CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 13 de Novembro de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. A questão prejudicial colocada pelo Bundesfinanzhof chama este Tribunal, bem como no processo C-15/89, a interpretar o disposto no artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da Directiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de Julho de 1969, relativa aos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais [1] (adiante «directiva»).

2. Os factos são de uma grande simplicidade. A Trave Schiffahrtsgesellschaft mbH & Co. KG (adiante «Trave»), criada em 27 de Junho de 1975, foram concedidos, pelos seus sócios, empréstimos no valor total de 131 milhões de DM. Relativamente aos anos de 1977 a 1983, esses empréstimos foram concedidos sem juros. O Finanzamt de Kiel-Nord, por aviso de liquidação de 7 de Dezembro de 1984, sujeitou a concessão dos referidos empréstimos a um imposto sobre as entradas de capital no montante de 361 335 DM. A Trave impugnou este imposto perante os órgãos jurisdicionais alemães competentes.

3. O Bundesfinanzhof, a quem foi submetida a questão, colocou uma questão prejudicial pela qual pretende, essencialmente, que este Tribunal se pronuncie, por um lado, sobre a possibilidade de sujeitar a um imposto sobre as entradas de capital empréstimos sem juros concedidos a uma sociedade de capitais gravemente endividada por um dos seus sócios e, por outro, sobre o método de cálculo do imposto sobre as entradas de capital.

4. Lembremos que, com efeito, nos termos do disposto no artigo 4.°, n.° 2, alínea b), os Estados-membros podem sujeitar ao imposto sobre as entradas de capital «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».

5. Segundo a jurisprudência constante do Tribunal,

«os princípios em que se assenta o imposto sobre as entradas de capital harmonizado, os quais 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» [2].

6. Parece-nos ser inegável que a concessão de um empréstimo sem juros por um sócio é uma prestação que contribui para o «reforço do potencial económico da sociedade» na medida em que lhe faculta um financiamento cujo custo não tem que suportar, o que, consoante a situação do mercado financeiro, pode ser uma vantagem bastante importante. Mas o Bundesfinanzhof interroga-se sobre a pertinência desta solução no caso de a sociedade, muito endividada, ter

* Língua original: francês.

1 — JO L 249, p. 25; EE 09 F1 p. 22.

2 — Acórdão de 15 de Julho de 1982, Felicitas, n.° 16 (270/81, Recueil, p. 2771); ver igualmente acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Dansk Sparinvest, n.os 13 e 14 (36/86, Colect., p. 409).

um activo negativo. Este órgão jurisdicional recorda na sua decisão de reenvio que a sua jurisprudência habitual é de não estabelecer qualquer distinção a este respeito [3]. De acordo com o juiz *a quo*, esta jurisprudência é, no entanto, criticada por uma parte da doutrina alemã, segundo a qual, o artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da directiva apenas permite tributar os aumentos do *activo líquido* da sociedade não se aplicando quando, tendo em conta o facto de o passivo ser largamente superior ao activo, a prestação em causa não conduzir a que o saldo se torne positivo.

7. Não nos parece que esta doutrina deva ser acolhida. Como já referimos nas nossas conclusões no processo C-15/89, a reabsorção, ainda que parcial, de um défice através de uma prestação, na medida em que aumenta a capacidade de a empresa voltar a ser viável e reduz os esforços suplementares que seriam necessários para alcançar o equilíbrio financeiro, é susceptível de aumentar o valor das partes sociais, ainda que o activo seja largamente negativo e continue a sê-lo após a realização da prestação.

8. A tese assim formulada por uma parte da doutrina alemã procede de uma confusão entre o *activo líquido* e o *activo*. Tal como o Tribunal recordou no seu recente acórdão Siegen,

«o activo inclui todos os bens que os sócios puseram em comum e os respectivos aumentos... uma sociedade que sofre perdas vê o seu activo diminuir» [4].

9. O activo, soma de todos os activos da sociedade diminuída, eventualmente, do seu passivo, é portanto, em certa medida, o *valor*, que pode ser negativo, da *sociedade*. Não se confunde com o activo líquido, que representa o *montante líquido dos activos*, o qual pode ser reduzido a zero se o montante do passivo for superior ao do activo.

10. A concessão de um empréstimo sem juros pode, portanto, estar sujeita à cobrança de um imposto sobre as entradas de capital.

11. O Bundesfinanzhof interroga-se, no entanto, sobre o método de cálculo desse imposto. De acordo com o artigo 5.°, n.° 1, alínea d), da directiva, «no caso de aumento do activo referido no n.° 2, alínea b), do artigo 4.°», o imposto é liquidado «sobre o valor real das prestações efectuadas, após dedução das obrigações assumidas e dos encargos suportados pela sociedade em consequência das referidas prestações». No caso específico da concessão de um empréstimo sem juros, o valor da prestação parece-nos consistir na economia de juros assim realizada pela sociedade. Sem dúvida que convirá tomar em consideração a taxa de juro em vigor no mercado do financiamento às empresas aquando da concessão do empréstimo, uma vez que a mesma determina a quantia que a sociedade beneficiária deveria pagar mais tarde se tivesse sido obrigada a obter o financiamento no mercado.

3 — Acórdãos de 12 de Abril de 1972, II 37/63, BFHE 106, 123, BStBl. II 1972, 714; de 31 de Janeiro de 1979, II R 46/77, BFHE 127, 227, BStBl. II 1979, 382; de 11 de Julho de 1984, II R 87/82, BFHE 141, 569, BStBl. II 1984, 840.

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

12. Concluímos propondo que o Tribunal declare:

«1) O artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da Directiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de Julho de 1969, relativa aos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais, autoriza os Estados-membros a sujeitarem ao imposto sobre as entradas de capital a concessão a uma sociedade de capitais, pelos seus sócios, de empréstimos sem juros, mesmo quando a concessão desses empréstimos não tenha por efeito eliminar completamente o passivo da sociedade.

2) O montante do imposto sobre as entradas de capital deve ser calculado, nos termos do artigo 5.°, n.° 1, alínea d), da directiva, com base no montante dos juros assim economizados, à taxa de mercado aplicável aquando da concessão dos empréstimos, deduzindo-se, eventualmente, os encargos suportados pela sociedade em virtude desses empréstimos.»