CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GEORGES COSMAS
apresentadas em 25 de Junho de 1998 *

Índice

I — Observações preliminares ..... I - 6556

II — Enquadramento jurídico ..... I - 6556

A — Enquadramento jurídico comunitário ..... I - 6556

B — Enquadramento jurídico nacional ..... I - 6560

III — Os factos ..... I - 6562

IV — Questão prejudicial ..... I - 6563

V — Resposta à questão prejudicial ..... I - 6564

A — Quanto à questão de saber em que medida a fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já é proprietária da totalidade do capital da primeira, recai no âmbito de aplicação da Directiva 69/335 ..... I - 6565

B — Quanto à aplicação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 85/303 ..... I - 6570

a) Não aplicação do disposto no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), ao caso da fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já é proprietária da totalidade do capital da primeira ..... I - 6570

b) Directivas 78/855/CEE e 90/434/CEE do Conselho ..... I - 6574

C — Quanto à questão de saber em que medida a taxa do imposto de registo italiano cobrado em caso de fusão é compatível com o artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, tal como foi alterada ..... I - 6580

VI — Conclusão ..... I - 6581

* Língua original: grego.

I — Observações preliminares

1. No presente processo, a Commissione tributaria di Milano solicita ao Tribunal de Justiça que interprete disposições 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].

2. Com as questões colocadas, pretende-se, essencialmente, saber em que medida a fusão por incorporação de uma sociedade noutra que já é detentora de 100% do seu capital recai no âmbito de aplicação desta directiva e que consequências daí decorrem quanto à aplicação da legislação nacional — no caso, a legislação italiana — que prevê, numa situação destas, a cobrança de um imposto de registo.

II — Enquadramento jurídico

A — *Enquadramento jurídico comunitário*

3. Ao abrigo do artigo 1.° da Directiva 69/335, «Os Estados-Membros cobrarão um imposto sobre as entradas de capital nas sociedades, harmonizado nos termos dos artigos 2.° a 9.°, a seguir denominado imposto "sobre as entradas de capital".»

4. O artigo 3.° da Directiva 69/335 determina as sociedades de capitais a que são aplicáveis as disposições da directiva; entre elas figuram a sociedade anónima (società per azioni) e a sociedade por quotas (società a responsabilità limitata) de direito italiano.

5. O artigo 4.°, o artigo 8.°, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 85/303/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1985, que altera a Directiva 69/335 [2], e o artigo 9.° enumeram, sob reserva do disposto no artigo 7.°, as operações a que é aplicável o imposto sobre as entradas de capital e certas operações que os Estados-Membros podem isentar desse direito [3].

1 — JO L 249, p. 25; EE 09 F1 p. 22.

2 — JO L 156, p. 23; EE 09 F1 p. 171.

3 — Os artigos 5.° e 6.° da Directiva 69/335 definem a matéria colectável do imposto em questão.

6. Em especial, o artigo 4.°, n.° 1, alíneas c) e d), indica que estão sujeitas ao imposto sobre as entradas de capital as seguintes operações:

«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.»

7. Nos termos da alínea b) do n.° 2 do artigo 4.°, estão sujeitas ao imposto sobre as entradas de capital, designadamente [4], «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.»

8. O artigo 5.° [5] define o montante sobre o qual o imposto é liquidado, o qual, de modo geral, corresponde ao valor real ou nominal, consoante os casos, dos elementos entregues.

9. Além disso, inicialmente, o artigo 7.° da Directiva 69/335 definia os limites dentro dos quais os Estados-Membros podiam fixar livremente as taxas em vigor no seu território e previa a aplicação, obrigatória ou facultativa, de taxas reduzidas em função da natureza da operação tributada.

10. Concretamente, para as operações de reuniões de capitais, tais como as referidas, o artigo 7.°, n.° 1, alínea a), da Directiva 69/335 dispunha inicialmente que a taxa do imposto sobre as entradas de capital não podia exceder 2% nem ser inferior a 1%. Esta taxa foi depois reduzida para 1% a partir de 1 de Janeiro de 1976 [6].

4 — A Directiva 85/303 (já referida) substituiu a frase introdutória do n.° 2 pelo seguinte texto:
«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.»

5 — Tal como foi alterado pela Directiva 74/553/CEE do Conselho, de 7 de Novembro de 1974, que altera o n.° 2 do artigo 5.° da Directiva 69/335 (JO L 303, p. 9; EE 09 F1 p. 46).

6 — Artigo 1.°, n.° 2, da Directiva 73/80/CEE do Conselho, de 9 de Abril de 1973, relativa à fixação de taxas comuns do imposto sobre as entradas de capital (JO L 103, p. 15; EE 09 F1 p. 44).

11. Finalmente, este mesmo artigo 7.°, alterado pelo artigo 1.°, n.° 2, da Directiva 85/303, estabelece agora que:

«1. Os Estados-Membros isentarão do imposto sobre as entradas de capital as operações, com excepção das referidas no artigo 9.°, que, em 1 de Julho de 1984, estivessem isentas ou fossem tributadas a uma taxa igual ou inferior a 0,50%.

A isenção fica sujeita às condições exigíveis nessa data para a concessão da isenção ou, se for caso disso, para a tributação a uma taxa igual ou inferior a 0,50%.

...

2. Os Estados-Membros podem isentar do imposto sobre as entradas de capital todas as operações, com excepção das referidas no n.° 1, ou submetê-las a uma taxa única que não ultrapasse 1%.

3. ...»

12. No entanto, tal como sublinhei nas conclusões do processo Bautiaa e Société française maritime [7], a disposição especial do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), tal como é actualmente aplicável, depois de ter sido substituída pela Directiva 85/303, pressupõe a versão anterior desta disposição, isto é, tal como existia sob o regime da Directiva 69/335, sobretudo quanto às condições a que estava subordinada a isenção do imposto.

13. Concretamente, o n.° 1 do artigo 7.° da Directiva 69/335 dispunha o seguinte sobre a taxa do imposto sobre as entradas de capital:

«1. Até à entrada em vigor das disposições a adoptar pelo Conselho nos termos do n.° 2:

a) ...

b) A referida taxa será reduzida de 50%, ou mais, quando uma ou mais sociedades de capitais entreguem a totalidade do respectivo património, ou um ou vários ramos da sua actividade, a uma ou várias sociedades de capitais em vias de constituição ou já existentes.

7 — N.° 31 das conclusões que apresentei no processo Bautiaa e Société française maritime (acórdão de 13 de Fevereiro de 1996, C-197/94 e C-252/94, Colect., p. I-505).

Esta redução depende de:

— as entradas de capital *serem remuneradas exclusivamente mediante a atribuição de partes sociais*, tendo os Estados-Membros a faculdade de tornar extensiva a concessão da redução aos casos em que as entradas de capital sejam remuneradas mediante a atribuição de partes sociais juntamente com o pagamento imediato de 10%, no máximo, do respectivo valor nominal,

— as sociedades que participam na operação terem a sua sede de direcção efectiva ou a sede estatutária no território de um Estado-Membro;

c) ...» (sublinhado nosso).

14. De acordo com o seu último considerando, a Directiva 69/335 prevê também a supressão de outros impostos indirectos com características idênticas às do imposto sobre as entradas de capital ou do imposto de selo sobre os títulos, cuja manutenção pode pôr em causa os fins prosseguidos pela directiva. Estes impostos indirectos, cuja cobrança é proibida, são enumerados nos artigos 10.° e 11.° da Directiva 69/335.

15. O artigo 10.° da Directiva 69/335 tem a seguinte redacção:

«Além do imposto sobre as entradas de capital, os Estados-Membros não cobrarão, no que diz respeito às sociedades, associações ou pessoas colectivas com fins lucrativos, qualquer imposição, seja sob que forma for:

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

...»

16. O n.° 1 do artigo 12.° da Directiva 69/335 contém uma enumeração exaustiva dos impostos e direitos que, além do imposto sobre as entradas de capital, podem, por derrogação dos artigos 10.° e 11.°, ser cobrados

às sociedades de capitais pelas operações indicadas nesses mesmos artigos [8].

17. Concretamente, o artigo 12.° da directiva menciona, designadamente, na alínea c) do n.° 1, os «Direitos de transmissão sobre bens de qualquer natureza, que constituam entradas de capital numa sociedade, associação ou pessoa colectiva com fins lucrativos, na medida em que a transferência dos referidos bens não seja remunerada através de partes sociais.»

18. Finalmente, por força do artigo 13.°, as disposições necessárias à aplicação da directiva deveriam ser adoptadas até 1 de Janeiro de 1972.

B — *Enquadramento jurídico nacional*

19. Como resulta da petição inicial apresentada perante o órgão jurisdicional nacional, que está anexada ao despacho de reenvio, o artigo 7.° da lei de habilitação relativa à reforma fiscal (Lei n.° 825, de 9 de Outubro de 1971, intitulada «legge delega per la riforma tributaria»), que transpôs a Directiva 69/335 para o direito interno, dispunha que «a regulamentação relativa aos impostos de registo... deve ser revista e adaptada à directiva do Conselho de Ministros das Comunidades Europeias, de 17 de Julho de 1969, relativa aos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais».

20. O artigo 4.° da tabela (anexo A) contida no Decreto n.° 634/72 do Presidente da República, relativo aos impostos de registo, anteriormente em vigor, aplicava às operações de fusão as taxas estabelecidas para os aumentos de capital, que reduzia a metade, estabelecendo uma distinção em função da natureza dos vários activos em questão.

21. Na Lei n.° 904, de 16 de Dezembro de 1977, o legislador italiano, ainda com o objectivo de adaptar a legislação italiana à Directiva 69/335, tinha estabelecido a aplicação de uma «taxa única de 1% do valor líquido das sociedades participantes na fusão, tal como resulta do estado do seu património, na acepção do artigo 2502.° do Código Civil».

22. Na época dos factos do presente processo, as disposições aplicáveis do direito interno constavam do Decreto n.° 131 do Presidente da República, de 26 de Abril de 1986, que aprovava as disposições codificadas relativas ao imposto de registo (a seguir «Decreto presidencial n.° 131/86») [9].

8 — A este propósito, v. acórdãos de 11 de Junho de 1996, Denkavit Internationaal e o. (C-2/94, Colect., p. I-2827, n.° 21), e de 2 de Fevereiro de 1988, Dansk Sparinvest (36/86, Colect., p. 409, n.° 9).

9 — Aprovação do texto único das disposições relativas ao imposto de registo [*Supplemento ordinario alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (GURI), de 30 de Abril de 1986, n.° 99].

23. O artigo 1.° do Decreto presidencial n.° 131/86, intitulado «Objecto do imposto de registo», tinha a seguinte redacção:

«1. O imposto de registo é aplicável, de acordo com o indicado na tabela anexa ao presente texto único, aos actos sujeitos a registo obrigatório e aos apresentados voluntariamente para registo.»

24. Nos termos do artigo 2.° do Decreto presidencial n.° 131/86, intitulado «Actos sujeitos a registo», estão sujeitos a registo, em conformidade com os artigos seguintes, designadamente [alínea a)], os actos indicados na tabela, caso tenham sido celebrados por escrito no território do Estado (italiano).

25. O artigo 4.° da tabela anexa ao Decreto presidencial n.° 131/86 (primeira parte, intitulada «Actos sujeitos a registo com prazo fixo») previa que, entre os actos cujo registo dava lugar ao pagamento do imposto de registo, constavam:

«I. Actos de sociedades, independentemente do seu tipo ou objecto...:

...

b) fusões de sociedades, cisões de sociedades e operações análogas efectuadas por organismos diversos das sociedades: 1%.

...»

26. A taxa de imposto fixada pelo artigo 4.°, alínea b), da tabela (primeira parte), constante do Decreto presidencial n.° 131/86, em vigor no momento do registo do acto em questão, era, portanto, idêntica à prevista pela Lei n.° 904/77, anteriormente em vigor.

27. No entanto, o próprio legislador especificou, na nota explicativa n.° IV relativa ao artigo 4.° da tabela (primeira parte) constante do Decreto presidencial n.° 131/86, que, «se a sociedade beneficiária da entrada de capital ou a sociedade resultante da fusão ou da incorporação... tiver a sua sede social ou administrativa num outro Estado-Membro da Comunidade Económica Europeia», é aplicável uma taxa fixa.

28. A matéria colectável do imposto em questão é fixada, especificamente quanto às operações de fusão de sociedades, pelo artigo 50.°, n.° 4, do Decreto presidencial n.° 131/86, nos termos do qual:

«Para as fusões de qualquer tipo de sociedades, a matéria colectável é constituída pelo montante, resultante das situações patrimoniais referidas no artigo 2501.° do Código Civil, dos capitais e das reservas das socieda-

des fundidas ou, se a fusão for realizada por incorporação, das sociedades incorporadas» [10].

III — Os factos

29. A sociedade Abruzzi Gas AGAS SpA (a seguir «Agas») é uma sociedade anónima («società per azioni») de direito italiano, que concentra as suas actividades na produção e na distribuição de gás metano.

30. A Agas era detentora de todo o capital das sociedades Briangas SpA (a seguir «Briangas»), que também é uma sociedade anónima, e Italgasdotti Serio Srl, que é uma sociedade por quotas (a seguir «Italgasdotti»).

31. Na audiência, a Comissão especificou que a Agas era a sociedade-mãe e que a Briangas e a Italgasdotti eram filiais.

32. As assembleias de accionistas e de sócios destas sociedades decidiram a sua fusão: a Agas incorporava a Briangas e a Italgasdotti.

33. Na audiência, o Governo italiano especificou que, numa fase anterior da fusão, a Agas adquirira todas as acções da Briangas e as quotas da Italgasdotti, sem ter ocorrido qualquer reforço do seu potencial económico, visto que o seu balanço mostra uma saída de fundos equivalente ao preço de aquisição. Como explicou o Governo italiano, a Agas adquiriu as acções da Briangas e

10 — O artigo 50.°, n.° 4 (já referido), do Decreto presidencial n.° 131/86 foi revogado pelo Decreto-Lei («decreto-legge») n.° 323, de 20 de Junho de 1996 (GURI n.° 143, de 20 de Junho de 1996), que foi ratificado pela Lei n.° 425, de 8 de Agosto de 1996 (GURI n.° 191, de 16 de Agosto de 1996) [v. artigo 5.°, alínea b), do decreto-lei]. O artigo 4.°, alínea c), do mesmo decreto-lei substituiu o antigo imposto proporcional de 1%, a partir de 20 de Junho de 1996, por um imposto fixo de 250 000 LIT. É, aliás, por essa razão que os *litígios relativos ao imposto de registo cobrado em caso de* fusão só abrangem actos anteriores a essa data, como se verifica no caso em apreço.
É interessante ler a fundamentação do Decreto-Lei n.° 323/96, que a Comissão cita nas suas observações escritas. O relatório relativo a este decreto-lei está publicado nos *Atti parlamentari — Senato della Repubblica — XIII legislatura*, n.° 757, pp. 10 e 11.
«No que diz respeito ao n.° 5, alíneas b) e c), como é sabido, a Directiva comunitária n.° 335 de 1969, alterada pela Directiva n.° 303 de 1985, prevê a inaplicabilidade do imposto proporcional sobre as entradas de capital, que, na nossa ordem jurídica, reveste a forma do imposto de registo, aos actos de sociedades relativos à cessão, por uma ou várias sociedades, da totalidade do seu património existente ou em constituição, isto com o objectivo de evitar que o imposto seja também aplicado às entradas de capital já *antes sujeitas ao imposto sobre as cessões por operações* que, na nossa ordem jurídica, revestem a forma de fusões, cisões ou entradas de capital de empresas implicando apenas um reagrupamento ou uma reorganização de organismos produtivos a fim de racionalizar as estruturas empresariais (isto é, a tributação "em cascata").
Os Estados-Membros da União Europeia adaptaram-se a estas normas comunitárias, em especial, recentemente, a França, que introduziu para estas operações um imposto fixo de 1 220 francos, em lugar do imposto proporcional de 1,20% (cuja aplicação o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias considerou como contrária às directivas comunitárias, no acórdão de 13 de Fevereiro de 1996, processos C-197/94 e C-252/94). Em contrapartida, o Estado italiano ainda não se adaptou às referidas directivas, visto que ainda hoje é aplicável a taxa proporcional de 1% a essas operações; privou assim a ordem jurídica de um instrumento de importância fundamental para a racionalização das estruturas produtivas, em violação das normas comunitárias que, pelo seu carácter vinculativo, são consideradas como directamente aplicáveis nos Estados-Membros e que, como tal, permitiram que, em certos casos, as comissões fiscais considerassem a isenção como operante, mesmo na ausência de transposição para a ordem interna.
As disposições suprareferidas, que constam do n.° 5, alíneas b) e c), destinam-se a colmatar estas lacunas, prevendo a aplicação, às operações referidas, do imposto de registo fixo, em vez do imposto proporcional para os actos celebrados a partir da data de entrada em vigor do presente decreto.»

as quotas da Italgasdotti, pagando as somas correspondentes, tendo-as incorporado depois.

34. O acto de fusão foi celebrado em 20 de Dezembro de 1994 e registado, em 28 de Dezembro de 1994, no Ufficio del Registro Atti Pubblici (Serviço de Registo dos Actos Públicos; a seguir «Ufficio del Registro») de Milão.

35. A fusão não causou o aumento do capital da Agas, mas antes a anulação das suas participações (acções e quotas) na Briangas e na Italgasdotti, sociedades que já pertenciam à Agas.

36. Na sequência da fusão, a Briangas e a Italgasdotti trouxeram para a Agas patrimónios líquidos que ascendiam, respectivamente, a 1 439 682 051 LIT e a 22 105 502 520 LIT.

37. O Ufficio del Registro, ao qual o acto oficial de fusão foi apresentado para registo, recebeu 236 052 000 LIT, a título de imposto de registo, ao aplicar uma taxa de 1% sobre os patrimónios líquidos das sociedades fundidas, tais como resultavam da sua situação patrimonial, avaliada para efeitos do acto de fusão.

38. Em 11 de Julho de 1996, a Agas solicitou ao Ufficio del Registro o reembolso do imposto de registo pago, acrescido de juros. Concretamente, considerou que a disposição nacional [11], com base na qual este imposto fora cobrado, era contrária aos artigos 4.° e 7.° da Directiva 69/335, na sua versão alterada, que previam benefícios fiscais para certas operações de entrada de capitais, entre as quais figuram, segundo a Agas, as fusões por incorporação, benefícios que implicam a aplicação do imposto de registo à taxa fixa [12].

39. O Ufficio del Registro não deu seguimento ao pedido da Agas, que, considerando que este fora indeferido, interpôs, em 13 de Novembro de 1996, recurso para a Commissione tributaria provinciale di Milano.

IV — Questão prejudicial

40. A Commissione tributaria provinciale di Milano, considerando que a resolução do litígio perante si pendente exigia que a questão colocada pela interpretação das disposições

11 — Artigo 4.°, alínea b), da tabela anexa ao Decreto presidencial n.° 131/86 (primeira parte).

12 — Como a República Italiana explica nas suas observações escritas, a Agas solicitou o reembolso de 220 863 000 LIT, correspondente à diferença entre o imposto pago (221 013 000 LIT) e o imposto fixo de 250 000 LIT que deveria ter sido pago; é, manifestamente, por inadvertência que a República Italiana fala de um imposto fixo de 150 000 LIT, quando o Decreto presidencial n.° 323/86 indica que esse imposto fixo ascende a 250 000 LIT.

comunitárias aplicáveis fosse esclarecida, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte:

«As disposições relativas à uniformização dos impostos indirectos sobre as entradas de capitais em sociedades na União referem-se igualmente à hipótese de fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já era proprietária de 100% do capital da primeira?»

V — Resposta à questão prejudicial

41. Em primeiro lugar, cabe assinalar que o juiz nacional, no seu lacónico despacho de reenvio, não indica que disposições de direito comunitário pede ao Tribunal de Justiça que interprete. No entanto, dos factos do presente litígio e dos elementos jurídicos mencionados, deduz-se que se prende essencialmente com a interpretação dos artigos 4.°, n.° 1, alínea c), e 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 85/303.

42. Em seguida, observe-se que tanto a Agas como a Briangas são sociedades anónimas (società per azioni) de direito italiano. A Italgasdotti é uma sociedade por quotas (società a responsabilità limitata). Estas três sociedades entram, portanto, no âmbito de aplicação, *ratione personae*, da Directiva 69/335.

43. Quanto à análise da questão apresentada pelo juiz nacional, relativa à questão de saber em que medida o disposto na Directiva 69/335, na versão alterada, é aplicável em caso de fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já é proprietária de 100% do capital da primeira, e, por conseguinte, em que medida uma regulamentação nacional, no caso a regulamentação italiana, é compatível com o disposto na directiva, creio que devo adoptar o método de análise a seguir descrito [13]. Primeiro, verificar se uma operação como a que é objecto do litígio no processo principal, cujo resultado era a cobrança do imposto de registo, recai no âmbito de aplicação da Directiva 69/335 e caracterizar esta operação na perspectiva da directiva (A). Se se concluir que uma operação como a que é objecto do litígio no processo principal recai no âmbito de aplicação da directiva, tal como é definido mais especificamente pelo artigo 4.°, apreciarei depois em que medida a operação em questão preenche os requisitos a que o direito comunitário subordina o benefício do regime favorável previsto pelo artigo 7.°, n.° 1, da Directiva 69/335, na versão alterada (B). Finalmente, verificarei em que medida a taxa de imposto prevista pela disposição litigiosa do direito italiano é compatível com o disposto na Directiva 69/335, tal como alterada (C).

13 — Sobre o método de análise a seguir, posso reportar-me às informações prestadas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 7, n.° 31).

A — *Quanto à questão de saber em que medida a fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já é proprietária da totalidade do capital da primeira, recai no âmbito de aplicação da Directiva 69/335*

44. Segundo o Governo italiano, o caso de incorporação de uma empresa que é controlada a 100% por outra não pode dar lugar a uma isenção do imposto ao abrigo do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, na nova redacção, porque essa transferência não é exclusivamente remunerada por partes sociais. No entanto, no final da sua análise, o Governo italiano afirma que, dado que a Directiva 69/335 tem por objecto a harmonização dos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais, os casos, como este, em que não há aumento de capital não entram no âmbito de aplicação desta.

45. Em contrapartida, a Comissão sustenta que a esta fusão-incorporação é aplicável o artigo 4.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335, devendo também beneficiar de isenção do imposto sobre as entradas de capital, como prevê o artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, tal como modificado, ainda que a fusão não tenha como contrapartida exclusiva a atribuição de partes sociais aos accionistas das sociedades incorporadas.

46. Em primeiro lugar, recorde-se que, no acórdão Bautiaa e Société française maritime (n.° 31), quanto a esse aspecto, o Tribunal de Justiça considerou que «... resulta do artigo 1.° da directiva, conjugado com o artigo 4.°, que o imposto cobrado sobre as entradas de capital em sociedades constitui um "imposto sobre as entradas de capital", na acepção da directiva, quando se aplica a operações nela previstas». Em seguida, precisou (n.° 32) que «... as operações que estão sujeitas ou que podem ser sujeitas pelos Estados-Membros ao imposto sobre as entradas de capital harmonizado estão definidas no artigo 4.° da directiva de modo objectivo e uniforme para todos os Estados-Membros, sem referência às especificidades eventuais dos direitos nacionais ou à organização dos regimes fiscais nacionais».

47. Em consequência, é necessário apreciar depois se, em caso de fusão por incorporação, como na presente situação, se pode aplicar o artigo 4.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335, que dispõe que o aumento do capital social de uma sociedade de capitais, por meio da entrada de bens de qualquer espécie, está sujeito ao imposto sobre as entradas de capital.

48. Quanto ao problema da aplicação da Directiva 69/335 às operações de fusão de sociedades, o Tribunal de Justiça, no processo Bautiaa e Société française maritime, considerou que, embora não sejam expressamente mencionadas entre as operações «sujeitas ao imposto sobre as entradas de capital», enumeradas no artigo 4.°, as fusões [14] de sociedades entram, no entanto, no

14 — O despacho de reenvio utiliza o termo «fusão».

âmbito de aplicação deste artigo da directiva. Concretamente, o Tribunal de Justiça exprimiu-se nos seguintes termos (n.° 34): «Estas operações são operações do aumento de capital social de uma sociedade de capitais mediante a entrada de bens de qualquer espécie, previstas no artigo 4.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335, no caso particular referido no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), ou seja, a entrega, por uma ou mais sociedades de capitais, da totalidade do respectivo património a uma ou mais sociedades de capitais em vias de constituição ou já existentes.»

49. Portanto, no processo Bautiaa e Société française maritime [15], o Tribunal de Justiça utilizou o termo «fusão» em sentido lato, englobando as diversas formas de fusão tanto nos casos em que um aumento de capital é efectuado «mediante a entrada de bens de qualquer espécie», referidos no artigo 4.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335, como nos casos em que uma sociedade anónima transfere a totalidade do seu património para uma outra sociedade anónima, transferência que está sujeita ao regime especial de isenção previsto no artigo 7.°, n.° 1, da mesma directiva.

50. No n.° 36 do acórdão Bautiaa e Société française maritime, o Tribunal procedeu ainda às seguintes especificações: «Efectivamente, por um lado, o termo "fusão" utilizado pela disposição nacional designa claramente uma operação de reunião de capitais que consiste no aumento do capital de uma sociedade, designada por "incorporante", pela entrada da totalidade do activo que é feita por outra sociedade, designada por "incorporada"; por outro, a finalidade da operação da reunião de capitais consiste no reforço de outra sociedade já existente, a sociedade incorporante, cujo capital é aumentado pela entrada feita pelos accionistas da sociedade incorporada. Quanto a este último ponto, o Tribunal já recordou efectivamente, no acórdão de 5 de Fevereiro de 1991, Deltakabel (C-15/89, Colect., p. I-241, n.° 14), que o critério decisivo para que uma operação de reunião de capitais possa ser tributada em imposto sobre as entradas de capital reside no reforço do potencial económico da sociedade que essa operação beneficia.»

51. Além disso, neste mesmo acórdão Bautiaa e Société française maritime (n.° 37), o Tribunal considerou que: «Daí resulta que, nos dois litígios nos processos principais, a operação de incorporação de reservas a que a sociedade incorporada teria procedido apenas constituiu uma modalidade da operação de reunião de capitais que, para efeitos de aplicação da directiva, só se concretizou no momento do *aumento de capital pela entrada* do activo da sociedade incorporada na sociedade incorporante. Com efeito, só no termo do processo de reagrupamento das duas sociedades é que *a condição do reforço do potencial económico* fica preenchida e se justifica a aplicação de um imposto sobre as entradas de capital, à taxa fixada pelo artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335» (sublinhado nosso).

15 — N.° 34. V. também o acórdão de 11 de Dezembro de 1997, Locamion (C-8/96, Colect., p. I-7055, n.° 20). Recorde-se que, no processo Bautiaa e Société française maritime, a sociedade incorporada (a SNMTP) dera à sociedade incorporante (a sociedade Bautiaa), ao abrigo da fusão, a totalidade dos bens que compunham o seu activo, mediante a atribuição de 142 novas acções da Bautiaa.

52. Acresce que, no n.º 38, o Tribunal formulou a conclusão seguinte: «Verifica-se portanto que operações como as que estão em causa nos litígios principais se incluem no âmbito de aplicação da Directiva 69/335 e devem ser examinadas à luz do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da directiva (aumento de capital mediante uma entrada de qualquer natureza), com as consequências que daí decorrem quanto à aplicação da taxa do imposto sobre as entradas de capital nos termos do artigo 7.º, n.º 1, tal como foi alterado pela Directiva 85/303.»

53. Em consequência, quanto à aplicação do artigo 4.º, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [16] que «o *critério decisivo* para que uma *operação de reunião de capitais* possa ser tributada em imposto sobre as entradas de capital reside no *reforço do potencial económico* da sociedade que essa operação beneficia» (sublinhado nosso).

54. No presente processo, em que se trata de uma fusão por incorporação [17], cabe analisar se houve uma reunião de capitais e um aumento do capital da Agas e se o potencial económico da sociedade incorporante foi reforçado.

55. Para começar, verificamos que, no momento da fusão, a Agas já era detentora de 100% do capital da Briangas e da Italgasdotti e que os accionistas das sociedades incorporadas não receberam partes sociais como contrapartida, tendo as participações (acções e quotas) da sociedade incorporante nestas últimas sido anuladas. Esta aquisição de participações de controlo, anterior à operação de fusão e realizada graças à aquisição de acções e quotas, não implicou, como o Governo italiano confirmou na audiência, o desaparecimento da personalidade jurídica das duas sociedades incorporadas, que, segundo a Comissão, eram filiais da sociedade incorporante. Este desaparecimento resultou da operação de fusão [18].

56. É, evidentemente, incontestável que a fusão realizada graças à incorporação da Briangas e da Italgasdotti na Agas não implicou *qualquer aumento* do capital social da Agas, como exige o artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 69/335 [19].

16 — V., a título indicativo, o acórdão Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 7, n.º 36), o acórdão de 15 de Julho de 1982, Felicitas Rickmers-Linie (270/81, Recueil, p. 2771, n.º 16), bem como os seguintes acórdãos posteriores: Dansk Sparinvest (já referido na nota 8, n.ºs 13 e 14) e Deltakabel (já referido, n.º 14).

17 — Segundo a doutrina e a jurisprudência francesas, a fusão tem três características: a) implica a transmissão universal para a sociedade incorporante do património da sociedade incorporada, ou seja, tanto do activo como do passivo; b) implica a dissolução de, pelo menos, uma das sociedades implicadas neste processo; c) caracteriza-se pela atribuição de partes sociais (ou de acções) novas, servindo de contrapartida para as entradas de capital efectuadas; v., a título indicativo, Bertrel, J.-P.; Jeantin, M.: *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Paris, Litec, 2.ª ed., 1991, pp. 331 a 341, n.ºs 776 a 797.

18 — A título indicativo, v. Hémard, J.; Terré, F.; Mabilat, P.: *Sociétés commerciales*, t. 3, Paris, Dalloz, 1978, n.º 780, p. 596.

19 — V. o acórdão Locamion (já referido na nota 15, n.º 21).

57. No entanto, não se pode negligenciar que a entrada na Agas dos patrimónios líquidos da Briangas e da Italgasdotti [20], embora não sendo acompanhada por um aumento do capital social da sociedade incorporante, teve, todavia, como consequência, um «aumento do seu património» e, de qualquer modo, contribuiu para o reforço do seu potencial económico, dado que esta operação de fusão é «susceptível de aumentar o valor das partes sociais [ou das acções] da sociedade», devido à entrada do activo das sociedades incorporadas [21].

58. Mais precisamente, ainda que a sociedade Agas detivesse 100% das acções das duas sociedades absorvidas, não era juridicamente proprietária dos seus elementos de activo e, de maneira mais geral, do seu património, como a Comissão sustentou na audiência. Só depois da fusão é que adquiriu a plenitude dos direitos sobre os patrimónios respectivos das duas sociedades [22] e que, por isso, o seu potencial económico foi, incontestavelmente, reforçado.

59. Evidentemente, a análise da jurisprudência mostra que o crescimento do potencial económico de uma sociedade constitui um elemento essencial, a cuja existência está subordinada a aplicação do disposto na Directiva 69/335. No entanto, o Tribunal de Justiça, com base numa disposição desta directiva [23], considerou que certas operações estavam sujeitas ao imposto sobre as entradas de capital, mesmo que não implicassem um aumento do capital social. Esta tomada de posição consta dos acórdãos de 28 de Março de 1990, Siegen [24]; Deltakabel [25]; de 5 de Fevereiro de 1991, Trave-Schiffahrtsgesellschaft [26], e Frederiksen [27].

60. Dos elementos factuais que as partes submeteram à apreciação do Tribunal, e cuja exactidão incumbe, evidentemente, ao juiz nacional controlar, não resulta que a fusão-incorporação, efectuada em Dezembro de 1994, constitua o resultado de um processo de aumento de capital da sociedade Agas, realizado antes, na sequência da aquisição da totalidade das acções e das partes sociais das sociedades Briangas e Italgasdotti, «... de modo que estas duas operações podem ser apreciadas globalmente como constituindo a

20 — Recorde-se que esta entrada de capitais ascendia a cerca de 23,6 biliões de LIT.

21 — V. o acórdão de 26 de Setembro de 1996, Frederiksen (C-287/94, Colect., p. I-4581, n.° 13).

22 — A título indicativo, a Comissão fez referência aos terrenos, aos edifícios, às instalações, aos *stocks*, às patentes, aos créditos e às contas bancárias das sociedades incorporadas.

23 — Isso era permitido ao abrigo do artigo 4.°, n.° 2, alínea b) (já referido), da Directiva 69/335.

24 — C-38/88, Colect., p. I-1447, n.° 13; neste processo, o Tribunal de Justiça considerou, nomeadamente, que, quando uma sociedade sofreu prejuízos e um dos seus sócios aceita recuperar esses prejuízos, esse sócio dá uma prestação que aumenta o capital social da sociedade, na acepção do artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da Directiva 69/335.

25 — Acórdão, já referido na nota 16, em que o Tribunal de Justiça considerou que, quando uma sociedade-mãe apura um elemento do passivo de uma filial, renunciando, total ou parcialmente, a um crédito sobre essa filial, o artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da Directiva 69/335 autoriza a cobrança do imposto sobre as entradas de capital.

26 — Neste acórdão (C-249/89, Colect., p. I-257), o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da Directiva 69/335 autoriza os Estados-Membros a sujeitar ao imposto sobre as entradas de capital um empréstimo sem juros concedido por um sócio a uma sociedade de capitais gravemente endividada, com base no seu valor de uso, ou seja, o montante dos juros poupados, tal como seria decidido pelo juiz nacional.

27 — Neste acórdão, já referido na nota 21, o Tribunal de Justiça considerou que, quando uma filial beneficia de um empréstimo sem juros atribuído pela sociedade-mãe, o artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da Directiva 69/335 é aplicável ao montante dos juros poupados.

mesma operação realizada em duas etapas», estando sujeita à aplicação da directiva [28].

61. Cabe recordar que, na audiência, o Governo italiano especificou que, numa fase anterior da fusão, a Agas adquirira a totalidade das acções da Briangas e das quotas da Italgasdotti, e que o seu balanço mostrava um desembolso equivalente ao preço de aquisição. Consequentemente, a Agas adquiriu, ao pagar as quantias correspondentes, as acções e as quotas da Briangas e da Italgasdotti, sociedades que depois incorporou.

62. Consequentemente, resulta destes elementos que, nem num estádio anterior do processo da fusão-incorporação nem no momento dessa fusão-incorporação, estava preenchida a condição que exigia que tivesse havido aumento do capital social da Agas através da entrada de bens de qualquer natureza, condição enunciada pelo artigo 4.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335 e cuja realização tinha por consequência sujeitar esta operação ao imposto sobre as entradas de capital.

63. Além disso, como se deduz da interpretação conjugada das alíneas c) e d) do n.° 1 do artigo 4.° da Directiva 69/335, as entradas que tiverem como consequência um aumento do capital social devem ser remuneradas pela atribuição de partes representativas do capital social, atribuição que manifestamente não teve lugar no caso em apreço [29].

64. Mais, se se considerar que a entrada dos elementos do activo da Briangas e da Italgasdotti aumentou *o activo* [30] da Agas, não é possível aplicar a alínea d) do n.° 1 do artigo 4.° da Directiva 69/335 ao caso em litígio, porque esta disposição exige expressamente que as entradas em espécie sejam remuneradas por direitos da mesma natureza que os dos sócios (e não por partes representativas do capital social ou do activo), o que, no entanto, não aconteceu manifestamente no caso em apreço.

65. Igualmente, não seria possível aplicar-lhe o artigo 4.°, n.° 2, alínea b), da Directiva 69/335, porque o aumento do activo, que esta disposição prevê não estar, em princípio, sujeito ao imposto sobre as entradas de capital, pode estar sujeito a ele, na medida em que era tributado à taxa de 1% em 1 de Julho de 1984, enquanto esta disposição pressupõe ainda, por um lado, uma entrada efectuada por uma pessoa que já tem a qualidade de membro da sociedade e, por outro, uma contrapartida dessa entrada.

28 — Contrariamente ao que decidiu o Tribunal de Justiça no processo Locamion (já referido na nota 15, n.° 23).

29 — V. o n.° 36 das minhas conclusões no processo Locamion (já referido na nota 15), bem como o n.° 22 e a nota 16 das minhas conclusões no processo Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 7).

30 — Recorde-se que o activo, enquanto dado económico distinto do capital social, sofre flutuações que podem eventualmente, mas não necessariamente, provocar um aumento do capital social; v., a título indicativo, Vuillermet, G.: «Droit des sociétés commerciales», 3.ª ed. da obra de Hureau, G., na colecção *Sciences économiques commerciales*, t. 1, Paris, Dunod, 1969, pp. 35 a 37.

66. Em meu entender, não se pode deduzir do que antecede que, de acordo com o acórdão Bautiaa e Société française maritime, o artigo 4.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335 é automaticamente aplicável a qualquer fusão ou entrada de elementos do activo de uma sociedade noutra, no âmbito de uma fusão. Para que se esteja perante uma fusão sujeita a esta última disposição, é designadamente necessário que haja aumento do capital social e que a entrada em capital tenha por contrapartida títulos representativos do capital social.

67. Em consequência, tendo em conta os elementos factuais que o Governo italiano especificou na audiência, concluo que o disposto na Directiva 69/335 não se aplica ao caso da fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já é proprietária da totalidade do capital da primeira. Logo, não impede, neste caso, a cobrança de um imposto de registo como o imposto italiano em discussão.

B — *Quanto à aplicação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 85/303*

68. A título subsidiário e unicamente para ser exaustivo, apreciarei em seguida em que medida é possível aplicar o disposto no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 85/303, ao caso da fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já é proprietária da totalidade do capital da primeira.

a) Não aplicação do disposto no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), ao caso da fusão por incorporação de uma sociedade noutra, que já é proprietária da totalidade do capital da primeira

69. A especificidade do presente processo [31] reside no facto de se tratar de sociedades (Briangas e Italgasdotti) que se fundiram por incorporação noutra (Agas), que já é proprietária de 100% do seu capital.

70. O Governo italiano sustenta que a legislação comunitária, e especialmente a Directiva 69/335, não se opõe à aplicação de uma disposição legal nacional que preveja o pagamento do imposto neste caso. Mais precisamente, parte da verificação de que a fusão não implicou qualquer aumento do capital social da Agas e afirma que o artigo 7.° da Directiva 69/335, tal como alterado pela Directiva 85/303, não é aplicável, porque não está preenchida uma condição essencial, a saber, a condição que exige que esta entrada tenha tido por contrapartida a atribuição de partes sociais. O imposto proporcional

31 — Relativamente ao processo Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 7), anteriormente submetido à apreciação do Tribunal de Justiça.

previsto pela legislação nacional foi, pois, adequadamente cobrado.

71. Manifestamente, as dúvidas do juiz nacional e as objecções do Governo italiano resultam do facto de o artigo 7.°, n.° 1, segundo parágrafo, da Directiva 69/335, tal como foi alterado pela Directiva 85/303, dispor que «A isenção fica sujeita às condições exigíveis nessa data para a concessão da isenção ou, se for caso disso, para a tributação a uma taxa igual ou inferior a 0,50%», ou seja, que a referida isenção está sujeita a essas condições. Recorde-se que a primeira destas condições é a enunciada no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), primeiro travessão, da Directiva 69/335, que impõe a exigência de «as entradas de capital serem *remuneradas exclusivamente mediante a atribuição de partes sociais...*» (sublinhado nosso).

72. No entanto, no caso em apreço, a incorporação da Briangas e da Italgasdotti na Agas não foi remunerada pela atribuição de partes sociais, dado que a fusão não provocou qualquer aumento do capital social da sociedade incorporante, mas apenas a anulação das participações que detinha nas sociedades incorporadas, que já figuravam no activo do seu balanço.

73. A especificidade do procedimento seguido pela Agas, no seu conjunto, levou o juiz nacional a colocar ao Tribunal de Justiça a questão de saber em que medida a isenção do imposto sobre as entradas de capital, prevista pelo artigo 7.°, n.° 1, da directiva, também é válida nos casos em que, devido ao controlo absoluto que a sociedade incorporante tem sobre as sociedades incorporadas, não houve emissão nem, como é evidente, atribuição de acções ou de partes sociais da sociedade incorporante [32].

74. Segundo jurisprudência constante [33], como resulta do seu preâmbulo, a Directiva 69/335 visa promover a livre circulação de capitais, considerada essencial para a criação de uma união económica com características análogas às de um mercado interno. A prossecução de tal objectivo supõe, no que respeita à tributação das reuniões de capitais, a supressão dos impostos indirectos, até então em vigor nos Estados-Membros, e a aplicação, em seu lugar, de um imposto cobrado uma única vez no mercado comum e de nível igual em todos os Estados-Membros.

75. A Directiva 69/335 prevê, pois, a cobrança de um imposto sobre as entradas de

32 — No acórdão Bautiaa e Société française maritime (já referido na nota 7), não é mencionado o artigo 7.°, n.° 1, alínea b), segundo travessão, da Directiva 69/335, na medida em que isso não era necessário para a resolução do litígio pendente no órgão jurisdicional nacional. Recorde-se que, no processo Bautiaa e Société française maritime, a sociedade incorporada (SNMTP) entregara a totalidade dos seus elementos de activo à sociedade incorporante (Bautiaa), ao abrigo da fusão, entrega que tivera como contrapartida a atribuição de 142 novas acções da Bautiaa, tendo cada uma o valor nominal de 142 FF. A entrega feita à Bautiaa fora, portanto, remunerada pela atribuição de partes sociais.

33 — V., sobretudo, o acórdão Denkavit Internationaal e o. (já referido na nota 8, n.os 16 e segs.), bem como os acórdãos de 20 de Abril de 1993, Ponente Carni e Cispadana Costruzioni (C-71/91 e C-178/91, Colect., p. I-1915, n.os 19 segs.), e de 27 de Junho de 1979, Conradsen (161/78, Recueil, p. 2221, n.° 11).

capital, que, nos termos dos seus sexto e sétimo considerandos, deve, para não perturbar a circulação de capitais, ser harmonizado em toda a Comunidade não apenas quanto à respectiva taxa mas também quanto à sua estrutura [34]. Este imposto sobre as entradas de capital é regulado pelos artigos 2.° a 9.° da directiva.

76. Resulta do disposto no artigo 7.°, n.° 1, da Directiva 69/335 que a taxa do imposto sobre as entradas de capital será reduzida em 50% ou mais, quando uma ou mais sociedades de capitais *entreguem a totalidade do respectivo património* ou um ou vários ramos da sua actividade a uma ou várias sociedades de capitais em vias de constituição ou já existentes. Resulta da mesma disposição que a redução da taxa do imposto ou, depois da alteração introduzida pela Directiva 85/303, a isenção do imposto sobre as entradas de capital exige que se trate de entradas de capital *exclusivamente remuneradas pela atribuição de partes sociais*, tendo os Estados-Membros a faculdade de alargar a concessão da redução (ou da isenção) aos casos em que as entradas de capital são remuneradas pela atribuição de partes sociais conjuntamente com um pagamento imediato de, no máximo, 10% do seu valor nominal.

77. Portanto, o artigo 7.°, n.° 1, alínea a), determina a taxa do imposto sobre as entradas de capital e o artigo 7.°, n.° 1, alínea b), prevê expressamente quando essa taxa é reduzida, a título excepcional, ou, depois da modificação introduzida pela Directiva 85/303, quando, em certos casos estritamente delimitados, atrás referidos, certas operações são isentas do imposto sobre as entradas de capital. É precisamente por se tratar de uma excepção que o texto deve ser objecto de interpretação estrita [35].

78. Das disposições que antecedem, interpretadas em conjunto, resulta que o legislador comunitário não quis submeter a esse regime derrogatório mais favorável os casos de aquisição de uma sociedade de capitais por outra e, portanto, os casos em que as entradas de capital sejam remuneradas mediante a atribuição de partes sociais conjuntamente com um pagamento imediato de mais de 10% do seu valor nominal.

34 — A título indicativo, v. os acórdãos Denkavit Internationnal e o. (já referido na nota 8, n.° 17); Ponenti Carni e Cispadana Costruzioni (já referido na nota 33, n.° 20); e Conradsen (já referido na nota 33, n.° 11).

35 — A necessidade de fazer uma interpretação estrita das disposições derrogatórias de uma norma geral decorre também da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a casos de interpretação de textos sobre a tributação e a isenção de certas operações. Por exemplo, a Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (JO L 145, p. 1; EE 09 F1 p. 54), prevê que certas actividades, *limitativamente enumeradas*, sejam, excepcionalmente, isentas de IVA (artigo 13.°). Como se trata de uma derrogação a uma norma geral, é interpretada estritamente, porque, como o Tribunal de Justiça, aliás, considerou (acórdão de 15 de Junho de 1989, Stichting Uitvoering Financiële Acties, 348/87, Colect., p. 1737, n.os 13 e 14), qualquer interpretação que alargasse o âmbito do texto do artigo 13.°-A seria incompatível com o objectivo dessa disposição. Tal como o Tribunal de Justiça também especificou (v. os acórdãos de 11 de Julho de 1985, Comissão/Alemanha, 107/84, Recueil, p. 2655, n.° 17, e Stichting Uitvoering Financiële Acties, já referido, n.° 12), «... o artigo 13.° da Sexta Directiva não excluía todas as actividades de interesse geral, mas apenas as que são enumeradas e descritas de modo muito pormenorizado». O Tribunal de Justiça recusou uma interpretação extensiva das isenções previstas pela directiva nos casos em que a existência de elementos de interpretação permitindo alargar a isenção prevista pelas disposições em causa e, mais especialmente, pelo artigo 13.° não tivesse sido demonstrada (v. o acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.° 20, e o n.° 16 das conclusões do advogado-geral M. Darmon no processo Lubbock Fine (acórdão de 15 de Dezembro de 1993, C-63/92, Colect., p. I-6665).

79. Destas mesmas disposições, em meu entender, resulta *a fortiori* que o legislador comunitário não quis submeter a este regime derrogatório mais favorável os casos em que não há qualquer atribuição de partes sociais como contrapartida das entradas de capital, porque, no momento da fusão-incorporação, a sociedade incorporante é proprietária da totalidade das acções e das partes sociais das sociedades incorporadas, que adquiriu, comprando-as de novo, numa fase anterior da fusão. A aplicação deste regime em casos similares seria contrária ao objectivo desta disposição, que se destina a promover a livre circulação de capitais, facilitando o reagrupamento das empresas bem como o seu desenvolvimento.

80. O Governo italiano recorda que o artigo 12.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335 prevê expressamente a possibilidade de cobrar o imposto, em derrogação dos artigos 10.° e 11.° da mesma directiva.

81. *Em derrogação* dos artigos 10.° e 11.°, a disposição, ainda mais específica, do artigo 12.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 69/335 autoriza os Estados-Membros a cobrar, além do imposto sobre as entradas de capital, direitos de transmissão sobre bens de qualquer natureza que constituam entradas de capital numa sociedade, na medida em que a transferência dos referidos bens seja remunerada de outro modo que não por partes sociais.

82. Como entendeu o Tribunal de Justiça, «O n.° 1 do artigo 12.° da Directiva 69/335 faz uma enumeração exaustiva dos impostos e direitos diversos do imposto sobre as entradas de capital que, por derrogação dos artigos 10.° e 11.°, podem ser cobrados às sociedades de capitais pelas operações neles indicadas» [36]. Em consequência, o artigo 12.° autoriza a cobrança de impostos que são, em princípio, proibidos, isto é, que, em princípio, recaem no âmbito de aplicação dos artigos 10.° e 11.°

83. Visto que o imposto de registo em litígio não se integra no âmbito de aplicação da Directiva 69/335 [37], essa tributação não é contrária à directiva. Não há, pois, que apreciar a questão de saber se o referido imposto recai ou não no âmbito de aplicação do artigo 12.° [38].

84. Apenas para que esta análise seja completa, examinarei em seguida se se pode demonstrar que existem elementos de interpretação que, como defende a Comissão, permitam alargar ao presente caso a isenção prevista pelo artigo 7.°, n.° 1, alínea b).

36 — V. os acórdãos, já referidos na nota 8, Denkavit Internationaal e o. (n.° 21) e Dansk Sparinvest (n.° 9).

37 — Em consequência, encontra-se fora do âmbito de aplicação dos artigos 1.°, 7.°, n.° 1, alínea b), e 10.°, e não está relacionado com o objecto do artigo 11.°, que proíbe a tributação de acções, partes sociais, empréstimos ou outros títulos negociáveis da mesma natureza.

38 — Cheguei a uma conclusão análoga nas conclusões (n.os 63 e 64) relativas ao processo Locamion (já referido na nota 15), que se prendia com a questão de saber em que medida o artigo 10.° da Directiva 69/335 proibia a cobrança de um imposto como o imposto regional sobre os certificados de matrícula de veículos previsto no direito francês. O Tribunal de Justiça considerou depois (n.° 36) que, dado que a tributação desse imposto não era proibida por essa disposição, não havia que examinar a questão de saber em que medida entrava ou não no âmbito de aplicação do artigo 12.°

b) Directivas 78/855/CEE e 90/434/CEE do Conselho

85. Nas conclusões relativas ao processo Bautiaa e Société française maritime, sublinhei [39] que, para descrever as operações tributadas, os órgãos jurisdicionais de reenvio utilizavam uma expressão («operações de fusão») que a Directiva 69/335 ignora totalmente, mas considerei que isso não tinha qualquer importância. Com efeito, o que interessava, no caso, era que as operações em questão apresentassem as mesmas características essenciais das operações referidas pelo artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da directiva, na sua redacção inicial.

86. No entanto, directivas posteriores à Directiva 69/335, que tratam de problemas respeitantes às fusões de sociedades, utilizam, para definirem esta última noção, elementos (transferência da totalidade do património de uma sociedade A para uma sociedade B, mediante atribuição de títulos da sociedade B aos sócios da sociedade A) que figuram, também, na referida disposição da Directiva 69/335.

87. Concretamente, o legislador interveio duas vezes, posteriormente, para resolver questões relativas às fusões de sociedades. Trata-se da Terceira Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978, fundada na alínea g) do n.° 3 do artigo 54.° do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas [40], e 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 [41].

88. Com base na interpretação do disposto nestas duas directivas, a Comissão conclui que o legislador comunitário não incluiu o caso da fusão por incorporação de uma sociedade noutra que já é proprietária da totalidade do capital da primeira, nos casos de isenção do imposto sobre as entradas de capital, porque, na época da adopção da Directiva 69/335, este fenómeno não era suficientemente frequente na prática.

89. Além disso, a Comissão considera que a condição enunciada no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, que estabelece a exigência de «as entradas de capital serem remuneradas exclusivamente mediante a atribuição de partes sociais...», é inaplicável em caso de fusão por incorporação de uma sociedade cujo capital seja já detido a 100% pela sociedade incorporante. De outro modo, argumenta, obter-se-iam resultados absurdos, do ponto de vista lógico e jurídico, se se exigisse, em tal caso, a atribuição de partes sociais, como contrapartida exclusiva, ao único accionista da sociedade incorporada, que é a própria sociedade incorporante. Conclui que,

39 — V. a nota 16 destas conclusões.

40 — JO L 295, p. 36; EE 17 F1 p. 76.

41 — JO L 225, p. 1.

dado que essa atribuição é objectivamente impossível, essa disposição não se opõe à aplicação da isenção do imposto sobre as entradas de capital harmonizado num caso como o presente.

90. Em primeiro lugar, cabe sublinhar que a Directiva 78/855, que enuncia as normas aplicáveis às fusões de sociedades, contém, no capítulo IV, disposições específicas relativas à «incorporação de uma sociedade numa outra que possua, pelo menos, 90% das acções da primeira», e, consequentemente, dir-se-á que tem também por objectivo o caso em que a sociedade incorporante detém 100% do capital das sociedades incorporadas.

91. Mais especificamente, o artigo 24.° da Directiva 78/855 tem a seguinte redacção:

«Os Estados-Membros regularão, para as sociedades sujeitas à sua legislação, a operação pela qual uma ou várias sociedades se dissolvem sem liquidação e transferem o conjunto do seu património activo e passivo para uma outra sociedade que é titular de todas as respectivas acções e dos títulos que confiram direito de voto na assembleia geral. Esta operação está sujeita às disposições do capítulo II, com excepção do disposto nas alíneas b), c) e d) do n.° 2 do artigo 5.°; dos artigos 9.° e 10.°; das alíneas d) e e) do n.° 1 do artigo 11.°; da alínea b) do n.° 1 do artigo 19.°, bem como dos artigos 20.° e 21.°»

92. No caso das sociedades Agas, Briangas e Italgasdotti, nem o artigo 5.°, n.° 2, alíneas b), c) e d) nem o artigo 19.°, n.° 1, alínea b), poderiam, em teoria, aplicar-se [42].

93. Concretamente, de acordo com os n.os 1 e 2, alíneas b), c) e d), do artigo 5.° da Directiva 78/855:

«1. Os órgãos de administração ou de direcção das sociedades que participam na fusão elaborarão um projecto escrito de fusão.

42 — No entanto, as outras disposições mencionadas no artigo 24.° também não poderiam aplicar-se na medida em que ou se prendem com a troca de acções que tem lugar em caso de fusão ou regulamentam a responsabilidade civil de certas pessoas que estão implicadas no processo de fusão e, por conseguinte, pressupõem que, no momento da fusão, a sociedade incorporante não detém a totalidade do capital da sociedade incorporada. Concretamente, o artigo 9.° da Directiva 78/855 diz respeito ao relatório escrito pormenorizado relativo ao projecto de fusão e, especialmente, à relação de troca das acções. O artigo 10.° prende-se com o controlo dos projectos de fusão efectuado por peritos independentes e visa, designadamente, entre as suas competências, a declaração que devem fazer destinada a saber se a relação de troca é justa e razoável. O artigo 11.°, n.° 1, alínea d), é relativo aos relatórios mencionados no artigo 9.°, e o artigo 11.°, n.° 1, alínea e), diz respeito aos relatórios dos peritos independentes mencionados no artigo 10.° Por força do artigo 20.°, «As legislações dos Estados-Membros regularão, pelo menos, a responsabilidade civil dos membros do órgão de administração ou de direcção da sociedade incorporada para com os accionistas desta sociedade, decorrente das irregularidades cometidas pelos membros desse órgão na preparação e realização da fusão.» Finalmente, nos termos do artigo 21.°, «As legislações dos Estados-Membros regularão, pelo menos, a responsabilidade civil, para com os accionistas da sociedade incorporada, dos peritos encarregados de elaborar para esta sociedade o relatório previsto no n.° 1 do artigo 10.°, decorrente das irregularidades cometidas no exercício das suas funções.»

2. O projecto de fusão indicará, pelo menos:

a) ...

b) A relação de troca das acções e, se for caso disso, a quantia em dinheiro atribuída aos accionistas;

c) As modalidades de entrega das acções da sociedade incorporante;

d) A data a partir da qual essas acções conferem o direito aos dividendos, bem como qualquer especificidade relativa a esse direito;

...»

94. Além disso, a alínea b) do n.° 1 do artigo 19.° da Directiva 78/855 dispõe que:

«1. A fusão produz *ipso iure* e simultaneamente os seguintes efeitos:

a) ...

b) Os accionistas da sociedade incorporada tornam-se accionistas da sociedade incorporante;

...»

95. Resulta das disposições referidas da Directiva 78/855 que, quando a sociedade incorporante é a única accionista da(s) sociedade(s) incorporada(s), a atribuição de acções da primeira aos accionistas da(s) segunda(s) não é, por definição, possível. Com efeito, dado que tal atribuição tem por objectivo remunerar os accionistas da sociedade incorporada pelo activo que levaram à sociedade incorporante, seria absurdo que esta última atribuísse a si própria uma remuneração como contrapartida da entrada que foi efectuada por uma sociedade de que detém 100% e com a qual ela própria (sociedade incorporante) beneficiou.

96. Por outro lado, teoricamente, não me oponho à tese da Comissão segundo a qual o estudo da legislação comunitária (tanto da Directiva 69/335 como da Directiva 78/855) permite concluir que a ausência de disposições legislativas expressas que regulamentem o caso da fusão de uma sociedade com outra que a detém a 100% é, talvez, devida ao facto de este fenómeno não ter, na prática, uma frequência que pudesse justificar uma intervenção expressa do legislador e a existência de um capítulo especial na Directiva 78/855. É evidente que o capítulo IV da Directiva 78/855, como o título indica, contém disposições relativas às incorporações de sociedades cuja sociedade incorporante é já detentora de 100% das acções [43] e disposições relativas às incorporações de sociedades em que a sociedade incorporante não detém a totalidade do capital [44].

97. Na Directiva 90/434, a incorporação de uma sociedade 100% controlada por outra foi objecto de tratamento específico, especial. Este facto é significativo, dado que a Directiva 90/434 é relativa ao regime fiscal aplicável (designadamente) às fusões e, ao abrigo do artigo 4.°, n.° 1, tem por principal objectivo isentar de imposto as mais-valias determinadas pela diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o respectivo valor fiscal.

98. Uma disposição que, em meu entender, merece uma menção especial é a da alínea a) do artigo 2.°, que contém as definições dos três tipos de fusão de sociedades a que a Directiva 90/434 é aplicável. Os primeiro e terceiro tipos, que me interessam mais por serem relativos à fusão por incorporação [45], são assim definidos:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por

a) Fusão: a operação pela qual:

— uma ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para outra sociedade já existente, mediante atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos,

— ...

43 — Artigos 24.°, 25.° e 26.° da Directiva 78/855. O artigo 24.° é relativo à operação pela qual uma ou várias sociedades se dissolvem sem liquidação e transferem o conjunto do seu património activo e passivo para uma outra sociedade que é titular de todas as suas acções e dos outros títulos que confiram direito de voto na assembleia geral.

44 — Artigos 27.°, 28.° e 29.° da Directiva 78/855. O artigo 27.° é relativo à fusão mediante incorporação de uma ou várias sociedades numa outra sociedade que seja titular de 90% ou mais, mas não da totalidade, das suas acções e dos outros títulos que confiram direito de voto na assembleia geral.

45 — O segundo prende-se com o caso de duas ou mais sociedades que transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para uma sociedade que constituam.

— uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social.»

99. No caso em apreço, observe-se que existe uma similitude evidente entre o disposto no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), segundo parágrafo, primeiro travessão, da Directiva 69/335, por um lado, e o disposto no artigo 2.°, alínea a), primeiro travessão, da Directiva 90/434, por outro.

100. Em ambos os casos, o legislador comunitário previu que a transferência da totalidade do activo das sociedades incorporadas teria por contrapartida a atribuição dessas acções ou de partes sociais das sociedades incorporantes aos accionistas e, eventualmente, o pagamento de uma quantia em dinheiro que não exceda 10% do valor nominal. No entanto, esta disposição só é aplicável no caso de a sociedade incorporante não ser detentora da totalidade, ou seja, 100%, do capital da sociedade incorporada.

101. Do mesmo modo, caso a sociedade incorporante detenha a totalidade do capital social da sociedade incorporada, a Directiva 90/434 formula uma definição específica, que difere da primeira definição quanto a um aspecto fundamental, como a Comissão adequadamente sublinha. Entre os elementos constitutivos deste tipo de fusão, *falta a atribuição de acções* da sociedade incorporante aos accionistas da sociedade incorporada. Este facto confirma explicitamente uma conclusão que só se pode tirar de modo indirecto do artigo 24.° da Directiva 78/855: a fusão por incorporação de uma sociedade cujo capital é detido a 100% pela sociedade incorporante não dá lugar a qualquer atribuição de acções ou de partes sociais ao único accionista da sociedade incorporada, que é a própria sociedade incorporante.

102. No entanto, considero que a conclusão a que cheguei quanto à interpretação do disposto na alínea b) do n.° 1 do artigo 7.° da Directiva 69/335, na versão inicial, não deve ser modificada, ainda que seja interpretada à luz do disposto e das definições (relativas à operação de fusão por incorporação de uma sociedade noutra) das duas Directivas 78/855 e 90/434, mais recentes e mais detalhadas. Não penso que este método, que consiste em interpretar as noções jurídicas constantes de um texto à luz de um outro texto e, em especial, em transpor para uma directiva (69/335) as noções constantes de outra (90/434) [46], baste, no presente caso, para modificar a conclusão a que cheguei.

46 — O acórdão de 13 de Dezembro de 1991, Muwi Bouwgroep (C-164/90, Colect., p. I-6049), tratava da definição de «ramo de actividade» («part of a business») transferido por uma sociedade para outra, no âmbito do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335. O advogado-geral F. G. Jacobs (n.os 16 e 17 das conclusões) interpretou esta noção da Directiva 69/335 à luz da definição que dela dá o artigo 2.°, alínea a), da Directiva 90/434. O Tribunal de Justiça, sem se referir expressamente à disposição da Directiva 90/434, respondeu a esta questão analisando o disposto na Directiva 69/335 no seu conjunto (n.° 20 do acórdão; v. também os n.os 21 e 22).

103. Em meu entender, dado que a Directiva 78/855 e, sobretudo, a Directiva 90/434 têm um âmbito de aplicação suficientemente determinado, resulta da análise que antecede que não existem elementos de interpretação apropriados que permitam aplicar a disposição, expressa e de interpretação estrita, do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335 também ao caso de fusão por incorporação de uma sociedade noutra que já é detentora da totalidade do capital da primeira, porque, neste último caso, não estão preenchidas as condições a que as disposições desta directiva, na redacção que lhes foi dada pela Directiva 85/303, submetem a isenção do imposto sobre as entradas de capital.

104. A Comissão considera que a isenção prevista no artigo 7.°, n.° 1, deve ser alargada ao caso em análise, porque esse alargamento é compatível com o objectivo que consiste em favorecer a reorganização das empresas e, designadamente, o reagrupamento, numa mesma empresa, de diversas entidades que exercem actividades idênticas ou complementares.

105. Quanto às razões que justificam a isenção do imposto sobre as entradas de capital, prevista pelo artigo 7.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 69/335, recorde-se que, de facto, o Tribunal de Justiça considerou [47] que «Do preâmbulo destas directivas [48] resulta que este regime fiscal derrogatório tem por objectivo evitar que, com obstáculos de natureza fiscal, sejam postos entraves às transferências de activos entre sociedades, de forma a favorecer a reorganização das empresas, e nomeadamente o reagrupamento, no seio de uma mesma empresa, de diversas entidades que exercem actividades idênticas ou complementares.»

106. Contudo, tendo em conta a análise que precede e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, já referida, considero que, para que a incorporação de duas sociedades numa terceira, que recebe, a título de entradas de capital, a totalidade do activo das sociedades incorporadas [49], possa beneficiar da isenção prevista pela alínea b) do n.° 1 do artigo 7.° da Directiva 69/335, é necessário que estejam preenchidas todas as condições enunciadas por essa disposição, o que, como vimos, não acontece no presente caso. Por este motivo, não posso aderir aos argumentos apresentados pela Comissão em favor da tese contrária.

107. Tendo em conta as considerações que antecedem, sou levado a concluir que, ainda que o Tribunal de Justiça considerasse que o caso da fusão por incorporação de uma sociedade noutra que já é detentora da totalidade do capital da primeira recai no âmbito de aplicação da Directiva 69/335, e especialmente da alínea c) do n.° 1 do artigo 4.°, esta operação não poderia beneficiar da isenção do imposto sobre as entradas de capital, porque não preenche as condições enunciadas pelo artigo 7.°, n.° 1, alínea b), desta directiva. Uma solução diferente abriria a porta a

47 — V. o acórdão de 13 de Outubro de 1992, Commerz-Credit-Bank (C-50/91, Colect., p. I-5225, n.° 11).

48 — Trata-se da Directiva 69/335 e das Directivas 73/80 e 85/303, que a modificaram.

49 — Independentemente da questão de saber se essa operação consiste no «reagrupamento, no seio de uma mesma empresa, de diversas entidades que exercem actividades idênticas ou complementares».

eventuais desvios do objectivo da directiva, que só quis submeter certos casos de entradas de capital ao regime mais favorável da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º da Directiva 69/335, desde que as condições aí indicadas estejam preenchidas.

C — *Quanto à questão de saber em que medida a taxa do imposto de registo italiano cobrado em caso de fusão é compatível com o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 69/335, tal como foi alterada*

108. Já concluí que o caso da fusão por incorporação de uma sociedade noutra que já é detentora de 100% do capital da primeira não recai no âmbito de aplicação da Directiva 69/335. No entanto, apenas para completar a análise que antecede, determinarei a seguir o *quantum*, isto é, a taxa que pode atingir a tributação em caso de registo de um acto de fusão de sociedades. Examinarei, portanto, a compatibilidade da disposição italiana em litígio, quanto à taxa do imposto cobrado, com o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 69/335, tal como alterada [50].

109. Como a Comissão adequadamente refere (n.º 12 das observações escritas), existe uma analogia estreita entre o imposto de registo italiano de 1% e o imposto de registo francês de 1,20% [51], que foi objecto do processo Bautiaa e Société française maritime.

110. Concretamente, no n.º 42 do acórdão Bautiaa e Société française maritime, o Tribunal de Justiça considerou que, «A partir de 1 de Janeiro de 1986, a manutenção de tal imposto tornou-se incompatível com a directiva, tendo em seguida o artigo 7.º, n.º 1, sido modificado pela Directiva 85/303, que prevê de modo claro a isenção de qualquer imposto sobre as entradas de capital nas operações em que o aumento de capital se faça pela entrega da totalidade do activo de uma sociedade a outra.» Prosseguiu (n.º 43) acrescentando que «... o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 69/335, com as alterações introduzidas pela Directiva 73/80, aplicável em 1 de Janeiro de 1976, e posteriormente pela Directiva 85/303, aplicável em 1 de Janeiro de 1986, se opõe à aplicação de uma legislação nacional que mantém em 1,20% a taxa do imposto de registo sobre as entradas em bens móveis efectuadas no âmbito de uma fusão».

111. Em consequência, caso o Tribunal de Justiça considere oportuno pronunciar-se sobre a questão de saber em que medida o regime de isenção de qualquer imposto sobre as entradas de capital previsto pelo artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 69/335, tal como alterada, é aplicável às fusões de sociedades, direi que a resposta só pode ser afirmativa, com todas as consequências dela decorrentes quanto ao imposto de registo italiano em litígio [52].

50 — V. acórdão Bautiaa e Société française maritime (n.º 40).

51 — Este imposto estava previsto no artigo 816.º do Código Geral dos Impostos francês.

52 — É, além disso, significativo que o Governo italiano, depois do acórdão Bautiaa e Société française maritime, tenha modificado, adoptando o Decreto presidencial n.º 323/96, o artigo 4.º, alínea b), do quadro anexo ao Decreto presidencial n.º 131/86 e substituído o imposto de registo proporcional por um imposto fixo de 250 000 LIT.

VI — Conclusão

112. Tendo em conta a análise que antecede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à questão prejudicial apresentada pela Commissione tributaria provinciale di Milano:

«Os artigos 4.°, n.° 1, alínea c), e 7.°, n.° 1, 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, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 85/303/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1985, significam que não é proibido cobrar um imposto de registo em caso de fusão por incorporação de uma sociedade noutra que já é detentora de 100% do capital da primeira.»