



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Escola do Porto

A Nova Cláusula Antiabuso das Diretivas Sociedades Mães-Afilhadas e Juros e Royalties

Mestrado em Direito Fiscal

Catarina Isabel Pereira Pinto Neiva de Almeida

Sob orientação do Prof. Doutor João Félix Pinto Nogueira

Porto, 13 de Maio de 2016

Agradecimentos

O meu primeiro agradecimento é dirigido ao Prof. Doutor João Félix Pinto Nogueira, orientador desta dissertação. Pelo conhecimento partilhado, pela vontade de ensinar, pela disponibilidade, pela compreensão e por me indicar sempre uma direção.

Agradeço à Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, por me ter permitido experienciar o Mestrado em Direito Fiscal.

Mas nada seria possível sem o apoio incondicional dos meus pais. Muito obrigada por todas as experiências enriquecedoras que me proporcionaram ao longo dos anos.
Esta foi mais uma!

ÍNDICE

Abreviaturas	5
Capítulo 1. Introdução	7
1.1. O problema do abuso nos sistemas fiscais modernos	7
1.2. Hipótese central de investigação/ objetivo e objeto da tese.....	8
1.3. Metodologia	8
1.4. Modo de citar e bibliografia.....	8
1.5. Sequência	9
Capítulo 2. Abuso e Diretivas em Matéria Societária	10
2.1. Introdução	10
2.2. O atual enquadramento normativo em matéria antiabuso.....	11
2.2.1. A incapacidade da anterior cláusula antiabuso em solucionar o problema... 11	
2.2.2. As soluções do Plano de Ação 2012: a regra anti-híbridos e a nova cláusula antiabuso.....	12
2.2.3. A Diretiva Anti BEPS	14
Capítulo 3. A Proposta de Cláusula Antiabuso das Diretivas Mães-Afiliadas e Juros e Royalties	16
3.1. Introdução	16
3.2. As condições de aplicação da cláusula antiabuso	16
3.2.1. Existência de montagens ou série de montagens	16
3.2.2. O Elemento Subjetivo	17
3.2.3. O Elemento Objetivo.....	20
3.2.4 A não genuinidade das montagens	20
3.3. Consequência da aplicação da cláusula antiabuso	22
3.3.1. (In)Existência de dupla tributação e a restrição das liberdades fundamentais	22
3.3.2. Possibilidade das disposições internas atribuírem uma proteção mais elevada	24
3.4. Conclusões intermédias	25
Capítulo 4. A nova cláusula e a sua implementação em Portugal	28
4.1. Considerações Iniciais	28
4.2. A implementação de uma diretiva num Estado-Membro particularmente a transposição da nova cláusula antiabuso no ordenamento jurídico português	28
4.3. A concessão de benefícios equivalentes pelos Estados-Membros.....	31

4.4. A Aplicação da Cláusula Geral Antiabuso Portuguesa e da Nova Cláusula Antiabuso Europeia.....	33
Conclusões	35
Bibliografia	37
Jurisprudência	40
Da União Europeia.....	40
Portuguesa.....	41
Lista de Conclusões de Advogados-Gerais	42
Documentos oficiais	43

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Ac.	Acórdão
AG	Advogado(a) Geral
Al.	Alínea
Art.	Artigo
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CE	Comissão Europeia
Colet.	Coletânea
CRP	Constituição da República Portuguesa
DFA	Diretiva Fusões e Aquisições
DJR	Diretiva Juros e Royalties
DSMA	Diretiva Sociedades Mães Afiliadas
EM	Estado(s) Membro(s)
LGT	Lei Geral Tributária
n.	Nota
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
pp.	Página
SGPS	Sociedade Gestora de Participações Sociais
TCA-S	Tribunal Central Administrativo do Sul
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia
UE União Europeia

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO

1.1. O PROBLEMA DO ABUSO NOS SISTEMAS FISCAIS MODERNOS

Segundo GABRIELA PINHEIRO¹, para a realização do bem-estar social, o Estado propõe-se a obter receitas para o financiamento das despesas públicas, a redistribuir a riqueza e os rendimentos, a estabilizar o nível do emprego e a inflação e promover o desenvolvimento económico através do aumento do rendimento potencial.

Com a integração europeia, surgiram vantagens e desvantagens. Como vantagens encontramos as liberdades fundamentais que, *inter alia*, conduziu a uma melhoria da produtividade das sociedades europeias. No entanto, a falta de harmonização dos impostos diretos levou a disparidades e a distorções no que respeita ao investimento, à estabilidade económica e as decisões relativas ao emprego². Tal falta de harmonização dos impostos diretos afeta igualmente a realização do mercado comum, devido às distorções económicas causadas por aplicação da legislação dos diferentes sistemas fiscais nacionais³.

As distorções resultantes da falta de harmonização leva a que alguns Estados sejam fiscalmente mais apelativos do que outros e, com isto, que várias sociedades se desloquem para os seus territórios (conseguindo, assim, uma redução significativa de imposto ou mesmo a sua eliminação).

Os demais EM ficam com problemas na obtenção de receitas tributárias. Segundo O'BRIEN⁴, chegamos ao ponto em que se torna mais atrativo para alguns EM adotar um sistema de impostos sobre os rendimentos de pessoas coletivas harmonizado em vez de continuar a defender a sua lei nacional.

É neste contexto que surge a tensão atual entre sujeitos passivos e os Estados. Os sujeitos passivos tentam reduzir ao máximo o volume de impostos a pagar. Os Estados (membros) tentam todas as estratégias possíveis para manter ou mesmo aumentar as suas receitas fiscais – lutando contra determinados expedientes considerados agressivos ou abusivos.

A tentativa dos EM fiscalmente menos apelativos de gerarem maior receita culmina, por vezes, na violação do direito primário da UE. E a inexistência de harmonização fiscal na área dos impostos diretos ou a perda de receitas fiscais não são justificações aceitáveis para a violação do direito primário europeu segundo o TJUE. Com o mercado interno europeu a ser posto em causa, com as disparidades provocadas pela falta de harmonização dos impostos diretos e no seguimento do Plano de Ação que se

¹ PINHEIRO, Gabriela, *A Fiscalidade Direta na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pp.21.

² TERRA, Ben J. M. e WATTEL, Peter J., *European Tax Law*, 6ª Edição, Wolters Kluwer, 2012, 4.2.

³ G. Pinheiro, *supra* n.1, pp.22.

⁴ O'BRIEN, Martha, *Company taxation, State aid and fundamental freedoms: is the next step enhanced co-operation?*, n°2, *European Law Review*, 30 (2005), pp.210.

seguiu ao BEPS⁵, a UE decidiu implementar uma cláusula geral antiabuso nas diretivas que são mais propensas a sofrer com as práticas abusivas: a DSMA e a DJR. A diretiva que vem alterar a DSMA com a introdução da cláusula antiabuso já foi aprovada e teve de ser implementada pelos EM até ao dia 31 de Dezembro de 2015; quanto à DJR, já surgiu uma proposta para esta diretiva sofrer a mesma alteração que a DSMA mas a diretiva final ainda não foi aprovada.

1.2. HIPÓTESE CENTRAL DE INVESTIGAÇÃO/ OBJETIVO E OBJETO DA TESE

A presente dissertação centra-se no estudo da nova cláusula antiabuso da DSMA e da DJR. Teremos em consideração as suas condições de aplicação, as consequências da sua aplicação e o seu impacto no ordenamento jurídico português.

A nossa investigação visa a resposta a três questões essenciais:

- 1) Quais as condições de aplicação da nova cláusula antiabuso?
- 2) Como é que a mesma afeta o mercado interno?
- 3) Qual o impacto da aplicação da nova cláusula antiabuso no ordenamento jurídico português?

1.3. METODOLOGIA

A presente tese sustenta-se numa revisão legislativa, a que se seguiu uma revisão bibliográfica, jurisprudencial. Recorremos a elementos de direito comparado sempre que disponíveis.

1.4. MODO DE CITAR E BIBLIOGRAFIA

Neste ponto pretende-se especificar a forma como se cita e se indica bibliograficamente nesta tese as monografias, as publicações periódicas e a jurisprudência da UE e portuguesa.

Quanto às monografias: APELIDO, nome, *título da monografia*, edição, editora, local de edição, ano.

Quanto às publicações periódicas: APELIDO, nome, *título do artigo*, número, designação da publicação periódica, volume (ano), pp.

Quanto à jurisprudência do TJUE: Abreviação do nome do país: abreviação do nome do tribunal, data da decisão, número do processo, *nome do caso*, coletânea.

⁵ COURINHA, Gustavo Lopes, *BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão*, nº4, Cadernos de Justiça Tributária, (2014), 1.

Quanto à jurisprudência portuguesa: Abreviação do nome do país: abreviação do nome do tribunal, data da decisão, número do processo, relator.

1.5. SEQUÊNCIA

A presente dissertação é composta por três capítulos essenciais.

O segundo capítulo desta dissertação configura-se como uma introdução ao conceito de abuso das DSMA e DJR. Procedemos ainda a um enquadramento normativo sobre o estado atual das normas antiabuso. Este enquadramento normativo é feito de forma cronológica.

No terceiro capítulo é estudada de forma mais concreta e aprofundada a nova cláusula antiabuso da DSMA e da DJR, respondendo às duas primeiras hipóteses formuladas em 1.2: primeiro examinamos cada uma das condições exigidas para aplicação da cláusula antiabuso e posteriormente centramo-nos nas consequências da aplicação da cláusula antiabuso.

O quarto capítulo tratará da terceira hipótese de investigação. É explicada a forma como devem ser implementadas as diretivas nos ordenamentos jurídicos nacionais dos EM e como tal influencia o caso português.

Por fim, são apresentadas as conclusões desta dissertação, de forma numerada.

CAPÍTULO 2. ABUSO E DIRETIVAS EM MATÉRIA SOCIETÁRIA

2.1. INTRODUÇÃO

Para efeitos de Direito da UE, referências aos termos “abuso” e “práticas abusivas” datam dos anos 70, tendo sido o Acórdão *Van Binsbergen*⁶ o pioneiro. A partir desse momento, o TJUE passa a referir-se a situações de abuso mas sem uma terminologia uniforme, isto é, eram utilizados indiscriminadamente termos como “elisão, fraude ou abuso”⁷.

A questão do abuso começou a tornar-se mais relevante para o TJUE em matéria de Direito Fiscal com casos como *Halifax*⁸ ou *Cadbury Schweppes*⁹, entre outros. A discussão em torno do conceito de abuso levou o TJUE a referir a existência de um princípio europeu: o princípio da proibição do abuso do direito. Esta consagração acabou por suscitar um debate em torno de saber se este princípio supracitado era realmente um princípio geral do Direito da UE ou se consistia numa mera regra¹⁰. Não entraremos nesta discussão para efeitos desta tese.

Um dos objetivos da UE é o de eliminar os obstáculos à existência de um mercado único (ou pelo menos um *verdadeiro* mercado único) no qual “os movimentos de pessoas, capitais, bens e serviços deveriam ser livres, sem barreiras monetárias, comerciais ou fiscais”¹¹.

Quanto às barreiras monetárias e comerciais, tem-se verificado um grande desenvolvimento. O mesmo não se pode dizer das barreiras fiscais. No que diz respeito à tributação das sociedades, a harmonização fiscal continua a ser muito deficiente. Uma das razões apontadas é o bloqueio dos órgãos políticos e legislativos da UE, graças à regra da unanimidade em matéria fiscal¹².

Os EM, que abriram mão da sua política monetária e cambial, querem manter a soberania fiscal que ainda possuem, mesmo que diminuta. Pelo que não abdicam do poder de veto que têm quando a matéria é o Direito Fiscal¹³. Tal tem consequências, na

⁶ NL: TJUE, 3 Dez. 1974, processo C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, colet. 1974/00543.

⁷ DE LA FERIA, Rita, *Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário*, nº2, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 1, (2008), pp. 199.

⁸ UK: TJUE, 21 Fev. 2006, processo C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments LTD contra Commissioners of Customs of Excise*, colet. I-01609.

⁹ UK: TJUE, de 12 Set. 2006, processo C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue*, colet. I-07995.

¹⁰ De la Feria, *supra* n.7, pp.200.

¹¹ TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp.385.

¹² NABAIS, José Casalta, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 101.

¹³ Casalta Nabais, *supra* n.12, pp.102.

aprovação de diretivas (ou de modificações a diretivas existentes), como é o caso da DSMA e DJR.

A DSMA¹⁴ introduz normas comuns em relação à tributação na distribuição de lucros. O objetivo da DSMA é o de eliminar a dupla tributação económica e jurídica na distribuição de lucros entre sociedades mãe e filha¹⁵.

A DJR¹⁶, que entrou em vigor a 1 de Julho de 2005, prevê um mecanismo que isenta os pagamentos de juros e royalties gerados num EM de todos os impostos incidentes sobre esses valores nesse EM, isto é, no EM da fonte, sejam eles através da retenção na fonte ou liquidação. Elimina-se assim a dupla tributação jurídica internacional sobre esses rendimentos.

De seguida, faremos o enquadramento normativo da DSMA e da DJR no que diz respeito a matéria antiabuso.

2.2. O ATUAL ENQUADRAMENTO NORMATIVO EM MATÉRIA ANTIABUSO

2.2.1. A INCAPACIDADE DA ANTERIOR CLÁUSULA ANTIABUSO EM SOLUCIONAR O PROBLEMA

Antes da introdução da cláusula antiabuso nas DSMA, existia uma outra cláusula no artigo 1º nº2: “A presente diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos”. Esta cláusula não pode ser considerada uma verdadeira cláusula antiabuso na medida em que consiste numa mera autorização para os EM aplicarem disposições internas antiabuso se assim o entendessem, sem obrigar a essa aplicação¹⁷.

Situação idêntica encontramos na DJR no artigo 5º reservado para as situações de fraudes e abusos: “1. A presente diretiva não impede a aplicação das disposições internas ou baseadas em acordos necessárias para evitar fraudes e abusos; 2. Os Estados-Membros podem retirar o benefício da aplicação da presente diretiva, ou recusar-se a aplicá-la, no caso de operações que tenham por principal motivo, ou que se contem entre os seus motivos principais, a fraude fiscal, a evasão fiscal ou práticas abusivas.”

Aqui também não existe uma verdadeira cláusula antiabuso pois a UE dá uma mera autorização para os EM aplicarem as suas disposições internas antiabuso,

¹⁴ Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas (2011): Diretiva nº 2011/96/EU do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades-afiliadas de Estados-Membros diferentes.

¹⁵ VAN DONGEN, T.J.C., *Thin Capitalization Legislation and the EU Corporate Tax Directives*, nº1, European Taxation, 52 (2012), pp. 24.

¹⁶ Diretiva Juros e Royalties (2003): Diretiva nº 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes.

¹⁷ DEBELVA, Filip e LUTS Joris, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, nº6, European Taxation, 55 (2015), pp.223.

oferecendo uma margem de discricionariedade para os EM decidirem se devem ou não retirar os benefícios da Diretiva em situações concretas.

2.2.2. AS SOLUÇÕES DO PLANO DE AÇÃO 2012: A REGRA ANTI-HÍBRIDOS E A NOVA CLÁUSULA ANTIABUSO

A Comissão Europeia apresentou, a 6 de Dezembro de 2012, um plano de ação¹⁸ para uma reposta mais efetiva à elisão e evasão fiscais. Este plano de ação tinha por objetivos, entre outros, rever as cláusulas antiabuso da DSMA, da DJR e da DFA e criar uma regra anti-híbridos na DSMA¹⁹.

A reforma da DSMA foi inicialmente proposta em Novembro de 2013. Esta proposta tinha dois objetivos: a dupla não tributação derivada do uso de empréstimos híbridos no âmbito da DSMA e a introdução de uma cláusula geral antiabuso²⁰. Todavia, durante as negociações entendeu-se que existia um maior consenso em torno da introdução da regra anti-híbridos. Como consequência, houve uma separação das propostas e, em Julho de 2014, essa primeira regra foi introduzida²¹ no artigo 4º nº1 a) da DSMA: “Sempre que uma sociedade-mãe ou o seu estabelecimento estável, em virtude da associação da sociedade-mãe com a sociedade sua afiliada, obtenha lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, o Estado-Membro da sociedade-mãe e o Estado-Membro do estabelecimento estável da sociedade-mãe: (a) Abstêm-se de tributar esses lucros na medida em que não sejam dedutíveis pela filial, e tributam esses lucros na medida em que sejam dedutíveis pela filial”²². Isto significa que se um determinado pagamento for dedutível no EM da sociedade subsidiária então aquele deverá ser tributado no EM da sociedade-mãe, evitando-se a dupla tributação.

Os instrumentos financeiros híbridos apresentam-se com características de dívida e de capital próprio. E porque os EM dão um tratamento diferenciado aos empréstimos híbridos, “os pagamentos a título de um empréstimo híbrido transfronteiras podem ser tratados como despesa fiscalmente dedutível num EM (EM do pagador) e como uma distribuição de lucros isenta de imposto no outro EM (EM do beneficiário), resultando assim numa dupla não tributação indesejável”²³.

Todavia, esta regra não se mostra suficiente para eliminar todas as situações de abuso. Nomeadamente aquelas em que não se recorra a instrumentos híbridos mas sim instrumentos considerados capital próprio nos EM envolvidos e que ainda assim

¹⁸ Plano de Ação (2012): Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 6 de Dezembro de 2012, relativa ao Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais.

¹⁹ Plano de Ação (2012), 14., 15.

²⁰ Debelva e Luts, *supra* n.17, 1., pp.223.

²¹ Debelva e Luts, *supra* n.17, 1., pp.223.

²² Diretiva 2014/86/UE: Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de Julho de 2014, que altera a Diretiva 2011/96/EU, relativa ao regime fiscal comum aplicável às Sociedades Mães e às Sociedades Afiliadas de Estados-Membros diferentes.

²³ Proposta do Conselho (2013), §4.

permitem obter benefícios fiscais ou dupla não tributação através de meios artificiosos. Daí a implementação de uma cláusula mais abrangente que englobe todas as situações de abuso que não se configurem como instrumentos híbridos.

A introdução de tal cláusula só foi aprovada em Dezembro de 2014, alterando o artigo 1º nº2 e acrescentando ainda a este artigo os números 3 e 4, que reproduzimos de seguida:

“2. Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.

Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

3. Para efeitos do nº 2, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

4. A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.”²⁴

As duas disposições teriam de ser transpostas para os ordenamentos nacionais até 31 de Dezembro de 2015.

Por último e quanto à DJR, como esta não permite o planeamento através de híbridos, não se mostra necessária a introdução de tal regra. No entanto, sente-se a necessidade de adotar uma regra mais robusta no que respeita ao abuso. Existe mesmo uma Proposta de Diretiva do Conselho de 9 de Junho de 2015²⁵ para a introdução da mesma cláusula que foi adotada na DSMA no seu artigo 4º, mas a mesma ainda não foi aprovada e que transcrevemos de seguida:

“1. A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.

2. Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o

²⁴ Diretiva (UE) 2015/121: Diretiva (UE) 2015/121 de 27 de Janeiro de 2015 que altera a Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de EM diferentes.

²⁵ Proposta do Conselho (2015): Proposta de Diretiva do Conselho de 9 de Julho de 2015, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas em EM diferentes.

objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.

Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

3. Para efeitos do nº 2, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.”

Esta é a cláusula antiabuso objeto de investigação desta dissertação, estudada mais especificamente nos capítulos seguintes.

2.2.3. A DIRETIVA ANTI BEPS

A 28 de Janeiro de 2016, a CE apresentou um pacote antielisão fiscal²⁶ com um conjunto de propostas que visam uma resposta coordenada ao nível de todos os EM da UE, na sequência do Plano de Ação BEPS desenvolvido pela OCDE no último ano. Tal pacote tem três objetivos principais: garantir uma tributação efetiva na UE, existência de uma maior transparência fiscal e garantir condições de concorrência equitativa²⁷.

Uma das medidas do pacote antielisão fiscal consiste na proposta de Diretiva do Conselho de 28 de Janeiro de 2016²⁸ que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno. Tal proposta dá uma resposta coordenada (por parte da UE) a várias das propostas formuladas nas versões finais dos relatórios BEPS. Dá ainda resposta a vários apelos do Parlamento Europeu (nomeadamente os expressos na comissão especial TAXE) para que exista uma coordenação das lutas contra práticas fiscais abusivas.

Com esta proposta evita-se uma implementação unilateral e descoordenada das propostas BEPS pelos diferentes EM (o que poderia provocar uma maior fragmentação e distorção do mercado único da UE, dando origem a novas lacunas e assimetrias, suscetíveis de serem exploradas pelas sociedades que pretendem iludir a tributação)²⁹.

Ao nível do que importa para o presente estudo, devemos salientar a ação 6 do BEPS e a proposta de introdução da regra PPT (*Principal Purpose Test*) - uma cláusula antiabuso para as Convenções de dupla tributação³⁰. Segundo PINETZ³¹, a regra PPT é

²⁶ Comunicado de imprensa da CE a 28 de Janeiro de 2016.

²⁷ Comunicado de imprensa, *supra* n.30.

²⁸ Proposta de Diretiva do Conselho (2016): Proposta de Diretiva do Conselho 2016/0011 (CNS) que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno.

²⁹ Proposta de Diretiva do Conselho (2016), 1., §5.

³⁰ TABOADA, Carlos Palao, *OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule*, 10, Bulletin for International Taxation, 69 (2015), 1., pp.603.

³¹ PINETZ, Erik, *Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse*, nº1/2, Bulletin for International Taxation, 70 (2016), 2.2.5., pp.117.

“indeterminada e significativamente ambígua”, o que a pode levar a ser questionada pelas provisões constitucionais dos países de Estado de Direito.

Uma das condições da regra PPT é a obtenção de benefícios fiscais como um dos principais motivos pelos quais existe determinada montagem³². Isto não ocorre ao nível do Direito da UE: a intenção de obter uma vantagem fiscal e a importância da própria vantagem passam a ser irrelevantes se ocorrer o exercício de alguma das liberdades fundamentais³³. Assim, se os EM da UE tomarem em consideração a condição da regra PPT em vez das exigências do direito da UE, poderão pôr em causa as liberdades fundamentais. Para fazer face a estes problemas, a Proposta da Diretiva do Conselho de 2016 conhecida por Diretiva Antielisão Fiscal ou Diretiva Anti BEPS, contém uma regra geral antiabuso no seu artigo 7º:

“1. As montagens fictícias ou uma série delas realizada com o objetivo essencial de obter uma vantagem fiscal que anule o objeto ou a finalidade das disposições fiscais normalmente aplicáveis não são tomadas em consideração para efeitos do cálculo da carga fiscal das sociedades. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

2. Para efeitos do nº1, considera-se uma montagem ou uma série de montagens como fictícia na medida em que não tenha sido estabelecida por motivos comerciais válidos que reflitam a realidade económica.

3. Se as montagens ou uma série de montagens não forem tomadas em consideração de acordo com o nº1, a carga fiscal é calculada com base na substância económica em conformidade com a legislação nacional.”

Esta regra antiabuso serve para fazer face às práticas fiscais abusivas, colmatando as lacunas que existam nas regras antiabuso específicas, refletindo os testes de artificialidade do TJUE quando estes sejam aplicados no interior da União³⁴.

Assim, a regra geral antiabuso contida na Proposta de Diretiva do Conselho de 2016 é aplicável sempre que a nova cláusula antiabuso da DSMA e DJR não o seja, isto é, a regra geral antiabuso só pode produzir efeitos nas situações que estão fora do âmbito de aplicação da DSMA e DJR.

³² E. Pinetz, *supra* n.35, 2.2.5., pp.117.

³³ VANISTENDAEL, Frans, *Is Tax Avoidance the same thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?*, 3, Bulletin for International Taxation, 70 (2016), pp.167.

³⁴ Proposta de Diretiva do Conselho (2016), 5.5.

CAPÍTULO 3. A PROPOSTA DE CLÁUSULA ANTIABUSO DAS DIRETIVAS MÃES-AFILIADAS E JUROS E ROYALTIES

3.1. INTRODUÇÃO

Nos termos do exposto no capítulo anterior, o artigo 1º da DSMA e a proposta do novo artigo 4º da DJR³⁵ sofrem uma grande alteração com a introdução de uma cláusula antiabuso. Apesar de diferentes, o conteúdo da cláusula é o mesmo. Assim sendo, examinaremos a cláusula e a nova proposta de forma conjunta³⁶. De seguida, estudaremos então as condições de aplicação da cláusula antiabuso: a existência de montagens ou série de montagens, a obtenção de vantagens fiscais como o motivo ou um dos motivos principais (elemento subjetivo), a não realização do objetivo das diretivas (elemento objetivo) e a genuinidade dos esquemas.

Depois debruçar-nos-emos na questão da prova do pressuposto subjetivo devido à dificuldade de provar uma intenção – a intenção do sujeito passivo.

Por fim, faremos referência às consequências da aplicação da cláusula antiabuso, como a questão da dupla tributação, a possível violação das liberdades fundamentais, a possibilidade das disposições internas atribuírem uma proteção mais elevada, e em que medida estas se configuram como um desrespeito pelo direito primário da UE.

3.2. AS CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA ANTIABUSO

3.2.1. EXISTÊNCIA DE MONTAGENS OU SÉRIE DE MONTAGENS

O termo “montagens” não está definido na DSMA nem na DJR³⁷, ao contrário do que foi inicialmente proposto³⁸. Apesar da definição do conceito não ter sido trazida para a nova cláusula antiabuso, podemos pensar que “montagens ou série de montagens” deve ser lido à luz do mencionado na proposta (elemento histórico a ter em consideração)³⁹.

O segundo parágrafo do nº2 do artigo 1º da DSMA refere que uma montagem pode incluir mais do que uma etapa ou parte. Desta forma, “poderá haver casos em que

³⁵ As alterações aos artigos 1º da DSMA e 4º da DJR são citadas em 2.2.3.

³⁶ Nesses termos, utilizaremos as expressões sociedade-mãe ou sociedade-afiliada sem tal significar que nos estamos a referir especificamente a uma situação da DSMA na medida em que a DJR é aplicável a sociedades relacionadas (como, por exemplo, relação sociedade-mãe e sociedade-afiliada).

³⁷ Proposta do Conselho (2013).

³⁸ Plano de Ação (2012): “ (...) entende-se por montagem qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade”, 4.3.

³⁹ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.2, pp.224.

diferentes etapas ou partes de uma montagem sejam, isoladamente, não genuínas”⁴⁰. Os EM podem então utilizar a cláusula antiabuso para retirar vantagens a partes específicas de uma transação, sem prejudicar as restantes etapas ou partes da mesma.

Concordamos com esta visão, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. No entanto, não podemos deixar de nos questionar quanto às consequências da desconsideração de algumas etapas ou partes de um planeamento mas a consideração de outras partes ou etapas. Contudo, pode suceder que as partes consideradas genuínas podem não ser suficientes para garantir os benefícios da diretiva. Um exemplo é o descrito no preâmbulo da Diretiva que altera a DSMA: casos em que “as entidades assim visadas sejam genuínas mas em que, por exemplo, as participações que dão lugar a distribuição de lucros não sejam genuinamente atribuídas a um sujeito passivo que esteja estabelecido num EM, ou seja, se a montagem baseada na sua forma jurídica transferir a titularidade das participações mas as suas características não refletirem a realidade económica”⁴¹.

A parte não legítima é a que se refere à distribuição de lucros que não é genuinamente atribuída ao sujeito passivo. A desconsideração desta etapa ou parte do planeamento acaba por invalidar toda a transação por ausência de realidade económica. Desta forma, a desconsideração de uma única parte do planeamento é suficiente para estar preenchida a condição de “existência de montagens ou série de montagens”.

3.2.2. O ELEMENTO SUBJETIVO

Em *Emsland-Stärke*⁴², o TJUE decidiu que para se estar perante uma prática abusiva era necessário estarem preenchidos dois fatores: o elemento objetivo e o elemento subjetivo⁴³. Para este ponto, interessa-nos o modo como o tribunal densificou o segundo. O elemento subjetivo “consiste na vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção”⁴⁴.

No seguimento de *Emsland-Stärk*, o caso *Halifax* apresenta também duas condições para se verificar o abuso de Direito da UE, sendo que um deles se identifica com o elemento subjetivo do primeiro processo: as transações devem ter por “finalidade essencial a obtenção de uma vantagem fiscal”⁴⁵.

Na área dos impostos sobre o rendimento coletivo existem várias matérias que não são harmonizadas. O TJUE tem-se “centrado na compatibilidade de normas nacionais antiabuso com as liberdades fundamentais”⁴⁶.

⁴⁰ Diretiva do Conselho (2015), §8.

⁴¹ Diretiva 2014/86/EU, preâmbulo.

⁴² DE: TJUE, 14 Dez. 2000, processo C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, colet. I-11595.

⁴³ De la Feria, *supra* n.7, pp. 203 e 204.

⁴⁴ *Emsland-Stärke* (C-110/99), §52, §53.

⁴⁵ *Halifax* (C-255/02), §86. C. P. Taboada, *supra* n.30, 2.5, pp.607.

⁴⁶ De la Feria, *supra* n.7, pp. 214.

O primeiro acórdão sobre esta matéria foi *Cadbury Schweppes*⁴⁷. O Tribunal decidiu que o facto de o grupo *Cadbury Schweppes* estabelecer sucursais na Irlanda com o objetivo de conseguir um regime fiscal mais favorável não constituía “por si só, um abuso”⁴⁸. No entender de POIARES MADURO⁴⁹, a gestão de um negócio não é obrigada a ter por finalidade a maximização da receita fiscal do Estado. Pelo contrário, há a liberdade de optar “pela via da menor tributação, de forma a minimizar os custos”⁵⁰, desde que se cumpram as obrigações impostas. Em sua defesa, o Governo Inglês argumentava que a legislação inglesa em causa (e que era restritiva da liberdade de estabelecimento) era justificada pelo combate à elisão fiscal⁵¹. A este argumento, o TJUE responde que só é aceitável tal justificação se estiverem em causa “expedientes puramente artificiais”⁵² e se fosse salvaguardado o respeito pelo princípio da proporcionalidade⁵³.

Fazendo referência aos acórdãos *Emsland-Stärke* e *Halifax*, o TJUE afirma que é necessário o preenchimento de dois pressupostos para se verificar os “expedientes puramente artificiais”: o elemento subjetivo e o elemento objetivo. O elemento subjetivo “consiste na intenção de obter uma vantagem fiscal”⁵⁴.

A intenção de obter vantagens fiscais como o motivo ou um dos motivos principais é o pressuposto subjetivo da cláusula antiabuso europeia. E, desta forma, é preciso ter em conta um teste de subjetividade⁵⁵. Um teste de subjetividade com interpretação muito literal faz com que o motivo fiscal de determinada montagem não precise de ser a razão principal ou essencial, isto é, basta que exista um motivo fiscal para estar preenchido o pressuposto⁵⁶.

Todavia, a cláusula antiabuso em causa não pode ter um pressuposto subjetivo interpretado de forma demasiadamente literal pois corre-se o risco de se violar a autonomia privada do sujeito passivo⁵⁷. Razão pela qual entendemos que se deve optar por um teste subjetivo mais sensível, que tente aferir se a montagem foi inspirada unicamente ou essencialmente na obtenção das vantagens das diretivas. O acórdão *Foggia*⁵⁸ confirma a ideia de que estaremos perante uma situação abusiva quando uma transação é efetuada visando unicamente ou essencialmente a obtenção de um benefício fiscal.

⁴⁷ *Cadbury Schweppes* (C-196/04).

⁴⁸ De la Feria, *supra* n.7, pp.215. *Cadbury Schweppes* (C-196/04), §38.

⁴⁹ UK: Conclusões do AG Poiares Maduro, 7.Abril.2005, processo C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments LTD contra Commissioners of Customs of Excise*.

⁵⁰ Conclusões do AG em *Halifax*, §85.

⁵¹ De la Feria, *supra* n.7, pp.215.

⁵² *Cadbury Schweppes* (C-196/04), §63.

⁵³ De la Feria, *supra* n.7, pp.215.

⁵⁴ *Cadbury Schweppes* (C-196/04), §64.

⁵⁵ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.3, pp.225.

⁵⁶ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.3, pp. 225.

⁵⁷ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.3, pp.225.

⁵⁸ PT: TJUE, 10 Nov. 2011, processo C-126/10, *Foggia – Sociedade gestora de participações sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, colet. I-10923, §36.

A partir do que foi dito anteriormente, entendemos quando é que uma transação é inspirada unicamente pela obtenção de vantagens fiscais: apesar de uma montagem não poder ser considerada artificial quando existe um motivo fiscal explícito, esse mesmo motivo não pode ser a única razão da existência da montagem.

Contudo, a essencialidade é uma situação diferente: podem existir vários motivos em causa e uma transação só é considerada como abusiva se o motivo fiscal for o principal ou essencial do conjunto de razões. Então, como determinamos essa importância?

Segundo VANISTENDAEL, os motivos pelos quais se dá determinada montagem devem ser comparados de acordo com a sua importância, isto é, mesmo que a transação seja genuína pode ainda constituir elisão fiscal se o seu tamanho, volume ou importância for menor do que a vantagem fiscal conseguida⁵⁹.

De acordo com o mesmo autor, quando existem outras razões para se dar determinada transação que são não fiscais mas são genuínas e podem ser apuradas por fatores objetivos, os motivos pelos quais se tentam alcançar as vantagens fiscais são irrelevantes, desde que as razões de natureza não fiscal não sejam insignificantes⁶⁰.

O TJUE afirma que não é possível recusar benefícios fiscais a um sujeito passivo quando o objetivo fiscal que este prossegue não se encontra no âmbito da diretiva⁶¹. Os sujeitos passivos podem estruturar uma determinada operação tendo em conta motivos fiscais desde que os mesmos estejam em consonância com os objetivos das diretivas.

Segundo SALDANHA SANCHES⁶², o negócio jurídico é artificioso quando a sua razão de existir se relaciona com motivações fiscais, ou seja, quando só é celebrado com a intenção de obter vantagens fiscais. A questão da artificialidade será discutida em 3.2.4., mas ainda que, claramente, o conceito de artificialidade para a doutrina portuguesa tenha um significado diferente do referido pelo TJ (para este último relaciona-se com a inexistência de realidade económica), é de salientar que mesmo com definições diferentes do conceito, a artificialidade dos esquemas acaba sempre por se relacionar com a intenção de obter vantagens fiscais, sendo essa intenção o motivo único ou essencial.

Todavia, como a prova da intenção é muito difícil de fazer, devemos aceitar o recurso a uma presunção: quando a administração fiscal conseguir provar que existem factos que demonstram a essencialidade da vantagem fiscal que foi atribuída ao sujeito passivo, deve presumir-se a intenção do agente⁶³.

⁵⁹ F. Vanistendael, *supra* n.33, 3.2, pp.167.

⁶⁰ F. Vanistendael, *supra*, n.33, 3.2, pp.168.

⁶¹ NL: TJUE, 20 Maio 2010, processo C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën*, colet. 2010 I-04303, §56.

⁶² SANCHES, José Luís Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal: substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 171.

⁶³ NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs, *A cláusula geral anti abuso de Direito em sede Fiscal – Art. 38º, nº2, da Lei Geral Tributária – à luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, nº3 Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal, (2009), pp. 56.

3.2.3. O ELEMENTO OBJETIVO

Segundo o TJUE⁶⁴, ainda que se verifiquem as condições formais previstas na lei europeia, se o objetivo dessa mesma legislação não for atingido, existe abuso. Trata-se do elemento objetivo.

Mais tarde, o TJUE aplica um teste objetivo semelhante ao caso *Halifax*⁶⁵: tem de existir concordância entre a vantagem fiscal e o objeto e finalidade das disposições do tratado fiscal⁶⁶.

Apesar deste último processo pertencer a matéria harmonizada (IVA), não podemos ignorar aquilo que parece ser a evolução da jurisprudência europeia no que diz respeito ao conceito de abuso.

O pressuposto objetivo é a condição do pressuposto subjetivo, isto é, só se a condição objetiva estiver preenchida é que a condição subjetiva se torna relevante: os motivos são irrelevantes quando são exercidas em pleno as liberdades fundamentais. Só quando as liberdades fundamentais não são exercidas de acordo com o seu propósito (a existência de um mercado único) e o objeto e finalidade do Direito da UE (no caso, da Diretiva) são postos em causa é que os motivos pelos quais se deu determinada transação são relevantes - são os motivos puramente fiscais que não permitem o exercício das liberdades fundamentais com respeito pelo seu objetivo.

3.2.4 A NÃO GENUINIDADE DAS MONTAGENS

Existirá abuso se as montagens ou série de montagens não forem genuínas, isto é, quando não são colocadas em “prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica”⁶⁷.

O conceito de *genuinidade* é estranho ao direito da UE. O que tem sido utilizado pela jurisprudência do TJUE e pelo legislador europeu é o conceito de artificialidade⁶⁸. Apesar de só o segundo termo ser conhecido do direito europeu, o primeiro conceito parece reforçar a jurisprudência do TJUE para que a questão da artificialidade não esteja somente ligada à liberdade de estabelecimento.

Em *Cadbury Schweppes*⁶⁹ consideram-se validamente justificadas medidas que restringem a liberdade de estabelecimento desde que limitadas ao combate a “expedientes

⁶⁴ *Emsland-Strärke* (C-110/99), §52.

⁶⁵ *Halifax* (C-255/02), §86.

⁶⁶ C.P. Taboada, *supra* n.30,2.5, pp.607.

⁶⁷ Diretiva do Conselho (2015), art.1º nº3.

⁶⁸ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.5, pp.227.

⁶⁹ *Cadbury Schweppes* (C-196/04), §51.

puramente artificiais”. Isto porque a liberdade de estabelecimento implica a “prosseção efetiva de uma atividade económica”⁷⁰.

A nova cláusula antiabuso exige realidade económica. O que requer substância e genuinidade. De acordo com DEBELVA e LUTS⁷¹, existem diferentes interpretações do critério da genuinidade: por um lado, há quem interprete este critério no sentido de só atribuir os benefícios das diretivas às sociedades que praticam atividades operacionais do dia-a-dia; por outro lado, há autores que interpretam este critério no sentido de verificar entre a total inexistência de atividade e a existência de alguma atividade (mesmo quando não se inclua na atividade operacional, do dia-a-dia).

O artigo 4º n.º2 da Sexta Diretiva⁷² define atividade económica como “as atividades de produção, de comercialização ou de prestação de serviços e, designadamente, as operações que impliquem a exploração de um bem corpóreo ou incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência”.

O TJUE, no acórdão *Polysar*⁷³, afirmou que uma sociedade cuja função é deter participações sociais de outras sociedades não exerce qualquer atividade económica na medida em que os seus dividendos, frutos dessas participações sociais, resultam “da mera propriedade do bem”⁷⁴. Diferente situação é a da sociedade detentora de participações sociais que interfere direta ou indiretamente na gestão das sociedades em que se verifica a tomada de participação. Nesta última situação há o exercício de atividades económicas⁷⁵.

Se aceitarmos aplicar esta interpretação do conceito de atividade económica à DSMA e DJR, podemos então ter uma terceira interpretação do critério da genuinidade⁷⁶: as sociedades *holding* não devem ser consideradas como criadoras de atividade económica a não ser que participem na gestão das sociedades de que detêm participações.

Para ser considerada genuína, uma transação tem que envolver atividade económica: deve estar em causa uma operação do dia-a-dia ou envolver uma gestão de participações sociais. Caso contrário, fica preenchido o pressuposto da não genuinidade.

⁷⁰ *Cadbury Schweppes* (C-196/04), §54.

⁷¹ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.5, pp.227.

⁷² Diretiva do Conselho (1977): Diretiva 77/388/CE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme. J. L. Saldanha Sanches, *supra* n.62, pp.376 e 377.

⁷³ NL: TJUE, 20 Jun. 1991, processo C-60/90, *Polysar Investments Netherlands BV contra Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, colet. I-03111.

⁷⁴ *Polysar* (C-60/90), §13.

⁷⁵ *Polysar* (C-60/90), §14.

⁷⁶ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.5, pp.227: os autores fazem referência a duas posições – a que considera que só as operações do dia-a-dia são indicativas de atividade económica e a posição dos próprios autores que julga a mera detenção de participações sociais como atividade económica.

3.3. CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA ANTIABUSO

3.3.1. (IN)EXISTÊNCIA DE DUPLA TRIBUTAÇÃO E A RESTRIÇÃO DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

A falta do preenchimento dos requisitos redundando na retirada dos benefícios das diretivas.

Ora, uma das vantagens da DSMA e DJR é a eliminação da dupla tributação jurídica e económica internacional. A eliminação da dupla tributação tem por base o princípio da não discriminação entre sociedades que têm algum tipo de relação mas que se encontram em EM diferentes e sociedades que, possuindo também algum tipo de relação, se encontram no mesmo EM, no exercício das liberdades fundamentais de circulação: a liberdade de circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais⁷⁷. Caso se retire pode ocorrer dupla ou múltipla tributação internacional⁷⁸.

No passado, o recurso a cláusulas antiabuso domésticas conduziu muitas vezes a tratamentos diferentes consoante o sujeito passivo em causa. O que levou o tribunal a considerar algumas dessas cláusulas como incompatíveis com os tratados. A questão que agora se coloca é a de saber se esta cláusula de direito derivado pode eventualmente ser considerada como incompatível com o direito da União.

O direito primário europeu é hierarquicamente superior ao direito secundário. O direito secundário que cria uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais (a aplicação da cláusula pode implicar uma dupla tributação) torna-se incompatível com o direito primário.

A cláusula antiabuso das diretivas tem que ser consistente com o direito primário da UE, nomeadamente as liberdades fundamentais do TFUE. Na medida em que a aplicação da primeira leve a uma diferença de tratamento entre situações fronteiriças e domésticas, não só frustra o propósito original da diretiva (criação da igualdade de tratamento nas situações domésticas e fronteiriças)⁷⁹ como viola as liberdades fundamentais. De seguida analisaremos a referida compatibilidade.

As duas diretivas em causa têm por base pagamentos, há a aparência de serem postas em causa as liberdades de estabelecimento e circulação de capitais. Mas veremos que não é bem assim.

A liberdade de estabelecimento compreende o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício assim como a constituição e gestão de empresas⁸⁰. Num 1º momento, o TJUE considerou que estamos no âmbito da liberdade de estabelecimento quando se adquire ou detém participações sociais de uma pessoa coletiva presente num

⁷⁷ B. J. M. Terra e P. J. Wattel, *supra* n.2, 3.2.

⁷⁸ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.6, pp.228.

⁷⁹ Debelva e Luts, *supra* n.17, 3.2.1, pp.228.

⁸⁰ UK: TJUE, 13.Dez.2005, processo C-446/03, *Marks & Spencer contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, colet. I-10837, §30.

EM diferente⁸¹ desde que tal detenção permita exercer uma influência certa e decisiva⁸², ou seja, confira ao “detentor uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e que lhe permita determinar as respetivas atividades; os restantes casos são enquadrados na liberdade de circulação de capitais”.⁸³

Posteriormente, o TJUE⁸⁴ toma uma nova orientação relativamente à distinção entre liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação de capitais: quando esteja em causa uma “disposição nacional aplicável a participações efetuadas com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem a finalidade de influenciar a gestão e o controlo da empresa”,⁸⁵ estamos no âmbito da liberdade de circulação de capitais.

No seguimento do disposto em 3.2.4. sobre o conceito de atividade económica, se estivermos perante uma sociedade que além de deter participações financeiras também exerce funções de gestão, a liberdade que é posta em causa é a liberdade de estabelecimento. No caso de uma sociedade que tem somente por função a detenção de participações financeiras, ou então quando uma participação é efetuada com o objetivo de realizar uma aplicação financeira sem querer influenciar na gestão e controlo da empresa a liberdade posta em causa é a de circulação de capitais. Mas, só a mera detenção de participações financeiras é que não é considerada como atividade económica e, portanto, não genuína. Se estivermos perante uma sociedade que além da detenção de participações sociais também exerce funções de gestão ou quando se pretende realizar uma aplicação financeira sem influenciar a gestão da empresa, deixa de haver o problema da artificialidade ou falta de genuinidade.

Assim sendo, a única liberdade posta em causa pela nova cláusula antiabuso é a liberdade de circulação de capitais no sentido da mera detenção de participações sociais. Com a violação da liberdade fundamental, problemas de proporcionalidade são colocados.

Para determinar se a cláusula passa o controlo de proporcionalidade, devemos recorrer à fórmula *Gebhard*⁸⁶: a norma deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

⁸¹ NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade: A Proporcionalidade como critério central da compatibilidade das normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 209.

⁸² NL: TJUE, 13.Abril.2000, processo C-251/98, *C. Baars contra Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/ Ondernemingen Gorinchem*, colet. I-02787, §22.

⁸³ J. F. P. Nogueira, *supra* n.81, pp.212.

⁸⁴ PT: TJUE, 3.Out.2013, processo C-282/12, *Intelcar – Automóveis de Aluguer Lda contra Fazenda Pública*, colet. geral; PL: TJUE, 10.Abril.2014, processo C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company contra Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*, colet. geral; DE: TJUE, 11.Set.2014, processo, C-47/12, *Kronos International Inc. contra Finanzamt Leverkusen*, colet. geral.

⁸⁵ *Kronos* (C-47/12), §32 e *Emerging Markets* (C-190/12), §28.

⁸⁶ J. F. P. Nogueira, *supra* n.81, pp. 301. IT: TJUE, 30 Nov. 1995, processo C-55/94, *Reinhard Gebhard contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, colet. I-04165

Começando pelo critério da adequação, a cláusula antiabuso deve ser adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue. Esta medida é perfeitamente adequada para combater situações de práticas abusivas.

Nos termos do segundo critério, a cláusula antiabuso não pode ultrapassar o que é necessário para atingir o seu objetivo. A nova cláusula estabelece um mínimo obrigatório para responder a práticas abusivas e artificiais e somente essas, não abrangendo mais nenhuma situação que não entre no critério da artificialidade, nos termos do já estabelecido pelo TJUE.

A cláusula antiabuso deve ainda respeitar a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, as vantagens da sua aplicação devem ser superiores às desvantagens nos termos da métrica do sistema jurídico⁸⁷. A cláusula de facto introduz mais vantagens do que desvantagens: a provisão tem por vantagens o combate à elisão e fraude fiscais, além de ajudar os EM a proteger as suas receitas fiscais. Como desvantagem, apresenta um entrave à liberdade de circulação de capitais e a possibilidade de múltipla tributação internacional.

Todavia, a primeira desvantagem nem deve ser considerada como tal já que apenas representa a ideia do combate à artificialidade consagrada pela jurisprudência do TJUE. Quanto à segunda desvantagem, esta deve ser encarada como sanção pela tentativa de elisão fiscal e de não cumprimento da responsabilidade social que compete às pessoas coletivas dentro da UE, além da adulteração da concorrência que se pretende justa dentro do mercado interno.

3.3.2. POSSIBILIDADE DAS DISPOSIÇÕES INTERNAS ATRIBUÍREM UMA PROTEÇÃO MAIS ELEVADA

A alteração à DSMA no nº4 do seu artigo 1º dispõe o seguinte: “A presente diretiva não obsta a que sejam aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal.”⁸⁸ O mesmo dispõe a Proposta de alteração à DJR no nº1 do seu artigo 4º⁸⁹.

A nova cláusula antiabuso da DSMA e da DJR é concebida como um *standard* mínimo, o que significa que os EM estão obrigados a implementá-la nos seus ordenamentos de modo a pelo menos considerar abusivo o que nela se prevê⁹⁰.

A nova cláusula antiabuso retira eficácia às disposições antiabuso relativas à DSMA e à DJR que eventualmente se encontrem vigentes nos EM. Todavia, não retira eficácia às disposições antiabuso que consideram como abusivas situações que vão além do escopo da DSMA e da DJR. E é nesta situação que os EM são livres para escolher. Por um lado, podem só transpor para o ordenamento jurídico nacional a nova cláusula

⁸⁷ J. F. P. Nogueira, *supra* n.81, pp. 316.

⁸⁸ Diretiva (UE) 2015/121.

⁸⁹ Proposta do Conselho (2015).

⁹⁰ Debelva e Luts, *supra* n.17, 2.6, pp.228.

antiabuso e ficarem só por essa disposição antiabuso. Por outro lado, os EM podem criar outras disposições que julgam como abusivas transações que não envolvem a DSMA e a DJR.

Segundo o plano de ação de 2016, “ a existência de abordagens nacionais divergentes para lidar com este problema pode criar lacunas favoráveis a um planeamento fiscal agressivo.”⁹¹ Este é um plano desenvolvido quatro anos após o plano de ação que julgou necessário criar uma cláusula antiabuso comum. Só que esta nova cláusula antiabuso é uma cláusula específica que só diz respeito às duas diretivas supra mencionadas. A apreciação de outras situações como abusivas do Direito da UE (que não envolvam a DSMA e a DJR) é deixada ao critério dos EM.

Criar uma cláusula antiabuso só para unificar as legislações dos EM em relação a duas diretivas, mantém o problema de disparidade das legislações nacionais e as consequências que daí advêm, invalidando os objetivos dos planos de ação 2012 e 2016. Só uma harmonização total em matéria antiabuso é que respeita o escopo do plano de ação de 2012 e do plano de ação de 2016.

3.4. CONCLUSÕES INTERMÉDIAS

Com uma Diretiva já introduzida ⁹²(DSMA) e uma Proposta para introdução (DJR) de uma cláusula antiabuso, tornou-se imperativo fazer um estudo sobre as condições e as respetivas consequências da aplicação desta provisão antiabuso.

A nova cláusula antiabuso exige a verificação de quatro pressupostos: a existência de montagens ou série de montagens, o elemento subjetivo, o elemento objetivo e que as montagens não sejam genuínas.

Em primeiro lugar, a existência de montagens ou série de montagens inclui qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade, mas também qualquer etapa ou parte da montagem que se mostre abusiva, não sendo necessário que todas as partes da montagem não sejam genuínas para existir artificialidade da transação.

Em segundo lugar, o pressuposto subjetivo consiste na intenção do sujeito passivo, isto é, nos motivos pelos quais realizou determinada transação. Se o motivo principal ou essencial for a obtenção de vantagens fiscais, o pressuposto subjetivo para aplicação da cláusula antiabuso está preenchido. Há ainda a dificuldade da prova da intenção do sujeito passivo. Em nossa opinião, quando a Administração Fiscal conseguir provar factos que demonstrem a obtenção clara de benefícios fiscais, deve presumir-se a intenção abusiva

⁹¹ Plano de Ação (2016): 2., §1.

⁹² Ou que já deveria ter sido introduzida nos ordenamentos jurídicos nacionais dos EM desde 31 de Dezembro de 2015.

do sujeito passivo (tal como aponta o TJUE em matéria de direito primário, por exemplo em *Cadbury Schweppes*⁹³).

Em terceiro lugar, o pressuposto objetivo consiste na não realização dos objetivos das diretivas. A exigência objetiva é condição do pressuposto subjetivo: os motivos são irrelevantes quando são exercidas as liberdades fundamentais de acordo com o seu propósito originário (a criação de um mercado único); caso o sujeito passivo ignore o objetivo das liberdades fundamentais e abuse das mesmas de forma a retirar proveitos, torna-se relevante conhecer quais os motivos pelos quais o sujeito passivo realiza essa transação com desrespeito pelo Direito da UE.

Por fim, para a aplicação da cláusula antiabuso exige-se ainda que as montagens ou série de montagens não sejam genuínas. Trata-se, em traços gerais, do critério da artificialidade, utilizado pelo TJUE nos casos de abuso em matéria de fiscalidade direta não harmonizada (liberdades fundamentais). Para ser considerada como genuína, uma transação tem que envolver atividade económica: deve estar em causa operações do dia-a-dia ou funções de gestão de participações sociais.

Quanto às consequências da aplicação da cláusula antiabuso, podemos enumerar três: a possibilidade de existência de dupla tributação, a restrição de liberdades fundamentais e a possibilidade das disposições internas poderem atribuir uma proteção mais elevada do que o nível mínimo exigido pela cláusula antiabuso.

Primeiramente, a possibilidade de existência de dupla tributação ocorre pelo facto de não serem atribuídos os benefícios das diretivas (e a eliminação da dupla tributação é um desses benefícios). Em nosso entender, tal deve ser visto como uma sanção pelas práticas abusivas.

Seguidamente, a restrição das liberdades fundamentais resume-se à restrição da liberdade de circulação de capitais pois, para efeitos da aplicação da cláusula antiabuso, só têm relevância as transações em que não se verifique qualquer atividade económica⁹⁴.

Por fim, a nova cláusula antiabuso só exige um mínimo de aplicação, isto é, utiliza-se em situações que caibam no escopo da DSMA e da DJR. Em todas as outras matérias de Direito da UE em que não exista uma cláusula harmonizadora, cabe aos EM decidir quais as situações que consideram como abusivas, desde que respeitem o exercício das liberdades fundamentais.

Esta falta de total harmonização das situações consideradas abusivas manterá o problema do desfazamento de atratividade entre EM. Os EM que são fiscalmente mais apelativos manterão só as disposições antiabuso cuja transposição para o ordenamento jurídico nacional é obrigatória enquanto que os EM mais prejudicados pela redução das

⁹³ *Cadbury/Schweppes* (C-196/04) §51 a §55: neste caso, o TJUE afirma que se aceita uma medida nacional restritiva da liberdade de estabelecimento quando esta vise o combate aos expedientes puramente artificiais e em que o sujeito passivo pretende “eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional”.

⁹⁴ Por atividades económicas entendemos as atividades do dia-a-dia ou então funções de gestão de participações sociais.

receitas terão sempre mais tendência para criar disposições antiabuso (considerando mais situações como abusivas) mantendo-se fiscalmente menos apelativos.

CAPÍTULO 4. A NOVA CLÁUSULA E A SUA IMPLEMENTAÇÃO EM PORTUGAL

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos termos da diretiva, os EM tinham até 31 de Dezembro de 2015 para implementar a modificação da DSMA.

Neste capítulo pretendemos então estudar a implementação de uma diretiva num EM e apreciar a interação da nova cláusula antiabuso europeia com a cláusula geral antiabuso portuguesa.

4.2. A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA DIRETIVA NUM ESTADO-MEMBRO PARTICULARMENTE A TRANSPOSIÇÃO DA NOVA CLÁUSULA ANTIABUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Os EM estabeleceram entre si um compromisso de cooperação que decorre do princípio da lealdade europeia (ou princípio da cooperação leal)⁹⁵. O princípio do primado do Direito da União sobre o Direito nacional é um dos princípios que densifica o princípio da lealdade europeia⁹⁶. Todavia, o primado não transforma a UE como um superior hierárquico dos EM: o primado apenas resolve os problemas de convivência entre as normas nacionais e as normas europeias⁹⁷.

Em *Costa/ENEL*⁹⁸, o TJCE assentou “as bases da prevalência das normas europeias sobre as normas nacionais”⁹⁹. O Tribunal afirma que os EM concordaram numa limitação das suas competências e transferiram atribuições dos Estados para a Comunidade¹⁰⁰.

O artigo 288º do TFUE regula a forma como são implementados os regulamentos e as diretivas nos EM. Enquanto os regulamentos são obrigatórios e diretamente aplicáveis nos ordenamentos jurídicos dos EM, no caso das diretivas, tal implementação não é automática. Segundo CANOTILHO¹⁰¹, as Diretivas vinculam os EM a uma “obrigação de resultado” na medida em que deixam aos Estados uma margem de

⁹⁵ SILVEIRA, Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência*, 2ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2011, pp.129.

⁹⁶ A. Silveira, *supra* n.96, pp.130.

⁹⁷ A. Silveira, *supra* n.96, pp.133.

⁹⁸ IT: TJUE, 15.Jul.1964, processo 6/64, *Flaminio Costa contra ENEL*, colet.01141.

⁹⁹ A. Silveira, *supra* n.96, pp.134 e 135.

¹⁰⁰ Na altura do acórdão, a União Europeia denominava-se Comunidade Económica Europeia. *Costa/ENEL* (6/64), Fundamento baseado na obrigação de o juiz aplicar a lei interna, §3.

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, pp. 823.

discricionariedade quanto à forma e meio de alcançar os seus objetivos¹⁰². A única obrigação dos EM é cumprir as finalidades das Diretivas.

De acordo com DEBELVA e LUTS¹⁰³, o objetivo da alteração da DSMA é permitir que os EM neguem os benefícios da diretiva em questão nos casos em que pareça existir abuso. Segundo os mesmos autores, podem existir diferentes formas de implementação de uma diretiva o que nem sempre implica uma implementação acertada da disposição europeia¹⁰⁴.

Para uma implementação correta, nem sempre se torna necessário que um EM adote novas provisões. É comumente aceite que se os objetivos da diretiva já estão consagrados dentro do ordenamento jurídico nacional, novas disposições não são necessárias¹⁰⁵. A existência, dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais dos EM, “de princípios gerais de direito constitucional ou administrativo pode tornar supérflua a transposição a partir de medidas legislativas ou regulamentares específicas, com a condição, porém, de que esses princípios garantam efetivamente a plena aplicação da diretiva”¹⁰⁶.

Podemos também nos deparar com uma não implementação ou uma implementação incorreta, isto é, não são criadas disposições internas e o contexto jurídico interno não garante, por si só, a plena aplicação da disposição europeia ou, então, é criada uma disposição interna que não satisfaz as exigências da diretiva que transpõe. As situações descritas violam claramente o artigo 288º do TFUE. Este défice de transposição de uma diretiva pode criar graves problemas jurídicos aos EM e aos particulares¹⁰⁷.

Todavia, para uma implementação correta pode existir a necessidade de criar novas disposições no direito interno. E esta é a realidade portuguesa.

Os números 5 e 6 do artigo 7º da CRP consagram os fundamentos da participação de Portugal na UE e os números 2, 3 e 4 do artigo 8º estabelecem as consequências jurídicas que decorrem dessa participação, isto é, a CRP reconhece os efeitos de direito que resultam da integração europeia¹⁰⁸.

¹⁰² GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp.299.

¹⁰³ Debelva e Luts, *supra* n.17, 3.3.1, pp. 230.

¹⁰⁴ Debelva e Luts, *supra* n.17, 3.3.1, pp.230.

¹⁰⁵ Debelva e Luts, *supra* n. 17, 3.3.1, pp.230. DK: TJUE, 5 Jul. 2007, processo C-321/05, *Hans Markus Kofoed contra Skatteministeriet*, colect. I-5818, §44. IT: TJUE, 16.Jun.2005, processo C-456/03, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, colet. I-05 335, §51.

¹⁰⁶ *Comissão/Itália* (C-456/03), §51; DK: Conclusões da AG Kokott, apresentadas em 8 Fev. 2007, Processo C-321/05, *Hans Markus Kofoed contra Skatteministeriet*, §62: A AG refere a mesma ideia, afirmando que não é necessária uma reprodução formal da disposição europeia desde que o contexto jurídico geral seja suficiente para “a plena aplicação da diretiva de um modo suficientemente claro e preciso”.

¹⁰⁷ MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, 1ª Edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, 2010, pp.202.

¹⁰⁸ AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp.413.

O que estamos aqui a examinar é a transposição da nova cláusula antiabuso presente na DSMA para o ordenamento jurídico português. Como está em causa a transposição de uma Diretiva, o Estado Português tem discricionariedade para determinar quais os meios a utilizar para atingir os objetivos da Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2015, que altera a Diretiva 2011/96/EU, relativa ao regime fiscal comum aplicável às Sociedades Mães e às Sociedades Afiliadas de Estados-Membros diferentes e que introduz a nova cláusula antiabuso europeia.

A transposição da Diretiva 2015/121/UE ocorreu pela Lei n.º5/2016, de 29 de Fevereiro, que altera o Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Esta transposição alterou o artigo 14º do CIRC acrescentando os números 17 e 18, e alterou o artigo 51º acrescentando os números 13 e 14. O nº17 do artigo 14º é praticamente igual ao nº13 do artigo 51º e o nº18 do artigo 14º é igual ao nº14 do artigo 51º. Os acréscimos a estes artigos determinam o seguinte:

“O disposto no(s) nº... não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.

Para efeitos do número anterior, considera-se que uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas e não reflita substância económica.”

Como podemos verificar, há uma transposição quase literal do que está consagrado na Diretiva 2015/121/UE. Todavia, existem alguns desvios.

Em primeiro lugar, os números 17 e 13, dos artigos 14º e 51º do CIRC respetivamente, fazem alusão à frustração do objetivo e finalidade da Diretiva, que é a eliminação da dupla tributação. Surge a dúvida na interpretação sobre o sentido e alcance da “frustração da eliminação da dupla tributação”: trata-se da redução do pagamento do imposto devido ou simplesmente a eliminação de toda e qualquer tributação? Por exemplo, se determinada sociedade modificar o seu Estado da residência para um EM fiscalmente mais apelativo, pagando menos imposto do que o devido, tal frustra a eliminação da dupla tributação (se considerarmos que esta situação cabe na interpretação) mas não pode ser considerado de imediato uma situação de abuso de Direito da UE.

A nosso ver, tal expressão (“que fruste o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos”) não deve ser transcrita. A expressão é ambígua e imprecisa pois não é claro em que situações se considera existir uma “frustração da eliminação da dupla tributação”.

Além disso, há uma relação entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo de aplicação da cláusula antiabuso: para se considerar como abusiva determinada transação, é necessário o desrespeito pelo objeto e finalidade da diretiva, sendo que os motivos fiscais são a razão dessa violação.

A alteração conseguida pela Diretiva 2015/121/UE, mais do que a eliminação da dupla tributação, pretende combater situações abusivas tal como a dupla não tributação, combater as montagens não genuínas que frustram o verdadeiro objetivo das liberdades fundamentais e pretende ainda a construção do tal mercado único mais justo e competitivo.

Seguidamente, a expressão “Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte” que se encontra na Diretiva não foi transposta. Sem esta expressão, a cláusula antiabuso europeia é aplicada em Portugal às montagens ou séries de montagens no seu todo. Não é possível desconsiderar somente as partes ou etapas das montagens que não são genuínas e tal parece desrespeitar o princípio da proporcionalidade na medida em que o legislador português permite a consideração de montagens como abusivas que, de acordo com o legislador europeu, poderiam continuar como legítimas desde que se desconsiderassem somente as etapas ilegítimas.

4.3. A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EQUIVALENTES PELOS ESTADOS-MEMBROS

Após a implementação, coloca-se a questão de saber se os EM poderão ainda atribuir benefícios, através de métodos domésticos, como a eliminação da dupla tributação económica ou jurídica (ou mesmo de métodos convencionais).

Existem duas posições possíveis: uma delas defende que negar essa possibilidade vai para além do que foi a intenção da emenda da diretiva, sendo esta a posição de DEBELVA e LUTS¹⁰⁹; uma outra posição, a que defendemos, considera que deixar os EM atribuírem benefícios equivalentes aos das diretivas de fontes legais que não as próprias diretivas frustraria o objetivo da emenda da diretiva.

O AG Paolo Mengozzi, nas suas conclusões¹¹⁰ ao caso *Columbus Container Services*¹¹¹, refere que na ausência de harmonização, os “EM mantêm a competência para determinar os critérios de tributação dos rendimentos para conseguir eliminar (...) as duplas tributações.”¹¹² Neste seguimento, o TJUE já declarou que “os Estados-Membros são livres de fixar, no âmbito das convenções bilaterais celebradas para evitar a dupla tributação, os fatores de ligação para efeitos da repartição da competência fiscal”¹¹³.

¹⁰⁹ Debelva e Luts, *supra* n.17, 3.3.2, pp.231.

¹¹⁰ Conclusões do AG Mengozzi, 29.Mar.2007, Processo C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. contra Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*.

¹¹¹ DE: TJUE, 6.Dez.2007, processo C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. contra Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, colet. I-10451.

¹¹² Conclusões do AG em *Columbus Container Services* (C-298/05), §82.

¹¹³ DE: TJUE, 21.Set.1999, processo C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contra Finanzamt Aachen-Innenstadt*, colet. I-06161, §57. NL: TJUE, 12.Dez.2002, processo 385/00, *F.W.L. de Groot contra Staatssecretaris van Financiën*, colet. I-11819, §93.

Todavia, tal poder consiste numa “repartição de competência tributária”¹¹⁴. Outra situação diferente é o “exercício do poder de tributação”¹¹⁵. Se no caso da repartição da competência tributária os EM são livres de tomar as suas medidas (seja a nível bilateral ou unilateral¹¹⁶), no caso de exercer o poder de tributação, os EM são obrigados a respeitar o Direito da UE¹¹⁷.

O objetivo da implementação da cláusula antiabuso é conseguir eliminar o planeamento fiscal abusivo. Se permitirmos que os EM atribuam benefícios equivalentes, alguns EM poderão aprovar normas internas e celebrar Convenções com outros EM para se manterem como os Estados fiscalmente mais apelativos dentro da UE.

Segundo o artigo 1º nº2 da DSMA, “Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva (...)”. Isto leva-nos a concluir que quaisquer outros benefícios que não os da diretiva já poderão ser aplicados, incluindo os equivalentes. No entanto, os equivalentes aos da diretiva não poderão ser concedidos. Caso contrário, estaríamos a cair numa nova situação de abuso (em inglês conhecida como *circumvention*) que consistiria em atribuir um conjunto de benefícios que são iguais aos da diretiva e cuja aplicação foi rejeitada pelo EM. Esta seria uma forma de ignorar o espírito que presidia à criação da cláusula antiabuso.

Segundo MARCHGRABER¹¹⁸, os EM devem assegurar que as provisões dos tratados não entram em conflito com a obrigação de tributar, isto é, deve interpretar-se os tratados para que estes se encontrem de acordo com a alteração procedida à DSMA em 2014.

Não podendo ignorar o artigo 7º nº2¹¹⁹ da DSMA que se manteve intocado, devemos agora interpretar a disposição no sentido de que são aplicáveis as disposições internas que visam eliminar ou atenuar a dupla tributação, desde que não sejam as disposições derivadas ou iguais às da diretiva.

Como dissemos, existem EM que são fiscalmente mais atraentes do que outros EM. A cláusula antiabuso anterior não obrigava os EM a implementarem uma disposição antiabuso, simplesmente recomendava¹²⁰. Para os EM fiscalmente mais apelativos, inserir uma cláusula antiabuso da natureza da atual, levaria a torna-los menos apelativos do que eram anteriormente. Daí que se tornou obrigatória a cláusula antiabuso com o seu conteúdo mínimo. Contudo, se admitirmos que os EM possam contornar esta disposição,

¹¹⁴ Conclusões do AG em *Columbus Container Services* (C-298/05), §84.

¹¹⁵ Conclusões do AG em *Columbus Container Services* (C-298/05), §83.

¹¹⁶ Conclusões do AG em *Columbus Container Services* (C-298/05), §82.

¹¹⁷ Conclusões do AG em *Columbus Container Services* (C-298/05), §83. *De Groot* (385/00), §94.

¹¹⁸ MARCHGRABER, Christoph, *Cross-Border Tax Arbitrage, the Parent-Subsidiary Directive (2011/96) and Double Tax Treaty Law*, nº3, *Bulletin for International Taxation*, 70 (2016), 3., pp.126.

¹¹⁹ O qual dispõe que: “A presente diretiva não afeta a aplicação de disposições nacionais ou convencionais destinadas a suprimir ou atenuar a dupla tributação económica dos dividendos, em especial as relativas ao pagamento de créditos de imposto aos beneficiários de dividendos”.

¹²⁰ O artigo 1º nº2 da DSMA dispunha o seguinte: “A presente diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar fraudes e abusos”.

através de convenções ou aprovação de legislação interna nesse sentido, estaríamos a consentir que esta nova disposição antiabuso não tivesse real valor.

Assim, DEBELVA e LUTS colocam o problema do tratamento alternativo a dar aos dividendos quando negados os benefícios das diretivas. Esta questão remete-nos para a matéria da proporcionalidade da medida antiabuso¹²¹: tal como já descrito no capítulo 3, a cláusula antiabuso, apesar das consequências, consegue obter aprovação na fórmula *Gebhard*. Desta forma, o tratamento alternativo a dar aos dividendos será o que sobrar da não aplicação dos benefícios das diretivas e medidas equivalentes.

4.4. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO PORTUGUESA E DA NOVA CLÁUSULA ANTIABUSO EUROPEIA

Para combater os problemas de elisão e fraude fiscais, a ordem jurídica portuguesa teve de encontrar soluções que passaram pela instituição de uma cláusula geral antiabuso de direito em sede fiscal¹²². No ordenamento jurídico português encontramos tal cláusula geral no nº2 do artigo 38º da LGT.

A cláusula geral do artigo 38º nº2 da LGT estatui que “são ineficazes no âmbito tributário os atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas”.

O objetivo das medidas antiabuso é salvaguardar a igualdade tributária e a justiça na distribuição dos encargos tributários. Todavia, a par desses objetivos deve estar o respeito pelas garantias dos sujeitos passivos. Mas, na opinião de RUI DUARTE MORAIS, não deve ser considerado um interesse legítimo “a opção por formas jurídicas anormais em que apenas se visa, por meios artificiosos ou fraudulentos, a redução de imposto ou mesmo a não tributação¹²³.”

A cláusula antiabuso da disposição anteriormente referida deve ser interpretada em conformidade com a CRP, caso contrário corre-se o risco de violar o artigo 103º da CRP. Ou seja, o sujeito passivo tem um direito de opção que visa obter todas as vantagens fiscais possíveis, ao mesmo tempo que se tenta restringir as limitações públicas. Contudo, aquele direito não deve ser visto de forma absoluta, mas sim de uma forma razoável, tentando-se equilibrar os direitos e valores que estão em conflito¹²⁴. No entender de

¹²¹ Em 3.3.1.

¹²² G. N. C. de A. Avelãs Nunes, *supra* n.63, 3., pp.47.

¹²³ MORAIS, Rui Duarte, *Sobre a Noção de “Cláusulas Antiabuso” em Direito Fiscal*, Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp.883.

¹²⁴ PT: TCA-S, 15 Fev. 2011, processo 04255/10, relator José Correia, §16.

AVELÃS NUNES¹²⁵, a cláusula antiabuso portuguesa representa uma “forma mais segura, prévia e sindicável”, para distinguir a livre escolha atribuída a cada sujeito passivo daquilo que o legislador entende que está dentro do escopo da elisão fiscal.

O direito de opção dos sujeitos passivos entra em conflito com a subsistência e manutenção do sistema fiscal que visa a “satisfação das necessidades financeiras do Estado e demais entidades públicas no quadro de uma repartição justa do rendimento e da riqueza criados, estabelecendo a lei mecanismos de planeamento fiscal ao mesmo tempo que visa prevenir a ocorrência de situações de evasão e fraude fiscais por razões de justiça social”¹²⁶.

A cláusula geral antiabuso portuguesa não coloca em causa a liberdade do sujeito passivo mas limita a relevância da vontade do mesmo “no que respeita ao grau da sua oneração fiscal”¹²⁷.

Na determinação de aplicação da cláusula geral antiabuso portuguesa deve existir um balanço entre os direitos dos sujeitos passivos, a salvaguarda da igualdade tributária e a justiça na distribuição dos encargos tributários. Na decisão sobre a aplicação da cláusula antiabuso europeia deve existir um balanço entre as liberdades fundamentais e a concretização do verdadeiro mercado único.

Todavia, as duas cláusulas aplicam-se a situações distintas. A nova cláusula antiabuso europeia, como uma lei especial, derroga a cláusula geral antiabuso portuguesa, que é uma lei geral¹²⁸, nos casos em que envolva a aplicação da DSMA e DJR, pois esta tem um alvo ou matéria de aplicação específica. Na verdade, a nova cláusula antiabuso europeia serve para retirar eficácia às cláusulas gerais (nos casos por si abrangidos, como é a DSMA e DJR), como é exemplo a cláusula geral antiabuso portuguesa.

Portanto, sempre que determinada situação envolva a aplicação da DSMA e DJR, as montagens em causa devem ser apreciadas de acordo com as condições da cláusula antiabuso europeia. Em todas as outras situações, e sempre que não existir uma *lex specialis*, aplica-se a cláusula geral antiabuso portuguesa quando as suas condições estiverem preenchidas.

¹²⁵ G. N. C. de A. Avelãs Nunes, *supra* n.63, 3., pp.52.

¹²⁶ PT: TCA-S, 15 Fev. 2011, processo 04255/10, relator José Correia, §17.

¹²⁷ PT: TCA-S, 15 Fev. 2011, processo 04255/10, relator José Correia, §20.

¹²⁸ *Lex specialis derogat legi generali*: a lei especial derroga a lei geral.

CONCLUSÕES

1. A nova cláusula antiabuso da DSMA apresenta quatro condições: a existência de montagens ou série de montagens, a obtenção de vantagens fiscais como o motivo ou um dos motivos principais (elemento subjetivo), a não realização dos objetivos das diretivas (elemento objetivo) e a falta de genuinidade das montagens;
2. As montagens são etapas ou partes específicas de uma transação. Esta utilização do singular e do plural leva que numa mesma operação as partes ou etapas que forem consideradas genuínas podem conseguir manter a atribuição das vantagens das diretivas. No entanto, se as partes consideradas artificiais forem de tal forma essenciais que as partes genuínas sobranes não conseguem manter a sua autonomia, então toda a operação perderá os benefícios fiscais da diretiva;
3. Quanto aos motivos, existirá abuso quando as razões fiscais sejam os motivos principais ou essenciais, desconsiderando-se o sujeito passivo enquanto responsável pela montagem para se atribuir importância à sua intenção;
4. Relativamente ao pressuposto objetivo, mesmo que a lei esteja a ser cumprida no seu âmbito formal, se a substância não está a ser observada há abuso. Se um sujeito passivo reclama um benefício através da letra da lei, esse pode ser recusado se a finalidade da diretiva for violada;
5. O elemento objetivo constitui-se como uma condição do elemento subjetivo: se a finalidade da diretiva se verificar, os motivos pelos quais se praticou determinada transação são irrelevantes; só se dá relevância aos motivos quando essa finalidade é violada.
6. Para que uma situação seja considerada não genuína, é necessário que não exista realidade económica, isto é, qualquer atividade económica relevante.
7. A mera detenção de participações financeiras não deve ser considerada como uma atividade económica.
8. Para haver genuinidade, uma transação tem que envolver atividade económica: deve estar em causa uma operação do dia-a-dia ou uma função de gestão de participações sociais;
9. A liberdade fundamental que sofre uma restrição com a aplicação da nova cláusula antiabuso é a liberdade de circulação de capitais interpretada no sentido da mera detenção de participações sociais;
10. A possibilidade de existência de dupla tributação é também consequência da aplicação da cláusula antiabuso; a mesma deve ser encarada como uma forma de punição pelo recurso a práticas abusivas;
11. Uma cláusula antiabuso desta natureza unifica as legislações nacionais dos EM em relação a situações que envolvam a DSMA e a DJR;

12. Todavia, como não há harmonização em toda a matéria antiabuso a nível europeu, mantêm-se as disparidades entre as legislações dos EM;
13. A transposição da nova cláusula antiabuso para o ordenamento jurídico português foi feita de forma quase literal mas com dois aspetos a ter em consideração: primeiro, o acréscimo da expressão “frustre o objeto e a finalidade de eliminação da dupla tributação”, o que pode levar a problemas de interpretação sobre o seu escopo de aplicação, e a não referência ao facto de que “uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte”, podendo haver uma violação do princípio da proporcionalidade.
14. A transposição para a lei nacional da cláusula antiabuso europeia constitui-se como *lex specialis* derogando a aplicação da cláusula geral antiabuso portuguesa que se configura como uma lei geral, sempre que a montagem em causa caia no escopo da DSMA e da DJR.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

ANTUNES, José A. Engrácia, *Autoparticipações e Cômputo das Participações Intersocietárias*, Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, pp.275-291

ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*, 1ª Edição, Edições Universidade Católica, Porto, 1994

AVI-YONAH, Reuven S. e outros, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011

BOGENSCHNEIDER, N. Bret e TAVARES, J. S. Romero, *The New De Minimis Anti-abuse Rule in the Parent Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?.*, nº43, Intertax, XX, (2015), pp.484-494

CABRAL, Pedro e CUNHA, Patrícia, *Presumed innocent: Companies and the exercise of the right of establishment under Community law*, nº25, European Law Review, 2 (2000), pp. 157-164

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Edições Almedina, Coimbra

COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Antiabuso no CAAD: A Insustentabilidade de uma Jurisprudência Contraditória*, nº3, Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, 7 (2014), pp.179-196

COURINHA, Gustavo Lopes, *BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão*, nº4, Cadernos de Justiça Tributária (2014), pp. 3-10

DE LA FERIA, Rita, *Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário*, nº2, Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, Ano 1, (2008), pp. 197-225

DEBELVA, Filip e LUTS, Joris, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, nº6, European Taxation, 55 (2015), pp. 223-234

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014

MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, 1ª Edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, 2010

MARCHGRABER, Christoph, *Cross-Border Tax Arbitrage, the Parent-Subsidiary Directive (2011/96) and Double Tax Treaty Law*, nº3, Bulletin for International Taxation, 70 (2016), pp. 123-132

MICHEAU, Claire, *Fundamental Freedoms and State Aid Rules under EU Law: The Example of Taxation*, nº5, European Taxation, 52 (2012), pp.210-214

MORAIS, Rui Duarte, *Sobre a Noção de “Cláusulas Antiabuso” em Direito Fiscal*, Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 879-894

NABAIS, José Casalta, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015

NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade: A Proporcionalidade como Critério Central da Compatibilidade de Normas Tributárias Internas com as Liberdades Fundamentais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs, *A cláusula geral anti abuso de Direito em sede Fiscal – Art. 38º, nº2, da Lei Geral Tributária – à luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, nº3 Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal, (2009), pp. 39-62

O'BRIEN, Martha, *Company taxation, State Aid and Fundamental Freedoms: is the next step enhanced co-operation?*, nº2, European Law Review, 30 (2005), pp. 209-233

PINETZ, Erik, *Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse*, nº1/2 Bulletin for International Taxation, 70 (2016), pp.113-120

PINHEIRO, Gabriela, *A Fiscalidade Direta na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998

RIBEIRO, João Sérgio, *A coerência como principal causa de justificação das restrições às liberdades de circulação: tributação direta*, nº 3, Cadernos de Justiça Tributária, (2014), pp.36-45

RIBEIRO, Maria de Fátima, *Sociedades Comerciais (Responsabilidade): Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Universidade Católica Editora, Porto, 2015

SANCHES, José Luís Saldanha, *Abuso de Direito e Abusos da Jurisprudência*, nº4, Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal (2000), pp.53-65

SANCHES, José Luís Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal: substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, 1ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, 2015

SHUIBHNE, Niamh Nic, *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University, Oxford, 2013

SILVEIRA, Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência*, 2ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2011

TABOADA, Carlos Palao, *OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule*, nº10, Bulletin for International Taxation, 69 (2015), pp.602-608

TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015

TERRA, Ben J. M. & WATTEL, Peter J., *European Tax Law*, 6ª Edição, Wolters Kluwer, 2012

TRACANA, Dinis, *Do Papillon ao SCA Holding – a Tributação de Grupos na União Europeia*, nº2, Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal, 7 (2014), pp.217-225

VAN DONGEN, T. J. C., *Thin Capitalization Legislation and the EU Corporate Tax Directives*, nº1, European Taxation, 52 (2012), pp. 20-28

VANISTENDAEL, Frans, *Is Tax Avoidance the same thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?*, nº3, Bulletin for International Taxation, 70 (2016), pp.163-172

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011

ZALASINSKI, Adam, *The Principle of Prevention of (Direct Tax) Abuse: Scope and Legal Nature – Remarks on the 3M Italia Case*, nº9, European Taxation, 52 (2012), pp. 446-454

JURISPRUDÊNCIA

DA UNIÃO EUROPEIA

IT: TJUE, 15.Jul.1964, processo 6/64, *Flaminio Costa contra ENEL*, colet. 01141

NL: TJUE, 3.Dez.1974, processo C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, colet. 1974/00543

UK: TJUE, 27.Set.1988, processo 81/87, *The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, colet. 05483

NL: TJUE, 20.Jun.1991, processo C-60/90, *Polysar Investments Netherlands BV contra Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, colet. I-03111

NL: TJUE, 3.Fev.1993, processo C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie contra Commissariaat voor de Media*, colet. 00487

NL: TJUE, 5.Out.1994, processo C-23/93, *TV10 SA contra Commissariaat voor de Media*, colet.04795

IT: TJUE, 30.Nov.1995, processo C-55/94, *Reinhard Gebhard contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, colet. I-04165

DK: TJUE, 9.Mar.1999, processo C-212/97, *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, colet.01459

DE: TJUE, 21.Set.1999, processo C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contra Finanzamt Aachen-Innenstadt*, colet. I-06161

NL: TJUE, 13.Abril.2000, processo C-251/98, *C. Baars contra Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/ Ondernemingen Gorinchem*, colet. I-02787

DE: TJUE, 14.Dez.2000, processo C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, colet. I-11595

NL: TJUE, 12.Dez.2002, processo 385/00, *F.W.L. de Groot contra Staatssecretaris van Financiën*, colet. I-11819

IT: TJUE, 16.Jun.2005, processo C-456/03, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, colet. I-05 335

UK: TJUE, 13.Dez.2005, processo C-446/03, *Marks & Spencer contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, colet. I-10837

UK: TJUE, 15.Dez.2005, processo C-63/04, *Centralan Property Ltd contra Commissioners of Customs & Excise*, colet. 11087

UK: TJUE, 21.Fev.2006, processo C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments LTD contra Commissioners of Customs of Excise*, colet. I-01609

UK: TJUE, 12.Set.2006, processo C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue*, colet. I-07995

UK: TJUE, 13.Mar.2007, processo C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue*, colet.02107

DK: TJUE, 5.Jul.2007, processo C-321/05, *Hans Markus Kofoed contra Skatteministeriet*, colet. I-5818

DE: TJUE, 6.Dez.2007, processo C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. contra Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, colet. I-10451

IT: TJUE, 21.Fev.2008, processo C-425/06, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contra Part Service Srl*, colet.00897

NL: TJUE, 20.Maio.2010, processo C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën*, colet. 2010 I-04303

PT: TJUE, 10.Nov.2011, processo C-126/10, *Foggia – Sociedade gestora de participações sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, colet. I-10923

PT: TJUE, 3.Out.2013, processo C-282/12, *Intelcar – Automóveis de Aluguer Lda contra Fazenda Pública*, colet. geral

PL: TJUE, 10.Abril.2014, processo C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company contra Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*, colet. geral

DE: TJUE, 11.Set.2014, processo, C-47/12, *Kronos International Inc. contra Finanzamt Leverkusen*, colet. geral.

PORTUGUESA

TCA-S, de 15 de Fevereiro de 2011, processo 04255/10, relator José Correia.

LISTA DE CONCLUSÕES DE ADVOGADOS-GERAIS

UK: Conclusões da Advogada Geral Kokott, 7.Mar.2005, processo C-63/04, *Centralan Property Ltd contra Commissioners of Customs & Excise*;

UK: Conclusões do Advogado Geral Poiares Maduro, 7.Abril.2005, processo C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments LTD contra Commissioners of Customs of Excise*;

DK: Conclusões da Advogada Geral Kokott, apresentadas em 8 Fev. 2007, Processo C-321/05, *Hans Markus Kofoed contra Skatteministeriet*;

DE: Conclusões do Advogado Geral Mengozzi, 29.Mar.2007, Processo C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. contra Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*.

DOCUMENTOS OFICIAIS

1. Diretiva do Conselho (1977): Diretiva 77/388/CE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme;
2. Diretiva Juros e Royalties (2003): Diretiva nº 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes;
3. Diretiva Sociedades Mães-Afiliadas (2011): Diretiva nº 2011/96/EU do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades-afiliadas de Estados-Membros diferentes;
4. Plano de Ação (2012): Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 6 de Dezembro de 2012, relativa ao Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais;
5. Recomendação (2012): Recomendação da Comissão de 6.12.2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo;
6. Diretiva 2014/86/UE: Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de Julho de 2014, que altera a Diretiva 2011/96/EU, relativa ao regime fiscal comum aplicável às Sociedades Mães e às Sociedades Afiliadas de Estados-Membros diferentes;
7. Diretiva (UE) 2015/121: Diretiva (UE) 2015/121 de 27 de Janeiro de 2015 que altera a Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de EM diferentes.
8. Proposta do Conselho (2015): Proposta de Diretiva do Conselho de 9 de Julho de 2015, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas em EM diferentes
9. Comunicado de Imprensa: Comissão apresenta novas medidas contra a elisão fiscal das empresas, 28.Jan.2016;
10. Proposta de Diretiva do Conselho (2016): Proposta de Diretiva do Conselho 2016/0011 (CNS) que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno.