



INTERPRETAÇÃO PELO TJUE DOS CONCEITOS DE ABUSO DE DIREITO E DE BENEFICIÁRIO EFETIVO

Importa, antes de mais, sublinhar que o entendimento perfilhado pelo TJUE tem vindo cada vez mais a acolher uma interpretação lata do conceito de abuso de direito, ao considerar como abusivas, não apenas as puras situações artificiais, mas também todas aquelas que tenha como objetivo principal, ou como um dos objetivos principais, beneficiar de uma vantagem fiscal.

No passado dia 26 de fevereiro de 2019, foram conhecidos dois importantes acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), nos quais este vem interpretar os conceitos de “beneficiário efetivo” e “abuso de direito” à luz da Diretiva Mãe-Filhas (casos C-116/16 e C-117/16), e da Diretiva sobre os Juros e Royalties (casos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-229/16).

O TJUE tem vindo a ser frequentemente chamado a analisar o conceito de “abuso de direito”, cujo entendimento tem vindo a evoluir e a acompanhar as principais tendências da fiscalidade internacional, nomeadamente no âmbito do projeto BEPS – *Base Erosion Profit Shifting* (erosão de bases tributáveis e transferência de lucros).

Além do mais, o TJUE vem interpretar pela primeira vez o conceito de “beneficiário efetivo”, estabelecendo desde logo uma ligação com os comentários ao Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, abrindo a porta para a adoção futura de interpretações dinâmicas deste conceito.

Como principal nota a reter, importa sublinhar que o entendimento perfilhado pelo TJUE parece estar a evoluir para uma interpretação mais lata do conceito de abuso de direito, ao considerar como abusivas, não apenas as puras situações artificiais (vejam-se os acórdãos C-504/16 e C-613/16), mas também todas aquelas que tenham como objetivo principal, ou como um dos objetivos principais, beneficiar de uma vantagem fiscal. Esta ponderação, aliás, já se encontra expressa no ordenamento português, nomeadamente no artigo 14.º do Código do IRC, quanto à limitação da aplicação da isenção de retenção na fonte ao pagamento dos lucros e reservas, e ao pagamento dos juros e *royalties*.

Muito embora seja cada vez mais evidente a necessidade de os contribuintes demonstrarem quais foram, ou quais são, as motivações económicas subjacentes à criação das suas estruturas de investimento (designadamente através da demonstração do exercício de uma atividade económica real fundada em meios humanos e materiais adequados), os novos acórdãos têm a vantagem de parametrizar um conjunto de indícios objetivos e subjetivos com vista a permitir validar tais estruturas à luz das Diretivas comunitárias e das convenções para evitar a dupla tributação.

Importa ainda alertar que este exercício de aferição das estruturas legítimas e ilegítimas ou abusivas irá conhecer brevemente novos desafios quando for transposta para a legislação nacional a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (usualmente designada por Diretiva ATAD, acrónimo de *Anti Tax Avoidance Directive*, entretanto modificada pela Diretiva 2017/902 (UE) do Conselho, de 29 de maio de 2017, a qual consagra um conjunto de mecanismos antiabuso, em especial no tocante à redefinição da regra geral antiabuso prevista no artigo 38.º da Lei Geral Tributária.

As considerações a seguir explanadas procuram resumir o quadro legislativo relevante para compreender os casos analisados pelo TJUE, assim como as conclusões vertidas nos novos acordãos.

1. DIRETIVA MÃE-FILHAS

A Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro (que revogou a Diretiva original 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990,) relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes, comumente denominada **Diretiva Mãe-Filhas**, tem por objetivo isentar de retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros ou reservas pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades-mãe, bem como suprimir a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade-mãe.

As regras emanadas da Diretiva Mãe-Filhas foram, entretanto, transpostas para o ordenamento jurídico português, encontrando-se presentemente reguladas nos n.ºs 3 a 11, e n.ºs 17 a 19, todos do artigo 14.º do Código do IRC.

Atualmente, os lucros e reservas colocados à disposição, ou pagos, por uma sociedade residente em Portugal, a uma sociedade não residente, estão sujeitos a tributação em território português, em sede de IRC, à taxa de 25%

Atualmente, os lucros e reservas colocados à disposição, ou pagos, por uma sociedade residente em Portugal, a uma sociedade não residente, estão sujeitos a tributação em território português, em sede de IRC, à taxa de 25%, a qual poderá ser reduzida mediante a aplicação das taxas de retenção na fonte reduzidas previstas nos acordos de dupla tributação celebrados por Portugal, desde que para o efeito sejam previamente cumpridos os procedimentos administrativos previstos na legislação nacional.

Porém, estão isentos de IRC os lucros e reservas que uma entidade residente em território português, sujeita e não isenta de IRC, ou do imposto referido no artigo 7.º e não abrangida pelo regime previsto no artigo 6.º do Código deste imposto, coloque à disposição de uma entidade que:

- a) Seja residente:
 - Noutro Estado-membro da União Europeia;
 - Num Estado-membro do Espaço Económico Europeu que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia;
 - Num Estado com o qual tenha sido celebrada e se encontre em vigor convenção para evitar a dupla tributação que preveja a troca de informações.

b) Esteja sujeita e não isenta de um imposto sobre os lucros enumerado na Diretiva, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC desde que, a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60% da taxa do IRC;

c) Detenha direta ou direta e indiretamente, uma participação não inferior a 10% do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas;

d) Detenha a participação referida na alínea anterior de modo ininterrupto, durante o ano anterior à colocação à disposição.

De referir que, quando à data da colocação à disposição, ou do pagamento, dos lucros ou reservas ainda não estiver cumprido o prazo de detenção de 1 ano, nesse caso, deverá aplicar-se a taxa de retenção na fonte doméstica (25%), ou a taxa de retenção na fonte reduzida prevista nos acordos de dupla tributação celebrados por Portugal, podendo a entidade beneficiária requerer o reembolso do imposto pago assim que esteja preenchido este requisito, pedido que deverá ser efetuado nas condições previstas no artigo 95.º do Código do IRC.

Contudo, mesmo cumpridas todas as condições acima referidas, a isenção de IRC não será aplicável:

- Aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções destituídas de razões económicas válidas, que não reflitam substância económica, e tenham sido implementadas com a finalidade de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes;
- Quando a entidade pagadora dos lucros ou reservas não tenha cumprido as obrigações declarativas previstas no Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo e, bem assim, nas situações em que o beneficiário efetivo declarado, ou algum dos beneficiários efetivos declarados nos termos daquele regime, tenham residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, salvo quando o sujeito passivo comprove que a sociedade beneficiária de tais rendimentos não integra uma construção ou série de construções ilegítimas nos termos acima enunciados.

2. DIRETIVA SOBRE OS JUROS E ROYALTIES

A Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-membros diferentes, adiante designada por **Diretiva sobre os Juros e Royalties**, tem por objetivo a eliminação da dupla tributação jurídica destes rendimentos, de modo a assegurar que as transações entre sociedades de Estados-membros diferentes não estejam sujeitas a condições fiscais menos favoráveis do que as condições que se aplicam às mesmas transações quando efetuadas entre sociedades do mesmo Estado-membro.

Até à entrada em vigor desta Diretiva, e à sua subsequente transposição para as legislações nacionais, este requisito não era satisfeito no que diz respeito aos pagamentos de juros e *royalties*.

Na verdade, e até então, as legislações fiscais nacionais, conjugadas em certos casos com acordos bilaterais ou multilaterais, nem sempre asseguravam a eliminação da dupla tributação jurídica, sendo que, em muitos casos, a eliminação da referida dupla tributação determinava frequentemente pesadas formalidades administrativas e problemas de liquidez para as sociedades envolvidas.

Atualmente, os juros e royalties colocados à disposição, ou pagos, por uma sociedade residente em Portugal, a uma sociedade não residente, estão sujeitos a tributação em território português, em sede de IRC, à taxa de 25%.

Neste contexto, e em resultado da entrada em vigor da Diretiva sobre os Juros e Royalties, os pagamentos de juros e *royalties* passaram a estar sujeitos a uma única tributação no Estado da residência do beneficiário de tais rendimentos, abolindo-se por conseguinte a tributação na fonte, seja através da imposição de retenções na fonte, seja mediante a obrigação da liquidação a final do imposto que se mostrasse devido.

As regras emanadas da Diretiva sobre os Juros e Royalties foram entretanto transpostas para o ordenamento jurídico português, encontrando-se presentemente reguladas nos n.ºs 12 a 16 do artigo 14.º do Código do IRC.

Atualmente, os juros e *royalties* colocados à disposição, ou pagos, por uma sociedade residente em Portugal, a uma sociedade não residente, estão sujeitos a tributação em território português, em sede de IRC, à taxa de 25%, a qual poderá ser reduzida mediante a aplicação das taxas de retenção na fonte reduzidas previstas nos acordos de dupla tributação celebrados por Portugal, desde que para o efeito sejam previamente cumpridos os procedimentos administrativos previstos na legislação nacional.

Porém, quando tais juros ou *royalties* sejam pagos a uma sociedade de outro Estado-membro da União Europeia ou a uma sociedade sediada na Confederação Suíça (ou a um estabelecimento estável situado em outro Estado-membro ou na Confederação Suíça, de uma sociedade de um Estado-membro), tais rendimentos gozam de uma isenção de IRC, desde que para o efeito sejam cumpridas, entre outras, as seguintes condições:

- Ambas as entidades estejam sujeitas e não isentas de um dos impostos sobre os lucros enumerados na Diretiva sobre os Juros e Royalties;
- Ambas as entidades assumam uma das formas jurídicas enunciadas na lista anexa à Diretiva sobre os Juros e Royalties;
- Ambas as entidades sejam consideradas residentes de um Estado-membro da União Europeia, sendo que, ao abrigo das convenções destinadas a evitar a dupla tributação, as mesmas não sejam consideradas, para efeitos fiscais, como sendo residentes fora da União Europeia;
- Ambas as entidades sejam consideradas “sociedades associadas”, o que ocorrerá quando: (i) a entidade beneficiária detenha uma participação direta, não inferior a 25%, na sociedade pagadora dos rendimentos; (ii) a entidade pagadora detenha uma participação direta, não inferior a 25%, na sociedade beneficiária dos rendimentos; ou, (iii) ambas as entidades (pagadora e beneficiária) sejam detidas, diretamente, em pelo menos 25%, pela mesma sociedade;
- A participação, direta, de 25%, em qualquer uma das modalidades acima referidas, seja detida, de modo ininterrupto, durante pelo menos 2 anos antes da colocação à disposição, ou pagamento, dos juros ou *royalties*;
- A sociedade a quem são efetuados o pagamento dos juros ou *royalties* seja o beneficiário efetivo desses rendimentos, considerando-se verificado esse requisito quando afixa os rendimentos por conta própria e não na qualidade de intermediária, seja como representante, gestor fiduciário ou signatário autorizado de terceiros. No caso de um estabelecimento estável, para que este possa ser considerado o beneficiário efetivo dos rendimentos, será necessário que os rendimentos estejam efetivamente relacionados com a atividade desenvolvida por seu intermédio e constituam rendimento tributável no Estado-membro em que tal estabelecimento esteja situado.

Quando, à data da colocação à disposição, ou do pagamento, dos juros ou dos *royalties* ainda não estiver cumprido o prazo de detenção de 2 anos, nesse caso, deverá aplicar-se a taxa de retenção na fonte doméstica (25%), ou a taxa de retenção na fonte reduzida prevista nos acordos de dupla tributação celebrados por Portugal, podendo a entidade beneficiária requerer o reembolso do imposto pago assim que esteja preenchido este requisito, pedido que deverá ser efetuado nas condições previstas no artigo 95.º do Código do IRC.

Contudo, mesmo cumpridas todas as condições acima referidas, a isenção de IRC não será aplicável:

- Aos juros e *royalties* obtidos em território português por uma sociedade de outro Estado-membro ou sediada na Confederação Suíça (ou por um estabelecimento estável situado noutro Estado-membro, ou na Confederação Suíça, de uma sociedade de um Estado-membro), quando a maioria do capital ou a maioria dos direitos de voto dessa sociedade sejam detidos, direta ou indiretamente, por um ou vários residentes de países terceiros, exceto quando seja feita prova de que a cadeia de participações não tem como objetivo principal ou como um dos objetivos principais beneficiar da redução da taxa de retenção na fonte;
- Em caso de existência de relações especiais entre o pagador ou o devedor e o beneficiário efetivo dos juros ou *royalties*, ou entre ambos e um terceiro, ao excesso sobre o montante dos juros ou *royalties* que, na ausência de tais relações, teria sido acordado entre o pagador e o beneficiário efetivo.

3. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TJUE - DIRETIVA MÃE-FILHAS

3.1. CASO C-116/16

Tendo em vista a aquisição da T Danmark (fornecedor de serviços dinamarquês), vários fundos de investimento não residentes na União Europeia, nem em um país com o qual a Dinamarca havia celebrado uma convenção para evitar a dupla tributação, constituíram uma sociedade dinamarquesa, a N Danmark 1 (**Desenho 1**).

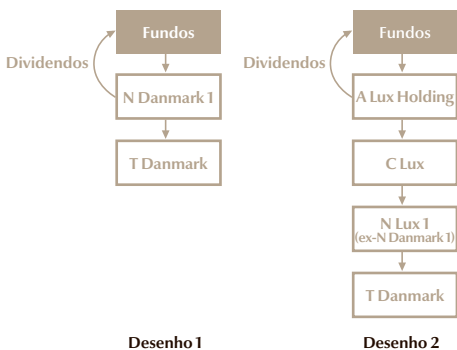
As restantes ações da T Danmark encontravam-se dispersas por múltiplos acionistas.

De seguida, e a após a aquisição de 80% do capital da T Danmark, a sociedade N Danmark 1 foi domiciliada para o Luxemburgo, passando a denominar-se por N Luxembourg 1.

Em simultâneo, os fundos de investimento constituíram a sociedade C Luxembourg, a qual, após uma série de permuta de ações, passou a ser a sociedade-mãe da N Danmark 1, entretanto domiciliada para o Luxemburgo (N Luxembourg 1).

Finalmente, os mesmos fundos constituíram a sociedade A Luxembourg Holding, também estabelecida no Luxemburgo, a qual, passou a ser, primeiro, a proprietária indireta, e depois a proprietária direta da C Luxembourg (**Desenho 2**).

Graficamente a evolução da estrutura de detenção poderá ser representada do seguinte modo:



Em conformidade com a sua política em matéria de distribuição de dividendos, a T Danmark distribuiu em 2011 dividendos aos seus acionistas, tendo para o efeito solicitado às autoridades fiscais dinamarquesas a emissão de um pedido de informação vinculativa com vista a aferir se os dividendos pagos à N Luxembourg 1 estavam isentos de retenção na fonte.

A pedido das autoridades dinamarquesas, a administração fiscal luxemburguesa emitiu um «certificat de résidence» (certificado de residência), atestando que a N Luxembourg 1 estava sujeita ao *impôt sur le revenu des collectivités* (imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas) e era a beneficiária efetiva de todos os dividendos pagos sobre a participação que detinha na T Danmark ou de qualquer outro rendimento derivado dessa mesma participação.

No referido pedido de informação vinculativa, a T Danmark informava que a N Luxembourg 1 era uma entidade independente com poderes de gerência e de decisão próprios, pelo que a T Danmark não tinha capacidade para determinar de que forma a N Luxembourg 1 iria dispor desses dividendos. Ainda assim, a T Danmark realçava no seu pedido que uma parte significativa dos investidores finais era residente nos Estados Unidos da América.

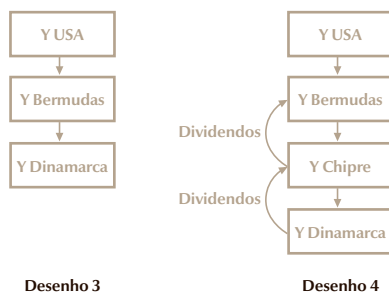
Em troca posterior de correspondência, a T Danmark informou as autoridades fiscais dinamarquesas que se deveria assumir que os dividendos a pagar à N Luxembourg 1 seriam posteriormente distribuídos a favor da sociedade mãe (C Luxembourg). Neste contexto, poderia presumir-se que a N Luxembourg 1 procederia à distribuição de uma parte dos lucros a sociedades controladas pelos diferentes fundos de investimento.

3.2. CASO C-117/16

Inicialmente, a sociedade Y Inc., estabelecida nos Estados Unidos da América (Y USA), detinha, por intermédio da sociedade Y Global Ltd., com sede nas Bermudas (Y Bermudas), a sociedade dinamarquesa Y Denmark (Desenho 3).

Entretanto, a parte europeia do grupo Y foi objeto de uma reestruturação societária, tendo sido interposta entre a Y Dinamarca, e a Y Bermudas, a sociedade Y Chipre (Desenho 4).

Graficamente a evolução da estrutura de detenção poderá ser representada do seguinte modo:



3.3. QUESTÕES APRECIADAS PELO TJUE

Em ambos os casos constantes dos dois acórdãos acima descritos, estava em causa saber se os dividendos pagos pelas sociedades dinamarquesas estavam, ou não, isentos de tributação na Dinamarca ao abrigo da Diretiva Mãe-Filhas.

Na opinião das autoridades fiscais dinamarquesas, os dividendos deveriam ser efetivamente tributados na Dinamarca. Porém, e na opinião da Comissão Tributária Nacional dinamarquesa, tais dividendos não deveriam ser objeto de tributação, uma vez que a Dinamarca não havia à data adotado internamente quaisquer medidas antiabuso conforme expressamente autorizado (mas não imposto aos Estados-membros) pelo artigo 12.º da Diretiva Mãe-Filhas, na sua versão original.

As questões submetidas à apreciação do TJUE pelo órgão jurisdicional dinamarquês podem ser decompostas em dois temas principais, a saber:

- A primeira questão passava por saber se haveria, ou não, base jurídica para que um Estado Membro, mesmo quando a sua legislação doméstica fosse omissa, pudesse recusar, com fundamento num abuso de direito, a concessão da isenção de retenção na fonte prevista na Diretiva Mãe-Filhas;

- Na medida em que o TJUE considerasse existir base jurídica para rejeitar a mencionada isenção, o segundo tema suscitado passava por determinar quais os elementos constitutivos de um eventual abuso de direito e as modalidades de prova correspondentes.

3.3.1. Quanto à legitimidade de um Estado-membro recusar aplicar a isenção de retenção na fonte, ao abrigo da Diretiva Mãe-Filhas, quando exista uma situação de abuso de direito

Na opinião do TJUE, e à luz da jurisprudência constante deste tribunal, existe, no direito da União, um princípio geral de direito segundo o qual os particulares não podem invocar de forma fraudulenta ou abusiva as normas do direito da União.

Muito embora o n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva Mãe-Filhas (na versão da Diretiva 90/435) preveja que esta Diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos, na opinião do TJUE esta disposição não pode ser interpretada no sentido de excluir a aplicação do princípio geral de direito da União de proibição das práticas abusivas, quando sejam materialmente incompatíveis com o objetivo prosseguido por essa Diretiva.

Na verdade, e como salientou o TJUE nos acórdãos em análise, ainda que a Diretiva Mãe-Filhas tenha por objetivo facilitar os agrupamentos de sociedades à escala da União Europeia através da instauração de regras fiscais neutras que permitam reforçar a sua posição concorrencial no plano internacional, tal princípio não pode, nem deve, ser aplicado de forma absoluta.

Como sublinhou o TJUE, autorizar a criação de montagens financeiras que têm como único objetivo beneficiar das vantagens fiscais resultantes da Diretiva em apreço não seria coerente com tais objetivos. Pelo contrário, tal realidade, a ser permitida, atentaria contra o bom funcionamento do mercado interno, falseando as condições de concorrência.

Atento o exposto – constituindo este um dos pontos mais inovadores da nova jurisprudência comunitária – considerou o TJUE que, a rejeição da isenção de retenção na fonte sobre os lucros e reservas se justifica, mesmo quando as operações em causa não prossigam exclusivamente objetivos fiscais, atento o princípio da proibição das práticas abusivas (vejam-se, neste sentido, os acórdãos do TJUE nos casos C-425/06 e C-251/16).

Partilhamos a Experiência. Inovamos nas Soluções.

MARÇO 2019

De resto, o direito de os contribuintes de tirarem proveito da concorrência fiscal existente entre os Estados-membros devido à falta de harmonização da tributação dos rendimentos não pode ser invocado contra a aplicação do princípio geral da proibição das práticas abusivas, mesmo quando os Estados-membros não adotaram internamente medidas adequadas para combater as fraudes e os abusos.

Assim, e muito embora o facto de um contribuinte procurar o regime fiscal que lhe é mais vantajoso não possa, por si só, consubstanciar uma presunção geral de fraude ou de abuso, não é menos verdade, no entender do TJUE, que esse contribuinte não pode beneficiar de um direito ou de uma vantagem decorrente do direito da União quando a operação em causa seja puramente artificial no plano económico e vise eximir se à aplicação da legislação doméstica de um determinado Estado Membro.

Em conclusão, considerou o TJUE que, atento o princípio geral do direito da União segundo o qual os particulares não podem fraudulenta ou abusivamente invocar as normas do direito da União, os Estados-membros e tribunais nacionais devem rejeitar a aplicação de uma isenção de retenção na fonte sobre os dividendos pagos por uma subsidiária à sua sociedade mãe, sempre e quando se comprove estarem perante uma prática fraudulenta ou abusiva, mesmo quando não existam disposições do direito nacional ou convencional que prevejam essa recusa.

3.3.2. Quanto à determinação dos elementos configuradores de uma situação de abuso de direito e respetivos meios de prova

No entender do TJUE, a prova de uma prática abusiva requer que se identifiquem, por um lado, um conjunto de *circunstâncias objetivas* das quais resulte que, apesar do respeito formal pelos requisitos previstos na legislação da União, o objetivo prosseguido por essa legislação não foi alcançado e, por outro, a presença de um *elemento subjetivo* que consiste na vontade de obter uma vantagem resultante da regulamentação da União, através da criação artificial dos requisitos exigidos para a sua obtenção.

A este propósito o TJUE elencou como indícios a ter em conta para efeito da despistagem do carácter artificial de uma determinada estrutura os seguintes:

- Quando, num determinado grupo de sociedades, é interposta, entre a sociedade pagadora dos dividendos, e a sociedade beneficiária dos mesmos, uma terceira sociedade com o objetivo de evitar o pagamento do imposto sobre os dividendos distribuídos entre aquelas sociedades;
- Quando um determinado grupo de sociedades se encontra estruturado de tal forma que a própria sociedade intermediária que recebe os dividendos deve transferir esses mesmos dividendos para uma terceira sociedade a qual não preenche os requisitos previstos para efeito da aplicação da Diretiva Mãe-Filhas, tendo como consequência que a sociedade intermediária apenas realiza um lucro tributável insignificante quando atua na qualidade de sociedade interposta com vista a permitir tão-somente a passagem do fluxo financeiro, da sociedade pagadora dos lucros, para a entidade que a final é a beneficiária efetiva dos montantes pagos;
- Quando for possível demonstrar que a sociedade intermediária tem como única atividade a cobrança dos dividendos e a sua transmissão ao beneficiário efetivo ou a outras sociedades interpostas. A este respeito, a inexistência de atividade económica efetiva deve, à luz das especificidades que caracterizam a atividade económica em questão, ser deduzida através da análise de um conjunto de elementos pertinentes, tais como a gestão da sociedade, o balanço, a estrutura de custos e de despesas, e os meios humanos e materiais afetos ao exercício da sua atividade;
- Quando, à luz dos diferentes contratos existentes entre as sociedades envolvidas, e que dão origem aos fluxos financeiros intragrupo, é possível aferir que a sociedade intermediária não tem poderes para economicamente dispor ou usufruir dos dividendos recebidos. Neste contexto, deverão ser especialmente valoradas as coincidências ou proximidades temporais entre, por um lado, a entrada em vigor de novas legislações fiscais, e, por outro, a organização de operações financeiras complexas e a concessão de empréstimos no âmbito de um mesmo grupo.

Além do mais, e no entender do TJUE, cumpre referir que, para efeito da avaliação de eventuais situações abusivas, será indiferente que os dividendos transferidos por sociedades interpostas tenham como beneficiário efetivo final uma sociedade com sede num Estado terceiro com o qual o Estado-membro da fonte celebrou uma convenção fiscal, ao abrigo da qual os dividendos não teriam sido objeto de retenção se tivessem sido pagos diretamente à sociedade sedeada nesse Estado terceiro.

Ou seja, no entender do TJUE, o facto de alguns dos beneficiários efetivos dos dividendos pagos pela sociedade interposta terem domicílio fiscal num Estado terceiro que celebrou uma convenção destinada a evitar a dupla tributação com o Estado-membro da fonte não é pertinente. Com efeito, a existência de tal convenção não pode, por si só, excluir um abuso de direito. Assim, uma convenção dessa natureza não pode pôr em causa a existência de um abuso de direito devidamente estabelecido com base num conjunto de factos que demonstrem que os operadores económicos realizaram operações puramente formais ou artificiais desprovidas de qualquer justificação económica e comercial com o objetivo essencial de beneficiar indevidamente da isenção de retenção na fonte prevista na Diretiva Mãe-Filhas.

Finalmente, e no entender do TJUE, cumpre frisar que, não cabe à autoridade nacional identificar o beneficiário efetivo dos dividendos, mas sim demonstrar que o suposto beneficiário efetivo é apenas uma sociedade interposta por intermédio da qual foi cometido um abuso de direito.

4. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TJUE - DIRETIVA SOBRE OS JUROS E ROYALTIES

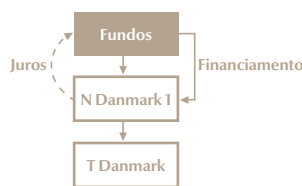
4.1. CASO C-115/16

O caso C-115/16 tem por base a mesma factualidade do caso C-116/16 acima referido.

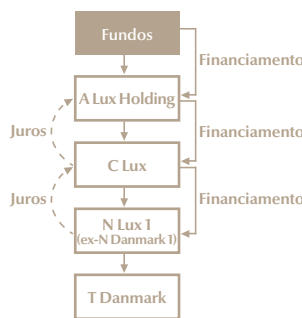
Conforme explicado, tendo em vista a aquisição da T Danmark, vários fundos de investimento não residentes na União Europeia, constituíram uma sociedade dinamarquesa, a N Danmark 1, a qual foi capitalizada através de empréstimos (sob a modalidade de *Preferred Equity Certificates*) e aumentos de capital com origem nos referidos fundos (**Desenho 5**).

Após a reestruturação do grupo, foi constituída uma montagem do tipo *back-to-back* no âmbito da qual a sociedade N Danmark 1 (mais tarde domiciliada para o Luxemburgo, passando a denominar-se N Luxembourg 1) pagou juros à sociedade a C Luxembourg, a qual por sua vez pagava juros à Luxembourg Holding, que os remunerava, por sua vez, aos fundos (**Desenho 6**).

Graficamente a evolução da estrutura de detenção poderá ser representada do seguinte modo:



Desenho 5



Desenho 6

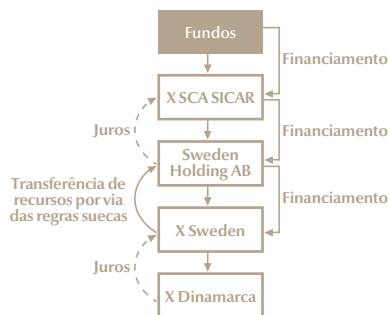
4.2. CASO C-118/16

Em 2015, o Grupo X foi adquirido por fundos de investimento, tendo constituído a X SCA SICAR, domiciliada no Luxemburgo, sendo esta última explorada como *société en commandite par actions* (SCA) com a qualidade de *société d'investissement en capital à risque* (SICAR).

A referida X SCA detinha como ativos, (i) 100% do capital social da sociedade sueca X Sweden Holding AB, e (ii) uma posição credora sobre a mesma resultante de um empréstimo concedido à mesma. Para além destes ativos, a X SCA SICAR não exercia qualquer atividade.

Por sua vez, a X Sweden Holding AB detinha 97,5% do capital de uma outra subsidiária sueca, X Sweden, cuja atividade consistia no registo de produtos e na realização de tarefas administrativas relativas a ensaios clínicos (Desenho 7).

Graficamente a estrutura relevante poderá ser representada do seguinte modo:



Desenho 7

Segundo os dados reportados no acórdão, as demonstrações financeiras da X Sweden referentes aos exercícios de 2007 a 2009 evidenciavam duas rubricas principais de receitas, a saber, “juros e rubricas de resultados semelhantes” e “outras receitas”, sendo que, no caso dos juros auferidos, os mesmos tiveram como única fonte os juros pagos pela sociedade X Dinamarca, fruto de um empréstimo concedido pela X Sweden.

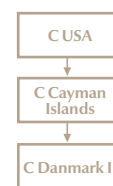
Durante os exercícios de 2007 a 2009, os juros auferidos pela X Sweden representaram, respetivamente, 98,1%, 97,8% e 98% das receitas totais da X Sweden, representando as outras receitas 1,9%, 2,2% e 2%, tendo tais juros sido tidos em conta no cálculo do rendimento tributável da X Sweden. A X Sweden, durante esses anos, efetuou, em conformidade com as regras aplicáveis na Suécia, ao ajustamento dos rendimentos para efeitos fiscais no âmbito de um grupo, mediante a transferência dos rendimentos com origem na Dinamarca, a favor da sua sociedade mãe, a X Sweden Holding AB, permitindo-lhe, assim, deduzir para efeitos fiscais tais montantes aos juros pagos pela X Dinamarca.

4.3. CASO C-119/16

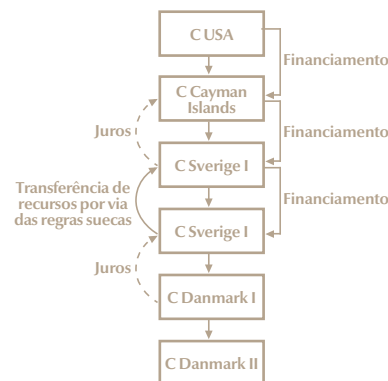
Como resulta da decisão de reenvio, a C USA, domiciliada nos Estados Unidos da América, detém a C Cayman Islands, a qual, até final de 2004, era detentora da sociedade C Danmark II, estabelecida na Dinamarca, sociedade mãe de topo de um grupo de sociedades (Desenho 8).

Entretanto, o grupo procedeu a uma reestruturação no âmbito da qual duas sociedades suecas, a C Sverige I e a C Sverige II, bem como uma sociedade dinamarquesa, a C Danmark I, foram introduzidas entre a Cayman Islands e a C Danmark II. Desde 1 de janeiro de 2005, a C Danmark I tornou-se a sociedade mãe de topo da parte dinamarquesa do grupo americano, cuja sociedade de topo é a C USA.

No contexto da referida reestruturação, a sociedade C Cayman Islands concedeu dois empréstimos a favor da C Sverige I, a qual, por sua vez concedeu dois outros empréstimos a favor da C Sverige II que os repassou a favor da C Danmark I. Entretanto, e como garantia dos financiamentos, foram contratadas garantias entre as várias entidades por montantes e condições semelhantes (Desenho 9).



Desenho 8



Desenho 9

Em resultado do exposto, a sociedade C Sverige II transferiu, a favor da C Sverige I, utilizando as normas suecas relativas às transferências intragrupo, os juros recebidos da C Danmark I, ao passo que a C Sverige I retransferiu os fundos para a C Cayman Islands. Como não existia na Suécia tributação sobre os rendimentos líquidos tributáveis, os pagamentos de juros que cabiam à C Danmark I foram, assim, integralmente transferidos para a C Cayman Islands através das sociedades suecas.

4.4. CASO C-229/16

Em 2005, parte do capital social da sociedade industrial dinamarquesa Z Denmark foi adquirido por cinco fundos de investimento, sediados em Jersey, sendo que a maioria dos investidores eram residentes fiscais na União Europeia e fora dela.

Após a referida aquisição, mas ainda em 2005, um dos fundos (denominado por “A Fund n.º 5”) financiou a Z Denmark, mediante um juro remunerado de 9% ao ano (Desenho 10).

Em 28 de abril de 2006, o “A Fund n.º 5” cedeu a totalidade do seu crédito sobre a Z Denmark a favor da sociedade Z Luxembourg, uma sociedade por si criada no mesmo dia no Luxemburgo.

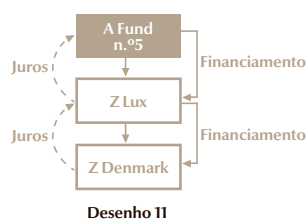
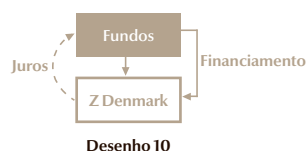
A operação de cessão foi completada com a concessão pelo “A Fund n.º 5” à Z Luxembourg de um empréstimo do mesmo valor, mas remunerado à taxa de 9,875%.

Em 21 de junho de 2006, o “A Fund n.º 5” cedeu as suas ações na Z Denmark à Z Luxembourg (**Desenho 10**).

Segundo os dados disponíveis, a Z Luxembourg não tinha outra atividade além de deter as ações na sociedade Z Denmark.

Em 1 de novembro de 2007, a Z Denmark reembolsou o empréstimo concedido pelo “A Fund n.º 5”, acrescido dos juros devidos. No mesmo dia, a Z Luxembourg pagou ao “A Fund n.º 5” a sua dívida, constituída pelo capital e pelos juros.

Graficamente a evolução da estrutura de detenção poderá ser representada do seguinte modo:



4.5. QUESTÕES APRECIADAS PELO TJUE

As questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais intervenientes em cada um dos casos têm por objeto dois temas principais, a saber:

- O primeiro é relativo ao conceito de “beneficiário efetivo”, na aceção da Diretiva sobre os Juros e Royalties, bem como à existência de uma base jurídica suscetível que permita a um Estado membro recusar, pelo facto de ter sido cometido um abuso de direito, o benefício da isenção de tributação, a uma sociedade que paga juros a uma entidade estabelecida noutro Estado-membro.

- Na medida em que exista tal base jurídica, o segundo tema tem por objeto os elementos constitutivos de um eventual abuso de direito e as modalidades de prova correspondentes.

No entender do TJUE, o conceito de beneficiário efetivo dos juros, na aceção da Diretiva sobre os Juros e Royalties, deve ser interpretado no sentido de que designa uma entidade que beneficia realmente dos juros de créditos de qualquer natureza que lhe são pagos.

Neste contexto, só será considerada beneficiário dos juros ou dos royalties a entidade que os receber por conta própria, e não como representante, por exemplo como administrador fiduciário ou signatário autorizado de outra pessoa.

Além do mais, e como assinala o TJUE, descontadas as distintas versões linguísticas adotadas nas respetivas legislações nacionais por vários dos Estados-membros, o conceito de “beneficiário” não visa caracterizar um qualquer beneficiário formal dos rendimentos, mas sim a entidade que beneficia economicamente dos juros auferidos e dispõe assim da faculdade de determinar livremente a sua afetação.

Neste contexto, só será considerada beneficiário dos juros ou dos royalties a entidade que os receber por conta própria, e não como representante.

Por outro, e conforme bem sublinhado pelo TJUE, na medida em que a Proposta inicial de Diretiva sobre os Juros e Royalties tem por fonte o artigo 11.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE de 1996 e prossegue o mesmo objetivo, a saber, evitar a dupla tributação jurídica internacional, o conceito de “beneficiário efetivo” deve ser interpretado e preenchido tendo por base as convenções bilaterais baseadas neste modelo, bem como as alterações sucessivas operadas ao referido Modelo e aos respetivos comentários. Neste ponto, gostaríamos de sublinhar que o TJUE adotou um entendimento distinto daquele perfilhado pela Advogada-Geral Kokott, a qual tinha tomado a posição de que o Modelo de Convenção Fiscal da OCDE e os seus comentários não deveriam relevar para efeitos da interpretação do conceito de “beneficiário efetivo”.

Na esteira da posição do TJUE, e como resulta da evolução do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE e dos respetivos comentários, a ponderação da utilização legítima de sociedades interpostas à luz do conceito de “beneficiário efetivo” deve ser prosseguida, não de modo literal, mas visando prevenir o combate à fraude e a evasão fiscal quando esteja em causa a não dupla tributação dos rendimentos.

Neste contexto, o TJUE teve o cuidado de esclarecer que, a mera circunstância de a sociedade que recebe os juros num Estado-membro não ser o “beneficiário efetivo” desses juros não significa necessariamente que a isenção de tributação prevista na Diretiva não seja aplicável. Com efeito, é concebível que os referidos juros sejam isentos a esse título, no Estado da fonte, quando a sociedade que os recebe transfere o respetivo montante para um beneficiário efetivo, desde que o mesmo se encontre estabelecido na União Europeia e que preencha cumulativamente todos os requisitos estabelecidos na Diretiva sobre os Juros e Royalties.

João Magalhães Ramalho
Dinis Tracana

A presente Informação Fiscal destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Informação Fiscal não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto pode contactar **João Magalhães Ramalho (jmr@plmj.pt)** ou a **Equipa PLMJ Fiscal (arfis@plmj.pt)**.

Melhor Sociedade de Advogados no Serviço ao Cliente
Chambers European Awards 2018

Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano
Who's Who Legal 2017-2015, 2011-2006
The Lawyer European Awards 2015, 2012
Chambers European Excellence Awards 2014, 2012, 2009

Top 50 - Sociedades de Advogados mais Inovadoras da Europa
Financial Times - Innovative Lawyers Awards 2017-2011