

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

JULIANE KOKOTT

apresentadas em 8 de Setembro de 2011¹

I – Introdução

1. É compatível com a liberdade de estabelecimento que a transferência da sede efectiva de uma sociedade de um Estado-Membro para outro – diversamente do caso de uma transferência de sede em território nacional – conduza a uma tributação imediata das reservas latentes? É relevante o facto de as reservas latentes consistirem em lucros cambiais que após a transferência da sede já não são manifestos porque o Estado-Membro de destino é simultaneamente o Estado da moeda do crédito pertencente ao património da empresa?

empresas², as quais são de suma importância para o mercado interno, colocam-se num litígio perante o *Gerechtshof Amsterdam* entre a *National Grid Indus BV* (a seguir «*National Grid Indus*»), uma sociedade de direito neerlandês, que transferiu a sede efectiva da sua administração para o Reino Unido, embora continue a ser considerada como sociedade de direito neerlandês, e a administração fiscal neerlandesa. O litígio centra-se, em termos económicos, num crédito de empréstimo em libras esterlinas, que integra o património da empresa, contra uma sociedade pertencente a um grupo. Diferentemente do que ocorria nos Países Baixos, no Reino Unido os lucros cambiais anteriores deixam de se manifestar perante o florim neerlandês ou perante o euro. Nos termos do direito neerlandês, a

2. Estas questões sobre a admissibilidade em Direito da União da tributação à saída de

2 — Já em 19 de Dezembro de 2006, a Comissão dirigiu, entre outros, ao Parlamento e ao Conselho, uma Comunicação sobre a tributação à saída e necessidade de coordenação das políticas fiscais dos Estados-Membros (COM/2006/0825 final). Na sequência, o Conselho aprovou uma Resolução sobre a coordenação em matéria de tributação à saída (JO C 323, p. 1). Actualmente, encontram-se pendentes no Tribunal de Justiça quatro acções por incumprimento, em matéria de tributação à saída de sociedades, propostas pela Comissão designadamente contra Portugal (C-38/10), contra a Espanha (C-64/11), a Dinamarca (C-261/11) e os Países Baixos (C-301/11). A Comissão já adoptou medidas também contra outros Estados-Membros, vide Comunicados de imprensa da Comissão IP/10/299 de 18 de Março de 2010 e IP/11/78 de 27 de Janeiro de 2011.

1 — Língua original: alemão.

transferência dos Países Baixos importa o pagamento de imposto sobre as sociedades sobre estes lucros cambiais.

3. O presente processo oferece ao Tribunal de Justiça oportunidade, em particular em relação aos seus acórdãos *Daily Mail*³ e *Cartesio*⁴, de precisar em que medida a transferência de sede é realmente abrangida pela liberdade de estabelecimento. Além disso, há que esclarecer se a jurisprudência proferida quanto à tributação à saída de pessoas singulares, designadamente os acórdãos de *Lasteyrie du Saillant*⁵ e *N*⁶, é transponível para o caso da transferência de sociedades.

II – Quadro jurídico

4. No presente caso, o quadro jurídico da União é definido pelos preceitos relativos à liberdade de estabelecimento. Dado que no litígio do processo principal se trata da apreciação da legalidade de um aviso de liquidação de 2004 relativo ao exercício 2000/2001, na resposta ao pedido de decisão prejudicial importa ainda aplicar os preceitos dos Tratados

na versão do Tratado de Amsterdão⁷, devendo, em particular, aplicar-se o artigo 43.º CE e não o artigo 49.º TFUE. Paralelamente, são relevantes as disposições da lei neerlandesa relativa ao imposto sobre as sociedades e da lei relativa ao imposto sobre o rendimento bem como uma convenção para evitar a dupla tributação.

A – Direito nacional

5. O artigo 2.º, n.º 4, e 8.º da *Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (Lei de 1969 relativa ao imposto sobre as sociedades, a seguir «*Wet VPB*») cria uma ficção relativamente à sede de uma sociedade fundada nos termos do direito neerlandês: para os fins desta lei, considera-se que esta tem sede nos Países Baixos. Uma sociedade que transfere a sede efectiva da sua administração para o estrangeiro, permanece assim sujeita à tributação pelo rendimento global nos Países Baixos.

6. Nos termos do artigo 8.º da *Wet VPB*, o artigo 16.º da *Wet op de inkomstenbelasting 1964* (lei relativa ao imposto sobre o rendimento, a seguir «*Wet IB*») é correspondentemente aplicável à cobrança do imposto sobre as sociedades. Em conformidade com este artigo 16.º, os benefícios da actividade

3 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, *Daily Mail e General Trust* («*Daily Mail*», 81/87, Colect., 5483).

4 — Acórdão de 16 de Dezembro de 2008, *Cartesio* (C-210/06, Colect., p. I-9641).

5 — Acórdão de 11 de Março de 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, Colect., p. I-2409).

6 — Acórdão de 7 de Setembro de 2006, *N* (C-470/04, Colect., p. I-7409).

7 — Assinado em 2 de Outubro de 1997 e entrado em vigor em 1 de Maio de 1999.

empresarial, ainda não contabilizados, são imputados nos lucros do ano civil em que a pessoa por cuja conta a actividade empresarial é exercida deixar de obter lucros tributáveis provenientes da actividade empresarial nos Países Baixos (designada tributação de regularização final). Nesta medida, este momento funciona como um momento de realização fictício das reservas latentes e do aviamento da empresa.

administração no Reino Unido – apenas tem sede no Estado parte da sede efectiva da administração. A este Estado é exclusivamente atribuído o poder para tributar os lucros da empresa, desde que estes não devam ser imputados a um estabelecimento situado noutra Estado-Membro. Nos termos do artigo 13.º, n.º 4, da convenção fiscal, este poder fiscal abrange também aumentos (latentes) do património.

B – A convenção para evitar a dupla tributação Países Baixos – Reino Unido

7. A Convenção celebrada entre o Reino dos Países Baixos e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre as mais-valias (a seguir «convenção fiscal») ⁸, prevalece por força dos artigos 93.º e 94.º da Constituição neerlandesa sobre os preceitos de direito nacional que lhe sejam contrários.

9. Segundo jurisprudência assente do Hoge Raad der Nederlanden, da aplicação da convenção fiscal decorre que uma sociedade que, como a National Grid Indus, transfere a sede efectiva da sua administração para o Reino Unido, deixa de obter rendimentos da sua actividade empresarial nos Países Baixos sujeitos a tributação, razão pela qual, nos termos do artigo 8.º da Wet VPB em conjugação com o artigo 16.º da Wet IB, as reservas latentes e o aviamento existentes à data da transferência da sede social estão sujeitos à tributação de regularização final.

III – Matéria de facto e questões prejudiciais

8. Em conformidade com o artigo 4.º, n.º 3, da convenção fiscal, considera-se que uma sociedade, que como a National Grid Indus tenha uma sede dupla – sede de constituição nos Países Baixos e sede efectiva da

10. A National Grid Indus foi constituída em 10 de Junho de 1996 como sociedade de responsabilidade limitada de direito neerlandês com sede social em Roterdão. A mesma pertence à National Grid Transco Group, um grupo, cuja principal sociedade-mãe tem

8 — *Tractatenblad* 1980, 205.

sede no Reino Unido a qual possui, entre outros, redes de electricidade e de gás no Reino Unido e nos Estados Unidos da América. No dia da constituição, a sociedade-mãe britânica transferiu para o capital social da sociedade o crédito de empréstimo interno do grupo no valor de 33 113 000 GBP. A National Grid Indus deveria, por seu turno, transferir este montante para uma *joint venture* paquistanesa para um projecto de trabalhos de electricidade no Paquistão. Este projecto acabou por não ter seguimento e a National Grid Indus passou a restringir as suas actividades ao financiamento das sociedades do grupo estabelecidas na Inglaterra.

11. Em 15 de Dezembro de 2000, a National Grid Indus transferiu a sede efectiva da sua administração e a totalidade da sua actividade comercial para Londres. Encerrou as suas instalações comerciais em Roterdão, sendo a gerência neerlandesa substituída por três gestores ingleses, as contas bancárias neerlandesas foram fechadas e foi aberta numa nova conta num banco inglês. Segundo as averiguações do órgão jurisdicional de reenvio, a National Grid Indus continua a existir, tanto nos termos do direito neerlandês das sociedades como do inglês, como sociedade de direito neerlandês⁹. As autoridades fiscais inglesas passaram a considerar a sociedade sediada no Reino Unido a partir de 15 de Dezembro de 2000, embora do ponto de vista do direito fiscal neerlandês se trate, ao invés, de um

estabelecimento situado no Reino Unido que pertence a uma sociedade neerlandesa.

12. Segundo as averiguações do órgão jurisdicional de reenvio, existiram motivos racionais para a transferência da sede social. Por um lado, a taxa à qual o imposto sobre as sociedades britânico seria futuramente cobrado sobre os juros do empréstimo recebidos pela National Grid Indus já não seria superior à taxa à qual as sociedades devedoras pertencentes ao grupo podiam deduzir estes juros. Por outro lado, com a transferência da sede cessava o risco cambial da recorrente face ao florim neerlandês ou ao Euro, dado que os lucros seriam futuramente calculados apenas em libra esterlina. Além disso, uma vez que o projecto no Paquistão se tinha malogrado, já não existia nenhuma razão para manter um estabelecimento nos Países Baixos, para poder beneficiar de uma convenção fiscal entre os Países Baixos e o Paquistão.

13. Durante o seu estabelecimento nos Países Baixos, a National Grid Indus obteve, em relação ao crédito de empréstimo de 33 113 000 GBP, em razão de subidas da cotação da libra esterlina face ao florim neerlandês, lucros cambiais latentes no montante de 22 128 160 NLG (10 041 321 euros). Até à sua transferência, podia, contudo, imputar no seu resultado fiscal o crédito de empréstimo avaliando-o com base na sua cotação histórica,

⁹ — Este facto é também confirmado pelas declarações escritas do Governo neerlandês e do Governo do Reino Unido.

pelo que os lucros cambiais até a essa data não foram tributados.

invocar contra esse Estado-Membro o artigo 43.º CE (actual artigo 49.º TFUE)?

14. Em virtude de, nos termos da convenção fiscal, os lucros da empresa – incluindo os aumentos patrimoniais latentes – só estarem futuramente sujeitos a tributação no Reino Unido, a administração fiscal neerlandesa aproveitou a saída da National Grid Indus para submeter os lucros cambiais latentes à tributação de regularização final em conformidade com o artigo 16.º da Wet IB conjugado com o artigo 8.º da Wet VPB. O montante do imposto liquidado é exigível desde 27 de Abril de 2004, tendo sido calculados juros fiscais a partir de 1 de Abril de 2001, o dia seguinte ao último exercício da sociedade nos Países Baixos.

- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: uma tributação de regularização final como a que está em causa, que também incide sobre as mais-valias dos activos transferidos do Estado-Membro de saída para o Estado-Membro de acolhimento existentes à data da transferência da sede social, sem diferimento do pagamento e sem a possibilidade de tomar em conta as menos-valias posteriores, é incompatível com o artigo 43.º CE (actual artigo 49.º TFUE), no sentido de que uma tal tributação de regularização final não pode ser justificada pela necessidade de repartir a competência fiscal entre os Estados-Membros?

15. Dado que o Gerechtshof Amsterdam, que deve decidir em segunda instância o recurso interposto pela National Grid Indus desta liquidação do imposto, tem dúvidas sobre a compatibilidade da tributação à saída com a liberdade de estabelecimento, o mesmo suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- 3) [A] resposta à questão anterior também [depende do] facto de a tributação de regularização final em apreço se referir a lucros (cambiais) acumulados sob a jurisdição fiscal neerlandesa, [quando] estes lucros não pod[em] ser expressos no país de acolhimento por força do regime fiscal aí vigente?»

«1) Uma sociedade, constituída em conformidade com a legislação de um determinado Estado-Membro, que transfira a sua sede efectiva desse para outro Estado-Membro e a quem o primeiro Estado-Membro imponha uma tributação de regularização final, por ocasião dessa transferência da sede social, pode, no actual estado do direito comunitário,

16. Intervieram no processo no Tribunal de Justiça, a National Grid Indus, os Governos neerlandês, dinamarquês, alemão, espanhol, francês, italiano, português, finlandês e sueco e o Governo do Reino Unido bem como a Comissão Europeia.

IV – Apreciação

A – Quanto à primeira questão prejudicial

17. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se uma sociedade pode invocar a liberdade de estabelecimento, garantida pelo artigo 43.º CE (actual artigo 49.º TFUE), perante um Estado-Membro, nos termos de cujo direito foi constituída, quando este Estado-Membro, por ocasião da transferência da sede efectiva da sua administração para outro Estado-Membro, lhe imponha uma tributação de regularização final, no sentido de que é obrigada a pagar imposto sobre as sociedades sobre as mais-valias dos activos transferidos, acumuladas até à data mas ainda não realizadas, sem diferimento do pagamento e sem a possibilidade de tomar em conta as menos-valias posteriores.

18. Segundo jurisprudência assente, as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento são também aplicáveis às medidas do Estado-Membro de origem que afectem o estabelecimento de um dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída

em conformidade com a sua legislação noutro Estado-Membro¹⁰.

19. Remetendo para os acórdãos *Daily Mail*¹¹ e *Cartesio*¹², os Governos intervenientes no processo alegam, contudo, que uma sociedade, que como a *National Grid Indus* pretende transferir a sede efectiva da sua administração para outro Estado-Membro, mantendo o seu estatuto, isto é, conservando a sua qualidade de sociedade do Estado de constituição, não pode invocar perante o Estado de constituição a liberdade de estabelecimento. Isso vale também em relação a medidas de direito fiscal relacionadas com a transferência da sede social como a tributação de regularização final.

20. De facto, o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão *Daily Mail* de 1988, que a liberdade de estabelecimento não confere a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro, e que neste tenha a sua sede estatutária, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-Membro¹³.

21. Na fundamentação do acórdão, o Tribunal de Justiça precisou a este respeito, que a liberdade de estabelecimento não confere às sociedades constituídas em conformidade

10 — Neste sentido, acórdãos de *Lasteyrie du Saillant* (já referido na nota 5, n.º 42); de 27 de Novembro de 2008, *Papillon* (C-418/07, Colect., p. I-8947, n.º 16); de 1 de Outubro de 2009, *Gaz de France – Berliner Investissement* (C-247/08, Colect., p. I-9225, n.º 55), e de 21 de Janeiro de 2010, *SGI* (C-311/08, Colect., p. I-487, n.º 39).

11 — Já referido na nota 3.

12 — Já referido na nota 4.

13 — Acórdão *Daily Mail* (já referido na nota 3, n.º 25 e parte decisória 1).

com o direito nacional de um Estado-Membro o direito de transferir a sua direcção e a sua administração central para outro Estado-Membro, *ao mesmo tempo que conservam a qualidade de sociedades do Estado-Membro segundo cuja legislação foram constituídas*¹⁴. Fora do ordenamento jurídico nacional, nos termos do qual foram constituídas, estas sociedades não possuem existência¹⁵. As ordens jurídicas dos Estados-Membros apresentam disparidade consideráveis relativamente ao vínculo com o território nacional exigido às suas sociedades bem como à possibilidade de transferência da sede, social ou real, de uma sociedade de um Estado-Membro para outro e, se tal for o caso, às normas referentes a essa transferência¹⁶. O Tratado CEE considera estas disparidades como problemas que não são resolvidos pelas normas sobre o direito de estabelecimento. Ao invés, as mesmas devem ser resolvidas por via legislativa ou convencional, o que no entanto ainda não se concretizou¹⁷.

22. No acórdão Cartesio de 2008, o Tribunal de Justiça confirmou que a questão de saber se uma sociedade deve efectivamente ser considerada como sociedade de direito do Estado-Membro de constituição e, por conseguinte, pode beneficiar da liberdade de estabelecimento, apenas pode encontrar resposta no direito nacional¹⁸.

23. Assim, um Estado-Membro tem a possibilidade de não permitir que uma sociedade

constituída ao abrigo do seu direito nacional conserve essa qualidade, quando esta, mediante a deslocação da sua sede¹⁹ para o território de um Estado-Membro, decida reorganizar-se neste, rompendo dessa forma o vínculo de dependência previsto pelo direito nacional do Estado-Membro de constituição²⁰. Neste sentido, o Tribunal de Justiça respondeu à questão prejudicial em causa que as disposições relativas à liberdade de estabelecimento não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que impede que uma sociedade constituída ao abrigo do direito nacional desse Estado-Membro transfira a respectiva sede para outro Estado-Membro conservando ao mesmo tempo a sua qualidade de sociedade de direito nacional do Estado-Membro em conformidade com o qual foi constituída.

24. No caso em apreço, a questão de saber se a National Grid Indus, não obstante a transferência dos Países Baixos, deve continuar a ser considerada como sociedade de direito neerlandês já foi claramente respondida no sentido afirmativo. Como resulta designadamente do despacho de reenvio e a National Grid

14 — Acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, n.º 24, sublinhado nosso).

15 — Acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, n.º 19).

16 — Acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, n.ºs 20 e 23).

17 — Acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, n.º 23).

18 — Acórdão Cartesio (já referido na nota 4, n.ºs 109 e 123).

19 — A sociedade Cartesio pretendia transferir a sua sede «efectiva» (acórdão, n.º 119), isto é, a sede principal e efectiva da sua administração (acórdão, n.ºs 101 e segs.; o advogado-geral M. Poiares Maduro, nas suas conclusões de 22 de Maio de 2008, n.º 3, fala de sede operacional), da Hungria para Itália. O litígio teve, todavia, em concreto a sua origem no facto de o requerimento da Cartesio para registar a nova sede no registo comercial húngaro ter sido indeferido pelo tribunal competente em matéria de registo comercial. Portanto, tratou-se manifestamente não apenas da transferência da sede efectiva mas também da sede estatutária. No entanto, não é possível extrair do acórdão ter sido atribuído significado a esta circunstância. Em contrapartida, o acórdão Daily Mail dizia respeito, tanto quanto parece, apenas à transferência da direcção, sem que estivesse em causa também uma alteração da sede estatutária.

20 — Acórdão Cartesio (já referido na nota 4, n.º 110).

Indus e a Comissão salientam, o direito neerlandês, diversamente do direito das sociedades húngaro, que era aplicável ao processo Cartesio, permite a emigração de sociedades com manutenção do seu estatuto.

25. Por conseguinte, estamos a lidar com uma sociedade «viva» que preenche todos os requisitos do direito do seu Estado de constituição, para poder continuar a ser considerada sociedade de direito nacional. Assim, porque razão não poderia a mesma invocar a liberdade de estabelecimento perante o seu Estado de constituição?

26. Os Governos intervenientes no processo remetem nesta medida para o acórdão Daily Mail, segundo o qual não apenas a possibilidade da transferência de sede com manutenção do estatuto mas também as normas que regulam esta transferência de sede não são abrangidas pela liberdade de estabelecimento. Estas normas incluem também as normas de direito fiscal aplicáveis do Estado de saída, pois o caso subjacente àquele acórdão respeitava precisamente ao aspecto tributário da transferência de sede.

27. Com efeito, no processo Daily Mail estava em causa uma disposição da lei britânica relativa ao imposto sobre o rendimento e ao imposto sobre as sociedades, nos termos da

qual uma sociedade que pretendesse transferir o seu domicílio fiscal – definido como sede da direcção – para o estrangeiro, com manutenção da sua personalidade jurídica e da sua qualidade de sociedade de direito inglês, necessitava da autorização do ministério das finanças²¹. A respectiva violação era punida com pena privativa de liberdade ou com multa²². A transferência da direcção e, por conseguinte, do domicílio fiscal para o estrangeiro teria apresentado para a sociedade Daily Mail a vantagem – sendo esse o seu objectivo declarado – de as mais-valias dos títulos de crédito por ela detidos, os quais pretendia vender logo a seguir, deixarem de ser sujeitas a imposto no Reino Unido. O ministério das finanças britânico sugeriu ao Daily Mail que vendesse uma parte considerável dos títulos de crédito antes da transferência da sede, o que teria tido como consequência que as mais-valias daí resultantes teriam que ter sido tributadas no Reino Unido. Na sequência disto, o Daily Mail intentou uma acção para obter a declaração de que, em virtude da liberdade de estabelecimento, não necessitava de consentimento para a transferência de sede²³.

28. As questões prejudiciais da High Court no caso Daily Mail visavam expressamente os aspectos fiscais da transferência de sede. Foi o Tribunal de Justiça que elevou a problemática da transferência de sede para um nível mais geral, deduzindo da primeira questão prejudicial que, no essencial, se tratava de saber se a liberdade de estabelecimento de uma sociedade, que foi constituída em conformidade

21 — Acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, n.º 4, 5 e 17).

22 — Relatório para audiência do acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, p. 5485).

23 — Acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, n.º 7), e relatório para audiência deste acórdão, p. 5486 e seg.

com o direito de um Estado-Membro e que tem neste a sua sede estatutária, lhe dava o direito de transferir a sua direcção para um outro Estado-Membro. Dado ter respondido negativamente a esta questão, o Tribunal de Justiça já não considerou necessário debruçar-se em separado sobre os aspectos fiscais da transferência de sede.

29. Ao invés, o advogado-geral M. Darmon salientou claramente os aspectos de direito fiscal nas suas conclusões naquele processo²⁴ e referiu que seria paradoxal que um Estado, que – embora pudesse – não exigisse a dissolução da sociedade que se transfere para outro país, fosse prejudicado pelo direito comunitário relativamente aos seus direitos fiscais, quando precisamente o seu direito das sociedades corresponde aos objectivos comunitários no domínio do direito de estabelecimento.

30. Assim, o processo Daily Mail oferece efectivamente elementos para a leitura dos acórdãos proferidos naquele processo que é defendida pelos Governos intervenientes no presente processo. A meu ver, o acórdão Daily Mail deve, contudo, ser interpretado à luz do jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça e, independentemente do caso que lhe está subjacente e da ampla formulação da resposta às questões prejudiciais submetidas pela High Court, não pode ser entendido no

sentido de que a liberdade de estabelecimento não impõe quaisquer limites ao tratamento conferido por parte do Estado de constituição a uma sociedade que pretende transferir-se.

31. Em primeiro lugar, importa remeter para os acórdãos Centros²⁵, Überseering²⁶ e Inspire Art²⁷, dos quais resulta que uma sociedade validamente constituída num Estado-Membro, a qual pretende transferir toda a sua actividade negocial para outro Estado-Membro, pode invocar a liberdade de estabelecimento perante o Estado de destino. Assim, a emigração, enquanto tal, não é um processo que, à partida, caia fora do âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento.

32. A seguir, no que respeita ao Estado de saída, é certo que, no acórdão Cartesio, o Tribunal de Justiça não analisou mais aprofundadamente a questão de saber que requisitos ou consequências concretos um Estado-Membro pode, sendo caso disso, prever para o caso de transferência de sede com manutenção da qualidade de sociedade de direito interno.

33. No entanto, deste acórdão decorre que, diversamente do que a parte decisória amplamente formulada do acórdão Daily Mail poderia deixar presumir e, ao contrário da opinião preconizada pelo advogado-geral M. Darmon naquele processo, a liberdade de

24 — Conclusões de 7 de Junho de 1988 ao acórdão Daily Mail (já referido na nota 3, n.º 13).

25 — Acórdão de 9 de Março de 1999, Centros (C-212/97, Colect., I-1459, n.º 17 e seg.).

26 — Acórdão de 5 de Novembro de 2002, Überseering (C-208/00, Colect., p. I-9919, n.º 52 e segs.).

27 — Acórdão de 30 de Setembro de 2003, Inspire Art (C-167/01, Colect., p. I-10155, n.º 95 e segs.).

estabelecimento também se pode aplicar perante o Estado de constituição quando uma sociedade pretende transferir a sua sede de administração efectiva.

pode decidir livremente se permite que estas conservem a qualidade de sociedade do seu direito interno.

34. O Tribunal de Justiça esclareceu designadamente no acórdão Cartesio que uma sociedade que pretende transferir a sua sede para outro Estado-Membro e, para isso, converter-se numa sociedade de direito do Estado de acolhimento, pode invocar a liberdade de estabelecimento perante o Estado de saída, caso este exija a prévia dissolução e liquidação²⁸. Se, neste tipo de caso de transferência de sede em que, embora não haja uma conservação do estatuto, há contudo uma manutenção da continuidade, for aplicável a liberdade de estabelecimento, os aspectos de direito fiscal da transferência de sede deverão também ser apreciados com base nesta última.

36. Neste contexto, não pode ser atribuído a um Estado-Membro o poder de configurar os efeitos jurídicos fiscais da transferência de sede que ele próprio permite com manutenção do estatuto pela sociedade sem qualquer vinculação à liberdade de estabelecimento. O Direito da União não permite designadamente que um Estado-Membro proíba a emigração enquanto tal. O mera facto de a regulamentação nacional permitir não apenas a emigração de uma sociedade para outro Estado-Membro conservando a sua continuidade, como também com manutenção do estatuto, indo assim para além das exigências do Direito da União, não justifica que as restantes consequências que o direito nacional atribui à emigração caibam fora do âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento. Se as consequências fiscais da emigração com mera preservação da continuidade deverem ser apreciadas com base na liberdade de estabelecimento, o mesmo deverá valer também para a emigração com conservação do estatuto.

35. Por conseguinte, é pacífico que a transferência de sede transfronteiriça enquanto tal não é um processo que não seja abrangido *per se* pelo âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento. Ao invés, o Estado de saída está, em princípio, obrigado pelo Direito da União a admitir a emigração das sociedades constituídas ao abrigo do seu direito. Apenas

37. Por conseguinte, proponho que se responda à primeira questão prejudicial que uma sociedade pode invocar a liberdade de estabelecimento, garantida pelo artigo 43.º CE (actual artigo 49.º TFUE), perante um Estado-Membro, nos termos de cujo direito foi constituída, quando este Estado-Membro, por ocasião da transferência da sede efectiva da sua administração para outro Estado-Membro, lhe imponha uma tributação de regularização final, no sentido de que é

28 — *Ibidem*, n.º 111 a 113.

obrigada a pagar imposto sobre as sociedades sobre as mais-valias dos activos transferidos, acumuladas até à data mas ainda não realizadas, sem diferimento do pagamento e sem a possibilidade de tomar em conta as menos-valias posteriores.

de estabelecimento e questiona-se, por isso, sobre a existência de uma possível justificação. Também a Comissão, que remete a este respeito para o acórdão de Lasteyrie du Saillant²⁹, pronuncia-se, tal como a National Grid Indus, que, além disso, faz referência ao acórdão N³⁰, a favor da existência de uma restrição.

B – Quanto à segunda e terceira questões prejudiciais

38. Com as suas segunda e terceira questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio visa saber, em substância, se o artigo 43.º CE (actual artigo 49.º TFUE) se opõe a uma tal tributação de regularização final ou se esta pode em particular ser justificada pela necessidade de repartir de forma equilibrada a competência fiscal entre os Estados-Membros e se a circunstância de, no caso em apreço, se tratar de lucros cambiais latentes, que já não são manifestos no Estado de destino, é nesta medida relevante.

1. Quanto à existência de uma restrição da liberdade de estabelecimento

39. O órgão jurisdicional de reenvio é de opinião de que a tributação de regularização final representa uma restrição da liberdade

40. Os Governos alemão, francês, italiano e sueco bem como o Governo do Reino Unido defendem, ao invés, que não existe restrição da liberdade de estabelecimento. Por um lado, repetem, a este propósito, apenas os argumentos baseados no acórdão Daily Mail, os quais já tinham sido apresentados em relação à questão sobre o âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento. Por outro lado, os referidos Governos alegam também, contudo, que a situação de uma sociedade como a National Grid Indus não é comparável com a situação de uma sociedade que transfere a sua sede dentro do seu Estado de constituição. Neste âmbito, analisam a comparabilidade de tanto sob o ponto de vista da discriminação como também sob a perspectiva de uma (outra) restrição.

41. Quanto aos argumentos que dizem respeito à comparabilidade, considero inútil, ao analisar se os preceitos fiscais nacionais, que tratam os casos transfronteiriços de forma diferente dos casos internos, são compatíveis

29 — Já referido na nota 5, n.º 45 e seg.

30 — Já referido na nota 6.

com a liberdade de estabelecimento, examinar as mesmas questões jurídicas primeiro sob o ponto de vista da discriminação e sendo caso disso novamente da perspectiva da existência de (outras) restrições. Ao invés, cumpre indagar, de modo uniforme, se a transferência de sede transfronteiriça é prejudicada em termos fiscais em relação à transferência de sede interna. Se for esse o caso e a transferência de sede transfronteiriça se tornar, por isso, menos atractiva do que a interna, estamos perante uma restrição da liberdade de estabelecimento³¹. Esta deve, não obstante, ser considerada admissível, na medida em que as situações não sejam objectivamente comparáveis ou o tratamento desigual seja justificado por uma razão imperiosa de interesse geral³².

42. No presente caso, é imposta uma tributação de regularização final nos Países Baixos, quando a sede da direcção efectiva da administração de uma sociedade é transferida para outro Estado-Membro. Sobre as mais-valias dos activos transferidos para o estrangeiro, acumuladas até à data mas ainda não realizadas, deve ser pago imposto sobre as sociedades sem diferimento do pagamento e sem a possibilidade de tomar em conta as menos-valias posteriores. Em contrapartida, se a transferência da sede tiver lugar em território nacional, não é imposta qualquer tributação de regularização final. As mais-valias só são tributadas quando forem realizadas, por exemplo através da venda dos respectivos activos. Este tratamento desigual constitui indubitavelmente um desfavorecimento das transferências de sede transfronteiriças, que, do ponto de vista económico, pode até ter implicações para a existência da sociedade. Uma tributação de regularização final, como a que está em causa no vertente caso, é susceptível, em razão do seu efeito dissuasor, de impedir o exercício do direito de estabelecimento garantido pelo Direito da União e representa, por isso, uma restrição da liberdade de estabelecimento³³.

2. Quanto à justificação da restrição

31 — V. quanto ao conceito de restrição no âmbito do direito fiscal Kokott/Ost, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht*, EuZW 2011, p. 496.

32 — V. acórdão de 25 de Fevereiro de 2010, *X Holding* (C-337/08, *Colect.*, p. I-1215, n.º 18 a 20); v. também acórdão de 15 de Maio de 2008, *Lidl Belgium* (C-414/06, *Colect.*, p. I-3601, n.º 23 a 26), no qual, contudo, a questão da comparabilidade não é abordada. Este esquema de avaliação corresponde também àquele que o Tribunal de Justiça habitualmente usa no âmbito dos impostos directos em relação à livre circulação de capitais; v., por exemplo, acórdão de 10 de Fevereiro de 2011, *Haribo* (C-436/08 e C-437/08, *Colect.*, p. I-305, n.º 50, 52 e 58). Encontram-se também paralelos na jurisprudência relativa à livre prestação de serviços, por exemplo, o acórdão de 26 de Outubro de 2010, *Schmelz* (C-97/09, *Colect.*, p. I-10465, n.º 49).

43. As razões apontadas pelos Governos, no caso em apreço, para a falta de

33 — V., relativamente à tributação à saída de pessoas singulares, os acórdãos de *Lasteyrie du Saillant* (já referido na nota 5, n.º 46) e *N* (já referido na nota 6, n.º 34 e segs.).

comparabilidade das transferências de sede transfronteiriça e interna, correspondem, no essencial, aos argumentos por estes apresentados em favor da existência de razões imperiosas de interesse geral. Uma vez que, além disso, segundo a jurisprudência, a comparabilidade deve ser examinada tendo em conta o objectivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa³⁴, passarei, em seguida, em correspondência com a orientação da questão prejudicial, a examinar apenas se a restrição da liberdade de estabelecimento consubstanciada pela tributação de regularização final é justificada por um objectivo de interesse geral.

preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros. Esta causa de justificação deve, assim, ser examinada em primeiro lugar, antes de analisar outras causas de justificação que os Governos intervenientes no processo invocaram.

a) Repartição equilibrada do poder de tributação

44. Para que uma restrição da liberdade de estabelecimento possa ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral, a medida em causa deve ser adequada para garantir a realização do objectivo de interesse geral prosseguido com ela e não ir além do necessário para o atingir³⁵.

45. Como decorre da segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio concentra as suas considerações quanto à possível justificação da constatada restrição na

46. Segundo jurisprudência entretanto consolidada, uma restrição ao exercício de uma liberdade fundamental no seio da União pode ser justificada para preservar a repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros³⁶. Na falta de medidas de unificação ou de harmonização ao nível da União, os Estados-Membros continuam a ser competentes para determinar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição do seu poder tributário³⁷. Para este efeito, é razoável que os Estados-Membros se inspirem na prática internacional, designadamente, nos modelos de

34 — Acórdãos de 27 de Novembro de 2008, Papillon (já referido na nota 10, n.º 27) e X Holding (já referido na nota 32, n.º 22).

35 — Acórdãos N (já referido na nota 6, n.º 40); de 23 de Outubro de 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt («Wannsee», C-157/07, Colect., p. I-8061, n.º 40) e X Holding (já referido na nota 32, n.º 25 e segs.).

36 — Acórdãos de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Colect., p. I-10837, n.º 45); de 18 de Julho de 2007, Oy AA (C-231/05, Colect., p. I-6373, n.º 51); Lidl Belgium (já referido na nota 32, n.º 42); de 17 de Setembro de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, Colect., p. I-8591, n.º 82 e 88); X Holding (já referido na nota 32, n.º 25 a 33), e Haribo (já referido na nota 32, n.º 121).

37 — Acórdão Oy AA (já referido na nota 36, n.º 52), v., ainda, acórdãos de 12 de Dezembro de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Colect., p. I-11673, n.º 52), e de 3 de Junho de 2010, Comissão/Espanha (C-487/08, Colect., p. I-4843, n.º 38).

convenção elaborados pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE)³⁸.

do de acolhimento. Tal tributação é permitida segundo as convenções fiscais baseadas nos modelos de convenção elaborados pela OCDE.

i) Objectivo da tributação de regularização final e a sua adequabilidade para atingir este objectivo

47. A tributação de regularização final assenta, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, no princípio da territorialidade internacionalmente reconhecido³⁹, em conjugação com uma componente temporal, e destina-se, no essencial, a repartir o poder de tributação. A mesma deverá assegurar que a totalidade do lucro recebido por uma sociedade no período em que esteve sujeita a pagamento de impostos nos Países Baixos também seja aí tributado. Para este efeito, as mais-valias latentes obtidas até à data seriam consideradas realizadas no momento da saída. Tal tributação ao valor do mercado não se limita de resto ao caso da transferência de sede social, ocorrendo também quando apenas são transferidos para um estabelecimento estrangeiro alguns elementos do activo. Dado que também o Estado de acolhimento, no início da sujeição ao imposto no território nacional, tributa o activo e passivo da empresa em regra com base no seu valor actual de mercado (chamado *step up*), evita-se a dupla tributação e tem-se em conta posteriores menos-valias no Esta-

48. Tal como resulta da decisão do Conselho de 8 de Dezembro de 2008, a combinação da tributação à saída pelo Estado de saída com o *step up* através do Estado de destino representa uma possibilidade usual de assegurar uma só tributação das reservas latentes. É certo que, segundo parece, nem a convenção fiscal nem o modelo de convenção da OCDE contêm uma regulamentação expressa para o caso da transferência de sede transfronteiriça. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio remeteu para a jurisprudência assente do Hoge Raad der Nederlanden, nos termos da qual a aplicação da convenção fiscal a uma sociedade de direito neerlandês, que transfere a sua sede para o Reino Unido, tem por consequência que esta deixe de obter lucros tributáveis nos Países Baixos. Após a transferência, o Reino Unido tem o direito exclusivo de tributar os lucros da empresa incluindo as mais-valias latentes dos activos. A tributação à saída foi introduzida a fim que, em tal situação, as mais-valias latentes obtidas no território nacional não fossem subtraídas à tributação nos Países Baixos. A convenção fiscal é assim manifestamente entendida no sentido de que os Países Baixos perdem o direito de tributar para o futuro estas reservas latentes. Por conseguinte, são consideradas realizadas

38 — Acórdãos N (já referido na nota 6, n.º 45); de 23 de Fevereiro de 2006, van Hilten-van der Heijden, (C-513/03, Colect., p. I-1957, n.º 48), e Lidl Belgium (já referido na nota 32, n.º 22).

39 — V., a este respeito, as minhas conclusões de 30 de Março de 2006 ao acórdão no processo N (já referido na nota 6, n.º 92 e segs.).

no momento da saída e imputadas no último exercício fiscal nacional.

49. No que toca ao modelo de convenção da OCDE, é possível, pelo menos, extrair dos comentários ao modelo de convenção que não é contrário, em princípio, a este, o facto de tratar como alienação a transferência de um elemento do activo de um estabelecimento interno para a sede principal no estrangeiro ou para um estabelecimento no estrangeiro, pelo que as mais-valias latentes obtidas até esse momento são tributadas em território nacional⁴⁰.

50. Além disso, importa referir a directiva relativa às fusões 2009/133⁴¹, nos termos de cujo artigo 12.º, n.º 1, a transferência da sede de uma sociedade europeia ou de uma sociedade cooperativa europeia de um Estado-Membro para outro Estado-Membro não pode dar origem a qualquer tributação das mais-valias latentes de elementos do activo que continuem afectos a um estabelecimento estável no Estado-Membro de onde foi feita a transferência da sede e contribuam para os lucros ou prejuízos a tomar em consideração para efeitos fiscais. Como alegam o órgão

jurisdicional de reenvio e diversos Governos intervenientes no processo, tal convida a concluir *a contrario* que a directiva não proíbe a tributação à saída dos elementos do activo transferidos para o estrangeiro. Em que medida é efectivamente permitida uma tributação à saída nos casos abrangidos pela directiva importa, contudo, em última instância, esclarecer atendendo ao direito primário, o que não é necessário apurar no caso vertente. No presente contexto, a regulamentação contida na directiva oferece apenas interesse, na medida em que mostra que também o legislador da União procede à repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros de forma a que as mais-valias obtidas no Estado de saída possam ser neste tributadas.

51. Por último, cumpre recordar que o Tribunal de Justiça no acórdão N⁴² reconheceu que a tributação à saída controvertida neste processo de pessoas singulares era adequada para alcançar a repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros. Em conformidade com aquela regulamentação, o imposto sobre as mais-valias de uma participação substancial numa sociedade era liquidado no momento da saída e o prazo de pagamento diferido até à alienação efectiva. O facto de, no presente processo, se tratar não de pessoas singulares mas de sociedades e de a tributação de regularização final dever ser imediatamente paga, não tem qualquer

40 — V. n.º 21 ao artigo 7.º do modelo de convenção da OCDE de 2008 e n.º 10 ao artigo 13.º do modelo de convenção da OCDE de 2010.

41 — Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro (JO L 310, p. 34).

42 — Acórdão N (já referido na nota 6, n.ºs 41 a 47).

relevância para a questão da adequação, só a tendo relativamente à questão da necessidade.

52. Por conseguinte, há que assinalar que a tributação de regularização final se destina a preservar uma equilibrada repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros e que é adequada para alcançar este objectivo de interesse geral.

ii) Necessidade

53. Resta examinar se uma tributação de regularização final, como a em causa no caso vertente, não ultrapassa o necessário para atingir os objectivos que prossegue.

54. Importa, nesta sede, separar a determinação da dívida fiscal da sua cobrança.

– Determinação da tributação de regularização final

55. A determinação da tributação de regularização final no âmbito do aviso de liquidação relativo ao último exercício fiscal no território nacional não parece, como tal,

desproporcionada. A ficção da realização dos lucros latentes no momento da transferência, utilizada para esse efeito, possibilita uma separação, relativamente próxima em termos temporais, da quota do imposto que cabe ao Estado de saída da respeitante ao Estado de destino, sem que esteja associada a gastos manifestos mais elevados para os contribuintes do que em relação a uma liquidação posterior do imposto⁴³.

56. Nesta medida, há também que ter em conta que, a respeito da liquidação do imposto no momento da transferência, a transferência de sede transfronteiriça não é comparável com uma transferência de sede ocorrida no território nacional, dado que nesta última – assumindo que se trate de um território fiscal homogéneo – a soberania fiscal do Estado-Membro em causa permanece inalterada. Uma vez que neste caso não é necessária uma repartição do poder de tributação entre os diversos Estados, é suficiente tributar as mais-valias latentes apenas no momento da sua realização efectiva.

– Cobrança da dívida fiscal

57. No entanto, é consideravelmente mais difícil apreciar se também a cobrança imediata da dívida fiscal é compatível com o princípio da proporcionalidade.

43 — V. acórdão N (já referido na nota 6, n.º 49 e seg.).

58. Do acórdão N⁴⁴ resulta que uma tributação à saída de pessoas singulares, que detêm uma participação substancial numa sociedade, só pode ser considerada proporcionada se o prazo de pagamento da dívida fiscal for diferido até à realização efectiva das mais-valias latentes, sem que para esse fim sejam exigidas garantias e forem tidas em conta as menos-valias posteriores que não tenham sido tomadas em consideração no Estado de destino.

59. A National Grid Indus e a Comissão consideram que esta jurisprudência é, em princípio, transponível para a tributação à saída de empresas. No entanto, a Comissão assinala, remetendo para a comunicação sobre a tributação à saída de 19 de Dezembro de 2006⁴⁵, que os Estados-Membros podem impor à empresa que se transfere determinados deveres de informação, como por exemplo uma declaração anual de que os activos da empresa ainda detêm o estabelecimento estrangeiro, em conexão com uma declaração no momento da alienação. A Directiva relativa à assistência mútua 77/799⁴⁶ e a Directiva

relativa à assistência mútua em matéria de cobrança 76/308⁴⁷ ofereciam às autoridades competentes a possibilidade de manter uma vigilância fiscal eficaz sobre a empresa que se tinha transferido e de cobrar o crédito de imposto no momento próprio.

60. Segundo a opinião dos Governos intervenientes no processo, a transferência para o estrangeiro da sede da sociedade juntamente com os activos da empresa exige, pelo contrário, uma outra apreciação. Consideram que a cobrança imediata do imposto sobre as mais-valias latentes obtidas em território nacional é proporcionada, em particular, porque um seguimento sistemático do ulterior destino dos elementos em causa do activo, quando não é mesmo impossível, implica, em qualquer caso, um considerável esforço económico, tanto para a empresa como também para a administração fiscal, que não é possível suportar. Além disso, as menos-valias posteriores são tidas em conta pelo Estado de destino no âmbito do *step up*.

44 — V. acórdão N (já referido na nota 6, n.º 49 e seg.).

45 — Já referida na nota 2.

46 — 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 directos e dos impostos sobre os prémios de seguro (JO L 336, p. 15), na redacção alterada pela Directiva 92/12/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992 (JO L 76, p. 1).

47 — Directiva 76/308/CEE do Conselho, de 15 de Março de 1976, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas (JO L 73, p. 18), na redacção alterada pela Directiva 2001/44/CE do Conselho, de 15 de Junho de 2001 (JO L 175, p. 17). A Directiva 76/308 foi codificada e substituída pela Directiva 2008/55/CE do Conselho, de 26 de Maio de 2008, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas (JO L 150, p. 28), que por sua vez foi substituída pela Directiva 2010/24/UE do Conselho, de 16 de Março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas (JO L 84, p. 1).

61. Os Governos dinamarquês, espanhol e finlandês alegam, neste âmbito, que os activos de empresa, diversamente das participações detidas por uma pessoa singular, frequentemente não se destinam a ser alienados com lucro, mas a serem utilizados no processo de produção. Normalmente perderão valor, inclusivamente por completo, com o decorrer do tempo, em particular, por deterioração ou obsolescência, ou em relação à propriedade intelectual, por decurso do período de protecção. Por conseguinte, não faz qualquer sentido basear-se num momento posterior como o de uma alienação.

assistência mútua e em matéria de cobrança não oferecem, além do mais, possibilidades suficientes de fiscalizar continuamente a multiplicidade de activos de uma empresa ou de verificar apenas a exactidão das próprias declarações da empresa e de executar o crédito fiscal no momento certo. As diferenças entre as regulamentações dos diversos Estados-Membros sobre o cálculo do lucro e a elaboração dos balanços anuais dificultam ainda mais tal cooperação.

62. Neste contexto, o Governo neerlandês assinala que a realização das mais-valias de elementos do activo fixo geradas no Estado de saída se produz, em parte, progressivamente, na medida em que estes elementos estão sujeitos no Estado de destino à desvalorização anual com base no valor de mercado fixado no balanço de abertura. Se é certo que as mais-valias de elementos do activo circulante se realizam geralmente no momento da sua venda, os balanços anuais não permitem, contudo, reconhecer claramente quando foram efectivamente vendidos os elementos que existiam à data da transferência.

64. O Governo italiano entende que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à tributação à saída de pessoas singulares não é aplicável à tributação à saída de empresas porque pessoas singulares e empresas estão fundamentalmente submetidas a regulamentações fiscais distintas. Enquanto as pessoas singulares só são tributadas relativamente ao rendimento efectivo, as empresas são tributadas com base num balanço, no qual são contrapostas as rubricas do activo e do passivo. Em princípio, as mais-valias de elementos do activo são plasmadas directamente no balanço e, por isso, imediatamente sujeitas a imposto. Apenas excepcionalmente pode o valor originário do elemento do activo ser reportado até à realização das mais-valias latentes. O primeiro pressuposto para que tal aconteça é a empresa conservar a sua sede no território nacional e, assim, continuar sujeita à tributação nacional.

63. Segundo os Governos neerlandês, alemão e espanhol, os mecanismos do Direito da União e bilaterais, à disposição em matéria de

65. O Governo finlandês salienta, além disso, que as pessoas colectivas são, ao contrário das pessoas singulares, menos constantes na sua identidade. Através de fusões, cisões, alterações da forma jurídica, constituição de filiais e transferência de domínios de actividade para outras sociedades pode dificultar-se consideravelmente o exercício pelo Estado de saída de uma supervisão fiscal continuada.

66. Em primeiro lugar, importa assinalar que os argumentos dos Governos intervenientes no processo que apontam para as dificuldades do seguimento assentam numa consideração tipificadora, segundo a qual as empresas e, em particular, as sociedades apresentam, em regra, uma situação patrimonial muito complexa. O presente processo mostra, ao invés, que também pode haver casos de empresas, independentemente do facto de serem exploradas por uma pessoa colectiva ou singular, nos quais a situação patrimonial relevante em termos fiscais seja antes simples. Do mesmo modo, pode haver naturalmente pessoas singulares cuja situação patrimonial seja tão complexa como a de uma empresa no sentido indicado pelos Governos.

67. Dado que no processo principal apenas parece estar em causa crédito resultante de um empréstimo, cujo destino deveria poder ser objecto de fácil seguimento, as dificuldades alegadas pelos Governos intervenientes relativas ao seguimento carecem de interesse para o caso vertente. O tipo e a extensão do património a tributar não militam por si só

contra o facto de se acolher a solução elaborada pelo Tribunal de Justiça no acórdão N e considerar desproporcionada a cobrança imediata do crédito fiscal sobre as mais-valias latentes.

68. No entanto, visto que até um certo grau é legítimo que o legislador proceda a considerações tipificadoras, que o órgão jurisdicional de reenvio formulou a sua segunda questão de forma geral e que não se deve excluir que, no processo principal, também tenha que decidir sobre a tributação à saída de outros elementos do activo, não quero ignorar simplesmente os argumentos em causa.

Seguimento impossível ou difícil dos elementos do património

69. Parece de todo plausível que a situação patrimonial de uma empresa se possa apresentar de tal forma complexa que um seguimento transfronteiriço preciso do destino de todo os elementos do activo fixo ou circulante de uma empresa até à realização das mais-valias latentes nele existentes seja quase impossível ou, em todo o caso, associado a um grande esforço, que não é razoável exigir às autoridades fiscais e que também significaria um considerável encargo para a empresa.

70. Num tal caso, também não constitui uma alternativa real a informação fornecida pela própria empresa, sugerida pela Comissão, dado que tanto a disponibilização destas informações como a verificação da sua exactidão pode ultrapassar também os limites do que pode ser exigido. Se é certo que as medidas de harmonização já existentes no âmbito da contabilidade das sociedades⁴⁸, como a Directiva 77/799 relativa à assistência mútua⁴⁹ e as Directivas relativas à assistência mútua em matéria de cobrança⁵⁰, facilitam em certa medida as coisas, as mesmas não resolvem, contudo, o núcleo do problema.

71. No caso de não ser possível de forma razoável estabelecer quando se realizarão as mais-valias latentes e se entretanto se produziram menos-valias irrelevantes, o diferimento da cobrança não constitui, independentemente da questão de um *step up*, uma medida menos restritiva e igualmente adequada para garantir o crédito fiscal do Estado de saída. Ao invés, faltaria um elemento de referência a partir do qual se poderia estabelecer o momento até ao qual o diferimento se manteria. A cobrança imediata do imposto deveria,

assim, ser considerada proporcionada e permitida à luz da liberdade de estabelecimento.

Seguimento não problemático dos elementos do património

72. Se, pelo contrário, o tipo e a extensão do património da empresa permitem, de forma relativamente simples, um seguimento transfronteiriço até à realização das mais-valias latentes, é desproporcionado cobrar imediatamente o imposto que recai sobre estas. Uma empresa que transfere a sua sede e toda a sua actividade económica para o estrangeiro, tem, designadamente, na mesma medida, que uma empresa que permanece estabelecida em território nacional, um interesse em só pagar impostos sobre mais-valias latentes quando estas efectivamente se tenham realizado. Em contrapartida, o interesse do Estado de saída na execução do seu crédito fiscal não é exageradamente prejudicado se, também no caso das empresas que se transferem para o estrangeiro, esperar até ao momento da realização efectiva – para ele de fácil comprovação – das mais-valias latentes.

48 — V., designadamente a Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (JO L 222, p. 11; EE 17 F1 p. 55), e a Sétima Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, baseada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado e relativa às contas consolidadas (JO L 193, p. 1; EE 17 F1 p. 119), à qual se referiu o Tribunal de Justiça no seu acórdão de 18 de Dezembro de 2007, A (C-101/05, Colect., p. I-11531, n.º 62).

49 — Já referido na nota 46.

50 — Já referido na nota 47.

73. É certo que a execução transfronteiriça deverá estar em regra associada a mais dificuldades do que a cobrança coerciva em território nacional. Os Governos alemão, espanhol e francês remetem, nesta medida, para

o acórdão *Truck Center*⁵¹, no qual o Tribunal de Justiça admitiu, entre outros atendendo à possibilidade da cobrança coerciva do imposto, que relativamente a contribuintes não residentes seja aplicada, designadamente uma tributação na fonte, uma técnica de cobrança diferente da utilizada para os contribuintes residentes.

74. No entanto, no presente caso, não se trata de uma mera técnica de cobrança mas da questão de saber se não vai além do necessário o facto de, apenas em razão da sua transferência para outro Estado-Membro, sociedades que se transferem serem obrigadas a pagar, imediatamente e com carácter definitivo, impostos sobre as mais-valias latentes de elementos do activo facilmente identificáveis, ao passo que as sociedades que permanecem no território nacional só claramente mais tarde têm que pagar impostos comparáveis ou possivelmente não têm de todo que o fazer. Neste âmbito, deve ter-se em atenção que a sociedade que se transfere conservando o seu estatuto permanece uma sociedade de direito interno e que pode haver lugar à aplicação de sanções previstas nos termos da legislação relativa ao registo, se tal sociedade não cumprir as suas obrigações fiscais. De resto, o Estado de saída pode, em caso de necessidade, recorrer ainda aos mecanismos contidos na Directiva relativa à assistência mútua em matéria de cobrança⁵².

75. As particularidades da tributação das empresas alegadas pelo Governo italiano não conduzem a nenhuma outra apreciação. Ainda que a constituição de reservas latentes devesse ser considerada como excepção, não deixa de ser verdade que as empresas que transferem a sua sede no território nacional beneficiam desta excepção, ao passo que as empresas que se transferem para o estrangeiro são dela privadas. Estas particularidades carecem de qualquer relevância relativamente à questão de saber se esta desigualdade de tratamento é proporcional ou se não deverá utilizar-se um deferimento do prazo como meio menos restritivo. Do mesmo modo, não pode ser atribuído ao argumento invocado pelo Governo finlandês relativo à mudança frequente de identidade das empresas uma importância tal que confira um carácter proporcionado à cobrança imediata do imposto à saída. Se o seguimento dos elementos do activo não é em si mesmo problemático, este também não deverá colocar dificuldades na hipótese de ocorrerem os acontecimentos indicados pelo Governo finlandês.

Consideração das menos-valias posteriores

76. Na medida em que o pagamento do imposto deva ser diferido, coloca-se outra questão relativa a saber como deverão ser tomadas em consideração as menos-valias produzidas

51 — Acórdão de 22 de Dezembro de 2008, *Truck Center* (C-282/07, Colect., p. I-10767, n.ºs 47 e seg.).

52 — Já referido na nota 47.

após a transferência. No acórdão N⁵³, o Tribunal de Justiça decidiu, em relação à tributação à saída de uma pessoa singular, que detinha uma participação substancial numa sociedade, que tais menos-valias devem ser tidas em conta por inteiro, a não ser que já tenham sido tomadas em consideração no Estado de destino. No entanto, relativamente à transferência de empresas impõe-se uma abordagem diferente.

ao Estado de destino ter em conta as perdas produzidas sob a sua soberania fiscal. Por conseguinte, não é possível responder de forma global à questão de saber se a tributação à saída se torna desproporcionada pelo facto de o Estado de saída não tomar em consideração as menos-valias posteriores.

Lucros cambiais latentes que já não são manifestos no Estado de destino

77. Se o Estado de destino previr um *step up*, isto é, se incluir os elementos do activo com o seu valor de mercado no balanço de abertura, deve partir-se do princípio de que menos-valias posteriores serão aí tidas em conta. O Estado de saída poderia então, no caso de ocorrer um facto gerador da realização, como por exemplo a alienação, cobrar integralmente os montantes de imposto fixados aquando da transferência.

79. No que respeita, em concreto, aos lucros cambiais latentes em causa no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio entende que estes se tornaram definitivos com a transferência da National Grid Indus para o Reino Unido. Dado que os lucros da sociedade a partir deste momento apenas foram calculados em libra esterlina, as menos-valias posteriores já não se poderiam produzir.

78. No entanto, a hipótese de o Estado de destino não ter em conta uma menos-valia posterior não implica forçosamente que o Estado de saída tenha que a ter em conta por inteiro. A questão de saber qual dos dois Estados deve ter em conta a menos-valia, constitui, pelo contrário, uma questão nuclear relativa à equilibrada repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros, cuja regulamentação, na falta de medidas de harmonização de Direito da União, permanece, em princípio, competência destes. Neste âmbito, o princípio da territorialidade aponta, fundamentalmente, no sentido de que cabe

80. Os Governos neerlandês, alemão e português são de opinião que, em tal caso, a cobrança imediata do imposto está justificada por maioria de razão, ao passo que segundo a Comissão os lucros cambiais latentes só podem ser tributados quando o crédito de empréstimo se tenha extinguido.

81. Ao invés, a National Grid Indus defende que os lucros cambiais latentes desapareceram no momento da transferência de sede.

53 — Já referido na nota 6, n.º 54.

Tratou-se de lucros fictícios que nunca tiveram existência económica, apenas tendo existido para efeitos fiscais. Dado que o seu lucro tributável no Reino Unido já só é calculado em libra esterlina, estes lucros latentes não se realizaram mediante a transferência, tendo, pelo contrário, desaparecido definitivamente.

posterior, se, designadamente, como no caso vertente, não se manifestassem a nível fiscal no Estado de destino.

82. Não posso retirar do Direito da União nenhum elemento que milite no sentido de que não se deveria reconhecer aos Estados-Membros o direito de tributar lucros cambiais latentes que se produziram no período em que uma empresa desenvolvia a sua actividade no seu território. Uma vez que, como o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão *Deutsche Shell*⁵⁴, os Estados-Membros se podem ver obrigados a ter em conta do ponto de vista fiscal menos-valias, por razões de simetria fiscal devem também ter a possibilidade de tributar lucros cambiais, mesmo quando se trate apenas de lucros cambiais latentes. Tal como o Governo alemão assinalou, um lucro cambial latente representa desde logo um verdadeiro valor económico, na medida em que aumenta a solvabilidade da empresa. Além disso, sem a possibilidade de tributar os lucros cambiais latentes, existiria o risco de estes lucros não serem de todo tributados, não obstante a sua realização efectiva

83. No entanto, a transferência de uma empresa para um outro Estado-Membro, no qual o lucro cambial latente já não se manifesta em termos fiscais, não deve considerada ainda como a realização do lucro. Enquanto o empréstimo não for reembolsado, a empresa, do mesmo modo que uma empresa que tenha permanecido em território nacional, não dispõe de meios de liquidez resultantes do empréstimo, para pagar o crédito fiscal.

84. No entanto, do mesmo modo, os lucros cambiais latentes também não desaparecem no momento da transferência. Se o empréstimo fosse reembolsado após a transferência, a empresa que se transfere disporia de meios de liquidez para pagar o crédito de empréstimo na mesma medida que uma empresa que tenha permanecido no território nacional. O facto de os lucros cambiais latentes deixarem de se manifestar em termos fiscais no Estado de destino não pode levar à extinção do crédito fiscal do Estado de saída.

85. Questiona-se, contudo, se se deve considerar que tais lucros cambiais latentes se tornam definitivos no momento da transferência ou se não se deveria antes continuar a ter em conta a evolução da cotação entre a divisa do empréstimo e a divisa do Estado de saída até ao efectivo reembolso do empréstimo, na

⁵⁴ — Acórdão de 28 de Fevereiro de 2008, *Deutsche Shell* (C-293/06, Colect., p. I-1129, n.º 44).

medida em que se produzissem posteriormente menos-valias.

lucros cambiais latentes provenientes do mesmo crédito de empréstimo. Neste caso não existe o risco de que as perdas sejam duplamente tidas em conta, não sendo de outra forma, pelo contrário, considerados os casos de menos-valias transfronteiriças.

86. A este respeito, cumpre em primeiro lugar, assinalar que decorre desde logo da sua própria natureza que as menos-valias posteriores só podem ser tidas em conta pelo Estado de saída. Estas, como também os lucros cambiais anteriores, não se manifestam de todo no Estado de destino.

88. Assim, fica demonstrado que a tributação à saída dos lucros cambiais latentes resultantes de um crédito em divisa estrangeira, que deixam de se manifestar no Estado de destino, só pode ser considerada proporcionada se o crédito fiscal for diferido até ao momento em que uma empresa que tenha conservado a sua sede no território nacional deva pagar imposto sobre tais lucros, e as menos-valias produzidas até este momento forem tidas em conta.

87. Num caso como o presente, no qual o destino do crédito de empréstimo pode ser facilmente seguido até ao momento do reembolso ou de outro facto gerador da realização, o facto de o Estado de saída não ter em conta as perdas cambiais posteriores e, assim, tributar mais as empresas que se transferem do que as que permanecem em território nacional iria para além do necessário à preservação da equilibrada repartição do poder de tributação. Nos termos do princípio da territorialidade, a soberania fiscal sobre o crédito de empréstimo reside, é certo, no momento em que as menos-valias cambiais se produzem, em princípio, no Estado de destino. No entanto, dado que a evolução das cotações não se manifesta fiscalmente neste nem num sentido nem noutro, enquanto o Estado de saída nos casos meramente internos tem em conta a evolução das cotações até ao momento da realização efectiva dos lucros cambiais latentes, o Estado de saída permanece competente, mesmo após a transferência de uma empresa, para ter em conta tais menos-valias no âmbito do imposto que calculou sobre anteriores

iii) Conclusão provisória

89. Uma tributação de regularização final, como a que está em causa no presente processo, é justificada pela exigência de uma equilibrada repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros, quando os elementos do activo da empresa que se transfere em razão do seu tipo e ou da sua extensão não podem razoavelmente ser objecto de seguimento até ao momento da realização efectiva das mais-valias latentes produzidas em território nacional. Se o seguimento for possível de forma relativamente simples, a cobrança

da tributação de regularização final antes do momento da realização das mais-valias latentes é desproporcionada. A questão de saber se em tal caso devem ser tidas em conta menos-valias posteriores só pode ser respondida em função das respectivas circunstâncias.

90. Se o património da empresa for, no essencial, composto por créditos em divisa estrangeira e se as mais-valias latentes produzidas no território nacional deixarem de se manifestar a nível fiscal no Estado de destino, a tributação de regularização final deve ser diferida até ao momento em que uma empresa que conservou a sua sede em território nacional deva pagar imposto sobre tais lucros, devendo as menos-valias produzidas até à data ser tidas em conta.

b) A coerência do sistema fiscal

91. Os Governos alemão e italiano alegam, além disso, que a tributação à saída é justificada pela exigência de preservar a coerência dos sistemas fiscais nacionais.

92. Segundo o Governo alemão existe um nexo directo entre a vantagem de as reservas latentes não serem tributadas à data do balanço anual e a desvantagem de serem reveladas e tributadas no momento da transferência. Trata-se das duas faces da mesma moeda. Os preceitos neerlandeses apresentam uma lógica simétrica na acepção do acórdão Wannsee⁵⁵, dado que a tributação de regularização final constitui o complemento lógico da isenção fiscal concedida anteriormente às mais-valias latentes.

93. Em contrapartida, o Governo italiano vê um nexo directo entre a tributação de regularização final e as deduções fiscais que uma empresa tenha podido efectuar até à transferência, em particular, sob a forma de desvalorizações relativas aos gastos das aquisições dos elementos do activo. Através da tributação de regularização final seria apenas compensada a redução das receitas fiscais sofrida anteriormente pelo Estado em resultado dos benefícios fiscais assim concedidos. A transferência é o último momento em que é possível realizar esta compensação.

94. O Tribunal de Justiça reconheceu em jurisprudência assente a necessidade de garantir a coerência do regime fiscal nacional como

55 — Já referido na nota 35, n.º 42.

uma razão imperiosa de interesse geral⁵⁶, mesmo que, tanto quanto sabemos, só a tenha efectivamente admitido em dois casos⁵⁷.

95. Segundo a jurisprudência proferida até à data, um argumento baseado nessa justificação só pode vingar, se existir um nexo directo entre o benefício fiscal em causa e a sua compensação através de uma determinada carga fiscal, devendo o carácter directo deste nexo ser apreciado atendendo ao objectivo prosseguido com a regulamentação em causa⁵⁸.

96. No acórdão Wannsee⁵⁹, o Tribunal de Justiça afirmou a existência de um nexo pessoal e material directo entre a possibilidade concedida primeiro a uma empresa de deduzir fiscalmente as perdas sofridas por um estabelecimento estável estrangeiro e a posterior reintegração dessas perdas, designadamente quando o estabelecimento estrangeiro produz de novo lucros.

97. Uma coerência neste sentido também parece estar subjacente à regulamentação fiscal

neerlandesa em análise no presente processo. Como resulta dos trabalhos preparatórios reproduzidos no pedido de decisão prejudicial, o legislador neerlandês pretendeu ter em conta a prática comercial segundo a qual, atendendo ao facto de que se trata de um negócio em exploração («going concern»), no cálculo anual dos lucros importa igualmente tomar em consideração os seus efeitos nos anos seguintes. Por conseguinte, determinados lucros foram reportados para o futuro. Do ponto de vista fiscal, tal prática foi aceite na expectativa de poder tributar estes lucros num momento posterior. Tais reservas latentes podem resultar de mais-valias, que num primeiro tempo não são reveladas, na medida em que o elemento do activo é avaliado pelo seu valor contabilístico no balanço fiscal, ou da concessão de deduções superiores à menos-valia efectiva do elemento do activo. Em ambos os casos existe um interesse legítimo do Estado em causa em tributar as reservas latentes num momento posterior.

98. Diversamente do imposto francês de saída, examinado pelo Tribunal de Justiça no processo de Lasteyrie du Saillant⁶⁰ e em relação ao qual não admitiu a justificação relativa à coerência, a tributação de regularização final neerlandesa prossegue assim o objectivo de garantir, de forma geral, a tributação das mais-valias que se produziram durante o tempo em que uma empresa que seja sujeito

56 — Acórdãos de 7 de Setembro de 2004, Manninen (C-319/02, Colect., p. I-7477, n.º 42); Papillon (já referido na nota 10, n.º 43), e de 22 de Dezembro de 2010, Tankreederei I (C-287/10, Colect., p. I-14233, n.º 23).

57 — V., por um lado, acórdãos de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann (C-204/90, Colect., p. I-249, n.º 35), e Comissão/Bélgica (C-300/90, Colect., p. I-305, n.º 21), que dizem respeito à mesma regulamentação belga relativa à dedutibilidade das cotizações de seguro, e, por outro, acórdão Wannsee (já referido na nota 35, n.º 43).

58 — V. a jurisprudência referida nas notas de rodapé anteriores.

59 — Já referido na nota 35, n.º 55.

60 — Acórdão de Lasteyrie du Saillant (já referido na nota 5, n.º 65).

passivo teve a sua sede nos Países Baixos, no caso de esta transferir a sua sede para o estrangeiro.

interesse geral que pode justificar a restrição da liberdade de estabelecimento decorrente da tributação de regularização final neerlandesa.

99. Se os Países Baixos, em razão da transferência, deixassem de poder tributar as mais-valias latentes produzidas no período em que a National Grid Indus teve a sua residência fiscal em território neerlandês, já não seria possível uma tributação coerente. Neste sentido, os objectivos da coerência fiscal e da repartição equilibrada do poder de tributação coincidem⁶¹.

102. No entanto, a prevenção da evasão fiscal só entra em cena como causa autónoma de justificação, quando a medida restritiva se destina especificamente a impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional⁶².

100. Por conseguinte, a tributação de regularização final também é adequada para preservar a coerência do sistema fiscal neerlandês. No que respeita à questão da necessidade, são aplicáveis as considerações tecidas a propósito da repartição do poder de tributação.

103. Nesta medida, importa clarificar que a transferência transfronteiriça da sede de uma pessoa colectiva não pode *per se* ser considerada evasão fiscal⁶³, mesmo que tenha sido motivada por razões fiscais. O facto de as empresas procurarem tirar partido das disparidades entre os sistemas fiscais nacionais é uma forma legítima de actuação económica, inevitável num mercado interno no qual a tributação das empresas não está

c) A prevenção da evasão fiscal

101. Diversos Governos, que intervieram no processo, apresentaram a prevenção da evasão fiscal como outra razão imperiosa de

62 — Neste sentido, acórdãos de 13 de Março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, Colect., p. I-2107, n.º 72 e segs.); de 18 de Junho de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, Colect., p. I-5145, n.º 63 e seg.), e SGI (já referido na nota 10, n.º 65 e seg.).

63 — V., quanto à transferência transfronteiriça da residência de uma pessoa singular, acórdão de *Lasteyrie du Saillant* (já referido na nota 5, n.º 51); v., neste contexto, também o acórdão de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, Colect., p. I-7995, n.º 36 e segs.).

61 — V., a este respeito, as minhas conclusões de 30 de Março de 2006 ao acórdão N (já referido na nota 6, n.º 106).

harmonizada⁶⁴. Por conseguinte, segundo jurisprudência assente, a redução de receitas fiscais não constitui uma razão imperiosa de interesse geral⁶⁵. Consequentemente, a transferência da sede de uma sociedade não pode, por si só, tal como a criação de um estabelecimento secundário num outro Estado-Membro, fundamentar uma presunção geral de evasão fiscal.

observações que não se baseia na prevenção da evasão fiscal como causa de justificação para justificar a tributação de regularização final.

104. Não é possível retirar do despacho de reenvio que a tributação de regularização final neerlandesa se dirige especificamente contra expedientes puramente artificiais no sentido acima descrito. Ao invés, a tributação de regularização final parece ser cobrada em todos os casos de transferência transfronteiriça de sede. Em relação à National Grind Indus, o órgão jurisdicional de reenvio indica mesmo expressamente que existiram motivos racionais para a transferência da sede⁶⁶. Além disso, o Governo neerlandês esclarece nas suas

105. Consequentemente, a regulamentação em análise no presente processo não pode ser justificada através da prevenção da evasão fiscal. Na medida em que a tributação de regularização final neerlandesa deva, contudo, destinar-se à prevenção da evasão fiscal, sem se dirigir especificamente contra expedientes puramente artificiais, este aspecto é suficientemente tido em conta no âmbito da causa de justificação relativa à equilibrada repartição do poder de tributação⁶⁷.

d) Outras causas de justificação

106. Paralelamente às causas de justificação já discutidas, os Governos intervenientes alegaram ainda outras causas de justificação, designadamente, a prevenção da dupla consideração das perdas, a eficácia da supervisão fiscal e da cobrança do imposto. Atendendo às considerações acima tecidas acerca da preservação de uma equilibrada repartição do poder de tributação e da coerência do sistema fiscal, não é necessário um exame adicional destas causas de justificação.

64 — V. as minhas conclusões de 12 de Setembro de 2006 ao acórdão Oy AA (já referido na nota 36, n.º 62), bem como as conclusões do advogado-geral L.A. Geelhoed de 29 de Junho de 2006 ao acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (já referido na nota 62, n.º 63); v., também, acórdãos de Lasteyrie du Saillant (já referido na nota 5, n.º 60) e Deutsche Shell (já referido na nota 54, n.º 43).

65 — Acórdãos de 12 de Dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Colect., p. I-11779, n.º 36); de Lasteyrie du Saillant (já referido na nota 5, n.º 51) e Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (já referido na nota 63, n.º 49).

66 — V., a este respeito, n.º 12, *supra*.

67 — V., a este respeito, acórdão SGI (já referido na nota 10, n.º 66), no qual estas duas causas de justificação ainda foram analisadas em conjunto.

3. Conclusão quanto à segunda e terceira questões prejudiciais

107. Proponho que se responda à segunda e terceira questões prejudiciais que uma tributação de regularização final, como a que está em causa no processo principal, é justificada pela exigência de uma equilibrada repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros e pela preservação da coerência dos sistemas fiscais nacionais, quando os elementos do activo da empresa que se transfere em razão do seu tipo e ou da sua extensão não podem razoavelmente ser objecto de seguimento até ao momento da realização efectiva das mais-valias latentes produzidas

em território nacional. Se o seguimento for possível de forma relativamente simples, a cobrança da tributação de regularização final antes do momento da realização das mais-valias latentes é desproporcionada. A questão de saber se, em tal caso, devem ser tidas em conta menos-valias posteriores só pode ser respondida em função das respectivas circunstâncias. Se o património da empresa for, no essencial, composto por créditos em divisa estrangeira e se as mais-valias latentes produzidas no território nacional deixarem de se manifestar a nível fiscal no Estado de destino, a tributação de regularização final deve ser diferida até ao momento em que uma empresa que conservou a sua sede em território nacional deva pagar imposto sobre tais lucros, devendo as menos-valias produzidas até à data ser tidas em conta.

V – Conclusão

108. Tendo em consideração o acima exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais do *Gerechtshof Amsterdam*:

«1. Uma sociedade pode invocar a liberdade de estabelecimento, garantida pelo artigo 43.º CE (actual artigo 49.º TFUE), perante um Estado-Membro, nos termos de

cujo direito foi constituída, quando este Estado-Membro, por ocasião da transferência da sede efectiva da sua administração para outro Estado-Membro, lhe imponha uma tributação de regularização final no sentido de que é obrigada a pagar imposto sobre as sociedades sobre as mais-valias dos activos transferidos, acumuladas até à data mas ainda não realizadas, sem diferimento do pagamento e sem a possibilidade de tomar em conta as menos-valias posteriores.

2. Uma tal tributação de regularização final é justificada pela exigência de uma equilibrada repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros e pela preservação da coerência dos sistemas fiscais nacionais, quando os elementos do activo da empresa que se transfere em razão do seu tipo e ou da sua extensão não podem razoavelmente ser objecto de seguimento até ao momento da realização efectiva das mais valias-latentes produzidas em território nacional. Se o seguimento for possível de forma relativamente simples, a cobrança da tributação de regularização final antes do momento da realização das mais-valias latentes é desproporcionada. A questão de saber se, em tal caso, devem ser tidas em conta menos-valias posteriores só pode ser respondida em função das respectivas circunstâncias.

3. Se o património da empresa for, no essencial, composto por créditos em divisa estrangeira e se as mais-valias latentes produzidas no território nacional deixarem de se manifestar a nível fiscal no Estado de destino, a tributação de regularização final deve ser diferida até ao momento em que uma empresa que conservou a sua sede em território nacional deva pagar imposto sobre tais lucros, devendo as menos-valias produzidas até à data ser tidas em conta.»