

Processo C-537/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

21 de outubro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

18 de dezembro de 2019

Demandante e recorrente em «Revision»:

L Fund

Demandado e recorrido:

Finanzamt D

Objeto do processo principal

Fundos especiais de investimento imobiliário – Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas – Distinção entre fundos especiais de investimento nacionais e estrangeiros – Isenção do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas aplicável apenas aos fundos especiais de investimento imobiliário nacionais – Diferença de tratamento – Justificação

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

Questão prejudicial

Opõe-se o artigo 56.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (atual artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) à regulamentação de um Estado-Membro que isenta do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas os fundos especiais de investimento imobiliário nacionais

exclusivamente subscritos por investidores estrangeiros, enquanto os fundos especiais de investimento imobiliário estrangeiros exclusivamente subscritos por investidores estrangeiros estão sujeitos a uma obrigação fiscal limitada em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no que respeita aos rendimentos locativos obtidos em território nacional?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 63.º TFUE

Disposições de direito nacional invocadas

Körperschaftsteuergesetz (Lei relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, a seguir «KStG»), em especial § 1, n.º 1, ponto 5, e § 2, ponto 1;

Investmentsteuergesetz von 2004 (Lei relativa à tributação dos investimentos de 2004, a seguir «InvStG 2004»), em especial § 4, n.º 2, sétimo período, § 11, n.º 1, primeiro e segundo períodos, § 15, n.º 2, segundo período.

Luxemburgisches Gesetz vom 13. Februar 2007 über spezialisierte Investmentfonds (Lei luxemburguesa de 13 de fevereiro de 2007 relativa aos fundos especiais de investimento)

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O demandante é um fundo comum de investimento (fonds commun de placement) sob a forma de um fundo especial de investimento (fonds d'investissement spécialisé) constituído em 2008 ao abrigo da Lei luxemburguesa de 13 de fevereiro de 2007 relativa aos fundos especiais de investimento e que está sujeito à supervisão da Commission de Surveillance du Secteur Financier (Comissão de Supervisão do Setor Financeiro, a seguir «CSSF»). O demandante não tem sede social nem direção comercial na Alemanha.
- 2 Um fundo especial de investimento é um conjunto indiviso de bens aprovado pela CSSF, estruturados segundo o princípio da repartição do risco e administrados por uma sociedade gestora por conta dos investidores. A responsabilidade dos investidores está limitada à sua participação e os direitos dos investidores são representados pelas suas unidades de participação (v. artigo 4.º da Lei luxemburguesa de 13 de fevereiro de 2007 relativa aos fundos especiais de investimento). Este tipo de fundos não tem personalidade jurídica própria.
- 3 Enquanto fundo especial de investimento, o demandante não está sujeito a tributação no Luxemburgo, à exceção do imposto sobre as transações de capitais a pagar pelas sociedades civis e pelas sociedades comerciais e do imposto de subscrição previsto no artigo 68.º da Lei luxemburguesa de 13 de fevereiro de 2007 relativa aos fundos especiais de investimento. As distribuições de dividendos

levadas a cabo pelo demandante não estão sujeitas a qualquer tributação na fonte no Luxemburgo e não são tributadas em caso de não residentes (v. artigo 66.º da Lei luxemburguesa de 13 de fevereiro de 2007 relativa aos fundos especiais de investimento).

- 4 O demandante foi constituído, como fundo imobiliário fechado sem cotação em bolsa, inicialmente por um período de dez anos.
- 5 Em caso de extinção do demandante, procede-se à liquidação de todos os investimentos imobiliários que ainda não tenham sido liquidados e o produto da venda é distribuído pelos participantes. A sociedade gestora não pode distribuir aos participantes, no todo ou em parte, a carteira do fundo sob a forma de distribuição em espécie. Aos participantes também não assiste, portanto, o direito a uma distribuição em espécie. Antes de decorrido o prazo contratual do demandante, os participantes não podem pedir o resgate das unidades de participação.
- 6 O demandante possui dois investidores institucionais que não têm nem a sua sede social nem a sua direção comercial na Alemanha. O fundo é gerido por uma sociedade gestora. Trata-se de uma sociedade de responsabilidade limitada com sede no Luxemburgo, constituída em 25 de março de 2008 ao abrigo do direito luxemburguês e inscrita no registo comercial luxemburguês que obteve a autorização da CSSF. A sociedade de gestão tem por objeto a constituição, a administração e a gestão do fundo.
- 7 Por contrato celebrado em 31 de março de 2008 e 1 de abril de 2008, a sociedade gestora adquiriu uma carteira de bens imóveis em nome próprio, mas agindo na qualidade de sociedade gestora por conta do fundo. Em concreto, estão em causa 1 241 imóveis na Alemanha, dados em arrendamento após a aquisição e, posteriormente, parcialmente vendidos.
- 8 Entre 2008 e 2010, o demandante auferiu rendimentos a título do arrendamento e da alienação de alguns desses imóveis.
- 9 Em julho de 2013, o demandante apresentou declarações de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas relativas aos períodos de 2008 a 2010, tendo-se considerado sujeito a uma obrigação fiscal limitada. Em simultâneo, indicou todavia que, segundo a sua interpretação do regime jurídico, não estava sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas alemão.
- 10 Em contrapartida, o demandado considerou que existia uma obrigação fiscal limitada e liquidou imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Chamado a pronunciar-se, por Acórdão de 20 de abril de 2017, o Finanzgericht Münster (Tribunal Tributário de Münster) julgou o pedido improcedente e confirmou o entendimento jurídico do Finanzamt. O demandante interpôs então recurso de «Revision» no Bundesfinanzhof (Tribunal Tributário Federal).

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 11 Segundo o direito nacional, o recurso de «Revision» é desprovido de fundamento. O órgão jurisdicional de reenvio tece, primeiramente, algumas considerações relativas à tributação de fundos de investimento estrangeiros e esclarece que os fundos de investimentos estrangeiros só estão sujeitos a tributação em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas – limitada ou ilimitada – quando, de acordo com a sua estrutura económica e jurídica e independentemente de uma eventual personalidade jurídica estrangeira correspondam a um sujeito passivo de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas alemão. Segundo jurisprudência constante do órgão jurisdicional de reenvio, os fundos de investimento constituem «outro património de afetação específica de direito privado», na aceção do § 1, n.º 1, ponto 5, da KStG, e estão sujeitos, consoante a sua sede social ou local da sua direção comercial, a uma obrigação fiscal a título de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas ilimitada ou limitada.
- 12 Para efeitos tributários, a legislação fiscal nacional opera uma distinção entre fundos estrangeiros os fundos nacionais, bem como entre fundos abertos e fundos especiais.
- 13 A tributação de um fundo nacional é regulada pela Lei relativa à tributação dos investimentos. Caracteriza-se, de um modo geral, pelo facto de o fundo ser considerado um património de afetação específica na aceção do § 1, n.º 1, ponto 5, da KStG e, portanto, um sujeito passivo do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, mas que está isento do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas enquanto sujeito passivo do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (§ 11, n.º 1, primeiro período, e § 2 da InvStG 2004). Esta isenção está sistematicamente ligada à tributação dos investidores. Com a isenção fiscal do fundo e a correlativa tributação dos investidores é concretizado o denominado princípio da transparência, segundo o qual há lugar a um encargo fiscal único ao nível do investidor. A este respeito, o investidor em fundos é tratado como um investidor direto. A fim de assegurar a tributação dos investidores, é efetuada uma retenção na fonte ao nível do fundo (§ 7 da InvStG 2004).
- 14 Na tributação de um fundo especial, o legislador segue igualmente o princípio da transparência. Em consequência, o fundo especial nacional está isento do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas por força do § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG de 2004, e a tributação tem lugar ao nível dos investidores. O fundo especial distingue-se do fundo aberto na medida em que, no caso deste último, está envolvido um número indeterminado de diferentes investidores, ao passo que, no fundo especial, os investidores só podem ser pessoas coletivas (os denominados investidores institucionais). Frequentemente, os fundos especiais têm apenas um ou muito poucos investidores institucionais que podem influenciar efetivamente as decisões de investimento.
- 15 Do mesmo modo, no caso de um fundo especial de investimento imobiliário nacional, a tributação dos rendimentos prediais também não se dá ao nível do

fundo, mas ao nível dos investidores. Assim, o legislador também consagrou, no domínio dos fundos especiais de investimento imobiliário, o princípio da transparência. Quando o fundo especial de investimento imobiliário tem investidores estrangeiros, os rendimentos locativos nacionais do fundo são diretamente (proporcionalmente) imputados aos investidores estrangeiros enquanto rendimentos próprios e sujeitos a uma obrigação fiscal limitada. A fim de assegurar a tributação dos investidores estrangeiros existe, ao nível do fundo, uma obrigação de retenção na fonte (§ 15, n.º 2, quarto período, da InvStG 2004). Através do princípio da transparência e da obrigação de efetuar uma retenção na fonte, o legislador alemão assegura o seu poder tributário sobre os rendimentos de imóveis nacionais na sua qualidade de Estado da situação do imóvel.

- 16 O princípio da transparência foi consagrado pelo legislador para combater a obtenção de vantagens fiscais injustificadas por parte dos (grandes) investidores estrangeiros no setor imobiliário. Com efeito, esses investidores estariam, nomeadamente, no caso de um investimento direto em imóveis situados no território nacional, sujeitos a uma obrigação fiscal limitada. Poderiam eludir essa obrigação fiscal sem grandes dificuldades por meio de um investimento através de um fundo especial de investimento imobiliário.
- 17 Por conseguinte, um fundo especial de investimento imobiliário estrangeiro não está isento do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (§ 11, n.º 1, segundo período, da InvStG 2004). A aplicação direta desta isenção ao demandante está fora de questão perante a sua redação clara, segundo a qual só os fundos de investimento nacionais estão isentos do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. Uma aplicação analógica do § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG de 2004 está excluída devido à inexistência de uma lacuna jurídica. O legislador estabeleceu intencionalmente uma distinção entre os fundos de investimento nacionais e os fundos de investimento estrangeiros.
- 18 Este regime leva a que o fundo especial de investimento imobiliário estrangeiro seja, ele próprio, tributado sobre os seus rendimentos locativos relativos a imóveis situados na Alemanha. De resto, não há lugar a uma tributação dos investidores estrangeiros do fundo especial de investimento imobiliário estrangeiro – nem, portanto, uma dupla tributação dos rendimentos locativos – dado que as disposições nacionais aplicáveis no processo principal não preveem nenhuma obrigação fiscal para os investidores estrangeiros do fundo especial de investimento imobiliário relativamente aos dividendos resultantes de distribuições do fundo.
- 19 No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se a exclusão do demandante da isenção fiscal prevista no § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG 2004 é compatível com o direito da União e, em especial, com a livre circulação de capitais (artigo 63.º TFUE).
- 20 Faz referência aos Acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286),

de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249), e de 21 de junho de 2018, *Fidelity Funds e o.* (C-480/16, EU:C:2018:480), embora não os considere pertinentes aqui. Com efeito, no caso em apreço, através nomeadamente da imposição de uma obrigação fiscal limitada a título do imposto sobre os rendimentos das pessoas coletivas sobre os rendimentos locativos recebidos pelo demandante é assegurada a tributação única desses rendimentos por um imposto nacional sobre as rendas, em conformidade com o princípio da situação do imóvel habitualmente aplicado à escala internacional. No caso de um fundo especial de investimento imobiliário nacional comparável, a tributação única dos rendimentos locativos nacionais é assegurada pela tributação limitada dos investidores a título do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. De este modo, o investimento imobiliário fica sujeito, em rigor, à mesma carga fiscal e cabe perguntar se a não concessão da isenção fiscal prevista no § 11, n.º 1, segundo período, da *InvStG 2004* dissuade efetivamente os fundos não residentes de investir em bens imóveis nacionais.

- 21 Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio considera que é pouco provável que os investidores nacionais sejam efetivamente dissuadidos de adquirir participações em fundos não isentos que estejam sujeitos a uma obrigação fiscal limitada a título do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. É certo que, para este grupo de investidores, à carga fiscal ao nível do fundo estrangeiro parcialmente sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas acresceria o imposto sobre o rendimento dos investidores, sujeitos ilimitadamente ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, quando beneficiassem de uma distribuição de dividendos. No entanto, esta dupla tributação é eliminada pela possibilidade de imputação prevista no § 4, n.º 2, sétimo período, da *InvStG 2004*. O mais relevante é o facto de um fundo aberto se distinguir claramente de um fundo especial. Neste último caso, só um círculo restrito de investidores institucionais, ou mesmo apenas um único investidor, utiliza esse fundo como veículo para o seu projeto de investimento num determinado bem. Perante tal exclusividade do círculo de investidores, a tomada em consideração de potenciais investidores institucionais nacionais na apreciação de uma restrição à liberdade fundamental poderá parecer uma possibilidade puramente teórica e, portanto, negligenciável.
- 22 De resto, coloca-se a questão de saber se a diferença de tratamento instituída pelo § 11, n.º 1, primeiro e segundo períodos, da *InvStG* de 2004 afeta situações objetivamente comparáveis. Na jurisprudência acima referida, o Tribunal de Justiça, ao apreciar a comparabilidade, atendeu apenas ao nível do fundo sem ter em conta a situação fiscal dos investidores e reconheceu a comparabilidade entre os fundos residentes e os fundos não residentes.
- 23 Todavia, o Tribunal de Justiça também declarou que, na apreciação da comparabilidade das situações se deve deixar o nível do fundo e ter excecionalmente em conta a situação fiscal dos investidores quando o regime fiscal subordina a isenção fiscal do fundo à condição de a integralidade dos lucros do fundo serem distribuídos pelos seus detentores de participações com o objetivo

de para efeitos de aproximar a carga fiscal sobre o rendimento dos investimentos gerados por esses fundos da carga fiscal que incide sobre os investimentos realizados diretamente pelos particulares (v. Acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o., C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 40). No caso em apreço, embora o legislador alemão não tenha ficcionado essa distribuição integral, a imputação direta dos rendimentos locativos aos investidores estrangeiros, induzida pelo § 15, n.º 2, segundo período, da InvStG de 2004, e a determinação expressa da sujeição limitada destes rendimentos ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas vai muito além do efeito de uma distribuição integral (fictícia). Reflete, em especial, o facto de a situação fiscal do fundo só ser pertinente na medida em que se trate da sua qualificação como fundo especial de investimento imobiliário, sendo quanto ao resto de atender necessariamente à situação dos investidores. Portanto, como para a tributação dos rendimentos imobiliários não é determinante o nível do fundo, mas sim o nível da residência dos investidores, isso poderia advogar contra uma comparabilidade das situações.

- 24 É igualmente duvidoso que razões imperiosas de interesse geral possam justificar o regime previsto no § 11, n.º 1, da InvStG de 2004. Nos três acórdãos acima referidos, o Tribunal de Justiça considerou que um Estado-Membro que tenha optado por não tributar os fundos residentes beneficiários de dividendos de origem nacional não pode invocar a necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros para justificar a tributação dos fundos não residentes beneficiários de tais rendimentos.
- 25 À primeira vista isto sugere que a isenção fiscal concedida pelo § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG 2004 a fundos residentes não pode ser justificada pela necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros. Todavia, também a este respeito, as particularidades jurídicas e factuais do litígio podem conduzir a uma apreciação diferente.
- 26 Ao recusar a isenção fiscal nos termos do § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG de 2004 e ao basear a sujeição a uma obrigação fiscal limitada em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas dos rendimentos locativos em relação ao demandante enquanto fundo especial de investimento imobiliário não residente, o legislador alemão exerce o seu poder tributário na qualidade de Estado da situação do imóvel. Do mesmo modo, o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) concede ao Estado de situação do imóvel o direito de tributar os rendimentos dos bens imobiliários. A natureza dos rendimentos do fundo desempenhou igualmente um papel importante no exame da justificação nos processos decididos pelo Tribunal de Justiça, na medida em que este referiu que os rendimentos de dividendos recebidos pelo fundo já tinham sido sujeitos a um imposto sobre os rendimentos a título dos lucros da sociedade distribuidora (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 72). Ora, essa carga fiscal prévia não existe no que respeita aos rendimentos locativos recebidos pelo demandante.

- 27 No caso de um fundo estrangeiro com investidores estrangeiros, há que ter em conta o facto de que o poder tributário do Estado da situação do imóvel não pode ser garantido para os rendimentos locativos nacionais sem uma tributação a nível do fundo. Com efeito, um fundo residente pode, nomeadamente, ser obrigado a proceder à retenção na fonte, o que permite garantir a tributação dos investidores estrangeiros; tal não é possível no caso de um fundo não residente. Do mesmo modo, diferentemente do que sucede com os rendimentos provenientes de dividendos, não existe aqui nenhuma carga fiscal (prévia) sobre os rendimentos de rendas.
- 28 Por último, a exclusão do demandante do benefício da isenção fiscal prevista no § 11.º, n.º 1, segundo período, da InvStG de 2004 poderia justificar-se pela necessidade de preservar a coerência do regime fiscal.
- 29 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos fundos, um argumento baseado nessa justificação só pode ser acolhido se existir umnexo direto entre a vantagem fiscal em causa e a compensação dessa vantagem através de uma determinada imposição fiscal, devendo o carácter direto desse nexo ser apreciado à luz do objetivo prosseguido pela regulamentação em causa.
- 30 Tal nexo direto poderia residir, como no caso presente, no facto de a isenção fiscal do fundo especial de investimento imobiliário nacional ser compensada pela tributação direta dos investidores institucionais estrangeiros.
- 31 Em seguida, há que examinar se a recusa em conceder uma isenção fiscal ao fundo especial de investimento imobiliário estrangeiro não vai além do que é necessário para garantir a coerência do sistema alemão de tributação dos investimentos.
- 32 Em caso de transposição destas considerações tecidas pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 84), para o sistema fiscal alemão, seria necessário que os fundos de investimento não residentes que não beneficiam da isenção fiscal nos termos do § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG 2004 e que por esse motivo são devedores de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas alemão, provassem que pagam um imposto equivalente ao imposto sobre os rendimentos das pessoas coletivas alemão. Ora, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, esta prova não pode ser feita num caso como o presente, uma vez que o demandante, enquanto fundo especial de investimento imobiliário luxemburguês no Luxemburgo, não está sujeito a nenhum imposto sobre o rendimento (próprio) nem a uma obrigação de retenção na fonte sobre os seus rendimentos locativos auferidos na Alemanha.
- 33 Por outro lado, no Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 85), o Tribunal de Justiça considerou que recusar o benefício da isenção na fonte dinamarquês a fundos não residentes na Dinamarca conduz a uma tributação em cadeia dos dividendos pagos aos seus

participantes residentes na Dinamarca, o que contraria o objetivo visado pela regulamentação nacional.

- 34 A transpor estas considerações também para as relações com o sistema fiscal alemão, seria determinante que a recusa do benefício da isenção fiscal do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, nos termos do § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG 2004, a fundos não residentes na Alemanha conduzisse a uma tributação em cadeia dos dividendos pagos aos seus participantes residentes na Alemanha. Ora, neste contexto, importa recordar as especificidades jurídicas e factuais do caso em apreço. Por um lado, a possibilidade de imputação prevista no § 4, n.º 2, sétimo período, da InvStG de 2004 elimina o duplo encargo que recai sobre os investidores supostamente nacionais. Por outro lado, embora o demandante esteja, enquanto fundo estrangeiro, excluído da isenção do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas nos termos do § 11, n.º 1, segundo período, da InvStG de 2004, não tem, em contrapartida, nenhum investidor residente na Alemanha que pudesse ficar sujeito a uma tributação em cadeia dos rendimentos imobiliários (primeiro ao nível do fundo e, depois, ao nível dos investidores). A sua atividade enquanto fundo especial fechado também não se destina a atrair esse tipo de investidores. Com efeito, atrás desse tipo de fundos encontra-se tipicamente um número fechado de investidores institucionais com interesses convergentes que utilizam o fundo como um veículo para os seus próprios investimentos.