

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

10 de junho de 2015 (*)

«Reenvio prejudicial – Artigo 49.º TFUE – Liberdade de estabelecimento – Legislação fiscal – Imposto sobre as sociedades – Títulos de participação – Regime de um Estado-Membro que isenta as mais-valias e, correlativamente, exclui a dedutibilidade das menos-valias – Cessão, por uma sociedade residente, de títulos detidos numa filial não residente – Menos-valia resultante de uma perda cambial»

No processo C-686/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia), por decisão de 18 de dezembro de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 27 de dezembro de 2013, no processo

X AB

contra

Skatteverket,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

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

advogada-geral: J. Kokott,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da X AB, por R. Persson Österman, advokat,
- em representação da Skatteverket, por A. Berg, na qualidade de agente,
- em representação do Governo sueco, por A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, K. Sparrman, E. Karlsson, L. Swedenborg e C. Hagerman, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo dinamarquês, por C. Thorning e M. Wolff, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo alemão, por T. Henze e J. Möller, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo espanhol, por L. Banciella Rodríguez-Miñón, na qualidade de agente,
- em representação do Governo francês, por D. Colas e J.-S. Pilczer, na qualidade de

agentes,

- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por P. Gentili, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo neerlandês, por M. Bulterman e M. Gijzen, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo português, por L. Inez Fernandes, J. Martins da Silva e M. Rebelo, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo finlandês, por J. Heliskoski, na qualidade de agente,
- em representação do Governo do Reino Unido, por L. Christie, na qualidade de agente, assistido por R. Hill, barrister
- em representação da Comissão Europeia, por W. Roels e J. Enegren, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 22 de janeiro de 2015,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º TFUE e 63.º TFUE.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a X AB, sociedade de direito sueco, à Skatteverket (Administração Fiscal), a propósito da recusa de esta última conceder à X AB uma dedução a título de uma perda cambial sofrida no contexto da cessão de títulos de participação numa filial situada no Reino Unido.

O direito sueco

3 O § 13 do capítulo 24 da Lei (1229:1999) relativa ao imposto sobre o rendimento [inkomstskattelagen (1999:1229), a seguir «IL»], define o conceito de «título de participação» do seguinte modo:

«Constitui um título de participação uma quota social detida numa sociedade por ações ou numa sociedade cooperativa, se reunir as condições enumeradas no § 14 e for detida por uma pessoa coletiva (a empresa detentora) que deve ser:

1. uma sociedade por ações ou uma sociedade cooperativa sueca que não uma sociedade de investimento,
2. uma fundação ou uma associação sueca sem fim lucrativo que não seja abrangida pelo âmbito de aplicação das disposições em matéria de isenções fiscais do capítulo 7,
3. uma caixa económica sueca,
4. uma sociedade mútua de seguros sueca, ou

5. uma sociedade estrangeira estabelecida num país do Espaço Económico Europeu e que é análoga a uma das formas de empresas suecas enumeradas nos n.os 1 a 4.»

4 O § 14 do mesmo capítulo da IL prevê:

«O título de participação deve constituir um ativo individualmente considerado e preencher uma das condições seguintes:

1. O título não deve ser objeto de cotação.

2. O número total dos direitos de voto associados à totalidade dos títulos detidos pela empresa detentora na sociedade detida deve corresponder a, pelo menos, 10% do número total dos direitos de voto associados à totalidade das quotas sociais da referida sociedade.

3. A posse do título está ligada à atividade da empresa detentora ou de uma empresa que, tendo em conta as relações de propriedade ou de organização, pode ser considerada como ligada a ela.

[...]»

5 O capítulo 25a da IL, relativo, designadamente, às ações que constituem títulos de participação, prevê no seu § 5:

«Um ganho de capital só é tributado nas condições enunciadas no § 9. [...]

Uma perda de capital só pode ser deduzida se um ganho de capital correspondente for tributado. [...]

6 Em virtude das disposições combinadas dos §§ 9 e 18 desse capítulo 25a, em derrogação à regra geral enunciada no § 5 do referido capítulo, os ganhos de capital realizados com títulos de participação estão sujeitos ao imposto sobre as sociedades quando a cessão se refere a participações numa empresa de fachada ou quando se trata de certos tipos de aquisições.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

7 Em 2003, a X AB, que tem a sua sede na Suécia, criou uma filial no Reino Unido, a Y Ltd, cujas quotas sociais foram emitidas em dólares dos Estados Unidos.

8 Entre 2003 e 2009, a Y Ltd recebeu entradas de capital através de emissões reservadas à X AB. Esta última cedeu posteriormente à sua própria sociedade-mãe, em duas ocasiões, as participações que detinha na Y Ltd. Depois dessas cessões, a X AB detinha quotas sociais na Y Ltd correspondentes aproximadamente a 45% do capital e dos direitos de voto.

9 Não é contestado que essas quotas sociais constituem «títulos de participação», no sentido do § 13 do capítulo 24 da IL.

10 Desejando pôr termo às atividades da Y Ltd, a X AB planeou ceder as referidas quotas sociais. Esta operação apresentava todavia um risco de perda cambial, atendendo a que, entre 2003 e 2009, a X AB tinha realizado entradas em dinheiro na Y Ltd a uma taxa de câmbio mais vantajosa que a que se aplicava à data do projeto de cessão. Assim, a X AB procurou determinar primeiro se essa perda potencial era dedutível, mas foi confrontada com a legislação fiscal sueca, da qual resulta que as perdas de capital sofridas com «títulos de participação» não são, em princípio, dedutíveis da matéria coletável do imposto sobre as sociedades.

11 A X AB solicitou então à Skatterättsnämnden (comissão de direito fiscal) um parecer preliminar sobre a compatibilidade de tal exclusão com o direito da União, uma vez que ela se aplica a uma perda de capital resultante de uma perda cambial relacionada com um «título de participação» numa sociedade estabelecida noutro Estado-Membro da União Europeia.

12 Num parecer preliminar de 18 de março de 2013, a Skatterättsnämnden respondeu pela negativa, referindo que, em direito fiscal sueco, nem os ganhos nem as perdas de capital realizados com as quotas sociais constitutivas de «títulos de participação» são, em princípio, tomados em consideração para calcular a matéria coletável do imposto sobre as sociedades.

13 A X AB impugnou esta decisão no Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo).

14 Em apoio do seu pedido apresentado no órgão jurisdicional de reenvio, a X AB alega essencialmente que, devido ao regime sueco, os investimentos que realizou na Y Ltd eram mais arriscados que investimentos domésticos comparáveis. A sua argumentação assenta principalmente na ideia de que um investimento em coroas suecas realizado numa sociedade por ações sueca não implica nenhum elemento aleatório equivalente ao risco cambial ao qual pode estar sujeito um investimento noutro Estado-Membro. O sistema fiscal sueco constitui, por isso, um entrave à livre circulação de capitais e à liberdade de estabelecimento, como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129), cuja solução seria transponível para o processo principal.

15 Nestas condições, o Högsta förvaltningsdomstolen decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Os artigos 49.º [TFUE] e 63.º TFUE opõem-se a uma legislação nacional segundo a qual o Estado-Membro de domicílio não permite a dedução das perdas cambiais, que são parte integrante de menos-valias resultantes de participações com fins empresariais numa sociedade domiciliada noutro Estado-Membro, no caso de o Estado-Membro de domicílio aplicar um sistema que não tem em conta as mais-valias e as menos-valias resultantes dessas participações para efeitos de cálculo do rendimento tributável?»

Quanto à questão prejudicial

Observações preliminares

16 Dado que a questão prejudicial se refere à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais, consagradas, respetivamente, nos artigos 49.º TFUE e 63.º TFUE, importa, antes de mais, determinar qual dessas duas liberdades é suscetível de ser afetada por uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal.

17 A este respeito, resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que é preciso ter em conta o objeto da legislação em causa (acórdãos *Test Claimants in the FII Group Litigation*,

C-35/11, EU:C:2012:707, n.º 90 e jurisprudência referida, e Hervis Sport? és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2014:47, n.º 21).

18 Assim, está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 49.º TFUE, relativo à liberdade de estabelecimento, uma legislação nacional que apenas é aplicável às participações que permitem exercer uma influência certa sobre as decisões de uma sociedade e determinar as respetivas atividades (acórdãos *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, n.º 91 e jurisprudência referida, e *Hervis Sport? és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, n.º 22).

19 Em contrapartida, as disposições nacionais aplicáveis a participações efetuadas com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira, sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa, devem ser examinadas exclusivamente à luz da livre circulação de capitais (acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, n.º 92 e jurisprudência referida).

20 Quanto à legislação sueca em causa no processo principal, verifica-se que a categoria dos «títulos de participação» compreende não apenas as quotas sociais cujo número total de direitos de voto corresponde pelo menos a 10% do número de direitos de voto associados à totalidade das quotas sociais da sociedade detida, mas também as quotas sociais que não são objeto de cotação, e isto sem condição de percentagem mínima.

21 Por outro lado, foi já declarado que uma participação de, pelo menos, 10% do capital ou dos direitos de voto numa sociedade não implica necessariamente que o titular dessa participação exerça uma influência certa nas decisões da sociedade de que é acionista (v., neste sentido, acórdãos *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 58, e *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, n.º 22).

22 Por conseguinte, o objeto da legislação nacional em causa no processo principal não permite, por si só, determinar se está abrangida predominantemente pelo âmbito de aplicação do artigo 49.º TFUE ou do artigo 63.º TFUE.

23 Resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que, em tais casos, importa ter em conta os elementos factuais do caso concreto para determinar se a situação visada pelo litígio no processo principal está abrangida pelo âmbito de aplicação de uma ou de outra das referidas disposições (v., neste sentido, acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, n.os 93, 94 e jurisprudência referida).

24 A este respeito, resulta dos documentos submetidos ao Tribunal de Justiça que a X AB detém 45% das participações da Y Ltd, quer em capital quer em direitos de voto. Ora, foi já afirmado que participações nesse montante conferem ao seu titular, em princípio, uma «influência certa», no sentido da jurisprudência lembrada no n.º 18 do presente acórdão, sobre as decisões e as atividades da sociedade em causa (v., por analogia, acórdão SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 35).

25 Nestas condições, deve considerar-se que o pedido de decisão prejudicial se refere à interpretação das disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento.

Quanto à existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento

26 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação fiscal de um Estado-Membro que 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.

27 Recorde-se que o artigo 49.º TFUE impõe a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento. Embora, de acordo com o seu teor, as disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento visem assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, impedem igualmente que o Estado-Membro de origem levante obstáculos ao estabelecimento noutro Estado-Membro dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação (acórdãos Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, n.º 31; National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 35; e Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, n.º 57).

28 Também segundo jurisprudência constante, devem ser consideradas tais restrições todas as medidas que proíbam, dificultem ou tornem menos atrativo o exercício dessa liberdade (v. acórdãos National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 36; DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C., C-380/11, EU:C:2012:552, n.º 33; e Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, n.º 58).

29 O Tribunal de Justiça declarou que tais efeitos restritivos podem ocorrer, nomeadamente, quando, em razão de um regime fiscal, uma sociedade possa ser dissuadida de criar entidades subordinadas, como um estabelecimento estável, noutros Estados-Membros e de exercer as suas atividades por intermédio dessas entidades (acórdãos Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, n.os 32 e 33; Keller Holding, C-471/04, EU:C:2006:143, n.º 35; e Deutsche Shell, C-293/06, EU:C:2008:129, n.º 29).

30 A este respeito, importa sublinhar que a legislação fiscal sueca em causa no processo principal exclui da matéria coletável do imposto sobre as sociedades, em princípio, os ganhos de capital realizados aquando da cessão de «títulos de participação», no sentido da IL. Simetricamente, esta legislação não prevê nenhuma dedução das menos-valias realizadas com tais operações, independentemente da questão de saber se as sociedades cujos «títulos de participação» são objeto de uma cessão estão ou não estabelecidas na Suécia.

31 Assim, as menos-valias resultantes da cessão de «títulos de participação» com origem numa perda cambial não podem ser deduzidas nem na hipótese de, como no processo principal, os títulos serem detidos numa sociedade estabelecida noutro Estado-Membro nem na de serem detidos numa sociedade estabelecida na Suécia ? quer o capital desta última seja expresso em coroas suecas ou em qualquer outra moeda admitida pela legislação nacional.

32 Logo, contrariamente ao que sustenta a recorrente no processo principal, os investimentos em «títulos de participação» realizados num Estado-Membro diferente do Reino da Suécia não são tratados mais desfavoravelmente que investimentos semelhantes efetuados na Suécia, tendo em conta a não dedutibilidade de perdas cambiais.

33 A este propósito, acresce-se que, mesmo supondo que essa não dedutibilidade seja suscetível de desfavorecer uma sociedade que tenha investido em «títulos de participação» numa sociedade estabelecida no território de outro Estado-Membro, devido à sua exposição a perdas cambiais quando, como no processo principal, esse investimento tenha sido realizado em títulos emitidos numa divisa diferente da do Estado-Membro de acolhimento, resulta da competência fiscal dos Estados-Membros que a liberdade de as sociedades escolherem entre os diferentes Estados-Membros de estabelecimento não implica que estes últimos sejam obrigados a adaptar o seu próprio sistema fiscal aos diferentes sistemas de tributação dos outros Estados-Membros, a fim de garantir que uma sociedade que tenha escolhido estabelecer-se num determinado Estado-Membro seja tributada, a nível nacional, da mesma maneira que uma sociedade que tenha escolhido estabelecer-se noutro Estado-Membro, tendo em conta que essa escolha pode, consoante o caso, ser mais ou menos vantajosa ou desvantajosa para esta última sociedade (v.,

neste sentido, acórdãos Deutsche Shell, C-293/06, EU:C:2008:129, n.º 43, e Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C-157/07, EU:C:2008:588, n.º 50).

34 Da mesma maneira, no estado atual do direito da União em matéria de fiscalidade direta, as disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento não podem ser interpretadas no sentido de que impõem aos Estados-Membros a adaptação do seu próprio sistema fiscal, para ter em conta possíveis riscos cambiais que as sociedades correm devido ao facto de continuarem a existir, no território da União, várias divisas entre as quais não existe uma taxa de câmbio fixa, ou legislações nacionais que permitem, como sucede no processo principal, emitir o capital das sociedades em divisas de Estados terceiros.

35 Por conseguinte, uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal não é suscetível de restringir a liberdade de estabelecimento.

36 Esta conclusão não é posta em causa pelo que foi declarado no acórdão Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), invocado pela X AB.

37 Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que as disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento se opõem a que um Estado-Membro exclua, na determinação da matéria coletável do imposto nacional, as perdas cambiais sofridas por uma sociedade com sede social no território deste Estado, por ocasião do repatriamento da dotação de capital que tinha realizado para o seu estabelecimento estável, situado noutro Estado-Membro.

38 Todavia, o Tribunal de Justiça chegou a esta conclusão num contexto jurídico diferente do que decorre da aplicação da legislação nacional em causa no processo principal. Com efeito, como foi assinalado pelo órgão jurisdicional de reenvio, a legislação nacional em causa no processo que deu origem ao acórdão Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129) previa que, regra geral, os ganhos cambiais eram tributados e, correlativamente, as perdas cambiais eram dedutíveis, salvo disposição em sentido contrário de uma convenção para evitar a dupla tributação.

39 Ora, isto não sucede no processo principal, dado que, como foi dito no n.º 30 do presente acórdão, a legislação fiscal sueca em causa no processo principal é, em princípio, indiferente aos resultados das operações de capital respeitantes a «títulos de participação», face às quais o Reino da Suécia optou, em geral, por não exercer a sua competência fiscal.

40 Nestas condições, 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.

41 Tendo em conta o que precede, há que responder à questão submetida 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.

Quanto às despesas

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

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

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.

Assinaturas

* Língua do processo: sueco.