

Momentum

News Inverno 2009

Artigos

1. Primeiro acórdão do Tribunal de Justiça sobre as Parcerias Público-Privadas de tipo institucional
2. Skin in the game: o dever de retenção nas operações de titularização de créditos
3. A nova acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento
4. A mediação como forma alternativa e eficaz de resolução de conflitos societários
5. "Lei do Cibercrime"
6. As mais recentes medidas de simplificação do regime das fusões e das cisões
8. Autoridade da Concorrência arquiva processo mas ordena cessação de práticas abusivas e impõe comportamento transparente à Sugaldal
9. IRC - Regime Especial de Tributação dos Grupos e de Sociedades: inclusão de subfiliais detidas por intermédio de filiais não resistentes
10. Reconciliação entre a Reabilitação Urbana e o Património Cultural?

Editorial

João Amaral e Almeida
jaa@servulo.com



A publicação deste novo número do nosso boletim – *Momentum* – coincide com dois importantes acontecimentos da nossa vida interna que tenho o prazer de comunicar aos nossos clientes, colegas e outros leitores. O primeiro é a promoção de três associados (Carlos Pinto Lopes, Tiago Soares Cardoso e João Saúde) à categoria de sócios de indústria, fruto do reconhecimento da crescente qualidade e da trajectória de excelência da nossa equipa de associados. O outro, que marca o início de uma nova etapa do nosso percurso, é a abertura de um escritório em Ponta Delgada, nos Açores. A já antiga e sólida relação profissional da Sérvulo com as mais diversas instituições açorianas, impôs-nos o desafio – e a que também queremos corresponder como sinal do nosso reconhecimento pela confiança em nós depositada – da nossa própria presença física no arquipélago; não apenas através das instalações, mas da efectiva permanência de sócios e associados que ali passarão a desenvolver o seu trabalho.

O formato deste número da *Momentum* continua a evidenciar a realidade da prática profissional da Sérvulo: uma prática multifacetada que cobre várias áreas do direito e que correspondem ao perfil dos nossos Clientes: desde o direito público ao laboral, passando pelo fiscal, pela concorrência, pelo penal económico, pelo societário, pelo contencioso e pelo financeiro.



1

“O apelo generalizado à concorrência é, neste caso, exercido de forma inédita num único procedimento pois, num só acto, constitui-se a sociedade, atribui-se-lhe uma função e adoptam-se os critérios para incorporar o sócio privado industrial.”

Primeiro acórdão do Tribunal de Justiça sobre as Parcerias Público-Privadas

Mark Kirkby
mak@servulo.com

Rui Cardona Ferreira
rcf@servulo.com

Francisca Mendes da Costa
fmc@servulo.com

A 15 de Outubro, o Tribunal de Justiça proferiu um acórdão inédito (Processo C-196/08), ao analisar o regime jurídico das Parcerias Público-Privadas (“PPP”), no âmbito da gestão dos serviços públicos, em face da seguinte questão prejudicial, apresentada pelo Tribunal Administrativo Regional da Sicília:

«É compatível com o direito comunitário, em especial com as obrigações de transparência e de livre concorrência previstas nos artigos 43.º, 49.º e 86.º do Tratado, um modelo de sociedade de economia mista constituída expressamente para a execução de um determinado serviço público de natureza industrial e com objecto social exclusivo, à qual seja directamente adjudicado o serviço em questão, em que o sócio privado de natureza ‘industrial’ e ‘[operacional]’ é seleccionado através de um [procedimento] de concurso público, após verificação quer dos requisitos financeiros e técnicos quer dos requisitos [especificamente operacionais] e de gestão referentes ao serviço a efectuar e às prestações específicas a fornecer?»

O debate surge no quadro de um litígio que opôs a empresa Acoset SpA à Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa, a propósito da anulação pela última, com base na violação do direito comunitário, do processo de concurso com vista à selecção do sócio privado minoritário da «sociedade mista de capital maioritariamente público», à qual *seria adjudicada também a exploração do serviço integrado das águas na província de Ragusa e a execução das obras correspondentes.*

O apelo generalizado à concorrência é, neste caso, exercido de forma inédita *num único procedimento pois, num só acto, constitui-se a sociedade, atribui-se-lhe uma função e adoptam-se os critérios para incorporar o sócio privado industrial.* A questão coloca-se em saber se este *único momento concorrencial é suficiente para cumprir adequadamente as exigências do direito comunitário*, ou se seria exigível outro concurso para a adjudicação da prestação.

O Tribunal de Justiça, assumindo estar em causa uma *concessão*, faz notar que, embora não sejam aplicáveis as Directivas 2004/17/CE ou 2004/18/CE, as autoridades públicas estão obrigadas a respeitar os princípios fundamentais do Tratado de Roma, designadamente os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade e da transparência, por forma a assegurar um grau de publicidade adequado que permita a abertura da concessão dos serviços à concorrência bem como o controlo da imparcialidade dos procedimentos de adjudicação.

Neste enquadramento, o Tribunal de Justiça *responde afirmativamente* à questão prejudicial suscitada, atendendo a um elementar critério de eficiência na gestão administrativa, uma vez que o recurso a um duplo procedimento de concurso *seria dificilmente compatível com a economia processual que inspira as parcerias público privadas institucionalizadas*, sempre que:

- a sociedade mantenha o objecto social exclusivo durante toda a sua existência;
- o sócio privado seja seleccionado através de um procedimento de concurso público, após verificação dos requisitos financeiros, técnicos, operativos e de gestão, assim como das características da sua oferta quanto ao serviço a efectuar;
- o sócio privado assuma, como industrial, a execução do serviço e das obras; e
- o concurso seja compatível com o princípio da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento impostos pelo direito comunitário para as concessões e, se for o caso, as regras de publicidade e de adjudicação da contratação pública.

Momentum

News Inverno 2009

“Ao manter uma parte do risco (*skin in the game*, na sugestiva expressão inglesa) é preservado um incentivo directo do lado do originador para actuar de forma prudente”.

Skin in the game: o dever de retenção nas operações de titularização de créditos

André Figueiredo
af@servulo.com

A turbulência recente sentida nos mercados de capitais colocou a titularização de créditos no centro do debate. A tomada de consciência de um conjunto de falhas que afectava a solidez da emissão de *asset-backed securities* – questionáveis padrões de exigência na concessão de crédito, estruturas excessivamente complexas, pouca transparência, disseminação do risco desequilibrada – deteriorou o interesse dos investidores e, conseqüentemente, conduziu a uma acentuada depressão do mercado; os *spreads* estão altos e a liquidez não abunda.

Porém, apesar deste súbito colapso dos mercados, a *securitização* permanece uma ferramenta essencial para as empresas financeiras. Isso resulta do seu enorme potencial para assegurar a gestão do balanço, libertar capital, disseminar risco sistémico e garantir financiamento a baixo custo, em benefício de toda a actividade económica. A questão central, que se colocam hoje bancos, reguladores e governos, não é portanto como *fechar* o mercado da titularização, mas como assegurar uma sua recuperação sustentável.

É neste contexto que surgem as propostas de alteração à Directiva de Adequação do Capital (DAC) – ainda a aguardar aprovação, para provavelmente entrar em vigor nos primeiros meses de 2010 – que introduzem o designado *dever de retenção*. Em síntese, o futuro art. 122A DAC impedirá que instituições de crédito europeias adquiram valores mobiliários titularizados quando o originador ou o *arranger* da operação não tenham retido, numa base contínua, um interesse económico não inferior a 5%. Este *dever de retenção* pode ser cumprido por diversas formas: retenção parcial de cada tranche (*vertical slice*) ou da tranche júnior; nas estruturas *revolving*, retenção de uma posição na globalidade da emissão; ou retenção de exposição a posições equivalentes não titularizadas.

O objectivo é claro: assegurar que os incentivos do originador estão alinhados com os dos investidores. Tornando imperativa a exigência de retenção de parte não insignificante do risco, os originadores irão necessariamente sentir o impacto negativo de um *credit screening* inadequado, de práticas de concessão de crédito pouco exigentes ou de uma ineficiente gestão de créditos. Ao manter uma parte do risco (*skin in the game*, na sugestiva expressão inglesa) é preservado um incentivo directo do lado do originador para actuar de forma prudente. Este propósito de partilha de risco é, como se vê, prosseguido indirectamente, impedindo os bancos de investir em operações em que o originador não retenha parte do risco. Desta forma, tornam-se também inelegíveis operações originadas fora da UE que não observem este requisito.

É certo que outras medidas podem contribuir para este propósito. É o caso de regras que imponham estruturas mais simples, maior transparência ou *ratings* mais credíveis. E é certo também que a reputação e relações de clientela podem desempenhar um papel importante. Tal não será, porém, suficiente. Não num tempo em que é premente restaurar a confiança no mercado.

A imposição do dever de retenção é por isso um desenvolvimento positivo. Desde logo, não vem determinar uma prática completamente nova, uma vez que os originadores europeus já há muito que retêm, pelo menos de início, uma parte do risco titularizado – prática comum também no mercado português. De outro lado, a fasquia de 5% parece adequada, impondo uma partilha de risco significativa sem colocar necessariamente em causa a economia das estruturas. Por fim, a proposta é flexível, disponibilizando diversos métodos para assegurar a pretendida partilha de risco.

Tempos de crise exigem medidas claras e é precisamente isso que constituem as propostas de alteração da DAC. Crê-se que podem constituir um passo decisivo para a definitiva revitalização do mercado da securitização.

A nova acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento

Andreia Ferreira Dias
afd@servulo.com

“O trabalhador assume assim a posição de réu, e o empregador a posição de autor, aparentemente mais consentânea com o ónus da prova da justa causa”

O Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de Outubro, que entrou em vigor no passado dia 1 de Janeiro de 2010, veio proceder a um conjunto de alterações no Código de Processo do Trabalho, alterações essas justificadas pela necessidade de adequação às novas realidades jurídico-laborais resultantes da revisão do Código do Trabalho, operada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

Uma das mais significativas modificações foi a criação de uma acção declarativa de condenação com processo especial, de natureza urgente, que admite sempre recurso para o Tribunal da Relação, para impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, sempre que seja comunicada por escrito ao trabalhador a decisão de despedimento individual.

A novidade está, desde logo, na circunstância de esta acção se iniciar mediante a apresentação, pelo trabalhador, de um requerimento em formulário próprio, junto da secretaria do tribunal competente, no prazo de 60 dias (contados a partir da recepção da comunicação de despedimento ou da data de cessação do contrato, se posterior).

O impulso processual continua assim a caber ao trabalhador, como já sucedia. Mas este limita-se agora a alegar a realização do despedimento, estando dispensado de apresentar o articulado inicial (o que explica a redução do anterior prazo de um ano, de que o trabalhador dispunha para reagir judicialmente ao despedimento, para 60 dias).

Frustrando-se a tentativa de conciliação na audiência de partes, ao empregador caberá apresentar a petição inicial, no prazo de 15 dias, justificando o despedimento e apresentando as provas da respectiva fundamentação. Ao trabalhador incumbirá, por seu lado, contestar essa posição, igualmente no prazo de 15 dias.

O trabalhador assume assim a posição de réu, e o empregador a posição de autor, aparentemente mais consentânea com o ónus da prova da justa causa, que já sobre este último impendia.

De salientar ainda - dentro do espírito de simplificação e celeridade processual que enforma estas alterações -, a atribuição de natureza urgente a esta acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento.

Espera-se que as modificações introduzidas, quer no regime substantivo do Código do Trabalho, quer neste novo regime processual, possam contribuir para pôr termo ao, infelizmente comum, alongamento dos processos, tão prejudicial para ambas as partes.

Mas há também o risco de as novas regras processuais conduzirem a um aumento significativo dos litígios judiciais relativos ao despedimento, dada a extrema facilidade concedida ao trabalhador, que, para promover a acção judicial, apenas tem de apresentar um simples requerimento.

Momentum

News Inverno 2009

“Só uma negociação que assente sobre os interesses que subjazem às posições assumidas pelas partes permitirá a criação de uma nova perspectiva sobre o que as levou ao conflito”.

A Mediação como forma alternativa e eficaz de resolução de conflitos societários

João Saúde
js@servulo.com

A ineficácia do sistema judicial tem, como é sabido, uma interferência fortemente negativa na actividade das empresas. Isso é sentido de forma particularmente grave quando as empresas se deparam com conflitos internos que procuram resolver nos tribunais, designadamente, conflitos entre sócios ou accionistas, ou entre membros de um mesmo órgão de administração.

A estrutura formal do processo judicial, a excessiva demora na obtenção de uma solução e a própria natureza desta (assente numa lógica de vencedor/perdedor) não se adequam, em regra, à resolução deste tipo de conflitos, pois, predominantemente, tendem a provocar a ruptura definitiva das partes.

A *mediação*, como modalidade extra-judicial de resolução de litígios, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe, representa um meio privilegiado para dirimir os conflitos societários.

A decisão de fazer intervir um mediador imparcial e independente, cuja missão seja a de facilitar a negociação entre as partes e propor, sem impor, soluções construtivas para o diferendo, pode revelar-se muito acertada, se se tiver em vista a preservação das relações existentes.

Enquanto meio de resolução de conflitos de natureza não adversarial, a mediação procurará resolver o conflito seguindo uma metodologia cooperativa. Afasta-se assim da rigidez do processo judicial, o que tem a vantagem de permitir soluções consensuais que verdadeiramente sintetizem interesses de cada uma das partes envolvidas no conflito. A distinção entre interesses e posições é, aliás, fundamental em Mediação. Só uma negociação que assente sobre os interesses que subjazem às posições assumidas pelas partes permitirá a criação de uma nova perspectiva sobre o que as levou ao conflito. Este facto permitirá às partes encarar novas formas de ver o problema e de equacionar hipóteses adequadas à respectiva solução.

A isto acresce, ainda, uma outra ideia fundamental: a de que são as partes que determinam livremente se querem impulsionar, continuar ou desistir do processo – o processo de mediação pertence-lhes.

Não será difícil encontrarmos argumentos que justifiquem a opção por este meio alternativo de resolução de conflitos, se atendermos ainda ao carácter informal que marca o processo de mediação, à celeridade do mesmo, à confidencialidade que assegura a manutenção do sigilo sobre toda a informação respeitante ao conteúdo da mediação, sem esquecer os baixos custos associados (certamente vantagens num contexto empresarial).

Fará, assim, todo o sentido prever esta opção, incluindo cláusulas de mediação em acordos parassociais e outros contratos que regulem as relações internas no seio das empresas. Acentua-se, porém, a necessidade de tal estipulação ser delimitada em termos tais que não obvie ao recurso à arbitragem ou aos meios jurisdicionais gerais.

Apesar de, em Portugal, a Mediação ainda não ser suficientemente conhecida e não ser, por isso, um instrumento genericamente utilizado, o percurso será o de encarar o recurso à Mediação como uma acertada decisão gestão, à semelhança do que já sucede nos Estados Unidos da América e em muitos países da União Europeia. Não temos dúvidas de que assim será, pois trata-se de um procedimento que, pelas suas características, atenua o conflito, conduz à obtenção de uma solução pelos próprios mediados que satisfaça os interesses de ambos no caso concreto, e possibilita a preservação da relação futura dos mesmos.



5

“A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. (...) É no capítulo dedicado à matéria processual que se verificam as principais inovações merecedoras de destaque”.

“Lei do Cibercrime”

Cláudia Amorim
ca@servulo.com

Maria Manuel Simões
mms@servulo.com

A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, revogando, assim, a Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto).

Para além de regular a matéria relativa aos crimes informáticos, a denominada Lei do Cibercrime contém ainda capítulos inteiramente dedicados a aspectos processuais e de cooperação internacional.

No que respeita à matéria substantiva, as alterações em relação à revogada Lei da Criminalidade Informática são pouco significativas, sendo, contudo, de destacar a incriminação da importação, distribuição, venda e detenção para fins comerciais de dispositivos utilizados para a prática de algumas modalidades específicas do crime de falsidade informática, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo e interceptação ilegítima. É ainda de sublinhar a alteração do modelo de responsabilidade criminal de entidades colectivas que passa a reger-se pelo artigo 11.º do Código Penal.

É, porém, no capítulo dedicado à matéria processual que se verificam as principais inovações merecedoras de destaque.

Assim, consagra-se a possibilidade de as autoridades judiciais competentes em matéria criminal ordenarem a preservação de dados informáticos pelo período de três meses, o qual é passível de prorrogações sucessivas até ao máximo de um ano. O diploma prevê ainda um procedimento específico de injunção, que autoriza a autoridade judiciária a ordenar a quem controle dados armazenados num sistema informático, que os comunique ao processo ou que permita o acesso aos mesmos. Esta injunção é aplicável a fornecedores de serviços, os quais podem ser forçados a comunicar dados relativos a clientes ou assinantes. Note-se, todavia, que mesma não pode ser utilizada quanto a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia, das actividades médica e bancária e da profissão de jornalista.

A Lei do Cibercrime regulamenta ainda a apreensão de dados informáticos, consagrando-se novas formas para a mesma, que incluem a apreensão do suporte onde está instalado o sistema ou armazenados os dados, a realização de cópia dos dados, a preservação, por meios tecnológicos da integridade dos dados, sem realização de cópia nem remoção dos mesmos, e a eliminação irreversível ou bloqueio do acesso aos dados. Note-se que relativamente a grande parte destes mecanismos, designadamente quanto à preservação, pesquisa e apreensão de dados, a lei reconhece extensos poderes de actuação aos órgãos de polícia criminal, independentemente de prévia autorização da autoridade judiciária. Esta solução afigura-se potencialmente problemática, tanto mais que as disposições processuais previstas neste diploma se aplicam não só aos crimes aqui previstos, mas também aos crimes cometidos por meio de um sistema informático e àqueles em relação aos quais seja necessário recolher prova em suporte electrónico. Excluídos deste âmbito de aplicação tão amplo estão apenas os procedimentos de interceptação de comunicações e de realização de acções encobertas.

As disposições processuais previstas na Lei do Cibercrime não prejudicam a aplicação da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que regula a conservação e transmissão dos dados de tráfego e de localização, necessários para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves.

Ao nível da cooperação internacional, a Lei do Cibercrime prevê, por fim, diversos mecanismos que permitem às autoridades nacionais a coordenação com as autoridades estrangeiras para efeitos de investigação de crimes relacionados com sistemas ou dados informáticos e de recolha de prova em suporte electrónico.

Momentum

News Inverno 2009

“A única simplificação que resultou desta concentração de actos resume-se à publicação automática e gratuita dos avisos aos credores sociais e das convocatórias das assembleias gerais e, quanto a estas últimas, apenas no que respeita às sociedades em que a convocatória é feita por publicação electrónica”

As mais recentes medidas de simplificação do regime das fusões e das cisões

Sofia Carreiro
svc@servulo.com

Magdalena Ivanova Ilieva
mii@servulo.com

A disciplina das fusões criada pelo Código das Sociedades Comerciais (CSC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, manteve-se em vigor até à reforma de 2006 do CSC, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março. Posteriormente, este regime foi, ainda, alterado pelo Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro e, mais recentemente, pela Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio e pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto.

Fruto da recente evolução legislativa, que se iniciou exactamente com a publicação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, o processo de fusão foi alvo de algumas medidas que visaram a sua simplificação administrativa. Assim, de uma situação em que, para concretizar uma fusão, eram necessários três actos de registo (do projecto, das deliberações das Assembleias Gerais das sociedades participantes que aprovam a fusão e da fusão) e cinco publicações - e não quatro como refere o preâmbulo do referido Decreto-Lei n.º 76-A/2006 - todas na 3.ª Série do Diário da República, passou-se a uma situação em que, para concretizar uma fusão, são suficientes dois actos de registo e duas publicações electrónicas.

Eliminou-se, também, o procedimento que obrigava ao envio de cartas registadas com aviso de recepção a todos os credores sociais e eliminou-se, ainda, a obrigatoriedade de a fusão revestir a forma de escritura pública.

Em 15 de Setembro de 2009, entraram em vigor as últimas alterações ao regime das fusões e das cisões introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto.

A primeira inovação desta última alteração traduz-se na possibilidade de pedido simultâneo de realização do registo do projecto de fusão ou de cisão, de publicação da notícia deste registo e de publicação dos avisos aos credores sociais e das convocatórias das assembleias gerais das sociedades participantes para se pronunciarem sobre o projecto, nos casos em que é exigida a sua aprovação pela colectividade de sócios.

O objectivo desta alteração, segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, é o de viabilizar a conclusão dos processos de fusão e de cisão em apenas um mês. No entanto, a única simplificação que resultou desta concentração de actos resume-se à publicação automática e gratuita dos avisos aos credores sociais e das convocatórias das assembleias gerais e, quanto a estas últimas, apenas no que respeita às sociedades em que a convocatória é feita por publicação electrónica. Antes da entrada em vigor das alterações em análise, a publicação do registo do projecto de fusão ou de cisão já era promovido officiosamente pelo serviço de registo. Quanto à publicação das convocatórias e dos avisos aos credores sociais, a sua promoção cabia, de facto, às sociedades envolvidas na operação, mas não representava um factor de atraso no procedimento, na medida em que se efectuava por via electrónica, em média, no prazo de um dia útil.

Em suma, ao nível da celeridade dos processos de fusão e de cisão, o alcance prático desta medida de simplificação é deveras escasso.

No que diz respeito aos encargos, as sociedades deixam, efectivamente, de suportar as taxas anteriormente aplicadas pelas publicações ora tornadas officiosas e gratuitas, cujo valor se encontrava fixado em €27,00, por publicação.

Reduziu-se também o valor dos emolumentos registais devidos pela inscrição da fusão ou da cisão no registo comercial, de €170,00 para €150,00.



Paralelamente, previu-se a possibilidade de elaboração do projecto de fusão ou de cisão através de modelo electrónico disponível no sítio www.emopresaonline.pt, que permite a entrega de todos os documentos necessários e a promoção imediata do registo do projecto.

Outra alteração introduzida pelo Decreto-lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, esta sim mais significativa, mas não isenta de dúvidas, corresponde ao alargamento do âmbito de aplicação do processo simplificado de fusão previsto do artigo 116.º CSC à fusão por incorporação de sociedade detida em pelo menos 90% pela incorporante.

Estabelece-se como mecanismo de garantia dos interesses dos sócios minoritários, detentores de 10% ou menos do capital social da sociedade incorporada, o direito de exoneração, cujo exercício pressupõe a convocação da assembleia geral da sociedade incorporada para se pronunciar sobre o projecto de fusão e a emissão de voto desfavorável à aprovação deste projecto pelo sócio minoritário.

Excepção feita à eliminação da referência à publicação dos avisos aos credores, decorrente da já abordada concentração dos actos preliminares da fusão, a redacção do artigo 116.º mantém-se inalterada, não estabelecendo qualquer distinção entre a fusão por incorporação de sociedade integralmente detida e a situação em que a sociedade incorporada tem um ou mais sócios para além da sociedade incorporante (ainda que com participações que totalizam no seu conjunto somente 10% da totalidade das participações sociais). Daqui resulta que, também nesta última situação não há lugar à troca de participações sociais ou seja, os sócios minoritários da sociedade incorporada ficam "expropriados" das suas participações sem receberem participações da sociedade incorporante em troca.

Esta última alteração ao regime das fusões, pelas implicações que acarreta, deveria ter sido harmonizada com o instituto da aquisição potestativa tendente ao domínio total. Este último regime traduz já uma clivagem entre a aquisição potestativa (mais facilitada) e a alienação potestativa – clivagem essa que, com o alargamento do regime da fusão simplificada, se acentua.

Aliás, a Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças de sociedades de responsabilidade limitada, recentemente transposta para a ordem jurídica nacional, deixava à consideração dos Estados Membros a possibilidade de simplificação do processo de fusão, quando a sociedade incorporante detém pelo menos 90% do capital da incorporada. Todavia, as medidas de simplificação previstas na Directiva consistiam exclusivamente na dispensa do exame do projecto de fusão e dos documentos necessários para a fiscalização da fusão, não podendo, em caso algum, redundar na exclusão da troca de participações quanto aos sócios minoritários da sociedade incorporada.

Refira-se, por fim, a previsão de mecanismos de agilização em matéria de concessão de benefícios fiscais associados aos processos de fusão e de cisão, entre os quais de destacam a supressão dos pareceres da Autoridade da Concorrência e do Instituto dos Registos e Notariado, I.P. anteriormente exigidos, e a fixação do prazo de 10 dias para emissão do parecer prévio do ministério da tutela da sociedade, findo o qual se considera que a operação de estruturação foi aprovada pelo respectivo ministério.

“Ficou claro que a AdC entende adoptar uma decisão de arquivamento mesmo quando reconhece a existência de uma infracção à Lei”.

Autoridade da Concorrência arquiva processo mas ordena cessação de práticas abusivas e impõe comportamento transparente à Sugaldal .

Miguel Gorjão-Henriques
mgh@servulo.com

O direito da concorrência tem uma dinâmica própria que por vezes transcende a própria lei. O caso português é sintomático.

A Lei n.º 18/2003 (Lei da Concorrência, LC) não prevê expressamente o arquivamento de processos quando a Autoridade da Concorrência (AdC) conclui pela existência de uma prática restritiva, v.g. um acordo restritivo da concorrência (art. 4.º LC) ou um abuso de posição dominante (art. 6.º LC). Mas essa circunstância não tem impedido a AdC de, em circunstâncias diversas, é certo, arquivar processos de práticas restritivas da concorrência apesar de constatar a infracção.

Embora não conheçamos os termos exactos, tal sucedeu em processos relativos a, supõe-se, acordos ou práticas concertadas (Unicer, proc. 1/03, a 28.12.2004; *Bayer Crop Science*, 10/06, em 28.6.2007; ou Nestlé, *Delta et al.*, a 6.7.2008), de abusos de dependência económica (Unibetão, *Secil et al.*, 1/06, a 1.3.2007) e, mais recentemente, de abusos de posição dominante (Sugalidal, 8/08, a 15.10.2009, v. http://www.concorrencaia.pt/download/comunicado2009_20.pdf).

O exemplo mais recente é impressionante. A AdC anunciou o arquivamento mesmo concluindo pela «existência de um abuso de posição dominante através de uma prática de vendas (*in casu*, compras) subordinadas (*tying*), na medida em que a Sugaldal (...) condicionava a aquisição de tomate fresco (*tying product*) à utilização de sementes da marca Heinz na sua produção (*tied product*). (...) Deste modo, a prática descrita preenche o conceito de venda ligada, que pressupõe a imposição aos consumidores de aceitarem, directa ou indirectamente, “prestações suplementares”» (sic).

Ainda segundo o comunicado da AdC, o arquivamento justificou-se pois «a SUGALIDAL submeteu e assumiu os seguintes compromissos: (i) Supressão da cláusula contratual relativa à preferência por tomate de variedade sementes *Heinz*; (ii) (...); (iii) Envio de uma circular (...) dando conhecimento da supressão da cláusula contratual relativa à preferência por tomate de (...) de sementes *Heinz*. Em face destes compromissos, a [AdC] decidiu o arquivamento do processo.» (fim de citação), servindo a concorrência e indo ao encontro das preocupações da denunciante, incluindo, em concreto, a de que, tal como no Regulamento (CE) n.º 1/2003, «a decisão de arquivamento não vincula[ssse] a Autoridade em caso de alteração dos elementos e/ou pressupostos que a fundamentam, podendo ser aberto inquérito para avaliação de tais alterações» (sic).

Esta decisão levanta no entanto muitas questões interessantes:

(1) Ficou claro que a AdC entende poder adoptar uma decisão de arquivamento mesmo quando reconhece a existência de uma infracção à Lei, numa leitura *hábil* do art. 28.º, 1, al. a), da LC. É certo que a AdC pode impor “soluções de conduta”, mas pode dizer-se que, à luz da especificidade do direito nacional, tal pareceria apenas previsto para quando «declarar a existência da prática» (v. a alínea b) – e não foi o que fez *in casu*?) ou quando estiver a aplicar direito da UE [art. 5.º do Reg. 1/2003]. E a AdC decidiu arquivar e não disse estar a aplicar direito da UE. E não o deveria ter feito?

(2) Facilita a via à responsabilização civil da arguida pelos prejuízos que concorrentes, clientes e fornecedores possam ter sofrido enquanto durou a prática abusiva.

Em jeito final, duas últimas notas, para mostrar a imbricação necessária entre as várias áreas de actuação da AdC. A nosso ver, as concentrações de 2007 envolvendo este grupo (Procs. 23/2007 e 75/2007) mostram:

(1) Que é imprescindível um controlo das concentrações baseado no critério de quota de mercado, para não haver mercados de 1.ª (economicamente mais relevantes) e de 2.ª (só porque a dimensão do mercado é mais reduzida);

(2) Que deve haver maior rigor por parte da AdC e das Empresas (incluindo os consultores). Com efeito, as decisões de não oposição de 2007, *maxime* no proc. 23/2007, mostram sérios indícios (para citar um conhecido Autor) de se terem fundado «em informações [pelo menos] (...) *inexactas relativas a circunstâncias essenciais para a decisão, fornecidas pelos participantes na operação de concentração*». A justificar, porventura, a abertura de um procedimento oficioso, *ex vi* do art. 40.º, 1, al. b), da LC.

“O Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (...) não permite incluir no perímetro fiscal do grupo as subfiliais domiciliadas em território nacional que sejam directamente detidas através de entidades não residentes”.

IRC – Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades: inclusão de *subfiliais* detidas por intermédio de filiais não residentes

Miguel Clemente
mic@servulo.com

No âmbito do Acórdão proferido no processo C-418/07, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) pronunciou-se sobre os limites impostos pelo Direito Comunitário no domínio dos regimes de tributação pelo lucro consolidado. Com efeito, no indicado aresto suscitou-se a pronúncia do TJCE relativamente à questão de saber se a exclusão, do perímetro fiscal de um grupo, de sociedades residentes no mesmo Estado de residência da sociedade-mãe mas detidas por esta por intermédio de sociedade filial domiciliada noutro Estado-Membro (as denominadas *subfiliais*), era compatível com o princípio da liberdade de estabelecimento previsto no Tratado CE.

Apreciando a indicada questão, concluiu o TJCE que “O artigo 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro por força da qual se concede um regime de tributação pelo lucro consolidado a uma sociedade-mãe residente desse Estado-Membro que detenha filiais e subfiliais também residentes desse Estado, mas exclui a concessão desse regime a essa sociedade-mãe se as suas *subfiliais* residentes forem detidas por intermédio de uma filial residente doutro Estado-Membro”. Através deste Acórdão, e em síntese, foi expressamente declarada a desconformidade *jus-comunitária* dos regimes de tributação pelo lucro consolidado que apenas permitam a inclusão de *subfiliais* directamente detidas por sociedades domiciliadas num mesmo Estado-Membro.

Sucede que, o Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (RETGS), previsto nos artigos 63.º e ss. do Código do IRC, não permite incluir no perímetro fiscal do grupo as *subfiliais* domiciliadas em território nacional que sejam indirectamente detidas através de entidades não residentes (cf. alínea f) do n.º 4 do artigo 63.º do Código do IRC). Não obstante, o certo é que, na sequência da citada decisão do TJCE, passa a ser legítima a inclusão no RETGS, por parte dos sujeitos passivos de IRC submetidos a este regime, das *subfiliais* residentes em território nacional e indirectamente detidas através de filial domiciliada em Estado-Membro distinto. Com efeito, a coberto da indicada jurisprudência comunitária, poderá o contribuinte sindicar a decisão da Administração tributária que, excluindo do âmbito do grupo fiscalmente relevante tais sociedades, aplique norma interna – a alínea f) do n.º 4 do artigo 63.º do Código do IRC – desconforme com o Direito Comunitário.

Por último, chamamos a atenção para o facto de, ainda no domínio da conformidade *jus-comunitária* dos regimes de tributação pelo lucro consolidado, se encontrar pendente de decisão o processo C-337/08, cuja questão *decidenda* se delimita em torno da exclusão, do mesmo regime, das próprias filiais domiciliadas noutro Estado-Membro (e já não das *subfiliais* indirectamente detidas através destas). Deste processo, cujo desfecho se conta para breve, constam, já, as conclusões da Advogada-Geral, cuja pronúncia foi no sentido da conformidade comunitária do regime de tributação pelo lucro consolidado que não permita a inclusão de filiais com sede noutro Estado-Membro, sustentando tal restrição na salvaguarda da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros.

Momentum

News Inverno 2009

“Os novíssimos regimes de reabilitação urbana trazem uma maior coerência ao sistema legislativo e protegem de forma mais adequada os bens culturais e os particulares seus proprietários”

Reconciliação entre a Reabilitação Urbana e o Património Cultural?

Jorge Silva Sampaio
jss@servulo.com

O património cultural mantém uma relação umbilical com a reabilitação urbana, nunca devidamente transposta para a lei, que levou alguns autores a criticarem as deficiências de articulação entre o Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (“RJRU”) e a Lei de Bases do Património Cultural. Citem-se Casalta Nabais e Suzana Tavares Da Silva que mostraram a falta de harmonização existente entre os instrumentos legislativos do urbanismo, património cultural e reabilitação urbana, em especial a falta de harmonização (i) entre planos; (ii) entre conceitos comuns aos vários diplomas; e (iii) entre a repartição de competências entre Estado e municípios. Por outro lado, foram também identificadas possíveis inconstitucionalidades que pairam sobre estes regimes. Por tudo isto, consideramos que a actual falta de articulação inter-regimes não permite qualificar o RJRU como um verdadeiro instrumento de valorização do património cultural imóvel.

Recentemente, em 23 de Outubro, foi aprovado o novo RJRU e o regime jurídico aplicável ao património cultural imóvel (“RJPCI”). A questão que se coloca reside em saber até que ponto os aspectos criticados foram revistos. Trazem estes diplomas a reconciliação entre o património cultural e a reabilitação urbana?

De acordo com o artigo 21.º do RJRU e com o artigo 70.º do RJPCI, os planos de pormenor de reabilitação urbana cuja área de intervenção contenha ou coincida com bens imóveis classificados prosseguem os objectivos e fins dos planos de pormenor de salvaguarda, tendo também para aquelas áreas o respectivo conteúdo. Neste caso, é evidente a melhoria de harmonização entre regimes, apesar de continuar a não ser tida em conta a natureza multidisciplinar destas matérias, que deveria implicar, também, uma planificação sectorial para estes casos. Sobre a falta de harmonização conceptual existente, o legislador da reabilitação urbana volta a falar em “áreas e centros históricos”, conceitos estranhos à legislação do património cultural, mantendo-se algumas dificuldades de interpretação, não sendo claro, por exemplo, se tais centros históricos coincidem com os conjuntos de património cultural. Em terceiro lugar, mantém-se, parcialmente, uma desarmonia entre competências, ainda que agora se consulte o órgão do património cultural, visto continuar a ser atribuída aos municípios a competência para toda a reabilitação de centros históricos, independentemente de serem classificados como de interesse nacional ou público.

Por fim, quanto às questões de inconstitucionalidade enunciadas, embora permaneçam algumas dúvidas de constitucionalidade orgânica, regista-se uma manifesta melhoria. Agora, de acordo com o artigo 28.º do RJRU e artigo 70.º do RJPCI, é imposta a obrigatoriedade de parecer prévio e vinculativo do órgão competente do património cultural. Por outro lado, de acordo com os artigos 69.º e seguintes do RJRU, é notória a preocupação do legislador em promover a participação dos interessados no procedimento de reabilitação e concertar os vários interesses existentes.

Em jeito de conclusão, podemos afirmar que os novíssimos regimes da reabilitação urbana e do património cultural imóvel reduzem em muito as anteriores críticas, trazendo uma maior coerência ao sistema legislativo e protegendo de forma mais adequada os bens culturais e os particulares seus proprietários. Todavia, diga-se, ainda não foi desta que a reconciliação entre estes regimes foi total.



Sérvulo

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos.
O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de uma relação entre advogado cliente.
A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados.

Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal
Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02

Rua Pedro Homem de Mello, n.º 55, 5º andar 4150-599 Porto - Portugal
Tel: (+351) 22 093 56 45 Fax: (+351) 22 099 23 75

Rua Ernesto do Canto, n.º 54 9500-312 Ponta Delgada - Portugal
Tel: (+351) 296 30 43 40 Fax: (+351) 296 30 43 41

geral@servulo.com www.servulo.com