



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O caso McDonald's:  
Explorando os limites da proibição de auxílios de  
Estado na luta contra o planeamento fiscal  
internacional**

Cátia Sofia Reis Andrade

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018



**CÁTIA SOFIA REIS ANDRADE**  
Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal  
Sob a orientação do Senhor Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira

**O CASO MCDONALD’S:  
EXPLORANDO OS LIMITES DA PROIBIÇÃO DE  
AUXÍLIOS DE ESTADO NA LUTA CONTRA O  
PLANEAMENTO FISCAL INTERNACIONAL**

PORTO  
Dezembro de 2018



## Agradecimentos

Ao Professor Doutor João Félix Nogueira, por me ter inspirado nestas matérias, por ter aceitado o meu convite e por ter alavancado esta experiência.

À minha mãe, pelo amor incondicional, esforço e compreensão.

Aos meus irmãos, pela motivação.

À minha irmã, pelos conselhos preciosos.

Ao Diogo, pelo carinho e por ter acreditado mais em mim do que eu mesma. Pela paciência e compreensão, pelo apoio e estabilidade emocional.

Às minhas amigas de Coimbra, por todo o apoio.

Aos meus colegas do mestrado em direito fiscal, pela partilha de ideias e discussões.

Ao João Prata, pelas leituras das provas.

## RESUMO

O caso *McDonald's* é o primeiro caso investigado de auxílios de Estado que não tem por objeto preços de transferência, representando uma mudança no paradigma nas ações da Comissão Europeia neste âmbito. No entanto, e em nosso entender, estamos meramente perante um caso de planeamento fiscal agressivo que se traduz no aproveitamento de uma assimetria híbrida resultante da aplicação de uma Convenção sobre Dupla Tributação. E não de uma situação de auxílios de Estado.

A nossa dissertação procura explorar as possibilidades de reação contra estes esquemas, no plano internacional e europeu. Chegamos à conclusão que as reações são, além de complexas, optativas e não conseguem resolver todos os casos de assimetrias híbridas. Procuramos aplicar normas de carácter mais geral, como as cláusulas gerais antiabuso. Contudo, uma assimetria híbrida não resulta de um abuso de um sistema propriamente dito. Concluímos que apenas uma cláusula específica anti-híbridos para esta situação em concreto poderá resolver o problema da dupla não tributação.

**Palavras-chave:** Auxílios de Estado; Dupla Não Tributação; Planeamento Fiscal; BEPS; Diretiva Antielisão; Instrumento Multilateral; Assimetrias Híbridas; Convenções Sobre Dupla Tributação; Cláusulas Gerais Antiabuso; Cláusulas Específicas Anti-híbridos.

## ABSTRACT

*The McDonald's case is the first State aid case investigated that doesn't have transfer pricing as object, representing a change in the paradigm in the actions of the EU Commission in this field. However, our understanding is that this is merely aggressive tax planning that results in the use of a hybrid mismatch resulting from the application of a Double Taxation Convention.*

*Our thesis explores the different options for tackling this issue in the International and European dimension. We have come to the conclusion that the reactions are, besides being complex, optional and do not solve all cases of hybrid mismatches. We aimed to apply more general rules, such as general anti-abuse clauses. However, a mismatch does not result from the abuse of a system itself. We have realized that only a specific anti-hybrid clause for this particular situation would solve the problem of double non-taxation.*

**Keywords:** *State Aid; Double Non-Taxation; Tax Planning; BEPS; Anti-Tax Avoidance Directive; Multilateral Instrument; Hybrid Mismatches; Double Taxation Conventions; General Anti-abuse Clauses; Specific Anti-Hybrid Clauses.*



## ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS.....	11
CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO .....	13
1.1. NOTA INTRODUTÓRIA .....	13
1.2. OBJETO.....	14
1.2.1. <i>Delimitação Positiva</i> .....	14
1.2.2. <i>Delimitação Negativa</i> .....	15
1.3. METODOLOGIA E BIBLIOGRAFIA .....	15
1.4. SEQUÊNCIA.....	15
CAPÍTULO 2. O CASO MCDONALD’S .....	17
CAPÍTULO 3. O CONCEITO DE AUXÍLIOS DE ESTADO E A SUA APLICABILIDADE AO CASO.....	19
3.1. O ARTIGO 107.º DO TFUE.....	19
3.2. A SELETIVIDADE.....	20
3.2.1. <i>A POSIÇÃO DO TJUE</i> .....	20
3.2.2. <i>A POSIÇÃO DA COMISSÃO</i> .....	22
3.3. ANÁLISE CRÍTICA .....	25
3.3.1. <i>Sistema de referência</i> .....	25
3.3.2. <i>Rulings e seletividade</i> .....	26
3.3.3. <i>O EE híbrido e a seletividade</i> .....	27
3.4. EXISTIRÁ UM VERDADEIRO AUXÍLIO DE ESTADO?.....	28
CAPÍTULO 4. REAÇÕES CONTRA ESTE TIPO DE SITUAÇÕES .....	30
4.1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EXISTENTES À DATA DO CASO .....	30
4.1.1. <i>O artigo 23.º-A e os respetivos Comentários interpretativos da CM OCDE</i> .....	30
4.2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE APLICAÇÃO FUTURA.....	33
4.2.1. <i>Resposta do BEPS – Ação 2</i> .....	33
4.2.2. <i>Resposta da Diretiva Antielisão II</i> .....	34
4.2.3. <i>Alteração ao artigo 1.º da CM OCDE</i> .....	37
4.2.4. <i>Instrumento Multilateral</i> .....	39
CAPÍTULO 5. PONDERAÇÃO DA APLICAÇÃO DE UMA CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO AO CASO.....	40
5.1. CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO LUXEMBURGUESA .....	40
5.2. CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO PREVISTA NA DAE I.....	41
5.3. CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO PREVISTA NA CM OCDE.....	42
CAPÍTULO 6. APRECIACÃO GLOBAL .....	46

<b>6.1. AUXÍLIO DE ESTADO OU PLANEAMENTO FISCAL?</b> .....	<b>46</b>
<b>6.2. HIPÓTESES DE SOLUÇÃO</b> .....	<b>47</b>
<b>CAPÍTULO 7. CONCLUSÕES</b> .....	<b>49</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>52</b>
<b>ANEXO I</b> .....	<b>52</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>53</b>
<b>I – LIVROS E ARTIGOS</b> .....	<b>53</b>
<b>II – DOCUMENTOS DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS</b> .....	<b>58</b>
<b>III – DOCUMENTOS ELETRÓNICOS E WEBSITES</b> .....	<b>60</b>
<b>IV – LISTA JURISPRUDENCIAL</b> .....	<b>63</b>

## SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
AE	Auxílio de Estado
AT	Administração Tributária
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
CEAA	Cláusula Específica Antiabuso
CGAA	Cláusula Geral Antiabuso
CI	Comunicado de Imprensa
CM OCDE	Convenção Modelo da OCDE
COM	Comunicação da Comissão Europeia
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
DAE	Diretiva Antielisão
DGC	Direção Geral da Concorrência
DUE	Direito da União Europeia
EE	Estabelecimento Estável
EM	Estado-Membro
ER	Estado da residência
EUA	Estados Unidos da América
G20	Grupo dos 20
IM	Instrumento Multilateral
LGT	Lei Geral Tributária
LIR	Loi concernat l’impôt sur le revenu (“Lei do imposto sobre os rendimentos”)
LOB	Limitation on Benefits (regra de limitação de benefícios)
LU	Luxemburgo
McD	McDonald’s
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
P3º	País Terceiro
PPT	Principle Purpose Test (“Teste da finalidade principal”)

Reg	Regulamento
StAnpG	Steueranpassungsgesetz (“Lei da adaptação fiscal”)
SEC	Sociedades Estrangeiras Controladas
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UCP – CRP	Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto
UE	União Europeia

## CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Nota introdutória

No hodierno direito da UE não existe uma harmonização tributária compreensiva. A tributação direta continua a ser, essencialmente, matéria da soberania dos EMs. No entanto, esta soberania encontra limitações. Em primeiro lugar, os Estados têm de adotar normas que respeitem as liberdades fundamentais<sup>1</sup>. Em segundo lugar, as normas em matéria de tributação direta nunca poderão conduzir a uma distorção na concorrência<sup>2</sup>. A presente dissertação centra-se neste segundo núcleo de limitações.

As empresas multinacionais têm vindo a adotar esquemas cada vez mais sofisticados de planeamento fiscal. Estes envolvem as suas próprias estruturas físicas e a sua localização geográfica, assim como a qualificação jurídica de diversas transações. Isto, de modo a aproveitar as discrepâncias entre os diferentes ordenamentos jurídicos, tentando reduzir ou eliminar a sua carga tributária.

A partir dos anos 90, a CE começou a publicar várias orientações no sentido de clarificar quais as medidas de âmbito tributário que deveriam ser consideradas como AE e, como tal, deveriam ser evitadas<sup>3</sup>.

Apesar disso, as fronteiras entre a admissibilidade e não admissibilidade não são claras. O caso *McDonald's*, ponto de partida para a nossa dissertação, é disso exemplo.

Há cerca de cinco anos, a CE começou a investigar as práticas estatais de concessão de *rulings*<sup>4</sup> dentro da UE<sup>5</sup>, verificando se os mesmos estariam a ser utilizados

---

<sup>1</sup> Cf. Ac. do TJ, de 14 de fev. de 1995, C-279/93, *Schumacker*, § 21.

<sup>2</sup> Este é um problema que atinge particularmente a UE, mas que tem sido muito discutido ao nível internacional, nomeadamente, pela OCDE.

<sup>3</sup> Cf. Ponto J do Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas, aprovado pelo Conselho ECOFIN, em dez. de 1997 e a COM. da CE sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas, de 10 de dez. de 1998 (doravante COM 1998), substituída pela COM. da CE sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, de 19 de jun. de 2016 (doravante COM 2016). Sobre os *tax rulings* a DGC publicou ainda o “Working Paper on State Aid and Tax Rulings” em 3 de jun. de 2016.

<sup>4</sup> Traduz-se em “qualquer comunicação ou outro instrumento ou ação de efeito semelhante”, dado por ou em nome de um EM, sobre a interpretação ou aplicação das suas leis tributárias. Cf. Ponto 14 aditado ao artigo 3.º pela Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de dez. de 2015, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

<sup>5</sup> Por força da Diretiva (UE) 2015/2376 já citada.

para conceder vantagens “*fora do radar*”<sup>6</sup> da CE e se, por conseguinte, os mesmos eram compatíveis com as regras em matéria de AE.

Tendo por base a situação de planeamento fiscal agressivo deste caso, importa determinar até onde o regime dos AE pode ser utilizado para atacar este tipo de construções. Ou se, pelo contrário, a extensão deste regime (que não foi *ab initio* desenhado para estes casos) está longe de ser o ideal para solucionar problemas como a dupla não tributação. E sendo assim, qual o caminho que deverá ser seguido.

## 1.2. Objeto

### 1.2.1. Delimitação Positiva

A presente dissertação terá por objeto as situações de assimetria híbrida de EE com o perfil das apresentadas pelo caso *McDonald's* e procurará explorar os mecanismos (a nível estatal e supraestatal) que podem ser utilizados para as combater.

Partiremos de uma análise crítica do regime dos AE e da sua aplicabilidade às atuais investigações da CE no que toca à concessão de *tax rulings* às sociedades multinacionais<sup>7</sup>. O nosso estudo versará sobre os *rulings* que exploram a aplicação das CDTs de modo a obter situações de assimetrias híbridas de entidades (neste caso de EE).

Posto isto, e no caso desse regime ser insuficiente, procuraremos verificar quais as demais opções disponíveis para combater as situações identificadas. Para tal, teremos em consideração, nomeadamente, as soluções constantes da DAE I<sup>8</sup> e II<sup>9</sup> e da Ação 2 do Projeto BEPS.

---

<sup>6</sup> Luja, R., “EU State Aid Law and National Tax Rulings”, Policy Department Economic and Scientific Policy, (2015), p. 5. Tradução nossa.

<sup>7</sup> Tem sido amplamente discutido pela sua utilização como meio de combate à erosão fiscal e à concorrência fiscal prejudicial. Rossi-Maccanico, P., “Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting”, *EC Tax Review*, 2015, n.º 2, p. 64 apud DOURADO, Ana Paula (2017), *Governança Fiscal Global*, Edições Almedina, p. 153.

<sup>8</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de jul. de 2016, que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

<sup>9</sup> Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

### ***1.2.2. Delimitação Negativa***

Tendo em conta que nos focaremos num tipo específico de assimetria, e dado o escopo limitado deste nosso trabalho, não analisaremos outros tipos de assimetria nem temas relacionados, ainda que relevantes do ponto de vista académico-científico.

Não iremos analisar a construção e evolução na jurisprudência europeia da noção de AE, ou como esta proibição é aplicada às medidas de natureza fiscal. Não analisaremos ainda a evolução jurisprudencial do conceito de abuso (tanto ao nível doméstico como ao nível europeu).

Pelos mesmos motivos, não analisaremos a DAE<sup>10</sup>, o BEPS, o IM e a CM OCDE.

## **1.3. Metodologia e Bibliografia**

O nosso trabalho assenta essencialmente no estudo do caso *McDonald's*. Procedemos ainda a um cuidado exame legislativo, doutrinal, e de comunicações, recomendações e outros documentos de organizações internacionais, em particular da OCDE e da UE. Na redação da tese, seguimos o manual de estilo da UCP – CRP.

## **1.4. Sequência**

No próximo capítulo iremos proceder ao enquadramento factual do caso *McDonald's*.

No capítulo 3 indagaremos os limites do conceito de AE, em especial, no que concerne ao requisito da seletividade e a sua aplicabilidade às medidas de natureza fiscal que se traduzem na concessão de *tax rulings* pelas administrações fiscais dos EM. Nesta senda, procederemos a uma análise crítica dos argumentos apresentados pela CE na decisão que deu início ao procedimento formal de investigação deste caso.

No capítulo 4 iremos examinar os meios de reação atualmente disponíveis contra este tipo de esquemas de planeamento fiscal, quer ao nível da *soft law* como da *hard law*, verificando a sua correlação.

No capítulo 5 analisaremos a possibilidade de aplicação de uma CGAA.

---

<sup>10</sup> Ou a compatibilidade das respetivas regras com o ordenamento da UE.

No capítulo 6 encontrar-se-á a nossa perspetiva.  
Terminaremos com as devidas conclusões.

## CAPÍTULO 2. O CASO MCDONALD'S

A estrutura operativa utilizada pela *McDonald's* assenta num modelo de *franchising*<sup>11</sup>. Até 2018, a *McD Europe* encontrava-se sediada no Luxemburgo<sup>12</sup>. Esta era detentora dos direitos de propriedade intelectual associados à *McDonald's Corporation* (EUA). Como contrapartida da concessão do uso ou direito de uso desses direitos a restaurantes franchisados na Europa recebia royalties. Por sua vez, tais royalties eram alocados ao *US Branch* por intermédio do *Swiss Branch*<sup>13</sup>. Deste modo, grande parte dos rendimentos acabavam por ser canalizados para os EUA<sup>14</sup>.

Por forma a clarificar as suas responsabilidades fiscais no Luxemburgo<sup>15</sup>, a *McD Europe* veio solicitar à AT luxemburguesa um *ruling*. Este versava sobre a aplicação concreta das CDTs celebradas entre o Luxemburgo e a Suíça e o Luxemburgo e os EUA<sup>16</sup>.

O primeiro *ruling* data de março de 2009 e clarifica que, a *McD Europe* estava isenta do pagamento do imposto sobre as sociedades no Luxemburgo relativamente aos lucros atribuídos ao *US Branch* por força da aplicação da CDT LU-EUA celebrada em 1996. No entanto, teria de apresentar, anualmente, provas de que os rendimentos (transferidos para os EUA através da Suíça) eram declarados e sujeitos a tributação nos EUA e na Suíça<sup>17</sup>.

Posteriormente, a *McD Europe* solicitou a revisão do *ruling*, insistindo que o Luxemburgo deveria isentar de qualquer tributação os lucros imputáveis ao EE nos EUA, por força da aplicação da CDT, a qual não condiciona a isenção a um requisito de tributação efetiva no outro Estado contratante. Em setembro de 2009, a AT luxemburguesa outorgou um segundo *ruling*, pelo qual a isenção deixa de estar dependente de uma qualquer prova de tributação efetiva<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Esta estrutura corporativa acaba por ser mais fácil de compreender, quando comparada com a de outros grupos de sociedades também visadas em casos de AE pela CE como a *Fiat*, a *Starbucks* ou a *Apple*.

<sup>12</sup> A recente reestruturação da *McDonald's* passou a residência fiscal da *McD Europe* do Luxemburgo para o Reino Unido. Cf. European Public Service Union, “McDonald’s new menu: less transparency, more tax havens”, de 14 de maio de 2018.

<sup>13</sup> Vd. Anexo I.

<sup>14</sup> Ocorre assim uma “transferência do lucro tributável feito pelas multinacionais americanas para dentro e para fora dos Estados Unidos” – Cf. Andrade, F. R. “Concorrência fiscal internacional na tributação dos lucros das empresas”. Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. XLV, (2002), p. 154.

<sup>15</sup> Cf. n.º 1 do artigo 159.º da LIR.

<sup>16</sup> Doravante CDT LU-EUA.

<sup>17</sup> CI, de 3 de dez. de 2015, AE: a Comissão dá início à investigação formal sobre o tratamento fiscal da *McDonald's* no Luxemburgo (IP/15/6221), § 44 (doravante CI 2015).

<sup>18</sup> *Ibid.*, § 51.

Os lucros atribuídos ao *US Branch* não são sujeitos a tributação nos EUA. Isto porque, nos termos da lei doméstica apenas são tributados os *branchs* que preenchem o teste da atividade comercial substantiva (“active conduct of trade or business”<sup>19</sup>)<sup>20</sup>. Uma sociedade terá atividade comercial quando desempenhe funções com caráter substancial. Como tal, uma empresa que funcione apenas com sede ou uma entidade que sirva apenas para percepção de rendimentos passivos (como dividendos e royalties) não cumprirá com este critério.

A 3 de dezembro de 2015, a CE decidiu dar início ao procedimento formal de investigação<sup>21</sup>, tendo por objeto os *rulings* concedidos em 2009 pela AT luxemburguesa à *McDonald’s Europe*<sup>22</sup>.

No CI 2015 concluiu que, o segundo *ruling* aplicava incorretamente a CDT LU-EUA, concluindo, *prima facie*, pela existência de um AE.

---

<sup>19</sup> “For purposes of the Internal Revenue Code, in the case of a nonresident alien individual or a foreign corporation that is engaged in a trade or business in the United States at any time during the taxable year, the rules set forth in §§1.864–4 through 1.864–7 and this section shall apply in determining whether income, gain, or loss shall be treated as effectively connected for a taxable year beginning after December 31, 1966, with the conduct of a trade or business in the United States.” Cf. Internal Revenue Service, Treasury § 1.864–3.

“The term ‘trade or business within the United States’ is not fully defined in the Code or Treasury regulations, and the IRS will not provide an advanced ruling on whether a taxpayer is engaged in a USTB”. INTERNAL REVENUE SERVICE, “LB&I International Practice Service Concept Unit - Identification of a U.S. Trade or Business of a Nonresident Alien”, 13/May/2015, [https://www.irs.gov/pub/irs-utl/USBCUP\\_14\\_1\\_01.pdf](https://www.irs.gov/pub/irs-utl/USBCUP_14_1_01.pdf), consult. em 26/jun/2018. LEGAL INFORMATION INSTITUTE, “26 CFR 1.355-3 - Active conduct of a trade or business”, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.355-3>, consult. em 26/jun/2018.

“With respect to US source interest income, when determining that such income is effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States, the factors taken into account include whether (i) the income is derived from assets used in or held for use in the 20 conduct of such trade or business (“the Assets Test”), or (ii) the activities of such trade or business were a material factor in the realization of the income (the “Business Activities Test”)”. Cf. IDAN NETSER, “Taxation Of Foreign Fund Lending Activities In The US”, 31/Mar/2016. <http://docplayer.net/43560788-Taxation-of-foreign-fund-lending-activities-in-the-us.html>, consult. em 27/jun/2018.

<sup>20</sup> Não obstante, este entendimento contrasta com a recente decisão do Supreme Court no caso *South Dakota vs. Wayfair Inc.*, nº 17-494, de 21 de jun. de 2018. Segundo o tribunal, existe nexo suficiente para o “imposto sobre as vendas”, ainda que não exista presença física. Vd. [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494\\_j4el.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494_j4el.pdf).

<sup>21</sup> Cf. N.º 2 do artigo 108.º do TFUE.

<sup>22</sup> CI 2015.

## CAPÍTULO 3. O CONCEITO DE AUXÍLIOS DE ESTADO E A SUA APLICABILIDADE AO CASO

### 3.1. O artigo 107.º do TFUE

O n.º 1 do artigo 107.º do TFUE proíbe aos EMs a concessão de AE incompatíveis com o mercado interno. Os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo listam as exceções a esta regra.

As orientações mais importantes nesta matéria encontram-se vertidas no Reg. (UE) 2015/1589 do Conselho<sup>23</sup>. A competência para autorizar e controlar os auxílios admissíveis e para adotar medidas contra os Estados que concedam auxílios não autorizados<sup>24</sup> é da CE<sup>25</sup> <sup>26</sup>, que goza de amplos poderes para analisar as medidas notificadas (ou conhecidas por denúncia ou oficiosamente) e considerá-las como compatíveis com o mercado interno<sup>27</sup>.

O elemento central do regime consiste na definição de AE. Trata-se de uma expressão que suscitou (e continua a suscitar) vários debates, doutrinários<sup>28</sup> e

---

<sup>23</sup> Reg. (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de jul. de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do TFUE.

<sup>24</sup> Mason, R., “Tax Rulings as State Aid FAQ”, *Tax Notes*, (2017), p. 451.

<sup>25</sup> Exceto nos casos em que a competência é do Conselho. Cf. O artigo 108.º do TFUE.

<sup>26</sup> “The way in which the Commission exercises its discretionary powers is outlined in a number of Regulations and in so-called soft law provisions, such as Guidelines and Communications”. FRIEDERISZICK, Hans W., Lars-Hendrik Röller and Vincent Verouden (2008) - European State Aid Control: an economic framework, in Handbook of Antitrust Economics – on Paolo Buccirossi, MIT Press, Cambridge, p. 627.

<sup>27</sup> SANTOS, A. (coord.), “Jurisprudência sobre auxílios de Estado”, *CIDEEFF*, s.d., [https://www.cideeff.pt/xms/files/04\\_PUBLICATIONS/Working\\_Papers/Grupo\\_III/Jurisprudencia\\_sobre\\_auxilios\\_de\\_estado.pdf](https://www.cideeff.pt/xms/files/04_PUBLICATIONS/Working_Papers/Grupo_III/Jurisprudencia_sobre_auxilios_de_estado.pdf), consult. em 7/maio/2018, p. 4.

<sup>28</sup> A opção pela “indefinição concetual”, parte “provavelmente da impossibilidade de construir um conceito unitário de auxílio e, mesmo, da sua inutilidade ou até prejuízo, tendo em vista a razão de ser do seu controlo”. Porto, M., e Almeida, J. N. “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido da legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado”, in Revista da Concorrência e Regulação, ano I, n.º 3, jul.-set., Almedina (2010), p. 187. Cremos que, tal como preconizado por António Santos, trata-se de um “conceito aberto” cujos elementos devem ser interpretados à luz da contemporaneidade. Cf. SANTOS, António Carlos (2003) - Auxílios de Estado e Fiscalidade. Coimbra: Almedina, p. 176.

“The approach taken by the Commission has been heavily debated in the international media and literature, wherein the Commission has been accused of eroding the sovereignty of Member States in the area of direct taxation”. Verhagen, H.,– “State Aid and Tax Rulings – An Assessment of the Selectivity Criterion of Article 107(1) of the TFEU in Relation to Recent Commission Transfer Pricing Decisions”, in European Taxation, IBFD (2017), 279. Também na doutrina internacional este problema é reconhecido, nomeadamente, em: BIONDI, A., P. EECKHOUT and J. FLYNN (edit.) – The Law of State Aid in European Union, Oxford, 2004. Shön, W., “Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid – A Review of Five Years of European Jurisprudence”, *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* (2015). Id. “Taxation and State Aid Law in the European Union”, CMLR, 1999, p. 917. FRIEDERISZICK, Hans W., Lars-Hendrik Röller and Vincent Verouden (2008), op. cit. pp. 626-631. BIONDI, A. and Elisabetta Righini, “An Evolutionary Theory of EU State Aid Control”, Legal Studies Research Paper of King’s College London, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2499579>, consult. em 25/jun/2018.

jurisprudenciais. Os elementos que geralmente são indicados na construção desta definição podem ser elencados da seguinte forma: (i) a existência de uma ajuda (seja qual for a forma)<sup>29</sup>; (ii) concedida pelo Estado ou proveniente de recursos estatais<sup>30</sup>; (iii) que confira uma vantagem ao(s) seu(s) destinatário(s)<sup>31</sup>; (iv) favoreça certas empresas ou certas produções (seletividade material ou regional)<sup>32</sup>; (v) afete o mercado interno<sup>33</sup> e; (vi) provoque a distorção da concorrência<sup>34</sup>.

O requisito da seletividade é aquele que assume maior importância e, conseqüentemente, maior controvérsia<sup>35</sup> e será examinado em detalhe no próximo segmento.

## 3.2. A seletividade

### 3.2.1. A posição do TJUE

Para identificar a existência de um AE é necessário determinar se uma medida estatal beneficia, de modo seletivo, uma sociedade ou um determinado conjunto de sociedades<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> Cf. Acs. do TJ, de 22 de mar. de 1977, 78/76, *Steinike*, §21, de 17 de mar. de 1993, C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*, § 16-22, de 2 de fev. de 1988, 67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV*, §33-38 e de 16 de maio de 2002, C-482/99, *Stardust Marine*, § 36-38 e 56.

<sup>30</sup> Cf. Ac. do TJ, já citado, *Sloman Neptun*, § 18.

<sup>31</sup> Cf. Acs. do TJ, de 2 de jul. de 1974, *Itália/Comissão*, §26-28, de 7 de jun. de 2006, T-613/97, *UFEX*, §158-171, de 23 de mar. de 2006, C-237/04, *Enirisorce*, § 41-49, de 6 de mar. de 2003, T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche*, § 254-258, de 13 de mar. de 2001, C-379/98, *Preussen Elektra*, § 58-62, de 15 de dez. de 2005, C-66/02, *Itália/Comissão*, § 78, 79 e 92, de 13 de jun. de 2002, C-382/99, *Países Baixos/Comissão*, §62-66, de 27 de abr. de 1994, C-393/92, *Almelo*, § 46-48, de 24 de jul. de 2003, C-280/00, *Altmark*, § 85-89 e de 1 de jul. de 2008, C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost*, § 121-151.

<sup>32</sup> Cf. Acs. do TJ, de 29 de set. de 2000, T-55/99, *CETM*, §39-42 e 47, de 26 de set. de 1996, C-241/94, *França/Comissão*, § 22-24, de 15 de nov. de 2011, C-106/09 P e C-107/09 P, *Gibraltar*, § 75-107, de 29 de mar. de 2012, C-417/10, *3M Itália Spa*, § 40-43, de 6 de set. de 2006, C-88/03, *Portugal/Comissão*, § 6, 7, 20-28, 53-84, de 8 de novembro de 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, § 39-53 e de 8 de set. de 2011, C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos*, § 49.

<sup>33</sup> COM da CE – Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os EM previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, § 12, 14, 19-24, 28 e ss., 34, 44-57 e 23.

<sup>34</sup> “É importante notar que, na maioria dos casos, os dois últimos critérios são considerados cumpridos se estiver em causa uma vantagem seletiva. O que suscita algumas dificuldades em perceber se, efetivamente, deverá haver lugar a uma análise individual de cada um dos elementos. Cremos que resulta da própria letra da lei a verificação desses elementos. Até porque, é possível que estejamos perante um AE que não afete o comércio entre os EM, p. ex., “quando o auxílio apoia a oferta de bens ou serviços não transacionáveis”. Cf. FRIEDERISZICK, Hans W., Lars-Hendrik Röller and Vincent Verouden (2008), op. cit., p. 627. Tradução nossa

<sup>35</sup> P. ex., o ac. do TJ, de 21 de dez. de 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *World Duty Free Group*, § 65-69.

<sup>36</sup> Mason R., op. cit., pp. 453-454.

A seletividade pode ser de *iure* ou de *facto*<sup>37</sup>. A primeira diz respeito às medidas que, de forma explícita, apenas se aplicam a determinadas sociedades. A segunda, pelo contrário, engloba medidas que não estando formalmente limitadas a certas categorias de sociedades ou setores de atividade, acabam por ter efeitos limitados a certas categorias ou setores com características comuns<sup>38</sup>.

O TJUE entendia, de forma estável, que uma medida seria seletiva quando fosse “suscetível de colocar certas sociedades numa situação mais favorável do que outras”<sup>39</sup>. Para o tribunal haveria “unicamente que determinar se, no quadro de um dado regime jurídico, uma medida estatal é suscetível de favorecer «certas empresas ou certas produções» na aceção do artigo [107.º, n.º 1], do Tratado relativamente a outras empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa”<sup>40</sup>.

Com *Paint Graphos*<sup>41</sup>, o TJUE passou a considerar que a seletividade não deveria ser avaliada à luz da medida fiscal objetivamente mais favorável, mas antes tendo em consideração a finalidade prosseguida pelo imposto em causa<sup>42</sup>. O TJUE considerou ainda que, a utilização abusiva de regimes fiscais mais favoráveis pode consubstanciar um AE<sup>43</sup> e introduziu o teste da proporcionalidade para determinar a seletividade da medida<sup>44</sup>.

Atualmente, a seletividade é aferida pelos seguintes passos<sup>45</sup>: (i) determinar o sistema de referência, (ii) determinar se a medida estatal derroga esse sistema, levando a um tratamento desigual da entidade beneficiária em comparação com os operadores económicos que se encontram numa situação jurídico factual comparável, (iii) verificar se há uma justificação para essa derrogação e (iv) a proporcionalidade da medida<sup>46</sup>.

---

<sup>37</sup> Cf. Ponto 5.2.1. COM 2016.

<sup>38</sup> MICHEAU, Claire, “Tax selectivity in European Law of State Aid: Legal assessment and alternative approaches”, (September 22, 2014). *University of Luxembourg Law Working Paper n.º 2014-06*, <https://ssrn.com/abstract=2499514>, consult. em 10/maio/2018, pp. 4-5.

<sup>39</sup> Cf. Ac. do TJ, já citado, *França/Comissão*, § 24. MICHEAU, Claire, op. cit., p. 8.

<sup>40</sup> Ac. do TJ, *Adria-Wien Pipeline*, já citado, § 41.

<sup>41</sup> Ac. do TJ, *Paint Graphos*, já citado, § 74-75.

<sup>42</sup> Passamos de uma seletividade concreta, para uma seletividade em abstrato. Vd. Ismer, R. and Piotrowski, S. “The selectivity of Tax Measures: A Tale of Two Inconsistencies”, *Intertax*, n.º 10 (2015), pp. 559 e ss. apud DOURADO, Ana Paula (2017), op.cit., p. 175.

<sup>43</sup> O que não se verificou no caso, porque se concluiu que, verdadeiramente, as sociedades cooperativas não estavam numa situação jurídico factual comparável à das empresas comerciais. Cf. O § 61.

<sup>44</sup> Para que as medidas derrogatórias sejam justificadas pela natureza ou pelo regime geral do sistema, é igualmente necessário garantir que essas medidas sejam tomadas em conformidade com o princípio da proporcionalidade e não excedem o necessário para atingir o objetivo legítimo prosseguido, na medida em que o objetivo não poderia ser atingido por medidas menos abrangentes. Cf. Ac. do TJ, *Paint Graphos*, já citado, § 74 e 75.

<sup>45</sup> As quais são igualmente seguidas pela CE. Cf. COM. 2016, § 128.

<sup>46</sup> Este quarto passo surge com *Paint Graphos*.

### 3.2.2. *A posição da Comissão*

A CE considera como AE qualquer medida estatal que conceda um tratamento fiscal favorável a certas sociedades, colocando-as numa posição (financeira) mais favorável do que a concorrência<sup>47</sup>. E tem atuado em conformidade, examinando várias medidas estatais, dentro das quais se incluem os *rulings* concedidos por alguns EMs<sup>48</sup>.

Em 19 de maio de 2016, a CE adotou uma COM sobre o conceito de AE<sup>49</sup>, e em 3 de junho de 2016 lançou um documento de trabalho sobre AE e os *tax rulings*<sup>50</sup>. “Estes dois documentos juntamente com as decisões finais da *Fiat*, da *Starbucks* e o regime do lucro excessivo da Bélgica, são úteis para compreender o raciocínio da CE nos processos de auxílios estatais subsequentes”<sup>51</sup>.

Entre o final de 2015 e 2018, a CE adotou seis decisões negativas com recuperação<sup>52</sup> em relação aos *tax rulings* concedidos pelos Países Baixos à *Starbucks*,

---

<sup>47</sup> COM 1998, § 13; Mason, R., op. cit. p. 453.

<sup>48</sup> Desde 2013 a DGC começou a investigar uma categoria muito específica de medidas fiscais: os *tax rulings*.

<sup>49</sup> No que concerne à seletividade, a COM 2016 integra no Ponto 5.4. um conjunto de questões que apenas dizem respeito às medidas de natureza fiscal. Entre estas, encontramos no Ponto 5.4.4. o tratamento dos *tax rulings*. Reconhecendo a importância da função destas decisões, a CE afirma expressamente a necessidade de as mesmas respeitarem as regras sobre AE. Não obstante, da COM parece resultar que, a CE tinha apenas como objetivo o controlo dos *rulings* que tivessem por objeto preços de transferência. O que se traduz no reflexo do projeto BEPS, com a CE a intensificar a aplicação do artigo 107.º do TFUE. Cf. DOURADO, Ana Paula, op.cit., p. 154.

“Interestingly, the new Notice also contains much more detail on the Commission’s view regarding tax rulings in general and transfer pricing rulings more specifically. Clearly, the Notice is aimed at providing further substance to the new direction the Commission has taken in its recent State aid decisions”. Verhagen, H., op. cit., 282.

<sup>50</sup> DGC, op.cit.

<sup>51</sup> Tradução nossa. CLEARY GOTTLIED, “Three Years of EU State Aid Review of Tax Rulings: Taking Stock”, 29/Jul/2016, <https://www.clearlygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/alert-memos/three-years-of-eu-state-aid-review-of-tax-rulings-taking-stock.pdf>, consult. em 10/maio/2018.

<sup>52</sup> De acordo com o artigo 17.º do Regulamento (UE) 2015/1589, já citado, “os poderes da Comissão para recuperar o auxílio ficam sujeitos a um prazo de prescrição de dez anos”.

pelo Luxemburgo à *Fiat*<sup>53</sup>, o regime de lucro excedente na Bélgica<sup>54</sup>, pelo Luxemburgo à *Apple*<sup>55</sup>, à *Amazon*<sup>56</sup> e à *Engie*<sup>57 58</sup>.

Para a CE, os *rulings* que resultem na redução da carga tributária a suportar pela sociedade abrangida constituem um AE<sup>59</sup>. “A COM 2016 não prevê qualquer orientação autónoma sobre a noção de seletividade no contexto dos *tax rulings*. Nas decisões finais, a CE sugere que qualquer *ruling* que se desvie do princípio da plena concorrência é seletivo”<sup>60 61</sup>.

A maioria dos *rulings* analisados pela CE dizem respeito à aplicação do regime de preços de transferência<sup>62</sup>. Em princípio, não devemos estar perante um AE se estes acordos refletirem o princípio da plena concorrência da OCDE<sup>63</sup> (ou seja, se as condições

---

<sup>53</sup> CE, CI, de 21 de out. de 2015, AE: a Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à *Fiat* no Luxemburgo e à *Starbucks* nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais (IP/15/5880).

<sup>54</sup> CE, CI, de 11 de jan. de 2016, AE: a Comissão considera ilegal o regime fiscal belga relativo a «lucros excedentários»; 35 empresas multinacionais deverão reembolsar cerca de 700 milhões de euros (IP/15/4080).

<sup>55</sup> CE, CI, de 30 de ago. de 2016, AE: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à *Apple* que podem atingir 13 mil milhões de EUR (IP/16/2923).

<sup>56</sup> CE, CI, de 4 de out. de 2017, AE: Comissão considera que o Luxemburgo concedeu à *Amazon* vantagens fiscais ilegais no valor de aproximadamente 250 milhões de EUR (IP/17/3701).

<sup>57</sup> CE, CI, de 20 de jun. de 2018, AE: a Comissão considera que o Luxemburgo concedeu benefícios fiscais ilegais à *Engie*; tem que recuperar cerca de € 120 milhões (IP/18/4228).

<sup>58</sup> “The main reason behind our state aid action is the realization that governments can distort competition in the Single Market not only by granting subsidies but also by offering sweetheart tax deals. In particular, the deals we have identified benefit only a handful of large multinationals that can put enticing investments and job opportunities on the negotiating table. Smaller companies cannot wield the same bargaining power”. Excerto das declarações do comissário Joaquín Almunia na 31.ª Conferência Anual de Política da Concorrência da AmCham EU, Bruxelas, 14 de out. de 2014.

<sup>59</sup> Já os *rulings* que tenham por objeto apenas a confirmação de um determinado tratamento fiscal não são vistos como AE. Cf. Mason R., op. cit. p. 452. Verhagen, H., op. cit., 281. O que evidencia que, os *rulings* não são automaticamente vistos como AE. A implicar uma análise detalhada dos pressupostos em que assenta a decisão expressa no *ruling*. Verificando, nomeadamente, se existe um fundamento legal para que a AT possa conferir determinado tratamento, o que, como veremos, suscita algumas dificuldades pela complexidade das próprias normas (não só ao nível doméstico, mas também pela interceção de normas fiscais internacionais).

<sup>60</sup> Tradução nossa. CLEARY GOTTLIED, op. cit.

<sup>61</sup> Cf. Ac. do TJ, de 8 de nov. de 1997, 28/97, *Technolease Philips-Rabobank*. Contudo, isto não significa, *per se*, que estejamos sempre perante um indicador de seletividade do AE, cujo requisito é essencial. A concessão de um *ruling*, em abstrato, não consubstancia qualquer AE. Mas, um *ruling* que tenha por efeito a redução da carga tributária pode ser visto como um. Cf. § 170 da COM. 2016, apud Mason, R. op. cit., p. 452.

<sup>62</sup> “With its recent State aid decisions on transfer pricing tax rulings, the European Commission has demonstrated its full recognition of the power of the State aid provisions as a means to tackle (harmful) tax competition within the European Union”. Verhagen, H., op. cit., 279.

<sup>63</sup> Contudo, a CE tem vindo a adotar um conceito próprio do princípio da livre concorrência (evidente, nomeadamente, no caso *Starbucks*). Cf. Mason, R., “Tax Rulings as State Aid – Part 4: Whose Arm’s Length Standard?”, *Tax Notes*, Vol. 155, n.º 7, (May 15, 2017). pp. 951 e ss.

acordadas entre duas sociedades pertencentes ao mesmo grupo, forem idênticas às que seriam praticadas entre sociedades não relacionadas ou independentes)<sup>64</sup>.

O caso *McDonald's* não se insere neste domínio. Trata-se de um caso sem qualquer precedente e que teve por base o entendimento segundo o qual, o *ruling* que reduza a carga tributária da *McD Europe* no Luxemburgo<sup>65</sup>, consubstancia uma perda de recursos estatais que de outra forma estariam disponíveis para o Estado.

A CE entendeu que este *ruling* distorcia ou ameaçava falsear a concorrência e que tinha potencial para afetar o comércio dentro da UE. Isto dado o facto de a *McD Europe* se tratar de uma empresa globalmente ativa a operar em vários EM, por fazer parte do grupo *McDonald's Corporation*.

Quanto à seletividade, a CE seguiu as etapas definidas pela jurisprudência do TJUE<sup>66</sup>. Em concreto, considerou, tanto na decisão preliminar como na final, que o sistema de referência em causa era o sistema geral de imposto sobre o rendimento das sociedades do Luxemburgo, o qual “deve também ser considerado como incluindo os tratados de dupla tributação de que o Luxemburgo é parte”<sup>67</sup>. Em seguida, na decisão preliminar, considerou que o segundo *ruling* contradizia as disposições da CDT LU-EUA, resultando na concessão de uma vantagem seletiva a favor da *McD Europe*, derrogando o sistema de referência<sup>68</sup>.

Para o efeito, referiu que a interpretação da CDT por parte do *McD Europe* e do Luxemburgo “[parecia] não estar de acordo nem com o texto das suas disposições nem com o seu objetivo”<sup>69</sup>. Argumentando que, a isenção dos lucros atribuídos ao *US Branch*<sup>70</sup> dependeria da verificação de que os rendimentos atribuídos a esse *branch* poderiam ser tributados nos EUA. Nos termos da CDT, os lucros das sociedades da *McD Europe* só podem ser tributados nos EUA se forem atribuíveis a um EE do outro Estado contratante. Como o *US Branch* não constituía um EE para efeitos da lei doméstica norte-americana, este Estado não os poderia tributar. Assim sendo, à luz do parágrafo 32.6 dos Comentários

---

<sup>64</sup> PETROPOULOS, G., “State aid and tax rulings: Clarifying the European Commission’s approach”, *Bruegel*, 12/04/2018, [http://bruegel.org/2018/04/state-aid-and-tax-rulings-clarifying-the-european-commissions-approach/#\\_ftn2](http://bruegel.org/2018/04/state-aid-and-tax-rulings-clarifying-the-european-commissions-approach/#_ftn2), consult. em 10/maio/2018.

<sup>65</sup> Pela aplicação do método da isenção previsto no artigo 25.º, n.º 2 da CDT LU-EUA.

<sup>66</sup> Vd. supra 3.2.1. COM 2016, § 128.

<sup>67</sup> CI 2015. Tradução nossa.

<sup>68</sup> Se oferece um tratamento desigual à *McD Europe* em comparação com os outros operadores económicos em situação jurídico factual comparável.

<sup>69</sup> Tradução nossa. Ibid.

<sup>70</sup> Nos termos do artigo 7.º da CDT LU-EUA.

do artigo 23-º-A da CM OCDE<sup>71</sup>, os lucros atribuídos ao *US Branch* não deveriam ser considerados como atribuídos a um EE nos termos da CDT<sup>72</sup>.

A CE concluiu ainda que, a AT luxemburguesa não invocou nenhuma das exceções previstas no TFUE<sup>73</sup>.

Como se pode ver, a cerne deste caso centrou-se na qualificação jurídica do *US Branch*<sup>74</sup>. Para a AT luxemburguesa, estávamos perante um EE nos termos da CDT, razão pela qual a *McD Europe* teria direito à isenção dos lucros atribuídos a esse EE. Para a CE, dado que o *US Branch* não era tributado nos termos da lei doméstica dos EUA, este não poderia ser considerado como EE nos termos da CDT<sup>75</sup> e, conseqüentemente, não deveria ter sido reconhecida a isenção. Esta abordagem será objeto de densificação nas secções seguintes.

Não obstante, na decisão final, em 19 de setembro de 2018, a CE reconsiderou a sua posição inicial, concluindo, *afinal*, que o *ruling* não consubstancia um AE por não se tratar de uma medida seletiva<sup>76</sup>.

### 3.3. Análise crítica

#### 3.3.1. Sistema de referência

Em primeiro lugar, entendemos que a determinação do sistema fiscal de referência nem sempre é inequívoca<sup>77</sup>. É extremamente difícil defini-lo de um modo abstrato, dada

---

<sup>71</sup> Nos termos da qual “[t]he phrase ‘in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed’ must also be interpreted in relation to possible cases of double non-taxation that can arise under Article 23 A. Where the Source State considers that the provisions of the Convention preclude it from taxing an item of income or capital which it would otherwise have had the right to tax, the State of residence should, for purposes of applying paragraph 1 of Article 23 A, consider that the item of income may not be taxed by the State of source in accordance with the provisions of the Convention, even though the State of residence would have applied the Convention differently so as to have the right to tax that income if it had been in the position of the State of source. Thus the State of residence is not required by paragraph 1 to exempt the item of income, a result which is consistent with the basic function of Article 23 which is to eliminate double taxation”.

<sup>72</sup> CI 2015. § 89-90.

<sup>73</sup> N.ºs 2 e 3 do artigo 107.º TFUE.

<sup>74</sup> “The conflicting applications of the treaty provisions here result exclusively from domestic law differences and from the way the differing domestic laws interact with the treaty.” Shaheen, F. – “Tax Treaty Aspects of the McDonald’s State Aid Investigation”, *Tax Notes International*, (April 24, 2017), p. 342.

<sup>75</sup> Cf. artigo 25.º, n.º 2 da CDT LU-EUA.

<sup>76</sup> Cf. Decisão da Comissão, de 19 de set. de 2018, sobre os tax rulings concedidos pelo Luxemburgo à McDonald’s Europe (doravante C(2018) 6076 final), § 123.

<sup>77</sup> Cf. Ac. do TJ, *Gibraltar*, já citado. “elaborating an independent general description of a normal tax system from a Community perspective is the best solution but this course of action would mean an

a heterogeneidade dos regimes fiscais nacionais dos EMs e dadas as diversas formas que as derrogações a esses sistemas podem assumir. Note-se que uma mesma medida pode ser considerada como AE num EM e não noutra.

A própria CE não tem contribuído para uma estabilização do conteúdo e alcance da expressão “sistema fiscal de referência”. Quando a CE afirma que, o sistema de referência integra as disposições da CDT, acaba por admitir que todas as sociedades que beneficiem da aplicação da CDT são tratadas da mesma forma. Por essa via, não haveria qualquer derrogação ou exceção relativamente a esse sistema geral tributário e, consequentemente, a medida não seria seletiva.

### 3.3.2. *Rulings e seletividade*

No CI 2015 a CE não fez uma análise cuidada da seletividade por considerar desnecessária à luz da posição do TJUE no caso MOL<sup>78</sup>. Neste último, o tribunal considerou que sempre que uma vantagem é concedida através de uma decisão individual (o que é absolutamente questionável<sup>79</sup>, sobretudo quando nos referimos aos casos de *rulings*), não é exigível uma análise mais detalhada. Cremos que deve existir sempre uma análise completa da seletividade. Sendo um *ruling* o reconhecimento de um tratamento da situação tributária concreta de um sujeito passivo, aceitar este entendimento significaria reconhecer que qualquer *ruling* é seletivo.

É certo que a concessão de um *ruling* implica alguma margem de discricionariedade por parte das administrações fiscais. Mas tal não significa que automaticamente privilegie um sujeito passivo face a um outro que se encontre numa situação de comparabilidade<sup>80</sup>. Desde logo porque o resultado do *ruling* tem de decorrer do próprio sistema fiscal e, por isso, nunca poderá ser *contra legem*<sup>81</sup>.

A nosso ver, a CE evitou um confronto direto com os factos do caso: o Luxemburgo limitou-se a reconhecer a isenção imposta pela CDT LU-EUA. Não se

---

unacceptable encroachment to national sovereignty”. Shön, W. “Taxation and State Aid Law in the European Union”, CMLR, 1999, pp. 911 e 922.

<sup>78</sup> Ac. do TJ, de 4 de jun. de 2015, C-15/14 P, *Comissão/MOL*.

<sup>79</sup> HASLEHNER W., “The McDonald’s State Aid Case – The EU Commission Interprets a Tax Treaty”, *Kluwer International Tax Blog*, 22/jun/2016, <http://kluwertaxblog.com/2016/06/22/the-mcdonalds-state-aid-case-the-eu-commission-interprets-a-tax-treaty/>, consul. em: 07/dez/2018.

<sup>80</sup> ALMEIDA, Rafael Dias (2016) - Um sistema de Rulings para Portugal? *Estado atual e propostas para o futuro*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

<sup>81</sup> *Ibid.*

verificando, pelo exposto, qualquer derrogação do sistema de referência. Tal como foi admitido pela própria CE na decisão final do caso<sup>82</sup>.

### 3.3.3. O EE híbrido e a seletividade

No âmbito das CDTs é utilizado o conceito de EE como teste para determinar a partir de que momento o outro Estado contratante (o EF) pode tributar os lucros empresariais gerados no seu território (i.e. expressa a *economic allegiance* do EF)<sup>83</sup>.

Contudo, existem várias formas de aproveitamento deliberado das disparidades na qualificação jurídica de conceitos das CDTs que permitem às sociedades multinacionais minimizar a sua carga fiscal.

No caso, o conceito de EE utilizado pela lei norte-americana diz apenas respeito aos casos de “*active conduct trade or business*”<sup>84</sup>. Dado que estão apenas em causa rendimentos passivos (perceção de royalties<sup>85</sup>), não existe uma atividade comercial com substância suficiente e, conseqüentemente, os rendimentos imputados a este *branch* à luz da CDT, não foram tributados nos EUA.

Dúvidas não restam, de que estamos perante uma discrepância na qualificação jurídica do que é um EE – i.e., um EE híbrido – e não, de um regime apreciável à luz dos AE. Entendimento este, também admitido, de forma inequívoca na decisão final da CE<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Cf. C(2018) 6076 final, § 123.

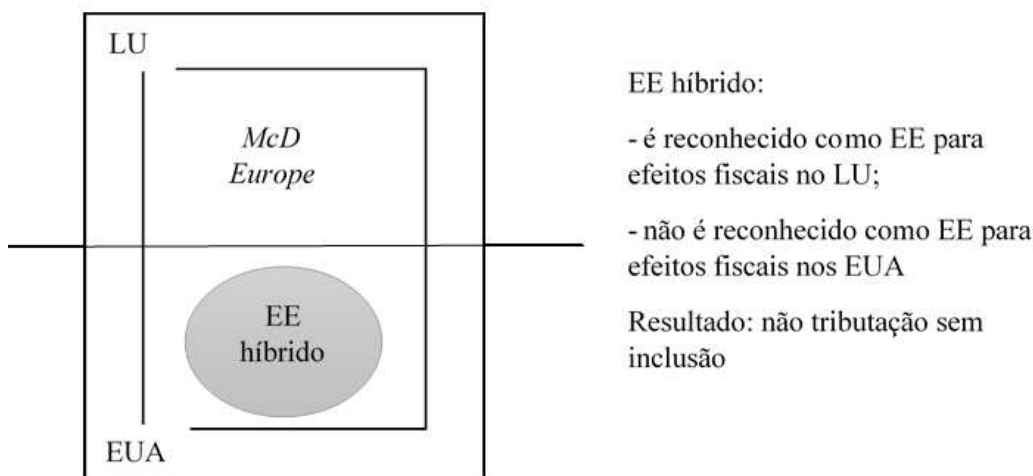
<sup>83</sup> Ribeiro, J. S. – “Notas ao conceito de estabelecimento estável na Convenção Modelo da OCDE”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 305 janeiro/março 2006, pp. 61-82.

<sup>84</sup> Vd. supra nota de rodapé 19.

<sup>85</sup> “Os pagamentos de royalties deverão ser isentos de tributação no Estado da Fonte, quer por liquidação quer por retenção de imposto. Procurou assegurar-se que o beneficiário efetivo dos pagamentos e os estabelecimentos permanentes fossem tributados ou no Estado membro de residência ou no local onde se situam, para que o rendimento fosse tributado na mesma jurisdição em que ocorressem as despesas de investigação e desenvolvimento.” OLIVEIRA, Maria João Marques (2014) – *Harmonização Fiscal da Tributação Direta – Royalties*, Tese de mestrado em Finanças e Fiscalidade, Porto, Faculdade de Economia da Universidade do Porto, p. 29.

<sup>86</sup> Cf. C(2018) 60706 final, §§ 117-121.

Figura 1. EE híbrido no caso



### 3.4. Existirá um verdadeiro auxílio de Estado?

Poderia levantar-se aqui a questão de saber se os EUA atuam de modo intencional por forma a criar conflitos de qualificação com o objetivo de atrair investimento ou de beneficiar as suas empresas. Contudo, devemos sempre reconhecer que, no momento atual, os Estados são livres de exercer o direito à tributação na soberania que lhes é deixada por uma CDT do modo que queiram<sup>87</sup>, inclusivamente não a exercendo.

O problema resultante desta assimetria híbrida não pode, a nosso ver, ser imputado à *McDonald's Europe* ou ao Luxemburgo. Este último limita-se a reconhecer, no *ruling*, a aplicação da CDT. O que significa que, mesmo sem a concessão daquele, a consequência jurídica deveria ser a mesma, já que, na maioria dos Estados<sup>88</sup>, e no Luxemburgo em particular, o direito internacional convencional é colocado na ordem jurídica interna num grau hierárquico superior<sup>89</sup>.

Surge, por isso, a questão de saber em que medida o regime dos AE poderá desempenhar aqui o seu papel. Em nosso entender, as assimetrias híbridas estão fora do âmbito deste regime. O combate a estes casos passa, no espaço europeu, por “esforços de coordenação, quer através da introdução de diretivas que harmonizem as definições

<sup>87</sup> RAAD, K. V., “Five Fundamental Rules In Applying Tax Treaties”, 2002, [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/fsc\\_MA\\_5978.PDF](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/fsc_MA_5978.PDF), consul. em 20/fev/2018. pp. 338-339.

<sup>88</sup> “and even in the United States, the treaties typically override contrary domestic law”. AVI-YONAH, R. S., “Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime”, University of Michigan Law School, Working Paper N.º 73, January 2007, p. 5.

<sup>89</sup> Cf. Artigos 26.º e 27.º da CVDT.

nacionais, quer através da introdução de diretivas destinadas a evitar a dupla não tributação”<sup>90</sup> de que é exemplo a Diretiva Antielisão. No âmbito internacional, passa pela adoção consensual das recomendações da Ação 2 do BEPS.

---

<sup>90</sup> Cf. LUJA, op.cit. p. 15. Tradução nossa.

## CAPÍTULO 4. REAÇÕES CONTRA ESTE TIPO DE SITUAÇÕES

A reação internacional contra situações de BEPS tem sido liderada pela OCDE através de recomendações e do Instrumento Multilateral.

Nos últimos anos, a UE começou a reagir contra estas situações. Por um lado, recorrendo à proibição de AE, causando “muita incerteza aos contribuintes e aos EM”<sup>91</sup>. Por outro lado, com a adoção de várias diretivas, das quais se destaca a Antielisão.

Nas próximas secções iremos examinar não só os instrumentos jurídicos existentes à data do caso como aqueles que foram adotados num momento posterior<sup>92</sup>, numa tentativa de perceber até que ponto as situações com o perfil daquela que selecionamos como hipótese de estudo da presente dissertação são efetivamente evitadas.

### 4.1. Instrumentos jurídicos existentes à data do caso

#### 4.1.1. *O artigo 23.º-A e os respetivos Comentários interpretativos da CM OCDE*

No caso em exame, a CE no CI 2015 argumenta que, o Luxemburgo não aplicou corretamente o método de isenção, nos termos do artigo 25.º da CDT LU-EUA<sup>93</sup>. É importante, por isso, analisarmos as diferentes perspetivas sobre a interpretação desta disposição e sobre os Comentários da OCDE a este respeito.

O artigo 23.º-A da CM OCDE dispõe no n.º 1 o seguinte: “Com ressalva do disposto nos n.ºs 2 e 3, quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de património que, de acordo com o disposto na Convenção, *possam ser tributados* no outro Estado contratante, o primeiro Estado mencionado isentará de imposto esses rendimentos ou esse património”<sup>94</sup>.

Com a alteração aos Comentários em 2008, no seu parágrafo 32.6 passa a constar que o artigo 23.º-A deve ser interpretado no sentido de abranger também os casos de

---

<sup>91</sup> DOUMA, S., “BEPS and European Union Law”, Cahiers de droit fiscal international, Vol 102a, Sdu: The Hague, 2017. pp. 65-95. Tradução nossa.

<sup>92</sup> Ainda que os mesmos não tenham entrado em vigor ou sido implementados.

<sup>93</sup> CI 2015. Este artigo corresponde ao artigo 23.º-A da CM OCDE.

<sup>94</sup> Tradução nossa. O itálico também é nosso.

dupla não tributação. Nos termos desta orientação, o Luxemburgo não deveria ter isentado o *McD Europe* e, conseqüentemente, pelo explanado, teríamos aqui preenchido o requisito da seletividade.

Levanta-se, pois, a questão de saber se aquela orientação deveria ter sido considerada na aplicação da CDT LU-EUA, dado que só foi introduzida nos Comentários 12 anos depois da data da assinatura da mesma<sup>95</sup>. As respostas têm sido absolutamente divergentes<sup>96</sup>.

Por um lado, o Comité de Assuntos Fiscais da OCDE, responsável pela elaboração destes Comentários, considera que a interpretação das CDTs deve ser feita, dentro do possível<sup>97</sup>, de acordo com os Comentários mais recentes, mesmo no caso de Convenções celebradas anteriormente<sup>98</sup>. Os defensores desta interpretação atualista ou dinâmica afirmam que, os membros do próprio Comité pertencem aos diferentes Estados e, como tal, conhecem a todo o tempo das novas interpretações. Conseqüentemente, quando tenham que aplicar as disposições da CDT sabem que a interpretação das mesmas é, naquele momento posterior, diferente.

Contudo este entendimento tem sido contrariado pela maioria dos autores nacionais e internacionais<sup>99</sup>. Segundo esta posição maioritária, a qual perfilhamos, entende-se que deve valer a interpretação expressa nos Comentários vigentes no momento da celebração das CDTs, ou seja, defende-se uma interpretação estática. Desde logo, porque apenas no momento em que é celebrada, os Estados podem proceder a observações<sup>100</sup> relativamente aos Comentários. Se estes são alterados, não é possível

---

<sup>95</sup> A CDT LU-EUA foi assinada no dia 3 de abril de 1996.

<sup>96</sup> Lang, M., “2008 OECD Model: Conflicts of Qualification and Double Non-Taxation”, 63 *Bulletin for International Taxation*, (May/June 2009), p. 204.

<sup>97</sup> Salvaguardam-se os casos em que esteja em causa uma alteração substancialmente diferente. O que implica, necessariamente, a questão de saber o que poderá ser ou não uma alteração deste tipo.

<sup>98</sup> OECD Model Tax Convention, Introduction to the Model Convention, § 33-36.1.

<sup>99</sup> Na doutrina portuguesa são vários os defensores desta interpretação. Gustavo Courinha e Rui Morais entendem que uma CDT que siga a CM OCDE deve ser interpretada apenas à luz dos Comentários vigentes à data da sua celebração, por serem estes os que as partes contratantes, supostamente, tiveram presentes ao celebrarem um tal acordo. COURINHA, G., “Da tributação do *software* nas convenções de dupla tributação celebrados por Portugal, à luz das alterações de 2008 aos comentários da Convenção Modelo da OCDE”, in *Revista Fiscalidade*, Lisboa: Instituto Superior de Gestão, 2000 - ISSN 0874-7326 - N.º 37 (jan. - mar. 2009), pp. 27-63. Na doutrina internacional destacamos Klaus Vogel que além de defender esta perspetiva, acrescenta que, o comentário expressa apenas uma visão individual e não é vinculante. Vogel, K., “Double Tax Treaties and Their Interpretation”, *International Tax & Business Lawyer*, vol. 4, (1986), p. 41. Michael Lang, afirma que uma interpretação atualista não se coaduna com o artigo 31.º da CVDT, já que tais alterações não têm qualquer conexão à CDT anteriormente celebrada. Cf. Lang, M. and Florian Brugger – “The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation”, *Australian Tax Forum* 23 (2008), 102, Idem., “Introduction to the Law of Double Taxation Conventions”, 2<sup>nd</sup> Edition, IBFD, 2013, pp. 52-53.

<sup>100</sup> Uma observação indica que um Estado não concorda com a interpretação dada no Comentário da OCDE sobre uma determinada provisão”. Tradução nossa. O que significa que, o Estado demonstra estar de acordo

predeterminar se os Estados contratantes concordam ou não. Além disso, à luz da interpretação dinâmica, os Estados estariam sujeitos constantemente a uma insegurança e imprevisibilidade quanto aos termos de aplicação das Convenções, gerando também enormes dificuldades na sua aplicação na esfera das administrações fiscais.

Fadi Shaheen apresenta uma outra visão deste problema sugerindo dois argumentos alternativos de suporte à posição inicial da CE<sup>101</sup>. O primeiro argumento tem por base a redação do artigo 23.º-A. O segundo diz respeito ao parágrafo 32.6 dos Comentários.

Para o autor, mesmo afastando o conteúdo destes Comentários introduzidos em 2000 através da interpretação estática, o relatório de 1999 da OCDE<sup>102</sup> foi aprovado antes da conclusão da CDT LU-EUA e o Luxemburgo não pôs qualquer reserva ao mesmo.

Relativamente ao segundo argumento, Fadi Shaheen afirma que existe apenas um conflito entre leis domésticas e o Tratado. Não há qualquer desacordo entre os EUA e o Luxemburgo, porquanto, apenas o Luxemburgo considera aqueles rendimentos tributáveis. Nessa medida, entende que, não havendo qualquer “litígio” sobre a interpretação da CDT em si, o Luxemburgo não estaria obrigado a reconhecer a aplicação da isenção.

Não concordamos com esta posição. Primeiro, porque o facto de o Luxemburgo não ter feito reservas não significa que concorde com a sua aplicação retroativa. Para as CDTs já celebradas, é cronologicamente impossível que os novos Comentários façam parte do seu contexto como estabelece a CVDT<sup>103</sup>. Segundo, porque a CDT LU-EUA data de 1996 (antes da aprovação do relatório).

Werner Haslehner<sup>104</sup> chama atenção para o facto de o parágrafo 32.6 se referir a conflitos de interpretação e, no caso vertido estar em causa um conflito de qualificação<sup>105</sup>.

---

com a redação do preceito, mas já não com a interpretação que dele é feita pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE. Cf. Lang, M. and Florian Brugger, op. cit. 101.

<sup>101</sup> Shaheen, F. op. cit. pp. 342-343.

<sup>102</sup> OECD, “The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships,” *Issues in International Taxation*, n.º 6 (1999).

<sup>103</sup> Artigo 31.º da CVDT.

<sup>104</sup> HASLEHNER, W., op. cit. loc. cit.

<sup>105</sup> No “direito tributário internacional, o termo qualificação deve ser limitado aos problemas que surgem quando um tratado tributário usa termos provenientes do direito interno, especialmente quando esses termos têm um significado diferente nas leis internas de ambos os estados contratantes”. Vogel, K., op. cit. p. 60. Tradução nossa.

Na esteira de Alberto Xavier<sup>106</sup> a interpretação tem em vista determinar o sentido da norma e a qualificação a aplicação da norma ao caso concreto. Por sistematicidade lógica, a interpretação ocorre num momento anterior ao da qualificação.

O que nos leva a concluir que, estando perante um conflito de qualificação (do EE) e não de interpretação, a orientação vertida no parágrafo 32.6 não poderia ser aqui utilizada<sup>107</sup>.

Depois, é importante sublinhar que as CDTs têm como finalidade principal evitar a dupla tributação. Só com a revisão de 2017 da CM OCDE se passaram a prever mecanismos específicos de prevenção e combate à dupla não tributação<sup>108</sup>. Até então, considerava-se que o principal efeito das CDTs era o de restringir a aplicação do direito interno (conhecido como *efeito negativo dos tratados*<sup>109</sup>).

## 4.2. Instrumentos jurídicos de aplicação futura

### 4.2.1. Resposta do BEPS – Ação 2

O *tax arbitrage*<sup>110</sup> através do uso de assimetrias híbridas é um dos principais métodos de planeamento fiscal agressivo<sup>111</sup>.

Reconhecendo o perigo que este fenómeno representa para os sistemas fiscais nacionais, a OCDE produziu uma série de recomendações (*soft law*)<sup>112</sup> no relatório final da Ação 2 do Projeto BEPS<sup>113</sup>.

---

<sup>106</sup> XAVIER, Alberto, (2017) – *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 159-162.

<sup>107</sup> O que também foi considerado na decisão final da Comissão. Cf. C(2018) 6076 final, § 116-121.

<sup>108</sup> Cujas aplicabilidade dependerá da sua introdução nas CDTs existentes.

<sup>109</sup> RAAD, K. V., op. cit. p. 337.

<sup>110</sup> “‘tax arbitrage’ is the phenomenon emerging from transactions designed by taxpayers to take advantage of inconsistencies or disparities between tax systems, such as those relating to tax rates, income qualification or timing, aimed at either double non-taxation or tax deferral (...) There is no agreement among scholars that ‘tax arbitrage’ is a form of tax avoidance. Some scholars claim that tax arbitrage is simply a tax optimization tool and therefore does not have tax avoidance characteristics. Others classify tax arbitrage as tax avoidance because of the outcomes of double nontaxation or tax deferral. Depending on the context, either of the abovementioned viewpoints is correct and therefore a single definitive meaning for ‘tax arbitrage’ is, perhaps, inappropriate.” Eberhartinger, E., et al., “Preventing Tax arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries”, *WU International Taxation Research Paper Series*, N.º 03 (2017), 3.

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> AVI-YONAH, R. S., Haiyan Xu, “Evaluating BEPS”, 15/Jan/2016, p. 31. <https://ssrn.com/abstract=2716125>, consult. em 28/jul/2018.

<sup>113</sup> OECD, Action 2 Project BEPS, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 2015 Final Report.

No caso *sub judice*, estamos perante uma assimetria de EE híbrido e que resulta numa dupla não tributação alcançada através de uma isenção no Estado da entidade pagadora e uma não inclusão no Estado da entidade beneficiária.

A Parte II do relatório centra-se nas CDTs e tenta que as mesmas não prejudiquem a aplicação das recomendações à legislação nacional da Parte I<sup>114</sup>. No que respeita a EE híbridos, o relatório afirma (expressamente) a importância das propostas contidas na Ação 6 do BEPS, recomendando, designadamente, a adoção de uma regra antiabuso<sup>115</sup>.

O relatório recomenda ainda que, na aplicação do artigo 23.º da CM OCDE, os Estados contratantes privilegiem a escolha do método do crédito do imposto em detrimento do método da isenção<sup>116</sup>. Por esta via, o contribuinte apenas poderia deduzir no ER determinada quantia de imposto já paga no EF, geralmente, com o limite daquela que seria liquidada em território nacional<sup>117</sup>.

A aplicação deste método teria evitado a dupla não tributação. Já que, nestas circunstâncias, a *McD Europe* teria de apresentar à AT luxemburguesa provas de efetiva tributação nos EUA para poder beneficiar do crédito de imposto.

#### **4.2.2. Resposta da Diretiva Antielisão II**

Em 2015, a UE adotou um conjunto de medidas que visam reforçar a luta contra a elisão fiscal<sup>118</sup>. De entre estas medidas encontra-se a Diretiva Antielisão fiscal<sup>119</sup>.

As regras aí estabelecidas, à semelhança das recomendações da Parte I da Ação 2 são regras primárias e defensivas. As primeiras destinam-se a ser aplicadas nas relações entre EM, enquanto as segundas (de aplicação subsidiária) visam regular as relações entre

---

<sup>114</sup> OCDE, Action 2, op. cit., p. 135.

<sup>115</sup> Ibid. loc cit.

<sup>116</sup> Ibid., p. 146. Apesar de ter sido discutida a preferência pelo método de isenção pelos EM, chegou-se à conclusão de que este é o que “melhor se coaduna com os objetivos de competitividade dos sistemas fiscais nacionais e à simplicidade”. Cf. NAVARRO, Aitor, PARADA, Leopoldo and SCHWARZ, Paloma, “The Proposal for an EU-Anti Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts” *EC Tax Review*, Vol. 25, N.º 3, (June 1, 2016), p. 10. Tradução nossa.

<sup>117</sup> LARKINGS, E. R., “Double Tax Relief for Foreign Income: A Comparative Study of Advanced Economies”, ATAX Discussion Paper Series N.º 4, Jun/2001. <https://ssrn.com/abstract=623624>, consult. em 26/jun/2018.

<sup>118</sup> Conselho Europeu, “Pacote Antielisão Fiscal”, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/anti-tax-avoidancepackage/>, consult. em 22/dez./2017. Este pacote tem por base as recomendações emitidas pela OCDE em 2015 e aprovadas pelos líderes do G20.

<sup>119</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de jul. de 2016, que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

EM e P3<sup>os</sup>. Esta distinção de regras aplicáveis funde-se no facto de os P3<sup>os</sup> não se encontrarem, naturalmente, vinculados à adoção das cláusulas específicas anti-híbridos das Diretivas. Assim, as regras defensivas aplicam-se sempre que o P3<sup>o</sup> não neutralize os efeitos das assimetrias híbridas, assegurando a proteção dos sistemas fiscais nacionais (da UE).

Um problema adjacente tem que ver com o facto de os P3<sup>os</sup> poderem vir a adotar cláusulas específicas anti-híbridos distintas das recomendadas pela Ação 2 do BEPS e seguidas pela UE na DAE. Basta pensarmos numa situação com um elemento híbrido que envolva mais do que uma jurisdição que aplique cláusulas específicas anti-híbridos diferentes. Se os Estados envolvidos arrogarem um direito a tributar por força destas cláusulas, podem gerar-se situações de dupla tributação. O que atenta contra o objetivo destas regras que é o de evitar a dupla não tributação.

Vejamos, agora, qual a solução que a DAE II<sup>120</sup> estabelece para as situações em que está em causa um EE híbrido decorrente da aplicação de uma CDT.

Esta matéria foi desenvolvida na sequência de um relatório preparado pelo Grupo do Código de Conduta e apresentado ao Conselho Europeu sobre os EE híbridos nas relações entre EM e P3<sup>os</sup><sup>121</sup>. Trata-se de um tema que envolve muita complexidade, a começar pela própria noção de EE<sup>122</sup>.

No caso de uma assimetria em matéria de EE híbridos entre mais do que um EM ou entre um EM e um P3<sup>o</sup> que conduza a uma não tributação sem inclusão, o EM em que o contribuinte é residente deve incluir (e não isentar) os rendimentos atribuídos a esse EE<sup>123</sup>. Contudo, esta regra não é aplicável nos casos em que um EM esteja obrigado a isentar o rendimento por força de uma CDT celebrada entre este e um P3<sup>o</sup>. O que, do nosso ponto de vista, reafirma a prevalência e o respeito pelas CDTs.

Adicionalmente, no âmbito do Projeto BEPS, a Ação 3 previu um conjunto de recomendações relativas à implementação de regras antiabuso destinadas a impedir o

---

<sup>120</sup> De acordo com o preâmbulo da DAE II é necessário eliminar situações como “as assimetrias híbridas que resultem de diferenças na imputação de pagamentos efetuados a uma entidade híbrida ou a um estabelecimento estável, inclusive em resultado de pagamentos efetuados a estabelecimentos estáveis não tidos em conta”. No âmbito da DAE I encontramos uma regra geral aplicável aos EE híbridos no artigo 9.º. A DAE II, por seu turno, define as assimetrias híbridas no n.º 9 do artigo 2.º, e desenvolve-os em pormenor nos artigos 9.º a 9º-B.

<sup>121</sup> Code of Conduct Group (Business Taxation), Report to the Council of 11 June 2015, 9620/15 LIMITE, FISC 60, ECOFIN 443, ANNEX 1.

<sup>122</sup> O que se deve às dificuldades que a globalização e a digitalização suscitaram nestas matérias. Vd. Skaar, A. A., - “Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce”, Intertax, Vol. 28, Issue 5 (2000).

<sup>123</sup> Cf. artigo 9.º, n.º 5 do mesmo diploma.

desvio dos lucros para jurisdições de baixa ou nula tributação através de sociedades estrangeiras controladas. No contexto europeu, estas foram acolhidas na DAE I<sup>124</sup> e determinam que, quando uma entidade residente numa dessas jurisdições de baixa ou nula tributação é detida, direta ou indiretamente, pelo menos em 50% do capital social, direitos de voto ou direitos sobre os rendimentos ou ativos dessa entidade, por um residente num determinado EM, esses rendimentos devem ser incluídos na base tributável da sociedade-mãe residente neste Estado.

Em concreto, estas regras têm uma enorme potencialidade no sucesso da luta contra o planeamento fiscal agressivo porque desvendam uma série de esquemas que possibilitam aos beneficiários efetivos a obtenção de rendimentos com um encargo mínimo de imposto<sup>125</sup>.

Atentos nas disposições da DAE I, e às liberdades fundamentais estabelecidas no espaço europeu, designadamente, a liberdade de estabelecimento<sup>126</sup>, na aplicação destas regras há que considerar sempre a substância destes fluxos e perceber se existem razões económicas válidas que os justifiquem.

Atendendo ao caso em análise, é certo que um dos factos que determinam a não sujeição a imposto nos EUA é a falta de substância económica à luz da lei norte-americana. De facto, facilmente o Luxemburgo conseguiria comprovar a verificação da falta de substância económica tal como definida pela Diretiva e, por esta via, considerar na base tributável as royalties pagas ao EE no EUA. Contudo, a diretiva deixa aos EM a opção pela aplicação destas disposições quando estejam em causa sociedades controladas localizadas em P3<sup>os</sup>.

Creemos que, no que concerne às regras sobre assimetrias híbridas, a DAE traduz-se, por um lado, numa solução menos ampla quando comparada com a Ação 2 do BEPS, porquanto contém limitações que decorrem do facto de não ser concebível a sua aplicação em relação aos P3<sup>os</sup> (apesar do funcionamento das regras defensivas). O que se compreende, na medida em que a UE não pode vincular P3<sup>os</sup>. Mas, por outro lado, acaba por ser mais abrangente no que concerne aos casos de assimetria híbrida que regulam: a DAE prevê, além dos casos já enunciados na Ação 2, situações de isenção/não inclusão.

---

<sup>124</sup> Cf. artigos 7.º e 8.º.

<sup>125</sup> Cf. OECD, Action 3 Project BEPS, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, 2015 Final Report.

<sup>126</sup> Consagrada no Capítulo II do Título IV do TFUE.

Atentos no caso *sub judice*, quando o Luxemburgo isenta os lucros imputáveis ao EE situado nos EUA, fá-lo por força da CDT LU-EUA. Como tal, em situações com este perfil a DAE II não consegue solucionar a assimetria.

Relativamente às regras SEC, existe a possibilidade de mitigação de situações com este perfil (conquanto seja opção dos EM aplica-las aos P3<sup>os</sup>). Não obstante, estando em causa uma não tributação gerada pela aplicação de uma CDT, e em concordância com os princípios básicos do Direito, sempre se colocaria a problemática da hierarquia das fontes.

#### **4.2.3. Alteração ao artigo 1.º da CM OCDE<sup>127</sup>**

O artigo 1.º da CM OCDE estabelece o âmbito de aplicação subjetiva, por aplicação do critério da residência<sup>128</sup>.

Nem todas as sociedades se qualificam para efeitos de aplicação de uma CDT. Isto acontece, p. ex., relativamente a sociedades em regime de transparência fiscal porquanto a responsabilidade tributária não incide sobre a sociedade localizada nesse Estado, mas antes sobre os sócios. Neste sentido, a sociedade não é um residente desse Estado para fins da Convenção<sup>129</sup>.

A determinação do estatuto de residência fiscal revela-se particularmente difícil em relação a entidades cuja caracterização fiscal difere em cada um dos Estados contratantes. Por essa razão, também na sequência do relatório final da Ação 2 do BEPS, a OCDE introduziu um novo n.º 2 ao artigo 1.º da CM OCDE<sup>130</sup>, cujo texto é reproduzido no n.º 1 do artigo 3.º do Instrumento Multilateral<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Alteração aprovada como parte do trabalho das medidas do Projeto BEPS relacionadas as CDTs.

<sup>128</sup> Para efeitos de aplicação da CDT (segundo a CM OCDE) é residente quem o for nos termos do direito interno do Estado contratante. Cf. Artigo 4.º da CM OCDE. A própria CDT não estabelece uma noção independente de residência

<sup>129</sup> VANN, R., “Liable to Tax” and Company Residence under Tax Treaties”, *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper N.º 10/131*, Nov/2010, p. 203. <https://ssrn.com/abstract=1714131>, consult. em 28/jul/2018.

<sup>130</sup> “2. For the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State.”

<sup>131</sup> Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS. Cf. OECD, Action 15 Project BEPS, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015 Final Report.

Este aditamento veio estabelecer que, os rendimentos obtidos através de sociedades total ou parcialmente transparentes<sup>132</sup> à luz da lei fiscal dos Estados contratantes são considerados como rendimentos de um residente desses Estados<sup>133</sup>. Garantindo, por um lado, que “os benefícios da CDT são concedidos nos casos apropriados”<sup>134</sup> e, por outro, que não sejam concedidos nas hipóteses em que “nenhum dos Estados contratantes trata, nos termos da sua lei interna, o rendimento de uma entidade como se fosse residente”<sup>135</sup>. Reconhecendo, para tanto, a necessidade do recurso aos instrumentos de troca de informação entre as administrações fiscais<sup>136</sup>.

Esta norma visa, portanto, uma modalidade específica de assimetrias híbridas: as entidades híbridas<sup>137</sup>. No fundo, a solução apresentada traduz-se numa tentativa de evitar o aproveitamento da qualificação fiscal que é dada às entidades pelos diferentes Estados, porquanto, quer estejamos perante uma sociedade opaca ou transparente, será sempre considerada, para efeitos da Convenção, como residente nesse Estado<sup>138</sup>. Parece-nos que esta norma revela a nova tendência de primazia da tributação no EF (um dos pilares do Projeto BEPS).

Tendo apenas por objeto entidades híbridas, esta norma não resolve a questão dos EE híbridos, apesar de ter sido identificado este problema no relatório<sup>139</sup>. Como tal, deixa de ter interesse no caso sobre o qual nos debruçamos.

---

<sup>132</sup> “total ou parcialmente transparentes” porquanto, tal como identifica Philip Baker, existem quatro tipos de entidades transparentes. Cf. Baker, P. – “The Application Of The Convention To Partnerships, Trusts and Other, Noncorporate Entities”, *GITC Review*, Vol. II N.º 1, (2002).

<sup>133</sup> O efeito desta previsão é o de que “os direitos de tributação sobre rendimentos auferidos por ou através de uma sociedade ou acordo transparente (ambos os termos indefinidos) serão alocados entre os Estados contratantes de acordo com o tratado tributário, mesmo que esse rendimento seja tributado como rendimento de outra pessoa residente num Estado contratante.”. Vd. Sanghavi, D. – “BEPS Hybrid Entities Proposal: A Slippery Slope, Especially for Developing Countries”, *Tax Notes International*, (January 23 2017), 358. Tradução nossa.

<sup>134</sup> Comentários ao artigo 1.º da CM OCDE (versão 2017). § 5. Tradução nossa.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> Com as dificuldades que são comumente apontadas. Vd. OLIVEIRA, Maria Odete (2012) - *O Intercâmbio de Informação Tributária*. Teses de Doutoramento. Coimbra: Almedina.

<sup>137</sup> Sanghavi, D. op. cit. loc. cit.

<sup>138</sup> Para mais desenvolvimentos Vd. Nikolakakis, A. et al. – “Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, With Respect to Fiscally Transparent Entities”, *British Tax Review*, (2017), 295-373.

<sup>139</sup> § 37. “o Comité mostrou-se preocupado com os casos em que à luz das leis fiscais nacionais uma mesma sociedade é tratada, por um lado, como uma unidade tributável e, por outro, como uma entidade desconsiderada para fins fiscais”. Cf. Ponto 3 dos Comentários ao n.º 2 do artigo 1.º da CM OCDE na redação de 2017. Tradução nossa.

#### 4.2.4. *Instrumento Multilateral*

O IM entrou em vigor no dia 1 de julho de 2018. Adotado na sequência da ação 15 do BEPS foi desenvolvido com o objetivo de permitir uma modificação rápida e coordenada<sup>140</sup> das CDTs existentes, de modo a adaptá-las às recomendações do BEPS.

A sua aplicação depende de duas condições: (i) a CDT em causa estar abrangida pela aplicação do IM (“*covered tax agreements*”) e (ii) os Estados optarem pela sua aplicação (“*opt-in*”).<sup>141</sup>

A parte II do IM estabelece um quadro específico de medidas relativas às assimetrias híbridas.

Num caso como o *McDonald’s*, se a CDT fosse uma das abrangidas pelo IM e os Estados contratantes optassem pela sua aplicação, os lucros imputáveis ao *US Branch* passariam a ser tributáveis no Luxemburgo. Nos termos da opção A do artigo 5.º do IM, procede-se a uma inversão de isenção ou crédito de imposto pelo ER quando o EF não tributa o rendimento que lhe seja imputável ou lhe aplique uma taxa de imposto reduzida.

---

<sup>140</sup> AVI-YONAH, R. S., Haiyan Xu, op. cit. p. 48.

<sup>141</sup> “this project has the potential of turning into the apex of a complex system of true multilateralism in international tax law, bringing legal pluralism in line with a worldwide coordination in the exercise of taxing sovereignties across national borders”. PISTONE, P., “Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law”, *World Tax Journal*, 2014, n.º 1, p. 9.

## CAPÍTULO 5. PONDERAÇÃO DA APLICAÇÃO DE UMA CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO AO CASO

Neste segmento analisaremos a possibilidade de aplicação de uma CGAA ao caso<sup>142</sup>.

### 5.1. Cláusula geral antiabuso luxemburguesa

A CGAA luxemburguesa encontra-se prevista nos §§ 5 e 6 da StAnpG<sup>143</sup>. Trata-se de uma disposição geral de "abuso de direito" que consagra o princípio da prevalência da "substância sobre a forma"<sup>144</sup>.

A aplicação da cláusula depende da verificação de quatro condições cumulativas identificadas pela jurisprudência: (i) utilização de atos ou negócios jurídicos de direito privado, (ii) redução da carga tributária, (iii) reconhecimento da inadequação ou a utilização anormal de uma estrutura comercial para atingir um determinado efeito jurídico, (iv) ausência de razões comerciais válidas que justifiquem essa estrutura ou negócio<sup>145</sup>. O resultado é a ineficácia fiscal (dos atos ou negócios abusivos) e, conseqüentemente, a tributação de acordo com a(s) forma(s) jurídica(s) apropriada(s)<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> É possível, dentro de determinados pressupostos e sempre numa perspectiva de “*ultima ratio*”. Cf. DUFF, David (2008), “Relationships, Boundaries, and Corporate Taxation: Compliance and Avoidance in an Era of Globalization”, in *Beyond Boundaries, Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management – on FREEDMAN, Judith (ed.), Oxford University Centre For Business Taxation*, p.203.

<sup>143</sup> §5 StAnpG “Fictitious transactions or other fictitious actions (for example the establishment or the maintenance of a fictitious residency) are of no significance for taxation purposes. In case a fictitious transaction covers another legal transaction, then the legal transaction is decisive for the taxation”; §6 StAnpG “the tax burden cannot be circumvented or reduced through the misuse of forms and institutions of private law”. Tradução nossa.

<sup>144</sup> “The Luxembourg tax system does not recognise the principle of abusive tax avoidance, but instead provides definitions for simulation and abuse of tax law. The Luxembourg general anti-avoidance rule is contained in sections 5 and 6 of the Luxembourg Adaptation Law (StAnpG)” Cf. THOMSON REUTERS, Practical Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-637-7922?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1#co\\_anch\\_or\\_a988139](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-637-7922?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1#co_anch_or_a988139), consult. em 28/jun/2018.

Confederation Fiscale Européenne, “CFE GAAR Survey: Anti-Abuse and Aggressive Tax Planning Rules in European Countries (2016 update)”, 16/fev/2016, <https://www.nob.net/cfe-gaar-survey-anti-abuse-and-aggressive-tax-planning-rules-european-countries-2016-update>, consult. em 13/maio/2018, p.10.

<sup>145</sup> LEXOLOGY, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bc5f7d49-671d-4313-bd41-a3694016dc62>, consult. em 25/mar/2018.

<sup>146</sup> Cf. § 6 StAnpG.

A CGAA constitui uma “válvula de escape” do sistema fiscal para evitar que os sujeitos passivos, seguindo a letra da lei acabem por violar a teleologia da própria norma e, em último reduto, do próprio sistema.

Contudo, no caso dos híbridos, estamos perante a aplicação de normas provenientes de dois ou mais sistemas fiscais distintos sobre a mesma realidade. Não há um abuso de um sistema. Trata-se de uma questão supranacional à qual as CGAAs domésticas não podem dar resposta.

Neste sentido, situações como a do caso *McDonald's* não podem ser dirimidas a partir de uma CGAA.

## 5.2. Cláusula geral antiabuso prevista na DAE I

Foi recentemente publicado o projeto de Lei luxemburguês que tem como objeto a transposição da DAE I. Este contém, nomeadamente, disposições com vista à modernização do § 6 StAnpG por forma a alinhar a redação da atual CGAA doméstica com a CGAA prevista na Diretiva<sup>147</sup>.

O artigo 6.º da DAE I prevê uma CGAA com uma formulação relativamente simples. A mesma deve ser aplicada apenas a arranjos que não sejam genuínos.

Disto resulta que, deve-se syndicar qualquer atividade não genuína, reconhecendo ao contribuinte o direito de escolher a estrutura mais eficiente para a prossecução da sua atividade. Assim, ao avaliar se aquela operação ou estrutura é ou não genuína, os EM devem considerar todas as razões económicas válidas, incluindo as que resultam das atividades financeiras.

A questão que aqui nos interessa é a de saber se aplicação da CGAA da DAE pode abranger também as CDTs celebradas pelos EM, sobretudo quando a contraparte é um P3º. Atualmente, a CE presume que a DAE apenas abrange as leis nacionais, não se estendendo às CDTs<sup>148</sup>. Como tal, nestas circunstâncias, os EM não estão obrigados a aplicar esta CGAA.

---

<sup>147</sup> No artigo 6.º da DAE I. Esta passará a aplicar-se a partir 1 de janeiro de 2019. Vd. NEWSLETTER DELOITTE, “Luxembourg releases bill implementing anti-tax avoidance directive”, 20/Jun/2018. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/ie-tax-Luxembourg-releases-bill-implementing-anti-tax-avoidance-directive.pdf>, consult. em 28/jun/2018.

<sup>148</sup> Ibid.

Via de regra, as CGAA visam anular os efeitos fiscais dos negócios jurídicos celebrados com o principal intuito de eliminar ou atenuar o encargo tributário do sujeito passivo, através da manipulação fraudulenta de formas legais<sup>149</sup>. Contudo, cremos que as assimetrias híbridas não se confundem com uma “manipulação fraudulenta de formas legais”. Traduzem-se, antes, no aproveitamento do tratamento legal conferido pelos ordenamentos jurídico-tributários que têm como resultado eliminar ou atenuar o encargo tributário. Coisa diferente será quando esse aproveitamento resulta de operações não genuínas<sup>150</sup>. A própria letra do artigo 6.º da DAE I parece indiciar isso mesmo.

Pelas razões apontadas, esta disposição também não seria nem será aplicável num caso com o perfil do que examinamos.

### 5.3. Cláusula geral antiabuso prevista na CM OCDE

Em 2003 os Comentários à CM OCDE sofreram significativas alterações. A OCDE clarificou a relação entre as CDTs e as normas antiabuso previstas nas legislações internas dos Estados contratantes<sup>151</sup>. Por outro lado, afirmou-se, clara e expressamente que, o objetivo das CDTs é também o de combater a evasão fiscal<sup>152</sup>.

Sucedem, porém, que emergiu uma série de questões relativamente à compatibilidade das normas antiabuso nacionais com a aplicação dos Tratados<sup>153</sup>.

De um modo sintético, a deteção do abuso ocorria sempre que se encontrassem preenchidas duas condições: (i) obtenção de benefícios decorrentes da aplicação da CDT e (ii) que esses benefícios fossem contrários ao objeto e propósito da mesma<sup>154</sup>.

---

<sup>149</sup> SANCHES, J. L. Saldanha, (2007) - *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra Editora, p. 159.

<sup>150</sup> “a Diretiva optou pelo conceito positivo de genuinidade, talvez pelo facto de a artificialidade ser mais difícil de demonstrar” Cf. DOURADO, A. P., op. cit., p. 131.

<sup>151</sup> Nomeadamente nos § 19 e segs. dos Comentários à Introdução.

<sup>152</sup> OECD Model Tax Convention, Commentary on Article 1 at paragraph 7.

<sup>153</sup> Para mais desenvolvimentos Vd. DE BROE, Luc (2008) – “Application of Domestic Anti-Avoidance Rules to Tax Treaties: Position Of OECD And Analysis of Case Law”, in *International Tax Planning and Prevention of Abuse - Volume 14 IBFD Doctoral Series*. Também, ARNOLD, B.J. and S. Van Weeghel, “The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures, *Tax Treaties and Domestic Law, EC and International Tax Law*”, Series Vol. 2, IBFD Amsterdam 2006, p. 91, apud VLEGGERT, J., “Abuse of Tax Treaties: a Discussion of Recent Court Cases in Various Countries with Opposite Outcomes”, conference paper, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/37150/Vleggeert%20-%20Abuse%20of%20Tax%20Treaties%20-%20a%20Discussion%20of%20Recent%20Court%20Cases%20in%20Various%20Countries%20with%20Opposite%20Outcomes.pdf?sequence=1>, consult. em 15/maio/2018.

<sup>154</sup> Ibid.

Certo é que, num contexto transfronteiriço, a eficácia deste sistema era reduzida, em virtude da dificuldade por parte das administrações fiscais em obter informações do outro Estado contratante. Mais recentemente, com a melhoria dos dispositivos convencionais relativos à assistência mútua e com a proliferação de instrumentos neste sentido, estes problemas deixam de ter a mesma premência<sup>155</sup>.

Com a última alteração à CM OCDE (2017), introduzem-se várias das recomendações apresentadas em 2015 como resultado do Projeto BEPS. Aditou-se o artigo 29.º (“direito aos benefícios”), o qual tem em vista incorporar o *standard* mínimo da Ação 6 do BEPS para eliminar a dupla tributação sem criar oportunidades de dupla não tributação ou de redução do imposto a pagar.

Este novo artigo inclui (i) uma regra de limitação de benefícios inspirada na *US Model Income Tax Convention* (“*Limitation on Benefits*” – LOB) subdividida em duas opções: uma simplificada e outra detalhada, (ii) uma regra antiabuso para EE situados em P3ºs e (iii) um teste de finalidade principal (“*Principal Purpose Test*” – PPT)<sup>156</sup>.

O preceito contém assim duas partes: uma primeira que estabelece que os benefícios da convenção só devem ser considerados se preenchidos os requisitos estabelecidos pelos Estados (a LOB)<sup>157</sup>. A segunda parte<sup>158</sup> contém uma cláusula geral antiabuso que determina que os benefícios da CDT não serão concedidos quando o objetivo principal de uma transação ou estrutura é a obtenção de vantagens fiscais (o PPT)<sup>159</sup>. O PPT acaba por se traduzir no reconhecimento da doutrina da “fraude à lei”<sup>160</sup> no âmbito das Convenções<sup>161</sup>.

---

<sup>155</sup> BAKER, P., “*Improper Use of Tax Treaties, Tax Avoidance and Tax Evasion*”, Paper N.º 9-A on Selected Topics in Administration of Tax Treaties for Developing Countries, May 2013, p. 17.

<sup>156</sup> OECD, Action 6 Project BEPS, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, 2015 Final Report, p. 9

<sup>157</sup> A proposta contém a própria definição de “residentes qualificados”, aos quais deverão ser reconhecidos os benefícios do Tratado e, ainda, uma série de testes alternativos que admitem que outros residentes (que não os considerados como “qualificados”) possam também ser abrangidos pelos benefícios. A formulação da norma admite, portanto, uma série de testes que pode ser adaptada pelos Estados.

<sup>158</sup> O n.º 9.

<sup>159</sup> O PPT foi também incluído nas disposições do IM com o mesmo conteúdo desenvolvido na Ação 6. Cf. Weber, D. – “The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law”, *Erasmus Law Review*, (2017). Encontramos um estudo desenvolvido da aplicação deste teste em Kuźniacki, B. – “The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application”, *World Tax Journal*, (May 2018), 233-294.

<sup>160</sup> SANCHES, J. L. Saldanha (2006), - *Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, pp. 97 e ss.

<sup>161</sup> Kok, R. – “The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6”, *Intertax*, Volume 44, Issue 5, (2016), 412.

De qualquer modo, a aplicação prática das novas disposições incluídas na CM OCDE dependerá da forma como os Estados contratantes decidirão implementar “o padrão mínimo” do BEPS. Poderão optar entre a introdução de ambas as cláusulas ou de apenas uma delas. E, com isso, sempre cumprirão esse *standard* mínimo.

Através da aplicação do PPT ao caso em exame, o Luxemburgo poderia ter negado os efeitos da CDT (*in casu*, a isenção conferida aos lucros atribuídos ao EE norte-americano). O problema é que, ainda assim, seria necessário que esta cláusula tivesse sido introduzida na CDT LU-EUA à data dos factos. Caso a mesma seja introduzida no futuro, situações de dupla não tributação com o perfil do caso *McDonald's* poderão ser evitadas<sup>162</sup>. Porquanto, deste modo, as administrações fiscais terão um instrumento próprio para sindicar uma situação que possa indiciar artificialidade<sup>163</sup>.

Mas vejamos, agora, o que aconteceria se se decidir implementar o padrão mínimo da Ação 6 através da LOB.

A proposta aí apresentada começa por estabelecer que os benefícios de uma CDT deverão ser recusados às “pessoas não qualificadas para efeitos da mesma”<sup>164</sup>. Sendo as “pessoas qualificadas” as que preenchem as condições da disposição seguinte. Não obstante, se um residente não cumprir tais condições, pode ainda ter acesso aos benefícios do tratado sob os parágrafos 3, 4 ou 5<sup>165</sup>.

O que se pretende com a LOB é garantir que, se reconheça a aplicação das CDTs apenas a situações que se coadunam com os princípios e finalidades destas. Isto é, aos casos em que temos um sujeito passivo que é residente para efeitos da Convenção e que desenvolve, genuinamente, a sua atividade empresarial. Exige-se que exista umnexo de ligação suficiente entre aquele sujeito e o Estado da residência<sup>166</sup> (já que os benefícios são reconhecidos por este).

---

<sup>162</sup> O Luxemburgo assinou o IM optando pela aplicação do PPT. Decidiu incluir todos os tratados fiscais atualmente em vigor (81 tratados). No entanto, esta decisão não significa que todos estes tratados fiscais tenham sido alterados pelo IM. Desde logo, porque algumas das jurisdições com as quais o Luxemburgo tem um tratado não o assinaram e atualmente também não o pretendem fazer: é o caso de 25 Estados (incluindo, os EUA). Cf. ATOZ Tax Advisers, “Luxembourg Signs MLI to Implement Tax Treaty related BEPS Measures”, 9/Jun/2017. [https://www.atoz.lu/sites/default/files/atoz\\_articles/atoz\\_tax\\_alert\\_2017\\_09\\_june\\_mli.pdf](https://www.atoz.lu/sites/default/files/atoz_articles/atoz_tax_alert_2017_09_june_mli.pdf), consult. em 21/maio/2018. Rinnnsland, R. G. and Lobo, K., “US-Based Pushback on BEPS”, *Intertax*, (2015), pp. 104-105.

<sup>163</sup> Lang, M. – “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, *Tax Notes International*, (May 19, 2014), p. 663.

<sup>164</sup> DOURADO, A. P., op. cit. p. 80.

<sup>165</sup> Que preveem diferentes testes: de atividade, cláusula de benefícios derivados e cláusula de alívio discricionário.

<sup>166</sup> DOURADO, A. P., op. cit. p 81.

No caso *sub judice*, a adoção deste tipo de regras podia acabar por não resolver o problema. Desde logo, porque tratando-se de uma cláusula específica anti-híbridos seria necessário que esta previsse o não reconhecimento dos benefícios quando o conceito de EE no direito interno não coincidissem com o conceito de EE previsto na CDT. O que não faz qualquer sentido<sup>167</sup>. Exceto se, especialmente negociada entre o Luxemburgo e os EUA como forma de resolver definitivamente esta assimetria.

---

<sup>167</sup> Note-se que a função das CDTs é a de restringir o direito interno e não o de o alterar em função dos objetivos da política fiscal internacional.

## CAPÍTULO 6. APRECIÇÃO GLOBAL

### 6.1. Auxílio de Estado ou planeamento fiscal?

Na nossa perspetiva faltou um pressuposto essencial no tratamento deste caso que afastaria de imediato a aplicação do regime dos AE. Referimo-nos à identificação da natureza do próprio problema.

É evidente que o problema reside na existência de uma “falha” legislativa<sup>168</sup> em virtude da falta de harmonização fiscal internacional e não no tratamento discriminatório ou seletivo de determinadas sociedades em detrimento de outras numa situação jurídico factual comparável. O mesmo tratamento fiscal sempre seria concedido a qualquer sociedade nas mesmas circunstâncias em que se encontrava a *McDonald's*<sup>169</sup>, porquanto o Luxemburgo limita-se a reconhecer a aplicabilidade da CDT.

Por esta razão, entendemos que a questão da mera existência do *ruling* acaba por ser secundária, esvaziando o objeto sobre o qual o procedimento formal de investigação foi ativado. A CE deveria ter incidido sobre o seu conteúdo, verificando neste a existência de uma medida seletiva.

Os meios jurídico-fiscais utilizados pela *McD Europe* correspondem a um planeamento fiscal muito sofisticado. Tão sofisticado que é capaz de se manter intacto às últimas alterações fiscais introduzidas ao nível internacional e europeu de combate à erosão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo.

Com a perceção deste problema, ainda atual, urge a necessidade de se encontrar soluções. É que, apesar deste planeamento não ser mais utilizado pela *McDonald's*<sup>170</sup>, tornou-se de conhecimento público, o que pode levar a que outras entidades possam aproveitar do mesmo.

---

<sup>168</sup> “Allocating the franchise rights to the U.S. branch is meant to achieve a treaty-based exemption in Luxembourg without triggering U.S. taxation”. Shaheen, F. op. cit. p. 334.

<sup>169</sup> “(with or without a tax ruling)”. O’DONNELL, K., HOOR, O. R., *McDonald's State Aid Investigation: What the European Commission Got Wrong*, Tax Notes International, 12 September 2016, p. 981.

<sup>170</sup> Vd. *European Public Service Union*, op. cit.

## 6.2. Hipóteses de solução

Num caso de planeamento fiscal (agressivo), seguir-se-iam as habituais questões de índole dogmática que tanto podem justificar a legitimidade deste planeamento como apurar a sua moralidade. Da nossa parte, entendemos que este tipo de casos geram uma injustiça tributária e colocam em causa a única razão que legitima a tributação<sup>171</sup>. Embora não seja reconhecido normativamente a existência de um princípio comum a todos os sistemas fiscais de que o rendimento deve ser tributado uma única vez<sup>172</sup>, não podemos aceitar que ele não seja tributado de todo.

Como referimos, foi apresentado no Parlamento luxemburguês um projeto de Lei<sup>173</sup> que visa a transposição da DAE. Neste prevê-se ainda a introdução de novas medidas nesta matéria<sup>174</sup>, designadamente, uma alteração ao § 16 da StAnpG que consiste na adição de uma disposição relativa ao reconhecimento de EE estrangeiros<sup>175</sup>. Esta determina que, a definição de EE deve ser interpretada apenas com base nos critérios estabelecidos pela própria CDT. Assim, “um sujeito passivo será considerado como tendo um EE no outro Estado Contratante se a atividade que é exercida nesse outro Estado constituir uma atividade independente e representar uma participação na vida económica geral”<sup>176</sup>. Para o efeito pode solicitar-se ao sujeito passivo do Luxemburgo que forneça

---

<sup>171</sup> “Como fim legitimador da atividade financeira do Estado e como princípio estruturante para o ordenamento jurídico-tributário teremos de convocar o princípio da repartição justa dos rendimentos e da riqueza, o que terá imediatas consequências no modo como os impostos devem ser distribuídos pelo universo de contribuintes”, i. e. a função redistributiva. SANCHES, J. L. Saldanha (2006), op. cit. p. 46.

<sup>172</sup> AVI-YONAH, R. S. op. cit. loc. cit.

<sup>173</sup> Projeto de Lei n.º 7318.

<sup>174</sup> Embora já tivessem sido discutidas em 2016, quando no decurso das negociações de um protocolo para alterar a CDT entre o Luxemburgo e os EUA, o governo luxemburguês apresentou um projeto de Lei precisamente com o objetivo de evitar casos emergentes da divergência relativa ao conceito de EE, tal como sucedeu no caso *McDonald's*. A medida proposta compreendia uma disposição que estabelecia que, quando uma sociedade de um Estado Contratante obtivesse rendimentos do outro Estado Contratante, e o primeiro Estado Contratante tratasse esses rendimentos como lucros atribuíveis a um EE situado fora desse Estado Contratante, os benefícios da CDT não se aplicariam àquele rendimento se se verificasse, nesse segundo Estado, uma tributação inferior entre 15 a 60% da taxa geral de imposto sobre as sociedades aplicável no primeiro Estado contratante. Contudo, tal proposta foi vetada pelo Conselho de Estado porquanto esta nova medida teria efeitos retroativos. Vd. LOVELLS, H., “US-Luxembourg Double Tax Treaty: What's New?”, *Lexology*, 29/June/2016, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a291f8e4-c491-420e-8797-fbae3d696709>, consult. em 10/maio/2018.

<sup>175</sup> Novo § 5.

<sup>176</sup> ERNST & YOUNG, “Luxembourg publishes draft law implementing EU Anti-Tax Avoidance Directive”, *Global Tax Alert*, 20/June/2018, [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Luxembourg\\_publishes\\_draft\\_law\\_implementing\\_EU\\_Anti-Tax\\_Avoidance\\_Directive/\\$FILE/2018G\\_03200-181Gbl\\_LU%20publishes%20draft%20law%20on%20EU%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Luxembourg_publishes_draft_law_implementing_EU_Anti-Tax_Avoidance_Directive/$FILE/2018G_03200-181Gbl_LU%20publishes%20draft%20law%20on%20EU%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf), consult. em 11/jul/2018. Tradução nossa.

uma confirmação do reconhecimento da existência de um EE nesse outro Estado<sup>177</sup>. Sendo que, apenas deve ser solicitada quando a CDT em causa não contiver uma disposição que autorize o Luxemburgo a tributar os rendimentos se o outro Estado aplicar as disposições da CDT para os isentar (i.e, uma provisão semelhante à que vimos da opção A do artigo 5.º do IM).

Parece-nos que a introdução desta disposição será insuficiente na medida em que não há uma convergência para a sua aplicação. Pense-se, afinal, como é que o Luxemburgo justificará uma alteração da interpretação da CDT com base na sua lei doméstica. Cremos que este é mais um caminho solitário, mas um bom exemplo de iniciativa.

Sem podermos alongar mais, consideramos que, para este problema concreto, das duas uma: ou os Estados aderem ao IM ou devem procurar atualizar as suas convenções, introduzindo uma cláusula anti-híbridos que elimine o efeito desta assimetria ou passando a prever a aplicação do método do crédito de imposto em detrimento do método da isenção.

Em nosso entender, a melhor forma de implementar as recomendações da ação 2 do BEPS é através do IM. Este que é o primeiro tratado multilateral tributário, que permite às jurisdições a transposição dos resultados do Projeto BEPS para os tratados bilaterais existentes. Através do IM os Estados (que assim o pretenderem) podem alterar as CDTs atuais sem necessidade de passar por um processo de negociação em relação a cada uma das CDTs que tenham celebrado. Evitando ao mesmo tempo a adoção de medidas unilaterais que dificilmente terão uma aplicação prática, como é exemplo a da alteração ao artigo 16.º da StAnpG.

Ainda assim, o sucesso deste instrumento depende das opções que os Estados fizerem. De facto, prevê-se que os EUA não vão aderir ao IM<sup>178</sup>. O que implica uma necessária atualização das CDTs celebradas com este Estado.

---

<sup>177</sup> P. ex., “uma declaração de imposto ou um certificado emitido pelas autoridades fiscais estrangeiras”. Ibid. Tradução nossa.

<sup>178</sup> Vd. supra nota de rodapé n.º 162.

## CAPÍTULO 7. CONCLUSÕES

**I.** O caso *McDonald's* é o primeiro caso sob investigação da Comissão relativamente a AE decorrentes de *tax rulings* concedidos a multinacionais que não tem por objeto preços de transferência. Acaba por ser um teste à capacidade de recurso a estas normas para combater expedientes de planeamento fiscal internacional com outro perfil.

**II.** O regime de AE, tal como configurado pelo TFUE, é capaz de abranger situações de natureza muito diversa. No entanto, e em nosso entender, não deve ser utilizado como uma “válvula de escape” para regular todas as situações de planeamento fiscal internacional (forçando assim uma subsunção das mesmas ao artigo 107.º do Tratado).

**III.** A interpretação que a Comissão Europeia tem vindo a fazer do regime de AE apresenta várias fragilidades quer quanto à subsunção de vários quadros fáticos ao conceito (complexo e dinâmico) de auxílio, quer quanto, aos efeitos jurídicos que decorrem da qualificação dos mesmos como auxílio ilegal.

**IV.** A utilização de esquemas de planeamento fiscal internacional que têm como resultado a dupla não tributação devem ser alvo de regulamentação cuidada por parte dos Estados. Em nosso entender, é esse o caminho que deve ser seguido. Na impossibilidade de harmonizar os sistemas fiscais, não devem ser as sociedades obrigadas a determinar a sua estrutura fiscal em termos de um ideal de justiça fiscal de contorno bastante indefinido.

**V.** Aos sujeitos passivos deve ser reconhecida a sua autonomia contratual e a liberdade de determinar a sua estrutura operativa.

**VI.** A complexificação do regime jurídico dos AE como consequência do alargamento do seu âmbito de aplicação a medidas de natureza fiscal, não acompanhada por um texto legal uniforme que esclarecesse os limites desse alargamento inviabiliza, em nosso entender, a sua eficácia e deteriora as finalidades para o qual foi idealizado, causando uma enorme insegurança jurídica.

**VII.** A mera concessão de um *ruling* não pode ser vista *prima facie* como uma medida seletiva (isto porque se destina, em concreto, a um só sujeito passivo). É necessário que o tratamento concedido derroge o sistema de referência sem justificação proporcional. Neste caso, o *ruling* não determinou qualquer tratamento preferencial porquanto se limitou a interpretar, da forma mais clássica e consensual, uma disposição convencional. O que, ademais, foi reconhecido na decisão final da Comissão.

**VIII.** Reconhecemos que, os *rulings* têm uma posição especial na interação entre a fiscalidade direta, os AE e o planeamento fiscal agressivo. Mas cremos que a Comissão tem tentado instrumentalizar o regime dos AE para combater situações além do seu escopo.

**IX.** É essencial e urgente a criação de mecanismos de combate a expedientes de planeamento fiscal “agressivo”, algo que tem vindo a ser feito quer por parte da UE como pela OCDE. Contudo, dada a complexidade de certos esquemas urge também proceder a uma clarificação concetual e o desenvolvimento de uma lógica coesa do direito tributário internacional.

**X.** As medidas propostas nas ações do Projeto BEPS procuraram dar respostas a muitos problemas. Contudo, não conseguiram lidar com todos os casos de erosão da base e de transferência de lucros. Por outro lado, os relatórios finais contêm apenas recomendações, as quais, por definição, não são vinculativas.

**XI.** Ao examinar o caso *sub judice* vimos que os mecanismos jurídicos existentes à data dos fatos não permitiam um eficaz combate à situação de dupla tributação criada. A Comissão no CI 2015 invocou o § 36.2 dos Comentários da CM OCDE. Entendemos, desde logo, que este argumento não devia proceder. Primeiro, porque os Comentários além de servirem como forma suplementar de interpretação (artigos 31.º a 33.º da CVDT), não são vinculativos. Depois, porque é discutível qual a interpretação a ser adotada em relação aos Comentários – dinâmica ou estática. Neste caso, cremos que o mais razoável é a defesa de uma interpretação estritamente estática dado se tratar de uma modificação substancial da orientação dos Comentários, face aos que vigoravam à data da celebração da CDT.

**XII.** Num segundo momento, abordamos as recomendações da Ação 2 do BEPS, Diretiva Antielisão, e as regras da OCDE na sua versão mais recente, bem como as constantes do IM. Concluimos que, as regras SEC e o IM dispõem de um quadro específico de regras antiabuso passível de aplicação ao caso. Ainda assim, as regras SEC podem revelar algumas fragilidades na sua aplicação conquanto, além de poderem não ser aplicadas por opção dos EM em relação às sociedades controladas localizadas em países terceiros, encontram-se posicionadas num nível inferior quando confrontadas por uma CDT. No caso do IM, apesar de se tratar de um excelente mecanismo por operar a um nível multilateral, o seu carácter optativo pode não surtir os efeitos que se desejariam.

**XIII.** Prosseguimos a nossa análise, na tentativa de perceber um meio capaz de combater este tipo de planeamento. Assim, abrimos a hipótese de aplicação de uma CGAA. Uma cláusula doméstica não seria capaz de lidar com as assimetrias supraestatais. Já a cláusula constante do artigo 29.º da CM OCDE (na redação de 2017) seria suscetível de aplicação (se introduzida na CDT aplicável ao caso).

**XIV.** Em nosso entender, as cláusulas gerais antiabuso – nacionais, de direito europeu e convencional – comportam dificuldades na sua aplicação. Não é clara a sua delimitação, nem mesmo relativamente às cláusulas específicas antiabuso. Isto causa uma enorme incerteza, quanto mais diferentes elas forem. O ideal seria a aplicação de uma única (ou idêntica) cláusula geral antiabuso quer para as operações transnacionais como para as situações domésticas.

**XV.** No que concerne a situações híbridas, não identificamos uma situação de abuso propriamente dita. Por essa razão, somos da opinião que, tais assimetrias não devem ser combatidas através de normas antiabuso, mas através de regras de coordenação entre os Estados – cláusula específica anti-híbridos.

**XVI.** Com uma componente factual simples, o estudo deste caso levou-nos a um emaranhado de problemas que se subsumem na mesma pedra de toque: a importância das relações políticas entre os Estados. Não existirão resultados satisfatórios se não existir uma estreita coordenação entre estes, designadamente na implementação das medidas recomendadas pelo projeto BEPS.

# ANEXOS

## ANEXO I.<sup>179</sup>



<sup>179</sup> CI 2015.

## BIBLIOGRAFIA

### I – Livros e artigos

#### A

ALMEIDA, Rafael Dias (2016) - Um sistema de Rulings para Portugal? *Estado atual e propostas para o futuro*, Tese de mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

ANDRADE, F. R. “Concorrência fiscal internacional na tributação dos lucros das empresas”. Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. XLV, (2002).

AVI-YONAH, R. S., “Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime”, University of Michigan Law School, Working Paper N.º 73, January 2007.

#### B

BAKER, P., “*Improper Use of Tax Treaties, Tax Avoidance and Tax Evasion*”, Paper No. 9-A on Selected Topics in Administration of Tax Treaties for Developing Countries, May 2013.

----, “The Application Of The Convention To Partnerships, Trusts and Other, Noncorporate Entities”, *GITC Review*, Vol. II N.º 1, (2002).

BIONDI, A., P. EECKHOUT and J. FLYNN (edit.) – *The Law of State Aid in European Union*, Oxford, 2004.

#### C

COURINHA, G., “Da tributação do software nas convenções de dupla tributação celebrados por Portugal, à luz das alterações de 2008 aos comentários da Convenção Modelo da OCDE”, in *Revista Fiscalidade*, Lisboa: Instituto Superior de Gestão, 2000 - ISSN 0874-7326 - N.º 37 (jan. - mar. 2009).

## D

DE BROE, Luc (2008) – “Application of Domestic Anti-Avoidance Rules to Tax Treaties: Position Of OECD And Analysis of Case Law”, in *International Tax Planning and Prevention of Abuse - Volume 14 IBFD Doctoral Series*.

DOUMA, S., “BEPS and European Union Law”, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol 102a, Sdu: The Hague, 2017.

DOURADO, Ana Paula, (2017), “*Governança Fiscal Global*”, Edições Almedina.

DUFF, David (2008), “Relationships, Boundaries, and Corporate Taxation: Compliance and Avoidance in an Era of Globalization”, in *Beyond Boundaries, Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management – on FREEDMAN, Judith (ed.)*, Oxford University Centre For Business Taxation

## E

EBERHARTINGER, E., et al., “Preventing Tax arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries”, WU International Taxation Research Paper Series, N. ° 03 (2017).

## F

FRIEDERISZICK, Hans W., Lars-Hendrik Röller and Vincent Verouden (2008) - European State Aid Control: an economic framework, in *Handbook of Antitrust Economics – on Paolo Buccirossi*, MIT Press, Cambridge.

## K

KOK, R. – “The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6”, *Intertax*, Volume 44, Issue 5, (2016)

KUŹNIACKI, B. – “The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application”, *World Tax Journal*, (May 2018).

## L

LANG, M., “2008 OECD Model: Conflicts of Qualification and Double Non-Taxation”, *63 Bulletin for International Taxation*, (May/June 2009).

-----, and Florian Brugger – “The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation”, *Australian Tax Forum* 23 (2008).

- , “Introduction to the Law of Double Taxation Conventions”, 2<sup>nd</sup> Edition, IBFD, 2013.
- , “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, *Tax Notes International*, (May 19, 2014).
- LUJA, R., “EU State Aid Law and National Tax Rulings”, Policy Department Economic and Scientific Policy, (2015).

## M

- MASON, R., “Tax Rulings as State Aid FAQ”, *Tax Notes*, (2017).
- , “Tax Rulings as State Aid – Part 4: Whose Arm’s Length Standard?”, *Tax Notes*, Vol. 155, n.º 7, (May 15, 2017)
- MICHEAU, Claire, “Tax selectivity in European Law of State Aid: Legal assessment and alternative approaches”, (September 22, 2014). *University of Luxembourg Law Working Paper N.º 2014-06*, <https://ssrn.com/abstract=2499514>, consult. em 10/05/2018.

## N

- NAVARRO, Aitor, PARADA, Leopoldo and SCHWARZ, Paloma, “The Proposal for an EU-Anti Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts” *EC Tax Review*, Vol. 25, N.º 3, (June 1, 2016).
- NIKOLAKAKIS, A. et al. – “Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, With Respect to Fiscally Transparent Entities”, *British Tax Review*, (2017).

## O

- O’DONNELL, K., HOOR, O. R., *McDonald’s State Aid Investigation: What the European Commission Got Wrong*, *Tax Notes International*, 12 September 2016.
- OLIVEIRA, Maria João Marques (2014) – *Harmonização Fiscal da Tributação Direta – Royalties*, Tese de mestrado em Finanças e Fiscalidade, Porto, Faculdade de Economia da Universidade do Porto.
- OLIVEIRA, Maria Odete (2012) - *O Intercâmbio de Informação Tributária*. Teses de Doutoramento. Coimbra: Almedina.

## P

PISTONE, P., “*Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law*”, *World Tax Journal*, 2014.

PORTO, M., e Almeida, J. N. “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido da legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 3, jul.-set., Almedina (2010).

## R

RIBEIRO, J. S. – “Notas ao conceito de estabelecimento estável na Convenção Modelo da OCDE”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 305 janeiro/março 2006.

RINNSLAND, R. G. and Lobo, K., “US-Based Pushback on BEPS”, *Intertax*, (2015).

## S

SANCHES, J. L. Saldanha (2006) - *Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora.

----, (2007) - *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra Editora.

SANGHAVI, D. – “BEPS Hybrid Entities Proposal: A Slippery Slope, Especially for Developing Countries”, *Tax Notes International*, (January 23 2017).

SANTOS, António Carlos (2003) - *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina.

SHAHEEN, F. – “Tax Treaty Aspects of the McDonald’s State Aid Investigation”, *Tax Notes International*, (April 24, 2017).

SHÖN, W., “Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid – A Review of Five Years of European Jurisprudence”, *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* (2015).

----, “*Taxation and State Aid Law in the European Union*”, CMLR, 1999.

SKAAR, A. A., - “Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce”, *Intertax*, Vol. 28, Issue 5 (2000).

## V

VERHAGEN, H., – “State Aid and Tax Rulings – An Assessment of the Selectivity Criterion of Article 107(1) of the TFEU in Relation to Recent Commission Transfer Pricing Decisions”, in *European Taxation*, IBFD (2017).

VOGEL, K., “Double Tax Treaties and Their Interpretation”, *International Tax & Business Lawyer*, vol. 4, (1986).

## W

WEBER, D. – “The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law”, *Erasmus Law Review*, (2017).

## X

XAVIER, Alberto, (2017) – *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, Coimbra.

## II – Documentos de organizações internacionais

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas, de 10 de dezembro de 1998 (98/C 384/03).

----, Comunicação da Comissão sobre as orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, de 27 de abril de 2004. (2004/C 101/07).

----, Comunicado de Imprensa, de 21 de outubro de 2015, AE: a Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à Fiat no Luxemburgo e à Starbucks nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais (IP/15/5880).

----, Comunicado de imprensa, de 3 de dezembro de 2015, AE: a Comissão dá início à investigação formal sobre o tratamento fiscal da McDonald's no Luxemburgo (IP/15/6221).

----, Comunicado de imprensa, de 11 de janeiro de 2016, AE: a Comissão considera ilegal o regime fiscal belga relativo a «lucros excedentários»; 35 empresas multinacionais deverão reembolsar cerca de 700 milhões de euros (IP/15/4080).

----, Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, de 19 de junho de 2016.

----, Comunicado de imprensa, de 30 de agosto de 2016, AE: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à Apple que podem atingir 13 mil milhões de EUR (IP/16/2923).

----, Comunicado de imprensa, de 4 de outubro de 2017, AE: Comissão considera que o Luxemburgo concedeu à Amazon vantagens fiscais ilegais no valor de aproximadamente 250 milhões de EUR (IP/17/3701).

----, Comunicado de imprensa, de 20 de junho de 2018, AE: a Comissão considera que o Luxemburgo concedeu benefícios fiscais ilegais à Engie; tem que recuperar cerca de € 120 milhões (IP/18/4228).

-----, DG Competition, “Working Paper on State Aid and Tax Rulings”, Internal Working Paper, 3/June/2016.

-----, Decisão da Comissão, de 19 de setembro de 2018, sobre os tax rulings concedidos pelo Luxemburgo à McDonald’s Europe, C(2018) 6076 final.

Conselho dos Assuntos Económicos e Financeiros (ECOFIN), Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas, de 1 dezembro de 1997.

Conselho Europeu, Code of Conduct Group (Business Taxation), Report to the Council of 11 June 2015, 9620/15 LIMITE, FISC 60, ECOFIN 443, ANNEX 1.

European Public Service Union, “McDonald’s new menu: less transparency, more tax havens”, de 14 de maio de 2018.

OECD, Action 2 Project BEPS, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015 Final Report.

-----, Action 3 Project BEPS, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, 2015 Final Report.

-----, Action 6 Project BEPS, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, 2015 Final Report.

-----, Action 15 Project BEPS, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015 Final Report.

-----, Model Tax Convention, Introduction to the Model Convention.

-----, “The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships,” Issues in International Taxation.

### III – Documentos eletrónicos e websites

- AVI-YONAH, R. S., Haiyan Xu, “Evaluating BEPS”, 15/Jan/2016, <https://ssrn.com/abstract=2716125>, consult. em 28/jul/2018.
- ATOZ Tax Advisers, “Luxembourg Signs MLI to Implement Tax Treaty related BEPS Measures”, 9/Jun/2017, [https://www.atoz.lu/sites/default/files/atoz\\_articles/atoz\\_tax\\_alert\\_2017\\_09\\_jun\\_e\\_mli.pdf](https://www.atoz.lu/sites/default/files/atoz_articles/atoz_tax_alert_2017_09_jun_e_mli.pdf), consult. em 21/maio/2018.
- BIONDI, A. and Elisabetta Righini, “An Evolutionary Theory of EU State Aid Control”, Legal Studies Research Paper of King’s College London, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2499579>, consult. em 25/jun/2018.
- CONSELHO EUROPEU, “Pacote Antielisão Fiscal”, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/anti-tax-avoidance-package/>, consult. em 22/dez/2017.
- CONFEDERATION FISCALE EUROPÉENNE, “CFE GAAR Survey: Anti-Abuse and Aggressive Tax Planning Rules in European Countries (2016 update)”, 16/fev/2016, <https://www.nob.net/cfe-gaar-survey-anti-abuse-and-aggressive-tax-planning-rules-european-countries-2016-update>, consult. em 13/maio/2018.
- CLEARY GOTTLIED, “Three Years of EU State Aid Review of Tax Rulings: Taking Stock”, 29/Jul/2016, <https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/alert-memos/three-years-of-eu-state-aid-review-of-tax-rulings-taking-stock.pdf>, consult. em 10/maio/2018.
- ERNST & YOUNG “Luxembourg publishes draft law implementing EU Anti-Tax Avoidance Directive”, Global Tax Alert, 20/June/2018, [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Luxembourg\\_publishes\\_draft\\_law\\_implementing\\_EU\\_Anti-Tax\\_Avoidance\\_Directive/\\$FILE/2018G\\_03200-181Gbl\\_LU%20publishes%20draft%20law%20on%20EU%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Luxembourg_publishes_draft_law_implementing_EU_Anti-Tax_Avoidance_Directive/$FILE/2018G_03200-181Gbl_LU%20publishes%20draft%20law%20on%20EU%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf), consult. em 11/jul/2018.
- HASLEHNER W., “The McDonald’s State Aid Case – The EU Commission Interprets a Tax Treaty”, *Kluwer International Tax Blog*, 22/jun/2016,

- <http://kluwertaxblog.com/2016/06/22/the-mcdonalds-state-aid-case-the-eu-commission-interprets-a-tax-treaty/>, consult. em 07/dez/2018.
- IDAN NETSER, “Taxation Of Foreign Fund Lending Activities In The US”, 31/Mar/2016. <http://docplayer.net/43560788-Taxation-of-foreign-fund-lending-activities-in-the-us.html>, consult. em 27/jun/2018.
- INTERNAL REVENUE SERVICE, “LB&I International Practice Service Concept Unit - Identification of a U.S. Trade or Business of a Nonresident Alien”, 13/May/2015, [https://www.irs.gov/pub/irs-utl/USBCUP\\_14\\_1\\_01.pdf](https://www.irs.gov/pub/irs-utl/USBCUP_14_1_01.pdf), consult. em 26/jun/2018
- LARKINGS, E. R., “Double Tax Relief for Foreign Income: A Comparative Study of Advanced Economies”, ATAX Discussion Paper Series N.º 4, Jun/2001. <https://ssrn.com/abstract=623624>, consult. em 26/jun/2018.
- LEGAL INFORMATION INSTITUTE, “26 CFR 1.355-3 - Active conduct of a trade or business”, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.355-3>, consult. em 26/jun/2018.
- LEXOLOGY, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bc5f7d49-671d-4313-bd41-a3694016dc62>, consult. em 25/mar/2018.
- LOVELLS, H., “US-Luxembourg Double Tax Treaty: What's New?”, Lexology, 29/June/2016, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a291f8e4-c491-420e-8797-fbae3d696709>, consult. em 10/maio/2018.
- NEWSLETTER DELOITTE, “Luxembourg releases bill implementing anti-tax avoidance directive”, 20/Jun/2018. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/ie-tax-Luxembourg-releases-bill-implementing-anti-tax-avoidance-directive.pdf>, consult. em 28/jun/2018.
- PETROPOULOS, G., “State aid and tax rulings: Clarifying the European Commission’s approach”, *Bruegel*, 12/04/2018, [http://bruegel.org/2018/04/state-aid-and-tax-rulings-clarifying-the-european-commissions-approach/#\\_ftn2](http://bruegel.org/2018/04/state-aid-and-tax-rulings-clarifying-the-european-commissions-approach/#_ftn2), consult. em 10/maio/2018
- RAAD, K. V., “Five Fundamental Rules In Applying Tax Treaties”, 2002, [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/fsc\\_MA\\_5978.PDF](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/fsc_MA_5978.PDF), consult. em 20/fev/2018.

- SANTOS, A. (coord.), “Jurisprudência sobre auxílios de Estado”, CIDEEFF, s.d., [https://www.cideeff.pt/xms/files/04\\_PUBLICATIONS/Working\\_Papers/Grupo\\_III/Jurisprudencia\\_sobre\\_auxilios\\_de\\_Estado.pdf](https://www.cideeff.pt/xms/files/04_PUBLICATIONS/Working_Papers/Grupo_III/Jurisprudencia_sobre_auxilios_de_Estado.pdf), consult. em 7/maio/2018.
- THOMSON REUTERS, Practical Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-637-7922?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1#co\\_anchor\\_a988139](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-637-7922?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1#co_anchor_a988139), consult. em 28/jun/2018.
- VLEGGERT, J., “*Abuse of Tax Treaties: a Discussion of Recent Court Cases in Various Countries with Opposite Outcomes*”, conference paper. <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/37150/Vleggeert%20-%20Abuse%20of%20Tax%20Treaties%20-%20a%20Discussion%20of%20Recent%20Court%20Cases%20in%20Various%20Countries%20with%20Opposite%20Outcomes.pdf?sequence=1>, consult. em 15/maio/2018.
- VANN, R., “Liabile to Tax” and Company Residence under Tax Treaties”, *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper N.º 10/131*, Nov/2010, p. 203. <https://ssrn.com/abstract=1714131>, consult. em 28/jul/2018.

## **IV – Lista jurisprudencial**

**1974**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de julho de 1974, 173/73, *Itália/Comissão*.

**1977**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de março de 1977, 78/76, *Steinike*.

**1988**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de fevereiro de 1988, 67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV*.

**1993**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de março de 1993, C-72/91 e C-73,91, *Sloman Neptun*.

**1994**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de abril de 1994, C-393/92, *Almelo*.

**1995**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 1995, C-279/93, *Schumacker*.

**1996**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de setembro de 1996, C-241/94, *França/Comissão*.

**1997**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de novembro de 1997, C-28/97, *Technolease Philips-Rabobank*.

**2000**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 29 de setembro de 2000, T-55/99, *CETM*.

## **2001**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2001, C-379/98, *Preussen Elektra*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de novembro de 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*.

## **2002**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de maio de 2002, C-482/99, *Stardust Marine*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de junho de 2002, C-382/99, *Países Baixos/Comissão*.

## **2003**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de março de 2003, T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24 de julho de 2003, C-280/00, *Altemark*.

## **2005**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de dezembro de 2005, C-66/02, *Itália/Comissão*.

## **2006**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de junho de 2006, T-613/97, *UFEX*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de março de 2006, C-237/04, *Enrisorce*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2006, C-88/03, *Portugal/Comissão*.

## **2008**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de julho de 2008, C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost*.

## **2011**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de novembro de 2011, C-106/09 P e C107/09 P, *Gibraltar*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2011, C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos*.

**2012**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 29 de março de 2012, C-417/10, *3M Itália Spa*.

**2015**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho de 2015, C-15/14 P, *Comissão/MOL*.

**2016**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de dezembro de 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *World Duty Free Group*.

**2018**

Supreme Courte of the United States decision, June 21, 2018, n.º 17-494, June 21 2018, *South Dakota vs. Wayfair Inc.*

