

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentadas em 11 de Dezembro de 2007 1(1)

Processo C-437/06

Securenta Göttinger Immobilienanlagen und Vermögensmanagement AG, na qualidade de sucessora jurídica de Göttinger Vermögensanlagen AG

contra

Finanzamt Göttingen

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Niedersächsische Finanzgericht (Alemanha)]

«Fiscalidade – IVA – Directiva 77/288/CEE do Conselho – Dedução do imposto pago a montante – Despesas relacionadas com a emissão de acções e participações ocultas atípicas – Repartição do imposto pago a montante entre actividade económica e não económica»

1. Com este pedido prejudicial, o Niedersächsische Finanzgericht (Tribunal Tributário da Baixa Saxónia) (Alemanha) solicita uma interpretação dos artigos 2.º, n.º 1, e 17.º, n.º 5, da Sexta Directiva (2) e pergunta essencialmente (i) como deve ser determinado o direito à dedução do imposto pago a montante nos casos em que um sujeito passivo exerce simultaneamente uma actividade económica e uma actividade não económica e (ii) caso só se admita a dedução do imposto na medida em que as despesas desse sujeito passivo sejam correctamente imputáveis à actividade económica, se a repartição do imposto pago a montante deve ser efectuada de acordo com o «critério do investimento» ou com o «critério da categoria das operações».

I – Quadro jurídico

A – Disposições comunitárias

2. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Directiva, «as entregas de bens e as prestações de serviços, efectuadas a título oneroso, no território do país, por um sujeito passivo agindo nessa qualidade» estão sujeitas a IVA.

3. O artigo 4.º da Sexta Directiva estabelece as seguintes definições:

«1. Por 'sujeito passivo' entende-se qualquer pessoa que exerça, de modo independente, em qualquer lugar, uma das actividades económicas referidas no n.º 2, independentemente do fim ou do resultado dessa actividade.

2. As actividades económicas referidas no n.º 1 são todas as actividades de produção, de comercialização ou de prestação de serviços, incluindo as actividades extractivas, agrícolas e as

das profissões liberais ou equiparadas. A exploração de um bem corpóreo ou incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência é igualmente considerada uma actividade económica.

[...]»

4. O artigo 13.º, B), alínea d), n.º 5, da Sexta Directiva dispõe que os Estados-Membros isentarão de IVA «as operações, incluindo a negociação, mas exceptuando a guarda e a gestão, relativas às acções, participações em sociedades ou em associações, obrigações e demais títulos».

5. Relativamente ao direito à dedução, o artigo 17.º da Sexta Directiva dispõe o seguinte:

«2. Desde que os bens e os serviços sejam utilizados para os fins das próprias operações tributáveis, o sujeito passivo está autorizado a deduzir do imposto de que é devedor:

a) O imposto sobre o valor acrescentado devido ou pago em relação a bens que lhe tenham sido fornecidos ou que lhe devam ser fornecidos e a serviços que lhe tenham sido prestados ou que lhe devam ser prestados por outro sujeito passivo;

[...]

5. No que diz respeito aos bens e aos serviços utilizados por um sujeito passivo, não só para operações com direito à dedução, previstas nos n.os 2 e 3, como para operações sem direito à dedução, a dedução só é concedida relativamente à parte do imposto sobre o valor acrescentado proporcional ao montante respeitante à primeira categoria de operações.

Este *pro rata* é determinado nos termos do artigo 19.º, para o conjunto das operações efectuadas pelos sujeitos passivo.

[...]» (3).

6. Por último, relativamente ao cálculo do *pro rata* da dedução, o artigo 19.º da Sexta Directiva dispõe:

«1. *Pro rata* de dedução, previsto no n.º 5, primeiro parágrafo, do artigo 17.º, resultará de uma fracção que inclui:

– no numerador, o montante total do volume de negócios anual, líquido do imposto sobre o valor acrescentado, relativo às operações que conferem direito à dedução nos termos dos n.os 2 e 3 do artigo 17.º;

– no denominador, o montante total do volume de negócios anual, líquido do imposto sobre o valor acrescentado, relativo às operações incluídas no numerador e às operações que não conferem direito à dedução. Os Estados-Membros podem incluir, igualmente, no denominador o montante das subvenções que não sejam as referidas em A, 1, a), do artigo 11.º

O *pro rata* é determinado numa base anual e fixado em percentagem arredondada para a unidade imediatamente superior.

2. Em derrogação do disposto no n.º 1, no cálculo de *pro rata* de dedução, não se toma em consideração o montante do volume de negócios relativo às entregas de bens de investimento utilizados pelo sujeito passivo na respectiva empresa. Não é igualmente tomado em consideração o montante do volume de negócios relativo às operações acessórias imobiliárias e financeiras ou

às operações referidas em B, d), do artigo 13.º quando se trate de operações acessórias. Sempre que os Estados-Membros façam uso da faculdade prevista no n.º 5 do artigo 20.º, de não exigirem o ajustamento em relação aos bens de investimento, podem incluir o produto da cessão desses bens no cálculo do *pro rata* de dedução.

3. O *pro rata* aplicável provisoriamente a determinado ano é calculado com base nas operações do ano anterior. Na falta de tal referência ou quando esta não seja significativa, o *pro rata* é estimado provisoriamente, sob fiscalização administrativa pelo sujeito passivo, de acordo com as suas previsões. Todavia, os Estados-Membros podem manter a sua regulamentação actual.

A fixação do *pro rata* definitivo, que é determinado para cada ano durante o ano seguinte, implica o ajustamento das deduções operadas com base no *pro rata* aplicado a título provisório.»

B – Disposições nacionais

7. Nos termos do § 1, primeiro parágrafo, n.º 1, da Umsatzsteuergesetz (lei do imposto sobre o volume de negócios (4), na versão aplicável à data do processo submetido ao órgão jurisdicional de reenvio, designadamente a versão da 1993, a seguir «UstG»):

«Ficam sujeitas ao imposto sobre o volume de negócios as seguintes operações:

1. as entregas de bens e prestações de serviços efectuadas a título oneroso por um empresário, no território do país, no âmbito da sua actividade [...].»

8. O § 4, n.º 8, alínea f), da UStG dispõe, entre outras coisas, que ficam isentas «as operações (referidas no § 1, primeiro parágrafo, n.º 1) e a negociação de operações relacionadas com participações em sociedades e outras associações».

9. O § 15 da UstG dispõe o seguinte:

«1. O empresário pode deduzir os seguintes montantes de imposto pago a montante:

(1) o imposto indicado separadamente nas facturas, na acepção do § 14, respeitante a entregas de bens e outras prestações que lhe tenham sido fornecidas por outros empresários para efeitos da sua actividade empresarial ...;

(2) o imposto sobre o volume de negócios aplicável à importação, pago pelos bens importados para o país para efeitos da sua actividade empresarial, ou que tenha sido aplicado para a realização das operações referidas no § 1, terceiro parágrafo;

(3) o imposto aplicável sobre a aquisição intracomunitária de bens no interesse da sua empresa.

2. Não pode ser objecto de dedução o imposto respeitante a entregas, à importação e à aquisição intracomunitária de bens, bem como a outras prestações que o empresário utiliza para as seguintes operações:

(1) operações isentas de imposto [...]

[...]

4. No caso de o empresário, só em parte, utilizar um bem fornecido à sua empresa ou por ela importado ou adquirido intracomunitariamente, ou um serviço que lhe tenha sido prestado, para

execução de operações que excluem o direito à dedução do imposto pago a montante, não é dedutível a parte correspondente ao imposto a montante economicamente imputável às operações que conduzam à exclusão do direito a dedução. O empresário pode apurar o montante parcial não dedutível por meio de um cálculo adequado.»

II – Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

10. A recorrente (SECURENTA Göttinger Immobilienanlagen und Vermögensmanagement AG, na qualidade de sucessora legal da Göttinger Vermögensanlagen AG) dedicava-se em 1994 à aquisição, administração e alienação de imóveis, títulos, participações e investimentos de todos os tipos. O capital necessário era obtido através da emissão de acções e de participações ocultas atípicas («atypisch stille Beteiligungen»). No exercício desta última actividade, admitiu um grande número de sócios ocultos, como é habitual numa «Publikumgesellschaft» (tipo de sociedade em comandita). Os elementos do público que participaram deste modo contribuíram com capital para a recorrente, que posteriormente o investiu.

11. A recorrente teve, em 1994, um volume de negócios sujeito a imposto de 2 959 800,10 DEM. O volume de negócios total da recorrente foi de 6 480 006,60 DEM. Este montante incluía receitas de dividendos no valor de 226 641,89 DEM e receitas resultantes da venda de títulos no valor de 1 389 930,72 DEM (num total de 1 616 572,61 DEM).

12. Do conjunto do imposto pago a montante no valor de 6 838 535,68 DEM, 6 161 679,37 DEM não eram imputáveis a operações a jusante determinadas. Ao abrigo do § 15, segundo parágrafo, n.º 2, da UstG, em conjugação com o seu § 4, n.º 8, alínea f), o Finanzamt Göttingen (Repartição de Finanças de Göttingen, a seguir «Finanzamt») não reconheceu um direito à dedução da parte do imposto a montante relativa a despesas com a emissão de participações financeiras atípicas (4 171 424,70 DEM). Consequentemente, o Finanzamt subtraiu este montante do total do imposto pago a montante. Depois de ter ainda subtraído o imposto pago a montante no valor de 676 856,31 DEM, imputável a operações de arrendamento da recorrente, o Finanzamt entendeu que o remanescente de imposto a montante (1 990 254,67 DEM) não era imputável a operações a jusante directamente determinadas. O Finanzamt autorizou um direito de dedução em relação a este remanescente com o coeficiente de 45,68%, tendo resultado um montante de imposto pago a montante dedutível de 1 567 616,74 DEM e um montante a reembolsar, em relação ao ano em causa, de 1 123 647,00 DEM.

13. A recorrente impugnou esta decisão na Quinta Secção do Niedersächsische Finanzgericht (a seguir «Finanzgericht») que, por sentença de 18 de Outubro de 2001, a julgou improcedente com o fundamento de que o Finanzamt imputara correctamente as despesas que a recorrente fizera no contexto da emissão de participações financeiras atípicas às operações isentas e, por consequência, não admitira a dedução da parte correspondente do imposto pago a montante. A recorrente interpôs recurso para o Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal) que, por acórdão de 18 de Novembro de 2004, revogou o acórdão proferido pelo Finanzgericht em 18 de Outubro de 2001 e ordenou a baixa do processo ao Niedersächsische Finanzgericht para repetição do julgamento.

14. O Niedersächsische Finanzgericht considera que a recorrente exerce actividades empresariais e actividades não empresariais.

15. Tendo dúvidas sobre como, no caso em apreço, a dedução e a repartição devem ser determinadas de acordo com as disposições comunitárias, o Niedersächsische Finanzgericht submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. Nos casos em que um sujeito passivo exerce simultaneamente uma actividade empresarial

e uma actividade não empresarial, o direito à dedução do imposto pago a montante determina-se de acordo com a relação entre as operações tributáveis e tributadas, por um lado, e as operações tributáveis e isentas, por outro (tese da recorrente), ou só se admite a dedução do imposto pago a montante na medida em que as despesas relacionadas com a emissão de acções e de participações [ocultas] forem imputáveis à actividade económica da recorrente, na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 77/388/CEE?

2. Caso só se admita a dedução do imposto pago a montante na medida em que as despesas relacionadas com a emissão de acções e participações [ocultas] sejam imputáveis à actividade económica: a [repartição] do imposto pago a montante relativo à actividade empresarial do relativo à actividade não empresarial deve ser efectuada de acordo com o chamado 'critério do investimento' ou – como alega a recorrente – é igualmente adequada de acordo com o 'critério da categoria das operações', por aplicação do artigo 17.º, n.º 5, da Directiva 77/388/CEE?»

16. Foram apresentadas alegações escritas pela recorrente, pela Comissão e pelos Governos alemão, português e do Reino Unido. Não tendo as partes requerido audiência, esta não teve lugar.

III – Análise jurídica

A – Principais argumentos das partes

17. Essencialmente, a *recorrente* sustenta que a totalidade do imposto pago a montante relacionada com a aquisição de novas participações financeiras é dedutível. Remetendo para o acórdão Kretztechnik (5), a recorrente alega que uma emissão de acções serve para aumentar o capital em proveito da sua actividade económica em geral. Como essa actividade inclui operações tributáveis e operações isentas, a dedução deve ser determinada, nos termos do artigo 17.º, n.º 5, da Sexta Directiva, de acordo com a relação entre as operações tributadas e tributáveis, por um lado, e as operações tributáveis e isentas, por outro.

18. O *Governo alemão* argumenta que só se admite a dedução do imposto pago a montante na medida em que as despesas relacionadas com a emissão de acções e de participações financeiras sejam imputáveis à actividade económica da recorrente. Afirma que uma parte do capital assim adquirido se destina à actividade não empresarial da recorrente, designadamente a participações financeiras noutras empresas. O *Governo alemão* sustenta que a separação do imposto a montante relativo à actividade empresarial do relativo à actividade não empresarial deve ser efectuada de acordo com o chamado «critério do investimento», ou seja, de acordo com a proporção em que os resultados do capital adquirido pela entrada de participações financeiras atípicas são destinados à actividade empresarial ou à actividade não empresarial.

19. O *Governo português* afirma que a dedução do IVA da recorrente só é admissível quanto à parte relacionada com as operações realizadas no âmbito da sua actividade empresarial e argumenta essencialmente que, no presente caso, o método mais adequado de separação consiste na aplicação do critério do investimento.

20. O *Governo do Reino Unido* observa, essencialmente, que a parte das despesas a montante relacionada com ou utilizada para a actividade não económica da recorrente não entra no cálculo da dedução de qualquer imposto a montante, porque essa parte não é de todo abrangida pelo sistema de dedução e deve ser completamente ignorada. Quanto à separação, o *Governo do Reino Unido* afirma, em substância, que não está prevista na Sexta Directiva e que esta é matéria deixada ao critério dos Estados-Membros.

21. Do ponto de vista da *Comissão*, o tratamento fiscal da actividade empresarial da recorrente

dependerá da aplicabilidade de um dos factores que dão direito à isenção. Embora as transacções de títulos estejam isentas de IVA, os fornecimentos de bens imobiliários podem, se for caso disso, ser tributados. Isto explica a divisão das actividades da recorrente em três partes: (i) operações não tributáveis; (ii) operações tributáveis mas isentas; e (iii) operações tributáveis. Contudo, é ao órgão jurisdicional de reenvio que compete proceder a um exame mais aprofundado deste ponto, à luz do caso que lhe foi submetido. Quanto à separação, a Comissão declara que utilizar o critério do investimento seria uma forma mais objectiva de proceder que, no entanto, deve reflectir suficientemente a realidade económica e, por conseguinte, ser calculado para cada ano fiscal.

B – *Apreciação*

1. Primeira questão

22. O órgão jurisdicional de reenvio considerou provado que a recorrente exerce tanto uma actividade económica (6) como uma actividade não económica. Dito isto, há que ter em atenção que, embora o artigo 4.º da Sexta Directiva atribua um alcance muito vasto ao IVA, esta disposição só abrange actividades que tenham carácter económico (7).

23. É jurisprudência assente que a simples aquisição e detenção de acções não é considerada uma actividade económica na acepção da Sexta Directiva. A simples aquisição de participações financeiras noutras empresas não equivale à exploração de património para dele obter rendimentos num base continuada (8). Por conseguinte, se a aquisição de participações financeiras noutras empresas não é por si só uma actividade económica na acepção da Sexta Directiva, resulta que o mesmo tem de ser verdade para a actividade oposta – nomeadamente, a venda de participações financeiras noutras empresas (9). Em contrapartida, as operações relativas a títulos podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do IVA, embora estejam isentas (10).

24. O Tribunal de Justiça declarou que uma sociedade civil que admite um sócio mediante entrega de numerário não efectua a esse sócio uma prestação de serviços a título oneroso na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Directiva (11). O Tribunal de Justiça chegou à mesma conclusão relativamente à emissão de acções para aumento do capital (12).

25. No acórdão Kretztechnik, o Tribunal declarou que uma sociedade que emite novas acções pretende aumentar o seu património através de capital suplementar, embora reconhecendo aos novos accionistas um direito de propriedade sobre uma parte do capital aumentado. Da perspectiva da sociedade emissora, o objectivo é o de adquirir capital e não o de fornecer serviços. Para o accionista, o pagamento dos montantes necessários ao aumento de capital não representa o pagamento de uma contrapartida, mas sim um investimento ou uma aplicação de capital (13).

26. Como a recorrente – não obstante os seus direitos enquanto sócia ou accionista – não participa directa nem indirectamente na administração (14) das sociedades cujas participações financeiras adquire, detém ou transfere, as suas actividades não podem ser consideradas actividade económica.

27. Foi no acórdão Rompelman que o Tribunal de Justiça pela primeira vez assinalou que o sistema de dedução se destina a libertar totalmente o empresário do fardo do IVA devido ou pago no decurso de todas as suas actividades económicas. O sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado garante, por conseguinte, a perfeita neutralidade, quanto à carga fiscal, de todas as actividades económicas, quaisquer que sejam os fins ou os resultados dessas actividades, na condição de as referidas actividades estarem, elas próprias, sujeitas ao IVA (princípio da

neutralidade) (15).

28. Esta última condição revela que, para o IVA ser dedutível, as operações a montante têm de ter uma ligação directa e imediata com as operações a jusante, conferindo o direito à dedução. No acórdão Inverstrand, o Tribunal de Justiça declarou que «o direito à dedução do IVA que incidiu sobre a aquisição de bens ou serviços a montante pressupõe que as despesas efectuadas com a sua aquisição tenham feito parte dos elementos constitutivos do preço das operações tributadas a jusante com direito à dedução» (16).

29. No n.º 36 do acórdão Kretztechnik, o Tribunal de Justiça declarou que «atendendo ao facto de, por um lado, a emissão de acções ser uma operação que não é abrangida pelo âmbito de aplicação da Sexta Directiva e de, por outro, essa operação ter sido efectuada pela Kretztechnik com vista a reforçar o seu capital em proveito da sua actividade económica geral, há que considerar que os custos das prestações adquiridas por esta sociedade no âmbito da operação em causa fazem parte das suas despesas gerais e são, enquanto tais, elementos constitutivos do preço dos seus produtos. Estas prestações têm, com efeito, uma relação directa e imediata com o conjunto da actividade económica do sujeito passivo» (17).

30. No n.º 37 do mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça acrescentou que «daqui resulta que, nos termos do artigo 17.º, n.os 1 e 2, da Sexta Directiva, existe a favor da Kretztechnik um direito à dedução da totalidade do IVA que onerou as despesas efectuadas por esta sociedade relativamente às diferentes prestações que adquiriu no âmbito da emissão de acções por si efectuada, desde que, contudo, a integralidade das operações efectuadas por esta sociedade no âmbito da sua actividade económica seja constituída por operações tributadas. Com efeito, se um sujeito passivo efectua ao mesmo tempo operações com direito a dedução e operações sem direito a dedução, apenas pode, nos termos do artigo 17.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, deduzir a parte do IVA proporcional ao montante respeitante às primeiras operações» (18).

31. Concordo com o órgão jurisdicional de reenvio, com o Governo alemão e com a Comissão, no sentido de que a situação da recorrente dificilmente se pode comparar à situação existente no processo Kretztechnik, em que a sociedade em questão efectuava unicamente operações tributadas a jusante (19).

32. No caso em apreço, a Comissão assinala justamente que, na medida em que a recorrente adquire, detém e transfere participações financeiras e outros direitos sem, no entanto, procurar fornecer sistematicamente um serviço a título oneroso, a sua actividade não reveste carácter económico e, por conseguinte, não é tributável. Na medida em que o IVA não é dedutível em relação a esta actividade, porque não tem carácter económico e não entra no âmbito de aplicação do IVA, está excluída a dedução do imposto, tanto mais que a actividade exercida mediante essas despesas não está abrangida pelo regime do IVA. Nessa medida, as despesas efectuadas no âmbito da emissão de acções e de participações financeiras atípicas não podem ser consideradas despesas gerais ou elementos constitutivos do preço, tendo uma relação directa e imediata com o conjunto da actividade económica da recorrente e sendo, como tal, dedutíveis.

33. Daqui decorre que a dedução do imposto a montante sobre as despesas relacionadas com a emissão de participações financeiras só se justifica se o capital adquirido desse modo for destinado à actividade económica da recorrente. Contudo, as despesas relacionadas com a emissão de acções ou de participações financeiras atípicas e imputáveis à actividade não económica da recorrente (ou seja, à aquisição, detenção ou venda de participações noutras empresas) não confere à recorrente direito à dedução do imposto.

34. De facto, como assinala o órgão jurisdicional de reenvio, ao contrário da situação no caso

Kretztechnik, a recorrente não exerce uma actividade produtiva. Daí decorre que as despesas relacionadas com a sua emissão de acções não foram despesas com efeitos *exclusivamente* no contexto da sua actividade económica.

35. Ao invés, como se depreende claramente das considerações precedentes, as despesas da recorrente reflectiram-se – pelo menos em parte – na sua actividade não económica. Importa assinalar que tanto da decisão de reenvio como das observações das partes decorre claramente que este facto não é controvertido.

36. Como já atrás lembrei, no acórdão Kretztechnik o Tribunal de Justiça apressou-se a acrescentar que, se um sujeito passivo efectua ao mesmo tempo operações com direito a dedução do IVA e operações sem direito a dedução, apenas pode, nos termos do artigo 17.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, deduzir a parte do IVA proporcional ao montante respeitante às primeiras operações (20).

37. Tenho de concluir que as despesas relacionadas com a emissão de acções e de participações financeiras atípicas por parte da recorrente não podem ser consideradas custos que fazem parte das suas despesas gerais e, enquanto tal, elementos constitutivos do preço dos seus produtos, tendo uma relação directa e imediata com o conjunto da actividade económica da recorrente (21).

38. Por conseguinte, se um sujeito passivo exerce simultaneamente uma actividade económica e uma actividade não económica, o montante do IVA sobre as despesas relacionadas com a emissão de acções ou participações financeiras atípicas só pode ser deduzido na medida em que essas despesas sejam correctamente imputáveis à actividade económica do sujeito passivo na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Directiva.

2. Segunda questão

39. Em vista da resposta que se propõe para a primeira questão, torna-se também necessário considerar a segunda questão, que diz essencialmente respeito ao método de separação do imposto a montante relativo à actividade económica do relativo à actividade não económica (e se o artigo 17.º, n.º 5, da Sexta Directiva deve ser aplicado *mutatis mutandis* a essa separação).

40. Importa assinalar que o artigo 17.º, n.º 5, da Sexta Directiva abrange operações em que o IVA é dedutível (operações tributáveis não isentas) e operações em que o IVA não é dedutível (operações tributáveis isentas). É possível inferir dos acórdãos Sofitam, Floridienne e Berginvest, Cibo Participations e EDM que as operações que não entram no âmbito de aplicação da Sexta Directiva devem ser excluídas do cálculo do *pro rata* de dedução referido nos artigos 17.º e 19.º da Sexta Directiva (22).

41. Contudo, nem o artigo 17.º nem o artigo 19.º ? nem, de resto, a própria Sexta Directiva – contêm qualquer disposição relativa aos métodos ou aos critérios que os Estados-Membros devem utilizar na separação dos montantes de imposto a montante relativos à actividade económica dos relativos à actividade não económica.

42. Perante o silêncio do legislador comunitário, intencional ou não, considero que o Tribunal de Justiça não pode enxertar no texto da Sexta Directiva condições específicas relativas à separação dos montantes do IVA em relação a actividades económicas e não económicas. Não considero adequado, como alega em especial a recorrente, aplicar as disposições da Sexta Directiva *mutatis mutandis* ou por analogia.

43. Consequentemente, como a Sexta Directiva não contém nenhuma disposição relativa ao

método de separação dos montantes de imposto a montante relativos à actividade económica dos relativos à actividade não económica, forçoso é concluir que esta matéria é da competência dos Estados?Membros (23).

44. No entanto, saliento que, quando se trata da separação dos montantes de imposto a montante relativos à actividade económica dos relativos à actividade não económica, o critério dos Estados?Membros não está isento de limites e que estes têm de observar determinados princípios decorrentes da Sexta Directiva, tal como interpretada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

45. A este respeito, observe-se que num caso que tinha a ver com um domínio diferente (designadamente, a utilização para fins particulares de património do activo de uma sociedade) mas em que se colocava uma questão semelhante, depois de observar que a Sexta Directiva «não contém as indicações necessárias à definição uniforme e precisa das regras para determinação do montante das despesas em causa» o Tribunal de Justiça declarou que «há que admitir que os Estados?Membros gozam de uma certa margem de apreciação no que respeita a tais regras, desde que não desrespeitem a finalidade e colocação da disposição em causa na economia da Sexta Directiva» (24).

46. O direito à dedução previsto no artigo 17.º e seguintes da Sexta Directiva faz parte integrante do mecanismo do IVA e não pode, em princípio, ser limitado. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, qualquer limitação do direito à dedução tem incidência no nível do encargo fiscal e deve aplicar-se igualmente em todos os Estados?Membros (25).

47. O método e os critérios utilizados pelos Estados?Membros para a separação devem ser de molde a assegurar o respeito dos objectivos prosseguidos pela Sexta Directiva. Por conseguinte, não devem contrariar o princípio da neutralidade fiscal sobre o qual repousa o sistema comum de IVA instaurado pela Sexta Directiva, que se opõe a que operadores económicos que efectuem as mesmas operações sejam tratados de forma diferente em matéria de cobrança do IVA (26).

IV – Conclusão

48. Por conseguinte, entendo que o Tribunal de Justiça deve responder do seguinte modo às questões submetidas pelo Niedersächsische Finanzgericht:

1) Quando um sujeito passivo exerce simultaneamente uma actividade económica e uma actividade não económica, a dedução do imposto pago a montante só é possível desde que as despesas relacionadas com a emissão de acções ou participações ocultas sejam correctamente imputáveis à actividade económica desse sujeito passivo, na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 77/388/CEE.

2) O método de repartição do imposto pago a montante relativo à actividade económica do relativo à actividade não económica é matéria deixada ao critério dos Estados?Membros. Ao fazerem uso dessa competência, os Estados?Membros devem garantir, em especial, o respeito do princípio da neutralidade fiscal.

1 – Língua original: inglês.

2 – Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados?Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios – sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (JO L 145, p. 1;EE 09 F1 p. 57, «Sexta Directiva»).

3 – O artigo 17.º, n.º 5, dispõe ainda que «Todavia, os Estados-Membros podem: a) autorizar o sujeito passivo a determinar um *pro rata* para cada sector da respectiva actividade, se possuir contabilidades distintas para cada um desses sectores; b) obrigar o sujeito passivo a determinar um *pro rata* para cada sector da respectiva actividade e a manter contabilidades distintas para cada um desses sectores; c) autorizar ou obrigar o sujeito passivo a efectuar a dedução com base na utilização da totalidade ou de parte dos bens e dos serviços; d) autorizar ou obrigar o sujeito passivo a efectuar a dedução, em conformidade com a regra estabelecida no primeiro parágrafo deste número, relativamente aos bens e serviços utilizados nas operações aí referidas; e) estabelecer que não se tome em consideração o imposto sobre o valor acrescentado que não pode ser deduzido pelo sujeito passivo, quando o montante respectivo for insignificante».

4 – BGBl 1979 I, p. 1953.

5 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 2005, Kretztechnik AG (C-465/03, Colect., p. I-4537).

6 – Não me parece necessário estabelecer uma distinção entre «actividade empresarial» e «actividade económica» para efeitos de IVA. Nestas conclusões utilizarei apenas a expressão «actividade económica», que é a utilizada na Sexta Directiva.

7 – V. acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA (EDM) (C-77/01, Colect., p. I-4295, n.º 47 e jurisprudência aí indicada). A este respeito, v. também o acórdão Kretztechnik, referido na nota 5, n.º 18. O Tribunal decidiu também que a expressão «actividades económicas» tem carácter objectivo, no sentido de que a actividade é considerada *per se*, independentemente do seu objecto ou resultados. V., *inter alia*, acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 2006, University of Huddersfield Higher Education Corporation (Colect., p. I-1751, n.º 47 e jurisprudência aí indicada).

8 – V. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Outubro de 2004, Banque Bruxelles Lambert AS (BBL) (C-8/03, Colect., p. I-10157, n.º 38).

9 – V. acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 2003, KapHag Renditefonds 35 Spreecenter Berlin-Hellersdorf 3. Tranche GbR (C-442/01, Colect., I-6851, n.º 40).

10 – V., *inter alia*, o acórdão BBL, referido na nota 8, nos 36 a 41 e a jurisprudência aí indicada.

11 – V. acórdão Kaphag, referido na nota 9, n.º 43.

12 – V. acórdão Kretztechnik, referido na nota 5, n.º 25.

13 – *Ibid.*, n.º 26.

14 – Neste sentido, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Setembro de 2001, Cibo Participations SA (C-16/00, Colect., p. I-6663).

15 – V. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1985, D.A. Rompelman e E.A. Rompelman-Van Deelen (C-268/83, Recueil, p. 655, n.º 19). V. também acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Fevereiro de 2001, Abbey National plc (C-408/98, Colect., p. I-1361, n.º 24 e jurisprudência aí indicada).

16 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2007, Investrand BV (C-435/05, Colect., p. I-0000, n.º 23 e jurisprudência aí indicada).

17 – Acórdão Kretztechnik, já referido na nota 5, e jurisprudência aí indicada.

18 – *Ibid.*, e jurisprudência aí indicada.

19 – *Ibid.* Isto significa que nesse caso a Kretztechnik obtinha capitais como sujeito passivo agindo nessa qualidade. Por conseguinte, o IVA sobre os montantes imputáveis a despesas gerais para toda a actividade económica era integralmente dedutível. V. um caso mais recente decidido pelo Tribunal de Justiça, Inverstrand, referido na nota 16.

20 – Acórdão Kretztechnik, referido na nota 5, n.º 37 e jurisprudência aí indicada.

21 – V. acórdão Kretztechnik, *ibid.*, n.º 36.

22 – V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1993, Sofitam SA (C-333/91, Colect., p. I-03513, n.os 13 e 14); de 14 de Novembro de 2000, Floridienne SA e Berginvest SA (C-142/99, Colect., I-9567, parte decisória); Cibo Participations, referido na nota 14, n.º 44; e acórdão EDM, referido na nota 7, n.º 54. No acórdão Floridienne e Berginvest, por exemplo, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 19.º da Sexta Directiva deve ser interpretado no sentido de que devem ser excluídos do denominador da fracção que serve de base ao cálculo do *pro rata* de dedução os dividendos distribuídos pelas filiais a uma holding que está sujeita ao IVA relativamente a outras actividades e que fornece a estas filiais serviços de gestão.

23 – Note-se que já nas suas alegações no processo Cibo Participations a Comissão salientou que, uma vez que o artigo 17.º da Sexta Directiva não contém nenhuma regra relativa às operações decorrentes de uma actividade económica que não caiam no âmbito de aplicação da Directiva, competirá aos Estados-Membros determinar o método segundo o qual será excluído o direito à dedução. V. conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl apresentadas no processo Cibo Participations, referido na nota 14, n.º 31.

24 – V., para o efeito, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2006, Hausgemeinschaft Jörg und Stefanie Wollny (C-72/05, Colect., p. I-8297, n.º 28). V. também acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Recueil, p. 113, Colect., p. 55, n.os 16 e 17).

25 – V., em especial, acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Julho de 1995, BP Soupergaz Anonimos Etairia Geniki Emporiki-Viomichaniki kai Antiprossopeion (C-62/93, Colect., p. I-1883, n.º 18 e jurisprudência aí indicada). V. também o décimo segundo considerando do preâmbulo da Sexta Directiva.

26 – V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Setembro de 2004, Cimber Air A/S (C-382/02, Colect., p. I-8379, n.os 23 e 24), e de 8 de Dezembro de 2005, Jyske Finans A/S (C-280/04, Colect., p. I-10683, n.º 39),