

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

Direito Fiscal Internacional e Europeu e Jurisprudência do TJUE

PL
MJ

40 ANOS
CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Orador

Dinis Tracana

Data

Lisboa, 28 Junho 2019

- Desde a origem da Comunidade Económica Europeia (mais tarde: União Europeia), o foco das instituições passava pela criação de condições que fomentassem o crescimento do mercado interno, nomeadamente através da eliminação de restrições ou obstáculos ao seu funcionamento.
 - A dupla tributação (jurídica e económica) foi desde cedo identificada como sendo um desses obstáculos.
 - Para além da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, foram ainda progressivamente adotadas diversas diretivas com a finalidade de eliminar a referida dupla tributação.
- Com a introdução de diversos mecanismos para eliminar a dupla tributação, vieram também as estruturas mais agressivas por parte dos contribuintes.
 - O foco mais recente da OCDE e da União Europeia tem sido, assim, o de evitar situações de dupla não-tributação.

As duas faces da dupla tributação na UE

Direito Primário

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

- A tributação direta mantém-se na esfera de competência dos Estados-Membros, que podem assim exercer livremente a sua jurisdição tributária.
- O fenómeno da dupla tributação (jurídica e económica) surge, assim, do exercício simultâneo de jurisdições tributárias por dois ou mais Estados-Membros.
 - O Direito Europeu não impõe aos Estados-Membros, por esse motivo, uma obrigação *tout court* de eliminar a dupla tributação jurídica ou económica.
- Em todo o caso, sempre que os Estados-Membros eliminem a dupla tributação em situações puramente domésticas, deverão também fazê-lo em situações transfronteiriças sempre que exista um tratamento discriminatório.

As duas faces da dupla tributação na UE

Direito Secundário

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

- Ao nível do Direito Secundário, existem vários instrumentos jurídicos que visam a eliminação da dupla tributação (jurídica e/ou económica) num conjunto específico de situações:
 - Diretiva Mães-Filhas: visa a eliminação da dupla tributação jurídica (através de isenção de retenção na fonte) e económica (através de isenção / crédito indireto ao nível do beneficiário do rendimento) de dividendos.
 - Diretiva Juros & Royalties: visa apenas a eliminação da dupla tributação jurídica (através da isenção de retenção na fonte) de pagamentos de juros e royalties dentro da União Europeia.
 - Convenção de Arbitragem: visa a eliminação da dupla tributação económica nos casos de ajustamentos de preços de transferência.

O reverso da medalha: dupla não-tributação

Desenvolvimentos recentes

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

- Alterações à Diretiva Mães-Filhas:
 - Impõe obrigação de tributação no Estado-Membro da sociedade-mãe quando os dividendos sejam uma despesa dedutível ao nível da entidade distribuidora de dividendos.
- Diretiva Anti-Elisão Fiscal I & II (*Anti Tax Avoidance Directive*):
 - Introduce um conjunto vasto de regras destinadas a eliminar as situações de dupla não-tributação resultantes das assimetrias híbridas e assimetrias híbridas inversas.
- Auxílios de Estado: decisões da Comissão Europeia
 - A Comissão Europeia tem vindo a atacar diversas estruturas internacionais com fundamento na concessão de auxílios de Estado ilegais.
 - No caso Comissão vs Luxemburgo (*McDonald's*), o problema da estrutura era precisamente a (dupla) não-tributação de rendimentos no Luxemburgo e nos Estados Unidos. A Comissão Europeia acabou por decidir, a final, que não existia auxílio de Estado ilegal não obstante a dupla não-tributação.

Eliminação da dupla não-tributação: dividendos

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

A abordagem do Tribunal de Justiça da União Europeia

- A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia aborda a tributação transfronteiriça de duas perspetivas diferentes (mesmo em cenários puramente domésticos): (i) tributação como Estado da Fonte: retenção na fonte na distribuição de dividendos; (ii) tributação como Estado da Residência: determinação do imposto a pagar ao nível da sociedade beneficiária dos dividendos.
- Eliminação da dupla tributação económica:
 - *Inbound & Outbound*: Não existe obrigação de eliminar a dupla tributação económica. Porém, se num cenário puramente doméstico houver eliminação de dupla tributação económica, tal regra deverá ser aplicável em pagamentos que ocorram dentro da UE.
- Eliminação da dupla tributação jurídica:
 - *Inbound*: não existe nunca obrigação de eliminação de dupla tributação jurídica >> não se trata de discriminação, mas sim disparidade: exercício paralelo de duas jurisdições soberanas delineando o objeto de tributação dos seus residentes (Estado da Residência) e dos não-residentes (Estado da Fonte).
 - *Outbound*: obrigação de eliminação de dupla tributação quando seja discriminatório.

Eliminação da dupla não-tributação: dividendos

Dividendos *inbound* – dupla tributação económica

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

- Na eliminação da dupla tributação económica em dividendos *inbound*, o Estado-Membro está a exercer o seu poder tributário como Estado da Residência:
 - Quando se tributam os dividendos de fonte doméstica e estrangeira, não existe diferença de tratamento com base na fonte do rendimento.
 - Os Estados-Membros devem, assim, conceder aos dividendos pagos por sociedades não-residentes as mesmas vantagens que concedem aos dividendos pagos por sociedades residentes.
- Quando seja aplicado o método da imputação, os Estados-Membros não são obrigados a reembolsar um eventual excesso de crédito quando a taxa de IRC pago pela sociedade não-residente seja superior à taxa de imposto no Estado da Residência >> C-446/04 *FII GLO*, p. 52; C-436/08 e C-437/08 *Haribo*, p. 88.
- A aplicação de diferentes métodos em consoante a origem dos rendimentos não é discriminatória desde que tais métodos sejam equivalentes (ou seja, que os rendimentos de fonte estrangeira não sejam sujeitos a tributação mais elevada) >> C-446/04 *FII GLO*, pp. 48 e 57; C-436/08 e C-437/08 *Haribo*, p. 86; C-35/11 *FII GLO 2*, pp. 42 a 53.

Eliminação da dupla não-tributação: dividendos

Dupla tributação jurídica e econômica num contexto europeu: o caso dos dividendos

Dividendos *inbound* – dupla tributação jurídica

- A dupla tributação jurídica nasce do exercício simultâneo do poder tributário dos Estados da Fonte e da Residência
- O TFUE não contém nenhuma regra que priorize o poder tributário de um Estado-Membro sobre o outro. Por esse motivo, o Estado-Membro de residência do acionista não é obrigado a eliminar dupla tributação jurídica em cenários transfronteiriços, mesmo que o faça em casos puramente domésticos >> C-128/08 *Damseaux*, pp. 32-34
 - A aplicação desta norma não resultava clara dos casos C-513/04 *Kerckhaert-Morres* e C-128/08 *Damseaux*, na medida em que a lei belga não concedia crédito de imposto em cenário doméstico ou transfronteiriço.
 - Porém, a aplicabilidade geral daquela conclusão foi confirmada nos Casos C-436/08 e C-437/08 *Haribo*, p. 171 >> o tratamento menos favorável resulta do exercício paralelo da jurisdição tributária (disparidade) e não de tratamento discriminatório.
- Em qualquer caso, a tributação de dividendos de fonte estrangeira não pode ser menos favorável do que dividendos de fonte nacional (e.g.: taxas diferentes).

Eliminação da dupla não-tributação: dividendos

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

Dividendos *outbound* – dupla tributação jurídica e económica

- A eliminação da dupla tributação económica e jurídica nos dividendos à saída pressupõe o exercício do poder tributário como Estado da Fonte. O acionista não-residente não pode, assim, estar sujeito a um tratamento menos favorável:
 - Estados-Membros que concedam um crédito, correspondente a 50% do IRC pago pela sociedade distribuidora, a acionistas residentes, devem conceder esse mesmo crédito a acionistas não-residentes >> C-270/83 *Avoir Fiscal*, pp. 19 e 20.
 - Acionistas não-residentes podem estar sujeitos a um tratamento diferente em comparação com acionistas residentes, desde que não sejam tributados de forma menos favorável tendo por referência a mesma base tributável >> C-265/04 *Bouanich*, pp. 52-56.
 - Isenções de retenção na fonte puramente domésticas têm que ser aplicáveis também a acionistas não-residentes >> C-170/05 *Denkavit France*, pp. 27-29; C-379/05 *Amurta*, p. 39; C-303/07 *Aberdeen Property*, p. 44.
 - As taxas de retenção na fonte aplicáveis a acionistas não-residentes não podem ser mais elevados do que as aplicadas a residentes >> C-521/07 *Comissão vs Países Baixos*, pp. 37-39; C-540/07 *Comissão vs Itália*, pp. 33, 61; C-487/08 *Comissão vs Espanha*, pp. 42, 43, 50.

Eliminação da dupla não-tributação: dividendos

Dupla tributação jurídica e econômica num contexto europeu: o caso dos dividendos

Outros temas relevantes

- Nas situações *outbound*, o grande tema é determinar em que casos há comparabilidade entre acionistas residentes e não-residentes:
 - Qual o relevo de uma entidade ser fiscalmente transparente?
 - Qual a importância da sujeição a supervisão no Estado de residência?
 - C-493/09 Comissão vs Portugal, p. 46: os acionistas não-residentes devem ter a oportunidade de demonstrar que estão numa situação comparável de um ponto de vista regulatório
 - C-190/12 Emerging Markets, p. 67: diferenças regulatórias não devem ser relevantes sob pena de se retirar o efeito prático da aplicação da livre circulação de capitais.
 - Qual o padrão mínimo de troca (efetiva?) de informações que deve ser considerado suficiente?
 - Pode um Estado tomar em consideração o efeito das CDTs (*neutralization effect*)?
 - Quando deve ser permitida a dedução de despesas?

O exemplo português

Problemas por resolver?

Dupla tributação jurídica e económica num contexto europeu: o caso dos dividendos

- Tratamento discriminatório de fundos de investimento não-residentes?
 - Dividendos distribuídos a fundos portugueses: 0%
 - Dividendos distribuídos a fundos estrangeiros: 25% / 35%
- Tratamento discriminatório de instituições financeiras não-residentes?
 - Juros pagos a instituições financeiras portuguesas: 0%
 - Juros pagos a instituições financeiras não-residentes: 25% / 35%
- Isenção de mais-valias na venda de partes sociais de entidades cujo ativo seja constituído em mais de 50% por imóveis em Portugal: tratamento discriminatório resultante dos diferentes critérios dos artigos 51.º-C CIRC e 27.º do EBF?

Obrigado

Dinis Tracana

Associado Sénior, Direito Fiscal & Patrimónios Familiares

dinis.tracana@plmj.pt