

|

## 61995J0028

Acórdão do Tribunal de 17 de Julho de 1997. - A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. - Pedido de decisão prejudicial: Gerechtshof Amsterdam - Países Baixos. - Artigo 177. - Competência do Tribunal de Justiça - Legislação nacional que retoma disposições comunitárias - Transposição - Directiva 90/434/CEE - Conceito de fusão por permuta de acções - Abuso ou evasão fiscal. - Processo C-28/95.

*Colectânea da Jurisprudência 1997 página I-04161*

Sumário

Partes

Fundamentação jurídica do acórdão

Decisão sobre as despesas

Parte decisória

## Palavras-chave

*1 Questões prejudiciais - Competência do Tribunal de Justiça - Limites - Interpretação solicitada devido à aplicabilidade, às situações puramente internas, das disposições de uma directiva transpostas para o direito nacional, que resulta de um alinhamento do tratamento das situações internas pelas regidas pelo direito comunitário - Competência para fornecer essa interpretação - Apreciação do âmbito exacto do reenvio para o direito comunitário efectuado pelo direito nacional - Competência exclusiva do juiz nacional*

*(Tratado CE, artigo 177.\_)*

*2 Aproximação das legislações - Regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes - Directiva 90/434 - Fusão por permuta de acções - Conceito - Tomada em consideração das razões financeiras, económicas ou fiscais da operação de fusão - Exclusão*

*[Directiva 90/434 do Conselho, artigo 2.\_, alíneas d) e h)]*

*3 Aproximação das legislações - Regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes - Directiva 90/434 - Operações que têm como objectivo a fraude ou a evasão fiscais - Verificação sob controlo jurisdicional pelas autoridades nacionais - Possibilidade de as autoridades nacionais instituírem uma presunção de fraude ou de evasão fiscais - Condições e limites*

*[Directiva 90/434 do Conselho, artigo 11.\_, n.\_ 1, alínea a)]*

*4 Aproximação das legislações - Regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes - Directiva 90/434 - Operações que têm como objectivo a fraude ou a evasão fiscais - Possibilidade de presunção de fraude ou de evasão fiscais no caso de operações não efectuadas por razões económicas válidas - Conceito de razão económica válida - Compensação fiscal horizontal das perdas entre as sociedades participantes - Exclusão*

*(Directiva 90/434 do Conselho, artigo 11.º)*

## **Sumário**

*5 O Tribunal de Justiça é competente, nos termos do artigo 177.º 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.*

*Com efeito, 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 de 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.*

*Todavia, 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.º, 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. A tomada em consideração dos limites que o legislador nacional estabeleceu para a aplicação do direito comunitário a situações meramente internas releva do direito interno e, por conseguinte, é da competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro.*

*6 A Directiva 90/434 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes deve ser interpretada no sentido de que o regime fiscal comum que institui, o qual inclui diferentes benefícios fiscais, se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entradas de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais.*

*Conclui-se que o artigo 2.º, alínea d), da directiva, que define o conceito de fusão por permuta de acções, não exige que a sociedade adquirente, na aceção do artigo 2.º, alínea h), explore uma empresa, nem que haja uma reunião duradoura, de um ponto de vista financeiro e económico, numa mesma entidade, da empresa de duas sociedades. Do mesmo modo, a circunstância de uma mesma pessoa singular, que era o único accionista e director das sociedades adquiridas, se tornar o único accionista e director da sociedade adquirente não impede que a operação em causa possa ser qualificada de fusão por permuta de acções.*

*7 O artigo 11.º da Directiva 90/434 deve ser interpretado no sentido de que, para verificar se a operação em causa tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais, as autoridades nacionais competentes devem proceder, em cada caso, à apreciação global da referida operação. Essa apreciação deve poder ser objecto de fiscalização*

*jurisdicional.*

*Em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), dessa directiva, os Estados-Membros podem prever que o facto de a operação em causa não ter sido efectuada por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais. Compete-lhes determinar os procedimentos internos necessários para esse fim, respeitando o princípio da proporcionalidade.*

*No entanto, a instituição de uma regra de alcance geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, quer haja ou não efectivamente evasão ou fraude fiscais, isto com base em critérios tais como a exploração pela própria sociedade adquirente de uma empresa, a reunião duradoura, de um ponto de vista financeiro e económico, numa mesma entidade, da empresa de duas sociedades, ou a circunstância de uma mesma pessoa singular, que era o único accionista e director das sociedades adquiridas, se tornar o único accionista e director da sociedade adquirente, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e prejudicaria o objectivo prosseguido pela Directiva 90/434, que consiste precisamente em instaurar regras fiscais neutras em relação à concorrência e em evitar que as operações nela referidas sejam entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros.*

*8 O conceito de razão económica válida, na acepção do artigo 11.º da Directiva 90/434, deve ser interpretado como indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas.*

## **Partes**

*No processo C-28/95,*

*que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo Gerechtshof te Amsterdam, destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre*

*A. Leur-Bloem*

*e*

*Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2,*

*uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 2.º, alínea d), e 11.º, n.º 1, alínea a), 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 (JO L 225, p. 1),*

**O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,**

*composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, J. L. Murray e L. Sevón, presidentes de secção, C. N. Kakouris, P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann (relator) e H. Ragnemalm, juízes,*

*advogado-geral: F. G. Jacobs,*

*secretário: H. A. Rühl, administrador principal,*

*vistas as observações escritas apresentadas:*

- em representação de A. Leur-Bloem, por J. H. W. Lenior, consultor fiscal,
- pelo *Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*,
- em representação do Governo neerlandês, por J. G. Lammers, consultor jurídico substituto no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,
- em representação do Governo alemão, por E. Röder, *Ministerialrat* no Ministério Federal da Economia, e B. Kloke, *Oberregierungsrat* no mesmo ministério, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por B. Jan Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações do Governo neerlandês, representado por A. Fierstra, consultor jurídico adjunto no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, e da Comissão, representada por B. Jan Drijber, na audiência de 4 de Junho de 1996,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 17 de Setembro de 1996,

profere o presente

Acórdão

## Fundamentação jurídica do acórdão

1 Por decisão de 26 de Janeiro de 1995, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 6 de Fevereiro seguinte, o *Gerechtshof te Amsterdam* submeteu, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, várias questões prejudiciais sobre a interpretação dos artigos 2.º, alínea d), e 11.º, n.º 1, alínea a), 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 (JO L 225, p. 1, a seguir «directiva»).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe A. Leur-Bloem ao *Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2* (*Inspector das contribuições das empresas de Amsterdão 2*, a seguir «inspecteur»).

3 A. Leur-Bloem, que é accionista única e directora de duas sociedades privadas de direito neerlandês, pretende adquirir as acções de uma terceira sociedade privada, uma holding, devendo o pagamento fazer-se por permuta com as acções das duas primeiras sociedades. A. Leur-Bloem devia tornar-se, depois da operação, já não directamente, mas apenas indirectamente, accionista única das duas outras sociedades.

4 A. Leur-Bloem está sujeita à lei neerlandesa de 1964 relativa ao imposto sobre os rendimentos (a seguir «lei neerlandesa»). O artigo 14.º b, n.º 1, da lei neerlandesa prevê, aquando de uma operação de fusão por permuta de acções, a não inclusão na imposição da mais valia sobre participação importante. A aplicação dessa facilidade implica, de facto, o reporte da imposição.

5 O artigo 14.º b, n.º 2, alíneas a) e b), da lei neerlandesa dispõe:

«2. Existe fusão de sociedades quando:

a. Uma sociedade estabelecida nos Países Baixos adquire, mediante entrega das suas próprias acções ou títulos participativos, com eventual pagamento de uma compensação, algumas acções de outra sociedade estabelecida nos Países Baixos que lhe permitem exercer mais de metade dos direitos de voto nesta última sociedade, a fim de reunir de modo duradouro, de um ponto de vista financeiro e económico, a empresa dessa sociedade e a de outra numa mesma entidade.

b. Uma sociedade estabelecida num Estado-Membro das Comunidades Europeias adquire, mediante entrega das suas próprias acções ou títulos participativos, com eventual pagamento de uma compensação, algumas acções de outra sociedade estabelecida noutro Estado-Membro das Comunidades Europeias que lhe permitem exercer mais de metade dos direitos de voto nesta última sociedade, a fim de reunir de modo duradouro, de um ponto de vista financeiro e económico, a empresa dessa sociedade e a de outra numa mesma entidade.»

6 Por «empresa», na acepção da lei neerlandesa, deve entender-se, essencialmente, a actividade económica de uma pessoa colectiva, referindo-se o termo «sociedade» à personalidade jurídica.

7 A. Leur-Bloem solicitou à administração fiscal neerlandesa que considerasse que a operação em causa era uma «fusão por permuta de acções» na acepção da legislação neerlandesa, o que lhe permitia beneficiar da isenção do imposto sobre a mais valia eventualmente realizada na cessão de acções e da possibilidade de compensar as eventuais perdas no interior da entidade fiscal assim criada.

8 O inspecteur, considerando que não havia fusão por permuta de acções na acepção do artigo 14.º b, n.º 2, alínea a), da lei neerlandesa, indeferiu o pedido.

9 A. Leur-Bloem interpôs então recurso dessa decisão no Gerechtshof te Amsterdam. Efectivamente, considera que, na medida em que a operação visa uma cooperação mais estreita entre as sociedades, deve ser considerada uma fusão.

10 Em contrapartida, o inspecteur sustenta que a operação em causa não tem por objectivo reunir de modo duradouro, de um ponto de vista financeiro e económico, a empresa dessas sociedades numa entidade mais importante. Com efeito, tal entidade já existia, de um ponto de vista financeiro e económico, na medida em que as duas sociedades já têm o mesmo director e um único accionista.

11 O Gerechtshof considerou que, para resolver este litígio, havia que interpretar uma disposição da lei neerlandesa inserida na altura da transposição da directiva para direito nacional.

12 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio declarou, em primeiro lugar, que, segundo os seus considerandos, a directiva tem por objectivo a eliminação das disposições de ordem fiscal que penalizam designadamente as fusões e as permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes relativamente às operações envolvendo sociedades de um único Estado-Membro. Seguidamente, salientou que os termos do artigo 14.º b, n.º 2, alínea a), por um lado, e alínea b) por outro, da lei neerlandesa não fazem qualquer distinção entre as fusões que só dizem respeito a sociedades estabelecidas nos Países Baixos e as relativas às sociedades estabelecidas em diferentes Estados-Membros da Comunidade.

13 Por último, referiu que dos objectivos da directiva, do texto da disposição em causa da lei neerlandesa, bem como dos trabalhos preparatórios desta última, nomeadamente da sua exposição dos fundamentos, resulta que o legislador neerlandês quis tratar do mesmo modo as fusões entre sociedades estabelecidas, por um lado, unicamente nos Países Baixos e, por outro, em diferentes Estados-Membros.

14 Nos termos do artigo 2.º, alíneas d) e h), da directiva:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

...

d) 'Permuta de acções': a operação pela qual uma sociedade adquire uma participação no capital social de outra sociedade, que tem por efeito conferir-lhe a maioria dos direitos de voto desta sociedade, mediante a atribuição aos sócios da outra sociedade, em troca dos seus títulos, de títulos representativos do capital social da primeira sociedade, e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico dos títulos entregues em troca;

...

h) 'Sociedade adquirente': a sociedade que adquire uma participação mediante permutas de títulos;

..»

O título II da directiva, que abrange os artigos 4.º a 8.º, contém as regras aplicáveis ao tratamento fiscal das fusões, cisões e permutas de acções. O artigo 8.º prevê, nomeadamente, que a atribuição, em caso de permuta de acções, de títulos representativos do capital social da sociedade adquirente a um sócio da sociedade adquirida, em troca de títulos representativos do capital social desta última, não deve, por si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento ou as mais valias desse sócio.

O artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da directiva prevê:

«1. Qualquer Estado-Membro poderá recusar aplicar, no todo e em parte, o disposto nos títulos II, III e IV ou retirar o benefício de tais disposições sempre que a operação de fusão, de cisão, de entrada de activos ou de permutas de acções:

a) Tenha como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais; o facto de uma das operações referidas no artigo 1.º não ser realizada por razões economicamente válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que participam na operação, pode constituir presunção de que essa operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais.

b) ...»

15 Considerando que era necessário interpretar disposições da directiva para decidir o litígio que lhe foi apresentado, o Gerechtshof te Amsterdam suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) Podem ser submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça questões de interpretação das disposições e do alcance de uma directiva do Conselho das Comunidades Europeias, mesmo que esta directiva não se aplique directamente à situação concreta submetida ao órgão jurisdicional de reenvio, mas quando o legislador nacional pretende tratar esta situação concreta do mesmo

*modo que uma situação a que a directiva diz respeito?*

*2) Em caso de resposta afirmativa à questão formulada no ponto 1:*

*a) Existe permuta de acções na acepção do artigo 2.º, parte inicial e alínea d), da Directiva 90/434/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 23 de Julho de 1990 (a seguir 'directiva'), se a própria sociedade adquirente, na acepção da alínea h) do mesmo artigo, não explora uma empresa?*

*b) O facto de ser a mesma pessoa singular que, antes da permuta, era o único sócio e o director das sociedades adquiridas e, na sequência da permuta, se tornará o director e o único sócio da sociedade adquirente constitui um obstáculo a uma permuta de acções na referida acepção?*

*c) Só existe permuta de acções na referida acepção se a sua finalidade for a de reunir duradouramente, de um ponto de vista financeiro e económico, numa entidade, a empresa da sociedade adquirente e a de outra sociedade?*

*d) Só existe permuta de acções na referida acepção se a sua finalidade for a de reunir duradouramente, de um ponto de vista financeiro e económico, numa entidade, as empresas de duas ou mais sociedades adquiridas?*

*e) Constitui uma razão económica válida para a permuta de acções, nos termos do artigo 11.º da Directiva, o facto de a referida permuta se efectuar para realizar uma compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades que formam uma entidade fiscal na acepção do artigo 15.º da Wet op de vennootschapsbelasting 1969?»*

*Quanto à primeira questão*

*16 Através da sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se o Tribunal de Justiça é competente, nos termos do artigo 177.º 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 pelo direito comunitário.*

*17 A. Leur-Bloem considera que o Tribunal de Justiça é competente tendo em conta o objectivo da directiva e o princípio da igualdade de tratamento. Com efeito, recusar tratar do mesmo modo as fusões internas e as fusões comunitárias conduziria a criar distorções de concorrência entre grupos de sociedades com as mesmas estruturas, mas dos quais só um tem natureza comunitária.*

*18 A Comissão, bem como os Governos neerlandês e alemão, considera que o Tribunal de Justiça não é competente para responder a questões colocadas fora do âmbito de aplicação da directiva. Era o que se verificava no caso em apreço uma vez que, nos termos do artigo 1.º da directiva, esta aplica-se às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções que digam respeito a sociedades de Estados-Membros diferentes.*

19 Por outro lado, a Comissão e o Governo neerlandês fazem referência ao acórdão de 28 de Março de 1995, *Kleinwort Benson* (C-346/93, Colect., p. I-615), proferido no âmbito da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 1972, L 299, p. 32; EE 01 F1 p. 186, a seguir «convenção»), no qual o Tribunal de Justiça se declarou incompetente. A este respeito, alegam que, tendo em conta a semelhança dos processos, não há que distinguir entre as questões apresentadas no âmbito dessa convenção e as que o são nos termos do artigo 177.º do Tratado.

20 A Comissão considera que, em conformidade com esse acórdão, o Tribunal de Justiça só é competente quando a regulamentação nacional remete directa e incondicionalmente para o direito comunitário. Ora, não era isso o que se verificava no processo principal.

21 O Governo neerlandês sublinha que o acórdão que o Tribunal de Justiça seria levado a proferir não vincularia os órgãos jurisdicionais nacionais, na acepção do acórdão *Kleinwort Benson*, já referido, dado que a interpretação solicitada deve apenas permitir ao órgão jurisdicional de reenvio aplicar o direito nacional. Refere igualmente que a referência ao direito comunitário, constante do preâmbulo da lei neerlandesa, não é vinculativa, antes podendo apenas constituir um elemento para a interpretação dessa lei.

22 O Governo alemão alega que, como o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão de 8 de Novembro de 1990, *Gmurzynska-Bscher* (C-231/89, Colect., p. I-4003), este último não tem que decidir a título prejudicial quando, como no caso em apreço no processo principal, é manifesto que a disposição de direito comunitário submetida à interpretação do Tribunal de Justiça não pode ser aplicada.

23 Nos termos do artigo 177.º do Tratado, o Tribunal é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação deste Tratado, bem como dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade.

24 Segundo a jurisprudência constante, o processo previsto no artigo 177.º do Tratado é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais. Daqui decorre que compete apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais a quem o litígio é submetido e que devem assumir a responsabilidade da decisão judicial a proferir apreciar, face às particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial, para estar em condições de proferir o seu julgamento, como a pertinência das questões que colocam ao Tribunal de Justiça (v., nomeadamente, acórdãos de 18 de Outubro de 1990, *Dzodzi*, C-297/88 e C-197/89, Colect. p. I-3763, n.os 33 e 34, e de 8 de Novembro de 1990, *Gmurzynska-Bscher*, já referido, n.os 18 e 19).

25 Por consequência, desde que as questões suscitadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais se refiram à interpretação de uma disposição do direito comunitário, o Tribunal, em princípio, é obrigado a decidir (v. acórdãos *Dzodzi* e *Gmurzynska-Bscher*, já referidos, respectivamente n.os 35 e 20). Com efeito, não resulta nem dos termos do artigo 177.º nem do objecto do processo instituído por esse artigo que os autores do Tratado tenham entendido excluir da competência do Tribunal de Justiça os reenvios prejudiciais que se referem a uma disposição comunitária no caso particular em que o direito nacional de um Estado-Membro remete para o conteúdo dessa disposição para determinar as regras aplicáveis a uma situação puramente interna desse Estado (v. acórdãos *Dzodzi* e *Gmurzynska-Bscher*, já referidos, respectivamente n.os 36 e 25).

26 Com efeito, o indeferimento de um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional só é possível se se revelar que o processo do artigo 177.º do Tratado foi desviado do seu objectivo e visa, na realidade, conduzir o Tribunal de Justiça a decidir através de um litígio inventado, ou na hipótese de ser manifesto que a disposição de direito comunitário submetida à interpretação do Tribunal de Justiça não pode aplicar-se, nem directa nem indirectamente, às circunstâncias do

caso concreto (v., neste sentido, acórdãos Dzodzi e Gmurzynska-Bscher, já referidos, respectivamente n.os 40 e 23).

27 Em aplicação desta jurisprudência, o Tribunal de Justiça várias vezes se declarou competente para decidir pedidos prejudiciais relativos a disposições comunitárias em situações em que os factos no processo principal se situam fora do âmbito de aplicação do direito comunitário mas em que as referidas disposições desse direito se tornaram aplicáveis ou pelo direito nacional, ou em virtude de simples disposições contratuais (v., no que diz respeito à aplicação do direito comunitário pelo direito nacional, acórdãos Dzodzi e Gmurzynska-Bscher, já referidos; de 26 de Setembro de 1985, *Thomasdünger*, 166/84, *Colect.*, p. 3001; de 24 de Janeiro de 1991, *Tomatis e Fulchiron*, C-384/89, *Colect.*, p. I-127, e, no que diz respeito à aplicação do direito comunitário pelas disposições contratuais, acórdãos de 25 de Junho de 1992, *Federconsorzi*, C-88/91, *Colect.*, p. I-4035, e de 12 de Novembro de 1992, *Fournier*, C-73/89, *Colect.*, p. I-5621, a seguir «jurisprudência Dzodzi»). Com efeito, nesses acórdãos, as disposições quer nacionais quer contratuais que retomam as disposições comunitárias não tinham, manifestamente, limitado a aplicação destas últimas.

28 Em contrapartida, o Tribunal de Justiça, no acórdão de 28 de Março de 1995, *Kleinwort Benson* (C-346/93, *Colect.*, p. I-615), declarou-se incompetente para decidir um pedido prejudicial sobre a Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial de 27 de Setembro de 1968 (JO 1972, L 299, p. 32, a seguir «convenção»).

29 Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça sublinhou que, diferentemente da jurisprudência Dzodzi, as normas da convenção submetidas à interpretação do Tribunal de Justiça não tinham sido tornadas aplicáveis enquanto tais pelo direito do Estado contratante em causa. Com efeito, o Tribunal de Justiça salientou, no n.º 16 desse acórdão, que a lei nacional limitava-se a tomar a convenção como modelo, reproduzindo parcialmente os seus termos. Além disso, declarou, no n.º 18, que a lei previa expressamente a possibilidade de as autoridades do Estado contratante em causa aprovarem modificações «destinadas a criar divergências» entre as suas disposições e as disposições correspondentes da convenção. Além disso, a lei estabelecia ainda uma distinção expressa entre as disposições aplicáveis às situações comunitárias e as aplicáveis às situações internas. No primeiro caso, aquando da interpretação das disposições pertinentes da lei, os órgãos jurisdicionais nacionais eram obrigados a seguir a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à convenção, ao passo que, no segundo, só deviam ter em conta essa jurisprudência, podendo não a aplicar.

30 Ora, não é isto o que se verifica no caso em apreço.

31 O tribunal nacional considera que a interpretação do conceito «fusão por permutas de acções», tomado no seu contexto comunitário, é necessária para a solução do litígio que lhe foi submetido, que esse conceito figura na directiva, que foi retomado na lei nacional que a transpôs e que passou a abranger situações similares puramente internas.

32 Com efeito, quando a legislação nacional se adequa para as soluções que dá a situações puramente internas às escolhidas em direito comunitário a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou, como no caso em apreço no processo principal, de 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 (v., neste sentido, acórdão Dzodzi, já referido, n.º 37).

33 Todavia, importa especificar 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.º, compete apenas ao órgão jurisdicional nacional apreciar o alcance exacto dessa remissão

para o direito comunitário, sendo o Tribunal de Justiça apenas competente para analisar as disposições deste direito (acórdãos Dzodzi e Federconsorzi, já referidos, respectivamente n.os 41 e 42, e 10). Com efeito, a tomada em consideração dos limites que o legislador nacional estabeleceu para aplicação do direito comunitário a situações meramente internas releva do direito interno e, por conseguinte, é da competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro (acórdãos Dzodzi, já referido, n.º 42, e de 12 de Novembro de 1992, Fournier, C-73/89, Colect., p. I-5621, n.º 23).

34 Resulta do conjunto das considerações precedentes que há que responder à primeira questão que o Tribunal de Justiça é competente, nos termos do artigo 177.º 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.

Quanto à segunda questão

Quanto à segunda questão alíneas a) a d)

35 O órgão jurisdicional de reenvio coloca a segunda questão alíneas a) a d), na perspectiva do artigo 2.º, alínea d), da directiva, que define as fusões por permuta de acções. No entanto, resulta da sua redacção que esta questão, na realidade, respeita à condição «de reunir de modo duradouro, de um ponto de vista económico e financeiro, numa entidade, as empresas de duas... sociedades», que não figura no artigo 2.º, alínea d), da directiva, mas que foi acrescentada pelo legislador neerlandês, aquando da transposição, à definição resultante da directiva. Resulta dos autos no processo principal que essa condição foi aditada a fim de afastar, como o permite o artigo 11.º da directiva, da concessão dos benefícios fiscais que a directiva prevê as operações que tenham como principal objectivo a fraude ou a evasão fiscais. A segunda questão alíneas a) a d) deve assim ser examinada na perspectiva não apenas do artigo 2.º, alínea d), da directiva, mas igualmente do seu artigo 11.º, que concede aos Estados-Membros, nomeadamente nesse caso, uma reserva de competência.

36 Deve-se salientar, em primeiro lugar, que resulta do artigo 2.º, alínea d), bem como da economia geral da directiva, que o regime fiscal comum que institui, o qual inclui diferentes benefícios fiscais, se aplica indistintamente a todas as operações de fusão, de cisão, de entradas de activos e de permuta de acções, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais.

37 Por conseguinte, o facto de a própria sociedade adquirente, na acepção do artigo 2.º, alínea h), da directiva, não explorar uma empresa ou de uma mesma pessoa singular, que era a accionista única e directora das sociedades adquiridas, se tornar a única accionista e directora da sociedade adquirida não impede que a operação seja qualificada de permuta de acções na acepção do artigo 2.º, alínea d) da directiva. Do mesmo modo, a reunião duradoura, de um ponto de vista financeiro e económico, numa entidade, da empresa de duas sociedades não é necessária para que a operação seja qualificada de permuta de acções na acepção dessa disposição.

38 Em segundo lugar, há que salientar que o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), autoriza os Estados-Membros a não aplicar, no todo ou em parte, as disposições da directiva, incluindo os benefícios fiscais sobre que incide o litígio no processo principal, ou a dela beneficiar quando a operação de fusão, de cisão, de entrada de activos ou de permuta de acções tenha, nomeadamente, como principal objectivo ou como um dos seus principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais.

39 O artigo 11.º, n.º 1, alínea a), precisa que, no âmbito dessa reserva de competência, o Estado-Membro pode prever uma presunção de fraude ou de evasão fiscais no caso de «uma das

*operações referidas... não ser realizada por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que participam na operação».*

*40 Assim, resulta dos artigos 2.º, alíneas d) e h), bem como do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), que os Estados-Membros devem conceder os benefícios fiscais previstos pela directiva às operações de permuta de acções referidas no artigo 2.º, alínea d), excepto se essas operações tiverem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais. A este respeito, os Estados-Membros podem prever que o facto de essas operações não terem sido realizadas por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais.*

*41 Todavia, para verificar se a operação em causa tem esse objectivo, as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais pré-determinados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação. Segundo uma jurisprudência constante, essa análise deve poder ser objecto de uma fiscalização jurisdicional (v., neste sentido, acórdão de 31 de Março de 1993, Kraus, C-19/92, Colect., p. I-1663, n.º 40).*

*42 Essa análise pode eventualmente incluir os elementos mencionados pelo órgão jurisdicional de reenvio na segunda questão alíneas a) a d). Todavia, nenhum desses elementos pode ser considerado, em si mesmo, decisivo. Com efeito, uma fusão ou uma reestruturação feita sob a forma de uma permuta de acções que implica uma sociedade holding novamente criada, que não possui assim qualquer empresa, pode ser considerada como tendo sido efectuada por razões economicamente válidas. Do mesmo modo, tais fundamentos podem tornar necessária a reestruturação jurídica das sociedades que formam já uma entidade de um ponto de vista económico e financeiro. Também não se pode excluir, mesmo que isso possa constituir um indício de fraude ou de evasão fiscais, que uma fusão por permuta de acções que se destina a criar uma estrutura determinada por um período limitado, e não de modo duradouro, possa ter sido efectuada por razões economicamente válidas.*

*43 Na falta de disposições comunitárias mais específicas relativas à aplicação da presunção prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), compete aos Estados-Membros determinar, respeitando o princípio da proporcionalidade, as modalidades necessárias para efeitos da aplicação dessa disposição.*

*44 No entanto, a instituição de uma regra de carácter geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, na base de critérios como os mencionados na segunda questão alíneas a) a d), quer haja ou não efectivamente evasão ou fraudes fiscais, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e prejudicaria o objectivo prosseguido pela directiva. Também seria essa a situação se a uma regra desse tipo se aditasse uma simples possibilidade de derrogação deixada à discricção da autoridade administrativa.*

*45 Essa interpretação está em conformidade com os objectivos quer da directiva quer do seu artigo 11.º Com efeito, segundo o seu primeiro considerando, o objectivo prosseguido pela directiva é o de instaurar regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional. Este mesmo considerando prevê também que as fusões, as cisões, as entradas de activos e as permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros. É apenas quando a operação em causa tenha por objectivo a fraude ou a evasão fiscais que, nos termos do artigo 11.º bem como do último considerando da directiva, os Estados-Membros podem recusar a aplicação desta última.*

Quanto à segunda questão alínea e)

46 *Através da segunda questão alínea e), o órgão jurisdicional nacional pergunta se uma compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades que participam na operação constitui uma razão económica válida na acepção do artigo 11.º da directiva.*

47 *Resulta da letra e dos objectivos do artigo 11.º, bem como dos da directiva, que o conceito de razões económicas válidas vai além da simples procura de um benefício puramente fiscal. Assim, uma operação de fusão por permuta de acções que apenas visasse atingir esse objectivo não podia constituir uma razão económica válida na acepção desse artigo.*

48 *Assim, há que responder à segunda questão que:*

a) *O artigo 2.º, alínea d), da directiva não exige que a própria sociedade adquirente, na acepção do artigo 2.º, alínea h), dessa directiva, explore uma empresa, nem que haja uma reunião duradoura, de um ponto de vista financeiro e económico, numa mesma entidade, da empresa de duas sociedades. Do mesmo modo, a circunstância de uma mesma pessoa singular que era a única accionista e directora das sociedades adquiridas se tornar na única accionista e directora da sociedade adquirente não impede que a operação em causa possa ser qualificada de fusão por permuta de acções.*

b) *O artigo 11.º da directiva deve ser interpretado no sentido de que, para verificar se a operação em causa tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais, as autoridades nacionais competentes devem proceder, em cada caso, à apreciação global da referida operação. Essa apreciação deve poder ser objecto de fiscalização jurisdicional. Em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da directiva, os Estados-Membros podem prever que o facto da operação em causa não ter sido efectuada por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais. Compete-lhe determinar os procedimentos internos necessários para esse fim, respeitando o princípio da proporcionalidade. No entanto, a instituição de uma regra de alcance geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, com base em critérios como os mencionados na segunda resposta alínea a), quer haja ou não efectivamente evasão ou fraude fiscais, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e prejudicaria o objectivo prosseguido pela directiva.*

c) *O conceito de razão económica válida, na acepção do artigo 11.º da directiva, deve ser interpretado como indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas.*

## **Decisão sobre as despesas**

Quanto às despesas

49 *As despesas efectuadas pelos Governos neerlandês e alemão, bem como pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.*

## **Parte decisória**

*Pelos fundamentos expostos,*

*O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,*

*pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Gerechtshof te Amsterdam, por decisão de 26 de Janeiro de 1995, declara:*

*50 O Tribunal de Justiça é competente, nos termos do artigo 177.º 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.*

*51 a) O artigo 2.º, alínea d), 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, não exige que a sociedade adquirente, na acepção do artigo 2.º, alínea h), dessa directiva, explore uma empresa, nem que haja uma reunião duradoura, de um ponto de visto financeiro e económico, numa mesma entidade, da empresa de duas sociedades. Do mesmo modo, a circunstância de uma mesma pessoa singular que era a única accionista e directora das sociedades adquiridas se tornar na única accionista e directora da sociedade adquirente não impede que a operação em causa possa ser qualificada de fusão por permuta de acções.*

*b) O artigo 11.º da Directiva 90/343 deve ser interpretado no sentido de que, para verificar se a operação em causa tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais, as autoridades nacionais competentes devem proceder, em cada caso, à apreciação global da referida operação. Essa apreciação deve poder ser objecto de fiscalização jurisdicional. Em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da directiva, os Estados-Membros podem prever que o facto da operação em causa não ter sido efectuada por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais. Compete-lhe determinar os procedimentos internos necessários para esse fim, respeitando o princípio da proporcionalidade. No entanto, a instituição de uma regra de alcance geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, com base em critérios como os mencionados na segunda resposta alínea a), quer haja ou não efectivamente evasão ou fraude fiscais, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e prejudicaria o objectivo prosseguido pela Directiva 90/434.*

*c) O conceito de razão económica válida, na acepção do artigo 11.º da Directiva 90/434, deve ser interpretado como indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas.*