

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

M. POIARES MADURO

apresentadas em 31 de Maio de 2006¹

1. Os processos relativos aos sistemas nacionais de tratamento fiscal das perdas e despesas das sociedades pertencentes a um grupo transnacional suscitam questões novas e delicadas no quadro comunitário². Estas questões andam à volta da questão de saber se estes sistemas são compatíveis com os princípios do Tratado CE destinados a garantir o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Cada um desses processos suscita problemas específicos e deve, conseqüentemente, ser objecto de um exame em particular. Simultaneamente, importa fixar, relativamente a esta questão, uma jurisprudência clara e constante.

apreciar, à luz das liberdades de estabelecimento e de movimentos de capitais, uma disposição da legislação alemã relativa ao imposto sobre o rendimento, que restringe, no que diz respeito a uma sociedade-mãe com domicílio na Alemanha, as possibilidades de dedução fiscal das perdas resultantes da amortização sobre o valor das participações nas filiais dessa sociedade estabelecidas noutros Estados-Membros.

2. O Tribunal de Justiça teve recentemente ocasião de se pronunciar, no processo Marks & Spencer³, sobre a compatibilidade, com o direito comunitário, do sistema de «dedução de grupo» britânico que autoriza, em determinadas condições, uma sociedade-mãe a deduzir ao seu lucro tributável as perdas sofridas pelas suas filiais. Trata-se agora de

I — Contexto jurídico e factual

3. O processo tem origem nos seguintes factos. Por contrato celebrado em 6 de Março de 1995, o grupo Kaufhof cedeu a ITS Reisen GmbH (a seguir «ITS»), uma sociedade do grupo que tem por objecto social actividades de turismo, à sociedade Rewe Zentralfinanz eG (a seguir «Rewe»). A Rewe, ao adquirir, por efeito de um contrato de fusão, o património da ITS, passou a ser o titular universal do património desta última.

1 — Língua original: português.

2 — V., neste sentido, acórdãos de 18 de Setembro de 2003, Bosal (C-168/01, Colect., p. I-9409), e de 23 de Fevereiro de 2006, Keller Holding (C-471/04, ainda não publicado na Colectânea), bem como, no que se refere às perdas de rendimentos de pessoas singulares, acórdão de 21 de Fevereiro de 2006, Ritter-Coulais (C-152/03, ainda não publicado na Colectânea).

3 — Acórdão de 13 de Dezembro de 2005 (C-446/03, ainda não publicado na Colectânea).

4. Ora, em 1989, a ITS tinha criado nos Países Baixos uma filial, a Kaufhof-Tourism Holdings BV (a seguir «KTH»), da qual detinha a integralidade das partes sociais. Nesse mesmo Estado-Membro, esta criou uma sociedade de participações, a International Tourism Investment Holding BV (a seguir «ITIH»), da qual detinha 100% das partes. Além disso, a ITIH adquiriu participações em duas sociedades na Bélgica assim como numa sociedade no Reino Unido e numa sociedade em Espanha.

5. A matéria da tributação das sociedades está regulada, na Alemanha, pela lei sobre o imposto das sociedades (Körperschaftsteuergesetz, a seguir «KStG»), que remete para as disposições pertinentes da lei relativa ao imposto sobre o rendimento (Einkommens-teuergesetz, a seguir «EStG»). Nos termos do § 1 da KStG, as sociedades com domicílio na Alemanha são tributadas sobre a totalidade dos seus lucros mundiais. O lucro tributável resulta, em princípio, da diferença entre o capital de exploração da empresa no final do ano de exploração e o capital de exploração no final do ano de exploração anterior. Em caso de perdas excedentárias, estas podem ser objecto de antecipação ou de diferimento para outros exercícios fiscais, nos termos do § 10d da EStG. Além disso, o § 6 da EStG permite que sejam tidas em conta, designadamente, a título de despesas de exploração dedutíveis do lucro tributável, amortizações sobre o valor parcial inferior de participações. Estas despesas correspondem, de facto, a uma avaliação da descida do preço de aquisição da participação numa sociedade, devido a perdas contínuas sofridas por esta.

6. Durante os exercícios fiscais dos anos de 1993 e 1994, a ITS procedeu a amortizações parciais sobre o valor contabilístico da sua participação na KTH e a correcções de valor sobre os créditos relativos às filiais britânica e espanhola da ITIH. Estas operações representam, para o ano de 1993, encargos no montante de 14 342 499 DEM e, para o ano de 1994, encargos no montante de 32 332 144 DEM, ou seja, um total de mais de 46 milhões DEM.

7. No entanto, o Finanzamt Köln-Mitte (Serviço das Contribuições de Colónia-Centro) recusou tomar em consideração estes encargos a título de receitas negativas na determinação do lucro tributável da Rewe ao longo dos dois anos controvertidos, alegando que o § 2a, n.ºs 1 e 2, da EStG se opunha a tal.

8. Com efeito, esta disposição, intitulada «Receitas negativas com ligação ao estrangeiro», prevê:

«1) As receitas negativas

[...]

2. provenientes de um estabelecimento industrial ou comercial situado num Estado estrangeiro,
3. a) provenientes da tomada em consideração do valor parcial inferior de uma participação, que faça parte dos activos de exploração, numa pessoa que não tenha a sua direcção nem a sua sede no interior do país (pessoa colectiva estrangeira), [...]

[...]

só podem ser compensadas com receitas positivas da mesma natureza provenientes do mesmo Estado [...]; assim, também não podem ser deduzidas nos termos do § 10d. As diminuições do lucro são equiparadas às receitas. Não podendo as receitas negativas ser compensadas em conformidade com o disposto na primeira frase, serão deduzidas das receitas positivas que tenham a mesma natureza que o contribuinte obteve durante os exercícios fiscais no mesmo Estado. [...]

2) O n.º 1, primeira frase, segundo ponto, não é aplicável quando o contribuinte provar que as receitas negativas são provenientes de

um estabelecimento industrial ou comercial no estrangeiro, que tenha por objecto exclusivo ou quase exclusivo a produção ou a entrega de mercadorias, com excepção de armas, da extracção de riquezas do subsolo, bem como a realização de prestações de natureza comercial na medida em que estas não consistam na criação ou na exploração de instalações destinadas ao turismo ou na locação de bens económicos, incluindo a cessão de direitos, planos, amostras, procedimentos, *know-how* e conhecimentos; a detenção directa de uma participação de, no mínimo, um quarto do capital nominal de uma sociedade de capitais que tenha por objecto exclusivo ou quase exclusivo as actividades acima referidas, bem como o financiamento relacionado com a detenção de tal participação, é considerada uma realização de prestações de natureza comercial quando a sociedade de capitais não tenha a sua direcção nem a sua sede no interior do país. [...]

9. É facto assente que, durante os dois anos controvertidos, a ITS não dispunha de receitas positivas provenientes da sua filial neerlandesa KTH. Por outro lado, as condições da derrogação prevista no § 2a, n.º 2, da EStG não estavam preenchidas: a KTH não exerce uma das actividades privilegiadas, qualificadas como «actividades activas», mencionadas no § 2a, n.º 2, primeira frase, da EStG, e não detém participações directas numa sociedade de capitais que tenha por objecto uma das referidas actividades privilegiadas.

10. Com base nestas verificações, o Finanzamt Köln-Mitte emitiu pareceres modifica-

tivos relativos ao imposto sobre as sociedades devido pela Rewe. Esta apresentou uma reclamação junto da Administração Fiscal. Tendo a reclamação sido rejeitada, a Rewe interpôs recurso para o Finanzgericht Köln, pedindo que fossem tomados em consideração todos os encargos de exploração ligados às suas participações nas sociedades estabelecidas nos Países Baixos, no Reino Unido e em Espanha. A Rewe alega, como fundamento do recurso, que a aplicação do § 2a da EStG constitui uma discriminação contrária ao direito comunitário.

11. O órgão jurisdicional de reenvio partilha igualmente desta opinião. Refere que resulta do direito aplicável que, enquanto as amortizações sobre o valor de participações numa sociedade alemã podem, em princípio, ser fiscalmente tidas em conta sem restrições para efeitos de determinar o lucro tributável da sociedade que detém essas participações, as amortizações sobre o valor das participações numa sociedade estabelecida noutro Estado-Membro só podem ser tidas em conta em casos limitados, isto é, quando essas despesas são compensadas através das receitas positivas provenientes desse outro Estado-Membro, ou quando as condições do regime derogatório previsto no § 2a, n.º 2 da EStG estão preenchidas. Parece assim claro ao órgão jurisdicional de reenvio que semelhante restrição sobre a possibilidade de se deduzir perdas ligadas a investimentos no estrangeiro constitui um entrave ao livre estabelecimento noutro Estado-Membro, bem como à livre circulação de capitais, protegidos pelo direito comunitário.

12. Animado por esta convicção, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«As disposições conjugadas dos artigos [43.º CE], [48.º CE] e [56.º CE e seguintes] devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regulamentação que — como a regulamentação do § 2a, n.º 1, ponto 3 a), e n.º 2, da EStG, contestadas no processo principal — restringe a dedução fiscal imediata de perdas resultantes da amortização sobre o valor das participações em filiais situadas noutros países da Comunidade quando estas filiais exercem actividades passivas na acepção da disposição nacional e/ou quando realizam actividades activas na acepção da disposição nacional apenas através das suas subfiliais, ao passo que as amortizações sobre o valor das participações em filiais situadas no interior do país são possíveis sem estas restrições?»

II — Análise

A — Quanto à restrição à liberdade de estabelecimento

13. A liberdade de estabelecimento, consagrada no artigo 43.º CE, reconhece aos

cidadãos comunitários o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, bem como a constituição e a gestão de empresas, em condições iguais às que são definidas na legislação do Estado-Membro de estabelecimento para os seus próprios nacionais. Segundo o artigo 48.º CE, essa liberdade comporta, em relação às sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da Comunidade, o direito de exercer a sua actividade no Estado-Membro em causa por intermédio de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência ⁴.

14. Decorre do acórdão Baars que exerce o seu direito de estabelecimento o nacional de um Estado-Membro que detém no capital de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro uma participação que lhe confere uma certa influência sobre as decisões da sociedade e lhe permite determinar as respectivas actividades ⁵. É esse indubitavelmente o caso quando, como na presente situação, uma sociedade como a Rewe detém uma participação igual a 100% no capital de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro, a qual, por sua vez, detém 100% das partes de uma sociedade que detém participações no capital de diferentes sociedades sitas noutros Estados-Membros. Daqui resulta que a situação visada pelo órgão jurisdicional de reenvio, relativa às perdas sofridas pela Rewe em razão da sua partici-

pação na sua filial KTH estabelecida nos Países Baixos e das participações desta numa subfilial estrangeira, está abrangida pelas normas do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento.

15. Ora, recordemos que, mesmo se, de acordo com a sua redacção, as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento visam assegurar o direito ao tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, elas opõem-se igualmente a que o Estado de origem entrave o estabelecimento, noutro Estado-Membro, de um dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação ⁶. É facto assente que o Tratado se opõe a qualquer «restrição à saída» que se caracterize por um tratamento desfavorável imposto pela legislação de um Estado-Membro às sociedades com domicílio nesse Estado-Membro que pretendam criar filiais noutros Estados-Membros.

16. De entre os tratamentos desfavoráveis proibidos pelo Tratado constam as restrições de natureza fiscal. Com efeito, é jurisprudência assente que, embora a fiscalidade directa seja da competência dos Estados-Membros, estes devem, no entanto, exercê-la no respeito do direito comunitário ⁷.

4 — V., designadamente, acórdão de 21 de Setembro de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Colect., p. I-6161, n.º 35).

5 — Acórdão de 13 de Abril de 2000 (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22). V., igualmente, acórdão de 21 de Novembro de 2002, X e Y (C-436/00, Colect., p. I-10829, n.º 37).

6 — Acórdão de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/98, Colect., p. I-4695, n.º 21).

7 — V. acórdão Marks & Spencer, já referido, n.º 29, que retoma os termos do acórdão de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 37).

17. Em conformidade com a legislação em causa no processo principal, as perdas relativas à amortização sobre o valor das participações numa filial situada na Alemanha entram, sem restrições, na determinação do lucro tributável das sociedades sujeitas ao imposto. Pelo contrário, as perdas da mesma natureza devidas a participações numa filial estabelecida noutro Estado-Membro são dedutíveis, pela sociedade contribuinte na Alemanha, apenas em determinadas condições de receitas ou de actividades.

18. Daqui resulta que a situação fiscal de uma sociedade que, como a Rewe, tem uma filial nos Países Baixos é menos favorável do que aquela que seria a sua situação se essa filial estivesse estabelecida na Alemanha. É certo que as perdas resultantes de participações numa filial estrangeira poderiam ser tidas em conta no caso de esta apresentar posteriormente receitas positivas. Não deixa, no entanto, de ser verdade que, mesmo nesse caso, a sociedade-mãe em causa fica privada da possibilidade de considerar imediatamente as suas perdas. Esta possibilidade reconhecida às sociedades que dispõem de filiais nacionais constitui, para essas sociedades, uma vantagem de tesouraria⁸. Privar as sociedades que têm filiais no estrangeiro de semelhante vantagem é susceptível de desencorajar a constituição de filiais noutros Estados-Membros.

19. Atendendo a esta diferença de tratamento, uma sociedade-mãe poderia, pois, ser

dissuadida de exercer as suas actividades por intermédio de filiais ou de subfiliais estabelecidas noutros Estados-Membros⁹.

20. O Governo alemão alega, contudo, que esta diferença de tratamento não constitui uma discriminação proibida pelo Tratado, na medida em que a situação de uma filial estabelecida na Alemanha não é comparável à situação de uma filial estabelecida noutro Estado-Membro. Precisa que o Tribunal de Justiça reconheceu que as filiais são pessoas colectivas autónomas sujeitas a cobranças de impostos distintas no território em que se situam. Assim, as perdas correspondentes a amortizações e a créditos podem ser tidas em conta no âmbito da declaração de lucros dessas filiais no Estado-Membro onde estão implantadas.

21. Esta argumentação não pode ser acolhida. A diferença de tratamento fiscal em causa no processo principal diz respeito, não à situação das filiais mas à das sociedades-mãe domiciliadas na Alemanha consoante disponham ou não de filiais estabelecidas noutros Estados-Membros. A este propósito, basta constatar, por um lado, que as perdas em causa são as das sociedades-mãe e, por outro, que os lucros das filiais não dão lugar a tributação das sociedades-mãe, indepen-

8 — V., no mesmo sentido, acórdão Marks & Spencer, já referido, n.º 32.

9 — V., neste sentido, acórdão Bosal, já referido, n.º 27.

dentemente de provirem de filiais tributáveis na Alemanha ou noutros Estados-Membros¹⁰. A diferença de tratamento relativa às sociedades-mãe não depende, portanto, da questão de saber se as suas filiais são ou não objecto de tributação distinta.

22. Resulta da análise que precede que uma limitação da possibilidade de se deduzir os encargos resultantes da amortização sobre o valor das participações no capital de filiais estabelecidas noutros Estados-Membros, como a prevista no § 2a, n.ºs 1, ponto 3a, e 2, da EStG, constitui, como referiu o órgão jurisdicional nacional, uma restrição à liberdade de estabelecimento.

23. Semelhante restrição só pode ser admitida se prosseguir um objectivo legítimo compatível com o Tratado e se se justificar por razões imperiosas de interesse geral. É ainda necessário, nesse caso, que seja adequada a garantir a realização do objectivo em causa e que não ultrapasse o que é necessário para o atingir¹¹.

B — Quanto à justificação da regulamentação em causa

24. Para justificar a medida controvertida, o Governo alemão apresenta diversos argu-

mentos jurídicos, que traduzem preocupações de ordem simultaneamente política (a preocupação de uma repartição equilibrada do poder de tributação), ética (o risco de dupla utilização fraudulenta das perdas e o de evasão fiscal), administrativa (a garantia da eficácia das fiscalizações), sistémica (a necessidade de salvaguardar a uniformidade do regime fiscal) e económica (o risco de perdas orçamentais). Alega que encontra confirmação desta argumentação no acórdão Marks & Spencer, acima referido. Há que iniciar a análise das justificações, invocando, portanto, esta jurisprudência.

1. A repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros

25. No acórdão Marks & Spencer, o Tribunal admitiu, pela primeira vez, que havia que tomar em consideração, para efeitos de apreciar a compatibilidade de uma legislação fiscal com as liberdades fundamentais, o princípio da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros¹². No entanto, teve igualmente o cuidado de precisar e de enquadrar as condições de aplicação deste princípio.

26. Por um lado, semelhante exigência só é pertinente na fase da justificação da medida

¹⁰ — *Ibidem*, n.º 39.

¹¹ — V., neste sentido, acórdão de 11 de Março de 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Colect., p. I-2409, n.º 49).

¹² — N.º 46

restritiva em causa. Não pode ser invocada, como faz o Governo alemão no presente processo, no âmbito da análise de uma restrição à liberdade de estabelecimento. Por outro lado, esta justificação reveste, no âmbito comunitário, um significado que merece ser cuidadosamente circunscrito.

27. A este propósito, o Governo alemão parece admitir que esta exigência poderia excluir determinadas formas de discriminação do âmbito de aplicação das liberdades de circulação. Com efeito, baseia a sua argumentação numa *regra de simetria* entre o direito de tributar os lucros de uma sociedade e o dever de tomar em consideração as perdas dessa sociedade. Sendo os lucros e as perdas, em matéria fiscal, as duas faces de uma mesma moeda, as autoridades fiscais alemãs não deveriam ter de tomar em consideração perdas ligadas à actividade de uma filial estabelecida noutro Estado-Membro, no âmbito do tratamento fiscal da sociedade-mãe domiciliada no território alemão, uma vez que não podem tributar os lucros dessa filial. Só uma tal regra de repartição permitiria respeitar a soberania fiscal dos Estados-Membros e as regras do direito fiscal internacional.

28. Esta maneira de definir a exigência de repartição equilibrada do poder de tributação não é aceitável. Assim considerada, com efeito, não se distingue substancialmente de uma justificação de natureza puramente

económica. Tal interpretação permitiria a um Estado-Membro recusar sistematicamente conceder um benefício fiscal a uma empresa, alegando que esta desenvolveu uma actividade económica transnacional que não está vocacionada para gerar receitas fiscais nesse Estado. Apresentada sob esta forma, a justificação já foi, aliás, expressamente rejeitada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Marks & Spencer, acima referido. O Tribunal de Justiça declara que, tratando-se precisamente deste elemento de justificação, se deve recordar que a redução das receitas fiscais não pode ser considerada uma razão imperiosa de interesse geral que possa ser invocada para justificar uma medida em princípio contrária a uma liberdade fundamental¹³.

29. É certo que há que tomar em consideração o princípio segundo o qual os Estados-Membros permanecem livres para definir a organização do seu sistema fiscal e para repartir entre si o seu poder de tributação¹⁴. É incontestável, no entanto, que as liberdades fundamentais impõem determinados condicionalismos aos Estados-Membros no exercício das suas competências na matéria. Esses condicionalismos consistem, essencialmente, em respeitar a obrigação de não desfavorecer de forma alguma os sujeitos passivos que exercem uma actividade transnacional relativamente aos sujeitos passivos nacionais, mesmo que daí resulte uma diminuição das receitas fiscais do Estado em causa.

13 — Acórdão Marks & Spencer, já referido, n.º 44, em conformidade com jurisprudência assente referida, designadamente, no acórdão de 7 de Setembro de 2004, Manninen (C-319/02, Colect., p. I-7477, n.º 49).

14 — V., designadamente, acórdão de 21 de Março de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Colect., p. I-3193, n.º 40).

30. Este ponto de vista foi consagrado pelo Tribunal de Justiça, designadamente, no acórdão Bosal, acima referido. Nesse processo, o Tribunal de Justiça declarou que o Tratado se opõe a uma disposição nacional que faz depender a possibilidade de deduzir os encargos ligados à participação de uma sociedade-mãe neerlandesa no capital de uma filial estabelecida noutro Estado-Membro da condição de esses encargos servirem indirectamente para a realização de lucros tributáveis nos Países Baixos. Esta solução foi contestada por violar o princípio da justa repartição do poder de tributação dos Estados-Membros. Dado que os encargos pagos pela sociedade neerlandesa estão *economicamente* ligados aos lucros realizados pela sua filial estabelecida noutro Estado-Membro, teria sido *juridicamente* mais coerente analisar esses encargos como despesas estrangeiras que só podem ser tomados em consideração no Estado de origem dos referidos lucros¹⁵. No entanto, tal análise não tem suficientemente em conta a situação do cidadão comunitário que opera no âmbito alargado do mercado interno. Esta não deve ser objecto de um exame diferente consoante os territórios de tributação em causa; deve ser apreciada globalmente. Deste ponto de vista, é evidente que uma diferença de tratamento fiscal entre sociedades-mãe, consoante estas tenham ou não filiais no estrangeiro, não pode ser justificada pelo facto de terem operado uma transferência de recursos económicos para uma parte do território da União Europeia onde o Estado em causa não pode exercer a sua competência fiscal. Decidir de outra forma, na falta de

regras comuns na matéria, equivaleria, na prática, a tornar inoperantes as liberdades fundamentais consagradas pelo Tratado.

31. Além disso, se o raciocínio por simetria, que o Governo alemão defende, devesse ser admitido no domínio fiscal, não se vislumbra por que motivo o mesmo não seria alargado aos outros domínios abrangidos pelas liberdades de circulação. Da mesma maneira que poderia ser invocado o princípio da repartição do poder de tributação, seria assim possível invocar, em geral, um princípio de repartição do poder de regulamentação. Segundo este princípio, um Estado-Membro poderia recusar tomar em consideração as situações económicas transnacionais susceptíveis de pôr em causa a sua liberdade de regulamentar. Assim, por exemplo, poderia ser recusada a entrada num mercado nacional a uma mercadoria legalmente fabricada segundo as condições impostas por outro Estado-Membro, por esta mercadoria não respeitar as condições legais que prevalecem naquele mercado. A liberdade de circulação das mercadorias ficaria assim reduzida a uma regra de não discriminação puramente formal, que consistiria em aplicar o mesmo tratamento apenas aos produtos abrangidos pela regulamentação do Estado em causa. Tal resultado seria totalmente contrário à jurisprudência assente do Tribunal de Justiça na matéria¹⁶.

32. Este não pode, conseqüentemente, ser o alcance que deve ser reconhecido, no âmbito

15 — V., neste sentido, conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed apresentadas em 23 de Fevereiro de 2006 no processo *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, n.ºs 62 e 63, pendente no Tribunal de Justiça). V., igualmente, Weber, D. — «The Bosal Holding Case: Analysis and Critique», *EC Tax Review*, 2003-4, p. 220, e Wattel, P. J. — «Red Herrings in Direct Tax Cases before the ECJ», *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, n.º 2, pp. 81 a 95, especialmente pp. 89 e 90.

16 — V., a este propósito, acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentral*, dito «*Cassis de Dijon*» (120/78, Colect., p. 327).

comunitário, à exigência legítima da repartição equilibrada do poder de tributação. Embora o Tribunal de Justiça tenha admitido, no acórdão Marks & Spencer, um elemento de justificação baseado nesta exigência, só o fez em relação aos riscos de abuso ou de fraude que podem decorrer, em determinados casos, de uma má coordenação das competências fiscais dos Estados-Membros. Na falta de harmonização das legislações fiscais, receia-se que o exercício das liberdades de circulação dê lugar ao desenvolvimento de um verdadeiro «tráfico das perdas» à escala comunitária. Com efeito, como o Tribunal de Justiça recordou nesse acórdão, «conceder às sociedades a faculdade de optar pela dedução dos seus prejuízos no Estado-Membro do seu estabelecimento ou noutro Estado-Membro comprometeria sensivelmente a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros, sendo a matéria colectável aumentada no primeiro Estado e diminuída no segundo, até ao montante dos prejuízos transferidos»¹⁷. Seria assim possível aos operadores económicos organizarem a transferência das suas perdas para sociedades estabelecidas em Estados-Membros onde as taxas de tributação são as mais elevadas e onde, consequentemente, o valor fiscal das perdas é o mais importante. Tal situação poderia pôr em causa a neutralidade exigida pelo direito comunitário relativamente aos regimes fiscais nacionais¹⁸.

33. Segundo este princípio de neutralidade, o direito de estabelecimento não pode ser

utilizado pelos operadores económicos para dele retirarem vantagens que não estão ligadas ao exercício das liberdades de circulação. Ora, seria esse o caso se uma transferência de actividade na Comunidade fosse unicamente determinada por razões fiscais, independentemente de qualquer vontade de se estabelecer realmente e de se integrar na economia da sociedade de acolhimento, tendo por único objectivo subtrair-se abusivamente às legislações nacionais ou explorar artificialmente as diferenças entre essas legislações¹⁹. Na ocorrência de tal risco de abuso, pode ser necessário, como declara o Tribunal de Justiça no acórdão Marks & Spencer, aplicar às actividades económicas das sociedades estabelecidas num desses Estados unicamente as regras fiscais desse Estado, tanto no que diz respeito aos lucros como às perdas²⁰. Este é, em minha opinião, o verdadeiro significado da exigência de repartição do poder de tributação no âmbito comunitário.

34. É ainda necessário demonstrar que esse risco existe. É por este motivo que o Tribunal de Justiça considera, nesse mesmo acórdão, que o elemento de justificação baseado na preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros não pode ser dissociado de dois outros elementos de justificações relativos, por um lado, ao risco de dupla utilização das perdas e, por outro, ao risco de evasão fiscal. Só à luz destas três justificações, «consideradas no seu conjunto»²¹, é que o Tribunal de Justiça reconheceu que a regulamentação restritiva controversa podia ser justificada.

17 — N.º 46.

18 — V., quanto a este ponto, as minhas conclusões no processo Marks & Spencer, já referido, n.º 67.

19 — V., no mesmo sentido, conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas em 2 de Maio de 2006 no processo Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, pendente no Tribunal de Justiça).

20 — N.º 45.

21 — N.º 51.

35. Há portanto que verificar se, como alega o Governo alemão, no presente processo, se incorre nos riscos de dupla utilização das perdas e de evasão fiscal.

considerar que se incorre no risco de dupla utilização das *mesmas* perdas pelo facto de a sociedade-mãe estar autorizada a efectuar tal dedução.

2. Risco da dupla utilização das perdas

36. O Governo alemão expõe que, à semelhança da regulamentação em causa no processo Marks & Spencer, a regulamentação controvertida é necessária para permitir evitar que uma sociedade possa beneficiar de múltiplas vantagens fiscais sob a forma da dupla tomada em consideração das perdas sofridas no estrangeiro.

37. Este argumento não é pertinente no âmbito do presente processo. Com efeito, as perdas em causa neste processo não são, como no processo Marks & Spencer, perdas sofridas no estrangeiro por filiais independentes e que são em seguida transferidas para os lucros da sociedade-mãe. Trata-se de perdas incorridas pela sociedade-mãe devido à depreciação do valor das suas participações em filiais estrangeiras. Não podem ser confundidas com as perdas sofridas por estas próprias filiais. Estes dois tipos de perdas são objecto, no plano fiscal, de tratamento distinto. Consequentemente, não se pode

38. Ainda que se admita que há uma ligação económica entre estes dois tipos de perdas, como alega o Governo alemão, de forma a que a tomada em consideração distinta das perdas das filiais e das da sociedade-mãe seja qualificada como «dupla utilização das perdas», não parece, no presente caso, que essa dupla utilização esteja especificamente ligada a uma transferência de actividade para outro Estado-Membro. Com efeito, a alegada «dupla vantagem» não está reservada às sociedades que têm uma actividade transnacional. Uma sociedade-mãe que disponha de filiais na Alemanha pode deduzir do seu lucro tributável a amortização sobre o valor parcial das suas participações nessas filiais, sem que estas estejam impedidas de utilizar as suas próprias perdas no âmbito da sua tributação fiscal nesse mesmo Estado. Consequentemente, esta dupla utilização de perdas não está de forma alguma ligada à repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros e não pode justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento.

3. Risco de evasão fiscal

39. A este propósito, o Governo alemão apresenta essencialmente dois argumentos. Em primeiro lugar, alega que as sociedades alemãs têm tendência para transferir deter-

minados tipos de actividades económicas para fora do território alemão e do controlo das autoridades fiscais alemãs. Em segundo lugar, recorda que esta regulamentação se inspirou no comportamento de determinadas sociedades, designadamente no domínio do turismo, que consiste em transferir actividades tipicamente geradoras de perdas para outros Estados-Membros, com o único objectivo de reduzir os seus lucros tributáveis. Tal regulamentação deve ser declarada necessária a fim de prevenir a possibilidade de criar montagens artificiais.

40. Relativamente ao primeiro argumento, basta recordar que qualquer transferência de actividade para fora do território de um Estado-Membro não constitui, em si mesma, uma evasão fiscal. Não há dúvida de que a transferência de uma actividade para fora do território de um Estado-Membro é susceptível de conduzir a uma perda das receitas fiscais para esse Estado. No entanto, não se pode considerar que essa perda se deva a evasão fiscal. Neste caso, essa perda é simplesmente a consequência do exercício dos direitos que resultam das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado. O facto de uma sociedade deter participações em filiais estabelecidas noutros Estados-Membros não pode servir de base a uma presunção geral de evasão ou de fraude fiscais e justificar uma medida fiscal restritiva²².

41. Quanto ao segundo argumento, a simples circunstância de, num determinado

sector económico como o turismo, a Administração Fiscal alemã ter detectado casos de perdas importantes e contínuas sofridas por filiais estrangeiras de sociedades domiciliadas na Alemanha não é suficiente para demonstrar a existência de montagens artificiais. Há que recordar que, mesmo supondo que o risco de evasão fiscal seja reconhecido, deve sempre verificar-se se a medida em causa não ultrapassa o que é necessário para atingir o objectivo prosseguido²³. Ora, uma regulamentação que, como a regulamentação em causa, visa *de maneira geral* qualquer situação em que, seja por que razão for, filiais de um grupo estejam estabelecidas noutros Estados-Membros não pode, sem exceder o que é necessário para atingir o objectivo que pretende prosseguir, considerar-se justificada pelo risco de evasão fiscal. Tal é o resultado bem consolidado de jurisprudência assente²⁴.

42. De resto, o Governo alemão não demonstrou ao Tribunal como é que esse risco visava especialmente a constituição de filiais no estrangeiro em vez da constituição de filiais nacionais. É provável que, através deste argumento, o Governo alemão tenha igualmente pretendido sublinhar os limites dos seus poderes de controlo relativamente a operações transfronteiriças.

22 — V., no mesmo sentido, acórdão X e Y, já referido, n.º 62.

23 — Acórdão Marks & Spencer, já referido, n.º 53.

24 — V. acórdão ICI, já referido, n.º 26.

4. Eficácia dos controlos fiscais

43. Segundo o Governo alemão, com efeito, as autoridades fiscais nacionais têm possibilidades apenas muito limitadas de controlar as operações que se desenrolam no estrangeiro. Aplicar um princípio da territorialidade, excluindo as receitas negativas estrangeiras do lucro tributável das sociedades domiciliadas, permitiria facilitar os controlos efectuados pelas autoridades fiscais.

44. Esta argumentação não procede. É certo que o Tribunal de Justiça já declarou, de forma reiterada, que a eficácia dos controlos fiscais pode justificar uma regulamentação susceptível de restringir as liberdades fundamentais²⁵. Daqui resulta que um Estado-Membro está autorizado a aplicar medidas que permitem a verificação, de maneira clara e precisa, do montante dos encargos dedutíveis nesse Estado a título das participações no capital de filiais estrangeiras. No entanto, tal preocupação não pode justificar que o referido Estado possa submeter essa dedução a condições diferentes consoante as participações se refiram a filiais situadas no seu território ou no de outros Estados-Membros.

45. A este propósito, há que recordar que os Estados-Membros dispõem de instrumentos de cooperação reforçada ao abrigo da Directiva 77/799/CEE do Conselho, de

19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos directos²⁶. Nos termos dessas disposições, as autoridades competentes de um Estado-Membro têm a possibilidade de pedir às autoridades competentes de outro Estado-Membro todas as informações susceptíveis de lhes permitir proceder correctamente ao cálculo do montante do imposto sobre as sociedades.

46. O Governo alemão alega que, mesmo em caso de colaboração frutuosa com as autoridades de outro Estado-Membro, o controlo de operações estrangeiras é frequentemente muito difícil e a possibilidade de actualizar as declarações inexactas revela-se bastante menos fácil. Importa sublinhar, contudo, que a Directiva 77/799 oferece a possibilidade de se obter informações necessárias comparáveis às existentes entre os serviços fiscais no plano interno²⁷. Acrescento por um lado, que, no âmbito do estabelecimento do mercado interno, as relações entre Administrações Fiscais dos Estados-Membros devem assentar num princípio de confiança mútua²⁸. A este propósito, não há que supor que as Administrações Fiscais nacionais têm interesse em deixar prosperar no seu território situações fiscais contrárias ao direito do Estado a que estão sujeitas. Por outro lado, nada impede as autoridades

25 — Acórdãos de 15 de Maio de 1997, Futura Participations e Singer (C-250/95, Colect., p. I-2471), e de 28 de Outubro de 1999, Vestergaard (C-55/98, Colect., p. I-7641, n.º 23).

26 — JO L 336, p. 15; EE 09 F1 p. 94. Directiva alterada pela Directiva 2004/56/CE do Conselho, de 21 de Abril de 2004 (JO L 127, p. 70).

27 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 45).

28 — V., por analogia, sobre a confiança mútua que os Estados-Membros devem manifestar no que se refere aos controlos efectuados nos seus territórios respectivos, acórdão de 23 de Maio de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Colect., p. I-2553, n.º 19). V., igualmente, no contexto dos sistemas de justiça penal dos Estados-Membros, acórdão de 11 de Fevereiro de 2003, Gözütök e Brügge (C-187/01 e C-385/01, Colect., p. I-1345, n.º 33).

fiscais em causa de exigir do próprio contribuinte as informações que considerem necessárias para determinar se há ou não que conceder a dedução solicitada²⁹.

47. De qualquer modo, pode parecer surpreendente basear-se, a este respeito, num princípio de territorialidade do imposto, ao passo que, segundo a legislação alemã, a regra geral é a de que os rendimentos das sociedades são tributados sobre a totalidade dos seus lucros mundiais.

5. Salvaguarda da uniformidade do regime fiscal

48. O Governo alemão alega, essencialmente, que a regulamentação controvertida se inscreve logicamente no quadro da sua política fiscal. O facto de não ter em conta as receitas negativas estrangeiras em casos como o presente permitiria manter o tratamento fiscal o mais uniforme possível. Dois argumentos apresentados por este governo podem ser associados a esta justificação, baseando-se um no respeito do princípio da territorialidade e o outro na salvaguarda da «sistemática fiscal».

49. O princípio fiscal da territorialidade foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no seu

acórdão Futura Participations e Singer, acima referido. Em conformidade com este princípio, o Estado em causa pode tributar as sociedades-mãe domiciliadas no seu território sobre a totalidade dos seus lucros mundiais, ao passo que pode tributar as filiais não domiciliadas exclusivamente sobre os lucros provenientes da sua actividade no referido Estado³⁰. No entanto, tal princípio não justifica que seja recusada uma vantagem a uma sociedade-mãe domiciliada, pelo facto de os lucros das suas filiais não domiciliadas não poderem ser tributados³¹. A função deste princípio consiste em introduzir, na aplicação do direito comunitário, a necessidade de tomar em consideração os limites das competências fiscais dos Estados-Membros. No processo Futura Participations e Singer, o Estado-Membro em causa não podia ser obrigado a ter em conta as perdas estrangeiras, pois estas estavam ligadas aos rendimentos de origem estrangeira dos contribuintes não residentes. Não é o que sucede no presente processo. Neste caso, a concessão da vantagem não tem como consequência pôr em causa o exercício de uma competência fiscal concorrente. Diz respeito às sociedades-mãe domiciliadas na Alemanha, que estão sujeitas, a esse título, a uma obrigação fiscal ilimitada nesse país. Nada justifica, conseqüentemente, a recusa da referida vantagem.

50. A «sistemática fiscal» evoca o conceito, melhor conhecido da jurisprudência do Tribunal de Justiça, de «coerência fiscal»³². O Governo alemão expõe, a este propósito, que, por força das convenções de dupla tributação celebradas com diversos Estados-Membros, os dividendos pagos pelas filiais

30 — Acórdão Marks & Spencer, já referido, n.º 39.

31 — *Ibidem*, n.º 40.

32 — V., designadamente, acórdão Manninen, já referido, n.ºs 42 e 43.

29 — Acórdão Vestergaard, já referido, n.º 26 e jurisprudência referida.

estabelecidas nesses Estados estão isentos de imposto na Alemanha. Nestas condições, o Governo alemão considera que é lógico e coerente não atribuir vantagens à sociedade-mãe domiciliada, em razão das perdas ligadas às suas filiais. Essa vantagem só deve ser atribuída nos casos em que, na falta de convenção bilateral que preveja uma isenção, o lucro dessas filiais é tributável na Alemanha.

51. Não partilho deste entendimento. As convenções fiscais destinadas a prevenir as duplas tributações não são de natureza a eliminar o tratamento desfavorável constatado. Com efeito, segundo a legislação alemã, as perdas do tipo das que estão em causa neste processo são sempre tidas em conta quando a filial exerce uma «actividade activa» na acepção do § 2a, n.º 2, da EStG. Ora, neste caso, os dividendos eventualmente pagos por esta filial não são menos susceptíveis de estar isentos em aplicação de tais convenções. Não existe, portanto, nenhuma ligação directa entre a concessão da vantagem controvertida à sociedade-mãe e a isenção de dividendos pagos pela sua filial. Consequentemente, a coerência assegurada com base numa convenção de dupla tributação não pode entrar em linha de conta na apreciação da compatibilidade da disposição controvertida com o direito comunitário³³.

6. Consequências económicas

52. Segundo o Governo alemão, pôr em causa o regime controvertido criaria o risco

de gerar perdas de receitas substanciais para o orçamento nacional. Este governo reconhece a constância da jurisprudência segundo a qual a redução das receitas fiscais não pode ser considerada uma razão imperiosa de interesse geral susceptível de ser invocada para justificar uma medida em princípio contrária a uma liberdade fundamental³⁴. No entanto, sugere ao Tribunal de Justiça que reconsidere a sua jurisprudência, atendendo ao facto de que as receitas fiscais são as fontes essenciais de rendimentos dos Estados-Membros e da Comunidade.

34 — V., em geral, acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar e o. (238/82, Recueil, p. 523, n.º 23), bem como as conclusões do advogado-geral G. F. Mancini apresentadas nesse processo; e, mais concretamente, em matéria fiscal, acórdãos de 6 de Junho de 2000, Verkooijen (C-35/98, Colect., p. I-4071, n.º 48), e Manninen, já referido, n.º 49. Sucede, no entanto, que os aspectos económicos de uma regulamentação sejam tidos em conta quando estejam indissociavelmente ligados a outras preocupações consideradas legítimas. É testemunho disso, designadamente, o acórdão de 10 de Julho de 1984, Campus Oil e o. (72/83, Recueil, p. 2727), no qual o Tribunal admitiu que uma regulamentação nacional que prevê a obrigação de todos os importadores se aprovisionarem em produtos petrolíferos, até ao limite de uma determinada percentagem das suas necessidades, junto de uma refinaria instalada no território nacional, se podia justificar, na medida em que prossegue um objectivo essencial de segurança dos aprovisionamentos de energia que ultrapassa considerações de natureza puramente económica (n.ºs 34 e 35). De igual modo, o Tribunal considera que o Tratado permite aos Estados-Membros restringirem a livre prestação de serviços médicos e hospitalares, na medida em que a manutenção de uma capacidade de tratamento ou de uma especialidade médica no território nacional seja essencial para a saúde pública, ou mesmo para a sobrevivência da sua população (acórdão de 28 de Abril de 1998, Kohll, C-158/96, Colect., p. I-1931, n.º 51). É igualmente esta a orientação seguida em matéria de cidadania europeia. O Tribunal de Justiça reconhece, a este propósito, que o exercício do direito de residência dos cidadãos da União pode ser sujeito aos «interesses legítimos» dos Estados-Membros relativos à salvaguarda dos seus sistemas de assistência social (v. acórdão de 17 de Setembro de 2002, Baumbast e R, C-413/99, Colect., p. I-7091, n.ºs 87 e 90). Caso, no entanto, se verifique que a medida restritiva visa antes de mais um objectivo orçamental na busca de uma redução dos encargos de funcionamento de um sistema de seguro de doença, sem que a colocação em perigo do equilíbrio orçamental do referido sistema esteja em causa, o Tribunal de Justiça não hesita em condená-la (acórdão Duphar e o., já referido, n.ºs 16 e 23). Resulta desta jurisprudência que, embora considerações de ordem económica ou financeira possam ser legitimamente invocadas por um Estado-Membro quando haja risco de ataque grave à preservação de um serviço essencial da sua organização social, em contrapartida, um objectivo de natureza puramente económica não pode constituir um motivo legítimo de justificação de uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado.

33 — V., designadamente, acórdão de 11 de Agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Colect., p. I-2493, n.ºs 24 e 25).

53. Uma preocupação desta natureza pode ser considerada legítima. É verdade que a aplicação das regras comunitárias a determinados regimes fiscais nacionais pode por vezes ter um impacto financeiro importante. Em determinados casos, este impacto pode mesmo ser prejudicial para o equilíbrio das finanças do Estado.

54. No entanto, cabe ao Estado-Membro em causa provar a existência de tal impacto em cada caso e, se este puder ser demonstrado, é então ao nível, não da justificação da medida restritiva mas dos efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça que esse impacto tem de ser tomado em consideração. Há ainda que recordar que uma limitação dos efeitos no tempo de um acórdão do Tribunal de Justiça só pode ser decidida em circunstâncias excepcionais, no caso de o Estado em causa poder invocar um risco de repercussões económicas graves e se houver motivos legítimos para crer que o seu comportamento era compatível com o direito comunitário³⁵.

55. Em minha opinião, não seria prudente o Tribunal de Justiça incluir esta preocupação nas justificações que permitem derrogar as regras fundamentais do Tratado. Embora os Estados-Membros entendam que considerações económicas devem poder justificar medidas fiscais que entravam as liberdades de circulação, parece-me que é da sua

exclusiva competência inscrevê-la no Tratado. Não cabe ao Tribunal de Justiça tomar essa iniciativa, atendendo aos três motivos seguintes.

56. A primeira razão é de ordem prática. Se se aceitasse semelhante justificação económica, haveria, em primeiro lugar, que determinar os domínios em que esta deveria ser admitida. Haveria que a limitar ao domínio fiscal ou alargá-la a outros domínios económicos e sociais? Em seguida, seria necessário fixar os parâmetros e as variáveis que permitem avaliar o impacto financeiro da aplicação das regras comunitárias. Ora, é evidente que o Tribunal de Justiça não está de modo algum preparado para levar a cabo tal avaliação, atendendo, designadamente, à *heterogeneidade* económica e fiscal dos Estados-Membros na União. É por este motivo que me parece que admitir essa justificação, não existindo regras claras fixadas no Tratado, seria fonte de dificuldades tais que a legitimidade do Tribunal de Justiça poderia ser afectada.

57. A segunda razão prende-se com o efeito produzido por essa justificação. Com efeito, se as perdas orçamentais de certa importância devessem ser tidas em conta na justificação de uma restrição às liberdades fundamentais, daí resultaria o risco de se favorecer as violações graves e maciças do direito comunitário. Quanto mais persistente fosse a violação mais elevado seria o custo de restabelecimento da legalidade comunitária, e tanto mais fácil seria a possibilidade de admitir uma justificação deste tipo.

35 — Acórdão de 20 de Setembro de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Colect., p. I-6193, n.º 53).

58. Em último lugar, embora esteja demonstrado, desde a criação da Comunidade, que o estabelecimento de um mercado interno, que implica a supressão dos obstáculos às trocas de qualquer natureza, pode ter como consequência a supressão de determinados recursos para os Estados-Membros, não é menos verdade que estes tiram proveito do desenvolvimento das actividades económicas no âmbito de um mercado interno alargado.

59. O Governo alemão acrescenta uma justificação de circunstância. Em sua opinião, a tomada em consideração das consequências económicas é hoje tanto mais legítima quanto os Estados-Membros estão obrigados, por força do Pacto de Estabilidade e Crescimento³⁶, a uma severa disciplina orçamental. Todavia, este argumento viola simultaneamente a letra do Tratado e o espírito com que o Pacto foi concebido. Recordemos em primeiro lugar que, nos termos do artigo 4.º CE, a estreita coordenação das políticas económicas deve ser conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. Além disso, uma interpretação segundo a qual a aplicação do Pacto levaria a erigir barreiras ao estabelecimento do mercado interno é contrária ao próprio espírito do Pacto, que visa expressamente favorecer o funcionamento correcto da União Econó-

mica e Monetária e, deste modo, a realização do mercado interno.

60. Resulta desta análise que todos os motivos apresentados pelo Governo alemão para justificar a medida restritiva controvertida devem ser rejeitados. Há que constatar que, ao adoptar a regulamentação controvertida, o legislador alemão visava essencialmente promover a economia do país ao desencorajar os investimentos em sociedades que tenham a respectiva sede nos outros Estados-Membros. Como referido no despacho de reenvio, uma derrogação à proibição da possibilidade de se deduzir este género de investimentos só devia existir no caso de actividades que revistam interesse para a economia nacional. Resulta, portanto, da génese desta disposição que o legislador alemão escolheu, deliberadamente, desfavorecer as situações transnacionais em benefício de um objectivo de natureza puramente económica e em detrimento das exigências fundamentais do mercado interno³⁷.

C — Quanto à interpretação das disposições relativas à livre circulação de capitais

61. Dado que as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento se

36 — O Pacto de Estabilidade e Crescimento é formado pela Resolução do Conselho Europeu de 17 de Junho de 1997 (JO C 236, p. 1), pelo Regulamento (CE) n.º 1466/97 do Conselho, de 7 de Julho de 1997, relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas (JO L 209, p. 1), e pelo Regulamento (CE) n.º 1467/97 do Conselho, de 7 de Julho de 1997, relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos (JO L 209, p. 6). Estes regulamentos foram recentemente alterados, respectivamente, pelo Regulamento (CE) n.º 1055/2005 e pelo Regulamento (CE) n.º 1056/2005 do Conselho, de 27 de Junho de 2005 (JO L 174, pp. 1 e 5).

37 — V., no mesmo sentido, acórdãos Verkooijen, já referido, n.ºs 47 e 48, bem como de 5 de Junho de 1997, SETTG (C-398/95, Colect., p. I-3091, n.ºs 22 e 23).

opõem à aplicação da regulamentação em causa em condições como as do presente caso, não parece necessário, para efeitos da resolução do litígio no processo principal, examinar se as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais também se lhe opõem.

62. No entanto, verifica-se que determinadas situações, visadas pela disposição controvertida dessa regulamentação, poderão ser subtraídas à aplicação das regras sobre a liberdade de estabelecimento. É o que sucede, designadamente, na situação de uma sociedade que detém participações na sociedade de outro Estado-Membro sem exercer sobre esta controlo nem influência³⁸. Nestas condições, pode ser útil examinar, a título subsidiário, se o artigo 56.º, n.º 1, CE, que proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros, é susceptível de ser aplicado.

63. O Tratado não define o conceito de «movimentos de capitais». No entanto, é jurisprudência assente que, na medida em que o artigo 56.º CE retomou substancialmente o conteúdo do artigo 1.º da Directiva 88/361/CE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado³⁹, a nomenclatura dos movimentos de capitais que lhe está anexada conserva o

valor indicativo que tinha antes da sua entrada em vigor para definir este conceito⁴⁰.

64. Ora, a participação em empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços económicos duradouros figura no título I, n.º 2, da referida nomenclatura. Daqui resulta que as aquisições de participações que estão na origem das amortizações visadas pela regulamentação em causa constituem movimentos de capitais que estão sujeitos às disposições do Tratado relativas à livre circulação.

65. Assim, há efectivamente que examinar se uma regulamentação como a que está em causa no processo principal constitui uma restrição aos movimentos de capitais.

66. A este propósito, não resulta da jurisprudência que esta regulamentação deva ser apreciada segundo critérios diferentes dos que são aplicáveis em matéria de liberdade de estabelecimento. A regulamentação fiscal alemã tem claramente por efeito dissuadir as sociedades alemãs de investirem os seus capitais em determinadas sociedades que tenham a sua sede noutra Estado-Membro⁴¹. Tal regulamentação produz igualmente um efeito restritivo relativamente a

38 — V. n.º 14 das presentes conclusões.

39 — JO L 178, p. 5. O artigo 67.º do Tratado foi revogado pelo Tratado de Amesterdão.

40 — V., designadamente, acórdão de 16 de Março de 1999, Trummer e Mayer (C-222/97, Colect., p. I-1661, n.º 21).

41 — V., por analogia, acórdãos, já referidos, Verkooijen, n.º 34, e Manninen, n.º 22.

essas sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, pois constitui, para elas, um obstáculo à recolha de capitais na Alemanha, na medida em que as perdas que são susceptíveis de gerar para os investidores alemães não dão direito às mesmas vantagens que os investimentos efectuados na Alemanha.

67. Resulta do que precede que esta regulamentação constitui, em princípio, uma restrição à liberdade de circulação de capitais. Uma vez que as justificações que o Estado-Membro em causa poderia invocar para justificar a sua regulamentação são, essencialmente, as mesmas que foram invocadas no âmbito da interpretação das regras relativas à liberdade de estabelecimento, não há que as acolher.

III — Conclusão

68. Consequentemente, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que os artigos 43.º CE, 48.º CE e 56.º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à regulamentação de um Estado-Membro que, em determinados casos, exclui a possibilidade de dedução fiscal de perdas sofridas por uma sociedade-mãe a título de amortizações realizadas sobre o valor das participações em filiais estabelecidas noutros Estados-Membros, ao passo que a possibilidade de deduzir tais perdas é admitida sem restrições quando estas correspondam a amortizações realizadas sobre o valor das participações em filiais estabelecidas no mesmo Estado-Membro que o da sede da sociedade-mãe.