



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A Ação 3 do BEPS - Compatibilidade com o Direito da União Europeia e Desafios para o Legislador Português

ANA CAROLINA DIAS

Sob a orientação do Senhor Professor Doutor

João Félix Pinto Nogueira

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Mestrado em Direito Fiscal

Lisboa, março de 2016

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	3
1. Introdução.....	5
1.1. Lançamento do tema	5
1.2. Objetivo e objeto da tese.....	6
1.3. Metodologia e modo de citar	6
1.4. Sequência.....	7
2. As propostas da Ação 3 do BEPS e respetivas críticas	8
2.1. Os objetivos de política fiscal, tal como mencionados no <i>discussion draft</i>	8
2.1.1. Críticas às políticas fiscais propostas pela OCDE.....	10
2.2. Propostas contidas no relatório final	11
2.2.1. Propostas relativas ao conceito de sociedade	11
2.2.1.1 Entidades transparentes e estabelecimentos estáveis	12
2.2.1.2. <i>Modified hybrid mismatch rule</i>	13
2.2.2. Em relação à jurisdição da subsidiária	14
2.3. No que respeita à noção de controlo	16
2.4. Relativamente aos rendimentos abrangidos	19
2.4.1. <i>A categorical analysis</i>	19
2.4.2. <i>A substance analysis</i>	20
2.4.3. <i>A excess profits analysis</i>	23
2.4.4. <i>Transactional e entity approaches</i>	25
2.5. Regras para calcular e atribuir rendimentos	25
2.6. Regras para mitigar ou eliminar a dupla tributação.....	27
3. A compatibilidade da Ação 3 com o Direito da União Europeia	29
3.1. A situação atual	29
3.2. Problemas de compatibilidade com o Direito da União Europeia	31
3.2.1. A aplicabilidade automática das propostas	31
3.2.2. Rendimento financeiro	33
3.2.3. Subsidiárias domésticas.....	34
3.2.4. O problema da aplicação das regras aos arranjos parcialmente artificiais	35
3.3. Os problemas nas relações com Países Terceiros	36

4. O regime fiscal português em matéria de SEC.....	40
4.1 A atual norma portuguesa	40
4.2 Os problemas de compatibilidade subsistentes	42
4.3 Propostas de melhoria do regime jurídico	45
Conclusões	47
Bibliografia, Jurisprudência e Outras Fontes.....	50

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
AG	Advogado-Geral
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CFC	<i>Controlled Foreign Corporations</i>
CIRC	Código sobre o Imposto das Pessoas Coletivas
DUE	Direito da União Europeia
EEE	Espaço Económico Europeu
EM	Estado-Membro
EPA	<i>Excess Profits Analysis</i>
IBFD	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
IFRS	<i>International Financial Reporting Standards</i>
IP	<i>Intellectual Property</i>
n.º	Número
n.ºs	Números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	Página
pp.	Páginas
SEC	Sociedade Estrangeira Controlada

TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume
§	Parágrafo

1. Introdução

1.1. Lançamento do tema

A globalização produziu um forte impacto na sociedade atual. Desde a facilidade na circulação de pessoas e bens à internacionalização das organizações empresariais, vários aspetos da globalização contribuíram para tornar obsoletas certas regulamentações ao nível económico e social.

A globalização manifesta-se também ao nível da fiscalidade. Face à mobilidade transnacional de produtos, produtores e capital, os Estados começaram a tentar utilizar a variável fiscal para atrair aqueles fatores de produção. Por seu turno, as sociedades começaram a explorar diferentes regimes e a aproveitar as vantagens geradas pela falta de harmonização entre os mesmos. Por vezes, este fenómeno passou pela criação de subsidiárias com pouca substância, localizadas em jurisdições de reduzida ou inexistente tributação. O objetivo destas práticas era obstar ao imposto devido no Estado da residência da sociedade mãe, uma vez que, segundo as regras gerais, esta tributação só poderia ocorrer se e quando houvesse uma efetiva distribuição de dividendos. Se essa distribuição nunca ocorresse, os rendimentos em causa não seriam tributados e os Estados onde essa riqueza era efetivamente gerada ficavam prejudicados. Em rigor, esta prática de diferimento da tributação é legal, mas é também contrária ao espírito e objetivo dos sistemas fiscais.

Os Estados, preocupados com o impacto desses comportamentos nos seus orçamentos estatais, começaram a tomar medidas específicas. Uma dessas medidas passou pela adoção de “SEC – Sociedades Estrangeiras Controladas” (ou, em inglês, *CFC - Controlled Foreign Corporations*). Todavia, tais regras não foram implementadas em todos os países e os que as adotaram fizeram-no de forma pouco uniforme. Este circunstancialismo levou a resultados descoordenados e manteve abertas algumas janelas de oportunidade para práticas abusivas.

A demonstrada insuficiência de regras sobre SECs unilateralmente definidas por cada Estado provou a necessidade de uma resposta global. Em consonância, a OCDE lançou a Ação 3 do Plano BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*, designada *Strengthening CFC Rules*. Esta ação espelha uma melhor compreensão do problema

colocado pelas SECs e tem como principal objetivo fortalecer as regras e uniformizar a sua aplicação pelos vários Estados.

No entanto, esta iniciativa não está isenta de críticas, pois existem demasiados interesses conflitantes e problemas de compatibilidade com o Direito da União Europeia.

1.2. Objetivo e objeto da tese

A nossa investigação focar-se-á na análise dos riscos, para os Estados e para as sociedades, resultantes das novas regras em matéria de SECs, tal como recentemente proposto pela OCDE. Procuraremos ainda identificar (e superar) os potenciais problemas de compatibilidade destas regras com o Direito da UE.

A nossa análise partirá das propostas da OCDE para fortalecer e unificar as regras sobre SECs, tal como expressas no Relatório Final do BEPS¹. Faremos a revisão dos comentários críticos apresentados por vários operadores económicos.

A nossa tese incluirá ainda a questão da compatibilidade com o Direito da UE. Nesta sede, impõe-se a análise à decisão do TJUE no caso *Cadbury Schweppes*². Esta decisão definiu os limites para a aplicação deste regime, limitando-o aos casos de arranjos puramente artificiais sempre que se estabeleçam regras diferentes para subsidiárias residentes e não residentes. As nossas conclusões terão em conta as propostas de compatibilização propostas pela OCDE no relatório BEPS.

Em conclusão, com a presente dissertação, pretendemos identificar os problemas subjacentes à Ação 3 do BEPS em termos de direito doméstico, direito tributário internacional e Direito da UE. Procuraremos também fazer algumas propostas de melhoria a esse regime, não esquecendo as incorreções que ainda persistem na lei portuguesa sobre SECs.

1.3. Metodologia e modo de citar

Para a presente dissertação procedemos a uma revisão bibliográfica e jurisprudencial. Procedemos ainda a uma análise de direito comparado, tendo em conta as jurisdições a que tivemos acesso. As fontes usadas na realização da presente tese (e

¹ *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules – Action 3: 2015 Final Report* - publicado em outubro de 2015.

² TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

que se encontram devidamente identificadas na bibliografia final) serão citadas do seguinte modo.

Os artigos constantes de publicações periódicas serão citados de acordo com o seguinte modelo: Apelido, Inicial do Nome, *Título*, Volume, Designação da Publicação Periódica, Número, página, (Ano)³.

A citação de monografias obedece ao seguinte esquema: Apelido, Inicial do Nome, *Título da Monografia*, Edição/Volume (se aplicável), Editora, Ano⁴.

Quanto à citação de acórdãos do TJUE, a referência será feita do seguinte modo: TJUE, dia do mês do ano, número do processo, designação do caso, parágrafos (quando a referência se dirige a um aspeto concreto)⁵.

1.4. Sequência

Após uma inicial contextualização, no capítulo 2 percorreremos as várias propostas avançadas pela OCDE para fortalecer as regras sobre SECs. Este exame crítico procurará salientar as debilidades associadas a cada uma das soluções. Procuraremos ainda sugerir formas de superar cada uma das debilidades identificadas.

No capítulo 3, a nossa atenção focar-se-á na compatibilidade das propostas da OCDE com o DUE. Analisaremos o impacto das propostas BEPS à luz da jurisprudência do TJUE em matéria de SECs e de que modo se podem coadunar, ou não, com o controlo de proporcionalidade europeu.

Finalmente, no capítulo 4, descreveremos brevemente o regime português em matéria de SEC. Faremos o ponto de situação da nossa lei à luz da alteração legislativa realizada em 2012, no rescaldo do Acórdão *Cadbury Schweppes*, adiantando propostas para melhorar o regime português em aspetos fulcrais que carecem de revisão, nomeadamente em conformidade com as recentes propostas da OCDE.

Terminaremos com as conclusões do nosso estudo.

³ A título de exemplo, veja-se: VANISTENDAEL, F., *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, 15 EC Tax Review 4, p. 192-195 (2006).

⁴ Veja-se o exemplo: DAHLBERG, M., *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of capital*, vol. 9, London Kluwer Law International (2005).

⁵ Veja-se o exemplo: TJUE, 17.07.1997, C-28/95, *Leur Bloem*.

2. As propostas da Ação 3 do BEPS e respectivas críticas

A OCDE decidiu incluir no projeto BEPS uma Ação 3, destinada ao fortalecimento das regras em matéria de sociedades estrangeiras controladas. No quadro deste projeto, i) a OCDE publicou um *discussion draft* com as principais propostas⁶; ii) aberto o período de discussão pública, vários operadores económicos e público em geral apresentaram as suas opiniões; iii) finalmente, em outubro de 2015, a OCDE publicou o relatório final relativo a esta ação⁷.

As propostas são feitas em relação a cada um dos elementos normativos das SECs, que a OCDE designa como *building blocks*⁸. São eles: i) a definição de sociedade estrangeira controlada; ii) os limites mínimos; iii) a definição de controlo; iv) a definição de rendimento da SEC; v) as regras para calcular e atribuir rendimentos e, por fim; vi) as regras para prevenir ou eliminar a dupla tributação.

2.1. Os objetivos de política fiscal, tal como mencionados no *discussion draft*

O *discussion draft* da OCDE começa por indicar a razão de ser das regras sobre SECs e os objetivos de política fiscal que devem estar subjacentes às mesmas⁹.

Segundo a OCDE, deve ser tido em conta (i) o equilíbrio entre a tributação de rendimento estrangeiro e competitividade, (ii) devem limitar-se custos administrativos, (iii) as regras devem ser usadas como medidas preventivas, (iv) deve definir-se a base tributável a proteger, (v) deve evitar-se a dupla tributação e, por último, (vi) deve ter-se em conta a interação entre regras sobre SEC e as regras sobre preços de transferência¹⁰.

No que concerne ao objetivo de encontrar um (difícil) equilíbrio entre tributação justa e competitividade, é referido que países com regras sobre SECs mais abrangentes podem acabar por sofrer com a desvantagem competitiva que resultará da aplicação das mesmas¹¹. A uniformização dos regimes é apontada como a principal solução para fazer face às distorções de concorrência causadas pela heterogeneidade de regras nesta

⁶ *Public Discussion Draft – BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules.*

⁷ *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report.*

⁸ *Public Discussion Draft* § 2.

⁹ Vide PERROU, K., *New CFC rules*, 55 *European Taxation* 4, p.173-176 (2015) e BAKER, P., *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue: case C-196/04*, 9 *International Tax Law Reports* 1, p. 89-138 (2006).

¹⁰ *Public Discussion Draft* §7.

¹¹ *Idem* § 8.

matéria¹². No entanto, como veremos, a grande maioria das propostas não logrará esta uniformidade.

Os problemas de competitividade são especialmente prementes no contexto da UE. A jurisprudência do TJUE presente no Acórdão *Cadbury Schweppes*¹³ veio estipular que as regras sobre SECs constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento que apenas será justificada se as ditas regras se limitarem a arranjos puramente artificiais¹⁴. A OCDE reconhece aos Estados-Membros da UE uma ampla margem de atuação para que estes possam compatibilizar as propostas com a decisão do TJUE¹⁵. Porém, é incontestável que os Estados-Membros não poderão adotar as propostas se as mesmas forem incompatíveis com o Direito da UE. Neste caso, as empresas sediadas na UE ficam numa situação de vantagem competitiva relativamente às empresas sediadas fora desse espaço, pois quanto a estas as restrições do TJUE não se aplicam.

Para assegurar a aplicabilidade na UE, o *draft* propõe que as regras SEC se apliquem apenas quando a subsidiária controlada é um arranjo puramente artificial¹⁶. É proposta a extensão do regime a subsidiárias domésticas, com o intuito de eliminar qualquer discriminação entre subsidiárias residentes e não residentes. Ademais, é encorajado que se siga a jurisprudência do TJUE que permite aplicar as regras quando a transação que originou o rendimento da SEC for “parcialmente artificial”, oferecendo uma outra justificação para a aplicação do regime¹⁷. Por fim, também se aconselha a invocação da correta distribuição dos poderes tributários como justificação para o uso das regras sobre SECs¹⁸, pelo que a sua aplicação deixaria de depender apenas da existência de arranjos puramente artificiais¹⁹.

A OCDE propõe ainda a diminuição de custos administrativos desnecessários, mas sem descurar a efetividade do regime sobre SECs. São propostos “testes de

¹² JIMÉNEZ, A.M., *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law*, 66 *Boletín for International Taxation* 4/5, p. 270-292.

¹³ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

¹⁴ *Idem* § 55 e DODWELL, B. & SERRAU, C., *Cadbury Schweppes: the future of CFC legislation*, *Tax Adviser*, p. 27 (2006).

¹⁵ *Public Discussion Draft* § 13.

¹⁶ *Idem* §14.

¹⁷ TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*.

¹⁸ TJUE, 18.07.2007, C-231/05, *Oy AA*; TJUE, 21.01.2010, C-311/08, *SGL*.

¹⁹ P. & MAISTO, G., *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs)* – part 1, 48 *European Taxation* 10, p. 503-513 (2008).

substância” para identificar rendimento artificialmente transferido, ao mesmo tempo que se estabelecem regras mais mecânicas e fáceis de aplicar²⁰.

As regras sobre SEC são apresentadas como medidas preventivas e dissuasoras de comportamentos abusivos²¹, que se propõem a prevenir a evasão fiscal de todas as bases tributáveis, incluindo as de países terceiros²².

O *draft* indica a necessidade de se introduzirem mecanismos para evitar a dupla tributação a que o regime relativo a SECs²³ pode conduzir. Esta é uma preocupação especialmente vincada, dada a natureza do próprio regime e da tributação que implica. As considerações de política fiscal terminam com a importância que a aplicação combinada de regras sobre SECs e preços de transferência tem no combate de atividades BEPS. Embora se reconheça um certo paralelismo entre os objetivos das regras sobre SEC e as regras sobre preços de transferência, nomeadamente em termos de dissuasão de comportamentos abusivos, também se reconhece que prosseguem esses objetivos de maneiras distintas²⁴.

2.1.1 Críticas às políticas fiscais propostas pela OCDE no *discussion draft*

Vários comentadores salientam que a OCDE não traça de modo claro qual o propósito das regras SEC, pois procura uniformizar regras e, ao mesmo tempo, satisfazer vários objetivos de competitividade²⁵. Esta política fiscal indefinida e, por vezes, contraditória, resulta em propostas incoerentes e sem uma orientação específica.

Em nossa opinião, a implementação de regras uniformes nos vários países desconsidera as diferentes formas de estruturação e funcionamento de cada sistema fiscal. No limite, cremos que até mesmo os regimes sobre SECs mais abrangentes podem conter *nuances* suscetíveis de conduzir a resultados práticos distintos. Dizer que as regras teriam de ser as mesmas implicaria dar-lhes um escopo demasiado abrangente, cujo resultado será a inclusão de rendimento que não advém de atividade BEPS²⁶. Este é um exemplo flagrante da inconsistência das propostas, o qual é reconhecido pelo

²⁰ *Public Discussion Draft* § 15.

²¹ *Idem* § 16; Vide SCHÖN, W., *CFC legislation and European Community Law*, British Tax Review 4, p. 250-260 (2001).

²² *Idem* § 18 Isto parece indicar que os planos do BEPS não se limitam a proteger a base tributável do país da sociedade mãe, podendo também aplicar-se a casos de *foreign-to-foreign stripping*, o que implica a proteção dos direitos tributários de qualquer outro estado terceiro.

²³ *Idem* § 20.

²⁴ *Idem* § 21 e 28 - Os preços de transferência aplicam-se a transações individuais entre partes relacionadas, enquanto as regras sobre SEC se aplicam ao rendimento de uma subsidiária controlada.

²⁵ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, BDI - *Federation of German Industries*, p. 69.

²⁶ *Idem*, BASF, p. 64 e BIAC, *The Voice of Business at the OECD*, p. 99.

próprio *draft* quando refere que “objetivos mais amplos não se encontram dentro do escopo do *Action Plan 3* do BEPS para as SEC”²⁷.

A anunciada proteção contra o *foreign-to-foreign stripping*²⁸ é um outro aspeto do largo âmbito de aplicação das regras SEC²⁹. Entendemos que esta opção merece ser criticada não só pelos custos administrativos que implica, mas também porque poderia dar lugar a dupla ou múltipla tributação. Neste caso, tanto o país da residência, como o da SEC e ainda um país terceiro poderiam reclamar o poder de tributar um determinado elemento de rendimento. Ademais, pode não haver regras para acautelar estas situações³⁰.

No geral, recomenda-se que as propostas da OCDE sejam melhoradas a ponto de permitirem identificar as SEC que apresentam um risco diminuto ou inexistente de abuso. Excluindo estas da aplicação de regras sobre SECs, o trabalho poderá ser direcionado, de modo mais eficiente, a entidades em que esse risco é elevado. É também fulcral o desenvolvimento de padrões mínimos de aplicação das regras SEC e o ideal seria não fazer distinção entre Estados-Membros e não Membros.

2.2. Propostas contidas no relatório final

2.2.1. Propostas relativas ao conceito de sociedade

O relatório final³¹ propõe uma noção ampla de SEC, que abrange sociedades, entidades transparentes, estabelecimentos permanentes, sucursais de bancos e *trusts*. Estas entidades deverão ser consideradas SECs desde que sejam detidas por uma SEC ou desde que sejam consideradas, no Estado da residência, como entidades transparentes para efeitos tributários. Com esta visão pretende evitar-se que o simples uso de uma forma legal diferente impeça a aplicação das regras relativas a SECs a situações que, sem tal manipulação, cairiam no âmbito de aplicação das regras³².

²⁷ Situação que oportunamente criticaremos. *Public Discussion Draft* § 4.

²⁸ Esta proteção implica que as regras sobre SEC não se limitem a prevenir a erosão da base tributável do país de residência da sociedade-mãe, mas também a erosão de bases tributáveis de países terceiros.

²⁹ *Final Report*, § 17.

³⁰ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, *Astra Zeneca*, p. 48.

³¹ *Final Report*, § 26.

³² *Idem* § 26; Vide TAYLOR, D., SYKES, L, *Controlled Foreign Companies and Foreign Profits*, *British Tax Review* 5, p. 609-647 (2007) e KUZNIACKI, B., *Discriminatory tax treatment of CFC's losses towards losses of partnerships, economic double taxation, exchange of tax information and future developments of the Norwegian CFC rules*, *Skatterett* 4, p. 349-384 (2014).

2.2.1.1 Entidades transparentes e estabelecimentos estáveis

O relatório avança que as regras relativas a SECs devem ser aplicadas a entidades transparentes em dois casos. Em primeiro lugar, quando tais entidades, embora não sejam tributáveis na sua jurisdição, estejam sujeitas a tributação na jurisdição da sociedade mãe. Em segundo lugar, quando não sejam tributáveis de outra forma e sejam detidas por uma outra SEC³³.

Esta potencial incorporação de entidades transparentes na mira das regras SEC poderá ser eficaz para combater atividades BEPS. No entanto, isso implicará custos muito elevados e complexidade administrativa acrescida. Os lucros de entidades transparentes teriam de ser recalculados de acordo com as regras do Estado da residência³⁴, o que pode ser dificultado no caso de essas entidades não possuírem registos contabilísticos próprios, como será mais frequente³⁵. Esta falta de informação impossibilitará o acesso aos dados necessários para determinar a sua potencial inclusão no regime.

Relativamente ao primeiro caso em que a entidade transparente deve ser considerada SEC, não se percebe porque é que tem de ser assim se o seu rendimento já é tributável no estado da residência³⁶. Neste caso verifica-se a extensão um regime complexo com o fim de alcançar um resultado que já se verificava, embora por uma via mais simples.

Um outro grande risco inerente a esta proposta é a possibilidade de dupla tributação. Se o rendimento da entidade transparente já é, por definição, tributável na pessoa do sócio, uma nova inclusão desse rendimento na base tributável da sociedade mãe aumentaria os riscos de dupla tributação. A necessária aplicação de um crédito de imposto só enaltece as dificuldades acrescidas que esta solução exige.

O relatório final tem em conta estas críticas e avança que, quando o lucro de entidades transparentes já seja tributado no Estado da residência, as mesmas não serão tratadas como SECs. Caso contrário, as regras sobre SECs podem aplicar-se a entidades transparentes, especialmente se forem detidas por uma SEC³⁷.

³³ *Final Report* § 33.

³⁴ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, *Astra Zeneca*, p. 48.

³⁵ *Idem*, *Business Europe*, p. 156.

³⁶ *Idem*, *Deloitte*, p. 231.

³⁷ *Final Report* § 27.

Quanto a estabelecimentos permanentes, estes devem ser trazidos para o escopo deste regime sempre que o país da residência da empresa à qual o estabelecimento permanente pertence aplique o método da isenção sobre o rendimento desse estabelecimento³⁸. O relatório vai mais longe e acrescenta que pode aplicar-se o regime a um estabelecimento permanente se este for detido por uma entidade estrangeira³⁹.

Em nossa opinião, os estabelecimentos permanentes existem normalmente apenas por razões comerciais e representam um risco muito diminuto de atividade BEPS. A aplicação do regime sobre SEC também aumentaria os riscos de dupla tributação, pois o rendimento gerado por via do estabelecimento permanente seria tributado na esfera da entidade SEC que o detém. Se esse rendimento for depois imputado à sociedade mãe, gera-se tributação sucessiva do mesmo fluxo de rendimento⁴⁰.

2.2.1.2. *Modified hybrid mismatch rule*

Uma outra preocupação expressa é o tratamento de figuras híbridas. Para estas, a OCDE propõe a introdução de uma *modified hybrid mismatch rule*⁴¹. Esta regra tem em vista impedir que diferenças de tratamento de instrumentos e entidades nos países da residência e da localização da SEC possam ser usadas para desenvolver planeamento fiscal agressivo. No limite, estas diferenças de tratamento podem levar à exclusão de rendimento atribuível em sede de regras sobre SECs só porque algumas entidades não são consideradas⁴².

Propõe-se que se considerem relevantes os pagamentos intragrupo a uma SEC para efeitos do cálculo do rendimento a incluir no regime⁴³. Isto para evitar que a entidade pagadora e a SEC possam ser consideradas como uma só entidade, num

³⁸ Com esta proposta, o estabelecimento permanente será considerado uma SEC, o que permitirá a tributação do rendimento auferido através dele. Dá-se a entender que, nestes casos, o estabelecimento permanente só foi constituído para a sociedade residente poder aproveitar abusivamente o método da isenção, que é depois desconsiderado pela via das regras sobre SEC; *Vide* TAYLOR, D., SYKES, L., *Controlled Foreign Companies and Foreign Profits*, *British Tax Review* 5, p. 609-647 (2007) e WILLIAMSON, D.T., ORENSTEIN, B., *The effect of the foreign tax credit on the sale of CFC stocks*, 65 *Tax Notes International* 11, p. 839-844 (2012).

³⁹ *Final Report*, § 28.

⁴⁰ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, *Confederation of Indian Industry*, p. 204.

⁴¹ *Final Report*, § 30.

⁴² *Idem* § 29.

⁴³ *Idem* § 30; *Vide* WHITEHEAD, S., *Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation*, 16 *EC tax review* 4; p. 176-183 (2007) e RUST, A., *CFC legislation and EC Law*, 36 *Intertax* 11, p. 492-501 (2008).

contexto intragrupo, caso em que o referido pagamento e respetivo rendimento não seriam considerados para efeitos das regras SEC.

Para os pagamentos intragrupo relevarem, o relatório final propõe que sejam tidos em conta os pagamentos efetuados que não tenham sido incluídos no rendimento sujeito às regras, mas que teriam sido se a jurisdição da sociedade mãe classificasse as entidades e os instrumentos da mesma maneira que o país da SEC.

Esta proposta consubstancia uma visão mais ampla na aplicação da *hybrid mismatch rule* e é bastante criticada. Além de complexa, não tem em consideração apenas os casos em que se verifica erosão de uma determinada base tributável, pelo que pode capturar rendimento derivado de atividades reais e trazer para a tributação SEC entidades que não exercem atividade BEPS⁴⁴. Não obstante, é esta a opção expressamente avançada no relatório final, embora a classifique apenas como uma “possível abordagem”⁴⁵.

Em suma, consideramos que a posição abrangente da OCDE relativamente às entidades que podem ser consideradas SEC pode tornar mais efetivo o combate ao BEPS. No entanto, as propostas relativas à definição de sociedades são muito complexas e, em geral, podem levar a uma sobreinclusão de entidades neste regime. Estas soluções deveriam ter sido acompanhadas de regras mais claras e de exceções que simplifiquem a sua aplicação.

2.2.2. Em relação à jurisdição da subsidiária

O relatório final recomenda que a subsidiária controlada não seja submetida ao regime sobre SEC se o país da sua localização a sujeitar a uma taxa de imposto efetiva que seja semelhante à taxa de imposto aplicável na jurisdição da sociedade mãe⁴⁶.

A existência de uma referência à jurisdição onde a subsidiária se encontre é, em geral, uma das formas de limitar a aplicação do regime aos casos de risco efetivo de transferência artificial de rendimentos para uma localização de reduzida tributação⁴⁷. Só existe risco de transferência quando a taxa de imposto aplicável no país da SEC terá de

⁴⁴ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, BIAC, *The Voice os Business at the OECD*, p. 105 e CIOT *Comments*, p. 197.

⁴⁵ *Final Report* § 30.

⁴⁶ *Idem* § 51.

⁴⁷ *Idem* § 50.

ser substancialmente mais baixa do que a taxa aplicável pelo país da residência da sociedade mãe.

Muitas jurisdições recorrem a *black lists*⁴⁸. Estas enumeram os vários países de tributação privilegiada e, se a SEC se encontrar num deles, o regime é automaticamente aplicado. No entanto, embora esta solução seja muito mais simples, não permite uma análise casuística da realidade e pode levar a situações de sobreinclusão.

Outras determinam um limite mínimo de taxa de imposto abaixo do qual é despoletada a aplicação do regime. Esta opção consiste na comparação da taxa de imposto da jurisdição da SEC com uma percentagem fixa e pré-definida⁴⁹.

Uma outra hipótese é usar uma taxa mínima, que deverá ser, no máximo, 75%⁵⁰ da taxa de imposto sobre pessoas coletivas que vigora no país da residência. Depois, o resultado deverá ser comparado com a taxa de imposto efetiva da SEC e não com a taxa nominal, permitindo comparações mais adequadas⁵¹. Assim, para a maioria das jurisdições, se a taxa de imposto efetiva do país da SEC for inferior a 75% da taxa do imposto correspondente em vigor no país da residência, considera-se que a tributação da SEC é abusivamente baixa. A legislação portuguesa sobre SEC exige que a taxa de imposto do país da SEC seja superior a 60% da taxa de IRC em vigor. Neste ponto, podemos afirmar que o nosso regime não se encontra longe do nível fixado pela OCDE como ideal para aferir o nível de tributação.

Para calcular a taxa de imposto efetiva do país da subsidiária recomenda-se o uso de uma *ratio* entre o imposto pago nessa jurisdição e o rendimento tributável total da subsidiária. Este seria calculado de acordo com as regras do país da sociedade mãe ou com os IFRS⁵². A ideia de usar estas regras contabilísticas prende-se com a pretensa uniformidade que trazem à elaboração da contabilidade da sociedade mãe e da SEC.

Uma das grandes críticas prende-se com a proposta de cálculo da taxa de imposto efetiva segundo as regras do país da sociedade mãe. Isto desconsidera outras realidades que podem levar à oscilação dessa taxa de ano para ano, como as diferentes

⁴⁸ *Idem* § 62.

⁴⁹ *Idem* § 63.

⁵⁰ *Idem* § 64.

⁵¹ *Idem* § 65; Vide SCALIA, R., *Reshaping the Italian CFC rules: selected issues*, 78 Tax Notes International 13, p. 1211-1213 (2015) e MILES, A., *German Reconstructions Tax Act to be Re-written*, 8 Tax Planning International: European Union Focus 9, p.8-9 (2006).

⁵² *Final Report* § 66; Vide BENITES, M.M., *Current taxation by host country of income earned by controlled foreign corporations*, 32 Tax Management International Forum 1, p. 3-90 (2011).

regras para o apuramento dos lucros e o momento temporal da sua determinação⁵³. As mesmas críticas podem ser apontadas no caso de recurso às IFRS. Através deles iriam registar-se resultados diferentes em função das diversas regras fiscais dos Estados. Este problema será ainda maior quando estiver em causa uma multinacional que opere em muitos países. Neste caso, a necessidade de coordenar várias regras implicará custos e dificuldades desnecessárias⁵⁴.

Acrescenta-se que a aplicação de uma percentagem mínima à taxa em vigor no país da sociedade mãe poderá não funcionar como um limite fiável⁵⁵. Quanto maior for a taxa nominal deste país, mais alta será a taxa de imposto que teria de ser aplicada pelo país da SEC e mais empresas cairão no escopo das regras. Paradoxalmente, isto será um problema para os países com maiores taxas de imposto.

2.3. No que respeita à noção de controlo

Para que exista controlo a sociedade mãe deve ter o poder de influenciar decisivamente a atuação de uma subsidiária, pois apenas nestas circunstâncias existe a possibilidade de transferir lucros artificialmente. A proposta do relatório consiste na combinação de um controlo legal e económico quando a sociedade mãe detenha mais de 50% da subsidiária estrangeira.

Para uma correta definição de controlo deve determinar-se, em primeiro lugar, que tipo de controlo é exercido e, depois, qual o nível desse controlo⁵⁶.

Para aferir o tipo de controlo sugere-se a aplicação de testes relativos ao: i) controlo legal e, ii) controlo económico que pode ser exercido sobre a subsidiária estrangeira.

Existe controlo legal sempre que os acionistas tiverem uma percentagem de direitos de voto que lhes permita eleger os responsáveis pela gestão e funcionamento da sociedade estrangeira, ao mesmo tempo que a manobram indiretamente através das suas instruções. O controlo económico implica um direito sobre os lucros, capital e ativos de

⁵³ É possível pagar-se pouco imposto sem que isso esteja automaticamente associado a abuso, como nos casos *de carry forward ou carry back* de prejuízos; Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, ABI, *Association of British Insurers*, pp. 16 e 17, *Astra Zeneca*, p. 57, BDI, *Federation of German Industries*, pp. 71 e 72.

⁵⁴ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, BIAC, *The Voice of Business at the OECD*, pp. 105 e 106.

⁵⁵ *Idem*, *Astra Zeneca*, p. 56; Vide KUZNIACKI, B., *Discriminatory tax treatment of CFC's losses towards losses of partnerships, economic double taxation, exchange of tax information and future developments of the Norwegian CFC rules*, *Skatterett* 4, p. 349-384 (2014) e FISZER, J., *Polish CFC regulations: further limits on cross-border tax optimization*, *75 Tax Notes International* 10, p. 843-845 (2014).

⁵⁶ *Final Report* § 34.

uma companhia. A detenção deste tipo de direitos pode permitir aos sócios residentes o controlo da subsidiária, mesmo quando não detenham legalmente a maioria das ações.

O relatório final propõe que se combinem, no mínimo, os testes de controlo legal e económico⁵⁷.

Quanto ao nível de controlo, quer seja legal ou económico⁵⁸, é recomendada detenção de mais de 50% de controlo direto ou indireto sobre a SEC pelos acionistas residentes⁵⁹. Este nível elevado de controlo permite acautelar todas as situações em que a entidade controladora pode exercer uma influência decisiva e desviar lucros artificialmente para a entidade controlada.

Não obstante a sua necessidade, os testes de controlo devem ser aplicados com cuidado, em especial o teste do controlo económico. Este teste carece de segurança na sua aplicação, porquanto as regras que determinam a existência deste controlo podem ser contornadas através de reorganizações empresariais. Nestes casos, o controlo sobre uma subsidiária pode alterar-se sem que seja acompanhado de mudanças ao nível da sua direção efetiva e da atividade desenvolvida.

O relatório tem também em consideração a possibilidade de surgirem complicações quando acionistas minoritários atuem conjuntamente para exercer a influência necessária. Neste caso, as suas participações devem ser agregadas para determinar se exercem ou não controlo suficiente⁶⁰. Esta condição pode ser aferida através i) do teste *acting-in-concert*; ii) da análise da relação entre as partes ou; iii) através da verificação da introdução de um requisito relativo à propriedade concentrada.

Através do teste *acting-in-concert* analisam-se factos para verificar se os acionistas minoritários estão ou não a agir em conjunto de modo a poder influenciar a SEC. Se assim for, as suas participações serão agregadas para determinar se existe o controlo necessário à aplicação do regime sobre SEC⁶¹.

A análise da relação entre as partes é também muito importante, uma vez que muitas subsidiárias são detidas por partes relacionadas com a sociedade mãe. Deverão

⁵⁷ *Idem* § 36.

⁵⁸ *Idem* § 37.

⁵⁹ Existe a possibilidade de aquela percentagem ser fixada num nível inferior, por respeito às políticas fiscais dos diferentes Estados. Vide, PINTO, J.S., *The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries*, 53 *European Taxation* 2/3, (2013) e BENITES, M.M., *Current taxation by host country of income earned by controlled foreign corporations*, 32 *Tax Management International Forum* 1, p. 3-90 (2011).

⁶⁰ *Final Report* § 36

⁶¹ *Idem* § 39.

ser agregadas as participações de todas as partes relacionadas de modo a verificar se, juntas, atingem o limiar dos 50% de controlo sobre a subsidiária⁶².

Finalmente, o requisito da propriedade concentrada exige que se agreguem as participações que todos os acionistas residentes detenham na SEC, desde que cada participação individual seja superior a determinada percentagem⁶³.

O teste *acting-in-concert* é alvo de algumas críticas pois, para além dos elevados custos que envolveria, considera-se que a sua aplicação teria por base circunstâncias incertas⁶⁴. Para além disso, partes que atuam concertadamente têm, em regra, menos de 40% dos direitos de voto, pelo que o fazem não para exercer controlo, mas sim por razões comerciais atendíveis⁶⁵.

Existem ainda problemas práticos na aplicação de um teste de controlo a partes não residentes ou não relacionadas, principalmente por dificuldades de acesso à informação necessária. As dificuldades e custos administrativos que esta possibilidade implica são desnecessários, pelo que o que deve ser tido em conta é o controlo exercido por partes relacionadas.

Muitas SECs são detidas por sociedades intermediárias e é neste campo que grandes oportunidades de abuso ocorrem. Tendo esta possibilidade em consideração, as considerações relativas ao controlo terminam referindo expressamente a necessidade de considerar relevante o controlo exercido indiretamente⁶⁶.

Os comentários às propostas da OCDE relativas ao controlo manifestam a concordância com as propostas do relatório final por grande parte dos operadores económicos que se pronunciaram. Contudo, enaltecem também alguns aspetos negativos dignos de nota.

Em suma, a OCDE procurou mostrar as diversas formas através das quais se pode exercer controlo sobre uma subsidiária. No entanto, as propostas apresentadas são algo difusas e constituem apenas um limiar mínimo de intervenção por parte dos Estados. Isto pode levar cada Estado a adotar soluções muito diferentes entre si, numa heterogeneidade que poderá comprometer os objetivos iniciais. Seria preferível

⁶² *Idem* § 41; *Vide*, TURNER, G.H.J., *Controlling investments in companies: establishment or movement of capital*, 9 The EC tax journal 3, p. 67-77 (2008).

⁶³ É ainda dada a possibilidade de incluir nestes três testes as participações de não residentes ou de partes não relacionadas, de modo a determinar se o nível necessário de controlo sobre a SEC foi atingido; *Final Report* § 43.

⁶⁴ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, *International Alliance for Principled Taxation*, p. 334.

⁶⁵ *Idem*, *Grant Thornton*, p. 277.

⁶⁶ *Final Report*, § 46.

identificar, desde logo, a melhor abordagem para cada um dos problemas, em conjunto com regras mais claras, bem como adotar uma definição comum de controlo.

2.4. Relativamente aos rendimentos abrangidos

O relatório final prossegue para a discussão de critérios que devem nortear os países na determinação do rendimento da SEC que gera preocupações de BEPS. Não são avançadas propostas concretas, ficando os Estados livres de adotar o caminho que melhor se adegue aos seus objetivos de política fiscal⁶⁷. Para o efeito pode adotar-se i) uma visão mais estrita das propostas avançadas ou ii) podem ser estabelecidas com um âmbito mais vasto. Nos termos do sistema de inclusão total, todo o rendimento da SEC será abrangido pelas regras sobre SEC, independentemente da sua natureza. O relatório faz uma alusão direta a este sistema que não passa despercebida⁶⁸, remetendo para a sua eventual eficácia em sistemas fiscais que atuem com base na tributação universal de rendimentos.

No entanto, as propostas do relatório final focam-se em regimes mais moderados e que apenas atribuem certos tipos de rendimentos da SEC. É relativamente a estes regimes que se coloca o problema de definir o rendimento que pode ser abrangido. Para auxiliar nessa tarefa de definição, o relatório final avança com a i) *categorical analysis*, ii) a análise substantiva⁶⁹ e com a iii) *excess profits analysis*.

2.4.1. A *categorical analysis*

Esta perspetiva tem em consideração a maneira como o rendimento de SEC é categorizado em função i) da sua classificação legal, ii) da relação entre as partes e iii) da origem dos rendimentos⁷⁰.

Neste contexto, as categorias de rendimentos que podem ser abarcadas em função da sua classificação legal são dividendos, juros, rendimentos de seguros, de

⁶⁷ *Idem* § 74; Vide TURNER, G.H.J., *Controlling investments in companies: establishment or movement of capital*, 9 The EC tax journal 3, p. 67-77 (2008).

⁶⁸ *Final Report* § 75.

⁶⁹ SOTOS, D.J., *Applying the substantial assistance rules to a CFC partner after Notice 2007-13*, 41 International Tax Journal 3, p. 29-38, 49-51 (2015).

⁷⁰ *Final Report* § 77, 79 e 80.

vendas e serviços prestados, royalties e outros rendimentos que advêm do uso de propriedade intelectual⁷¹.

Esta definição do rendimento das SECs baseia-se na premissa de que só o rendimento líquido, passivo e que apresente um elevado risco de ter sido artificialmente transferido do país da residência para o país da SEC deve ser incluído. *A contrario*, aquele que resulte de uma atividade económica real levada a cabo na jurisdição da SEC é ativo e deverá ser excluído⁷².

De acordo com o relatório, há também países que se focam na entidade legal que transferiu o rendimento para a SEC⁷³. Nestes termos, se esse fluxo de rendimento tiver origem numa parte relacionada, a presunção de que a transferência é artificial é muito forte.

Porém, também aqui se podem levantar questões problemáticas. Não será estranho verificar que os inúmeros grupos empresariais realizam inúmeras transferências de rendimentos. Isto não quer dizer que as atividades das entidades envolvidas nessas transferências sejam desprovidas de substância. Assim, incluir cegamente rendimentos no âmbito BEPS, apenas porque resultam de uma transferência entre partes relacionadas, poderá afigurar-se como uma medida excessiva.

Finalmente, há regras sobre SECs em vigor que categorizam rendimento BEPS em função da origem desse rendimento⁷⁴. Segundo a premissa subjacente a este tipo de abordagem, o rendimento gerado no próprio país da SEC implicará menores riscos de ser artificialmente transferido.

Este regime redundará, a nosso ver, numa inclusão total de rendimentos. Entendemos que se apenas rendimentos gerados no país da SEC e que, por definição, não são transferidos para esse local, então os demais fluxos económicos para a SEC serão sempre considerados artificiais.

2.4.2. A análise substantiva

⁷¹ *Idem* § 77.

⁷² Estas considerações ganham especial importância no âmbito da U.E., onde se devem ter em consideração as orientações do TJUE no Acórdão Cadbury Schweppes e que adiante serão exploradas. *Vide* RUST, A., *CFC legislation and EC Law*, 36 Intertax 11, p. 492-501 (2008) e MORGAN, C. & BIRD, M., *Landmark decision in the Cadbury Schweppes case*, The Tax Journal 854, p. 7-8 (2006).

⁷³ *Final Report* § 79.

⁷⁴ *Idem* § 80.

Para obstar a análises formais e facilmente manipuláveis, é indicada uma análise substantiva, que avalia a substância económica da SEC. O objetivo é apurar se foi a própria SEC a realizar as atividades geradoras de rendimento⁷⁵, numa marcada prossecução do princípio da substância sobre a forma.

O relatório possibilita que o teste de substância seja aplicado segundo um limite fixo ou proporcionalmente. Assim, um determinado nível de atividade possibilitaria que todo o rendimento da SEC fosse excluído do regime. Pelo contrário, uma SEC que não se envolvesse em determinado nível de atividade veria todo o seu rendimento incluído.

Numa perspetiva proporcional, apenas seria excluído o rendimento da SEC que fosse proporcional ao nível de atividade realizada pela SEC. Para exemplificar, o relatório indica que se a SEC realizasse apenas 75% da atividade que seria necessária para gerar o respetivo rendimento, então 25% desse rendimento seria abrangido pelo regime sobre SEC⁷⁶.

A combinação dos diferentes objetivos de política fiscal dos Estados e das exigências de substância resulta em três formas de aplicar os testes de substância: i) *substantial contribution analysis*, ii) *viable independent entity analysis* e iii) *employees and establishment analysis*⁷⁷.

O teste da *substantial contribution analysis* averigua se os trabalhadores da SEC contribuíram para a formação do rendimento. Este é um teste de “tudo ou nada”, uma vez que caso se prove a existência de um determinado nível de atividade económica todo o rendimento da SEC ficará excluído da aplicação das regras. Esse nível poderá ser aferido tendo em conta os factos e circunstâncias que evidenciem que a SEC contribuiu para a criação de valor real, através dos seus trabalhadores e das atividades de construção e produção realizadas.

A *viable independent entity analysis* tem em conta as funções desempenhadas por cada uma das entidades de um grupo para determinar se a SEC reúne as condições que lhe permitam deter ativos e assumir certos riscos. Caso se conclua que a SEC não

⁷⁵ *Final Report* § 81; Vide CAMPOLO, G., *New regulation provides clarification regarding the tightened CFC and anti-tax haven rules*, 51 *European Taxation* 1, p. 42-48 (2011).

⁷⁶ *Final Report* § 82.

⁷⁷ *Idem* § 85; Vide HILLING, M., *Justifications and proportionality: an analysis of the ECJ's assessment of national rules for the prevention of tax avoidance*, 41 *Intertax* 5, p. 294-307 (2013) e O'SHEA, T., *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?*, 16 *EC Tax Review* 1, p. 13-33 (2007).

reúne estes requisitos, entende-se que foi apenas criada para poder receber os lucros artificialmente desviados da sociedade mãe⁷⁸.

A *employees and establishment analysis* apresenta-se como um teste mais mecânico e procura aferir se os trabalhadores, equipamentos e estruturas necessárias para gerar o rendimento da SEC estão localizadas na jurisdição onde a mesma opera⁷⁹.

Num tom mais crítico, podemos adiantar que estas *guidelines* da OCDE apresentam algumas incongruências. As formas de concretizar a *substance analysis* partilham um problema, pois exigem que as condições para haver substância económica se verifiquem na própria SEC. Esta exigência desconsidera a possibilidade de existirem motivos comerciais que justifiquem, por exemplo, que trabalhadores legalmente vinculados a uma outra empresa também possam exercer atividade na SEC⁸⁰. Ao que tudo parece indicar, os testes de substância não estão desenhados para detetar apenas atividade BEPS, o que pode levar a casos de sobreinclusão de rendimentos.

A *substantial contribution analysis* é mais objetiva mas, como é um teste de “tudo ou nada”, não se coaduna totalmente com os objetivos do plano BEPS e pode tornar-se sobreinclusiva. Paralelamente, se este teste for aplicado enquanto limite rígido e se este for demasiado baixo, permitirá o desempenho abusivo de uma atividade económica mínima apenas para impedir a atribuição de qualquer rendimento. Por outro lado, se esse limite for muito alto, levará à inclusão de rendimentos gerados por atividades que, pela sua própria natureza, não reclamam um grande número de trabalhadores ou grandes instalações.

A OCDE parece também ter desconsiderado as práticas das atuais organizações empresariais. Esta falha está patente na inclusão da *viable independent analysis*, que parece presumir que cada empresa deve exercer atividades geradoras de rendimento isoladamente. Poderá afirmar-se que a condição das funções desempenhadas por cada entidade do grupo que este teste advoga é demasiado restrita enquanto indicador do nível de atividade de uma SEC, na medida em que ignora as permanentes interligações

⁷⁸ Tudo dependerá da comparação entre as atividades da SEC e o modo como os riscos e ativos estariam alocados se as partes do grupo não estivessem relacionadas.

⁷⁹ Note-se que estes fatores físicos e humanos devem ser detidos pela própria SEC e que esta não se pode limitar a exercer funções de gestão.

⁸⁰ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, CBI, *The Voice of Business* p. 183 e *Deloitte*, p. 234.

entre as diversas sociedades de uma multinacional. Este requisito dificilmente seria preenchido aquando da análise da substância⁸¹.

A *employees and establishment analysis* conjuga algumas das desvantagens já referidas, principalmente se for aplicada enquanto limite fixo, pois existiria um elevado risco de *swamping*. Ademais, esta abordagem falha porque só se foca em elementos físicos. Assim, não se mostra adequada para lidar com a propriedade de produtos intangíveis⁸², pois desconsidera que a exploração e desenvolvimento genuínos de propriedade intelectual não tem de reclamar um elevado número de equipamentos e trabalhadores. Apenas seria viável se as diferentes atividades económicas não fossem tratadas da mesma forma, assegurando que certas SEC não seriam prejudicadas pelo tipo de atividade que realizam.

2.4.3. A *excess profits analysis*

A *excess profits analysis* é mais simples e mecânica. Requer o cálculo do *normal return*⁸³ da SEC, que deverá ser subtraído ao rendimento da SEC. A diferença entre o *normal return* e o rendimento efetivamente gerado pela SEC será o rendimento excessivo ou *excess return*⁸⁴ e é este que deve ser incluído no regime. Esta metodologia está direcionada para tratar rendimentos de propriedade intelectual, pois conseguirá detetá-los mais facilmente. Isto porque é frequente que atividades que envolvam esses rendimentos e que sejam realizadas entre partes relacionadas não obedeçam ao preço de mercado adequado, o que conduz à obtenção de um lucro excessivo quando comparado com o que normalmente seria auferido se as partes estivessem relacionadas⁸⁵. Por este motivo, o relatório propõe que esta abordagem só se aplique se e quando a SEC fizer uso de propriedade intelectual adquirida ou desenvolvida por uma parte relacionada.

A *EPA* é uma abordagem mais simples e mecânica, mas tal vantagem é largamente suplantada pelas desvantagens que apresenta.

⁸¹ Este teste está ligado às funções, ativos e riscos assumidos pela SEC, mas esta só seria considerada como a produtora de rendimento ativo se seguisse os padrões da *Authorized OECD Approach*. Trata-se de uma aproximação aos Preços de Transferência enquanto meio para aferir critérios de substância. Porém, não se podem confundir esses critérios como sinónimos do princípio *arm's length*. Vide TOF, D., *The Substance Requirements and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, 51 *European Taxation* 11, p. 436-444 (2011).

⁸² Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, BIAC, *The Voice of Business at the OECD*, p. 110.

⁸³ Normal return = (rate of return) x (eligible equity).

⁸⁴ *Final Report* § 88 e 89.

⁸⁵ *Idem* § 87.

O mais preocupante aspeto desta abordagem consiste na sobreinclusão de rendimento no regime sobre SEC, mesmo quando esse rendimento tenha sido comprovadamente gerado a partir de atividades reais realizadas pela SEC⁸⁶. No limite, poderão até ser incluídos rendimentos que nem sequer foram transferidos. Isto porque a *EPA* centra-se apenas em cálculos sobre os rendimentos da SEC, desconsiderando a sua potencial substância. Posto isto, a sua aplicação poderá ir muito além de atividades BEPS, contrariando os objetivos da Ação 3.

Os problemas mencionados em relação à propriedade intelectual poderiam ser resolvidos através dos preços de transferência, evitando a complexidade da *EPA*⁸⁷.

Haveria ainda o problema prévio de saber em que consiste a *normal rate* e o *excess return*, pois são conceitos puramente hipotéticos. A *EPA*, pela sua automaticidade, parece mais apropriada para apurar rendimentos de propriedade intelectual, mas o cálculo do *normal return* seria muito difícil e arbitrário, pois muitas circunstâncias podem influenciar esta variável⁸⁸.

Um outro importante problema prende-se com a amplitude com que os rendimentos considerados mais sujeitos às regras sobre SEC são definidos. Chega a ser aconselhada a inclusão de rendimentos de vendas e serviços, apenas porque se pressupõe que estes são indissociáveis de rendimentos da propriedade intelectual. Ou seja, como se torna difícil identificá-los separadamente, é preferível considerá-los como um todo em qualquer circunstância. Por conseguinte, serão automaticamente incluídos no regime relativo a SECs.

Esta abordagem indiscriminada desconsidera a origem de rendimentos que, por excelência, têm na base atividades genuínas e acaba por igualar a existência de rendimento de propriedade intelectual e a atividade BEPS⁸⁹.

Tecidas estas considerações, pode afirmar-se que as *guidelines* apresentadas pela OCDE tornam o regime SEC sobreinclusivo e desproporcional, levando-o a perder o seu carácter excecional. A OCDE chega a reconhecer este problema, mas as poucas

⁸⁶ Isto impossibilita, desde logo, a sua implementação por Estados-Membros da EU, pois a *EPA* não se cinge a arranjos puramente artificiais. Vide TOF, D., *The Substance Requirements and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, 51 *European Taxation* 11, p. 436-444 (2011) e WHITEHEAD, S., *Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation*, 16 *EC Tax Review* 4, p. 176-183 (2007).

⁸⁷ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, BIAC, *The Voice of Business at the OECD*, p. 112.

⁸⁸ Por exemplo, os diferentes modos de funcionamento das várias indústrias, trabalhadores, estratégias e capital disponível podem influenciar decisivamente o *normal return*; Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, BDI, p. 76 e *Chartered Institute of Taxation*, p. 199.

⁸⁹ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, IHG, p. 317. Vide FISZER, J., *Polish CFC regulations: further limits on cross-border tax optimization*, 75 *Tax Notes International* 10, p. 843-845 (2014).

propostas que são feitas para o mitigar acabam por ser demasiado difusas. Não são adiantadas ideias claras que cheguem para atenuar as consequências negativas das propostas. Posto isto, a conclusão necessária é a de que a ideia inicial de alcançar soluções que se restrinjam a problemas BEPS também não é mantida.

2.4.4. *Transactional e entity approaches*

Finalmente, a atribuição de rendimento propriamente dita pode ser feita de acordo com a i) *entity approach* ou com ii) a *transactional approach*⁹⁰.

A primeira diz-nos que uma entidade não terá qualquer rendimento atribuível quando não tiver gerado determinada percentagem de rendimento atribuível, ou quando tiver realizado determinadas atividades.

A *transactional approach* é mais específica, porquanto verifica a natureza de cada fluxo individual de rendimento para determinar se é ou não atribuível.

A *entity approach* é mais simples e apresenta a vantagem de diminuir custos administrativos. Contudo, como é um teste de “tudo ou nada”, pode capturar rendimento a mais ou nenhum. De uma maneira ou de outra, os objetivos da Ação 3 sairão sempre frustrados. Por isto, a *transactional approach* é considerada mais adequada para a tarefa da atribuição

2.5. Regras para calcular e atribuir rendimentos

O relatório diz-nos que para calcular o rendimento da SEC devem ser seguidas as regras tributárias do Estado da residência da sociedade mãe⁹¹. Esta opção faz sentido, pois se os lucros não tivessem sido transferidos artificialmente, teriam sido tributados de acordo com essas regras.

Acrescenta-se a necessidade de uma regra específica que se imponha como um limite ao uso das perdas fiscais da SEC. Essas perdas só poderão ser usadas contra os lucros da mesma SEC que lhes deu origem, ou de outra SEC, mas desde que esta se localize na mesma jurisdição. Caso contrário, encorajar-se-ia a manipulação de perdas

⁹⁰ *Final Report* § 95.

⁹¹ *Final Report* § 99. Vide BENITES, M.M., *Current taxation by host country of income earned by controlled foreign corporations*, 32 *Tax Management International Forum* 1, p. 3-90 (2011).

na SEC, aumentando-as para poderem ser usadas na diminuição do lucro tributável da sociedade mãe.

Neste âmbito, o principal problema é calcular rendimentos com base nas regras de uma jurisdição, mas tendo por base a contabilidade de outra⁹², o que traz custos e complexidade. Esta questão é particularmente premente no caso de multinacionais com subsidiárias em vários países. Os críticos afastam ainda a possibilidade de usar IFRS enquanto garantes de uniformidade, na medida em que são *standards* contabilísticos desadequados aos problemas colocados pela legislação relativa a SECs⁹³.

O relatório propõe que o rendimento seja atribuído à base tributável da entidade residente de acordo com o controlo que esta exerce sobre a SEC. O montante deverá ser atribuído aos acionistas proporcionalmente à sua percentagem de detenção e período de detenção na SEC. O momento da tributação e a correspondente taxa de imposto serão também regulados pela lei do Estado da residência. Esta taxa poderá ser substituída pelo designado *top-up tax*, que funcionaria como um imposto mínimo a aplicar, com a intenção de simplificar o procedimento⁹⁴.

As principais críticas que podemos avançar em sede de atribuição de rendimentos dirigem-se ao *top-up tax*.

Como já foi referido, as outras propostas da OCDE são excessivas e poderão abranger rendimentos ativos e até rendimentos distribuídos a países terceiros⁹⁵. Uma vez atribuídos à sociedade mãe, estes rendimentos seriam tributados pela taxa nominal em vigor no Estado da residência. Como se pode deduzir, as sociedades mãe localizadas em países de maior tributação seriam duplamente prejudicadas, pois seriam tributadas por rendimentos que não são seus e por taxas bem mais altas. Esta situação de desvantagem competitiva seria inaceitável.

Por isto, o *top-up tax* é apresentado como uma forma de compensar o escopo alargado do regime sobre SECs, na medida em que ao rendimento da SEC atribuído à sociedade mãe será aplicada uma taxa inferior à taxa nominal em vigor na residência⁹⁶.

⁹² Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, *Business Europe*, p. 163.

⁹³ *Final Report* § 111. Vide FISZER, J., *Polish CFC regulations: further limits on cross-border tax optimization*, 75 *Tax Notes International* 10, p. 843-845 (2014).

⁹⁴ *Final Report* § 119.

⁹⁵ Isto implica que o *top-up tax* só se aplique em jurisdições onde vigora o princípio da universalidade - Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, CBI, *The Voice of Business*, p. 190.

⁹⁶ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, BIAC, *The Voice of Business at the OECD*, p. 114. Vide CUSSONS, P. & PATERSON, C., *Direct taxation of intra-EU cross-border corporate transactions*, 33 *Tax Planning International Review* 11, p. 17-19 (2006).

Ainda assim, os problemas de competitividade podem manter-se ou até agravar-se. A sociedade mãe poderá ser compelida a transferir artificialmente rendimentos para uma SEC, uma vez que já sabe que quando o rendimento lhe for atribuído será tributado pelo *top-up tax*, ou seja, por uma taxa que pode ser significativamente mais baixa do que a nominal⁹⁷. Esta vantagem do *top-up tax* poderia acabar por eliminar o efeito dissuasor do regime relativo a SECs.

Neste sentido, o problema da sobreinclusão de rendimentos deverá ser resolvido previamente. A tentativa de mitigá-lo nesta fase tão avançada da aplicação das regras sobre SECs não o resolverá e poderá criar ainda mais desafios.

2.6. Regras para mitigar ou eliminar a dupla tributação

As regras SEC podem dar origem a problemas de dupla tributação que constituem verdadeiros obstáculos ao desenvolvimento económico⁹⁸. O relatório final reserva espaço para lidar com estes problemas.

Pode acontecer que quando o rendimento abrangido pelas regras SEC for tributado no Estado da sociedade mãe já tenha sido também objeto de tributação no Estado onde a SEC se localiza. Podem ainda existir situações em que várias regras SEC de jurisdições diferentes são aplicadas ao mesmo rendimento⁹⁹.

Para resolver estes dois problemas, o relatório sugere a atribuição de um crédito fiscal pelos impostos pagos no Estado da SEC, de modo a que o valor do imposto já pago seja subtraído ao imposto a pagar¹⁰⁰.

Quanto à segunda situação de dupla tributação, frisa-se a necessidade de incluir uma regra que estabeleça a hierarquia das regras SEC a aplicar. Isto porque há situações em que uma subsidiária é considerada SEC segundo as leis de várias jurisdições, pelo que qualquer uma destas pode reclamar poderes tributários. Esta hierarquia deverá dar primazia à aplicação das regras sobre SEC da jurisdição mais próxima da SEC na ordem de detenção¹⁰¹.

⁹⁷ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 1, *BEPS Monitoring Group*, p. 95.

⁹⁸ *Final Report* § 121.

⁹⁹ *Idem* § 122. WILLIAMSON, D.T., ORENSTEIN, B., *The effect of the foreign tax credit on the sale of CFC stocks*, 65 *Tax Notes International* 11, p. 839-844 (2012).

¹⁰⁰ *Final Report* § 123.

¹⁰¹ *Idem* § 126.

Uma terceira situação de dupla tributação poderá ocorrer quando a SEC tenha distribuído dividendos a partir de rendimentos que já tenham sido atribuídos aos acionistas da sociedade mãe. Nestes casos, recomenda-se que o Estado da residência da sociedade mãe isente de imposto os rendimentos e ganhos que já tenham sido tributados no âmbito do regime SEC¹⁰².

A OCDE confere aos Estados flexibilidade para implementarem as propostas. Porém, esta margem de atuação merece algumas críticas, uma vez que a dupla tributação continuará a ser uma consequência necessária da diversidade de soluções.

Por exemplo, para que os créditos fiscais sejam efetivos é necessário assegurar que a taxa nominal de imposto do país que os concede seja suficientemente alta. A falta de uniformização das regras sobre SEC irá refletir-se na falta de coordenação entre os diferentes sistemas de eliminação da dupla tributação, o que poderá resultar, no limite, no indeferimento da concessão do crédito de imposto. Neste sentido, chega a ser proposta uma revisão da Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património de modo a incluir um novo articulado que regule o impacto das regras sobre SEC nesta matéria.

¹⁰² *Idem* § 131.

3. A compatibilidade da Ação 3 com o Direito da União Europeia

3.1. A situação atual

Em matéria de abuso e, especialmente, de SEC, a jurisprudência do TJUE encontra-se muito estável e definida. Destarte, as propostas da OCDE devem ter em consideração o disposto nessas decisões judiciais, sob pena de incompatibilidade com o Direito da UE.

Posto isto, é importante perceber as implicações práticas da posição do TJUE e, em particular, do Acórdão *Cadbury Schweppes*¹⁰³, cuja decisão dita os parâmetros a seguir na elaboração ou melhoria de regras relativas a SECs.

Como já indicamos, a constituição de subsidiárias no estrangeiro é uma forma de organização empresarial legítima e permite, entre outros efeitos, o diferimento da tributação dos lucros dessas subsidiárias enquanto não forem distribuídos à sociedade mãe. Esta possibilidade abriu uma janela de oportunidade para planeamento fiscal. O regime relativo a SEC veio fazer face a esta situação ao permitir a tributação, no país da residência da sociedade mãe, dos lucros de SECs, mesmo na ausência de qualquer distribuição¹⁰⁴. No contexto da UE, esta solução trouxe problemas de compatibilidade com as liberdades fundamentais e, em particular, com a liberdade de estabelecimento¹⁰⁵.

O TJUE admite que as decisões dos operadores económicos possam ser orientadas por motivos fiscais¹⁰⁶. Assim, localizar uma subsidiária num local de reduzida tributação é uma opção legítima e não constitui, por si só, uma evidência de abuso¹⁰⁷. Nestes casos, o benefício conferido pela liberdade de estabelecimento não pode ser retirado através da aplicação das regras sobre SECs. Isso seria uma restrição injustificada àquela liberdade fundamental, pois teria o efeito de impedir que um residente num Estado-Membro se estabelecesse num outro Estado-Membro¹⁰⁸. Esta restrição advém da desvantagem fiscal que a legislação sobre SECs implica para as empresas residentes com subsidiárias controladas, porquanto quaisquer rendimentos

¹⁰³ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

¹⁰⁴ FONTANA, R. *The uncertain future of CFC regimes in the member states of the European Union* – partes 1 e 2, 46 *European Taxation* 6/7; p. 259-267 e 317-334 (2006).

¹⁰⁵ Nos termos do art. 49 TFUE, a “liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e gestão de empresas e designadamente de sociedades (...), nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais (...)”.

¹⁰⁶ EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 175.

¹⁰⁷ TJUE, 21.2.2006, C-255/02, *Halifax*; TJUE, 11.12.2003, C-364/01, *Barbier*, e TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 36; *Vide* HELMINEN, M., *Is There a Future for CFC-regimes in the EU?*, 33 *Intertax* 3, p. 117-121 (2005).

¹⁰⁸ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 46; EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 161.

gerados por estas serão imediatamente tributados na esfera daquelas e independentemente de distribuição¹⁰⁹.

A situação já será diferente quando a norma nacional relativa a SECs se aplicar apenas a arranjos puramente artificiais, que não refletem qualquer realidade económica¹¹⁰. A prova do carácter artificial desses arranjos terá de ser feita a partir de elementos subjetivos e objetivos¹¹¹. Os elementos subjetivos referem-se à intenção de obter uma vantagem fiscal como principal mote para a constituição da SEC, que será apenas um veículo para “desvio de lucros”¹¹². Os elementos objetivos devem ser suscetíveis de comprovação por terceiros e referem-se à existência de verdadeiras instalações, de pessoal qualificado e de equipamentos necessários para gerar o rendimento da SEC¹¹³.

A SEC será considerada um arranjo puramente artificial se se provar que não tem substância económica e que é um arranjo fictício com o único propósito de diminuir a base tributável do país da residência¹¹⁴. Esta circunstância retira a SEC do âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento, uma vez que não existe sequer um verdadeiro estabelecimento, em termos económicos¹¹⁵. Existe um abuso dos benefícios conferidos por aquela liberdade e que frustra a sua razão de ser, que é permitir a “interpenetração económica”¹¹⁶, uma vez que não existe qualquer “implantação real” com o “objetivo de realizar atividades económicas efetivas no Estado de acolhimento”¹¹⁷.

A qualificação da SEC como arranjo puramente artificial permite invocar a necessidade de prevenir a evasão fiscal enquanto razão imperiosa de interesse geral que justifica a aplicação do regime e a restrição da liberdade fundamental em causa¹¹⁸. Considera-se que a aplicação da legislação relativa a SECs é uma restrição justificada, pois cumpre o objetivo específico de “impedir comportamentos que consistam em criar

¹⁰⁹ TJUE, 13.11.2014, C-112/14 *Commission v. UK* § 11, 12 e 19; EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 11.

¹¹⁰ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* §55.

¹¹¹ *Idem*, § 64.

¹¹² TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 16.

¹¹³ *Idem*, §67; Vide HILLING, M., *Justifications and proportionality: an analysis of the ECJ's assessment of national rules for the prevention of tax avoidance*, 41 *Intertax* 5, p. 294-307 (2013).

¹¹⁴ Esta avaliação deverá ser feita casuisticamente.

¹¹⁵ SMIT, D.S., *Substance requirements for entities located in a harmful tax jurisdiction under CFC rules and the EU freedom of establishment*, 16 *Derivatives and Financial Instruments* 6, p. 259-265 (2014).

¹¹⁶ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, §35 e EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 176.

¹¹⁷ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 54.

¹¹⁸ TJUE, 13.11.2014, C-112/14 *Commission v. UK* § 7 e EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 166.

expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de iludir o imposto normalmente devido (...)”¹¹⁹.

Há que considerar também o indispensável controlo de proporcionalidade¹²⁰, que exige que a medida seja necessária, o menos restritiva possível e que os seus efeitos negativos sejam proporcionais ao efeito que pretende obter.

O sujeito passivo deve provar, através de elementos objetivos e verificáveis por terceiros, que a SEC leva a cabo atividades económicas genuínas e que contribui para uma efetiva criação de riqueza no país onde está localizada¹²¹.

O nosso exame conduziu-nos à conclusão que as propostas da Ação 3 do BEPS não se mostram adequadas à jurisprudência analisada em diversas dimensões. Os principais problemas residem i) na aplicabilidade automática das medidas, ii) na extensão do regime relativo a SEC a arranjos parcialmente artificiais e, finalmente, iii) na desconsideração de particularidades nas relações com estados terceiros. Na secção seguinte examinaremos cada um destes pontos.

3.2. Problemas de compatibilidade com o Direito da União Europeia

3.2.1. A aplicabilidade automática do regime

A jurisprudência estabelecida pelo TJUE afirma expressamente a necessidade de uma análise casuística das situações potencialmente abusivas¹²². Esta consideração dos factos concretos que rodeiam cada SEC é essencial, pois só com base em dados objetivos pode ser verificada a “conduta abusiva ou fraudulenta das entidades em causa”¹²³.

Porém, a OCDE parece não ter considerado esta orientação, pois o relatório final contém propostas demasiado gerais que levam a uma sobreinclusão de rendimentos no regime relativo a SEC.

¹¹⁹ *Idem*, § 59 e TJUE, 13.11.2014, C-112/14 *Commission v. UK* § 76.

¹²⁰ TJUE, 20.2.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon* e TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 60 e EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 154. *Vide* RAINER, A., *ECJ restricts scope of CFC legislation*, 34 *Intertax* 12, p. 636-638 (2006).

¹²¹ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* §70 e TJUE, 13.11.2014, C-112/14 *Commission v. UK* § 78 e 79.

¹²² TJUE, 17.7.1997, C-28/95, *Leur Bloem*, § 44-46 e EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 99. SMIT, D.S., *Substance requirements for entities located in a harmful tax jurisdiction under CFC rules and the EU freedom of establishment*, 16 *Derivatives and Financial Instruments* 6, p. 259-265 (2014).

¹²³ EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 173. *Vide* RUST, A., *CFC legislation and EC Law*, 36 *Intertax* 11, p. 492-501 (2008).

Concretizando, não passa despercebido o grande destaque que é dado às vantagens que um sistema de inclusão total no que concerne aos rendimentos a incluir no regime traria¹²⁴. Mesmo rendimentos provenientes de uma atividade económica genuína, não podendo, por isso, ser considerados como planeamento fiscal abusivo, serão capturados. Esta visão não se coaduna com o requisito dos arranjos puramente artificiais e não passará o controlo de proporcionalidade do TJUE.

A *excess profits analysis* coloca problemas de compatibilidade semelhantes, pois leva à inclusão de rendimento que deveria ser excluído. Esta abordagem poderá ser a mais indicada para detetar rendimentos de propriedade intelectual, dada a facilidade que existe em transferir rendimento de propriedade intelectual para o território da SEC, quando a atividade que o gerou foi realizada no Estado da sociedade mãe¹²⁵. Apesar de esta ser uma preocupação atendível, a sugerida aplicação automática do regime sempre que estiver em causa propriedade intelectual ignora outras possibilidades, como a sua aquisição a terceiros.

Face a estas considerações, a SEC terá de provar que não subjaz qualquer artificialidade a este tipo de operações, mesmo quando não tenha sido a própria a desenvolver a atividade que gerou o rendimento.

As dificuldades em identificar rendimento de propriedade intelectual levaram a OCDE a sugerir uma distinção meramente legal e formal de rendimentos. Isto redundava numa proposta de aplicação das mesmas regras a rendimento de propriedade intelectual e ao de vendas e serviços. Esta posição leva à classificação de todos estes rendimentos como rendimentos derivados de atividades BEPS, o que quer dizer que estão, *a priori*, incluídos no regime¹²⁶.

Como logo se poderá constatar, esta proposta ignora a decisão de *Cadbury Schweppes* e é desproporcional. A eliminação da distinção entre rendimentos de propriedade intelectual e rendimentos de vendas e serviços esquece por completo que estes últimos são os mais comuns e que podem existir tendo por base uma atividade real levada a cabo pela SEC e no território em que se localiza. Ou seja, ignora que possa existir substância económica e que, por isso, as regras SEC já não se estão a aplicar só a

¹²⁴ *Final Report* § 75.

¹²⁵ *Idem* § 87 e 88. Vide O'SHEA, T., *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?*, 16 EC Tax Review 1, p. 13-33 (2007) e MAGUIRE, T., *The Cadbury triangle – anti-avoidance and the ECJ*, 19 Irish Tax Review 6, p. 63-70 (2006).

¹²⁶ *Final Report* § 78.

arranjos puramente artificiais. Ignora também que certas indústrias possam gerar rendimento de vendas e serviços sem que esteja em causa também rendimento de propriedade intelectual.

Esta desconsideração das diferentes formas de atividade que uma SEC pode realizar sem que isso implique incorrer em práticas abusivas revela que a OCDE não teve em atenção a amplitude dos direitos conferidos pela liberdade de estabelecimento. Com efeito, “o conceito de estabelecimento (...) é muito amplo”, de modo a facilitar “o acesso (...) e a prossecução de atividades económicas”¹²⁷. À luz destas considerações, entendemos que sai reforçada a manifesta incompatibilidade das propostas do relatório final.

Face ao exposto, mesmo que se admita que o sujeito passivo possa provar que os rendimentos advêm de atividades genuínas, de modo a excluí-los do regime, essa prova poderá ser complicada. Este ónus probatório implica complexidade e custos administrativos desnecessários, mais uma vez enaltecendo o comprometimento da segurança jurídica e a desproporcionalidade das soluções avançadas pelo relatório final¹²⁸.

Na prática, a aplicação mecânica e automática do regime relativo a SECs preclude a prévia prova da substância que pode estar na base do rendimento gerado. Neste sentido, será sempre aplicado de forma desproporcional, o que constitui uma restrição injustificada à liberdade de estabelecimento.

3.2.2 Rendimento financeiro

A aplicabilidade automática também se verifica quanto ao rendimento financeiro¹²⁹. Isto em virtude do elevado risco que apresenta em ser artificialmente transferido para a SEC. Este rendimento poderá ser excluído se se verificarem, quanto à SEC, os requisitos de substância que se revelem objetivamente suficientes. Em particular, o relatório reconhece que uma SEC pode, em função da natureza da sua atividade, encontrar-se sobrecapitalizada sem que tal implique práticas abusivas. Porém,

¹²⁷ EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*, § 94 e 95. Vide DODWELL, B. & SERRAU, C., *Cadbury Schweppes: the future of CFC legislation*, Tax Adviser, p. 27 (2006) e RAINER, A., *ECJ restricts scope of CFC legislation*, 34 Intertax 12, p. 636-638 (2006).

¹²⁸ TJUE, 13.11.2014, C-112/14 *Commission v. UK* § 25 e 27.

¹²⁹ *Final Report* § 78.

não concretiza os critérios necessários para distinguir estas situações, deixando as empresas numa situação de insegurança.

Para o TJUE, os requisitos de substância objetivos materializam-se em instalações, trabalhadores qualificados e equipamentos.

No entanto, há que considerar as particularidades subjacentes aos rendimentos financeiros. A realização genuína de atividades financeiras pode não reclamar um número elevado de trabalhadores e equipamentos¹³⁰. Assim, até os testes de substância devem ser aplicados tendo em consideração o tipo de rendimento em análise. Uma SEC não deve ser automaticamente qualificada como “caixa de correio” e arranjo puramente artificial mesmo quando empregue um reduzido número de trabalhadores, desde que isso se mostre adequado à atividade desenvolvida¹³¹. Estas considerações revelam a importância que uma avaliação casuística tem para se poder salvaguardar a proporcionalidade.

3.2.3 Subsidiárias domésticas

O relatório final propõe a aplicação do regime relativo a SEC a subsidiárias domésticas¹³². Segundo a OCDE, esta extensão permitiria eliminar a discriminação de tratamento entre subsidiárias domésticas e estrangeiras, bem como tornar as regras mais efetivas.

Porém, em nossa opinião, esta proposta resulta de uma interpretação incorreta do acórdão *Cadbury Schweppes*. A ser implementada, levaria a um alargamento indevido do campo de aplicação do regime, uma vez que também subsidiárias domésticas seriam abrangidas pelo mesmo. A nosso ver, esta extensão é desnecessária, pois não existem problemas de erosão da base tributável do país da sociedade mãe em situações puramente domésticas.

Esta abordagem não só não é suficiente para assegurar a compatibilidade das regras com o Direito da UE, como pode ter um efeito perverso. Isto porque gera

¹³⁰ DE BROE, L., “Some observations on the 2007 communication from the Commission: ‘The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries’”, 17 EC Tax Review 3, p. 142-148 (2008).

¹³¹ Note-se também que o exercício da liberdade de estabelecimento implica a realização de uma atividade económica num outro Estado-Membro e que, segundo o TJUE, o conceito de atividade económica é muito amplo, pelo que o ramo financeiro poderá ser protegido ao abrigo desta liberdade. EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*. Vide TOF, D., *The Substance Requirements and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, 51 European Taxation 11, p. 436-444 (2011).

¹³² *Final Report* § 22.

situações de complexidade desnecessária e que comprometem os objetivos de competitividade que a própria OCDE procura alcançar. Para além disso, está a subverter-se a razão de ser do regime relativo a SECs, que está desenhado para ser aplicado casos que só em situações transnacionais se verificam¹³³.

Quando está em causa uma subsidiária doméstica, não se colocam problemas de evasão fiscal nem de distribuição de competência tributária. Como não existe risco de erosão da base tributável do Estado da sociedade mãe, não se verificam os pressupostos de aplicação das regras.

O simples facto de o regime ser aplicado a subsidiárias domésticas e estrangeiras não eliminaria a restrição às liberdades fundamentais¹³⁴, pois ainda teria de se realizar o controlo de proporcionalidade. A aplicação a situações puramente domésticas implicaria um alargamento destituído de justificação e que só traria custos administrativos desnecessários. Esta proposta é, por isso, incompatível com o DUE.¹³⁵

3.2.4. O problema da aplicação das regras aos arranjos parcialmente artificiais

O relatório final propõe a aplicação do regime a arranjos parcialmente artificiais, o que constitui uma outra forma de alargamento do seu escopo¹³⁶. A OCDE considera esta opção é compatível com o Direito da UE, fundamentando esta ideia recorrendo ao caso *Thin Cap Group Litigation*¹³⁷, relativo às regras sobre dedutibilidade de juros. Segundo esta decisão, as medidas nacionais podem ser justificadas se a transação em causa representar, no todo ou em parte, um arranjo puramente artificial.

Contudo, a interpretação da OCDE ignora que, neste caso, o que está em causa é a artificialidade parcial ou total de uma transação específica entre partes relacionadas. Ora, o regime relativo a SECs aplica-se quando toda uma estrutura é artificial e não tem qualquer substância económica¹³⁸. Assim, o caso exemplificativo refere-se a uma realidade diferente e cuja decisão não pode ser aplicada por analogia às SEC.

¹³³ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 2, Blazej Kuźniacki, PhD Candidate, *Department of Public and International Law, University of Oslo*, pp. 382-386.

¹³⁴ SCHÖN, W., *CFC legislation and European Community Law*, *British Tax Review* 4, p. 250-260 (2001).

¹³⁵ Conclusões do Advogado-Geral A. Geelhoed, apresentadas a 29 de Junho de 2006, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04.

¹³⁶ *Final Report* § 22, Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 2, Blazej Kuźniacki, PhD Candidate, *Department of Public and International Law, University of Oslo*, pp. 388-392.

¹³⁷ TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

¹³⁸ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 2, IBFD, p. 442-444 e PwC, p. 458. *Vide* SOTOS, D.J., *Applying the substantial assistance rules to a CFC partner after Notice 2007-13*, 41 *International Tax Journal* 3, p. 29-38, 49-51 (2015).

Segundo o TJUE, a aplicação do regime relativo a SEC implica que uma sociedade residente seja tributada pelos lucros de uma subsidiária estrangeira, que é uma outra pessoa coletiva¹³⁹. Para além da restrição à liberdade de estabelecimento, isto implica uma diferença de tratamento entre essa sociedade residente e outras que tenham subsidiárias domésticas.

Tudo isto exige uma fundamentação acrescida para se poder atribuir à base tributável da sociedade residente lucros da sua subsidiária. É por este motivo que a aplicação de regras relativas a SECs só pode ser justificada quando se prove que a subsidiária é um arranjo puramente artificial e que não contribui de qualquer forma para a interpenetração económica no Estado de acolhimento.

Os expedientes parcialmente artificiais já não cumprem estes requisitos e não são suscetíveis de constituir abuso à luz da jurisprudência *Cadbury Schweppes*. Se os expedientes são só parcialmente artificiais, a extensão de regras sobre SEC aos mesmos implicaria que a sociedade mãe apenas devesse incluir rendimentos de transações abusivas. Verificar-se-á uma sobreinclusão de rendimentos e uma restrição injustificada à liberdade de estabelecimento, pois nem todos os rendimentos resultam de transferências meramente artificiais com o único objetivo de reduzir a tributação no Estado da residência.

O relatório final avança também a possibilidade de justificar a restrição que as regras sobre SEC implicam com base na correta distribuição do poder de tributar. No entanto, mais uma vez ilustra esta proposta com duas decisões do TJUE¹⁴⁰ que não se referem especificamente a SECs e aos problemas concretos que as envolvem.

O mais flagrante é que é no próprio relatório final se refere expressamente que o TJUE não emitiu qualquer decisão que estipule que as regras sobre SECs podem ser justificadas com base no argumento da distribuição de poderes tributários¹⁴¹. Posto isto, não se poderá defender a aplicação de regras restritivas com base em sugestões que resultam de um mero exercício interpretativo de decisões que o TJUE tomou numa outra sede.

3.3. Os problemas nas relações com países terceiros

¹³⁹ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 44 e 45.

¹⁴⁰ TJUE, 21.01.2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle (SGI)* e TJUE, 18.07.2007, C-231/05, *OY AA*.

¹⁴¹ *Final Report* § 22.

Quando está em causa a aplicação do regime relativo a SEC na UE podem ser chamadas à colação duas liberdades fundamentais: a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais. Quando estão em causa relações com Estados terceiros há uma importante diferença a estabelecer, uma vez que as consequências práticas serão também muito diferentes.

Estamos perante a liberdade de estabelecimento sempre que uma determinada percentagem de detenção de ações ou direitos de voto numa sociedade confira ao seu detentor uma participação que lhe permita ter “influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permita determinar as respetivas atividades”¹⁴².

Por outro lado, a liberdade de circulação de capitais não reclama esta influência decisiva. Encontram-se no seu âmbito de aplicação todos os casos regulados por normas que se refiram a situações em que haja movimento de capitais¹⁴³. O TJUE chegou a admitir que esta liberdade está em causa mesmo quando existe uma sociedade que exerce influência decisiva sobre outra, mas a legislação pertinente não é aplicável apenas a casos de influência decisiva¹⁴⁴.

Esta liberdade fundamental, apesar de se encontrar no mesmo plano normativo que as restantes¹⁴⁵, tem algumas particularidades. Um dos aspetos mais importantes da liberdade de circulação de capitais é a possibilidade de ser aplicada nas relações com Estados terceiros, o que lhe confere a sua dimensão “externa”¹⁴⁶.

Nos termos do artigo 63.º TFUE estão “proibidas todas as restrições à circulação de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros”. Esta disposição normativa confere benefícios e direitos a países não abrangidos pelos Tratados da UE, pelo que os Estados-Membros não podem tratar de modo diferente ou impor restrições aos movimentos de capital de e para Estados terceiros¹⁴⁷. Neste sentido, a liberdade de circulação de capitais poderá ser invocada para impedir a aplicação do regime relativo a SEC sempre que estejam em causa países terceiros¹⁴⁸

¹⁴² TJUE, 13.04.2000, C-251/98, *C. Baars*; TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 45 e 72.

¹⁴³ TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, § 22 e 23 e TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 90 e 91. *Vide* PINTO, J.S., *The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries*, 53 *European Taxation* 2/3, (2013).

¹⁴⁴ TJUE, 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

¹⁴⁵ TJUE, 7.9.2004, C-339/02, *Manninen*.

¹⁴⁶ STÄHL, K., *Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, 13 *EC Tax Review* 2, p. 47-56 (2004); TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 89.

¹⁴⁷ Comentários ao *Discussion Draft*, Parte 2, *International Tax Report*, p. 52.

¹⁴⁸ O'BRIEN, M., *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues*, *British tax review* 6, p. 628-666 (2008).

pois, como já foi explorado, esse regime implica uma restrição a liberdades fundamentais¹⁴⁹.

No entanto, a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais leva a que esta seja aplicada de modo mais limitado em relação a países terceiros, o que implica que medidas restritivas que não seriam aceites na UE possam sê-lo nestes casos “externos”, consoante as circunstâncias¹⁵⁰.

O combate à fraude e evasão fiscal é a razão de interesse geral tradicionalmente aceite pelo TJUE como justificação de restrições, mas desde que estas sejam especificamente direcionadas a combater arranjos puramente artificiais que não refletem a realidade económica¹⁵¹.

O controlo de proporcionalidade também se deverá observar, pelo que uma medida não poderá ir além do necessário para atingir os objetivos referidos¹⁵². O regime mostrar-se-á desproporcional se afetar comportamentos com uma incontestável substância económica, cuja prova deverá poder ser fornecida pelo sujeito passivo.

Esta possibilidade de prova em contrário poderá estar a ser afetada em vários Estados, cuja legislação remete para as designadas *black lists*¹⁵³ de países de reduzida tributação e que leva automaticamente à aplicação das regras se as subsidiárias aí estiverem localizadas¹⁵⁴.

Perante estas considerações, podemos concluir que as propostas da OCDE quanto à aplicação dos regimes relativos a SEC na UE devem ser alinhadas com a liberdade de circulação de capitais e com as decisões do TJUE nesta matéria¹⁵⁵.

Uma outra dimensão deste problema consiste na definição de controlo enquanto requisito para se aplicar as regras sobre SEC¹⁵⁶. É pertinente lembrar que os Estados-Membros mantêm a sua soberania em matéria de fiscalidade direta, apesar de terem de observar a jurisprudência do TJUE¹⁵⁷. Esta discricionariedade permite que haja uma

¹⁴⁹ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 43; TJUE, 13.11.2014, C-112/14 *Commission v. UK* § 19 e 20; TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 144 e 147.

¹⁵⁰ Os artigos 64.º e 65.º TFUE preveem derrogações a esta liberdade e, para além disso, há restrições que podem ser justificadas.

¹⁵¹ TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar* §33 e 34.

¹⁵² *Idem*, § 40 e TJUE, 13.11.2014, C-112/14, *Commission v UK*, § 24 a 27.

¹⁵³ Podemos apontar, a título exemplificativo, o caso do Reino Unido: TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 17.

¹⁵⁴ FERREIRA, A. M., *CFC Rules in Portugal: Still Incompatible with EU Law?*, 52 *European Taxation* 9, p. 479-483 (2012).

¹⁵⁵ TJUE, 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar* e TJUE, 13.11.2014, C-112/14, *Commission v UK*.

¹⁵⁶ PINTO, J.S., *The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries*, 53 *European Taxation* 2/3, (2013).

¹⁵⁷ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 40.

grande diversidade legislativa quanto aos níveis de controlo necessários para a aplicação do regime relativo a SEC.

É necessário um determinado nível de controlo para que possa existir uma influência decisiva. No entanto, certos Estados-Membros, como Portugal, estabelecem apenas 10% de detenção sobre a subsidiária estrangeira para que as regras se possam aplicar¹⁵⁸. Contudo, acionistas minoritários como os que detenham tal percentagem não possuem uma participação suficiente para poderem exercer uma influência decisiva na gestão da subsidiária e, por isso, não têm possibilidade de criar arranjos totalmente artificiais. Nestes casos e na medida em que a aplicação das regras não se limite a casos de influência decisiva de uma parte sobre a outra, não estamos no âmbito da liberdade de estabelecimento, mas sim no da liberdade de circulação de capitais.

Nos termos anteriormente referidos, este baixo nível de controlo leva à extensão da proteção da base tributável de países terceiros onde se localize uma SEC. Isto é assim porque a liberdade de estabelecimento só é chamada à colação quando apenas estão em causa Estados-Membros ou países do EEE. Por sua vez, como já foi explicado, a liberdade de circulação de capitais aplica-se a casos em que não existe influência decisiva e pode ser invocada quando estão em causa fluxos de capitais para países terceiros. Também nestes casos as regras sobre SEC constituem, à partida, uma restrição à liberdade de circulação de capitais, pelo que só podem ser aplicadas a países terceiros se estiverem justificadas e se forem proporcionais¹⁵⁹.

Deste ponto de vista, a proteção conferida a países terceiros pela liberdade de circulação de capitais leva a restrições à aplicação das regras sobre SECs, contrariamente ao que a OCDE sugere. Como não se aplicam, a tributação dos respetivos lucros será feita no país terceiro onde se localize a SEC e, deste modo, está a diminuir-se a base tributável dos Estados-Membros¹⁶⁰.

Se o nível de controlo fosse mais elevado de modo a permitir uma influência decisiva, as medidas só poderiam ser avaliadas à luz da liberdade de estabelecimento e apenas dentro das fronteiras da UE. Neste caso, haveria mais margem de manobra para

¹⁵⁸ Art. 66. °/2 CIRC.

¹⁵⁹ TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 55 e TJUE, 13.11.2014, C-112/14, *Commission v UK*. § 55. DAHLBERG, M., *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of capital*, vol. 9, London Kluwer Law International (2005).

¹⁶⁰ Quando a sociedade-mãe se situe num dos Estados-Membros.

impor restrições a fluxos de capitais para Estados terceiros, em relação aos quais o perigo de abuso é também mais elevado.

4. O regime fiscal português em matéria de SEC

O artigo 66.º CIRC contém o regime jurídico português em matéria de SEC. Este foi introduzido em 1995 pelo Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de fevereiro, dispendo-se a combater a fraude e evasão fiscal. A disposição legal foi alterada pela Lei do Orçamento de Estado para 2012, no intuito de dar cumprimento ao disposto no Acórdão *Cadbury Schweppes*. Esta ação tornara-se imprescindível, pois era necessário compatibilizar o regime português com o Direito da UE.

No entanto, persistiram alguns problemas de (in)compatibilidade, com consequências práticas que não podem continuar a ser subestimadas. Esta situação reclama soluções adequadas e com as quais procuraremos avançar.

4.1 A atual norma portuguesa

Na esteira do que foi explorado até agora, o regime nacional em matéria de SEC consagra os diversos elementos que se devem verificar para o que regime específico antiabuso em análise possa ser legitimamente aplicado.

O regime aplica-se a todas as entidades não residentes em Portugal¹⁶¹. Isto resulta numa grande abrangência do espectro de incidência do regime¹⁶², embora esteja de acordo com as propostas da OCDE que já explorámos. Por outro lado, os destinatários nacionais desta norma só podem ser sujeitos passivos de IRC.

Nos termos do n.º5 do art. 66.º CIRC, impõe-se como requisito que às entidades não residentes se aplique um “regime fiscal claramente mais favorável”. A nossa lei indica três meios através dos quais este conceito relativo pode ser preenchido: i) a lista de países de tributação privilegiada, ii) o critério do imposto idêntico ou análogo ao IRC e iii) o critério do imposto pago.

¹⁶¹ *Cfr.* Artigo 66.º/1 CIRC.

¹⁶² Anteriormente, apenas eram consideradas as sociedades não residentes.

A lista referida¹⁶³ funciona como *black list*, o que quer dizer que se a SEC se localizar num dos territórios contidos na lista é automaticamente identificada como estando submetida a um regime fiscal claramente mais favorável.

A mesma identificação ocorrerá se à entidade não residente não for aplicada uma tributação através de um imposto idêntico ou análogo ao IRC.

Por fim, podem comparar-se as taxas de imposto aplicáveis no país da residência e no país de localização da entidade não residente. Se esta sofrer a incidência de uma taxa de imposto inferior a 60% do IRC que pagaria se fosse residente em Portugal¹⁶⁴, será considerada como estando sujeita a um regime fiscal privilegiado.

Quanto ao requisito do controlo, a norma diz-nos que é necessário que os sócios residentes detenham, direta ou indiretamente, uma participação social de 25% sobre a SEC¹⁶⁵. Quando a sociedade residente for detida em, pelo menos, 50% por sócios residentes, o valor referido anteriormente é reduzido para 10%. Desde 2012, este controlo pode também ser exercido por “mandatário, fiduciário ou interposta pessoa”¹⁶⁶. Para além disto, nos termos do n.º11 do art. 66.º, o controlo exercido sobre a SEC é também aferido à luz das participações sociais detidas, “direta ou indiretamente, por entidades com as quais o sujeito passivo tenha relações especiais (...)”.

A imputação aos sócios residentes é feita proporcionalmente à participação social de cada um¹⁶⁷ e a eventual dupla tributação internacional é corrigida nos termos do n.º4 do art. 66.º, através da concessão de um crédito de imposto pelo valor de imposto que a SEC já tenha pago no seu Estado de acolhimento.

O regime nacional contém uma norma de exclusão que respeita à natureza dos rendimentos abrangidos¹⁶⁸. Se a atividade da SEC for agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, os lucros daí resultantes são automaticamente excluídos do regime. Ademais, a atividade da SEC não pode ser uma atividade seguradora, de banca ou de crédito, pois pressupõe-se que os rendimentos daí resultantes apresentam grande risco de transferência artificial. Isto espelha a dicotomia entre rendimentos ativos e passivos a que já aludimos.

¹⁶³ Lista aprovada pela Portaria n.º 150/2004 e alterada pela Portaria n.º 292/2011.

¹⁶⁴ O designado imposto efetivamente pago.

¹⁶⁵ Esta participação refere-se à percentagem de detenção sobre as “partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou elementos patrimoniais” da entidade residente, como indica a lei.

¹⁶⁶ Cfr. Art. 66.º/1 e 2 CIRC.

¹⁶⁷ Cfr. Art. 66.º/3 CIRC.

¹⁶⁸ Cfr. Art. 66.º/6 CIRC.

Por último, deparamo-nos com o debatido n.º12 do regime nacional sobre SEC. Este número foi uma das alterações introduzidas em 2012, na esperança de conciliar o regime com a jurisprudência de *Cadbury Schweppes*.

Neste sentido, se se verificarem as condições aí previstas, o regime sobre SECs não se aplica a SECs residentes ou estabelecidas num outro Estado-Membro ou no EEE. Para que isto se concretize, o sujeito passivo deverá provar que subjazem à SEC “razões económicas válidas” e que esta leva a cabo “uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços”¹⁶⁹.

Apesar de esta solução ter sido aditada com o intuito de acabar com as marcas de incompatibilidade do nosso regime com o DUE, podemos afirmar que não cumpriu o propósito a que se propôs. Seguidamente, especificaremos em que medida o regime nacional em matéria SEC se mantém desadequado e desproporcional.

4.2 Os problemas de compatibilidade subsistentes

Seguindo de perto as conclusões do TJUE em *Cadbury Schweppes*, também o regime português relativo a SECs implica uma discriminação entre residentes e não residentes, bem como uma ingerência na liberdade de estabelecimento, sob a forma de restrição.

Estamos perante um caso de discriminação, pois enquanto as subsidiárias residentes em Portugal só são tributadas se e quando houver uma efetiva distribuição de lucros à sociedade mãe, as SECs são tributadas mesmo sem qualquer distribuição. Por outro lado, verifica-se um caso de discriminação horizontal entre subsidiárias não residentes. Isto porque só são tributados os lucros não distribuídos de SEC localizadas em Estados-Membros considerados como locais de tributação mais favorável¹⁷⁰.

A restrição existe porque as regras sobre SECs são suscetíveis de criar um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento, dissuadindo as sociedades mãe de constituir subsidiárias em Estados-Membros de tributação favorecida¹⁷¹.

Importa ainda referir que existem problemas quanto às possibilidades usadas para aferir se o país da SEC é ou não de tributação privilegiada. Este é um dos aspetos que confere grande abrangência ao nosso regime, pois a letra da lei sugere que os

¹⁶⁹ Cfr. Art. 66.º/12 CIRC.

¹⁷⁰ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 44 e 45.

¹⁷¹ *Idem* § 46.

critérios sejam usados em alternativa, o que faz com que a probabilidade de aplicação do regime aumente.

Uma questão, a que já aludimos¹⁷², prende-se com o uso de *black lists*. Em vez de terem uma função nitidamente indicativa, as listas levam à aplicação automática das regras quando a SEC se localize num dos países tidos como privilegiados em termos de tributação.

Ademais, casos existirão em que, não obstante a taxa de imposto aplicável à SEC ser inferior a 60% da nossa taxa de IRC, não se justifica a aplicação do regime do art. 66.º. Isto porque a SEC pode corresponder a uma “implantação real” no país de acolhimento, com a necessária substância económica.¹⁷³

Estas considerações permitem-nos concluir que estas normas pecam pela sua automaticidade, uma vez que impossibilitam que o sujeito passivo prove a substância da SEC.

A definição de controlo avançada pelo legislador nacional é também demasiado ampla. Os 25% de participação social não permitem que os sócios residentes exerçam uma influência certa e decisiva sobre a SEC. Ou seja, os sócios têm apenas uma participação significativa na SEC, mas não uma posição suficientemente forte que lhes permita fazer da SEC uma mera “caixa de correio” para onde transferem artificialmente lucros¹⁷⁴.

O facto de não haver um verdadeiro controlo faz com que a norma portuguesa não constitua uma ingerência na liberdade de estabelecimento, mas sim na liberdade de circulação de capitais. A este respeito, colocam-se os problemas que já explorámos¹⁷⁵.

Curiosamente, a norma através da qual se pretendia fazer face aos problemas de compatibilidade é também aquela que mais questões suscitou. Referimo-nos ao n.º 12 do art. 66.º que, como já indicámos, indica os requisitos que se devem observar cumulativamente para que o regime sobre SEC não se aplique.

Esta norma é um exemplo de uso desadequado de conceitos jurídicos de DUE pelo legislador português. Enquanto o TJUE usa o conceito de expedientes puramente

¹⁷² Vide ponto 2.3.

¹⁷³ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 54.

¹⁷⁴ *Idem* § 68. Vide FERREIRA, A. M., *CFC Rules in Portugal: Still Incompatible with EU Law?*, 52 *European Taxation* 9, p. 479-483 (2012) e PINTO, J.S., *The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries*, 53 *European Taxation* 2/3, (2013).

¹⁷⁵ Vide ponto 3.3.

artificiais como justificação para a restrição¹⁷⁶, o nosso legislador empregou o conceito de razões económicas válidas. Porém, este último conceito é muito mais amplo¹⁷⁷.

As razões económicas válidas implicam que, para uma norma antiabuso não se aplicar, determinada transação seja feita por motivos que não se limitem à obtenção de uma vantagem puramente fiscal.

Por seu turno, os arranjos puramente artificiais são aplicados num contexto mais restrito. Segundo o TJUE, a existência de motivos puramente fiscais não é suficiente para justificar a aplicação das regras antiabuso sobre SECs, desde que esta corresponda “a uma realidade económica”¹⁷⁸.

Como se pode verificar, o conceito justificativo que é próprio dos casos sobre SEC foi indevidamente substituído por outro mais amplo. Isto resulta na desproporcionalidade das exigências feitas para se excluir a aplicação do regime.

A situação é ainda mais flagrante porque se exige que seja o sujeito passivo a demonstrar que à constituição e funcionamento da SEC presidem razões económicas válidas. A letra da lei indica que a AT assume previamente que as regras SEC se devem aplicar e que só as desaplica se o sujeito passivo fizer a prova mencionada. Esta solução consagra uma presunção de fraude e torna regra a aplicação de um regime que se quer excecional.

Tudo isto é contrário ao Acórdão *Cadbury Schweppes*. Este proíbe expressamente as presunções gerais de fraude¹⁷⁹ e incita à avaliação concreta das circunstâncias que envolvem cada caso. Indica também que, de maneira a poder aplicar as regras sobre SEC, é a AT que tem de provar que a SEC é um arranjo puramente artificial. Depois, o sujeito passivo deve poder sempre refutar as conclusões da AT, demonstrando a “realidade da implantação da SEC” e o “caráter efetivo das suas atividades”¹⁸⁰.

A situação é ainda agravada pelo disposto na parte final do n.º12, onde se parece exigir que a atividade da SEC tenha exclusivamente uma natureza ativa. Isto torna-se mais oneroso do que a norma de exclusão no número 6, pois esta só exige que 75% dos rendimentos provenham de atividades dessa natureza.

¹⁷⁶ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 51 e 55.

¹⁷⁷ TJUE, 10.11.2011, C-126/10, *Foggia* – SGPS.

¹⁷⁸ TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 36, 63 e 65.

¹⁷⁹ *Idem* § 50.

¹⁸⁰ *Idem* § 70.

Todas estas circunstâncias tornam o regime português sobre SECs desproporcional, perpetuando a sua incompatibilidade com o Direito da União Europeia.

4.3 Propostas de melhoria do regime jurídico

Identificados os problemas de compatibilidade, cumpre-nos agora propor medidas de solução.

Em primeiro lugar, impõe-se eliminar a alternatividade dos critérios que presidem à aplicação do regime SEC. Sendo este um dos aspetos que mais estica o escopo de aplicação do regime relativo a SEC, só assim este poderá ser mitigado, mantendo-se fiel à sua natureza de exceção e à proporcionalidade requerida pelas leis europeias.

Em consonância com a recomendação avançada pelo relatório final, propõe-se que a *black list* atualmente usada na lei portuguesa seja substituída por uma *white list*. Esta deverá ser o mais abrangente possível, indicando todos os países que não sejam de tributação privilegiada.

Eliminando-se a *black list*, deixaria de haver justificação legal para se aplicar o regime relativo a SECs a uma sociedade estrangeira pelo simples facto de figurar na referida lista. Através desta nova posição, acabaria a automaticidade que atualmente se verifica, uma vez que os Estados estariam necessariamente obrigados a aferir a substância das sociedades estrangeiras situadas em países diferentes dos previstos na *white list*.

O critério do controlo também carece de revisão. A atual exigência de 25% de controlo exercido pela sociedade mãe sobre a sociedade estrangeira afigura-se muito reduzida. Como já tivemos oportunidade de concluir, a percentagem exigida não implica um verdadeiro controlo e, nessa medida, afigura-se improvável que os sócios da sociedade mãe tenham possibilidade de criar estruturas artificiais. Assim, a elevação da percentagem mínima exigida de controlo possibilitaria um melhor direcionamento das regras relativas a SECs para os casos que realmente as reclamam, tornando-as mais restritas e consonantes com o seu propósito.

Impõe-se ainda – e principalmente – substituir o conceito de “razões económicas válidas” pelo conceito de “expedientes puramente artificiais”. É este o conceito usado

pelo TJUE no mais importante Acórdão nesta matéria, não podendo ser descurado o significado que esse conceito encerra.

Finalmente, o ónus da prova deveria deixar de estar na esfera do contribuinte. Estando em causa um regime excecional, deverá ser a AT a provar que a SEC é um expediente puramente artificial. Feita esta prova, só então o contribuinte deverá ser chamado a refutá-la, podendo, para o efeito, lançar mão de todos os meios de prova.

À luz das conclusões da Ação 3 do Plano BEPS, uma alteração à norma portuguesa sobre SEC impõe-se cada vez mais. As *guidelines* do BEPS podem ser usadas como mais uma arma da AT para colocar em causa muitas transações, pelo que o risco associado às mesmas deve ser avaliado com especial atenção. Assim, para evitar a litigiosidade, as empresas devem reforçar a sua atenção ao quadro internacional que, presumivelmente, se irá alterar à luz do plano BEPS.

Conclusões

1. Existem cada vez mais construções jurídicas que facilitam a evasão fiscal, fenómeno que se multiplicou com a internacionalização da economia e a globalização.
2. O regime jurídico sobre SEC é uma das várias respostas que foram dadas pelos Estados para controlar atuações evasivas.
3. Contudo, em nossa opinião, a resolução de problemas de evasão através deste tipo por via da atuação unilateral não só está ultrapassada como é, em muitos casos, ineficaz.
4. Face aos problemas despoletados pelas várias ramificações dos regimes sobre SEC, a OCDE levou a cabo a Ação 3 do Plano BEPS, que teve como objetivo último fortalecer as regras relativas a SEC.
5. A uniformização é apontada como a principal solução para fazer face às distorções de concorrência causadas pela heterogeneidade de regras nesta matéria.
6. A intencionada implementação de regras uniformes nos vários países desconsidera as diferentes formas de estruturação e funcionamento de cada sistema fiscal.
7. A maioria das propostas são demasiado abrangentes, tendo como resultado inevitável a inclusão de rendimento que não advém de atividade de planeamento fiscal agressivo (ou de BEPS).
8. Esta consequência prejudica e contradiz os objetivos da Ação 3, uma vez que agrava problemas de competitividade.
9. Este problema assume especial relevância no âmbito da União Europeia, uma vez que as regras sobre SEC implicam uma restrição à liberdade de estabelecimento ou à liberdade de circulação de capitais.
10. Sendo uma restrição a uma liberdade fundamental, as regras sobre SEC apenas serão admitidas se se encontrarem justificadas à luz da jurisprudência do TJUE, nomeadamente tendo em consideração as orientações vertidas no caso *Cadbury-Swcheppes*.

11. Contudo, e mesmo tendo em conta os esforços estatais, a maioria das propostas continua a falhar o teste de proporcionalidade que o TJUE aplica na sua jurisprudência.
12. A necessidade do Plano BEPS de simplificar excessivamente um regime tão complexo redundou numa automaticidade cega e que poderá descurar a realidade económica da SEC.
13. As propostas relativas aos rendimentos a incluir no regime constituem exemplos especialmente marcados pela automaticidade, pois podem levar a que qualquer rendimento de uma SEC seja abrangido pelas regras.
14. Com esta subsunção automática, desconsidera-se totalmente a possibilidade de existir um substrato económico subjacente a SECs que gerem este tipo de rendimentos.
15. Esta automaticidade implica uma atuação desproporcional e ignora a decisão do TJUE em *Cadbury Schweppes*, dado que não se limita a perseguir expedientes puramente artificiais.
16. Na sua jurisprudência, o TJUE ensina-nos que a substância de uma SEC se pode revelar através de vários fatores objetivos, como instalações, trabalhadores qualificados e equipamento.
17. Mesmo os critérios objetivos usados para aferir a substância de uma SEC devem ser ponderados tendo em conta o rendimento em análise, uma vez que nem todas as atividades reclamam os mesmos requisitos para terem substância.
18. As regras sobre SEC não se podem aplicar, indiscriminadamente, a subsidiárias estrangeiras e domésticas como forma de eliminar a discriminação que em si mesmas encerram.
19. A aplicação de regras sobre SEC a subsidiárias domésticas alargaria excessivamente o seu âmbito e, além disso, seria desnecessária, pois não existem problemas de erosão da base tributável do país da sociedade mãe em situações puramente domésticas.
20. A proposta do relatório final de aplicar as regras sobre SEC a arranjos parcialmente artificiais não se poderá subscrever, pois só arranjos *puramente* artificiais são suscetíveis de ser justificados à luz da necessidade de lutar contra a “fraude e evasão fiscal”, tal como previsto na jurisprudência do TJUE.

21. A discricionariedade (ainda) preservada pelos Estados em matéria de fiscalidade direta permite que haja uma grande diversidade legislativa quanto aos níveis de controlo necessários para se poder aplicar o regime.
22. Os níveis de controlo podem ser baixos a ponto de não se poder falar numa “influência certa e decisiva” de uma sociedade sobre outra, pelo que não estaremos no âmbito da liberdade de estabelecimento, mas sim da liberdade de circulação de capitais.
23. Os benefícios da liberdade de circulação de capitais podem ser estendidos mais facilmente a Estados terceiros, pelo que estes podem invocá-la para impedir a aplicação do regime sobre SECs caso este não seja compatível com o direito primário. Isto leva, paradoxalmente, a uma diminuição das possibilidades de aplicação das regras sobre SEC.
24. O regime português sobre SEC vertido no artigo 60.º do CIRC revela algumas inconsistências, mesmo após as alterações de 2012.
25. A lei portuguesa mantém notas de automatismo e faz um uso indevido de conceitos de Direito da UE.
26. Impõe-se uma alteração à norma portuguesa sobre SEC, de modo a torna-la efetivamente compatível com o DUE e, para além disso, com as conclusões da Ação 3 do Plano BEPS.
27. Esta deverá ser uma preocupação efetiva do legislador português, uma vez que a AT pode impugnar mais transações, aumentando o risco de conflitos judiciais.

Bibliografia, Jurisprudência e Outras Fontes

- **Artigos e monografias**

ANTONIO, A.M., *Controlled foreign company regimes in Brazil and Mexico: A comparative analysis*, 69 Bulletin for International Taxation 2, p. 112-123 (2015)

BAKER, P., *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue: case C-196/04*, 9 International Tax Law Reports 1, p. 89-138 (2006)

BENITES, M.M., *Current taxation by host country of income earned by controlled foreign corporations*, 32 Tax Management International Forum 1, p. 3-90 (2011)

BRAUNER, Y., *BEPS: An interim evaluation*, 6 World Tax Journal 1, p. 10-39 (2014)

CAMPOLO, G., *New regulation provides clarification regarding the tightened CFC and anti-tax haven rules*, 51 European Taxation 1, p. 42-48 (2011)

CHADWICK, A. & O'GARA, P., *ECJ decision in Cadbury Schweppes*, 8 Tax Planning International: European Union Focus 10, p. 16-18 (2006)

CORDEWENER, A., & KOFLER, G.W., & SCHINDLER, C.P., *Free movement of capital, third country relationships and national tax law: an emerging issue before the ECJ*, 47 European Taxation 3, p. 107-119 (2007)

CUSSONS, P. & PATERSON, C., *Direct taxation of intra-EU cross-border corporate transactions*, 33 Tax Planning International Review 11, p. 17-19 (2006)

DAHLBERG, M., *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of capital*, vol. 9, London Kluwer Law International (2005)

DE BROE, L., *Some observations on the 2007 communication from the Commission: 'The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries'*, 17 EC Tax Review 3, p. 142-148 (2008)

DODWELL, B. & SERRAU, C., *Cadbury Schweppes: the future of CFC legislation*, Tax Adviser, p. 27 (2006)

EVANS, D. & DELAHUNTY L., *ECJ decision: Cadbury Schweppes and the U.K. CFC rules*, 33 Tax Planning International Review 9, p. 11-12 (2006)

EVANS, D. & DELAHUNTY, L., *E.U. perspective on U.K. CFC rules*, 34 Tax Planning International Review 9, p. 15-18 (2007)

FERREIRA, A. M., *CFC Rules in Portugal: Still Incompatible with EU Law?*, 52 European Taxation 9, p. 479-483 (2012)

FISZER, J., *Polish CFC regulations: further limits on cross-border tax optimization*, 75 Tax Notes International 10, p. 843-845 (2014)

FONTANA, R. *The uncertain future of CFC regimes in the member states of the European Union – partes 1 e 2*, 46 European Taxation 6/7, p. 259-267 e 317-334 (2006)

FREITAS DE MORAES, JORGE, A. C., L. e PICONEZ, M.B., *Do treaties or the new CFC rules prevail in Brazil*, 76 Tax Notes International 9, p. 787-791 (2014)

HELMINEN, M., *Is There a Future for CFC-regimes in the EU?*, 33 Intertax 3, p. 117-121 (2005)

HILLING, M., *Justifications and proportionality: an analysis of the ECJ's assessment of national rules for the prevention of tax avoidance*, 41 Intertax 5, p. 294-307 (2013)

JIMÉNEZ, A.M., *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law*, 66 Boletín for International Taxation 4/5, p. 270-292

KRAFT, G., MOSER, T., HENTSCHEL, S., *The German CFC rules: overview, deficits and reform proposals*, 42 Intertax 5, p. 334-338 (2014)

KUZNIACKI, B., *Discriminatory tax treatment of CFC's losses towards losses of partnerships, economic double taxation, exchange of tax information and future developments of the Norwegian CFC rules*, Skatterett 4, p. 349-384 (2014)

KUZNIACKI, B., *EEA exemption from Norwegian CFC rules*, Skatterett 3, p. 260-302 (2014)

MÆHLUM BJERKESTUEN, H., *Tax holiday in a BEPS-perspective*, 43 Intertax 1, p. 106-120 (2015)

MAGUIRE, T., *The Cadbury triangle – anti-avoidance and the ECJ*, 19 Irish Tax Review 6, p. 63-70 (2006)

MILES, A., *German Reconstructions Tax Act to be Re-written*, 8 Tax Planning International: European Union Focus 9, p.8-9 (2006)

MORGAN, C. & BIRD, M., *Landmark decision in the Cadbury Schweppes case*, The Tax Journal 854, p. 7-8 (2006)

NA, L., *China's CFC regime: existing rules and improvement suggestions*, 68 Bulletin for International Taxation 10, p. 536-540 (2014)

NOGUEIRA, J. F. Pinto, *Direito fiscal europeu - o paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal (2010)

O'BRIEN, M., *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues*, British Tax Review 6, p. 628-666 (2008)

O'SHEA, T., *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?*, 16 EC Tax Review 1, p. 13-33 (2007)

PEDERSEN, B.M., *New tax rules in Denmark - CFC taxation and countermeasures against private equity funds*, 61 Bulletin for International Taxation 11, p. 489-493 (2007)

PERROU, K., *New CFC rules*, 55 European Taxation 4, p.173-176 (2015)

PINTO, J.S., *The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries*, 53 European Taxation 2/3, (2013)

PISTONE, P., *The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries*, 2 Highlights & Insights on European Taxation 5, p. 34-41 (2009)

PISTONE, P., *The Impact of European Law on the Relations with Third Countries*, 34 Intertax 5, 234-244 (2006)

PISTONE, P. & MAISTO, G., *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – part 1*, 48 European Taxation 10, p. 503-513 (2008)

RAINER, A., *ECJ restricts scope of CFC legislation*, 34 Intertax 12, p. 636-638 (2006)

TOF, D., *The Substance Requirements and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, 51 European Taxation 11, p. 436-444 (2011)

RUST, A., *CFC legislation and EC Law*, 36 Intertax 11, p. 492-501 (2008)

SCHÖNFELD, J., LIEBER, B., *Swedish CFC-rules under scrutiny of EC law : harmful tax competition and the free movement of capital in relation to third countries*, 34 Intertax 2, p. 96-100 (2006)

SCALIA, R., *Reshaping the Italian CFC rules: selected issues*, 78 Tax Notes International 13, p. 1211-1213 (2015)

SCARIONI, P., MUNI, S., *The new Italian CFC rules: EU holding companies challenge the 'artificial arrangement' assessment*, 38 Intertax 10, p. 527-531 (2010)

SCHMIDT, P. KOERVER, *Are the danish rules in conflict with the freedom of establishment? – An analysis of the danish regime for companies in light of ECJ Case Law*, 54 European Taxation 1, p. 3-9 (2014)

SCHÖN, W., *CFC legislation and European Community Law*, British Tax Review 4, p. 250-260 (2001)

SMITH, D., *EU Freedoms, non-EU-countries and Company Taxation*, Eucotax, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law and Business (2012)

SMIT, D.S., *Substance requirements for entities located in a harmful tax jurisdiction under CFC rules and the EU freedom of establishment*, 16 Derivatives and Financial Instruments 6, p. 259-265 (2014)

SOARES DA SILVA, D.R.R., *A guide to Brazil's new CFC rules*, 73 Tax Notes International 1, p. 83-86 (2014)

SOTOS, D.J., *Applying the substantial assistance rules to a CFC partner after Notice 2007-13*, 41 International Tax Journal 3, p. 29-38, 49-51 (2015)

STÄHL, K., *Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, 13 EC Tax Review 2, p. 47-56 (2004)

TAYLOR, D., SYKES, L., *Controlled Foreign Companies and Foreign Profits*, British Tax Review 5, p. 609-647 (2007)

TURNER, G.H.J., *Controlling investments in companies: establishment or movement of capital*, 9 The EC Tax Journal 3, p. 67-77 (2008)

VALENTE, P., *Italy's CFC regime: wholly artificial arrangements*, 65 Tax Notes International 8, p. 589-593 (2012)

VANISTENDAEL, F., *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, 15 EC Tax Review 4, p. 192-195 (2006)

VIOLIN P., *The Brazilian CFC regime: recent developments*, 68 Bulletin for International Taxation 4/5, p. 269-272 (2014)

VOUNATSOS, F., *Free Movement of Capital and Third Countries*, 9 The EC Tax Journal 1, p. 49-62 (2007)

WEBER, D., *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ*, 53 European Taxation 6/7, partes 1 e 2, p. 251-264, p. 313-328 (2013)

WHITEHEAD, S., *Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation*, 16 EC Tax Review 4; p. 176-183 (2007)

WILKINSON R. & HOWELLS, W., *Controlled foreign companies: Cadbury gains significant upper hand*, The Tax Journal 837, p. 17-20 (2006)

WILLIAMSON, D.T., ORENSTEIN, B., *The effect of the foreign tax credit on the sale of CFC stocks*, 65 Tax Notes International 11, p. 839-844 (2012)

□ **Outras fontes**

Public Discussion Draft – BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules, apresentado a 12 de maio de 2015

Comentários ao *Public Discussion Draft – BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules*, partes 1 e 2, publicados em 5 de maio de 2015

Designing Effective Controlled Foreign Company Rules – Action 3: 2015 Relatório final, apresentado em outubro de 2015

Comissão Europeia, *A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação direta – na U.E. e em relação a países terceiros, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu*, Bruxelas, 10.12.2007
COM(2007) 785 final

Conclusões do Advogado-Geral M. Philippe Léger, apresentadas a 2 de Maio de 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04

Conclusões do Advogado-Geral A. Geelhoed, apresentadas a 29 de Junho de 2006, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04

- **Lista Jurisprudencial**

TJUE, 20.02.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*

TJUE, 17.07.1997, C-28/95, *Leur Bloem*

TJUE, 13.04.2000, C-251/98, *C. Baars*

TJUE, 11.12.2003, C-364/01, *Barbier*

TJUE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*

TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*

TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*

TJUE, 18.07.2007, C-231/05, *Oy AA*

TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*

TJUE, 21.01.2010, C-311/08, *SGI*

TJUE, 10.11.2011, C-126/10, *Foggia – SGPS*

TJUE, 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*

TJUE, 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*

EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*

TJUE, 13.11.2014, C-112/14, *European Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*