



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

PORTO

A Ação 7 do BEPS: Questões Pendentes em Matéria de Estabelecimentos Estáveis

Ricardo Quelhas Sousa

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do
Doutor João Félix Nogueira

Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto
Escola de Direito – Mestrado em Direito Fiscal
Porto, 04 de maio de 2016

Agradecimentos

Gostava de deixar o meu profundo agradecimento:

Ao Doutor João Félix Nogueira, por me ter dado a oportunidade de passar um período de investigação no IBFD – International Bureau of Fiscal Documentation e por todo o apoio e atenção ao longo desta jornada. Um agradecimento especial também a todos os investigadores do IBFD que contribuíram para a minha investigação.

À minha família, pelo acompanhamento constante ao longo de todo o meu percurso pessoal e académico e por me ter possibilitado prosseguir o mestrado.

Índice

Lista de abreviaturas	6
1 - Introdução.....	7
1.1 - Breve aproximação ao tema.....	7
1.2 - Objeto	7
1.3 - Sequência	7
2 – A Evolução histórica das limitações à tributação a título de EE.....	9
2.1 – As limitações à tributação a título de EE antes do Modelo da OCDE.....	9
2.2 – Limitações à tributação a título de EE no âmbito da Sociedade das Nações	10
2.3 – O Modelo da OCDE de 1963	10
2.3.1 – O n.º 3 do artigo 5.º.....	10
2.3.2 – Problemas.....	11
2.3.3 – Mudanças introduzidas pela OCDE com a introdução da versão da CM OCDE de 1977	12
2.4 – Conclusões Preliminares.....	13
3 - A lista negativa no Modelo da OCDE <i>de lege lata</i>	14
3.1 – A lista negativa: Generalidades	14
3.1.1 – Contextualização	14
3.1.2 – As alíneas da lista negativa	14
3.1.3 - Atividades de carácter preparatório ou auxiliar	14
3.2 - Atividades preparatórias ou auxiliares vs. atividades principais.....	17
3.2.1 - Atividades essenciais e significativas.....	17
3.2.2 - Identidade do fim	18
3.2.3 - Atividades para a própria sociedade ou com bens ou mercadorias pertencentes à própria sociedade.....	19
3.2.4 – Atividades geralmente principais	20
3.2.5 – Conclusões Preliminares.....	20
3.3 - Sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d)?	20
3.3.1 - Contextualização	20
3.3.2 – Os argumentos	20
3.3.3 - Jurisprudência	23
3.3.4 - A posição da OCDE e a evolução da discussão no seu âmbito.....	24
3.3.5 – Conclusões preliminares.....	28

4 – A lista negativa no Modelo da OCDE pós-BEPS	29
4.1 - A ação 7 do BEPS e a elisão artificial de EE através de atividades preparatórias ou auxiliares	29
4.1.1 – Sobre a elisão artificial através da lista negativa	29
4.1.2 – Sobre a elisão artificial através da fragmentação de operações.....	30
4.1.3 – Conclusões Preliminares	32
4.2 – Alternativa proposta: Sujeitar a tributação no Estado da fonte a um patamar de lucros brutos.....	35
4.2.1 - Contextualização	35
4.2.2 - Vantagens.....	36
4.2.3 - Problemas	38
5 – Atividades preparatórias ou auxiliares em Portugal	40
5.1 – No direito interno	40
5.1.1 – O n.º 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n. 579/70 de 24 de novembro	40
5.1.2 – Os n.ºs 5, 6 e 7 do artigo 4.º do CIRC de 1988	41
5.1.3 – A revisão ao CIRC de 2001	42
5.2 – Nas Convenções de Dupla Tributação celebradas	43
5.3 – Conclusões Preliminares.....	44
Conclusões	45
Bibliografia	47

Lista de abreviaturas

AI	Alemanha
Bél	Bélgica
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BFH	Bundesfinanzhof
Bull.	Bulletin
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CDT's	Convenções de Dupla Tributação
CIRC	Código do IRC
CM	Convenção Modelo
CPAF	Centro de Política e Administração Fiscal
EE	Estabelecimento Estável
EE's	Estabelecimentos Estáveis
eds.	editores
et al.	<i>et alii</i>
UE	União Europeia
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
Intl.	International
n.º	número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OECE	Organização Europeia para a Cooperação Económica
ONU	Organização das Nações Unidas
pág.	página
págs.	páginas
par.	parágrafo
pars.	parágrafos
Ru	Rússia
sec.	secção
Taxn.	Taxation

1 - Introdução

1.1 - Breve aproximação ao tema

Nos dias que correm, os negócios desenvolvem-se numa escala global. Tal cenário permite a certas sociedades ter vantagens fiscais, derivadas do aproveitamento (por vezes excessivo) das disparidades que se geram devido à interação dos diversos ordenamentos fiscais. Certas multinacionais implementam estratégias de planeamento fiscal (agressivo) com vista a deslocar os seus lucros para jurisdições de tributação baixa ou nula, erodindo a base tributável dos países em que a riqueza é gerada.

É neste contexto que surge o plano BEPS. Aprovado em julho de 2013, esta iniciativa conjunta do G20 e da OCDE visa conceder aos diversos Governos instrumentos domésticos e internacionais eficazes para combater o fenómeno do planeamento fiscal agressivo. Neste projeto encontram-se 15 ações diferentes, destinadas a combater diferentes facetas desse planeamento. O presente estudo centra-se nas questões subjacentes à ação 7 do BEPS (Prevenção da Erosão do conceito de EE).

Uma vez que Portugal segue de perto o Modelo da OCDE nas suas CDT's (e até em algumas disposições de direito interno), o plano BEPS, em geral, e as questões subjacentes à ação 7, em particular, são de grande relevância no contexto português. Este estudo irá, por isso, versar igualmente sobre as CDT's celebradas por Portugal e o direito interno português e analisar se as soluções atualmente avançadas pelo Estado português são as mais indicadas.

1.2 - Objeto

A nossa tese tem por objeto o segundo dos pontos mencionados na ação 7, ou seja, erosão artificial através de isenção de atividades específicas. Pretendemos fazer uma análise crítica e reflexiva das propostas da OCDE, verificar se as mesmas dão resposta aos problemas identificados e compreender se o legislador português deverá implementar as sugestões feitas pela OCDE.

1.3 - Sequência

Começaremos por analisar a evolução histórica das limitações à tributação a título de EE. Analisaremos as limitações utilizadas antes da criação da CM OCDE e a versão da CM OCDE

de 1963 numa tentativa de perceber as origens da atual versão da lista negativa do n.º 4 do artigo 5.º da CM OCDE e de encontrar possíveis alternativas à mesma.

Seguidamente, procederemos à exposição e apreciação crítica da referida lista negativa no seu estado atual. Abordaremos os seus fundamentos, as suas alíneas, a distinção entre atividades preparatórias ou auxiliares e atividades principais e o problema da sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d).

Tratado o estado atual da lista negativa, será feito um exame das alterações propostas pela ação 7 do BEPS e avançaremos com a nossa proposta para os problemas levantados.

No último capítulo, vamos referir-nos à lista negativa no contexto português, para melhor aferir o posicionamento do nosso país quanto a esta matéria. Terminaremos com as devidas conclusões.

2 – A Evolução histórica das limitações à tributação a título de EE

2.1 – As limitações à tributação a título de EE antes do Modelo da OCDE

No fim da 1.ª Guerra Mundial, a “cláusula da produtividade” começou a ser utilizada nos acordos celebrados entre os Estados, funcionando como limitação à tributação na fonte, a título de EE¹. Segundo este teste, uma atividade constituiria um EE no território do outro Estado quando contribuísse para os lucros da sociedade².

Tal cláusula revelou-se excessiva. De facto, qualquer atividade contribui para os lucros da sociedade e não se pode, por essa circunstância, sujeitar a tributação partes insignificantes de uma sociedade. No limite, atividades que geravam sobretudo, ou mesmo apenas, despesas constituiriam um EE. Este problema levou, assim, a que a “cláusula da produtividade” não fosse incluída no Modelo da OCDE.³ Mas, mesmo aquando da utilização desta cláusula, certos países estabeleceram exceções, adotando uma lista negativa. Esse é o caso da Convenção celebrada entre a Polónia e a Checoslováquia de 1925⁴.

Como alternativa à “cláusula da produtividade”, a OECE equacionou o teste da “lucratividade”. Este teste leva à constituição de um EE quando as atividades no Estado da fonte geram lucro. Entendeu-se, todavia, que o facto de uma atividade gerar ou não lucro seria uma questão de determinação da matéria tributável e não do direito a tributar. Se a tributação fosse condicionada pela obtenção de lucro, isso poderia levar a que em determinados anos uma atividade constituísse um EE e que noutros (em que a atividade tivesse o mesmo grau de presença no Estado da fonte) não desencadeasse um EE. Teve-se em conta ainda os problemas que poderiam advir de associar o teste da lucratividade à intenção de obter lucro, considerando-se que, de alguma forma, todas as atividades da sociedade têm a intenção de obter lucro e que um teste baseado em intenções e não em factos é difícil de provar.⁵

¹ A.A. Skaar, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1991), págs. 78, 92 e 93.

² A. A. Skaar, supra n.º 1, pág. 78; C. Aivazian, *Exceptions to the general Permanent Establishment definition for preparatory or auxiliary activities* em *Permanent Establishments in International and EU tax law* (F. Brugger & P. Plansky eds., Linde 2011), pág. 89; Modelos do México e de Londres, art. 5.º, n.º 1, dos Protocolos (1943 e 1946); Modelos do México e de Londres: Comentário ao artigo 4.º (1943 e 1946).

³ A. A. Skaar, supra n.º 1, pág. 282.

⁴ A. A. Skaar, supra n.º 1, pág. 78.

⁵ A. A. Skaar, supra n.º 1, pág. 283; C. Aivazian, supra n.º 2, págs. 89 e 90.

2.2 – Limitações à tributação a título de EE no âmbito da Sociedade das Nações

No âmbito da Sociedade das Nações, surgiram limitações à tributação a título de EE através da utilização da “cláusula da produtividade” no Modelo do México (1943) e no Modelo de Londres (1946)⁶. Como se pode comprovar pela redação do n. 1 do artigo 5.º do Protocolo dos Modelos do México e de Londres: “O termo “Estabelecimento Estável” inclui sedes, sucursais, minas e poços de petróleo, plantações, fábricas, workshops, armazéns, escritórios, agências, instalações, premissas profissionais e outras instalações fixas tendo carácter produtivo”.

O Comentário ao artigo 4.º destes Modelos esclarece ainda que para uma instalação fixa ter carácter produtivo tem que “contribuir para os lucros do negócio”, em conformidade com o previamente exposto relativamente à “cláusula da produtividade”. Acrescenta também que há instalações que não passam este teste por não contribuírem diretamente para os lucros do negócio como “laboratórios de pesquisa, fábricas experimentais, escritórios de informação, armazéns, escritórios de compra, montras publicitárias e salões de negócios em que nenhuns bens são vendidos”.

Seguindo a linha de pensamento de Skaar, uma atividade não produtiva seria, portanto, o equivalente a uma actividade da lista negativa, na medida em que restringe o conceito de EE, não bastando a existência de uma mera instalação fixa⁷.

2.3 – O Modelo da OCDE de 1963

2.3.1 – O n.º 3 do artigo 5.º

Nos termos da CM OCDE de 1963, a expressão EE não compreende:

“a) As instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa;

b) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para armazenar, expor ou entregar;

⁶ A.A. Skaar, supra n.º 1, págs. 92 e 93; C. Aivazian, supra n.º 2, pág. 89; Art. 5.º n.º 1 dos Protocolos dos Modelos do México e de Londres (1943 e 1946); Modelos do México e de Londres: Comentário ao artigo 4.º (1943 e 1946).

⁷ A.A. Skaar, supra n.º 1, pág. 93.

c) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformadas por outra empresa;

d) Uma instalação fixa, mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa;

e) Uma instalação fixa mantida unicamente para fins de marketing, fornecimento de informações, pesquisa científica ou para atividades semelhantes que têm carácter auxiliar ou preparatório para a empresa.”

Como se pode verificar, por oposição ao Modelo do México e ao Modelo de Londres, a CM OCDE de 1963 recorreu a uma lista negativa, em detrimento da utilização da cláusula da produtividade.

No modelo seguinte, de 1977 (igual ao atual), a redação da alínea e) é distinta e a lista negativa inclui uma alínea f). Acrescenta ainda a expressão “não obstante as disposições anteriores deste artigo” ao proémio. Essas alterações deveram-se a problemas na interpretação da CM OCDE de 1963, passemos à análise desses problemas.

2.3.2 – Problemas

2.3.2.1 - “Ou para atividades semelhantes que têm carácter auxiliar ou preparatório”

Quanto à expressão “ou para atividades semelhantes que têm carácter auxiliar ou preparatório” (constante da alínea e)): por um lado, pode-se entender que se refere a atividades semelhantes aos três exemplos mencionados na alínea e), conquanto que tenham carácter preparatório ou auxiliar; por outro lado, pode-se considerar que estão em causa atividades semelhantes na medida em que também são dotadas de carácter preparatório ou auxiliar.⁸

2.3.2.2 - “Unicamente”

O recurso ao termo “unicamente” nas diversas alíneas gera, igualmente, incerteza, pois dá lugar a três interpretações distintas⁹.

⁸ K. Vogel, *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to German treaty practice* (London Kluwer Law International 1997), Article 5 , par. 109.

⁹ Comité fiscal da OCDE, TFD/FC/218 (1967); F. Pita, *Article 5 – The concept of Permanent Establishment em History of tax treaties: the relevance of the OECD documents for the interpretation of tax treaties* (T. Ecker & G. Ressler eds., Linde 2011), págs. 248 e 249; K. Vogel, *supra* n.º 8, par. 117.

De acordo com a primeira, por força do uso desse termo, as combinações de atividades de diferentes alíneas da lista negativa não estão isentas.

Nos termos da segunda, as combinações de atividades de alíneas diferentes estão isentas. Todavia, as combinações que envolvem uma atividade não prevista nas alíneas da lista negativa, ainda que essa atividade não leve por si só à constituição de um EE, já não estão isentas. A este propósito, foi dado o exemplo de uma combinação de atividades que englobe a atividade de um agente dependente que não tenha autoridade para concluir contratos em nome da sociedade.

A terceira, por sua vez, leva à exceção de uma combinação de atividades que envolva uma atividade não enumerada no n.º 3, desde que essa atividade não leve à constituição de um EE por si só.

Já se levantou ainda a questão da isenção ou não isenção de uma combinação de atividades previstas numa única alínea (como por exemplo, quanto à alínea d), uma combinação de compras e recolha de informações numa instalação fixa), dada a utilização de “ou”¹⁰. Esta última questão não foi, no entanto, alvo de qualquer resposta pela OCDE.

2.3.3 – Mudanças introduzidas pela OCDE com a introdução da versão da CM OCDE de 1977

2.3.3.1 – “Não obstante as disposições anteriores deste artigo”

Com esta modificação clarificou-se que o n.º 4 é norma especial relativamente ao n.º 1 e, conseqüentemente, as atividades listadas não constituem um EE independentemente de cumprirem os requisitos do n.º 1¹¹.

2.3.3.2 – Alteração da alínea e) e criação da alínea f)

A nova alínea e) veio resolver as dúvidas originadas pela utilização de “ou para atividades semelhantes que têm carácter preparatório ou auxiliar”, remetendo os exemplos constantes da anterior alínea para o parágrafo 23 do Comentário de 1977 ao artigo 5.º. Ficou assim claro que as atividades excluídas pela alínea e) não são atividades semelhantes às exemplificadas, mas quaisquer atividades de carácter preparatório ou auxiliar.¹²

¹⁰ Comité fiscal da OCDE, TFD/FC/218 (1967).

¹¹ K. Vogel, supra n.º 8, par. 109; F. Pita, supra n.º 9, pág. 248.

¹² K. Vogel, supra n.º 8, par. 109; F. Pita, supra n.º 9, pág. 249.

A nova alínea f) acabou com as dúvidas originadas pela utilização do termo “unicamente” ao estabelecer que uma combinação das atividades das alíneas a) a e) não leva à constituição de um EE se a atividade no seu todo tiver carácter preparatório ou auxiliar¹³.

2.4 – Conclusões Preliminares

As limitações à tributação a título de EE que antecederam a lista negativa do Modelo da OCDE foram a “cláusula da produtividade” e o teste da “lucratividade”. Se, por um lado, a “cláusula da produtividade” era uma exceção baseada na natureza das atividades (à semelhança da lista negativa), o teste da “lucratividade”, por sua vez, baseava-se nos lucros auferidos.

A “cláusula da produtividade”, desde logo, não nos parece viável pelos motivos expostos que levaram ao seu desuso. Sendo preferível, no contexto de uma exceção de atividades com base na natureza das atividades excluídas, a lista negativa e a exceção de atividades preparatórias ou auxiliares.

No entanto, parece-nos que o teste da “lucratividade” é uma opção que merece alguma atenção. De facto, tendo em conta os motivos que levaram à criação da lista negativa (que analisaremos no próximo capítulo), um teste baseado nos lucros auferidos pode ser uma alternativa preferível. Deixaremos, no entanto, a análise desta opção para uma fase posterior.

¹³ K. Vogel, supra n.º 8, par. 117; F. Pita, supra n.º 9, pág. 249.

3 - A lista negativa no Modelo da OCDE *de lege lata*

3.1 – A lista negativa: Generalidades

3.1.1 – Contextualização

Na versão atual do n.º 4 do artigo 5.º do Modelo da OCDE existe uma lista negativa, isto é, uma lista de atividades que não constituem um EE. De acordo com o Comentário à CM OCDE (doravante, Comentário), o propósito desta lista é o de excluir de tributação todas as atividades de carácter auxiliar ou preparatório.¹⁴

Esta lista de atividades surge como exceção ao n.º 1 e ao n.º 5 do artigo 5.º. Assim, ainda que estejam preenchidos os pressupostos de que depende a existência de um EE instalação física ou agência, as atividades enumeradas não levam à criação de um EE.¹⁵

3.1.2 – As alíneas da lista negativa

A alínea a) prevê a isenção de instalações utilizadas para armazenamento, exposição ou entrega de mercadorias pertencentes à sociedade. A alínea b) difere da alínea a) na medida em que as atividades mencionadas ocorrem em instalações relativamente às quais a sociedade não adquiriu o uso. A alínea c) diz respeito ao processamento de mercadorias por outra sociedade. A alínea d) refere-se à isenção de atividades de compra e de recolha de informação. A alínea e) trata-se de uma exceção geral, relativa a atividades preparatórias ou auxiliares, aplicando-se nos casos de atividades não previstas nas alíneas a) a d). A alínea f) refere-se à isenção de combinações de atividades previstas nas alíneas a) a f).¹⁶

3.1.3 - Atividades de carácter preparatório ou auxiliar

3.1.3.1 - Atividades remotas da realização de lucro e dificuldade de atribuição de lucro

O Comentário refere que atividades de carácter preparatório ou auxiliar são aquelas que, embora possam contribuir para a produtividade da sociedade, são tão remotas da

¹⁴ Convenção Modelo da OCDE relativa a impostos sobre o rendimento e o capital: Comentário ao Artigo 5.º par. 21 (15 de julho de 2014).

¹⁵ Parágrafo 21 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

¹⁶ Parágrafos 22, 23 e 27 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

realização de lucros propriamente dita, que é difícil alocar qualquer lucro à instalação física a partir da qual são levadas a cabo¹⁷. Os encargos administrativos a que as sociedades e as administrações fiscais estariam sujeitas relativamente à avaliação do lucro gerado por estas atividades não compensariam, portanto, o montante de imposto (nulo ou diminuto) a obter pelos Estados¹⁸.

3.1.3.2 - *Facilitação do comércio internacional*

Paralelamente à já exposta “conveniência de administração”, aquando da elaboração do que viria a ser o modelo da OCDE de 1963, em 1958 o Comité Fiscal da OECE referiu ainda como fundamento das atividades previstas na lista negativa a facilitação do comércio internacional¹⁹. Neste contexto, Vogel destaca a importância dos escritórios de compras e dos armazéns distribuidores, enquanto exemplos²⁰. Skaar, por sua vez, assinala que a isenção dos escritórios de compras, em particular, visa o encorajamento das exportações, ou, pelo menos, visa assegurar que a tributação não seja um obstáculo às atividades de importação²¹. A este propósito, parece-nos particularmente feliz esta expressão retirada de um caso de 1860 no Reino Unido: “Seria, assim, bastante imprudente tributar aqueles que cá se dirigem como clientes”²².

3.1.3.3 - *Outros fundamentos*

Quanto a outros fundamentos, Vogel refere que a sua tributação no Estado em que ocorrem não é tão evidentemente legítima como a de outras atividades mais diretas²³. Holmes, por sua vez, entende que um EE só deve existir quando houver uma ligação

¹⁷ Parágrafo 23 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

¹⁸ C. Aivazian, supra n.º 2, pág. 90; E. Reimer, *Permanent Establishment in the OECD Model Tax Convention* em *Permanent establishments: a domestic taxation, bilateral tax treaty and OECD perspective* (E. Reimer et al. eds., Kluwer Law International), par. 238; A. Becker, *The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice*, 70 Bull. Intl. Taxn. 4 (2016), sec. 3.1.1.2.

¹⁹ OECE, *Relatório do Comité Fiscal sobre as suas Atividades*, C(58)118 Parte II (OECE, 1958), pág. 8.

²⁰ K. Vogel, supra n.º 8, par. 108.

²¹ A.A. Skaar, supra n.º 1, pág. 314.

²² *Sulley vs. A-G* (1860); J. F. Avery Jones et al., *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, 60 Bull. Intl. Taxn. 6 (2006), sec. 2.9.

²³ K. Vogel, supra n.º 8, par. 108.

suficientemente forte entre o contribuinte e o Estado em que a atividade ocorre, sendo que estas atividades representam uma ligação económica insuficiente para a sua constituição²⁴.

Arnold realça o facto de apenas contribuírem marginalmente para os lucros da sociedade. Alega ainda que a exclusão destas atividades aumenta a certeza e elimina o risco das Administrações Fiscais lhes tentarem atribuir demasiado lucro. Tal risco consta, aliás, do Comentário à CM ONU a propósito da omissão do termo “entrega” nas alíneas a) e b) do n.º 4 da referida CM. Esta circunstância pode levar a litígios prolongados e infrutíferos e a uma aplicação inconsistente das CDT’s²⁵.

Reimer acrescenta que as exceções prendem-se sobretudo com motivos de praticabilidade. Este argumento faz sentido no que toca aos encargos administrativos e à facilitação do comércio internacional²⁶.

3.1.3.4 – Conclusões preliminares

Com base no exposto entendemos que existem três possíveis tipos de fundamentos da exceção das atividades preparatórias ou auxiliares: diminuição de encargos administrativos e de litígios, facilitação do comércio internacional e ligação económica insuficiente com o Estado da fonte.

A diminuição dos encargos administrativos e litígios é o único concretizado atualmente no Comentário e, em nossa opinião, deve ser considerado o mais importante.

Apesar de não constar no Comentário, a facilitação do comércio internacional é destacada frequentemente pela doutrina. Era também mencionada no Comentário da CM OCDE de 1963 juntamente com a previamente referida “conveniência de administração”²⁷.

No que toca à ligação económica insuficiente, consideramos que não se trata de um verdadeiro fundamento. Em primeiro lugar, porque nunca foi mencionado no Comentário. Em segundo lugar, dado que a partir do momento em que estas atividades preenchem os requisitos de um EE instalação física ou agência ultrapassam o limiar de ligação económica que justifica a tributação no Estado da fonte. Para além destes argumentos, em termos hipotéticos, pode-se dizer que um armazém de grande dimensão com um grande número de empregados, mesmo levando a cabo apenas atividades auxiliares, tem uma ligação económica inferior ao

²⁴ K. J. Holmes, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application (Second Revised Edition)* (IBFD 2014), sec. 9.4.4.

²⁵ B. J. Arnold, *Article 5: Permanent Establishment - Global Tax Treaty Commentaries*, Global Tax Treaty Commentaries IBFD, secs. 4.1.1.2. e 4.1.5.; Convenção Modelo das Nações Unidas relativa a impostos sobre o rendimento e o capital: Comentário ao Artigo 5.º, par. 21 (2011).

²⁶ E. Reimer, supra n.º 18, par. 237.

²⁷ CPAF OCDE, Comentário ao Artigo 5.º, par. 5 (1963).

Estado da fonte quando comparado com uma pequena loja de uma sociedade não residente? Dado o impacto das duas atividades na economia e na utilização dos recursos do Estado da fonte, pensamos que não.

Na nossa opinião, tal como parece indicar o Comentário e a maior parte da doutrina, o limiar das atividades preparatórias ou auxiliares surge, então, como forma de evitar a tributação de atividades que, apesar de ocorrerem no Estado da fonte, geram montantes diminutos de lucro ou não geram lucro de todo. A não tributação dessas atividades deve-se a motivos de praticabilidade administrativa e de facilitação do comércio internacional. Pretende-se, assim, com a exceção destas atividades, diminuir os encargos administrativos de sociedades e administrações fiscais, tal como os litígios entre ambas, acerca de atividades de reduzida expressão económica.

Se a exceção das atividades preparatórias ou auxiliares visa a não tributação de atividades que não geram lucro ou geram montantes de lucro reduzidos, será esta a forma indicada de o fazer? Um teste baseado em lucros não resolveria diretamente este problema? Abordaremos esta questão com mais detalhe adiante.

3.2 - Atividades preparatórias ou auxiliares vs. atividades principais

3.2.1 - Atividades essenciais e significativas

O facto das atividades em causa serem ou não essenciais e significativas no cômputo da atividade da sociedade como um todo é apontado como o critério decisivo para distingui-las das atividades principais (aquelas que levam à constituição de um EE)²⁸. É também esclarecido que a avaliação do carácter preparatório ou auxiliar deve ser feita tendo em conta as circunstâncias de cada caso concreto²⁹.

No entanto, o Comentário não especifica o que são atividades essenciais e significativas. Não define, igualmente, atividades essenciais, nem atividades significativas. Skaar esclarece que a essencialidade diz respeito à natureza da atividade, sendo um critério qualitativo, e a significância à sua importância relativa, surgindo como um critério quantitativo³⁰. Uma atividade principal, por oposição a uma atividade preparatória ou auxiliar,

²⁸ Parágrafo 24 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

²⁹ Parágrafo 24 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

³⁰ A.A. Skaar, *supra* n.º 1, págs. 283 e 284.

é, então, uma atividade que constitui uma parte material e autoritária da atividade da sociedade no seu todo³¹.

Embora estas explicações auxiliem na distinção entre atividades preparatórias ou auxiliares e atividades principais, há necessidade de maior orientação. Este critério, que é apontado como decisivo é, em nossa opinião, vago e subjetivo.

3.2.2 - Identidade do fim

O Comentário estabelece também que, em qualquer caso em que se verifica a identidade do fim de uma instalação fixa e da sociedade no seu todo, a atividade exercida não é de carácter preparatório ou auxiliar³². Se a instalação fixa levar a cabo a mesma atividade que a sede acabará geralmente por constituir um EE, ainda que em termos quantitativos seja insignificante³³. Neste caso, basta, portanto, que esteja em causa uma atividade essencial, não sendo necessário que seja significativa. Tendo em conta este facto, concordamos com Oberbauer quando menciona que existe uma primazia do critério qualitativo³⁴.

Sasseville e Skaar ressaltam que nem sempre a identidade da atividade exercida leva à constituição de um EE. Mencionam, neste contexto, os casos, ainda que raros, de “Special Purpose Vehicles” (entidades instrumentais, em Português) cuja sede apenas leva a cabo atividades auxiliares³⁵.

Difícilmente se poderá considerar que uma atividade é preparatória ou auxiliar em termos gerais. Tal classificação depende sempre da atividade principal da sociedade em questão³⁶. O próprio Comentário refere, a este propósito, que, se a manutenção de patentes e de know-how for o fim de uma sociedade, não se pode considerar que uma instalação fixa dessa sociedade que exerce as mesmas atividades leve a cabo atividades preparatórias ou auxiliares³⁷. No entanto, se não for essa a atividade principal da sociedade, à partida, pode-se

³¹ P. Eckl, *Germany em Is there a Permanent Establishment?* (J. Sasseville & A. A. Skaar eds., Sdu 2009), pág. 331; J. Sasseville & A. A. Skaar, *General Report em Is there a Permanent Establishment?* (J. Sasseville & A. A. Skaar eds., Sdu 2009), pág. 40.

³² Parágrafo 24 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

³³ A.A. Skaar, supra n.º 1, pág. 284; Y. Brauner, *OECD Commentary on article 5 of the OECD Model, Topical Analyses IBFD* (acedido a 22 Jan. 2016), sec. 3.3.1.3.; J. Sasseville & A. A. Skaar, *General Report em Is there a Permanent Establishment?* (J. Sasseville & A. A. Skaar eds., Sdu 2009), pág. 41; L. Fichardt, *United Kingdom em Is there a Permanent Establishment?* (J. Sasseville & A. A. Skaar eds., Sdu 2009), pág. 655.

³⁴ N. Oberbauer, *The Dependant Agent PE and the exception for auxiliary and other activities under article 5(4) of the OECD Model Convention em Dependant Agents as Permanent Establishments* (M. Lang et al. eds, Linde 2014), pág. 211.

³⁵ J. Sasseville & A. A. Skaar, supra n.º 32, pág. 41.

³⁶ A.A. Skaar, supra n.º 1, pág. 284; N. Oberbauer, supra n.º 33, pág. 211.

³⁷ Parágrafo 24 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

considerar que esta atividade é preparatória ou auxiliar³⁸. Holmes refere também o exemplo da investigação e desenvolvimento. Embora se tenda a considerar uma atividade preparatória ou auxiliar, se for levada a cabo por uma instalação fixa de uma sociedade farmacêutica esse não será o caso, uma vez que, à partida, fará parte da atividade principal da sociedade³⁹.

A doutrina menciona que pode ser útil verificar qual é o objeto social da sociedade na averiguação do carácter preparatório ou auxiliar. Se a atividade levada a cabo pela instalação fixa não estiver incluída no objeto social poderemos estar perante um indício de que se trata de uma atividade preparatória ou auxiliar⁴⁰.

3.2.3 - Atividades para a própria sociedade ou com bens ou mercadorias pertencentes à própria sociedade

O último requisito refere-se à necessidade das atividades terem que ser exercidas para a própria sociedade ou com bens ou mercadorias pertencentes à própria sociedade para que possam impedir a constituição de um EE⁴¹.

Um caso icónico quanto a este aspeto é o caso *Pipeline*⁴². Neste caso, uma sociedade holandesa era proprietária de um oleoduto que atravessava a Alemanha e a Holanda que utilizava para transportar petróleo pertencente a terceiros. O Tribunal Federal Alemão considerou que não se aplicava a exceção relativa às atividades preparatórias ou auxiliares, uma vez que estava em causa uma instalação fixa destinada ao serviço de outras entidades⁴³. Esta decisão é, também, conforme com o Comentário, que estipula que a alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º não é aplicável ao transporte de bens ou mercadorias pertencentes a outras sociedades⁴⁴.

O Comentário esclarece também que as atividades a favor de sociedades do mesmo grupo a que uma sociedade pertence não levam à aplicação das exceções do n.º 4 do artigo 5.º⁴⁵.

³⁸ Parágrafo 23 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

³⁹ K. Holmes, supra n.º 24, sec. 9.4.4.1.

⁴⁰ F. Rubim, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66 Bull. Intl. Taxn. 6 (2012), sec. 3.3.

⁴¹ B. J. Arnold, supra n.º 25, sec. 4.1.2.

⁴² Al: BFH, 30 de outubro de 1996, II R 12/92; A. Mehta, *Permanent Establishment in International Taxation* (Taxmann 2012), sec. 5.6.

⁴³ Al: BFH, 30 de outubro de 1996, II R 12/92; A. Mehta, supra n.º 42, sec. 5.6.

⁴⁴ Parágrafo 26.1 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

⁴⁵ Parágrafo 26 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

3.2.4 – Atividades geralmente principais

Costuma-se considerar que as atividades de venda, fabrico e gestão são geralmente atividades principais⁴⁶. Deste elenco de atividades, o Comentário apenas aponta como exemplo, no entanto, a atividade de gestão⁴⁷.

3.2.5 – Conclusões Preliminares

Sempre que haja uma identidade do fim entre a atividade da sociedade mãe e a atividade da instalação fixa, existirá um EE. Nos restantes casos, é necessário averiguar se se trata de uma atividade essencial e significativa. O Comentário não esclarece, no entanto, o que é uma atividade essencial e significativa e sujeita sempre a análise do carácter preparatório ou auxiliar ao caso concreto.

Podemos, assim, chegar à conclusão de que a distinção entre atividades preparatórias ou auxiliares e atividades principais não é clara, havendo apenas uma orientação vaga e inadequada do Comentário. Este facto gera incerteza na aplicação da lista negativa do n.º 4.

3.3 - Sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d)?

3.3.1 - Contextualização

Uma questão que tem gerado bastante controvérsia é a da sujeição ou não sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d). Não há acordo sobre se estas alíneas devem ser aplicadas automaticamente (sempre que se verificarem as atividades nelas previstas) ou só quando tiverem carácter preparatório ou auxiliar à luz do caso concreto. Como veremos mais à frente, este problema foi alvo de atenção na ação 7 do BEPS.

3.3.2 – Os argumentos

3.3.2.1 - Argumentos a favor da sujeição

3.3.2.1.1 - Qualquer outra atividade de carácter preparatório ou auxiliar

⁴⁶ J. Sasseville & A. A. Skaar, supra n.º 32, pág. 40.

⁴⁷ Parágrafo 24 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

O primeiro argumento a favor da sujeição a carácter preparatório ou auxiliar é fundado na utilização do termo “outra” na alínea e) do n.º 4. Esta alínea menciona que “qualquer outra atividade de carácter preparatório ou auxiliar”, para além das constantes nas alíneas a) a d), não constitui um EE. Sugere, assim, implicitamente que as atividades constantes nas alíneas a) a d) também têm carácter preparatório ou auxiliar, apesar de não haver qualquer referência a esse facto nas ditas alíneas⁴⁸.

Reimer afirma ainda que este termo não se refere apenas a “atividade”, mas à expressão no seu todo. Se não fosse esse o caso, seria utilizada uma expressão como “se for de carácter preparatório ou auxiliar” ou “desde que seja de carácter preparatório ou auxiliar” a seguir a “qualquer outra atividade”⁴⁹. As alíneas a) a d) são, portanto, na sua opinião, apenas exemplos de atividades preparatórias ou auxiliares que, juntamente com as alíneas e) e f), fazem parte de uma exceção geral de atividades preparatórias ou auxiliares ao conceito de EE. São destacadas como exemplos uma vez que se referem a casos em que a exclusão de um EE pode ocorrer com um elevado grau de certeza⁵⁰.

Na nossa opinião, o argumento de Reimer não é válido. A redação constante da alínea e) do n.º 4 remete-nos, de facto, para a ideia de que as alíneas a) a d) são atividades preparatórias ou auxiliares. No entanto, não nos remete para a ideia de que estão sujeitas a carácter preparatório ou auxiliar. Uma interpretação rigorosa da letra da alínea e) leva-nos à conclusão de que as alíneas a) a d) são preparatórias ou auxiliares em todos os casos.

Se a intenção fosse sujeitar a aplicação destas alíneas a carácter preparatório ou auxiliar, o n.º 4 devia ser mais claro. O proémio devia referir algo na linha de “o conceito de EE não compreende as seguintes atividades, conquanto que tenham carácter preparatório ou auxiliar”.

Em todo o caso, a redação do n.º 4 é infeliz. A sua interpretação rigorosa leva-nos para um entendimento que é incompatível com o conceito de atividades preparatórias ou auxiliares. Como vimos anteriormente, a análise do carácter preparatório ou auxiliar deve ser feita à luz do caso concreto. Contudo, a letra das alíneas a) a d) parece criar atividades absolutamente preparatórias ou auxiliares.

3.3.2.1.2 - A sujeição a carácter preparatório ou auxiliar da alínea f)

⁴⁸ E. Reimer, supra n.º 18, par. 273.

⁴⁹ E. Reimer, supra n.º 18, par. 273.

⁵⁰ E. Reimer, supra n.º 18, pars. 248, 249 e 250.

O segundo argumento é fundado na sujeição a carácter preparatório ou auxiliar da alínea f). Parte da doutrina alega que o facto de uma combinação de atividades previstas nas alíneas a) a e) estar sujeita a carácter preparatório ou auxiliar é um argumento a favor da sujeição das alíneas a) a d). Oberbauer refere, a este propósito, que, se não for esse o caso, o n.º 4 não é consistente⁵¹. Lang acrescenta, por sua vez, que se a combinação de atividades destas alíneas está sujeita a carácter preparatório ou auxiliar, por maioria de razão, as atividades individualmente consideradas também terão que estar. Reforça o seu argumento com a alegação de que o fim do n.º 4 é, aliás, de não tributação de atividades preparatórias ou auxiliares.⁵²

Na nossa opinião, de facto, pode ser visto como inconsistente isentar atividades não preparatórias ou auxiliares nos termos das alíneas a) a d), uma vez que o propósito da lista negativa é excluí-las da constituição de um EE e as alíneas e) e f) se referem a atividades preparatórias ou auxiliares. Por outro lado, também se pode dizer que a exceção automática se deve a motivos de certeza na aplicação da lista negativa. Não compreendemos, no entanto, o argumento de maioria de razão apresentado.

3.3.2.1.3 - Propósito de não tributação de atividades preparatórias ou auxiliares no Comentário

O parágrafo 21 do Comentário refere expressamente que “as provisões do n.º 4 são concebidas para prevenir que uma sociedade de um Estado seja tributada no outro Estado, se conduz nesse outro Estado atividades de carácter puramente preparatório ou auxiliar”⁵³.

Neste âmbito, Schaffner destaca o parágrafo 27, que estabelece no seu início que “o n.º 4 é concebido para fornecer exceções à definição geral do n.º 1 no que diz respeito a instalações fixas que se dedicam a atividades que têm carácter preparatório ou auxiliar”. Segundo este autor, este parágrafo clarifica que a condição de carácter preparatório ou auxiliar da alínea e) também se aplica às alíneas a) a d)⁵⁴.

⁵¹ N. Oberbauer, *supra* n. 33, págs. 209 e 210.

⁵² A. Storck & A. Zeiler, *Beyond the OECD Update 2014: Changes to the Concepts of Permanent Establishments in the Light of the BEPS Discussion em The OECD-Model-Convention and its Update 2014: Series on International Tax Law* (M. Lang et al. eds., IBFD 2015), sec. IV.

⁵³ Parágrafo 21 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014).

⁵⁴ Parágrafo 27 do Modelo da OCDE: Comentário ao Artigo 5.º (2014); J. Schaffner, *How fixed is a Permanent Establishment?* (Kluwer Law International 2013), pág. 212.

Parece-nos que estes parágrafos do Comentário, de facto, levantam dúvidas quanto à interpretação do n.º 4. A própria OCDE, que defende a aplicação automática das alíneas a) a d), o reconheceu a propósito do parágrafo 21 do Comentário ao n.º 4⁵⁵.

3.3.2.2 - Argumentos contra a sujeição

3.3.2.2.1 - A letra do n.º 4

Segundo a resposta de elementos do staff do IBFD a uma consulta pública da OCDE, a redação do n.º 4 não dá espaço para a sujeição das alíneas a) a d) à condição de estarem sujeitas a carácter preparatório ou auxiliar. Sugere, aliás, uma hierarquia entre as alíneas a) a d), a alínea e) e a alínea f). As alíneas a) a d) dizem respeito a atividades específicas para o benefício da própria sociedade. A alínea e), por sua vez, é uma cláusula geral que pretende abranger todas as outras atividades não abrangidas pelas alíneas a) a d), uma vez que não é possível criar uma lista exaustiva. Estas atividades estão sujeitas, no entanto, à condição de serem preparatórias ou auxiliares. A alínea f) diz respeito a combinações de atividades previstas nas alíneas a) a e), sujeitas a carácter preparatório ou auxiliar⁵⁶. Estes autores acrescentam ainda que, a contrario, a sujeição das alíneas a) a d) a carácter preparatório ou auxiliar acabaria por as tornar desnecessárias e o texto do n.º 4 podia ser reduzido às alíneas e) e f)⁵⁷.

Na nossa opinião, de facto, não há espaço na redação do n.º 4 para a sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d). Todavia, consideramos que as alíneas a) a d) podem ser encaradas como exemplos, à semelhança do que acontece com a lista de exemplos do n.º 2.

3.3.3 - Jurisprudência

No caso Bloomberg, considerou-se que um escritório de representação na Rússia que recolhia informação a incorporar em produtos informativos da sociedade constituía um EE. Apesar das alegações da sociedade de que a recolha de informação é uma atividade isenta nos termos da alínea d) do n.º 4 do tratado entre a Rússia e os Estados Unidos, o tribunal russo

⁵⁵ CPAF OCDE, *São as atuais regras convencionais de tributação dos lucros das sociedades apropriadas para o comércio eletrónico?* (OCDE 2004), par. 109.

⁵⁶ J. J. P. de Goede et al., *Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention: Response from IBFD Research Staff*, 66 Bull. Intl. Taxn. 6 (2012), pág. 317.

⁵⁷ J. J. P. de Goede et al. supra n.º 56, pág. 317.

considerou que a recolha de informação era uma parte crucial da atividade principal da Bloomberg. Não podia, por isso, considerar-se uma atividade preparatória ou auxiliar.⁵⁸

Quanto a jurisprudência contrária, no caso *Newspaper*, entendeu-se que, apesar da recolha de informação ser a atividade principal de um jornal, a alínea d) isenta esta atividade de qualquer forma. No entanto, a instalação fixa em causa só é isenta na medida em que se limite a essa atividade. Não é esse, pois, o caso se também levar a cabo trabalhos de tradução ou escrever relatórios ou comentários.⁵⁹

A este propósito, Mehta e Eckl defendem que as atividades previstas na alínea d) nunca devem estar sujeitas a carácter preparatório ou auxiliar, mesmo sendo apoiantes da sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a c).⁶⁰

Eckl sublinha, contudo, o facto, destacado no caso *Newspaper*, de que as atividades levadas a cabo pela instalação fixa no caso concreto devem ser apenas as previstas na alínea d), não podendo mais nenhuma ser levada a cabo.⁶¹

Mehta, por sua vez, afirma que a recolha de informação no caso de organizações noticiosas, bem como a compra de mercadorias no caso de um grande número de sociedades, são atividades principais. Por isso, apesar de ser contrário ao propósito do n.º 4, considera que esta alínea deve ser aplicada automaticamente sob pena de se tornar redundante. Na sua opinião, uma interpretação que torna uma norma redundante deve ser rejeitada.⁶²

No caso *Group Distribution Center*, verificou-se também uma decisão defensora de uma aplicação automática das alíneas a) a d). O Tribunal de Recurso Belga de Ghent decidiu que, embora estivesse em causa uma atividade principal da sociedade no Estado da fonte, a atividade em causa tinha que ser isenta nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do Tratado entre a Bélgica e a Holanda.⁶³

Da análise destes três casos, podemos concluir que a jurisprudência não é também, portanto, uniforme na resposta ao problema.

3.3.4 - A posição da OCDE e a evolução da discussão no seu âmbito

⁵⁸ Ru: Tribunal Comercial do Estado de Moscovo, 8 de dezembro de 2010, A40-94391 /10-142-134; A. Mehta, supra n.º 41, sec. 5.5.

⁵⁹ Al: BFH, 23 de janeiro de 1985, IR 292/81; A. Mehta, supra n.º 41, sec. 5.10; P. Eckl, supra n.º 30, págs. 331 e 332.

⁶⁰ A. Mehta, supra n.º 41, sec. 5.10; P. Eckl, supra n.º 30, págs. 331 e 332.

⁶¹ P. Eckl, supra n.º 30, págs. 331 e 332.

⁶² A. Mehta, supra n.º 41, sec. 5.10.

⁶³ Bél: Tribunal de Recurso de Ghent, 16 de janeiro de 2007, 2005/AR/477; A. Mehta, supra n.º 41, sec. 5.8.

3.3.4.1 – O relatório da OCDE de 2002

A primeira referência a esta questão, no âmbito da OCDE, deu-se com o relatório sobre EE's de 2002. O problema analisado dizia respeito a uma sociedade que tinha uma subsidiária noutra Estado que vendia automóveis e peças sobresselentes. Tal sociedade decidiu separar as instalações de armazenamento das peças sobresselentes da subsidiária e tratá-las como sua sucursal. Esta nova sucursal dedicava-se apenas ao armazenamento, deslocalização e distribuição de peças sobresselentes, que tinham que ser encomendadas à sociedade mãe pelos clientes. Estava em causa, portanto, um problema de fragmentação de operações, tendo o Estado da fonte perdido o seu direito de tributar os lucros inerentes às transações das peças sobresselentes, pois levavam a cabo apenas atividades preparatórias ou auxiliares⁶⁴.

Neste contexto, foi afirmado que as atividades destas instalações limitavam-se a atividades previstas nas alíneas a) a d). Segundo o relatório, estas atividades “ao contrário das ‘outras’ atividades descritas na alínea e), estão sempre isentas e não estão sujeitas a exame sobre se são ou não verdadeiramente preparatórias ou auxiliares”. O mesmo relatório mencionou ainda que “estas presunções conclusivas foram inicialmente adotadas para providenciar certeza aos sujeitos passivos de que o seu lucro destas atividades seria tributável, se de todo, apenas no Estado de residência”⁶⁵.

Como resposta ao problema mencionado, não foi apresentada qualquer solução alternativa. Foi considerado que era difícil verificarem-se casos de fragmentação deste género na prática, tendo em conta as dificuldades práticas de separar os negócios em causa. Alegou-se ainda que estas situações podiam atrair atenção indesejada das administrações fiscais, que teriam interesse em testar uma eventual ligação entre os negócios fragmentados. Entendeu-se também que a existência de duas instalações fixas diferentes não seria um problema se estivessem em causa razões comerciais válidas⁶⁶.

Abordou-se neste relatório então pela primeira vez a discussão sobre o problema da fragmentação de operações e a afirmação do entendimento de que as alíneas a) a d) são exceções automáticas.

3.3.4.2 – O relatório de 2004 sobre a tributação do comércio eletrónico

⁶⁴ CPAF OCDE, *Relatórios de 2002 relacionados com a Convenção Modelo da OCDE: Assuntos decorrentes do Artigo 5.º* (OCDE 2002), pars. 94 e 95.

⁶⁵ CPAF OCDE, supra n.º 64, par. 95.

⁶⁶ CPAF OCDE, supra n.º 64, par. 95.

3.3.4.2.1 – Sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d)?

Em 2004, a OCDE equacionou a opção de sujeitar as alíneas a) a d) à condição de terem carácter preparatório ou auxiliar. A necessidade de mudança prendia-se com o facto de as atividades previstas nestas alíneas terem potencial para gerar lucros significativos e a necessidade de combater o planeamento fiscal abusivo através da fragmentação de operações.

Entendeu-se que esta alteração estaria em linha com o propósito do n.º 4 (a não tributação das atividades preparatórias ou auxiliares no Estado da fonte). Era também preferível à alternativa de eliminar todas as alíneas desta disposição, uma vez que apenas as restringia a atividades que contribuem marginalmente para os lucros da sociedade⁶⁷.

Todavia, esta mudança não foi levada a cabo por três motivos. Em primeiro lugar, considerou-se que ia gerar encargos administrativos adicionais para as administrações fiscais e para os sujeitos passivos (através da introdução do requisito adicional de avaliação do carácter preparatório ou auxiliar). Em segundo lugar, ia introduzir incerteza na aplicação das exceções do n.º 4 ao introduzir um teste inerentemente mais subjetivo. Por último, estes fatores, juntamente com o maior número de EE's que seriam constituídos, conduziram, por sua vez, a mais litígios entre as sociedades e as administrações fiscais e a outros encargos administrativos adicionais⁶⁸.

Apesar da opção de sujeição a carácter preparatório ou auxiliar ter sido descartada, a OCDE confirmou implicitamente o seu entendimento de que as alíneas a) a d) se tratam de exceções automáticas. No entanto, é importante realçar que também referiu que o parágrafo 21 do Comentário ao artigo 5.º levantava algumas dúvidas acerca da necessidade ou não necessidade de sujeição a carácter preparatório ou auxiliar de todas as alíneas do n.º 4⁶⁹.

3.3.4.2.2 – Eliminação de todas as alíneas?

Como mencionámos, para além de se ponderar a sujeição das alíneas a) a d) a carácter preparatório ou auxiliar, foi também equacionada a eliminação de todas as alíneas do n.º 4. Considerou-se que teria a vantagem de trazer uma maior certeza⁷⁰.

No entanto, entendeu-se que a dificuldade de atribuição de lucros a atividades menores geraria incerteza e existiriam ainda mais encargos administrativos do que na opção

⁶⁷ CPAF OCDE, supra n.º 55, pars. 179, 180, 181 e 182; C. Aivazian, supra n.º 2, pág. 102.

⁶⁸ CPAF OCDE, supra n.º 55, pars. 187 e 190; C. Aivazian, supra n.º 2, pág. 102.

⁶⁹ CPAF OCDE, supra n.º 55, par. 190.

⁷⁰ CPAF OCDE, supra n.º 55, pars. 178 e 188.

anterior. Mencionou-se ainda o facto de não ser justo tributar sujeitos passivos como um vendedor de bens não residente que dispõe apenas de funções limitadas de armazenamento ou uma sociedade estrangeira que apenas expõe os seus bens noutra país⁷¹.

Foi então considerado que a opção de sujeição a carácter preparatório ou auxiliar era mais adequada, apesar de também ter sido rejeitada.

3.3.4.2.3 – Eliminação das exceções relativas ao armazenamento, exposição e entrega de mercadorias

Neste relatório equacionou-se ainda a opção de eliminar as exceções relativas a atividades de armazenamento, exposição ou entrega. A discussão focou-se sobretudo na eliminação da atividade de entrega, que não consta, aliás, do Modelo da ONU⁷².

Embora tenha sido reconhecido que esta opção traria uma maior certeza, entendeu-se que esta padecia dos mesmos problemas que a solução anterior. Traria incerteza quanto ao cálculo do lucro de funções limitadas, não seria justo tributar atividades de pequena escala e traria encargos administrativos adicionais⁷³.

3.3.4.3 – Os projetos de discussão de 2011 e 2012

Em 2011 e 2012, dada a incerteza originada pela redação do Modelo da OCDE e pelo seu Comentário, levantou-se novamente a questão da sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d). A este propósito, o grupo de trabalho da OCDE afirmou que a redação destas alíneas não era compatível com a posição de sujeição a carácter preparatório ou auxiliar, sendo essa condição incluída expressamente apenas nas alíneas e) e f). Concluiu, por isso, que o Comentário tinha que ser alterado de forma a clarificar que as alíneas a) a d) são exceções de aplicação automática⁷⁴.

Em concreto, foi apresentada a proposta de alterar o parágrafo 21 em dois aspetos. Em primeiro lugar, clarificar que quando uma instalação fixa levar a cabo atividades previstas numa destas alíneas não é constituído um EE. Em segundo lugar, estabelecer que o requisito

⁷¹ CPAF OCDE, supra n.º 55, pars. 186, 189 e 191.

⁷² CPAF OCDE, supra n.º 55, par. 198.

⁷³ CPAF OCDE, supra n.º 55, pars. 205, 206 e 209.

⁷⁴ CPAF OCDE, *Projeto de Discussão Revisto sobre a Interpretação e Aplicação do Artigo 5.º (EE) da Convenção Modelo da OCDE* (OCDE 2012), pars. 70 e 75.

de sujeição a carácter preparatório ou auxiliar da alínea e) diz respeito, única e exclusivamente, a essa alínea e às outras atividades não especificadas a que se refere⁷⁵.

Mais uma vez, não foi efetuada qualquer alteração ao Comentário. No entanto, podemos verificar que a OCDE reiterou a sua posição de que as alíneas a) a d) devem ser interpretadas como exceções automáticas.

3.3.5 – Conclusões preliminares

Da análise dos argumentos apresentados pela doutrina e do estado da jurisprudência, podemos chegar à conclusão de que não há um entendimento uniforme quanto a esta questão.

Só no âmbito da OCDE, apesar de se ter discutido a possibilidade de mudar a redação de forma a sujeitar as atividades das alíneas a) a d) a carácter preparatório ou auxiliar, é que a discussão acabou sempre invariavelmente da mesma forma. Neste contexto, a interpretação da aplicação automática das alíneas em causa foi constantemente aceite.

Não é então certo como se deve interpretar a lista negativa, não se sabendo se as alíneas a) a d) estão sujeitas a carácter preparatório ou auxiliar ou não.

⁷⁵ CPAF OCDE, supra n.º 74, par. 73.

4 – A lista negativa no Modelo da OCDE pós-BEPS

4.1 - A ação 7 do BEPS e a elisão artificial de EE através de atividades preparatórias ou auxiliares

4.1.1 – Sobre a elisão artificial através da lista negativa

4.1.1.1 – Problema

A sujeição das alíneas a) a d) a carácter preparatório ou auxiliar, como vimos anteriormente, já foi equacionada duas vezes. No entanto, dada a proliferação de estratégias de planeamento fiscal agressivo das sociedades multinacionais, a OCDE considerou necessário retomar a discussão como forma de combater a erosão da base tributável dos Estados em que as atividades de negócios ocorrem.

4.1.1.2 – Solução

De forma a resolver o problema do planeamento fiscal agressivo através da lista negativa, a OCDE propõe sujeitar a aplicação das alíneas do n.º 4 do artigo 5.º à condição de serem atividades de carácter preparatório ou auxiliar. No relatório da ação 7, foi eliminada a referência a atividades preparatórias ou auxiliares das alíneas e) e f) e adicionado ao fim do n.º 4 a expressão “desde que tal atividade ou, no caso da alínea f), a atividade da instalação fixa no seu todo, seja de carácter auxiliar ou preparatório”. Deixou-se claro de que, com esta nova redação proposta, as alíneas a) a d) estarão sujeitas ao teste de carácter preparatório ou auxiliar.

A disposição atual surge ainda como alternativa no Comentário proposto para os Estados que acreditam que não há necessidade de sujeitar à condição de carácter preparatório ou auxiliar as alíneas a) a d), nomeadamente por as considerarem intrinsecamente preparatórias ou auxiliares. Tratam-se de Estados que entendem que as suas preocupações são resolvidas pela regra anti-fragmentação proposta que posteriormente se abordará⁷⁶.

⁷⁶ CPAF OCDE, *Prevenindo a Elisão Artificial do Estatuto de EE, Ação 7 – Relatório Final de 2015* (OCDE 2015), par. 30.1.

Para além da opção E, que consistia em sujeitar as alíneas a) a d) à condição de serem atividades preparatórias ou auxiliares, a OCDE considerou ainda três outras opções para resolver o problema.

A opção F consistia em eliminar o termo “entrega” da redação das alíneas a) e b) do n.º 4, à semelhança do Modelo das Nações Unidas. Visaria, sobretudo, atacar o problema provocado pelo comércio digital⁷⁷. No entanto, entendeu-se que a opção E resolve o mesmo problema⁷⁸.

A opção G, por seu lado, traduzia-se na exclusão da exceção de compra de mercadorias, procurando lidar com as situações em que a atividade de compra não é uma atividade meramente preparatória ou auxiliar⁷⁹. Não foi adotada pelos mesmos motivos que a opção F, dado o facto da Opção E já resolver o problema⁸⁰.

A opção H seria a de eliminar a alínea d) na sua totalidade, o que incluía também a exceção acerca de reunião de informações. A eliminação desta alínea justificar-se-ia pelo facto de as sociedades multinacionais poderem vir a disfarçar de atividades de recolha de informações para a própria sociedade atividades de recolha de informação para outras sociedades⁸¹. À semelhança das outras opções recusadas, entendeu-se que a opção E aborda a questão adequadamente⁸².

4.1.2 – Sobre a elisão artificial através da fragmentação de operações

4.1.2.1 – Problema

O parágrafo 27.1 do Comentário, na sua redação atual, prevê que nos casos em que uma sociedade divida atividades que são funções complementares de uma operação coerente de negócios por várias instalações fixas, de forma a não atingir o limiar de EE, se considere o conjunto das instalações fixas como um EE. No entanto, apesar da existência desta regra anti-fragmentação, ainda surge a possibilidade de sociedades com relações próximas entre si fragmentarem as suas atividades, evitando a constituição de um EE.

Subsiste, assim, a necessidade de resolver este problema.

⁷⁷ CPAF OCDE, *Projeto de Discussão Pública sobre a Ação 7 do BEPS: Prevenindo a Elisão Artificial do Estatuto de EE* (OCDE 2014), págs. 16 e 17.

⁷⁸ CPAF OCDE, *Projeto de Discussão Revisto da Ação 7 do BEPS: Prevenindo a Elisão Artificial do Estatuto de EE* (OCDE 2014), par. 28.

⁷⁹ CPAF OCDE, *supra* n.º 76, págs. 17, 18 e 19.

⁸⁰ CPAF OCDE, *supra* n.º 77, par. 28.

⁸¹ CPAF OCDE, *supra* n.º 76, pág. 19.

⁸² CPAF OCDE, *supra* n.º 77, par 28.

4.1.2.2 - Solução

Foi proposto juntar um novo n.º 4.1 ao artigo 5.º que estipula uma regra anti-fragmentação mais vasta que a anteriormente prevista no parágrafo 27.1 (estendendo a sua aplicação à fragmentação de atividades por sociedades com relações próximas). Esta regra aplica-se então no caso em que uma das instalações fixas constitui um EE por si só e no caso em que a combinação das instalações fixas no seu todo ultrapassa o limiar de EE. É sempre necessário, no entanto, que as atividades levadas a cabo pelas instalações fixas em causa sejam funções complementares de uma operação coerente de negócios.

Relativamente ao conceito de “sociedades com relações próximas”, é feita uma remissão no Comentário para a alínea b) do n.º 6 do artigo 5.º, na qual o conceito se encontra espelhado⁸³. Para ilustrar a aplicação desta regra, são avançados dois exemplos no Comentário proposto.

O primeiro diz respeito a um banco residente num determinado Estado que possui várias sucursais noutra Estado. O mesmo banco tem também, nesse outro Estado, um escritório que verifica a informação fornecida pelos clientes que se candidataram a um empréstimo numa das sucursais. Os resultados das verificações são enviados para a sede da sociedade, no Estado de residência, onde são analisados os dados das candidaturas a empréstimos. São depois enviados relatórios para as sucursais onde as decisões de conceder os empréstimos são tomadas. Considera-se aqui que as atividades do escritório fazem parte do EE constituído pela sucursal relevante na situação em concreto, pois estão em causa funções complementares de uma mesma operação coerente de negócios.⁸⁴

O segundo refere-se a uma sociedade que produz e vende eletrodomésticos e que possui uma subsidiária noutra Estado que, por sua vez, tem uma loja que vende eletrodomésticos adquiridos à sociedade mãe. A sociedade mãe tem um armazém no Estado em que se encontra a subsidiária onde mantém artigos de grande dimensão idênticos àqueles que são vendidos na loja da subsidiária. Quando um cliente quer comprar um dos referidos artigos na loja da subsidiária, os empregados da subsidiária vão buscá-lo ao armazém da sociedade mãe, sendo que a propriedade do artigo só é transmitida para a subsidiária quando o artigo sai do armazém. Neste caso, também se considera que se aplica o n.º 4.1, uma vez que

⁸³ CPAF OCDE, supra n.º 75, par. 30.3.

⁸⁴ CPAF OCDE, supra n.º 75, par. 30.4.

são “sociedades com relações próximas”. A loja é um EE da subsidiária e as atividades em causa são funções complementares de uma operação de negócios coerente.⁸⁵

A opção escolhida pela OCDE, e explicada anteriormente, foi a opção J. Todavia, a OCDE também considerou a opção I que consistia numa regra anti-fragmentação que se limitaria às situações em que uma das instalações fixas em causa constituísse um EE, sendo, portanto, menos abrangente que a opção J⁸⁶. Esta opção foi recusada, dada a facilidade com que “sociedades com relações próximas” poderiam evitar ultrapassar o limiar de atividade preparatória ou auxiliar.⁸⁷

4.1.3 – Conclusões Preliminares

Como já mencionámos, as atividades têm que ser essenciais e significativas para a sociedade para serem consideradas como atividades principais e levarem à constituição de um EE. Este facto manteve-se inalterado na proposta da OCDE, apesar de no Comentário da ação 7 do BEPS se referir que não é provável que uma atividade que requer uma proporção significativa dos ativos ou dos empregados de uma sociedade possa ser apenas auxiliar⁸⁸. Assim, se uma determinada atividade não for essencial mas for significativa no cômputo global da sociedade, não dará lugar à constituição de um EE. Isto fará sentido?

Skaar dá, a este propósito, o exemplo de uma sociedade petrolífera que tem uma instalação fixa noutro Estado que se dedica exclusivamente a atividades de entrega. Apesar de não ser uma atividade essencial, se o montante das entregas for substancial para a sociedade, não faz sentido que não leve à constituição de um EE. Alega também que um dos argumentos frequentemente utilizados contra a tributação a título de EE de negócios pequenos é a dificuldade de alocação de lucro, o que não se verifica em casos de negócios de grande escala. Nestes casos, pode-se alocar lucro com base no valor das mercadorias armazenadas, número de empregados, número ou valor de entregas, entre outros.⁸⁹

Este autor considera que não seria mais prejudicial para o comércio internacional tributar estas atividades do que tributar outras atividades que, por sua vez, são consideradas essenciais. Acrescenta também que a neutralidade nas importações apoia a tributação no local onde a atividade ocorre. Afirma ainda que uma sociedade que tem uma atividade de grande

⁸⁵ CPAF OCDE, supra n.º 75, par. 30.4.

⁸⁶ CPAF OCDE, supra n.º 76, págs. 19 e 20.

⁸⁷ CPAF OCDE, supra n.º 77, págs. 30 e 31.

⁸⁸ CPAF OCDE, supra n.º 75, par. 21.2.

⁸⁹ A.A. Skaar, supra n.º 1, pág. 288.

escala num Estado beneficia mais das despesas públicas nesse Estado do que uma atividade não significativa.⁹⁰

Por estes motivos, Skaar propõe que se estenda a tributação a atividades significativas. Parece-nos que esta proposta faz sentido, sendo de destacar o argumento de que uma atividade de grande escala, ainda que não essencial para uma sociedade, faz um maior uso dos recursos de um Estado de que uma operação de pequena escala.

No entanto, estas atividades estão dentro do âmbito das atividades preparatórias ou auxiliares. Há, por isso, atividades que têm um nível de presença relevante no Estado da fonte que não são tributadas. Contudo, o problema não se fica por aqui.

Como refere expressamente o parágrafo 22 do Comentário proposto no âmbito da ação 7 do BEPS, o carácter preparatório ou auxiliar de uma atividade deve ser “determinado à luz de fatores que incluem a atividade de negócios da sociedade no seu todo”.

Apesar de não trazer nada de novo, este excerto do Comentário proposto e a referência à atividade de negócios da sociedade no seu todo remetem-nos para a divisão proposta por Reimer entre padrões absolutos e padrões relativos. Enquanto um padrão absoluto teria em conta o grau de presença no Estado da fonte, desconsiderando a atividade e a dimensão do resto da sociedade, um padrão relativo tem em conta o facto de uma atividade constituir a atividade principal de uma sociedade ou uma parte essencial da sua atividade e requerer uma parte considerável dos seus ativos e dos seus funcionários.⁹¹

Como explicação, Reimer compara duas sociedades, uma que cobre diversas etapas da cadeia económica (produção, transformação, venda e entrega) e outra que se foca numa única fase (como por exemplo, a entrega). De acordo com um padrão relativo, uma instalação fixa da primeira dedicada a atividades de entrega não constituiria um EE dada a sua importância reduzida e acessoriedade no cômputo geral da atividade da sociedade. Por outro lado, uma instalação fixa da segunda, com a mesma dimensão e as mesmas características, dedicada à mesma atividade daria lugar à constituição de um EE, uma vez que estaria em causa a atividade principal da sociedade e teria, assim, um maior peso na generalidade da sua atividade.

Dado este tratamento desigual de um nível de penetração semelhante no Estado da fonte não conseguimos deixar de nos perguntar se é equitativo e coerente tratar de forma distinta realidades semelhantes. É justo se uma instalação fixa for a maior empregadora de uma cidade que esta não seja tributada por ser uma parte pouco significativa de uma outra

⁹⁰ A.A. Skaar, *supra* n.º 1, pág. 288.

⁹¹ E. Reimer, *supra* n.º 18, par. 274.

grande sociedade, ainda que outras de igual ou menor dimensão o sejam?⁹² Por outro lado, o conceito de atividades preparatórias ou auxiliares exige um ponto de referência que nos remete para um padrão relativo, uma vez que terá que ser uma atividade que se destine à preparação ou ao apoio de outra⁹³. Significa isso que terá que haver outra forma de enquadrar estas atividades?

Reimer defende que, de acordo com um padrão absoluto, deve haver um EE sempre que uma instalação fixa seja economicamente viável quando desligada do resto da sociedade. Uma forte presunção de viabilidade económica seria a existência de instalações fixas independentes semelhantes.⁹⁴

Propõe, ainda, passar o juízo da qualificação como atividades preparatórias ou auxiliares por ambos os padrões, sendo que, para além de as submeter ao padrão relativo, defende igualmente a utilização posterior do padrão absoluto. Assim, passado o teste de padrão relativo, todas as atividades que excederem determinada dimensão e determinado nível de empreendedorismo desencadearão um EE.⁹⁵

Refletindo acerca da solução de Reimer, não consideramos que seja a melhor opção. Desde logo, para que uma atividade seja preparatória ou auxiliar tem que ser exclusivamente a favor da sociedade a que a instalação fixa pertence e, na nossa opinião, não faz sentido considerar que uma instalação fixa possa ser economicamente viável quando desligada da sociedade. Sujeitar a determinação do carácter preparatório ou auxiliar a um teste de padrão absoluto seria impossível nestes moldes.

Se considerarmos que se trata do potencial de ser economicamente viável quando desligada do resto da sociedade, trata-se de um teste subjetivo que pode gerar incerteza. Pode levar também a que se considere que atividades de pequena escala são economicamente viáveis por si mesmas, o que geraria encargos administrativos extra.

Parece-nos também que este teste desligado do teste de atividades preparatórias ou auxiliares seria subjetivo e problemático. A independência de uma atividade face à sociedade mãe, que parece ser o critério proposto por Reimer, a nosso ver, não faz muito sentido.

Apesar da solução da ação 7 do BEPS acabar com o debate acerca da sujeição a carácter preparatório ou auxiliar e propôr uma solução que alarga o âmbito de tributação face à aplicação automática das alíneas a) a d), não está, portanto, desprovida de problemas. Como podemos verificar do previamente exposto, propõe um teste que gera incerteza e leva à não tributação de atividades significativas e/ou atividades substanciais em termos absolutos.

⁹² E. Reimer, supra n.º 18, par. 277.

⁹³ E. Reimer, supra n.º 18, par. 276.

⁹⁴ E. Reimer, supra n.º 18, par. 279.

⁹⁵ E. Reimer, supra n.º 18, par. 278.

Impõe-se assim, na nossa opinião, uma alternativa à lista negativa e à exceção das atividades preparatórias ou auxiliares.

4.2 – Alternativa proposta: Sujeitar a tributação no Estado da fonte a um patamar de lucros brutos

4.2.1 - Contextualização

A solução que decorre da ação 7 do BEPS pode ser melhorada através de duas formas: a concretização do conceito de atividades preparatórias ou auxiliares ou a apresentação de uma solução alternativa.

Podemos encontrar várias formas de concretizar o conceito de atividades preparatórias ou auxiliares. No entanto, ficarão sempre por tributar atividades de grande escala. Para além desse problema, a exceção das atividades preparatórias ou auxiliares será sempre vaga e subjetiva, dependendo sempre do caso concreto.

Torna-se então necessário arranjar uma solução alternativa. Pelos motivos já expostos, as opções referidas que foram consideradas pela OCDE e pela doutrina não são preferíveis à sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d). Outras opções como limitar a exceção das atividades preparatórias ou auxiliares a um limite temporal não parecem também ser satisfatórias⁹⁶. Esta opção, em particular, não leva à eliminação dos problemas inerentes à sujeição a carácter preparatório ou auxiliar e, após o fim do limite temporal, conduz aos problemas próprios da eliminação da exceção das atividades preparatórias ou auxiliares.

Na nossa opinião, a exceção das atividades preparatórias ou auxiliares deve ser eliminada e a tributação dos EE's deve estar sujeita a um limite mínimo de lucros brutos. Para além desta solução cumprir as finalidades das atividades preparatórias ou auxiliares, alarga o âmbito de tributação e traz uma maior certeza.

Embora esta solução não seja observada na prática, a propósito dos EE's, é utilizada a propósito do extinto artigo 14.º e do artigo 17.º da CM OCDE. Foi, aliás, acrescentada ao Comentário ao artigo 17.º da CM OCDE em 2014 como solução alternativa, sendo que, desde sempre, integrou o Modelo dos Estados Unidos relativamente ao artigo correspondente.⁹⁷

⁹⁶ B. J. Arnold, *Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties*, 57 Bull. Intl. Taxn. 10 (2003), pág. 487; T. Balco, *Kazakhstan - Permanent Establishments*, Topical Analyses IBFD (acedido a 29 Mar. 2016), sec. 2.1.3.

⁹⁷ A.M.C. Smith, *International Tax Policy Changes Arising from New Zealand's Latest Tax Treaties: New Perceptions of Being a Capital Exporter?*, 69 Bull. Intl. Taxn. 1 (2015), sec. 3.5; J. Roeleveld & K. Tetlak, *Article 17: Entertainers and Sportspersons - Global Tax Treaty Commentaries*, Global Tax Treaty

Analisemos as vantagens e desvantagens.

4.2.2 - Vantagens

Arnold afirma que a exceção das atividades preparatórias ou auxiliares é contrária às regras modernas de preços de transferência e que não deve influir no direito a tributar do Estado da fonte, mas apenas no montante de lucro a atribuir a uma determinada instalação fixa. Considera, assim, que a regra das atividades preparatórias ou auxiliares deve ser eliminada.⁹⁸

No entanto, a opção da eliminação das atividades preparatórias ou auxiliares gera demasiados encargos administrativos: Por outro lado, não é justo sujeitar atividades de pequena escala a tributação (tal desencorajaria a sua existência e seria, portanto, prejudicial ao comércio internacional). Não nos parece, portanto, uma opção acertada.

Contudo, este autor afirma que uma vez que se entende que as atividades preparatórias ou auxiliares geram pouco lucro e o Estado da fonte não deve tributar atividades que geram pouco lucro, alternativamente, pode-se sujeitar a tributação dos EE's a um limite de lucros brutos. Assim, levando ou não a cabo atividades preparatórias ou auxiliares, todos os EE's com lucros abaixo do limite não serão tributados.⁹⁹

Embora a associação feita por este autor nos pareça redutora, consideramos que a solução que refere é a mais adequada.

Como afirmámos anteriormente, a exceção das atividades preparatórias ou auxiliares é motivada por razões de praticabilidade administrativa e de facilitação do comércio internacional. Não está, portanto, em causa a legitimidade do direito a tributar do Estado da fonte. Esses fins, por sua vez, são atingidos pela não tributação de atividades que geram montantes de lucro diminutos. Em conformidade, uma solução que só leva a que os EE's sejam tributados quando geram um montante mínimo de lucro bruto cumpre diretamente essas finalidades. Embora, como refere Arnold, um limite baseado no lucro líquido alivie apenas a obrigação de pagar imposto, um limite baseado no lucro bruto (montante das vendas ou serviços prestados, subtraído o custo das mercadorias vendidas) é mais facilmente calculável¹⁰⁰. Alivia, assim, os encargos administrativos das administrações fiscais e dos sujeitos

Commentaries IBFD, sec. 3.2.1.4.3.; M. Somare, *Alternative Provisions to Art 17 OECD Model Convention in The OECD-Model-Convention and its Update 2014: Series on International Tax Law* (M. Lang et al. eds., IBFD 2015), sec. V.

⁹⁸ B. J. Arnold, *supra* n.º 96, pág. 486.

⁹⁹ B. J. Arnold, *supra* n.º 96, pág. 486.

¹⁰⁰ B. J. Arnold, *supra* n.º 96, pág. 487.

passivos, não levando a tantos encargos como a simples eliminação das atividades preparatórias ou auxiliares.

É também uma solução mais justa, uma vez que, ao sujeitar a tributação a um limite de lucros, serão tributadas atividades de grande dimensão que atualmente não são tributadas e não serão tributadas atividades de pequena dimensão que, neste momento, são tributadas. É feita uma análise absoluta (e macroeconómica), em vez de uma análise relativa (e microeconómica).

Consideremos o seguinte exemplo hipotético.

A empresa Amazona UK faz parte de um grande grupo multinacional que se dedica ao comércio digital. Os seus clientes fazem compras de diversos produtos através do seu site (amazona.co.uk) e a empresa entrega-lhes os produtos. Esta empresa, residente do Reino Unido, gera receitas no valor de 1 bilião de euros no seu todo, emprega 12 000 pessoas e tem 38 instalações dedicadas ao armazenamento e à entrega de produtos no Reino Unido. Nos últimos 10 anos, tem vendido um grande número de produtos em Portugal, o que levou à abertura de duas instalações dedicadas à entrega e armazenamento de produtos em território nacional. Estas instalações, recém-abertas, dão resposta a todas as encomendas no território nacional. As receitas da venda de produtos em Portugal rondaram os 40 milhões de euros este ano, sendo que o valor das entregas em território nacional (deduzidos os custos) é de cerca de 1 milhão e 400 mil euros. A empresa emprega 480 trabalhadores em Portugal.

O fim da empresa é o da venda de produtos através da internet. Uma vez que os produtos são comprados no site da empresa, a compra é efetuada diretamente à entidade do Reino Unido. Não há, portanto, uma identidade do fim entre a empresa do Reino Unido e as instalações fixas em Portugal. Embora se possa alegar que a atividade no território nacional é essencial no cômputo da atividade da empresa no seu todo, não se pode dizer que é significativa. De facto, a percentagem dos ativos e dos trabalhadores em território português é reduzida. De acordo com as regras atuais e as regras propostas pela ação 7 do BEPS, as instalações fixas em Portugal são, assim, atividades auxiliares.

Por outro lado, o senhor Vasquez é proprietário da empresa “Sapatarias Vasquez”, que é composta por 10 sapatarias na Galiza. Uma vez que os turistas portugueses costumam apreciar bastante os seus produtos, decidiu abrir uma pequena loja em Viana do Castelo. Esta loja foi aberta com o intuito de testar o mercado português e tem apenas 3 empregados. No entanto, a loja não teve muito sucesso nos seus primeiros anos e ainda não gerou qualquer lucro.

De acordo com as regras atuais e as regras propostas pela ação 7 do BEPS, uma vez que o fim da empresa espanhola é o mesmo da instalação fixa portuguesa, há um EE em

Portugal. A administração portuguesa teve que suportar encargos administrativos com uma atividade que não gerou qualquer lucro. Por sua vez, a empresa espanhola teve que se adaptar ao sistema português e suportar encargos administrativos adicionais com uma atividade que não gerou lucro, o que se apresentou como um obstáculo à sua entrada no mercado português.

Se fosse aplicado um limite de lucros brutos, as instalações fixas da empresa Amazona UK seriam tributadas, enquanto que a sapataria não seria. A sociedade espanhola só teria, assim, que calcular o produto das vendas após subtração do custo das mercadorias vendidas, o que reduziria os seus encargos administrativos e os da administração tributária portuguesa. Só haveria a necessidade de calcular os seus rendimentos em Portugal na totalidade se ultrapassasse o montante de lucros brutos estipulado.

Na nossa opinião, esta é então a melhor opção para responder ao *rationale* subjacente à criação da exceção das atividades preparatórias ou auxiliares. Não padece da incerteza e subjetividade inerentes ao teste de carácter preparatório ou auxiliar, pode levar à tributação de atividades de grande escala que são consideradas preparatórias ou auxiliares e exclui de tributação outras atividades que geram poucos lucros que não são isentas neste momento.

4.2.3 - Problemas

Quanto ao montante do limite, desde logo, Arnold afirma que não pode ser recíproco devido às flutuações de câmbio¹⁰¹. Na prática, no entanto, tem sido utilizado um limite recíproco nos artigos relativos a profissões independentes e a artistas e desportistas¹⁰². A este respeito, um limite recíproco baseado nos direitos de saque especiais do FMI, como propõe o comentário ao artigo 17.º da CM OCDE, poderia resolver os problemas de flutuações de câmbio¹⁰³.

O mesmo autor acrescenta que não pode ser também recíproco no caso dos tratados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, dadas as diferenças de nível de vida¹⁰⁴. Limites monetários baseados no PIB e no salário médio dos Estados em causa, como propõem Hongler e Pistone a propósito da tributação de EE's no âmbito do comércio digital, poderiam ser a solução adequada¹⁰⁵.

¹⁰¹ B. J. Arnold, supra n.º 96, pág. 488.

¹⁰² A. M. C. Smith, supra n.º 97, sec. 3.5; J. Roeleveld & K. Tetlak, supra n.º 97, sec. 3.2.1.4.3.

¹⁰³ M. Somare, supra n.º 97, sec. V.

¹⁰⁴ B. J. Arnold, supra n.º 96, pág. 488.

¹⁰⁵ P. Hongler & P. Pistone, *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy* (IBFD 2015), pág. 25.

Considera, igualmente, que a não reciprocidade entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento poderia não ser aceitável por motivos políticos, mas que esse pormenor não deve ser relevante, uma vez que estes limites se aplicariam frequentemente apenas relativamente aos residentes dos países desenvolvidos¹⁰⁶.

Relativamente ao problema da inflação, defende que os limites monetários devem ser indexados à inflação, pois mesmo taxas moderadas de inflação podem erodir a efetividade de um limite monetário ao longo da vida média de um tratado (15 anos)¹⁰⁷.

Por fim, levanta a questão da consistência dos limites impostos pelos países nos tratados celebrados. A este propósito, se um Estado negociasse um limite superior aos limites impostos em tratados com outros Estados, esses outros Estados deveriam poder beneficiar da aplicação do princípio da nação mais favorecida e passar a ter o mesmo limite nos seus tratados com esse Estado. A inconsistência dos limites, não sendo aplicada essa solução, pode levar à verificação de *treaty shopping* pelos residentes de outros Estados, de forma a obter a aplicação dos maiores limites. Esta parece, de facto, ser uma solução adequada para garantir a neutralidade fiscal e resolver este problema.¹⁰⁸

Para além dos problemas levantados por Arnold, consideramos que se poderia verificar fragmentação de operações entre instalações fixas da mesma sociedade e/ou de sociedades com relações próximas no Estado da fonte. As sociedades multinacionais poderiam dividir as suas operações por várias instalações fixas de forma a ficarem abaixo do limite monetário. Esse problema poderia ser resolvido por uma regra anti-fragmentação semelhante à proposta na ação 7 do BEPS.

¹⁰⁶ B. J. Arnold, supra n.º 96, pág. 488.

¹⁰⁷ B. J. Arnold, supra n.º 96, pág. 488.

¹⁰⁸ B. J. Arnold, supra n.º 96, pág. 488.

5 – Atividades preparatórias ou auxiliares em Portugal

5.1 – No direito interno

5.1.1 – O n.º 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n. 579/70 de 24 de novembro

5.1.1.1 – Contextualização

Em Portugal, o conceito de EE de direito interno propriamente dito surgiu através do Decreto-Lei n. 503-B/76 de 30 de junho, que mandou aditar o artigo 162.º-A ao Código da Contribuição Industrial. No entanto, este artigo remetia para a definição de EE do artigo 7.º do Decreto-Lei n. 579/70 de 24 de novembro, que visava resolver problemas de dupla tributação nos diversos “espaços fiscais portugueses”.¹⁰⁹

5.1.1.2 – A lista negativa na redação do n.º 3 do artigo 7.º

Nos termos do n.º 3 do artigo 7.º do referido diploma, a “expressão «EE» não compreende, porém:

- a) Uma instalação fixa utilizada unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa;
- b) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para as armazenar, expor ou entregar;
- c) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para aquelas serem transformadas por outra empresa;
- d) Uma instalação fixa mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa;
- e) Um lugar fixo de negócios mantido unicamente para fazer publicidade, fornecer informações, realizar investigações científicas ou desenvolver outras atividades similares que tenham carácter preparatório ou auxiliar, sempre que estas atividades sejam exercidas exclusivamente para a própria empresa.”

5.1.1.3 – Análise

¹⁰⁹ A. Xavier, *Direito Tributário Internacional* (Almedina 2014), págs. 309 e 310.

Embora já tivesse sido feita referência ao conceito de EE antes, só com este diploma surge um conceito de EE e uma lista negativa propriamente dita no direito interno português.

A redação do n.º 7 no seu todo era muito semelhante à do artigo 5.º do Modelo da OCDE de 1963. Aliás, como se pode verificar, a redação do n.º 3 do artigo 7.º deste diploma segue muito de perto esse modelo. A única diferença assinalável é o facto de mencionar expressamente “sempre que estas atividades sejam exercidas exclusivamente para a própria sociedade” na alínea e), sendo que o Modelo da OCDE refere apenas que as atividades são “para a sociedade”. Esta foi a definição de EE aplicada até 1988, tendo depois entrado em vigor o Código do IRC¹¹⁰.

5.1.2 – Os n.ºs 5, 6 e 7 do artigo 4.º do CIRC de 1988

5.1.2.1 – Redação dos n.ºs. 5, 6 e 7 do artigo 4.º

“5 - Considera-se EE qualquer instalação fixa ou representação permanente através das quais seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.

6 - São tratados como EE as explorações agrícolas, silvícolas ou pecuárias e bem assim as minas, os poços de petróleo ou de gás, as pedreiras ou quaisquer outros locais de extração de recursos naturais, situados em território português.

7 - Considera-se ainda que existe EE quando as entidades referidas na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º exerçam no território português a sua atividade através de empregados ou de outro pessoal contratado para esse efeito, por período seguido ou interpolado, não inferior a 120 dias, compreendido num intervalo de doze meses.”

5.1.2.2 – Análise

Ao contrário da definição do Código da Contribuição Industrial, o conceito de EE não previa agora qualquer tipo de restrição à tributação em solo português neste contexto. À semelhança do que acontecia antes da adição do artigo 162.º-A ao Código da Contribuição Industrial, a tributação dos lucros de atividades de negócios por não residentes em território português tornou-se bastante abrangente.

¹¹⁰ A. Xavier, supra n.º 109, pág. 310.

5.1.3 – A revisão ao CIRC de 2001

5.1.3.1 – O n.º 8 do artigo 5.º do CIRC

“8 - Com a ressalva do disposto no n.º 3, a expressão «EE» não compreende as atividades de carácter preparatório ou auxiliar a seguir exemplificadas:

- a) As instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa;
- b) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para as armazenar, expor ou entregar;
- c) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para serem transformadas por outra empresa;
- d) Uma instalação fixa mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa;
- e) Uma instalação fixa mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer outra atividade de carácter preparatório ou auxiliar;
- f) Uma instalação fixa mantida unicamente para o exercício de qualquer combinação das atividades referidas nas alíneas a) a e), desde que a atividade de conjunto da instalação fixa resultante desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar.”

5.1.3.2 – Análise

Da análise do n.º 8 do artigo 5.º (que se manteve inalterado até hoje), podemos concluir que a lista negativa de direito interno é muito semelhante à do Modelo da OCDE de 1977. Tal como o conceito de EE em geral é próximo do estabelecido nesse modelo.

No entanto, é de ressaltar o facto de no proémio do n.º 8 se afirmar que o conceito de EE “não compreende as atividades de carácter preparatório ou auxiliar a seguir exemplificadas”. Apesar deste desvio, consideramos que a redação desta disposição remete para o referido no n.º 4 do artigo 5.º da CM OCDE. À semelhança do que afirmamos a propósito da disposição equivalente da CM OCDE, esta disposição parece também consagrar exceções automáticas. Ao referir que não compreende as atividades enumeradas como exemplos de atividades preparatórias ou auxiliares, o n.º 8 do artigo 5.º do CIRC parece consagrar atividades objetivamente preparatórias ou auxiliares. Se não fosse esse o caso, devia ler-se que “não compreende atividades preparatórias ou auxiliares, sendo as seguintes atividades exemplos de atividades geralmente preparatórias ou auxiliares”.

5.2 – Nas Convenções de Dupla Tributação celebradas

Normalmente, os artigos relativos a EE's das CDT's celebradas por Portugal seguem de perto o Modelo da OCDE de 1963, o Modelo da OCDE de 1977 ou incluem pequenos desvios que se inspiram no modelo da ONU. Todos têm também uma lista negativa que segue estes modelos.

Os únicos desvios, no que se refere à lista negativa, verificam-se nos tratados com a Roménia, com o México, com o Chile e com San Marino.

No primeiro, existe uma alínea extra que prevê a isenção da venda de mercadorias expostas numa feira temporária ocasional ou exposição, desde que a venda de mercadorias ocorra dentro de um mês após o encerramento da feira ou exposição.

No tratado com o México, a alínea e), que é semelhante à do modelo da OCDE de 1963, prevê a isenção da “preparação em ligação com a colocação de empréstimos” em alternativa aos três outros exemplos estabelecidos neste modelo. Estabelece ainda, e principalmente, que isenção ocorre “desde que a empresa não receba qualquer rendimento pelo exercício dessas atividades”. Se a “preparação em ligação com a colocação de empréstimos” é típica dos tratados celebrados pelo México, a última parte desta alínea e) não se encontra em mais nenhum tratado dos dois Estados (pelo menos, nestes termos).

Neste caso, a isenção baseia-se então no facto de a sociedade não obter uma contrapartida pelas atividades mencionadas na alínea e). É um critério baseado em lucros.

Contudo, é importante ressaltar que a solução prevista neste tratado diverge da que propomos. A nossa solução refere-se aos lucros gerados pela instalação fixa, que implica a aplicação de regras de preços de transferência quanto aos serviços prestados à empresa a que pertence. A alínea e) deste tratado, por sua vez, estabelece a necessidade da empresa (e não a instalação fixa) não receber rendimentos pelo exercício das atividades aí previstas no Estado da fonte.

Esta exceção abarca então todos os serviços prestados pela instalação fixa à própria empresa. Trata-se de uma solução com a qual discordamos, pois pode levar à não tributação de atividades de grande escala que são lucrativas por aplicação das regras de preços de transferência.

No tratado com o Chile, a alínea e) é semelhante à do Modelo da OCDE de 1963, contudo, é esclarecido que as atividades referidas nesta alínea estão sujeitas a carácter preparatório ou auxiliar.

No tratado com San Marino, a alínea e) menciona uma “instalação fixa mantida unicamente para fazer publicidade, realizar investigação científica ou exercer, para a empresa, qualquer outra atividade de carácter preparatório”. A nosso ver, esta redação aponta para uma exceção automática das atividades de publicidade e de investigação científica, que são consideradas atividades preparatórias em todos os casos. Como se pode verificar, as atividades auxiliares não previstas na lista negativa não são excecionadas. Não compreendemos, no entanto, o motivo pelo qual as atividades preparatórias em geral se encontram excecionadas e as atividades auxiliares não.

5.3 – Conclusões Preliminares

Perante o exposto anteriormente, consideramos que Portugal deve adotar limites monetários, como pressuposto de tributação de EE's, nas suas CDT's e no direito interno. Deve, assim, afastar-se da solução da OCDE de estabelecer como condição a natureza preparatória ou auxiliar das atividades dos EE's, consagrando uma solução mais justa e fácil de controlar pela administração tributária.

Conclusões

I – Antes da adoção do Modelo da OCDE, a limitação à tributação a título de EE no Estado da fonte dependia da cláusula da produtividade. A alternativa à cláusula da produtividade era o teste da lucratividade.

II – A cláusula da produtividade caiu em desuso com o surgimento da lista negativa da CM da OCDE.

III – Os fundamentos apontados para a existência dessa lista negativa, e da exceção para atividades preparatórias ou auxiliares são: a diminuição dos encargos administrativos e dos litígios, a facilitação do comércio internacional e a inexistência de uma ligação económica suficiente com o Estado da fonte. Em nossa opinião, o último não é um verdadeiro fundamento.

IV – A finalidade da exclusão das atividades preparatórias ou auxiliares é atingida quando se exclui da tributação atividades que geram montantes diminutos de lucro. Um teste baseado em lucros faz, pois, sentido como alternativa.

V – A distinção entre atividades preparatórias ou auxiliares tem como ponto de partida a identidade do fim da sede (no Estado da residência) e da instalação fixa (no Estado da fonte). Não partilhando o mesmo fim, é necessário averiguar se o EE executa atividades essenciais e significativas.

VI – Nos dias de hoje, ainda não é claro o que se deve entender por atividades essenciais e significativas. A distinção entre atividades preparatórias ou auxiliares e atividade principais é subjetiva e gera incerteza.

VII – Apesar da OCDE ser firme no seu entendimento de que as alíneas a) a d) do n.º 4 do artigo 5.º da CM OCDE se tratam de exceções automáticas, há uma divisão doutrinal e jurisprudencial quanto à sujeição ou não sujeição destas alíneas à condição de terem carácter preparatório ou auxiliar.

VIII – A proposta de eliminação de todas as alíneas do n.º 4 do artigo 5.º da CM OCDE geraria encargos administrativos consideráveis e não é uma solução adequada, apesar de alargar o âmbito de tributação e de trazer certeza.

IX – A eliminação de uma alínea ou do termo “entrega” da alínea a) não é uma opção preferível relativamente à sujeição a carácter preparatório ou auxiliar das alíneas a) a d), que é mais abrangente. Tem também os mesmos problemas que a solução de eliminação de todas as alíneas do n.º 4.

X – A solução de sujeição a carácter preparatório ou auxiliar de todas as alíneas proposta pela OCDE no relatório final da ação 7 do BEPS não resolve os problemas de não tributação de atividades significativas e atividades relevantes em termos absolutos. O teste do carácter preparatório ou auxiliar é também subjetivo e gera incerteza.

XI – Tentar concretizar o que é uma atividade preparatória ou auxiliar não resolve todos os problemas inerentes à solução apresentada pela ação 7 do BEPS e dificilmente resolverá o problema da subjetividade e da incerteza.

XII – Associar a exclusão de atividades preparatórias ou auxiliares a um limite temporal não é, em nossa opinião, uma solução viável.

XIII – Consideramos que limitar a tributação dos EE's a um limite mínimo de lucros brutos é uma solução adequada. Responde diretamente à necessidade de não tributação de atividades que geram lucros diminutos, pode levar à tributação de atividades de grande escala atualmente excluídas e isenta atividades não excluídas pouco lucrativas.

XIV – É necessário complementar a adoção de um limite monetário com uma regra anti-fragmentação, semelhante à prevista nas propostas da ação 7 do BEPS.

XV – Portugal segue maioritariamente a CM OCDE nos seus tratados e no direito interno. A disposição de direito interno é semelhante à da OCDE e a interpretação da sua letra remete para a exceção automática das alíneas a) a d) do n.º 8 do artigo 5.º do CIRC.

XVI – Em nossa opinião, Portugal deveria adotar limites monetários, como pressuposto de tributação de Estabelecimentos Estáveis, nas suas CDT's e no direito interno.

Bibliografia

C. Aivazian, *Exceptions to the general Permanent Establishment definition for preparatory or auxiliary activities em Permanent Establishments in International and EU tax law* (F. Brugger & P. Plansky eds., Linde 2011)

B.J. Arnold, *Article 5: Permanent Establishment - Global Tax Treaty Commentaries*, Global Tax Treaty Commentaries, IBFD online collections (acedido a 29 Mar. 2016)

B. J. Arnold, *Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties*, 57 Bull. Intl. Taxn. 10 (2003)

J. F. Avery Jones et al., *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, 60 Bull. Intl. Taxn. 6 (2006)

T. Balco, *Kazakhstan - Permanent Establishments*, Topical Analyses IBFD (acedido a 29 Mar. 2016)

A. Becker, *The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice*, 70 Bull. Intl. Taxn. 4 (2016)

Y. Brauner, *OECD Commentary on article 5 of the OECD Model*, Topical Analyses IBFD (acedido a 22 Jan. 2016)

J.J.P. de Goede et al., *Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention: Response from IBFD Research Staff*, 66 Bull. Intl. Taxn. 6 (2012)

P. Eckl, *Germany em Is there a Permanent Establishment?* (J. Sasseville & A. A. Skaar eds., Sdu 2009)

L. Fichardt, *United Kingdom em Is there a Permanent Establishment?* (J. Sasseville & A. A. Skaar eds., Sdu 2009)

K. J. Holmes, *International Tax Policy and Double Tax Treaties – An Introduction to Principles and Application* (Second Revised Edition) (IBFD 2014)

P. Hongler & P. Pistone, *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy* (IBFD 2015)

A. Mehta, *Permanent Establishment in International Taxation* (Taxmann 2012)

N. Oberbauer, *The Dependant Agent PE and the exception for auxiliary and other activities under article 5(4) of the OECD Model Convention em Dependant Agents as Permanent Establishments* (M. Lang et al. eds, Linde 2014)

F. Pita, *Article 5 – The concept of Permanent Establishment em History of tax treaties : the relevance of the OECD documents for the interpretation of tax treaties* (T. Ecker & G. Ressler eds., Linde 2011)

E. Reimer, *Permanent Establishment in the OECD Model Tax Convention em Permanent establishments: a domestic taxation, bilateral tax treaty and OECD perspective* (E. Reimer et al. eds., Kluwer Law International)

J. Roeleveld & K. Tetlak, *Article 17: Entertainers and Sportspersons - Global Tax Treaty Commentaries*, Global Tax Treaty Commentaries IBFD

F. Rubim, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66 Bull. Intl. Taxn. 6 (2012)

J. Sasseville & A. A. Skaar, *General Report em Is there a Permanent Establishment?* (J. Sasseville & A. A. Skaar eds., Sdu 2009)

J. Schaffner, *How fixed is a Permanent Establishment?* (Kluwer Law International 2013)

A. A. Skaar, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1991)

A.M.C. Smith, *International Tax Policy Changes Arising from New Zealand's Latest Tax Treaties: New Perceptions of Being a Capital Exporter?*, 69 Bull. Intl. Taxn. 1 (2015)

M. Somare, *Alternative Provisions to Art 17 OECD Model Convention in The OECD-Model-Convention and its Update 2014: Series on International Tax Law* (M. Lang et al. eds., IBFD 2015)

A. Storck & A. Zeiler, *Beyond the OECD Update 2014: Changes to the Concepts of Permanent Establishments in the Light of the BEPS Discussion in The OECD-Model-Convention and its Update 2014: Series on International Tax Law* (M. Lang et al. eds., IBFD 2015)

K. Vogel, *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US Model Conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to German treaty practice* (London Kluwer Law International 1997)

A. Xavier, *Direito Tributário Internacional* (Almedina 2014)