ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

18 de Julho de 2007*

No processo C-231/05,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Korkein hallinto-oikeus (Finlândia), por despacho de 23 de Maio de 2005, entrado no Tribunal de Justiça em 25 de Maio de 2005, no processo intentado por

Oy AA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, R. Schintgen, P. Kūris, E. Juhász, presidentes de secção, K. Schiemann, G. Arestis, U. Lõhmus, E. Levits (relator), A. Ó Caoimh e L. Bay Larsen, juízes,

advogada-geral: J. Kokott,

secretário: B. Fülöp, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 16 de Maio de 2006,

* Língua do processo: finlandês.

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Oy AA, por T. Torkkel e J. Järvinen, asiamiehet,

- em representação do Governo finlandês, por T. Pynnä e E. Bygglin, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo alemão, por M. Lumma e U. Forsthoff, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo neerlandês, por H. G. Sevenster e M. de Grave, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo sueco, por K. Wistrand e A. Falk, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo do Reino Unido, por S. Nwaokolo e E. O'Neill, na qualidade de agentes, assistidas por R. Hill, barrister,

- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por R. Lyal e I. Koskinen, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 12 de Setembro de 2006,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial que tem por objecto a interpretação dos artigos 43.º CE, 56.º CE e 58.º CE, bem como da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO L 255, p. 6), modificada pela Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003 (JO 2004, L 7, p. 41, a seguir «Directiva 90/435»).

- 2 Este pedido foi apresentado no quadro de um recurso interposto para o Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo) pela Oy AA, sociedade de direito finlandês, a respeito da dedutibilidade do seu rendimento colectável de uma transferência financeira efectuada a favor da sua sociedade-mãe, cuja sede se situa noutro Estado-Membro, e que põe em causa a compatibilidade com o direito comunitário da legislação finlandesa relativa às transferências financeiras entre sociedades do mesmo grupo.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

- 3 Como decorre do segundo considerando da Directiva 2003/123, o objectivo da Directiva 90/435 é «isentar de impostos com retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respectivas sociedades-mãe, bem como suprimir a dupla tributação deste rendimento ao nível da sociedade-mãe».

- 4 A Directiva 90/435 prevê, no seu artigo 4.º, que, sempre que uma sociedade-mãe receba, na qualidade de sócia da sociedade sua filial, lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, o Estado da sociedade-mãe ou se abstém de tributar esses lucros ou os tributa, autorizando esta sociedade a deduzir do montante do imposto a fracção do imposto da filial correspondente a tais lucros.

- 5 Nos termos do artigo 5.º da Directiva 90/435, «[o]s lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe são isentos de retenção na fonte» e, por força do artigo 6.º desta directiva, «[o] Estado-Membro de que depende a sociedade-mãe não pode aplicar uma retenção na fonte sobre os lucros que esta sociedade recebe da sua afiliada».

Legislação nacional

- 6 O § 1 da lei finlandesa sobre as transferências financeiras entre sociedades de um grupo [*Laki konserniavustuksesta verotuksesta* (825/1986)], de 21 de Novembro de 1986 (a seguir «KonsAvL»), tem o seguinte teor:

«A presente lei regula a dedução fiscal das transferências financeiras entre sociedades de um grupo da matéria colectável do autor da transferência e a respectiva imputação como rendimento na matéria colectável do seu beneficiário.»

7 O § 2 da KonsAvL dispõe:

«A expressão 'transferência financeira entre sociedades de um grupo' designa qualquer transferência efectuada por uma sociedade anónima ou por uma sociedade cooperativa que exerça uma actividade a favor de outra sociedade anónima ou sociedade cooperativa, que não constitua uma entrada de capital e não possa ser deduzida dos rendimentos nos termos da lei relativa à tributação dos rendimentos da actividade das empresas [*elinkeinotulon verottamisesta annettu laki (360/1968)*].»

8 O § 3 da KonsAvL prevê:

«Se uma sociedade anónima nacional ou uma sociedade cooperativa nacional (sociedade-mãe) possuir pelo menos nove décimos do capital social de outra sociedade anónima nacional ou das partes de uma outra sociedade cooperativa nacional (filial), a sociedade-mãe pode deduzir do rendimento tributável da sua actividade a transferência financeira entre sociedades do grupo que efectuou a favor da sua filial. O montante correspondente à transferência entre sociedades do grupo que seja realizada é equiparado a um rendimento da actividade económica tributável da filial.

A expressão 'filial' designa igualmente as sociedades anónimas nas quais a sociedade-mãe, por si mesma ou através de outras filiais, possua pelo menos nove décimos do capital social.

As disposições do primeiro parágrafo aplicam-se igualmente à transferência entre sociedades de um grupo efectuada por uma filial a favor da sociedade-mãe ou a favor de outra filial da sociedade-mãe.»

9 Nos termos do § 4 da KonsAvL:

«A transferência entre sociedades de um grupo é equiparada a uma despesa na tributação do seu autor e a um rendimento na tributação do seu beneficiário no ano fiscal em que a transferência foi efectuada.»

10 O § 5 da KonsAvL dispõe:

«Os contribuintes só podem deduzir como despesas as transferências entre sociedades de um grupo que tenham efectuado se as despesas e os respectivos rendimentos estiverem contabilizados nos registos contabilísticos do autor e do beneficiário interessados.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

11 A sociedade AA Ltd, com sede no Reino Unido, detém indirectamente, através de duas outras sociedades, 100% das acções da Oy AA.

12 Diversamente das da Oy AA, as actividades da AA Ltd foram deficitárias em 2003 e, segundo a Oy AA, era previsível que assim se mantivessem em 2004 e em 2005. Assumindo a actividade económica da AA Ltd também importância para a Oy AA, esta última pretendeu efectuar uma transferência financeira entre sociedades do grupo a favor da AA Ltd a fim de garantir a sua situação económica.

- 13 Por essa ocasião, a Oy AA apresentou à Keskusverolautakunta (comissão central dos impostos) um pedido de decisão prévia sobre a questão de saber se a transferência prevista constituía uma transferência financeira entre sociedades de um grupo na acepção do § 3 da KonsAvL e se, portanto, esta podia ser considerada uma despesa dedutível no momento da tributação da Oy AA a título dos exercícios tributários de 2004 e 2005.
- 14 Entendendo que a transferência financeira entre sociedades de um grupo que é dedutível e o correspondente rendimento colectável devem ser regulados pelo regime tributário finlandês, a Keskusverolautakunta considerou que a transferência efectuada pela Oy AA a favor da AA Ltd não constituía uma transferência financeira entre sociedades de um grupo na acepção do § 3 da KonsAvL e que, portanto, não podia ser entendida como uma despesa dedutível no momento da tributação da sua autora.
- 15 A Oy AA impugnou a decisão prévia tomada pela Keskusverolautakunta no órgão jurisdicional de reenvio, o qual concluiu que todas as condições previstas pelo direito finlandês para o reconhecimento do carácter dedutível da transferência financeira entre sociedades de um grupo efectuada pela Oy AA em proveito da AA Ltd estavam reunidas, com excepção do requisito relativo à nacionalidade exigido à sociedade beneficiária.
- 16 Nestas condições, o Korkein hallinto-oikeus decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Os artigos 43.º CE e 56.º CE, à luz do artigo 58.º CE e da Directiva 90/435/CEE [...], devem ser interpretados no sentido de que se opõem ao regime estabelecido pela lei finlandesa sobre as transferências financeiras entre sociedades de um grupo, que subordina a dedutibilidade dessas transferências à condição de o autor e o beneficiário da transferência serem sociedades com sede na Finlândia?»

Quanto à questão prejudicial

- 17 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se os artigos 43.º CE e 56.º CE, tendo em conta o disposto no artigo 58.º CE e na Directiva 90/435, se opõem ao regime instituído pela legislação de um Estado-Membro, como o em causa no processo principal, nos termos do qual uma filial, com sede nesse Estado-Membro, só pode deduzir do seu rendimento colectável uma transferência financeira entre sociedades do grupo por ela efectuada a favor da sua sociedade-mãe se esta última tiver a sua sede no mesmo Estado-Membro.
- 18 A título preliminar, deve recordar-se que, de acordo com jurisprudência assente, embora a fiscalidade directa seja da competência dos Estados-Membros, estes devem, todavia, exercer essa competência com observância do direito comunitário (v., nomeadamente, acórdãos de 13 de Dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Colect., p. I-10837, n.º 29; de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Colect., p. I-7995, n.º 40, e de 12 de Dezembro de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Colect., p. I-11673, n.º 36).
- 19 Posto que o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça a respeito da interpretação tanto do artigo 43.º CE, relativo à liberdade de estabelecimento, como do artigo 56.º CE, relativo à livre circulação de capitais, importa determinar se, e em que medida, a legislação nacional como a em causa no processo principal pode afectar estas liberdades.
- 20 Como decorre de jurisprudência assente, quando se trate de uma participação que confere ao respectivo detentor uma influência efectiva sobre as decisões da sociedade e lhe permite determinar as respectivas actividades, as disposições do Tratado CE aplicáveis são as relativas à liberdade de estabelecimento (acórdãos de 13 de Abril de 2000, *Baars*, C-251/98, Colect., p. I-2787, n.ºs 21 e 22; de 21 de Novembro de 2002, *X e Y*, C-436/00, Colect., p. I-10829, n.ºs 37 e 66 a 68; *Cadbury*

Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.º 31, e Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, já referido, n.º 39).

- 21 Ora, em conformidade com o § 3 da KonsAvL, a possibilidade de efectuar uma transferência financeira entre sociedades de um grupo, dedutível na acepção desta lei, está subordinada à condição de a sociedade-mãe deter no mínimo 90% do capital social ou das partes da filial.
- 22 Como resulta da decisão de reenvio e das observações do Governo finlandês, o regime das transferências financeiras entre sociedades de um grupo em vigor na Finlândia tem por objectivo suprimir as desvantagens fiscais que se prendem com a estrutura de um grupo de sociedades, permitindo uma repartição dos resultados no seio de um grupo formado por sociedades que obtêm lucros e sociedades que sofrem perdas. Assim, a transferência financeira entre sociedades de um grupo foi concebida a fim de promover os interesses de um grupo de sociedades.
- 23 Ora, na medida em que a legislação, como a que está em causa no processo principal, apenas tem por objecto as relações internas de um grupo de sociedades, ela afecta preponderantemente a liberdade de estabelecimento e deve, por conseguinte, ser analisada à luz do artigo 43.º CE (v., neste sentido, acórdãos Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.º 32; de 12 de Dezembro de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, Colect., p. I-11753, n.º 118, e de 13 de Março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Colect., p. I-2107, n.º 33).
- 24 Admitindo que essa legislação tenha efeitos restritivos na livre circulação de capitais, esses efeitos seriam a consequência inelutável de um eventual obstáculo à liberdade de estabelecimento e, portanto, não justificam uma análise autónoma da referida legislação à luz do artigo 56.º CE (v., neste sentido, acórdãos de 14 de Outubro de 2004, Omega, C-36/02, Colect., p. I-9609, n.º 27; Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.º 33, e Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, já referido, n.º 34).

- 25 No tocante à Directiva 90/435, importa recordar que a situação em causa no processo principal se reporta à primeira tributação dos rendimentos provenientes de uma actividade económica de uma filial e à possibilidade de esta filial deduzir dos seus rendimentos colectáveis a transferência financeira entre sociedades do grupo que efectua a favor da sua sociedade-mãe estrangeira.
- 26 Ora, a Directiva 90/435 regula o tratamento fiscal dos dividendos e outros lucros distribuídos por uma filial à sua sociedade-mãe, por um lado, ao prever, no seu artigo 4.º, que, sempre que uma sociedade-mãe receba lucros, o Estado-Membro de residência desta última abster-se-á de tributar os lucros distribuídos pela filial ou tributá-los-á autorizando a sociedade-mãe a deduzir do montante do seu imposto a fracção do imposto da filial correspondente a tais lucros, e, por outro lado, impedindo, nos seus artigos 5.º e 6.º, a aplicação da retenção na fonte sobre os referidos lucros.
- 27 Uma vez que a Directiva 90/435 não é aplicável à primeira tributação dos rendimentos provenientes de uma actividade económica de uma filial nem regula as consequências fiscais, para a filial, de uma transferência financeira entre sociedades do grupo, como a que está em causa no processo principal, a directiva não pode constituir a base da resposta a fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio.
- 28 Donde decorre que há que responder à primeira questão colocada unicamente à luz do disposto no artigo 43.º CE.

Quanto à existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento

- 29 A liberdade de estabelecimento, que o artigo 43.º CE reconhece aos nacionais da Comunidade e que compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o

seu exercício como a constituição e a gestão de empresas, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, inclui, nos termos do artigo 48.º CE, para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade Europeia, o direito de exercerem a sua actividade no Estado-Membro em causa através de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência (v., nomeadamente, acórdãos de 21 de Setembro de 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Colect., p. I-6161, n.º 35; *Marks & Spencer*, já referido, n.º 30; *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, já referido, n.º 41, e *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, já referido, n.º 42).

30 Em relação às sociedades, importa referir que a sua sede, na acepção do artigo 48.º CE, serve para determinar, à semelhança da nacionalidade das pessoas singulares, a sua subordinação à ordem jurídica de um Estado-Membro. Admitir que o Estado-Membro de estabelecimento possa livremente dispensar um tratamento diferente unicamente pelo facto de a sede de uma sociedade estar situada noutra Estado-Membro significaria esvaziar o artigo 43.º CE do seu conteúdo (v., neste sentido, acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, *Comissão/França*, 270/83, Colect., p. 273, n.º 18; de 13 de Julho de 1993, *Commerzbank*, C-330/91, Colect., p. I-4017, n.º 13; de 8 de Março de 2001, *Metallgesellschaft e o.*, C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 42; *Marks & Spencer*, já referido, n.º 37, e *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, já referido, n.º 43). A liberdade de estabelecimento tem, assim, por objectivo garantir o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, proibindo qualquer discriminação baseada no local da sede das sociedades (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, *Comissão/França*, n.º 14; *Saint-Gobain ZN*, n.º 35, e *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, n.º 43).

31 No caso em apreço, importa referir que a legislação em causa no processo principal introduz, no que respeita à possibilidade de deduzir a título de despesas a transferência efectuada em proveito da sociedade-mãe, uma diferença de tratamento entre as filiais com sede na Finlândia consoante a sua sociedade-mãe tenha ou não a sua sede neste mesmo Estado-Membro.

- 32 Efectivamente, uma transferência efectuada por uma filial em proveito de uma sociedade-mãe cuja sede se situa na Finlândia e que preenche os outros requisitos fixados pela KonsAvL é considerada uma transferência financeira entre sociedades de um grupo na acepção desta lei, dedutível dos rendimentos colectáveis da filial. Pelo contrário, uma transferência efectuada por uma filial em proveito de uma sociedade-mãe cuja sede não se situa na Finlândia não será assim considerada e, portanto, não será dedutível dos rendimentos colectáveis da filial. Por conseguinte, as filiais de sociedades-mãe estrangeiras são objecto de um tratamento fiscal menos vantajoso do que aquele de que beneficiam as filiais de sociedades-mãe finlandesas.
- 33 A este respeito, os Governos alemão, neerlandês, sueco e do Reino Unido alegam que a situação das filiais residentes cujas sociedades-mãe têm a sua sede neste mesmo Estado-Membro não é comparável à situação daquelas cujas sociedades-mãe têm a sua sede noutro Estado-Membro, na medida em que estas últimas não estão sujeitas ao imposto no Estado-Membro da sede da filial. Com efeito, há que distinguir a situação das filiais cujas sociedades-mãe estão sujeitas a título principal ou parcial ao imposto na Finlândia, daquela, descrita no processo principal, em que a sociedade-mãe não está sujeita ao imposto neste Estado-Membro.
- 34 Segundo os Governos alemão e sueco, quando o beneficiário não está sujeito ao imposto no Estado-Membro do autor da transferência, este último Estado-Membro, que não pode, em razão dos limites impostos à sua competência territorial, ter influência no tratamento fiscal reservado à transferência no Estado-Membro do beneficiário, nomeadamente assegurar-se de que a dedução concedida corresponde ao rendimento colectável do beneficiário da referida transferência no seu Estado de residência e impedir que a transferência efectuada escape a toda a tributação. O Governo do Reino Unido sustenta também que, na medida em que a República da Finlândia não tributa os rendimentos das sociedades-mãe não residentes, não está obrigada a conceder à filial finlandesa o desagravamento resultante das perdas sofridas pela sociedade-mãe.

- 35 Como foi recordado no n.º 22 do presente acórdão, o regime finlandês das transferências financeiras entre sociedades de um grupo tem por objectivo suprimir as desvantagens fiscais que se prendem com a estrutura de um grupo de sociedades, permitindo uma repartição dos resultados no seio de um grupo formado por sociedades que obtêm lucros e sociedades que sofrem perdas. Como decorre dos §§ 4 e 5 da KonsAvL, a transferência financeira entre sociedades de um grupo só é considerada uma despesa para o seu autor e, portanto, só é deduzida da tributação deste último se estiver inscrita como rendimento para o seu beneficiário.
- 36 Numa situação transfronteiriça, quando o beneficiário não está sujeito ao imposto no Estado-Membro do autor da transferência, este último Estado-Membro não pode garantir que a transferência seja considerada um rendimento colectável no que respeita a este beneficiário. O facto de o Estado-Membro do autor da transferência permitir a dedução da transferência dos rendimentos colectáveis deste último não garante que seja atingido o objectivo prosseguido pelo regime aplicável às transferências.
- 37 Porém, embora o Estado-Membro da sede da filial não seja competente relativamente à sociedade-mãe cuja sede se situa noutro Estado-Membro e que não está sujeita ao imposto neste primeiro Estado-Membro, pode, contudo, submeter a dedutibilidade da transferência financeira entre sociedades de um grupo dos rendimentos colectáveis do seu autor a condições relacionadas com o tratamento reservado a essa transferência por esse outro Estado-Membro.
- 38 Onde se conclui que o simples facto de as sociedades-mãe que têm a sua sede noutro Estado-Membro não estarem sujeitas ao imposto na Finlândia não diferencia, à luz do objectivo prosseguido pelo regime finlandês das transferências financeiras entre sociedades de um grupo, as filiais destas sociedades-mãe das filiais das sociedades-mãe cuja sede se situa na Finlândia e não torna incomparáveis as situações destas duas categorias de filiais.

- 39 Uma diferença de tratamento entre filiais residentes em função do local da sede da sua sociedade-mãe constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento, uma vez que torna menos atraente o exercício desta liberdade pelas sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, as quais poderiam, conseqüentemente, renunciar à aquisição, à criação ou à manutenção de uma filial no Estado-Membro que promulga essa medida (v. acórdãos de 12 de Dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Colect., p. I-11779, n.º 32, e *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, já referido, n.º 61).
- 40 Esta conclusão não pode ser infirmada pelo argumento do Governo do Reino Unido segundo o qual a sociedade-mãe poderia atingir o objectivo pretendido criando na Finlândia uma sucursal em vez de uma filial. Efectivamente, há que recordar que o artigo 43.º, primeiro parágrafo, segunda frase, CE deixa expressamente aos operadores económicos a possibilidade de escolherem livremente a forma jurídica apropriada para o exercício das suas actividades noutro Estado-Membro, não devendo essa livre escolha ser limitada por disposições fiscais discriminatórias (acórdãos Comissão/França, já referido, n.º 22, e de 23 de Fevereiro de 2006, CLT-UFA, C-253/03, Colect., p. I-1831, n.º 14).
- 41 O Governo do Reino Unido refere ainda que, uma vez que a transferência financeira entre sociedades de um grupo não era tributada no Reino Unido, o que, porém, a Oy AA contestou, e que as perdas da AA Ltd podiam ser transferidas para outros exercícios financeiros para serem imputadas nos lucros obtidos ulteriormente, o atraso que sofreria esta sociedade-mãe antes de poder proceder a uma compensação entre os seus lucros e perdas só teria um efeito indirecto e aleatório sobre a opção desta última de se estabelecer na Finlândia.
- 42 A este respeito, há que referir que, para que uma legislação seja considerada uma restrição à liberdade de estabelecimento, basta que seja susceptível de restringir, num Estado-Membro, o exercício dessa liberdade por sociedades estabelecidas noutro Estado-Membro, não sendo necessário demonstrar que a legislação em causa

teve efectivamente por efeito levar algumas das referidas sociedades a renunciar à aquisição, à criação ou à manutenção de uma filial no primeiro Estado-Membro (acórdão *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, já referido, n.º 62).

- 43 Donde se conclui que a diferença de tratamento à qual estão sujeitas, no quadro de um regime como o em causa no processo principal, as filiais residentes em função do lugar da sede da sua sociedade-mãe constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento.

Quanto à justificação da restrição à liberdade de estabelecimento

- 44 Uma restrição à liberdade de estabelecimento só pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral. Mas é ainda necessário, em tal caso, que seja adequada a garantir a realização do objectivo em causa e que não ultrapasse o que é necessário para atingir esse objectivo (acórdãos, já referidos, *Marks & Spencer*, n.º 35; *Cadbury Schweppes* e *Cadbury Schweppes Overseas*, n.º 47, e *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, n.º 64).

- 45 Nas suas observações escritas, os Governos finlandês, alemão, neerlandês e do Reino Unido, bem como a Comissão das Comunidades Europeias, alegam que o regime finlandês das transferências financeiras entre sociedades de um grupo se justifica pela necessidade de garantir a coerência do regime fiscal em causa, assim como pela repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, pelo risco de evasão fiscal e pelo princípio da territorialidade.

- 46 Durante a audiência, que decorreu após a prolação do acórdão *Marks & Spencer*, já referido, os governos que apresentaram observações orais sustentaram que as

justificações admitidas pelo Tribunal de Justiça nesse acórdão, a saber, a salvaguarda de uma repartição equilibrada do poder tributário entre os diferentes Estados-Membros e os riscos de duplicação dos prejuízos e de evasão fiscal, também estão presentes no caso em apreço. Portanto, há que proceder ao exame destes argumentos.

47 Assim, o Governo finlandês, apoiado pelos Governos sueco e do Reino Unido, afirma, com base no princípio da territorialidade, segundo o qual os Estados-Membros têm o direito de tributar os rendimentos gerados no seu território, que o regime em causa no processo principal reflecte o consenso em matéria de repartição internacional das competências fiscais.

48 Segundo estes governos, o Governo neerlandês e a Comissão, a possibilidade de deduzir a transferência efectuada a favor de uma sociedade cuja sede se situa noutro Estado-Membro equivaleria a permitir que os contribuintes escolham o Estado-Membro de tributação, limitando assim as competências fiscais dos Estados-Membros e pondo em causa a repartição equilibrada destas últimas.

49 Quanto à necessidade de evitar a duplicação dos prejuízos, os Governos finlandês, alemão, neerlandês, sueco e do Reino Unido alegam que esta equivale à necessidade de evitar a concessão indevida de uma dupla vantagem. Ora, segundo estes governos, uma situação na qual a transferência financeira entre sociedades de um grupo é tomada em conta no momento da determinação do resultado colectável do seu autor, mas não é considerada um rendimento colectável do seu beneficiário, comporta o risco de os lucros da filial autora da transferência escaparem a qualquer tributação. Segundo o Governo do Reino Unido, contradito a este respeito pela Oy AA, é esse o caso do processo principal.

- 50 Por último, os Governos finlandês, alemão, neerlandês, sueco e do Reino Unido, bem como a Comissão, estão de acordo em afirmar que, no seio do grupo, existe o risco de as actividades serem organizadas de modo a que os lucros tributáveis na Finlândia sejam transferidos para sociedades, nomeadamente criadas com este único objectivo, cuja sede se situa noutros Estados-Membros, nos quais serão tributados a uma taxa inferior à da Finlândia, ou mesmo isentos de tributação.
- 51 Como decorre do n.º 51 do acórdão Marks & Spencer, já referido, a necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros foi aceite como ligada a dois outros elementos de justificação, relativos aos riscos de duplicação das perdas e de evasão fiscal (v. igualmente acórdão de 29 de Março de 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Colect., p. I-2647, n.º 41).
- 52 Há ainda que recordar que, não havendo medidas de unificação ou de harmonização comunitária, os Estados-Membros continuam a ser competentes para determinar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição do seu poder tributário (acórdãos de 12 de Maio de 1998, Gilly, C-336/96, Colect., p. I-2793, n.ºs 24 e 30; de 7 de Setembro de 2006, N, C-470/04, Colect., p. I-7409, n.º 44; de 14 de Novembro de 2006, Kerkhaert e Morres, C-513/04, Colect., p. I-10967, n.ºs 22 e 23, e Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, já referido, n.º 49).
- 53 Em primeiro lugar, quanto à necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, há que observar que não pode ser invocada para recusar sistematicamente a concessão de todos os benefícios fiscais a uma sociedade filial residente, pela razão de os rendimentos da sociedade-mãe, com sede noutro Estado-Membro, não serem tributáveis no primeiro Estado-Membro (v., neste sentido, acórdão Rewe Zentralfinanz, já referido, n.º 43).

- 54 Ao invés, este elemento de justificação pode ser admitido quando o regime em causa tem por objectivo evitar comportamentos susceptíveis de comprometer o direito de os Estados-Membros exercerem a sua competência fiscal em relação às actividades realizadas no seu território (v. acórdão Rewe Zentralfinanz, já referido, n.º 42).
- 55 Assim, o Tribunal de Justiça declarou que o facto de conceder às sociedades a faculdade de optar pela dedução dos seus prejuízos no Estado-Membro do seu estabelecimento ou noutra Estado-Membro comprometeria sensivelmente a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros (v. acórdãos, já referidos, Marks & Spencer, n.º 46, e Rewe Zentralfinanz, n.º 42).
- 56 De igual modo, admitir que uma transferência financeira transfronteiriça entre sociedades do grupo, como a em causa no processo principal, possa ser dedutível dos rendimentos colectáveis do seu autor teria como consequência permitir aos grupos de sociedades escolherem livremente o Estado-Membro no qual os lucros da filial são tributados, subtraindo-os à matéria colectável desta última e, quando esta transferência é considerada rendimento colectável no Estado-Membro da sociedade-mãe beneficiária, integrando-os na matéria colectável da sociedade-mãe. Isto comprometeria o próprio sistema de repartição do poder tributário entre os Estados-Membros, porquanto, ao sabor da opção efectuada pelos grupos de sociedades, o Estado-Membro da filial seria obrigado a renunciar ao seu direito de tributar, como Estado de residência da referida filial, os rendimentos desta última, eventualmente a favor do Estado-Membro da sede da sociedade-mãe (v., igualmente, acórdão Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation, já referido, n.º 59).
- 57 Seguidamente e no que respeita ao risco de duplicação dos prejuízos, basta referir que o regime finlandês das transferências financeiras entre sociedades de um grupo não diz respeito à dedutibilidade das perdas.

- 58 Por último e no que se refere à prevenção da evasão fiscal, há que admitir que a possibilidade de transferir os rendimentos colectáveis de uma filial para uma sociedade-mãe cuja sede se situa noutro Estado-Membro comporta o risco de que, por meio de expedientes puramente artificiais, sejam organizadas transferências de rendimentos dentro de um grupo de sociedades para sociedades cuja sede se situa noutros Estados-Membros que aplicam taxas de imposição mais baixas ou em Estados-Membros nos quais estes rendimentos não são tributados. Esta possibilidade é reforçada pelo facto de o regime finlandês das transferências financeiras entre sociedades de um grupo não exigir que o beneficiário da transferência financeira tenha sofrido perdas.
- 59 Ao conferir o direito de deduzir dos rendimentos colectáveis de uma filial uma transferência financeira entre sociedades de um grupo efectuada a favor da sociedade-mãe unicamente no caso de esta última ter a sua sede no mesmo Estado-Membro, o regime finlandês das transferências financeiras entre sociedades de um grupo pode evitar estas práticas, susceptíveis de se inspirarem na constatação das importantes variações entre as matérias colectáveis ou das taxas de tributação aplicadas nos diferentes Estados-Membros, e que têm por única finalidade iludir o imposto normalmente devido no Estado-Membro da filial sobre os lucros desta última.
- 60 Vistos estes dois elementos, relativos à necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros e à de evitar a evasão fiscal, considerados conjuntamente, importa, pois, concluir que um regime, como o que está em causa no processo principal, que confere o direito de deduzir dos rendimentos colectáveis de uma filial uma transferência financeira entre sociedades de um grupo efectuada a favor da sociedade-mãe unicamente no caso de esta última e a referida filial terem a sua sede no mesmo Estado-Membro prossegue objectivos legítimos compatíveis com o Tratado e decorrentes de razões imperiosas de interesse geral e esse regime é adequado a garantir a realização destes objectivos.
- 61 Contudo, há que verificar se tal regime não ultrapassa o que é necessário para atingir todos os objectivos prosseguidos.

- 62 Convém começar por referir que os objectivos da salvaguarda da repartição equilibrada do poder tributário e da prevenção da evasão fiscal estão interligados. Efectivamente, comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de iludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional são susceptíveis de comprometer o direito de os Estados-Membros exercerem a sua competência fiscal em relação a estas actividades e de prejudicar a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros (acórdãos, já referidos, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, n.ºs 55 e 56, e Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, n.ºs 74 e 75).
- 63 Embora a legislação em causa no processo principal não tenha como objectivo específico excluir da vantagem fiscal que prevê as montagens puramente artificiais, desprovidas de realidade económica e criadas com o objectivo de iludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional, tal legislação pode, porém, ser considerada proporcional aos objectivos prosseguidos, considerados no seu todo.
- 64 Com efeito, numa situação em que a vantagem em causa consiste na possibilidade de efectuar uma transferência de rendimentos, excluindo estes últimos dos rendimentos colectáveis do seu autor e integrando-os nos do beneficiário, qualquer extensão desta vantagem às situações transfronteiriças teria por efeito, como foi referido no n.º 56 do presente acórdão, permitir aos grupos de sociedades escolher livremente o Estado-Membro no qual os seus lucros são tributados, em detrimento do direito de o Estado-Membro da filial tributar os lucros gerados pelas actividades realizadas no seu território.
- 65 Este efeito adverso não pode ser impedido através da imposição de condições relativas ao tratamento dos rendimentos provenientes da transferência financeira entre sociedades de um grupo no Estado-Membro da sociedade beneficiária ou relativas à existência de perdas sofridas pelo beneficiário da transferência financeira entre sociedades de um grupo. Efectivamente, admitir a dedução da transferência financeira entre sociedades de um grupo quando constitua um rendimento colectável da sociedade beneficiária ou quando sejam limitadas as possibilidades,

para a sociedade beneficiária, de transferir as suas perdas para outras sociedades ou ainda admitir unicamente a transferência financeira entre sociedades de um grupo efectuada a favor de uma sociedade cuja sede se situa num Estado-Membro que aplica uma taxa de imposição inferior à aplicada pelo Estado-Membro do autor da transferência quando esta transferência financeira esteja especificamente justificada pela situação económica da sociedade beneficiária, como propôs a Oy AA, implicaria sempre que a escolha do Estado-Membro de tributação caberia em definitivo ao grupo de sociedades, que assim gozaria de uma ampla margem de manobra a este respeito.

- 66 Vistas as precedentes considerações, não há que analisar as demais justificações invocadas pelos Governos finlandês, alemão, neerlandês, sueco e do Reino Unido, bem como pela Comissão.
- 67 Portanto, há que responder à questão colocada que o artigo 43.º CE não se opõe ao regime instituído pela legislação de um Estado-Membro, como o que está em causa no processo principal, por força do qual uma filial, residente nesse Estado-Membro, só pode deduzir dos seus rendimentos colectáveis uma transferência financeira entre sociedades do grupo por ela efectuada a favor da sua sociedade-mãe se esta última tiver a sua sede nesse mesmo Estado-Membro.

Quanto às despesas

- 68 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

O artigo 43.º CE não se opõe ao regime instituído pela legislação de um Estado-Membro, como o que está em causa no processo principal, por força do qual uma filial, residente nesse Estado-Membro, só pode deduzir dos seus rendimentos colectáveis uma transferência financeira entre sociedades do grupo por ela efectuada a favor da sua sociedade-mãe se esta última tiver a sua sede nesse mesmo Estado-Membro.

Assinaturas