



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**Beneficiário efectivo nas Convenções de Dupla Tributação à
luz das modificações da Convenção Modelo da OCDE em
2014**

Tamara Dias Faria

n.º 345013030

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

Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

Mestrado em Direito Fiscal

Porto, 30 de Junho 2015

*Aos meus Pais,
Pelo apoio, força e compreensão constantes,
Com Amor.*

*Ao Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira,
Pelo exemplo e inspiração,
Com Estima.*

«As multiplicidades e divergências nasceram com a criação do mundo e nenhuma criatura tem possibilidade de ser perfeita»

BAHYA BEN JOSEPH IBN PAKUDA

Índice

Lista de Abreviaturas	7
1. Introdução	9
1.1. Lançamento do tema	9
1.2. Hipótese de Investigação	9
1.3. Objectivo e objecto da tese	10
1.4. Metodologia e modo de citar	10
1.5. Sequência	11
2. Breves reflexões acerca do conceito de beneficiário efectivo	12
2.1. Emergência do conceito	13
2.1.1. As primeiras referências ao nível doméstico	13
2.1.2. As primeiras referências ao nível Convencional	14
2.1.3. Introdução do conceito nas Convenções Modelo	15
2.2. Os artigos 10.º, 11.º e 12.º da Convenção Modelo da OCDE	16
2.3. Referências jurisprudenciais mais relevantes	17
2.3.1. Market Maker's Case, BNB 1994/217c	17
2.3.2. Indofood, UK Court of Appeal 2.3.2006	18
2.3.3. Royal Bank of Scotland, French Conseil d'État 2006	19
2.3.4. Prévost Car Inc. v R – Canada	20
2.3.5. Velcro Case – Canada; TC, 24 February 2012	21
2.4. A relevância e utilidade dos Comentários da Convenção	22
2.4.1. Introdução	22
2.4.2. O valor dos comentários posteriores aos que estavam em vigor quando a Convenção para evitar a Dupla Tributação foi assinada	22
2.4.3. Conteúdo e relevo dos comentários à Convenção Modelo da OCDE	23
3. As modificações de 2014 à Convenção - suas implicações relativas ao beneficiário efectivo	24

4.	Aplicação prática em casos seleccionados.....	30
4.1.	O problema equacionado envolvendo <i>holdings</i> e sociedades de financiamento	30
4.1.1.	A noção de <i>holding</i> e a sua importância no comércio internacional	30
4.1.2.	Sociedades <i> Holding</i> e Sociedades Gestoras de Participação Sociais (SGPS)	31
5.	Casos seleccionados.....	32
5.1.	Case No. 11-0298261.....	32
5.2.	Caso No. 11-00210	34
5.3.	Case PUT	35
5.4.	International Power Opatovice 2	36
5.5.	Federal Administrative Court Decision A-6053/2010.....	37
5.6.	Caso SKM2012.121ØLR	38
6.	Análise dos casos seleccionados em conjugação com as clarificações de 2014 à Convenção Modelo da OCDE, explicando quais os critérios identificadores de Beneficiário Efectivo.....	40
	Conclusões	43
	Bibliografia	47
I.	Artigos e Monografias	47
II.	Outras fontes	49
III.	Lista Jurisprudencial	49

Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
al.	Alínea
art.	Artigo
arts.	Artigos
AT	Autoridade Tributária
ATs	Autoridades Tributárias
BE	Beneficiário Efectivo
§	Capítulo
CE	Comissão Europeia
Conselho	Conselho Europeu
CDT	Convenção para Evitar a Dupla Tributação
CDTs	Convenções para Evitar a Dupla Tributação
CM OCDE	Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património
CSC	Código das Sociedades Comerciais
EF	Estado da fonte
EMs	Estados-Membros
EMrte	Estado-Membro requerente
EMrdo	Estado-Membro requerido
ER	Estado da residência
EUA	Estados Unidos da América
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
n.º	Número
n.os	Números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	Página
pp.	Páginas

PE	Parlamento Europeu
proc.	Processo
ss.	Seguintes
SGPS	Sociedade Gestora de Participações Sociais
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
EU	União Europeia
vol.	Volume

1. Introdução

1.1. Lançamento do tema

Desde 2008 que se tem assistido a uma perturbação de ordem económica e social. O termo *crise* faz parte do vocabulário de cada um de nós, sem distinção de idade, género ou nacionalidade.

Consequentemente, várias administrações têm vindo a reforçar os seus mecanismos de protecção da sua soberania tributária. Um dos conceitos utilizados nesse contexto é o de beneficiário efectivo.

As Administrações Tributárias recorrem ao conceito (se não quase sempre) como *ultima ratio* para evitar a aplicação dos benefícios de uma dada Convenção para Evitar a Dupla Tributação (doravante CDT) a uma pessoa singular ou colectiva. Mas quais são os requisitos para se ser considerado o beneficiário efectivo dos rendimentos? Como identificar a *pessoa* que usufrui *efectivamente* dos diversos fluxos financeiros entre estruturas situadas em mais do que um Estado? Uma primeira leitura jurisprudencial permite-nos identificar alguns dos critérios, tais como o do risco assumido, o das funções desempenhadas, o do factor temporal, o da intencionalidade. Contudo nem sempre a solução passa por uma mera aplicação de critérios pré-determinados e por vezes identificamos algum grau de indeterminação. Tal indeterminação, e a nossa determinação em reduzi-la, levou-nos a optar por este campo temático.

1.2. Hipótese de Investigação

A determinação do sentido, conteúdo e alcance do conceito de beneficiário efectivo não se mostra como um exercício novo. Nem no âmbito europeu¹, nem no âmbito internacional².

Com a nossa investigação, pretendemos identificar, de uma forma clara e precisa, os requisitos que devem ser cumpridos para que uma *holding* seja considerada como

¹ Através da sua inclusão na Directiva 2003/49/CE do Conselho de 3 de Junho de 2003 – Directiva Juros & Royalties.

² Através dos múltiplos desenvolvimentos e aperfeiçoamentos, presentes nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE.

beneficiário efectivo de um dado rendimento. Para tal, teremos em conta as modificações mais recentes, e nomeadamente a versão de 2014 da CM OCDE (a base na qual se inspiram a maioria das CDTs celebradas por todo o mundo e, em específico, as CDTs celebradas por PT).

1.3. Objectivo e objecto da tese

A presente dissertação pretende fornecer critérios seguros para a identificação do beneficiário efectivo, relativamente a estruturas societárias que envolvam *holdings* e sociedades financeiras.

Excluiremos da nossa análise a identificação do beneficiário efectivo no caso de pessoas singulares ou de pessoas colectivas que não sejam *holdings* ou sociedades financeiras. Fora da nossa análise estará ainda o conceito de BE, tal como usado nas Directivas da União Europeia ou noutras convenções modelo³.

Propomo-nos a avaliar, em particular, as modificações recentes introduzidas pela OCDE na Convenção Modelo desde 2003 até ao presente. As versões anteriores (da Convenção ou dos comentários) não farão parte do nosso objecto de estudo.

1.4. Metodologia e modo de citar

No que diz respeito aos artigos, constantes de publicações periódicas, adoptamos o seguinte modelo de citação: Apelido, Inicial do Nome, «Título do Artigo», *Designação da Publicação Periódica*, Volume e Número (se aplicável), Ano, página.

Quanto à citação de monografias, seguiremos o seguinte esquema: Apelido, Inicial do Nome, *Título de Monografia*, Edição (se aplicável), Editora, Cidade, Ano, página.

No que concerne à citação dos Acórdãos do TJUE, a referência a jurisprudência será feita da seguinte forma: TJUE, dia de mês de ano, *partes*, número de processo, parágrafos (quando a referência se dirige a um aspecto concreto).

³ Como, por exemplo, o Modelo das Nações Unidas, dadas as diferenças tanto ao nível do texto da Convenção Modelo como ao nível dos comentários.

Em termos metodológicos, o estudo da presente dissertação baseou-se maioritariamente na análise da CM da OCDE e respectivos Comentários, na sua mais recente versão (2014) e consequentes implicações em sede do conceito de BE.

Posteriormente, com o apoio jurisprudencial adequado e as leituras de fonte estrangeira, foi possível seleccionar os *case studies* mais relevantes para a matéria em causa.

De notar que as fontes utilizadas foram maioritariamente estrangeiras.

Esta dissertação teve em consideração elementos jurisprudenciais até 5 de Maio de 2015.

1.5. Sequência

Após uma sucinta contextualização, no capítulo segundo iremos debruçar-nos sobre o conceito de beneficiário efectivo. No capítulo terceiro, analisaremos as mais recentes alterações introduzidas na Convenção Modelo da OCDE (e respectivos comentários) examinando as consequências que daí advêm. O capítulo quarto será dedicado ao estudo da noção de *holding* e sociedades financeiras e sua importância no comércio internacional. No capítulo quinto foram seleccionados casos, verificando-se a aplicabilidade do que foi referido ao longo de toda a dissertação. No último capítulo, tentaremos uma conjugação entre a análise dos casos, as alterações à CM e os critérios identificadores do BE.

Por fim apresentamos as nossas conclusões.

2. Breves reflexões acerca do conceito de beneficiário efectivo

Para determinados itens de rendimentos (maioritariamente dividendos, juros e *royalties*, conforme explicitado *infra*), a obtenção dos benefícios convencionais requer uma condição adicional. É necessário ainda que o sujeito passivo perceptor dos rendimentos, além de residente num dos Estados signatários, seja o beneficiário efectivo desses rendimentos.

A versão original da CM, datada de 1963, apresenta esta exigência como um instrumento para evitar o chamado *treaty shopping*⁴⁵.

Conforme explicitado por ALBERTO XAVIER⁶, a expressão *beneficiário efectivo* é desconhecida da generalidade dos ordenamentos internos dos países da *civil law*, tendo a sua origem no Direito Inglês. Com este conceito, visa-se a exclusão de um dado regime ou benefício de uma pessoa que não é o verdadeiro proprietário de um rendimento, agindo apenas como um fiduciário (*trustee*) de outrem. A Comissão de Assuntos Fiscais da OCDE afirma que o conceito exclui ainda as *conduit company*⁷, para além do *nominee* ou agente⁸. Grosso modo, a noção refere-se ao proprietário económico (*wirtschaftlicher Eigentümer*) de um rendimento, embora não exclua totalmente a relevância da propriedade jurídica do mesmo.

Outra consideração a ter em conta é a remissão do significado de BE para o Direito Interno em contraposição ao conceito autónomo.

⁴ Este mecanismo consiste em colocar, artificialmente, num determinado país abrangido pela convenção, um titular de rendimentos que não é o efectivo beneficiário, o qual, na realidade, se encontra domiciliado num terceiro país.

⁵ Segundo VOGEL, o *treaty shopping* surge quando “*transactions are entered, or entities are established, in other states, solely for the purpose of enjoying the benefit of particular treaty rules existing between the state involved and a third state which otherwise would not be applicable*” in *On Double Tax Convention*, Kluwer, Deventur/Boston, 1991, p.50.

⁶ Segundo ALBERTO XAVIER in *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2011, 2ª ed., pp. 135-136.

⁷ “Sociedade-canal”, pois estas sociedades são meramente o canal de trânsito dos rendimentos auferidos por uma sociedade em direcção ao beneficiário efectivo / final dos mesmos.

⁸ De acordo com PHILIP BAKER uma forma de testar a quem realmente pertence o rendimento é perguntando: “*What would happen if the recipient went bankrupt before paying the income to the intended ultimate recipient? If the ultimate recipient could claim the funds as its own, then the funds are properly regarded as already belonging to the ultimate recipient. If, however, the ultimate recipient simply is one of the creditors of the actual recipient (if even that), then the funds probably belong to the actual recipient.*” in *Double Taxation Conventions*, Sweet & Maxwell, 2001, paragraphs 10B-10.4.

Diversos autores (entre eles PASQUALE PISTONE⁹) optam por atribuir um significado internacional autónomo, em contraposição a uma definição baseada no significado doméstico¹⁰. Conforme explicitado *infra*, a opção por um sentido autónomo tem vindo a ser cada vez mais usual, dado que o sentido doméstico, em bom rigor, não alcança o verdadeiro significado de BE, limitando-o e podendo resultar numa divergência ou até contraposição entre os Estados Contratantes.

É ainda de notar que as vantagens que decorrem da aplicabilidade das CDTs não se aplicam no caso dos *pay agents*. Esta figura, ao consubstanciar um mero mandatário, obriga à necessidade de aferir da residência/domicílio dos credores. São estes, em verdadeiro rigor, que irão beneficiar do crédito imposto a conceder.

2.1. Emergência do conceito

2.1.1. As primeiras referências ao nível doméstico

O conceito de BE introduzido nas convenções bilaterais (e, posteriormente, na Convenção Modelo) teve a sua origem no ordenamento do Reino Unido. Nesse ordenamento, o conceito baseia-se na distinção entre “propriedade formal” e “propriedade económica” dos rendimentos¹¹ (ou ainda na distinção entre “titularidade formal” e “titularidade económica”).

O sistema inglês apresenta, ainda hoje (embora não de forma tão demarcada) uma estrutura dualista. Assim existe o *common law* e a *equity*. O primeiro, considerado um “ramo” caracteristicamente legal, somente aceita a figura da propriedade legal (esta é vista como indivisível). A *equity*, ao aceitar a divisibilidade da propriedade permite que esta seja vista de duas formas (por um lado como propriedade legal / formal e por outro

⁹ Tal como PISTONE, in “*Italy: Beneficial Ownership as an Anti-Abuse Provision in International Taxation*”, ch. 12, p. 175.

¹⁰ Vd. KLAUS VOGEL, o “*Nutzungsberechtigter ist also, wer entweder über die Hingabe des Kapitals oder Wirtschaftsgutes zur Nutzung oder über die Verwendung der Nutzungen, gegebenenfalls über beides, entscheiden kann*” in VOGEL/LEHNER, *DBA Kommentar*, 5. Auf., vor Art.10-12 N 15; e FLORIAN HAASE acrescenta que “*der Begriff des Nutzungsberechtigten ist daher nicht im Sinne eines blossen Empfängers der Dividenden, sondern im Sinne desjenigen zu verstehen, dem das Kapital wirtschaftlich zuzurechnen ist*” in *Internationales und Europäisches Recht*, Schwerpunktbereich, 4.Auf., 2014, p. 303.

¹¹ Ou ainda na distinção entre “titularidade formal” e “titularidade económica”.

aceitando a existência do conceito de BE)¹². Tal é ainda bem patente noutros conceitos, tais como *trust*, *joint tenancy* ou *nominee*.

Nos países civilistas, tradicionalmente não se estrutura o direito de propriedade da forma *supra* descrita, pelo que não existe necessidade de recorrer ao conceito de BE. Assim, é necessário encontrar métodos interpretativos que permitam extrair o seu significado e real alcance em cada caso.

Nos países civilistas utilizam-se institutos similares na diferenciação entre os conceitos de *legal owner* e *beneficial owner*, ou seja, proprietário formal / legal *versus* proprietário económico / material. No Código Civil Espanhol, por exemplo, recorre-se ao conceito de BE na diferenciação entre propriedade (plena) e usufruto¹³.

Muito embora os EUA não sejam um país de matriz civilista é de notar que nos *Restatement of the Law*¹⁴, resoluções de Direito Fiscal provenientes do ordenamento norte-americano, a referência ao BE foi usada como condição para a criação de um *trustee*. Esta figura, para ser criada, exigia que fosse nomeado um BE.

Uma especial referência ao caso do Japão, ordenamento civilista no qual o conceito de BE se encontra bem enraizado e desenvolvido. Tal é facilmente identificável no tratamento dos mais diversos tipos de obrigações (obrigações convertíveis, *eurobonds*, *samurai bonds* e obrigações municipais).

Por fim, e referindo Portugal, é de notar que o conceito de BE tem vindo a ser introduzido e acolhido nos últimos anos, muito embora o conceito não coincida com a noção defendida ao longo da presente dissertação. Essa recepção é visível devido à Directiva 2003/49/CE, ao DL n.º 193/2005, à Directiva n.º 2003/48/CE, entre outros instrumentos normativos.

2.1.2. As primeiras referências ao nível Convencional

Em sede de convenções, a expressão BE foi utilizada pela primeira vez em 1945, no Protocolo à Convenção entre o Reino Unido e os Estados Unidos da América. No protocolo pode ler-se que no quadro da mitigação de dupla tributação relativa a

¹² DU TOIT, C.P., “*Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties*”, p.139.

¹³ Art. 618.º do Código Civil Espanhol.

¹⁴ Os *Restatement of the Law*, aprovados e publicados pelo *American Law Institute*, consubstanciam, uma codificação de jurisprudência e doutrina desenvolvida gradualmente ao longo do tempo com base no princípio *Stare Decisis*.

dividendos, juros e *royalties*, o benefício dependeria também do facto de o beneficiário efectivo ser residente no outro Estado contratante¹⁵.

Vemos assim que a expressão surge numa convenção entres dois países de *common law*.

É ainda possível verificar o uso do conceito no número 2 do artigo 9.º da Convenção entre os Países Baixos e a Suíça, datada de 1951¹⁶.

2.1.3. Introdução do conceito nas Convenções Modelo

A primeira manifestação do conceito de BE nas CM surgiu nos Comentários à CM de 1977. A expressão é referida nos artigos 10º, 11º e 12º, relativamente a dividendos, juros e *royalties*¹⁷. Não obstante, o conceito já havia sido incorporado no Relatório da OCDE de 1963¹⁸.

A introdução deveu-se à necessidade de restringir o acesso aos benefícios aos residentes em países Terceiros.

Após 1977, o BE teve um importante desenvolvimento no Relatório “*Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies*”¹⁹. Neste documento são apuradas as principais conclusões resultantes das discussões dos EMs da OCDE sobre este tema. É patente a tentativa de uma descrição mais precisa da expressão, em especial no contexto das *conduit companies*²⁰. Este relatório abordou ainda as normas anti-abuso que podem limitar os benefícios decorrentes das CDTs no caso em que as *conduit companies* não sejam o BE. De acordo com este *report* uma *conduit company* não poderá ser considerada o BE do rendimento que recebe nos casos em que detenha

¹⁵ Protocolo da Convenção entre o Reino Unido e os EUA - “*Relief from tax on dividends, interests and royalties (...) in the country of origin will no longer depend on whether the recipient is subject to tax in the other country, but will depend on the income being beneficially owned by a resident of the other country*” e “*The rate of United States tax on dividends beneficially owned by a resident of the United Kingdom which are derived by such a resident from a United States corporation, or are otherwise treated as being from sources within the United States, shall not exceed 15 percent of the gross amount of the dividend.*”

¹⁶ Art.9.º, nr. 2 da Convenção entre os Países Baixos e a Suíça - “*Quant à l’impôt sur les revenus de capitaux mobiliers que l’un des deux Etats perçoit par voie de retenue à la source, le bénéficiaire de ces revenus domicilié dans l’autre Etat peut...demander le remboursement*”.

¹⁷ O Comentário à CM da OCDE de 1977 definiu o BE pela negativa, restringindo os benefícios dos tratados aos agentes e *nominees*.

¹⁸ “*Revised Tax of certain articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention*”, publicado em Abril de 1972.

¹⁹ Adoptado pelo Conselho da OCDE em 27 de Novembro de 1986.

²⁰ O uso de sociedades-veículo com o intuito de beneficiar das prerrogativas atribuídas pelas CDT.

poderes reduzidos sobre o rendimento, tornando-a, por conseguinte, numa mera intermediária.

As conclusões deste relatório serviram de base à revisão dos Comentários à CM em 2003. Nesta versão foram adoptadas modificações aos artigos já referenciados pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de modo a clarificar o termo, detalhando-o e incluindo referências aos agentes e *nominees*, entre outros, que actuem em nome e por conta de outrem.

Em 2010 ocorreu uma nova revisão aos comentários da CM, a qual, pese embora não tenha desenvolvido alterações significativas ao conceito de BE, introduz algumas linhas de referência que poderão ser extraídas tendo em conta o comentário ao artigo primeiro.

Em 2011 foi desenvolvido um *Discussion Draft* contendo propostas de clarificação da interpretação do BE, seguido de um *Public Discussion Draft* em 2012.

2.2. Os artigos 10.º, 11.º e 12.º da Convenção Modelo da OCDE

Nas CDTs, o BE aparece-nos maioritariamente como um requisito relativo aos dividendos, juros e *royalties*, sempre que estes são pagos por um sujeito residente num EC a um sujeito residente noutra EC. Poderá existir ainda a possibilidade de a CDT regular uma situação de pagamento dos rendimentos por parte de um Estado terceiro ou a referência seria feita para delimitar negativamente o artigo 21.º da CDT²¹. Outra situação poderá ocorrer quando o BE desses rendimentos exerce no EF uma actividade que consubstanciará a existência de um estabelecimento estável.

O conceito de BE é normalmente utilizado como um requisito extra para a atribuição de benefícios convencionais (redução da taxa de retenção na fonte) no quadro dos artigos 10.º, 11.º e 12.º das Convenções²². Estamos aqui, portanto, no âmbito do *treaty entitlement*.

Existem determinadas CDTs nas quais os serviços técnicos são tratados em conformidade com o artigo 12.º, pelo que o BE também pode ser usado para o *treaty entitlement* do receptor de rendimentos provenientes de serviços técnicos²³.

²¹ V.g. CDT entre Portugal e o Canadá.

²² V.g. CM da OCDE, Nações Unidas e modelo norte-americano.

²³ V.g. CDT entre os EUA e a Índia.

Os artigos em causa, e em maior pormenor a expressão de BE, conforme já explicitado, são maioritariamente referenciados em situações de *treaty shopping*²⁴. Esta figura é combatida através de instrumentos internacionais (o conceito de BE não deve ser considerado como único recurso, pois existe igualmente o projecto BEPS *Actions* da OCDE para este fim) mas também recorrendo a legislação doméstica (normas gerais e específicas de anti-abuso, exigência de compatibilidade da lei interna com as convenções, entre outros).

Devemos ter em consideração o *wording* mais relevante dos artigos 10.º, 11.º e 12.º, que é transcrito nas notas de rodapé em inglês para a tradução não distorcer o quadro sob análise²⁵.

De modo a interpretar a referência ao BE nesses artigos, a jurisprudência não se poupou a esforços, conforme demonstrado *infra* (onde se verifica, por diversas vezes, o recurso à figura das *holding*).

2.3. Referências jurisprudenciais mais relevantes

2.3.1. Market Maker's Case, BNB 1994/217c

O contribuinte no caso em apreço é um corrector na bolsa, residente no Reino Unido que comercializa garantias por sua conta, assumindo o risco dessa operação²⁶.

²⁴ O recurso ao termo substância pode ser visto como útil para dar resposta a desvios. Este termo pode assumir diversos significados. Pode ser realidade, solidez, o verdadeiro significado ou essência de uma coisa, substância económica/substância sobre a forma. Em Espanha, uma posição doutrinária não maioritária afirma que o requisito da substância sobre a forma tem similitude com o *business purpose test*. No final o que verdadeira importa é a existência de uma razão económica válida para a interposição de estruturas.

²⁵ Vd. OECD Model Tax Convention (2014), Article 10.º, § 2 (Dividends) – ‘...dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed: (a) 5 per cent...; (b) 15 per cent...’; Article 11.º, § 2 (Interest) – ‘...interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest...’; Article 12.º, § 1 (Royalties) – ‘Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State...’.

²⁶ No caso em apreço estamos perante uma sociedade financeira. Segundo o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, “as sociedades, com excepção das instituições de crédito, cuja actividade principal consista em exercer pelo menos uma das actividades permitidas aos bancos, com excepção da recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público, incluindo as sociedades de investimento e as instituições financeiras referidas na subalínea ii) da alínea s) (entre as quais as sociedades gestoras de participações sociais)”.

Em 1985, o contribuinte comprou cupões de dividendos a uma LuxCo. Estes foram emitidos por uma sociedade dinamarquesa. O preço de compra dos cupões ascendia a 80% do respectivo valor nominal. A taxa de retenção na fonte dos dividendos nos Países Baixos no ano em questão (1985) era de 25%. A LuxCo vendia os seus cupões, apresentando uma margem de lucro de 5%.

Tendo por base a CDT entre os Países Baixos e o Reino Unido, os dividendos só poderiam ser tributados a 15%. Dado que a taxa que estava a ser aplicável era de 25% (taxa doméstica), o contribuinte interpôs uma acção, pretendendo o reembolso. A AT recusou, contudo o Supremo Tribunal defendeu estarem reunidas os requisitos de BE, pois o corrector na bolsa podia livremente usufruir dos cupões de dividendos e dos pagamentos subsequentes, não sendo um mero agente/*nominee*.

O Supremo Tribunal Norueguês optou por uma interpretação estrita do conceito de BE²⁷, excluindo dele somente as hipóteses que consubstanciavam um agente ou *nominee* (de notar que esta foi umas das primeiras decisões jurisprudenciais nesta matéria).

2.3.2. Indofood, UK Court of Appeal 2.3.2006

O contexto do caso *Indofood*, embora não seja um contexto demarcadamente tributário (estas matérias surgem de uma forma meramente hipotética e incidental, pois tratava-se de um litígio civil) consubstancia um *landmark judgement*, pois debruça-se a fundo sobre a expressão BE.

Uma sociedade da Indonésia pretende a obtenção de um empréstimo no mercado internacional. A sucursal de um banco do Reino Unido disponibilizou-se para garantir o empréstimo. Nos termos do empréstimo, caso a taxa de retenção na fonte da Indonésia, que recaía sobre os juros do empréstimo, excedesse os 10%, o devedor devia aumentar o juro para compensar o excesso de tributação. O devedor teria ainda de reembolsar o empréstimo que lhe tinha sido feito. Logo foi interposta uma subsidiária na Mauritânia. Assim seria assegurada uma tributação de retenção na fonte dos juros recebidos de 10% e de 0% nos juros pagos. As notas de crédito eram emitidas pela *holding* e o empréstimo

²⁷ Interpretação partilhada por VAN WEEGHEL em *Beneficial Ownership – Bulletin IBFD*, Julho 2000, Vol. 57, n.º 7, p. 310.

realizado seria feito *back-to-back*, ou seja, os pagamentos recebidos seriam necessariamente pagos, voltando para a empresa-mãe.

Entretanto a CDT entre a Indonésia e a Mauritânia deixa de estar em vigor e a solução adoptada foi a interposição de uma *holding* nos Países Baixos, entre a sociedade na Indonésia e a *holding* da Mauritânia. Após essa interposição, o credor intentou uma acção judicial contra o devedor o que despoletou a discussão relativa ao BE.

O Supremo Tribunal da Indonésia considerou a *holding* dos Países Baixos como BE do rendimento, enquanto o tribunal de recurso do Reino Unido se baseou no quão inconclusivo era a qualificação como *conduit company* da *holding*, relevando para o efeito a busca pelo significado de “*directly benefit from the income*”²⁸. O tribunal pretendia ir ao fundo desta questão, avaliando se a entidade interposta tinha uma real função económica, ou se foi simplesmente interposta para canalizar o rendimento, cumprindo objectivos de mero planeamento fiscal.

O que realmente importou em *Indofood* foi a função anti-abuso a ser desempenhada pelo conceito de BE e a abordagem da substância sobre a forma²⁹. Referiu-se ainda que para deter o privilégio total do rendimento, o montante dos pagamentos envolvidos (pagos e recebido) não devia ser exactamente igual ou semelhante (“*back to back*”).

2.3.3. Royal Bank of Scotland, French Conseil d’État 2006

Em *Bank of Scotland*, o Tribunal Francês negou a aplicação da CDT entre a França e o Reino Unido, respeitante a uma estrutura na qual a Merrel Dow Inc. cedia, sob a forma de usufruto, a um residente no Reino Unido, os direitos sobre os dividendos que correspondiam a uma das subsidiárias francesas. Como relação de troca, o *Bank of Scotland* pagava juros resultantes de um contrato de empréstimo, em montante equivalente.

A AT, sob a égide do Tribunal, sugeriu a requalificação do contrato de financiamento dado que o mesmo só foi realizado com o propósito de obter, abusivamente, as vantagens inerentes à CDT entre a França e o Reino Unido.

²⁸ Esta expressão tinha sido usada na circular emitida pelo Director Geral de Tributação em Julho de 2005.

²⁹ De acordo com a publicação *Draft Guidance on the Interpretation of the Indofood Decision*, emitida posteriormente pela HMRC.

2.3.4. Prévost Car Inc. v R – Canada

Neste caso, Volvo e Henlys (duas sociedades europeias fabricantes de camiões) pretendem investir conjuntamente no capital social da Prévost (sociedade canadiana). No acordo ficou estabelecido que a Volvo ia estabelecer uma subsidiária nos Países Baixos (PHBV) à qual seria vendida a participação de 100% detida na Prévost. Seguidamente, a Volvo vendia 49% da sua participação na PHBV à Henlys. Desta forma, a participação na PHBV resultava em 51% da Volvo e 49% da Henlys. Por sua vez, a PHBV detinha 100% da Prévost. O acordo entre os accionistas (que não vinculava a PHBV) estabelecia que a *holding* teria de pagar não menos de 80% dos seus ganhos ‘*as dividends, return of capital or loans, subject to working capital requirements of the corporate group*’. Aquando da distribuição de dividendos para os accionistas dos Países Baixos, a Prévost pretendia aplicar a CDT entre o Canadá e os Países Baixos, sujeitando os rendimentos a uma taxa de retenção na fonte de 5% de acordo com o artigo 10.º da Convenção em causa. A AT Canadiana, defendendo que a PHBV não era o BE do rendimento, optou por aplicar o artigo 10.º da CDT entre o Canadá e o Reino Unido e o artigo 10.º da CDT entre o Canadá e a Suécia, ou seja, uma taxa de 10% e 15%, respectivamente (*look-through approach*).

Um dos contributos a retirar será porventura a definição de BE feita no julgamento³⁰: O BE corresponde à pessoa que recebe os dividendos para respectivo uso e exploração, fruindo assim de todos os atributos inerentes à sua posse. Em suma, o dividendo é para o benefício próprio do respectivo proprietário do direito, não sendo esta pessoa responsável por prestar contas a ninguém sobre a forma como gere o respectivo dividendo. Para além de que a ausência de mera transmissão dos fluxos financeiros pode caracterizar o BE.

Em *Prévost*, contrariamente ao que sucede em *Indofood*, afirma-se que a substância que releva na transacção deve ser a que resulta de direitos e obrigações legais das partes,

³⁰ CA: FCA / CAF, 26.02.2009, Canada vs. Prévost Car Inc., Tax Treaty Case Law, IBFD - “*The “beneficial owner” of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received. The person who is the beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership. In short, the dividend is for the owner’s own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend income.*”

acordados em conformidade com princípios legais. Para além disso opta-se por uma interpretação mais doméstica do que propriamente internacional.

2.3.5. Velcro Case – Canada; TC, 24 February 2012

A jurisprudência trouxe-nos, através de *Velcro*, um elenco claro dos factores a analisar e de definições a ter em conta. Embora já anteriormente referido em *Prévost*, em *Velcro* ocorreu uma destrição dos requisitos, para além de se acentuar que o decorrer de um curto espaço de tempo perante as duas transacções em causa não se opõe à existência de um BE nem uma discricionariedade mais limitada dos rendimentos recebidos. De notar também que um *commingled income*³¹ não tem necessariamente correlação com o *pass-through* do rendimento.

Segundo este acórdão, o conceito de BE contém quatro características fundamentais, i) a posse; ii) o uso; iii) o risco e iv) o controlo. Para facilitar a identificação destes factores, há que analisar a sua base legal, i.e. os contratos e os acordos, tal como os fluxos financeiros e as demonstrações financeiras dos intervenientes.

A posse (*'possession'*) estaria presente, caso se detivesse a propriedade ou se demonstrasse o domínio sobre esta (não entremos pela referência à distinção entre os conceitos no ordenamento jurídico português³²). O uso (*'use'*) seria a utilização/modo de aplicação do domínio (a possibilidade de dispor livremente dos *royalties*, fazer investimentos em subsidiárias, etc.). O risco (*'risk'*) inerente ao domínio e ao uso do rendimento, a real possibilidade de acatar com as consequências que afectem o rendimento e por último, o controlo (*'control'*), o exercício do poder ou influência.

Respeitante às noções, o caso distinguiu *agency*³³, *nominee*³⁴ e *conduit*³⁵.

³¹ Um *commingled income* (rendimento comum) corresponde a um rendimento partilhado por vários subscritores, proveniente do investimento em determinado produto financeiro, *inter alia*, um fundo de investimento ou fundo de pensões.

³² A explicação dos conceitos em causa não coincide com os respectivos conceitos em Portugal no campo dos Direitos Reais.

³³ CA: TaxCC / CCI, 24.02.2012, *Velcro Canada Inc. v. Canada*, Tax Treaty Law IBFD - “Agency is the relationship that exists between two persons when one, the agent, is considered in law to represent the other, the principal, in such a way as to be able to affect the principal’s legal position by the making of contracts or the disposition of property. In particular, if there is no capacity to change the legal rights of the other party, there is no agency relationship.”

³⁴ CA: TaxCC / CCI, 24.02.2012, *Velcro Canada Inc. v. Canada*, Tax Treaty Law IBFD - “A nominee is a person designated to act for another in a limited way.”

³⁵ CA: TaxCC / CCI, 24.02.2012, *Velcro Canada Inc. v. Canada*, Tax Treaty Law IBFD - “A conduit is a person through which anything is conveyed. *Prévost* held that one would determine that a

2.4. A relevância e utilidade dos Comentários da Convenção

2.4.1. Introdução

Recorrendo apenas ao fraseado dos artigos 10.º, 11.º e 12.º da CM da OCDE é muito difícil resolver todas as dúvidas que se colocam sobre o sentido e alcance da noção de BE. Daí a relevância dos Comentários. Embora estes não vinculem os Estados Contratantes, não fazendo parte das CDT celebradas entre eles, quanto mais próxima a formulação do artigo da CDT for da formulação do artigo da CM da OCDE, maior o valor interpretativo dos Comentários³⁶.

2.4.2. O valor dos comentários posteriores aos que estavam em vigor quando a Convenção para evitar a Dupla Tributação foi assinada

Em nossa opinião, devemos ter em conta as modificações dos comentários ainda que ocorridas após a conclusão das CDTs, e atribuir-lhes a devida importância. O principal objectivo é o de servirem como elemento auxiliar na interpretação dos Tratados, daí que este objectivo não seria atingido, se porventura, os Estados não aceitassem de todo considerar comentários posteriores à conclusão das diversas CDTs por eles celebradas. Este assunto gera, ainda assim, conflituosidade³⁷. LANG³⁸ afirma também que as alterações à CM da OCDE posteriores à celebração das CDT têm uma função extremamente limitada, pelo simples facto de as partes envolvidas na celebração das Convenções puderem não ter acordado as modificações, tais como estas podem ainda não ter sido aprovadas. De acordo com este autor, deve preferir-se uma interpretação estática em detrimento de uma interpretação dinâmica.

corporation is a conduit for another person only where the corporation had absolutely no discretion as to the use of funds received by it in that capacity or could act only on that other person's instructions."

³⁶ V.g. Art. 7.º e 12.º da CM da OCDE.

³⁷ O que é bastante claro em jurisprudência diversa, como sucede, a título de exemplo, no Canadá, visível na divergência de soluções adoptadas entre *MIL (Investments) SA v. The Queen* e *Sommerer v. The Queen*.

³⁸ LANG M., *Later Commentaries of the OECD Comitee on Fiscal Affairs, Not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties*, Intertax, 1997, p.8.

2.4.3. Conteúdo e relevo dos comentários à Convenção Modelo da OCDE

O Comentário da OCDE tem sido modificado consecutivamente, tendo-se incorporado (em algumas dessas modificações) o conceito de BE. Embora careça ainda assim de desenvolvimentos, clarifica-se logo desde início que um intermediário (agente ou *nominee*) é um proprietário formal cujos poderes são tão limitados que acabam por redundar nos de um mero fiduciário ou administrador que actua por conta de outrem, não constituindo um beneficiário efectivo.

Algumas das questões levantadas são esclarecidas mediante a referência ao Comentário de 2014 ao artigo 10.º da CM § 12.1, conforme explicitado *infra*³⁹. Aqui é referido que o BE deve ser entendido de acordo com o contexto em causa e à luz do que é o objecto e o propósito da Convenção (evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal) e, caso o rendimento seja recebido por um residente de um EC, actuando na qualidade de *agente, nominee* ou *conduit company* seria inconsistente com o objectivo das CDTs conceder benefícios nesses casos. Aí, o valor do comentário é facilmente identificável, pois é do comentário que se extrai que nestes casos estamos perante um mero fiduciário ou administrador a actuar em nome de outra pessoa, essa sim o BE do rendimento.

Ilustrativo da importância dos Comentários é o caso *09-01478, Denmark, 2010*. Um fundo de investimento adquiriu uma Danish HoldCo através de uma Lux HoldCo. Os dividendos distribuídos à Lux HoldCo foram reinvestidos pela Danish HoldCo sob a forma de dois empréstimos (no mesmo montante dos dividendos). A legislação doméstica dinamarquesa impunha uma taxa de retenção na fonte de dividendos de 28%, possível de ser reduzida para 5% de acordo com a CDT entre a Dinamarca e o

³⁹ *Vd. Comentário OCDE 2014 ao art. 10.º, §12.1. - “The term beneficial owner is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance e ainda que where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of an agent or a nominee, it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption...It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.”*

Luxemburgo. A questão principal do caso era a de saber se a Lux HoldCo poderia ser considerada como BE dos dividendos.

O Tribunal aceitou essa classificação (considerando a *holding* luxemburguesa como BE), baseando-se nos comentários à CM⁴⁰ e afirmando que uma *conduit company* só pode ser desconsiderada caso a sociedade possua poderes muito limitados para dispor dos dividendos/juros que auferir. No caso em apreço, a Lux HoldCo chegou mesmo a emprestar e investir um montante (embora igual) na Danish HoldCo.

3. As modificações de 2014 à Convenção - suas implicações relativas ao beneficiário efectivo

3.1 Alterações aos comentários antes de 2014

Como mencionámos, as primeiras referências à noção de BE ao nível convencional surgiram em 1977. O conceito foi revisitado nas alterações ao comentário de 2003 à CM⁴¹. No entanto, tais alterações não introduziram modificações relevantes no que respeita à interpretação desse conceito. Bem pelo contrário, algumas das adições aumentaram certas dúvidas que há muito tempo se colocavam sobre o conceito.

Em 2011, e face às críticas existentes ao nível da doutrina, da jurisprudência e das autoridades tributárias, o Comité de Assuntos Fiscais retomou a discussão⁴², o que resultou nas alterações ao número 2 dos artigos 10.º e 11.º dos artigos da CM e dos comentários a esta, em Julho de 2014.

Após a análise desses preceitos, observa-se que não ocorreu uma variação substantiva do conteúdo, mas sim uma redacção mais clara e cuidada, elaborada no sentido de evitar interpretações incorrectas ou abusivas do conceito. Em nossa opinião, os esclarecimentos introduzidos poderiam já ser aferidos a partir de uma interpretação cuidada das versões anteriores dos comentários.

⁴⁰ Vd. Comentário OCDE 2003 ao art. 10.º, § 7, 12., 12.1, 12.2.

⁴¹ Para além disso, o *Report of the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors on the Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles* também não contribuiu em muito.

⁴² V.g. *Clarification of the Meaning of “Beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention: Discussion Draft*, Paris, 2011 e *The meaning of Beneficial Owner, revised Discussion Draft, Unclassified report*, CTPA, Comité de Assuntos Fiscais, 2012.

Nas primeiras redacções, parecia ser de exigir ao contribuinte que reunisse em si a condição de receptor do pagamento e de beneficiário, em simultâneo, de modo a aceder aos benefícios dos tratados e conseqüente limitação à tributação na fonte. A opção por esta interpretação resultava do emprego dos termos “*such dividends*” como pressuposto de facto de acesso à tributação na fonte⁴³. A segunda parte do segundo parágrafo⁴⁴ dos artigos em causa exigia, então, que o receptor do pagamento fosse também o beneficiário do rendimento. O elemento literal conferia uma certa força a esta interpretação.

Contudo, desde 1977, que esta segunda parte do 2.º parágrafo requer a residência no outro Estado Contratante do BE dos rendimentos. Assim os benefícios dos tratados seriam aplicáveis sempre que o pagador fosse residente num dos EMs e o BE da contraparte, incluindo as situações nas quais o BE fosse intermediário num Estado terceiro.

Entre 1977 e 1995 já existiam dúvidas sobre a cumulação dos dois requisitos na mesma pessoa. A alteração à CM de 1995⁴⁵ eliminou a referência ao receptor de rendimentos como pressuposto de acesso à limitação na tributação na fonte. A modificação de 1998⁴⁶ operou no mesmo sentido.

Começou a ser cada vez mais claro que a única condição a merecer destaque é a residência do BE, juntamente com a residência no outro Estado Contratante do pagador.

⁴³ *Vd. The meaning of Beneficial Owner, revised Discussion Draft, Unclassified Report, CTPA, Committee on Fiscal Affairs, 2012.*

⁴⁴ *Vd. Nota de rodapé nro. 43.*

⁴⁵ Artigos 10.º, § segundo da CM da OCDE na sua versão de 1995, “(...) Esses dividendos podem, no entanto, ser igualmente tributados no Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos e de acordo com a legislação desse Estado, mas se o beneficiário efectivo dos dividendos for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá: a) 5% do montante bruto dos dividendos, se o seu beneficiário efectivo for uma sociedade (com excepção de uma sociedade de pessoas) que detenha, directamente, pelo menos 25% do capital da sociedade que paga os dividendos; b) 15% do montante bruto dos dividendos, nos restantes casos (...)”. Com ressalva das outras condições impostas pelo artigo, a limitação do imposto cobrado no Estado da Fonte mantém-se disponível quando um intermediário, como seja um agente ou um mandatário, situado num Estado Contratante ou num Estado Terceiro se interponha entre o beneficiário e o pagador, mas o beneficiário efectivo seja residente do outro Estado contratante. O texto da CM foi alterado em 1995 para clarificar esta questão que tem constituído a posição constante dos Estados Contratantes. E ainda o art. 11.º, § segundo da CM da OCDE (1995), “(...) No entanto, esses juros podem ser igualmente tributados no Estado contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas se o beneficiário efectivo dos juros for residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá 10% do montante bruto dos juros (...)”.

⁴⁶ *Vd. Nota de de rodapé nro.45.*

3.2 Alterações aos textos dos artigos e ao comentário de Julho de 2014

Com as alterações mais recentes (Julho 2014) à CM (com modificações ao texto dos artigos e ao texto do Comentário), pretende-se resolver a aparente necessidade postulada no 2.º parágrafo de que o receptor seja residente noutro Estado Contratante, tal como apontado pelo parágrafo primeiro.

As primeiras propostas da CM incluíam o conceito de BE na primeira epígrafe, afectando esta inclusão, posteriormente, todo o preceito. Aplicava-se tanto às disposições distributivas do poder tributário como à parte referente à limitação do exercício no EF. Posteriormente este ficou somente a afectar a segunda parte.

Embora a redacção pareça clara, surge, ainda assim, a necessidade de conjugar as versões anteriores com a actual. Esta necessidade advém da discrepância entre a posição tomada pelas ATs, que ao basearem-se em versões anteriores, defendem a exigência pelo duplo requisito e a própria OCDE que, desde os primeiros tempos da CM, parece sustentar como única exigência a residência noutro Estado Contratante do BE.

No que diz respeito ao Comentário, observa-se que este refere repetidamente a desnecessidade da dupla condição de residente e BE. Atribui ainda poder tributário ao ER da entidade pagadora, sendo irrelevante, em princípio a residência do receptor ou do BE. Embora, claro está, esta assuma particular relevância aquando da aplicação do crédito fiscal.

Desenvolveram-se alguns subparágrafos e modificaram-se alguns termos empregues. O primeiro parágrafo sofre uma renumeração, embora o conteúdo se mantenha praticamente na sua totalidade. Ocorre uma substituição da referência a que o rendimento *tenha sido imediatamente recebido por um residente no outro Estado por pago directamente a um residente do outro Estado*⁴⁷. A segunda parte do segundo parágrafo passou a ser o 12.1. A anterior primeira parte do subparágrafo primeiro passa a ser considerado o segundo subparágrafo, substituindo-se a referência ao *recebimento por parte do intermediário por pago a um intermediário*⁴⁸. A segunda parte do antigo subparágrafo primeiro passa a ser o subparágrafo terceiro, referindo-se parte do *Report*

⁴⁷ *Vd.* Comentário OCDE 2014 ao art. 10.º, §12.1.

⁴⁸ *Vd.* Comentário OCDE 2014 ao art. 10.º, §12.2.

sobre *Conduit Companies*⁴⁹. A subepígrafe segunda é vertida na sétima epígrafe, reafirmando-se a necessidade das modificações de 2014.

As alterações com maior destaque encontram-se, a nosso ver, nos parágrafos quarto a sexto do Comentário.

Primordialmente ocorre uma renúncia definitiva ao sentido doméstico. São diversas as interpretações que podem operar em relação ao BE, i.e., i) de acordo com o artigo 3 (2) que abarca uma sentido doméstico; ii) por recurso a uma interpretação autónoma resultante do âmbito convencional ou ainda iii) por recurso a uma interpretação autónoma segundo o âmbito internacional. Agora⁵⁰ aclara-se esta questão, diminuindo as dúvidas que ainda pudessem persistir quanto à interpretação recorrendo ao sentido técnico e legal. Atendendo ao facto do termo BE ter sido introduzido com o intuito de solucionar potenciais dificuldades resultantes da utilização de expressões tais como, “pago (...) a um residente” – *Cfr. Artigo 10.º, n.º 1*, pretendeu-se que o conceito fosse interpretado neste mesmo contexto e não com referência a qualquer outro significado técnico assumido ao abrigo da lei doméstica de determinado país (com efeito, quando o termo foi adicionado ao referido artigo, não tinha uma definição exacta na lei doméstica de vários países). Assim, o termo BE não é usado em sentido técnico estrito mas ao abrigo do espírito e objecto subjacentes à Convenção.

Conclui-se pela i) necessidade de interpretar o conceito contextualmente, renunciando à *lex fori*; ii) “*paid to*” é a ratio da norma; iii) a exclusão total de qualquer significado oriundo da legislação doméstica; iv) exclusão do significado de acordo com o *equity* anglo-saxónico possibilitando que os *trustees* sejam qualificados como BE. Arriscamo-nos a afirmar que este poderá ser, possivelmente, o impacto mais relevante relativo a este tópico.

Opta-se por uma definição mais clara, explicitando o *modus operandi* do conceito. A anterior definição pela negativa criou desde sempre diversos problemas, impossibilitando a percepção do conceito através de uma interpretação estrita e limitativa, dando aso a que se encontrem os mais variados termos de comparabilidade com os institutos usados na delimitação negativa (intermediários, agentes, etc.). Em 2014 o objectivo passou por dar ênfase à possibilidade (aliás direito) do desfrute de

⁴⁹ *Vd.*, Report do Comité Fiscal intitulado *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*.

⁵⁰ Embora já na versão do Comentário OCDE 2003 se afirmasse a necessidade da consideração pelo contexto.

rendimentos não limitada por uma obrigação contratual ou legal de transmitir o pagamento recebido a outro sujeito. Esta opção suscita, contudo, questões caso estejamos perante a figura dos *trusts*, pois o *trustee* não pode usufruir ilimitadamente do rendimento, o que o excluiria da noção de BE (contrariando a referência expressa que é feita pela CM no sentido de inclusão deste instrumento). Parece ser de notar uma prevalência do sentido económico sobre o sentido jurídico, de modo a contornar a problemática referenciada. A CDT entre o Reino Unido e a Alemanha reitera esta prevalência, tal como os comentários referidos em *Prévost Car*. Ressalvamos a existência de uma certa indeterminação da definição, quer qualitativa quer quantitativa, pois a CM não esclarece o tipo de limitação-obrigação requerida nem se é exigida a transmissão total ou parcial do direito do desfrute. Embora a OCDE opte pela não inclusão do usufruto no conceito de BE, a mera afirmação pela não necessidade de transferir um direito absoluto e completo leva-nos a optar por entendimento contrário. Esta hipótese permite ainda que as sociedades de financiamento e veículos similares possam ser incluídos na definição (desde que haja unidade e conexão no raciocínio usado). Em diversas situações, tais como nos casos de intervenção de “agentes” ou “fiduciários”, o beneficiário directo dos dividendos não corresponde ao BE, assim, o direito de uso e fruição do dividendo por parte do beneficiário não efectivo encontra-se limitado por uma obrigação legal de transmitir o dividendo para o beneficiário efectivo. Importa igualmente salientar que o artigo 10.º refere o termo beneficiário efectivo, por contraposição ao detentor das acções, o qual poderá não corresponder à mesma pessoa em algumas situações.

É ainda possibilitada a determinação da obrigação de transmitir o rendimento em substância, desmistificando a obrigatoriedade de um documento legal de base (muito embora a tarefa de identificação do BE seja facilitada caso estejamos perante um contrato ou figura equivalente).

De notar igualmente que o BE se refere aos direitos sobre os rendimentos e não sobre os activos que dão origem ao rendimento.

Concordamos também com o significado de BE, reafirmado pela CM de 2014, de que este conceito não significa beneficiário final ou a pessoa que controla a entidade ou os activos (aliás, a entidade para a qual é transmitida o rendimento pode ser considerada o BE, embora seja outra pessoa a exercer o efectivo controlo sobre a entidade, o que sucede no caso dos accionistas).

O facto do beneficiário directo ser considerado o beneficiário efectivo do rendimento não significará, contudo, que a limitação da taxa máxima prevista no número 2 do artigo em referência deva ser automaticamente concedida. Ou seja, esta prerrogativa não deverá ser atribuída nos casos em que tenham sido usados esquemas fraudulentos com o intuito de beneficiar das taxas reduzidas. Embora o conceito de BE lide com algumas formas de evasão fiscal (i.e., os casos que envolvem a interposição de um destinatário que é obrigado a transmitir o dividendo para outra pessoa), ele não lida com casos de *treaty shopping* pelo que, não deverá considerar-se como limitador da aplicação de outras abordagens para a resolução desses casos.

O significado atribuído ao conceito no âmbito da CM deverá então distinguir-se do significado que tem sido dado a esse termo no contexto de outros instrumentos, designadamente relativamente a pessoas singulares que exercem o controlo final sobre entidades ou bens. De facto, o significado atribuído no âmbito das pessoas singulares, não poderá ser reconduzido ao mesmo que se verifica nos termos da redacção do artigo 10, n.º 2, al. a) que se refere à situação em que uma sociedade é o BE do dividendo. No contexto do artigo 10.º, o termo BE pretende solucionar dificuldades decorrentes da utilização de termos tais como “pagos a” em relação aos dividendos, em vez de dificuldades relacionadas com a propriedade das acções da sociedade que paga esses dividendos. Por esse motivo, não seria adequado, no contexto do referido artigo, considerar um significado que foi atribuído ao conceito no âmbito de pessoas singulares que exercem o controlo efectivo sobre uma pessoa colectiva.

O BE não deve ser considerado uma regra de anti-abuso e o recurso ao BE não diminui o âmbito de aplicação daquela⁵¹, ocorrendo, através das alterações de 2014, uma tentativa de destriça entre estes dois instrumentos (BE e normas anti-abuso).

As modificações de 2014 não devem levar a interpretações diferentes das CDT feitas antes e após estas alterações. O conceito, através da sua clarificação, mais do que propriamente a alteração ou reorientação, aumenta sim o seu âmbito de aplicação.

Não esqueçamos que quer a CM da OCDE quer os comentários nunca estarão isentos de imperfeições, mas o mero facto de terem subsistido durante 50 anos revela a importância que ainda têm.

⁵¹ Tais como *look-through approach*, *exclusion approach*, *subject-to-tax approach*, *channel approach*, *limitation on benefits rule*.

4. Aplicação prática em casos seleccionados

4.1. O problema equacionado envolvendo *holdings* e sociedades de financiamento

4.1.1. A noção de *holding* e a sua importância no comércio internacional

O uso continuado e crescente de estruturas de *holdings* e de financiamento conduziu a novos desafios ao nível tributário. Para evitar retenções na fonte de montante elevado, uma ou mais *holdings* são interpostas numa estrutura inicialmente de fácil análise. Por vezes a sociedade interposta é o BE, mas noutros casos estamos apenas perante estruturas *back-to-back*⁵².

Uma sociedade *holding* tem por objecto a detenção de uma carteira de títulos (distinguindo-se entre sociedade financeira ou de investimento⁵³ e sociedade *holding* no sentido estrito⁵⁴). A doutrina americana, francesa e italiana caracteriza-a como uma sociedade que detém participações no capital de outra sociedade, ainda que não relevantes ou duradouras. Nas jurisdições suíças e luxemburguesas, a expressão é usada apenas nos casos em que *holding* seja pura. Este tipo de *holding* apresenta um carácter instrumental, funcional ou relativo relativamente a toda a estrutura, resultando até numa desconsideração da personalidade jurídica e não representando as acções e/ou quotas das sociedades investidas verdadeiras fracções de património novo. O objecto exclusivo destas é a detenção de participações noutras sociedades⁵⁵.

É de fácil percepção as consequências que advêm da aplicabilidade desta figura, entre as quais questões de *equity accounting*⁵⁶, a adopção de regimes fiscais específicos no tocante a *intercompany dividends* e a extinção das participações sociais em detrimento de aumentos de capital em caso de incorporações ou fusões entre as participadas e a *holding*⁵⁷, existindo então a necessidade de exonerar total ou

⁵² Estruturas nos quais os intervenientes transferem todos os direitos e obrigações para um terceiro.

⁵³ Uma sociedade financeira ou de investimento tem como objectivo a criação de mais-valias ou a rentabilização do capital investido.

⁵⁴ Este tipo de sociedade destina-se a exercer os direitos sociais inerentes às participações com o objectivo de intervir na gestão ou obter o controlo das participadas.

⁵⁵ Diferindo das sociedades *holding* mistas que acrescentam actividades ao seu objecto principal.

⁵⁶ O património da *holding* é avaliado de acordo com o património das investidas/participadas.

⁵⁷ Muito embora estas figuras se verifiquem maioritariamente noutras jurisdições.

parcialmente as distribuições de dividendos. Esta tarefa revela-se difícil quando entre as sociedades participadas e o BE estiverem interpostas diversas *holdings*.

4.1.2. Sociedades *Holding* e Sociedades Gestoras de Participação Sociais (SGPS)

Na legislação portuguesa (muito embora o regime jurídico seja diferente, o conceito básico é o mesmo) podemos estabelecer uma correlação entre a *holding* e as Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS), cuja origem remonta às sociedades de controlo⁵⁸. Estas sociedades tinham por objecto social a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indirecta de exercício de actividades económicas.

Através do Decreto-Lei n.º 495/88 de 30 de Dezembro⁵⁹ instituiu-se o regime jurídico que permitiu aos empresários reunir numa só sociedade todas as suas participações sociais, em ordem à sua gestão centralizada e especializada, introduzindo-se incentivos específicos.

Este regime define a SGPS como um instrumento de gestão de um determinado tipo de activos, gerador de valor acrescentado⁶⁰. De entre diversas características destacam-se: i) as acções e quotas a adquirir podem ser detidas por sociedades estrangeiras; ii) a participação deve ser detida directamente pela SGPS ou indirectamente através de sociedades dominadas pela SGPS⁶¹ sem carácter ocasional e igual ou superior a 10% do capital com direito de voto⁶²; iii) a acessoriedade⁶³; iv) a própria estrutura; v) obrigações; vi) supervisão e vii) sanções.

Relativamente ao regime fiscal das SGPS, este foi revogado pela Lei n.º 109-B/2001 de 27 de Dezembro⁶⁴. Actualmente, e em grande parte, graças à reforma do IRC de

⁵⁸ Criadas através do DL n.º 271/72 de 2 de Agosto, tendo este regime vigorado entre 1972 e 1988.

⁵⁹ Com as alterações que foram introduzidas pelo DL n.º 318/94 de 23 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 378/98 de 27 de Novembro e pela Lei n.º 109-B/2001 de 27 de Dezembro.

⁶⁰ O diploma afirma que as SGPS “*têm como único objecto contratual a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indirecta de exercício de actividades económicas*”.

⁶¹ Art. 486º/1 CSC.

⁶² Este requisito está estritamente relacionado com o estipulado pelo CSC. Em casos excepcionais, em função do valor proporcional, do valor absoluto de aquisição, da forma de aquisição e da relação com o adquirente, a percentagem de detenção pode ser inferior.

⁶³ As SGPS podem ainda exercer actividades tais como prestação de serviços, aquisição de imóveis, concessão de crédito, entre outras.

⁶⁴ De acordo com este regime, as mais-valias seriam tributáveis em sede de IRC excepto quando: i) as partes de capital fossem detidas há mais de um ano; ou ii) há mais de três anos se adquiridas a entidades relacionadas, off-shores e/ou sujeitas a regime especial de IRC. As menos-valias seriam tributadas em

2014 (Lei n.º 83-C/2013), Portugal poderá ser considerado como sendo uma jurisdição que, através da localização de *holdings* (como sucede no Luxemburgo, Países Baixos, Áustria) permite um incremento da eficiência fiscal. A tributação dos dividendos tornou-se apelativa tal como a das mais e menos valias.

Especificou-se igualmente o regime das sociedades estrangeiras controladas, ficando excluídas do regime de imputação de lucros determinadas entidades⁶⁵. Por fim, teceram-se considerações relativas à eliminação da dupla tributação internacional (jurídica e económica) sobre os dividendos, aos lucros e prejuízos de estabelecimentos estáveis sítios no estrangeiro e ainda quanto à liquidação das sociedades.

Após estas considerações genéricas relativas a *holdings*, passamos ao exame de casos de estruturas em que as *holdings* utilizadas criam desafios no que toca à sua classificação como BE dos rendimentos. Através destes casos, tentaremos clarificar alguns dos critérios essenciais do conceito de BE quando aplicados a estruturas que incluem *holdings*. Fazemos isto na convicção de que grande parte das discussões doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao conceito de BE se colocam quando estamos perante estruturas que incluem *holdings*.

5. Casos seleccionados

5.1. Case No. 11-0298261⁶⁶

Neste primeiro caso sob análise, o contribuinte é uma sociedade luxemburguesa cuja estrutura é equacionada através de várias *holdings* (duas das *holdings* foram estabelecidas na Dinamarca e as outras duas *holdings* no Luxemburgo), considerada a opção mais viável de modo a atingir diversos objectivos, entre eles i) a detenção de acções na Dinamarca; ii) a captação de empréstimos bancários externos; iii) a captação

apenas 50%, excepto quando fosse aplicável a exclusão de tributação das mais e menos-valias em sede de IRC.

⁶⁵ As entidades excluídas são as que se qualifiquem como sendo sujeitas a um regime fiscal privilegiado, cujos rendimentos resultem em mais de 75% de um actividade agrícola ou industrial no território onde estão estabelecidas ou um actividade comercial ou de prestação de serviços que não seja predominantemente dirigida ao mercado português e ainda entidades cuja actividade principal não seja i) banca ou seguros; ii) detenção e gestão de participações <5% ou em paraísos fiscais; iii) operações sobre outros activos financeiros, direitos da PI, *know-how* ou iv) locação de bens, excepto imóveis sítios no território de residência.

⁶⁶ *Vd.* Caso No. 11-0298261 23 de Novembro de 2012.

de garantias bancárias; iv) facilidade na gestão de investimentos e v) admissão de co-investidores.

Foram realizados quatro empréstimos (Bermuda-Luxemburgo, Luxemburgo-Subsidiária Luxemburguesa, Subsidiária Luxemburguesa-Dinamarca, Dinamarca-Subsidiária Dinamarquesa) com características idênticas (data de pagamento, montante, juros, maturidade), exceptuando o empréstimo concedido às sociedades dinamarquesas, cuja taxa de juro foi de 12% por ano, enquanto a taxa de juro do empréstimo concedido às sociedades luxemburguesas foi de 11,91% por ano. As Autoridades Tributárias dinamarquesas consideraram que as sociedades luxemburguesas permitiam o fluxo dos rendimentos das sociedades dinamarquesas para as Bermudas, sem obstáculos, dado que somente uma possível escassez de liquidez podia justificar o não pagamento dos juros por parte das sociedades luxemburguesas (o que não era o caso, pois estas estavam a ser constantemente financiadas pelas dinamarquesas).

O Tribunal afirmou que a entidade luxemburguesa não poderia arrogar-se de uma retenção na fonte de 0% (resultante da aplicabilidade da CDT entre a Dinamarca e o Luxemburgo) pois não qualifica como BE do rendimento. Os juros eram directamente pagos à sociedade nas Bermudas.

A particularidade deste caso reside no seguinte: embora o Tribunal não considere a entidade luxemburguesa como BE, atribuiu-lhe uma qualificação similar através do recurso a legislação interna e ainda admite que existiu distribuição de dividendos das entidades dinamarquesas para as entidades luxemburguesas. Esta conclusão foi retirada dos **contratos** que subjazem à atribuição dos empréstimos. A **análise da base legal** continua a possuir relevância, devendo ser incluída na *checklist* que se pretende apresentar com esta dissertação.

Por outro lado, a aceitação da distribuição dos próprios dividendos consubstancia outros elementos descritivos de BE, entre eles, a assunção de uma **actividade própria**, e de um **risco** inerente a essa actividade.

5.2. Caso No. 11-00210⁶⁷

Um fundo de capital de risco (a JF1), domiciliado em Jersey, adquiriu uma sociedade dinamarquesa (a DC2). Esta foi adquirida através da interposição de uma *holding* (DH1) na Dinamarca. O capital social residual pertencia a um fundo dinamarquês (DF1). A aquisição da *holding* foi financiada através de empréstimos.

Em 2005, o fundo de capital de risco (JF1) atribuiu um empréstimo à DH1, a uma taxa de juro de 9%. Em 2006, o fundo cedeu o seu crédito na DH1 a uma nova *holding* sediada no Luxemburgo (LG2). Seguidamente, a LG2 adquire a participação do fundo na sociedade. Esta aquisição foi paga através de um empréstimo que JF1 lhe fizera. O empréstimo dos accionistas da LG2 equivalia ao montante da dívida entre LG2 e DH1. De acordo com os dois cenários de dívida entre DH1 e LG2 e entre LG2 e JF1, os juros, à taxa de 9.875% por ano, foram acumulados até serem reembolsados em Novembro de 2007. DH1 reembolsou o empréstimo, juntamente com os juros, à LG2 a 1 de Novembro de 2007.

A questão primordial centra-se na consideração (ou não) da *holding* luxemburguesa (LG2) como BE dos juros, podendo, consequentemente, beneficiar do artigo 11.º da CDT entre a Dinamarca e o Luxemburgo, isentando-se de retenção na fonte.

A relevância deste caso é grande. O Tribunal considerou os comentários da CM, posteriores à celebração da CDT entre a Dinamarca e o Luxemburgo, como não apresentando verdadeiras alterações, mas somente clarificações. Tratando-se de uma organização intra-grupo, na qual ocorria um efeito de neutralização de tributação ao nível da LG2, não se deveria considerar a *holding* luxemburguesa como BE, relevando os factos descritos para a sua qualificação enquanto *conduit company*, ou seja, os elementos identificadores mais notórios no caso descrito foram quer a **substância** (que podemos classificar como física, económica ou outra), o **uso e fruição do rendimento**, a **relação entre o rendimento recebido e o rendimento distribuído** (fluxo automático e transmissibilidade directa) e ainda os **montantes em causa** (idênticos e pré-determinados).

⁶⁷ *Vd.* SKM2012.409LSR de 31 de Janeiro de 2012.

5.3. Case PUT⁶⁸

A PT Indosat Tbk, adiante Indosat, sociedade residente na Indonésia, efectuou pagamentos de juros à Indosat Finance BV, adiante IFB, sociedade domiciliada nos Países Baixos. A IFB é uma subsidiária do sujeito passivo (Indosat). Foi criada em Outubro de 2003 com o propósito de captar financiamentos, através da emissão de obrigações, garantidas pela Indosat.

Em Novembro de 2003, a IFB celebrou um acordo para conceder um empréstimo de longo prazo à Indosat⁶⁹. No mesmo dia, a IFB emitiu obrigações de longa duração, garantidas pela Indosat, nos mesmos termos e condições do empréstimo anteriormente concedido. Em 2004, todo o rendimento da IFB era composto pelos juros recebidos da Indosat. Tais rendimentos foram posteriormente pagos em forma de vales aos obrigacionistas. A IFB não possuía empregados e tinha dois directores: i) um *trust* dos Países Baixos e ii) uma pessoa singular da Indonésia.

A Indosat, baseando-se no número 4 do artigo 11.º da CDT entre a Indonésia e os Países Baixos⁷⁰ invoca a isenção de retenção na fonte. Acontece que a Autoridade Tributária dos Países Baixos não partilhou do mesmo ponto de vista, aplicando a taxa de retenção na fonte de 20% constante da lei doméstica aos juros da transacção em causa.

A linha argumentativa da IFB passou por justificar a actividade empresarial como uma actividade substancial, a escolha da jurisdição dos Países Baixos deveu-se ao seu reconhecimento como centro financeiro global (possibilitando uma mais eficiente captação de financiamento). É ainda afirmado que a IFB é residente nos Países Baixos, o que aliás foi comprovado através da apresentação de um certificado de residência.

Para a AT dos Países Baixos, a IFB não passa de uma *conduit company*, pois os juros foram imediatamente transferidos para terceiros, os accionistas são residentes na Indonésia, o local de direcção efectiva é na Indonésia e posto isto, não se pode, de todo, considerar a IFB como o BE do rendimento.

⁶⁸ *Vd.* 23288/PP/M.11/13/2010 de 27 de Abril de 2010.

⁶⁹ USD 300 milhões, juros a 7,75% por ano e com data de maturação estabelecida para 5 de Novembro de 2010.

⁷⁰ Art. 11.º da Convenção entre a Indonésia e os Países Baixos, “(...) *interest arising in one of the two States shall be taxable only in the other State if the beneficial owner of the interest is a resident of the other State and if the interest is paid on a loan made for a period of more than 2 years or (...)*”.

O Tribunal decidiu a favor da AT, reiterando que um dos requisitos para se ser considerado BE é o de que a pessoa seja economicamente capaz de usufruir do juro, muito embora admita que o conceito é deveras abstracto. O tribunal recorre aos ensinamentos de VOGEL⁷¹ e ao Comentário da CM de 2005 ao artigo 11, parágrafo 10⁷². Invoca a doutrina da substância sobre a forma, afirmando que a IFB não detém nenhum controlo efectivo sobre os rendimentos, logo não pode ser considerada o BE.

A *checklist* tida em conta pelo Tribunal foi a seguinte: i) a IFB foi somente criada para a captação de investimento para a Indosat; ii) as obrigações eram garantidas na totalidade pela Indosat; iii) a IFB não assumia nenhum risco de crédito ou de juro; iv) as despesas da IFB eram quase na totalidade resultantes de pagamentos de juros; v) a IFB pagou 99,56% do montante de juro recebido do Indosat a terceiros; vi) ausência de pagamentos de salários e vii) inexistência de bens físicos.

A nosso ver, a linha argumentativa usada pelo Tribunal é extremamente coerente e permite a verificação de elementos caracterizadores para o BE. Um dos factores que mais se destaca é a questão da **directão efectiva** da sociedade. A IFB é constituída por um número reduzido de empregados, estes são residentes na Indonésia e as reuniões a realizar e decisões a tomar ocorrem certamente fora do Luxemburgo. Um destaque ainda para a **não titularidade do rendimento** da IFB e para o **factor temporal** da transmissibilidade do rendimento, ambos a não operar no sentido de caracterização da entidade em causa como BE.

5.4. International Power Opatovice 2⁷³

Os intervenientes do caso são a International Power plc (UK), International Power Opatovice (CZ), National Power (UK) Holdings (NL) e a International Power Holdings (NL).

⁷¹ Segundo VOGEL “*The beneficial owner is he who is free to decide (i) whether or not capital or other assets should be used or made available for use by the others; or (ii) on how the yields therefrom should be used; or (iii) both. The first and foremost reason why the term cannot be interpreted by reference of the domestic law of the State applying the treaty is that none of the national tax systems in question offer a precise definition of the term beneficial owner*”, in *Double Taxation Convention*, 3rd edition, 1997, Kluwer Law, p.562.

⁷² Comentário da CM de 2005 ao art. 11.º, § 10, “*(...) a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties (...)*”.

⁷³ V.g. Afs 86/2010-141.

Até a questão chegar ao Supremo Tribunal Administrativo Checo, determinados comentários foram feitos entre os quais destacamos o estabelecimento da IPH nos Países Baixos, evitando a retenção na fonte sobre os dividendos antes da República Checa fazer parte da EU (o que só sucedeu em 2004), aplicabilidade da doutrina da substância sobre a forma e a questão da existência de uma transacção meramente formal (sem substância económica). Tais alegações não convenceram os diferentes níveis de ATs chamados a apreciar o caso, os quais defendiam que a interposição da *holding* tinha como objectivo principal a sujeição a uma tributação menor, mesmo que não de direito.

O STA Checo considerou que não existiam provas suficientes para a AT concluir pela aplicação da CDT entre a República Checa e o Reino Unido, pois desconsidera a sociedade como BE. Não existiam factos suficientes relativos à actividade da IPH (o Tribunal afirmou ainda que não podia considerar factos posteriores ao segundo nível de autoridade tributária) e que na realidade os dividendos simplesmente fluíam através da IPH para evitar a tributação.

A nota mais importante do caso em apreço é a seguinte: que não se pode excluir, desde logo, que, pelo mero facto de os pagamentos dos dividendos serem feitos a **pessoa diferente dos accionistas da sociedade**⁷⁴, essa pessoa não pode ser considerada o BE desses rendimentos. Esta observação e análise dever ser realizadas através da **análise e revisão dos documentos** que estão na base dos fluxos financeiros.

5.5. Federal Administrative Court Decision A-6053/2010⁷⁵

No caso em apreço existia um terceiro (entidade americana) que seria o BE do fluxo financeiro existente entre a Gem Foundation e a UBS (Union de Banque Suisses). Contudo, este terceiro não era membro do conselho de administração da fundação, não tinha poderes signatários, não emitia decisões de investimento relativas à fundação e o próprio regulamento da fundação atribuía poderes discricionários extremamente amplos de redistribuição de activos.

A AT suíça (ESTV) optou pela não permissão da aplicabilidade da Convenção entre a Suíça e os EUA, pois afirmou que a detentora da conta UBS não seria o BE do

⁷⁴ De acordo com as recentes alterações à CM é definitivamente afirmado que o BE não tem de ser uma pessoa física, nem tão pouco o beneficiário final dos rendimentos.

⁷⁵ V.g. BVGE 2011/6 de 6 de Janeiro de 2011.

rendimento, baseando-se no escrutínio das seguintes noções: “*US persons*”, “*offshore company accounts*” e “*beneficially owned*”.

Contudo, após observação do cumprimento de critérios identificadores de BE presentes no uso da conta, o Supremo Tribunal Suíço defendeu que a entidade americana deveria ser considerada o BE dos fluxos financeiros resultantes da conta em questão, após análise exaustiva da CDT entre os Estados Unidos da América e a Suíça, da observância dos requisitos de luta contra o branqueamento de capitais da Suíça, do Comentário à CM da OCDE em vigor à data, da referência à assistência mútua administrativa em questões tributárias e das leis domésticas.

Do caso em apreço afere-se da **desconsideração** cada vez mais crescente (e aliás comprovada pelas modificações de 2014) **ao sentido doméstico** (releva sim o contexto). É também visível que a conjugação dos mais diversos instrumentos internacionais permite uma melhor e mais clara decisão em questões tributárias levantadas e uma melhor aferição da identidade do BE.

5.6. Caso SKM2012.121ØLR⁷⁶

Uma sociedade dinamarquesa pagou dividendos a uma S.à.r.l. luxemburguesa no montante de 5.500.000.000 DKK (a estrutura é tradicionalmente usada pelos fundos de investimento em operações de aquisição, sendo que no caso em concreto os investidores são a Goldman Sachs e a EQT). A responsabilidade de retenção na fonte era da sociedade dinamarquesa. A taxa doméstica era de 28%, de acordo com o *Danish Act on Corporate Taxation* (SEL), com possibilidade de redução com base na CDT entre a Dinamarca e o Luxemburgo. Posteriormente a S.à.r.l. empresta uma parte considerável do dividendo de volta à sociedade dinamarquesa. Em simultâneo, esta última efectua um aumento de capital num das suas subsidiárias dinamarquesas, usando o empréstimo da S.à.r.l. (ocorrendo a conversão do empréstimo em acções da sociedade). Em seguida, a subsidiária faz uso do dinheiro para adquirir uma terceira sociedade dinamarquesa.

A AT dinamarquesa considerou que a S.à.r.l. era uma mera *conduit company*, não sendo BE do dividendo. De facto, os seus accionistas é que seriam os beneficiários finais do rendimento. Nesses termos, negou o recurso ao artigo 10.º da CDT entre a

⁷⁶ SKM 2010.268 LSR (Taxpayer prevails) – confirmado pelo Supremo Tribunal a 20 de Dezembro 2011 – SKM 2012.121 Ø.

Dinamarca e o Luxemburgo (e a aplicação da taxa de retenção na fonte mais reduzida, aí disposta).

O Supremo Tribunal teceu vários comentários. Os mais importantes para a noção de BE são os seguintes: i) o termo BE não é conhecido da lei dinamarquesa (embora, por diversas vezes, os tribunais dinamarqueses optem por recorrer à lei doméstica. Na lei dinamarquesa entendeu-se que não será pertinente a aplicação do conceito de BE nos casos em que os pagamentos efectuados não são transferidos para outra entidade), devendo prevalecer uma interpretação autónoma; ii) o mesmo deve ser interpretado à luz da CM da OCDE e dos comentários⁷⁷; iii) o simples recebimento por parte da *holding* dos dividendos provenientes das suas subsidiárias não pode ser considerado como uma presunção de abuso das convenções, mesmo que os titulares sejam residentes de um país que não possua convenções; iv) existe abuso caso os dividendos sejam, de facto, transferidos ou destinados a ser transferidos para residentes em países que não sejam membros da EU, com os quais não se tenha celebrado uma CDT.

A S.à.r.l. foi, pois, considerada BE do dividendo, não havendo responsabilidade de pagamento de retenção na fonte à taxa doméstica dinamarquesa, dado que o dividendo transferido para a sociedade dinamarquesa seria visto como um empréstimo convertível. Há que notar que o caso em apreço não tem efeito nos restantes casos pendentes em tribunal, nos quais os dividendos pagos pelas subsidiárias foram transferidos da *holding* para os accionistas desta.

A importância do caso para o nosso estudo é clara. O simples facto de estarmos perante a figura de uma *holding* que recebe dividendos e tem poderes de gestão, não deve, à partida, levar a conclusões imediatas sobre a identidade do efectivo titular dos rendimentos. Aliás, deve-se analisar toda a estrutura de financiamento, tendo por base a **quantidade de sociedades interpostas** (aqui deve verificar-se quem detém o controlo efectivo do rendimento. Ou seja, para desconsiderar a *holding* como BE dos dividendos, será necessário que o detentor final das acções da *holding* exerça **controlo efectivo** sobre a empresa e sobre o grupo), a **fonte de financiamento** e a figura do *follow the money*⁷⁸. Estes requisitos são úteis, embora o Supremo Tribunal se tenha baseado antes

⁷⁷ *Vd.* Comentário OCDE 2003 ao art.10.º, § 12.,12.1 e 12.2. O Tribunal também se baseou no *Report* do Comité Fiscal de 1986.

⁷⁸ O *follow the money* é um procedimento usado em investigações financeiras, envolvendo transacções suspeitas efectuadas por veículos de investimento, procurando desvendar o BE dessas operações. Esta figura, nos mais diversos casos, permite perceber a origem do rendimento e para onde o mesmo se dirige.

no facto do dividendo não ter sido sujeito a um mero *pass-through* para uma sociedade localizada num Estado não contratante, mas antes ter sido convertido num empréstimo pago de volta à sociedade dinamarquesa.

Aliás, pese embora não seja possível extrair grandes orientações da decisão do Supremo para futuros casos, atendendo à atipicidade da situação apreciada, foi uma decisão importante no seio da indústria de “*private equity*”, na qual é usual os dividendos (ou juros) não serem transferidos para o “beneficiário final”, sendo antes usados como dívida na *holding*.

6. Análise dos casos seleccionados em conjugação com as clarificações de 2014 à Convenção Modelo da OCDE, explicando quais os critérios identificadores de Beneficiário Efectivo

Primeiramente, o conceito de BE, como se denota da explanação dos casos *supra*, é tão relevante que as clarificações aos comentários à CM da OCDE de 2014 relativos aos artigos 10, 11 e 12 lhe dizem integralmente respeito. Aliás, como sucede no caso 5.2. (Caso No. 11-00210), meras clarificações à CM devem ser tidas em conta pelos Tribunais, mesmo que posteriores às CDTs em causa. Estes comentários aos três artigos são extremamente semelhantes, daí se ter feito maioritariamente referência a um deles para explicar o nosso ponto de vista ao longo de toda a dissertação. A sua destriça tem por base os diferentes tipos de rendimento conforme é sabido. É de notar que, e conforme se denota em praticamente todos os casos, os dividendos incluem não só a distribuição de lucros, como também *stock dividends*, e ainda rendimentos resultantes de liquidações ou de resgates de acções. Somente os juros resultantes de empréstimos de bancos é que serão, tendencialmente, excluídos (não sendo estes sujeitos a retenção na fonte, não se prevê a necessidade de aferir da aplicabilidade ou não das CDTs).

Em seguida, e conforme facilmente verificável no caso 5.5. (Federal Administrative Court Decision A-6053/2010) renunciou-se definitivamente ao sentido doméstico conferido ao BE. Aliás, existem variadíssimas tentativas por parte das jurisdições domésticas de conferir uma definição a este (no caso de Portugal, a título de exemplo, através do DL n.º 193/2005 de 7 de Novembro, no seu artigo 2.º, alínea a) define-se o BE como “qualquer entidade que obtenha rendimentos de valores mobiliários representativos de dívida por conta própria e não na qualidade de agente ou

mandatário”), mas após a análise dos casos, percebe-se que a tendência é optar pela uniformização da definição, acolhendo uma interpretação autónoma e analisando o contexto.

Por outro lado, o comentário de 2014 refere que o BE é definitivamente o beneficiário final dos rendimentos. No caso 5.6. (Caso SKM2012.121ØLR) através da interposição de diversas *holdings*, verificar qual a efectiva e última estrutura de financiamento tornou-se fulcral e permite denotar que esta alteração à CM veio diminuir este problema. Ainda que exista um intermediário entre o BE e o pagador, estabelecido num estado terceiro, é possível recorrer às convenções.

O requisito do uso e fruição dos dividendos, juros e *royalties* foi definitivamente assumido pelos comentários de 2014, e esta afirmação de exclusão dos agentes, *nominees* ou *conduit company* (actuando como fiduciários ou administradores, permitindo que a *holding* seja excluída deste grupo), por não terem direito a este uso, estando limitados por uma obrigação legal ou contratual de transmitir o rendimento é um critério identificativo de BE, tal como justificado no caso 5.2. (Caso no. 11-00210) e no caso 5.3. (Caso PUT). Naquele, a análise do uso e fruição do rendimento permitiu a desconsideração da *holding* como BE, pois esta não detinha estes direitos. Neste, a *holding* não era titular do rendimento.

Por outro lado, os documentos legais expressam, diversas vezes, se o receptor tem ou não o direito de usufruir do rendimento. Este estudo da documentação legal é notório no caso 5.1. (Caso no. 11-0298261) e no caso 5.4. (International Power Opatovice 2). A obrigação do mero *pass-through* (a obrigação de transmitir o rendimento recebido para um terceiro) é usada para justificar que não se usufruiu do rendimento e que, por conseguinte, não se está perante o BE. Há que referir que esta questão é, por vezes, excluída, quando estamos perante obrigações de pagamento a um devedor, sob uma transacção financeira, ou sob uma distribuição de obrigação de uma pensão ou de determinados veículos de investimento⁷⁹⁸⁰.

A possibilidade de considerar o contexto envolvente conforme referido no novo comentário poderá solucionar os casos que envolvam *holdings* (como sucede no Caso

⁷⁹ Vd. BERNSTEIN, J., “The 2014 OECD Update on Beneficial Ownership”, *Featured Perspective*, 2015, pp. 345-347.

⁸⁰ Esta questão pode assumir ainda contornos difíceis quando estamos perante acordos parassociais ou acções preferenciais.

5.6. – Caso SKM2012.121ØLR). Há quem⁸¹ questione em muito este requisito do contexto, mesmo que conjugado com o requisito temporal, isto é, deixar que decorra um lapso temporal significativo entre determinadas operações, como sucede entre o recebimento e o pagamento de dividendos (este é um outro requisito útil para identificar o BE).

Seguidamente, um dos aspectos mais difíceis de provar no Caso 5.3. (Caso PUT), e que o comentário de 2014 reitera é que mesmo estando perante o BE, se houver indícios de abuso da convenção, não é possível beneficiar da redução ou eliminação da retenção na fonte. A prova deste aspecto pode revelar-se bastante difícil, aumentando a complexidade no caso de estarmos perante uma *holding*⁸².

No caso 5.5. (Federal Administrative Court Decision A-6053/2010) denota-se que, mesmo recorrendo a outros instrumentos (“*Money-laundry legislation*”), o BE deve ser interpretado e apurado à luz da CM da OCDE.

Por último, foi-nos possível identificar outros requisitos através da análise dos casos seleccionados, tendo esses sido destacados nos parágrafos finais de cada caso e que derivam dos *supra* descritos.

⁸¹ V.g. BERNSTEIN, J., “The 2014 OECD Update on Beneficial Ownership”, *Featured Perspective*, 2015, pp. 345-347.

⁸² *Vd. Caso Prévost.*

Conclusões

O objectivo da presente dissertação foi o de clarificar o sentido, conteúdo e alcance do conceito do BE utilizado nas CDTs, com especial enfoque para as alterações introduzidas à CM e seus comentários em 2014. Com a nossa análise, procedemos a uma discriminação de vários factores e critérios que – cremos - permitem uma melhor compreensão da noção. Eis então os resultados atingidos.

Considerações Finais Gerais

- 1) O conceito de beneficiário efectivo faz parte da gíria tributária internacional e, por vezes, da nacional. O sentido e alcance do mesmo não é, ainda, totalmente claro tanto na doutrina como na jurisprudência.
- 2) Cremos que a interpretação do conceito, à luz do indicado na CM revista, deva ser feita de modo internacional, autónomo e dinâmico (embora a controvérsia ainda se mantenha).
- 3) Relativamente ao significado da mesma, parece-nos que o sentido mais óbvio consiste na exclusão (dos benefícios convencionais) daqueles que actuam meramente por conta de outrem (apesar de a proposição aqui expressa pareça clarividente, a prática e certas decisões jurisprudenciais provam que tal ainda não se encontra totalmente assimilado).
- 4) Ainda assim, o esforço doutrinário e jurisprudencial deve ser reconhecido. A título exemplificativo, e embora *Prévost* e *Indofood* sejam casos distintos, podemos retirar deles a importância da análise dos acordos (quadro factual) que subjazem às transacções. A substância legal, para além da económica, reveste também de grande importância para o preenchimento da noção de beneficiário efectivo.
- 5) Existem ainda contributos determinantes ao nível de *soft law*. Neste âmbito destacamos os comentários à CM da OCDE e os relatórios elaborados por esta instituição.

Considerações Finais relativas às alterações de 2014 à Convenção Modelo

- 1) Em 2014 o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE voltou a alterar os comentários e a CM da OCDE.
- 2) Em nosso entender, estas alterações são relevantes não só para as CDTs a celebrar depois desta alteração (posição estática) mas ainda para as CDT's celebradas anteriormente (posição dinâmica). Isto porque entendemos que estas modificações têm uma função de mera aclaração do conceito de BE, constituindo uma mais-valia interpretativa.
- 3) A clarificação prende-se maioritariamente com a confusão inerente à expressão “*such dividends*”. Esta parecia requerer um duplo requisito por parte dos autores, criando divergências quer doutriniais quer jurisprudenciais.
- 4) A CM da OCDE na sua versão de 1977 dispensava tal requisito. Na versão de 2003 já se fazia essa ressalva da desnecessidade do conceito, logo conclui-se não pela verdadeira alteração, mas antes pela tentativa de melhoria do conceito.
- 5) Renuncia-se ao sentido doméstico, pois a melhor solução parece ser a de optar por uma interpretação à luz do contexto das próprias CDTs em causa. É também atribuída importância à conexão existente entre o sujeito e o rendimento (que aliás resulta claro da expressão *paid by/to*).
- 6) A delimitação negativa do conceito (ou seja, a exclusão dos agentes, *nominees* da noção BE) é agora aprofundada através da definição (positiva) concedida ao conceito de BE. Nos termos da versão de 2014 o BE será aquele sujeito que pode, efectivamente, usar e desfrutar dos rendimentos, sem a necessidade de o transmitir (automaticamente ou imediatamente) a terceiros.
- 7) Além do enquadramento legal, o intérprete e aplicador deve ter em conta o contexto envolvente ao negócio jurídico / transacções em questão. Tal contexto, mesmo que não vertido num documento escrito / legal, pode ser relevante para a determinação de quem é o BE.
- 8) O BE deve ser determinado por referência ao rendimento. Não é assim determinante aferir quais as posições jurídicas subjectivas relativas ao direito que está na origem do rendimento em questão.
- 9) Esclarece-se ainda que o BE pode não ser o “beneficiário final”. Pode também não ser a pessoa física que recebe os rendimentos.

- 10) Por fim, esclarece-se que apesar de uma proximidade funcional o BE não deve ser confundido com as chamadas cláusulas anti-abuso, com as quais é – normalmente – compatível.

Considerações Finais relativas aos factores identificadores do Beneficiário Efectivo

O nosso estudo permitiu-nos ainda identificar os critérios mais relevantes na determinação do BE. Procedemos agora ao seu elenco (sem que a sua ordem de apresentação interfira no grau de importância; note-se ainda que não se trata de enumeração exaustiva ou cumulativa):

- 1) Substância (nas diferentes vertentes que esta possa assumir, desde substância física, a substância legal ou económica);
- 2) Existência de uma actividade principal (capital próprio, activos, actividade empresarial, objecto negocial, directores, funcionários);
- 3) Risco assumido no caso de incapacidade de pagamento e outros riscos (formal e real, decorrentes dos activos, avaliação do aumento/diminuição de valor das participações) pela potencial sociedade BE;
- 4) Elenco de direitos e de deveres disponíveis (direito à disposição do crédito, direito ao rendimento oriundo do crédito, possibilidade da providência de garantias) pela potencial sociedade BE;
- 5) Uso e Disposição do rendimento (discricionariedade no uso dos rendimentos envolvidos, não actua como mero *nominee*, pode geri-los e adquirir outros);
- 6) Acordos e contratos legais (onde se estabelecem as condições dos empréstimos, quantidade de acordos existentes, quem é o proprietário legal das acções/quotas);
- 7) Relação entre o rendimento recebido e o eventualmente transmitido pela sociedade em questão (se esta é de autonomia, uma relação de não-dependência total, o término de um não implica o término do outro, fluxo não automático de fundos, não transmissibilidade imediata do rendimento);
- 8) Montantes em causa (preferencialmente montantes não totalmente coincidentes e não pré-determinados);

- 9) Titularidade do rendimento em questão (conta própria ou em representação de alguém, actuação em prol da actividade negocial, desnecessidade de autorização para operar e desenvolver o negócio);
- 10) Factor temporal/Data de transmissibilidade do rendimento;
- 11) Documentação (contabilística e relativa a preços de transferência, observando-se o requisito de “*arm’s length*”);
- 12) Titularidade de uma conta bancária;
- 13) Cumprimento de Obrigações Fiscais Acessórias relativas ao rendimento;
- 14) Estrutura de financiamento da sociedade (quantidade de sociedades interpostas, fonte de financiamento, *follow the money*);
- 15) Análise das taxas de tributação em causa.

Como referimos, estes critérios não são nem exaustivos nem taxativos. No entanto cremos que o exame dos mesmos permitirá a qualquer intérprete e aplicador do direito a identificação clara de quem é o beneficiário efectivo do rendimento proveniente de uma dada transacção. Esse é, pois, o contributo da nossa tese de mestrado à ciência do direito tributário.

Bibliografia

I. Artigos e Monografias

ARNOLD, B.J. e IBFD's Tax Treaty Unit, «Tax treaty news», *Bulletin for international taxation* (2009)

EVERY JONES, J.F., «The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States», *Bulletin for International Taxation*, 60(6) – *Tax Treaty Monitor* (2006), pp. 220-254

BAUM, S. e WATSON, G., «International Tax Planning - Beneficial ownership as a treaty anti-avoidance tool?», *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne* (2012) 60:1, pp. 149-168

BERNSTEIN, J., «Beneficial Ownership: An International Perspective», *Tax Notes International*, No 45 (26 March 2007), pp. 1211-1216

BERNSTEIN, J., «The 2014 OECD Update on Beneficial Ownership», *Featured Perspective*, 2015, pp. 345-347

BOLDERMAN, S., *Tour d'Horizon of the Term 'Beneficial Owner' (2009)* *Tax Notes International*, Vol.54 No 10 (8 June 2009)

BROCKMAN, K., «Russia: New CFC & Beneficial Ownership rules/Beneficial ownership: Guiding Principles/ 2014 Update to the OECD Model Tax Convention», *Strategizing international tax best practices* (2014)

BUNDGAARD, J. e WINTHER-SÖRENSEN N., «Beneficial Ownership in International Financing Structures», *Tax Notes International* Vol. 50 No 7 (2008), pp. 587-611

BURROUGHS, N., «Achieving the G8's aims on beneficial ownership», *International Tax Review* (2013)

GOUTHIERE, B., «Favourable Interpretation of Foreign Tax Credits Rules», *International Tax Journal*, Vol. 37 No 1 (2011), pp 15-15

HAASE, F. e MÜLLER, C.F., *Internationales und Europäisches Steuerrecht*, 2° Auflage, XXVIII, pp. 274-279

HILL, G. e CONTI, JJ., «Commissioner of taxation v. Linter Textiles Australia Ltd (in liquidation)», *International Tax Law Reports* Vol. 6 (2003), part 2, pp. 172-200

JEZZI, P.L., *The Concept of Beneficial Ownership in the Indofood and Prévost Car Decisions*, Vol. 64, No. 5 (IBFD 2010), pp 253-257

JIMÉNEZ, A.M., «Beneficial Ownership – Current Trends», *World Tax Journal*, Vol. 2 No. 1 (2010), pp. 35-63

LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. e STORCK, A., «The 2011 Discussion Draft on beneficial ownership: what next for the OECD?» in *Beneficial Ownership: Recent Trends*, (IBFD 2013) pp. 341-344

LI, J., *Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity* (2010)

LOH, T., «Treaty shopping defence provisions: Part 1», *The Tax Specialist*, Vol.14, No. 2 (2010), pp. 90-100

LOH, T., «Treaty shopping defence provisions: Part 2», *The Tax Specialist*, Vol.14, No. 3 (2011), pp. 136-145

MILLER, M.J. e STONE, M., «The Evolution of Limitation on Benefits, Beneficial Ownership, and Similar Rules: Recent Trends and Future Possibilities», *Tax – management International Journal*, Vol. 37 No.12 (2008,) pp. 719-731

OLIVER, J.D.B., LIBIN, J.B., VAN WEEGHEL, S. e DU TOIT, C., *Beneficial Ownership and the OECD Model*, Sweet & Maxwell and Contributors, No. 1 (2001), pp. 27-68

OLIVER, J.D.B., LIBIN, J.B., VAN WEEGHEL, S. e DU TOIT, C., «Beneficial Ownership», *Bulletin* (2000), Vol. 54 No.7 pp. 310-325

PALSTRA, N., «Fighting money laundering in the EU: From secret ownership to public registries», *Transparency International EU, EU Policy Paper* (2014)

NOGUEIRA, J.F.P., «Portugal», *The impact of the OECD and UN Model Conventions on bilateral tax treaties* (2010), pp. 846-879

SHEPPARD, L.A., «OECD BEPS Action Plan: Trying to save the system», *Tax Analysts* (2013)

SHEPPARD, L.A., «Indofood and Bank of Scotland: Who is the beneficial owner?», *Tax Notes International*, Vol. 45, No. 5 (2007), pp. 406-413

SHEPPARD, L.A., «Progress Report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial Ownership», *Economic and Social Council Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters* (2008)

SHEPPARD, L.A., «Beneficial Ownership too onerous», *Tax Analysts* (2008), p. 176.

SHEPPARD, L.A., «Dressing up the intermediary company», *Tax Analysts* (2010), pp. 142-146

VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., DE GOEDE J., NOUEL, L., OBUOFORIBO B.,
WHEELER, J. e WIJNEN, W., *Clarification of the meaning of 'Beneficial Owner' in the
OECD Model Tax Convention – Response from IBFD Research Staff (IBFD 2011)*
WOOD, D., «*The Model Tax Convention – what has changed?*», LexisPSL (2014)

II. Outras fontes

OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, *Clarification of the meaning of 'beneficial
owner' in the OECD Model Tax Convention (OECD 2011)*

FATF, *International Standards on combating money laundering and the financing of
terrorism & proliferation (2012)*

OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, *OECD Model Tax Convention: Revised
proposals concerning the meaning of 'beneficial owner' in articles 10, 11 and 12
(OECD 2012)*

MANUAL HMRC, *Double taxation treaties: Beneficial ownership: What beneficial
ownership means/Conduit Companies/Practical considerations of claims (2014)*

III. Lista Jurisprudencial

Market Maker – Países Baixos (1994)

Del Commercial – EUA (1999)

Luxembourg Holdings – Luxemburgo (2001)

*Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank NA – Reino Unido
(2006)*

Bank of Scotland – Reino Unido (2006)

MIL Investments - Canadá (2007)

Prévost Car Inc. v. Canada – Canadá (2008)

HHU Case – Dinamarca (2010)

Cook Case – Dinamarca (2011)

Velcro Canada Inc. v. Canada – Canadá (2012)

Bank A (swap transaction) - Suíça (2012)

Denmark Derivatives Case – Suíça (2015)