. Uma vez que a Bosal detém

33. O princípio da liberdade de estabelecimento expresso no artigo 43.º CE exclui antes de mais qualquer discriminação directa ou indirecta em razão da nacionalidade. As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede estatutária, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da Comunidade são, de acordo com o disposto no artigo 48.º CE, equiparadas às pessoas singulares nacionais dos Estados-Membros.

5 — Acórdãos de 15 de Janeiro de 2002, Gottardo (C-55/00, Colect., p. I-413, n.º 32); de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695, n.º 19); e de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 21).

6 — Acórdão de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 41).

7 — Acórdão de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.ºs 20 a 22).

8 — Acórdãos Baars (já referido na nota 7, n.º 28); de 18 de Novembro de 1999, X e Y (C-200/98, Colect., p. I-8261, n.º 26); e de 27 de Setembro 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Colect., p. 5483, n.º 16).

34. Para as sociedades, importa observar, neste contexto, que a sua sede, na acepção acima referida, serve para determinar, à semelhança da nacionalidade para as pessoas singulares, a sua subordinação à ordem jurídica de um Estado-Membro⁹. Por conseguinte, eventuais restrições à liberdade de estabelecimento não podem ser aplicadas em razão da sede da sociedade em questão. Isto é válido não apenas para discriminações ostensivas em razão da sede, mas ainda para qualquer forma de discriminação dissimulada que, mediante a aplicação de outros critérios de distinção, conduza efectivamente ao mesmo resultado¹⁰.

35. O regime fiscal nacional do artigo 13.º, n.º 1, da *Wet op de vennootschapsbelasting* não distingue, directa ou indirectamente, entre a sede da sociedade-mãe, uma vez que, no caso concreto, apenas são abrangidas pela disposição as sociedades-mãe com sede nos Países Baixos. Em conformidade com o princípio da territorialidade, o poder tributário de um Estado diz respeito apenas às obrigações fiscais no seu território. No caso concreto, a questão da discriminação em razão da sede depende apenas da sede da sociedade-mãe, e não da sede da sociedade filial, uma vez que apenas a sociedade-mãe poderia estar abrangida por uma possível norma discriminatória.

36. Contudo, não existe qualquer discriminação em razão da nacionalidade ou da

sede, pois a lei neerlandesa é aplicável a todas as sociedades-mãe estabelecidas nos Países Baixos.

37. A disposição nacional poderia, todavia, restringir o exercício da liberdade de estabelecimento de outra forma. Resulta da jurisprudência constante que o artigo 43.º CE opõe-se a qualquer medida nacional que, embora aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, é susceptível de afectar ou de tornar menos atraente o exercício pelos nacionais comunitários, incluindo os do Estado-Membro autor da medida, das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado CE¹¹.

38. Esta proibição de restrição aplica-se igualmente a qualquer tratamento discriminatório que decorra de disposições nacionais, uma vez que este é susceptível de tornar menos atractivo o exercício de uma liberdade fundamental para aqueles que são discriminados.

39. Neste ponto, surge um problema terminológico resultante da jurisprudência do Tribunal de Justiça, com consequências práticas. Em vários acórdãos do Tribunal de Justiça em sede de direito fiscal, encontra-se a fórmula segundo a qual «Segundo uma jurisprudência constante, uma discriminação consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na

9 — Acórdãos de 21 de Setembro de 1999, *Saint-Gobain ZN* (C-307/97, *Collect.*, p. I-6161, n.º 36); *ICI* (já referido na nota 5, n.º 20); e de 28 de Janeiro de 1986, *Comissão/França* (270/83, *Collect.*, p. 273, n.º 18).

10 — Acórdãos *Schumacker* (já referido na nota 5, n.º 26); de 13 de Julho de 1993, *Commerzbank* (C-330/91, *Collect.*, p. I-4017, n.º 14); e de 12 de Fevereiro de 1974, *Sotgiu* (152/73, *Collect.*, p. 91, n.º 11).

11 — Acórdãos de 30 de Novembro de 1995, *Gebhard* (C-55/94, *Collect.*, p. I-4165, n.º 37), e de 31 de Março de 1993, *Kraus* (C-19/92, *Collect.*, p. I-1663, n.º 32).

aplicação da mesma regra a situações diferentes»¹².

resultantes de outros critérios podem ser justificados, como outros obstáculos, por razões imperativas de interesse geral.

40. Esta formulação dá a impressão de que qualquer tratamento diferenciado, o que implica uma restrição, constitui uma (verdadeira) discriminação. Por outro lado, resulta da jurisprudência que as restrições apenas são justificadas por razões imperativas de interesse geral se forem aplicadas de modo não discriminatório¹³. Por conseguinte, um tratamento diferenciado nunca poderia ser justificado por razões imperativas de interesse geral, o que, atendendo à autorização expressa de tal justificação, constitui em si mesmo uma contradição.

42. No sentido de evitar mal-entendidos, na próxima análise das restrições à liberdade de estabelecimento por força da legislação nacional, deverá prescindir-se da palavra discriminação, falando-se apenas de tratamento diferenciado.

41. Esta contradição pode apenas ser resolvida do seguinte modo: a fórmula referida no n.º 37 não se pode referir apenas a verdadeiras discriminações em razão da nacionalidade, mas também a outro tipo de tratamentos diferenciados que constituem um obstáculo à liberdade de estabelecimento. Verdadeiras discriminações — com a respectiva consequência de apenas poderem ser justificadas por uma disposição derogatória expressa do Tratado como os artigos 45.º CE e 46.º CE para a liberdade de estabelecimento¹⁴ — são apenas possíveis em razão da nacionalidade ou da sede. Tratamentos diferenciados

43. O artigo 13.º, n.º 1, da Wet op de vennootschapsbelasting estabelece como princípio — juntamente com a não tributação dos lucros obtidos pelas sociedades filiais em conformidade com o disposto no artigo 4.º, n.º 1, primeiro travessão, da directiva mãe-filial — que na determinação do lucro tributável, os encargos relacionados com participações não podem, quando da determinação da matéria colectável, ser deduzidos do lucro tributável. Esta regra fundamental é neutra e não prevê qualquer tratamento diferenciado, uma vez que as desvantagens fiscais relacionadas com a não dedutibilidade se aplica de igual forma a todas as sociedades que adquirem participações. De resto, o artigo 4.º, n.º 2, da directiva mãe-filial permite expressamente que os Estados-Membros adoptem tal norma.

44. A disposição ganha outro sentido através da excepção que prevê. A desvantagem fiscal da não dedutibilidade não atinge as sociedades-mãe cujos encargos relacionados com as participações tenham sido indirectamente utilizados para obter lucros

12 — Acórdãos de 14 de Setembro de 1999, Gschwind (C-391/97, *Colect.*, p. I-5451, n.º 21); de 27 de Junho de 1996, Asscher (C-107/94, *Colect.*, p. I-3089, n.º 40); e de 11 de Agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, *Colect.*, p. I-2493, n.º 17).

13 — Acórdão Gebhard (já referido na nota 11, n.º 37).

14 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, *Colect.*, p. I-4007, n.º 11).

tributáveis nos Países Baixos. As sociedades-mãe às quais se aplica esta condição beneficiam de uma vantagem fiscal ao verem diminuída a sua matéria colectável como resultado da possibilidade de deduzirem os encargos com participações. A atribuição desta vantagem fiscal torna menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento através da aquisição de sociedades filiais que apenas obtenham lucros no estrangeiro, tendo como consequência que as sociedades-mãe podem retrair-se de tal aquisição em benefício de aquisições nacionais.

45. Como foi já estabelecido pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Asscher¹⁵ e Baars¹⁶, a recusa de uma vantagem fiscal pode constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento.

46. O Governo neerlandês sublinha, por seu lado, que a disposição nacional não é discriminatória, uma vez que não distingue segundo a sede da sociedade, mas segundo o critério da obtenção de lucros tributáveis nos Países Baixos. Além disso, a disposição estaria em conformidade com o princípio da territorialidade segundo o qual o poder tributário de cada país se refere unicamente aos lucros auferidos no seu território.

47. Os dois pontos de vista, considerados em conjunto, mostram, no entanto, que

uma filial apenas pode obter lucros tributáveis nos Países Baixos quando tenha a sua sede, ou pelo menos uma sucursal, neste país. De acordo com o princípio da territorialidade, os lucros apenas são tributáveis no lugar da sede da sociedade. Além disso, em conformidade com o artigo 4.º, n.º 1, primeiro travessão, da directiva mãe-filial os lucros auferidos pelas filiais com sede noutros Estados-Membros que já foram tributados no Estado-Membro da sede e que foram contratualmente transferidos para a sociedade-mãe estão isentos de nova tributação no país da sede da sociedade-mãe. Deste modo, os encargos relacionados com a participação em sociedades filiais com sede noutro Estado-Membro não podem, em princípio, ser indirectamente utilizados na obtenção de lucros tributáveis nos Países Baixos.

48. Isto apenas é configurável no caso de a filial estabelecida fora do país manter, por seu lado, sucursais nos Países Baixos. Contudo, também neste caso, o critério decisivo para um tratamento diferenciado da sociedade-mãe é o estabelecimento de pelo menos uma parte da sociedade filial nos Países Baixos.

49. De resto, não é verdadeiramente determinante saber se a disposição diferencia segundo a sede da filial ou o lugar da obtenção dos lucros pois, ao contrário de verdadeiras discriminações, a sede não é, no caso em apreciação, o critério decisivo. As outras restrições ao exercício transfronteiriço da actividade empresarial podem também consistir no tratamento diferenciado em razão de outros critérios.

15 — Já referido na nota 12, n.º 42.

16 — Já referido na nota 7, n.ºs 30 e 31.

50. O Governo neerlandês alega como justificação do tratamento diferenciado o facto de as filiais estabelecidas nos Países Baixos e as estabelecidas no estrangeiro se encontrarem em situações objectivamente não comparáveis. Como já acima explicado, a situação das filiais não é relevante, pois são as sociedades-mãe e não as filiais que estão sujeitas à legislação tributária nacional controvertida. Depois da aquisição de uma participação, as sociedades-mãe encontram-se sempre na mesma situação tributária objectivamente comparável, quer a sociedade adquirida tenha a sua sede no interior do país ou noutro Estado-Membro.

disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento:

«A este respeito é conveniente declarar que a legislação em causa no processo principal recusa às sociedades suecas que fazem uso do seu direito de livre estabelecimento para criarem filiais noutros Estados-Membros o direito de beneficiarem de certas reduções fiscais aquando de uma transferência financeira dentro do grupo de tipo C.

51. No acórdão *Metallgesellschaft e o.*¹⁷, ao qual está subjacente um caso exactamente contrário ao exposto anteriormente — a filial está sujeita à tributação nacional e a sociedade-mãe tem a sua sede dentro ou fora do país —, o Tribunal de Justiça entendeu que a sede da sociedade-mãe não pode conduzir a um tratamento diferenciado na tributação da sociedade filial.

Assim, tal legislação consagra uma diferença de tratamento entre diversos tipos de transferência financeira dentro do grupo baseando-se no critério da sede das filiais. Na falta de justificação, esta diferença de tratamento contraria as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento [...]

52. No acórdão *X e Y*¹⁸, o Tribunal de Justiça tinha que decidir sobre uma situação comparável. O Tribunal declarou expressamente a este respeito que a diferenciação em razão da sede da filial para concessão de uma vantagem fiscal constitui uma diferença de tratamento contrária às

53. Por conseguinte, há que analisar se o tratamento diferenciado é justificado à luz das disposições do Tratado. As partes alegaram essencialmente duas causas justificativas: por um lado, o disposto na própria directiva mãe-filial e, por outro, como razão imperativa de interesse geral, a coerência do regime fiscal neerlandês. Em ligação com esta última, foram referidas três outras: o princípio da territorialidade, evitar a dupla tributação e a protecção da integridade da matéria colectável.

17 — Já referido na nota 6, n.º 60.

18 — Já referido na nota 8, n.ºs 27 e 28.

54. Uma vez que, de acordo com a interpretação de alguns intervenientes, na directiva mãe-filial está previsto que os Estados-Membros podem recusar integralmente a dedutibilidade dos encargos com participações, esta pode justificar a disposição neerlandesa. Quer isto dizer que os Estados-Membros apenas não autorizam uma dedução parcial. Há que verificar se esta interpretação é conforme ao conteúdo e à *ratio* da directiva mãe-filial.

55. De acordo com os considerandos, a directiva tem como objectivo promover os agrupamentos de sociedades de Estados-Membros diferentes no sentido de promover a criação de um mercado interno — ao qual pertence a liberdade de estabelecimento. Por outro lado, a directiva tem em vista o interesse dos Estados-Membros na manutenção das suas receitas fiscais, como resulta das excepções previstas para alguns Estados-Membros no quinto considerando e no — citado *supra*, no n.º 3 — terceiro considerando em que o legislador declara que as disposições nacionais aplicáveis são em geral mais favoráveis à cooperação entre sociedades de um mesmo Estado-Membro — pelo interesse na obtenção das receitas fiscais à disposição do próprio Estado — do que à cooperação entre sociedades de Estados-Membros diferentes. As disposições da directiva podem ser vistas como o resultado do balanço feito pelo legislador entre, por um lado, o interesse dos Estados-Membros na obtenção das suas receitas fiscais e, por outro, os interesses do mercado comum e do mercado único.

56. Um dos elementos centrais da directiva é a não tributação dos lucros distribuídos pela filial à sociedade-mãe. Isto resulta não apenas do artigo 4.º, n.º 1, primeiro travessão, mas também, desde logo, do quarto considerando da directiva. De certo modo a título de compensação pela renúncia exigida, o legislador comunitário concedeu, no artigo 4.º, n.º 2, a possibilidade de recusar, em geral, a dedução fiscal dos encargos de participação, o que constitui para as sociedades uma desvantagem fiscal.

57. Do primeiro considerando da directiva, nos termos do qual qualquer obstáculo ao agrupamento de sociedades através de restrições, desvantagens ou distorções especiais decorrentes das disposições fiscais dos Estados-Membros são em princípio proibidas, resulta que, para além desta possibilidade expressa de restrição, não é deixada qualquer margem para mais aos Estados-Membros. Atendendo ao facto de que a directiva é já o resultado de um compromisso, as suas disposições devem ser antes interpretadas de modo estrito.

58. A directiva autoriza os Estados-Membros a tratarem, em geral, os encargos relativos a participações como não dedutíveis, sem para o efeito prever expressamente quaisquer excepções. Desta forma, a directiva não pode constituir uma justificação para o caso excepcional de dedução parcial em função da obtenção de lucros no

interior do país. Pelo contrário, se previsse tal excepção, ter-se-ia antes de mais de avaliar se a directiva não violaria em si mesma a liberdade de estabelecimento como direito originário consagrado pelo Tratado.

59. Deste modo, a disposição neerlandesa não é conforme ao disposto no artigo 4.º, n.º 2, da directiva.

60. Outra das razões apresentadas para justificar o tratamento tributário diferenciado foi o princípio da coerência do regime fiscal. O Tribunal de Justiça, e desde então como jurisprudência constante, exigiu nos acórdãos Bachmann¹⁹ e Comissão/Bélgica²⁰ para aceitar esta causa de justificação que, no contexto da tributação individual, exista um nexo directo entre a atribuição do benefício fiscal e a compensação desse benefício mediante tributação.

61. No acórdão Verkooijen²¹, o Tribunal de Justiça dispôs a este respeito no n.º 57:

«Efectivamente, nos processos Bachmann e Comissão/Bélgica, já referidos, existia um

nexo directo, por estar em causa o mesmo contribuinte, entre a atribuição da isenção fiscal e a compensação deste benefício mediante tributação, efectuadas no quadro do mesmo imposto [...]»

62. Também no acórdão Baars²², o Tribunal de Justiça afirma não estar em causa «nenhum nexo directo» ou a salvaguarda da coerência, quando se trata de «contribuintes diferentes».

63. O regime neerlandês associa uma vantagem fiscal da sociedade-mãe sob forma de dedutibilidade de encargos de participação com a possibilidade de impor à sociedade filial uma carga fiscal. Segundo a interpretação dos Governos neerlandês e do Reino Unido, esta associação justifica a coerência do sistema.

64. Contudo, esquece-se aqui que as sociedades-mãe e filiais — ao contrário das agências e sucursais — constituem pessoas jurídicas distintas, cada uma com a sua personalidade jurídica. Estão sujeitas a uma tributação separada. Ao contrário do alegado pela Comissão e pelos Países Baixos, não são, para efeitos de tributação, de considerar, sem mais, como uma estrutura consolidada. A diferença em relação às sociedades com várias sucursais está, desde logo, justificada na medida em que uma

19 — Já referido na nota 4.

20 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1992 (C-300/90, Colect., p. I-305).

21 — Acórdão de 6 de Junho de 2000 (C-35/98, Colect., p. I-4071, n.ºs 56 a 58). Neste acórdão foi avaliada a verificação das condições de uma razão imperativa de interesse geral constituída pela coerência do regime fiscal no contexto de uma possível violação da livre circulação de capitais.

22 — Já referido na nota 7, n.º 40.

sociedade também responde pela sua sucursal enquanto uma sociedade-mãe não responde da mesma forma pelos prejuízos em que a sua filial incorreu.

65. Deste modo, falta o critério do nexo directo requerido pelo Tribunal de Justiça no contexto de uma tributação única. A associação entre encargos de um contribuinte e os encargos fiscais de outro contribuinte não pode originar um regime coerente.

66. De igual modo, o princípio fiscal da territorialidade referido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Futura Participations e Singer²³ não pode ser chamado para justificar a coerência do regime. Os factos subjacentes ao acórdão não são comparáveis com os do presente processo. O caso de então dizia respeito a uma sucursal de uma sociedade estrangeira que estava sujeita a tributação dentro do país. A lei luxemburguesa exigia, para o transporte de perdas para efeitos de tributação, que essas perdas tivessem uma relação com os lucros *próprios* da sucursal obtidos no interior do país.

67. Isto está em conformidade com o princípio da territorialidade, nos termos do qual na tributação de um contribuinte que participa na vida económica nacional só são (podem) ser computados os lucros e perdas obtidos nesse mesmo território. A lei neerlandesa exige, ao invés que, na tribu-

tação de uma pessoa para efeitos de dedução de encargos relacionados com a participação, uma outra pessoa, designadamente a sociedade filial, obtenha lucros dentro do país. Do princípio da territorialidade não se pode, contudo, extrair que o lucro e as perdas de diferentes sujeitos fiscais nacionais devam ser compensados.

68. A coerência do regime é antes garantida através das regras da directiva mãe-filial. Esta prevê, no artigo 4.º, n.º 1, como benefício fiscal para as sociedades-mãe, a dispensa de uma nova tributação do lucro distribuído pelas sociedades filiais. Em compensação, a directiva autoriza, como obrigação fiscal para a sociedade-mãe, no artigo 4.º, n.º 2, a não dedução dos encargos respeitantes a participações que tenham conduzido a este lucro.

69. Com o disposto no artigo 4.º da directiva, é evitada a dupla tributação sem prejudicar, no que diz respeito à dedução de encargos, ao contrário do regime neerlandês, sociedades-mãe com filiais no estrangeiro. Com o artigo 13.º da Wet op de vennootschapsbelasting, o legislador neerlandês consegue evitar a dupla tributação através da isenção das participações — o que corresponde ao caso de base do artigo 4.º da directiva —, razão pela qual nem o lucro nem os encargos de uma participação são considerados na determinação dos lucros de uma sociedade-mãe. A segunda parte da norma, que favorece

23 — Acórdão de 15 de Maio de 1997 (C-250/95, Collect., p. I-2471, n.º 22).

unilateralmente as sociedades-mãe com filiais no mesmo país, não tem, no entanto, nada que ver com a prevenção da dupla tributação.

70. Além disso, o Governo neerlandês defende que o regime é justificado pela sua finalidade de não reduzir receitas fiscais. A este respeito, o Tribunal de Justiça decidiu já várias vezes que a redução de receitas fiscais não faz parte das causas justificativas previstas no artigo 46.º CE nem pode ser considerada uma razão imperativa de interesse geral que possa ser invocada para justificar uma medida em princípio incompatível com o artigo 43.º CE²⁴.

71. Por outro lado, estamos perante uma disposição que reduz encargos fiscais apenas para particulares, que tem efeitos discriminatórios, o que não pode ser justificado através do objectivo de salvaguarda das receitas fiscais. Os Países Baixos são livres de recusar, em todos os casos, a dedução fiscal dos encargos com participações, de acordo com o artigo 4.º, n.º 2, da directiva mãe-filial. Assim, aumentam as receitas fiscais, em vez de diminuírem. Como referido pela Comissão na resposta escrita de 14 de Junho de 2002 à questão do Tribunal de Justiça, a Áustria tem, por exemplo, um regime correspondente.

72. Em conclusão, para que a sua legislação seja conforme ao direito comunitário, o legislador neerlandês deve tratar de maneira igual os agrupamentos de empresas nacionais e transfronteiriças. O artigo 4.º, n.º 2, da directiva mãe-filial deixa em aberto a questão de saber se os encargos com participações podem ou não ser deduzidos — integralmente — do lucro da sociedade-mãe.

73. Sublinhe-se que a directiva aceita como inevitável que os encargos com participações não são considerados nem na tributação da sociedade-mãe, nem da sociedade filial. A directiva autoriza expressamente que os Estados-Membros excluam a dedução às sociedades-mãe. No entanto, não estabelece que, nesse caso, os encargos podem ser considerados pela filial.

74. Consequentemente, deve responder-se à primeira questão prejudicial no sentido de que o artigo 43.º CE, conjugado com o artigo 48.º CE, opõe-se a uma disposição nacional que prevê que um Estado-Membro conceda a uma sociedade-mãe sujeita a imposto nesse Estado-Membro uma dedução desses encargos relacionados com uma participação de que é titular numa filial, se a respectiva filial obtiver lucros tributáveis no Estado-Membro em que está estabelecida a sociedade-mãe.

24 — *Acórdãos Metallgesellschaft e o.* (já referido na nota 6, n.º 39); *Saint-Gobain ZN* (já referido na nota 9, n.º 51); e *ICI* (já referido na nota 5, n.º 28).

B — *Quanto à segunda questão*

1) Argumentos das partes

75. A *Bosal* entende que, de qualquer forma, a coerência do regime fiscal nacional seria maior se, na tributação da sociedade filial, os Países Baixos considerassem — no caso de ser a sociedade filial, e não a sociedade-mãe, que aí está sujeita à tributação do lucro — os encargos de participação apresentados pela sociedade-mãe.

76. De acordo com o *Governo neerlandês*, a segunda questão não é pertinente, uma vez que, no presente caso, não é uma sociedade filial que requer a dedução de encargos dos seus lucros, mas uma sociedade-mãe. As questões 1 e 2 são de responder independentemente uma da outra, uma vez que os factos respectivamente subjacentes não são comparáveis. Os Países Baixos não podem ser responsabilizados por evitar qualquer dupla tributação, pois no caso da questão 2 é o Estado da sociedade-mãe estrangeira que é competente para o efeito. O problema resulta dos diferentes regimes fiscais e da ainda não concretizada, contudo desejada, harmonização.

77. O *Governo do Reino Unido* entende que a resposta à segunda questão não tem qualquer influência no facto de o regime neerlandês ser justificado pelo princípio da coerência.

78. A *Comissão* considera que os Países Baixos, ao contrário do regime em vigor, deviam autorizar a dedução de encargos de participação apresentados por uma sociedade-mãe estrangeira dos rendimentos tributáveis de uma filial com sede no interior do país. Disto não depende, porém, a resposta à primeira questão. Além disso, esta parte do regime não foi impugnada pela *Bosal*, no caso concreto.

2) Apreciação

79. Quanto à primeira questão, constatou-se que a hipótese de base da disposição neerlandesa de recusar sistematicamente a dedução dos encargos de participação constitui um regime coerente que também é permitido pela directiva mãe-filial. Apenas a excepção prevista na disposição de conceder uma vantagem fiscal às sociedades-mãe com filiais que obtenham lucro nos Países Baixos quebra a coerência do regime, prejudicando as sociedades-mãe com filiais no estrangeiro.

80. Esta desvantagem apenas poderia ser compensada pela atribuição de uma vantagem fiscal às filiais de sociedades-mãe estrangeiras se existisse um nexo directo entre esta vantagem fiscal e a obrigação fiscal das sociedades discriminadas. Como já referido, não se verifica tal nexo entre a tributação de uma sociedade-mãe e a tributação da sua própria filial, uma vez que são pessoas colectivas diferentes. Muito menos se pode estabelecer este nexo entre uma sociedade-mãe nacional e as filiais de uma outra sociedade-mãe estrangeira.

81. Independentemente destas considerações, o Tribunal de Justiça já considerou várias vezes que um tratamento fiscal desfavorável contrário a uma liberdade fundamental não pode justificar-se pela existência de outras vantagens fiscais²⁵.

82. O regime que prevê a dedução dos encargos de participação das sociedades filiais só poderia completar o sistema da directiva mãe-filial se se desejasse que estes encargos pudessem ser deduzidos em algum lugar. Para assegurar um tratamento igual, haveria porém de exigir que este fosse o caso em toda a Comunidade. De acordo com a informação prestada pela Bosal no

processo, este não é o caso, pelo menos nos países onde mantém filiais — Bélgica, França, Reino Unido, Irlanda, Países Baixos, Alemanha, Dinamarca, Espanha e Itália.

83. Um tal regime abrangendo toda a Comunidade não pode, no entanto, eliminar a diferença de tratamento operada pelo regime neerlandês, de sociedades-mãe com filiais estrangeiras. Neste caso, os grupos de sociedades meramente nacionais poderiam então invocar, em teoria, duas vezes os encargos de participação, isto supondo a manutenção do regime neerlandês. Se não forem introduzidos processos de cálculo neste âmbito, estes grupos poderão invocar estes encargos quando da tributação da sociedade-mãe com base na regulamentação neerlandesa e quando da tributação da filial com base na consideração obrigatória dos custos das filiais em toda a Comunidade.

84. Deve, pois, responder-se à segunda questão no sentido de que na resposta à primeira questão é indiferente o facto de o Estado-Membro em causa ter ou não em conta os referidos encargos na tributação da sociedade filial, no pressuposto de a sociedade filial, mas não a sociedade-mãe, estar sujeita a imposto sobre os lucros obtidos no referido Estado-Membro.

²⁵ — Acórdãos Verkooijen (já referido na nota 21, n.º 61); Saint-Gobain ZN (já referido na nota 9, n.º 54); e Comissão/França (já referido na nota 9, n.º 21).

VI — Conclusão

85. Em virtude do exposto, é sugerido como resposta às questões do órgão jurisdicional de reenvio o seguinte:

- «1) O artigo 43.º CE, conjugado com o artigo 48.º CE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional que prevê que um Estado-Membro conceda a uma sociedade-mãe sujeita a imposto nesse Estado-Membro uma dedução desses encargos relacionados com uma participação de que é titular numa filial, se a respectiva filial obtiver lucros tributáveis no Estado-Membro em que está estabelecida a sociedade-mãe.
- 2) Na resposta à primeira questão, é indiferente o facto de o Estado-Membro em causa ter ou não em conta os referidos encargos na tributação da sociedade filial, no pressuposto de a sociedade filial, mas não a sociedade-mãe, estar sujeita a imposto sobre os lucros obtidos no referido Estado-Membro.»