



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

# **A tributação de entidades híbridas no domínio das Convenções e Direito da União Europeia**

Tiago José Leitão Pereira dos Santos

Faculdade de Direito | Escola do Porto



Universidade Católica Portuguesa – Porto

Escola de Direito

Mestrado em Direito Fiscal

Dissertação de Mestrado

# **A tributação de entidades híbridas no domínio das Convenções e Direito da União Europeia**

Realizada por:

Tiago José Leitão Pereira dos Santos

Orientada por:

Doutor João Sérgio Ribeiro

Porto

2016

*Aos meus pais, amigos e irmãos  
pelo apoio e incentivo constantes*

## **Resumo**

Esta dissertação tem por base a tributação de entidades híbridas.

Para o efeito foi realizada uma análise à Diretivas Fusões e Mães-Afiliadas, por forma a perceber como é estas funcionam quando está em causa uma operação com entidades híbrida e percebemos que nas situações em que resulte uma perda de tributação para um Estado, fruto da operação que envolvia uma entidade híbrida a Diretiva contém exceções que permitem que esta não se aplique.

Uma vez que os EUA são um país central no que diz respeito às entidades híbridas, fizemos uma análise ao seu sistema e à forma como os seus tratados lidam com as entidades híbridas. Percebemos que a sua abordagem consiste em seguir a classificação dada à entidade pelo Estado da residência, uma abordagem que nos parece correta e que apresenta resultados mais corretos e justos.

Por fim, após uma análise às recomendações da OCDE no seu projeto BEPS, que abrangiam tanto recomendações para as leis domésticas como a alteração da Convenção Modelo, percebemos que as alterações são uteis e que devem ser aplicadas pelos Estados para que possam surtir o efeito desejado. Além disso percebemos que a interpretação da Convenção Modelo deve ser a mesma que é seguida pelos EUA, ou seja, a classificação da entidade deve ser a do Estado da fonte.

Palavras-chave: tributação, entidades híbridas, EUA, OCDE, Diretivas, Convenções, UE, BEPS, Ação 2

# Índice

<b>RESUMO</b>	<b>5</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>6</b>
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b>	<b>7</b>
<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2. ENTIDADES HÍBRIDAS NO ÂMBITO DAS DIRETIVAS DA UE</b>	<b>10</b>
2.1 DIRETIVA FUSÕES	10
2.1.1.1 Entidades híbridas estrangeiras e fusões transfronteiriças	12
2.1.1.2 Entidades híbridas e as regras de reporte de prejuízos	13
2.1.1.3 Entidades híbridas e lucros não distribuídos	14
2.2 DIRETIVA MÃES-AFILIADAS	15
2.2.1.1 O exemplo da Holanda	17
2.2.1.2 O Exemplo Holandês	19
2.2.3.1 Caso Holandês	23
<b>3. O TRATAMENTO DAS ENTIDADES HÍBRIDAS NAS CONVENÇÕES AMERICANAS</b>	<b>24</b>
3.1 O REGIME CTB	24
3.2 PLANEAMENTO COM ENTIDADES HÍBRIDAS	25
<b>3.3 REGULAMENTOS DA SEÇÃO 894</b>	<b>28</b>
3.3.1 ENTIDADES HÍBRIDAS	28
3.4 TRATADOS	30
3.5 EXEMPLOS APLICANDO AS REGRAS SOBRE AS ENTIDADES HÍBRIDAS	34
<b>4. ENTIDADES HÍBRIDAS NA OCDE – PROJETO BEPS</b>	<b>40</b>
4.1 A AÇÃO 2 DO BEPS	42
4.1.2.1 Esquemas que produzem resultado D/NI	44
4.1.2.2 Planeamentos que produzem resultados DD	47
4.2 QUESTÕES RELACIONADAS COM OS TRATADOS	48
4.2.3.1 Entidades híbridas	55
3.2.3.2 Híbridos Inversos	56
<b>4. CONCLUSÃO</b>	<b>56</b>
<b>5. BIBLIOGRAFIA</b>	<b>58</b>

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

Art. – Artigo

Comissão – Comissão Europeia

Congresso – Congresso dos Estados Unidos

Conselho – Conselho das Comunidades Europeias

CTB – check-the-box

Dir. – Diretiva

EM – Estado-Membro

EUA – Estados Unidos da América

IBC – Intenational Business Company

IRS – International Revenue Service

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Reg. – Regulamento

SEC – Sociedade Estrangeira Controlada

SRL – Society With Restricted Liability

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

## 1. Introdução

Com a explosão da globalização e o crescimento das empresas multinacionais, o número de oportunidades disponíveis para as entidades minimizarem o seu rendimento tributável tem tido um crescimento enorme.<sup>1</sup>

Empresas bastante conhecidas, como a Apple, Microsoft, Google ou Amazon, procuraram baixar as suas responsabilidades fiscais transferindo os seus lucros para jurisdições de baixa tributação, ainda que apenas uma pequena parte dos seus lucros seja originada em tal jurisdição.<sup>2</sup>

Para acompanhar este tratamento fiscal favorável as empresas multinacionais usaram por diversas vezes entidades híbridas, por forma a conseguirem atingir objetivos como a dupla não tributação, dupla dedução ou dedução e não inclusão.<sup>3</sup>

Ainda não existe uma definição unânime de entidade híbrida. Por um lado, há quem considere que uma entidade é considerada híbrida quando o seu tratamento fiscal é diferente em dois países, isto é, quando um país considera a entidade fiscalmente transparente e outro considera-a opaca.<sup>4</sup> Seguindo uma orientação diferente, há quem considere que uma entidade híbrida é caracterizada pelo facto do Estado da residência a classificar como opaca, enquanto o Estado da fonte a vê como transparente, distinguindo-se do híbrido inverso que seria quando a entidade é vista como transparente pela residência mas opaca pela fonte.<sup>5</sup>

O facto de a entidade ser considerada transparente ou opaca é de bastante relevância, uma vez que uma entidade fiscalmente transparente não é sujeita a tributação, os sócios são tributados diretamente na proporção da sua participação na entidade, independentemente de haver distribuição de rendimentos. Por outro lado, as sociedades que são vistas como opacas são tributadas diretamente.

Ao longo da nossa dissertação a referência a entidades híbridas será no seu sentido amplo, em que a entidade que é vista como transparente por um Estado e opaca por outro. Contudo, na análise das normas relacionadas este tipo de entidades procuraremos distinguir as situações que envolvem entidades híbridas em sentido estrito, das situações que envolvem híbridos inversos.

Como verificamos através da definição de entidade híbrida, há falta de harmonização não só no conceito em si, mas também nas disposições internas dos Estados que veem a

---

<sup>1</sup> OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2013)

<sup>2</sup> Brian Mistler. 'NOTE: TAKING ACTION AGAINST BASE EROSION PROFIT SHIFTING' (2015) 32 *Ariz J Int'l & Comp Law* 902

<sup>3</sup> *ibid*

<sup>4</sup> Cfr. Andreas Benecke and Arne Schnitger. 'Final Amendments to the Merger Directive: Avoidance of Economic Double Taxation and Application to Hybrid Entities, Two Conflicting Goals' (2005) 33(4) *Intertax* 170;

<sup>5</sup> Cfr. Harvey B. Mogenson and others. 'Hybrid Entities: Practical Application under the Check-the-Box Regime' (1997) 23 *Int'l Tax J* 1

mesma realidade de forma diferente, provocando brechas no sistema fiscal internacional. Para contornar alguns dos problemas que daí advêm, como a dupla tributação, os Estados celebram entre si Convenções.

Contudo, a aplicação das Convenções em situações que envolvem entidades híbridas também pode ser problemática na atribuição dos benefícios dos tratados, uma vez que os Estados terão visões diferentes acerca de quem é o beneficiário dos direitos do tratado, os sócios ou a entidade em si.

Para o efeito, procuraremos analisar as Convenções americanas, visto que é um Estado central no âmbito das entidades híbridas, fruto do seu regime check-the-box que facilita a criação de entidades híbridas. Este regime levou a um aproveitamento principalmente por parte do Canadá, o que originou uma reação americana. Assim, houve uma alteração à interpretação dos tratados e também a introdução de regras mais específicas nas convenções mais recentes relativamente ao tratamento dos híbridos, situações que procuraremos analisar ao longo do tratado.

À semelhança dos tratados americanos, também as Diretivas da UE não contemplavam a sua aplicação a entidades híbridas. Assim sendo, foram necessárias Diretivas corretivas para as normas abrangerem este tipo de entidades. No caso da Diretiva Fusões a alteração ocorreu em 2005 e faremos a análise às normas que esta Diretiva corretiva inseriu no âmbito do tratamento das entidades híbridas. No que respeita à Diretiva Mães e Afiliadas a análise às normas que regulam entidades híbridas será feita em conjunto com o exemplo holandês que á data da mudança da Diretiva tinha uma interpretação muito própria e que procuraremos analisar se era correta e se é possível aos Estados esta liberdade de interpretação.

Por fim, cumpre dizer que nos últimos anos este tipo de entidades tem sido alvo de algumas intervenções por parte da OCDE, incluindo uma ação específica no seu projeto BEPS. Como referimos acima, as grandes multinacionais têm utilizado as entidades híbridas com o objetivo de alcançar resultados como a dupla dedução ou a dedução e não inclusão. Com o propósito de contrariar este tipo de situações a OCDE desenvolveu na sua Ação 2 recomendações para os Estados alterarem as suas leis domésticas, por forma a combater este tipo de resultados, recomendações que procuraremos analisar. Por outro lado, há uma proposta para acrescentar um novo número ao art. 1.º da Convenção Modelo, por forma a abranger as transações com híbridos. Procuraremos perceber que alteração trará esta recomendação, sendo que a análise será feita com o recurso ao exemplo da Alemanha que inseriu uma norma de interligação unilateral de classificação que procura corrigir as situações geradoras de dupla tributação. Analisaremos o funcionamento da mesma e tentaremos perceber as diferenças ou semelhanças que a mesma traz em comparação aos tratados americanos, no que há interpretação dos beneficiários das Convenções diz respeito.

Como nota final, convém referir que uma vez que as traduções da bibliografia e legislação estrangeira são da nossa autoria.

## 2. Entidades híbridas no âmbito das Diretivas da UE

As Diretivas Fusões e Mães-Afiliadas procuram que haja neutralidade fiscal nas operações que regulam. No entanto, a neutralidade fiscal poderá originar situações em que haja perda do direito a tributação por parte de um Estado nas situações que envolvem entidades híbridas. Esta situação poderá dar origem a esquemas de planeamento fiscal com o intuito de evitar essa tributação. Assim sendo, as Diretivas em causa foram alteradas por forma a contemplarem situações que envolvam entidades híbridas.

Assim sendo, no âmbito da Diretiva fusões analisaremos a norma que foi introduzida em 2005 pela Diretiva corretiva, tendo em conta as situações que envolvem entidades híbridas nos casos de fusão, reporte de prejuízos e lucros não distribuídos.

No que respeita a Diretiva Mães-Afiliadas, faremos uma análise em que distinguiremos as situações que a entidade híbrida paga dividendo, das situações em que auferem dividendos. Esta análise será feita com recurso ao exemplo da Holanda que há época tinha uma interpretação muito próprias das normas da Diretiva, tentaremos perceber qual a interpretação mais correta das normas e saber até onde vai a liberdade dos Estados na interpretação das mesmas.

### 2.1 Diretiva Fusões

Com o objetivo de criar "condições análogas às de um mercado interno e assegurar deste modo a realização e o bom funcionamento do mercado comum" os Estados-Membros (EM) aprovaram em 1990 a Diretiva Fusões<sup>6</sup>.

Contudo, o resultado foi considerado insatisfatório pela Comissão que em 1993 apresentou uma proposta para alargar e melhorar o âmbito da Diretiva.<sup>7</sup>

No entanto, devido ao escopo demasiado abrangente do texto apresentado pela Comissão, gerou-se um impasse nas negociações com o Conselho entre 1996 e 1997.<sup>8</sup>

Portanto, esta matéria só voltaria a sofrer desenvolvimentos após um estudo realizado pela Comissão<sup>9</sup>, do qual resultaria uma Comunicação onde se considerou existirem "diversos aspetos relativamente aos quais seria possível melhorar estas

---

<sup>6</sup> *Directiva do Conselho (CEE) 90/434, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entrada de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes [1990] JO L225 1*

<sup>7</sup> *Proposta de Directiva do Conselho (CEE) COM/93/293 final que altera a Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-membros diferentes [1993] JO C225 5*

<sup>8</sup> Massimiano Aurelio. 'An Analysis of the 2005 Amendments to the Merger Directive' (2006) 34(6/7) Intertax 333

<sup>9</sup> *Commission Staff Working Paper Company Taxation in the Internal Market SEC/2001/1681*

diretivas (“Fusões” e “Mães e Afiliadas”)<sup>10</sup> e alargar o seu âmbito de aplicação, por forma a abranger um conjunto mais amplo de empresas, impostos e transações”. Defendia-se também que “o âmbito de aplicação das Diretivas deveria abranger todas as entidades sujeitas a imposto sobre as sociedades”.<sup>11</sup>

Assim sendo, após consultar os EM a Comissão apresentou, no dia 17 de Outubro de 2003, a sua proposta final para uma Diretiva que alteraria a Diretiva Fusões, e que resultou na aprovação pelos 25 EM, da Diretiva 2005/19/CE de 17 de Fevereiro de 2005<sup>12</sup>.

Consequentemente, o escopo da Diretiva foi alargado com a substituição do anterior anexo, onde encontramos a lista de sociedades às quais a mesma se aplica. Algumas das novas entidades incluídas na lista podem criar problemas técnicos, será o caso das sociedades que são consideradas “opacas” pelo EM onde se encontram estabelecidas, mas que são consideradas por outro EM como transparentes de acordo com a sua própria lei fiscal. Por outras palavras, é possível que esta alteração dê origem a entidades híbridas.

A propósito, este tipo de entidades já tinha sido incluído no anexo da Diretiva Fusões com o alargamento da Comunidade a 1 de Maio de 2004.<sup>13</sup>

### **2.1.1 Tratamento fiscal das entidades híbridas no âmbito da Diretiva 2005/19/CE**

No que respeita às entidades híbridas, o n.º 2 do artigo 4.º é dirigido para o EM da residência do acionista da entidade híbrida. Este clarifica que um EM que trate uma sociedade contribuidora como fiscalmente transparente, “não tributará quaisquer rendimentos, lucros ou mais-valias determinados com base na diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o respectivo valor fiscal”.

---

<sup>10</sup> Parêntesis nosso

<sup>11</sup> *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Para um mercado interno sem obstáculos fiscais - Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria colectável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas actividades a nível da UE COM/2001/0582 final*

<sup>12</sup> *Directiva do Conselho (CE) 2005/19 de 17 de Fevereiro de 2005, que altera a Directiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes [2005] JO L58 19*

<sup>13</sup> Andreas Benecke and Arne Schnitger, 'Final Amendments to the Merger Directive: Avoidance of Economic Double Taxation and Application to Hybrid Entities, Two Conflicting Goals' in Volume 33 (2005) 1704

Por outras palavras, a Diretiva estipula neutralidade fiscal nas fusões transfronteiriças ainda que, na perspetiva de um dos EM estejam envolvidas entidades transparentes.

Contudo, esta obrigação sofreu limitações com a inserção do artigo 10.ºA, que surgiu com o intuito de permitir ao estado-membro tributar lucros, mais-valias ou reportar prejuízos na transferência da entidade transparente estrangeira.

Com efeito, o n.º 1 do Artigo 10.ºA confere ao EM “o direito de não aplicar a presente directiva ao tributar um sócio directo ou indirecto da sociedade em relação ao rendimento, aos lucros ou às mais-valias dessa sociedade”. Ou seja, permite que não se aplique a Diretiva quando uma entidade híbrida estrangeira é transferida.

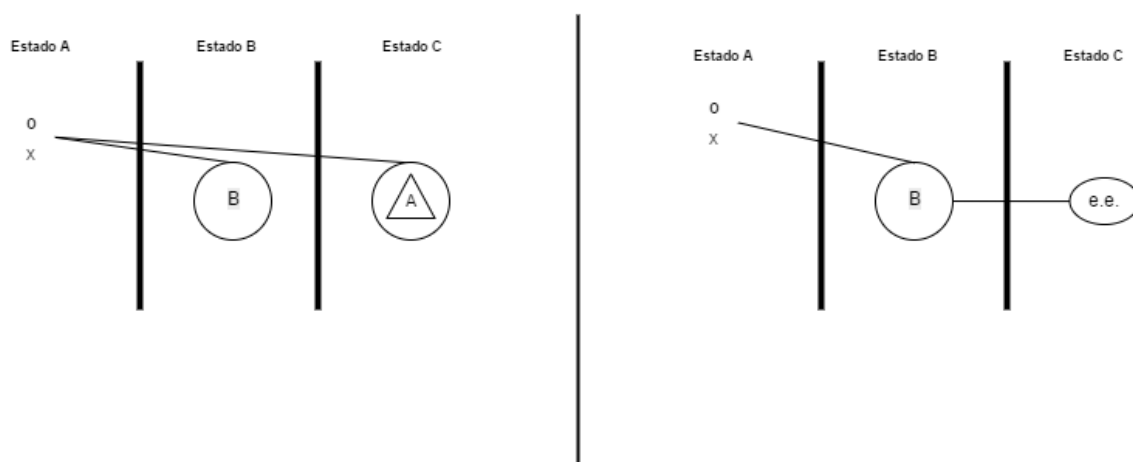
No entanto, o n.º 2 do mesmo artigo obriga a que o EM que opte por não aplicar a diretiva autorize “a dedução do imposto que, na falta das disposições da presente directiva, teria sido aplicada aos rendimentos, lucros e mais-valias da sociedade fiscalmente transparente, do mesmo modo e pelo mesmo montante que esse Estado teria aplicado se esse imposto tivesse sido realmente cobrado e pago”.

Para uma melhor compreensão da norma iremos recorrer a exemplos práticos.

#### **2.1.1.1 Entidades híbridas estrangeiras e fusões transfronteiriças**

Se um EM aplica um regime de tributação de lucros a nível mundial, é possível que, numa fusão transfronteiriça, o direito a tributar algum rendimento ou ganho da entidade híbrida seja perdido.

#### **Exemplo 1**



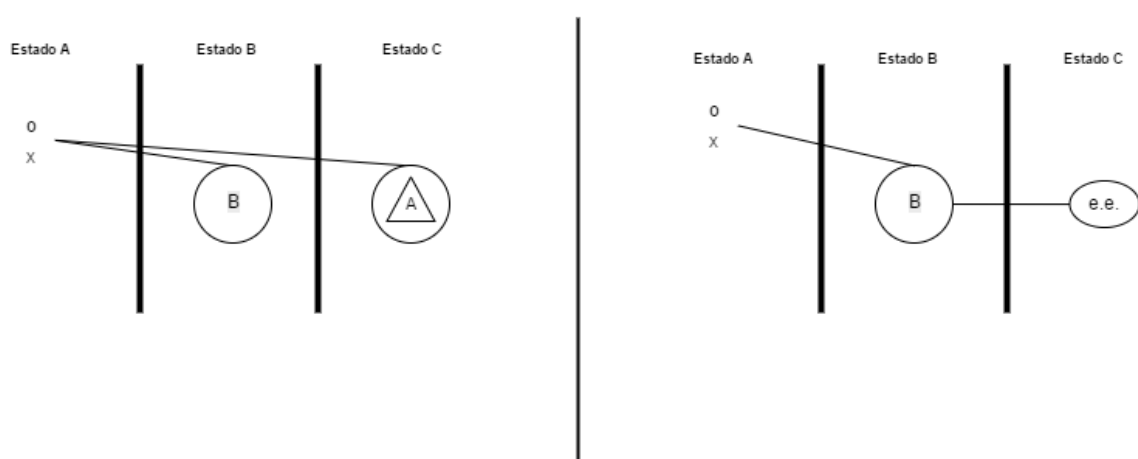
*A entidade A é considerada opaca pelo EM C e transparente pelo EM A. A entidade A junta-se à entidade B, sendo que, após a fusão a entidade B é considerada opaca por todos os Estados-Membros envolvidos. Depois da fusão EM A perde o direito de tributar qualquer rendimento ou lucro do estabelecimento estável em C porque a entidade B não é considerada transparente.*

Num primeiro momento, poderíamos pensar que o n.º 2 do artigo 4.º impedia a tributação do EM A ao acionista no momento da fusão, mas o n.º 1 do artigo 10.ºA contém uma derrogação a essa regra que permite o EM A tributar o acionista, devendo, no entanto, cumprir a obrigação do n.º 2. Assim, esta exceção permite que a não aplicação da Diretiva e do seu propósito de neutralidade fiscal das operações, porque de outra forma a tributação seria impossível. Portanto, por uma questão de justiça foi necessário a inserção desta norma que regule as operações com entidades híbridas.

#### **2.1.1.2 Entidades híbridas e as regras de reporte de prejuízos**

No que respeita a questão do reporte de prejuízos, se um EM aplicar um regime de tributação dos lucros a nível mundial, os prejuízos de uma entidade híbrida estrangeira serão, em princípio, tidos em conta no Estado do acionista. A questão que se coloca é como se aplicam as regras de reporte de prejuízos no âmbito da Diretiva. Tentaremos responder à questão através deste exemplo.

#### **Exemplo 2**



*A companhia A é uma entidade híbrida que apresenta prejuízos e que se funde com a companhia B, surgindo um estabelecimento estável no Estado C. No passado, as perdas da entidade híbrida reduziam a base tributária do acionista no país do seu*

*domicílio, que se perdem com a fusão. A Lei doméstica do Estado A tem regra para reporte de prejuízos de entidades estrangeiras.*

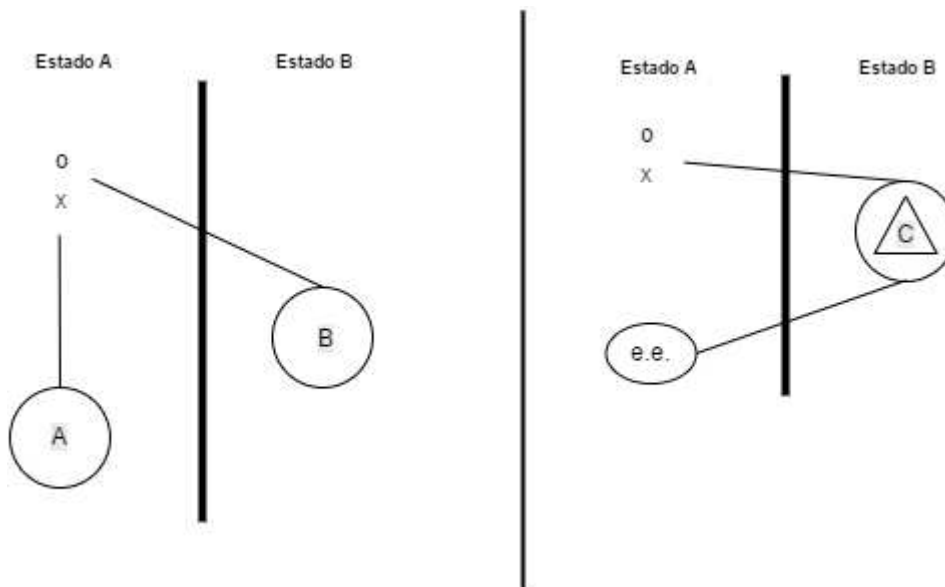
Nesta situação, o acionista em A perde o direito de reportar os prejuízos da entidade A após a fusão, à luz do n.º 1 do artigo 10.º, à semelhança do que acontece no exemplo 1 e pelos mesmos motivos.

A diretiva nada refere acerca da possibilidade de reportar prejuízos, no entanto, uma vez que o artigo 10.ºA confere o direito de não aplicar a diretiva na tributação do sócio, Andreas Benecke e Arne Schnitger defendem que é possível reportar os prejuízos.<sup>14</sup> Concordamos com esta interpretação da norma, por uma questão de justiça e porque entendemos que o espírito da norma assim obriga, uma vez que, a operação em causa trará uma mudança que não pode ser corrigida de outra forma.

### **2.1.1.3 Entidades híbridas e lucros não distribuídos**

Outro problema que pode surgir é o tratamento dos lucros não distribuídos de uma companhia após uma fusão transfronteiriça que origina uma entidade híbrida, como vemos no exemplo seguinte.

#### **Exemplo 3**



*A companhia A (opaca) funde-se com a companhia B, dando origem a uma nova entidade C. O Estado A vê a entidade C como transparente, sendo que, o Estado B a*

<sup>14</sup> ibid 177

*vê como opaca. A companhia A tinha lucros por distribuir que teriam sido tributados ao nível do acionista se tivessem sido distribuídos.*

Após a fusão o Estado A não vê a distribuição, uma vez que considera a entidade C transparente. Assim sendo, se não houver nenhuma tributação no momento da fusão, é possível ao acionista da entidade C mais tarde retirar os lucros não distribuídos livres de imposto.

À luz do artigo 8.º não é possível tributar o acionista no momento da fusão. Contudo, o artigo 10.ºA, n.º 3 concede ao EM que “considere que uma sociedade beneficiária ou adquirente não residente é fiscalmente transparente... o direito de não aplicar os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 8.º”. Por outras palavras, o EM pode tributar os lucros não distribuídos no momento da fusão se a entidade híbrida estrangeira for “uma sociedade beneficiária ou adquirente”. Mais uma vez, o artigo 10.º A da Diretiva de 2005 permite a não aplicação da mesma em situações envolvendo entidades híbridas, uma vez que as alterações provocadas pela fusão não permitem que haja neutralidade fiscal da operação, uma vez que nesta situação a tributação será perdida, não permitindo uma tributação tardia como nas restantes operações reguladas pela Diretiva.

## **2.2 Diretiva Mães-afiliadas**

Tal como a Diretiva Fusões, a Diretiva Mães e Afiliadas<sup>15</sup>, não continha na sua versão original normas que regulassem as entidades híbridas, como referimos acima. No entanto essa situação foi alterada com a Diretiva 2005/19/CE<sup>16</sup> que veio alterar a anterior, entre as alterações cumpre destacar o atual artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva<sup>17</sup>, que analisaremos seguidamente. Na nossa análise, distinguiremos as situações em que os dividendos são pagos pela entidade híbrida, das situações em que são auferidos por uma entidade híbrida, exemplificadas seguidamente.

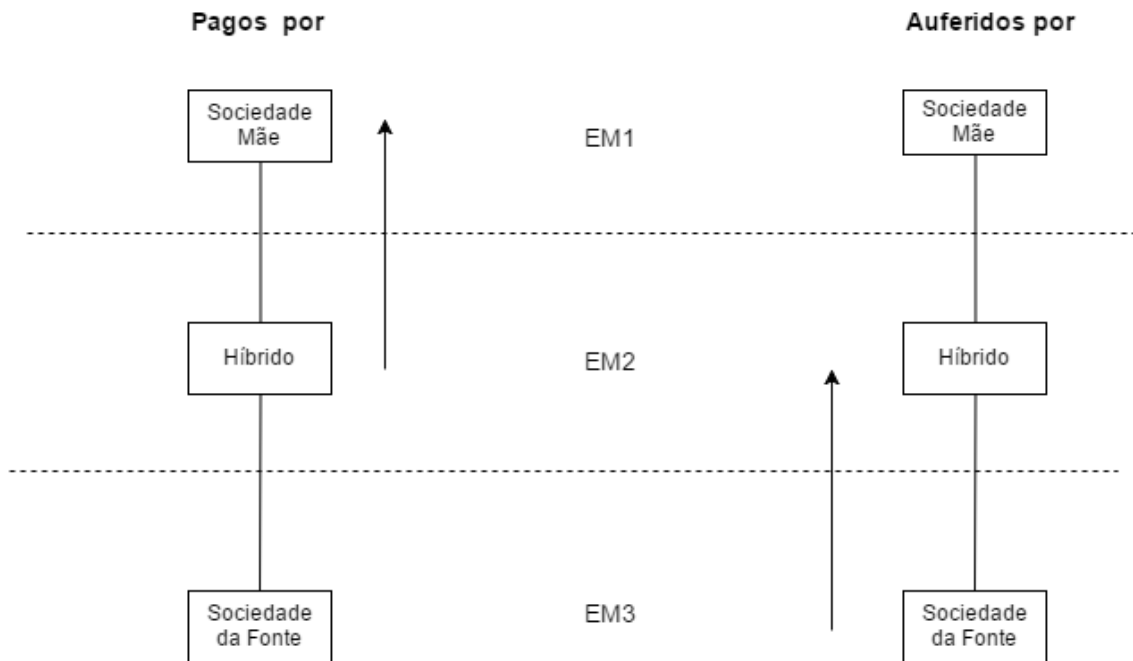
---

<sup>15</sup> Directiva do Conselho (CEE) 90/435, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados- membros diferentes [1990] OJ L225 6

<sup>16</sup> Directiva do Conselho (CE) 2003/123, de 22 de Dezembro de 2003, que altera a Directiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes JO L007 41

<sup>17</sup> Directiva do Conselho (UE) 2011/96, de 30 de Setembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes JO L 345

#### Exemplo 4



No primeiro caso os EM poderão ter opiniões diferentes acerca da entidade geradora do lucro: se a empresa-mãe ou a sua subsidiária híbrida. No segundo caso, a questão que se coloca é saber quem é o beneficiário do dividendo: a entidade híbrida ou aos seus acionistas.

Para melhor exemplificar estas situações usaremos a Holanda como exemplo, uma vez que a sua legislação levantou questões sobre os problemas que iremos discutir.

Também nesta Diretiva o problema se coloca devido a classificações diferentes que os EM fazem das diversas entidades incluídas no anexo. Convém referir, que parece ser prática comum os EM classificarem as entidades estrangeiras, utilizando a mesma abordagem que usam para classificar as entidades estabelecidas no seu território.<sup>18</sup>

Assim, como já referimos, a classificação fiscal da mesma entidade pode diferir consoante os EM. Também nesta Diretiva, algumas entidades incluídas no anexo são entidades híbridas, uma vez que são entidades opacas no EM onde estão estabelecidas, mas são consideradas transparentes por outros EM.

<sup>18</sup> OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 1999a)

### **2.2.1 A aplicação da Diretiva a situações em que os dividendos são pagos por entidade híbrida**

Nestes casos, o n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva Mães e Filhas, reconhece a autonomia dos EM no que diz respeito à classificação fiscal das entidades.

A presente Diretiva não contém qualquer disposição que impeça o Estado-Membro da sociedade-mãe de considerar que uma sociedade afiliada é transparente do ponto de vista fiscal à luz da avaliação, por esse Estado-Membro, das características jurídicas dessa sociedade afiliada resultantes do direito ao abrigo do qual foi constituída e de, por conseguinte, tributar a sociedade-mãe pela sua parte nos lucros da sociedade afiliada consoante estes vão sendo obtidos.

Assim sendo, o EM da sociedade-mãe deve abster-se “de tributar os lucros distribuídos da sociedade afiliada”. Além disso, “o EM da sociedade-mãe isenta esses lucros ou autoriza a sociedade-mãe a deduzir, do montante do imposto devido, a fracção do imposto sobre as sociedades relativa à parte da sociedade-mãe nos lucros e paga pela sua sociedade afiliada e por qualquer sociedade subafiliada, na condição de cada sociedade e respectiva sociedade subafiliada” cumprirem os requisitos da Diretiva. Esta norma tem como objetivo evitar a dupla tributação, uma vez que há uma classificação distinta por parte dos EM.

Essa classificação distinta poderia dar origem a que o EM da sociedade subsidiária, considerando-a opaca, tributasse os lucros da mesma e a distribuição destes. Por outro lado, o EM da sociedade-mãe, considerando a sociedade subsidiária transparente, tributaria a proporção dos lucros correspondentes à sociedade-mãe diretamente nesta última.

Para um melhor entendimento da norma, iremos analisar criticamente a interpretação que a Holanda faz da mesma.

#### ***2.2.1.1 O exemplo da Holanda***

No que à Holanda diz respeito em relação ao tratamento fiscal das entidades estrangeiras, é seguido em princípio o tratamento fiscal da entidade holandesa à qual a entidade estrangeira seja considerada comparável. Para facilitar a classificação das entidades estrangeiras a Secretaria de Estado do Ministro das Finanças Holandês

emitiu um decreto em Dezembro de 2009 enunciando os critérios de acordo com os quais se devia determinar se uma entidade era transparente ou opaca.<sup>19</sup>

O Decreto de 9 de Dezembro de 2009 declarava que as regras holandesas que visam evitar a dupla tributação, se aplicariam a lucros auferidos por uma companhia holandesa com uma entidade transparente estrangeira situada num EM da União Europeia.

A Secretaria do Estado holandesa indicou que as regras gerais para evitar a dupla tributação nos tratados bilaterais ou no decreto seriam suficientes para cumprir a obrigação do n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva Mães e Afiliadas. Se a entidade estrangeira for qualificada como estabelecimento estável as obrigações parecem estar cumpridas, uma vez que os lucros dos estabelecimentos estáveis estrangeiros costumam ser isentos de tributação segundo as regras holandesas para evitar a dupla tributação. Contudo, se a entidade estrangeira não for qualificada como estabelecimento estável, nem é concedido nenhum alívio à tributação aos lucros com origem na entidade transparente estrangeira., nem é concedido um crédito no âmbito da lei holandesa.<sup>20</sup>

Assim sendo, estes lucros podem ser tributados duplamente, pela Holanda e pelo Estado onde a entidade transparente está situada, uma vez que este a considera opaca. Desta forma, poderá considerar-se que a Holanda não estaria a cumprir as obrigações da Diretiva, especialmente no que concerne ao artigo 2.º. Esta norma refere o que se entende por sociedade de um EM para efeitos da Diretiva, uma vez que a entidade híbrida é considerada opaca no seu Estado de origem poderia argumentar-se que é uma sociedade de um EM no âmbito da Diretiva e que a Holanda não estaria a cumprir a mesma. No entanto, este tema será retomado adiante, depois de uma análise às situações em que os dividendos são pagos por uma entidade híbrida.

### **2.2.2 A aplicação da Diretiva a situações em que os dividendos são pagos a uma entidade híbrida**

Como referimos acima, nas situações em que os dividendos são pagos por uma entidade híbrida a Diretiva contém uma norma a contemplar essas situações. Nesta

---

<sup>19</sup> Ton Stevens and Fibbe Gijs. 'Taxation of Hybrid Entities under the Parent-Subsidiary Directive: The Example of the Netherlands' (2011) 20(5) EC Tax Review 242

<sup>20</sup> ibid 244-245

situação em que os dividendos são auferidos por uma entidade híbrida, não há nenhuma norma específica, o que pode originar conflitos entre os EM que podem ter opiniões diferentes acerca de quem é o destinatário dos dividendos: a entidade híbrida ou os seus acionistas.

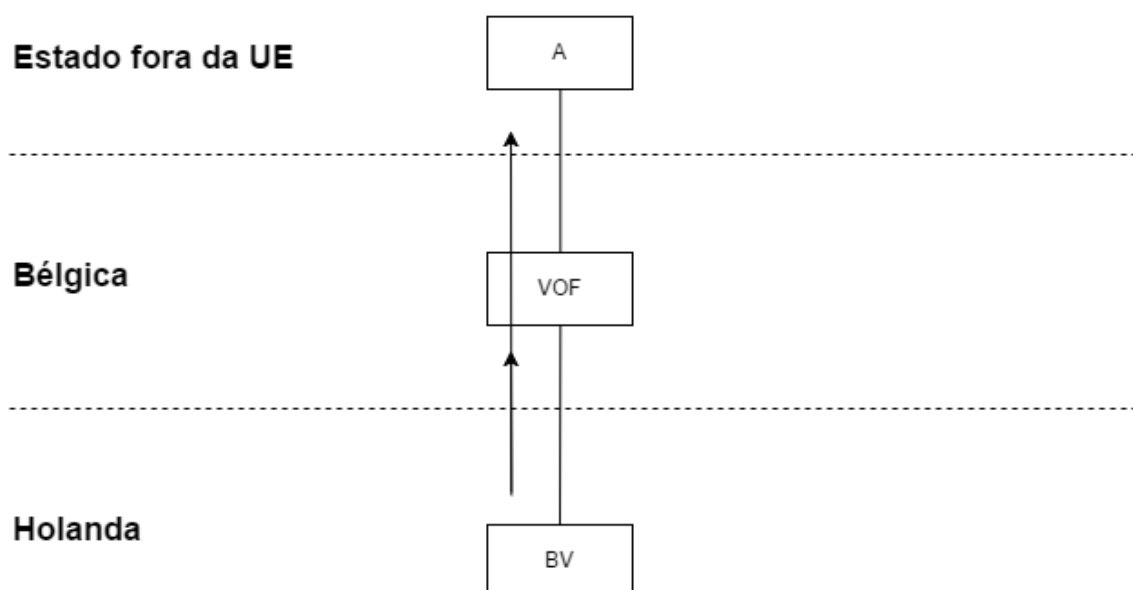
Mais uma vez, a liberdade que os EM têm para classificar as entidades estrangeiras, pode originar conflitos, sendo que neste caso não há nenhuma norma na Diretiva que ajude a clarificar a situação.

Assim sendo, poderá colocar-se a questão sobre se um EM deverá aplicar a Diretiva quando na qualidade de Estado da fonte pagar dividendos a uma entidade que classifica como transparente, embora seja considerada opaca pelo Estado da sua residência. Analisaremos a interpretação que Holanda tem a esse respeito para percebermos qual a análise mais correta a fazer da Diretiva.

#### 2.2.2.1 O Exemplo Holandês

Para melhor percebermos a questão acima colocada, iremos recorrer a um exemplo onde a Holanda enquanto Estado da fonte paga dividendos a uma entidade Belga, sendo que essa entidade é classificada como transparente pela Holanda e opaca pela Bélgica.

#### Exemplo 5



No exemplo tanto a BV na Holanda como a VOF na Bélgica são sociedades que cumprem os requisitos da Diretiva para serem consideradas sociedades de Estados-Membros.

Na Holanda, a partir de 1 de Janeiro de 2010, a isenção de retenção na fonte dos dividendos em situações dentro da União Europeia, passou a exigir que o beneficiário dos dividendos tenha que ser fiscalmente residente num EM e deter pelo menos 5% de participações da entidade holandesa, como por exemplo a BV.<sup>21</sup>

O Decreto de 18 de Dezembro de 2004 contém o critério que determina como é classificada uma entidade estrangeira para efeitos fiscais. Assim sendo, se uma entidade estrangeira é classificada como transparente, de acordo com os critérios do Decreto, isto significa que os sócios são considerados os beneficiários para efeitos de retenção na fonte de dividendos. Se, por sua vez, a entidade for opaca, então é a própria entidade que é considerada a beneficiária para efeitos de retenção na fonte de dividendos.

A VOF belga era, de acordo com o Decreto de 18 de Dezembro de 2004, considerada transparente para efeitos de retenção na fonte de dividendos.

Esta interpretação combinada com a legislação a partir de 1 de Janeiro de 2010 tornavam, no exemplo acima, a entidade não europeia como a beneficiária dos dividendos para efeitos de retenção na fonte de dividendos. No entanto, uma vez que esta entidade não é residente num EM, a isenção de retenção na fonte de dividendos não se aplica.

Contudo, sob o ponto de vista belga, a VOF é uma entidade que consta do anexo da Diretiva, sujeita a imposto belga sobre as sociedades e beneficiária dos dividendos. Assim sendo, do ponto de vista belga, esta situação enquadra-se no âmbito da Diretiva e, como tal, seria expectável que a Holanda se abstivesse da retenção na fonte de dividendos.

Assim sendo, parece que nas situações de pagamento de dividendos a entidades híbridas, a Holanda não terá implementado a Diretiva de forma correta. No entanto,

---

<sup>21</sup> Estes requisitos foram alterados a partir desta data devido aos casos *Amurta* e *Denkavit* do TJUE. Ver Processo C-379/05 *Amurta SGPS contra Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam* [2007] 2007 I-09569 e Processo C-170/05 *Denkavit Internationaal BV e Denkavit France SARL contra Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2006] 2006 I-11949

vamos tentar perceber qual a interpretação correta, analisando os conceitos das normas da Diretiva.

### 2.2.3 Interpretação de conceitos

Como referimos anteriormente, para situações em que os dividendos são pagos por uma entidade híbrida a Diretiva Mães e Afiliadas contém, desde 2003, uma norma específica para este tipo de situações. No entanto, mesmo depois das alterações de 2003, a Diretiva não contém uma norma específica para os casos em que os pagamentos são auferidos por entidades híbridas.<sup>22</sup> Assim sendo, é possível que os EM tenham opiniões diferentes sobre a quem deve ser feito o pagamento para efeitos da Diretiva. Isto acontecerá porque os Estados fazem interpretações diferentes dos termos “obtenha” e “distribuídos por” mencionados nos artigos 4.º e 5.º da Diretiva.

Uma vez que os termos não se encontram definidos nem clarificados em maior detalhe na Diretiva, a questão que se coloca é acerca da forma como devem ser interpretados no caso das entidades híbridas.

Uma das razões presumíveis para que não haja uma norma específica nos casos em que os dividendos são pagos a uma entidade híbrida poderá ser encontrada no relatório da Comissão ao Conselho no âmbito da Diretiva Juros e Royalties<sup>23</sup>, onde a propósito de entidades transparentes é referido que:

É concebível que uma ou mais das entidades constantes do anexo possam ser consideradas transparentes do ponto de vista fiscal por um Estado-Membro diferente daquele em que a entidade se encontra registada ou constituída.

A directiva não contém disposições que permitam aos Estados-Membros «ver através» das entidades não residentes admissíveis. Daí decorre que um Estado-Membro não dispõe de base jurídica para recusar a aplicação da directiva a uma entidade não residente que cumpra os requisitos do artigo 3.º.

Contudo, mesmo que fosse permissível aplicar uma abordagem baseada na transparência, a lógica dessa abordagem exigiria que o Estado-Membro em questão alargasse os benefícios da directiva ao sócio/accionista. Esse ponto de vista seria coerente com a posição tomada no Relatório da OCDE sobre parceria e nos comentários sobre o artigo 1.º do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património.

---

<sup>22</sup> de 22 de Dezembro de 2003, que altera a Directiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes Volume Directiva do Conselho (CE) 2003/123, ( ) 41

<sup>23</sup> Relatório da Comissão ao Conselho nos termos do artigo 8.º da Directiva 2003/49/CE do Conselho relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes [2009] COM(2009) 179 final

A Comissão Europeia parece ser da opinião de que nenhuma das disposições da Diretiva contêm base legal que permita ao Estado da fonte “ver através” das entidades residentes noutra EM quando esta cumpre todos os requisitos do artigo 3.º da Diretiva Juros e Royalties.

A Comissão não refere explicitamente que esta visão também se aplica para efeitos da Diretiva Mães e Afiliadas até porque a linguagem é diferente nas duas Diretivas, no entanto, não se encontram razões para que a visão da Comissão se altere neste caso.

Concordamos com Ton Stevens e Gijs Fibber, que entendem ser expeável que a Comissão Europeia também considere que as normas da Diretiva Mães e Afiliadas não contêm base legal que permita ao Estado da fonte “ver através” das entidades residentes noutra EM que cumpram os requisitos do artigo 3.º da Diretiva Mães e Afiliadas, no EM da sua residência.<sup>24</sup>

Por outro lado, ao longo do tempo, a Jurisprudência do TJUE forneceu algumas indicações sobre como, de acordo com o seu ponto de vista, devem ser interpretados os termos não definidos nas Diretivas.

Por exemplo no processo *Comissão das Comunidades Europeias contra República Portuguesa*<sup>25</sup>, o TJUE considera que:

A directiva não define expressamente o conceito de «despedimento». Todavia, este conceito deve ser objecto de uma interpretação uniforme para efeitos da aplicação da directiva.

Com efeito, decorre tanto das exigências da uniforme aplicação do direito comunitário como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito comunitário que não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente encontrar, em toda a Comunidade, uma interpretação autónoma e uniforme, que deve ser procurada tendo em conta o contexto da disposição e o objectivo prosseguido pela regulamentação em causa.

Assim sendo, tendo em conta a jurisprudência do TJUE, Ton Stevens e Gije Fibbe consideram que no que respeita às entidades híbridas os termos “obtenha” e “distribuídos por”, que se encontram respetivamente nos artigos 4.º e 5.º devem ser

---

<sup>24</sup> Ton Stevens and Fibbe Gijs, 'Taxation of Hybrid Entities under the Parent-Subsidiary Directive: The Example of the Netherlands' in Volume 20 (Kluwer Law International BV, The Netherlands 2011) 242

<sup>25</sup> Processo C-55/02 *Comissão das Comunidades Europeias contra República Portuguesa* [2004] 2004 I-09387

interpretados pelo EM não apenas tendo em conta a escrita dessas normas, mas também o contexto e os objetivos das regras prosseguidas pela Diretiva Mães e Afiliadas<sup>26</sup>, posição à qual aderimos.

Portanto, face à interpretação que consideramos correta dos conceitos acima referidos tentaremos resolver a situação acima descrita entre a Holanda e a Bélgica.

#### **2.2.3.1 Caso Holandês**

A Holanda enquanto Estado da fonte não aplicava a Diretiva a dividendos pagos a uma entidade de outro EM se a classificasse como transparente e a mesma fosse classificada como opaca pelo Estado da residência. Nessa situação, a classificação autónoma por parte da Holanda é determinante para saber a quem são distribuídos os dividendos para efeitos da Diretiva.

A questão que se coloca é saber se os EM têm esta autonomia no âmbito da Diretiva ou se os conceitos “distribuídos por” e “obtenha” têm o seu significado independente na Diretiva.

Na interpretação dos termos “obtenha” e “distribuídos por” dos artigos 4.º e 5.º respetivamente, de acordo com o TJUE, os EM não devem ter em conta apenas a escrita dessas normas, mas também o contexto e os objetivos das regras prosseguidas pela Diretiva Mães e Afiliadas. A esse respeito, cumpre dizer que o objeto e propósito da Diretiva é alcançar a neutralidade fiscal entre as entidades mães e as suas afiliadas no mercado interno.

Assim sendo, no exemplo 5 a neutralidade fiscal apenas poderá ser alcançada se a Holanda considerar que os dividendos são distribuídos à VOF belga tal como entende a Bélgica tanto na sua lei civil como fiscal. Ou seja, a Holanda deve abster-se de tributar os dividendos, retendo-os na fonte, apesar de não considerar, à luz da sua lei interna, que os dividendos pertençam à VOF belga.

Desta forma, somos forçado a concordar com Ton Stevens e Gijs Fibbe que tendo em conta não apenas a escrita dos artigos 4.º e 5.º da Diretiva mas também o contexto e objetivo da mesma, defendem que há argumentos suficientes para afirmar que os EM, numa aplicação correta da Diretiva, não têm autonomia para decidir a quem pertence o rendimento respeitante a entidades híbridas estabelecidas noutra EM.

---

<sup>26</sup> *ibid*

### 3. O Tratamento das entidades híbridas nas Convenções Americanas

Como verificamos acima, mesmo na UE e na aplicação das suas diretivas podem surgir dúvidas sobre qual a melhor aplicação das normas quando as operações envolvem entidades híbridas. No entanto, nos EUA a situação ganha outra relevância fruto do seu sistema de classificação de entidades, conhecido por check-the-box (CTB). Neste regime, como adiante veremos, é facilitada a criação de entidades híbridas, tornando os EUA um país central nesta temática.

Este sistema provocou um aproveitamento pelas entidades Canadianas principalmente, o que levou os EUA a regirem no que respeita à interpretação dos seus tratados, quando as operações envolvem entidades híbridas. Assim sendo, procuraremos perceber a forma como as entidades híbridas são tratadas nas Convenções Americanas, analisando os regulamentos americanos, e diferentes tipos de tratados.

#### 3.1 O Regime CTB

Até 1997 a caracterização das entidades era determinada de acordo com as suas características empresariais e não empresariais. Assim sendo, uma entidade era classificada como transparente ou opaca de acordo com um teste de quatro fatores.<sup>27</sup> Em 1995, o IRS anunciou que estava a considerar uma revisão do teste segundo o qual as entidades eram classificadas como opacas ou transparentes. Em Maio de 1996 as novas regras foram propostas, tornando-se efetivas a 1 de Janeiro de 1997, tendo ficado conhecidas como “check-the-box” (CTB).<sup>28</sup>

O regime CTB permite aos contribuintes a escolha, dito de uma forma simplista, entre ser enquanto sujeito legal, uma sociedade separada dos seus sócios e como tal sujeita a imposto sobre as sociedades, ou ser uma sociedade de pessoas e como tal o lucro ser imputado aos seus sócios.

Há entidades que são consideradas *corporations per se*, sendo qualificadas automaticamente como entidades opacas. Uma entidade comercial que não seja classificada automaticamente como uma sociedade é uma entidade elegível.

---

<sup>27</sup> Philip F. Postlewaite, Samuel A. Donaldson and Allison D. Christians. 'Determining Treaty Eligibility for Hybrid Entities and Their Owners' (2003-2004) 3 J Tax'n Global Transactions 45

<sup>28</sup> Stanley C. Ruchelman. 'Canadian Financing of US Operations in Light of Treaty Changes: Overuse of Hybrid Entities' (1998) 26(5) Intertax 154

Uma entidade elegível com dois ou mais sócios desenvolvendo uma atividade económica estará legalmente qualificada para escolher como ser tributada, se como sociedade de pessoas ou como uma corporação independente dos sócios.<sup>29</sup>

Para entidades estrangeiras a classificação padrão depende da existência de responsabilidade pessoal de algum dos sócios da entidade. Se algum dos sócios da empresa tem responsabilidade pessoal pelas dívidas da organização, a entidade será classificada como sociedade de pessoas, caso contrário será tratada como opaca. Se a entidade tiver apenas um proprietário, será desconsiderada enquanto sociedade opaca, sendo também tratada como transparente.

### **3.2 Planeamento com entidades híbridas**

Em virtude destas regras, foi possível encontrar entidades elegíveis, em jurisdições com regimes fiscais mais favoráveis, que seriam tratadas como transparentes para efeitos fiscais nos EUA devido à escolha dentro das regras CTB, mas que seriam tratadas como opacas no Canadá, onde as entidades híbridas tiveram grande sucesso como forma de planeamento fiscal.

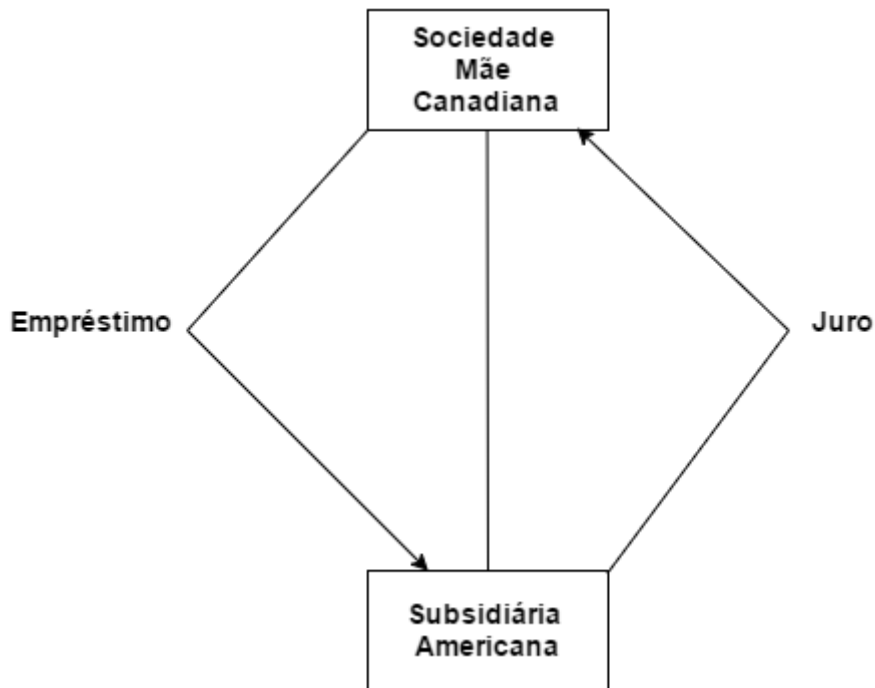
Assim, se a jurisdição com regime fiscal mais favorável possuir um tratado e vigor com o Canadá, na repatriação dos juros resultantes de um empréstimo, estes poderão ser classificados como dividendos.

Para ilustrar a situação recorreremos mais uma vez a um exemplo.

---

<sup>29</sup> Tulio Rosembuj. 'Hybrid Entities Why Not Tax Pass-throughs as Corporations?' (2012) 40*ibid*298

## Exemplo 6



*A sociedade canadiana empresta dinheiro à subsidiária americana e, em retorno, recebe juros. Os juros são sujeitos a uma taxa reduzida de retenção na fonte nos EUA. A taxa é de 10% no tratado entre os EUA e o Canadá, invés dos 30% estabelecidos na lei interna americana. A taxa é reduzida na expectativa de que os juros sejam tributados no Canadá.*

Contudo, com planeamento, os juros não terão que ser tributados no Canadá embora os EUA tenham que reduzir a retenção na fonte.

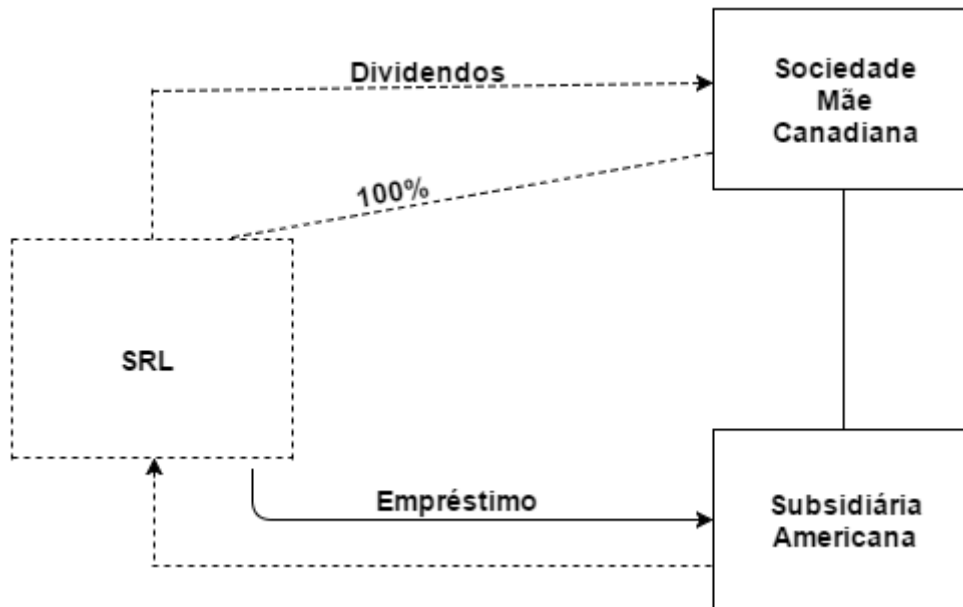
A escolha recaiu em Barbados onde é permitido estabelecer uma *Society with Restricted Liability* (SRL), que é uma entidade com responsabilidade limitada que poderá caracterizar-se como sociedade de pessoas para efeitos fiscais nos EUA. Além disso, a SRL pode classificar-se como uma *International Business Company* (IBC) de acordo com as leis fiscais internas de Barbados. Sendo que, uma IBC é sujeita a uma taxa de 2,5% de imposto sobre o rendimento, e não há retenção na fonte nos dividendos e juros pagos a acionistas e credores.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Stanley C. Ruchelman, 'Canadian Financing of US Operations in Light of Treaty Changes: Overuse of Hybrid Entities' in Volume 26 (Kluwer Law International, 1998) 154

Assumindo que é necessário que a sociedade canadiana do exemplo anterior continue a financiar a sua subsidiária americana e que agora o faz com recurso a uma SRL em Barbados. Tentaremos ilustrar esta situação no exemplo seguinte.

### Exemplo 7



*A SRL é tratada como uma entidade opaca no Canadá e Barbados, mas é estruturada para ser tratada como transparente nos EUA. A SRL empresta capital à entidade americana e recebe juros. Por fim, paga dividendos à sociedade-mãe no Canadá.*

Sendo a SRL uma IBC, é provável que seja sujeita a uma taxa de 2,5% em Barbados, que deverá ser parcialmente compensada com um crédito do imposto pago nos EUA.

No entanto, nos EUA, a transação será vista como se fosse a entidade canadiana a recetora dos juros, uma vez que a SRL é vista como transparente para efeitos fiscais nos EUA. Contudo, os juros continuam a ser sujeitos a uma taxa de 10% de retenção na fonte, tal como no exemplo anterior.

O tratamento acima descrito era demasiado atrativo para passar despercebido ao IRS e ao Congresso que reagiram através da alterações aos regulamentos da seção 894 do Internal Revenue Code (Código), bem como aos Tratados negociados pelos EUA, que passaram a incluir disposições a regular as entidades híbridas. Seguidamente

analisa as disposições dos regulamentos, onde distinguiremos as disposições relativas a entidades híbridas das disposições relativas a híbridos inversos.

### 3.3 Regulamentos da Seção 894

#### 3.3.1 Entidades Híbridas

Os regulamentos<sup>31</sup> publicados pelo IRS foram para além do contexto do investimento canadiano nos EUA, tendo sido projetados para impedir os contribuintes de usarem entidades híbridas para criarem paraísos fiscais, através dos quais o rendimento relevante não é tributado em nenhuma jurisdição ou recebe benefícios de uma taxa de retenção na fonte reduzida através de um tratado.

Os regulamentos refletem a visão de que um tratado fiscal é um acordo entre duas jurisdições, em que uma concorda em reduzir a taxa de retenção na fonte, e a outra concorda em atenuar a dupla tributação. O acordo é projetado para evitar a dupla tributação, não para encorajar a dupla não tributação numa base global.

Além disso, os regulamentos também adotam a visão de que os benefícios dos tratados não dever ser concedidos pelo Estado de origem dos rendimentos, se o Estado da residência não sujeitar esse rendimento ao seu regime fiscal.<sup>32</sup>

Assim, para que os rendimentos americanos e taxas de retenção na fonte de rendimentos conectados a uma entidade híbrida sejam reduzidos através de benefícios dos tratados, uma de duas condições tem que ser cumprida:

- 1) A entidade híbrida deve ser tratada como uma entidade tributável no país da sua residência, beneficiando assim dos benefícios do tratado, ou
- 2) A entidade deve ser tratada como entidade transparente no país da residência do acionista, e o acionista deve ser tributado nesse país como se tivesse recebido o rendimento diretamente dos EUA, sendo assim beneficiário do tratado.<sup>33</sup>

Para uma entidade ser considerada fiscalmente transparente, os acionista devem ter os rendimentos pagos à entidade, em conta separada na proporção das suas ações.

---

<sup>31</sup> O IRS publica regulamentos fiscais que são a interpretação oficial do Departamento do Tesouro no que respeita ao *Internal Revenue Code*, que corresponde a uma parte da lei fiscal federal dos EUA.

<sup>32</sup> Stanley C. Ruchelman, 'Hybrid Entities in Cross Border Transactions: The Canadian Experience, the U.S. Response, & B.E.P.S. - the O.E.C.D. End Game' in (Practising Law Institute (PLI), 2015)

<sup>33</sup>. Reg. § 1.894-1 (d)(1)

Além disso, o rendimento nas mãos dos acionistas deve ter a mesma caracterização para efeitos fiscais que teria se fosse realizado diretamente a partir da fonte.<sup>34</sup>

Por outras palavras, os regulamentos anti-híbridos decretam que os EUA reduzirão a taxa de retenção na fonte apenas se a entidade híbrida ou os seus acionistas forem tributados no estrangeiro pelas quantias pagas pela entidade americana e se a parte que é tributada se qualificar para os benefícios do tratado.

### **3.3.2 Híbridos Inversos**

Como já referimos um híbrido inverso é uma entidade que é tratada como opaca nos EUA e que é tratada como fiscalmente transparente para efeitos fiscais estrangeiros. Os híbridos inversos foram usados para facilitar o financiamento dentro do grupo das operações americanas. A entidade, através do regime CTB, escolhe ser tratada como opaca, tendo como sócios sociedades estrangeiras e sendo a sociedade-mãe de um grupo de empresas americanas.

O híbrido inverso é usado para receber empréstimos de capital de um dos seus sócios estrangeiros. Nos EUA o juro pago sobre o empréstimo é dedutível, sendo que, na jurisdição estrangeira a transação é ignorada. Por conseguinte, o rendimento é reduzido nos EUA sem um aumento a contrabalançar no rendimento da outra jurisdição. Por outro lado, também poderá ser usado como veículo para fluir dividendos para fora dos EUA sem retenção na fonte e com a possibilidade de não tributação do outro lado. Nas jurisdições estrangeiras, os dividendos podem ser considerados atribuídos a um estabelecimento estável nos EUA e isentos de tributação na residência. Invés de pagar dividendos, o híbrido inverso paga juros sobre o empréstimo do sócio estrangeiro e reclama os benefícios fiscais acima referidos.<sup>35</sup>

Mais uma vez, este tipo de transações são vistas pelo IRS como violadoras da premissa subjacente aos tratados fiscais – redução da tributação para evitar a dupla tributação, não eliminar toda a tributação. Consequentemente, o IRS emitiu

---

<sup>34</sup> Reg. § 1.894-1 (d)(3)(ii)

<sup>35</sup> *ibid*

regulamentos fiscais<sup>36</sup> relacionados com a elegibilidade para benefícios dos tratados dos rendimentos pagos por híbridos inversos.

Os regulamentos referem que um tratado fiscal não deve ser aplicado para reduzir o imposto sobre o rendimento em pagamentos de fonte americana recebidos por híbridos inversos. Assim sendo, os acionistas estrangeiros do híbrido inverso americano não estão qualificado para benefícios no âmbito do tratado, no que respeita a rendimentos de origem americana recebidos pelo mesmo. Além disso, um rendimento pago por um híbrido inverso a um acionista dessa entidade deve ter a mesma natureza que têm na lei americana.

Por fim, os regulamentos prescrevem que os pagamentos de juros ou outros itens dedutíveis a uma parte relacionada estrangeira por parte do híbrido inverso serão convertidos em pagamentos de dividendos para efeitos americanos e no domínio dos tratados se, e limitados a essa extensão, a entidade referida receber dividendos das sociedades afiliadas. O que significa que os pagamentos não são dedutíveis e que a retenção na fonte para os dividendos é aplicada.

Assim sendo, os dividendos das empresas operacionais não podem ser convertidos em pagamentos dedutíveis, apenas lavando-os através de um híbrido inverso. No reconhecimento desta política, o montante caracterizado como dividendo é reduzido pelos dividendos realmente pagos pelo híbrido inverso aos seus acionistas.

### **3.4 Tratados**

Como referimos, com a proliferação das entidades híbridas, o IRS e o Departamento do Tesouro direcionaram o problema dos benefícios dos tratados para rendimentos passivos através da introdução de regras específicas nos regulamentos. Uma vez que são necessários anos para negociar um tratado fiscal ou celebrar um protocolo, os regulamentos ofereceram uma solução rápida. Infelizmente, esta abordagem unilateral é de pequeno valor para contribuintes americanos que ligados a investimento estrangeiro através de híbridos porque a disponibilidade da secção 894 dos regulamentos está condicionada a um tratamento semelhante pela contraparte do tratado.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Reg. § 1.894-1(d)(2)

<sup>37</sup> Reg. §1.894(d)(4)

Os regulamentos especificam que uma vez que os contribuintes sejam alertados pelo IRS para a falta de reciprocidade, os benefícios do tratado outrora assegurados pelos regulamentos serão negados. Esta limitação introduz tanto incerteza como ineficiência no já caótico ambiente do investimento internacional.<sup>38</sup>

Assim sendo, os EUA tentaram solidificar a sua posição dentro da linguagem dos próprios tratados.

Enquanto os tratados mais antigos (anteriores ao regime CTB) são possivelmente incertos na sua aplicação dada a escassez de estruturas híbridas na altura em que os mesmos entraram em vigor.

Os tratados mais modernos diferem ligeiramente dos tratados mais antigos, tendo um escopo mais abrangente suscetível de se aplicar a estruturas híbridas. Aliás, algumas das explicações técnica que acompanham esses tratados contêm texto e exemplos lidando explicitamente com entidades híbridas.

Uma vez que os Tratados mais antigos não regulam explicitamente as entidades híbridas, é necessário ligar os benefícios do tratado a exigências de residência, sendo que essas regras parecem alcançar o mesmo resultado que os Regulamentos da Secção 894. Assim sendo, analisaremos apenas os tratados mais recentes, como o celebrado com o Japão e o Protocolo com o Canadá.

#### **3.4.1 Tratamentos detalhado das entidades híbridas: EUA-Japão**

O tratado fiscal entre o Japão e os EUA foi o primeiro a conter normas mais detalhadas no que respeita a entidades híbridas.<sup>39</sup> O tratado adere à regra geral de que o país da fonte deve submeter-se às leis fiscais do Estado da residência. Contudo, invés de simplesmente estabelecer esta norma (como os tratados anteriores), o tratado pormenoriza a aplicação dos benefícios do tratado a entidades transparentes em cinco diferentes situações. Por uma questão de conveniência caracterizaremos os EUA como Estado da fonte nas descrições seguintes.

---

<sup>38</sup> Philip F. Postlewaite, Stephanie R. Hoffer and Matthew T. Kemp. 'The Adaptation of U.S. Tax Treaties to Changing Business Forms - A Case Study of Hybrid Entities' (2008) 34 Int'l Tax J 33

<sup>39</sup> Pamela A. Fuller. 'The Japan-U.S. Income Tax Treaty: Signaling New Norms, Inspiring Reforms, or Just Tweaking Anachronisms in International Tax Policy?' (2006) 40 Int'l Law 773

O artigo 4º, n.º6, alínea a), prescreve que um rendimento de fonte americana resultante de uma entidade japonesa fiscalmente transparente só é elegível para benefícios do tratado se os sócios da empresa forem residentes no Japão.

A alínea b) estabelece que se o Japão tratar a entidade como opaca, esta beneficia dos direitos do tratado nos rendimentos de fonte americana, ainda que os EUA consideram a entidade como transparente.

A alínea c) estipula que os sócios Japoneses de uma entidade tratada como fiscalmente transparente no âmbito da lei japonesa e organizada num país terceiro, são beneficiários do tratado nos rendimentos de fonte americana. O tratamento da entidade em causa por parte dos EUA ou do país terceiro é irrelevante, desde que o Japão considere a entidade transparente, e consequentemente tribute os seus sócios, estes são elegíveis para os benefícios do tratado.

Na alínea d) temos os casos em que o Japão trata uma sociedade de um país terceiro como opaca. Assim sendo, o Japão não tributará os rendimentos de fonte americana porque a entidade não é residente no Japão. Além disso, considerando a entidade como opaca, o Japão não tributará os seus sócios pelos rendimentos recebidos pela empresa. Consequentemente, os benefícios do tratado não estão disponíveis, o que faz sentido, uma vez que nem a entidade nem os sócios estão sujeitos a tributação no Japão. Obviamente, a sociedade estará habilitada aos benefícios do tratado entre o país da sua residência e os EUA.

A alínea e) produz o mesmo resultado que a alínea anterior, mas no contexto em de uma entidade americana que recebe rendimentos de fonte americana. A entidade é tratada como fiscalmente transparente pelos EUA, mas o Japão considera a mesma opaca, não tributando os seus sócios pelo rendimento de fonte americana. Por conseguinte, também aqui o rendimento não é elegível para benefícios do tratado nem ao nível da sociedade nem ao nível dos sócios.

Cumprе referir, no entanto, que as entidades híbridas inversas americanas (tratadas como opacas pelos EUA mas transparentes pelo Japão) não são abrangidas pelo artigo 4.º, n.º 6. Essas entidades são por definição residentes do estado da fonte, sendo, portanto, abrangidas pela cláusula de salvaguarda, que permite cada Estado tributar os seus cidadãos ou residentes independentemente de outras normas do

tratado.<sup>40</sup> Na verdade, esta cláusula nega benefícios do tratado aos híbridos inversos, uma abordagem que está de acordo com os Regulamentos da Seção 894 e outros tratados modernos.

#### **3.4.2 Recusa de benefícios para acionistas de entidades híbridas: EUA- Canadá**

Os EUA e o Canadá concluíram em 2007 um Protocolo com vista a alterar a Convenção EUA-Canadá, que veio a representar uma alteração no tratamento das estruturas híbridas.<sup>41</sup>

Antes da adoção do Protocolo, o Canadá não reconhecia as LLC americanas como sociedades de pessoas para efeitos do tratado. Para corrigir esta situação desfavorável, o artigo 2.º do Protocolo acrescentou duas secções à regra da residência do tratado; a primeira cria uma regra favorável para entidades fiscalmente transparentes como as LLC, e a segunda cria uma exceção desfavorável para várias entidades híbridas.

Assim, o art. 2.º no seu n.º 6 estende os benefícios do tratado no Canadá para as LLC americanas que são detidas por residentes americanos. A regra geral prescreve que um rendimento é auferido por um residente dos EUA se dois requisitos estiverem preenchidos. Primeiro, a pessoa que recebe o rendimento é considerada à luz da lei fiscal americana, tê-lo recebido através de uma entidade, que não seja residente no Canadá. Segundo, uma vez que a entidade é tratada como fiscalmente transparente no âmbito das leis americanas, as leis fiscais americanas devem tratar o rendimento da mesma forma que o tratariam se ele fosse auferido diretamente pela pessoa que reclama os benefícios do tratado.

Contudo, o n.º 7 do mesmo artigo cria uma exceção à regra geralmente mais favorável do número anterior. Este determina que um rendimento não deve ser considerado como pago por ou auferido por uma pessoa residente num dos Estados contratantes em duas situações.

Na primeira, o rendimento não será considerado pago a um residente se passar por entidade que seja considerada fiscalmente transparente pelo país da fonte, mas que é considerada opaca pelo país da residência. Nesta situação, o resultado é consistente

---

<sup>40</sup> US-Japan Income Tax Convention (2003), Art. 1º, n.º4, al. a)

com a abordagem dos EUA, porque a recusa de benefícios dos tratados é baseada na classificação da entidade híbrida no país da residência. Uma vez que o país da residência não tributará diretamente os sócios, pelo contrário, focar-se-á na entidade híbrida, o país da fonte não necessita de ceder a sua jurisdição sobre os sócios. Neste caso, como não há risco de dupla tributação dos sócios, estes não necessitam de recorrer a benefícios do tratado.

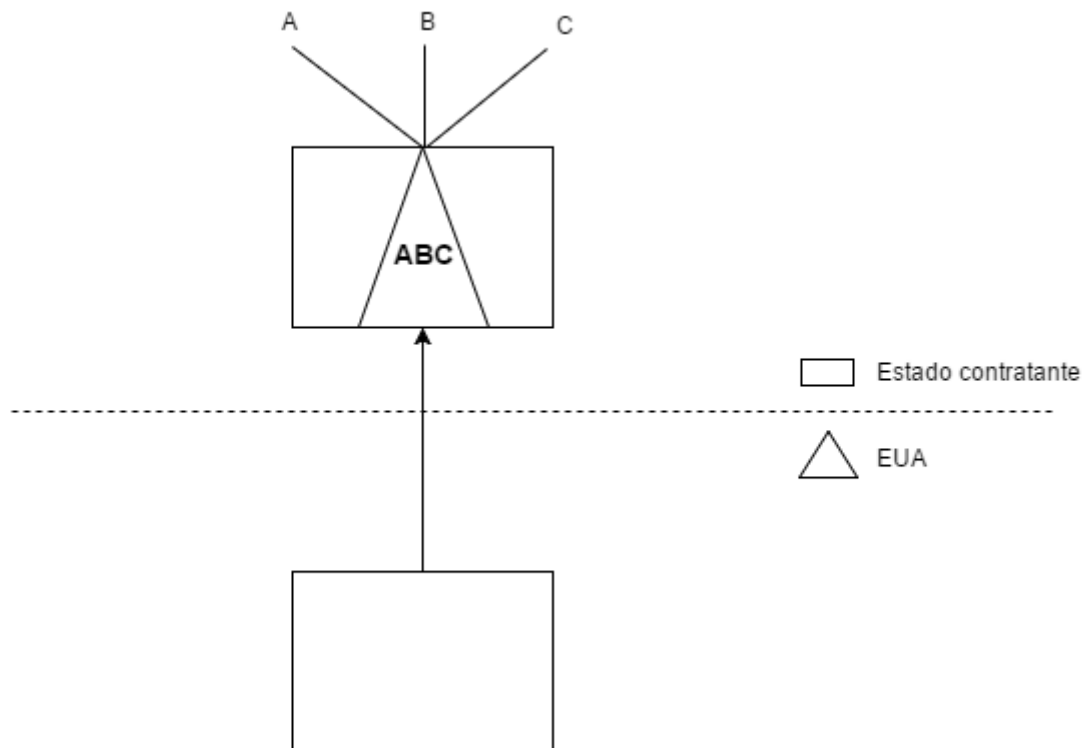
Na segunda, o rendimento a partir de um residente do país da fonte não será considerado pago a um residente se passar por uma entidade que o país da fonte considera opaca, mas o país da residência vê como fiscalmente transparente. Nesta situação há um contraste com os tratados anteriores, uma vez que estes se focam sobretudo em entidades híbridas que recebem rendimentos, invés de entidades híbridas que os efetuam.

Para melhor compreendermos as normas em questão, veremos como se aplicam na prática através do recurso a exemplo.

### **3.5 Exemplos aplicando as regras sobre as entidades híbridas**

Nos exemplos seguintes veremos como se aplicam as regras acima vistas em várias situações envolvendo entidades híbridas. Em cada exemplo, o problema em questão é saber se os EUA, enquanto Estado da fonte, devem garantir benefícios do tratado à entidade, acionistas, ambos ou nenhum. Para o efeito vamos usar os regulamentos da secção 894 do Código e as de regras dos tratados, descritas acima.

### Exemplo 8



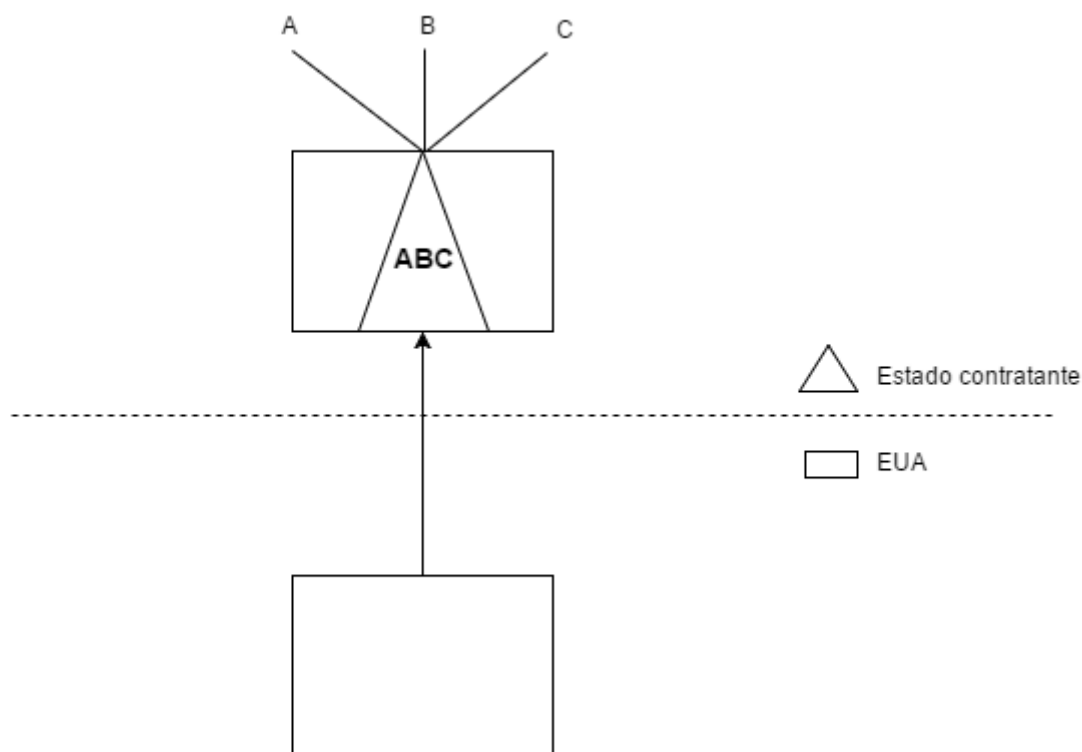
*EUA classificam a entidade como transparente, Estado contratante classifica como opaca.*

**Regulamentos da seção 894 do Código.** A entidade é um híbrido estrangeiro elegível para benefícios do tratado. Os acionistas, contudo, não são elegíveis porque a entidade é residente de um Estado contratante, tratada como opaca e portanto tributável. A entidade pode reclamar benefícios do tratado ainda que os EUA a tratem como fiscalmente transparente.

**Japão.** O mesmo resultado é obtido no tratado com o Japão, que explicitamente estabelece que a entidade neste cenário será elegível para benefícios do tratado, ainda que os EUA a vejam como transparente. Contudo, os sócios não são elegíveis, uma vez que os pagamentos são feitos à entidade, não aos sócios.

**Canadá.** Os sócios não estão qualificados para os benefícios do tratado, contudo, a linguagem do Protocolo não impede a entidade de reclamar os referidos benefícios. O resultado deverá ser o mesmo que o alcançado nos casos acima referidos.

### Exemplo 9



*EUA classificam a entidade como opaca, Estado contratante classifica-a como transparente.*

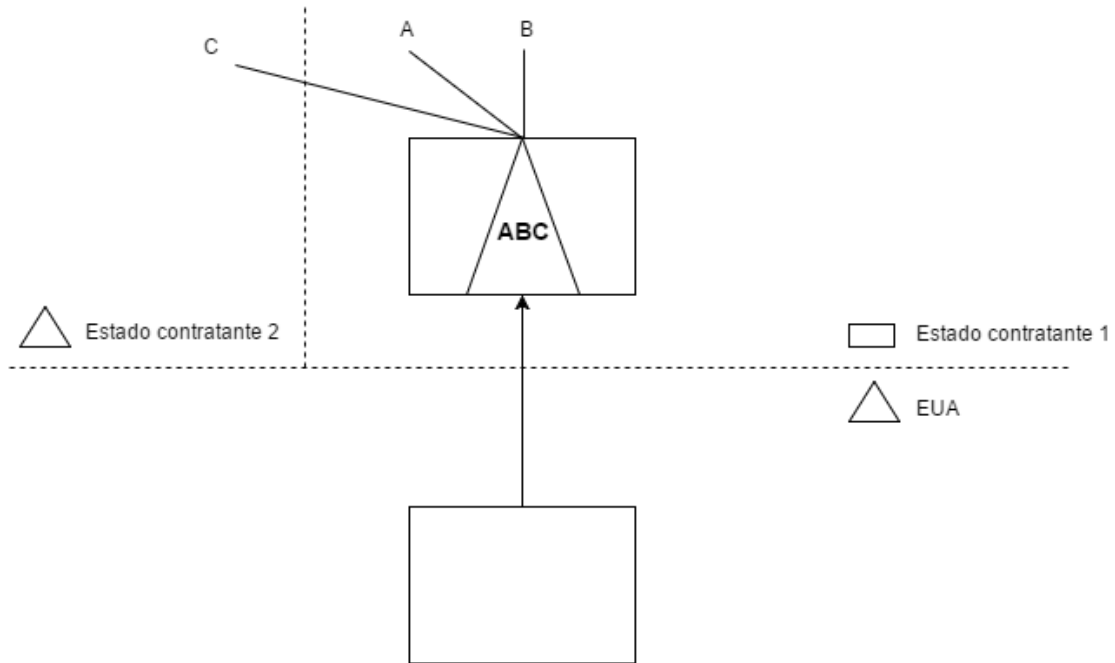
**Regulamentos da secção 894 do Código.** A entidade é um híbrido inverso estrangeiro. Embora esta situação não esteja especificamente prevista pelos regulamentos, a lógica da temática dos benefícios dos tratados determina que a entidade não seja elegível porque é tratada como fiscalmente transparente pelo Estado contratante. Contudo, os sócios devem estar qualificados para os benefícios do tratado uma vez que o rendimento é “auferido por um residente” do Estado contratante. Todavia, algumas incertezas surgem quanto à correta resolução do problema porque os Regulamentos falham na resolução da questão.

**Japão.** As regras mais específicas do tratado com o Japão alcançam os mesmos resultados. A entidade não é elegível para benefícios do tratado, porque é tratada como fiscalmente transparente. Contudo, os sócios qualificam-se para benefícios do tratado porque são sujeitos a imposto pelo rendimento de fonte americana, ainda que os EUA tratem a entidade como opaca.

**Canadá.** Os sócios da entidade serão elegíveis para receber benefícios do tratado desde que a entidade não seja residente nos EUA. Por fim, ao contrário do exemplo

anterior, neste é claro que os EUA não têm que conceder benefícios à entidade, uma vez que esta não é considerada residente no Canadá para efeitos da Convenção.

### Exemplo 10



*EUA classificam a entidade como transparente; Estado contratante 1 classifica como opaca; Estado contratante 2 classifica como transparente.*

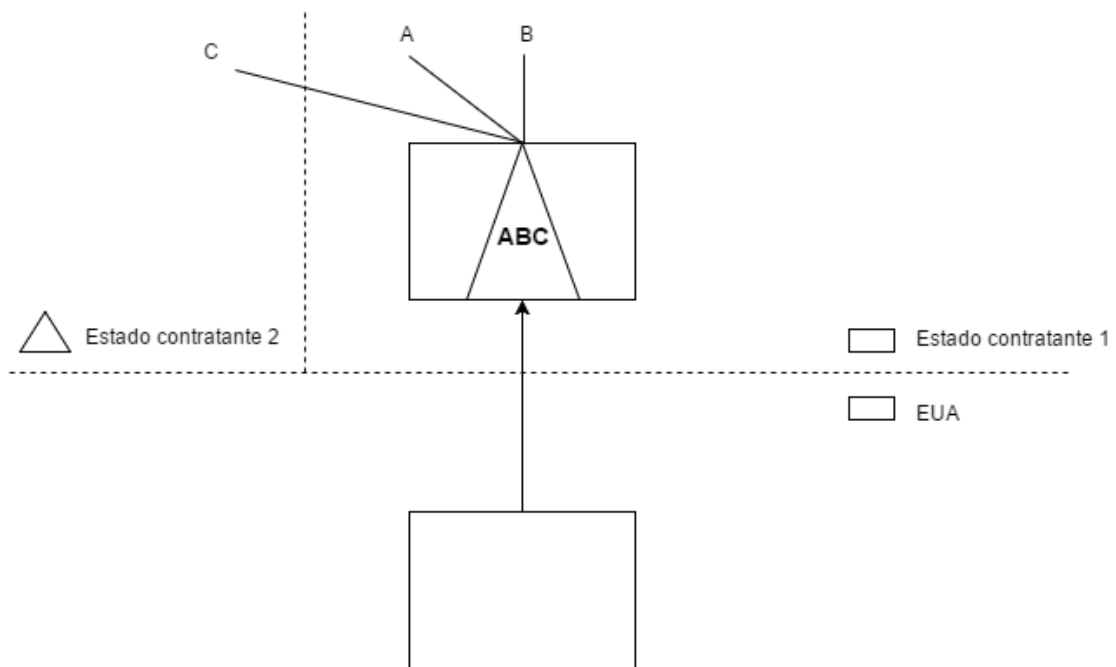
**Regulamentos da Secção 894 do Código.** A entidade é um híbrido estrangeiro, e tanto a entidade como alguns dos seus sócios são elegíveis para benefícios, porque tanto no Estado contratante 1 como no Estado contratante 2, “o rendimento é auferido por um residente.” Os benefícios não serão conferidos a A e B porque estes não são sujeitos a tributação no Estado contratante 1. Os benefícios do tratado neste caso são geridos por tratados diferentes – os benefícios disponíveis à entidade são geridos pela Convenção com o Estado contratante 1, enquanto os benefícios disponíveis para os acionistas são geridos pela Convenção com o Estado contratante 2. Mais uma vez, a caracterização por parte dos EUA é irrelevante.

**Japão.** Se o problema se resolver no âmbito da Convenção com o Japão tanto a entidade como os sócios serão elegíveis para benefícios do tratado.

**Canadá.** O Protocolo com o Canadá parece negar benefícios aos sócios da entidade que residem no Canadá. Como no exemplo 8, contudo, a entidade poderá ser elegível

para benefícios no âmbito de disposições mais gerais do tratado. Por outro lado, a elegibilidade do acionista C não é governada pelo acordo entre os EUA e o Canadá; alternativamente, é gerida pela Convenção entre os EUA e o Estado contratante 2, que deverá ser mais benevolente que o Protocolo.

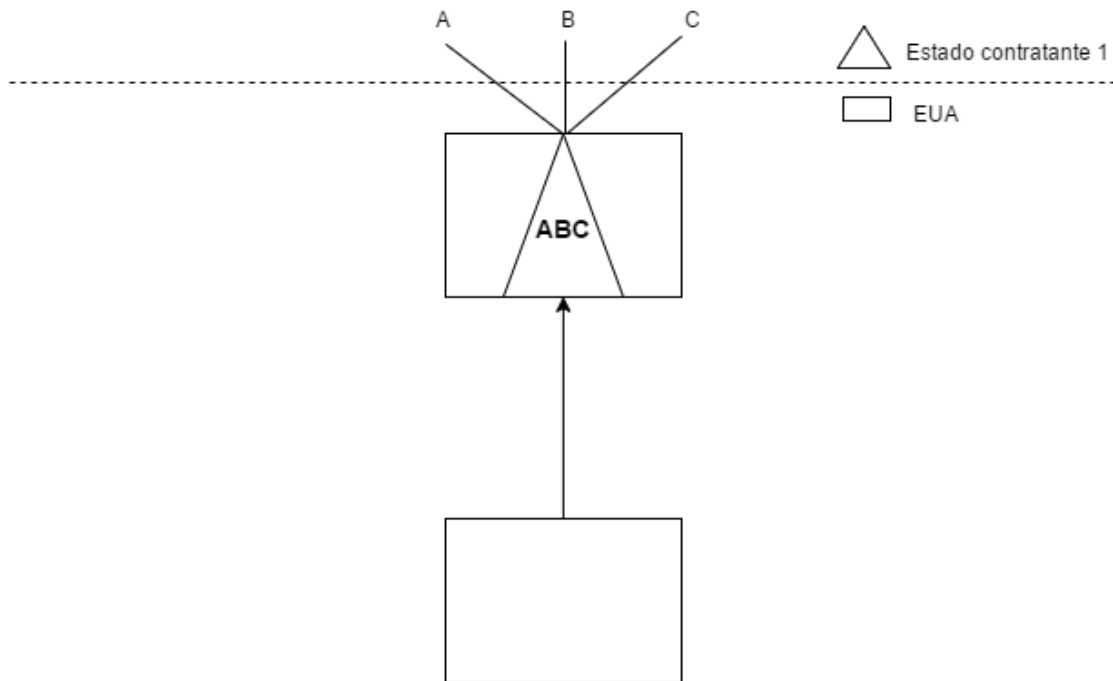
### Exemplo 11



*EUA classificam a entidade como opaca; Estado contratante 1 classifica como opaca, e Estado contratante 2 classifica a entidade como transparente.*

A análise neste cenário é idêntica ao exemplo anterior, ainda que os EUA neste caso tratem a entidade como opaca invés de transparente. Tanto a entidade como alguns sócios serão elegíveis para benefícios no âmbito do Tratado com o Japão e à luz dos regulamentos como verificamos no exemplo anterior. No que respeita à Convenção com o Canadá a resolução torna-se mais clara, uma vez que a entre os EUA e Canadá, a entidade não é um híbrido, as regras gerais do Tratado devem conceder benefícios à entidade. Tal como no exemplo anterior, os sócios não necessitam de ser considerados.

## Exemplo 12



*EUA classificam a entidade como opaca; Estado contratante 1 classifica a entidade como transparente.*

Uma exceção à regra geral ocorre quando estão em causa híbridos inversos domésticos, isto é, os EUA tratam a entidade como opaca, enquanto o país da entidade e/ou sócios considera-a transparente. Neste caso, a entidade é uma sociedade dos EUA. Assim sendo, os EUA são livres de tributar os rendimentos da empresa, ainda que os sócios possam ser sujeitos a tributação no país da sua residência. Neste caso, os regulamentos negam explicitamente benefícios dos tratados a híbridos inversos domésticos.

### **3.5.1 Regulamentos sobre a retenção na fonte nos casos de duplicação dos benefícios do Tratado**

Verificamos acima que há casos em que tanto a entidade como os sócios eram beneficiários de uma taxa de retenção na fonte reduzida no âmbito dos respetivos tratados. A questão que se coloca é saber qual o tratado que se aplica quando dois tratados têm taxas de retenção na fonte diferentes. As Regulações do Tesouro fornecem alguma orientação.

A regra básica é que apenas uma taxa reduzida pelo tratado pode ser aplicada a um rendimento em concreto. Contudo, taxas de retenção na fonte de tratados diferentes

podem ser aplicadas à respetiva porção de rendimento recebido (ou considerado recebido) por casa sócio, de acordo com a taxa estabelecida no tratado aplicável à jurisdição de cada sócio.

Processualmente, se tanto a entidade como os sócios reclamam benefícios do tratado sobre a mesma porção de rendimento, o agente de retenção poderá escolher a taxa a aplicar. Contudo, quando um sócio é beneficiário de uma taxa de retenção inferior em comparação com a da entidade à qual o pagamento é feito, os sócios devem requerer essa taxa inferior, podendo pedir um reembolso ou um crédito. Assim, em sentido prático, a taxa mais baixa de qualquer tratado relevante será a que em última análise se aplicará a qualquer porção de rendimento.

Desta forma, onde não se aplica a cláusula de limitação dos benefícios, esta regra poderá potencialmente permitir a que entidades empresariais beneficiem de tratados fiscais mais brandos negociados por outros países, que não o da sua residência. No entanto, uma regra contrária negaria aos sócios o pleno gozo dos tratados fiscais negociados pelos seus países de residência.

#### **4. Entidades híbridas na OCDE – Projeto BEPS**

Como fomos percebendo ao longo do trabalho, as entidades híbridas levantam alguns problemas de aplicação devido à diferente interpretação que os Estados têm da mesma realidade, isso pode originar planeamento por parte de grandes multinacionais, que aproveitam estas brechas criadas pela diferente interpretação dos Estados para conseguir criar situações de dupla dedução (DD) ou de dedução/não inclusão (D/NI). Assim sendo, a OCDE procurou na sua ação n.º 2 do BEPS criar normas para os Estados aplicarem domesticamente, bem como alterar a Convenção Modelo, para que os tratados possam abranger as situações envolvendo entidades híbridas.

Assim sendo, faremos uma análise para perceber o que a OCDE propões para contrariar os resultados de DD e D/NI, assim como procuraremos perceber que alterações trarão a alteração à Convenção Modelo. Para o efeito, recorreremos ao exemplo alemão que criou uma norma de interligação de classificação. Tentaremos perceber o alcance dessa norma, os efeitos que traz e comparar com a interpretação feita pelos EUA no tratamento das entidades híbridas nas suas Convenções.

Esforços internacionais, liderados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), foram empreendidos na tentativa de combater o problema da Erosão da Base Tributável e Transferência de Resultados (BEPS). A erosão da base tributária ocorre quando companhias multinacionais deslocam rendimentos de jurisdições com tributação elevada para países de baixa tributação, com o objetivo das sociedades pagarem um valor de impostos significativamente inferior ao que deveriam pagar.<sup>42</sup> A OCDE estabeleceu um Plano de Ação<sup>43</sup>, e alguns países estão a trabalhar para implementar aspetos do mesmo.<sup>44</sup>

Uma das ações mais cruciais deste Plano é a Ação 2, “Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos”. A Ação 2 propõe as seguintes alterações:

1 – “Mudanças no Modelo de Convenção Tributária da OCDE de forma a assegurar que os instrumentos e entidades híbridos (assim como as entidades residentes em dois países) não sejam utilizados para obter benefícios indevidos através de tais acordos”;

2 – “Disposições legais nacionais que impeçam a isenção, ou a não contabilização de pagamentos dedutíveis pelo pagador”;

3 – “Disposições legais nacionais que recusem uma dedução a título de um pagamento que não seja incluído no cálculo dos rendimentos do seu beneficiário (e que não esteja sujeito a imposto em virtude das normas relativas às Sociedades Estrangeiras Controladas (SEC), ou similares) ”;

4 – “Disposições legais nacionais que impeçam uma dedução a título de um pagamento que é igualmente dedutível em outra jurisdição”; e

5- “Se necessário, orientações sobre coordenação ou critérios de desempate, caso mais de um país procure aplicar tais normas a uma transação, ou a uma estrutura.”

As alterações tanto são à escala global (rever o Modelo de Convenção Tributária da OCDE) como específicas do país (disposições domésticas para evitar resultados contraditórios entre jurisdições).

---

<sup>42</sup> OCDE. 'About Base Erosion and Profit Shifting' '<http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>'

<sup>43</sup> OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2014b)

<sup>44</sup> Rachel J. Greenberg. 'COMMENT: Taking a Byte out of International Tax Evasion: Combating Base Erosion and Profit Shifting' (2016) 19 Chap L Rev 307

#### **4.1 A Ação 2 do BEPS**

O relatório de 2014 sobre a ação 2<sup>45</sup> define um *hybrid mismatch arrangement* como um “esquema que explora a diferença no tratamento fiscal de uma entidade ou um instrumento no âmbito das leis de duas ou mais jurisdições para produzir um desencontro nos resultados fiscais onde esse desencontro tem o efeito de diminuir a carga fiscal agregada das partes desse esquema”.<sup>46</sup>

De acordo com a OCDE, os dois *hybrid mismatch arrangements* essenciais são: os pagamentos que são dedutíveis no âmbito das normas da jurisdição de quem paga e não incluídos no rendimento de quem recebe (conhecido por dedução/não inclusão ou D/NI) e pagamentos que dão origem a deduções duplicadas da mesma despesa (dedução dupla ou DD).

##### **4.1.1 Estratégia da OCDE na criação das medidas**

À semelhança de grande parte do Plano de Ação, a luta com os híbridos não é nova na OCDE. Na verdade, em 2012 a OCDE concluiu um trabalho sobre o problema em questão, do qual resultou um relatório.<sup>47</sup>

No relatório de 2012, a OCDE identifica quatro opções políticas para neutralizar os *hybrid mismatch arrangements*: a) harmonização das leis domésticas; b) regras gerais anti abuso; c) regras específicas anti abuso; e d) regras específicas direcionadas aos *hybrid mismatch arrangements*.

A OCDE descarta a opção da harmonização por falta de viabilidade política, o que reflete pragmatismo por parte da OCDE.

As regras gerais anti abuso requerem que o planeamento seja apontado para evitar tributação na jurisdição aplicando a norma. Contudo, os *hybris mismatch arrangements* tendem a adequar-se às leis domésticas e portanto não devem cair dentro do escopo das regras gerais anti abuso.

A alínea c) refere-se às regras específicas anti abuso que, embora não sejam especificamente ou exclusivamente dirigidas a *hybrid mismatch arrangements*, podem

---

<sup>45</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2014a)

<sup>46</sup> *ibid* par. 41, pág. 29

<sup>47</sup> OCDE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2012)

conseguir neutralizar esses esquemas – por exemplo normas que para a dedução de um pagamento requerem um mínimo de tributação desse pagamento ou regras que recusam benefícios fiscais específicos (como uma dedução p.e.) quando esses esquemas são montados com o objetivo de primariamente atingirem esse benefício específico.

Por fim, a alínea d) refere-se a medidas direcionadas especificamente a *hybrid mismatch arrangements*.

No entanto, no entender de Yariv Brauner o relatório de 2012 tem o problema de ter sido preparado e publicado antes da iniciativa BEPS. Desta forma, foi preparado no âmbito da abordagem anterior da OCDE e não na percepção do BEPS de que é necessário coordenação para resolver coletivamente os problemas. Por outro lado, considera que foi um relatório da OCDE e que não deu voz ao grupo de países do BEPS.<sup>48</sup> Concordamos que uma solução conjunta seria importante para a resolução do problema, no entanto, pensamos que as recomendações podem trazer soluções para os problemas que procuram corrigir.

Como vimos, o relatório de 2012 recomende rever ou introduzir regras específicas e dirigidas a negar benefícios aos *hybrid mismatch arrangements*. Assim, o Plano de Ação solicita recomendações com os seguintes planos: a) leis domésticas que previnam a isenção ou o não reconhecimento de pagamentos que são dedutíveis por quem paga; b) normas domésticas que neguem a dedução a um pagamento que não é incluído no rendimento de quem recebe (e não é sujeito a tributação no âmbito das regras das Sociedades Estrangeiras Controladas (SEC) ou em regras semelhantes); e c) leis domésticas que negam a dedução de um pagamento que também é dedutível noutra jurisdição. O relatório de 2014 sobre a ação 2 adere aproximadamente ao Plano de Ação e procura criar regras específicas, direcionadas exclusivamente aos *hybrid mismatch arrangement* que resultam em D/NI ou DD.

No desenho das regras anti híbridos, a OCDE segue uma abordagem com três passos. No primeiro passo, procura corrigir certos erros básico na lei doméstica que têm tendência a criar oportunidades para o uso de *hybrid mismatch arrangement*. Um exemplo desses erros é a atribuição de uma isenção no Estado da residência (que é concedida para mitigar a dupla tributação económica) quando não há dupla tributação

---

<sup>48</sup> Yariv Brauner. 'What The BEPS?' (2014) 16 Fla Tax Rev 55

económica uma vez que houve uma dedução do pagamento relevante no Estado da fonte. O segundo passo é estabelecer como regra primária a recusa de um tratamento fiscal benéfico relevante num dos Estados envolvidos num específico *hybrid mismatch arrangement*. Essencialmente, o Estado a implementar a regra primária deve ser o Estado, que dentro dos princípios do Direito Tributário Internacional, tem o direito de tributar primeiro o rendimento relevante. Como terceiro passo, a OCDE cria uma regra secundária (defensiva) para ser implementada por uma das outras jurisdições, sendo aplicada quando a regra primária não é implementada ou usada.

Assim, o pressuposto do trabalho do relatório sobre a ação 2 é que de todos os Estados vão adotar as recomendações, se as normas forem adotadas apenas por um número limitado de Estados, os desencontros (*mismatches*) continuarão a ser abundantes. Contudo, a proposta para uma regra secundária demonstra que a OCDE tem consciência de que a adoção mundial pode ser uma ilusão. O segundo pressuposto é que as medidas individuais tomadas pelos Estados conseguirão erradicar efetivamente os *hybrid mismatch arrangements*.

Depois desta breve apresentação acerca da estratégia da OCDE e sabendo que as propostas da mesma tanto são à escala global, como específicas do país, analisaremos seguidamente as propostas para as leis domésticas assim como as questões relacionadas com os tratados, no que respeita à tributação de entidades híbridas.

#### **4.1.2 Recomendações para as leis domésticas**

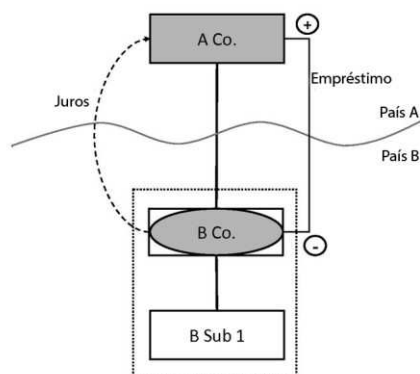
##### ***4.1.2.1 Esquemas que produzem resultado D/NI***

Analisaremos as duas recomendações ligadas às entidades híbridas:

- Pagamentos desconsiderados efetuados por uma entidade híbrida a uma parte relacionada (recomendação 3 no relatório).
- Híbridos inversos (recomendações 4 e 5 no relatório)

## Pagamentos desconsiderados efetuados por uma entidade híbrida a uma parte relacionada

### Exemplo 13



Neste cenário D/Ni, A Co empresta fundos a uma subsidiária detida por inteiro, B Co. B Co é transparente para efeitos fiscais na perspetiva do Estado A, mas opaca no âmbito da lei fiscal de B. Através da consolidação fiscal de B Co e B Sub 1 no país B, o juro do empréstimo de A Co a B Co é dedutível contra o lucro operacional de B Sub 1. O Estado A reconhece B Sub 1 como uma entidade opaca e o lucro operacional deste está assim fora do âmbito de tributação de A (ou seja, não há uma dupla inclusão do rendimento)

O Relatório de 2014 caracteriza B Co como um híbrido que efetua o pagamento. Devido ao facto de B Co ser ignorada para efeitos fiscais de A, o empréstimo de A Co a B Co e o pagamento de juros deste empréstimo também não são reconhecidos em A.

A regra recomendada no Relatório para resolver a D/Ni resultante deste *hybrid mismatch* é a introdução de uma regra de articulação.<sup>49</sup> A resposta primária deve ser por parte da jurisdição da entidade que faz o pagamento (Estado B no exemplo) recusando a dedução do juro. A resposta defensiva seria por parte da jurisdição que recebe o pagamento (Estado A) incluindo o pagamento do juro no rendimento de A Co, na extensão que esse pagamento resulta em D/Ni.

O relatório especifica que não ocorre desencontro (e não há necessidade de aplicar medidas anti híbridos) quando o rendimento é incluído no âmbito das normas de ambos os países. Por outro lado, o relatório permite que aconteça em momentos diferentes a

<sup>49</sup> OECD, 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements' in (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2014a)

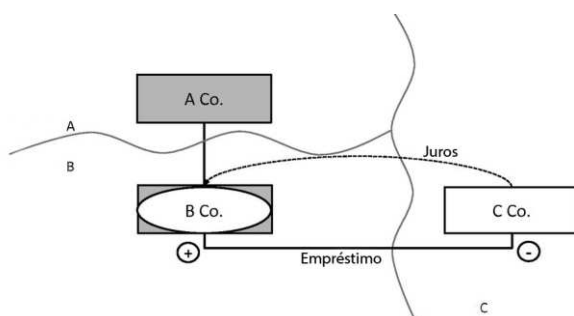
dedução do pagamento desconsiderado e a sua dupla inclusão, ao permitir que “deduções em excesso” (deduções que excedem a dupla inclusão de rendimento num determinado período fiscal) estejam disponíveis para ajustamento da dupla inclusão em falta noutro período fiscal através dos mecanismos de *carry-forward* ou *carry back*.

O relatório limita a o escopo da norma de articulação para pagamentos desconsiderados feitos por híbridos pagantes.<sup>50</sup> Por outro lado, há uma recomendação para que a norma apenas se aplique se as partes do desencontro estiverem no mesmo grupo de controlo ou onde o pagamento seja feito através de um esquema estruturado do qual o contribuinte abrangido pela norma seja parte.

### Híbridos Inversos

O relatório descreve este desencontro através de híbridos inversos como um desencontro em resultado fiscais provenientes de pagamentos efetuados a uma entidade híbrida que é tratada como opaca na jurisdição da sua residência.<sup>51</sup>

### Exemplo 14



*A Co detém B Co na totalidade, uma entidade caracterizada como opaca à luz das leis fiscais de A e transparente para B. B Co concede um empréstimo a C Co, residente em C. Os juros pagos no empréstimo são ignorados por B, uma vez que a entidade é considerada transparente. O pagamento dos juros também não é considerado como rendimento de A Co por A, que vê a B Co como uma entidade opaca.*

<sup>50</sup> *ibid*, 44, define *pagamento desconsiderado* [itálico nosso] como um pagamento que é dedutível no âmbito das normas da jurisdição de quem paga e não reconhecido nas normas da jurisdição que recebe o pagamento. Uma pessoa será um *híbrido pagante* [itálico nosso] onde o tratamento fiscal de quem paga no âmbito das leis da jurisdição beneficiária do pagamento faz com que o pagamento seja um pagamento desconsiderado.

<sup>51</sup> *ibid*

Assim, este esquema pode dar origem a um resultado de D/NI, dedução dos juros no Estado C sem inclusão em nenhum dos Estados A ou B.

A solução recomendada no relatório de 2014 para combater os desencontros criados por híbridos inversos é dupla: primeiro, a introdução de uma regra específica para híbridos inversos (recomendação 4) e, em segundo, uma recomendação geral para as leis fiscais domésticas considerando a aplicação de regras SEC ou outras relacionadas com investimento em *offshores* (recomendação 5).

Na recomendação 4 entende-se que a jurisdição da entidade que faz o pagamento (País C no exemplo) deve negar a dedução no montante que der origem a um resultado D/NI. O relatório apenas recomenda a resposta primária, visto que a regra defensiva torna-se desnecessária, tendo em conta a recomendação 5.

No que respeita à recomendação de uma lei geral doméstica aconselhada pela OCDE na Recomendação 5 do relatório, esta consiste no desenvolvimento no Estado da residência do investidor (Estado A no exemplo) de regras SEC, com o objetivo de prevenir resultado D/NI em pagamentos a híbridos inversos.

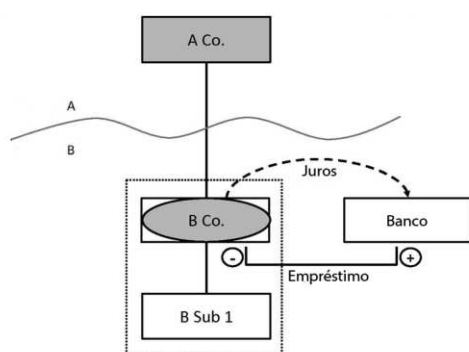
#### ***4.1.2.2 Planeamentos que produzem resultados DD***

Aqui a nossa atenção recairá nas recomendações relacionadas com os pagamentos dedutíveis realizados por um híbrido pagante.

#### **Pagamentos dedutíveis realizados por um híbrido pagante**

Nesta situação as recomendações procuram prevenir pagamentos dedutíveis realizados por um híbrido pagante que visam produzir uma dupla dedução no âmbito das leis da jurisdição da sociedade-mãe. A técnica mais comum de DD envolve a utilização de um híbrido subsidiário que é tratado como transparente no âmbito das leis fiscais da jurisdição do investidor e opaca no âmbito das leis da jurisdição da onde está estabelecido ou opera. Este tratamento híbrido pode originar que a mesma despesa realizada pelo híbrido seja dedutível no âmbito das leis da jurisdição da sociedade mãe, bem como do Estado de quem paga.

## Exemplo 15



Neste exemplo, A Co detém totalmente B Co. B Co é considerada fiscalmente transparente pelo país A e é uma entidade opaca à luz das leis fiscais de B. B Co lidera um grupo fiscal em B com a sua subsidiária, detida a 100%. B Co pede um empréstimo a um banco. O juro do empréstimo é dedutível em B em relação ao rendimento operacional de B Sub 1 (ausência de rendimento tributável de B Co em B). Uma vez que B Co é considerada transparente em A, A Co é vista como a mutuária do empréstimo no âmbito das leis fiscais do Estado A. Desta forma, o planeamento dá origem a uma dedução do juro tanto no Estado A como em B.

A recomendação 6 do relatório refere que a resposta primária é negar a dedução em A (jurisdição da sociedade-mãe) de A Co no montante em que há um resultado de DD. A regra defensiva será negar a dedução em B (Estado pagante).

A explicação para a escolha da localização da regra primária deverá ser o facto de o empréstimo bancário no exemplo servir para financiar as atividades operacionais de B Sub 1. O que faz sentido, ao permitir a dedução para esta operação de financiamento de atividades operacionais no país da fonte (B) e negar a duplicação da dedução no estado da residência (A).<sup>52</sup> A regra aplica-se ao híbrido pagante (B Co no exemplo).<sup>53</sup>

### 4.2 Questões relacionadas com os tratados

Uma vez que as preocupações da OCDE relacionadas com entidades híbridas derivam de desencontros nas leis domésticas, no âmbito da ação 2, espera-se que os resultados

<sup>52</sup> Reinout de Boer and Otto Marres. 'BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements' (2015) 43(1) Intertax 14

<sup>53</sup> OECD, 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements' in (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2014a)

mais visíveis resultem das recomendações relacionadas com o desenho das leis domésticas para neutralizar os efeitos das entidades híbridas.<sup>54</sup>

Todavia parecem necessárias alterações na Convenção Modelo da OCDE. Assim sendo, a ação 2 do Plano de Ação do BEPS solicitou não apenas a conceção de leis domésticas, mas também o desenvolvimento de disposições da Convenção Modelo, para assegurar que as entidades híbridas não sejam usadas para obter benefícios do tratado indevidamente.

Já em 1999 a OCDE assumira os problemas de atribuição do rendimento em entidades transparentes no chamado *Partnership Report*.<sup>55</sup> No entanto, enquanto o trabalho nessa altura era essencialmente motivado pelo objetivo de evitar a dupla tributação, hoje em dia o objetivo é evitar uma eminente dupla não tributação. Isto já era evidente no Relatório de 2012, que descreve as entidades híbridas como um instrumento típico para *international tax arbitrage*.

Seguidamente, os “hybrid mismatch arrangements” foram rotulados como um dos pontos-chave da Ação 2 no Plano de Ação do BEPS.<sup>56</sup> Embora o relatório de 2014 da Ação 2 incluía instrumentos financeiros híbridos e transações, o foco dos esforços está sem dúvida nas entidades híbridas, sendo que o seu capítulo 9 foca-se exclusivamente nas questões dos tratados em relação a entidades transparentes.<sup>57</sup>

A Ação 2 propõe direcionar o assunto das entidades híbridas de acordo com os princípios do *Partnership Report*. Propõe a inclusão de um n.º 2 ao artigo 1.º da Convenção Modelo com o objetivo de resolver os desencontros de todas as entidades híbridas, não apenas das sociedades de pessoas. A proposta procura assegurar que o rendimento derivado de ou através de entidades híbridas seja considerado rendimento de um residente de um Estado contratante na proporção em que o mesmo seja tributado nos residentes desse Estado. O n.º proposto dispõe o seguinte:

2. Para efeitos desta Convenção, rendimento derivado de ou através de entidade ou organização que é tratada total ou parcialmente como fiscalmente transparente no

---

<sup>54</sup> OCDE, 'Discussion Draft: Treaty Issues' in (2014) 4

<sup>55</sup> OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 1999b)

<sup>56</sup> OECD, 'Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros' in (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2014b)

<sup>57</sup> OECD, 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements' in (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2014a)

âmbito das leis fiscais de ambos os Estados contratantes deve ser considerado como rendimento de um residente de Estado contratante mas apenas na proporção em que esse rendimento seja tratado, para efeito de tributação desse Estado, como rendimento de residente desse Estado. [Em caso algum devem as regras deste número ser interpretadas como passíveis de restringir de qualquer forma o direito do Estado contratante em tributar os residentes desse Estado.]

Para melhor compreendermos a norma recomendada e o funcionamento das Convenções de Dupla Tributação (CDT), utilizaremos alguns exemplos em que entidades híbridas receberão dividendos da Alemanha.

Verificaremos que em alguns exemplos há o risco de dupla tributação. Uma contribuição para a resolução deste problema poderá ser uma interligação unilateral de classificação (vinculando o Estado da fonte à leitura da lei aplicada pelo Estado da residência) o que também é algo sugerido pela OCDE. Uma norma comparável foi recentemente introduzida na Alemanha, por conseguinte, teremos em consideração a norma na Seção 50d (1) sent, 11 ITA<sup>58</sup>, e faremos uma análise à mesma e à sua contribuição para a melhor interpretação dos tratados.

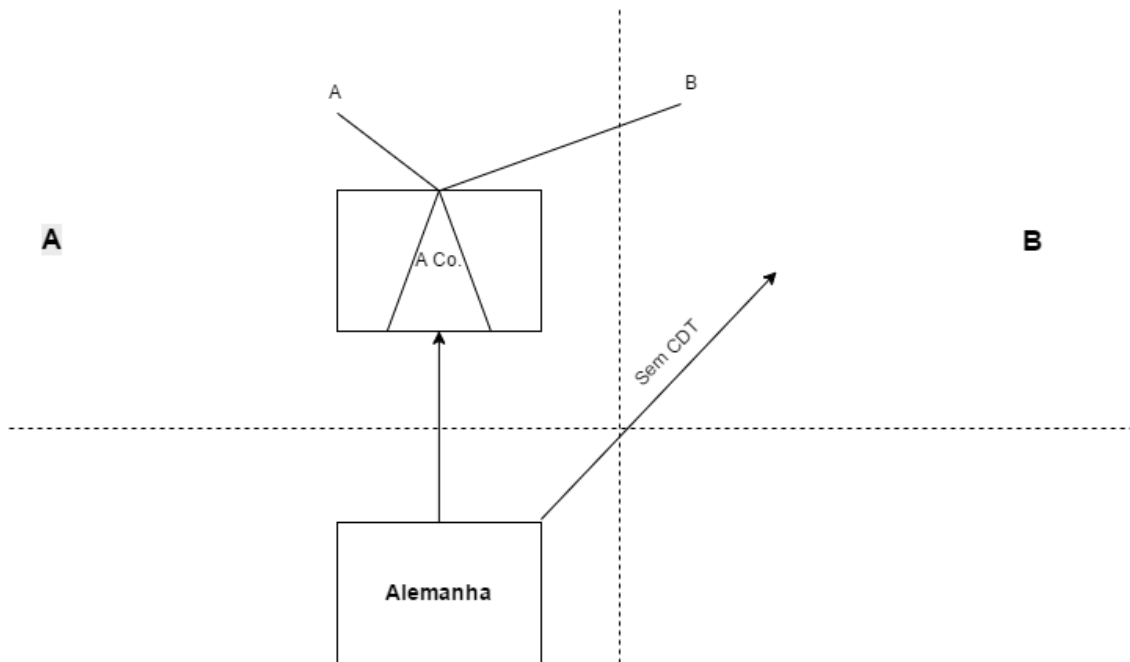
#### **4.2.1 Entidades híbridas**

Dividendos de fonte alemã são sujeitos a uma taxa de retenção na fonte de 25 % (secção 43 (1), 43<sup>a</sup> (1) ITA). Isto não afeta a redução da retenção com base numa CDT com outro Estado.

---

<sup>58</sup> Christian Kahlenberg. 'Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief - Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?' (2016) 44(2) Intertax 146

## Exemplo 16



*A Co., residente em A, recebe dividendos da Alemanha (como detentora a 100%). A Co. é uma entidade híbrida detida por um acionista A, residente em A, e um acionista B, residente em B.*

O *Partnership Report* estabelece que a classificação da entidade pelo país A deve ser determinativa para efeito dos benefícios no âmbito do tratado. Contudo, a maioria dos Estados adotam uma visão autónoma. Consequentemente, A Co deixaria de ser tratada como sujeita a tributação, e portanto, os acionistas seriam vistos como os beneficiários. Assim sendo, o acionista A pode reclamar uma redução da retenção para 15% (no âmbito da CDT), enquanto ao acionista B, na ausência de CDT com o Estado B, não é concedida uma redução na taxa de retenção.

No entanto, na perspetiva de A, A Co deve ser vista como uma sociedade, então a Alemanha deveria ser autorizada a apenas 5% (de acordo com a CDT).

O que resulta numa dupla tributação devido a uma retenção na fonte não creditável para A Co dos montantes proporcionais de 10% para o acionista A e 20% para o acionista B, uma vez que a Alemanha tributa o primeiro em 15% e o segundo em 25% quando apenas deverias tributar a entidade em 5%.<sup>59</sup>

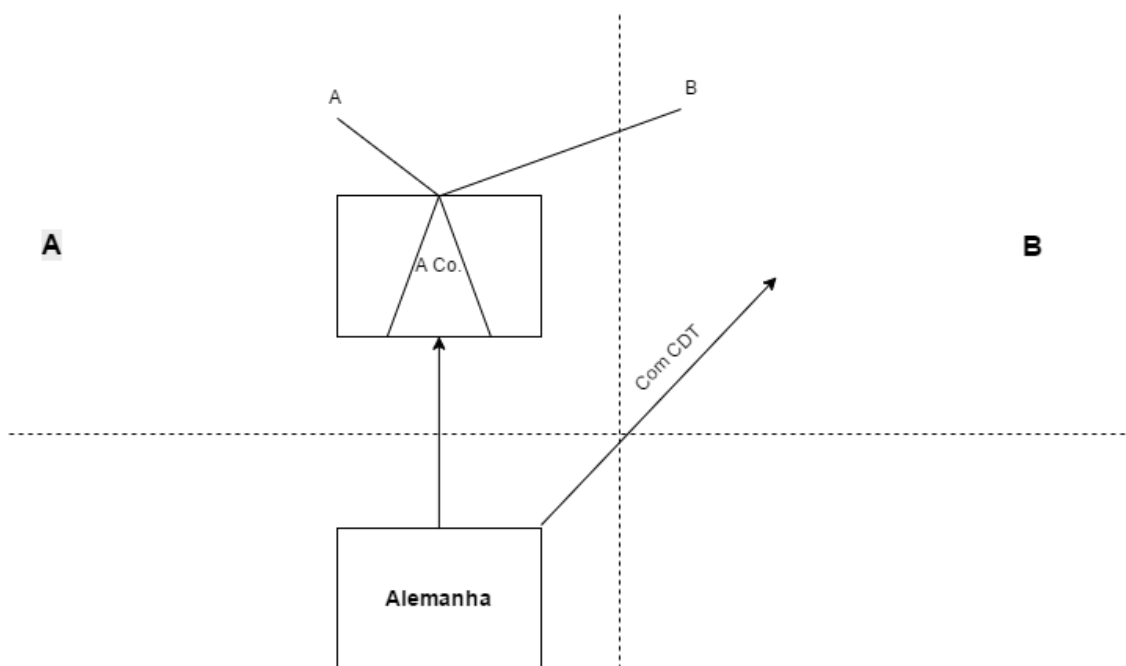
<sup>59</sup> ibid 150

Caso apliquemos a norma sugerida pela OCDE, o resultado não se altera. A OCDE, assume que a atribuição doméstica se mantém inalterada pelo n.º 2 do artigo 1.º da Convenção Modelo.<sup>60</sup> Portanto, a determinação da pessoa beneficiária terá que ser feita apenas com base nas abordagens das leis domésticas.

Resumindo, no caso em questão, A Co é tratada como fiscalmente transparente na perspetiva germânica, assim sendo os dividendos são atribuídos aos acionistas. Portanto, apenas a porção de dividendos correspondente ao acionista A é que será beneficiária de uma redução de taxa no âmbito da CDT.

### Exemplo 17

*Neste caso a única alteração em relação ao exemplo anterior é o facto de existir uma CDT com o Estado B.*



No que respeita a porção de dividendos atribuídos ao acionista A, este exemplo não traz nenhuma alteração em relação ao anterior.

Uma vez que neste exemplo existe CDT entre B e a Alemanha, o acionista B será tratado como beneficiário da Convenção, uma vez que A Co continua a ser considerada fiscalmente transparente pela Alemanha. Assim sendo, a Alemanha garantirá uma taxa

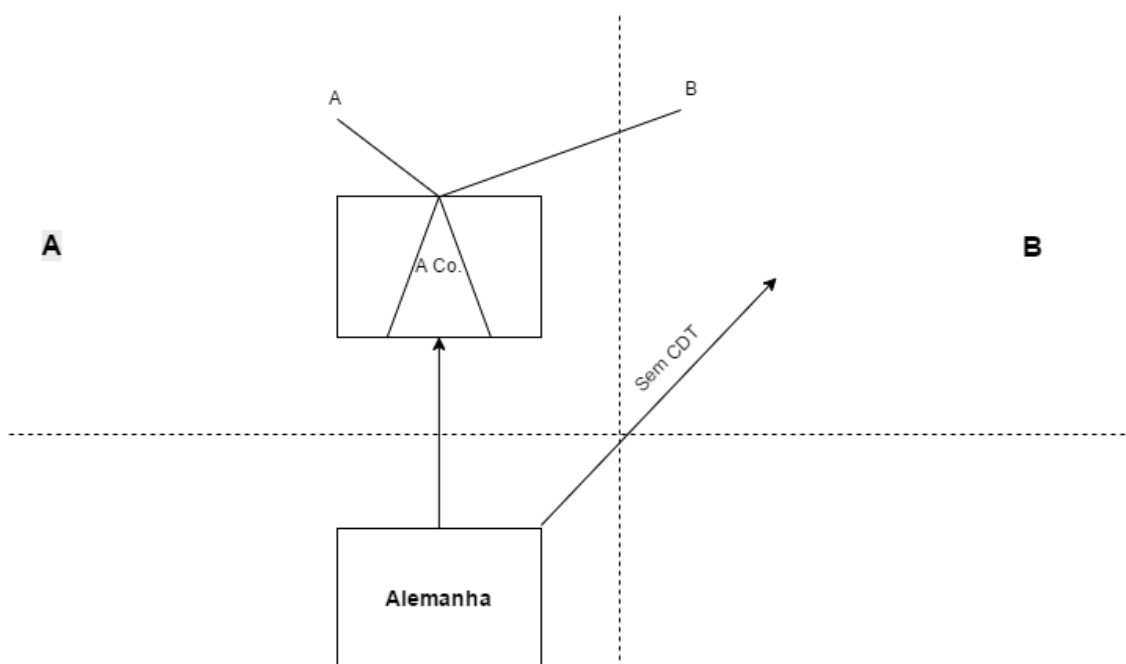
<sup>60</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015)

de 15% baseada na CDT com B. No entanto, tal como foi explicado no exemplo anterior continua a haver dupla tributação.

#### 4.2.2 Híbridos Inversos

Os factos são os mesmos do exemplo 16, sendo que neste caso A Co é um híbrido inverso.

#### Exemplo 18



Nesta situação, o Estado A classifica a entidade como fiscalmente transparente, enquanto a Alemanha a vê como opaca. Contudo, A Co não poderá beneficiar do tratado porque não é sujeita a tributação em A, portanto não é uma pessoa coberta pelo tratado. Também não é possível o recurso aos acionistas, uma vez que o país da fonte considera a entidade como opaca, logo não os vê como beneficiários do tratado.

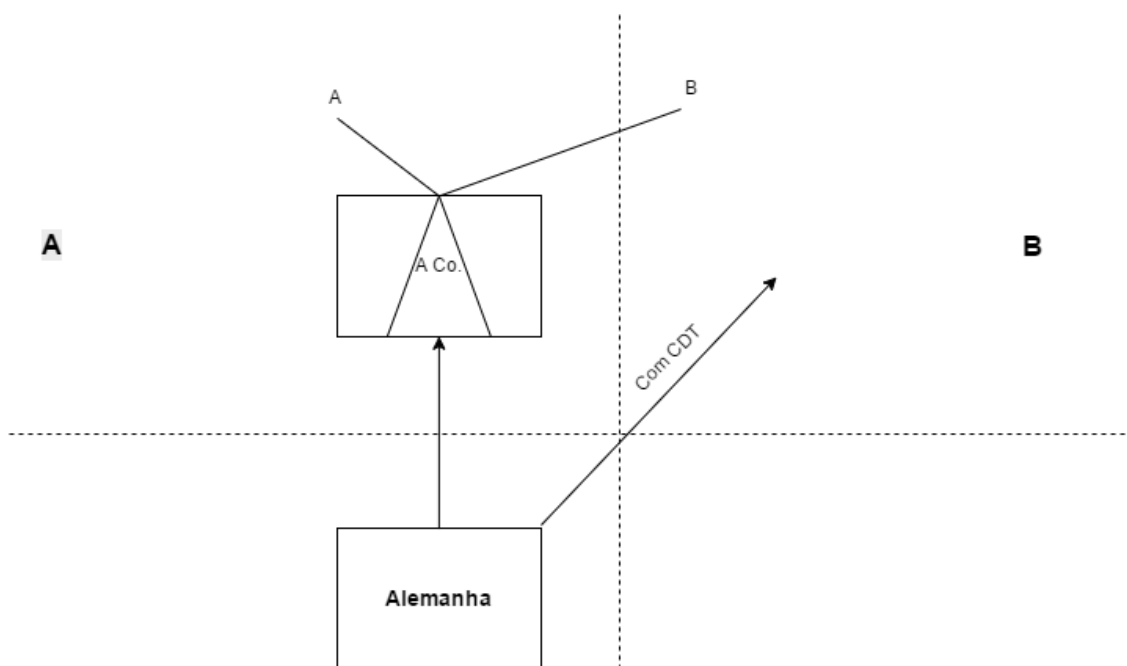
No futuro, o novo artigo proposto tornaria os dividendos sob a proteção do tratado na proporção atribuída a pessoa domiciliada no outro Estado. Nesta situação apenas o acionista A é residente na outra jurisdição, sendo beneficiário à luz das regras do seu país. Portanto, a taxa será reduzida, pela Alemanha, no montante dos dividendos pertencentes ao acionista A. Uma vez que A Co é a beneficiária na perspetiva alemã, a taxa será de 5%, embora a taxa adequada fosse 15%.

Nesta situação há o risco de uma tributação reduzida enquanto o dividendo é tributado em A, uma vez que será uma taxa de retenção mais baixa que será creditada por A.<sup>61</sup>

Não sendo residente em A, o acionista B não obtém uma redução na retenção, e não há um tratado com B, a ser aplicado.

### Exemplo 19

O cenário é o mesmo do exemplo anterior, mas neste caso há um CDT com B.



Não havendo nenhuma alteração em relação ao exemplo anterior, apenas o acionista B é relevante.

O novo n.º 2 do artigo 1.º da CDT com B é determinante para o alívio da tributação através do tratado, uma vez que considera que os dividendos estão sob o âmbito de proteção do tratado se puderem ser atribuídos a uma pessoa residente em B. Este será o caso na condição de B considerar A Co transparente, de outra forma não faria sentido. Convém referir que o novo n.º 2 recomendando pela OCDE não faz distinção sobre qual o Estado em que A Co está domiciliada. Efetivamente, a Alemanha é obrigada a garantir a redução da retenção na fonte para 5% baseada na CDT com B.

<sup>61</sup> Christian Kahlenberg, 'Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief - Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?' in Volume 44 (Kluwer Law International BV, The Netherlands 2016) 146

### **4.2.3 Interligação Unilateral de Classificação como solução para a potencial dupla tributação: A regra sobre Híbridos alemã**

Os exemplos anteriores mostraram que há situações potenciais de dupla tributação, o que está relacionado com o desvio entre o Estado da fonte e o da residência sobre qual parte é sujeita a tributação. Para a solução deste problema, poderia ser uma ajuda tornar obrigatório a vinculação do Estado da fonte para a interpretação da lei por parte do Estado da residência. Isto era que já era requerido pelo *Partnership Report*<sup>62</sup>, e como já vimos é a abordagem americana na atribuição de benefícios dos tratados.

Esta abordagem exigiria uma regulação unilateral na forma de uma interligação de classificação, como a que foi introduzida na Secção 50d (1) sent. 11 ITA. Procuraremos perceber o funcionamento desta norma no âmbito das entidades híbridas e dos híbridos inversos.

#### **4.2.3.1 Entidades híbridas**

A regra estabelece que daqui em diante, a pretensão para alívio da retenção alemã pertence à pessoa a quem o rendimento seja atribuído no âmbito da lei estrangeira.

Baseado nisto, poderia pensar-se que a regra seria a abordagem que resolveria os conflitos de atribuição, mas na opinião de Kahlenberg, a norma é controversa.

Por um lado, a posição tomada é a de que a norma apenas prescreve a pessoa que a quem é atribuído o benefício, desta forma não requer a subordinação à classificação dada pelo Estado de domicílio. Concordando com este entendimento, a norma não levará a um resultado diferente no exemplo 16 v. exemplo 17. Apenas o procedimento de garantir o alívio seria simplificado porque no futuro, apenas A Co seria autorizada para pedir alívio da retenção.

De acordo com a interpretação de outra parte da doutrina, a norma dever ser interpretada como uma interligação de classificação, para que a Alemanha como Estado da fonte esteja vinculada à classificação do Estado da residência.

Para os exemplos referidos, isto significaria que a Alemanha reconhece A Co como sujeita a tributação em A e portanto terá que garantir uma redução superior na taxa de retenção, que será de 5%. Portanto, o acionista B também obteria proteção no âmbito do tratado, ainda que não haja CDT entre a Alemanha e B no exemplo 16, o que dá azo a

---

<sup>62</sup> ibid 153

*treaty shopping* porque assim, acionistas de países terceiros (sem CDT) estão habilitados a gozar dos benefícios dos tratados ao usarem uma entidade híbrida, independentemente da forma como B classifica a entidade.

Concluindo, a norma poderá afastar o risco de dupla tributação criando oportunidades para *treaty shopping*. No entanto, o entendimento correto, porque apenas este corrige os conflitos relacionados com as classificações, é o de que esta deve ser interpretada como uma interligação de classificação.

### **3.2.3.2 Híbridos Inversos**

Nesta situação, assumindo a interligação de classificação causada pela norma, A Co não seria a beneficiária, seriam antes os acionistas. Consequentemente no exemplo 18 o Acionista A não teria uma taxa de 5%, mas sim de 15%, enquanto o acionista B (na ausência de CDT) não poderia esperar qualquer alívio. Para o acionista B, apenas funcionaria no exemplo seguinte, onde o direito aos benefícios resulta da CDT entre B e a Alemanha. Como resultado, uma taxa de retenção correta seria assegurada.

## **4. Conclusão**

Face ao exposto, verificamos que as entidades híbridas são um instrumento interessante de planeamento fiscal transversal a vários ordenamentos jurídicos. Consequentemente, tanto Organizações Internacionais como os próprios Estados tentam encontrar soluções para que por um lado estas entidades sejam tributadas, e por outro lado, que essa tributação seja justa.

Neste sentido, verificamos que a UE nas suas Diretivas procura que haja neutralidade fiscal tanto nas fusões como nos lucros distribuídos pelas afiliadas às sociedades mãe, mesmo em situações que envolvam híbridos. Contudo, em ambas as Diretivas a neutralidade fiscal das operações pode dar lugar a tributação em operações com híbridos, caso esta não possa ocorrer no futuro devido à operação em causa.

No caso dos EUA os tratados mais antigos não regulam este tipo de entidades que não tinham a importância de hoje, na época em que foram acordados. Contudo, há regulamentos que são a interpretação oficial dos tratados e que são uma ferramenta útil nestes casos. Cumpre dizer que tanto nesses casos, como nas Convenções mais recentes as soluções são idênticas. Os EUA aplicam os benefícios do tratado de acordo com a classificação dada pelo Estado da residência à entidade híbrida, o que no nosso entender

é o melhor procedimento. Este procedimento pode dar azo a que entidades de um terceiro Estado beneficiem de acordos de outros Estados, mas é o único procedimento que permite aos residentes do Estado contratante o gozo da Convenção.

Por fim, verificamos que a OCDE no seu projeto BEPS propõe que sejam inseridas nas leis domésticas regras de articulação como forma a combater alguns planeamentos envolvendo híbridos. Assim é proposto uma regra primária e uma secundária, para as situações em que a primeira não é aplicada. No âmbito dos tratados é proposto que seja acrescentado um novo n.º ao artigo 1.º, como forma de resolver alguns desencontros que são aproveitados pelas entidades híbridas e, desta forma, tributar os rendimentos destas.

Cumprir referir que para que todas estas medidas tenham efeito, é necessário uma intervenção conjunta dos Estados, uma vez que as entidades híbridas e as suas oportunidades de planeamento acontecem devido às diferenças nas legislações internas dos Estados. Contudo, concordamos com as medidas acima expostas e pensamos que a interpretação mais correta para a atribuição dos benefícios dos tratados é aquela que é seguida pelos EUA e também pela OCDE, vinculando o Estado da fonte à classificação do Estado da residência, portanto julgamos ser importante a inserção de regras nos ordenamentos jurídicos domésticos como aconteceu na Alemanha ou então que os próprios tratados tenham essa interpretação como no caso americano.

## 5. Bibliografia

- Aurelio, Massimiano, 'An Analysis of the 2005 Amendments to the Merger Directive' (2006) 34(6/7) Intertax 333.
- Benecke, Andreas and Arne Schnitger, 'Final Amendments to the Merger Directive: Avoidance of Economic Double Taxation and Application to Hybrid Entities, Two Conflicting Goals' (2005) 33(4) Intertax 170.
- Brauner, Yariv, 'What The BEPS?' (2014) 16 Fla Tax Rev 55.
- de Boer, Reinout and Otto Marres, 'BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements' (2015) 43(1) Intertax 14.
- Fuller, Pamela A., 'The Japan-U.S. Income Tax Treaty: Signaling New Norms, Inspiring Reforms, or Just Tweaking Anachronisms in International Tax Policy?' (2006) 40 Int'l Law 773.
- Greenberg, Rachel J., 'COMMENT: Taking a Byte out of International Tax Evasion: Combating Base Erosion and Profit Shifting' (2016) 19 Chap L Rev 307.
- Kahlenberg, Christian, 'Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief - Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?' (2016) 44(2) Intertax 146.
- Mistler, Brian, 'NOTE: TAKING ACTION AGAINST BASE EROSION PROFIT SHIFTING' (2015) 32 Ariz J Int'l & Comp Law 902.
- Mogenson, Harvey B. and others, 'Hybrid Entities: Practical Application under the Check-the-Box Regime' (1997) 23 Int'l Tax J 1.
- Postlewaite, Philip F., Samuel A. Donaldson and Allison D. Christians, 'Determining Treaty Eligibility for Hybrid Entities and Their Owners' (2003-2004) 3 J Tax'n Global Transactions 45.
- Postlewaite, Philip F., Stephanie R. Hoffer and Matthew T. Kemp, 'The Adaptation of U.S. Tax Treaties to Changing Business Forms - A Case Study of Hybrid Entities' (2008) 34 Int'l Tax J 33.
- Rosembuj, Tulio, 'Hybrid Entities Why Not Tax Pass-throughs as Corporations?' (2012) 40(5) Intertax 298.
- Ruchelman, Stanley C., 'Hybrid Entities in Cross Border Transactions: The Canadian Experience, the U.S. Response, & B.E.P.S. - the O.E.C.D. End Game' in (Practising Law Institute (PLI), 2015).
- Ruchelman, Stanley C., 'Canadian Financing of US Operations in Light of Treaty Changes: Overuse of Hybrid Entities' (1998) 26(5) Intertax 154.
- Stevens, Ton and Fibbe Gijs, 'Taxation of Hybrid Entities under the Parent-Subsidiary Directive: The Example of the Netherlands' (2011) 20(5) EC Tax Review 242.