

## FICHA DOUTRINÁRIA

- Diploma: Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
- Artigo/Verba: Art.73º - Definições e âmbito de aplicação
- Assunto: Operação de fusão inversa - Regime de neutralidade fiscal
- Processo: 26511, com despacho de 2024-07-23, do Subdiretor-Geral da Área Gestão Tributária - IR, por delegação
- Conteúdo: Uma sociedade comercial anónima (investidora ou sociedade incorporada), que detém a totalidade do capital social de outra sociedade comercial anónima (participada ou sociedade incorporante), irá ser incorporada por esta última, no âmbito de uma operação de fusão inversa.

Esta operação visa a reestruturação societária do Grupo através da eliminação da presença da investidora na estrutura acionista, enquadrando-se numa estratégia de desenvolvimento empresarial de longo prazo que aportará valor para o futuro, com impacto positivo nos capitais próprios da participada que lhe permitirá aceder a novas linhas de financiamento que facilitarão a implementação do plano estratégico ambicionado pelo Grupo, nomeadamente, a expansão internacional através de concursos na sua e noutras áreas de negócio.

Do balanço da investidora, evidenciam-se as seguintes rubricas de relevo: participações financeiras mensuradas através do método de equivalência patrimonial (participação financeira adquirida em 2022 na sociedade incorporante e único ativo não corrente); outros instrumentos de capital próprio (prestações acessórias subordinadas ao regime das prestações suplementares); financiamentos obtidos (empréstimo obrigacionista subscrito pela participada).

Na valorização da sua participação financeira, a investidora identifica e valoriza os ativos e passivos da participada como se tivesse adquirido um negócio, nos termos do purchase price allocation (PPA), uma vez que adota as normas internacionais de contabilidade. Neste caso, o exercício de PPA inclui ativos intangíveis e goodwill.

Nos termos da normalização contabilística adotada, à data do reconhecimento inicial da participação, a investidora deve determinar se os ativos adquiridos têm uma vida útil finita ou infinita, procedendo à amortização dos bens, no primeiro caso, ou testando quanto à sua imparidade, no segundo.

Segundo a entidade, de um ponto de vista fiscal, quaisquer amortizações ou perdas por imparidade praticados pela investidora não concorrem para o apuramento do lucro tributável, uma vez que os ativos intangíveis não foram adquiridos pela investidora (apenas refletidos no valor de aquisição das ações da participada) e, bem assim, o goodwill relativo à participação na participada também não deve concorrer para o apuramento do lucro tributável.

Em resultado da operação e de acordo com o tratamento contabilístico dado pela sociedade incorporante, com a incorporação do património da sociedade incorporada, irá ocorrer:

A identificação de um ativo intangível reconhecido em investimentos financeiros referentes às participadas, bem como um goodwill como ativo;

O reconhecimento das prestações acessórias de capital, sujeitas ao regime jurídico de reembolso das prestações suplementares no capital próprio;  
A anulação do empréstimo obrigacionista entre a incorporante e incorporada (emitente);  
O reconhecimento de uma reserva de fusão, positiva ou negativa.

Da operação de fusão no quadro do regime de neutralidade fiscal

No plano subjetivo, a operação descrita, em que a sociedade incorporada detém a totalidade do capital social da sociedade incorporante, vulgarmente designada como fusão inversa, está tipificada na alínea e) do n.º 1 do artigo 73.º do Código do IRC (CIRC), que estatui que se considera fusão, a operação pela qual se realiza a transferência global do património de uma sociedade (sociedade fundida) para outra sociedade (sociedade beneficiária), quando o capital social desta seja detido pela sociedade fundida.

Uma vez que ambas as sociedades são residentes, para efeitos fiscais, em território português, fica cumprida a condição prevista na alínea a) do n.º 7 do artigo 73.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, ambos do CIRC.

No plano objetivo, a operação descrita também cumpre os vários requisitos previstos nos n.ºs 3 e 4 do artigo 74.º do CIRC, porquanto é assegurado pela sociedade incorporante que se compromete a manter, para efeitos fiscais, os elementos patrimoniais objeto de transferência pelos mesmos valores que tinham na sociedade incorporada antes da realização da fusão.

Na determinação do lucro tributável da sociedade incorporante, o apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transferidos é feito como se não tivesse havido fusão.

Quanto à anulação das partes de capital que a sociedade incorporada detém na sociedade incorporante, ou da sua atribuição aos acionistas da sociedade incorporada, refere o n.º 7 do artigo 74.º do CIRC que as mais-valias e as menos-valias que daí advenham em consequência da fusão não concorrem para a formação do lucro tributável.

Do interesse económico da operação e a norma antiabuso

O regime especial de tributação aplicável às operações de fusão, cisão, entradas de ativos e permutas de partes sociais encontra-se circunscrito às operações que, pela forma como se processem, visem um adequado redimensionamento das unidades económicas.

Portanto, o regime de neutralidade fiscal foi pensado para abranger apenas aquelas operações que tenham substância económica, perspetivando-se um aumento de eficiência futura das unidades económicas concentradas, do qual se espera, ao mesmo tempo, o aumento de receitas do Estado, através do incremento da atividade e consequentemente aumento dos resultados fiscais.

Ao não tributar os ganhos latentes na data da fusão, diferindo a sua tributação para o momento da sua efetiva realização, fica bem patente que um dos elementos enformadores deste regime é precisamente o princípio da continuidade, continuidade essa que encontra expressão nos n.ºs 3 e 4 do artigo 74.º do Código do IRC.

De notar, ainda, que esta continuidade deve ser vista numa dupla perspetiva: na da sociedade incorporada que se extingue com a operação, embora a sua atividade continue a ser exercida na esfera de outro ente jurídico; e na dos sócios da sociedade

incorporada, com a manutenção do interesse do investimento na sociedade incorporante.

Apesar de haver a extinção da sociedade incorporada, tal não significa interrupção da atividade que era exercida por seu intermédio, mas apenas a sua transmutação na pessoa jurídica da sociedade incorporante, que passa a exercer a atividade da sociedade incorporada. Ou seja, a sociedade resultante da fusão é o resultado da combinação entre a sociedade incorporante e as sociedades incorporadas.

Ora, numa operação como a presente, em que os ativos transferidos são as próprias participações sociais detidas na sociedade incorporante, a situação reconduz-se inteiramente à dissolução da sociedade mãe com a correspondente entrega das participações na filial aos sócios daquela.

E, na sociedade incorporante, não vai haver continuidade da atividade desenvolvida pela sociedade incorporada, uma vez que aquela era, só e apenas, a gestão da participação detida na sociedade incorporante, pelo que essa atividade cessa com a fusão. Inclusivamente, acrescente-se, é também posta em causa a lógica da continuidade e imutabilidade que constam do n.º 3 do artigo 74.º do CIRC, e que é um dos princípios básicos para aplicação do regime especial.

Nesse sentido, não se vislumbram as motivações económicas que estão na base da operação, já que, no nosso entender, não existe interesse económico na mesma, mas apenas a desconsideração fiscal da participação transmitida, na medida em que esta participação, após a transmissão, será extinta.

Razão pela qual, tendo em conta os elementos apresentados, a operação projetada não deverá beneficiar do regime especial de neutralidade fiscal previsto nos artigos 73.º e seguintes do CIRC, pelo que deverá ser tido em conta o regime geral de tributação aplicável às fusões previsto no artigo 46.º do CIRC.

Do regime geral de determinação do lucro tributável

Na sociedade incorporada

Não sendo a fusão elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal, os ganhos ou perdas apuradas com a transmissão dos elementos patrimoniais com a operação ficam sujeitos a imposto, nos termos da alínea c) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

Da mesma forma, também é sujeita a imposto a extinção ou entrega pelos sócios das partes representativas do capital social das sociedades fundidas, no âmbito de operações de fusão, de acordo com o estabelecido na alínea d) do n.º 5 do artigo 46.º do CIRC.

Neste caso, o único ativo relevante a transferir é a participação na sociedade incorporante, pelo que a determinação dos ganhos ou perdas com a transmissão onerosa da participação na sociedade incorporante é dada pela diferença entre o valor de realização, líquido dos encargos que lhes sejam inerentes, e o valor de aquisição, atualizado pelo fator de correção monetária.

No entanto, o n.º 1 do artigo 51.º-C do CIRC exclui da determinação do lucro tributável dos sujeitos passivos com sede ou direção efetiva em território português as mais-valias e menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere, de partes sociais detidas ininterruptamente por um período não inferior a um ano, independentemente da percentagem de participação transmitida, exceto se estiverem reunidas as condições de aplicação da norma antiabuso prevista no n.º 4 daquele preceito legal.

Para além do pressuposto de natureza temporal, a sociedade que transmite a participação social deve:

Deter, direta ou indiretamente, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º do Código do IRC, uma participação não inferior a 10% do capital ou dos direitos de voto da sociedade a alienar;

Não ser abrangida pelo regime de transparência fiscal, previsto no artigo 6.º do Código do IRC;

Por sua vez, a sociedade participada deve:

Estar sujeita e não isenta de IRC, do imposto especial do jogo, referido no artigo 7.º do CIRC, de um imposto referido no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/EU, do Conselho, de 30 de novembro, ou de um imposto idêntico ou similar ao IRC e a taxa legal aplicável não seja inferior a 12,6% , dispensando-se, no entanto, este requisito quando se verifique o cumprimento cumulativo das condições previstas no n.º 6 do artigo 66.º do CIRC;

Não ter residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante da lista aprovada pela Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, tendo em conta as atualizações subsequentes.

Uma vez que, neste caso, não é aplicável a norma antiabuso prevista no n.º 4 do artigo 51.º-C do CIRC, estão reunidas as condições para que as mais-valias ou menos-valias que vierem a ser apuradas pela sociedade incorporada, com a entrega das partes sociais que detém na sociedade incorporante, não concorram para a formação do lucro tributável

Na sociedade incorporante

O enquadramento dos efeitos da operação na sociedade incorporante é feito no pressuposto de que a contabilização dos efeitos da fusão efetuada pela entidade está correta e em conformidade com o normativo contabilístico.

Assim, de referir que, quanto ao ativo intangível e ao goodwill que a sociedade incorporante irá reconhecer contabilisticamente no seu ativo como uma valorização de investimentos financeiros relativos às suas participadas, não terão qualquer relevância fiscal, uma vez que, para efeitos de apuramento futuro de uma eventual mais-valia ou menos-valia, o que releva é o custo histórico de aquisição das participações sociais. E também não têm enquadramento no artigo 45.º-A do CIRC, não só por não serem registados autonomamente, como por serem adquiridos a uma entidade com a qual existem relações especiais nos termos do n.º 4 do artigo 63.º do CIRC.

Aliás, cabe referir que, mesmo que o ajustamento na participação decorresse da aplicação do MEP, ainda assim, tal ajustamento não teria qualquer relevância fiscal, precisamente porque o n.º 8 do artigo 18.º do CIRC torna irrelevante a adoção daquele método, ao estabelecer que os rendimentos e gastos, bem como quaisquer variações patrimoniais, relevados em consequência da utilização do MEP, não concorrem para a determinação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados.

Quanto à transmissão do empréstimo obrigacionista, não serão apurados quaisquer resultados para efeitos fiscais com a sua extinção na sociedade incorporante em momento posterior à fusão, por aí se concentrarem a figura do devedor e do credor, nos termos definidos nos artigos 868.º e seguintes do Código Civil, uma vez que os valores do ativo e do passivo são iguais. O mesmo acontecendo quanto aos juros.

Quanto ao reconhecimento do valor relativo às prestações acessórias submetidas ao regime jurídico das prestações suplementares em capital próprio, também não se vislumbra aqui qualquer resultado tributável, uma vez que, face ao disposto na alínea a) do n.º 1 do art.º 21.º do CIRC, as mesmas não concorrem para a formação do lucro tributável.

A variação patrimonial positiva ou negativa decorrente da constituição no balanço da sociedade incorporante de uma reserva de fusão, positiva ou negativa, respetivamente, como consequência da integração do património da sociedade incorporada, não concorre para a determinação do lucro tributável, uma vez que essas variações patrimoniais positivas ou negativas estão excluídas de tributação por força do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º e da alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º, ambos do CIRC.