Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 25 de outubro de 2017 [1]

Processos apensos C-398/16 e C-399/16

X BV (C-398/16),
X NV (C-399/16)
contra
Staatssecretaris van Financiën

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Imposto sobre as sociedades — Liberdade de estabelecimento — Dedução por uma sociedade-mãe residente de juros de um empréstimo para a aquisição de participações de uma filial não residente — Dedução por uma sociedade-mãe residente da perda de valor das participações de uma filial não residente em resultado da variação da taxa de câmbio — Grupo consolidado»

1. O Tribunal de Justiça teve ocasião de se pronunciar diversas vezes sobre a legislação dos Estados-Membros relativa ao imposto sobre os lucros das sociedades, no caso de grupos formados pela sociedade-mãe e pelas suas filiais [2].

2. Em especial, as normas tributárias dos Países Baixos relativas aos grupos consolidados de sociedades foram analisadas em, pelo menos, dois acórdãos anteriores [3]. Com base nessas normas, um grupo pode apenas beneficiar do regime de consolidação fiscal se todas as sociedades que o integram são residentes nos Países Baixos, o que implica excluir as filiais não residentes.

3. No acórdão X Holding [4], o Tribunal de Justiça reconheceu, em princípio, a compatibilidade dessa legislação neerlandesa com o direito da União (concretamente, com as disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento). Admitiu, nesse acórdão, que a exclusão das sociedades não residentes do referido regime de consolidação se justificava pela necessidade de preservar a repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros.

1 Língua original: espanhol.

2 V., designadamente, acórdãos de 16 de julho de 1998, ICI (C-264/96, EU:C:1998:370); de 18 de novembro de 1999, X e Y (C-200/98, EU:C:1999:566); de 8 de março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, EU:C:2001:134); de 18 de setembro de 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479); de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763); de 17 de janeiro de 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24); de 27 de novembro de 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659); de 6 de setembro de 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532); de 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e o. (C-80/12, EU:C:2014:200); de 3 de fevereiro de 2015, Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50); de 6 de outubro de 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661); e de 17 de maio de 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379).

3 Acórdãos de 25 de fevereiro de 2010, X Holding (C-337/08, a seguir, «acórdão X Holding», EU:C:2010:89); e de 12 de junho de 2014, SCA Group Holding e o. (C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:1758).

4 N.os 18 e 43.

4. Contudo, o alcance do acórdão X Holding foi posteriormente matizado, no acórdão de 2 de setembro de 2015, Groupe Steria [5], ao recordar que não era possível inferir do referido acórdão que «qualquer diferença de tratamento entre sociedades pertencentes a um grupo fiscal consolidado, por um lado, e sociedades não pertencentes a esse grupo, por outro, é compatível com o artigo 49.º TFUE» [6]. A justificação admitida no acórdão X Holding referia-se, acrescentou o Tribunal de Justiça, unicamente às normas do regime neerlandês que permitiam a transferência de perdas dentro do grupo fiscal consolidado [7].

5. Através das questões suscitadas nestes dois reenvios prejudiciais, o tribunal *a quo* pretende, na realidade, clarificar a jurisprudência proferida nesta matéria necessita essa clarificação para apreciar se é compatível com o direito da União o regime de tributação fiscal neerlandês, por força do qual certas rubricas de despesas financeiras são dedutíveis nas contas da sociedade-mãe quando a filial desta é residente mas não o são quando a filial é não residente.

6. O direito neerlandês prevê que as despesas (juros) em que incorre uma sociedade ao obter financiamento de outra entidade do grupo não são dedutíveis, exceto se tiver sido estabelecido, entre a sociedade-mãe e a filial, um esquema de consolidação fiscal, aberto apenas a sociedades residentes. O processo C-398/16 diz respeito a esta regra nacional.

7. Este mesmo critério é aplicável às mais-valias e às menos-valias (incluindo as resultantes de perdas em resultado de variação da taxa de câmbio de moeda estrangeira), que não são tidos em conta na determinação dos lucros. Assim, uma perda cambial resultante da participação que uma sociedade-mãe tenha na sua filial não será dedutível, exceto se, de novo, ambas fizerem parte do grupo consolidado, aberto unicamente a sociedades residentes. É precisamente esta, a regra aplicada no processo C-399/16.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

8. O artigo 49.º TFUE dispõe:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

9. Nos termos do artigo 54.º TFUE:

«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 União são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros.

5 C-386/14, EU:C:2015:524; a seguir, «acórdão Groupe Steria».

6 *Ibidem*, n.º 27.

7 *Ibidem*, n.º 27 *in fine*.

Por "sociedades" entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas coletivas de direito público ou privado, com exceção das que não prossigam fins lucrativos.»

B. Direito neerlandês

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Lei relativa ao imposto sobre as sociedades de 1969; a seguir «Lei de 1969»)

10. Nos termos do artigo 10a, n.º 2:

«Para efeitos da determinação dos lucros não são dedutíveis os juros devidos a uma entidade associada, sempre que as dívidas digam respeito à aquisição de […] participações numa entidade associada, salvo na medida em uma alteração na participação ou no controlo em última instância dessa entidade se afigurar adequada.»

11. Em conformidade com o artigo 10a, n.º 3, o n.º 2 não é aplicável se o contribuinte demonstrar que o empréstimo e a operação jurídica conexa assentam inequivocamente em considerações económicas.

12. Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, para a determinação dos lucros não são tidos em conta os benefícios decorrentes de uma participação nem as despesas suportadas com a aquisição ou a cessão desta participação («isenção de participação»).

13. O artigo 15.º dispõe:

«1. Caso um sujeito passivo (a sociedade-mãe) detenha a propriedade jurídica e económica de, pelo menos, 95% das participações no capital nominal liberado por outro sujeito passivo (a filial), a pedido de ambos os sujeitos passivos, estes serão tributados como se constituíssem um sujeito passivo único, isto é, como se as atividades e o património da filial fizessem parte integrante das atividades e do património da sociedade-mãe. O imposto é cobrado à sociedade-mãe. Os sujeitos passivos passam, os dois, a ser considerados, em conjunto, como uma unidade fiscal. Uma unidade fiscal pode ser constituída por várias filiais.

[…]

3. O n.º 1 só é aplicável no caso de:

[…]

b. Os dois sujeitos passivos estarem sujeitos às mesmas disposições para efeitos de cálculo dos lucros;

c. Os dois sujeitos passivos estiverem estabelecidos nos Países Baixos […]»

II. Matéria de facto nos processos e questões prejudiciais

A. Processo C-398/16

14. A sociedade neerlandesa [8] X BV está integrada num grupo sueco ao qual também pertence uma sociedade italiana. Para comprar as participações desta última que eram detidas por terceiros, a X BV criou outra sociedade em Itália, na qual deu entrada do capital de 237 312 000 euros. Essa entrada foi financiada com um empréstimo (com juros) que uma sociedade sueca, do mesmo grupo empresarial, fez à X BV.

15. Em consequência desse empréstimo, a X BV devia, em 2004, à sociedade sueca mutuante o montante de 6 503 261 euros a título de juros. Na sua declaração do imposto sobre as sociedades relativa ao ano de 2004, a X BV deduziu o referido montante, como despesa dedutível das suas receitas. Contudo, a Administração fiscal neerlandesa não permitiu tal dedução, baseando-se no artigo 10a, n.º 2, alínea b), da Lei de 1969, e dirigiu-lhe uma nota de liquidação fiscal discutida no litígio.

16. No recurso interposto da referida nota de liquidação, a X BV alegou que poderia ter deduzido os juros do empréstimo se lhe tivesse sido permitido criar uma entidade fiscal única com a sua filial. Dado que o direito neerlandês reserva essa possibilidade às sociedades residentes, a X BV afirma ter sofrido uma limitação à sua liberdade de estabelecimento, contrária aos artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE.

17. O Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos), que conheceu do processo em cassação, submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Devem os artigos 43.º CE e 48.º CE (atuais artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE) ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional nos termos da qual uma sociedade-mãe sedeada num Estado-Membro não pode deduzir os juros de um empréstimo relativo a uma entrada de capital numa filial sedeada noutro Estado-Membro, ao passo que poderia efetivamente beneficiar dessa dedução se a filial fosse incluída com a referida sociedade-mãe numa unidade fiscal — com as características da unidade fiscal holandesa — porque, nesse caso, devido à consolidação, não existe nenhuma relação com a entrada de capital?»

B. Processo C-399/16

18. A sociedade neerlandesa X NV pertence a um grupo de sociedades que inclui, designadamente, em regime de entidade fiscal única, a filial A Holdings BV. Esta última é, por sua vez, titular de todas as participações da sociedade britânica A Holdings UK.

19. Em 11 de novembro de 2008, A Holdings BV transferiu as suas participações na A Holdings UK para a sua filial britânica C [9].

8 Utilizo o qualificativo «neerlandesa» (ou italiana, sueca, etc.) embora, na realidade, fosse mais adequado falar-se de «sociedade não residente» nos Países Baixos ou em cada um dos respetivos Estados.

9 O caminho percorrido pelas participações foi mais complexo e pode ser resumido, sem necessidade de descrever outras transações complementares, no facto de, em 12 de fevereiro de 2009, a A Holdings BV ter transferido as suas participações em C para a entidade D, filial da X NV integrada na entidade fiscal única. Na mesma data, a D transferiu as participações em C para a sua filial luxemburguesa A Holdings Luxembourg.

20. Nas suas declarações do imposto sobre as sociedades para os anos 2008 e 2009, a X NV quis deduzir como despesa a perda gerada pelas suas participações em resultado da variação da taxa de câmbio de divisas. A Administração neerlandesa não permitiu essa dedução, com fundamento no artigo 13.º, n.º 1, da Lei de 1969 [10].

21. A X NV recorreu da decisão administrativa argumentando que, se tivesse sido autorizada a constituir um grupo consolidado com a sua filial britânica, poderia ter deduzido a perda cambial sofrida, dado que esta possibilidade está reservada pelo direito neerlandês apenas às sociedades residentes, considera que sofreu uma limitação ao exercício da sua liberdade de estabelecimento.

22. O Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos), que conhece do processo em cassação, apresentou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem os artigos 43.º CE e 48.º CE (atuais artigos 49.º TFUE e 54.º TUFE) ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional nos termos da qual uma sociedade-mãe sedeada num Estado-Membro não pode incluir perdas cambiais relativas ao montante que investiu numa filial que está sedeada noutro Estado-Membro, ao passo que poderia fazê-lo se essa filial fizesse parte, juntamente com a referida sociedade-mãe sedeada no primeiro Estado-Membro, de uma unidade fiscal — com as características da unidade fiscal neerlandesa — isto em consequência da consolidação dentro da unidade fiscal?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão 1, pode ou deve, para a determinação da perda cambial a tomar em consideração, partir-se do princípio de que também seriam incluídas na unidade fiscal as filiais (uma ou várias das filiais) diretas e indiretas estabelecidas na União Europeia e detidas indiretamente pela sociedade-mãe, através dessa filial?

3) Em caso de resposta afirmativa à questão 1, deve apenas ter-se em conta as perdas cambiais que, em caso de inclusão na unidade fiscal da sociedade-mãe seriam expressas nos anos a que se refere o litígio, ou devem também ser tomados em consideração os resultados cambiais expressos nos anos anteriores?»

III. Síntese das observações das partes

A. Processo C-398/16

23. A X BV defende o seu direito a deduzir os juros de um empréstimo recebido de uma filial sueca, que pertence ao seu grupo de sociedades. A dedução ter-lhe-ia sido permitida se a filial tivesse a sua sede fiscal nos Países Baixos e tivesse formado com ela um grupo consolidado, o que não é possível em conformidade com a legislação neerlandesa. A diferença de tratamento que decorre dessa legislação leva a que o investimento para criar filiais noutros Estados da União seja menos atrativo do que o feito nos Países Baixos.

24. A X BV acrescenta que essa diferença apenas poderia justificar-se por uma razão imperiosa de interesse geral, sempre que não exceda o que é imprescindível para proteger esse interesse.

25. A X BV, fazendo referência ao acórdão X Holding, argumenta que o indeferimento da dedução não responde ao objetivo de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, uma vez que a dedução não levaria a uma deslocação da matéria coletável de um Estado para outro.

10 Recordo que, nos termos dessa disposição, nem os benefícios obtidos nem as perdas decorrentes da detenção de participações são tidos em conta para a determinação dos lucros.

26. Segundo a X BV, a limitação aplicada também não pode corresponder à necessidade de salvaguardar a coerência do regime fiscal dos grupos consolidados. Defende que o Tribunal de Justiça [11] não admite esta justificação, exceto se se existir uma relação direta entre a concessão da vantagem fiscal e a compensação dessa vantagem através de tributação com um determinado imposto. No caso em análise, não existiria uma relação direta (no sentido de a vantagem compensar a liquidação) entre a possibilidade de deduzir os juros do empréstimo do resultado do grupo consolidado e as desvantagens indicadas no despacho de reenvio [12].

27. A X BV conclui que o Tribunal de Justiça deveria responder afirmativamente à questão submetida.

28. Para a Comissão, a relação entre uma sociedade-mãe neerlandesa e a sua filial, também neerlandesa, é objeto de um tratamento diferente do que se verifica entre essa sociedade-mãe e uma filial não residente. O artigo 10a da Lei de 1969 permite apenas no primeiro caso, mediante a consolidação, a dedução dos juros de um empréstimo procedente de uma sociedade do grupo, cujo montante é aplicado sobre a entrada de capital noutra filial.

29. A Comissão salienta que tal disparidade não decorre diretamente do artigo 10a da Lei de 1969, uma vez que este contempla determinadas transações entre entidades associadas, com a finalidade de prevenir práticas abusivas e é indistintamente aplicável tanto a situações internas como transfronteiriças. A divergência entre as relações internas e as intracomunitárias resulta do regime de tributação dos grupos consolidados: enquanto, numa situação transnacional, é impossível evitar a aplicação do artigo 10a da Lei de 1969, é possível fazê-lo numa situação puramente nacional, através da criação de um grupo consolidado.

30. Com base no acórdão X Holding, a Comissão defende que a diferença de tratamento deve justificar-se por razões imperiosas de interesse geral, uma vez que são objetivamente comparáveis a situação de uma sociedade-mãe residente que pretende constituir uma entidade fiscal única com uma filial também residente e a de uma sociedade-mãe residente com uma filial não residente.

31. Sob o ponto de vista da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros, a Comissão considera que não há justificação, uma vez que, neste caso, intervém apenas o poder de tributação dos Países Baixos.

32. No que diz respeito ao eventual efeito sob a coerência do sistema fiscal neerlandês, a Comissão entende que não deve ser invocado, uma vez que não existe relação direta entre a vantagem fiscal obtida e a compensação desta através da tributação com um determinado imposto [13]. Em sua opinião, a incoerência reside no próprio sistema fiscal neerlandês, dado que, por um lado, considera necessário aplicar as disposições contra práticas abusivas do artigo 10a da Lei de 1969 tanto às situações internas como às transfronteiriças, enquanto, por outro, permite aos grupos consolidados puramente nacionais evitar a aplicação dessas regras.

33. O Governo neerlandês afirma que o artigo 10a, n.º 2, da Lei de 1969 não é, por si só, contrário à liberdade de estabelecimento. Os eventuais obstáculos resultam, neste caso, do facto de uma sociedade-mãe residente não poder formar uma entidade fiscal única com uma filial não residente. Invoca, contudo, razões imperiosas de interesse geral para justificar essa disposição.

11 Refere o acórdão de 12 de junho de 2014, SCA Group Holding e o. (C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:1758, n.º 33).

12 O n.º 2.8.2.7 desse despacho refere, a título exemplificativo, algumas desvantagens fiscais: i) em relação à entidade fiscal única, a taxa de tributação mais baixa aplica-se apenas uma vez; ii) no caso de uma filial pertencente à entidade fiscal única deixar de existir em consequência da extinção da insolvência por insuficiência de ativos; iii) cada uma das filiais que fazem parte da entidade fiscal única é solidariamente responsável pelo imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas que é tributado à entidade fiscal única; e iv) os investimentos das sociedades pertencentes à entidade fiscal única são reunidos, motivo pelo qual a percentagem da dedução do investimento aplicável à entidade fiscal única pode ser inferior à que seria aplicável se as sociedades fossem individualmente tributadas para efeitos do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

13 Refere, nesta linha, os acórdãos de 28 de janeiro de 1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35, n.ºs 31 e segs.); e de 28 de fevereiro de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, n.º 39).

34. A dedutibilidade de juros no contexto de um grupo consolidado decorre da sua própria natureza. Em resultado da consolidação, uma entrada de capital entre uma sociedade-mãe e uma filial não é fiscalmente visível no contexto da entidade fiscal única, uma vez que as transações internas ao grupo se neutralizam. Dado que, no regime de consolidação, existe apenas um património em nome da sociedade-mãe, uma entrada de capital não será fiscalmente possível dentro da entidade fiscal única. Por isso, nessa hipótese, o artigo 10a da Lei de 1969 não é aplicável e a dedução de juros apresenta uma relação direta e indissociável com a consolidação no contexto da entidade fiscal única.

35. O Governo dos Países Baixos conclui que a designada «abordagem por elementos concretos» posterior ao acórdão X Holding não é aplicável à disposição controvertida. Contudo, caso o Tribunal de Justiça acolha tal abordagem, a diferença de tratamento pode justificar-se por uma razão imperiosa de interesse geral: a limitação da dedutibilidade dos juros pretenderia impedir montagens artificiais não motivadas por razões económicas A possibilidade conferida ao contribuinte pelo artigo 10ª, n.º 3, da Lei de 1969, permitindo-lhe demonstrar que não procedeu a uma montagem artificial, salvaguardaria a proporcionalidade da medida.

B. Processo C-399/16

1. Quanto à primeira questão prejudicial

36. O ponto de partida da sociedade X NV e da Comissão partem é o facto de, em direito neerlandês, a perda cambial sofrida no que diz respeito às participações numa filial britânica não poder ser deduzida na declaração do imposto sobre as sociedades. Essa mesma perda teria sido dedutível no regime de consolidação fiscal, se a filial tivesse estado estabelecida nos Países Baixos, realidade objetivamente comparável à de uma sociedade neerlandesa com uma filial também neerlandesa que desenvolve as suas atividades no Reino Unido. O tratamento diferente conferido a situações análogas constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento.

37. As únicas justificações para essa diferença de tratamento seriam a preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros ou a salvaguarda da coerência do sistema fiscal neerlandês.

38. No que diz respeito à primeira justificação, a X NV e a Comissão consideram que o poder de tributação dos Países Baixos não está comprometido neste processo. A perda cambial sofrida pela sociedade neerlandesa relativamente à sua participação na filial britânica não é visível na contabilidade desta última, efetuada em libras esterlinas.

39. No que diz respeito à segunda (eventual) justificação, a X NV e a Comissão recordam que, para admitir como tal a salvaguarda da coerência do sistema fiscal, tem de existir uma relação direta entre, por um lado, a concessão da vantagem fiscal e, por outro, a compensação dessa vantagem através da tributação com determinado imposto. Neste processo, não se verifica essa relação entre a vantagem (isto é, a dedução da perda cambial) e as desvantagens referidas pelo tribunal de reenvio [14].

40. Para o Governo dos Países Baixos, a X NV pretenderia evitar a consequência negativa do artigo 13.º da Lei de 1969 (impossibilidade de deduzir a perda cambial) e beneficiar, no entanto, da «isenção da participação». Contudo, nos termos do direito neerlandês, esta aplicação limitada da «isenção da participação» não poderia ser obtida por uma sociedade-mãe com uma filial residente.

14 São as mesmas já indicadas na nota 12.

41. Segundo o Governo neerlandês, nos acórdãos X Holding e Groupe Steria [15], o Tribunal de Justiça teria declarado que a compensação de lucros e perdas individuais das sociedades de uma entidade fiscal única, atribuídos à sociedade-mãe, e a neutralização das transações internas ao grupo estão indissociavelmente ligadas à constituição de uma entidade fiscal única, no contexto da qual não teria repercussão fiscal a participação noutra sociedade do grupo nem os resultados dessa participação.

42. A possibilidade de formar um grupo consolidado não implicaria, *a priori*, uma vantagem fiscal relativa ao risco de perda cambial, uma vez que, embora a legislação neerlandesa não permita a dedução desta última, também não inclui os ganhos cambiais na matéria coletável do imposto sobre as sociedades. Portanto, a exclusão das perdas cambiais sobre a participação numa filial não residente não criaria obstáculos à liberdade de estabelecimento.

43. Além disso, as perdas cambiais não poderiam ser tidas em conta na tributação de um grupo consolidado, mesmo que não se admitisse a aplicação da «isenção da participação». Como os fatores ligados à detenção de ações (tais como a distribuição de lucros e as alterações do valor da participação) não se integram no resultado final da entidade fiscal única, não poderão resultar em nenhuma dedução. Não existiria, assim, no que diz respeito às perdas cambiais, diferença de tratamento entre uma sociedade-mãe com uma filial não residente e uma sociedade-mãe com uma filial residente (quando ambas fazem parte de um grupo consolidado).

2. Quanto à segunda e terceira questões prejudiciais

44. A sociedade X NV e a Comissão salientam, no que diz respeito à segunda questão, que o direito neerlandês confere liberdade à sociedade-mãe para formar ou não com as suas filiais residentes um grupo consolidado e permite-lhe, além disso, escolher com que filiais formar esse grupo. Não deveria haver um tratamento desfavorável para os grupos transfronteiros, relativamente ao dispensado a outro inteiramente nacional, no que diz respeito a elementos determinados. Ou seja, sendo a base de comparação a dedutibilidade da perda cambial em relação à tributação das entidades fiscais únicas nacionais, o tratamento reservado a uma sociedade-mãe com filial estrangeira não pode ser menos favorável.

45. No que diz respeito à terceira questão, a X NV e a Comissão defendem que a sociedade recorrente não seja tributada de forma mais prejudicial do que a correspondente a um grupo nacional que integre a sociedade-mãe e as filiais numa entidade fiscal única.

46. O Governo dos Países Baixos considera que tanto a segunda como a terceira questões devem ter a mesma resposta. Não se deve admitir que a sociedade-mãe possa escolher que sociedades e que anos inclui na declaração do grupo consolidado fictício. Se tivesse essa liberdade, esta seria exercida *a posteriori*, em função de dados já conhecidos, o que lhe permitiria ter em conta a evolução das taxas cambiais e selecionar («cherry picking») que filial e que ano é mais conveniente incorporar, com o risco de erosão da matéria coletável.

IV. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

47. Os pedidos de decisão prejudicial deram entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 18 de julho de 2016.

48. Em 9 de agosto de 2016 foi decidida a apensação dos processos C-398/16 e C-399/16.

15 N.os 43 e 25, respetivamente.

49. Apresentaram observações escritas a X BV, a X NV, o Governo dos Países Baixos e a Comissão Europeia. Não se considerou necessária a realização de uma audiência.

V. Apreciação

A. Considerações preliminares

50. As questões que o Tribunal de Justiça deve abordar no presente reenvio dizem respeito à tributação dos grupos de sociedades, cujo regime fiscal pode apresentar diversas modalidades. Segundo uma dessas modalidades, cada uma das entidades que compõe o grupo atua como um contribuinte independente, isto é, pagam imposto pela totalidade das receitas obtidas, mesmo quando alguma dessas receitas resulte da realização de transações com entidades do mesmo grupo.

51. Outras legislações, pelo contrário, conferem aos grupos a opção de tributar em conformidade com o regime especial de consolidação fiscal, de modo que o imposto é aplicado de uma só vez ao próprio grupo, enquanto entidade económica única (concretamente, à sociedade-mãe). Este modelo implica que as transações entre entidades do grupo são fiscalmente neutras, isto é, não são contabilizadas para determinar a matéria coletável do imposto.

52. Nestes dois processos verifica-se a circunstância comum de a sociedade-mãe, residente nos Países Baixos, declarar ter sofrido perdas financeiras, resultantes das relações com as suas filiais, que não são dedutíveis na sua declaração do imposto sobre as sociedades, porque tal é vedado pela legislação desse Estado-Membro. A dedução ser-lhe-ia permitida, acrescenta, se pudesse formar uma entidade fiscal única (grupo consolidado) com essas filiais não residentes.

53. A legislação neerlandesa prevê que os grupos de sociedades podem apenas beneficiar do regime de consolidação fiscal se forem compostos por sociedades residentes nos Países Baixos. As sociedades não residentes não podem beneficiar do mesmo. Tal como já referi [16], o Tribunal de Justiça admitiu, no acórdão X Holding, que as perdas de uma filial não residente nos Países Baixos podiam não ser tidas em conta para reduzir a matéria coletável da sociedade-mãe, porque o direito neerlandês reserva a consolidação às filiais residentes. Para o Tribunal de Justiça, essa diferença de tratamento estava justificada pela salvaguarda da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros.

54. O Hoge Raad (Tribunal Supremo) interpretou o acórdão X Holding no sentido de que os artigos 43.º CE e 48.º CE admitem não apenas «a consequência resultante da essência da entidade fiscal única (reservada às sociedades residentes) de que as perdas dentro da entidade fiscal única podem ser compensadas, mas também outras diferenças de tratamento que, na determinação da liquidação, decorrem da consolidação». Nos seus acórdãos, o Hoge Raad não permitiu aos sujeitos passivos beneficiar, a seu bel-prazer, mediante a invocação da liberdade de estabelecimento, dos benefícios de elementos individuais diretamente relacionados com a essência da entidade fiscal única (a consolidação)» [17].

16 N.os 3 e 4 destas conclusões.

17 Assim o indicam os n.os 2.8.4 e 2.10.1 dos despachos de reenvio nos processos C-398/16 e C-399/16, respetivamente. Os acórdãos do Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos) que acolheram essa interpretação são os de 24 de junho de 2011, NL:HR:2011:BN3537; e de 21 de setembro de 2012, NL:HR:2012:BT5858.

55. Assim, para o órgão jurisdicional *a quo*, do acórdão X Holding poderia deduzir-se uma regra de «tudo ou nada», por força da qual não é válido optar apenas por determinados efeitos do regime de entidade fiscal única. Qualquer vantagem resultante da formação de uma entidade única com filiais residentes estaria justificada, já que não é possível adotar uma «abordagem por elemento» relativamente à entidade fiscal única. Excluía-se, assim, o alargamento das repercussões da consolidação fiscal a entidades não residentes.

56. As decisões posteriores do Tribunal de Justiça nos acórdãos Groupe Steria e Finanzamt Linz [18] suscitaram as dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio. Nesses dois processos, as diferenças de tratamento desautorizadas pelo Tribunal de Justiça afetavam precisamente «elementos concretos» (as despesas e os custos da participação da sociedade-mãe, no primeiro caso, e a amortização do valor comercial da empresa, no segundo) da relação entre as sociedades-mãe e as filiais, residentes e não residentes, no âmbito da tributação dos grupos de sociedades.

57. O Tribunal de Justiça declarou, especificamente, no acórdão Groupe Steria, que se deviam analisar separadamente os «benefícios fiscais diversos da transferência de perdas dentro do grupo fiscal consolidado». Só após a realização dessa análise seria possível esclarecer «se um Estado-Membro pode reservar esses benefícios às sociedades que fazem parte de um grupo fiscal consolidado e, por isso, excluí-los nas situações transfronteiriças» [19].

58. De acordo com esta premissa procederei ao estudo das questões prejudiciais, no termo do qual se terá de apreciar se a legislação neerlandesa aplicada nestes dois processos pode entrar em conflito com o artigo 49.º TFUE, que obriga à eliminação das restrições à liberdade de estabelecimento.

59. Seguirei o método utilizado, repetidamente, pelo Tribunal de Justiça, para a análise de questões prejudiciais submetidas em processos semelhantes a este relativos ao âmbito da fiscalidade direta. O seu modo de operar, por fases ou etapas, visa identificar, num primeiro momento, a liberdade aplicável e a eventual restrição que dela se tenha produzido. Num segundo passo, compara as situações em causa, para esclarecer se foram objeto de um tratamento distinto, o que exige uma análise pormenorizada das disposições internas que o tenham regulado. Por último, indaga sobre as eventuais justificações, baseadas em razões imperiosas de interesse geral, e sobre a proporcionalidade da medida nacional restritiva da liberdade em causa.

60. Advirto, desde já, para o facto de uma diferença de tratamento fiscal entre filiais residentes e não residentes no Estado da sociedade-mãe poder constituir para esta última um obstáculo ao exercício da sua liberdade de estabelecimento, dissuadindo-a de criar filiais noutros Estados-Membros [20]. A disposição do Tratado FUE que está em causa é, portanto, o seu artigo 49.º e a referida diferença de tratamento entre filiais, residentes ou não residentes, implica uma restrição da liberdade nele prevista.

61. Para ser compatível com as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, tal diferença de tratamento tem de dizer respeito a situações que não sejam objetivamente comparáveis ou ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral [21]. Ainda que esteja justificada, é também indispensável que a sua aplicação seja adequada a garantir a realização do objetivo assim prosseguido e que não ultrapasse o que é necessário para o atingir [22].

18 Acórdão de 6 de outubro de 2015, C-66/14, EU:C:2015:661.

19 Acórdão Groupe Steria, n.ºs 27 e 28.

20 Acórdão de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.ºs 32 e 33).

21 Acórdão X Holding, n.º 20, e Groupe Steria, n.º 21.

22 Acórdão de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 35).

B. Quanto ao processo C-398/16

62. Resumidamente, a situação de facto de partida consiste numa relação em que intervêm três sociedades do mesmo grupo com residência em diversos Estados da União. Por um lado, uma sociedade sueca concedeu um empréstimo com juros a uma sociedade neerlandesa. Por outro, esta sociedade neerlandesa investiu o capital do empréstimo na aquisição de participações de uma filial italiana.

63. A controvérsia surge porque a sociedade neerlandesa pretende deduzir na sua declaração do imposto sobre as sociedades o montante dos juros devidos à sociedade do mesmo grupo.

64. Com caráter geral, o artigo 10ª, n.º 2, da Lei de 1969 impede a dedução quando um empréstimo tenha sido realizado entre empresas do mesmo grupo (empresas associadas). Contudo, esta limitação pode ser evitada se essas empresas associadas exercem a opção de tributar como grupo consolidado ou entidade fiscal única.

65. No direito neerlandês a constituição de grupos consolidados rege-se pelos seguintes princípios:

– Existe liberdade de escolha das sociedades que vão formar o grupo consolidado [23].

– A possibilidade de constituir um grupo consolidado é restringida às sociedades que sejam residentes nos Países Baixos [24].

66. A diferença de tratamento decorre, tal como resulta do n.º 2.8.3 do despacho de reenvio, do facto de que, se a sociedade filial estivesse estabelecida nos Países Baixos, teria podido integrar-se na entidade fiscal única conjuntamente com a sociedade neerlandesa. Nessas circunstâncias, o artigo 10a da Lei de 1969 não seria aplicável e os juros do empréstimo seriam dedutíveis.

67. Assim, o investimento para a aquisição da totalidade do capital de uma filial residente é mais atrativo do que para a aquisição de uma filial não residente: as despesas financeiras (juros) do empréstimo contraído para comprar as ações ou participações sociais são dedutíveis no primeiro caso, mas não no segundo.

68. Estamos perante situações comparáveis? A resposta afirmativa foi dada pelo Tribunal de Justiça, especificamente no que diz respeito à mesma legislação neerlandesa (artigo 15.º da Lei de 1969) aplicável a estes dois reenvios prejudiciais.

69. No acórdão X Holding, o Tribunal de Justiça afirmou que «a situação de uma sociedade-mãe residente que pretende constituir uma entidade fiscal única com uma filial residente e a de uma sociedade-mãe residente que pretende constituir uma entidade fiscal única com uma filial não residente são, à luz do objetivo de um regime fiscal como o do processo principal, objetivamente comparáveis, desde que ambas procurem beneficiar das vantagens desse regime, que permite, designadamente, consolidar, ao nível da sociedade-mãe, os lucros e as perdas das sociedades integradas na entidade fiscal única e manter um caráter fiscalmente neutro para as transações efetuadas dentro do grupo» [25].

23 Tal é indicado pelo Governo dos Países Baixos no n.º 21 das suas observações.

24 Exige-se também que sejam aplicáveis as mesmas normas na determinação da matéria coletável, mas este aspeto não é relevante no processo C-398/16, embora o seja no processo C-399/16.

25 Acórdão X Holding, n.º 24.

70. O acórdão X Holding dizia respeito à dedutibilidade, na sociedade-mãe, das perdas da sociedade filial, para o qual era tido em conta o resultado da filial no conjunto do exercício. Embora neste processo a dedução pretendida não seja idêntica [26], creio que também se verificam duas situações objetivamente comparáveis, uma vez que se trata de uma despesa financeira suportada pela sociedade-mãe, ligada à sua participação na filial, haja ou não integração.

71. Além disso, verifica-se um certo paralelismo com o processo Groupe Steria. Nesse processo apreciava-se se a denominada «quota-parte das despesas e custos» (que representava os custos que a sociedade-mãe suportava pela sua participação na filial) era dedutível no regime de integração, do qual estavam excluídas as filiais não residentes. No presente processo o debate diz respeito a outra despesa (os juros do empréstimo) em que a sociedade-mãe tinha incorrido, para determinar se a sua qualificação como não dedutível torna menos atrativo, nessa mesma medida, o exercício da liberdade de estabelecimento.

72. Assim, sob a perspetiva da «abordagem por elementos concretos», a que faz referência o tribunal *a quo*, não creio que se possa negar a comparabilidade das situações e, portanto, a diferença do tratamento conferido a condutas tributárias análogas.

73. Comprovada a diferença de tratamento perante situações objetivamente comparáveis, a atenção deve centrar-se na questão de se saber se se verifica alguma razão imperiosa de interesse geral que a justifique. O órgão judicial de reenvio refere-se, neste sentido, à coerência do regime neerlandês de consolidação fiscal.

74. O Tribunal de Justiça afirmou no acórdão Groupe Steria que, «[p]ara que um argumento baseado em tal justificação possa proceder, é necessário que se demonstre a existência de um nexo direto entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício através da cobrança de determinado imposto, devendo a natureza direta desse nexo ser apreciada face ao objetivo da legislação em causa (acórdão [de 13 de março de 2014,] Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, n.º 69 e jurisprudência referida)» [27].

75. Não encontro no despacho de reenvio nem nas alegações do Governo neerlandês razões suficientes para aceitar essa justificação. Na realidade, os argumentos desse Governo [28] circunscrevem-se, em vez disso, a propor a aplicação «sem restrições» do acórdão X Holding, rejeitando a «abordagem por elemento». E, ao referir o acórdão Groupe Steria, invoca simplesmente a necessidade de preservar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados, questão que não desenvolve (não explica por que razão se verificaria, neste caso, o desequilíbrio).

76. No que diz respeito ao processo C-398/16, a alegação do Governo neerlandês de que o sistema de consolidação fiscal integra um conjunto coerente de vantagens e desvantagens é excessivamente genérica. Não fornece, como acabo de referir, nenhum dado concludente de que, no que afeta de maneira específica a dedução dos juros pelo empréstimo a uma filial, se quebre a coerência do referido sistema.

26 Ora, atende-se exclusivamente a uma despesa (os juros do empréstimo) que não afeta o resultado da filial, mas apenas a sociedade-mãe, relacionada com o investimento na aquisição de participações da filial.

27 Acórdão Groupe Steria, n.º 31.

28 N.ºs 52 a 55 das suas observações escritas, para cujo conteúdo remete (para o processo C-398/16) o n.º 95 das mesmas observações.

77. São mais explícitas as observações deste Governo centradas no combate à evasão fiscal, como razão imperiosa de interesse geral (à qual, contudo, o tribunal de reenvio não faz referência no n.º 2.8.6 do seu despacho). Explica que o objetivo do artigo 10a da Lei de 1969 consiste em impedir a criação de expedientes artificiais desprovidos de razões económicas, mas que sejam exclusivamente concebidos para eludir o pagamento dos tributos exigíveis sobre os lucros obtidos em território neerlandês [29].

78. Nesta mesma linha, o Governo neerlandês defende que admitir a possibilidade de escolha pelo contribuinte *a posteriori* equivaleria a conferir primazia à opção fiscal mais favorável. Contudo, esta alegação, é exposta de forma muito sucinta, quanto aos problemas relativos à dedutibilidade dos juros do empréstimo (mais desenvolvida no que diz respeito às perdas objeto do processo C-399/16).

79. Uma regra como a do artigo 10ª, n.º 2, da Lei de 1969, estabelecida para o combate à fraude fiscal, poderia, efetivamente, justificar determinadas restrições à liberdade de estabelecimento [30]. Tal como explica o Governo dos Países Baixos, enquanto os dividendos obtidos de uma sociedade do grupo aumentam a matéria coletável, os juros de um empréstimo entre as mesmas sociedades reduzem-na. Existe, portanto, um certo risco para a integridade da matéria coletável e o que se pretende é evitar que se «neutralizem» receitas sob a forma de empréstimos geradores de juros que, além de não serem incluídos na matéria coletável da destinatária, permitem reduzi-la no montante desses juros.

80. Além disso, o artigo 10a da Lei de 1969 é aplicável às relações entre sociedades do grupo, independentemente da sua residência dentro ou fora dos Países Baixos. Portanto, as dificuldades não surgem como consequência desta disposição, uma vez que, no âmbito do combate à evasão fiscal, trata da mesma forma residentes e não residentes.

81. Ora, o que desvirtua esta explicação é o facto de essa finalidade de combate à evasão não afetar as sociedades residentes que tenham exercido a opção de tributação em regime de consolidação fiscal. O combate à fraude fiscal pode explicar, com efeito, a existência da regra, mas é difícil compreender por que razão um tratamento tão diferenciado é reservado às relações entre as sociedades do grupo em função do facto de beneficiarem do regime de consolidação fiscal ou não. Enquanto os juros de empréstimos internos ao grupo, como regra geral, não virão a ser dedutíveis, independentemente da residência das sociedades, para os grupos consolidados sê-lo-ão.

82. Num empréstimo de uma sociedade (mãe) neerlandesa a uma filial neerlandesa, num contexto de consolidação fiscal, os juros seriam dedutíveis para a primeira. Diversamente, uma vez efetuado esse mesmo empréstimo pela sociedade-mãe a uma filial italiana, não há consolidação e os juros não são dedutíveis. Sob a perspetiva da evasão fiscal, se o que se pretende é não reduzir artificialmente a matéria coletável da sociedade-mãe nos Países Baixos, não se compreende a razão pela qual tal é tolerado quando estejam em causa sociedades apenas neerlandesas e impedido quando está em causa uma sociedade de um terceiro Estado-Membro: a mesma evasão pode verificar-se tanto num caso como no outro.

83. Em suma, não creio que o combate à evasão fiscal constitua uma razão imperiosa de interesse geral que permita validar a desigualdade de tratamento, já que é precisamente a conceção da consolidação fiscal nos Países Baixos que propicia uma oportunidade de vantagem lícita para os grupos de sociedades residentes, enquanto a exclui relativamente aos constituídos por sociedades não residentes [31].

29 O artigo 10ª, n.º 3, da Lei de 1969 não excluí de forma absoluta a dedutibilidade: permite a dedução se a sociedade afetada prova que não consiste numa montagem artificial sem relação com a realidade económica.

30 Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 51).

31 Como já referi (n.º 32), a Comissão realça, nesta linha, a falta de coerência do sistema fiscal neerlandês, que, embora, em princípio, aplique o artigo 10a da Lei de 1969 tanto às situações internas como às transfronteiriças, permite aos grupos consolidados puramente nacionais escapar à aplicação dessa regra de combate à evasão fiscal.

84. Além disso, da mesma forma que se poderia detetar se a concessão do empréstimo entre a sociedade-mãe e a filial residente oculta uma montagem artificial, sem verdadeira explicação económica, para reduzir injustificadamente a carga fiscal da primeira [32], não vejo por que motivo essa mesma verificação não se poderia aplicar às relações com a filial não residente. Essa possibilidade de comprovar, em cada caso, a realidade económica subjacente é simplesmente rejeitada *a priori* por uma legislação que não a admite para as sociedades não residentes, às quais proíbe beneficiar do regime de integração de grupos nos Países Baixos.

85. Finalmente, o Tribunal de Justiça já declarou, entre outros, no acórdão Euro Park Service [33], que «a criação de uma regra de âmbito geral que exclua automaticamente da vantagem fiscal certas categorias de operações, sem ter em consideração a questão de saber se há ou não efetivamente fraude ou evasão fiscais, iria para além do necessário para evitar essa fraude ou evasão […]».

C. Quanto ao processo C-399/16

86. Antes de efetuar a análise das questões prejudiciais deste processo, parece-me oportuno fazer duas observações. A primeira diz respeito ao âmbito preciso das perdas cambiais que afetam as participações da sociedade-mãe nas suas filiais não residentes, quando uma e outras operam em divisas diferentes.

87. Considero correta, relativamente a este aspeto, a matização feita pelo Governo dos Países Baixos ao distinguir entre «perdas cambiais da filial» e «perdas cambiais sobre a filial». As primeiras dizem respeito às perdas resultantes dos investimentos realizados pela filial em divisa estrangeira, que se refletem no resultado da referida filial. Diferentemente, as «perdas cambiais sobre a filial» reduzem, pelo menos sob a perspetiva contabilística, o valor do investimento da sociedade-mãe nas suas participações (em moeda estrangeira) na filial, e são repercutidas no resultado da sociedade-mãe.

88. Neste processo, as perdas cambiais têm uma relação direta com o valor das participações e não com o resultado dos investimentos feitos pela filial. Trata-se, portanto, da segunda das duas hipóteses referidas.

89. A segunda observação diz respeito ao aumento ou à depreciação do valor das participações que a sociedade-mãe detém no capital da sociedade filial, suscetíveis de serem afetadas pelas variações na taxa de câmbio. Esse fator pode ser observado segundo duas abordagens: a) a evolução desse valor enquanto as participações se encontram no património da sociedade-mãe e b) a diferença de valor verificada no momento em que as participações são transferidas, isto é, entre o valor de aquisição e o de transferência.

90. Não há, na minha opinião, grande clareza relativamente a esta situação no despacho de reenvio: a primeira questão prejudicial parece referir-se à hipótese de transferência de titularidade das participações, enquanto a terceira diz respeito ao período em que as referidas participações permaneceram, sem serem transferidas, em poder da sociedade-mãe.

91. Portanto, para delimitar o debate adequadamente, a resposta à primeira questão terá de considerar a perda de valor, resultante da taxa de câmbio, quando se transferem as participações; a resposta à terceira, pelo contrário, terá de considerar a sua desvalorização enquanto permanecem no património da sociedade-mãe, isto é, a constatação meramente contabilística da depreciação das participações.

32 V. nota 33.

33 Acórdão de 8 de março de 2017 (C-14/16, EU:C:2017:177, n.º 55).

1. Quanto à primeira questão prejudicial

92. À luz das observações das partes, em especial da recorrente no processo principal, a controvérsia surge porque, em sua opinião, a perda cambial, realçada no momento da entrada de participações da A Holdings UK para a sua filial C, teria sido dedutível se a X NV tivesse podido incluir a filial britânica no seu grupo consolidado [34].

93. A razão reside no facto de o artigo 13.º da Lei de 1969 prever a denominada «isenção da participação»: ao determinar os lucros da sociedade, não são tidas em conta as vantagens resultantes de uma participação nem as despesas suportadas resultantes da aquisição ou da cessão desta participação. Contudo, esta regra, não é aplicável no caso da consolidação fiscal.

94. O tribunal de reenvio constata a disparidade de tratamento ao indicar que uma sociedade-mãe estabelecida nos Países Baixos «não pode incluir perdas cambiais relativas ao montante que investiu numa filial que está sedeada noutro Estado-Membro, ao passo que poderia fazê-lo se essa filial fizesse parte, juntamente com a referida sociedade-mãe sedeada [nos Países Baixos], de uma unidade fiscal — com as características da unidade fiscal neerlandesa — isso em consequência da consolidação dentro da unidade fiscal».

95. À primeira vista, verifica-se, portanto, uma diferença de tratamento apta para limitar o exercício da liberdade de estabelecimento. Essa diferença seria apenas contabilizável com as disposições do TFUE reguladoras desta liberdade se afetasse situações que não sejam objetivamente comparáveis ou se fosse justificada por uma razão imperiosa de interesse geral.

96. O Hoge Raad (Tribunal Supremo) recorre a três vias de resolução do problema suscitado: a) que se aplique o regime fiscal correspondente aos estabelecimentos permanentes no estrangeiro, b) que as sociedades filiais residentes atuem com uma divisa funcional diferente do euro e c) que não sejam ignoradas apenas as perdas cambiais na determinação da matéria coletável, sendo-o também os eventuais ganhos cambiais.

97. Centrar-me-ei na última dessas três vias, sem necessidade de me debruçar sobre as duas primeiras. O órgão de reenvio invoca, a este respeito, acertadamente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça nos acórdãos Deutsche Shell [35] e X [36]. Sugere, apoiando-se nessa jurisprudência, que a impossibilidade de deduzir uma perda cambial poderia estar justificada pela circunstância de que também não sejam tidos em conta os eventuais ganhos cambiais. Esta posição [37] encontraria fundamento nos n.os 38, 40 e 41 do acórdão X e nas conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas nesse processo [38].

98. O litígio a que o acórdão X dá resposta também dizia respeito à dedução das menos-valias realizadas, no valor das participações, por uma perda resultante da variação da taxa de câmbio. A legislação sueca, se é certo que impedia a dedução das perdas resultantes da taxa de câmbio quando uma sociedade-mãe vendia, com menos-valias, as suas participações numa filial não residente, também não tributava as mais-valias obtidas, a esse mesmo título, dessas participações.

34 Embora o n.º 2.5 do despacho de reenvio se refira à integração de C no grupo consolidado («sendo o caso»), a própria interessada limita a eventual integração à A Holdings UK.

35 Acórdão de 28 de fevereiro de 2008 (C-293/06, EU:C:2008:129).

36 Acórdão de 10 de junho de 2015 (C-686/13, a seguir, «acórdão X», EU:C:2015:375).

37 N.º 2.9.5 do despacho de reenvio: «as considerações constantes dos n.os 2.9.1, 2.9.2 e 2.9.4 […] advogam a favor da conclusão de não se conferir um tratamento diferente a situações objetivamente comparáveis nem um obstáculo à liberdade de estabelecimento, bem como a favor da rejeição da tese da interessada».

38 Conclusões do processo X (C-686/13, EU:C:2015:31).

99. Nessas condições, afirmou o Tribunal de Justiça, «não se pode inferir das disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento que esse Estado-Membro seja obrigado a exercer — de resto, de maneira assimétrica — a sua competência fiscal para permitir a dedutibilidade das perdas ocasionadas por operações cujos resultados, se fossem positivos, não seriam em qualquer caso tributáveis». Daqui concluiu que «o artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à legislação fiscal de um Estado-Membro que, em princípio, isenta de imposto sobre as sociedades as mais-valias realizadas com títulos de participação e exclui, correlativamente, a dedução das menos-valias realizadas com tais títulos, mesmo quando essas menos-valias resultem de uma perda cambial» [39].

100. Se não interpreto incorretamente a legislação neerlandesa a que se refere o despacho de reenvio neste processo, no que diz respeito à «isenção da participação» e às restantes disposições aplicáveis à tributação das mais-valias e das menos-valias realizadas pela variação da taxa de câmbio que afete as participações em filiais não residentes, considero que é aplicável a mesma solução do acórdão X.

101. Embora no processo C-686/13, X, o conflito fosse suscitado no âmbito de uma relação entre a sociedade-mãe e a sua filial fora de um grupo consolidado, não vejo inconveniente em extrapolar para este processo o acórdão proferido no referido processo. O decisivo, na minha opinião, é o facto de os ganhos resultantes da variação da taxa de câmbio também não serem incluídos na matéria coletável do imposto sobre as sociedades, em circunstâncias como as dos despachos. Ou seja, para utilizar os termos do tribunal de reenvio, estarmos em face de uma situação «em que não possam ser tidos em conta nem os ganhos nem as perdas cambiais» [40].

102. Se assim for — tal como parece defender o órgão jurisdicional nacional ao expor o seu direito interno e tal como corrobora o Governo dos Países Baixos — a diferença de tratamento conferido à perda cambial do valor das participações da sociedade-mãe na filial não residente, quando esta última não pode fazer parte do grupo consolidado, não limita a liberdade de estabelecimento, pelas mesmas razões que o Tribunal de Justiça já expôs no acórdão X.

103. A resposta a esta questão prejudicial impede o recurso às outras duas questões formuladas pelo órgão jurisdicional *a quo*. Contudo, examiná-las-ei sumariamente e de forma conjunta (seguindo o critério do Governo neerlandês), para o caso de o Tribunal de Justiça optar por responder de forma afirmativa à primeira.

2. Quanto à segunda e a terceira questões prejudiciais

104. Caso a sociedade-mãe pudesse contabilizar nas suas perdas as menos-valias das suas participações em filiais não residentes que resultem da variação da taxa de câmbio, o tribunal de reenvio pretende saber: a) se essa possibilidade abrange as «filiais (uma ou várias das filiais), diretas e indiretas estabelecidas na União Europeia e detidas indiretamente pela sociedade-mãe, através dessa filial»; e b) se deve apenas ter-se em conta as menos-valias «que se tenham manifestado nos anos a que o litígio diz respeito» ou igualmente noutros anos anteriores.

105. Dos elementos jurídicos que constam dos autos, parece depreender-se que o regime de integração estabelecido pelo direito neerlandês prevê a possibilidade de escolher as sociedades que se integram no grupo (concebido como entidade fiscal única) e as que não se integram [41]. Não haveria, portanto, em princípio, motivos para recusar às filiais não residentes o que é permitido às residentes.

39 Acórdão X, n.ºs 40 e 41. Previamente, nos n.ºs 36 a 39, o Tribunal de Justiça tinha explicado a razão pela qual a resposta dada no acórdão de 28 de fevereiro de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), não era aplicável ao processo X.

40 N.º 2.9.4 do despacho de reenvio.

41 V. a nota 23.

106. Ora, o processo principal afeta apenas a integração das perdas, em resultado de variações da taxa de câmbio, correspondentes às participações numa determinada filial não residente. Daí que o conteúdo da segunda questão seja bastante hipotético: o que se discute é a possibilidade de inclusão no grupo consolidado da filial britânica e não de quaisquer outras filiais, diretas ou indiretas. Submetida nesses termos, a questão é inadmissível.

107. Também não creio que o Tribunal de Justiça pudesse responder de forma útil à terceira questão prejudicial. Na realidade, nenhuma das partes do processo lhe sugere que o faça diretamente, com fundamento no direito da União. Inclusive a sociedade recorrente no processo principal (X NV) propõe que a resposta à dúvida antes se encontra no direito nacional, e não no direito da União, uma vez que são as regras internas que regulam o conceito de lucros anuais tributáveis.

108. Recordarei que, conceptualmente, poderia distinguir-se a perda de valor das participações enquanto permanecem em poder da A Holdings BV da resultante da sua transferência. A questão parece dizer respeito à depreciação das participações, enquanto elementos do património social, em resultado de variações da taxa de câmbio.

109. Se a contabilidade deve conter informação relativa à situação financeira da empresa numa data precisa, a depreciação das participações pode traduzir-se, em termos contabilísticos, por diferentes critérios. Enquanto essas participações são elementos do ativo da sociedade investidora, o reflexo da sua depreciação nas contas da sociedade poderá ser realizado, por exemplo, efetuando os ajustamentos correspondentes para dotar a perda por depreciação.

110. Quando as participações são expressas numa divisa que não é a utilizada pela sociedade-mãe, a evolução na taxa de câmbio poderá resultar em flutuações financeiras, mais ou menos permanentes. Ora, para que estas oscilações tenham repercussão na matéria coletável, para efeitos do imposto sobre as sociedades, será, normalmente, necessário que constituam uma verdadeira perda económica.

111. O Tribunal de Justiça não pode analisar se o registo contabilístico da desvalorização das participações se repercute na determinação da matéria coletável, em conformidade com o direito nacional. Compete ao órgão judicial de reenvio, em conformidade com a sua legislação tributária, determinar se se verificou uma perda económica real com incidência nos resultados da sociedade-mãe, quer apenas no ano em que se realizou a transferência das participações, quer em cada um dos anos precedentes [42].

VI. Conclusão

112. Atendendo a todas as considerações efetuadas, proponho que o Tribunal de Justiça responda ao Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos) da seguinte forma:

«O artigo 49.º TFUE:

– Opõe-se a uma legislação nacional nos termos da qual uma sociedade-mãe sedeada num Estado-Membro não pode deduzir os juros de um empréstimo relacionado com uma entrada de capital numa filial estabelecida noutro Estado-Membro, quando poderia beneficiar dessa dedução se se tratasse de uma filial residente no mesmo Estado-Membro que a sociedade-mãe.

42 Nesta linha, v., por analogia, acórdão de 28 de fevereiro de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, n.os 24 e 25).

– Não se opõe a uma legislação nacional nos termos da qual uma sociedade-mãe estabelecida num Estado-Membro não pode deduzir dos seus lucros as perdas (menos-valias) resultantes das variações da taxa de câmbio, em relação com o montante das suas participações numa filial estabelecida noutro Estado-Membro, quando essa mesma legislação não tributaria, simetricamente, os ganhos (mais-valias) resultantes das referidas variações.»