CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT apresentadas em 26 de Maio de 2005 [1]

I — Introdução

1. A Corte Suprema di Cassazione foi chamada a pronunciar-se sobre a legalidade da tributação de uma operação entre sociedades comerciais, que se pode designar por fusão «de sentido inverso» entre duas sociedades anónimas. Através desta fusão, uma sociedade-mãe, que detém 100% das acções da sua filial, é incorporada nessa filial. A Corte Suprema di Cassazione pretende saber, com o seu pedido de decisão prejudicial, se essa operação cai no âmbito de aplicação da Directiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de Julho de 1969, relativa aos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais [2] (a seguir «Directiva 69/335»). Se assim for, a mesma está sujeita apenas ao imposto sobre entradas de capital harmonizado pela directiva. Ao invés, se esta não abranger as fusões de sentido inverso, os Estados-Membros podem tributar essa operação de outra forma.

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

2. Nos termos do artigo 1.º da Directiva 69/335, os Estados-Membros cobram um imposto harmonizado sobre as entradas de capital nas sociedades, o «imposto sobre as entradas de capital».

3. O artigo 4.º define as operações sujeitas a imposto nos seguintes termos:

«1. Estão sujeitas ao imposto sobre as entradas de capital as seguintes operações:

[...]

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 249, p. 25, EE 09 F1 p. 22; alterada pela última vez pelo Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia – Anexo II: Lista a que se refere o artigo 20.º do Acto de Adesão – JO 2003, L 236, p. 555.

c) O aumento do capital social de uma sociedade de capitais mediante a entrada de bens de qualquer espécie;

d) O aumento do activo de uma sociedade de capitais mediante a entrada de bens de qualquer espécie, remunerada não por partes representativas do capital social ou do activo, mas por direitos da mesma natureza que os dos sócios, tais como direito de voto, participação nos lucros ou no saldo de liquidação;

[...]

2. Podem continuar sujeitas ao imposto sobre as entradas de capitais as operações a seguir indicadas, desde que fossem tributadas à taxa de 1% em 1 de Julho de 1984:

[...]

b) O aumento do activo de uma sociedade de capitais através de prestações efectuadas por um sócio, que não impliquem o aumento do capital social, mas que tenham a sua contrapartida numa alteração dos direitos sociais ou que sejam susceptíveis de aumentar o valor das partes sociais;

[...]»

4. Nos termos do artigo 7.º da Directiva 69/335, os Estados-Membros isentam do imposto sobre as entradas de capital as operações que, em 1 de Julho de 1984 e de acordo com as condições então em vigor, estivessem isentas de imposto ou fossem tributadas a uma taxa reduzida de 0,5% [3]. Assim, esta isenção aplica-se à transferência de uma participação superior a 75% do capital social duma sociedade de capitais para uma outra sociedade de capitais, a constituir ou já constituída, desde que a contrapartida desta transferência consista, essencialmente, na cessão de participações sociais (na sociedade-mãe).

5. Por último, o artigo 10.º da Directiva 69/335 dispõe:

«Além do imposto sobre as entradas de capital, os Estados-Membros não cobrarão, no que diz respeito às sociedades, associa-

3 — As operações isentas são, por conseguinte, as referidas no artigo 7.º, n.º 1, na redacção dada pelas Directivas 73/79/CEE (JO L 103, p. 13; EE 09 F1 p. 42) e 73/80/CEE (JO L 103, p. 15; EE 09 F1 p. 44), o qual previa o seguinte:
«bb) A taxa do imposto sobre as entradas de capital pode ser reduzida de 50% ou mais, quando uma sociedade de capitais em vias de constituição ou já constituída obtenha partes sociais que representem, pelo menos, 75% do capital social anteriormente emitido de uma outra sociedade de capitais. [...] Esta redução está sujeita à condição de:
— as entradas de capital serem remuneradas exclusivamente mediante a atribuição de partes sociais, [...]»

ções ou pessoas colectivas com fins lucrativos, qualquer imposição, seja sob que forma for:

a) Em relação às operações referidas no artigo 4.º;

b) Em relação às entradas de capital, empréstimos ou prestações, efectuadas no âmbito das operações referidas no artigo 4.º;

c) Em relação ao registo ou qualquer outra formalidade prévia ao exercício de uma actividade a que uma sociedade, associação ou pessoa colectiva com fins lucrativos esteja sujeita em consequência da sua forma jurídica.»

B — *Direito Italiano*

6. De acordo com a exposição do órgão jurisdicional de reenvio, ao litígio no processo principal aplica-se *ratione temporis* o artigo 4.º, primeiro parágrafo, alínea b), da Primeira Parte da Tabela anexa ao Decreto do Presidente da República n.º 131, de 26 de Abril de 1986, na redacção anterior à alteração introduzida pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 323, de 20 de Junho de 1996 (convertido na Lei n.º 425, de 8 de Agosto de 1996).

7. Por força desta disposição, toda e qualquer fusão de sociedades está sujeita a imposto sobre entradas de capital no montante de 1% do valor do património da sociedade objecto da fusão ou incorporação. Assim, a matéria colectável desse imposto — tal como as modalidades de fusão de sociedades em direito civil — resulta dos artigos 2501.º e seguintes do Código Civil, cujo teor preciso não é, contudo, relevante para o caso vertente.

III — Matéria de facto, tramitação processual e questão prejudicial

8. A Aro Tubi Trafilerie SpA, recorrente no processo principal (a seguir «Aro Tubi») é uma sociedade anónima de direito italiano. A Aro Tubi era uma filial a 100% da Fratelli Gaggini SpA (a seguir «Fratelli Gaggini»). Além disso, a Aro Tubi detinha 100% do capital social da Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Por escritura notarial de 19 de Dezembro de 1995, foram incorporadas na Aro Tubi a sua sociedade-mãe, a Fratelli Gaggini, e a sua filial, a Aro Tubi Estrusi e Profilati. As acções da sociedade incorporada Fratelli Gaggini foram amortizadas; em contrapartida, os accionistas desta receberam as participações na sociedade incorporante Aro Tubi que anteriormente pertenciam à sua sociedade-mãe Fratelli Gaggini. Consequentemente, as pessoas singulares que, originalmente, apenas detinham participações indirectas na Aro Tubi, por intermédio da Fratelli Gaggini, receberam, na sequência

da fusão de sentido inverso, participações directas na Aro Tubi, visto que a sociedade intermediária desapareceu.

9. Quando esta fusão foi registada no serviço de registo público, foi cobrado à Aro Tubi um imposto de registo no montante de 1% do valor do património das sociedades incorporadas Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA e Fratelli Gaggini.

10. Após o pagamento deste imposto, a Aro Tubi requereu a restituição do montante pago, por considerar o imposto incompatível com a Directiva 69/335. Subsequentemente, a Aro Tubi interpôs recurso do indeferimento tácito do seu requerimento para a Commissione Tributaria Provinciale di Milano, cuja decisão foi, todavia, revogada pela Commmissione Tributaria Regionale della Lombardia, após apreciar o recurso da mesma interposto pela administração fiscal estadual.

11. A Corte Suprema di Cassazione, que foi chamada a pronunciar-se sobre esta decisão em sede de recurso de revista, submeteu ao Tribunal de Justiça, por despacho de 6 de Novembro de 2003 — segundo se infere [4] — a questão prejudicial de saber se é compatível com a Directiva 69/335 a cobrança de um imposto de registo de 1% do valor do património da sociedade incorporada, por ocasião da incorporação de uma sociedade noutra sociedade, cujo capital social já era detido, na sua totalidade, pela sociedade incorporada.

12. A recorrente no processo principal, o Governo italiano e a Comissão apresentaram observações no processo no Tribunal de Justiça.

IV — Alegações das partes

13. O Governo italiano remete, no essencial, para o acórdão no processo C-152/97 [5] (AGAS). Dele resulta que a fusão de duas sociedades não cai no âmbito de aplicação da Directiva 69/335, se uma filial, cujo capital social é integralmente detido pela sua sociedade-mãe, for incorporada nesta última (chamada fusão «imprópria»).

14. A fusão «de sentido inverso» *sub judice* — ou seja, a incorporação da sociedade-mãe na sua filial — não pode ser considerada senão uma fusão «imprópria», pelo que também não está abrangida pela directiva.

4 — O despacho não coloca expressamente uma questão no sentido próprio do termo.

5 — Acórdão de 27 de Outubro de 1998, AGAS (C-152/97, Colect., p. I-6553).

Além disso, apreciada globalmente, a incorporação também não implica o reforço do potencial económico da sociedade, circunstância que o Tribunal considerou fundamental para que a Directiva 69/335 seja aplicável.

15. Ao invés, a Aro Tubi sustenta que, no caso vertente, a cobrança do imposto de registo não é compatível com a Directiva 69/335. A doutrina do acórdão AGAS [6] não pode ser transposta para o caso vertente, visto que, devido a diferenças de ordem económica e jurídica, a fusão «de sentido inverso» não deve ser tratada como uma fusão «imprópria».

16. Uma fusão «de sentido inverso» implica o reforço do potencial económico da filial, visto que esta absorve o património da sociedade-mãe. Consequentemente, a directiva é aplicável e a filial, a Aro Tubi, beneficia da isenção prevista no artigo 7.º da directiva.

17. Por último, a Comissão defende uma posição conciliatória. No seu entender, uma fusão «de sentido inverso» só equivale a uma fusão «imprópria», não sendo abrangida pela Directiva 69/335, se não implicar o reforço do potencial económico da sociedade incorporante. Isto só será assim se a sociedade incorporada não possuir quaisquer outras participações sociais para além das participações na sociedade incorporante, tal como sucede no processo principal.

18. Inversamente, se a sociedade incorporada detiver participações noutras sociedades, o potencial económico da sociedade incorporante será reforçado pela incorporação e não se verificam as circunstâncias excepcionais referidas na jurisprudência «AGAS» [7], a qual, aliás, não é isenta de crítica. Nesta hipótese aplica-se, portanto, a Directiva 69/335.

V — Apreciação jurídica

19. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se o disposto na Directiva 69/335 obsta à cobrança de um imposto de registo no caso de uma fusão «de sentido inverso» em que a sociedade incorporada detém a totalidade do capital social da sociedade incorporante.

6 — Já referido na nota 5.

7 — Acórdão AGAS (já referido na nota 5).

A — *Quanto ao sistema de aplicação da Directiva 69/335*

20. Na jurisprudência proferida até ao presente, o Tribunal de Justiça definiu com clareza o sistema de aplicação da Directiva 69/335. No acórdão Bautiaa e Société française maritime [8], o Tribunal afirmou, a este respeito:

«Para qualificar o imposto controvertido à luz da Directiva 69/335 e apreciar a sua compatibilidade com esta, em especial no que respeita às taxas aplicáveis, deve-se, em primeiro lugar, examinar se operações como as que levaram, nos dois litígios nos processos principais, à cobrança de um imposto sobre as entradas de capital são abrangidas pelo âmbito de aplicação da Directiva 69/335 e qualificá-las na perspectiva desta.»

21. Da mesma forma, o Tribunal decidiu, no acórdão AGAS [9]:

«Daqui resulta que, para ser abrangida pela directiva, a operação em causa deve corresponder a uma das hipóteses descritas no seu artigo 4.º, ao qual se refere o artigo 10.º, alíneas a) e b), da directiva.»

22. Assim sendo, a aplicação das disposições da Directiva 69/335 passa pelas seguintes etapas. O ponto de partida é a proibição, prevista no artigo 10.º, da cobrança de qualquer outra imposição para além do imposto sobre as entradas de capital harmonizado. Porém, segundo as alíneas a) e b) desta disposição, esta proibição aplica-se apenas às transacções enumeradas no artigo 4.º

23. Consequentemente, importa em primeiro lugar verificar se a operação corresponde a alguma das hipóteses previstas no artigo 4.º e, portanto, se a mesma cai no âmbito de aplicação da directiva e, especialmente, da proibição do artigo 10.º Só se assim for é que se poderá aferir, face às restantes disposições da directiva, da possibilidade de a operação estar isenta de imposto [10].

24. Ao contrário do expressamente sustentado pela recorrente no processo principal, o mero facto de estarem preenchidas as condições para a isenção de imposto sobre entradas de capital previstas no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 69/335 não permite que se conclua que não pode ser cobrada qualquer imposição sobre uma operação como a fusão «de sentido inverso» controvertida. Pelo contrário, é, antes de mais nada, necessário que a mesma operação seja abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva, o que só se pode aferir face ao

8 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1996, Bautiaa e Société française maritime (C-197/94 e C-252/94, Colect., p. I-505, n.º 31).

9 — Acórdão AGAS (já referido na nota 5, n.º 21).

10 — V. também, quanto a este método de análise, as conclusões do advogado-geral G. Cosmas no processo C-152/97 (AGAS, Colect., pp. I-6553, I-6555, n.º 43).

artigo 10.º, conjugado com o artigo 4.º Se a operação não for abrangida pela directiva, esta não obstará à cobrança de outra imposição, não harmonizada, sobre essa operação. Consequentemente, também não há lugar à isenção prevista no artigo 7.º

B — *Âmbito de aplicação da Directiva 69/335*

25. A proibição constante do artigo 10.º, alíneas a) e b), exige que a operação *sub judice* corresponda a uma das variantes do artigo 4.º

1. Artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 69/335

26. Em primeiro lugar, os factos subjacentes ao processo principal poderão ser abrangidos pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea c).

a) Existência de um aumento de capital

27. A fusão «de sentido inverso» deve, assim, implicar o aumento do capital social da sociedade incorporante mediante a entrada de fundos. O aumento do capital subscrito exige, normalmente, a emissão de novas acções ou o aumento do valor nominal das acções já emitidas [11]. Porém, no ponto 1, alínea c), do contrato de fusão apresentado pela Aro Tubi estipula-se expressamente que não há lugar, nesta acepção, ao aumento do capital da sociedade incorporante (Aro Tubi). As partes no processo principal estão de acordo quanto a este ponto.

28. Mesmo perante esta cláusula expressa, não se pode prescindir da exigência do aumento de capital, como sugere a Aro Tubi. Ainda assim, os factos subjacentes ao processo principal podem também ser abrangidos pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 69/335, se se der uma interpretação ampla ao conceito de aumento do capital social. No caso vertente, a participação na Fratelli Gaggini converteu-se numa participação na Aro Tubi. As acções da Aro Tubi anteriormente detidas pela Fratelli Gaggini foram transferidas para os accionistas da Fratelli Gaggini. É duvidoso que se possa equiparar esta transferência das acções da Aro Tubi à emissão de novas acções e, portanto, qualificá-la como um aumento do capital social *lato sensu*.

11 — V. por todos, sobre este tema, p. ex. *Académie des sciences commerciales* (Editor), Dictionnaire commercial, 1987, *sub* «capital» e «capital social»; Gabler Wirtschafts-Lexikon (AA. VV.), 12.ª Edição, 1988, *sub* «Kapital [capital]» e «Kapitalerhöhung [aumento de capital]».

29. Porém, é de pôr de parte esta interpretação ampla do conceito de aumento de capital social. Segundo a jurisprudência do Tribunal, os conceitos constantes do artigo 4.º da Directiva 69/335 devem ser objecto de uma interpretação autónoma a nível comunitário, isto é, de uma interpretação objectiva e uniforme para todos os Estados-Membros, sem levar em conta as especificidades do ordenamento jurídico e do sistema fiscal de cada Estado-Membro [12]. Todavia, a interpretação autónoma a nível comunitário do conceito de aumento do capital social não se pode afastar totalmente do significado natural de um conceito.

30. Os conceitos de capital social de uma sociedade e de aumento do capital social são conceitos não só jurídicos (juridico-comunitários), mas também das ciências económicas, que, ao nível da teoria económica da empresa, têm um significado específico que ultrapassa o seu significado etimológico e administrativo. Por isso, o capital (próprio) de uma sociedade de capitais corresponde à soma do valor nominal das participações sociais, e o aumento de capital — seja de que forma for — exige, assim, o aumento do valor nominal de cada participação social ou do número destas [13]. Seria surpreendente se o legislador comunitário tivesse pretendido, na directiva, associar outro significado ao conceito de aumento do capital social, visto que este corresponde à terminologia consagrada nas ciências económicas.

31. Por conseguinte, da interpretação do conceito de aumento de capital social não se pode concluir que o mesmo abrange a mera conversão de uma participação indirecta através da incorporação da sociedade intermediária (Fratelli Gaggini). Isto porque, neste caso, as participações apenas são transferidas, sem alteração do seu número ou do seu valor nominal, da sociedade intermediária para os accionistas da sociedade que está por detrás desta.

32. Não é aqui necessário averiguar se as participações na Aro Tubi originalmente detidas pela Fratelli Gaggini voltaram à própria Aro Tubi e fora seguidamente entregues aos antigos accionistas da Fratelli Gaggini ou essas participações foram directamente transferidas pela Aro Tubi, sem qualquer detentor intermédio. Em nenhum dos casos se verificou qualquer alteração do número ou do valor das participações.

33. A interpretação do conceito de aumento do capital social ora defendida não é contrariada pelo facto de o Tribunal, na sua jurisprudência até ao presente, ter já considerado que a fusão de duas sociedades de capitais constituía um aumento do capital social, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 69/335 [14]. O caso então apreciado pelo Tribunal caracterizava-se precisamente por um aumento do capital

12 — Acórdão Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 8, n.º 32); acórdão AGAS (já referido na nota 5, n.º 21); v. também acórdão de 15 de Julho de 1982, Felicitas Rickmers-Linie (270/81, Recueil, p. 2771, n.º 14).

13 — V. análise mencionada na nota 10.

14 — Acórdão Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 8, n.º 38).

nominal da sociedade incorporante com recurso à emissão de *novas* acções [15], o que não sucede no caso vertente.

b) Reforço do potencial económico

34. Mesmo que, ao contrário do que atrás se afirmou, se equipare a mera transferência das acções da Aro Tubi a um aumento do capital social na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 69/335, esta operação teria de implicar um reforço do potencial económico da Aro Tubi. Como o Tribunal sublinhou em jurisprudência assente [16], este é precisamente o critério decisivo para uma operação possa ser qualificada como reunião de capitais e, consequentemente, tributada em sede de imposto sobre entradas de capital.

35. O Tribunal de Justiça infere o requisito não escrito do reforço do potencial económico do segundo considerando da Directiva 74/553/CEE [17] [18], o qual dispõe que os princípios nos quais o imposto sobre as entradas de capital harmonizado assenta «têm em vista sujeitar ao imposto apenas as operações que constituam a expressão jurídica de uma reunião de capitais e unicamente na medida em que estas contribuam para reforçar o potencial económico da sociedade».

36. Além disso, a exigência do reforço do potencial económico está em consonância com o objectivo da Directiva 69/335 de promover a livre circulação de capitais entre os Estados-Membros mediante a harmonização dos diferentes impostos nacionais sobre reuniões de capitais. Por conseguinte, nas operações que a directiva visa abranger, tem de ocorrer um movimento de capitais que se traduza num acréscimo do capital da sociedade que dele beneficia.

37. Ao invés, o objectivo da Directiva 69/335 não é apenas o de facilitar a reestruturação ou reagrupamento de sociedades de capitais já constituídas, isto é, de reuniões de capitais já existentes [19]. Isto resulta, por exemplo, do facto de a mera alteração da forma jurídica de uma sociedade de capitais ser expressamente excluída pelo artigo 4.º, n.º 3, alínea a), do âmbito de aplicação da directiva. Ainda que seja do interesse dos operadores económicos sujeitar ao mínimo possível de restrições as alterações a nível comunitário no seio de sociedades ligadas entre si através de participações sociais, semelhantes opera-

15 — V. as conclusões do advogado-geral G. Cosmas no processo Bautiaa e Société française maritime (já referidas na nota 10, n.º 1).

16 — V., entre outros, acórdão Felicitas Rickmers-Linie (já referido na nota 12, n.º 16), bem como os acórdãos de 5 de Fevereiro de 1991, Trave Schiffahrts-Gesellschaft (C-249/89, Colect., p. I-257, n.º 13); de 5 de Fevereiro de 1991, Deltakabel (C-15/89, Colect., p. I-241, n.ºs 3 e segs.) e Société Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 8, n.º 36).

17 — Directiva 74/553/CEE do Conselho, de 7 de Novembro de 1974, que altera o n.º 2 do artigo 5.º da Directiva 69/335/CEE relativa aos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais (JO L 303, p. 9; EE 09 F1 p. 46).

18 — Acórdão Deltakabel (referido na nota 16, n.º 13).

19 — O direito de constituir filiais e de eventualmente as incorporar pode, certamente, ser garantido pela liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º CE. Conjugada com uma proibição nacional de discriminação dos residentes, esta garantia poderia ser relevante para o caso vertente. Porém, no seu despacho, o órgão jurisdicional de reenvio apenas solicitou a interpretação da Directiva 69/335.

ções só são abrangidas pelas normas comunitárias sobre o imposto sobre entradas de capital harmonizado se não se esgotarem na reorganização do capital já concentrado e implicarem antes uma (ulterior) concentração de capitais.

38. À primeira vista, pode-se admitir que, no caso vertente, a fusão «de sentido inverso» reforça o potencial económico da Aro Tubi. Isto porque no património da sociedade incorporante Aro Tubi entrou o património da sociedade incorporada Fratelli Gaggini, o qual anteriormente era juridicamente autónomo. Porém, este ponto de vista, que se baseia unicamente no património da sociedade incorporante, é demasiado restritivo.

39. No acórdão AGAS [20], o Tribunal de Justiça decidiu, nomeadamente, que a fusão «imprópria» não entra no âmbito de aplicação da Directiva 69/335, visto que não corresponde a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 4.º Mas, como a Comissão e o Governo italiano correctamente alegam, só será assim se o critério decisivo para determinar a existência de um reforço do potencial económico reflectir a situação *global* das sociedades interessadas antes e depois da transacção.

40. Com efeito, só assim se pode determinar se uma situação análoga constitui uma operação de reunião de capitais e goza, portanto, da protecção da Directiva 69/335. No caso vertente, portanto, não serão levadas em conta as especificidades de uma fusão «de sentido inverso», se se entender que houve um reforço do potencial económico da Aro Tubi pelo simples facto de esta sociedade ter incorporado o património da sua antiga sociedade-mãe.

41. Pelo contrário, há que ter em atenção que o património das sociedades Aro Tubi e Fratelli Gaggini — consideradas como um todo —, as quais estavam ligadas anteriormente por uma participação de 100%, foi deixado intacto pela escritura de fusão e passou a agregar, não os bens de duas sociedades juridicamente autónomas, mas exclusivamente os bens de uma única pessoa colectiva. Vista essencialmente desta perspectiva, esta situação é idêntica, nomeadamente, à de uma fusão «imprópria» como a que estava em causa no acórdão AGAS.

42. Isto torna-se particularmente evidente se se atender à situação dos accionistas, que são os verdadeiros investidores por detrás das sociedades. Aos seus olhos, a fusão «de sentido inverso» não implica o reforço do potencial económico das sociedades nem, de uma forma muito geral, uma concentração de capitais: antes da fusão eram accionistas da Fratelli Gaggini. Porém, as suas acções representam não só o *goodwill* desta sociedade, mas também e simultaneamente o da Aro Tubi, que pertencia ao património da

20 — Já referido na nota 5.

Fratelli Gaggini, visto ser sua filial a 100%. Após a fusão, os accionistas receberam, em substituição das acções da Fratelli Gaggini — agora sem valor — participações na Aro Tubi. Por seu lado, estas representam — tal como sucedia com as acções «velhas» — somente o valor do património agregado das duas sociedades. Se bem, após a transacção, as acções se reportem formalmente a outra sociedade, as mesmas garantem um potencial económico idêntico ao garantido pelos títulos que os accionistas anteriormente detinham.

43. Ainda que seja inteiramente admissível, como alega a recorrente no processo principal, que a operação de fusão não seja um negócio puramente formal ou um mero acto de registo, mas tenha um determinado significado económico, é porém manifesto que não se pode falar de um reforço do potencial económico em consequência de uma concentração de capitais. Por conseguinte, uma fusão «de sentido inverso» também não corresponde ao conceito constante do artigo 4.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335.

2. Artigo 4.°, n.° 1, alínea d) da Directiva 69/335

44. Há ainda que ponderar se se aplica o artigo 4.°, n.° 1, alínea d), da Directiva 69/335. Por força desta disposição, é abrangido pela directiva o aumento do activo de uma sociedade de capitais mediante a entrada de bens de qualquer espécie, remunerada não por partes representativas do capital social ou do activo, mas por outros direitos, tal como o direito de voto ou a participação nos lucros. Assim, por «activo de uma sociedade», para efeitos do artigo 4.°, n.° 1 alínea c), entende-se não o capital subscrito, mas sim «todos os bens que os sócios puseram em comum [na sociedade] e os respectivos aumentos» [21].

45. Porém, a operação de fusão «de sentido inverso» não se subsume *per se* ao artigo 4.°, n.° 1, alínea d), pois o conceito referido nesta disposição deve ser completado pelo critério não escrito do reforço do potencial económico, o qual não é preenchido, como atrás se demonstrou.

46. Contudo, mesmo abstraindo desse aspecto, verifica-se que não estão preenchidos os requisitos expressamente previstos no artigo 4.°, n.° 1, alínea d). É certo que parece inteiramente concebível o entendimento de que o activo da Aro Tubi sofreu um aumento devido à incorporação do património da Fratelli Gaggini. Isto porque da escritura resulta que, antes da incorporação, a Fratelli Gaggini possuía, ao que parece, além das participações na Aro Tubi, activos de valor

21 — Acórdão de 28 de Março de 1990, Siegen (C-38/88, Colect., p. I-1447, n.° 12).

não despiciendo, como por exemplo direitos sobre bens imóveis e móveis. Antes da fusão entre as duas sociedades, estes bens pertenciam unicamente à Fratelli Gaggini. Só após a incorporação é que a Aro Tubi adquiriu o poder jurídico e económico de dispor destes bens. Por isso se pode entender que a transferência destes bens, resultante da fusão, constitui um aumento do activo da Aro Tubi.

47. Porém, o mero aumento do activo não basta para preencher o requisito do artigo 4.º, n.º 1, alínea d). Pelo contrário, esta disposição exige ainda que a entrada de bens de que resulta o aumento do activo seja retribuída pela concessão de direitos da mesma natureza que os dos sócios e não por partes representativas do capital social ou do activo.

48. Poderá entender-se que as acções da Fratelli Gaggini constituem uma entrada de bens *latissimo sensu*. Como contrapartida da entrega destas participações, os accionistas da Fratelli Gaggini receberam acções da Aro Tubi. Ora sucede precisamente que as acções constituem a principal hipótese de direitos sociais representativos de uma parte do capital social da sociedade. Ao invés, as acções não são «direitos da mesma natureza que os dos sócios» na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da Directiva 69/335. Os direitos da mesma natureza que os dos sócios caracterizam-se, não por representarem participações no capital, mas sim por representarem direitos individuais dos sócios. Os direitos obrigacionais de participação [22], que conferem somente direito à participação nos lucros da sociedade, constituem um exemplo desses direitos. Se forem emitidas acções como contrapartida de uma entrada de bens, fica excluída a aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea d). A tal situação aplica-se apenas o artigo 4.º, n.º 1, alínea c).

3. Artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 69/335

49. Por último, importa verificar se o caso vertente se subsume ao artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 69/335. Esta disposição exige expressamente que haja lugar a um aumento do activo sem um aumento simultâneo do capital social, o que, como se referiu *supra* [23], no caso vertente é inteiramente concebível.

50. Seguidamente, o aumento do activo deve ser realizado mediante prestações efectuadas por um sócio. Poder-se-ia ver tal prestação no facto de os accionistas da Fratelli Gaggini terem prescindido das suas participações nesta sociedade a favor da Aro Tubi. No entanto, à data da fusão de ambas as sociedades, os accionistas da Fratelli Gaggini

22 — V. acórdão de 17 de Outubro de 2002, Solida e Tech (C-138/00, Colect., p. I-8905, n.º 28).

23 — V. n.º 46.

não eram accionistas da sociedade beneficiária Aro Tubi, mas sim detentores de participações na sociedade-mãe desta.

51. Por conseguinte, o requisito do artigo 4.°, n.° 2, alínea b), só estará preenchido mediante a interpretação extensiva do conceito de prestação efectuada por um sócio, concretamente no sentido de abranger a prestação efectuada por um interessado indirecto, nomeadamente o sócio de um sócio.

52. Tal interpretação extensiva parece inteiramente concebível. Na sua jurisprudência até ao presente, o Tribunal de Justiça decidiu, em casos análogos, que, para responder à questão de saber se uma operação é abrangida pelo artigo 4.°, n.° 1, alínea b), importa adoptar uma abordagem económica e não uma abordagem formal, baseada unicamente na proveniência das entradas de capital [24].

53. Porém, mesmo que, fazendo uma interpretação em termos económicos do conceito de prestação efectuada por um sócio, se concluísse que a entrada da Fratelli Gaggini na Aro Tubi deve ser entendida como uma prestação de um sócio a favor desta última, essa conclusão não seria suficiente para determinar a aplicação do artigo 4.°, n.° 2, alínea b). Pelo contrário, esta disposição exige, complementarmente, que a prestação efectuada pelo sócio tenha a sua contrapartida numa alteração dos direitos sociais ou que seja susceptível de aumentar o valor das participações sociais.

54. No caso vertente não se descortina a ocorrência da primeira alternativa, ou seja, a alteração dos direitos sociais, visto que o número e valor nominal das acções da Aro se mantêm intactos.

55. O aumento do valor das participações sociais, na acepção da segunda alternativa, também não se verifica. Na verdade, poderia argumentar-se que a Aro Tubi, ao incorporar a Fratelli Gaggini, absorveu os activos desta e que, devido a este ganho, o valor (real) das acções da Fratelli Gaggini acresceu com a entrada destes bens.

56. No entanto, esta abordagem não está em consonância com a supramencionada interpretação em termos económicos do requisito do artigo 4.°, n.° 2, alínea b). Com efeito, se se entender que basta a prestação efectuada por um sócio indirecto, a concepção sinalagmática desta norma implica que deve ocorrer igualmente uma apreciação do valor da participação deste sócio indirecto.

57. Consequentemente, não se deve comparar o valor (real) das acções da Aro Tubi antes e depois da fusão, mas sim o valor (real) das acções que os accionistas da Fratelli Gaggini detinham antes da fusão

24 — Acórdãos de 13 de Outubro de 1992, Weber Haus (C-49/91, Colect., p. I-5207, n.° 11) e de 17 de Outubro de 2002, ESTAG (C-339/99, Colect., p. I-8837, n.° 37).

com o valor das acções da Aro Tubi que lhes foram entregues após a mesma. Porém, não é possível diferenciá-las, pois o valor empresarial agregado da Aro Tubi e da Fratelli Gaggini antes da fusão, valor esse representado, na sua totalidade, pelas acções da Fratelli Gaggini, é idêntico ao valor da «nova» Aro Tubi, representado pelas acções desta. Consequentemente, o valor das carteiras dos accionistas não foi alterado pela transacção.

58. Por conseguinte, o requisito do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), não se mostra preenchido mediante a interpretação em termos económicos do conceito de prestação efectuada por um sócio. Só assim sucederia se, neste caso, também se exigisse o requisito — não escrito — do reforço do potencial económico das sociedades.

59. As restantes hipóteses referidas no artigo 4.º da Directiva 69/335 não têm correspondência com o caso vertente. Também não está em causa a subsunção do litígio no processo principal ao artigo 10.º, alínea c), da Directiva 69/335.

60. Consequentemente, nenhuma das disposições da Directiva 69/335 permite concluir que a mesma se aplica no caso vertente. As disposições dessa directiva não proíbem, portanto, um Estado-Membro de cobrar um imposto de registo sobre fusões «de sentido inverso».

VI — Conclusão

61. Pelo exposto, propomos ao Tribunal de Justiça que responda à questão da Corte Suprema di Cassazione da seguinte forma:

A Directiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de Julho de 1969, relativa aos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais, não obsta à cobrança de um imposto de registo no montante de 1% do valor do património da sociedade incorporada que é cobrado, nas condições referidas no processo principal, sobre a incorporação de uma sociedade por outra, cujo capital social já era detido, na sua totalidade, pela sociedade incorporada (fusão «de sentido inverso»).