CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 11 de Setembro de 2001 [1]

1. Por decisão de 9 de Fevereiro de 2000, o Vestre Landsret (Dinamarca) submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.° CE, quatro questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes (a seguir «Directiva 90/434» ou simplesmente «directiva») [2].

O enquadramento normativo do reenvio

Direito comunitário

2. A Directiva 90/434 foi adoptada com a finalidade de eliminar os obstáculos de carácter fiscal postos pelas legislações nacionais às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Dos seus considerandos decorre, em particular, que o regime fiscal comum por ela instaurado tem em vista «evitar a tributação das fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções, salvaguardando os interesses financeiros do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida».

3. O artigo 1.° da directiva dispõe que «[o]s Estados-Membros aplicarão a presente directiva às operações de fusão, de cisão, de entrada de activos e de permuta de acções que digam respeito a sociedades de dois ou mais Estados-Membros». No artigo 2.° é especificado, quanto ao que agora interessa, que «(p)ara efeitos da presente directiva, entende-se por:

[...]

c) 'Entrada de activos': 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 do capital social da sociedade beneficiária da entrada;

1 — Língua original: italiano.
2 — JO L 225, p. 1.

[...]

i) 'Ramo de actividade': conjunto de elementos do activo e do passivo de um departamento de uma sociedade, que constituem, do ponto de vista organizacional, uma exploração autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios».

4. Na acepção do artigo 9.° da directiva, às entradas de activos assim definidas aplica-se o respectivo artigo 4.°, que dispõe:

«A fusão ou a cisão não implicam qualquer tributação das mais-valias determinadas pela diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o respectivo valor fiscal», entendendo-se por «valor fiscal» «o valor que teria sido fixado para o cálculo de um ganho ou de uma perda a considerar para efeitos de determinação da matéria colectável de um imposto sobre o rendimento, sobre os lucros ou sobre as mais-valias da sociedade contribuidora, se estes elementos do activo e do passivo tivessem sido vendidos no momento da fusão ou da cisão, mas independentemente destas operações» (artigo 4.°, n.° 1).

Direito nacional

5. O § 15 c da Fusionsskattelov (lei dinamarquesa sobre o regime fiscal aplicável às fusões) dispõe:

«1. As sociedades são tributadas, pela entrada de activos, nos termos do § 15 d quando tanto a sociedade contribuidora como a sociedade beneficiária estiverem abrangidas pelo conceito de 'sociedade de um Estado-Membro' do artigo 3.° da Directiva 90/434/CEE. É condição para aplicação desta disposição a obtenção de uma autorização do Ligningsråd para esse efeito. O Ligningsråd pode fixar condições especiais para a autorização.

2. Entende-se por entrada de activos 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 do capital social da sociedade beneficiária. Entende-se por ramo de actividade o conjunto de elementos do activo e do passivo dum departamento duma sociedade, que constituem, do ponto de vista organizacional, uma exploração autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios.»

6. Segundo as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o regime

fiscal previsto no § 15 d da Fusionsskattelov em caso de entrada de activos «implica que esta operação — em conformidade com as normas materiais da directiva do regime fiscal das fusões — pode ser efectuada sem tributação dos ganhos de capital, uma vez que a sociedade beneficiária é sucessora da posição jurídico-fiscal da sociedade contribuidora».

7. O órgão jurisdicional *a quo* sublinhou, além disso, que dos trabalhos preparatórios da Fusionsskattelov resulta que:

«A proposta de lei tem em vista proceder às alterações à lei dinamarquesa do regime fiscal das fusões que são necessárias para se conformar com a directiva do regime fiscal das fusões.

A proposta de lei também tem em vista estabelecer normas, correspondentes às normas da directiva das fusões, para a cisão, entrada de activos e permuta de acções no que se refere a sociedades domiciliadas na Dinamarca.

[...]

A 'entrada de activos' é definida no § 15 c, n.° 2, como no artigo 2.°, alínea c), da directiva das fusões. 'Ramo de actividade' é definido como no artigo 2.°, alínea i), da directiva das fusões.»

Factos e questões prejudiciais

8. Da decisão de reenvio resulta que a Randers Sport A/S (a seguir «Randers Sport»), sociedade anónima (com o capital de 300 000 DKK), recorrente no processo principal, exercia uma actividade de distribuição por grosso e a retalho de artigos desportivos. Em 1996, na intenção de proceder a uma mudança de gerações na gestão da sociedade, acabando finalmente pelo envolvimento na administração de dois seus colaboradores, os accionistas da Randers Sport decidiram transferir os seus activos para uma nova sociedade, a Randers Sport Nyt A/S (a seguir «Randers Sport Nyt»), em cujo capital participariam, para além da própria Randers Sport, também os dois colaboradores.

9. A constituição da Randers Sport Nyt satisfazia, em particular, o objectivo de manter separado o capital próprio acumulado nos anos da sociedade contribuidora e de permitir aos dois colaboradores adquirir, a menor custo, significativos lotes de acções da nova sociedade, fracamente capitalizada. Para esse efeito, a Randers Sport contraiu um avultado mútuo (no valor de 10 milhões de DKK), com a intenção de que o montante objecto do mútuo ficasse na titularidade de tal sociedade enquanto o respectivo débito seria transferido para a Randers Sport Nyt, o que implicaria uma

sensível diminuição do valor da sociedade beneficiária. Para encontrar a liquidez necessária ao desenvolvimento da sua actividade, esta última obteve um crédito de exploração de um banco, o qual, como garantia, exigiu em penhor as acções da própria sociedade. No âmbito de tal operação complexa, previu-se, finalmente, que, além da soma objecto de mútuo, a sociedade contribuidora ficaria com um pequeno lote de acções de uma terceira sociedade, nessa altura em liquidação.

10. Por carta de 6 de Junho de 1996, a sociedade recorrente pediu ao Ligningsråd (autoridade superior administrativa dinamarquesa competente em várias questões de direito tributário) autorização para efectuar a programada entrada beneficiando da isenção dos impostos a que se referem os §§ 15 c e 15 d da Fusionsskattelov. Por carta de 20 de Novembro de 1996, o Ligningsråd comunicou que a operação podia ser qualificada como uma «entrada de activos» na acepção dessa disposição e evitar a tributação sobre as mais-valias, mas apenas nas seguintes condições:

i) o montante do mútuo e a correspondente dívida permanecerem na esfera da sociedade contribuidora ou, em alternativa, serem ambos transferidos para a sociedade beneficiária;

ii) nem a sociedade contribuidora, nem as pessoas singulares, principais accionistas dessa sociedade, nem terceiros, prestassem garantias, sob a forma de caução, penhor, aval ou equivalente a favor da sociedade beneficiária.

11. Para esclarecer as razões da sua decisão, o Ligningsråd especificou, em relação à primeira condição, que o nexo entre o activo e o passivo em causa (respectivamente a soma objecto de mútuo e a obrigação de restituição) era de facto tal que não podiam ser repartidos entre a sociedade contribuidora e a sociedade beneficiária; sublinhou também que a segunda condição tinha em vista garantir que a sociedade beneficiária pudesse funcionar com meios próprios.

12. Contestando, porém, a decisão do Ligningsråd, a Randers Sport efectuou a entrada prevista dando cumprimento às condições estabelecidas pela administração. Todavia, em 15 de Março de 1997, interpôs para o Vestre Landsret recurso contra o Skatteministeriet (Ministério das Finanças dinamarquês) para fazer reconhecer a ilegalidade das condições impostas pelo Ligningsråd porquanto baseadas, em seu entender, numa errónea interpretação do conceito de «entrada de activos» previsto na Directiva 90/434. No articulado de resposta, o recorrido contestou a admissibilidade do recurso, sustentando que a sociedade recorrente não tinha interesse na resolução da causa, visto que tinha dado cumprimento às condições impostas pelo Ligningsråd. Por decisão de 27 de Março de 1998, a questão prévia foi desatendida; todavia, o Vestre Landsret, tendo sérias

dúvidas quanto à interpretação da Directiva 90/434, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais.

«1) As disposições da Directiva 90/434/CEE (directiva relativa às fusões) devem ser entendidas no sentido de que é contrário às mesmas, nomeadamente ao artigo 2.°, alíneas c) e i), o facto de as autoridades de um Estado-Membro se recusarem a considerar que uma medida é abrangida pelas disposições da directiva relativas à entrada de activos, quando a operação em causa implicar que o conjunto do património da sociedade contribuidora seja transferido para outra sociedade (sociedade beneficiária da entrada de activos), com excepção, por um lado, de um pequeno número de acções e, por outro, do capital de um empréstimo contraído pela sociedade contribuidora?

2) Deve ser dada resposta diferente à primeira questão se se admitir que a sociedade contribuidora contraiu o referido empréstimo para diminuir o valor líquido do património transferido para a sociedade beneficiária da entrada de activos, uma vez que o capital do empréstimo se manterá na sociedade contribuidora, enquanto a obrigação de pagamento do correlativo débito será suportada pela sociedade beneficiária?

3) Deve ser dada resposta diferente à primeira questão e/ou à segunda questão se se admitir que o referido empréstimo foi contraído para anteriores colaboradores da empresa, no âmbito de uma sucessão de gerações, poderem financiar a subscrição de acções da sociedade beneficiária da entrada de activos?

4) As disposições da directiva relativa às fusões e, nomeadamente, o seu artigo 2.°, alínea i), devem ser entendidas no sentido de que é a elas contrário subordinar o reconhecimento de que uma medida é abrangida pelas disposições da directiva relativas à entrada de activos à condição de que a sociedade contribuidora, os seus accionistas principais, pessoas singulares, ou ainda terceiros não prestem qualquer garantia a favor da sociedade beneficiária, sabendo-se que as futuras necessidades de tesouraria da sociedade beneficiária serão financiadas por um crédito de exploração concedido por uma instituição financeira, garantido pelo penhor das acções da sociedade beneficiária da entrada de activos?»

13. No processo perante o Tribunal de Justiça intervieram as partes no processo principal, o Governo neerlandês e a Comissão, que apresentaram observações por escrito e orais no decurso da audiência.

Análise jurídica

Quanto à admissibilidade

14. Apesar de nenhuma das partes ter contestado a admissibilidade do presente reenvio prejudicial, devo, não obstante, salientar que, na causa principal, apenas são aplicáveis as disposições nacionais da Fusionsskattelov e não as da Directiva 90/434, à volta da qual giram as questões submetidas ao Tribunal de Justiça. De facto, como se viu, a directiva aplica-se apenas às operações de fusão, cisão, entradas de activos e permuta de acções *entre sociedades de dois ou mais Estados-Membros* (artigo 1.°); no caso em apreço, a entrada controvertida diz respeito, pelo contrário, a duas sociedades dinamarquesas.

15. Se bem que esta circunstância possa induzir a duvidar da admissibilidade do reenvio prejudicial, devo todavia sublinhar, à semelhança do Vestre Landsret, que a Fusionsskattelov, como emerge claramente dos seus trabalhos preparatórios, transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 90/434, estendendo também a situações puramente internas as soluções por ela acolhidas. Ora, como observou a Comissão, o Tribunal de Justiça já teve ocasião de esclarecer, precisamente em relação à Directiva 90/434, que é «competente, nos termos do artigo 177.° do Tratado, para interpretar o direito comunitário quando este não rege directamente a situação em causa, mas o legislador nacional decidiu, aquando da transposição para o direito nacional das disposições de uma directiva, aplicar às situações puramente internas o mesmo tratamento que às que se regem pela directiva, de modo que alinhou a sua legislação interna pelo direito comunitário». Segundo o Tribunal de Justiça, de facto, «quando a legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações puramente internas, às soluções escolhidas em direito comunitário, a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou [...] eventuais distorções de concorrência, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar». O Tribunal de Justiça sublinhou, todavia, que, «numa tal situação, e no âmbito da repartição das funções jurisdicionais entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, prevista pelo artigo 177.°, compete apenas ao órgão jurisdicional nacional apreciar o alcance exacto dessa remissão para o direito comunitário, sendo o Tribunal de Justiça competente para analisar apenas as disposições deste direito» [3].

16. Tendo em conta essa inequívoca orientação jurisprudencial e a substancial identidade de situações, não creio que se possa declarar inadmissível o reenvio operado pelo Vestre Landsret.

3 — Acórdão de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Colect., p. I-4161, n.os 32 a 34).

Quanto às primeiras três questões

17. Dito isto e vistas as questões submetidas pelo órgão jurisdicional dinamarquês, considero poder analisar conjuntamente as primeiras três dado que giram, em substância, à volta de uma única questão de fundo, ou seja, se o artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434 exclui, ou não, que a isenção da tributação das mais-valias a que se refere o artigo 4.° dessa directiva se aplica no caso de uma sociedade entrar, com todo o seu património, noutra sociedade, excepto, por um lado, um pequeno lote de acções e, por outro, o capital obtido através de um contrato de mútuo da sociedade contribuidora. Para maior exactidão da questão, deve também perguntar-se se releva, para tal efeito, a circunstância de a operação ser realizada para reduzir o valor líquido da entrada efectuada, com o objectivo de facilitar um processo de mudança de gerações na gestão da actividade da sociedade.

18. Para responder ao órgão jurisdicional de reenvio deve, antes de mais, recordar-se que, segundo a definição contida na própria directiva, constitui entrada de activos «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 do capital social da sociedade beneficiária da entrada» [artigo 2.°, alínea c)].

19. Portanto, para que possa haver uma operação de entrada de activos é preciso que estejam satisfeitas três condições:

— que a sociedade contribuidora não seja dissolvida;

— que a transferência diga respeito à totalidade ou a um ou mais ramos da actividade da sociedade contribuidora;

— que tal sociedade obtenha, como contrapartida para as entradas, a entrega de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária.

20. No que diz respeito ao caso em apreço, a primeira condição não põe problemas especiais, estando fora de dúvida que a sociedade contribuidora não foi dissolvida. Mais difícil é, pelo contrário, determinar se, no caso, foram efectivamente transferidos para a sociedade beneficiária a totalidade ou um ou mais ramos da actividade da sociedade contribuidora.

21. Segundo a recorrente no processo principal, a transferência da totalidade da actividade de uma sociedade realiza-se quando os activos e os passivos transferidos

para a sociedade beneficiária constituem uma entidade económica autónoma em condições de funcionar com meios próprios. Nenhuma importância terá, pelo contrário, para tal efeito, o facto de determinados activos, como no caso em apreço a quantia obtida por mútuo, serem mantidos na esfera da sociedade contribuidora; caso contrário, prossegue a recorrente, trair-se-ia *a ratio* da directiva, que tem em vista favorecer as operações em questão, eliminando, tanto quanto possível, os obstáculos de carácter fiscal criados pelas legislações dos Estados-Membros. No entender das outras partes, pelo contrário, a condição em causa não é satisfeita quando for artificialmente repartida entre a sociedade contribuidora e a beneficiária uma parcela unitária, compreendendo elementos do activo e do passivo, como justamente o contrato de mútuo da Randers Sport.

22. Esta última tese parece-me mais convincente, Com efeito, o artigo 2.°, alínea i), da directiva prevê que, em caso de transferência de um ramo de actividade, é transferido o «*conjunto de elementos do activo e do passivo* de um departamento de uma sociedade, que constituem, do ponto de vista organizacional, uma exploração autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios» (itálico meu). Isto é, o legislador comunitário considerou necessário, para tal hipótese, que os elementos do activo e do passivo inerentes a uma determinada actividade, que apresente particulares características de autonomia, sejam transferidos na sua globalidade. A não transferência de um elemento do activo inerente a tal actividade não permite, assim, qualificar a operação como transferência de ramo de actividade na acepção do artigo 2.° da directiva; e, correlativamente, uma transferência de ramo de actividade na acepção do artigo 2.° da directiva não pode justificar a transferência de um elemento do passivo inerente a uma actividade distinta deixada na esfera da sociedade contribuidora.

23. A recorrente no processo principal objecta, a este respeito que, no caso em apreço, não houve transferência de um ramo de actividade, mas transferência de toda a actividade da sociedade contribuidora: hipótese esta para a qual não é expressamente requerido que seja transferido «o conjunto de elementos do activo e do passivo». Observo todavia que tal condição, se requerida em caso de transferência de um ramo de actividade, deve impor-se por maioria de razão se a operação envolver a actividade total da sociedade contribuidora; considero, assim, que, se a condição não é expressamente exigida para esta última hipótese, é, precisamente, por que se considerou implícita.

24. Mas, independentemente de tal relevância, não estou inteiramente convencido de que, no caso em apreço, se verifique a transferência da actividade total da sociedade contribuidora. O mútuo, que era de valor considerável (mais de 30 vezes superior ao capital social), foi, de facto, contraído antes de efectuada a transferência, no intuito de que o montante a ele respeitante ficasse no património da sociedade contribuidora; pelo que se depreende, não se destinava a financiar a actividade de distribuição de artigos desportivos poste-

riormente transferida para a Randers Sport Nyt, nem a ser distribuído aos sócios sob a forma de lucro (caso em que estaria obviamente sujeito a tributação fiscal normal). Qualquer que tenha sido a utilização reservada à soma obtida por mútuo (mesmo de carácter meramente financeiro), é certo que se destinava a uma actividade diversa da transferida para a sociedade beneficiária e representava, assim, pelo menos potencialmente, um ramo distinto de actividade deixado na esfera da sociedade contribuidora. No caso em apreço, não se pode, portanto, considerar que a actividade total da Randers Sport tenha sido transferida para a sociedade beneficiária. Pelo contrário, a anomalia da operação em causa traduz-se efectivamente no facto de dever ser transferida, para a sociedade beneficiária, a actividade de comercialização de artigos desportivos juntamente com a obrigação de reembolsar um capital destinado a uma actividade diversa: actividade que, depurada do seu elemento passivo, devia, pelo contrário, permanecer na esfera da sociedade contribuidora.

25. As peculiares características da operação em análise induzem-me, portanto, a excluir que constitua uma entrada de activos na acepção do artigo 2.° da directiva; e isto na medida em que o elemento do activo e do passivo da dívida contraída pela sociedade contribuidora devam ser repartidos entre esta última e a sociedade beneficiária. Acrescento que tal conclusão decorre, em meu entender, das características estruturais e objectivas da operação, independentemente das finalidades por ela prosseguidas; é, portanto, irrelevante, a este respeito, o facto de a operação ser realizada para reduzir o valor da actividade transferida para a Randers Sport Nyt com a finalidade de facilitar um processo de mudança de gerações.

26. Para ser exaustivo, devo ainda recordar que, no entender da Comissão, no caso em apreço também não terá sido satisfeita a terceira das condições postas pelo artigo 2.° da directiva, isto é, de que a contrapartida da transferência deve ser a entrega de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária. Segundo a Comissão, de facto, no caso em apreço a sociedade beneficiária, em troca da entrada, devia ter assumido dívida relativa ao mútuo contraído pela sociedade contribuidora; a operação consistiu, assim, na realidade, numa espécie de venda e, como tal, não entra na definição contida no artigo 2.° da directiva. Parece-me, todavia, que a Comissão olvida que, em troca dos diversos elementos do activo e do passivo transferidos para a Randers Sport Nyt, a Randers Sport devia ter obtido exclusivamente acções da sociedade beneficiária: não vejo então em que terá consistido a compra e venda de que fala aquela instituição.

27. Antes de concluir sobre as primeiras três questões prejudiciais, devo, finalmente, fazer alusão à circunstância — expressamente invocada pelo órgão jurisdicional *a quo* — de que à sociedade contribuidora resta um pequeno lote de acções de uma terceira sociedade; isto com a finalidade de apreciar se essa circunstância pode influir sobre a qualificação da operação como entrada de activos na acepção do artigo 2.° da directiva. A este propósito, limito-me, porém, a observar que, se a manutenção de uma participação, sob a forma de acções, na esfera da sociedade contribuidora pode ser idónea para excluir uma transferência

do conjunto da actividade desta última para a sociedade beneficiária, o mesmo não pode dizer-se em relação à transferência de um ramo de actividade totalmente independente da referida participação.

28. Em conclusão, proponho que se responda às primeiras três questões no sentido de que não se realiza uma entrada de activos, na acepção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434, no caso de uma operação que prevê a manutenção na esfera da sociedade contribuidora do montante obtido por mútuo por esta contraído e a transferência para a sociedade beneficiária das respectivas obrigações; isto independentemente das finalidades prosseguidas através de tal repartição entre os elementos activo e passivo do mútuo. Não se exclui, pelo contrário, a possibilidade de haver uma entrada de activos, na acepção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da directiva, se, em caso de transferência de um ramo de actividade, for mantida na esfera da sociedade contribuidora uma participação autónoma, sob a forma de acções, numa terceira sociedade.

Quanto à quarta questão

29. Com a quarta questão prejudicial, o órgão jurisdicional *a quo* pergunta, na prática, se o artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434 permite que as autoridades competentes dos Estados-Membros estabeleçam que a isenção de tributação das mais-valias a que se refere o artigo 4.° da directiva não se aplica quando a sociedade contribuidora ou terceiros constituam uma garantia a favor da sociedade beneficiária, podendo, em tal caso, duvidar-se da autonomia da sociedade beneficiária.

30. Todas as partes parecem, em substância, concordar em considerar que, na acepção do artigo 2.° da directiva, a sociedade beneficiária da transferência deve ser economicamente autónoma e deve poder operar com meios próprios. Chegam, todavia, a conclusões diferentes em relação à situação em apreço, essencialmente porque fazem uma apreciação diferente da condição imposta no caso vertente pelo Ligningsråd.

31. Em particular, o Governo dinamarquês justifica tal condição por, em seu entender, o facto de a sociedade contribuidora ter de dar em penhor as acções da sociedade beneficiária para garantir o crédito de exploração por ela obtido demonstrar a impossibilidade de operar com meios próprios. Na mesma linha, mas sem se pronunciar especificamente sobre a condição imposta pelo Ligningsråd, o Governo neerlandês sublinha que a autonomia da empresa beneficiária deve ser excluída quando, em consideração da modalidade de entrada (incluindo aqui a existência de uma dívida importante a cargo da sociedade beneficiária), esta última não está em condições de funcionar sem uma garantia da sociedade contribuidora que lhe permita obter um crédito de exploração. A sociedade recorrente no processo principal e a Comissão criticam, pelo contrário, o Ligningsråd por ter imposto a condição em

termos absolutos, sem proceder a uma verificação específica quanto à efectiva autonomia da sociedade beneficiária.

32. Por minha parte, considero também que a sociedade beneficiária deve ser independente da contribuidora e ter meios adequados para o desenvolvimento da sua própria actividade económica, recorrendo eventualmente ao crédito segundo as condições normais de mercado. Isto é expressamente previsto no artigo 2.°, alínea i), da directiva em relação à transferência de um ramo de actividade, que, como se viu, deve ser constituído por um «conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios»; mas, à mesma conclusão deve chegar-se também — ou antes, por maioria de razão — no caso de transferência de toda a actividade de uma sociedade. Concordo, porém, com a recorrente no processo principal, com a Comissão e com o Governo neerlandês em que, para tal efeito, as autoridades nacionais devem efectuar uma apreciação, caso a caso, para ter em conta as particularidades de cada situação concreta. Em especial, quando a sociedade contribuidora garantir um crédito contraído pela sociedade beneficiária, as autoridades nacionais devem apreciar se tal garantia é indispensável para permitir à sociedade beneficiária desenvolver a sua actividade. Em caso afirmativo, deve considerar-se que esta não está em condições de operar com meios próprios e que, por conseguinte, a operação não pode configurar-se como entrada de activos na acepção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da directiva.

33. Se, porém, tal apreciação foi efectivamente realizada pelo Ligningsråd e se a conclusão a que chegou é correcta é questão que deve ser apreciada pelo órgão jurisdicional *a quo*, à luz das circunstâncias do caso concreto. No que aqui interessa, limito-me a observar que, para efeitos de tal apreciação, pode ser importante apurar, à luz da legislação nacional, se a intervenção da sociedade contribuidora (que deu em penhor as acções da sociedade beneficiária para ter possibilidade de obter um crédito de exploração) implica a sua responsabilidade perante o banco credor: esta circunstância pode, de facto, levar a considerar que, na ausência de tal intervenção, a sociedade beneficiária não teria conseguido obter no mercado os recursos necessários para desenvolver normalmente a sua actividade. Repito, todavia, que a apreciação deste ponto deve ser levada a cabo pelo órgão jurisdicional *a quo*.

34. Em conclusão, proponho que se responda à quarta questão que, em caso de entrada de activos na acepção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434, a sociedade beneficiária deve ser independente da contribuidora e ter meios adequados para o desenvolvimento da sua actividade económica, recorrendo eventualmente ao crédito em condições normais de mercado. Quando a sociedade contribuidora garantir um crédito contraído pela sociedade beneficiária, as autoridades nacionais devem apreciar se tal garantia é indispensável para permitir à sociedade beneficiária desenvolver a sua actividade: em caso afirmativo, deve considerar-se que esta última não está em condições de operar pelos seus próprios meios.

Conclusões

À luz das considerações que precedem, proponho que se responda às questões prejudiciais formuladas pelo Vestre Landsret no sentido de que:

«Não se realiza uma entrada de activos, na acepção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, no caso de uma operação que prevê a manutenção na esfera da sociedade contribuidora de um montante obtido por mútuo por esta contraído e a transferência para a sociedade beneficiária das correspondentes obrigações; isto independentemente das finalidades prosseguidas através de tal repartição entre os elementos activo e passivo do mútuo. Não se exclui, pelo contrário, a possibilidade de haver uma entrada de activos, na acepção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da directiva, se, em caso de transferência de um ramo de actividade, for mantida na esfera da sociedade contribuidora uma participação autónoma, sob a forma de acções, numa terceira sociedade.

Para que possa configurar-se uma entrada de activos na acepção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434, a sociedade beneficiária deve ser independente da contribuidora e ter meios adequados para o desenvolvimento da sua actividade económica, recorrendo eventualmente ao crédito em condições normais de mercado. Quando a sociedade contribuidora garantir um crédito contraído pela sociedade beneficiária, as autoridades nacionais devem apreciar se tal garantia é indispensável para permitir à sociedade beneficiária desenvolver a sua actividade: em caso afirmativo, deve considerar-se que esta última não está em condições de operar pelos seus próprios meios.»