



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 10 de janeiro de 2019¹

Processo C-608/17

**Skatteverket
contra
Holmen AB**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia)]

«Pedido de decisão prejudicial — Legislação fiscal nacional — Liberdade de estabelecimento — Dedução dos prejuízos de uma filial estrangeira no Estado da sede da subfilial — Justificação da impossibilidade de dedução dos designados prejuízos definitivos — Proporcionalidade da inexistência de uma compensação transfronteiriça dos prejuízos — Conceito dos designados prejuízos definitivos — Necessidade de uma participação direta da sociedade-mãe para se considerar que há um prejuízo definitivo — Tomada em conta de prejuízos em virtude da restrição de compensação de prejuízos no Estado da sede da subfilial — Consideração dos prejuízos em virtude de não ter havido compensação de grupo no ano da liquidação no Estado da sede da subfilial»

I. Introdução

1. Neste processo e num outro², o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a transposição e a interpretação da sua jurisprudência pelos Estados-Membros — neste caso, pelo Reino da Suécia. Trata-se da questão de saber se uma sociedade-mãe sueca, ao abrigo do artigo 49.º, conjugado com o artigo 54.º TFUE, tem o direito de deduzir prejuízos de uma filial espanhola que detém indiretamente a 100% (ou seja, de uma subfilial) dos seus lucros realizados na Suécia, quando a subfilial tiver sido liquidada e não tiver tido a possibilidade de compensar todos os seus prejuízos em Espanha (a saber, com lucros próprios ou com outros lucros do grupo em Espanha).

2. A Grande Secção do Tribunal de Justiça³ decidiu em 2005 que as liberdades fundamentais não impõem, em princípio, a compensação transfronteiriça dos prejuízos num grupo de sociedades. Desse modo perder-se-iam os prejuízos sofridos no estrangeiro se não fossem compensados com lucros de outras sociedades do grupo no país. Só no caso dos designados *prejuízos definitivos* é que deve ser prevista a compensação transfronteiriça dos prejuízos por força do princípio da proporcionalidade.

¹ Língua original: alemão.

² Pendente com o n.º C-607/17, v. também, a este respeito, as minhas conclusões do mesmo dia.

³ Acórdão de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. Acerca desta categoria de «prejuízos definitivos» criada pelo Tribunal de Justiça suscitam-se vários problemas, que já levaram a várias decisões do Tribunal de Justiça⁴ (entre as quais mais duas da Grande Secção). No entanto, todas estas decisões não conseguiram até agora esclarecer definitivamente quais são as condições em que se verificam prejuízos definitivos⁵.

4. Nesta medida, o Tribunal de Justiça — se pretender continuar a manter a exceção dos prejuízos definitivos⁶ — tem de novo a oportunidade de explicitar os contornos desta categoria de prejuízos.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. O quadro jurídico da União é constituído neste caso pela liberdade de estabelecimento das sociedades, nos termos do artigo 49.º, em conjugação com o artigo 54.º TFUE.

B. Direito sueco

6. No direito sueco há as designadas *transferências financeiras* dentro do grupo para compensação dos resultados no interior de um grupo. Estas transferências são deduzidas na sociedade que as paga e são invocadas para efeitos fiscais pela sociedade que as recebe. Através das transferências financeiras a uma filial (ainda que detida indiretamente) que gera prejuízos, a sociedade-mãe pode “transferir” economicamente estes prejuízos para si própria.

7. Porém, as disposições relativas às transferências financeiras de grupo⁷ não se aplicam quando a filial não está sujeita a imposto na Suécia. A este respeito, as regras relativas à dedução de grupo adotadas com base nas disposições do direito da União apenas numa situação admitem a tomada em consideração dos prejuízos sofridos no estrangeiro. De acordo com essas regras, uma sociedade-mãe sueca pode, em determinadas condições, invocar uma dedução de grupo para perdas definitivas sofridas por uma filial estrangeira detida a 100%⁸. De acordo com esta disposição, a filial deve ter a sede num Estado do Espaço Económico Europeu e deve, nomeadamente, ser equiparável a uma sociedade anónima sueca.

8. Considera-se o prejuízo definitivo quando não tenha sido nem será possível à filial ou a outra pessoa no Estado em que a filial tem a sua sede compensá-lo. Outro requisito é que a razão pela qual o prejuízo não pode ser compensado pela filial não seja o facto de não haver a possibilidade legal para isso ou de essa possibilidade ser limitada no tempo.

4 Sem pretender ser exaustiva: Acórdãos de 4 de julho de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), de 12 de junho de 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), de 17 de dezembro de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), de 3 de fevereiro de 2015, Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50), de 7 de novembro de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), de 21 de fevereiro de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), e de 15 de maio de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 O Bundesfinanzhof, na Alemanha, entende mesmo que, entretanto, «se abandonou o nível de apreciação das razões justificativas (como o “lugar” da apreciação da proporcionalidade e a figura jurídica dos prejuízos definitivos).» — v. BFH Acórdão de 22 de fevereiro de 2017, I R 2/15, BStBl. II 2017, 709, n.º 38).

6 A figura jurídica dos prejuízos definitivos é considerada importante por várias vezes no Tribunal: v. as Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo K (C-322/11, EU:C:2013:183, n.ºs 66 e segs. e 87), bem como as minhas conclusões no processo Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2014:2321, n.ºs 41 e segs.) e no processo A (C-123/11, EU:C:2012:488, n.ºs 50 e segs.).

7 Capítulo 35 da Inkomstskattelag (1999:1229) — Lei n.º 1229 de 1999 relativa ao imposto sobre as sociedades e ao imposto sobre o rendimento.

8 Capítulo 35 a da Inkomstskattelag (1999:1229)

9. Nos termos do § 5, a aplicação da dedução de grupo depende, nomeadamente, de a filial ter sido liquidada e o processo de liquidação estar concluído (n.º 1). Além disso, de acordo com o pedido de decisão prejudicial, há o requisito de que a filial, durante todos os exercícios fiscais da sociedade-mãe e da filial até à conclusão da liquidação tenha sido detida a 100% pela sociedade-mãe ou que tenha estado na sua posse a 100% desde o início da sua atividade até à conclusão da sua liquidação (n.º 2). Acresce que não pode haver nenhuma sociedade coligada com a sociedade-mãe que, depois da conclusão da liquidação, prossiga a atividade comercial no Estado da sede da filial (n.º 5).

10. Nos trabalhos preparatórios do projeto legislativo, segundo as informações do órgão jurisdicional de reenvio, foram manifestadas reservas contra o facto de as disposições se destinarem a ser aplicadas apenas ao prejuízo de filiais detidas diretamente a 100%. Entendeu-se, porém, que se eventualmente os prejuízos de filiais detidas indiretamente estivessem abrangidos as sociedades poderiam escolher em que Estado utilizam os prejuízos.

III. Litígio no processo principal

11. O processo respeita a uma decisão preliminar do Skatterättsnämnd (comité de direito fiscal, Suécia). A decisão preliminar parte dos seguintes factos:

12. A Holmen AB (a seguir Holmen) é a sociedade-mãe de um grupo com filiais em diversos países, entre os quais a Espanha. A parte espanhola do grupo — tanto quanto é aqui relevante — é composta do modo seguinte: A Holmen detém todas as partes sociais da filial Holmen Suecia Holding S.L. (a seguir: HSH). Esta possui todas as partes sociais das duas subfiliais Holmen Paper Madrid S.L. (a seguir: HPM) e Holmen Paper Iberica S.L. (a seguir: HPI).

13. As sociedades espanholas constituem desde 2003 um grupo para efeitos fiscais e são tributadas segundo o regime espanhol de tributação consolidada. Segundo esse regime, os lucros e prejuízos das sociedades do grupo podem ser compensados ilimitadamente entre si. A tributação processa-se mediante a apresentação pelo grupo de uma declaração comum consolidada para efeitos do imposto sobre as sociedades. Os prejuízos não compensados podem ser reportados sem limite de tempo e ser deduzidos de eventuais lucros nos exercícios seguintes.

14. Todavia, desde 2011, apenas é possível em Espanha proceder à compensação de uma parte dos lucros realizados num determinado ano com prejuízos de anos anteriores. Os prejuízos que não possam ser deduzidos em virtude desta alteração, são reportados, tal como outros prejuízos não compensados, para o exercício seguinte. Se o grupo for dissolvido em virtude da dissolução de uma das entidades que o compõem, os eventuais prejuízos subsistentes são imputados à sociedade em que foram sofridos e só podem ser compensados no ano da liquidação na entidade em que foram sofridos.

15. A parte espanhola do grupo Holmen sofreu prejuízos. A parte maior dos prejuízos ocorreu na subfilial HPM. Desde 2003, esta sociedade sofre prejuízos de exploração que são imputados ao negócio operacional em Espanha, no montante acumulado de cerca de 140 milhões de euros. Os lucros realizados na parte espanhola do grupo durante o período a que se refere o pedido (desde 2003), não são significativos. A Holmen tenciona agora liquidar a sua atividade em Espanha. A liquidação teve início no ano de 2016, no qual a maior parte dos ativos da HPM foi vendida a um comprador externo.

16. Na decisão provisória controvertida trata-se agora da questão de saber se a Holmen, depois da conclusão da liquidação, tem o direito de fazer a dedução de grupo relativamente aos prejuízos sofridos na HPM (ou seja, na subfilial da Holmen). Na decisão provisória controvertida, analisam-se duas alternativas relativamente à liquidação.

17. Segundo a primeira alternativa, a subfilial HPI, a subfilial HPM e a filial HSH são liquidadas no mesmo exercício fiscal e pela ordem indicada. A segunda alternativa consiste em que a filial HSH se funde com a até agora subfilial HPM numa operação de fusão “de sentido inverso” e a HPM é liquidada após essa operação (então como filial).

18. Nas duas alternativas, o grupo deixará de exercer qualquer atividade comercial durante a liquidação e não deterá qualquer outra sociedade em Espanha após a execução das medidas. Planeia também não voltar a exercer aí qualquer atividade no futuro.

19. O Skatterättsnämnd (comité de direito fiscal) decidiu que a Holmen, no caso de liquidação de acordo com a primeira alternativa, não tem direito à dedução de grupo para os prejuízos da subfilial HPM. No caso de liquidação de acordo com a segunda alternativa, pelo contrário, a Holmen tem direito à dedução de grupo pelos prejuízos definitivos sofridos na HPM — então como filial.

20. O Skatterättsnämnd (comité de direito fiscal) fundamentou a decisão provisória no que respeita à primeira alternativa essencialmente no facto de a HSH (enquanto filial) não ter qualquer possibilidade *legal* em Espanha de utilizar os prejuízos da subfilial (HPM). Deste modo, os prejuízos poderiam não ser considerados definitivos na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A proibição da dedução de prejuízos no grupo imposta à sociedade-mãe sueca Holmen pode, por isso, não ser considerada desproporcionada e, por conseguinte, também não é contrária ao direito da União.

21. Relativamente à segunda alternativa, o Skatterättsnämnd (comité de direito fiscal) fundamenta a sua conclusão essencialmente no facto de a HPM (neste caso como filial detida diretamente), no processo de tributação em Espanha, ter pelo menos a possibilidade de utilizar ela própria uma parte do prejuízo em questão. O facto de, após a dissolução do grupo para efeitos fiscais, as unidades espanholas do grupo, com exceção da HPM, já não terem a possibilidade de utilizar os prejuízos, implica que os prejuízos são definitivos. Pelo menos alguns dos prejuízos em causa poderiam assim ser considerados definitivos na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

22. Tanto o Skatteverk (administração fiscal) como a demandante Holmen AB interpuseram recurso para o Högsta förvaltningsdomstol (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia).

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça

23. O Högsta förvaltningsdomstol (Supremo Tribunal Administrativo), ao qual foi submetido o litígio, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

- «1) Para que uma sociedade-mãe estabelecida num Estado-Membro tenha, nos termos do artigo 49.º TFUE, o direito — decorrente, *inter alia*, do acórdão Marks & Spencer — de deduzir prejuízos definitivos sofridos por uma filial estabelecida noutra Estado-Membro é necessário que a filial seja detida diretamente pela sociedade-mãe?
- 2) A parte de um prejuízo que, em razão do regime em vigor no Estado da filial, não tiver sido possível imputar nos lucros realizados nesse Estado em determinado ano, mas que pôde ser reportada para efeitos de eventual dedução num exercício futuro, também deve ser considerada definitiva?
- 3) Ao avaliar se um prejuízo é definitivo, deve ter-se em conta o facto de o regime em vigor no Estado da filial restringir a possibilidade de dedução do prejuízo por entidades diferentes daquela que o sofreu?

4) Caso se deva ter em conta a restrição mencionada na questão 3, há que considerar a medida em que essa restrição impediu de facto que parte dos prejuízos fosse imputada nos lucros realizados por outra entidade?»

24. No processo pendente no Tribunal de Justiça, a Holmen, o Reino da Suécia, a República Federal da Alemanha, o Reino dos Países Baixos, a República da Finlândia e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. A administração fiscal, a Holmen, o Reino da Suécia, a República Federal da Alemanha, a República da Finlândia e a Comissão Europeia participaram na audiência realizada em 24 de outubro de 2018.

V. Apreciação jurídica

A. *Liberdade de estabelecimento e prejuízos definitivos de uma subfilial*

25. Com a sua primeira questão — que se refere à interpretação do Acórdão Marks & Spencer — o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no fim de contas, se a liberdade de estabelecimento (artigo 49.º, conjugado com o artigo 54.º TFUE) impõe à Suécia a obrigação de tomar em conta os prejuízos de uma subfilial com sede em Espanha e que aí vai ser liquidada. Esta questão coloca-se num contexto em que, por um lado, os prejuízos, nos termos do direito fiscal espanhol, só puderam ser compensados de modo limitado e, em virtude da liquidação, se perderiam agora na subfilial espanhola. Por outro lado, a Suécia nunca poderia tributar eventuais lucros da subfilial.

26. Coloca-se assim a questão de saber se, no caso vertente, os prejuízos finais da subfilial podem ser assumidos pela Holmen. Também as questões 2 a 4 se referem ao carácter definitivo destes prejuízos, de modo que todas as questões podem ser respondidas em conjunto de forma abrangente.

27. Em primeiro lugar, há que averiguar se o facto de não tomar em consideração os prejuízos sofridos em subfiliais com sede no estrangeiro constitui uma restrição da liberdade de estabelecimento.

28. A liberdade de estabelecimento, que o artigo 49.º TFUE reconhece aos nacionais da União Europeia, inclui, em conformidade com o artigo 54.º TFUE, o direito de as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro, cuja sede social, administração central ou centro de atividade principal se situe na União, exercerem a sua atividade noutros Estados-Membros, através de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência.

29. Segundo jurisprudência constante, constituem restrições à liberdade de estabelecimento todas as medidas que proibam, dificultem, ou tornem menos atrativo o exercício dessa liberdade.⁹

30. A legislação fiscal de um Estado-Membro constitui um entrave à liberdade de estabelecimento das sociedades, quando daí resulte uma diferença de tratamento em detrimento das sociedades que exercem essa liberdade, a diferença de tratamento diga respeito a situações objetivamente comparáveis e não seja justificada por uma razão imperiosa de interesse geral ou não seja proporcionada a este objetivo.¹⁰

⁹ Acórdãos de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 36), de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 34), e de 16 de abril de 2015, Comissão/Alemanha (C-591/13, EU:C:2015:230, n.º 56 e jurisprudência neles referida).

¹⁰ V. neste sentido, Acórdãos de 4 de julho de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, n.º 18), de 25 de fevereiro de 2010 (X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, n.º 20), e de 12 de dezembro de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 167).

B. Comparabilidade e diferença de tratamento de subfiliais estrangeiras e subfiliais com sede no território do país

31. O direito sueco permite a compensação completa dos prejuízos entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo que sejam tributadas na Suécia, pela via das transferências financeiras dentro do grupo. No caso de sociedades pertencentes ao grupo que tenham a sede no estrangeiro, cujos rendimentos não são tributados na Suécia, a compensação de prejuízos está dependente de que a filial seja detida diretamente por uma sociedade-mãe sueca. Isto exclui da compensação as subfiliais com sede no estrangeiro (e não tributadas na Suécia), o que constitui uma diferença de tratamento.

32. Esta diferença de tratamento é suscetível de tornar menos atrativo o exercício da liberdade de estabelecimento através da criação de subfiliais noutros Estados-Membros. Todavia, só é incompatível com as disposições do Tratado se disser respeito a situações objetivamente comparáveis.

33. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna deve ser examinada tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa.¹¹ A exclusão de subfiliais estrangeiras baseia-se, segundo as informações do órgão jurisdicional de reenvio, no entendimento de que, de outro modo, a direção do grupo disporia de um direito de opção quanto ao lugar em que os prejuízos da subfilial são invocados. Neste caso, por exemplo, são de considerar o Estado-Membro da filial ou o da sociedade-mãe.

34. A Alemanha entende que não há comparabilidade a este respeito, fundamentando o seu entendimento com a referência ao Acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Timac Agro Deutschland*¹² e às minhas Conclusões no processo *Comissão/Reino Unido*¹³.

35. Até agora, o Tribunal de Justiça, no que respeita à questão da comparabilidade de estabelecimentos situados no país e no estrangeiro, tem procurado saber se o Estado-Membro em causa também exerce a soberania fiscal sobre o estabelecimento estrangeiro. Por isso, decidiu expressamente¹⁴: «No caso em apreço, há que constatar que, uma vez que a República Federal da Alemanha não exerce qualquer competência fiscal sobre os resultados de [um estabelecimento estável na Áustria] e a dedução dos seus prejuízos já não é autorizada na Alemanha, a situação de um estabelecimento estável situado na Áustria não é comparável à de um estabelecimento estável situado na Alemanha em relação às medidas previstas pela República Federal da Alemanha para prevenir ou atenuar a dupla tributação dos lucros de uma sociedade residente.» Esta ideia poderia igualmente aplicar-se a subfiliais sediadas no estrangeiro e não tributadas no país.

36. Todavia, existe uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça relativamente à utilização transfronteiriça dos prejuízos entre filiais e sociedades-mãe na qual se afirmou implícita ou expressamente a comparabilidade.¹⁵

11 Acórdãos de 4 de julho de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, n.º 31), de 12 de junho de 2018, *Bevola e Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 32), Acórdão de 22 de junho de 2017, *Bechtel* (C-20/16, EU:C:2017:488, n.º 53), de 12 de junho de 2014, *SCA Group Holding e o.*, C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:1758, n.º 28), e de 25 de fevereiro de 2010, *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, n.º 22).

12 Acórdão de 17 de dezembro de 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 65), que faz referência ao Acórdão de 17 de julho de 2014, *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:2087, n.º 24), e ao Acórdão de 14 de dezembro de 2006, *Denkavit Internationaal e Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, n.ºs 34 e 35).

13 Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo *Comissão/Reino Unido* (C-172/13, EU:C:2014:2321, n.º 26) — todavia, afirmei aí a comparabilidade no caso concreto (v. n.º 29).

14 Acórdão de 17 de dezembro de 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 65), com remissão para o Acórdão de 17 de julho de 2014, *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:2087, n.º 24) e Acórdão de 14 de dezembro de 2006, *Denkavit Internationaal e Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, n.ºs 34 e 35).

15 Acórdãos de 4 de julho de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, n.º 35), *Comissão/Reino Unido* (C-172/13, EU:C:2015:50, n.º 22 e segs.), de 21 de fevereiro de 2013, *A* (C-123/11, EU:C:2013:84, n.º 35), e Acórdão de 13 de dezembro de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 27 e segs.).

37. Além disso, o Tribunal de Justiça afirmou recentemente, e mais uma vez expressamente, no processo *Bevola*, a respeito dos prejuízos definitivos de um estabelecimento situado no estrangeiro, a comparabilidade entre estabelecimentos situados e tributados no país e estabelecimentos não tributados situados no estrangeiro¹⁶. Este entendimento deve, por maioria de razão, aplicar-se a subfiliais residentes tributadas e a subfiliais estrangeiras controladas não tributadas.

38. Finalmente, o critério da comparabilidade é pouco claro. Considerando que todos os factos são, de alguma maneira, comparáveis, desde que não sejam iguais¹⁷, este ponto da análise deveria ser simplesmente abandonado¹⁸.

39. À luz do que precede, deve considerar-se que há comparabilidade. As diferenças existentes entre uma subfilial estrangeira e uma subfilial residente, — neste caso a inexistência de simetria entre a tributação dos lucros e a tomada em consideração dos prejuízos¹⁹ — só devem ser tomadas em consideração na análise da justificação. Por conseguinte, verifica-se uma restrição da liberdade de estabelecimento.

C. Justificação

40. Uma restrição da liberdade de estabelecimento pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral. Neste caso, as razões justificativas podem ser a garantia de uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros e evitar a dupla consideração dos prejuízos (apesar de só se tributar uma vez).²⁰ Além disso, a medida deve ser adequada para garantir a realização do objetivo em causa e não deve ultrapassar o que é necessário para atingir esse objetivo²¹.

41. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça relativa ao prejuízos «definitivos», não é proporcionado que o Estado-Membro da sociedade-mãe impeça a tomada em conta dos prejuízos apesar de a filial estrangeira ter esgotado todas as possibilidades de os tomar em conta e já não haver nenhuma possibilidade de esses prejuízos ainda poderem ser tomados em conta de qualquer modo. A prova deste facto incumbe ao sujeito passivo²². Todavia, não se pode provar, invocando apenas uma liquidação após uma fusão, que não há qualquer possibilidade de tomar em consideração os prejuízos no Estado da sede da filial²³.

1. Quanto à razão justificativa da prevenção de uma dupla consideração dos prejuízos

42. Uma dupla tomada em consideração dos prejuízos mostra-se excluída no caso vertente. De acordo com a decisão provisória, a *Holmen* cessou todas as atividades económicas e já não tem nenhuns ativos valorizáveis. Só restam os prejuízos transitados de exercícios anteriores e a sociedade vai ser liquidada. Dado que tanto a filial como a subfilial têm a sede no mesmo Estado-Membro e, de acordo com o direito fiscal espanhol, está excluída a tomada em consideração dos prejuízos na filial, também não há qualquer risco de que os prejuízos da subfilial possam ser duplamente invocados na sociedade-mãe e na filial.

16 Acórdão de 12 de junho de 2018, *Bevola e Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 38 e 39).

17 É verdade que um provérbio alemão afirma que não se podem comparar maçãs com peras. Porém, mesmo as maçãs e as peras têm características comparáveis (por exemplo, ambas são frutos com caroço) e, por isso, sob esse ponto de vista, também são comparáveis.

18 Já tinha proposto esta solução ao Tribunal de Justiça nas minhas Conclusões no processo *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:153, n.º 21 a 28).

19 V. expressamente, a este respeito, Acórdãos de 6 de setembro de 2012, *Philips Electronics* (C-18/11, EU:C:2012:532) e de 15 de maio de 2008, *Lidl Belgium* (C-414/06, EU:C:2008:278, n.º 33).

20 Acórdão de 13 de dezembro de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 43 e segs.).

21 Acórdãos de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 42), de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 47), e Acórdão de 13 de dezembro de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 35).

22 Acórdão de 13 de dezembro de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, n.ºs 55 e 56).

23 Acórdão de 21 de fevereiro de 2013, *A* (C-123/11, EU:C:2013:84, n.ºs 51 e 52).

43. Porém, se não existe qualquer risco de dupla utilização dos prejuízos, esta razão justificativa não é operante.

2. Quanto à razão justificativa da garantia de repartição equilibrada do poder tributário

44. No que respeita à repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros, deve referir-se que se trata de um objetivo legítimo reconhecido pelo Tribunal de Justiça²⁴, que pode tornar necessária a aplicação às atividades económicas dos contribuintes estabelecidos num dos referidos Estados apenas das normas fiscais deste Estado, tanto no que diz respeito aos lucros como aos prejuízos²⁵.

45. No caso vertente, exclui-se, no entanto, com base nesta razão justificativa, a existência de prejuízos definitivos a tomar em conta, por três motivos: em primeiro lugar, a tomada em conta dos prejuízos da subfilial sofridos em Espanha ao longo dos anos violaria a autonomia fiscal dos Estados-Membros (v. n.ºs 46 e segs. *infra*). Em segundo lugar não se verifica neste caso o pressuposto de prejuízos que, embora legalmente utilizáveis, não o são na prática (n.ºs 57 e segs. *infra*). Em terceiro lugar, está, em princípio, excluída a existência de prejuízos definitivos em relação à sociedade-mãe no contexto de uma participação indireta (ou seja, no caso de uma subfilial) (v., a este respeito, n.ºs 73 e segs. *infra*).

a) Tomada em conta da autonomia fiscal dos Estados-Membros

46. Como o Tribunal de Justiça já decidiu, as liberdades fundamentais não podem ter por consequência impor ao Estado-Membro de residência de uma sociedade-mãe a obrigação de prever a tomada em conta a favor desta dos prejuízos por um montante mais elevado que tenha origem exclusiva no sistema fiscal de outro Estado-Membro, sob pena de o primeiro Estado-Membro ver a sua autonomia fiscal restringida pelo exercício do poder tributário do outro Estado-Membro²⁶.

47. Nesta medida — como o Tribunal de Justiça decidiu expressamente²⁷ — «o caráter definitivo, na aceção do n.º 55 do acórdão Marks & Spencer²⁸, dos prejuízos sofridos por uma filial não residente não pode resultar do facto de o Estado-Membro de residência da referida filial excluir qualquer possibilidade de reporte de prejuízos»²⁹. Com efeito, isso obrigaria um Estado-Membro a adaptar o seu direito fiscal ao de outro Estado-Membro.

48. Se, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça³⁰, o caráter definitivo dos prejuízos não pode resultar do facto de o Estado-Membro de residência da referida filial excluir qualquer possibilidade de reporte de prejuízos, esta regra também deve aplicar-se à exclusão da transferência de prejuízos para um terceiro. O mesmo se aplica ao fim do reporte de prejuízos. Em ambos os casos é impedida a utilização futura dos prejuízos — uma vez pelo próprio sujeito passivo e outra vez por um terceiro. Por isso, as situações também devem ser tratadas do mesmo modo.

24 Acórdãos de 7 de novembro de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, n.º 50), de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 45), e de 6 de setembro de 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, n.º 23); Acórdão de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.ºs 45 e 46).

25 Acórdãos de 7 de novembro de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, n.º 50), de 15 de maio de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, n.º 31), de 18 de julho de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, n.º 54), e de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 45).

26 V., neste sentido, Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Masco Denmark e Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, n.º 41), e de 30 de junho de 2011, Meilicke e o. (C-262/09, EU:C:2011:438, n.º 33).

27 Acórdão de 3 de fevereiro de 2015, Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50, n.º 33).

28 Acórdão de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

29 V. Acórdão de 7 de novembro de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, n.ºs 75 a 79 e jurisprudência aí referida)

30 Acórdãos de 3 de fevereiro de 2015, Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50, n.º 33), e de 17 de dezembro de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 54).

49. Como já expus acima nos n.ºs 41 e segs., segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, deve averiguar-se, antes de afirmar a existência dos designados prejuízos definitivos, se estes não poderiam anteriormente ter sido tomados em consideração através da sua transferência para terceiros. Desta forma apenas se pode pretender designar adquirentes estranhos ou outras sociedades do grupo. Mas se isto não for possível porque o direito fiscal espanhol o não permite — neste caso em virtude da liquidação que leva ao termo da consolidação do grupo espanhol —, então esta exclusão *legal* da compensação dos prejuízos não implica que passe a haver prejuízos definitivos.

50. De qualquer modo, o Tribunal de Justiça já decidiu que as liberdades fundamentais não obstam a que o prejuízo transfronteiriço suscetível de compensação ainda seja declarado como prejuízo definitivo no termo do período de tributação³¹. Deste modo, todo o prejuízo suscetível de ser reportado não é definitivo — em todo o caso não o é imediatamente³².

51. Estes prejuízos acumulados (reportados), que num exercício são considerados não definitivos (porque podem ser reportados ou a sua compensação foi excluída pelo direito nacional), não podem posteriormente transformar-se em definitivos, porque, em virtude da liquidação, está excluído um novo reporte de prejuízos.

52. De outro modo, as atividades inicialmente lucrativas em Espanha apenas seriam tributadas em Espanha, mas as atividades subsequentes de que resultassem prejuízos, seriam, pelo contrário, financiadas pela receita fiscal dos Estados em que as sociedades-mãe têm a sua sede. Isto é contrário à garantia de uma repartição equilibrada do poder tributário.

53. Isto é particularmente claro analisando a legislação espanhola relevante neste caso, a qual, desde 2011, só de modo restrito toma em consideração os prejuízos reportados, mesmo que houvesse lucros suficientes neste exercício que a Espanha também tributou. O facto de estes prejuízos ainda existirem resulta em primeiro lugar da restrição legal da compensação de prejuízos adotada pela Espanha no ano de 2011. O ordenamento jurídico-fiscal da Suécia não tem de se adaptar a isso (princípio da autonomia tributária).

54. De qualquer modo, a natureza do prejuízo não definitivo não se modifica mais tarde pela transferência para o terceiro (neste caso a sociedade-mãe do grupo em Espanha) apenas pelo facto de o Estado-Membro suprimir a transferência dos prejuízos. Pelo contrário, o princípio da autonomia opõe-se a que os prejuízos não definitivos num período de tributação se transformem novamente em prejuízos definitivos num período de tributação posterior noutro Estado-Membro em virtude das especificidades do direito nacional.

55. De modo semelhante, o Tribunal de Justiça entendeu no Acórdão Comissão/Reino Unido que a falta de carácter definitivo, uma vez verificada, não se altera posteriormente³³. De qualquer modo, as considerações aí expostas apontam no sentido de que, no máximo, o prejuízo sofrido pela filial no último ano da liquidação ainda deve poder ser compensado de algum modo (noutro Estado), mas não podem ser compensados os prejuízos acumulados até então e que foram reportados segundo o direito nacional (neste caso, espanhol)³⁴.

56. Uma vez que a existência dos prejuízos controvertidos neste processo apenas resulta do direito espanhol, os mesmos não são prejuízos definitivos da subfilial.

31 Acórdão de 3 de fevereiro de 2015, Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50, n.ºs 31 e 36).

32 A República Federal da Alemanha entende, por isso, que apenas deve ser considerado prejuízo definitivo o que é sofrido no último exercício, em virtude da impossibilidade de facto de reporte, ao passo que os prejuízos reportados já não perdem a sua natureza de não definitivos.

33 V. Acórdão de 3 de fevereiro de 2015, Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50, n.º 37).

34 Assim entende também, em parte, o TJUE — v. as observações da Alemanha neste processo e, por exemplo, *David Eisendle*, *Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer*, *ISR* 2016, 37 (42).

b) Distinção entre carácter definitivo de facto e de direito?

57. Nestas circunstâncias, quase todas as partes no processo, para determinar o carácter definitivo de um prejuízo, distinguem entre prejuízos não utilizáveis (ou seja, definitivos) de direito e de facto.

58. Os prejuízos que não são utilizáveis porque no Estado-Membro em que são sofridos não são legalmente reconhecidos ou não são utilizáveis em virtude de restrições legais (por exemplo, não podem ser reportados para anos subsequentes ou anteriores), não constituem prejuízos definitivos na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Só os prejuízos que, sendo legalmente utilizáveis, não podiam porém, na prática, ser aproveitados no futuro, poderiam ser considerados prejuízos definitivos. Este argumento é convincente, em virtude da autonomia dos ordenamentos jurídico-fiscais (n.º 46 e segs.).

59. Parece-me, no entanto, duvidoso que possa sequer haver prejuízos legalmente utilizáveis mas não utilizáveis na prática. Pretendo exemplificar isto com um exemplo. O único caso em que, apesar da possibilidade ilimitada de reporte para os exercícios subsequentes ou anteriores, subsiste um prejuízo, é o caso de uma empresa globalmente deficitária, que nunca tivesse realizado lucros suficientes, mesmo depois de ter sido alienado todo o seu ativo. Neste caso, o prejuízo do último exercício, mesmo sendo suscetível de reporte para os exercícios anteriores, não poderia (de facto) ser aproveitado.

60. Porém, mesmo neste caso, subsistiria sempre a possibilidade de transferir no fim de contas estes prejuízos para um comprador através da alienação da empresa³⁵, na medida em que o Estado-Membro da sede o permitisse. O comprador imputa o valor dos prejuízos subsistentes no preço de compra da empresa, de modo que o vendedor “realiza” desta forma este prejuízo.

61. Quando o respetivo ordenamento jurídico permite a transferência dos prejuízos para outra pessoa, então o aproveitamento destes prejuízos é sempre possível, mesmo na prática. Talvez não seja coroadado de um sucesso particular no caso concreto, porque o adquirente de uma empresa deficitária não pagará incondicionalmente um elevado preço por ela. Mas isto não altera a possibilidade prática de aproveitamento dos prejuízos.

62. Deste modo, também neste caso, o carácter definitivo dos prejuízos baseia-se ou no ordenamento jurídico do Estado-Membro (exclusão de qualquer possibilidade de transferência) ou na decisão do sujeito passivo de não alienar, mas liquidar a sociedade. Porém, em ambos os casos, não é evidente por que razão o facto de outro Estado-Membro não tomar em consideração os prejuízos seria desproporcionado. O Tribunal de Justiça também exige, com razão, que todas as possibilidades para tomar em conta os prejuízos tenham sido esgotadas. Nestas possibilidades inclui-se também a transferência dos prejuízos para um terceiro através de uma venda.

63. A Holmen afirmou na audiência que essa hipótese foi ponderada, mas que, finalmente, se decidiu pela liquidação. Nesta medida, também pode constatar-se que não há na Holmen prejuízos definitivos.

³⁵ Este ponto é referido expressamente, por exemplo, pelo TJUE no Acórdão de 21 de fevereiro de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, n.º 52 e segs.).

D. Prejuízos definitivos na aceção do Acórdão Bevola?

64. Também o recente Acórdão Bevola³⁶ não se opõe à referida constatação. Por um lado, o Tribunal de Justiça «apenas» transpôs para esse acórdão a exceção feita no Acórdão Marks & Spencer para os prejuízos «definitivos» de estabelecimentos e não questionou as restrições acima consideradas³⁷. Em particular, não se pronunciou em detalhe quanto à questão de saber quando se verificam prejuízos definitivos.

65. Por outro lado, neste mais recente acórdão, o ponto essencial da argumentação³⁸ é o princípio da capacidade contributiva. Isto poderia ainda ser compreensível numa situação de estabelecimentos, visto que os estabelecimentos constituem legalmente uma parte não autónoma da empresa de um sujeito passivo. Mas esta argumentação não poderia aplicar-se às filiais e subfiliais. Estas são pessoas jurídicas autónomas, que também apresentam uma capacidade financeira e contributiva autónoma (se se entender por isso a capacidade de pagar impostos com base nos seus rendimentos)³⁹. O Tribunal de Justiça — com razão — não decidiu que para a tributação adequada da capacidade contributiva da sociedade-mãe é necessário tomar em consideração os prejuízos da filial.

66. A compensação de grupo representa antes, na perspetiva do direito fiscal, uma rutura do princípio da capacidade contributiva, porque se adiciona a capacidade contributiva de várias pessoas jurídicas. Por isso, a integração de outras pessoas jurídicas não pode, em todo o caso, ter como fundamento o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva.

67. Pelo contrário, o facto de um Estado-Membro apenas tomar em consideração uma parte (a saber, apenas os ganhos ou apenas as perdas), até é contrário ao princípio da tributação segundo a capacidade contributiva. Além disso, tanto quanto sei, não há um princípio geral de direito fiscal ou um princípio geral do direito da União segundo o qual, no termo do ciclo de vida de uma pessoa coletiva, todos os prejuízos tenham de ser compensados de algum modo. Em particular, o princípio da capacidade contributiva não impõe neste caso a exportação dos prejuízos para outro Estado-Membro.

68. Também à luz do Acórdão Bevola, não há neste caso quaisquer prejuízos definitivos dedutíveis que devam ser exportados da Espanha para a Suécia.

E. Conclusão intermédia, tendo em conta um «mercado interno justo»

69. Esta conclusão deduzida da jurisprudência também é convincente na perspetiva de um mercado interno «justo», que, face ao designado BEPS-Debate⁴⁰ está de novo um pouco mais em foco. Com efeito, a possibilidade de compensação transfronteiriça dos prejuízos definitivos beneficiaria precisamente, na situação particular do caso vertente, antes de mais os maiores grupos que atuam a nível internacional em relação às empresas mais pequenas (que geralmente não operam a nível internacional). Por exemplo, se a Holmen souber que finalmente todos os prejuízos acumulados resultantes do modelo de negócio espanhol podem ser compensados com os lucros na Suécia, pode,

36 Acórdão de 12 de junho de 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 61 e segs.).

37 Pelo contrário — o Tribunal de Justiça remeteu expressamente para o juiz nacional a competência para apreciar se as condições para se concluir pela existência de um prejuízo definitivo estavam satisfeitas — v. Acórdão de 12 de junho de 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 65).

38 Acórdão de 12 de junho de 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 39 e 59); v. também Acórdão de 4 de julho de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, n.º 35).

39 A aceitação de uma capacidade contributiva transfronteiriça juridicamente relevante dos grupos de sociedades abriria efetivamente, antes de mais, novas perspetivas de organização para os grandes grupos internacionais. Por isso, o Acórdão de 4 de julho de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, n.º 35) suscita preocupações.

40 Entende-se simplesmente sob esta designação a organização dos chamados grupos multinacionais para efeitos fiscais, os quais, no interior dos sistemas fiscais até agora vigentes, dispõem de possibilidades (legais) de minimizarem a sua matéria coletável nos países com tributação elevada e localizar os lucros nos países de baixa tributação (Base Erosion and Profit Shifting — Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros).

ao procurar posicionar-se no mercado espanhol, entrar na concorrência de um modo totalmente diferente do de um concorrente espanhol que deve ter em conta que os seus prejuízos são perdidos se cessar a sua atividade comercial em Espanha. Para a Holmen, os «prejuízos em Espanha» seriam um encargo muito menor do que para um concorrente nacional sem uma estrutura de grupo equivalente.

70. Tendo em conta o exposto e aplicando de modo consequente a jurisprudência do Tribunal de Justiça (v. n.º 41 e segs. e a jurisprudência aí referida) chega-se assim à seguinte conclusão: se a utilização dos prejuízos no Estado da sede da subfilial estiver legalmente excluída, não há quaisquer prejuízos definitivos. Se for permitida a utilização dos prejuízos pelo Estado da sede, então o sujeito passivo deve ter esgotado estas possibilidades. Entre estas possibilidades conta-se também, nos termos do Acórdão Marks & Spencer⁴¹ o aproveitamento dos prejuízos através da transferência para um terceiro, o que neste caso não se verifica.

71. Por conseguinte, no caso vertente, a exclusão pela Suécia da compensação dos prejuízos de uma subfilial com sede no estrangeiro e não tributada no país não é desproporcionada.

F. Resposta cada uma das questões

72. Assim, chego à resposta concreta a cada uma das questões.

1. Quanto à primeira questão: Requisito de uma participação direta

73. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende finalmente saber se os prejuízos de uma subfilial com sede em Espanha e em liquidação nesse Estado devem ser considerados prejuízos definitivos. Deve responder-se negativamente.

74. A exceção a que se refere o Acórdão Marks & Spencer relativa aos prejuízos definitivos não faz distinção entre os prejuízos definitivos de filiais e de subfiliais. Assim, à primeira vista, permitiria tanto à sociedade-mãe como à sociedade filial intermédia a compensação dos prejuízos definitivos sofridos pela subfilial.

75. É certo que a situação subjacente ao Acórdão Marks & Spencer também era uma cadeia de participações indiretas a que a Holmen e a Comissão se referiram com razão. A subfilial, a sociedade-mãe (uma *holding*) e a sociedade de cúpula do grupo até estavam nesse caso sediadas em três Estados-Membros diferentes. Mas isso apenas resulta do pedido de decisão prejudicial e das conclusões do advogado-geral⁴². No acórdão, estes factos não constam da matéria de facto descrita nem o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre eles no seu acórdão.

76. Deduzir daí que o Tribunal de Justiça decidiu implicitamente que a sociedade-mãe do grupo também deve poder tomar em conta os prejuízos (definitivos) de uma subfilial parece-me, no entanto, excessivo, contrariamente à posição da Comissão e de acordo com a posição dos Países Baixos e da Suécia. Além do mais, o Tribunal de Justiça não tinha de se pronunciar em pormenor sobre a questão, porque também não lhe foi colocada nenhuma questão a esse respeito.

77. Porém, antes de mais, a tomada em conta dessa forma conduziria ao reconhecimento de uma opção no interior de um grupo, que poderia decidir em que Estado-Membro e qual a filial ou sociedade-mãe que invoca os prejuízos “definitivos” da subfilial.

41 Acórdão de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 55).

42 Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:201, n.º 8).

78. Se, em particular, as três sociedades tivessem a respetiva sede em diferentes Estados-Membros e houvesse lucros suscetíveis de ser compensados, esta opção seria significativa na perspetiva da otimização da taxa de imposto do grupo. No entanto, de acordo com o acertado entendimento do Estado-Membro interessado, tal opção não pode existir. A mesma também poria em causa a garantia de uma repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros. A isso acresce o risco de os prejuízos poderem ser invocados em vários Estados-Membros.

79. Uma vez que, em princípio, ainda é possível a compensação dos prejuízos na sociedade-mãe direta noutro Estado-Membro, resulta antes daí uma compensação prioritária dos prejuízos, em princípio, com a sociedade-mãe direta de preferência à compensação com a sociedade-mãe indireta (neste caso, a sociedade-mãe do grupo na Suécia). Esta prioridade também afasta assim o risco acima mencionado de uma opção do sujeito passivo e da possibilidade de uma dupla compensação dos prejuízos nas relações entre os três Estados.

80. Esta prioridade também se aplica se — como no caso presente — a subfilial e a filial tiverem a sede no mesmo Estado-Membro. Na verdade, não há aqui nenhum risco de otimização da taxa de imposto do grupo através da escolha do Estado-Membro de compensação dos prejuízos, como alega, com razão, a Holmen. Do mesmo modo está excluído o risco acrescido de múltipla compensação dos prejuízos. No entanto, a questão determinante também não é neste caso saber se a filial e a subfilial têm a sede no mesmo Estado-Membro, mas saber se há prejuízos definitivos na subfilial em relação à sociedade-mãe sediada noutro Estado-Membro. Porém, como acima expus, deve responder-se negativamente a esta questão.

81. Por conseguinte, deve responder-se à primeira questão que os prejuízos de uma sociedade detida indiretamente (ou seja, de uma subfilial) não constituem, em princípio, prejuízos definitivos em relação à «sociedade de cúpula do grupo» (ou seja, à sociedade-mãe da filial).

2. Quanto à segunda questão: restrição da compensação de prejuízos em Espanha

82. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se um prejuízo também deve ser entendido como definitivo quando, em virtude da restrição da compensação de prejuízos, teve de ser reportado para exercícios seguintes.

83. De acordo com as considerações anteriores, deve responder-se a esta questão que o prejuízo «simplesmente» reportado não deve ser considerado prejuízo definitivo, mesmo quando, em virtude de uma restrição da compensação de prejuízos no Estado da sede da filial, não tiver podido ser compensado com lucros de exercícios anteriores.

84. A existência deste prejuízo depende apenas da configuração do direito fiscal espanhol e não pode obrigar a Suécia a tomar em consideração este prejuízo para reduzir o imposto.

3. Quanto às questões terceira e quarta:

85. Com as suas questões terceira e quarta, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, para determinação do carácter definitivo de um prejuízo, se deve considerar o facto de as possibilidades de dedução de outro interessado que não aquele que sofreu o prejuízo, em virtude das disposições legais no Estado da sede da filial, serem limitadas e, em caso afirmativo, se se deve tomar em consideração em que medida as restrições conduziram efetivamente a que uma parte dos prejuízos não pudesse ser compensada.

86. Com base nas considerações acima expostas, deve responder-se a estas duas questões que, ao apreciar se há prejuízos definitivos da subfilial, apenas são determinantes as restrições na esfera da subfilial. Se a subfilial tiver a possibilidade de transferir os prejuízos para um terceiro (por exemplo, para uma filial), há então que excluir a existência de prejuízos definitivos da subfilial. Por isso, não está em causa saber se terceiros podiam efetivamente utilizar o prejuízo no caso concreto. Em todo o caso, esta questão é relevante para determinar se, na esfera destes terceiros, há prejuízos definitivos em relação às respetivas sociedades-mãe.

VI. Proposta de decisão

87. Pelos fundamentos expostos, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões do Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia) da seguinte forma:

- 1) O artigo 49.º, conjugado com o artigo 54.º TFUE pressupõe, para uma compensação transfronteiriça de prejuízos na sociedade-mãe, que a filial deficitária seja detida diretamente.
- 2) O prejuízo «simplesmente» reportado não deve ser considerado prejuízo dito definitivo, mesmo que, em virtude de uma restrição da compensação de prejuízos no Estado da filial, não tenha podido ser compensado com lucros de exercícios anteriores.
- 3) Para apreciar o carácter definitivo dos prejuízos de uma subfilial também se deve ter em conta a possibilidade de transferência e compensação dos prejuízos por terceiros e, assim, também pelas respetivas sociedades-mãe (por exemplo, por outras sociedades do grupo) nesse Estado-Membro. A questão de saber se as respetivas possibilidades de dedução são limitadas apenas é determinante para a questão dos seus prejuízos «definitivos».