



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
MELCHIOR WATHELET  
apresentadas em 15 de novembro de 2017<sup>1</sup>

**Processos apensos C-327/16 e C-421/16**

**Marc Jacob**  
**contra**  
**Ministre des Finances et des Comptes publics (C-327/16)**  
**e**  
**Ministre des Finances et des Comptes publics**  
**contra**  
**Marc Lassus (C-421/16)**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França)]

«Reenvio prejudicial — Fiscalidade — Fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes — Diretiva 90/434/CEE — Artigo 8.º — Mecanismo de diferimento de tributação — Poder de tributação do Estado de residência — Transferência do domicílio fiscal — Incidência — Liberdade de estabelecimento — Artigo 49.º TFUE — Imputação de menos-valias — Diferença de tratamento das operações tributáveis comparáveis, consoante o contribuinte tenha ou não exercido o seu direito de estabelecimento noutro Estado-Membro — Justificação — Preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros»

### I. Introdução

1. As presentes questões prejudiciais, apresentadas na secretaria do Tribunal de Justiça em 10 de junho de 2016<sup>2</sup> e 28 de julho de 2016<sup>3</sup> pelo Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França), têm como objeto a interpretação do artigo 8.º da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes<sup>4</sup>.

2. Estes pedidos foram apresentados no âmbito dos litígios que opõem Marc Jacob e o Ministre des Finances et des Comptes publics (Ministro das Finanças e das Contas Públicas, França), bem como o Ministre des Finances et des Comptes publics (Ministro das Finanças e das Contas Públicas, França) e Marc Lassus, relativamente à decisão da administração fiscal de tributar, no momento da alienação ulterior dos títulos recebidos, as mais-valias resultantes de uma operação de permuta de títulos.

1 Língua original: francês.

2 No processo Jacob (C-327/16).

3 No processo Lassus (C-421/16).

4 JO 1990, L 225, p. 1. O artigo 8.º desta diretiva foi alterado pela Diretiva 2005/19/CE do Conselho, de 17 de fevereiro de 2005 (JO 2005, L 58, p. 19). Posteriormente, a Diretiva 90/434 foi revogada pela Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações 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 2009, L 310, p. 34). Todavia, os termos do artigo 8.º, n.º 1, e do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 são quase idênticos aos termos do artigo 8.º, n.ºs 1 e 6, desta mesma diretiva, conforme alterada pela Diretiva 2005/19, bem como aos termos do artigo 8.º, n.ºs 1 e 6, da Diretiva 2009/133.

3. O órgão jurisdicional de reenvio considera que, para decidir o litígio que lhe foi submetido, tem necessidade de saber, designadamente, se o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 90/434 se opõe a uma legislação nacional como a dos processos principais que institui um mecanismo de diferimento de tributação, até à sua alienação ulterior, das mais-valias realizadas na data da permuta das ações ou dos títulos cedidos.

4. Segundo esse mecanismo, a determinação da matéria coletável da mais-valia é fixada na data da permuta das ações ou dos títulos, ao passo que a tributação<sup>5</sup> só ocorre quando as ações ou os títulos em questão forem ulteriormente alienados<sup>6</sup>. Ora, M. Jacob e M. Lassus consideram que o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 90/434 exige um mecanismo de suspensão da tributação e não de diferimento, o que implica que a permuta das ações ou dos títulos mais não é que uma operação puramente intercalar fiscalmente neutra e que só a alienação ulterior das ações ou dos títulos recebidos aquando da permuta pode constituir o facto gerador de uma tributação. Deste modo, M. Jacob e M. Lassus consideram que as mais-valias geradas aquando da cessão dos títulos ou ações em questão não podiam ser objeto das tributações em causa.

5. Em 2000, o Governo francês substituiu esse sistema de diferimento de tributação por um sistema de suspensão de tributação, segundo o qual todas as modalidades de tributação são determinadas no momento da cessão dos títulos, quer se trate da determinação da matéria coletável, da taxa de tributação ou da fixação do imposto a pagar. Foi nesse momento que, segundo M. Jacob, o Governo francês instaurou, em paralelo, um sistema de *exit tax* (isto é, um sistema de «tributação à saída»).

6. Estes conceitos de «suspensão» ou de «diferimento de tributação» devem ser distinguidos do diferimento de cobrança que implica que todas as modalidades de tributação (determinação da matéria coletável da mais-valia e da taxa de tributação) são fixadas na data da permuta das ações ou dos títulos, sendo apenas o pagamento do imposto assim determinado adiado para o momento da sua alienação ulterior. Este mecanismo está no cerne dos processos que deram origem à jurisprudência que resulta dos acórdãos de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785); de 23 de janeiro de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20); de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Portugal (C-503/14, EU:C:2016:979).

## II. Quadro jurídico

### A. Direito da União

7. O artigo 49.º TFUE (antigo artigo 43.º TCE) está redigido nos seguintes termos:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro [...]».

5 Baseada na determinação da matéria coletável fixada aquando da permuta.

6 Parece resultar do processo nacional entregue na secretaria do Tribunal de Justiça que as outras modalidades de tributação da mais-valia, nomeadamente a taxa de tributação, são determinadas na data da alienação ulterior. Com efeito, com a sua primeira questão prejudicial nos presentes processos apensos, o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) refere que «o apuramento e liquidação de uma mais-valia de permuta ocorre no momento da operação de permuta de títulos, e a respetiva tributação no ano do evento que põe termo ao diferimento da tributação». O sublinhado é meu.

8. Os primeiro, quarto e sexto considerando da Diretiva 90/434 preveem o seguinte:

«[...] as fusões, as cisões, as entradas de ativos e as permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes podem ser necessárias para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e assegurar deste modo a realização e o bom funcionamento do mercado comum; [...] essas operações não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros; [...] importa, por conseguinte, instaurar, para essas operações, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional;

[...]

[...] o regime fiscal comum deve evitar a tributação das fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações, salvaguardando os interesses financeiros do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida;

[...]

[...] o regime de adiamento, até à sua realização efetiva, da tributação das mais-valias relativas aos bens transferidos, aplicado aos bens que estejam afetos a esse estabelecimento estável, permite evitar a tributação das mais-valias correspondentes, garantindo ao mesmo tempo a sua tributação posterior pelo Estado da sociedade contribuidora, no momento da sua realização».

9. O artigo 8.º da Diretiva 90/434 prevê:

«1. Em caso de fusão, cisão ou permuta de ações, a atribuição de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária ou adquirente a um sócio da sociedade contribuidora ou adquirida, em troca de títulos representativos do capital social desta última, não deve, por si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do referido sócio.

2. Os Estados-Membros subordinarão a aplicação do disposto no n.º 1 à condição de o sócio não atribuir aos títulos recebidos por permuta um valor fiscal mais elevado que aquele que os títulos permutados tinham imediatamente antes da fusão, cisão ou permuta de ações.

A aplicação do n.º 1 não impede que os Estados-Membros tributem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos, do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existentes antes da aquisição.

[...]»

### ***B. Direito convencional***

10. O artigo 18.º da Convenção entre a França e a Bélgica, de 10 de março de 1964, destinada a evitar a dupla tributação e a estabelecer regras de assistência administrativa e jurídica recíproca em matéria de imposto sobre os rendimentos, dispõe:

«Na medida em que os artigos precedentes da presente convenção não disponham de outra forma, os rendimentos dos residentes de um dos Estados contratantes só são tributáveis nesse Estado.»

11. O artigo 13.º, n.ºs 3 e 4, da Convenção entre o Governo da República Francesa e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, assinada em Londres em 22 de maio de 1968, destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre os rendimentos (a seguir «Convenção fiscal franco-britânica»), enuncia:

«3. Os lucros auferidos com a alienação de quaisquer bens diferentes dos referidos nos n.ºs 1 e 2 só são tributáveis no Estado contratante no qual o alienante reside.

4. Não obstante as disposições do n.º 3, os proveitos realizados por uma pessoa singular que seja residente de um Estado contratante aquando da alienação de mais de 25 por cento das participações detidas, só ou com familiares, direta ou indiretamente, numa sociedade domiciliada no outro Estado contratante são tributáveis nesse outro Estado. As disposições do presente número só são aplicáveis se:

- a) a pessoa singular tiver a nacionalidade do outro Estado contratante sem ter a nacionalidade do primeiro Estado contratante; e
- b) a pessoa singular for residente no outro Estado contratante durante um período qualquer nos cinco anos que precedam imediatamente a alienação das participações.»

### *C. Direito francês*

12. Nos termos do artigo 92.º B, n.º II, ponto 1, do Code général des impôts (Código Geral dos Impostos, a seguir «CGI»), na sua redação aplicável às mais-valias objeto de diferimento fiscal em 1 de janeiro de 2000:

«1. A partir de 1 de janeiro de 1992 ou de 1 de janeiro de 1991 para as entradas de títulos numa sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades, a tributação de uma mais-valia realizada em caso de permuta de títulos resultante de uma operação de oferta pública, de fusão, de cisão, de absorção de um fundo comum de investimento por uma sociedade de investimento de capital variável, realizada em conformidade com a legislação em vigor, ou de uma entrada de títulos numa sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades, pode ser diferida para o momento da cessão ou da recompra dos títulos recebidos no momento da permuta [...].»

13. O artigo 160.º, n.ºs I e I B, do CGI, na sua redação aplicável à data dos factos nos processos principais, enunciava:

«I. [...] A tributação da mais-valia assim realizada está subordinada somente à condição de que os direitos direta ou indiretamente detidos sobre os lucros da sociedade pelo cedente ou pelo seu cônjuge, seus ascendentes e descendentes tenham ultrapassado em conjunto 25% desses lucros em qualquer momento no decurso dos cinco últimos anos. Todavia, quando a cessão for permitida em proveito de uma das pessoas visadas no presente parágrafo, a mais-valia é isenta se a totalidade ou parte desses direitos sociais não for revendida a um terceiro num prazo de cinco anos. De outra forma, a mais-valia é tributável em nome do primeiro cedente relativamente ao ano da revenda dos direitos ao terceiro.

[...]

As menos-valias sofridas no decurso de um ano são imputáveis exclusivamente nas mais-valias da mesma natureza realizadas no decurso do mesmo ano ou dos cinco anos seguintes»<sup>7</sup>.

«I B. [...] 4. A tributação das mais-valias realizadas a partir de 1 de janeiro de 1991 em caso de permuta de direitos sociais resultante de uma operação de fusão, de cisão ou de entrada de títulos numa sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades pode ser diferida nas condições previstas no n.º II do artigo 92.º B [...]».

14. Nos termos do artigo 164.º-B, n.º I, alínea f), do CGI, na sua versão aplicável em 1999<sup>8</sup>, são considerados rendimentos de origem francesa «as mais-valias referidas no artigo 160.º e que resultem da alienação de direitos relativos a sociedades que tenham a sede em França».

15. O artigo 244.º-A, B, do CGI, na sua redação aplicável à data da alienação dos títulos em 1999<sup>9</sup>, previa:

«Os produtos das alienações de direitos sociais referidas no artigo 160.º, realizadas por pessoas singulares que não estejam fiscalmente domiciliadas em França na aceção do artigo 4.º-B ou por pessoas coletivas ou organismos, qualquer que seja a sua forma, que tenham a sua sede social fora de França, são apurados e tributados segundo as modalidades previstas no artigo 160.º»

### III. Litígio no processo principal e questões prejudiciais

#### A. Processo C-327/16

16. Em 23 de dezembro de 1996, M. Jacob realizou uma entrada na Dubocage Développement SAS com os títulos que detinha na Dubocage SAS, duas sociedades francesas, e recebeu em troca títulos emitidos pela primeira destas sociedades. A mais-valia realizada no momento dessa operação de permuta de títulos foi, a seu pedido, objeto de diferimento fiscal em conformidade com as disposições francesas em vigor<sup>10</sup>.

17. Em 1 de outubro de 2004, M. Jacob transferiu o seu domicílio fiscal para a Bélgica.

18. Em 21 de dezembro de 2007, cedeu a totalidade dos títulos que detinha na Dubocage Développement. Na sequência dessa cessão, a mais-valia que havia sido diferida fiscalmente foi tributada, relativamente ao ano de 2007, por um montante de 1 342 384 euros, acrescido de juros de mora e de uma majoração de 10%.

19. Em 8 de junho de 2012, o tribunal administratif de Montreuil (Tribunal Administrativo de Montreuil, França) revogou essas contribuições suplementares, mas, por acórdão de 28 de maio de 2015 proferido no recurso interposto pelo ministre des finances et des comptes publics (Ministro das Finanças e das Contas Públicas), a cour administrative d'appel de Versailles (Tribunal Administrativo de Recurso de Versalhes, França), anulou essa sentença e repôs a tributação controvertida. M. Jacob interpôs recurso de cassação para o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) em 1 de outubro de 2015.

<sup>7</sup> Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, essa disposição «legislativa tem nomeadamente o efeito de permitir a imputação de uma menos-valia sobre uma mais-valia anteriormente diferida fiscalmente, aquando da tributação dessa mais-valia no ano em que ocorre o evento que põe termo ao diferimento fiscal».

<sup>8</sup> Esta data é pertinente para o processo Lassus (C-421/16). V. n.º 24 das presentes conclusões.

<sup>9</sup> Esta data é pertinente para o processo Lassus (C-421/16). V. n.º 24 das presentes conclusões.

<sup>10</sup> V. n.º II do artigo 92.º B e ponto 4 do n.º IB do artigo 160.º do CGI.

20. O Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) salienta que resulta das disposições do CGI aplicáveis que as mesmas se destinam a permitir, em derrogação da regra segundo a qual o facto gerador da tributação de uma mais-valia se constitui no ano da sua realização, o apuramento e a liquidação da mais-valia da permuta no ano da sua realização, e a respetiva tributação no ano do evento que põe termo ao diferimento da tributação, neste caso, a cessão dos títulos recebidos no momento da permuta. Segundo o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), a circunstância de o contribuinte ter, entretanto, transferido o seu domicílio fiscal para outro Estado não altera o poder de que dispõe o Estado de que era residente no momento da realização da mais-valia de permuta, e de tributar esta mais-valia no momento da alienação final dos títulos recebidos em permuta.

21. Todavia, o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) sublinha que M. Jacob também alega que estas disposições do CGI, tal como interpretadas pelo Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), violam os objetivos que resultam das disposições acima referidas do artigo 8.º da Diretiva 90/434, ao permitir ao Governo francês, no momento da alienação dos títulos recebidos aquando da permuta, tributar a mais-valia realizada aquando da permuta dos títulos inicialmente detidos e objeto de diferimento fiscal, uma vez que, segundo M. Jacob, a operação de permuta de ações não pode constituir o facto gerador de uma tributação e deve ser tratada como uma operação intercalar fiscalmente neutra, constituindo a alienação dos títulos recebidos com a permuta o facto gerador de uma mais-valia.

22. Nestas condições, o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Devem as disposições do artigo 8.º da Diretiva [90/434] ser interpretadas no sentido de que, no caso de uma operação de permuta de títulos abrangida pelo âmbito de aplicação desta diretiva, proibem um mecanismo de diferimento da tributação que, em derrogação à regra segundo a qual o facto gerador da tributação de uma mais-valia se constitui no ano da sua realização, preveja que o apuramento e a liquidação de uma mais-valia de permuta ocorre no momento da operação de permuta de títulos e a respetiva tributação no ano do evento que põe termo ao diferimento da tributação, que pode, nomeadamente, ser a cessão dos títulos recebidos no momento da permuta?
- 2) Devem as disposições do artigo 8.º da Diretiva [90/434] ser interpretadas no sentido de que proibem, no caso de uma operação de permuta de títulos abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva, que a mais-valia de permuta de títulos, admitindo que é tributável, seja tributada pelo Estado da residência do contribuinte no momento da operação de permuta quando este, na data da cessão dos títulos recebidos no momento dessa permuta, na qual a mais-valia da permuta é efetivamente tributável, transferiu o seu domicílio fiscal para outro Estado-Membro?»

## **B. Processo C-421/16**

23. M. Lassus é residente fiscal britânico desde 1997. Em 7 de dezembro de 1999, entregou à sociedade luxemburguesa Gemplus International títulos<sup>11</sup> da sociedade francesa Gemplus Associates<sup>12</sup> e recebeu em troca títulos da primeira destas sociedades<sup>13</sup>. Aquando desta permuta, realizou uma mais-valia de 17 814 460 euros, que foi objeto de diferimento fiscal ao abrigo da legislação em causa<sup>14</sup>. Na sequência dessa operação de permuta, M. Lassus adquiriu outros títulos da Gemplus International.

11 Neste caso, 11 924 títulos.

12 Inicialmente Mars Sun.

13 Recebeu, em troca, 599 874 títulos da Gemplus International.

14 N.º 1B, do artigo 160.º e artigo 92.º B do CGI.

24. Em dezembro de 2002, M. Lassus cedeu 45% dos títulos da Gemplus International<sup>15</sup> que detinha. A administração fiscal francesa<sup>16</sup> considerou então que os títulos recebidos por M. Lassus aquando da operação de permuta de 7 de dezembro de 1999 tinham sido cedidos até 45% e tributou a percentagem correspondente da mais-valia objeto de diferimento fiscal conforme tinha sido apurado nessa data. Por conseguinte, essa administração imputou a M. Lassus contribuições suplementares do imposto sobre o rendimento relativamente ao ano de 2002.

25. Contestando essas cotizações, M. Lassus intentou uma ação no tribunal administratif de Paris (Tribunal Administrativo de Paris, França), que julgou improcedente o seu pedido. Interposto recurso, a cour administrative d'appel de Paris (Tribunal Administrativo de Recurso de Paris, França) anulou a decisão da primeira instância e, portanto, isentou M. Lassus das referidas cotizações. A administração fiscal interpôs então um recurso de cassação para o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional).

26. O órgão jurisdicional de reenvio refere que, em conformidade com a legislação em causa no processo principal e com o artigo 13.º, n.º 4, alíneas a) e b), da Convenção fiscal franco-britânica, a mais-valia da permuta realizada em 1999 por M. Lassus, residente fiscal britânico, podia ser tributada em França.

27. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a legislação nacional em causa tem por efeito permitir, em derrogação da regra segundo a qual o facto gerador da tributação de uma mais-valia se constitui no ano da sua realização, o apuramento e a liquidação da mais-valia da permuta de títulos no ano da sua realização, e a respetiva tributação no ano do evento que põe termo ao diferimento da tributação, a saber, a cessão dos títulos recebidos no momento da permuta. Neste contexto, o facto de a mais-valia de alienação ulterior dos títulos recebidos ser tributável noutro Estado-Membro diferente daquele em que a mais-valia respeitante aos títulos permutados era tributável aquando da operação de permuta é, segundo o referido órgão jurisdicional, irrelevante quanto ao poder deste último Estado-Membro<sup>17</sup> de tributar, no momento da alienação final dos títulos recebidos em permuta, a mais-valia dos títulos permutados.

28. Todavia, M. Lassus questiona esta interpretação.

29. Por um lado, a título principal, alega que o mecanismo de diferimento de tributação instituído pela legislação nacional é incompatível com o artigo 8.º da Diretiva 90/434, uma vez que este artigo prevê como facto gerador da tributação a cessão dos títulos recebidos e não a operação de permuta dos títulos, que corresponde, esta última, a uma operação intercalar fiscalmente neutra. Além disso, defende que, neste caso, à data dessa cessão, a administração fiscal francesa tinha perdido o seu poder de tributação, sendo a operação de cessão da competência fiscal do Reino Unido.

30. Por outro lado, no caso de a cessão ser tributável em França, uma vez que a legislação nacional permite imputar a menos-valia de cessão nas mais-valias da mesma natureza, a recusa da administração fiscal de imputar a menos-valia gerada pela cessão dos títulos em 2002 na mais-valia de permuta objeto de diferimento fiscal viola os objetivos do artigo 8.º da Diretiva 90/434 e constitui um entrave à liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 49.º TFUE.

<sup>15</sup> À sociedade Sagem.

<sup>16</sup> Apesar de residir no Reino Unido desde 1997, a mais-valia de permuta realizada por M. Lassus em 7 de dezembro de 1999 era tributável em França, em conformidade com o artigo 13.º, n.º 4, da Convenção fiscal franco-britânica.

<sup>17</sup> Neste caso, a República Francesa.

31. Nestas condições, o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Devem as disposições referidas do artigo 8.º da [Diretiva 90/434] ser interpretadas no sentido de que, no caso de uma operação de permuta de títulos abrangida pelo âmbito de aplicação desta diretiva, proibem um mecanismo de diferimento da tributação que, em derrogação à regra segundo a qual o facto gerador da tributação de uma mais-valia se constitui no ano da sua realização, preveja que o apuramento e a liquidação de uma mais-valia de permuta ocorrem no momento da operação de permuta de títulos e a respetiva tributação no ano do evento que põe termo ao diferimento da tributação, que pode, nomeadamente, ser a cessão dos títulos recebidos no momento da permuta?
- 2) Admitindo que é tributável, pode a mais-valia de permuta de títulos ser taxada pelo Estado que tinha o poder de a tributar no momento da operação de permuta, quando a cessão dos títulos recebidos nessa permuta seja da competência tributária de outro Estado-Membro?
- 3) Em caso de resposta às questões precedentes que a Diretiva [90/434] não se opõe a que a mais-valia resultante de uma permuta de títulos seja tributada no momento da cessão ulterior dos títulos recebidos na permuta, incluindo quando as duas operações não são da competência tributária do mesmo Estado-Membro, pode o Estado-Membro em que a mais-valia de permuta foi objeto de diferimento de tributação tributar a mais-valia diferida no momento dessa cessão, sem prejuízo das estipulações da Convenção fiscal bilateral aplicáveis, sem ter em conta o resultado da cessão quando esse resultado seja uma menos-valia? Esta questão é colocada relativamente tanto à [Diretiva 90/434] como à liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo [49.º TFUE], na medida em que um contribuinte com domicílio fiscal em França no momento da operação de permuta e da operação de cessão de títulos pode beneficiar, nas condições recordadas no n.º 4 da presente decisão<sup>18</sup>, da imputação de uma menos-valia de cessão;
- 4) Em caso de resposta à terceira questão que há que ter em conta a menos-valia resultante da cessão dos títulos recebidos na permuta, deve o Estado-Membro em que foi realizada a mais-valia de permuta imputar a esta mais-valia a menos-valia de cessão ou deve, na medida em que a cessão não é da sua competência tributária, renunciar à tributação da mais-valia de permuta?
- 5) Em caso de resposta à quarta questão que há que imputar a menos-valia de cessão à mais-valia de permuta, qual o preço de aquisição dos títulos cedidos que deve ser considerado para o cálculo dessa menos-valia de cessão? Nomeadamente, deve ser considerado como preço de aquisição unitário dos títulos cedidos o valor total dos títulos da sociedade recebidos na permuta, conforme figura na declaração de mais-valia, dividido pelo número de títulos recebidos na permuta, ou deve ser considerado um preço de aquisição médio ponderado, tendo também em conta as operações posteriores à permuta, como outras aquisições ou distribuições gratuitas de títulos da mesma sociedade?»

#### **IV. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

32. No processo Jacob (C-327/16), foram apresentadas observações escritas por M. Jacob, pelos Governos francês, finlandês, e sueco e pela Comissão Europeia. No processo Lassus (C-421/16), foram apresentadas observações escritas pelos Governos francês, austríaco, finlandês e sueco, e pela Comissão.

<sup>18</sup> V. n.º 13 das presentes conclusões.



33. Por decisão do presidente do Tribunal de Justiça, de 10 de novembro de 2016, nos termos do artigo 54.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, os processos Jacob (C-327/16) e Lassus (C-421/16) foram apensados para efeitos da fase oral e do acórdão.

34. M. Jacob, os Governos francês e sueco e a Comissão apresentaram observações orais na audiência realizada em 13 de setembro de 2017.

## V. Quanto à competência do Tribunal de Justiça no processo Jacob (C-327/16)

35. Resulta do pedido de decisão prejudicial no processo Jacob (C-327/16) que os factos que estão na origem do litígio no processo principal respeitavam a operações de permuta de ações que envolviam sociedades estabelecidas num mesmo e único Estado-Membro, o que as excluía *a priori*, do âmbito da Diretiva 90/434<sup>19</sup> e constituía, por conseguinte, uma situação puramente interna.

36. Todavia, resulta desse pedido que M. Jacob defendia que as disposições que asseguram a transposição da Diretiva 90/434 para o direito francês, a saber, as disposições do n.º II do artigo 92.º B e do ponto 4, do n.º I B do artigo 160.º do CGI, também eram aplicáveis às operações de permuta de ações resultantes de uma operação de fusão, de cisão ou de entrada de ativos realizada entre duas sociedades francesas.

37. Na sequência de um pedido de informações do Tribunal de Justiça, de 21 de julho de 2016 dirigido ao Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), o presidente da troisième chambre du Conseil d'État (Terceira Secção do Conselho de Estado, em formação jurisdicional) confirmou, por carta de 1 de agosto de 2016, que «as disposições, em litígio, dos artigos 92.º B e 160.º do CGI, adotadas para a transposição da Diretiva [90/434], são aplicáveis nas mesmas condições às operações de permuta de ações que ocorram entre sociedades francesas, entre sociedades de Estados-Membros diferentes ou Estados terceiros, quando [...] o contribuinte detentor das ações tem o seu domicílio fiscal em França à data da permuta».

38. Importa recordar que, de acordo com o artigo 267.º TFUE, o Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos Tratados, bem como sobre a interpretação dos atos adotados pelas instituições da União Europeia. No âmbito da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, instituída por esse artigo, compete exclusivamente ao juiz nacional apreciar, atendendo às particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial, para poder proferir a sua decisão, como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça.

39. Por conseguinte, quando as questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais tenham por objeto a interpretação de uma disposição do direito da União, o Tribunal de Justiça tem, em princípio, o dever de se pronunciar. Em aplicação desta jurisprudência, o Tribunal de Justiça declarou-se reiteradamente competente para decidir dos pedidos prejudiciais respeitantes a disposições do direito da União em situações nas quais os factos no processo principal saíam do âmbito de aplicação direta do direito da União, mas nas quais as referidas disposições tinham passado a ser aplicáveis por força da legislação nacional, a qual era conforme, nas soluções dadas a situações puramente internas, às soluções do direito da União.

<sup>19</sup> Com efeito, o artigo 1.º da Diretiva 90/434 dispõe o seguinte:

«Os Estados-Membros aplicarão a presente diretiva às operações de fusão, de cisão, de entrada de ativos e de permuta de ações que digam respeito a sociedades de dois ou mais Estados-Membros.»

40. Com efeito, em tais casos, existe um interesse certo da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos procedentes do direito da União sejam interpretados de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar<sup>20</sup>.

41. Relativamente ao pedido de decisão prejudicial no processo Jacob (C-327/16), como resulta da resposta do Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) de 1 de agosto de 2016<sup>21</sup> que o legislador francês decidiu aplicar um tratamento idêntico às situações internas e às situações reguladas no artigo 8.º da Diretiva 90/434, há que declarar que o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões submetidas, que dizem respeito a este artigo.

## VI. Quanto à aplicabilidade da Diretiva 90/434

42. O Governo austríaco expressa dúvidas quanto à própria aplicabilidade da Diretiva 90/434 ao processo Lassus (C-421/16).

43. Considera que as regras desta diretiva só respeitam «ao Estado em que o sócio subscritor tem o seu domicílio fiscal e ao Estado em que a sociedade beneficiária tem o seu domicílio fiscal. Se o sócio subscritor estiver domiciliado fiscalmente noutro (terceiro) Estado-Membro, não parece que a diretiva lhe seja aplicável».

44. O Governo austríaco observa que isso resulta da economia da Diretiva 90/434. Na sua opinião, esta diretiva não prevê nenhuma regra para «as situações em que um Estado-Membro que, devido à entrada de ativos, perde o seu direito de tributação sobre os títulos da sociedade adquirida, sem que esse direito de tributação seja substituído por novos títulos tributáveis da sociedade adquirente, dão ao Estado-Membro em questão uma amplitude legislativa e regulamentar que não é limitada pela diretiva, esclarecendo-se que as medidas fiscais dos Estados-Membros devem, no entanto, ser compatíveis com as liberdades fundamentais». Segundo o Governo austríaco, «é o que sucede neste caso: em consequência da Convenção [fiscal] franco-britânica sobre dupla tributação, a França tem o direito de tributar as mais-valias geradas até à permuta de títulos. Devido a essa operação, títulos da sociedade luxemburguesa adquirente são, em permuta, entregues ao sócio domiciliado no Reino Unido. Esses títulos recebidos em permuta só podem ser tributados no Reino Unido e não em França».

45. Considero que a limitação do âmbito de aplicação da Diretiva 90/434 invocada pelo Governo austríaco não está de forma alguma suportada nem pela letra nem pela economia desta diretiva.

46. Resulta claramente do artigo 1.º da Diretiva 90/434 que os Estados-Membros aplicarão esta diretiva às «operações de fusão, de cisão, de entrada de ativos e de permuta de ações que digam respeito a sociedades de dois ou mais Estados-Membros». Ora, não é contestado que a operação em causa no processo Lassus (C-421/16), é uma operação transfronteiriça que respeita a sociedades de dois Estados-Membros, neste caso, a República Francesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo.

47. Na minha opinião, nem o artigo 1.º da Diretiva 90/434 nem, aliás, o artigo 8.º desta última preveem a limitação do seu âmbito de aplicação com base no domicílio fiscal da sociedade contribuidora ou da sociedade adquirente, ambas partes na operação transfronteiriça.

48. Além disso, contrariamente às observações do Governo austríaco relativamente «às situações em que um Estado-Membro que, devido à entrada de ativos, perde o seu direito de tributação sobre os títulos da sociedade adquirida», considero que o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 não impede um Estado-Membro de prever, nomeadamente, um mecanismo de diferimento de

20 Acórdão de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.ºs 19 e 20 e jurisprudência referida). V., também, acórdão de 18 de outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360, n.ºs 33 a 37).

21 V. n.º 37 das presentes conclusões.

tributação das mais-valias apuradas aquando de uma permuta de títulos até à alienação ulterior dos referidos títulos<sup>22</sup>. Daqui decorre que, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434, o Estado-Membro em questão, neste caso a República Francesa, conserva o seu direito de tributar uma mais-valia surgida com base na sua competência fiscal anterior à permuta dos títulos<sup>23</sup>.

## VII. Quanto ao mérito

### A. Quanto à primeira questão prejudicial

49. Com a sua primeira questão nos presentes processos, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 8.º da Diretiva 90/434 se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro segundo a qual uma permuta de ações ou de títulos dá lugar a um diferimento fiscal da mais-valia apurada e liquidada no momento da operação de permuta até ao ano do evento que põe termo a esse diferimento, a saber, neste caso, a alienação ulterior dessas ações ou títulos.

50. Embora o legislador francês tenha privilegiado um mecanismo de diferimento de tributação<sup>24</sup> segundo o qual a determinação da matéria coletável da mais-valia de títulos é fixada aquando da operação de permuta dos títulos, e a tributação da mais-valia bem como a cobrança só ocorrem no momento da alienação ulterior dos títulos obtidos por ocasião da permuta de títulos, M. Jacob e M. Lassus consideram que o artigo 8.º da Diretiva 90/434 exige, para respeitar o princípio da neutralidade fiscal visado por esta diretiva, um mecanismo de suspensão da tributação<sup>25</sup>.

51. Dito isto, não incumbe ao Tribunal de Justiça analisar, no âmbito dos presentes processos, nem a legalidade de um mecanismo de suspensão de tributação, à luz do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434, nem a oportunidade desse mecanismo face ao mecanismo de diferimento de tributação. A presente questão do órgão jurisdicional de reenvio tem apenas por objeto o mecanismo de diferimento de tributação em vigor em França. Por conseguinte, não compete, neste caso, ao Tribunal de Justiça reexaminar a apreciação efetuada pelo órgão jurisdicional de reenvio, que circunscreveu o quadro jurídico e factual do litígio que lhe foi submetido e não incluiu este aspeto do problema na sua questão<sup>26</sup>.

52. Importa recordar que, no acórdão de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 32), o Tribunal de Justiça declarou que o objetivo da Diretiva 90/434 consistia «em eliminar [os] obstáculos fiscais às reestruturações transfronteiriças de empresas, por um lado, ao garantir que os eventuais aumentos do valor das participações sociais não sejam tributados antes da sua realização efetiva e, por outro, ao evitar que as operações que impliquem mais-valias muito significativas realizadas numa permuta de participações sociais escapem ao imposto simplesmente porque se inserem no âmbito de uma reestruturação».

22 V. n.º 59 das presentes conclusões.

23 V. n.º 59 das presentes conclusões.

24 V. artigo 92.º, B, n.º II, do CGI.

25 V. n.º 4 das presentes conclusões sobre a diferença entre um diferimento de tributação e uma suspensão de tributação. V., também, n.º 6 das presentes conclusões sobre o conceito de «diferimento de cobrança». Segundo M. Jacob, o mecanismo do diferimento de tributação previsto pela regulamentação francesa põe em causa o princípio da neutralidade fiscal que faz da permuta de títulos «um evento fiscal» em si mesmo, «uma vez que haverá então que apurar uma mais-valia, correspondente à valorização dos títulos entregues para permuta desde a sua aquisição, constituindo o apuramento dessa mais-valia o fundamento do direito de tributar do Estado de que o interessado era então residente».

26 «Por outro lado, uma alteração da substância das questões prejudiciais [a pedido de uma das partes] ou uma resposta às questões complementares mencionadas nas observações das [partes] no processo principal seria incompatível com o papel reservado ao Tribunal de Justiça pelo artigo 267.º TFUE bem como com a obrigação do Tribunal de Justiça de assegurar aos governos dos Estados-Membros e às partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, tendo em conta que, por força dessa disposição, só as decisões de reenvio são notificadas às partes interessadas». V. minhas conclusões no processo Ehrmann (C-609/12, EU:C:2013:746, n.º 27 e jurisprudência referida).

53. Por outras palavras, o objetivo do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434 é, nomeadamente, evitar desvantagens de tesouraria que conseqüentemente resultariam se o imposto sobre as mais-valias, apuradas aquando de uma permuta de ações ou de títulos, tivesse de ser pago antes da sua realização<sup>27</sup>.

54. Com efeito, o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434 prevê que uma operação de permuta de ações ou de títulos não deve, *por si mesma*, implicar qualquer tributação<sup>28</sup>. Daqui decorre que, por este imperativo de neutralidade fiscal relativamente a uma permuta de ações ou de títulos, esta diretiva visa, conforme resulta do seu primeiro e quarto considerandos, garantir que uma permuta desse tipo que respeita a sociedades de Estados-Membros diferentes não seja entravada por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros<sup>29</sup>.

55. Todavia, não obstante esse imperativo de neutralidade fiscal previsto pelo artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434, o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da referida diretiva prevê que os Estados-Membros *podem*<sup>30</sup> «[tributar] o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos, do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existentes antes da aquisição».

56. Por conseguinte, embora o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434 proíba a tributação da operação de permuta de ações, no momento da permuta, resulta do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da referida diretiva que essas disposições não preveem, no entanto, uma isenção definitiva da tributação da mais-valia relacionada com essa permuta<sup>31</sup>.

27 V., por analogia, acórdão de 11 de dezembro de 2008, A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, n.º 36). V., também, conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, n.º 36): «[o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434, pretende] garantir a neutralidade fiscal de uma operação de reestruturação deste tipo e evitar que as reservas ocultas ou outro tipo de aumentos do valor das participações sociais sejam tributados ainda antes da sua realização efetiva». V., também, acórdão de 20 de maio de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, n.ºs 39 e 40). No acórdão de 8 de março de 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, n.ºs 28 e 29), o Tribunal de Justiça recordou «que uma operação de fusão transfronteiriça constitui uma modalidade especial de exercício da liberdade de estabelecimento importante para o bom funcionamento do mercado interno e enquadra-se, portanto, nas atividades económicas relativamente às quais os Estados-Membros são obrigados a respeitar essa liberdade. [...] Para que esta modalidade especial de exercício da liberdade de estabelecimento não seja entravada por restrições, desvantagens ou distorções particulares decorrentes das normas fiscais dos Estados-Membros, a Diretiva 90/434, tal como resulta dos seus primeiro a quinto considerandos, estabelece um regime fiscal comum que prevê vantagens fiscais, como o *reporte da tributação* das mais-valias relativas aos bens objeto das entradas feitas no momento dessas operações». O sublinhado é meu.

28 «A letra desta disposição é inequívoca e imperativa». V. conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo A.T. (C-285/07, EU:C:2008:608, n.º 24).

29 V., neste sentido, acórdão de 11 de dezembro de 2008, A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, n.º 21).

30 Com efeito, embora a redação do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434 seja imperativa, a redação do seu n.º 2, segundo parágrafo, que prevê a possibilidade de os Estados-Membros tributarem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos, é, por seu turno, claramente facultativa.

31 V., por analogia, acórdão de 19 de dezembro de 2012, 3D I (C-207/11, EU:C:2012:818, n.º 28), que diz respeito aos artigos 4.º e 9.º da Diretiva 90/434. Segundo o advogado-geral N. Jääskinen, a referida diretiva pretende «alcançar o objetivo da neutralidade fiscal através da criação de um regime comum de *adiamento* da tributação das mais-valias em relação [...] às permutas de ações transfronteiriças. A tributação só deverá ter lugar na data da alienação efetiva das ações ou dos ativos». Considera que o «princípio da neutralidade fiscal» se refere exclusivamente ao tratamento fiscal à data de uma permuta de ações transfronteiriças, e em nenhuma outra data — conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo 3D I (C-207/11, EU:C:2012:433, n.ºs 37 e 39). Segundo a advogada-geral E. Sharpston, a Diretiva 90/434 «impõe um regime fiscal comum aplicável [à] permuta de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Procura evitar a exigência de impostos relacionados com aquelas operações, salvaguardando ao mesmo tempo os interesses fiscais do Estado-Membro no qual surge a obrigação fiscal. No contexto da permuta de ações, isto é feito dispondo que a atribuição de títulos representativos do capital da sociedade adquirente a um sócio da sociedade adquirida 'não deve, por si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do referido sócio', permitindo ao mesmo tempo que os Estados-Membros 'tributem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos, do mesmo modo que o ganho resultante da alienação de títulos existentes antes da aquisição'» — v. n.º 3 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo A.T. (C-285/07, EU:C:2008:608).

57. Com efeito, no n.º 35 do acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2008, A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705), o Tribunal de Justiça declarou que «a própria Diretiva 90/434 visa, segundo o seu quarto considerando, salvaguardar os interesses financeiros do Estado da sociedade contribuidora. Assim, o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 dispõe que a aplicação do n.º 1 não impede que os Estados-Membros tributem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existentes antes da aquisição»<sup>32</sup>.

58. Importa salientar, como observaram o Governo sueco e a Comissão<sup>33</sup>, que o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 não comporta nenhuma disposição relativa às modalidades de uma eventual tributação das ações ou dos títulos aquando da sua alienação ulterior. Tendo em atenção esse silêncio do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434, os Estados-Membros dispõem de uma certa margem de manobra na transposição e na aplicação dessa disposição do direito da União, desde que isso não viole as disposições do Tratado FUE, nomeadamente, a liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 49.º TFUE<sup>34</sup> ou as outras disposições da Diretiva 90/434, em especial, o seu artigo 8.º, n.º 1.

59. O artigo 8.º da Diretiva 90/434 não impede um Estado-Membro de prever um mecanismo de diferimento de tributação até à alienação ulterior de títulos das mais-valias apuradas aquando de uma permuta dos referidos títulos. O mecanismo do diferimento de tributação respeita o princípio da neutralidade fiscal ao assegurar que uma operação de permuta de títulos não implica, *por si mesma*, qualquer tributação e que eventuais aumentos do valor dos títulos não sejam taxados antes da sua realização efetiva, ao mesmo tempo que respeita os interesses do Estado-Membro onde foi realizada a mais-valia de permuta. Este mecanismo assegura ao Estado-Membro em causa, neste caso a República Francesa, o seu direito de tributar ulteriormente, no momento da sua realização, uma mais-valia que estava latente no momento da permuta dos títulos.

60. Com efeito, o apuramento da mais-valia aquando da permuta dos títulos e o seu diferimento de tributação até à alienação ulterior dos títulos permutados não podem ser considerados equivalentes à tributação que é proibida no artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434. Este mecanismo não implica as desvantagens de tesouraria que daí resultariam se o imposto sobre as mais-valias, apuradas aquando de uma permuta de ações ou de títulos, tivesse de ser pago antes de estas serem realizadas.

61. Na falta de regulamentação da União sobre a aplicação do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434, as modalidades processuais destinadas a salvaguardar os direitos que para os particulares decorrem nomeadamente do artigo 8.º da referida diretiva dependem da ordem jurídica interna de cada Estado-Membro, por força do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, na condição, porém, de não serem menos favoráveis do que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e de não tornarem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade)<sup>35</sup>.

32 Segundo o Governo austríaco, o artigo 8.º da Diretiva 90/434 assenta «na ideia de que, devido à concessão dos títulos em permuta aos sócios da sociedade contribuidora ou adquirida, o Estado onde esses sócios têm domicílio deve manter a possibilidade de uma tributação ulterior desses títulos adquiridos». O Governo finlandês considera que «o objetivo da Diretiva 90/434 [é não] conceder uma isenção fiscal definitiva da cessão que ocorreu aquando da permuta dos títulos inicialmente detidos, mas apenas garantir a *vantagem que constitui o diferimento de tributação*, para facilitar as permutas transfronteiriças. Esta posição, conforme com o objetivo e a redação da diretiva, também foi confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, por exemplo no [acórdão de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408)]».

33 Segundo a Comissão, a Diretiva 90/434 não obsta a que uma operação de permuta de títulos, seguida de uma alienação ulterior, seja decomposta em duas etapas sucessivas, a saber, primeiro, o apuramento e a liquidação da mais-valia de permuta objeto de diferimento fiscal e, segundo, a tributação efetiva do rendimento realizado aquando da alienação ulterior dos mesmos títulos.

34 No n.º 41 do acórdão de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), o Tribunal de Justiça teve oportunidade de esclarecer que «os Estados-Membros destinatários de uma diretiva têm a obrigação de adotar, na sua ordem jurídica interna, todas as medidas necessárias com vista a assegurar a plena eficácia da mesma, em conformidade com o objetivo por ela prosseguido». «[O]s Estados-Membros têm a faculdade de escolher a forma e os meios para aplicarem as diretivas, que permitam assegurar o melhor possível o objetivo por aquelas prosseguido» (n.º 43 do mesmo acórdão).

35 V., por analogia, acórdão de 8 de março de 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, n.º 36).

62. A este respeito, as modalidades de aplicação do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 previstas pelo direito nacional e pelo direito convencional devem ser transparentes e coerentes para garantirem a segurança jurídica dos contribuintes, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

63. Por conseguinte, considero que o artigo 8.º, n.º 1, e o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a um mecanismo como o que está em causa no processo principal que difere, até à alienação ulterior dos títulos, a tributação de uma mais-valia apurada aquando de uma operação de permuta de títulos que se enquadra âmbito de aplicação da referida diretiva.

### ***B. Quanto à segunda questão prejudicial***

64. Com a sua segunda questão nos presentes processos, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância se, *admitindo que é tributável*, a mais-valia de permuta pode ser taxada pelo Estado-Membro que tinha o poder de a tributar no momento da operação de permuta, quando a alienação ulterior dos títulos recebidos nessa permuta seja da competência tributária de outro Estado-Membro.

65. Tendo em conta a minha resposta à primeira questão no sentido de que a mais-valia apurada aquando da operação de permuta dos títulos pode ser tributada por ocasião da alienação ulterior desses títulos, há que responder à segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

66. Esclareço que a segunda questão incide sobre a possibilidade de taxar, aquando da sua alienação ulterior, a mais-valia que resulta da permuta de títulos e não sobre a possibilidade de taxar uma eventual mais-valia que resulte da alienação ulterior desses títulos<sup>36</sup>.

67. A Diretiva 90/434 instaura, para as permutas de títulos entre sociedades de Estados-Membros diferentes, regras fiscais neutras relativamente à concorrência para permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum e evitar que essas operações sejam entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> No processo Jacob (C-327/16), M. Jacob residia e era contribuinte fiscal em França no momento da permuta dos títulos em conformidade com os termos do n.º II do artigo 92.º B e do ponto 4 do n.º I B do artigo 160.º do CGI. Depois dessa permuta e antes da cessão dos títulos em causa, mudou o seu domicílio fiscal. No processo Lassus (C-421/16), M. Lassus era contribuinte fiscal em França a título da mais-valia de permuta em 1999, em conformidade com o artigo 13.º, n.º 4, alíneas a) e b), da Convenção fiscal franco-britânica, apesar de estar domiciliado no Reino Unido desde 1997. Com efeito, segundo o Governo francês «[e]m aplicação das disposições conjuntas dos artigos 164.º, B e 244.º-A B do CGI, em vigor na data da operação de permuta dos títulos de 7 de dezembro de 1999, as mais-valias realizadas sobre a cessão de direitos relativos a sociedades com sede em França constituem rendimentos com origem francesa tributáveis em França segundo as modalidades previstas pelo artigo 160.º do CGI, ainda que o beneficiário, pessoa singular, dessas mais-valias não esteja fiscalmente domiciliado em França. [...] Por outro lado, o artigo 13.º, n.º 4, da Convenção fiscal franco-britânica confirma esta repartição da competência fiscal entre a França e o Reino Unido». Em contrapartida, segundo o Governo francês, a própria operação de cessão dos títulos recebidos em permuta, a saber, os títulos da sociedade luxemburguesa Gemplus International, não entrava nas hipóteses previstas pelos artigos 164.º B e 244.º-A B do CGI e pelo artigo 13.º, n.º 4, da Convenção fiscal franco-britânica, uma vez que essa cessão respeitava a títulos de uma sociedade luxemburguesa detidos por uma pessoa singular fiscalmente domiciliada no Reino Unido. Importa referir que M. Lassus alegou no Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) que a alienação ulterior dos títulos permutados se enquadrava na competência fiscal do Governo do Reino Unido, o que em nada altera a competência do Governo francês de taxar as mais-valias em causa.

<sup>37</sup> V. primeiro considerando da Diretiva 90/434.

68. Todavia, embora a Diretiva 90/434 não harmonize os critérios da repartição do poder de tributação dos Estados-Membros<sup>38</sup> e que, na falta de medidas de harmonização ao nível da União Europeia, os Estados-Membros continuam a ser competentes para determinar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição do seu poder tributário de modo a, nomeadamente, eliminarem a dupla tributação<sup>39</sup>, como já o referi no n.º 59 das presentes conclusões, o artigo 8.º da Diretiva 90/434 visa também, no seu n.º 2, salvaguardar os interesses financeiros do Estado onde foi realizada a mais-valia de permuta.

69. Tendo em atenção a minha resposta à primeira questão no sentido de que o artigo 8.º, n.º 1, e o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 não se opõem a um mecanismo de diferimento de tributação, até à sua alienação ulterior, de uma mais-valia de permuta apurada e liquidada por ocasião da operação de permuta de títulos que se enquadra no âmbito de aplicação da referida diretiva<sup>40</sup> até à própria cessão desses títulos, considero que não é relevante o facto de a cessão dos títulos que foram objeto da operação de permuta se enquadrar na competência fiscal de um Estado-Membro diferente do que é competente para tributar a mais-valia de permuta, no caso em apreço, a República Francesa.

70. Com efeito, o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 não exclui a possibilidade de um Estado-Membro prever a tributação de uma mais-valia de permuta de títulos aquando da alienação ulterior desses títulos, quando, tendo em conta um elemento externo ocorrido entre a permuta dos títulos e a sua cessão, esta última podia não se enquadrar na competência fiscal desse Estado-Membro.

71. Dito de outra forma, a competência fiscal dos Estados-Membros no momento da cessão dos títulos que foram objeto de uma permuta não afeta o direito de outro Estado-Membro de tributar uma mais-valia surgida no âmbito da sua competência fiscal no momento da permuta dos títulos<sup>41</sup>, e isso mesmo que não sejam cedidos ulteriormente. Essa possibilidade não afeta em nada a neutralidade fiscal da permuta dos títulos ao mesmo tempo que respeita os interesses do Estado-Membro onde foi realizada a mais-valia de permuta<sup>42</sup>.

72. Por conseguinte, considero que o artigo 8.º, n.º 1, e o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434<sup>43</sup> devem ser interpretados no sentido de que a mais-valia de permuta de títulos pode ser taxada aquando da sua alienação ulterior pelo Estado-Membro que detinha o poder de tributar essa mais-valia no momento da operação de permuta, mesmo quando a alienação ulterior dos títulos permutados possa ser da competência fiscal de outro Estado-Membro.

38 Considero, como M. Jacob e como os Governos francês e finlandês, que a Diretiva 90/434 não tem por objeto fixar regras de territorialidade do imposto e repartir o direito de tributação entre os Estados-Membros.

39 Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 45 e jurisprudência referida).

40 A saber, uma operação transfronteiriça em conformidade com o artigo 1.º da Diretiva 90/434 ou uma operação interna à qual a legislação nacional tornou esta diretiva aplicável.

41 V., por analogia, acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 46 e jurisprudência referida). V., também, acórdão de 23 de janeiro de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 47).

42 V. quarto considerando da Diretiva 90/434. Além disso, dado que essa possibilidade também respeita os interesses do Estado-Membro onde foi realizada a alienação ulterior dos títulos permutados uma vez que não afeta o direito desse Estado-Membro de tributar eventuais mais-valias que resultem dessa alienação, não prejudica, na minha opinião, uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, que é um objetivo legítimo reconhecido pelo Tribunal de Justiça.

43 Os Governos francês, finlandês e sueco e a Comissão consideram que o artigo 8.º da Diretiva 90/434 não proíbe que a mais-valia de permuta de títulos seja tributada pelo Estado-Membro da residência do sujeito passivo no momento da permuta, apesar de este, na data da alienação ulterior dos títulos, ter transferido a sua residência fiscal. M. Jacob considera que o artigo 8.º da Diretiva 90/434 deve ser interpretado no sentido de que, no caso de uma operação de permuta de títulos abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva, o único facto gerador da tributação ocorre na data da cessão dos títulos recebidos em permuta. Por conseguinte, considera que as regras de territorialidade do imposto devem ser apreciadas com referência a essa data em função das disposições do direito interno dos Estados-Membros e das convenções fiscais eventualmente celebradas entre eles.

### C. Quanto à terceira questão prejudicial

73. A terceira questão submetida no processo Lassus (C-421/16) só deve ser abordada se for respondido às duas primeiras questões, a saber que a Diretiva 90/434 não se opõe a um mecanismo de diferimento de tributação da mais-valia realizada aquando de uma permuta de títulos, como o que está em causa.

74. Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 90/434 e/ou o artigo 49.º TFUE se opõem a que um Estado-Membro, em que a mais-valia de permuta foi objeto de diferimento de tributação, a tribute sem ter em conta a menos-valia resultante da cessão ulterior dos títulos recebidos em permuta, quando essa operação de cessão dos títulos não seja da competência fiscal desse Estado-Membro.

75. M. Lassus alegou no órgão jurisdicional de reenvio que, em conformidade com o quarto parágrafo do n.º I do artigo 160.º do CGI, segundo o qual as menos-valias sofridas num ano são imputáveis nas mais-valias da mesma natureza realizadas no mesmo ano ou nos cinco anos subsequentes, um contribuinte fiscalmente domiciliado em França aquando da operação de permuta e da operação de cessão de títulos pode beneficiar da imputação de uma menos-valia de cessão.

76. Saliento que, não obstante o facto de, na sua resposta ao pedido de esclarecimento do Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional de reenvio ter confirmado que o artigo 92.º B e o artigo 160.º do CGI eram «aplicáveis nas mesmas condições às operações de permuta de ações que tenham ocorrido entre sociedades francesas, entre sociedades de Estados-Membros diferentes ou Estados terceiros»<sup>44</sup>, esse órgão jurisdicional referiu, no seu pedido de decisão prejudicial, que, segundo M. Lassus, a administração fiscal francesa tinha recusado imputar a menos-valia de cessão realizada por si em 2002 sobre a mais-valia diferida fiscalmente em 1999, ou seja, num prazo de menos de cinco anos, como prescreve o quarto parágrafo do n.º I do artigo 160.º do CGI, pelo facto de a repartição do poder de tributação entre a França e o Reino Unido a isso se opor.

77. Com efeito, o Governo francês considera que, no acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 56), o Tribunal de Justiça já admitiu que a não tomada em consideração, pelo Estado-Membro de origem de uma sociedade, das menos-valias por esta realizadas posteriormente à transferência da sua sede de direção efetiva não pode ser considerada desproporcionada relativamente ao objetivo de repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros prosseguido pela legislação em causa no processo principal<sup>45</sup>.

44 O sublinhado é meu.

45 O Governo austríaco considera que «a não tomada em consideração de menos-valias não é contrária à liberdade de estabelecimento porque compete aos Estados-Membros fixar definitivamente o montante do imposto sobre as mais-valias não realizadas — sem tomar em conta eventuais menos-valias ou mais-valias realizadas ulteriormente — no momento em que termina o poder de tributação do Estado-Membro no que se refere aos elementos de ativos em questão». O Governo sueco considera que «o Estado-Membro não deveria razoavelmente ser obrigado a tomar em conta menos-valias sob a forma de prejuízos que ocorrem na fase da venda final dos títulos, isto é, quando já não dispõe do poder de tributação. Consequentemente, não se deve considerar que o facto de não tomar em conta um prejuízo no momento dessa cessão final constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento. Se o Tribunal de Justiça tiver uma opinião contrária, essa restrição é, em todo o caso, suscetível de ser fundamentada à luz da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros e, portanto, é justificada por razões imperiosas de interesse geral e conforme com o princípio da proporcionalidade». O Governo finlandês considera «que o Estado-Membro não é obrigado a tomar em consideração essa menos-valia aquando da tributação da mais-valia realizada aquando da permuta de títulos. *Primeiro*, no que se refere à Diretiva 90/434, basta repetir que esta diretiva não regula de modo algum a questão da repartição entre os Estados-Membros do poder de tributação em relação a uma permuta de títulos. Portanto, o direito de tributar as menos-valias, que se enquadra igualmente na questão da repartição do poder de tributação, também não é regulado pela diretiva. Assim, a este propósito, não decorre da diretiva nenhuma limitação para a legislação fiscal dos Estados-Membros. *Segundo*, o artigo 49.º TFUE também não exige a tomada em consideração de uma menos-valia resultante da cessão dos títulos recebidos em permuta».



78. No que diz respeito à Diretiva 90/434, além do facto de não harmonizar os critérios de repartição do poder de tributação dos Estados-Membros e de o seu artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, não comportar nenhuma disposição relativa às modalidades de uma eventual tributação dos títulos permutados aquando da sua alienação ulterior, esta diretiva não regula o direito ou o dever de imputar eventuais menos-valias que resultem da alienação ulterior dos títulos permutados.

79. Tendo em atenção a inexistência de harmonização, importa analisar esta questão à luz do artigo 49.º TFUE.

80. Resulta dos autos presentes no Tribunal de Justiça que, em conformidade com as observações da Comissão<sup>46</sup>, a aplicação da legislação francesa<sup>47</sup> e da Convenção fiscal franco-britânica implica um tratamento diferenciado de operações tributáveis comparáveis, consoante o contribuinte tenha ou não exercido o seu direito de estabelecimento noutro Estado-Membro<sup>48</sup>, o que constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento, na aceção do artigo 49.º TFUE<sup>49</sup>.

81. Resulta de jurisprudência constante que uma restrição à liberdade de estabelecimento só pode ser admitida se for justificada por razões imperiosas de interesse geral. Mas é ainda necessário, em tal caso, que a restrição seja adequada a garantir a realização do objetivo em causa e que não ultrapasse o que é necessário para atingir esse objetivo<sup>50</sup>.

82. A este propósito, o Governo francês considera que as modalidades de tributação de uma mais-valia de permuta de títulos, que não tomam em consideração a menos-valia eventualmente realizada aquando da alienação ulterior dos títulos permutados quando essa alienação não se enquadra na sua competência fiscal, são justificadas pelo objetivo de repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros<sup>51</sup>.

83. A Comissão considera que a República Francesa «deve tomar em consideração a menos-valia de cessão correspondente aos títulos permutados em 1999, *uma vez que nessa data dispunha do poder de tributar* [...]. Consequentemente, a partir do momento em que, com fundamento nas disposições que transpõem a Diretiva [90/434] que dá a possibilidade de diferir a tributação das mais-valias de permuta, a [República Francesa] decidiu tratar da mesma maneira os acionistas residentes e os acionistas não residentes, não se pode basear em regras convencionais de repartição do poder de tributar entre Estados-Membros para recusar o benefício da tributação da menos-valia de cessão correspondente a um contribuinte que exerceu o seu direito de estabelecimento noutro

46 Segundo a Comissão, «afigura-se que o cedente que não exerce o seu direito de estabelecimento pode beneficiar da compensação integral da mais-valia de permuta inicialmente objeto de diferimento fiscal pela imputação da menos-valia da cessão correspondente. Em contrapartida, se exercer o seu direito de estabelecimento no Reino Unido, como fez o contribuinte no processo [Lassus (C-421/16)], a tomada em consideração da menos-valia de cessão fica consideravelmente restringida por aplicação de cálculos baseados em regras que não foram aplicadas num contexto puramente nacional».

47 A saber, o quarto parágrafo do n.º I do artigo 160.º do CGI. Esse tratamento diferenciado das operações tributáveis comparáveis não resulta da redação das disposições em causa.

48 Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Portugal (C-503/14, EU:C:2016:979, n.º 46 e jurisprudência referida).

49 O Governo francês «*não contesta* que essas modalidades de tributação de uma mais-valia de permuta de títulos acabam por tratar diferentemente as operações de permuta de títulos realizadas por não residentes ou por residentes nacionais que passam a não residentes no momento da cessão dos títulos permutados, em relação às operações de permuta realizadas por residentes nacionais para quem a menos-valia eventualmente realizada aquando da alienação ulterior dos títulos permutados seria imputada na mais-valia de permuta para calcular o imposto devido». O sublinhado é meu.

50 Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 42 e jurisprudência referida).

51 Segundo o Governo francês, as modalidades de tributação de uma mais-valia de permuta de títulos são definidas em conformidade com o artigo 13.º, n.º 4, da Convenção fiscal franco-britânica. Em contrapartida, a menos-valia ulterior resultante, sendo caso disso, da cessão dos títulos recebidos em permuta não se enquadra na competência fiscal do Governo francês, mas na do Reino Unido. Além disso, o Governo francês considera que as modalidades de tributação de uma mais-valia de permuta de títulos em causa não vão além do que é necessário para atingir o objetivo que prosseguem.

Estado-Membro, quando essa vantagem é atribuída a um contribuinte residente. Com efeito, tanto no que diz respeito à tributação inicialmente diferida como à tomada em consideração da menos-valia correspondente às ações cuja tributação tinha sido diferida, só está em causa o poder de tributação de um Estado-Membro, a saber o da [República Francesa]»<sup>52</sup>.

84. A preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros é um objetivo legítimo reconhecido pelo Tribunal de Justiça<sup>53</sup>.

85. Com efeito, no n.º 46 do acórdão de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), o Tribunal de Justiça declarou que, em conformidade com o princípio da territorialidade fiscal, um Estado-Membro tem o direito, no caso de transferência de ativos para um estabelecimento estável situado noutro Estado-Membro, de tributar, no momento dessa transferência, as mais-valias geradas no seu território antes da referida transferência. Semelhante medida visa prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito do Estado-Membro de origem de exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território.

86. Daqui decorre que, em caso de transferência de ativos para outro Estado-Membro, um Estado-Membro não deve renunciar ao seu direito de tributar as mais-valias geradas no quadro da sua competência fiscal anteriormente à transferência das mesmas para fora do seu território<sup>54</sup>.

87. No n.º 58 do acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Portugal* (C-503/14, EU:C:2016:979), o Tribunal de Justiça recordou, citando o n.º 52 do acórdão de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), que uma regulamentação de um Estado-Membro que impõe a *cobrança imediata* do imposto sobre as mais-valias não realizadas relativas a elementos do património de uma sociedade que transfere a sua sede de direção efetiva para outro Estado-Membro, no próprio momento da referida transferência, é desproporcionada, devido à existência de medidas menos lesivas para a liberdade de estabelecimento do que a cobrança imediata desse imposto. Todavia, esse debate respeitava não a um diferimento de tributação, mas a um diferimento de cobrança<sup>55</sup>.

88. No acórdão de 21 de maio de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 48), o Tribunal de Justiça declarou que era proporcionado, para efeitos de salvaguarda do exercício da sua competência fiscal, que um Estado-Membro determine o montante do imposto devido sobre as mais-valias latentes geradas no seu território e referentes aos ativos transferidos para fora do seu território no momento em que o seu poder de tributação relativamente aos ativos em causa deixa de existir, no caso vertente, no momento da transferência dos ativos em causa para fora do território desse Estado-Membro. No que respeita à cobrança deste imposto, o Tribunal de Justiça acrescentou, no n.º 49 desse acórdão, que se devia deixar ao sujeito passivo a escolha entre, por um lado, o pagamento imediato do montante desse imposto e, por outro, o pagamento diferido do montante do referido imposto, acrescido, sendo caso disso, de juros, segundo a regulamentação nacional aplicável<sup>56</sup>.

52 O sublinhado é meu.

53 Além disso, como referido no n.º 68 das presentes conclusões, resulta de jurisprudência assente que, na falta de medidas de unificação ou de harmonização adotadas pela União, os Estados-Membros continuam a ser competentes para determinar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição do seu poder tributário de modo a, nomeadamente, eliminarem a dupla tributação (acórdão de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 46).

54 Acórdão de 21 de maio de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 44).

55 V. n.º 6 das presentes conclusões.

56 Acórdão de 21 de maio de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, n.ºs 48 e 49 e jurisprudência referida). Daqui decorre que *a tributação da mais-valia não foi diferida para uma data ulterior*. No processo que deu origem a este acórdão, o imposto sobre as mais-valias latentes em questão foi fixado no momento da transferência e a sua *cobrança foi diferida ou escalonada em dez anuidades*.

89. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que a eventual não consideração de menos-valias pelo Estado-Membro de acolhimento não impõe nenhuma obrigação, para o Estado-Membro de origem, de reavaliar, no momento da realização do ativo em causa, uma dívida fiscal que foi definitivamente determinada no momento em que a sociedade em causa deixou de estar sujeita a imposto neste último Estado-Membro, devido à transferência da sede da sua direção efetiva<sup>57</sup>.

90. Considero que, contrariamente à situação que deu origem ao acórdão de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), no qual o Estado-Membro de origem tinha exercido totalmente (sob reserva de um eventual diferimento da cobrança) o seu direito de tributar as mais-valias latentes geradas no seu território relativas aos ativos transferidos para fora do seu território *no momento dessa transferência*<sup>58</sup>, o Estado-Membro de origem no processo *Lassus* (C-421/16), a saber, a República Francesa que, com base no artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 90/434, não tinha nenhum direito de tributar as mais-valias resultantes da operação de permuta dos títulos em 1999, no momento dessa permuta, implementou, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, desta diretiva, um mecanismo de diferimento, até à sua alienação ulterior, da tributação da mais-valia resultante da permuta dos títulos. Importa também recordar que parece resultar do processo nacional entregue na secretaria do Tribunal de Justiça que as modalidades de tributação da mais-valia de permuta, como a taxa de tributação, são determinadas na data da alienação ulterior dos títulos permutados e que o imposto a pagar só é fixado nessa data.

91. Consequentemente, deste modo, o Governo francês exerce o seu poder de tributação no momento da alienação ulterior<sup>59</sup> dos títulos permutados<sup>60</sup>, e isso não obstante o facto de a tributação de uma eventual mais-valia resultante da alienação ulterior dos títulos permutados não se enquadrar na sua competência fiscal.

92. Daqui decorre que, contrariamente aos factos nos processos que deram origem aos acórdãos de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), de 21 de maio de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), e de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Portugal* (C-503/14, EU:C:2016:979), no processo *Lassus* (C-421/16), o Estado-Membro de origem, a saber a República Francesa, exercia um poder de tributação no momento da realização das menos-valias<sup>61</sup> em 2002.

93. Considero que, nestas circunstâncias, a preservação da repartição do poder de tributação não justifica um tratamento diferenciado dos sujeitos passivos residentes e dos sujeitos passivos não residentes, uma vez que só estava em causa o poder de tributação do Governo francês.

57 Acórdão de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 61). V., também, acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Portugal* (C-503/14, EU:C:2016:979, n.º 55). Quanto à transferência da sede da administração de um *trust*, v., por analogia, acórdão de 14 de setembro de 2017, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements* (C-646/15, EU:C:2017:682, n.º 58), e conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements* (C-646/15, EU:C:2016:1000, n.ºs 61 a 65). No n.º 58 do acórdão de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), o Tribunal de Justiça declarou que «[u]ma vez que, numa situação como a em causa [nesse processo], os lucros da sociedade que transferiu a sede da sua direção efetiva só são tributados, após a referida transferência, no Estado-Membro de acolhimento, em consonância com o princípio da territorialidade fiscal associado a um elemento temporal, também cabe a esse Estado-Membro, atendendo ao nexó supramencionado entre os ativos de uma sociedade e os seus lucros tributáveis e, portanto, por razões relativas à simetria entre o direito de tributar os lucros e a faculdade de deduzir os prejuízos, levar em conta, no seu regime fiscal, as flutuações do valor dos ativos da sociedade em causa ocorridas desde o momento em que o Estado-Membro de origem perdeu todo e qualquer vínculo de conexão tributária com a referida sociedade».

58 V., também, por analogia, acórdãos de 21 de maio de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), e de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Portugal* (C-503/14, EU:C:2016:979).

59 Importa recordar que parece resultar do processo nacional apresentado na secretaria do Tribunal de Justiça que as modalidades de tributação da mais-valia de permuta, como a taxa de tributação, são determinadas na data de alienação ulterior dos títulos permutados.

60 A este respeito, importa recordar que, como referido na minha nota de rodapé 36 das presentes conclusões, M. Lassus era contribuinte fiscal em França a título da mais-valia de permuta realizada em 1999, em conformidade com o artigo 13.º, n.º 4, alíneas a) e b), da Convenção fiscal franco-britânica, apesar de estar domiciliado no Reino Unido desde 1997.

61 Recordo que as menos-valias foram sofridas nos cinco anos subsequentes à permuta dos títulos em questão.

94. Consequentemente, o Estado-Membro de origem não devia recusar a um sujeito passivo que exerceu o seu direito de estabelecimento noutro Estado-Membro o benefício da imputação de menos-valias realizadas ao abrigo da legislação nacional<sup>62</sup>, quando essa vantagem é concedida a um sujeito passivo residente.

95. Importa responder à terceira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio no processo Lassus (C-421/16) que o artigo 49.º TFUE se opõe a que um Estado-Membro, no qual a mais-valia de permuta foi diferida fiscalmente em conformidade com o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434, tribute essa mais-valia aquando da alienação ulterior dos títulos permutados sem ter em consideração as menos-valias realizadas após a permuta, quando essa vantagem é concedida a um sujeito passivo residente. O facto de a alienação ulterior dos títulos permutados não ser da competência fiscal desse Estado-Membro não justifica esse tratamento discriminatório.

#### ***D. Quanto à quarta questão prejudicial***

96. Com a sua quarta questão no processo Lassus (C-421/16), que só é submetida se se responder à terceira questão que se deve ter em consideração a menos-valia de cessão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta em substância se o Estado-Membro de origem deve imputar na mais-valia apurada aquando da operação de permuta dos títulos a menos-valia de cessão dos referidos títulos ou se deve renunciar a tributar a mais-valia em questão, uma vez que a cessão, em si mesma, não se enquadra na sua competência fiscal.

97. Resulta das minhas respostas à primeira a terceira questões que, como o artigo 8.º da Diretiva 90/434 não prevê uma isenção definitiva da tributação da mais-valia apurada aquando de uma operação de permuta de títulos em conformidade com esta diretiva, o Estado-Membro de origem pode prever um mecanismo de diferimento de tributação da mais-valia de permuta até à alienação ulterior dos referidos títulos e isso não obstante o facto de a cessão não se enquadrar na sua competência fiscal. Considero que, em conformidade com as observações do Governo francês, o facto de a cessão dos títulos permutados ter dado lugar a uma menos-valia não põe em causa a competência fiscal do Estado-Membro de origem.

98. Todavia, se o direito nacional prevê um mecanismo de diferimento de tributação, até à sua alienação ulterior, de uma mais-valia apurada aquando de uma operação de permuta de títulos que se enquadra no âmbito de aplicação da Diretiva 90/434 e uma vez que esse direito prevê a tomada em consideração das menos-valias realizadas após a permuta dos títulos pelos sujeitos passivos residentes, o Estado-Membro de origem deve, em conformidade com o artigo 49.º TFUE, conceder a mesma vantagem aos sujeitos passivos não residentes. Este dever não impõe ao Estado-Membro de origem que renuncie à tributação da mais-valia de permuta, quando a alienação ulterior dos títulos permutados não se enquadra na sua competência fiscal.

#### ***E. Quanto à quinta questão prejudicial***

99. Com a sua quinta questão no processo Lassus (C-421/16), que é submetida se se responder à terceira e à quarta questões prejudiciais que se deve imputar a menos-valia de cessão nas mais-valias de permuta, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se em substância sobre as modalidades dessa imputação.

<sup>62</sup> No caso em apreço, o quarto parágrafo do n.º I do artigo 160.º do CGI. Saliento que esta disposição fixa um prazo máximo de cinco anos. Na minha opinião, se a cessão dos títulos permutados ocorrer mais de cinco anos após a operação de permuta, não há que ter em conta a menos-valia da cessão. A aplicação do artigo 49.º TFUE impõe apenas um tratamento igual para operações comparáveis.

100. Considero, em conformidade com as observações do Governo francês<sup>63</sup> e da Comissão<sup>64</sup>, que nem a Diretiva 90/434 nem outras disposições do direito da União esclarecem as modalidades de imputação em causa.

101. Consequentemente, as modalidades relativas à eventual imputação de uma menos-valia realizada aquando da alienação ulterior dos títulos dependem do direito nacional do Estado-Membro de origem, no respeito do direito da União, nomeadamente do artigo 49.º TFUE sobre a liberdade de estabelecimento.

### VIII. Conclusão

102. Tendo em atenção as considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França) da seguinte forma:

- O artigo 8.º, n.º 1, e o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, não se opõem a um mecanismo de diferimento de tributação até à alienação ulterior dos títulos de uma mais-valia apurada aquando de uma operação de permuta desses títulos que se enquadra no âmbito de aplicação da referida diretiva.
- O artigo 8.º, n.º 1, e o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 devem ser interpretados no sentido de que a mais-valia de permuta de títulos pode ser taxada, aquando da sua alienação ulterior, pelo Estado-Membro que detinha o poder de tributar essa mais-valia no momento da operação de permuta, mesmo quando a alienação ulterior dos títulos permutados possa ser da competência fiscal de outro Estado-Membro.
- O artigo 49.º TFUE opõe-se a que um Estado-Membro, no qual a mais-valia de permuta foi objeto de diferimento fiscal em conformidade com o artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 90/434 até à alienação ulterior dos títulos permutados, tribute essa mais-valia aquando dessa alienação sem ter em consideração as menos-valias realizadas após a permuta, quando essa vantagem é concedida a um sujeito passivo residente. O facto de a alienação ulterior dos títulos permutados não ser da competência fiscal desse Estado-Membro não justifica esse tratamento discriminatório.
- Se o direito nacional prevê um mecanismo de diferimento de tributação, até à sua alienação ulterior, de uma mais-valia apurada aquando de uma operação de permuta de títulos que se enquadra no âmbito de aplicação da Diretiva 90/434 e esse direito prevê a tomada em consideração das menos-valias realizadas após a permuta dos títulos pelos sujeitos passivos residentes, o Estado-Membro de origem deve, em conformidade com o artigo 49.º TFUE, conceder a mesma vantagem aos sujeitos passivos não residentes. Este dever não impõe ao Estado-Membro de origem que renuncie à tributação da mais-valia de permuta, quando a alienação ulterior dos títulos permutados não se enquadra na sua competência fiscal.

63 O Governo francês considera que o Tribunal de Justiça não é competente para responder a esta questão uma vez que o direito, primário e derivado, da União não esclarece essas modalidades. Considera que, sendo caso disso, se um Estado-Membro é obrigado a tomar em consideração, aquando da tributação da mais-valia de permuta, a eventual menos-valia de cessão dos títulos permutados, só pode tomar em consideração a menos-valia relativa a esses títulos. Além disso, segundo o Governo francês, para calcular o montante da menos-valia, há que considerar como preço de aquisição o valor desses títulos aquando da operação de permuta.

64 A Comissão salienta que a Diretiva 90/434 não prevê as modalidades de cálculo da mais-valia de permuta nem o regime aplicável à eventual menos-valia de cessão.

- As modalidades relativas à eventual imputação de uma menos-valia realizada aquando da alienação ulterior dos títulos são regidas pelo direito nacional do Estado-Membro de origem, no respeito do direito da União, nomeadamente do artigo 49.º TFUE.