

**FISCAL**

## Aprovação da convenção multilateral

Em 21 de junho de 2019, a Assembleia da República aprovou a Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros (também denominada Instrumento Multilateral ou “MLI”).

Este foi o primeiro passo no âmbito do processo de entrada em vigor do MLI em Portugal, que requer ainda a ratificação pelo Presidente da República e posterior depósito junto da OCDE. A entrada em vigor ocorre no prazo de três meses após o referido depósito.

De modo a compreender qual o impacto que o MLI pode ter no seu dia-a-dia, preparámos um breve Q&A procurando responder às questões mais frequentemente colocadas.

### O que é o MLI?

**O que devo saber?** O MLI é uma convenção multilateral que permite a alteração automática e simultânea das CDTs celebradas entre os Estados signatários, introduzindo um conjunto de normas anti-abuso e de resolução de litígios. O MLI foi adotado em Paris, a 24 de novembro de 2016, tendo sido subscrito por 87 Estados, incluindo Portugal.

De modo a mitigar obstáculos de natureza tributária às suas relações económicas e comerciais, os Estados celebram entre si Convenções para Evitar a Dupla Tributação (“CDTs”), as quais constituem instrumentos de grande relevância na tomada de decisões comerciais e de investimento por parte dos agentes económicos.

Estas convenções têm tipicamente uma natureza bilateral e pautam-se por longos períodos de negociações e morosos processos internos de aprovação e ratificação. Portugal é neste momento signatário de 77 CDTs, das quais apenas 68 estão atualmente em vigor.

**"O MLI é uma convenção multilateral que permite a alteração automática e simultânea das CDTs celebradas entre os Estados signatários."**

Contrapondo-se ao processo típico de negociações bilaterais, o MLI é uma convenção multilateral que permite a modificação automática e simultânea de várias CDTs celebradas pelos Estados signatários. O MLI trata-se, assim, de um instrumento que introduz um importante elemento de flexibilidade na atualização da rede de CDTs dos diversos Estados, na medida em que se evitam as morosas renegociações bilaterais.

Mediante a adoção do MLI, os Estados signatários introduzem nas suas CDTs um conjunto de medidas que resultam das recomendações da OCDE no âmbito do Projeto BEPS – *Base Erosion Profit Shifting* (Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros) e cuja finalidade passa, por um lado, por combater as chamadas estruturas abusivas e, por outro lado, por dotar os Estados de mecanismos de resolução de litígios e diferendos na aplicação das suas CDTs. Os Estados signatários devem indicar expressamente quais as CDTs que consideram abrangidas pelas alterações a introduzir pelo MLI.

### Como funciona o MLI?

**O que devo saber?** *As normas que compõem o MLI têm diversas variantes, o que permite que os Estados signatários optem por diferentes alternativas relativamente à mesma norma. Em princípio, apenas haverá modificação automática das CDTs quando haja uma coincidência nas opções realizadas pelos Estados contratantes (na sua ausência, será necessária negociação bilateral). Não obstante, existe um conjunto de normas que estabelece um standard mínimo com o qual todos os Estados signatários têm que cumprir.*

Na ausência de um verdadeiro processo negocial multilateral, o MLI propõe um conjunto variado de normas que podem ser escolhidas pelos Estados signatários para modificação das suas CDTs. Cada norma tem diversas variantes e permite que os Estados signatários optem pela aplicação de diferentes alternativas relativamente a essa mesma norma. Face à possibilidade de serem adotadas posições diferentes, as CDTs apenas serão alteradas automaticamente quando os dois Estados contratantes estejam de acordo, i.e., se existir um *match* quanto à mesma norma.

As normas constantes do MLI dividem-se entre imperativas, i.e., normas que consagram os *standards* mínimos de prevenção da erosão de bases tributáveis e transferência de lucros previstos na Ação 15 do Projeto BEPS (*Base Erosion Profit Shifting* ou Erosão de Bases Tributáveis e Transferência de Lucros), e normas facultativas cuja adoção fica na total disponibilidade dos Estados signatários.

### Regras imperativas – *standards* mínimos

As regras imperativas do MLI refletem os *standards* mínimos que deverão ser adotados pelos Estados signatários e, por esse motivo, estes Estados não podem optar pela sua não aplicação ou introdução nas CDTs. Não obstante, é ainda assim possível que existam divergências entre as opções tomadas pelos Estados signatários a propósito das regras imperativas, razão pela qual o MLI prevê soluções específicas de resolução das eventuais divergências.

**"As normas que compõem MLI têm diversas variantes, o que permite que os Estados signatários optem por diferentes alternativas relativamente à mesma norma. Em princípio, apenas haverá modificação automática das CDTs quando haja uma coincidência nas opções realizadas pelos Estados contratantes..."**

Os *standards* mínimos do MLI refletem as conclusões adotadas pela OCDE nas Ações 6 e 14 do Projeto BEPS e referem-se aos seguintes temas:

- o Abuso de CDTs: como forma de prevenção do uso abusivo das convenções, as CDTs deverão passar a adotar o chamado *Principle Purpose Test* (cláusula geral anti-abuso para efeitos das CDTs). Os Estados signatários têm, porém, a possibilidade de optar pela inclusão nas suas CDTs de um *Principle Purpose Test* com uma cláusula LOB simplificada (*Limitation on Benefits* – limitação na aplicação de benefícios da CDT).

Alternativamente, em determinadas CDTs os Estados signatários podem optar pela negociação bilateral para a adoção de uma cláusula LOB (na sua versão ‘complexa’), que deverá ser complementada por um *Principle Purpose Test* ou por outras regras anti-abuso destinadas a evitar *treaty shopping*.

- o Resolução de litígios: os Estados signatários estão obrigados a incluir nas suas CDTs o procedimento amigável como meio de resolução de litígios. Também a este respeito existem diversas opções que podem ser adotadas pelos Estados signatários.

**"As regras imperativas do MLI refletem os *standards* mínimos que deverão ser adotados pelos Estados signatários e, por esse motivo, estes Estados não podem optar pela sua não aplicação ou introdução nas CDTs."**

### Regras facultativas

As regras facultativas previstas no MLI referem-se, essencialmente, a três temas: (i) assimetrias híbridas; (ii) abuso de CDTs (nomeadamente, no que respeita a dividendos, mais-valias realizadas com sociedades imobiliárias e abuso do conceito de estabelecimento estável); e (iii) arbitragem.

Na medida em que a inclusão destas normas nas CDTs é meramente opcional, tais medidas apenas serão automaticamente adicionadas às CDTs quando se verifique uma coincidência nas escolhas efetuadas pelos Estados signatários. Caso contrário, não haverá qualquer modificação automática das CDTs, a qual dependerá de negociações bilaterais.

Contrariamente às regras imperativas, nestas matérias os Estados signatários do MLI têm a faculdade de formular reservas à inclusão de tais disposições nas suas CDTs.

### Que Estados aderiram ao MLI?

**O que devo saber?** 24 Estados já aprovaram e ratificaram o MLI, motivo pelo qual algumas das suas CDTs foram já objeto de modificações. Entre esses Estados incluem-se o Reino Unido, França e Holanda.

Dos 89 Estados signatários, 29 já concluíram os seus procedimentos constitucionais para aprovação e ratificação do MLI. Ainda que algumas das CDTs celebradas por estes Estados tenham sido já objeto de alterações, a sua entrada em vigor poderá apenas vir a ocorrer em momento posterior (no prazo de três meses após o depósito dos instrumentos internos de ratificação junto da OCDE).

De entre os Estados com os quais Portugal mantém importantes relações económicas, salienta-se que o Reino Unido, França, Luxemburgo, Holanda e Malta já aprovaram e ratificaram o MLI. Contrariamente, Espanha e Suíça ainda não concluíram o processo interno de aprovação da convenção multilateral.

### Quais as posições adotadas por Portugal no MLI?

**O que devo saber?** As posições preliminares adotadas por Portugal no MLI revelam que Portugal pretende implementar nas suas CDTs um *Principle Purpose Test* (cláusula geral anti-abuso), novas regras quanto à resolução de litígios, assim como um conjunto de normas anti-abuso específicas relacionadas com dividendos, mais-valias realizadas com a venda de sociedades imobiliárias e com o conceito de estabelecimento estável.

As posições portuguesas assumidas preliminarmente junto da OCDE relativamente ao MLI são as seguintes:

#### Regras imperativas – standards mínimos

- Abuso de CDTs: Portugal adotou o *Principle Purpose Test* sem a cláusula LOB simplificada. A opção pela mera inclusão desta cláusula geral justifica-se com a tradição portuguesa de combater as operações abusivas através da Cláusula Geral Anti-Abuso, prevista no nº 2 do artigo 38.º da Lei Geral Tributária e com as dúvidas existentes sobre a compatibilidade das cláusulas LOB com o Direito Europeu.
- Resolução de litígios: Portugal adotou, designadamente, as seguintes regras para os mecanismos de resolução de litígios: (i) o prazo para apresentação do pedido de abertura de procedimento amigável passa a ser sempre de 3 anos; (ii) os contribuintes devem apresentar aquele pedido de abertura sempre junto do Estado de residência; (iii) os contribuintes podem, porém, apresentar o pedido de abertura de procedimento amigável junto do Estado da fonte quando considerem ser discriminados com base na nacionalidade.

Portugal irá também cumprir o standard mínimo através da implementação de procedimentos de consultas ou notificações bilaterais sempre que considere que não esteja em condições de solucionar, só por si, a questão suscitada.

Portugal adota também a norma que prevê o ajustamento correlativo em matéria de preços de transferência.

#### Regras facultativas

- Dividendos (“lavagem do cupão”): a aplicação da taxa reduzida de retenção na fonte passa a depender do cumprimento de um período mínimo de 365 dias de detenção da participação (em linha com o disposto no artigo 14.º do Código do IRC);
- Mais-valias realizadas com sociedades imobiliárias: as mais-valias realizadas com a venda de partes de capital ou direitos similares em sociedades ou outras entidades podem ser tributadas no Estado da fonte quando, em qualquer momento durante os 365 dias anteriores, o valor dessas partes de capital ou direitos resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50% de bens imóveis (em linha com o disposto na alínea f) do nº 3 do artigo 4.º do Código do IRC e com o disposto na alínea d) do nº 2 do artigo 27.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais);
- Definição do conceito de estabelecimento estável: introduz-se uma regra anti-fragmentação de atividades, com o objetivo de não seja possível evitar ter um estabelecimento estável com base no caráter preparatório ou auxiliar das atividades.

- Arbitragem: Portugal optou pela arbitragem de tipo “independent opinion” / “Comprehensive review”, com caráter vinculativo e obrigatório, rejeitando a arbitragem do tipo “final offer” / “baseball”. O âmbito da arbitragem não será aplicável a casos de crimes fiscais ou aplicação de normas anti-abuso (convencionais ou domésticas).

Relativamente às demais regras facultativas previstas no MLI, Portugal reservou, na sua generalidade, o direito de não proceder à sua inclusão nas CDTs celebradas por si.

Note-se ainda que as posições adotadas por Portugal poderão ainda ser alteradas até ao depósito junto da OCDE.

### Quais os impactos práticos?

**O que devo saber?** O impacto prático do MLI será maior quanto maior for também o número de jurisdições que ratifiquem o Instrumento Multilateral (que tem vindo progressivamente a aumentar). Será sempre necessário realizar uma análise casuística (i.e., CDT a CDT) mas salientamos, em todo o caso, que regra geral as autoridades fiscais estarão cada vez mais munidas de instrumentos jurídicos para escrutinar estruturas internacionais e, deste modo, negar os benefícios previstos nas CDTs.

**"As autoridades fiscais estarão cada vez mais munidas de instrumentos jurídicos para escrutinar estruturas internacionais e, deste modo, negar os benefícios previstos nas CDTs."**

Apesar de apenas 29 Estados terem ratificado o MLI, espera-se que este número venha a aumentar substancialmente num curto espaço de tempo. Isto significa que cada vez mais as autoridades fiscais terão ao seu recurso instrumentos jurídicos (e humanos) para escrutinar estruturas internacionais, nomeadamente no que respeita a sua substância económica (que poderá ser questionada através do *Principle Purpose Test*).

Para além disto, várias outras regras serão incluídas nas CDTs celebradas por Portugal que, quando produzem efeitos, terão enorme relevância para os respetivos agentes económicos. A título de exemplo, salientamos algumas das opções tomadas por Portugal com as quais confirmámos existir um *match* que levará à modificação automática das CDTs:

- Abuso de CDT: inclusão de *Principle Purpose Test* nas CDTs celebradas com Itália, Bélgica, Luxemburgo ou Holanda.
- Mais-valias realizadas com sociedades imobiliárias: *match* com Itália, Malta ou França (o que poderá implicar uma revisão das estruturas atuais para detenção de ativos imobiliários).
- Regra anti-fragmentação de atividades para definição de estabelecimento estável: *match* com Itália, Bélgica, França ou Holanda.

Face ao impacto direto que estas e outras alterações poderão vir a ter nas estruturas internacionais atualmente implementadas, recomendamos que as mesmas sejam revistas e que o impacto prático do MLI seja analisado antes da sua entrada em vigor e início da produção de efeitos. ■