

LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO

Mónica Neves

Enquadramento da questão

Com o presente trabalho visa-se apresentar uma panorâmica geral sobre o estado actual da jurisprudência comunitária face à questão da designada “tributação à saída”, quer de pessoas singulares – sobre a qual o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias se pronunciou, pela primeira vez, no acórdão C-9/02 (“Lasteyrie du Saillant”), de 11 de Março de 2004 –, quer de pessoas colectivas e estabelecimentos estáveis – a qual se verifica na maioria dos Estados-membros da União Europeia e, talvez a breve prazo, em Portugal, uma vez que a Lei do Orçamento de Estado de 2004 autorizou o Governo, no artigo 30.º, n.º 3, a proceder à tributação de mais-valias latentes aquando da transferência do domicílio fiscal de sociedades e de estabelecimentos estáveis sitos em território nacional.

This article provides a general overview of Community case law on exit taxation regarding natural persons, focusing on the Court of Justice’s first-ever judgement on this matter, case C-9/02 (“Lasteyrie du Saillant”), March 11 2004, as well as legal persons and permanent establishments, subject to exit taxation in the majority of EU Member States and possibly, within a short term, also in Portugal, since article 30, number 3 of 2004 Finance Act authorises the Government to enact a law on taxation of unrealized capital gains by virtue of the transfer of the fiscal residence of Portuguese companies and permanent establishments domiciled in Portuguese territory.

1. O acórdão C-9/02: inadmissibilidade da tributação de mais-valias não realizadas em virtude da mera transferência do domicílio fiscal de pessoas singulares no âmbito da União Europeia

1.1. O litígio

Em Setembro de 1998, Hughes de Lasteyrie du Saillant, nacional francês, transferiu o seu domicílio fiscal do respectivo país de origem para a Bélgica. Em virtude deste facto, foi tributado em França sobre

mais-valias mobiliárias não realizadas, uma vez que detinha participações sociais representativas de mais de 25% do capital social de determinada sociedade, sujeito passivo de imposto sobre as sociedades no mesmo país.

Com efeito, o artigo 167.º bis do “Code Général des Impôts” (CGI) determinava a sujeição imediata dos contribuintes, com residência fiscal em França, durante pelo menos seis dos últimos dez anos, que se preparassem para transferir para fora do referido país o seu domicílio fiscal a uma tributação calculada sobre mais-valias latentes¹.

O mesmo artigo, no seu parágrafo II, previa ainda a possibilidade de o contribuinte beneficiar de uma suspensão do pagamento do imposto, até ao momento em que se efectuasse a transmissão, o resgate, o reembolso ou a anulação dos direitos sociais em causa, desde que requeresse tal benefício e preenchesse as seguintes condições:

- a) declaração do montante das mais-valias latentes;
- b) designação de um representante fiscal domiciliado em França;
- c) apresentação ao fisco francês, após a partida de França, de uma declaração anual indicando o montante cumulado dos impostos em situação de suspensão de pagamento;
- d) constituição, antes da sua partida, de garantias que assegurassem devidamente o crédito fiscal, as quais poderiam consistir num pagamento em numerário, créditos sobre o Tesouro, numa caução, valores mobiliários (incluindo os títulos que originassem tributação), depósito de mercadorias, hipotecas ou num penhor de um estabelecimento comercial.

O parágrafo III do referido artigo estabelecia que “no termo do prazo de cinco anos seguintes à data da partida, ou na data em que o contribuinte transfira novamente o seu domicílio para França, se este último evento for anterior, o imposto liquidado (...) será oficiosamente reduzido, na medida em que se refira a mais-valias relativas aos direitos sociais que, nessa data, continuem no património do contribuinte”.

¹ Cfr. parágrafo 3 do acórdão.

A questão em causa consiste em saber se o regime de tributação acima descrito é ou não compatível com o princípio da liberdade de estabelecimento, consagrado no artigo 43.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE)².

1.2. A decisão do Tribunal de Justiça

1.2.1. A existência de uma restrição³ à liberdade de estabelecimento

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) considerou que o artigo 167.º bis do CGI restringia a liberdade de estabelecimento, constante do artigo 43.º do TCE⁴, na medida em que sujeitava o contribuinte ao pagamento de um imposto sobre mais-valias não realizadas, pelo simples facto de aquele optar por transferir o seu domicílio fiscal para outro Estado-membro (EM) – provocando, por isso, um efeito dissuasivo relativamente aos contribuintes que desejassem instalar-se noutra EM⁵, uma vez que o imposto não seria devido se o contribuinte permanecesse em França, sendo, neste caso, as mais-valias tributáveis apenas quando e na medida em que fossem efectivamente realizadas.

Por outro lado, o Tribunal entendeu que a possibilidade de se requerer a suspensão do pagamento do imposto tão pouco assegurava o pleno exercício da liberdade de estabelecimento pelos contribuintes

² A questão foi suscitada pelo “Conseil d’État” em sede de reenvio prejudicial para o TJCE, no âmbito de um processo judicial que opunha Hughes de Lasteyrie du Saillant à administração fiscal francesa.

³ Como se sabe, a aplicação pelo Tribunal das liberdades fundamentais, constantes do TCE, tem assentado sobretudo na proibição da discriminação. Contudo, o TJCE tem vindo também a fazer uso da designada “proibição de restrições” para fundamentar a aplicação de tais liberdades nos casos em que o método da “comparabilidade de situações”, inerente ao princípio da não-discriminação (a qual assenta, tradicionalmente, na verificação de um tratamento diferenciado injustificado, em razão da nacionalidade dos sujeitos), se revele não ser a abordagem mais apropriada – como é o caso das barreiras fiscais impostas pelo Estado Membro de origem, nomeadamente a tributação “à saída” – cfr., nomeadamente, Francesco Tesoro, “The role of the Court of Justice in the field of indirect taxation”, ponto 2.5., site da União Europeia, mais precisamente “europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation”, bem como Moris Lehner, “Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty”, EC Tax Review, 2000/1, pp. 7 e ss. Note-se, no entanto, que o Tribunal, apesar de não enveredar por uma análise da situação com base no princípio da não-discriminação, refere-se, ainda assim, à existência de “um tratamento desvantajoso relativamente a uma pessoa que mantenha a sua residência em França” (cfr. parágrafo 46 do acórdão).

⁴ Desnecessário será referir, a este propósito, que o referido artigo vincula tanto o EM de partida, como o EM de acolhimento – conforme, aliás, relembra o Tribunal no parágrafo 42 do acórdão.

⁵ Parágrafos 45 e 46 do acórdão. Note-se que, a par do Advogado-Geral Mischo e da Comissão, também o Governo português considerou que o artigo 167.º bis do CGI implicava entraves ao exercício da liberdade de estabelecimento – v. parágrafo 22 do acórdão.

que optassem por transferir a sua residência para outro EM, uma vez que tal suspensão não era automática, operando apenas mediante o preenchimento de vários requisitos, designadamente a nomeação de um representante fiscal e a constituição de garantias da dívida tributária – as quais comportam, em si mesmas, um efeito restritivo das liberdades fundamentais previstas no TCE, na medida em que privam o contribuinte do gozo do património sobre o qual incidem⁶.

Como bem salientou o Advogado-Geral, no caso específico de terem sido dados em garantia valores mobiliários, o efeito restritivo da livre circulação decorre, não do facto de o contribuinte não os poder alienar, pois a respectiva alienação daria lugar a tributação mesmo que o contribuinte tivesse permanecido em França, mas da circunstância de tais activos não poderem ser afectos a outros fins, nomeadamente, não poderem ser utilizados como garantia pessoal^{7/8}.

1.2.2. Justificação da restrição da liberdade de estabelecimento

Constatada a existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento, o TJCE procedeu, de seguida, à análise da possibilidade de justificação de tal restrição.

No seguimento de outras decisões sobre restrição das liberdades fundamentais previstas no TCE, o Tribunal começou por salientar que uma medida susceptível de entravar a liberdade de estabelecimento apenas pode ser admitida se: i) se justificar por “razões imperiosas de interesse geral”⁹, que legitimem a prossecução de determinado objectivo, ii) for adequada a garantir a realização do mesmo objectivo e iii) for proporcional, ou seja, se não ultrapassar o estritamente necessário para atingir tal objectivo¹⁰.

⁶ Cfr. parágrafos 47 do acórdão e 44 das conclusões do Advogado-Geral.

⁷ Parágrafo 45 das conclusões do Advogado-Geral.

⁸ O Advogado-Geral, seguindo o entendimento da Comissão, salientou também que um sistema de tributação como o constante do artigo 167.º restringia a liberdade de estabelecimento por constituir um obstáculo a operações de reestruturação, reagrupamento ou fusão da sociedade em que o contribuinte é accionista, uma vez que tais operações comportam necessariamente uma entrada ou uma troca de títulos, a anulação dos títulos anteriores e a emissão de novas acções, beneficiando estas operações de um adiamento da tributação, preenchidas certas condições legais previstas na legislação fiscal francesa – adiamento este que deixava de ser possível em caso de transferência do domicílio para o estrangeiro, uma vez que se tornavam imediatamente tributáveis por força do artigo 167.º bis do CGI – cfr. parágrafo 46.

⁹ Cfr. artigo 46.º TCE.

¹⁰ Parágrafo 49 do acórdão. A própria aplicação não discriminatória da medida restritiva é um requisito inerente à sua aceitação – o qual, apesar de não estar expressamente enunciado no acórdão, decorre implicitamente da argumentação

Foram então apreciados os seguintes argumentos no sentido da justificação da restrição da liberdade de estabelecimento operada pela lei fiscal francesa:

a) Perda de receitas fiscais

No seguimento de jurisprudência constante nesta matéria, o TJCE considerou que a simples perda de receitas sofrida por um EM em razão da transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para outro EM, no qual a regulamentação fiscal seja diferente e, eventualmente, mais vantajosa para aquele, não pode, em si mesma, justificar uma restrição ao direito de estabelecimento¹¹.

b) Luta contra a evasão fiscal e a eficácia dos controlos fiscais

A prevenção do risco da evasão fiscal foi o argumento-chave apresentado pelo Governo francês para justificar a tributação de mais-valias latentes “à saída”, segundo o qual a norma constante do artigo 167.º bis do CGI fora inspirada pelo comportamento de determinados contribuintes, consistente na transferência temporária do seu domicílio fiscal antes de cederem os respectivos valores mobiliários, com o único fim de eludir o pagamento do imposto sobre as mais-valias em França – verificando-se, assim, o uso abusivo da liberdade de estabelecimento com o objectivo de se contornar a lei fiscal¹².

Não obstante o facto de quer a luta contra a evasão fiscal, quer a necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais, constituírem objectivos que justifiquem a restrição às liberdades fundamentais do Tratado¹³, a norma em causa foi considerada claramente desproporcionada para o efeito de prossecução de tais objectivos.

utilizada pelo TJCE ao longo de todo o acórdão.

¹¹ Parágrafo 60 do acórdão.

¹² Parágrafo 25 do acórdão.

¹³ Neste sentido, parágrafo 57 das conclusões do Advogado-Geral, o qual refere jurisprudência que havia reconhecido o carácter de exigência imperiosa à necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais e a luta contra a evasão fiscal.

No que respeita ao propósito de evitar a fraude fiscal, quer o Advogado-Geral, quer o TJCE assinalaram que a referida disposição normativa era manifestamente desproporcionada relativamente ao objectivo a alcançar, e, logo, insusceptível de restringir de forma justificada uma liberdade fundamental do Tratado, uma vez que ia muito para além do propósito de acautelar o risco de transferências temporárias de domicílio fiscal, operadas apenas com o propósito de se evitar a tributação sobre mais-valias resultantes da alienação de valores mobiliários, que, de outro modo, aí seria devida.

Neste sentido, teceram-se as seguintes considerações:

- i) o artigo 167.º bis do CGI, ao ser aplicável a qualquer situação em que um contribuinte, detentor de participações substanciais numa sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades em França, transferisse, por qualquer razão, o seu domicílio para fora do mesmo país, estabelece uma presunção geral de evasão ou de fraude fiscal – inadmissível face ao princípio da proporcionalidade, pela simples razão de que a transferência do domicílio de uma pessoa singular para fora do território de um EM não implica, em si mesma, a existência de evasão fiscal¹⁴;
- ii) o carácter desproporcionado da referida disposição normativa resulta igualmente do tratamento diferenciado a que fica sujeito um contribuinte que permaneça no estrangeiro por mais de cinco anos, após a sua partida de França, consoante aliene os seus títulos antes ou após ter decorrido tal período^{15/16} – não sendo justificáveis diferenças de tratamento “à luz do objectivo de prevenção das deslocalizações artificiais, e portanto temporárias¹⁷, entre uma pessoa que venda os seus títulos após cinco anos e a que os ceda após quatro anos ou, mesmo, um ano”¹⁸;

¹⁴ Parágrafos 51 e 52 do acórdão.

¹⁵ Como foi já referido, só se tivesse decorrido um período de cinco anos após a transferência de domicílio para outro EM, podia o contribuinte, que não houvesse cedido os seus títulos, beneficiar da redução oficiosa do imposto, prevista no parágrafo III do artigo 167.º bis do CGI.

¹⁶ Parágrafos 53 e 54 do acórdão e 61 das conclusões do Advogado-Geral.

¹⁷ Invocando os argumentos apresentados pelo Advogado-Geral, o TJCE salientou que o propósito de evitar a evasão fiscal seria perfeitamente prosseguido se estivesse prevista a possibilidade de tributação do contribuinte que, após uma estadia relativamente breve noutro EM (leia-se, obviamente, estadia suficientemente longa que permitisse o residente ser considerado residente no EM de destino), voltasse para França após ter realizado as suas mais-valias – o que evitaria afectar a situação dos contribuintes que tenham por único objectivo exercer, com inteira boa fé, a sua liberdade de estabelecimento noutro EM – isto sem prejuízo de incumbir à Administração fiscal competente comprovar, caso a caso, a existência de evasão fiscal.

¹⁸ Parágrafo 61 das conclusões do Advogado-Geral.

iii) as condições de que dependia a suspensão do pagamento do imposto eram, em si mesmas, susceptíveis de restringir as liberdades fundamentais consagradas no TCE, não podendo, por isso, ser invocadas para prosseguir o objectivo de prevenir a evasão fiscal¹⁹, nem o da preservação da eficácia dos controlos fiscais²⁰.

Em relação à preservação dos controlos fiscais, o Advogado-Geral salientou que a regra nacional francesa não tinha considerado a existência de diversos instrumentos susceptíveis de facilitar a cobrança do imposto devido por um contribuinte que tenha transferido o seu domicílio fiscal para outro EM, nomeadamente a cláusula de “assistência à cobrança”, em regra prevista nas convenções destinadas a evitar a dupla tributação e a Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro, relativa à assistência mútua em matéria de impostos directos²¹.

c) Coerência do sistema fiscal francês

O Governo holandês tentou criar um paralelismo com o caso “Bachmann”²², alegando estar em causa uma isenção temporária da tributação do aumento do património, que as mais-valias traduzem, sendo este aumento tributado apenas no momento da sua realização – isenção essa que não deve ser concedida quando, devido à transferência do domicílio fiscal, a tributação deixe de estar garantida.

O TJCE rejeitou esta posição, invocando os argumentos apresentados pelo próprio Governo francês, no sentido de que a *ratio* do artigo 167.º CGI não era a de garantir a tributação, de modo geral, de mais-valias em caso de transferência do domicílio de um contribuinte para fora de França, mas sim a de impedir a evasão fiscal, prevenindo as transferências temporárias de domicílio motivadas

¹⁹ Parágrafos 56 e 57 do acórdão.

²⁰ Objectivo sobre o qual o TJCE não se pronunciou directamente, contrariamente ao Advogado-Geral.

²¹ Parágrafo 67 das conclusões do Advogado-Geral – o qual assinalou também, a propósito das modalidades de depósito de garantias, a existência de uma discriminação quanto aos títulos não cotados numa bolsa francesa, uma vez que estes não eram aceites pela legislação fiscal francesa como garantia da dívida tributária.

²² C-204/90; 28 de Fevereiro de 1992. Como se sabe, neste caso o TJCE aceitou o argumento da preservação da coerência do sistema fiscal belga como justificação de uma medida, à partida discriminatória, consistente na recusa de dedução dos valores pagos a título de prémios de seguro de velhice e morte, pelo facto de serem objecto de pagamento na Alemanha e não na Bélgica, uma vez que tal restrição era compensada com a não tributação dos montantes posteriormente devidos pelas seguradoras, em cumprimento dos contratos de seguro.

exclusivamente por razões fiscais – constatação confortada, nas palavras do Tribunal, pelo facto de a legislação fiscal francesa prever um desagravamento de qualquer tributação incidente sobre mais-valias que se realizem no país para o qual o contribuinte tenha transferido o seu domicílio^{23/24}.

Por seu turno, o Advogado-Geral referiu também que a regra de base de tributação das mais-valias no sistema fiscal francês é a tributação das mais-valias realizadas, ou seja, de um rendimento, e não a tributação periódica do eventual acréscimo do valor do património – assim sendo, a sujeição dos (futuros) não residentes a um imposto incidente sobre mais-valias latentes constituiria uma excepção ao regime geral de tributação de mais-valias e, como tal, uma excepção à própria coerência do sistema fiscal francês²⁵.

d) Repartição do poder fiscal entre o Estado de partida e o Estado de acolhimento

O TJCE recusou este argumento, apresentado pelo Governo alemão, segundo o qual o artigo 167.º bis do CGI constitui um regime de repartição do poder fiscal entre o Estado de partida e o Estado de destino – garantindo o pagamento do imposto sobre mais-valias constituídas até ao momento de partida do

²³ Parágrafos 65 e 66 do acórdão. Com efeito, o artigo 167, parágrafo II, n.º 3 estabelece que “o imposto pago localmente pelo contribuinte e relativo à mais-valia efectivamente realizada fora de França é imputável no imposto sobre o rendimento liquidado em França, se for comparável a esse imposto”, ou seja, desde que configure um imposto pessoal sobre o rendimento sobre mais-valias resultantes da cessão de valores mobiliários ou de direitos sociais e seja calculado sobre o preço ou sobre o valor de aquisição dos títulos à data de transferência de domicílio fiscal para fora de França – cfr. Jean Groux, “L’exit tax de l’article 167 bis du CGI, mise à mal par la Cour de Justice de Luxembourg, a-t-elle encore un avenir?”, *Bulletin Fiscal*, 5/04, Éditions Francis LeFebvre, ponto 4, pp. 303., o qual salienta que o referido sistema de imputação não será, contudo, aplicável se para a legislação fiscal do Estado de acolhimento apenas relevar, no cálculo do respectivo imposto, o acréscimo de valor dos títulos após a data de fixação da residência fiscal do contribuinte nesse Estado. O mesmo autor assinala ainda a ausência de disposição normativa, no sistema fiscal francês, que preveja a eliminação de dupla tributação, na eventualidade de sobre o contribuinte, sujeito ao imposto sobre mais-valias latentes, seja no momento da transferência do respectivo domicílio fiscal (designadamente, por não ter apresentado as garantias exigidas para que se verifique a suspensão do pagamento do imposto), seja no decurso dos cinco anos seguintes, por não ter cumprido as obrigações declarativas que sobre ele impendem, incidir um imposto sobre mais-valias efectivamente realizadas, aquando da cessão dos respectivos valores mobiliários, decorrido o referido período de cinco anos.

²⁴ O Advogado-Geral foi mais longe, ao alegar, com base no entendimento da Comissão, que “as disposições em causa, ao preverem a tributação de mais-valias na esfera dos contribuintes que já não são residentes, estão em contradição com a exigência de coerência do sistema fiscal, pois que este reconhece como princípio, nomeadamente aplicado na convenção franco-belga de prevenção da dupla tributação, a tributação das mais-valias pelo Estado de residência do contribuinte” – parágrafo 78 das conclusões (na esteira, aliás, da argumentação produzida pelo Tribunal no acórdão Wielockx – C-80/94; 11 de Agosto de 1995).

²⁵ Parágrafo 79 das conclusões.

contribuinte²⁶ – dado o litígio não incidir sobre a repartição, entre Estados-Membros, do poder de tributar nem sobre o direito de as autoridades francesas tributarem mais-valias latentes ao pretenderem reagir a transferências de domicílio artificiais, mas sim sobre a questão de saber se as medidas adoptadas com essa finalidade são conformes às exigências da liberdade de estabelecimento²⁷.

1.3. Conclusão

Face ao exposto, parece ficar definitivamente precludida a possibilidade de sujeição de pessoas singulares, nacionais de qualquer EM²⁸, a uma tributação de mais-valias não realizadas, cujo facto gerador de imposto seja, unica e exclusivamente, a transferência do domicílio fiscal de um EM para outro – entendimento este que saíu reforçado com o “parecer fundamentado”²⁹ apresentado pela Comissão em Abril de 2004³⁰, mediante o qual requereu à Alemanha^{31/32} que revogasse o respectivo

²⁶ Note-se que tal disposição, mesmo que se tratasse uma norma regulativa da repartição do poder fiscal entre o EM de partida e o EM de acolhimento, não seria aplicável neste caso, uma vez que a convenção franco-belga para a eliminação da dupla tributação prevê a tributação das mais-valias apenas no Estado de residência do contribuinte, não tendo a França feito uso da reserva aposta ao n.º 5 do artigo 13.º da Convenção Modelo da OCDE, segundo a qual dispõe da possibilidade de “aplicar as disposições da sua legislação relativa à tributação dos ganhos provenientes da alienação de acções ou de direitos que façam parte de uma participação substancial no capital de uma sociedade residente em França” – para uma enunciação dos ADT celebrados pela França onde foi aposta a reserva ao disposto no n.º 5 do artigo 13.º da Convenção-Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património, v. Jean Groux, *ob. cit.*, ponto 17, pp. 314.

²⁷ Parágrafo 68 do acórdão.

²⁸ Sem esquecer os cidadãos dos países signatários do Acordo de 2 de Maio de 1992 (actualmente, a Islândia, Noruega e Liechtenstein, uma vez que a Áustria, a Finlândia e a Suécia aderiram, como se sabe, à UE em 1995), o qual instituiu o Espaço Económico Europeu, centrado na aplicação naqueles Estados das quatro liberdades do mercado único. Também a Suíça é abrangida pela liberdade de circulação de pessoas no mercado único, por força do acordo celebrado com a Comunidade Europeia em Junho de 1999.

²⁹ Previsto no artigo 226.º TCE.

³⁰ V. “Press Releases”, site da União Europeia (www.europa.eu.int).

³¹ Nos termos da lei fiscal alemã, as pessoas singulares sujeitas a uma obrigação fiscal ilimitada na Alemanha durante um período de, pelo menos, dez anos, que detiverem, directa ou indirectamente, uma participação social representativa de, pelo menos, 1% do capital de uma sociedade alemã de responsabilidade limitada, nos últimos cinco anos, encontram-se sujeitas a imposto sobre mais-valias latentes se transferirem a sua residência para outro país – contrariamente aos residentes, que apenas são sujeitos passivos de imposto por mais-valias efectivamente realizadas.

³² De acordo com o mesmo documento, a Comissão encontra-se também a proceder à verificação da compatibilidade da legislação relativa à tributação “à saída” vigente noutros Estados-membros com o Direito Comunitário.

regime de tributação “à saída”, por ser incompatível com as liberdades fundamentais previstas no TCE³³, invocando, para o efeito, o acórdão C-9/02³⁴.

Do exposto conclui-se também que, a existir uma tributação incidente sobre mais-valias latentes aquando da transferência do domicílio fiscal do contribuinte para outro EM, só não será discriminatória se se operar a suspensão automática e incondicional da tributação (o que, na prática, corresponderá a uma não sujeição) – sendo o imposto apenas *accionável* se a administração fiscal comprovar, no caso concreto – nomeadamente, em virtude do *rápido* regresso do contribuinte ao país de origem – que a transferência teve como propósito contornar a lei fiscal.

2. Admissibilidade da tributação de mais-valias não realizadas em virtude da transferência do domicílio fiscal de pessoas colectivas e de estabelecimentos estáveis no âmbito da União Europeia

A questão que imediatamente surgiu na sequência do caso “Lasteyrie du Saillant” foi a de saber se a respectiva decisão judicial poderia também conduzir à invalidação da tributação incidente sobre pessoas colectivas que decidam transferir a respectiva sede e direcção efectiva para um EM diverso daquele ao abrigo do qual haviam sido constituídas³⁵, bem como sobre estabelecimentos estáveis, aquando da cessação da respectiva actividade em determinado EM..

Por outras palavras, está em causa saber em que medida as considerações tecidas pelo TJCE, em torno da inadmissibilidade da tributação de mais-valias latentes em virtude da transferência da residência fiscal por um contribuinte pessoa singular, seriam aplicáveis a disposições sobre tributação de mais-valias latentes incidentes sobre pessoas colectivas, em virtude da transferência do respectivo domicílio

³³ Note-se que a Comissão invoca não só as liberdades ditas de “cariz económico”, previstas nos artigos 39.º (liberdade de circulação de trabalhadores) e 43.º (liberdade de estabelecimento, referente a actividades não assalariadas) do TCE, mas também o artigo 18.º TCE (não focado pelo TJCE), que consagra a liberdade de circulação de pessoas, pelo facto de serem cidadãos europeus.

³⁴ A Comissão considerou que a violação do Direito Comunitário resulta não do facto de a Alemanha tributar mais-valias latentes, mas antes de o respectivo regime de tributação ser accionado apenas quando os contribuintes pretendam transferir a sua residência para outro EM.

³⁵ Já na sua comunicação de 24.11.2003, a Comissão Europeia, ao aludir às conclusões do Advogado-Geral Mischo no processo C-9/02 a propósito da problemática dos “impostos à saída”, referira não ser de excluir a possibilidade de se vir a aplicar também às pessoas colectivas uma interpretação incondicional das liberdades de circulação e, logo, preclusiva da tributação em virtude da transferência da respectiva residência fiscal - cfr. COM (2003) 726 final, pp. 9.

fiscal dentro da União Europeia (UE), disposições essas que se encontram previstas na maioria dos EM – e agora, possivelmente, também em Portugal, se a autorização legislativa, constante da Lei do Orçamento de Estado (LOE) de 2004, for concretizada³⁶.

O pressuposto fundamental da uma eventual “invalidação” da sujeição de pessoas colectivas a impostos “à saída” consiste na interpretação, mais ou menos ampla, do âmbito de aplicação da liberdade fundamental de estabelecimento, prevista no artigo 43.º, em conjugação com o artigo 48.º, do TCE, em particular quanto ao EM de partida – pelo que se apresentam, de seguida, algumas das mais relevantes decisões do TJCE sobre esta matéria e respectivas implicações quanto à admissibilidade, ou não, da tributação “à saída” perante o Direito Comunitário.

2.1. O caso “Daily Mail”

Não constitui novidade afirmar que o principal litígio conexo com esta problemática, presente, até agora, ao TJCE, foi o caso “Daily Mail”³⁷. Convém, no entanto, salientar que a questão *sub iudice* não incidia directamente sobre a admissibilidade de uma norma visando a tributação de mais-valias latentes em virtude da transferência da residência fiscal (correspondente, na altura, ao conceito de administração

³⁶ O n.º 3 do artigo 30.º da LOE 2004 estabelece o seguinte: “Fica o Governo autorizado a aditar aos Códigos do IRC e IRS novas disposições a prever o seguinte: a) Na determinação do lucro tributável do exercício da cessação de actividade, por transferência da sede e direcção efectiva de sociedades para fora do território português, devem considerar-se como componentes positivas ou negativas as diferenças verificadas entre os valores de mercado e os respectivos valores contabilísticos fiscalmente aceites dos elementos patrimoniais, excepto quando tais elementos fiquem afectos a um estabelecimento estável situado em território português da mesma entidade, podendo, nesse caso, ser aplicável o disposto no artigo 68.º; b) O disposto na primeira parte da alínea anterior deve igualmente considerar-se aplicável, com as necessárias adaptações, na determinação do lucro tributável imputável a um estabelecimento estável de uma entidade não residente situado em território português no exercício em que cesse totalmente o exercício da sua actividade em território português ou quando se trate de elementos patrimoniais que, estando previamente afectos a um estabelecimento estável situado em território português, sejam transferidos para o estrangeiro; c) Consideram-se como mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos ou perdas que sejam apurados nas partes do capital de uma sociedade à data em que tiver lugar a transferência da sede e direcção efectiva para fora do território português”.

³⁷ C-81/87; 27 de Setembro de 1988. A legislação fiscal britânica proibia as sociedades de transferirem o seu domicílio fiscal do Reino Unido para outro país sem autorização da administração fiscal britânica. A sociedade “Daily Mail and General Trust plc”, uma *holding* constituída ao abrigo da lei comercial britânica, requereu à administração fiscal do Reino Unido a referida autorização, com o objectivo principal de vender parte dos seus activos (e, graças ao produto dessa venda, comprar novamente uma parte das suas próprias acções) sem ter de pagar os impostos que incidiriam sobre estas operações de acordo com a legislação fiscal britânica, nomeadamente no que respeita às importantes mais-valias relativas aos títulos que aquela sociedade se propunha vender. No entanto, a sociedade “Daily Mail” acabou por abrir um escritório de gestão de investimentos na Holanda sem esperar por aquela autorização.

central)³⁸, versando antes sobre o abuso do exercício da liberdade de estabelecimento prevista no TCE, ou seja, sobre a questão de “saber se, mediante o exercício da liberdade fundamental garantida pelo Direito Comunitário de mudança da sede de um país para outro – em nome da liberdade de estabelecimento assegurada pelo art. 43º do Tratado CEE – uma empresa comunitária poderia deslocar uma importante massa de mais-valias não realizadas para um país onde a sua realização não implicaria uma dívida fiscal”^{39/40}.

Com efeito, a sociedade “Daily Mail” visava evitar a sujeição à tributação, no Reino Unido, de mais-valias resultantes da alienação, *efectivamente* pretendida por aquela, de participações sociais, tributação essa que seria devida se a respectiva cessão ocorresse antes da transferência do seu domicílio fiscal para a Holanda⁴¹.

O Advogado-Geral Darmon tocou a problemática do exercício abusivo da liberdade de estabelecimento, ao referir que a transferência da administração principal para outro EM poderia ser encarada como uma

³⁸ Isto porque, na altura, a lei fiscal britânica apenas previa a tributação de mais-valias realizadas – contudo, com a aprovação do “1988 Finance Act”, as sociedades não constituídas ao abrigo da lei comercial britânica passaram a ficar sujeitas, aquando da transferência da sua residência fiscal (ou seja, da sua direcção efectiva) para outro país, a um imposto sobre mais-valias latentes incidente sobre os respectivos bens, salvo aqueles que ficassem afectos a um estabelecimento estável sito no Reino Unido; tal imposto não incidia sobre sociedades britânicas, dado que, por força do mesmo diploma, o local de constituição/sede societária passou a constituir um dos critérios de residência fiscal, pelo que, mesmo que uma sociedade britânica decidisse transferir a sua direcção efectiva para outro país, continuava a ser considerada residente, para efeitos fiscais, no Reino Unido, *caducando*, assim, a necessidade de concessão de autorização da transferência de residência pelo Fisco britânico – a este propósito v. Francisco Sousa da Câmara, “A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação”, em *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Fisco, Lex, Lisboa 2003, pp. 258, nota 115; Geoffrey Pink, “U.K. Finance Act 1988”, *European Taxation*, Dezembro 1988, pp. 408; David Ross, “Movement of Capital: Treasury Consents”, *European Taxation*, Outubro 1990, pp. 311 e 312.

³⁹ J.L. Saldanha Sanches, “Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal”, em *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Fisco, Lex, Lisboa, 2003, ponto 1.d), pp. 325, concluindo que a questão poderia ter sido resolvida “mediante a aceitação do princípio da nulidade de efeitos fiscais dos actos praticados em fraude à lei fiscal” – pp. 326.

⁴⁰ Neste sentido apontavam também as perguntas endereçadas pelo tribunal *a quo* ao TJCE (parágrafo 9), que versavam sobre a compatibilidade com a liberdade de estabelecimento de disposições normativas que proibissem a transferência da direcção e administração principal para outro EM sem prévia autorização, se dessa maneira fosse viável a fuga ao pagamento de impostos sobre rendimentos ou lucros *já auferidos* ou que *seriam exigíveis se mantivesse* a sua direcção e administração principal no mesmo EM.

⁴¹ Conforme também se conclui do parágrafo 8 do acórdão, que refere que a administração fiscal britânica propusera à sociedade “Daily Mail” que esta vendesse pelo menos uma parte dos títulos em causa antes da transferência do domicílio fiscal para fora do Reino Unido.

forma de exercício da liberdade de estabelecimento, desde que se comprovasse que tal transferência reflectia uma integração genuína da sociedade na vida económica do EM de destino⁴².

O Advogado-Geral concluiu também que, embora o Direito Comunitário não permitisse que um EM fizesse depender a transferência da sede efectiva de determinada sociedade de uma prévia aprovação por parte daquele, tal não obstava a que o mesmo EM acertasse a situação fiscal relativamente aos bens que fossem afectados pela transferência⁴³.

Tal desarmonia de soluções devia-se, no entender do Advogado-Geral, ao facto de certos EM estatuírem a dissolução e liquidação das sociedades que pretendessem transferir a respectiva direcção efectiva para outro país (consagrando a teoria da *direcção efectiva*), fazendo incidir a tributação sobre o património da sociedade extinta, incluindo as mais-valias latentes, enquanto que outros EM previam a possibilidade de manutenção da personalidade jurídica da sociedade que visava transferir a respectiva direcção efectiva para outro país (teoria da *constituição*) – assim, por força do princípio da igualdade entre EM e em face da ausência de harmonização da legislação comunitária nesta matéria, a tributação dos EM “à saída” seria, segundo o Advogado-Geral, admissível, independentemente de os respectivos ordenamentos jurídicos preverem ou não a dissolução e liquidação da sociedade aquando de tal transferência⁴⁴.

No entanto, como se sabe, a problemática da tributação “à saída” não decorre necessariamente da posição que determinado ordenamento jurídico adopte quanto à manutenção ou extinção da personalidade jurídica de uma sociedade em caso de transferência da respectiva sede efectiva, reconduzindo-se, antes, ao problema de saber, em geral, se a tributação de mais-valias latentes aquando da transferência de residência fiscal de pessoas colectivas (compreendendo este conceito a sede e/ou a

⁴² Cfr. parágrafos 8 a 10 e 15, conclusão (1).

⁴³ Cfr. parágrafo 15, conclusões (2) e (3). Servaas van Thiel questionou-se sobre a relevância desta conclusão do Advogado-Geral face à questão objecto de apreciação, dado que a transferência da residência fiscal da sociedade “Daily Mail” não era acompanhada da transferência de quaisquer activos, aí residindo a “essência do planeamento fiscal”, pois uma transferência de activos implicaria a realização e consequente tributação de mais-valias (a *perplexidade* do autor devia-se precisamente ao facto de, como já foi referido, a legislação britânica não prever, na altura, qualquer espécie de tributação “à saída”) – “Daily Mail Case: Tax Planning and the European Right of Establishment – a Setback”, *European Taxation*, Novembro 1988, pp. 363.

⁴⁴ Cfr. parágrafo 13 das conclusões do Advogado-Geral.

direcção efectiva das mesmas) é compatível com o exercício por estas da liberdade de estabelecimento, resultante da conjugação dos artigos 43.º e 48.º do TCE⁴⁵.

A este propósito, parece concluir-se da argumentação do Advogado-Geral que a admissibilidade da tributação “à saída” de pessoas colectivas, em face do Direito Comunitário, deriva exclusivamente do referido problema de desarmonização da legislação dos EM, a nível de direito societário. Com efeito, se não fosse tal desarmonização, o fundamento para a tributação “à saída” pelo EM de partida reconduzir-se-ia à perda de receitas fiscais⁴⁶ (que seriam devidas em virtude da prossecução da respectiva actividade empresarial, tivesse a sociedade aí permanecido residente), a qual não é considerada uma justificação legítima da liberdade de estabelecimento prevista no Tratado⁴⁷.

O TJCE, porém, escudou-se na desarmonização do direito societário dos diferentes EM⁴⁸ não só para não pôr em causa as restrições impostas pelo direito interno dos EM de partida, de natureza societária e fiscal, mas para afirmar que a apreciação da questão da transferência da sede de um EM para outro EM deveria considerar-se excluída do âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento, em virtude de as sociedades serem entidades criadas por força de uma ordem jurídica e, no estágio de então do direito comunitário, de uma ordem jurídica interna⁴⁹.

No presente acórdão, o Tribunal de Justiça confinou, assim, o efeito directo da liberdade de estabelecimento ao exercício da mesma no EM de destino, sob a forma de criação de agências, sucursais ou filiais (liberdade de estabelecimento secundário) – a qual se encontrava já expressamente prevista no artigo 43.º TCE.

⁴⁵ Conforme se conclui, aliás, da confrontação, nomeadamente, da legislação britânica pós-“Finance Act” de 1988 com o próprio sistema jurídico português, ambos adeptos da teoria da constituição (cfr. artigo 3.º, n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais) e, no entanto, o primeiro prevendo expressamente a tributação “à saída” e o segundo não (pelo menos enquanto a já aludida autorização legislativa, constante da LOE 2004, não for concretizada).

⁴⁶ Sem prejuízo das situações de uso abusivo da liberdade de estabelecimento, previamente ressalvadas pelo Advogado-Geral, conforme se teve oportunidade de referir.

⁴⁷ Parágrafo 12 das conclusões.

⁴⁸ Quando, afinal, o que estava em causa na situação em apreço era um obstáculo de mera natureza fiscal e não societária, uma vez que o direito comercial inglês adoptara a teoria da constituição.

⁴⁹ Cfr. parágrafo 19 do acórdão.

2.2. Os casos “Centros” e “Inspire Art”

A jurisprudência do TJCE tem versado, em regra, sobre a liberdade de estabelecimento secundário, na óptica de análise das restrições legais impostas pelo EM de destino: foi o caso, nomeadamente, dos acórdãos “Centros”⁵⁰ e “Inspire Art”⁵¹, em que o TJCE considerou não ser abusivo, no que respeita à aplicação das regras relativas à liberdade de estabelecimento, que uma sociedade só tenha sido constituída num EM por nele vigorar uma legislação mais vantajosa e se tenha estabelecido, por meio de uma sucursal, num segundo EM, onde será exercido o essencial, ou mesmo, a totalidade, das suas actividades económicas⁵².

Conforme foi salientado por certa doutrina⁵³, o cerne da questão, no caso “Centros”⁵⁴, consistia em saber se a falta do capital mínimo exigida pela lei dinamarquesa não iria pôr em causa a protecção dos credores públicos (dívidas fiscais) e privados, tendo o TJCE concluído de forma negativa sobre a eficácia do tradicional requisito do capital como modo de protecção dos credores – valoração negativa esta “que conduz à desqualificação da norma como um modo adequado de evitar um comportamento abusivo por parte da sociedade”⁵⁵.

⁵⁰ C-212/97; 9 de Março de 1999. Como se sabe, a questão apreciada residia em saber se era ou não atentatória da liberdade de estabelecimento a recusa, por parte da lei dinamarquesa, de criação de uma sucursal de uma sociedade constituída por dois dinamarqueses ao abrigo do direito comercial britânico, com o propósito expresso de contornar a exigência de capital mínimo existente na lei dinamarquesa – sucursal essa onde era prosseguida toda a actividade da empresa.

⁵¹ C-171/01; 30 de Setembro de 2003.

⁵² Acórdãos “Centros”, parágrafo 18, e “Inspire Art”, parágrafos 95 e 96 (os quais remetem, aliás, para a argumentação do primeiro acórdão).

⁵³ V. J.L. Saldanha Sanches, *ob. cit.*, ponto 1.b), pp. 322 e 323.

⁵⁴ No caso “Inspire Art”, em causa estava um litígio entre a Câmara de Comércio e de Indústria de Amesterdão e a sociedade de direito inglês “Inspire Art Ltd” relativamente ao cumprimento de obrigações incidentes sobre a sucursal desta sociedade na Holanda, a saber, i) obrigações de publicidade, previstas na legislação holandesa, que não as previstas pela 11.ª Directiva – a cuja aplicação o Tribunal se opôs –, bem como ii) a constituição de capital mínimo exigido e a sanção prevista pela lei holandesa para o incumprimento de tais obrigações, ou seja, a responsabilidade solidária dos administradores. Quanto à segunda questão, o TJCE, invocando a argumentação vertida no acórdão “Centros”, concluiu que, na medida em que as disposições relativas ao capital mínimo são incompatíveis com a liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado, o mesmo se passa necessariamente com as sanções relacionadas com o desrespeito de tais obrigações, consistentes na responsabilidade pessoal e solidária dos administradores, quando o capital não atinge o montante mínimo previsto pela legislação nacional ou quando se torne inferior àquele montante, no decurso da actividade societária – parágrafo 141 do acórdão.

⁵⁵ J.L. Saldanha Sanches, *ob. cit.*, ponto 1.b), pp. 323, que conclui não se tratar de impedir o abuso de direito, mas antes de uma discordância da via que é seguida pelas autoridades e pela lei dinamarquesas para obter esse fim.

Sem prejuízo de se poder concluir que esta jurisprudência deixa “entrever que o princípio da direcção efectiva é incompatível com o TCE”⁵⁶, a verdade é que o litígio incide sobre o reconhecimento da liberdade de estabelecimento no EM de destino, não sendo líquido o alcance da mesma relativamente ao EM de partida (até porque a sociedade em causa tinha sido constituída no Reino Unido, onde vigora, como já foi referido, a teoria da constituição). Assim, na medida em que a teoria da direcção efectiva não parece ficar plenamente posta em causa, manter-se-à também a argumentação produzida no caso “Daily Mail” quanto à aceitação da da tributação “à saída” nos diversos EM.

Por outro lado, poder-se-ia argumentar que a interpretação ampla do princípio da liberdade de estabelecimento secundário por jurisprudência constante do TJCE poderia ter repercussões no que respeita à admissibilidade da tributação “à saída” incidente sobre estabelecimentos estáveis (EE)⁵⁷. Na verdade, do ponto de vista fiscal, uma sucursal configura tradicionalmente um EE⁵⁸, pelo que se pode suscitar a questão de saber em que medida é que a tributação de mais-valias latentes, incidente sobre sociedades detentoras de um EE, no respectivo EM de acolhimento, na eventualidade de o EE aí cessar a respectiva actividade⁵⁹, seria compatível com a liberdade de estabelecimento secundário, cujo conteúdo tão amplamente desenvolvido se apresenta pela jurisprudência comunitária.

Com efeito, embora o TJCE não se tenha pronunciado sobre este assunto, uma interpretação que retirasse todas as consequências do princípio da liberdade de estabelecimento secundário deveria, pois, afastar a tributação “à saída” que eventualmente impenda sobre sociedades detentoras de EE, nomeadamente sucursais, no EM de acolhimento do EE, até porque, no que a estes respeita, não se colocam problemas de perda ou manutenção da personalidade jurídica aquando da transferência da sede societária, constantes das legislações dos diferentes EM, discrepâncias estas que fundamentavam a não proibição da tributação “à saída”, de acordo com o entendimento vertido no caso “Daily Mail”.

⁵⁶ Cfr. Francisco Sousa da Câmara, *ob. cit.*, pp. 254 e 255.

⁵⁷ Haverá, no entanto, que salientar que, nos casos em que a *direcção efectiva*, e não apenas a totalidade da actividade, seja exercida no Estado da criação da sucursal, este tenderá a qualificá-la como residente.

⁵⁸ Cfr. artigo 5.º, n.º 2, alínea b) da Convenção Modelo da OCDE sobre Rendimento e Património, bem como do CIRC.

⁵⁹ Tributação essa também prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 30.º da LOE 2004 – cfr. *supra* nota 36.

No entanto, para além de não existir jurisprudência que tenha versado sobre o assunto⁶⁰, o efeito útil de tal entendimento seria, como é fácil de prever, muito pouco significativo, senão mesmo preterido pelo facto de as próprias pessoas colectivas continuarem sujeitas a tributação “à saída”⁶¹.

2.3. O caso “Überseering”

Contrariamente à *tendência* geral de submissão à apreciação do TJCE de questões concernentes à liberdade de estabelecimento secundário, no acórdão “Überseering”⁶² estava em causa saber se o exercício da liberdade de estabelecimento prevista no artigo 43.º TCE implicava o reconhecimento por um EM (Alemanha) de uma sociedade, Überseering BV, constituída segundo o direito de outro EM (Holanda), sociedade à qual não havia sido reconhecida qualquer capacidade jurídica no primeiro EM, pelo facto de este considerar que a sociedade em causa transferira a sua sede efectiva para o seu território⁶³, em virtude de a totalidade das participações no capital social da referida sociedade ter sido transmitida para dois nacionais alemães residentes na Alemanha.

Com efeito, nos termos do direito societário alemão, tal facto significava que a sociedade transferira a sua sede efectiva para território germânico, sendo necessário, por isso, que tal sociedade fosse (re-)constituída ao abrigo da respectiva legislação, a fim de poder beneficiar dos mesmos direitos concedidos às sociedades alemãs⁶⁴.

⁶⁰ Aliás, a jurisprudência comunitária que tem versado sobre o tratamento fiscal de EE tem por referência, precisamente, o tratamento concedido a pessoas colectivas, *maxime* sociedades comerciais, no EM de acolhimento do EE – conforme se conclui, nomeadamente, dos relevantes acórdãos “Avoir Fiscal” (C-270/83) e “Saint-Gobain” (C-307/97).

⁶¹ Com efeito, é frequente que a legislação fiscal do Estado de partida não sujeite a tributação “à saída” as pessoas colectivas que pretendam transferir a respectiva residência fiscal, relativamente aos activos que aquelas deixem afectos a um EE sito no mesmo Estado.

⁶² C-208/00; 5 de Novembro de 2002. Em causa estava uma sociedade, “Überseering BV”, constituída ao abrigo da lei holandesa, que pretendia obter, junto dos tribunais alemães, uma indemnização pelo incumprimento de um contrato de empreitada que havia celebrado com uma sociedade alemã, a NCC GmbH, relativo a obras de renovação de um motel que aquela havia construído sobre um terreno que adquirira em Düsseldorf. Entretanto, dois cidadãos alemães residentes em Düsseldorf haviam adquirido a totalidade das participações sociais da “Überseering”, pelo que os tribunais alemães entenderam que como esta sociedade havia transferido a sua sede efectiva para Düsseldorf, na sequência da referida transmissão, não poderia, na qualidade de sociedade de direito neerlandês, estar em juízo, uma vez que não lhe era reconhecida capacidade jurídica na Alemanha.

⁶³ Cfr. parágrafo 62.

⁶⁴ Consagrando, assim, a já referida teoria da direcção efectiva.

O Tribunal decidiu que a exigência de constituição da mesma sociedade na Alemanha equivaleria à própria negação da liberdade de estabelecimento, argumentando que “uma sociedade só tem existência através da legislação nacional que lhe determina a constituição e funcionamento” – citando, para o efeito, o parágrafo 19.º do acórdão “Daily Mail” – pouco importando que, posteriormente à constituição desta sociedade, a totalidade do seu capital tenha sido adquirida por cidadãos alemães residentes na Alemanha, uma vez que não se demonstrava que esta circunstância lhe fizesse perder a personalidade jurídica de que goza na ordem jurídica neerlandesa⁶⁵.

Este acórdão foi tido por alguns como um importante avanço no desmantelamento da teoria da sede efectiva em face do Direito Comunitário. Paralelamente, certa doutrina defendeu que a inadmissibilidade de tributação “à saída”, consagrada no caso “Lasteyrie du Saillant” em relação às pessoas singulares, seria extensível às pessoas colectivas, uma vez que o acórdão “Überseering” “parecia ter removido os obstáculos relativos à falta de harmonização do direito comunitário invocados no acórdão *Daily Mail*”, os quais legitimavam a tributação de mais-valias latentes aquando da transferência da sede efectiva de determinada sociedade de um EM para outro⁶⁶.

No entanto, convirá que ter presente que o Tribunal, no acórdão “Überseering”, não parece ter posto em causa a argumentação vertida no caso “Daily Mail”⁶⁷ – simplesmente afirmou que a questão objecto de apreciação era distinta nos dois processos. Neste sentido, refere o TJCE que “diferentemente do litígio principal, o processo que deu lugar ao acórdão *Daily Mail* (...) não dizia respeito ao tratamento aplicado por um Estado-membro a uma sociedade, legalmente constituída noutro Estado-Membro, que exerce a sua liberdade de estabelecimento”⁶⁸, mas antes “às relações entre uma sociedade e o Estado-Membro ao abrigo de cuja legislação a mesma fora constituída, no caso de uma sociedade pretender transferir a

⁶⁵ Cfr. parágrafos 80 e 81 do acórdão.

⁶⁶ Cfr. Francesco Tesauo, *ob. cit.*, ponto 2.5.

⁶⁷ O acórdão “Daily Mail” foi invocado pela NCC GmbH, bem como pelos Governos alemão, espanhol e italiano para sustentar a equiparação a situação que esteve na origem do acórdão “Daily Mail” à situação da qual o direito alemão inferia a perda de capacidade jurídica e judiciária de uma sociedade constituída segundo o direito de outro EM – cfr. parágrafos 29 e 61 do acórdão.

⁶⁸ Parágrafo 66 do acórdão.

sua sede efectiva para outro Estado-membro conservando a personalidade jurídica de que goza no Estado da da constituição”⁶⁹.

“No caso *Daily Mail*”, prossegue o TJCE, “o Tribunal de Justiça limitou-se a declarar que a possibilidade de uma sociedade, constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro, transferir a sua sede, social ou efectiva, para outro Estado-Membro sem perder a personalidade jurídica de que goza na ordem jurídica do Estado-Membro de constituição, e, sendo caso disso, as modalidades desta transferência, eram determinadas pela legislação nacional em conformidade com a qual a referida sociedade tinha sido constituída” e daí concluíra que “um Estado-Membro tinha a possibilidade de impor a uma sociedade constituída nos termos da sua ordem jurídica restrições à deslocação da sua sede efectiva para fora do seu território, para que a mesma pudesse conservar a personalidade jurídica de que beneficiava nos termos do direito desse mesmo Estado”⁷⁰ – o TJCE não teceu, pois, quaisquer considerações acerca da bondade de tais argumentos; simplesmente referiu que os mesmos não se aplicavam ao caso *sub iudice*.

Não parece, assim, de concluir que o TJCE tenha posto em causa a legitimidade das restrições impostas pelo Estado de origem da sociedade aquando da transferência da respectiva sede efectiva para outro Estado – o que significa que não só, uma vez mais, a teoria da direcção efectiva não fica plenamente posta de lado, como se mantém, conseqüentemente, inabalado o enquadramento que permitiu, no caso “*Daily Mail*”, a não condenação da tributação “à saída” nos diversos EM⁷¹.

2.4. Conclusão

⁶⁹ Parágrafo 62 do acórdão.

⁷⁰ Parágrafo 70 do acórdão – o que, como já foi apontado, não era exacto, uma vez que a restrição em causa era de natureza fiscal e não de direito societário.

⁷¹ Neste sentido, Dennis Weber, para quem o acórdão “*Überseering*” repetiu as considerações mais importantes apresentadas no acórdão “*Daily Mail*”, sendo, por isso, de concluir que o TJCE não só parece considerar irrelevantes as diferenças entre a tese da direcção efectiva e da tese da constituição, para efeitos do exercício da liberdade de estabelecimento, mas também aceita a imposição de tributação “à saída”, uma vez que ao EM de origem é permitido impor certas condições aquando da transferência da sede para outro EM – “Exit taxes on the transfer of seat and the applicability of the freedom of establishment after *Überseering*”, *European Taxation*, Outubro 2003, n.º 10, vol. 43, pp. 352 – salientando ser possível, no entanto, sustentar que o acórdão “*Überseering*” não configura o caso mais *adequado* à discussão da problemática da tributação “à saída”.

Do exposto resulta que, do actual estado da jurisprudência comunitária, não parece ser, de todo, possível concluir pela proibição da tributação “à saída” que não de pessoas singulares.

Contudo, e em jeito de conclusão, é de referir que a jurisprudência comunitária sobre a relação entre exercício da liberdade de estabelecimento por pessoas colectivas e (in)admissibilidade de tributação “à saída” verá, por certo, o seu conteúdo renovado com a possibilidade de constituição de “sociedades europeias” (SE), em conformidade com o disposto no Regulamento n.º 2157/2001, de 8 de Outubro⁷².

Nos termos do artigo 7.º do mesmo Regulamento, a sede da SE deve situar-se no território da Comunidade, no mesmo EM que a administração central, dispondo aquela da faculdade, nos termos do artigo 8.º, de transferir a respectiva sede estatutária (juntamente, ou não, com a sede efectiva⁷³) para outro EM, sem originar a dissolução da SE, nem criar uma nova pessoa colectiva – o que configurará o exercício da liberdade de estabelecimento primário, prevista no artigo 43.º, em conjugação com o artigo 48.º, do TCE, pelo que a legitimidade da tributação “à saída” de pessoas colectivas⁷⁴, poderá ser questionada em virtude do respectivo carácter restritivo de tal liberdade (não sendo, pois, mais invocável o argumento da desarmonização das ordens jurídicas dos EM, à semelhança do acórdão “Daily Mail”)⁷⁵.

Mónica Neves

⁷² Que entrará em vigor no dia 8 de Outubro de 2004 (artigo 70.º).

⁷³ Se bem que seja possível aos EM imporem às SE registadas no seu território a obrigação de terem a administração e a sede no mesmo local (artigo 7.º).

⁷⁴ Bem como de estabelecimentos estáveis, em face do princípio da não-discriminação, desenvolvido por diversa jurisprudência comunitária, conforme foi já referido.

⁷⁵ A este propósito, v. Francisco Sousa da Câmara, *ob. cit.*, pp. 256; Dennis Weber, *ob. cit.*, pp. 353.

Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 11 de Março de 2004.

Hughes de **Lasteyrie du Saillant** contra Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Pedido de decisão prejudicial: Conseil d'État - França.

Liberdade de estabelecimento - Artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.ºCE) - Legislação fiscal - Transferência do domicílio fiscal para outro Estado-Membro - Regras de tributação das mais-valias de valores mobiliários.

Processo **C-9/02**.

Partes

No processo C-9/02, que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, pelo Conseil d'État (França), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre Hughes de Lasteyrie du Saillant e Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção) composto por: C. W. A. Timmermans (relator), exercendo funções de presidente da Quinta Secção, A. La Pergola e S. von Bahr, juízes, advogado-geral: J. Mischo, secretário: H. A. Rühl, administrador principal, vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação de H. de Lasteyrie du Saillant, por E. Ginter, avocat,
- em representação do Governo francês, por G. de Bergues, F. Alabrune e P. Boussaroque, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo dinamarquês, por J. Bering Liisberg, na qualidade de agente,
- em representação do Governo alemão, por W.-D. Plessing e M. Lumma, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo neerlandês, por H. G. Sevenster, na qualidade de agente,
- em representação do Governo português, por L. Fernandes e A. Seíça Neves, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por R. Lyal e C. Giolito, na qualidade de agentes, visto o relatório para audiência, ouvidas as alegações de H. de Lasteyrie du Saillant, representado por E. Ginter e B. Michaud, avocat, do Governo francês, representado por P. Boussaroque e J.-L. Gautier, na qualidade de agente, do Governo neerlandês, representado por S. Terstal, na qualidade de agente, e da Comissão, representada por R. Lyal e C. Giolito, na audiência de 13 de Fevereiro de 2003, ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 13 de Março de 2003, profere o presente Acórdão

Fundamentação jurídica do acórdão

1 Por decisão de 14 de Dezembro de 2001, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 14 de Janeiro de 2002, o Conseil d'État submeteu, nos termos do artigo 234.º CE, uma questão prejudicial relativa à interpretação do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE).

2 Esta questão foi suscitada no quadro de um litígio que opõe H. de Lasteyrie du Saillant (a seguir «H. de Lasteyrie») ao Ministério da Economia, das Finanças e da Indústria, a propósito de uma tributação,

incidente sobre mais-valias mobiliárias ainda não realizadas, devida em caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora de França.

Quadro jurídico

3 O artigo 24.º da Lei n.º 981266, de 30 de Dezembro de 1998, Lei de finanças para 1999 (JORF de 31 de Dezembro de 1998, p. 20050), na redacção em vigor à data do Decreto n.º 99590, de 6 de Julho de 1999, que aplica o artigo 24.º da Lei de finanças para 1999, relativo às regras de tributação de certas mais-valias de valores mobiliários em caso de transferência do domicílio fiscal para fora de França (JORF de 13 de Julho de 1999, p. 10407), dispõe:

«I. [...]

II. É aditado ao code général des impôts um artigo 167.º bis, com a seguinte redacção:

Art. 167.º bis.

I

1. Os contribuintes que tenham tido domicílio fiscal em França durante pelo menos seis dos últimos dez anos são tributáveis, à data da transferência do seu domicílio fiscal para fora de França, pelas mais-valias verificadas sobre os direitos sociais referidos no artigo 160.º

2. A mais-valia verificada é determinada pela diferença, apurada segundo as regras previstas nos artigos 758.º e 885.º T bis, entre o valor dos direitos sociais à data da transferência do domicílio para fora de França e o seu preço de aquisição pelo contribuinte ou, em caso de aquisição a título gracioso, o seu valor considerado para a determinação dos direitos de transmissão. As perdas verificadas não são imputáveis às da mesma natureza efectivamente realizadas por outra via.

3. A mais-valia verificada é declarada nas condições previstas no n.º 2 do artigo 167.º.

II

1. O pagamento do imposto relativo à mais-valia verificada pode ser diferido até ao momento em que se efectue a transmissão, o resgate, o reembolso ou a anulação dos direitos sociais em causa.

A suspensão do pagamento está sujeita à condição de o contribuinte declarar o montante da mais-valia verificada nas condições previstas no ponto I, requerer o benefício da suspensão, designar um representante com domicílio em França autorizado a receber as comunicações relativas à matéria colectável, à cobrança e ao contencioso tributário e constituir, antes da sua partida, junto do tesoureiro encarregado da cobrança, garantias bastantes para assegurar a cobrança do crédito fiscal.

A suspensão do pagamento prevista no presente artigo tem por efeito suspender a prescrição da acção de cobrança até à data do evento que provocar a sua cessação. É equiparada à suspensão do pagamento prevista no artigo L. 277 do livre des procédures fiscales relativamente à aplicação dos artigos L. 208, L. 255 e L. 279 do mesmo diploma.

Para a imputação ou para a restituição do crédito fiscal, dos créditos de imposto e das imposições ou retenções não liberatórias, abstrai-se do imposto em relação ao qual a suspensão de pagamento é pedida por aplicação do presente artigo.

2. Os contribuintes que beneficiam da suspensão de pagamento por aplicação do presente artigo estão sujeitos à declaração prevista no n.º 1 do artigo 170.º. O montante cumulado dos impostos em situação de suspensão de pagamento é indicado nessa declaração, à qual é junto um registo, redigido num modelo emitido pela Administração, em que figure o montante do imposto atinente aos títulos em

causa, relativamente ao qual a suspensão de pagamento não cessou bem como, tal sendo o caso, a natureza e a data do evento que provoca a cessação da suspensão.

3. Sem prejuízo do n.º 4 e quando o contribuinte beneficiar da suspensão de pagamento, o imposto devido por aplicação do presente artigo é pago até 1 de Março do ano seguinte ao da cessação da suspensão.

Todavia, o imposto cujo pagamento tenha sido diferido apenas é exigível até ao limite do seu montante calculado com base na diferença entre, por um lado, o preço, em caso de cessão ou de resgate, ou o valor, nos restantes casos, dos títulos em causa à data do evento que provoca a cessação da suspensão e, por outro, o respectivo preço ou valor de aquisição determinado por aplicação do n.º 2 do ponto I. O excesso é objecto de desagramento officioso. Neste caso, o contribuinte fornecerá, em apoio da declaração mencionada no n.º 2, os elementos de cálculo considerados.

O imposto pago localmente pelo contribuinte e relativo à mais-valia efectivamente realizada fora de França é imputável no imposto sobre o rendimento liquidado em França, se for comparável a esse imposto.

4. A falta de apresentação da declaração e do registo referidos no n.º 2 ou a omissão total ou parcial das informações que neles devem figurar implicam a exigibilidade imediata do imposto que beneficiava da suspensão de pagamento.

III

No termo do prazo de cinco anos seguinte à data da partida ou na data em que o contribuinte transfira novamente o seu domicílio para França, se este último evento for anterior, o imposto liquidado nos termos do ponto I é officiosamente reduzido, na medida em que se refira a mais-valias relativas aos direitos sociais que, nessa data, continuem no património do contribuinte.

IV

As condições de execução do presente artigo, nomeadamente as regras que permitem evitar a dupla tributação das mais-valias verificadas, bem como as obrigações de declaração dos contribuintes e as regras de suspensão do pagamento, são fixadas por decreto do Conseil d'État.

V

As disposições do presente artigo são aplicáveis aos contribuintes que transferirem o seu domicílio para fora de França a partir de 9 de Setembro de 1998.»

4. O artigo 160.º, I, do code général des impôts français (Código Geral dos Impostos, a seguir «CGI»), na sua redacção em vigor à data do Decreto n.º 99590, está redigido como segue: «Quando um sócio, accionista, comanditário ou titular de participações beneficiárias cede, durante a existência da sociedade, total ou parcialmente os seus direitos sociais, o excedente do preço de cessão sobre o preço de aquisição - ou o valor em 1 de Janeiro de 1949, se for superior - desses direitos é tributado exclusivamente em sede de imposto sobre o rendimento à taxa de 16%. Em caso de cessão de um ou vários títulos pertencentes a uma série de títulos da mesma natureza adquiridos por preços diferentes, o preço de aquisição a considerar é o valor médio ponderado de aquisição desses títulos. Em caso de cessão de títulos após o encerramento de um plano de poupança em acções definido no artigo 163.º quinquies D ou a remição posterior ao oitavo ano, considera-se que o preço de aquisição é igual ao seu valor à data em que o cedente deixou de beneficiar, em relação a esses títulos, das vantagens previstas nos pontos 5.º bis e 5.º ter do artigo 157.º e no ponto IV do artigo 163.º quinquies D.

A tributação da mais-valias assim realizadas está subordinada somente à condição de que os direitos directa ou indirectamente detidos sobre os lucros da sociedade pelo cedente ou pelo seu cônjuge,

seus ascendentes e descendentes tenham ultrapassado em conjunto 25% desses lucros em qualquer momento no decurso dos cinco últimos anos. Todavia, quando a cessão for permitida em proveito de uma das pessoas visadas no presente parágrafo, a mais-valia é isenta se a totalidade ou parte desses direitos sociais não for revendida a um terceiro num prazo de cinco anos. Se tal não acontecer, a mais-valia é tributada em nome do primeiro cedente a título do ano da revenda de direitos ao terceiro.

[...]

As menos-valias sofridas no decurso de um ano são imputáveis exclusivamente nas mais-valias da mesma natureza realizadas no decurso do mesmo ano ou dos cinco anos seguintes.

[...]

As mais-valias tributáveis em aplicação do presente artigo, bem como as menos-valias, devem ser declaradas nas condições previstas no n.º 1 do artigo 170.º, segundo as regras especificadas por decreto.»

5. Nos termos do artigo 3.º, primeiro parágrafo, do Decreto n.º 99590: «Os contribuintes que transferiram o seu domicílio fiscal para fora de França entre 9 de Setembro e 31 de Dezembro de 1998 devem subscrever, até 30 de Setembro de 1999, a declaração rectificativa prevista no n.º 2 do artigo 167.º do Código Geral dos Impostos, a título de mais-valias tributáveis em aplicação do n.º 1 bis do artigo 167.º e do ponto I do artigo 167.º bis do mesmo código, bem como o formulário especial previsto no artigo 91.º undécies do anexo II ao Código Geral dos Impostos.»

6. O artigo R. 2801 do livre des procédures fiscales francês (Código de Processo Tributário, a seguir «LPF»), que neste foi inserido pelo artigo 2.º do Decreto n.º 99590, está redigido como segue: «Os contribuintes que pretendam beneficiar da suspensão de pagamento prevista no ponto II do artigo 167.º bis do Código Geral dos Impostos devem fazer chegar ao tesoureiro responsável pelos não residentes uma proposta de prestação de garantias numa das formas previstas no segundo parágrafo do artigo R. 2771, o mais tardar, oito dias antes da data da transferência do domicílio para fora de França. Disso será emitido recibo. As disposições do terceiro parágrafo do artigo R. 2771, dos artigos R. 2772 a R. 2774 e do artigo R. 2776 são aplicáveis.»

7. O artigo R. 2771 do LPF prevê: «O tesoureiro competente convida o contribuinte que pediu para adiar o pagamento das imposições a constituir as garantias previstas no artigo L. 277. O contribuinte dispõe de um prazo de quinze dias a contar da recepção do convite formulado pelo tesoureiro para dar a conhecer as garantias que se compromete a constituir. Essas garantias podem ser constituídas por um pagamento em numerário que será efectuado numa conta provisória na Tesouraria, por créditos sobre o Tesouro, pela apresentação de uma caução, por valores mobiliários, por mercadorias depositadas em armazéns aprovados pelo Estado e objecto de um *warrant* endossado à ordem do Tesouro, por afectações hipotecárias e pelo penhor de um estabelecimento comercial. Se o tesoureiro considerar que não pode aceitar as garantias oferecidas pelo contribuinte por elas não satisfazerem as condições previstas no segundo parágrafo, notificarlheá a sua decisão por carta registada.»

8. Nos termos do artigo R. 2772 do LPF: «Em caso de depreciação ou insuficiência posteriormente revelada das garantias constituídas, a Administração pode, em qualquer momento, nas condições previstas nos artigos L. 277 e L. 279, solicitar ao devedor, por carta registada com aviso de recepção, um complemento de garantia para assegurar a cobrança da quantia contestada. Os procedimentos são retomados se o devedor não der cumprimento, no prazo de um mês, a esse pedido.»

9. O artigo R. 2773 do LPF está assim redigido: «Se forem oferecidas garantias diferentes das previstas no artigo R. 2771, elas só poderão ser aceites, sob proposta do tesoureiro encarregado da cobrança, pelo tesoureiro geral do departamento ou pelo tesoureiro geral da região parisiense, se estiverem em causa impostos directos cobrados com base no registo dos contribuintes, e pelo director

dos serviços fiscais ou pelo director regional das alfândegas e dos impostos indirectos, conforme o caso, se se tratar de outros impostos, direitos ou taxas.»

10. O artigo R. 2774 do LPF dispõe: «O tesoureiro encarregado da cobrança pode aceitar, em qualquer momento, que o contribuinte substitua a garantia que constituiu por uma das outras garantias previstas no artigo R. 2773, desde que o seu valor seja pelo menos igual.»

11. Nos termos do artigo R. 2776 do LPF: «As condições em que os valores mobiliários podem ser constituídos em garantia e, nomeadamente, a natureza desses valores, bem como o montante pelos quais são admitidos, calculado com base na última cotação do dia do depósito, serão determinadas por decreto do Ministro das Finanças.»

O litígio no processo principal e a questão prejudicial

12. H. de Lasteyrie deixou a França em 12 de Setembro de 1998, para se instalar na Bélgica. Detinha nessa data ou tinha detido, num dado momento, no decurso dos cinco anos anteriores à sua saída de França, directamente ou indirectamente com os membros da sua família, títulos que conferiam direito a mais de 25% dos lucros de uma sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades e que tem a sua sede em França. Sendo o valor venal desses títulos então superior ao seu preço de aquisição, H. de Lasteyrie foi sujeito ao imposto sobre as mais-valias em conformidade com o disposto no artigo 167.º bis do CGI e nas suas disposições de execução deste artigo.

13. H. de Lasteyrie pediu ao Conseil d'État que anulasse o Decreto n.º 99590 por excesso de poder, alegando a ilegalidade do artigo 167.º bis do CGI pelo motivo de este artigo ser contrário ao direito comunitário.

14. O Conseil d'État considerou, em primeiro lugar, que essas disposições, contrariamente ao que sustenta H. de Lasteyrie, não têm por objectivo nem por efeito sujeitar a quaisquer restrições ou condições o exercício efectivo, pelas pessoas por elas visadas, da liberdade de circular. Em segundo lugar, lembrou que o artigo 52.º do Tratado se opõe à instituição, por um Estado-Membro, de regras que tenham por efeito criar entraves ao estabelecimento de alguns dos seus nacionais no território de outro Estado-Membro.

15. Em seguida, o Conseil d'État considerou que o artigo 167.º bis do CGI prevê a sujeição imediata dos contribuintes que se preparam para transferir para fora de França o seu domicílio fiscal, nas condições por ele definidas, a uma tributação incidente sobre as mais-valias ainda não realizadas (a seguir «mais-valias latentes») e que, por esta razão, não seriam tributadas se os referidos contribuintes mantivessem em França o seu domicílio.

16. Todavia, refere ainda que o artigo 167.º bis do CGI contém disposições que permitem evitar, em caso de suspensão de pagamento, que esses contribuintes tenham, em definitivo, de suportar uma carga fiscal à qual não teriam sido sujeitos, ou mais pesada que aquela a que teriam sido sujeitos, se tivessem conservado o seu domicílio em França e que, além disso, lhes concedem, no termo de um prazo de cinco anos, o benefício de um desagravamento, na medida em que os direitos sociais portadores das continuem, então, a figurar no seu património, tendo os interessados a faculdade de solicitar a suspensão do pagamento da tributação até essa data.

17. O Conseil d'État sublinhou, finalmente, que a obtenção dessa suspensão está subordinada à condição de os contribuintes constituírem garantias adequadas a assegurar a cobrança do imposto. Contudo, tendo em conta as sujeições que a constituição de tais garantias pode comportar, o Conseil d'État coloca a questão de saber se o direito comunitário se opõe a uma regulamentação como a que está em causa no litígio nele pendente.

18. Nestas condições, considerando que o litígio que lhe foi submetido apresenta uma dificuldade séria relativamente ao âmbito das normas comunitárias aplicáveis, o Conseil d'État decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O princípio da liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) opõe-se a que um Estado-Membro institua, para efeitos de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias em caso de transferência do domicílio fiscal, tal como o atrás descrito?»

Quanto à questão prejudicial

Observações submetidas ao Tribunal de Justiça

19. Os Governos alemão e neerlandês sublinharam que o despacho de reenvio não contém elementos adequados a comprovar que H. de Lasteyrie fez uso da liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 52.º do Tratado nem, portanto, que ele estava abrangido pelo âmbito de aplicação desta disposição.

20. H. de Lasteyrie, por seu lado, indicou, nas observações que apresentou ao Tribunal, que transferira o seu domicílio fiscal para a Bélgica com o fim de aí exercer a sua actividade profissional.

21. Os Governos dinamarquês e alemão alegam que o artigo 167.º bis do CGI não constitui um entrave à liberdade de estabelecimento. Sublinham que a referida disposição não é discriminatória. Além disso, ela não impede, directa ou indirectamente, os nacionais franceses de se estabelecerem noutra Estado-Membro. Segundo o Governo dinamarquês, não existe qualquer indício que permita afirmar que a tributação das mais-valias em causa no processo principal limita a possibilidade de os cidadãos franceses se estabelecerem noutra Estado-Membro. Além disso, não se pode considerar que o facto de a concessão da suspensão do pagamento do imposto estar subordinada à constituição de garantias constitui uma exigência susceptível de exercer, por si só, uma influência importante sobre a possibilidade de os contribuintes franceses se estabelecerem noutra Estado-Membro.

22. H. de Lasteyrie, o Governo português e a Comissão consideram que os efeitos restritivos do artigo 167.º bis do CGI implicam entraves ao exercício da liberdade de estabelecimento. Diferentemente do que sucede com os contribuintes que residem em França e que são tributados pelas mais-valias só depois da realização efectiva destas, os que transferem a sua residência para o estrangeiro são tributados pelas mais-valias latentes. Relativamente a estes últimos, o facto gerador do imposto é determinado pela transferência do seu domicílio fiscal para fora de França e não pela cessão dos títulos em causa. No caso vertente, trata-se, portanto, de uma típica restrição «à saída do território». Tal regime penaliza os contribuintes que saem de França, relativamente àqueles que lá ficam, introduzindo assim uma diferença de tratamento discriminatória. A natureza provisória da tributação e a possibilidade de se obter uma suspensão de pagamento não são susceptíveis de excluir esse efeito restritivo, uma vez que a concessão da referida suspensão não é automática e está sujeita à condição de que seja designado um representante fiscal estabelecido em França. Além disso, a obrigação de se constituírem garantias implica não apenas custos financeiros mas sobretudo a indisponibilidade do património dado em garantia. Segundo H. de Lasteyrie, tal obrigação constitui por si só um entrave à liberdade de estabelecimento.

23. O Governo neerlandês considera que o entrave à liberdade de estabelecimento que o artigo 167.º bis do CGI implica é muito limitado e, de qualquer modo, demasiado aleatório e indirecto para ser considerado susceptível de entrar efectivamente essa liberdade.

24. Por seu lado, o Governo francês concentrou a sua análise nas possíveis justificações de tal entrave. A este respeito, alega, para começar, que o artigo 167.º bis do CGI não é contrário ao artigo

52.º do Tratado, atendendo ao objectivo prosseguido pelo dispositivo instituído por esta disposição nacional, que consiste em prevenir um risco de evasão fiscal. Resulta do n.º 26 do acórdão de 16 de Julho de 1998, ICI (C264/96, Colect., p. I4695), que pode corresponder a uma razão imperiosa de interesse geral uma legislação que tenha por objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade seja contornar a lei fiscal. Deste modo, o respeito desta liberdade podia ser considerado uma restrição à liberdade de estabelecimento resultante de uma disposição destinada a contrariar uma verdadeira fraude à lei fiscal. Com efeito, em tal caso, trata-se de uma aplicação no domínio fiscal do que o Tribunal de Justiça considerou ser o «exercício abusivo» de um direito conferido pelo direito comunitário (acórdão de 7 de Julho de 1992, Singh, C370/90, Colect., p. I4265).

25. Este governo precisa ainda que a adopção do artigo 167.º bis do CGI foi inspirada pelo comportamento de determinados contribuintes, que consiste em transferir temporariamente o seu domicílio fiscal antes de ceder os títulos mobiliários, com o único fim de eludir o pagamento do imposto sobre as devido em França. Além disso, dado que a realidade dos controlos fiscais constitui uma razão imperiosa de interesse geral (acórdão de 15 de Maio de 1997, Futura Participations e Singer, C250/95, Colect., p. I2471, n.º 31), o referido governo considera que a eficácia da cobrança de um imposto exigível, que constitui uma fase ulterior relativamente aos controlos efectuados no quadro do processo fiscal, deve também ser considerada uma razão imperiosa.

26. Além disso, o Governo francês sustenta que a ausência de instrumentos internacionais bilaterais ou multilaterais eficazes, que permitam que se efectue uma cobrança em termos idênticos aos praticados no território nacional, contribui, segundo ele, para tornar problemática a cobrança do imposto quando o contribuinte reside noutro Estado-Membro e justifica a adopção do artigo 167.º bis do CGI. Pelas mesmas razões, a concessão da suspensão de pagamento deve ser subordinada à constituição de garantias.

27. O Governo francês sublinha seguidamente que a aplicação do artigo 167.º bis do CGI é proporcionada ao fim prosseguido, uma vez que as sujeições impostas ao contribuinte são limitadas no tempo. Com efeito, a tributação estabelecida só pode tornarse efectiva num prazo de cinco anos seguinte à data da expatriação. No termo desse prazo, se o interessado não cedeu os seus títulos, fica isento de qualquer obrigação fiscal relativamente às autoridades francesas. A fixação de um prazo de cinco anos garante a eficácia do sistema e obsta a uma fraude através de um estabelecimento de breve duração no estrangeiro.

28. Além disso, a natureza das regras de tributação não revela qualquer desproporção. Se a suspensão for recusada, é por culpa do próprio contribuinte, por este, por exemplo, não ter entregue uma declaração adequada. Se a suspensão for concedida, a sujeição imposta ao contribuinte tem origem na obrigação de constituir garantias de pagamento. O contribuinte em causa beneficia, em quase todos os casos, de uma suspensão de pagamento. Na prática, o contribuinte não tem, portanto, qualquer imposto a pagar no momento da transferência do seu domicílio fiscal para fora de França.

29. O Governo francês sublinha finalmente que, em caso de cessão dos títulos, o montante do imposto exigível em França é calculado de modo a evitar uma tributação excessiva. O imposto sobre as eventualmente pago pelo interessado por força da legislação fiscal do Estado de acolhimento é deduzido do montante do imposto sobre as mais-valias devido em França. Além disso, as menos-valias constatadas após a saída do contribuinte de França dão lugar a um desagramento do imposto pelo montante correspondente. Do mesmo modo, as mais-valias realizadas após essa saída estão excluídas da matéria colectável do imposto devido em França.

30. Os Governos dinamarquês, alemão e neerlandês consideram ainda que o artigo 167.º bis do CGI se justifica por razões imperiosas de interesse geral e que é proporcionado à finalidade prosseguida.

31. A este respeito, o Governo dinamarquês faz nomeadamente referência ao acórdão de 28 de Abril de 1998, Safir (C118/96, Colect., p. 11897, n.os 25 e 33), no qual o Tribunal de Justiça reconheceu como razão imperiosa, justificativa do entrave à livre prestação de serviços, a protecção contra a erosão fiscal da matéria colectável.

32. O Governo alemão alega, em primeiro lugar, que o artigo 167.º bis do CGI se baseia na repartição do poder fiscal entre o «Estado de partida» e o «Estado de destino». O direito do «Estado de partida» de impor as participações em sociedades de capitais resulta do facto de aquelas terem normalmente origem na actividade da sociedade neste último Estado. Deste modo, são incluídas no património do contribuinte, o qual, até à sua partida, é tributável nesse Estado. Em segundo lugar, o Governo alemão refere-se ao n.º 26 do acórdão ICI, já referido, no qual o Tribunal de Justiça reconheceu, de modo geral, a possibilidade de uma justificação baseada no risco de evasão fiscal.

33. O Governo neerlandês realça que a limitação do poder de tributar às realizadas no Estado de residência do contribuinte e a correlativa tomada em conta das mais-valias constituídas nesse Estado quando os títulos mobiliários são vendidos ou quando o domicílio é transferido está em conformidade com o princípio da territorialidade fiscal. Considera que o efeito conjugado da tributação no momento da emigração do contribuinte e da exigência de uma garantia para se obter uma suspensão de pagamento, a fim de garantir a cobrança efectiva do imposto, é necessário para garantir a coerência do regime fiscal nacional. Tal motivo pode justificar uma disposição que restrinja as liberdades fundamentais (acórdão de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann, C204/90, Colect., p. 1249), uma vez que, no caso vertente, existe uma relação directa entre o diferimento da tributação anual do crescimento de capital ligado aos títulos mobiliários, por um lado, e a efectiva cobrança do imposto quando da mudança do domicílio para o estrangeiro, por outro. Além disso, o Governo neerlandês considera que o artigo 167.º bis do CGI se inscreve no quadro da luta contra a evasão fiscal, procurando impedir que os contribuintes transfiram temporariamente o seu domicílio para fora de França com o fim de realizarem os seus títulos mobiliários sem significativa tributação das mais-valias.

34. H. de Lasteyrie, o Governo português e a Comissão alegam, no entanto, que a presunção generalizada e automática de evasão que se contém no artigo 167.º bis do CGI, a qual acarreta uma tributação imediata das mais-valias latentes, tem efeitos que vão muito para além do que é necessário para lutar eficazmente contra a fraude ou a evasão fiscal e constitui, por esse motivo, um entrave desproporcionado à liberdade de estabelecimento.

35. H. de Lasteyrie observa que as convenções destinadas a evitar a dupla tributação celebradas pela República Francesa comportam normalmente uma cláusula dita de «assistência à cobrança» que permite às autoridades fiscais francesas basear-se nessas disposições para cobrarem um imposto devido pelos contribuintes que transferiram a sua residência para outro Estado-Membro da União Europeia. O Governo português considera que quando um sujeito passivo transfere o seu domicílio fiscal para outro Estado-Membro, as autoridades competentes estão obrigadas a cooperar e a instaurar procedimentos de troca de informações que garantam que será dada satisfação aos créditos fiscais, como os que estão em causa no processo principal.

36. Segundo a Comissão, o artigo 167.º bis do CGI, pela sua natureza geral, não permite discernir, caso a caso, se a transferência foi efectivamente inspirada por uma finalidade de evasão fiscal. Com efeito, esta disposição de modo algum tem por objectivo específico excluir de uma vantagem fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade seja contornar a lei fiscal, uma vez que visa, de modo geral, qualquer situação na qual um contribuinte que detém participações substanciais numa sociedade sujeita ao imposto sobre as sociedades transfere, «por qualquer razão», o seu domicílio fiscal para fora de França. A este respeito, resulta do n.º 38 do acórdão de 9 de Março de 1999, Centros (C212/97, Colect., p. 11459), que incumbe à Administração competente provar, caso a caso, a existência de uma fraude.

37. Tanto H. de Lasteyrie como a Comissão alegam ainda que a suspensão de pagamento não é concedida de pleno direito e que o contribuinte deverá, de qualquer modo, apresentar garantias adequadas a assegurar o pagamento do imposto. Estas medidas não são manifestamente proporcionadas à finalidade prosseguida. A legislação dos outros Estados-Membros, como a do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a do Reino da Suécia, demonstram que podem ser consideradas soluções menos restritivas da liberdade de estabelecimento. Quanto ao regime das garantias, a Comissão alega ainda que o mesmo é discriminatório no que se refere à impossibilidade de dar em garantia títulos não cotados numa Bolsa francesa, na falta de uma caução bancária que garanta o pagamento integral dos impostos devidos.

Resposta do Tribunal

38. O artigo 167.º bis do CGI instaura o princípio da tributação, na data da transferência do domicílio do contribuinte para fora de França, das mais-valias de direitos sociais, sendo estas determinadas pela diferença entre o valor desses direitos, na data da referida transferência, e o seu preço de aquisição. Esta tributação apenas se aplica aos contribuintes que têm, directamente ou indirectamente com os membros da sua família, direitos sobre os lucros de uma sociedade que ultrapassem 25% desses lucros, num dado momento, no decurso dos cinco anos imediatamente anteriores à data referida. A particularidade da referida disposição reside no facto de ela ser relativa à tributação de mais-valias latentes.

39. Há que começar por examinar se o artigo 167.º bis do CGI, que assim institui uma tributação sobre as mais-valias latentes pelo simples motivo da transferência para fora de França do domicílio de um contribuinte, é susceptível de restringir o exercício da liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 52.º do Tratado.

40. A este respeito, convém sublinhar que o artigo 52.º do Tratado constitui uma das disposições fundamentais do direito comunitário e é directamente aplicável nos Estados-Membros desde o termo do período transitório. Por força desta disposição, a liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro inclui o acesso às actividades por conta própria e ao seu exercício, bem como a constituição e a gestão de empresas nas condições definidas pela legislação do Estado de estabelecimento para os seus nacionais (acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França, 270/83, Colect., p. 273, n.º 13; de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C311/97, Colect., p. 12651, n.º 22; e de 13 de Abril de 2000, Baars, C251/98, Colect., p. 12787, n.º 27).

41. Em resposta às dúvidas expressas por alguns governos quanto à aplicabilidade desta disposição ao processo principal, e na falta de suficientes precisões sobre este ponto no processo submetido ao Tribunal de Justiça, há que recordar que, no quadro de um processo nos termos do artigo 234.º CE, fundado numa nítida separação das funções entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, toda e qualquer apreciação dos factos da causa se inscreve na competência do tribunal nacional (v., nomeadamente, acórdão de 25 de Fevereiro de 2003, IKA, C326/00, Colect., p. 11703, n.º 27, e jurisprudência aí citada), e que constatar que, no caso vertente, o órgão jurisdicional de reenvio parece ter concluído pela aplicabilidade do artigo 52.º do Tratado ao litígio que lhe foi submetido.

42. Importa precisar que, mesmo se, à semelhança das demais disposições referentes à liberdade de estabelecimento, o artigo 52.º do Tratado visa, nomeadamente, de acordo com o seu teor, assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, impede igualmente que o

Estado-Membro de origem levante obstáculos ao estabelecimento, noutro Estado-Membro, de um dos seus nacionais (v. acórdão Baars, já referido, n.º 28, e jurisprudência aí referida).

43. Além disso, mesmo uma restrição à liberdade de estabelecimento com pequeno impacto ou de menor importância é proibida pelo artigo 52.º do Tratado (v., neste sentido, acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França, já referido, n.º 21, e de 15 de Fevereiro de 2000, Comissão/França, C34/98, Colect., p. 1995, n.º 49).

44. Acresce que a proibição de os Estados-Membros criarem restrições à liberdade de estabelecimento aplicase também às disposições fiscais. Com efeito, segundo uma jurisprudência constante, embora, na fase actual do direito comunitário, a matéria dos impostos directos não se encontre enquanto tal incluída na esfera de competências da Comunidade, não é menos certo que os Estados-Membros devem exercer as competências que detêm, respeitando o direito comunitário (v. acórdãos de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker, C279/93, Colect., p. 1225, n.º 21; ICI, já referido, n.º 19; e de 21 de Novembro de 2002, X e Y, C436/00, Colect., p. 110829, n.º 32).

45. No caso vertente, mesmo que o artigo 167.º bis do CGI não proíba um contribuinte francês de exercer o seu direito de estabelecimento, essa disposição é no entanto susceptível de restringir o exercício desse direito, por ter, pelo menos, um efeito dissuasivo relativamente aos contribuintes que desejem instalar-se noutro Estado-Membro.

46. Com efeito, o contribuinte que pretenda transferir o seu domicílio para fora do território francês, no quadro do exercício do direito que lhe garante o artigo 52.º do Tratado, está sujeito a um tratamento desvantajoso relativamente a uma pessoa que mantenha a sua residência em França. Tal contribuinte torna-se, pelo simples facto dessa transferência, devedor de um imposto sobre um rendimento que ainda não se realizou e de que, portanto, ainda não dispõe, quando, se tivesse ficado em França, as mais-valias só seriam tributáveis quando e na medida em que fossem efectivamente realizadas. Esta diferença de tratamento relativamente à tributação das mais-valias, que é susceptível de ter repercussões consideráveis no património do contribuinte que pretenda transferir o seu domicílio para fora de França, é susceptível de desencorajar um contribuinte a proceder a tal transferência.

47. O exame das modalidades de aplicação da referida medida confirma esta conclusão. Com efeito, se bem que seja possível beneficiar de uma suspensão de pagamento, esta não é automática e está sujeita a condições estritas, como as que foram referidas pelo advogado-geral nos n.os 36 e 37 das suas conclusões, entre as quais figura, nomeadamente, a constituição de garantias. Estas garantias comportam em si mesmas um efeito restritivo, na medida em que privam o contribuinte do gozo do património dado em garantia.

48. Resulta do que precede que a medida em causa no processo principal é susceptível de entrar a liberdade de estabelecimento.

49. Importa recordar, em segundo lugar, que uma medida que é susceptível de entrar a liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 52.º do Tratado só pode ser admitida se prosseguir um objectivo legítimo e compatível com o Tratado e se se justificar por razões imperiosas de interesse geral. Mas é ainda necessário, em tal caso, que a sua aplicação seja adequada a garantir a realização do objectivo assim prosseguido e que não ultrapasse o que é necessário para o atingir (v. acórdãos, já referidos, Futura Participations e Singer, n.º 26, e jurisprudência aí citada, e X e Y, n.º 49).

50. No que respeita à justificação assente no objectivo de prevenir a evasão fiscal, mencionada pelo órgão jurisdicional de reenvio na questão prejudicial, há que notar que o artigo 167.º bis do CGI não tem por objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais cuja finalidade seja a de contornar a lei fiscal francesa, antes visando, de um modo geral, qualquer situação em que um contribuinte que detém participações substanciais numa sociedade sujeita ao imposto

sobre as sociedades transfere, por qualquer razão, o seu domicílio para fora de França (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, ICI, n.º 26, e X e Y, n.º 61).

51. Ora, a transferência do domicílio de uma pessoa singular para fora do território de um Estado-Membro não implica, em si mesma, a evasão fiscal. Uma presunção geral de evasão ou de fraude fiscal não se pode basear na circunstância de o domicílio de uma pessoa singular ter sido transferido para outro Estado-Membro nem justificar uma medida fiscal que prejudique o exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (v., neste sentido, acórdãos de 26 de Setembro de 2000, Comissão/Bélgica, C-478/98, Colect., p. 17587, n.º 45, e X e Y, já referido, n.º 62).

52. Deste modo, o artigo 167.º bis do CGI não pode, sem exceder largamente o que é necessário para atingir o objectivo que prossegue, presumir a intenção de contornar a lei fiscal francesa por parte de qualquer contribuinte que transfira o seu domicílio para fora de França.

53. Assim, será também devedor do imposto, por força do artigo 167.º bis do CGI, o contribuinte que ceda os seus títulos antes do termo do período de cinco anos seguinte à data da sua partida de França, mesmo que não tenha a mínima intenção de regressar a este Estado-Membro e continue a residir no estrangeiro após o termo daquele período.

54. Além disso, o objectivo considerado, que consiste em impedir que um devedor transfira temporariamente o seu domicílio fiscal, antes de ceder títulos mobiliários, com a única finalidade de eludir o pagamento do imposto sobre as mais-valias devido em França, pode ser atingido por medidas menos impositivas ou menos restritivas da liberdade de estabelecimento, que digam especificamente respeito ao risco dessa transferência temporária. Como o advogado-geral fez notar no n.º 64 das suas conclusões, as autoridades francesas poderiam, nomeadamente, prever a tributação do contribuinte que, após uma estada relativamente breve noutro Estado-Membro, voltasse para França após ter realizado as suas mais-valias, o que evitaria afectar a situação dos contribuintes que têm por único objectivo exercer, com inteira boa fé, a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro.

55. As modalidades de aplicação do artigo 167.º bis do CGI não permitem chegar a uma conclusão diferente.

56. Com efeito, como foi indicado no n.º 47 do presente acórdão, a suspensão de pagamento não é automática, antes estando sujeita a condições estritas como a obrigação de se efectuar uma declaração no prazo exigido, de se designar um representante estabelecido em França e de se constituírem garantias adequadas a assegurar a cobrança das imposições.

57. Na medida em que a aplicação destas condições crie restrições ao exercício do direito de estabelecimento, o objectivo de prevenir a evasão fiscal, que não é susceptível de justificar o regime de tributação previsto no artigo 167.º bis do CGI, também não pode ser utilmente invocado em apoio das referidas condições, que se destinam a aplicar esse regime.

58. Deste modo, o artigo 52.º do Tratado opõe-se a que um Estado-Membro institua, para fins de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias latentes como o previsto no artigo 167.º bis do CGI, para o caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado.

59. O Governo dinamarquês alega, no entanto, que o objectivo do artigo 167.º bis do CGI é impedir a erosão fiscal do valor tributável no Estado-Membro em causa, evitando que os contribuintes retirem vantagem das diferenças existentes entre os regimes fiscais dos Estados-Membros.

60. A este respeito, basta recordar que, segundo jurisprudência bem assente, a redução de receitas fiscais não pode ser considerada uma razão imperiosa de interesse geral que possa ser invocada para justificar uma medida em princípio incompatível com uma liberdade fundamental (acórdãos ICI, já referido, n.º 28, e de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o., C397/98 e C410/98, Colect., p.

11727, n.º 59). Assim, a simples perda de receitas sofrida por um Estado-Membro em razão da transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para outro Estado-Membro, no qual a regulamentação fiscal seja diferente e, eventualmente, mais vantajosa para ele, não pode, em si mesma, justificar uma restrição ao direito de estabelecimento.

61. Quanto ao Governo neerlandês, sustenta que o efeito conjugado da tributação quando da emigração e da exigência das garantias a que está subordinada a concessão da suspensão do pagamento efectivo do imposto é necessário para garantir a coerência do sistema fiscal francês, uma vez que existe uma relação directa entre o diferimento da tributação anual do crescimento do capital correspondente aos títulos mobiliários, por um lado, e a cobrança efectiva do imposto quando da deslocação do domicílio para o estrangeiro, por outro.

62. É certo que o Tribunal de Justiça admitiu, a fim de manter a relação entre a dedutibilidade das contribuições e a tributação das quantias devidas pelas seguradoras em execução dos contratos de seguro, que a dedutibilidade fiscal de contribuições fosse subordinada à condição de estas serem pagas nesse Estado (acórdãos Bachmann, já referido, n.os 21 a 23, e de 28 de Janeiro de 1992, Comissão/Bélgica, C300/90, Colect., p. I305, n.os 14 a 20).

63. Não é, no entanto, possível sustentar que o artigo 167.º bis do CGI também se justifica pela necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal francês.

64. A este respeito, há que recordar que o regime fiscal previsto no artigo 167.º bis do CGI se destina, como foi precisado pelo Governo francês nas suas alegações escritas, a prevenir as transferências temporárias de domicílio para fora de França, motivadas exclusivamente por razões fiscais. Com efeito, a adopção do referido artigo foi inspirada pelo comportamento de determinados contribuintes, que consiste em transferir temporariamente o seu domicílio fiscal antes de ceder títulos mobiliários, com o único fim de eludir o pagamento do imposto sobre a mais-valia de que são devedores em França.

65. O artigo 167.º bis do CGI não parece, pois, ter por objectivo garantir de modo geral a tributação das mais-valias, em caso de transferência do domicílio de um contribuinte para fora de França, na medida em que se trate de adquiridas no decurso da estada deste no território francês.

66. Esta constatação é confortada pelo facto de o regime fiscal em causa no processo principal permitir um desagravamento de qualquer tributação de que as mais-valias, caso se realizem, foram objecto no país para o qual o contribuinte transferiu o seu domicílio. Com efeito, tal tributação pode ter por consequência que as mais-valias realizadas, incluindo a parte delas adquirida durante a estada do contribuinte em França, sejam inteiramente tributadas no referido país.

67. Nestas condições, a premissa em que se baseou o argumento da coerência fiscal invocado pelo Governo neerlandês não se verifica relativamente ao objectivo prosseguido pelo regime fiscal previsto no artigo 167.º bis do CGI. Assim, a justificação de tal regime, assente num objectivo de coerência fiscal, que não foi, aliás, invocada pelo Governo francês, não pode ser aceite.

68. No que se refere ao argumento do Governo alemão de que há que ter em conta a repartição do poder fiscal entre o Estado de partida e o Estado de acolhimento, basta realçar, como foi feito pelo advogado-geral no n.º 82 das suas conclusões, que o litígio não incide sobre a repartição, entre Estados-Membros, do poder de tributar nem sobre o direito de as autoridades francesas tributarem mais-valias latentes ao pretenderem reagir a transferências de domicílio artificiais, mas sim sobre a questão de saber se as medidas adoptadas com essa finalidade são conformes às exigências da liberdade de estabelecimento.

69. Em consequência, há que responder à questão colocada que o princípio da liberdade de estabelecimento constante do artigo 52.º do Tratado deve ser interpretado no sentido de que se opõe

a que um Estado-Membro institua, para fins de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias latentes, como o previsto no artigo 167.º bis do CGI, para o caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado.

Decisão sobre as despesas

70. As despesas efectuadas pelos Governos francês, dinamarquês, alemão, neerlandês e português, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. 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.

Parte decisória do acórdão

Pelos fundamentos expostos, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção) pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Conseil d'État, por decisão de 14 de Dezembro de 2001, declara: O princípio da liberdade de estabelecimento constante do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro institua, para fins de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias ainda não realizadas, como o previsto no artigo 167.º bis do code général des impôts francês, para o caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado.

