



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

12 de junho de 2014*

«Liberdade de estabelecimento — Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas — Unidade fiscal entre sociedades do mesmo grupo — Pedido — Fundamentos de recusa — Localização, noutro Estado-Membro, da sede de uma ou de várias holdings intermédias, ou da sociedade-mãe — Falta de estabelecimento estável no Estado de tributação»

Nos processos apensos C-39/13, C-40/13 e C-41/13,

que têm por objeto pedidos de decisão prejudicial apresentados, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Gerechtshof Amsterdam (Países Baixos), por decisões de 17 de janeiro de 2013, que deram entrada no Tribunal de Justiça em 25 de janeiro de 2013, nos processos

Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen

contra

SCA Group Holding BV (C-39/13),

X AG,

X1 Holding GmbH,

X2 Holding GmbH,

X3 Holding GmbH,

D1 BV,

D2 BV,

D3 BV

contra

Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-40/13),

e

Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam

contra

* Língua do processo: neerlandês.

MSA International Holdings BV,

MSA Nederland BV (C-41/13),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: R. Silva de Lapuerta, presidente de secção, J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot (relator) e A. Arabadjiev, juízes,

advogado-geral: J. Kokott,

secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 9 de janeiro de 2014,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da SCA Group Holding BV, por J. T. Schouten, S. C. W. Douma e G. F. Boulogne, na qualidade de consultores,
- em representação da X AG, por J. M. van der Vegt e P. J. te Boekhorst, na qualidade de consultores,
- em representação da MSA International Holdings BV, por H. T. P. M. van den Hurk, J. J. van den Broek, J. J. A. M. Korving, D. van Seggelen, J. van der Zande e T. Arts, na qualidade de consultores,
- em representação do Governo alemão, por T. Henze e K. Petersen, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo francês, por J.-S. Pilczner, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo neerlandês, por M. K. Bulterman, M. Noort e B. Koopman, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por W. Roels, W. Mölls e P. Van Nuffel, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 27 de fevereiro de 2014,

profere o presente

Acórdão

- 1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE.
- 2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de três litígios que opõem, em primeiro lugar, o Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen à SCA Group Holding BV (a seguir «SCA»), em segundo lugar, a X AG (a seguir «X»), a X1 Holding GmbH, a X2 Holding GmbH, a X3 Holding GmbH (a seguir «X3»), a D1 BV (a seguir «D1»), a D2 BV (a seguir «D2»), a D3 BV ao Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam e, em terceiro lugar, o Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam à MSA International Holdings BV (a seguir «MSA») e à MSA Nederland BV, a propósito da constituição de unidades fiscais.

Quadro jurídico neerlandês

- 3 Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (Wet op de vennootschapsbelasting 1969):

«Para efeitos da determinação do rendimento tributável, não são considerados os lucros obtidos com uma participação, nem as despesas suportadas com a aquisição ou a alienação dessa participação (isenção de participação).»

- 4 O artigo 15.º desta lei dispõe:

«1. Caso um sujeito passivo (a sociedade-mãe) detenha, jurídica e economicamente, pelo menos 95% das participações no capital nominal realizado de outro sujeito passivo (a filial), a requerimento de ambos os sujeitos passivos o imposto por eles devido é cobrado como se fossem um único sujeito passivo, considerando-se que as atividades e o património da filial fazem parte integrante das atividades e do património da sociedade-mãe. O imposto é cobrado à sociedade-mãe. Os sujeitos passivos passam a ser considerados, em conjunto, como uma unidade fiscal. Uma unidade fiscal pode ser constituída por mais de uma filial. [...]

3. O n.º 1 só é aplicável se:

[...]

- b. para o cálculo dos lucros, forem aplicáveis as mesmas disposições aos dois sujeitos passivos;
- c. os dois sujeitos passivos estiverem sediados nos Países Baixos e, caso a lei que institui o regime fiscal do Reino [(Belastingregeling voor het Koninkrijk)] ou uma convenção preventiva da dupla tributação seja aplicável a um sujeito passivo, também se considere que esse sujeito passivo está sediado nos Países Baixos, nos termos dessa lei ou dessa convenção [...];

[...]

4. Por regulamento administrativo podem ser instituídas regras que permitam aos sujeitos passivos a que não se apliquem as mesmas disposições para a determinação dos lucros formarem uma unidade fiscal, em derrogação do n.º 3, alínea b). Além disso, em derrogação do n.º 3, alínea c), um sujeito passivo que, nos termos da sua legislação nacional ou de acordo com a lei que institui o regime fiscal do Reino, ou ainda com uma convenção preventiva da dupla tributação, não tenha sede nos Países Baixos, mas explore uma empresa através de um estabelecimento estável nos Países Baixos, pode, nas condições definidas por regulamento administrativo, fazer parte de uma unidade fiscal, desde que a competência para tributar o lucro proveniente dessa empresa tenha sido atribuída aos Países Baixos pela lei que institui o regime fiscal do Reino ou por uma convenção preventiva da dupla tributação, e se:

- a. o lugar da direção efetiva desse sujeito passivo estiver situado nas Antilhas Neerlandesas, em Aruba, num Estado-Membro da União Europeia ou num Estado onde seja aplicável uma convenção preventiva da dupla tributação, celebrada com os Países Baixos, que preveja a proibição de discriminação dos estabelecimentos estáveis;
- b. o sujeito passivo referido na alínea a) for uma sociedade anónima ou uma sociedade por quotas, ou um organismo comparável pela sua natureza e modo de constituição; e
- c. nos casos em que o sujeito passivo referido na alínea a) faz parte da unidade fiscal na qualidade de sociedade-mãe, a participação na filial, a que se refere o n.º 1, pertencer ao património do estabelecimento estável dessa sociedade-mãe nos Países Baixos.

[...]»

Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

Processos C-39/13 e C-41/13

- 5 A SCA e a MSA são sociedades com sede nos Países Baixos.
- 6 Detêm sociedades com sede na Alemanha, quer direta quer indiretamente, por intermédio de outras sociedades também sediadas na Alemanha.
- 7 Estas últimas sociedades, por sua vez, detêm sociedades com sede nos Países Baixos.
- 8 A SCA e a MSA, bem como as respetivas filiais sediadas nos Países Baixos, pediram para ser consideradas duas unidades fiscais, na aceção do artigo 15.º da Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.
- 9 O Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen e o Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam indeferiram esses pedidos com o fundamento de que as *holdings* intermédias não estavam sediadas nos Países Baixos nem dispunham aí de um estabelecimento estável.
- 10 A SCA e a MSA interpuseram recurso no Rechtbank Haarlem, que considerou aquele indeferimento contrário à liberdade de estabelecimento.
- 11 O Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen e o Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam interpuseram recurso desta decisão no Gerechtshof Amsterdam.
- 12 Nestas condições, o Gerechtshof Amsterdam decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

No processo C-39/13

- «1) Existe uma restrição à liberdade de estabelecimento, na aceção do artigo 43.º CE em conjugação com o artigo 48.º CE, pelo facto de ser recusada à recorrente a aplicação da legislação neerlandesa relativa à unidade fiscal às atividades e ao património das subfiliais (e filiais de nível inferior) Alphabet Holding, HP Holding e Alpha Holding, sediadas nos Países Baixos?

Nesse contexto, à luz dos objetivos prosseguidos pela legislação neerlandesa relativa à unidade fiscal [...], a situação das subfiliais (e filiais de nível inferior) Alphabet Holding, HP Holding e Alpha Holding é objetivamente comparável [...] com [...] a) [a] situação das sociedades sediadas nos Países Baixos que são (sub)filiais de uma *holding* intermédia sediada nos Países Baixos que não optou por constituir, com a respetiva sociedade-mãe sediada nos Países Baixos, uma unidade fiscal e que, portanto, enquanto subfiliais, também não têm acesso, tal como a Alphabet Holding, a HP Holding e a Alpha Holding, ao regime da unidade fiscal com — [exclusivamente] — a respetiva ‘sociedade-avó’, ou [com] [...] b) [a] situação das subfiliais sediadas nos Países Baixos que optaram, em conjunto com a respetiva sociedade-mãe ou *holding* intermédia sediada nos Países Baixos, por constituir uma unidade fiscal com a respetiva sociedade-mãe (ou ‘sociedade-avó’) sediada nos Países Baixos e cujas atividades e património são, portanto, ao contrário das atividades e património da Alphabet Holding, HP Holding e Alpha Holding, fiscalmente consolidados?

- 2) É relevante para a resposta à primeira questão, primeiro período [...], [que] as sociedades nacionais em questão se[ja]m detidas por uma *holding* intermédia (situada no nível superior seguinte da estrutura do grupo) sediada no outro Estado-Membro ou, como no caso da Alphabet Holding, da HP Holding e da Alpha Holding, por duas (ou mais) [*holdings*] intermédias (em dois ou mais níveis superiores na estrutura do grupo) — de facto situadas nesse outro Estado-Membro?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, primeiro período, tal restrição pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, mais especificamente pela necessidade de manter a coerência do sistema fiscal, incluindo a prevenção da dupla compensação unilateral e bilateral dos prejuízos [...]? É ainda relevante, neste contexto, o facto de, no caso concreto, estar provada a inexistência de uma dupla compensação dos prejuízos [...]?
- 4) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão, a restrição deve ser considerada proporcionada [...]?»

No processo C-41/13

- «1) Existe uma restrição à liberdade de estabelecimento, na aceção do artigo 43.º CE em conjugação com o artigo 48.º CE, pelo facto de ser recusada às recorrentes a aplicação da legislação neerlandesa relativa à unidade fiscal às atividades e ao património da subfilial/[segunda] recorrente, sediada nos Países Baixos?

Nesse contexto, à luz dos objetivos prosseguidos pela legislação neerlandesa relativa à unidade fiscal [...], a situação da subfilial/[segunda] recorrente é objetivamente comparável [...] [com] a) [a] situação de uma sociedade sediada nos Países Baixos que é filial de uma *holding* intermédia sediada nos Países Baixos que não optou por constituir, com a respetiva sociedade-mãe sediada nos Países Baixos, uma unidade fiscal e que, portanto, enquanto subfilial, também não tem acesso, tal como a [segunda] recorrente, ao regime da unidade fiscal com — [exclusivamente] — a respetiva ‘sociedade-avó’, ou [com a] b) situação de uma subfilial sediada nos Países Baixos que optou, em conjunto com a respetiva sociedade-mãe ou *holding* intermédia sediada nos Países Baixos, por constituir uma unidade fiscal com a respetiva sociedade-mãe (ou ‘sociedade-avó’) sediada nos Países Baixos e cujas atividades e património são, portanto, ao contrário das atividades e património da [segunda] recorrente, fiscalmente consolidados?

- 2) É relevante para a resposta à primeira questão, primeiro período [...], que as *holdings* intermédias estrangeiras em causa, caso não operem nos Países Baixos por meio de uma filial, mas sim através de um estabelecimento estável, tenham optado por constituir, com a respetiva sociedade-mãe sediada nos Países Baixos — no que se refere ao património e às atividades desse estabelecimento estável — uma unidade fiscal?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, primeiro período, tal restrição pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, mais especificamente pela necessidade de manter a coerência do sistema fiscal, incluindo a prevenção da dupla compensação unilateral e bilateral dos prejuízos [...]?
- 4) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão, a restrição deve ser considerada proporcionada [...]?»

Processo C-40/13

- 13 A X é uma sociedade com sede na Alemanha. Detém, direta ou indiretamente, as sociedades X3, D1 e D2, com sede nos Países Baixos.

- 14 A X3, a D1 e a D2 requereram, por pedido conjunto, a constituição de uma unidade fiscal.
- 15 O Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam indeferiu o pedido com o fundamento de que a sua sociedade-mãe comum, a X, não estava sediada nos Países Baixos ou não dispunha aí de um estabelecimento estável.
- 16 O Rechtbank Haarlem negou provimento ao recurso interposto contra essa decisão.
- 17 As sociedades interpuseram recurso desta decisão no Gerechtshof Amsterdam.
- 18 Nestas condições, o Gerechtshof Amsterdam decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- 1) Existe uma restrição à liberdade de estabelecimento, na aceção do artigo 43.º CE em conjugação com o artigo 48.º CE, pelo facto de ser recusada às recorrentes a aplicação da legislação neerlandesa relativa à unidade fiscal às atividades e ao património das ‘sociedades-[irmã]’ [X3], [D1] e [D2], sediadas nos Países Baixos?

Nesse contexto, à luz dos objetivos prosseguidos pela legislação neerlandesa relativa à unidade fiscal [...], a situação da [X3], da [D1] e da [D2] é objetivamente comparável [...] com [...] a) [a] situação das sociedades-[irmã] sediadas nos Países Baixos que não optaram por constituir com a(s) respetiva(s) sociedade[s]-[mãe] comum(ns) sediada(s) nos Países Baixos uma unidade fiscal e que, portanto, enquanto sociedades-[irmã]-conjuntas, também não têm acesso, tal como as sociedades-[irmã] no processo principal, ao regime da unidade fiscal, ou [com] [...] b) [a] situação das sociedades-[irmã] sediadas nos Países Baixos que optaram, em conjunto com a(s) respetiva(s) sociedade(s)-[mãe] sediada(s) nos Países Baixos, por constituir uma unidade fiscal com a(s) respetiva(s) sociedade(s)-[mãe], e cujas atividades e património são, portanto, ao contrário das atividades e património das sociedades-[irmã] no processo principal, fiscalmente consolidados?

- 2) É relevante para a resposta à primeira questão, primeiro período, [...] [que] as sociedades em causa a), como no caso da [D1] e da [D2], te[nha]m uma sociedade-mãe (direta) comum sediada no outro Estado-Membro ou b) [que,] como no caso, por um lado da [X3] e, por outro lado, da [D1] e da [D2], te[nha]m diferentes sociedades-mãe (diretas) sediadas no outro Estado-Membro, de modo que só existe uma sociedade-mãe (indireta) comum dessas diferentes sociedades a um nível superior da estrutura do grupo — de facto situado nesse outro Estado-Membro?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, primeiro período, tal restrição pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, mais especificamente pela necessidade de manter a coerência do sistema fiscal, incluindo a prevenção da dupla compensação unilateral e bilateral dos prejuízos [...]?
- 4) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão, a restrição deve ser considerada proporcionada [...]?

Quanto às questões prejudiciais

Quanto às questões nos processos C-39/13 e C-41/13

- 19 Com as suas questões, que importa analisar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-Membro por força da qual uma sociedade-mãe residente pode constituir uma unidade fiscal com uma subfilial residente, quando a detém por intermédio de uma ou de várias

sociedades residentes, mas não pode constituir essa unidade fiscal quando detém a subfilial por intermédio de sociedades não residentes que não dispõem de um estabelecimento estável nesse Estado-Membro.

Quanto à existência de uma restrição

- 20 A liberdade de estabelecimento, que o artigo 49.º TFUE reconhece aos nacionais de um Estado-Membro da União, confere-lhes o acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício, bem como o direito à constituição e à gestão de empresas, nas mesmas condições que as definidas na legislação do Estado-Membro de estabelecimento para os seus próprios nacionais. Compreende, de acordo com o artigo 54.º TFUE, para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação do Estado-Membro de estabelecimento e que tenham a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da União, o direito de exercer a sua atividade no Estado-Membro em causa, por intermédio de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência (acórdão *Felixstowe Dock and Railway Company e o.*, C-80/12, EU:C:2014:200, n.º 17 e jurisprudência aí referida).
- 21 A este respeito, a possibilidade dada pelo direito neerlandês às sociedades-mãe residentes e às suas filiais residentes de serem tributadas como se constituíssem uma e a mesma unidade fiscal, ou seja, de serem sujeitas a um regime de tributação pelo lucro consolidado, constitui uma vantagem de tesouraria para as sociedades em causa. Este regime permite, designadamente, consolidar ao nível da sociedade-mãe os lucros e as perdas das sociedades integradas na unidade fiscal e conservar, para as transações efetuadas dentro do grupo, um caráter fiscalmente neutro (v. acórdão *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, n.º 18).
- 22 O direito neerlandês alarga o benefício do regime da unidade fiscal e das vantagens dele decorrentes às sociedades-mãe residentes que queiram ser tributadas conjuntamente com as suas subfiliais, mas sob a condição de as próprias filiais intermédias serem residentes ou disporem de um estabelecimento estável nos Países Baixos.
- 23 Esta condição equivale a tratar de forma desigual, por um lado, as sociedades-mãe residentes que detêm subfiliais residentes por intermédio de filiais intermédias residentes e, por outro, as sociedades-mãe residentes que detêm subfiliais residentes por intermédio de filiais não residentes.
- 24 A legislação em causa nos processos principais cria assim uma desigualdade de tratamento no que respeita à faculdade de optar pelo regime da unidade fiscal, consoante a sociedade-mãe detenha as suas participações indiretas por intermédio de uma filial estabelecida nos Países Baixos ou noutro Estado-Membro (v., por analogia, acórdão *Papillon*, C-418/07, EU:C:2008:659, n.º 22).
- 25 Ao invés do alegado por algumas partes, é irrelevante, a este respeito, que mesmo numa situação puramente interna nenhuma sociedade-mãe possa constituir uma unidade fiscal com subfiliais, sem nela integrar também a filial intermédia. Com efeito, embora uma sociedade-mãe neerlandesa que detenha subfiliais neerlandesas através de uma filial não residente não possa, em caso algum, constituir uma unidade fiscal com essas subfiliais, em contrapartida, uma sociedade-mãe neerlandesa que detenha subfiliais neerlandesas por intermédio de uma filial residente tem sempre essa faculdade.
- 26 Existe uma desigualdade de tratamento análoga numa situação em que, como sucede no processo C-39/13, não estão em causa subfiliais residentes, mas subfiliais de nível inferior residentes, cuja integração na unidade fiscal com uma sociedade-mãe residente não é possível, por tanto a filial intermédia como a subfilial intermédia estarem sediadas noutro Estado-Membro.

- 27 As disposições da Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas em causa nos processos principais, porque desfavorecem, no plano fiscal, as situações transfronteiriças em comparação com as situações internas, constituem, pois, uma restrição proibida, em princípio, pelas disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento (acórdão Papillon, EU:C:2008:659, n.º 32).

Quanto à justificação da restrição

- 28 Para que uma desigualdade de tratamento deste tipo seja compatível com as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, é necessário que a mesma se reporte a situações que não sejam objetivamente comparáveis — devendo a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna ser analisada tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa —, ou que seja justificada por uma razão imperiosa de interesse geral (v., neste sentido, acórdão *Felixstowe Dock and Railway Company e o.*, EU:C:2014:200, n.º 25 e jurisprudência aí referida).
- 29 No que diz respeito à comparabilidade, há que salientar que as disposições da Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas em causa nos processos principais visam equiparar, o mais possível, o grupo constituído por uma sociedade-mãe e pelas suas filiais e subfiliais a empresas com vários estabelecimentos, permitindo consolidar fiscalmente os resultados de todas essas sociedades.
- 30 Ora, este objetivo pode ser atingido tanto na situação de uma sociedade-mãe, sediada num Estado-Membro, que detenha subfiliais também residentes nesse Estado por intermédio de uma filial residente, como na situação de uma sociedade-mãe residente no mesmo Estado-Membro, que detenha subfiliais também residentes nesse Estado, mas por intermédio de uma ou de várias filiais sediadas noutro Estado-Membro (v., neste sentido, acórdão Papillon, EU:C:2008:659, n.º 29).
- 31 Com efeito, as duas situações são objetivamente comparáveis sempre que, em ambas as situações, se procure que o conjunto constituído pela sociedade-mãe e pelas subfiliais beneficie das vantagens do regime da unidade fiscal.
- 32 O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a restrição pode justificar-se por uma razão imperiosa de interesse geral, decorrente da coerência do sistema fiscal neerlandês e da prevenção da dupla compensação dos prejuízos.
- 33 A este respeito, importa recordar que, embora resulte da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a necessidade de salvaguardar a coerência de um sistema fiscal pode justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, ainda assim é necessário, para essa justificação ser admitida, demonstrar a existência de um nexo direto entre, por um lado, a concessão da vantagem fiscal em causa e, por outro, a compensação dessa vantagem pela liquidação de um determinado imposto (v., designadamente, acórdão *Welte*, C-181/12, EU:C:2013:662, n.º 59 e jurisprudência aí referida).
- 34 É certo que o Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão Papillon (EU:C:2008:659), que esse nexo direto existe, em princípio, entre a possibilidade de transferência dos prejuízos entre as sociedades de um grupo e a neutralização fiscal de determinadas transações entre essas sociedades, tais como provisões para créditos de cobrança duvidosa ou para cobertura de riscos, desistências de créditos, subvenções, provisões para depreciação de participações e cessões de bens do ativo imobilizado. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça apoiou-se no facto de a neutralização dessas transações no interior do grupo ter como objetivo, no sistema fiscal do Estado-Membro que estava em causa, evitar uma dupla

compensação dos prejuízos a nível das sociedades residentes abrangidas pelo regime de tributação pelo lucro consolidado e, deste modo, preservar a coerência desse sistema fiscal (acórdão Papillon, EU:C:2008:659, n.ºs 6 e 43 a 50).

- 35 Com efeito, se a legislação do Estado-Membro em causa no acórdão Papillon (EU:C:2008:659) tivesse concedido o benefício da tributação pelo lucro consolidado numa situação em que a sociedade intermédia não era residente, seria possível que o prejuízo sofrido por uma subfilial residente fosse considerado, uma primeira vez, a favor da sociedade-mãe residente, em consequência da tributação pelo lucro consolidado e, uma segunda vez, a favor da filial intermédia não residente, em consequência da desvalorização, decorrente dos mesmos prejuízos, das participações na subfilial ou dos seus créditos sobre ela. Essa desvalorização não seria neutralizada, uma vez que as operações de neutralização não podiam ser aplicadas à sociedade intermédia não residente.
- 36 No entanto, há um elemento que distingue claramente o quadro jurídico do referido processo do quadro jurídico em análise nos presentes processos principais.
- 37 Com efeito, o artigo 13.º da Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas estabelece uma regra geral de «isenção de participação» aplicável às participações superiores a 5% do capital. Esta regra é extensível a todas as unidades fiscais, sempre que seja exigida a detenção de pelo menos 95% do capital.
- 38 Devido à isenção de participação, os ganhos e perdas resultantes da detenção, aquisição ou alienação de uma participação não são considerados na determinação do rendimento tributável de uma unidade fiscal. É, pois, através dessa regra geral de isenção — e não através de disposições particulares de neutralização de determinadas transações, como no sistema em causa no processo que deu origem ao acórdão Papillon — que o sistema fiscal neerlandês procura prevenir a dupla compensação dos prejuízos no âmbito de uma unidade fiscal.
- 39 Deste modo, e conforme o Governo neerlandês reconheceu na audiência, o mecanismo de isenção de participações está concebido de forma a que uma sociedade-mãe residente não possa nunca deduzir os prejuízos decorrentes da participação numa das suas filiais, ainda que essa filial esteja sediada noutro Estado-Membro.
- 40 Não pode, pois, ser estabelecido nenhum nexo direto entre a concessão da vantagem fiscal relativa à constituição de uma unidade fiscal e a compensação dessa vantagem pela liquidação de um determinado imposto.
- 41 Por conseguinte, não se pode considerar que a restrição à liberdade de estabelecimento resultante da legislação nacional esteja justificada por uma razão imperiosa de interesse geral decorrente da preservação da coerência do sistema fiscal.
- 42 Por outro lado, apesar de o Governo neerlandês ter tentado justificar a restrição em causa nos processos principais pelo risco de evasão fiscal, decorre de jurisprudência constante que esse fundamento não justifica, por si só, uma restrição fiscal à liberdade de estabelecimento, se não for invocado em ligação com um objetivo específico de luta contra expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo é de eludir o imposto normalmente devido (v., neste sentido, designadamente, acórdãos ICI, C-264/96, EU:C:1998:370, n.º 26, e Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 55). Ora, não é esse, obviamente, o objetivo desta restrição prevista no regime de unidade fiscal.
- 43 Resulta das considerações precedentes que os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-Membro por força da qual uma sociedade-mãe residente pode constituir uma unidade fiscal com uma subfilial residente quando a detém por

intermédio de uma ou várias sociedades residentes, mas não pode constituir essa unidade fiscal quando detém a subfilial por intermédio de sociedades não residentes que não dispõem de um estabelecimento estável nesse Estado-Membro.

Quanto às questões no processo C-40/13

- 44 Com as suas questões, que importa analisar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-Membro por força da qual o regime da unidade fiscal pode ser concedido a uma sociedade-mãe residente que detém filiais residentes, mas não a sociedades-irmãs residentes cuja sociedade-mãe comum não tem a sua sede nesse Estado-Membro, nem dispõe aí de um estabelecimento estável.

Quanto à existência de uma restrição

- 45 Em relação às sociedades, importa recordar que a sua sede, na aceção do artigo 54.º TFUE, serve para determinar, à semelhança da nacionalidade das pessoas singulares, a sua subordinação à ordem jurídica de um Estado-Membro. No entanto, admitir que o Estado-Membro de residência possa livremente aplicar um tratamento diferente, unicamente pelo facto de a sede de uma sociedade estar situada noutro Estado-Membro, esvaziaria o artigo 49.º TFUE do seu conteúdo. Com efeito, a liberdade de estabelecimento tem por objetivo garantir o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, proibindo qualquer discriminação baseada no local da sede das sociedades (v. acórdãos *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, EU:C:2006:773, n.º 43; *Denkavit Internationaal* e *Denkavit France*, C-170/05, EU:C:2006:783, n.º 22; e *Burda*, C-284/06, EU:C:2008:365, n.º 77).
- 46 Um regime de unidade fiscal como o dos processos principais constitui um benefício fiscal para as sociedades em causa. Ao acelerar o apuramento dos prejuízos das sociedades deficitárias através da sua imputação imediata nos lucros de outras sociedades do grupo, o referido regime confere a esse grupo uma vantagem de tesouraria (acórdão *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 32).
- 47 A legislação em causa nos processos principais cria, por conseguinte, uma desigualdade de tratamento entre, por um lado, as sociedades-mãe sediadas nos Países Baixos, que, através do regime da unidade fiscal podem, designadamente, para efeitos da determinação do seu lucro tributável, imputar os prejuízos das suas filiais deficitárias nos lucros das suas filiais lucrativas, e, por outro, as sociedades-mãe que detenham igualmente filiais nos Países Baixos, mas cuja sede se situe noutro Estado-Membro e que não tenham um estabelecimento estável nos Países Baixos, que estão excluídas do benefício da unidade fiscal e, por conseguinte, das vantagens de tesouraria a que esta dá direito.
- 48 As disposições da Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas em causa nos processos principais, porque desfavorecem, no plano fiscal, as situações comunitárias em comparação com as situações puramente internas, constituem, pois, uma restrição proibida, em princípio, pelas disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento (acórdão *Papillon*, EU:C:2008:659, n.º 32).
- 49 A existência desta restrição não é posta em causa pela circunstância de a sociedade-mãe comum das filiais a consolidar só poder ser encontrada num nível superior da cadeia de participações do grupo, uma vez que as sociedades intermédias que não estão sediadas nos Países Baixos, nem têm aí um estabelecimento estável, não podem fazer parte de uma unidade fiscal, conforme resulta do n.º 4 do presente acórdão.

Quanto à justificação da restrição

- 50 No que diz respeito à comparabilidade, na aceção da jurisprudência referida no n.º 28 do presente acórdão, o Governo alemão alega que é na esfera da sociedade-mãe de cúpula que o regime neerlandês da unidade fiscal pretende consolidar todos os resultados de um grupo, ainda que a situação de um grupo cuja sociedade-mãe está sediada nos Países Baixos não seja comparável à de um grupo cuja sociedade-mãe está sediada noutro Estado-Membro.
- 51 No entanto, o objetivo do regime da unidade fiscal em causa nos processos principais, de permitir que as sociedades de um mesmo grupo sejam consideradas um único sujeito passivo, tanto pode ser alcançado através de grupos cuja sociedade-mãe seja residente como através de grupos cuja sociedade-mãe não o seja, pelo menos no que diz respeito unicamente à tributação das sociedades-irmã sujeitas passivas nos Países Baixos. Ora, conforme salientou a advogada-geral no n.º 86 das suas conclusões, no caso de um grupo com uma sociedade-mãe residente, a Lei de 1969 relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas permite a consolidação das filiais.
- 52 Por conseguinte, a desigualdade de tratamento, decorrente da possibilidade de integração fiscal das sociedades-irmã, não está justificada por uma diferença de situação objetiva.
- 53 Também não está justificada pela razão imperiosa de interesse geral decorrente da coerência do sistema fiscal e da prevenção da dupla compensação dos prejuízos, evocada pelo órgão jurisdicional de reenvio.
- 54 Com efeito, não resulta da decisão de reenvio, nem das observações apresentadas no Tribunal de Justiça, nem da audiência, que a concessão do benefício da unidade fiscal a sociedades-irmã quebra qualquer nexo direto entre esse benefício fiscal e a cobrança de um imposto determinado, na aceção da jurisprudência mencionada nos n.ºs 34 e 35 do presente acórdão.
- 55 Por outro lado, conforme o Tribunal de Justiça recordou no n.º 42 do presente acórdão, a razão imperiosa de interesse geral decorrente do risco de evasão fiscal não pode ser invocada de forma autónoma.
- 56 Resulta das considerações precedentes que os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-Membro por força da qual o regime da unidade fiscal pode ser concedido a uma sociedade-mãe residente que detenha filiais residentes, mas não a sociedades-irmã residentes cuja sociedade-mãe comum não tem a sua sede nesse Estado-Membro, nem dispõe aí de um estabelecimento estável.

Quanto às despesas

- 57 Revestindo o processo, quanto às partes nas causas principais, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:

- 1) **Nos processos C-39/13 e C-41/13, os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-Membro por força da qual uma sociedade-mãe residente pode constituir uma unidade fiscal com uma subfilial residente quando a detém por intermédio de uma ou várias sociedades residentes, mas não pode constituir essa unidade fiscal quando detém a subfilial por intermédio de sociedades não residentes que não dispõem de um estabelecimento estável nesse Estado-Membro.**

- 2) **No processo C-40/13, os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-Membro por força da qual o regime da unidade fiscal pode ser concedido a uma sociedade-mãe residente que detenha filiais residentes, mas não a sociedades-irmã residentes cuja sociedade-mãe comum não tem a sua sede nesse Estado-Membro, nem dispõe aí de um estabelecimento estável.**

Assinaturas