

FICHA DOUTRINÁRIA

Diploma: Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Artigo/Verba: Art.73º - Definições e âmbito de aplicação

Assunto: Operação de cisão-fusão com o destaque de ramo de atividade para o fundir com uma sociedade já existente

Processo: 19045, com despacho de 2024-09-07, do Diretor-Geral

Conteúdo: Uma sociedade comercial, que integra um grupo multinacional, pretende levar a cabo uma operação de cisão-fusão, na qual irá destacar um ramo de atividade para com ele se fundir com uma outra subsidiária do mesmo Grupo.

De um ponto de vista de gestão, o Grupo entendeu que seria melhor autonomizar, numa entidade distinta, o referido ramo de atividade, operação que será levada a cabo em cada um dos países onde o Grupo está presente.

A autonomização daquele ramo de atividade constitui um passo essencial no desenvolvimento do seu negócio, nomeadamente, quanto a proporcionar as condições necessárias ao incremento da especialização setorial da gestão, à dotação do negócio da sua própria fonte de capital a aplicar nos seus próprios investimentos, ao alinhamento do retorno do negócio com as expectativas dos acionistas, à adequação das necessidades de capital e de dívida, à prossecução de cada ramo de atividade e ao alinhamento dos objetivos e incentivos internos aos aspetos específicos dos negócios em causa.

Com a cisão serão destacados diversos elementos do seu património, designadamente, ativos, contratos, posições jurídicas e passivos especificamente relacionados com a unidade de negócio destacada.

Relativamente aos elementos a transferir, há a destacar as seguintes situações:

transferência de um quantitativo em dinheiro, a acrescer ao numerário a transferir com a operação, correspondente à diferença entre os saldos das contas a receber e os saldos das contas a pagar, atendendo à complexidade operacional e de sistemas.

algumas posições contratuais em concursos públicos abertos e Autorizações apenas serão objeto de transferência após a operação, embora todos os direitos económicos associados sejam transferidos no momento da cisão, o que quer dizer, em substância, que a sociedade beneficiária poderá utilizar as referidas autorizações no âmbito da sua atividade.

Os sócios da sociedade cindida, após a operação, irão transferir essas partes sociais para outra sociedade do Grupo, passando aqueles sócios a deter a sociedade beneficiária de forma indireta.

Do princípio da continuidade no âmbito do regime de neutralidade fiscal

As operações de cisão consubstanciam factos tributários sujeitos a IRC, quer na esfera das próprias entidades quer na esfera dos detentores do seu capital, cuja tributação pode ser diferida para o momento da posterior alienação, quer no que toca aos elementos patrimoniais quer quanto às partes sociais, embora na condição de a operação ser elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal, previsto nos artigos

73.º e seguintes do Código do IRC (CIRC).

Embora o regime seja omissivo na fixação de um período mínimo de tempo para manutenção da titularidade das partes sociais recebidas das sociedades beneficiárias, numa reorganização empresarial em que esteja estabelecida, logo à partida, a transmissão dessas partes sociais não está em conformidade com aquele princípio, por alegada falta de interesse dos sócios na continuidade daquele investimento.

Neste caso, a circunstância de os sócios da sociedade beneficiária transmitirem de imediato as participações na sociedade cindida, não é suscetível de, só por si, pôr em causa a elegibilidade da operação para efeitos do regime de neutralidade fiscal, uma vez que não existe uma violação do princípio da continuidade do interesse no investimento, justamente porque essas partes de capital continuam na órbita do mesmo grupo económico.

Do conceito de ramo de atividade

No contexto de uma operação de cisão, como a que está aqui em análise, assume especial relevância o conceito fiscal de ramo de atividade, sem a observância do qual a operação não poderá ser elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal.

O conceito fiscal de ramo de atividade constante do n.º 4 do artigo 73.º, que é autónomo face ao conceito existente em sede de direito societário, assenta em três condições: (i) na existência, na sociedade a cindir, de pelo menos 2 ramos de atividade; (ii) na transmissão para a(s) sociedade(s) beneficiária(s) de pelo menos 1 ramo de atividade; (iii) na manutenção, na sociedade a cindir, de pelo menos 1 ramo de atividade.

A transmissão de um conjunto coerente de elementos patrimoniais (ativos e passivos) visa evitar fenómenos de cherry picking quanto aos elementos patrimoniais a transmitir, mas visa também assegurar a continuidade, por parte da sociedade beneficiária, da atividade que anteriormente era exercida pela sociedade cindida.

Trata-se de um conceito introduzido na lei interna no contexto da transposição do regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permuta de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, onde, não obstante uma pequena diferença terminológica, verifica-se que ambas as definições são acompanhadas pelo mesmo elemento determinístico, ou seja, que o conjunto de elementos tem de ser capaz de funcionar pelos seus próprios meios.

Sobre a necessidade de ter de ser transmitida a globalidade dos elementos patrimoniais associados ao ramo de atividade a transmitir, aqui há a assinalar a existência de uma contradição entre a parte final do n.º 4 do artigo 73.º do CIRC, que aparenta dispensar qualquer exigência ou nota de globalidade quanto aos elementos passivos que correspondam às dívidas aí referidas, e o defendido pelo TJUE, que exige a transferência da globalidade dos elementos patrimoniais.

No entanto, em linha com alguma doutrina, o que verdadeiramente está em causa é uma tendencial globalidade, sendo necessário determinar se os elementos patrimoniais ativos e passivos transmitidos configuram ou não um ramo de atividade, exigindo-se que tal transferência deve envolver uma "unidade económica autónoma" capaz de funcionar pelos seus próprios meios.

Citando Menezes Leitão (em *Ciência e Técnica Fiscal*, página 480) a autonomia deve ser avaliada sob dois critérios:

Interna ou organizacional, segundo o qual os elementos patrimoniais compreendidos nesse conjunto têm que se encontrar estruturados de modo a

representarem uma estrutura ou unidade orgânica própria, com autonomia face aos restantes elementos da sociedade cindida, ou que essa unidade orgânica seja capaz de funcionar com autonomia e independência relativamente às restantes atividades desenvolvidas pela sociedade cindida;

Externa ou funcional, através do qual deve ser aferida a capacidade de o conjunto de elementos desenvolver uma determinada atividade empresarial, ou seja, de ser capaz de funcionar pelos seus próprios meios, atendendo às condições normais de mercado em que unidades do mesmo tipo operem.

Como consequência da autonomia económica, nomeadamente na vertente de autonomia interna ou organizacional, deverá ser contabilisticamente possível separar, no património da sociedade cindida, o conjunto de elementos patrimoniais, ativos e passivos, que integram um ramo de atividade.

Os referidos critérios, à luz dos quais se atesta a autonomia, deixam antever que deve ser considerado como ramo de atividade o que habitualmente se reconheça constituir, na sociedade cindida, um estabelecimento, um centro ou unidade de produção, de distribuição ou de prestação de serviços, uma vez que são estas realidades empresariais que estão em condições de mais facilmente evidenciar uma autonomia suficiente que lhes permita subsistir pelos seus próprios meios.

Já o Tribunal de Justiça da UE, defende que a autonomia deve ser avaliada, em primeiro lugar, de um ponto de vista funcional, caso em que os ativos transferidos devem poder funcionar como uma empresa autónoma, sem necessidade, para esse efeito, de investimentos ou entradas suplementares, e somente depois, de um ponto de vista financeiro, caso em que se deve apurar se essa empresa é capaz de sobreviver, financeiramente, pelos seus próprios meios.

Nestes termos, quando se avalia a autonomia de um conjunto de elementos patrimoniais, o que se procura são evidências de que um concreto conjunto de elementos corresponde a um complexo estruturado de ativos e passivos, que por si mesmo permita a continuação, sem interrupção, de uma determinada atividade.

E quanto ao momento em que deve ser avaliada a presença de um ramo de atividade, existem suficientes argumentos normativos que apontam inequivocamente no sentido de apenas as situações em que o ramo de atividade já existe na sociedade cindida no momento imediatamente anterior à operação de reestruturação relevam para feitos do regime de neutralidade fiscal. Desde logo, atendendo ao princípio da continuidade da atividade, levada a cabo através do concreto conjunto de elementos, sem a qual não será aplicável tal regime especial.

Desse modo, exige-se que a aferição seja efetivada em momento anterior ao da cisão, na sociedade cindida, como uma realidade observável na sociedade beneficiária após tal operação, exigindo-se, ainda, que o conjunto de elementos patrimoniais seja exatamente o mesmo.

Se se exige que os elementos a transmitir constituam um conjunto estruturado de bens dotado de uma coerência empresarial que permita a continuação da atividade exercida, sem qualquer interrupção, deverá essa realidade ser atestável também na sociedade beneficiária, evidenciando-se, dessa forma, a continuidade da atividade que é o sustentáculo de todo o regime de neutralidade.

No caso concreto, a operação evidencia 2 características que requerem um olhar mais detalhado da operação à luz do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 73.º do CIRC.

A primeira delas, prende-se com as posições contratuais em contratos públicos e procedimento de contratação pública em curso, bem como as autorizações de introdução no mercado. Apesar de transmitidas para a sociedade beneficiária com a operação, tais posições permaneceram sob a titularidade jurídica da sociedade cindida até serem obtidos os consentimentos necessários para a transmissão dessa titularidade, tendo apenas sido assegurado que os benefícios económicos daí decorrentes seriam atribuídos à sociedade beneficiária.

Criou-se, assim, uma dissociação entre a titularidade jurídica e a titularidade económica dos direitos associados aos contratos públicos que, por questões administrativas, não transitaram no momento imediatamente posterior ao da produção dos efeitos da operação para a esfera da beneficiária, questão que foi atempadamente e devidamente acautelada pelas sociedades intervenientes na operação, ao transferir para a sociedade beneficiária os benefícios económicos com referência à data da operação.

Tendo sido precisamente esta a posição assumida do ponto de vista contabilístico, a mesma poderá ter também reflexos do ponto de vista fiscal, considerando-se que os elementos patrimoniais em causa foram transferidos para a sociedade beneficiária na data da produção de efeitos da operação de cisão parcial-fusão.

A segunda característica está na decisão de gestão de não transferir os saldos de clientes e fornecedores que reconhecidamente estavam associados à atividade a transferir, sendo substituídos por uma quantia em dinheiro, a qual corresponde ao saldo entre o valor a receber e a pagar.

Sucede que, sendo as contas a receber e a pagar consideradas um ativo financeiro e um passivo financeiro, respetivamente, a sua retenção na sociedade cindida pode ser entendida como uma derrogação ao princípio da transmissibilidade da globalidade dos elementos patrimoniais com impacto na continuidade da atividade, a não ser que tais ativos e passivos não estivessem associados à atividade transmitida, hipótese esta que não é defendida pela Requerente.

Uma vez que são as decisões de gestão da sociedade cindida que conduzem à formação dos saldos de clientes e fornecedores relacionados com o negócio a transferir, a decisão de reter os referidos saldos na sociedade beneficiária tem decerto impacto na continuidade da atividade, uma vez que os ativos e passivos afetos à atividade a transferir irão afetar o balanço da sociedade cindida, quando na verdade deveriam afetar o balanço da sociedade beneficiária.

A decisão de não transferir os respetivos saldos foi justificada pela complexidade e onerosidade em separar contabilisticamente aquilo que diz respeito às contas a receber associadas ao negócio a transferir e às contas a pagar associadas a esse mesmo negócio, o que é indiciador, por um lado, da não transmissibilidade da globalidade dos elementos patrimoniais e, por outro, da falta de autonomia interna desse negócio face às restantes atividades da sociedade cindida.

A retenção daqueles saldos e a sua compensação por um valor em numerário favorece a autonomia do ramo destacado, ao conferir ainda maior liquidez à atividade do que aquela que teria se tais saldos fossem transferidos, mitigando-se também o impacto de eventuais incobrábilitades.

É de notar que, a transferência de numerário, ainda que admissível, deve depender da demonstração da sua relação com a atividade a transmitir, uma vez que, de um modo geral, os valores inscritos em caixa e depósitos à ordem não estão diretamente

associados a uma atividade económica em particular.

Todavia, mesmo que tivesse ficado demonstrada a transmissão da quantia em numerário apontada, ficaria ainda por esclarecer se aquela quantia teria servido para compensar apenas o saldo entre contas de clientes e fornecedores, ou se serviu também para compensar outros saldos de contas que não transitaram para a sociedade beneficiária, como sejam, por exemplo, as contas a receber e a pagar respeitantes ao Estado e Outros Entes Públicos e ao pessoal.

Quanto a saber se uma compensação de elementos patrimoniais tem a virtude substituir elementos retidos na sociedade beneficiária, afigura-se que a teleologia própria do regime de neutralidade fiscal, bem como as exigências em que assenta tal regime, de modo a assegurar que o mesmo seja aplicável apenas a situações em que se observe a continuidade da atividade económica, impedem-nos de considerar que a compensação em numerário seja uma via capaz de colmatar os efeitos prejudiciais para a identificação de um ramo de atividade que decorrem da opção de não transmitir qualquer ativo ou passivo associado à atividade transmitida (em especial quando esses elementos patrimoniais são dotados de materialidade).

Com efeito, admitir, em geral, aquela possibilidade, redundaria na desqualificação da exigência de que um conjunto de elementos patrimoniais constitutivo de um ramo de atividade deva ser transmitido e, por essa via, acolher uma faculdade de arbitrariedade quanto aos elementos patrimoniais a transmitir, o que a exigência de transmissão da globalidade dos elementos patrimoniais constitutivo de um ramo de atividade procura justamente excluir do regime.

O mesmo se diga quanto à compensação em numerário para colmatar o indicio de falta de autonomia interna ou organizacional, ainda que se admita que, por essa via, se podiam verificar efeitos positivos relacionados com a melhoria da autonomia externa ou robustez financeira.

A verdade é que esse expediente não influencia a aferição, seja porque a identificação de um ramo de atividade deve ser feita na esfera da sociedade cindida, em momento anterior à operação, seja porque o numerário (caixa ou depósitos bancários) não é um indicador adequado da presença ou falta de autonomia interna ou organizacional de um dado conjunto de elementos patrimoniais (ainda que o possa ser quanto à autonomia externa, funcional ou financeira desse conjunto).

Pelo que, em conclusão, a manutenção na sociedade cindida das contas de clientes e de fornecedores respeitantes ao negócio a transferir apontam para a inexistência de autonomia interna, não se observando, por via da operação de cisão, a transmissão, para a sociedade beneficiária, quer da globalidade dos ativos constitutivos desse alegado ramo de atividade quer da globalidade dos passivos constitutivos desse mesmo alegado ramo de atividade, violando-se o disposto no n.º 4 do artigo 73.º do CIRCE, não podendo a operação ser elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal.