



SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP,RL
ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA
& ASSOCIADOS



NEWSLETTER

SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (4.º TRIMESTRE DE 2017)

This Information is intended for general distribution to clients and colleagues and the information contained herein is provided as a general and abstract overview. It should not be used as a basis on which to make decisions and professional legal advice should be sought for specific cases. The contents of this Information may not be reproduced, in whole or in part, without the express consent of the author. If you should require further information on this topic, please contact contact@rfflawyers.com.

*

This Information is sent in compliance with articles 22 and 23 of Decree-Law no. 7/2004, of 7 January, regarding unsolicited e-mails. If you wish to be removed from our mailing list and avoid similar future communications, please send an email with "Remove" to the email address newsletter@rffadvogados.com.

Legal 500 – Band 1 Tax "Portuguese Law Firm" and Band 1 Tax "RFF Leading Individual" 2013/2014/2015/2016
Chambers & Partners – Band 1 "RFF Leading Individual" 2013/2014/2015/2016
International Tax Review – "Best European Newcomer" (shortlisted) 2013 / "Tax Firm of the Year" (shortlisted) 2014/
"Tax Controversy Leaders" 2014/2015 / "Indirect Tax Leaders 2015" / "Women in Tax Leaders Guide 2015" / "European
Best Newcomer" 2016/ "Portugal Tax Firm of the Year" (shortlisted) 2017/"European tax Disputes of the Year"
(shortlisted) 2017/ "European Indirect Tax Firm of the Year" (shortlisted) 2017
Best Lawyers – "RFF Tax Lawyer of the Year" 2014 / "Recommended Lawyers" 2015/2016
Who's Who Legal – "RFF Corporate Tax Adviser of the Year" 2013/2015 / "Corporate Tax – Controversy" 2016 /
"Corporate Tax section of WWL - Thought Leaders" 2017
IBFD – Tax Correspondent Angola, Mozambique and East-Timor 2013/2014/2015/2016

SUMÁRIO

Pretende-se, com a presente Informação Fiscal, apresentar uma síntese trimestral dos principais Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia relacionados com o domínio da Fiscalidade, analisando, caso a caso, o impacto e o contributo que tais decisões poderão vir a ter, do ponto de vista nacional.



www.rfflawyers.com
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5th (Reception)/6th
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contact@rfflawyers.com



1.

NÚMERO DO PROCESSO: C-164/16

NOME: Mercedes-Benz Financial Services UK, Ltd

DATA: 4 de Outubro de 2017

ASSUNTO: IVA na entrega de veículos automóveis no quadro de contratos de locação financeira com opção de compra

FACTOS

A *Mercedes-Benz Financial Services UK* propõe aos seus clientes três contratos-tipos de locação que têm por objecto a utilização de veículos automóveis contra pagamento de prestações mensais.

Durante a vigência do contrato, a *Mercedes-Benz* mantém a propriedade dos veículos.

No âmbito do primeiro contrato-tipo com a modalidade de “leasing”, não se prevê a transferência da propriedade do veículo, visando apenas a utilização do veículo contra pagamento de prestações mensais. Pelo que, não existem dúvidas de que, em sede de IVA, trata-se de uma prestação de serviços, sujeita ao IVA sobre o montante pago em cada mensalidade.

Quanto ao segundo contrato-tipo com a modalidade dita “*Hire Purchase*”, o mesmo prevê a transferência da propriedade do automóvel no final do contrato. Ou seja, em sede de IVA, trata-se de uma entrega de bens, sujeita ao imposto sobre a totalidade do valor do veículo no momento da entrega do mesmo.

No entanto, relativamente ao terceiro contrato-tipo, dito “*Agility*”, que prevê um modelo misto, a transferência da propriedade do veículo no final do contrato constitui uma opção do utilizador. Não sendo, assim, tão óbvio que se trata de uma entrega de bens ou de uma prestação de serviços, colocando, assim, a questão da incidência objectiva do IVA.

A Administração tributária do Reino Unido interpretou os termos do referido contrato como constituindo uma entrega de bens, exigindo à *Mercedes-Benz Financial Services UK* o pagamento integral do imposto no momento da entrega do veículo efectuada nessa base.

Por não se conformar com esta decisão, a *Mercedes-Benz* contestou a referida qualificação perante o Tribunal de Primeira Instância (Secção Tributária) do Reino Unido, alegando que o contrato tipo «*Agility*» deve ser considerado como uma «prestação de serviços», por não prever necessariamente a transferência da propriedade do veículo objecto do contrato e que, por conseguinte, o IVA é apenas exigível sobre cada prestação mensal.

Tendo sido indeferido o seu pedido, a *Mercedes-Benz* interpôs recurso perante o Upper Tribunal (*Tax and Chancery Chamber*), no qual obteve ganho de causa.

Nesta sequência, a Administração tributária recorreu desta última decisão perante a *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)*, que por sua vez decidiu requerer a intervenção do Tribunal de Justiça, procurando, por um lado, esclarecer o sentido do artigo 14.º, n.º 2, alínea b), da Directiva IVA e, mais especificamente, clarificar qual deve ser a interpretação da expressão “em circunstâncias normais” e se um contrato de locação financeira com opção de compra, como o contrato aqui analisado, se enquadra neste disposto.

APRECIAÇÃO DO TRIBUNAL

O Tribunal de Justiça começa por salientar que os contratos de locação financeira servem de substituto a uma aquisição imediata da plena propriedade e oferecem ao locatário a possibilidade de gozar do bem sem ter de pagar a integralidade do seu preço no momento da entrega. Neste contexto, este modelo apresenta semelhanças, mas também diferenças, com a aquisição “clássica” de bens, dependendo da opção, ou não, pela aquisição do bem objecto da locação.

Perante esta aceção, o Tribunal de Justiça afirmou que para assimilar um contrato de locação financeira a uma entrega de bens dois elementos devem verificar-se:

- i. a inclusão de uma cláusula expressa relativa à transferência de propriedade do bem para o locatário; e
- ii. a previsão clara nas estipulações do contrato que a propriedade do bem deve ser automaticamente adquirida pelo locatário se a execução do contrato seguir o seu curso normal até ao seu termo.

Quanto ao primeiro elemento, o Tribunal de Justiça evidencia que a Directiva IVA prevê expressamente a necessária “transmissão da propriedade” do bem para que a respectiva operação seja considerada como uma entrega de bens. Ou seja, a simples transferência do poder de dispor do bem, não é suficiente.

Quanto à segunda exigência, o Tribunal de Justiça afirma que a expressão “em circunstâncias normais” deve ser interpretada como fazendo referência ao desenrolar previsível do contrato, executado de boa-fé pelas partes até ao seu termo.

Neste contexto, o Tribunal de Justiça considera que nos casos em que o contrato confere ao locatário a possibilidade de optar quer pela aquisição do bem quer pela sua restituição ou pela prorrogação da locação, em função dos seus próprios interesses, é incompatível com a intenção do disposto no n.º 2 do artigo 14.º da Directiva IVA.

DECISÃO

Por todo o exposto, concluiu o Tribunal de Justiça que a expressão «contrato de locação que estipule que, em circunstâncias normais, a propriedade é transmitida, o mais tardar, no momento do pagamento da última prestação» do artigo 14.º, n.º 2, alínea b), da Directiva IVA deve ser interpretada no sentido de que se aplica a um contrato tipo de locação com opção de compra quando possa ser deduzido das condições financeiras do contrato que o exercício da opção aparece como a única escolha economicamente racional susceptível de ser feita pelo locatário, se o contrato for executado até ao seu termo.

IMPLICAÇÕES NO DIREITO PORTUGUÊS

A interpretação veiculada pelo Tribunal de Justiça vem estabelecer linhas condutoras para a interpretação do que se deve entender por um contrato de locação financeira para efeitos de aplicação das disposições previstas no Código do IVA.

2.

NÚMERO DO PROCESSO: C-192/16

NOME: Stephen Fisher, Anne Fisher, Peter Fisher contra Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs

DATA: Despacho fundamentado de 12 de Outubro de 2017

ASSUNTO: : Equiparação de Gibraltar e do Reino Unido a um único Estado-Membro e a aplicabilidade das liberdades de estabelecimento e livre circulação de capitais

FACTOS

A família *Fisher*, residente no Reino Unido à data dos factos, detinha, 100% da *Stan James (Abingdon) Limited* ("SJA"), estabelecida no Reino Unido, sociedade que exercia a actividade de correcção de apostas e detinha uma sucursal em Gibraltar, com seis funcionários que recebiam apostas provenientes de três Estados-Membros da União Europeia.

Em 1999, os correctores de apostas estabelecidos no Reino Unido passaram a ter de liquidar um imposto sobre as apostas recebidas, a uma taxa de 9%, mas se um cliente no Reino Unido apostasse através de um corrector estrangeiro, tal aposta não estaria sujeita a este imposto.

A partir de Julho de 1999, a SJA começou a receber apostas de clientes estabelecidos no Reino Unido através da sua sucursal gibraltina e, em 2000, a SJA transmitiu a sua sucursal a uma sociedade constituída e residente em Gibraltar, a *Stan James Gibraltar Limited* ("SJG"), detida a 100% pelos *Fisher*.

Os *Fisher* foram, no Reino Unido, sujeitos a imposto sobre o rendimento das pessoas singulares pelos lucros realizados pela SJG, ao abrigo de uma disposição legal que visa a prevenção da evasão fiscal.

Em primeira instância, no Reino Unido, os Fisher alegaram que, por força dos princípios enunciados no acórdão *Cadbury Schweppes* (C 196/04), qualquer sujeição ao imposto sobre o rendimento constituía, nas circunstâncias em causa, uma restrição ilícita à liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e ao seu direito à livre circulação de capitais nos termos do artigo 63.º do TFUE.

Porém, este Tribunal de Primeira Instância considerou que dois dos *Fisher*, britânicos, não podiam invocar os referidos artigos, pois a SJG estava estabelecida em Gibraltar, tratando-se de uma situação meramente interna, assim não constituindo uma situação transfronteiriça à qual fosse aplicável o direito da União. Ao invés, considerou que um terceiro membro da família *Fisher*, irlandês, já poderia recorrer ao direito da União. Tanto a família *Fisher*, como a Administração tributária britânica não se conformaram e interpuseram recurso.

O Tribunal de Segunda Instância do Reino Unido, decidiu submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça acerca da relação entre o Reino Unido e Gibraltar à luz do direito da União.

APRECIÇÃO DO TRIBUNAL

Nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, quando a resposta a uma questão prejudicial possa ser claramente deduzida da jurisprudência, o Tribunal de Justiça pode pronunciar-se por meio de despacho fundamentado, o que o Tribunal de Justiça entendeu ter aqui acontecido.

Com efeito, o Tribunal de Justiça já havia declarado, no recente acórdão *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited* (C-591/15), de 13 Junho de 2017, que o artigo 355.º do TFUE, lido em conjunto com o artigo 56.º do TFUE, deve ser interpretado no sentido de que a prestação de serviços por operadores em Gibraltar a pessoas no Reino Unido constitui, à luz do direito da União, uma situação em que todos os elementos estão confinados a um único Estado-Membro.

Ora, o Tribunal de Justiça salienta que os artigos 49.º e 63.º do TFUE, também, são aplicáveis em Gibraltar por força do artigo 355.º, n.º 3, do TFUE, na medida em que i) Gibraltar se trata de um território europeu, que ii) o Reino Unido assegura as suas relações externas, que iii) as exclusões deste território da aplicabilidade dos actos da União, previstas no Ato de Adesão de 1972, não visam nenhuma destas liberdades. Ademais, iv) não existem outros elementos que permitam considerar as relações entre Gibraltar e o Reino Unido como semelhantes às que existem entre dois Estados-Membros, para efeitos de aplicação da liberdade de prestação de serviços, e que afirmá-lo equivaleria a negar a relação reconhecida no referido artigo 355.º, n.º 3, do TFUE.

Assim, o exercício destas liberdades por nacionais britânicos entre o Reino Unido e Gibraltar constitui uma situação em que todos os elementos estão confinados a um único Estado-Membro.

Tal não prejudica o objectivo de integrar Gibraltar no funcionamento do mercado interno, o qual é definido, pelo artigo 26.º do TFUE, como um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação é assegurada de acordo com os Tratados. Uma vez que a aplicabilidade dos artigos 49.º ou 63.º do TFUE exige a presença de um elemento externo, estas liberdades não se aplicarão ao caso concreto.

DECISÃO

O Tribunal de Justiça conclui que o artigo 355.º, n.º 3, do TFUE, lido em conjunto com os artigos 49.º e 63.º do TFUE, deve ser interpretado no sentido de que o exercício das liberdades de estabelecimento ou circulação de capitais por nacionais britânicos, entre o Reino Unido e Gibraltar, constitui, à luz do direito da UE, uma situação em que todos os elementos estão confinados a um único Estado-Membro.

IMPLICAÇÕES NO DIREITO PORTUGUÊS

A relevância desta decisão corresponde, essencialmente, a equiparação do Reino Unido e Gibraltar a um só Estado-Membro para efeitos da aplicação do direito da União. Contudo, suscitam-se questões quanto à clareza da decisão e, bem assim, à eventual aplicação a outros territórios do Reino Unido e a repercussões em normas anti-abuso específicas nacionais e lista de paraísos fiscais.

O recurso do Tribunal de Justiça ao artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça sugere que, no seu entendimento, não existe (ou subsiste), em especial após o referido acórdão *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited*, uma dúvida razoável sobre a questão da (não) aplicabilidade do direito da União neste contexto.

Esta conclusão parece derivar também, de outras decisões relativas a outros territórios do Reino Unido, particularmente o Bailedo de Jersey e a Ilha de Man, tendo o Tribunal de Justiça concluído, no Acórdão *Jersey Produce Marketing Organisation* (C-293/02), de 8 de Novembro de 2005, que estes territórios e o Reino Unido devem, também, ser equiparados a um único Estado-Membro, na medida em que as relações externas são asseguradas pelo Reino Unido e que nenhuma objecção foi plasmada no Acto de Adesão de 1972 ou no seu Protocolo n.º 3.

Parece sugerir-se que há *acte clair* a este respeito, pelo que um tribunal nacional não necessitará de submeter (novas) questões prejudiciais sobre a questão da equiparação de Gibraltar e do Reino Unido a um único Estado-Membro, pelo menos quando todos os elementos estão confinados a estes territórios.

Cabe salientar, contudo, que a doutrina aponta que nem sempre é claro, para um órgão jurisdicional de reenvio, na sua tomada de decisão de submeter o pedido de reenvio ou de decidir a questão, quando uma solução e coordenadas jurisprudenciais podem ser claramente deduzidas da jurisprudência existente.

Não obstante esta equiparação ter sido desvantajosa para a família *Fisher* (por, no seu caso, se tratar de uma questão meramente interna, isto é, não transfronteiriça), tal pode impactar na aplicabilidade de normas portuguesas a transacções transfronteiriças entre Portugal e Gibraltar, tal como entre Portugal e a ilha de Jersey e a ilha de Man e, porventura, outros territórios que obedeçam às coordenadas determinadas pelo Tribunal de Justiça, para aferir da equiparação a um único Estado-Membro e aplicabilidade do direito da União.

Com efeito, poderá questionar-se se Gibraltar poderá constar da lista de Paraísos Fiscais e se certas normas que agravam o regime tributação aplicável em Portugal podem, assim, ser aplicadas em toda e qualquer circunstância.

Neste âmbito, salientamos que o direito da União é aplicável, com reservas, em situações em que os elementos não estão confinados a territórios do Reino Unido (e.g. um nacional português a trabalhar na ilha Jersey, conforme o Acórdão Pereira Roque (C-171/96), de 16 de Julho de 1998).

Por fim, no que se refere à decisão em apreço, é relevante salientar um aparente lapso do Tribunal de Justiça quando, na sua declaração final, se refere a “nacionais britânicos”, pois um dos impugnantes é nacional da República da Irlanda. Poderá questionar-se se a solução seria diferente.

3.

NÚMERO DO PROCESSO: C-39/16

NOME: Argenta Spaarbank nv v. Belgische Staat

DATA: 26 de Outubro de 2017

ASSUNTO: Disposições nacionais destinadas a eliminar a dupla tributação dos lucros distribuídos pelas filiais - Não tomada em consideração da existência de uma relação entre os juros dos empréstimos e o financiamento da participação que deu origem ao pagamento de dividendos.

FACTOS

Durante os exercícios fiscais de 2000 e 2001, a instituição de crédito *Argenta Spaarbank*, estabelecida na Bélgica, obteve dividendos provenientes de participações em filiais, detidas há menos de doze meses. A sociedade-mãe beneficiou da possibilidade de deduzir do seu resultado 95% destes dividendos, em virtude das disposições nacionais que transpuseram a Directiva Mães e Filhas.

Com base nesta informação, a Administração fiscal belga considerou que os encargos de juros, declarados pelo *Argenta Spaarbank* neste período de tributação, não eram dedutíveis, até ao montante dos referidos dividendos, apesar de os juros e de os dividendos não terem ligação entre si.

Por não se conformar com esta decisão, a referida instituição, contestou a mesma perante o Tribunal de Primeira Instância de Antuérpia que por sua vez submeteu a

situação à consideração do Tribunal de Justiça da União Europeia a título de reenvio prejudicial.

O Tribunal de reenvio procurou, por um lado, esclarecer se a Directiva 90/435/CEE opõe-se a uma regulamentação belga nos termos do qual os encargos de juros de uma sociedade não são reconhecidos para efeitos de dedução do lucro tributável, na correspondente medida em que, no mesmo ano fiscal, a referida sociedade tenha obtido dividendos isentos provenientes de participações com menos de um ano de antiguidade, independentemente de existir ou não uma relação entre os juros pagos e as referidas participações.

Por outro lado, o Tribunal de reenvio solicita que o Tribunal de Justiça determine se a disposição nacional belga em análise constitui uma disposição necessária e proporcional para evitar fraudes e abusos.

APRECIÇÃO DO TRIBUNAL

O Tribunal de Justiça começa por lembrar que a Directiva 90/435 prevê de forma “clara e inequívoca” que os Estados Membros só podem excluir da dedutibilidade do lucro tributável de uma sociedade mãe os “encargos respeitantes à participação” desta no capital de uma filial.

Ou seja, não permite que os Estados Membros excluam tal dedutibilidade no que respeita a todos os juros de empréstimos contraídos por uma sociedade mãe até um montante igual ao dos dividendos gerados pelas suas participações nas suas filiais e que beneficiam de uma isenção de impostos.

O Tribunal de Justiça reforça esta informação, afirmando que uma interpretação distinta da Directiva, autorizando a não dedutibilidade da totalidade dos juros equivaleria a permitir aos Estados-Membros aumentar indirectamente o rendimento tributável de uma sociedade-mãe.

Considerando, no entanto, aceitável a previsão de uma não dedutibilidade que esteja limitada aos encargos decorrentes de juros relativos ao financiamento de tal participação e da qual resultam esses dividendos.

Ora, esta possibilidade, de impor a não dedutibilidade da totalidade dos juros, constituiria uma violação do princípio da neutralidade da distribuição dos dividendos pagos por uma filial com sede num Estado-Membro à sua sociedade-mãe com sede noutro Estado-Membro, na medida em que o objectivo da referida Directiva, conforme recorda o Tribunal de Justiça, é evitar a dupla tributação dos lucros distribuídos pelas filiais às sociedades mãe, assim evitando que os lucros distribuídos sejam tributados, uma primeira vez, à filial e, uma segunda vez, à sociedade mãe.

Neste contexto, os Estados Membros estão limitados pela Directiva, tendo apenas os poderes para impedir que uma sociedade mãe goze da dupla vantagem fiscal resultante, por um lado, dos lucros isentos de imposto e, por outro, da redução do imposto, obtida por efeito da dedução, a título de encargos, das menos valias das participações resultantes da distribuição desses lucros.

Quanto à segunda pergunta, o Tribunal de Justiça relembra que a Directiva não impede a aplicação das disposições nacionais e convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos. Mais salientando que os particulares não podem, abusiva ou fraudulentamente, usar e invocar normas do direito da União Europeia.

Nestes termos, deve considerar abusiva uma prática que consista em contrair empréstimos com a intenção declarada de financiar a aquisição de participações para, pouco tempo depois, voltar a aliená-las, pois neste caso o verdadeiro objectivo de tal procedimento seria reduzir artificialmente a matéria colectável da sociedade-mãe.

Contudo, a Directiva prevê garantias contra tais procedimentos, não sendo necessário que os Estados Membros, para evitar fraudes e abusos, prevejam normas além do previsto nas respectivas disposições.

DECISÃO

Por todo o exposto, concluiu o Tribunal de Justiça que o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 90/435/CEE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação fiscal nacional que prevê que os juros pagos por uma sociedade mãe a título de um empréstimo não são dedutíveis do lucro tributável dessa sociedade mãe até um montante igual ao dos dividendos, que já beneficiam de uma dedutibilidade fiscal, obtidos de participações detidas pela referida sociedade mãe no capital de filiais durante

um período inferior a um ano, mesmo que esses juros não digam respeito ao financiamento dessas participações.

Por outro lado, concluiu, também, que tal regra, prevista na legislação nacional belga, também não constitui uma disposição nacional necessária para evitar fraudes e abusos, não sendo, assim, compatível com a Directiva 90/435/CEE.

IMPLICAÇÕES NO DIREITO PORTUGUÊS

Apesar da decisão se debruçar sobre a Directiva 90/435/CEE, a disposição em causa manteve-se inalterada nas sucessivas alterações e na republicação, hoje em vigor, na Directiva 2011/96/EU, mantendo-se, assim, aplicável à luz da legislação europeia hoje em vigor. A legislação portuguesa deve, por isso, balizar-se de acordo com o disposto na Directiva.

4.

NÚMERO DO PROCESSO: C-292/16

NOME: A Oy

DATA: 23 de Novembro de 2017

ASSUNTO: Estabelecimento estável não residente transferido, no âmbito de uma operação de entrada de activos, para uma sociedade beneficiária igualmente não residente — Direito de o Estado Membro da sociedade contribuidora tributar os lucros ou as mais valias verificadas por ocasião da entrada de activos.

FACTOS

Durante o exercício fiscal de 2006, a sociedade A., residente na Finlândia, transferiu um estabelecimento estável situado na Áustria para uma sociedade austríaca e, em contrapartida recebeu participações sociais na referida sociedade.

Ora, o direito finlandês prevê que tal entrada de activos (proveniente de uma sociedade estrangeira) é imediatamente tributada na Finlândia. Numa operação equivalente estritamente nacional (entrada de um estabelecimento nacional numa sociedade

nacional), a tributação só teria lugar no momento da realização das mais-valias, ou seja, aquando da cessão dos activos transferidos.

Por não se conformar com esta decisão, e após seguir os trâmites processuais legalmente previstos, a situação foi submetida pela referida sociedade, em sede de recurso, ao Tribunal Administrativo de Helsínquia. A Recorrente alegou que a legislação finlandesa em causa no processo principal obstava à liberdade de estabelecimento.

A norma finlandesa em causa, apesar de transpor os termos da Directiva 90/434/CEE, dita Directiva Fusões, e embora autorize a tributação das mais valias numa situação como a aqui visada, não especifica o momento em que tal tributação deve ter lugar.

Sendo assim, e perante esta lacuna, o Tribunal Administrativo de Helsínquia decidiu requerer a intervenção do Tribunal de Justiça, procurando, por um lado, esclarecer se a Directiva Fusões se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual se uma sociedade residente transferir, no âmbito de uma operação de entrada de activos, um estabelecimento estável situado noutro Estado Membro para uma sociedade igualmente não residente, por um lado, prevê a tributação imediata das mais-valias verificadas por ocasião dessa operação e, por outro, não autoriza a cobrança diferida do imposto devido, quando, numa situação nacional equivalente, essas mais-valias só são tributadas aquando da cessão dos activos transferidos.

Neste sentido, o Tribunal de reenvio solicita, também, que o Tribunal de Justiça determine se tal disposição é compatível com a liberdade de estabelecimento.

Por outro lado, o Tribunal Administrativo de Helsínquia questiona, caso a situação em análise seja considerada como restritiva da liberdade de estabelecimento, se tal restrição pode justificar-se por uma razão imperiosa de interesse geral ou devido à protecção da competência tributária nacional e se a proibição desta restrição é conforme com o princípio da proporcionalidade.

APRECIÇÃO DO TRIBUNAL

O Tribunal de Justiça começa por salientar que a operação e a tributação em causa nos factos não levantam dúvidas, estando expressamente previstas e reconhecidas na Directiva Fusões. Neste contexto, as questões em análise dizem respeito ao momento da tributação e às consequências deste elemento temporal aplicável às operações transfronteiriças em comparação com o previsto para as operações nacionais.

Para o efeito, o Tribunal de Justiça afirma que a Directiva 90/434/CEE reconhece ao Estado Membro da sociedade contribuidora o direito de tributar os lucros ou as mais valias resultantes de uma operação de fusão, de cisão ou de entrada de activos, ainda que não estejam realizadas no momento da saída do sujeito passivo, desde que autorize a dedução do imposto. Contudo, a Directiva não prevê o momento em que a cobrança do imposto devido deve ocorrer. Ou seja, os Estados Membros estão livres de determinar os respectivos prazos, nos limites fixados pelo Direito da União Europeia.

Neste contexto, um Estado-Membro pode determinar o momento da cobrança do imposto, sempre que esta disposição não restrinja, entre outros, a liberdade de estabelecimento, reconhecida como um direito fundamental da União Europeia.

Ou seja, ao prever a tributação dessas mais valias, admitindo ao mesmo tempo a dedução do imposto que sobre elas incidiriam no outro Estado-Membro onde está situado o estabelecimento estável, a legislação finlandesa limita-se a dar execução à possibilidade oferecida aos Estados-Membros.

Porém, e tal como indicado, quanto ao momento da tributação, o Tribunal de Justiça observou que a legislação finlandesa prevê que a operação visada conduz a uma tributação imediata dos ganhos, ainda que latentes, isto é, ainda que não auferido o respectivo valor, apenas em situações transfronteiriças, enquanto que numa situação puramente interna a tributação da sociedade contribuidora ocorre apenas no momento da realização das mais-valias.

O Tribunal de Justiça considerou que esta diferença de tratamento é susceptível de dissuadir as sociedades estabelecidas na Finlândia de exercerem uma actividade económica noutro Estado-Membro por intermédio de um estabelecimento estável e constitui, por isso, um obstáculo à liberdade de estabelecimento.

Perante esta constatação o Tribunal de Justiça aproveitou para relembrar que um Estado-Membro pode prever condições diferentes para operações internas e para operações transfronteiriças apenas em situações que não são objectivamente comparáveis ou quando tal restrição à liberdade de estabelecimento poder ser justificada por razões imperiosas de interesse geral reconhecidas pelo direito da União. Devendo, em tal caso, ser também adequada e necessária para atingir o objectivo em causa.

O Tribunal de Justiça concluiu que a situação em apreço constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento, tendo em conta que ocorria uma tributação na totalidade de um rendimento que ainda não tinha sido recebido. Nestes termos, a entidade nacional, cujo estabelecimento estável situado no estrangeiro é transferido para uma outra sociedade estrangeira, sofre uma desvantagem de tesouraria em comparação com operadores semelhantes que realizem a mesma operação a nível nacional.

Considerando assim que essa legislação excede o que é necessário para alcançar o objectivo de preservação da repartição do poder tributário entre os Estados Membros do momento em que não permite ao sujeito passivo de escolher entre, por um lado, o pagamento imediato do montante do imposto sobre as mais valias desse estabelecimento estável e, por outro, o pagamento diferido do referido montante.

Sendo, portanto, também desproporcionado por não prever a possibilidade de o sujeito passivo diferir o momento da cobrança deste.

O Tribunal de Justiça acrescenta que esta apreciação não pode ser posta em causa pelo facto de essa legislação permitir, em conformidade com a Directiva Fusões, a dedução do imposto que, na falta das disposições desta directiva, teria incidido sobre tais mais valias no Estado Membro onde está situado o estabelecimento estável não residente, uma vez que o carácter desproporcionado da referida legislação não depende do montante do imposto devido mas resulta do facto de esta não prever a possibilidade de o sujeito passivo diferir o momento da cobrança deste.

O Tribunal de Justiça conclui, por outro lado, que a necessidade de garantir a cobrança eficaz do imposto não constitui no caso em análise uma razão imperiosa de interesse geral susceptível de justificar a referida restrição. Com efeito, a possibilidade de uma sociedade residente optar pelo pagamento diferido do imposto não afecta a

possibilidade do respectivo Estado-Membro pedir a essa sociedade as informações necessárias à cobrança do imposto devido nem a possibilidade de proceder efectivamente a essa cobrança.

DECISÃO

O Tribunal de Justiça concluiu, na linha do decidido nos casos *National Grid Indus e Verder Labtec*, que, no caso de uma sociedade residente transferir, no âmbito de uma operação de entrada de activos, um estabelecimento estável não residente para uma sociedade igualmente não residente, é contrária ao direito primário da União, designadamente a liberdade de estabelecimento, uma legislação nacional que, por um lado, prevê a tributação imediata das mais valias verificadas por ocasião dessa operação e, por outro, não autoriza a cobrança diferida do imposto devido, quando, numa situação nacional equivalente, essas mais valias só são tributadas aquando da cessão dos activos transferidos, na medida em que essa legislação não permite a cobrança diferida desse imposto.

IMPLICAÇÕES NO DIREITO PORTUGUÊS

Em primeiro lugar, e no que diz respeito às liberdades fundamentais garantidas pelo Direito da União Europeia, o Tribunal de Justiça aproveitou o presente acórdão para reforçar que situações de “tributação de saída” que penalizam os sujeitos passivos que transferem activos para um outro Estado Membro, em comparação com os sujeitos passivos que, em situação semelhante, operam no Estado Membro de origem, constitui uma restrição às liberdades fundamentais.

Cabe lembrar que Portugal foi condenado, em 2012, no Acórdão *Comissão v. Portugal*, por manter normas internas que previam a tributação imediata das mais-valias não realizadas em caso de transferência por uma sociedade não residente em Portugal, de uma parte ou da totalidade dos activos afectos a um estabelecimento estável português de Portugal para outro Estado-Membro, mas não tributação imediata das mais-valias não realizadas resultantes de transacções puramente nacionais, restringindo assim a liberdade de estabelecimento. A legislação foi alterada em consonância em 2013.

Cabe lembrar que, no caso DMC (C-164/12, de 2014), o Tribunal de Justiça admitiu como proporcional uma cobrança parcelada do imposto relativo às mais-valias latentes em

cinco anuidades, e que, em consonância, no caso *Verder Labtec* (C-657/12, de 2015), admitiu como proporcional esse pagamento em dez anuidades. Neste quadro, a Directiva 2016/1164 (ATAD) prevê duas opções de pagamento, designadamente (i) o pagamento imediato e (ii) o pagamento diferido a realizar em prestações sobre 5 anos.

No que à opção pelo diferimento e ao seu espectro temporal diz respeito, CIRC parece conformar-se com o “*standard*” estabelecido, mediante a previsão das opções acima referidas, nomeadamente o pagamento diferido por um quinto do valor por ano, o que corresponde a cinco anos.

Lisboa, 01 de Março de 2018

Rogério M. Fernandes Ferreira

Marta Machado de Almeida

Jorge S. Lopes de Sousa

Soraia João Silva

Filipa Gomes Teixeira

Margot Lopes Martins