

## FICHA DOUTRINÁRIA

|           |   |
|-----------|---|
| Diploma:  | [Código do IRC ]  |
| Artigo:   | [73.º ]   |
| Assunto:  | [Operação de fusão transfronteiriça em que a sociedade incorporante não residente tem um processo de insolvência tendente à sua liquidação - Regime de neutralidade fiscal ]  |
| Processo: | [2022 004563, PIV 23722, sancionado por Despacho, de 30 de novembro de 2022, da Diretora de Serviços de IRC ]   |
| Conteúdo: | [Uma sociedade comercial residente, para efeitos fiscais, em território português é detida integralmente por uma sociedade não residente, que apresentou ao Tribunal de Comércio, no país de residência, um processo de insolvência voluntária. |

Posteriormente à sua aceitação, aquele Tribunal notificou a sociedade da ordem de liquidação, ordenando a sua dissolução e cessação de mandato dos seus administradores.

No âmbito do processo de liquidação, a sociedade não residente pretende vender, em leilão extrajudicial, os seus imóveis, bem como os pertencentes à sociedade portuguesa que foram dados como garantia aos bancos pelos empréstimos por estes concedidos à sociedade não residente.

Para efeitos de concretizar a dita venda extrajudicial dos imóveis detidos pela sociedade portuguesa, cujas garantias continuam ativas, é necessário que se proceda previamente a uma operação de fusão transfronteiriça, por incorporação da totalidade do património da sociedade portuguesa na sociedade espanhola.

A operação de fusão, com o objetivo de ajudar a viabilizar o pagamento da dívida bancária da sociedade espanhola, será levada a cabo em cumprimento da legislação espanhola<sup>1</sup> e portuguesa<sup>2</sup>, operação esta que compreende a constituição, em território português, de um estabelecimento estável (uma sucursal), ao qual irão ser alocados todos os ativos e passivos que atualmente pertencem à sociedade portuguesa, incluindo os 2 trabalhadores que atualmente aí exercem funções..

A atividade da sociedade espanhola, após a operação, manter-se-á apenas enquanto não for encerrada a liquidação.

Pretende-se saber se a operação é elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal, previsto no artigo 73.º do Código do IRC (CIRC).

O regime de neutralidade fiscal, previsto nos artigos 73.º e seguintes do CIRC, é um regime de diferimento de tributação, o qual só é aplicável quando sejam observados um conjunto de requisitos, formais e materiais.

O mecanismo de diferimento da tributação não se pode desligar do princípio da continuidade, materializado na continuidade da atividade e do investimento por parte da sociedade incorporada e da sua acionista, respetivamente.

<sup>1</sup> Lei n.º 3/2009, de 3 de abril.

<sup>2</sup> Artigos 117.º-A e seguintes do Código das Sociedades Comerciais.

Citando António Rocha Mendes<sup>3</sup>, *"é justamente esta continuidade do interesse económico, na perspetiva da sociedade transmitente e sobretudo dos seus sócios, que justifica que o sistema fiscal, nesses casos (...), que as mais-valias realizadas na transmissão de ativos não sejam imediatamente incluídas no lucro tributável da entidade transmitente."*

Apesar de um dos efeitos da fusão, de acordo com o artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais, ser a extinção da sociedade incorporada, traduzida na extinção da pessoa jurídica, na extinção das relações de sociedade entre sócios e na extinção das participações dos sócios nessas sociedades, a verdade é que essas extinções têm uma finalidade em si mesmas que não se pode confundir com o desaparecimento da sociedade incorporada.

Na sua génese, o regime de neutralidade fiscal comunitário teve como objeto contribuir para a construção de um mercado único, através da remoção de obstáculos de natureza fiscal, permitindo que as empresas dos diversos Estados-Membros adotassem a sua estrutura jurídica a um mercado sem fronteiras.

É neste contexto que, mesmo que uma operação de fusão seja desenhada por forma a observar todos os requisitos formais e materiais previstos nos artigos 73.º e seguintes do CIRC, pode, ainda assim, ver serem-lhe recusados os efeitos da neutralidade fiscal e reconduzir a operação ao regime geral de tributação.

E é precisamente esse o caso na operação aqui em análise, em que a operação não visa a reestruturação ou a racionalização das atividades económicas desenvolvidas pela sociedade incorporada, uma vez que visa apenas viabilizar o pagamento da dívida bancária, através da venda dos imóveis situados em território português, no âmbito do processo de liquidação da sociedade incorporante.

Pelo que, a fusão não tem em vista a continuidade da atividade da sociedade incorporada na esfera da sucursal criada no âmbito da fusão, mas sim a extinção dessa atividade logo que termine o processo de liquidação.

Ora, a fase de liquidação traduz-se num conjunto de atos que visam pôr termo ao funcionamento de uma empresa e marca o momento que em que se reconheceu que ela esgotou a sua função, já não estando sequer em causa o exercício do objeto social, o qual cedeu o passo ao objetivo de repartição dos resultados, que passa a dominar a vida da sociedade.

Por outro lado, é preciso considerar que, para além da eliminação de barreiras fiscais à concentração empresarial, o regime de neutralidade fiscal visa também assegurar os interesses financeiros do Estado, razão pela qual este regime se traduz num regime de diferimento de tributação e não num regime de isenção tributária.

Portanto, para que o Estado abdique da parte da receita fiscal a que teria direito com a tributação de um evento de realização, não basta que a operação tenha um impacto positivo do ponto de vista das sociedades envolvidas na operação, é necessário que ela tenha também um impacto positivo em termos económicos, pois, ao conceder um diferimento da tributação, o Estado espera que os efeitos positivos da operação se traduzam numa arrecadação de receita fiscal no futuro, tendo em conta a continuidade da atividade da empresa fundida, embora na esfera de um ente jurídico diferente.

<sup>3</sup> "IRC e as Reorganizações Empresariais", Universidade Católica Editora, 2016, pág. 112.

Porém, no caso em apreço, tal como atrás se referiu, a atividade apenas será desenvolvida até ao encerramento da liquidação da sociedade incorporante, o que acarretará, também, o encerramento da sucursal em Portugal, visto esta ser um mero prolongamento da sociedade espanhola.

Nestes termos, não se verifica o adequado redimensionamento da atividade anteriormente exercida pela sociedade incorporada, não se reconhecendo a existência de razões económicas válidas à operação, tal como prevê a própria cláusula antiabuso prevista no n.º 10 do art.º 73.º do CIRC, pelo que não pode a operação de fusão transfronteiriça em apreço ser elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal. |