

M. H. de FREITAS PEREIRA

**A DIRECTIVA COMUNITÁRIA RELATIVA AO REGIME FISCAL COMUM
APLICÁVEL A FUSÕES, CISÕES, ENTRADAS DE ACTIVOS E PERMUTAS
DE ACÇÕES**

(Comentário à Directiva n.º 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990)*

1. Objectivos visados pela directiva

1. A directiva — aprovada em 23 de Julho de 1990 mas cuja proposta foi apresentada ao Conselho em 1969¹ — insere-se num conjunto de medidas que a Comissão das Comunidades Europeias definiu como prioritárias para a realização do mercado interno.

Com efeito, o Acto Único Europeu define o mercado interno como “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada”. Sendo assim, às empresas deve ser possível organizar as suas actividades no interior de toda a Comunidade sem os entraves que a existência de diversas soberanias fiscais impõem, inserindo-se dentro deste objectivo a possibilidade de se realizarem fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de dois ou mais Estados membros.

Visa-se, deste modo, assegurar neutralidade fiscal à reorganização das estruturas empresariais a uma escala comunitária, que permita às empresas europeias obter ganhos de eficiência capazes de reforçar a sua posição concorrencial no plano internacional.

A penalização fiscal da reorganização empresarial é, assim, eliminada a partir de 1 de Janeiro de 1992 - data até à qual os Estados membros (com excepção de Portugal relativamente às entradas de activos e permutas de acções) deviam adoptar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que sejam necessárias para se conformarem com a directiva. Os efeitos práticos imediatos da directiva são, porém, prejudicados pelo facto de, no que respeita a fusões e cisões transfronteiriças, não existir ainda uma base harmonizada em termos de direito comunitário das sociedades.²

* **Comunicação apresentada ao Seminário sobre “Harmonização dos Impostos sobre as Sociedades na CEE”, Lisboa, 22 e 23 de Abril de 1992.**

Publicado in *Fisco*, Lisboa, ano 4, nº 47, Outubro de 1992, págs. 3-14.

¹ *J. O.*, n.º C 39, de 22/3/1969, p. 1 e segs. A proposta original da Comissão limitava-se às fusões, cisões e entradas de activos. O Conselho acrescentou a estas operações a chamada permuta de acções. Sobre a génese da directiva veja-se, por exemplo, *Droit Fiscal*, Paris, 42º année, n.º 40, 3 Octobre, 1990, p. 1296 e segs

² As directivas já adoptadas quanto a fusões e cisões de sociedades anónimas - que constituem respectivamente as chamadas terceira directiva (Directiva n.º 78/855/CEE, de 9 de Outubro de 1978) e sexta directiva (Directiva n.º 82/891/CEE, de 17 de Dezembro de 1982), em matéria de direito das sociedades - restringem-se apenas ao âmbito nacional. A proposta de décima directiva em matéria de direito das sociedades relativa às fusões transfronteiriças de sociedades anónimas (*J. O.*, n.º C 23, de 25/1/1985, p. 11 e segs.) continua bloqueada e as cisões transfronteiriças não foram ainda objecto de qualquer proposta. A aprovação do Estatuto da Sociedade Europeia permitirá, contudo, a fusão de sociedade de Estados membros diferentes na medida em que uma das formas previstas de constituição da sociedade europeia é a da fusão de duas ou mais sociedades de diferentes Estados membros (veja-se o artigo 2.º da proposta alterada de regulamento do Conselho relativo ao Estatuto da Sociedade Europeia, in

2. A reorganização das estruturas empresariais visada pela directiva pode inserir-se no quadro mais geral do desenvolvimento estratégico das unidades económicas.

Uma das opções que a este respeito se colocam tem que ver com a dicotomia crescimento interno ou crescimento através de aquisições de totalidade ou de parte de outras empresas, inserindo-se claramente neste último algumas das operações abrangidas pela directiva. Trata-se afinal de conseguir sinergias operacionais, financeiras ou de gestão e, através delas, melhorar os níveis de eficiência. É o caso da concentração empresarial, quer na sua forma de concentração horizontal (através da qual se processa a reunião de unidades que produzem bens idênticos numa mesma fase produtiva - *concentração horizontal homogénea* -, ou bens diferentes e não complementares - *concentração horizontal heterogénea ou diversificação*), quer na sua forma de *concentração vertical ou integração* (através da qual se reúnem fases sucessivas de produção e se cobrem relações complementares entre fornecedores e clientes).³

A directiva não se esgota, porém, em operações de concentração. Há casos em que a opção mais aconselhável poderá ser a de se proceder a uma especialização das várias unidades económicas, entregando a entidades distintas cada um dos ramos de actividade até determinado momento exercidos por uma única entidade.

Finalmente, a directiva favorece a formação de grupos empresariais à escala comunitária. Este desiderato pode ser alcançado através das operações de fusão, cisão ou entrada de activos, mas também pode resultar simplesmente das operações de permuta de acções, onde a estratégia subjacente não é propriamente alterar os meios operacionais ao dispor das diferentes unidades, tal como existem, mas apenas a de exercer o seu controlo. Aliás, modernamente, algumas das formas tradicionais de concentração empresarial (em especial a diversificação e a integração) tendem a realizar-se não através de fusões mas outrossim da tomada de participações que garantam o controlo das entidades que prosseguem as actividades visadas.

3. De modo a possibilitar a reorganização, ao nível comunitário, das estruturas empresariais, a directiva estabelece um “regime fiscal comum” aplicável a certos tipos de operações realizadas entre sociedades de Estados membros diferentes. Funda-se, para tanto, no artigo 100.º do Tratado de Roma que prevê a possibilidade de o Conselho, deliberando por unanimidade, adoptar as directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do Mercado Comum. Trata-se, portanto, de um regime específico para as operações abrangidas que tenham um carácter transfronteiriço, o qual acrescerá aos regimes internos eventualmente existentes.⁴ Esse regime comum não deixará, porém, de, em muitos países, influenciar os próprios regimes internos já que dificilmente se concebe que os Estados membros estabeleçam regras mais favoráveis para as operações transfronteiriças do que para as

.J. O., n.º C 176, de 8/7/1991, p. 1 e segs.). Cf. SCHONEWILLE, Peter H., “Some questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive”, in *Intertax*, Deventer, 1992, January, pp. 13-20.

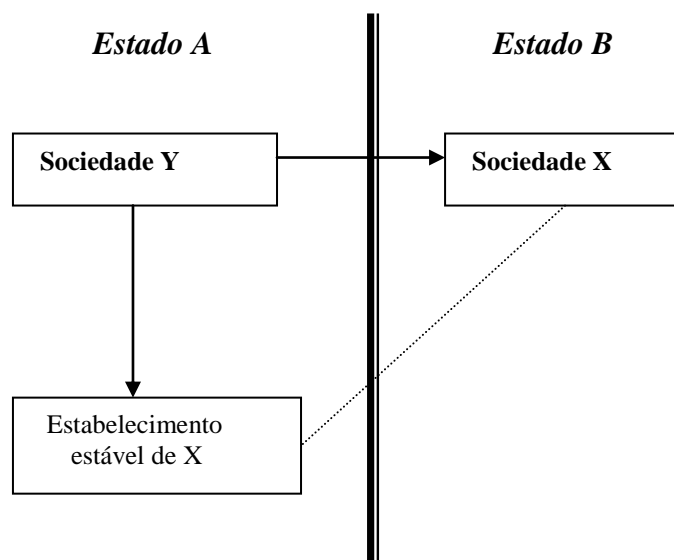
³ Para maiores desenvolvimentos veja-se, por exemplo, MORVAN, Yves, *Fondements d'Économie Industrielle*, 2º éd., Paris, Gestion-Economica, 1991, p. 131 e segs.

⁴ Sobre os problemas que esta solução comporta e os desenvolvimentos que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias poderá vir a fazer em consequência, veja-se DEROVIN, Philippe e LADREYT, Gilbert, “L' incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et operations assimilés à la directive communautaire du 23 juillet 1990”, in *Droit Fiscal*, Paris, 44º année, n.º 5, 29 Janvier 1992, p. 234.

operações internas. A legislação que, nos vários Estados membros, tem sido publicada de modo a efectuar a transposição da directiva demonstra de forma clara esta influência.⁵

É patente que o regime fiscal comum estabelecido pela directiva se move dentro de dois grandes parâmetros ou preocupações. Por um lado, pretende assegurar-se a neutralidade fiscal das operações abrangidas ao permitir que, observadas certas condições, as fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções não impliquem, de per si, qualquer tributação. Por outro lado, salvaguardam-se os direitos de tributação do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida, pelo que apenas se difere para momento ulterior a tributação a que haveria lugar no momento da fusão, cisão, entrada de activos e permuta de acções, o que, relativamente às primeiras três operações indicadas, exige que os activos transferidos sejam efectivamente afectos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no Estado membro da sociedade contribuidora (para o caso mais simples da fusão-incorporação - Fig. 1).⁶

Fig. 1
Fusão-incorporação
(X incorpora Y)



Finalmente, tendo-se a directiva orientado no sentido de criar um regime que facilitasse a reorganização das estruturas empresariais não podia, contudo, ignorar que o mesmo podia dar origem a utilizações abusivas. Estas foram, aliás, uma das causas para a demora na adopção da directiva, que veio a determinar a inclusão no seu articulado de uma cláusula antiabuso. Com efeito, está previsto (artigo 11º) que a directiva pode não se aplicar ou deixar de aplicar-se sempre que, por um lado, as operações em causa

⁵ Em Portugal, esta influência é nítida quanto às entradas de activos e permutas de acções. Com efeito, dado não existir qualquer regime especial no plano interno quanto a estas operações, o artigo 40.º da Lei n.º 2/92, de 9 de Março, ao prever uma autorização legislativa ao Governo para transpor a directiva em análise, concedeu igualmente uma autorização legislativa para que se estabeleça para as entradas de activos e permutas de acções em que intervenham apenas pessoas ou entidades, residentes em território português, um regime fiscal similar ao que vier a ser adoptado em resultado da transposição daquela directiva.

⁶ Saliente-se, porém, que, ao contrário do que acontecia na versão inicial, na versão aprovada não é apresentada qualquer definição de estabelecimento estável.

tenham como objectivo ou um dos seus principais objectivos a evasão ou a fraude fiscais e, por outro, essas operações permitam fugir às obrigações decorrentes da legislação em matéria de representação dos trabalhadores nos órgãos sociais (o que tem especialmente em atenção uma preocupação da Alemanha). A directiva acrescenta ainda que a não realização das operações por motivos económicos válidos, tais como a reestruturação e a racionalização, constitui presunção de que se verificam os aludidos objectivos de evasão ou fraude, o que não deixará de suscitar controvérsia, pela maneira ampla como está redigida a disposição e até pela novidade que, pelo menos em certos países, poderá constituir esta incursão no domínio que os juristas designam por abuso de direito.⁷

II. Âmbito de aplicação da directiva

1. Operações abrangidas

1.1. A directiva refere-se a quatro tipos de operações em que participem sociedades de dois ou mais Estados membros (artigo 1º):

- Fusões;
- Cisões;
- Entradas de activos;
- Permutas de acções.

A *fusão* [artigo 2.º, alínea a)] abrange três situações: a fusão-incorporação [cf. alínea a) do n.º 4 do artigo 97.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC)], a fusão por criação de uma nova sociedade [cf. alínea b) do n.º 4 do artigo 97.º do CSC] e a fusão por transferência do conjunto do património de uma sociedade para a que detém a totalidade do seu capital (cf. artigo 116.º do CSC), sendo esta última um caso especial da primeira em que não se põe obviamente a questão da atribuição aos sócios da sociedade incorporada de títulos ou partes de capital da sociedade incorporante.

A *cisão* [artigo 2.º, alínea b)] refere-se ao caso em que uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do seu património para duas ou mais sociedades, já existentes ou novas, mediante a atribuição aos sócios da sociedade cindida, segundo uma regra de proporcionalidade, de parte do capital social das sociedades para onde se transfere o seu património e, eventualmente, de uma certa importância em dinheiro. São evidentes os pontos de contacto com a cisão-dissolução [artigo 118.º, n.º 1, alínea b) do CSC], podendo, contudo, a transferência operar-se também para sociedades já existentes e, nessa medida, desde que observado o requisito da dissolução da sociedade cindida, há também pontos de contacto com a cisão-fusão [artigo 118.º, n.º 1, alínea c) do CSC]. No entanto, trata-se sempre da chamada cisão total, não se abrangendo a chamada cisão parcial, que é admitida pela legislação portuguesa [artigo 118.º, n.º 1, alínea a) do CSC].⁸

⁷A influência desta cláusula faz-se, aliás, já sentir em recentes alterações legislativas introduzidas em algumas leis fiscais de certos Estados membros. Cf., para o caso de Itália, TRIVOLI, Alfonso, “A tentative application of the anti-avoidance clause affecting mergers and acquisitions as recently introduced in the Italian tax system by article 1º of Law n.º 408 of 29 December 1990”, in *Intertax*, Deventer, 1992, February, pp. 119-127

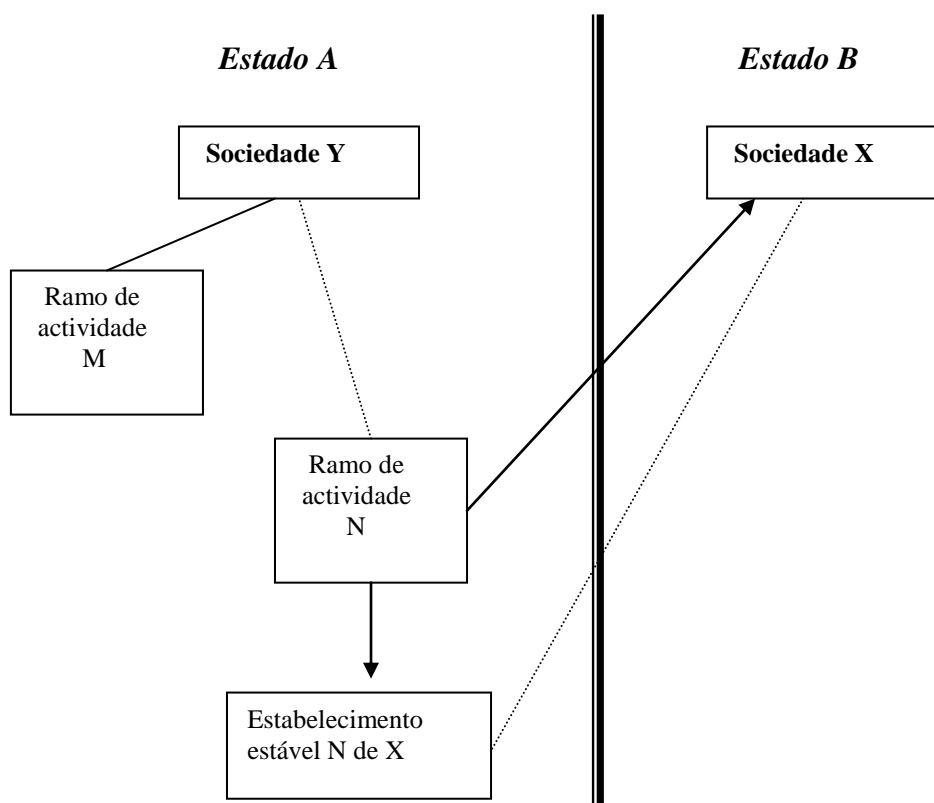
⁸ VENTURA, Raul, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades — Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 336 e segs. Sobre a forma de eventualmente resolver o problema da cisão parcial não caber no âmbito da directiva, veja-se LARKING,

A *entrada de activos* [artigo 2.º, alínea c)] é definida como a operação pela qual uma sociedade transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua actividade para outra sociedade, mediante entrega de títulos representativos de capital da sociedade beneficiária da entrada. Embora não se indique expressamente qual o destino destes títulos - as sociedades transmitentes ou os seus sócios - tudo indica que é a sociedade transmitente, o que está de acordo com o facto de o artigo 8.º, que regula as consequências do regime para os sócios das sociedades participantes nas operações, não se aplicar às entradas de activos (cf. artigo 9.º). A entrada pode abranger o conjunto da actividade - situação em que o activo da transmitente fica reduzido à participação na sociedade beneficiária - ou um ou mais ramos de actividade (Fig. 2). “Ramo de actividade” é caracterizado no sentido de apenas abranger os casos de conjuntos de elementos patrimoniais, activos e passivos, de um departamento de uma sociedade que constituam do ponto de vista organizacional uma exploração autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios [artigo 2.º, alínea i)]. Excluem-se, pois, naturalmente, as simples transferências de activos isolados.

Fig. 2

Entrada de activos

(O ramo de actividade N da sociedade Y é transferido para a sociedade X)



A *permuta de acções* [artigo 2.º, alínea d)] refere-se à operação através da qual uma sociedade adquire uma participação no capital de outra sociedade, que tem como consequência conferir-lhe a maioria dos direitos de voto desta última, mediante a atribuição aos sócios da sociedade adquirida, em troca dos seus títulos, de títulos representativos do capital da sociedade adquirente e, eventualmente, de uma certa

Barry, “The Merger Directive - will it work?», in *European Taxation*, Amsterdam, vol. 30, 1990, December, p. 346.

quantia em dinheiro. Trata-se, portanto, de uma permuta de acções que confira à sociedade adquirente o domínio da sociedade adquirida.⁹

1.2. Do elenco das operações abrangidas pela directiva, fácil é concluir que existem dois tipos de operações - as entradas de activos e as permutas de acções - que no plano interno não dispõem ainda de regime fiscal similar ao que a directiva estabelece no domínio transfronteiriço (cf. artigos 62.º a 64.º do Código do IRC). Haverá, assim, que acautelar a neutralidade fiscal entre as operações desse tipo em que as sociedades intervenientes sejam todas residentes em território português e as operações similares em que uma das sociedades seja residente de um outro Estado membro das Comunidades Europeias. É esse, aliás, como se referiu, o objectivo da alínea b) do artigo 40.º da Lei n.º 2/92, de 9 de Março.

Por outro lado, quanto às fusões e cisões, verifica-se que não é inteiramente coincidente a noção destas face à legislação interna e face ao que se dispõe na directiva, podendo dizer-se que nesta se adopta uma posição mais restritiva, em particular no que se refere à cisão. Assim, o campo de aplicação em termos de operações abrangidas no plano transfronteiriço terá de fazer-se por remissão para a directiva, o que não deixará de poder criar algumas dificuldades dada a inexistência de harmonização do direito das sociedades neste domínio. Aliás, como atrás se mencionou, é neste domínio da falta de harmonização ao nível do direito comercial que permita as fusões e cisões transfronteiriças que poderão colocar-se os principais obstáculos à aplicação do regime previsto na directiva.¹⁰ No imediato, repete-se, a transposição da directiva tenderá a ter só efeitos práticos quanto à entrada de activos e permuta de acções.

2. Entidades abrangidas

2.1. Dado que a directiva se aplica às operações acima indicadas em que intervenham “sociedades de dois ou mais Estados membros” (artigo 1º), houve necessidade de definir o que se entende por “sociedade de um Estado membro”. É o que se faz no artigo 2.º, dele resultando a necessidade de verificação cumulativa de três características: forma jurídica (definida de acordo com a lei nacional segundo a qual foram constituídas), residência, sujeição a um imposto sobre o rendimento.

Assim, em primeiro lugar, quanto à forma jurídica, exige-se que a sociedade tenha uma das formas enumeradas no anexo à directiva [alínea a) do artigo 3.º]. Para o caso português abrangem-se não só as sociedades comerciais ou civis sob forma comercial mas também outras pessoas colectivas que exerçam actividades comerciais ou industriais. Verifica-se, no entanto, que o tipo de entidades abrangidas não é uniforme nos vários países.

Em segundo lugar, a sociedade deve, de acordo com a legislação fiscal de um Estado membro, ser considerada como tendo o seu domicílio fiscal nesse Estado sem que, em

⁹ Alguns problemas vêm sendo suscitados a este propósito, designadamente o de literalmente se parecer excluir a permuta de acções quando já se detém a maioria dos direitos de voto. Cf. SCHONEWILLE, Peter H., *art. cit.*, p. 18.

¹⁰ Sobre essas dificuldades face à legislação francesa, veja-se DEROVIN, Philippe, e LADREYT, Gilbert, *art. cit.*, p. 225 e segs. Para o caso da Alemanha, cf. RADLER, Albert J., “Effets, sur les sociétés allemandes, des Directives de la Communauté du 23 juillet 1990 concernant les fusions et les relations sociétés mères et filiales”, in *Revue de Droit des Affaires Internationales — International Business Law Journal*, 1991, n.º 7, pp. 977-985, onde se dá conta da posição oficial alemã de que a transposição da directiva não seria, de momento, necessária no tocante a fusões por falta de regulamentação do direito das sociedades.

resultado de uma convenção destinada a eliminar a dupla tributação com um Estado terceiro, seja considerada como tendo o seu domicílio fiscal fora da Comunidade [alínea b) do artigo 3.º]. Ou seja, a sociedade deve ter, quer face à lei interna quer face às convenções, a sua residência num país comunitário.

Finalmente, em terceiro lugar, a sociedade deve estar sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles estar isenta, a um dos impostos indicados na directiva (no caso português, ao IRC) ou a qualquer imposto que venha a substituí-los [alínea c) do artigo 3.º]. Com esta exigência afastam-se da aplicação do regime, por exemplo, as entidades abrangidas pelo regime de transparência fiscal [artigos 5.º e 12.º do Código do IRC] e bem assim outras entidades que eventualmente beneficiem de uma isenção subjectiva total de IRC. Poderão, aliás, suscitar-se problemas quanto ao exacto significado e alcance da referência a que as sociedades não podem estar isentas de imposto.

2.2. O regime actualmente em vigor no plano interno (artigos 62.º a 64.º do Código do IRC) não é tão exigente no tocante aos requisitos a observar pelas sociedades e outras entidades intervenientes, em especial quanto ao regime tributário em que se encontrem estas entidades. Poderá ser este um dos casos em que se deva desenhar uma evolução do regime apenas aplicável a entidades residentes no sentido de o ajustar ao regime aplicável a operações transfronteiriças.

Entretanto, dessa diferente exigência decorre que, no tocante ao regime a aplicar no plano transfronteiriço, se justifique uma remissão para as condições impostas pelo artigo 3.º da directiva. E como a verificação destas condições deverá ser feita à luz da legislação fiscal do Estado membro de que é residente cada sociedade interveniente, de verão ser as autoridades fiscais de cada um dos Estados a confirmar que essas condições estão preenchidas. Trata-se de formalidade administrativa que não pode deixar de ser exigida para efeitos de controlo da correcta aplicação da directiva.

III. Análise do regime fiscal comum estabelecido na directiva

O regime fiscal comum estabelecido na directiva consta dos seus artigos 4º a 10º, que distingue as várias situações, quer ao nível das sociedades intervenientes, quer ao nível dos respectivos sócios, dedicando ainda uma atenção especial ao caso da transferência de um estabelecimento estável.

1. Regras relativas às sociedades intervenientes em operações de fusão, cisão e entrada de activos

1.1. A directiva começa por estabelecer (artigos 4.º a 9.º) que a fusão, cisão e entrada de activos não implicam qualquer tributação das mais-valias, determinadas pela diferença entre o valor real dos activos e dos passivos transferidos e o respectivo valor fiscal. Este é definido de uma forma que parece corresponder ao valor líquido contabilístico dos elementos transferidos, eventualmente corrigido nos termos da legislação fiscal de cada país já que se estabelece que esse valor é o correspondente ao que seria tomado em consideração para efeitos da matéria colectável respectiva se os elementos do activo e do passivo tivessem sido vendidos no momento da fusão, cisão ou entrada de activos, mas independentemente destas operações.

Existem, porém, duas condições a observar para que tal regime seja aplicável:

- a) Que os elementos do activo e do passivo transferidos sejam efectivamente afectos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no Estado membro da sociedade contribuidora - ou seja, passem a fazer parte do activo e do passivo

do estabelecimento estável - e concorram para a formação dos resultados a tomar em consideração para a determinação da matéria colectável dos impostos;

- b) Que, para efeitos de determinação da matéria colectável dos impostos sobre o rendimento incidentes sobre o estabelecimento estável, quer as amortizações quer as mais-valias e menos-valias relativas aos elementos transferidos (e outros resultados, acrescente-se) sejam calculados nos mesmos termos em que o seriam pela sociedade contribuidora se a fusão, cisão ou entrada de activos não tivessem ocorrido.

Estas duas condições inserem-se afinal dentro das preocupações de neutralidade e salvaguarda dos direitos de tributação do Estado da sociedade contribuidora assinalados no início. E é por não estarem reunidas estas condições que este regime não se aplica no caso de navios ou aeronaves exploradas no tráfego internacional, ou de bens móveis afectos à sua exploração, quando a entidade adquirente dos mesmos seja residente de Estado membro diferente do da sociedade contribuidora. Com efeito, de acordo com o que é norma nas convenções destinadas a eliminar a dupla tributação (cf. artigo 8.º e n.º 3 do artigo 13.º da Convenção Modelo da OCDE), os ganhos provenientes da alienação de navios ou aeronaves explorados no tráfego internacional e de bens móveis afectos à sua exploração são tributados apenas no Estado em que se situa a direcção efectiva da sociedade, pelo que não é possível salvaguardar nesse caso os direitos de tributação do Estado membro da sociedade que transmite esses bens.¹¹

1.2. A directiva aplica igualmente um regime de neutralidade fiscal às provisões ou reservas constituídas e aceites para efeitos fiscais na sociedade contribuidora (artigo 5.º e 9º).¹² Assim, essas provisões ou reservas são retomadas pelos estabelecimentos estáveis da sociedade beneficiária nas mesmas condições que vigoravam na sociedade contribuidora.

Como é natural, estas provisões ou reservas não podem dizer respeito a estabelecimentos estáveis da sociedade contribuidora situados no estrangeiro, dado que, com a fusão, cisão ou entrada de activos de que é beneficiária uma sociedade não residente, o Estado da sociedade contribuidora deixa de poder tributar no futuro a anulação dessas provisões ou reservas.

1.3. Também relativamente à transmissibilidade para a sociedade beneficiária dos prejuízos da sociedade contribuidora, ainda não deduzidos, a directiva toma uma posição (artigos 6.º e 9.º).

No entanto, a este respeito estabelece-se apenas a extensão às operações transfronteiriças do regime de transmissibilidade do reporte de prejuízos que eventualmente exista quanto às operações do mesmo tipo em que intervenham apenas entidades residentes. Assim, se num determinado Estado membro não for permitida essa transmissibilidade relativamente às operações internas (o que é o caso, por exemplo, da Espanha - cf. n.º 3 do artigo 11º da *Ley 28/1991, de 16 de diciembre*), o mesmo regime de intransmissibilidade vigora para as operações transfronteiriças. Por outro lado, se

¹¹ Veja-se ainda o regime do artigo 13º do Código do IRC. Sobre esta problemática, cf., com muito interesse, CORREIA E VALE, Maria de Lourdes, “Parecer do CEF n.º 116/90: A isenção do artigo 13.º do CIRC face às convenções para evitar a dupla tributação”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 362, Abril-Junho de 1991, pp. 543-556.

¹² A expressão “provisões ou reservas” parece ter sido usada para ter em conta as diferenças terminológicas entre os Estados membros, mas o seu objectivo é abranger as deduções para efeitos fiscais, qualquer que seja a sua denominação, que sejam, de algum modo, recuperáveis no futuro em termos de proveitos

essa transmissibilidade está sujeita a autorização prévia relativamente às operações internas (como é o caso, por exemplo, de Portugal — cf. n.º 5 do artigo 62.º do Código do IRC), idêntica autorização é necessária quanto às operações transfronteiriças.

Deve ainda sublinhar-se que, obviamente, no caso de transmissibilidade, a dedução dos prejuízos fiscais é feita no lucro tributável imputável ao estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no Estado da sociedade contribuidora e deve limitar-se aos prejuízos fiscais que possam ser imputáveis a esse estabelecimento estável. Isto significa que só são transmissíveis os prejuízos fiscais da sociedade contribuidora que, em conformidade com um critério adequado (por exemplo, o da empresa distinta e separada) se possam imputar à actividade que se prossegue através do estabelecimento estável.¹³

1.4. A directiva estabelece (artigo 7.º) o regime aplicável, no caso de fusões e cisões, à anulação da participação da sociedade beneficiária no capital da sociedade contribuidora. Assim, a mais-valia eventualmente resultante dessa anulação não pode ser tributada.

Os Estados membros gozam, contudo, da faculdade de não aplicar este regime sempre que a participação da sociedade beneficiária no capital da sociedade contribuidora não exceda 25%.

A directiva não prevê o regime aplicável no caso de a anulação da participação dar lugar a uma menos-valia, o que significa que os Estados membros são livres de estabelecer que estas podem ou não ser aceites para efeitos fiscais. Contudo, o facto de não se regular especificamente o tratamento fiscal das menos-valias que decorram destas anulações, não significa que elas passem a ser automaticamente aceites para efeitos fiscais - isso significa apenas que lhes é aplicável o regime geral de aceitação dos custos e perdas, o que, em relação a muitas delas, poderá determinar a exclusão da sua consideração para efeitos fiscais.

1.5. Do confronto destas disposições com o regime estabelecido no Código do IRC para as fusões e cisões em que intervêm apenas entidades residentes (artigo 62.º do Código do IRC) pode verificar-se que a legislação portuguesa constitui já, de certo modo, uma antecipação do regime previsto na directiva, o que, aliás, é reconhecido pelo legislador no preâmbulo daquele Código ao aludir que foram reflectidas no mesmo soluções correspondentes ao “consenso” que a nível comunitário vinha ganhando corpo neste domínio. Está, assim, algo facilitada a transposição da directiva no que respeita a fusões e cisões. Pelo que toca a entradas de activos haverá, volta-se a referir, que estabelecer o respectivo regime mesmo para as operações em que intervêm apenas entidades residentes.

Há, porém, um aspecto que importa sublinhar. A directiva não exige propriamente identidade contabilística entre os valores por que estavam inscritos na sociedade contribuidora os elementos patrimoniais objecto de transmissão e os valores por que passam a figurar os mesmos elementos na sociedade beneficiária. Exige-se apenas identidade fiscal. A legislação portuguesa, por sua vez, exige essa identidade contabilística [alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 62.º do Código do IRC], o que não

¹³ Veja-se, a propósito de situação semelhante, o disposto no artigo 15º, n.º 1, alínea c), 1) do Código do IRC.

parece que seja vedado pela directiva.¹⁴ É, pois, natural que se exija quanto às operações transfronteiriças o mesmo tipo de requisitos de índole contabilística que é requerido para as operações internas. Embora o mencionado regime de identidade fiscal se possa facilmente justificar nos países que adoptam uma ligação estreita entre contabilidade e fiscalidade, trata-se de aspecto em que se poderá verificar, a prazo, uma evolução, garantidos que estejam os elementos de controlo indispensáveis para assegurar a identidade fiscal estabelecida na directiva.¹⁵

Por outro lado, a directiva alude apenas à não tributação das mais-valias relativamente aos elementos transferidos, o que até está de acordo actualmente com o regime estabelecido no artigo 62.º. Dado, porém, o espírito da directiva e o significado próprio para efeitos fiscais, em Portugal, da expressão “mais-valias ou menos-valias” (não faz, por exemplo, sentido falar em mais-valias e menos-valias relativamente a elementos do passivo), terá por certo de se clarificar que o regime de neutralidade se aplica em relação ao apuramento de resultados de todos os elementos do activo e do passivo transmitidos.

2. Regras relativas aos sócios das sociedades fundidas ou cindidas e à permuta de acções

2.1. A directiva (artigo 8.º) alarga o regime de neutralidade fiscal à atribuição, em caso de fusão, cisão ou permuta de acções, de títulos representativos do capital da sociedade beneficiária ou adquirente aos sócios (pessoas singulares ou colectivas) da sociedade contribuidora ou adquirida em troca de títulos representativos do capital social desta última.

Fá-lo, porém, com a condição de os sócios não atribuírem aos títulos recebidos por permuta um valor fiscal mais elevado que aquele que os títulos permutados tinham imediatamente antes da fusão, cisão ou permuta de acções, entendendo-se por valor fiscal o que seria tomado em consideração para o cálculo de ganho ou perda para efeitos da determinação da matéria colectável de um imposto sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do sócio da sociedade.

Por outro lado, é expressamente admitida a possibilidade de os Estados membros tributarem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos, do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existentes antes da aquisição.

Finalmente, permite-se a tributação do montante em dinheiro eventualmente atribuído ao sócio aquando da fusão, cisão ou permuta de acções.

2.2. São numerosos os problemas que a aplicação deste regime suscita, para cuja resolução os Estados membros não deixarão de fazer uso, por certo, da margem de

¹⁴ Veja-se, por exemplo, DIBOUT, Patrick, “La directive communautaire du 23 Juillet 1990 relative au régime fiscal commun des fusions, scissions et apports partiels d’actifs”, in *Droit Fiscal*, Paris, 42^e année, n.º 49, 5 décembre 1990. p. 1656

¹⁵ Aliás, mesmo no plano contabilístico é defensável a identidade contabilística para os casos em que se verifica uma continuidade económica - é o método conhecido por “de comunhão de interesse”. Cf., em Portugal, Directriz contabilística n.º 1/91: Tratamento contabilístico de concentrações de actividades empresariais, in *Diário da República*, II Série, n.º 13, de 16 de Janeiro de 1992. Veja-se igualmente a Norma Internacional de Contabilidade, n.º 22, emitida em Novembro de 1983 pelo IASC (“*International Accounting Standards Committee*”) intitulada “IAS 22 — *Accounting for Business Combinations*”, e, em França, a recomendação n.º 14 da OECCA (“*Ordre des Experts-Comptables et des Comptables Agréés*”), também de Novembro de 1983, intitulada “*Recommandation sur les regroupements d’entreprises*”.

flexibilidade que a transposição da directiva lhes permite e, bem assim, da cláusula de salvaguarda do artigo 11º, que serão tentados a regular em alguns aspectos.¹⁶

Em primeiro lugar, ao contrário do que acontece relativamente às sociedades contribuidora ou adquirida e à sociedade beneficiária ou adquirente, a directiva não estabelece requisitos especiais quanto aos sócios que intervêm na troca das respectivas participações sociais. Que esses sócios possam ser pessoas singulares ou colectivas não parece que possa suscitar reparos salvaguardado que esteja o controlo adequado quanto à valorização para efeitos fiscais dos títulos recebidos em troca. Já quanto a serem residentes ou não residentes poderá levantar algumas questões, tudo dependendo afinal do regime de tributação dos não residentes em matéria de mais-valias.

Com efeito, a directiva admite o diferimento da tributação dos ganhos resultantes da diferença entre o valor dos títulos recebidos e dos títulos dados em troca por ocasião de uma fusão, cisão ou permuta de acções para um momento ulterior - o da alienação dos títulos recebidos. Isso significa, porém, reconhecer que, deixando o Estado da sociedade contribuidora ou adquirida de ter qualquer controlo sobre a titularidade das participações, essa tributação só pode fazer-se no Estado de residência do sócio, o que está, aliás, de acordo com o regime que resulta das convenções para eliminar a dupla tributação.¹⁷

No entanto, mesmo nesses casos haverá que prever mecanismos de controlo, o que será particularmente válido quanto às pessoas singulares. É que sendo o regime o do diferimento de tributação para o momento da ulterior alienação dos títulos, parece razoável que esse diferimento tenha como limite temporal, se anterior a essa alienação, aquele em que, de acordo a lei do Estado membro de que esse sócio era residente no momento da fusão, cisão ou permuta de acções ou, sendo aplicável, com o que resulta das convenções de dupla tributação por ele celebradas, termina o direito de exercer essa tributação: o da perda da qualidade de residente desse Estado membro.

2.3. O Código do IRC (artigo 63.º) prevê, quanto às fusões e cisões internas, um regime de neutralidade fiscal para os respectivos sócios que é paralelo ao previsto na directiva.

A lei portuguesa refere-se, porém, apenas às mais-valias ou menos-valias realizadas enquanto que o regime de neutralidade fiscal estabelecido na directiva tem um significado mais amplo - abrange qualquer tributação sobre o rendimento.

Por outro lado, também aqui a lei portuguesa impõe que a regra da identidade de valores dos títulos permutados tenha tradução contabilística, o que não é imposto pela directiva que apenas exige identidade para efeitos fiscais.

Saliente-se ainda que a regra da neutralidade parece actualmente aplicar-se apenas aos sócios pessoas colectivas ou outras entidades sujeitas a IRC, já que não se encontra

¹⁶ Convém ter presente que, de acordo com o artigo 189.º do Tratado CEE, a “directiva vincula o Estado membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Crítica quanto à técnica legislativa usada em França, na transposição da directiva relativamente à operação de “permuta de acções” (assimilação a entradas de ramos de actividade das entradas de participações superiores a 50%) pode ver-se em DEROVIN, Philippe, e LADREYT, Gilbert, *art. cit.*, p. 226.

¹⁷ Sobre este problema veja-se, por exemplo, DIBOUT, Patrick, *art. cit.*, p. 1658. O autor questiona igualmente a omissão da directiva quanto a uma prazo mínimo de detenção dos títulos recebidos em troca, opinando que certamente em resultado da cláusula antiabuso do artigo 11º, alguns Estados estabelecerão esse prazo mínimo.

disposição semelhante no Código do IRS. Ora, a directiva aplica-se quer a sócios pessoas colectivas quer a sócios pessoas singulares.

3. Regras relativas aos casos especiais de estabelecimentos estáveis

3.1. O artigo 10º da directiva regula ainda o caso especial de entre os bens transferidos aquando de uma fusão, de uma cisão ou de uma entrada de activos figurar um estabelecimento estável da sociedade contribuidora situado num Estado membro diferente do desta sociedade.

No Estado em que se situa o estabelecimento estável é aplicável o regime da directiva como se esse Estado fosse o da sociedade contribuidora, o que significa um diferimento de tributação se o estabelecimento estável da sociedade contribuidora se transformar num estabelecimento estável, no mesmo Estado da sociedade beneficiária.

No Estado da sociedade contribuidora haverá que distinguir conforme seja aplicável o regime da isenção ou o regime do lucro mundial. No primeiro caso, o Estado da sociedade contribuidora deverá renunciar a qualquer direito de tributar o estabelecimento estável, podendo, contudo, reintegrar nos lucros tributáveis desta os prejuízos anteriores do estabelecimento estável que tenham sido eventualmente deduzidos dos lucros tributáveis da sociedade neste Estado e que não tenham sido compensados. No caso de ser usado o regime do lucro mundial, o Estado da sociedade contribuidora tem o direito de tributar os lucros ou as mais-valias verificados por ocasião da fusão, cisão ou entrada de activos, desde que autorize a dedução do imposto que, na falta das disposições desta directiva, incidiria sobre tais lucros ou mais-valias no Estado em que se situa o estabelecimento estável e admita aquela dedução do mesmo modo e pelo mesmo montante que teria aplicado se o imposto tivesse sido efectivamente liquidado e pago.

3.2. Sendo este um problema que não se põe quanto às fusões e cisões internas, não se encontra actualmente no Código do IRC qualquer disposição paralela à estabelecida no artigo 10º da directiva.

É possível, porém, deduzir do regime geral de tributação dos lucros adoptado naquele Código qual a solução que, por certo, orientará o legislador no tocante às fusões, cisões e entradas de activos em que inter venha como sociedade contribuidora uma entidade residente e por força das quais seja transmitido um estabelecimento estável dessa sociedade situado fora do território português. Com efeito, em Portugal a tributação das entidades residentes faz-se numa base mundial (artigo 4º, nº 1, do Código do IRC), pelo que, nesse caso, de acordo com a directiva, Portugal pode tributar os resultados do estabelecimento estável verificados em consequência da fusão, cisão ou entrada de activos. No entanto, a sociedade residente pode deduzir o imposto que seria aplicável no Estado em que se situa o estabelecimento na ausência das disposições da directiva, nas mesmas condições em que ele seria deduzido se tivesse sido efectivamente liquidado e pago, o que significa:

- Se existe convenção destinada a eliminar a dupla tributação com o país em que se situa o estabelecimento estável, uma dedução à colecta de acordo com o método da imputação normal (cf. artigo 73.º do Código do IRC);
- Se não existe essa convenção, a dedução traduz-se na simples aceitação como custo do imposto que teria sido efectivamente liquidado e pago no Estado do estabelecimento estável na falta da presente directiva.

