

Treaty shopping – Análise de casos reais

Treaty shopping - Analysis of real cases

Marisa Ramos Gomes

Analyst DevScope, S.A.

R. de Passos Manuel 223, 4000-385 Porto, Portugal

mgomes032@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-0773-6059>

José de Campos Amorim

Professor Coordenador de Direito Fiscal no ISCAP (Porto)

Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto

R. Jaime Lopes Amorim s/n, 4465-004 São Mamede de Infesta, Portugal

j.camposamorim@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-5597-086X>

Maio de 2021

RESUMO: A luta contra a evasão e elisão fiscal tem sido uma preocupação constante dos Estados, que têm adotado um conjunto de medidas destinadas a evitar as reduções injustificadas de tributação, as situações de dupla não tributação entre Estados ou ainda as operações de planeamento fiscal ilícito ou abusivo. A utilização abusiva das convenções de dupla tributação – treaty shopping - a partir das lacunas da lei, tem sido recorrente no âmbito das relações comerciais competitivas e tem contrariado as leis internas e recomendações internacionais. Esta prática abusiva acontece nos casos em que uma empresa tira proveito de forma abusiva de uma vantagem fiscal que não está expressamente prevista na lei para benefício próprio. Para fazer face a esta situação, foram criadas várias medidas destinadas a detetar e sancionar situações de abuso.

PALAVRAS-CHAVE: *Treaty Shopping*; Esquema; Evasão; Planeamento Fiscal Abusivo; Cláusula Geral Anti-Abuso.

ABSTRACT: The fight against tax evasion and avoidance has been a constant concern for States, which have adopted a set of measures to prevent unjustified tax reductions, situations of double non-taxation between States or even illegal or abusive tax planning operations. The abusive use of double taxation treaties - treaty shopping - based on loopholes in the law, has been recurrent in competitive trade relations and has contravened domestic laws and international recommendations. This abusive practice occurs in cases where a company takes advantage of a tax benefit that is not expressly provided for in the law for its own benefit. To address this situation, several measures have been put in place to detect and sanction abuses.

KEY WORDS: Treaty Shopping; Schemes; Evasion; Abusive Tax Planning; General Anti-abuse Clause.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Medidas de combate ao *treaty shopping*
 3. Análise de casos
 - 3.1. Alta Energy - Proc. n.º 2014-4359(IT)G
 - 3.2. Equiom & Enka – Proc. n.º C-6/16
 - 3.3. Vodafone International Holding vs Union of India – Civil Appeal n.º 733 de 2012 (Supreme Court of India)
 - 3.4. Aiken Industries v. Commissioner 56 TC 925 (1971)
 4. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. Introdução

Com a evolução do comércio internacional, tornou-se necessário tomar medidas para facilitar as relações comerciais e atenuar ou reduzir o risco de dupla tributação e de dupla não tributação jurídica e económica internacional. As Convenções de Dupla Tributação (CDT) criaram um mecanismo destinado precisamente a atenuar ou reduzir este risco e evitar a utilização abusiva destes instrumentos com vista à obtenção ilegítima ou ilícita de vantagens fiscais¹. Para fazer face a esta situação, foi reforçado o âmbito de aplicação das CDT, através dos métodos de isenção ou de imputação, e criadas normas anti-abuso nos ordenamentos jurídicos de cada Estado.

As CDT criaram mecanismos para facilitar as relações entre os Estados da residência e da fonte, através do método da isenção (na modalidade de isenção total ou progressiva) ou do método da imputação (na forma de imputação normal, ordinária ou efetiva). Foi assim dado ao Estado da fonte o poder exclusivo de tributar e ao Estado da residência a faculdade de, pela via do método do crédito de imposto, poder tributar ou deduzir no seu Estado² a totalidade do imposto pago no estrangeiro ou a dedução ser limitada ao montante permitido pelo Estado de residência.

Perante isto, as CDT acabam por ter uma importância cada vez maior nas relações transfronteiriças em matéria de atenuação ou redução do risco de dupla tributação jurídica e económica internacional, mas também na luta contra a fraude e evasão fiscal. O objetivo das CDT não consiste apenas no alargamento do âmbito de aplicação territorial das leis fiscais com vista a combater a evasão e a fraude fiscais, mas visa também a promoção das várias formas de cooperação em matéria fiscal e a criação de obrigações para as administrações fiscais e outras entidades públicas ou privadas.

Relativamente às normas anti-abuso, o legislador nacional criou uma cláusula geral anti-abuso (art.º 38.º da Lei Geral Tributária) e várias cláusulas específicas anti-abuso nos vários códigos destinadas a reagir permanente e eficazmente contra esquemas abusivos, bem como reforçou o disposto estabelecido no Regime Geral das Infrações Tributárias e Aduaneiras em ordem a reprimir a fraude e evasão fiscais. O Estado foi assim obrigado a rever o seu sistema fiscal tradicional, não apenas por causa dos próprios contribuintes que participam em esquemas de planeamento fiscal abusivo, elidindo o pagamento de impostos, mas também em razão de certos países adotarem medidas de concorrência fiscal desleal ou criarem regimes fiscais preferenciais, constituindo assim um fator de distorção e de injustiças.

¹ Vantagens essas que podem estar previstas na legislação interna dos Estados Contratantes ou nas próprias CDT.

² Artigo 23.º, alínea b) do Modelo de Convenção da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico - MC-OCDE.

Uma das situações que nos propomos aqui analisar é o fenómeno do *treaty shopping*. O *treaty shopping* verifica-se nos casos de cariz objetivo (através de criações jurídicas artificiais) e de cariz subjetivo (em que a finalidade é a obtenção de benefícios internos das convenções).

Para o efeito, pretendemos apresentar as questões que envolvem a utilização abusiva das CDT e alguns esquemas que já foram devidamente avaliados e julgados, bem como tentaremos categorizá-las a partir das ações que foram desenvolvidas.

2. Medidas de combate ao *treaty shopping*

O fenómeno de *treaty shopping* verifica-se quando uma determinada pessoa singular ou coletiva decide fixar a sua residência num determinado país com o propósito exclusivo de aproveitar "abusivamente" do regime mais favorável previsto na CDT celebrado entre este Estado e um outro Estado que, de outro modo, não o abrangeria. Tal sucede, por exemplo, quando uma pessoa singular, residente no Mónaco, detém investimentos numa sociedade alemã e pretende otimizar fiscalmente os seus investimentos. Como não existe uma CDT entre a Alemanha e o Mónaco, essa pessoa pode constituir uma *holding* na Suíça com o único propósito de beneficiar da aplicação da CDT entre a Alemanha e a Suíça, que prevê uma redução de taxa de retenção na fonte sobre os dividendos. Tal benefício não seria obviamente alcançado se não fosse através da constituição da *holding* na Suíça.

Existem, de facto, vários mecanismos que podem contribuir para o desenvolvimento destes esquemas de *treaty shopping*³, que normalmente passam pela criação de sociedades condutoras/*conduit companies* ou de sociedades base/*base companies*. As primeiras são constituídas com a finalidade de estabelecer uma ligação com um determinado espaço fiscal para poder beneficiar de um tratado mais vantajoso e conseguir assim reduzir a tributação na fonte. As segundas não pretendem recorrer a um tratado mais favorável, mas sim à legislação nacional com vista a obter uma redução de tributação no Estado de residência, por se encontrar num espaço fiscal de baixa tributação e ser possível a transferência de lucros para territórios de baixa tributação.

Para combater este tipo de prática da concorrência fiscal lesiva, foram introduzidas cláusulas destinadas a excluir do âmbito de aplicação das CDT certos tipos de entidades ou certos tipos de rendimentos. A cláusula geral anti-abuso prevista no artigo 38.º da Lei Geral Tributária (LGT) tem a expectativa de tornar ineficaz os negócios jurídicos que frustrem o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, cujos negócios tenham sido "realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes". Como refere Saldanha Sanches, "a lei procura obter a anulação de efeitos fiscais – e apenas efeitos fiscais – de contratos que sejam, única ou principalmente

³ Para informação mais alargada to tema, consultar RITA CALÇADA PIRES, *Manual de Direito Fiscal Internacional*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 161 e 162.

destinados a evitar (eliminando ou diminuindo) um certo encargo tributário⁴, “caso consiga demonstrar que uma certa forma jurídica foi utilizada apenas para obter uma redução inaceitável da carga fiscal (...), anular os efeitos fiscais desse negócio jurídico”⁵. Para a sua aplicação, Gustavo Lopes Courinha estabelece a necessidade de verificação de vários elementos⁶ para a aplicação da cláusula geral anti-abuso: (i) o primeiro elemento diz respeito à atividade levada a cabo pelo contribuinte para conseguir uma vantagem fiscal; (ii) o segundo elemento faz referência à obtenção de vantagem fiscal, como fim último e dominante da atividade do contribuinte; (iii) e o terceiro elemento consiste na necessidade de aferir a vontade do sujeito na relação comercial em si. A verificação destes elementos está dependente do tipo de operação e da complexidade do esquema de planeamento fiscal abusivo. Esta cláusula foi alterada pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, deixando de ser necessário à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) identificar como uma das finalidades a obtenção de vantagens fiscais, o que acaba por dar mais poderes à AT para apreciar as operações realizadas por grupos económicos, o que poderá implicar um aumento da litigância com a AT.

Como cláusula de salvaguarda contra estas práticas de *treaty shopping*, alguns tratados incluíram uma cláusula que limita a sua aplicação ao facto de a pessoa residente ser necessariamente o beneficiário efetivo do rendimento, excluindo assim do seu âmbito *nominees*, agentes ou *conduit companies*, ou seja, entidades que são meros canais de retransmissão de rendimentos. Muitos dos tratados celebrados por Portugal já contemplam este tipo de medida no que toca aos dividendos, juros e royalties.

Por último, destacamos as cláusulas especiais anti-abuso destinadas a excluir do âmbito de aplicação do tratado certos tipos de entidades ou rendimentos. Por exemplo, algumas CDT excluem do tratado entidades que gozem de um regime fiscal preferencial ou cuja atividade não exija uma presença substancial no Estado, tal como é o caso da atividade bancária, financeira ou seguradora. Também pode ser recusada a aplicação dos tratados nos casos em que a transmissão de dividendos, juros e royalties tenha em vista a obtenção de redução de taxas.

Além das cláusulas especiais anti-abuso “nacionais”, criadas e adotadas por cada Estado, as CDT estabeleceram outras cláusulas⁷, que consistem na criação de uma cláusula do beneficiário efetivo (BEF), que prevê que os benefícios previstos no tratado estabelecido entre os Estados sejam apenas entregues ao beneficiário efetivo, designada por cláusula LOB (*limitation of benefits*). Este tipo de cláusula está contemplada no *U.S. Model Treaty* (originalmente), no seu artigo 16.º (atualmente, artigo 22.º), e tem um âmbito de aplicação

⁴ J. L. S. SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 159 e 160.

⁵ J. L. S. SANCHES, “Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal”, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Lisboa, Lex, 2003.

⁶ G. L. COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 163 a 199.

⁷ Não dispensa consulta de outras cláusulas específicas anti-abuso, como o sendo o caso: critério do *subject to tax*; aplicação da doutrina do abuso de direito; cláusulas de tributação de rendimentos aplicadas a casos mais específico de desconsideração da personalidade; normas anti-híbridas.

mais limitado do que as cláusulas gerais anti-abuso, para além de que integra testes objetivos, o designado *Principal Purpose Test - PPT*⁸).

A nível internacional, a OCDE aprovou várias medidas destinadas a combater a fraude e evasão fiscais, entre as quais se destaca a ação 6 do BEPS⁹ (Plano de Ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros) e a ação 7 do BEPS¹⁰ - Tributação do Estabelecimento Estável (EE). Estas ações fazem parte de um plano geral destinado a combater a erosão da base tributável e a transferência de resultados entre empresas de um mesmo grupo. Muito embora tais ações constituem meras recomendações, estas mesmas contribuíram para a alteração das legislações dos Estados, o que traduz a vontade destes últimos em contrariar as práticas fiscais adotadas pelos grupos internacionais.

A ação 6 do BEPS visa, mais concretamente, a utilização abusiva dos tratados (situações de dupla não tributação) e procura detetar os residentes que tentam tirar partido dos benefícios previstos nos tratados. Para evitar este abuso, a ação 6 prevê a implementação de cláusulas de limitação de benefícios (LOB) e a realização do teste comprovativo do objetivo principal (PPT). Esta ação é uma das preocupações do BEPS, dado admitir vincular Estados terceiros (entenda-se a inclusão de um terceiro Estado no esquema) e obrigar a uma redução ou mesmo a privação dos lucros aos Estados contratantes¹¹. Face à evolução das práticas fiscais, foi revista a Ação 6 no sentido de prevenir a atribuição de benefícios em circunstâncias inapropriadas, desenvolver standards de conduta e criar normas de direito interno destinadas a impedir a atribuição injustificada de vantagens e estabelecer regras de interpretação e aplicação das CDT.

A ação 7 do BEPS¹² - Tributação do Estabelecimento Estável (EE) tem em vista verificar se uma determinada empresa tem uma presença suficiente num determinado país que justifica a sua tributação. Este conceito encontra-se consagrado no artigo 5.º da Convenção Modelo da OCDE, que elenco os requisitos necessários à atribuição do estatuto de EE. O EE tem levantado várias questões derivadas da dificuldade em definir o país competente para tributar: *"If the place of effective management cannot be determined (...). Cases of dual residence must then be solved by applying to the manager the criteria in order of precedence given in Art. 4 (...). Is designed to make possible a clear determination of residence, only one place is acceptable as the centre of top level management within the meaning of that rule (...)"*. De acordo com Francisco Sousa da Câmara¹³, existem vários critérios que permitem localizar a direção efetiva. A tributação do lucro das empresas pode não estar exclusivamente alicerçada no Estado da

⁸ Equivalente ao parágrafo 9 do artigo 29 da Convenção Fiscal Modelo da OCDE de 2017. Para uma consulta mais pormenorizada: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/>. Acedido em 24 de janeiro de 2021.

⁹ *Base Erosion and Profit Shifting*:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642258/EPRS_BRI\(2019\)642258_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642258/EPRS_BRI(2019)642258_EN.pdf). Acedido em 10 de janeiro de 2020.

¹⁰ <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action7/>

¹¹ Importa consultar detalhadamente o seguinte relatório: "Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances: ACTION 6: 2015 Final Report", p. 78, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241695en.pdf?expires=1579386246&id=id&accname=quest&checksum=0860A4EC36F650E6E30139D6A444318F>. Acedido em 19 de setembro de 2020.

¹² <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action7/>

¹³ F. S. CÂMARA, "A dupla residência das sociedades à luz das convenções de *dupla* tributação", in *Cadernos de CTF*, n.º 403, 2001, pp. 35 e ss.

residência e a sua competência ser partilhada (competência cumulativa) entre o Estado da residência e o Estado da fonte. A competência para tributar pode também ser atribuída ao Estado da fonte, dado ser um indicador objetivo de legitimidade para tributar¹⁴, e não exclusivamente ao Estado da residência. Considerando os elementos fixos ou locais físicos efetivos, o poder de decisão pode recair, segundo a OCDE, sobre o local onde as decisões e as diretivas de gestão são efetivamente tomadas¹⁵.

Tendo em conta o exposto, vejamos alguns casos práticos de planeamento fiscal abusivo.

3. Análise de casos

3.1. Alta Energy - Case n.º 2014-4359(IT)G

A Alta Resources LLC, com sede nos EUA, dedicava-se à exploração e desenvolvimento de recursos de petróleo e gás na América do Norte, e a Blackstone Group LP financiava vários tipos de negócios através de fundos de investimento de *private equity*¹⁶. Ambos investidores formaram a Alta Energy Partners LLC¹⁷ (Alta LLC, empresa do Estado americano Delaware), com vista a assegurar o desenvolvimento técnico e operacional do referido negócio¹⁸. A Alta Resources, a Blackstone e a Alta LLC incorporaram a Alta Energy Partners Canada Ltd. (Alta Canada), que em 2011 era subsidiária da Alta US LLC.

Por razões de estratégia comercial, foi apresentada em 2012 uma reestruturação do grupo. Desta reestruturação resultou a transformação da Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. em subsidiária integral da Alta Canada¹⁹. Neste seguimento, as ações da Alta Canada foram transferidas para a Alta Energy Luxembourg (provocando uma fusão entre as duas empresas), não tendo gerado nenhum ganho segundo a *Canada Revenue Agency*²⁰, uma vez que o valor de mercado das ações era igual ao custo de aquisição.

No ano seguinte, a Alta Luxembourg vendeu as suas ações à Alta Canada, gerando um ganho de capital na ordem dos US \$380 milhões, e requereu a isenção de tributação deste ganho²¹. A questão que se coloca aqui é de saber se a Alta Luxembourg podia beneficiar desta isenção.

¹⁴ Citando o conceito defendido por JACQUES SASSEVILLE, "The future of the OECD Model Convention", através de RITA CALÇADA PIRES, *Manual de Direito Fiscal Internacional*, Almedina, 2018, p. 73.

¹⁵ MC-OCDE artigo 4.º n.º 2 "(...) the place of management of an enterprise is where the management's important policies are actually made."

¹⁶ *Private equity* ou capital privado são investimentos realizados através de empresas de participações privadas. É um tipo de atividade financeira em que o objetivo final é a criação de uma *conduit company* que procede à compra da empresa alvo, dando-se a fusão de ambas, também designado *leveraged buyout*.

¹⁷ Também caracterizada por ser uma *limited liability company*, ou seja, uma sociedade de responsabilidade limitada. A principal razão da sua constituição é a proteção do património pessoal dos sócios e de os sócios/investidores não serem responsabilizados pelos prejuízos decorrentes da atividade da empresa. A Alta US LLC era a Holding e era também a que reunia os investimentos dos co-investidores.

¹⁸ O negócio tinha lugar numa propriedade de xisto de Duvernay (centro de Alberta, Canadá).

¹⁹ Considere-se que a CDT Canadá-EUA, contrariamente à CDT Canadá-Luxemburgo, não se apresentava como vantajoso em termos tributários.

²⁰ Instituição alfandegária e fiscal Canadense.

²¹ Quanto a este facto, o Tribunal mencionou que no tratado fiscal não existe nenhuma norma que impeça um residente no Luxemburgo de obter um qualquer benefício expresso no tratado.

Em 2018, a *Tax Court of Canada* proferiu uma sentença baseada na interpretação e aplicação do artigo 13.º da CDT Canadá-Luxemburgo, considerando, de acordo com o no n.º 5 deste artigo, que o ganho é tributável apenas no Estado onde o alienante (Alta Luxembourg) é residente. Sucede, na verdade, que não houve retenção na fonte no Luxemburgo nem tributação no Canadá, segundo o *Department of Finance*. Her Majesty The Queen²². Ora, deveria ter sido negado a aplicação do art. 13.º, n.º 5 por se tratar de um meio criado com a única finalidade de obter um benefício fiscal. O Juiz do processo afirmou que caso não tivesse havido esta reorganização empresarial, o ganho teria sido tributado no Canadá.

De facto, a tributação dos lucros deveria ter ocorrido no Canadá uma vez que o ganho de capital resultante da exploração de recursos naturais foi realizado no Canadá. Considerando o estipulado no artigo 14.º da Convenção, o Canadá tem toda a competência para tributar uma entidade não residente (com sede no Luxemburgo), relativamente aos ganhos sobre bens imóveis²³ obtidos no Canadá. Da atividade exercida resulta a exploração de recursos naturais, bem como o usufruto de bens imóveis e a extração de recursos naturais no Canadá. Ora, tal atividade enquadrar-se-ia na exceção de "propriedade excluída"²⁴. Esta exceção é vista como um limite ao poder do Canadá de tributar os ganhos de capital, segundo o parágrafo 115 1.º alínea b) do *Canadian Income Tax Act*. O argumento do Ministério Público Canadense é contrário à "The Position Paper", de 31 de Janeiro de 1991²⁵, além de que considera que a propriedade excluída reporta-se às reservas de petróleo, gás, minas e royalties, e que caso seja feita a demonstração do interesse por parte do proprietário quanto ao envolvimento na exploração de recursos naturais, e a reserva seja mantida para explorações futuras, esta atividade não pode ser excluída de tributação, segundo o Ministério Público Canadense. Aliás, o *Canadian Income Tax Act*, no parágrafo c) da subsecção 66 n.º 5²⁶, determina que são propriedades canadenses "any oil or gas well in Canada or any real property or immovable in Canada the principal value of which depends on its petroleum or natural gas content(...)", o que prova que esta atividade não pode ser excluída de tributação.

A própria Alta Luxembourg, na qualidade de *conduit company*, admitiu que esta reestruturação teve como objetivo a obtenção de benefícios fiscais. Tendo a reestruturação do Luxemburgo sido realizada com o propósito de obtenção de benefício fiscal, tal operação é considerada abusiva nos termos dos artigos 1.º, 4.º e 13.º do Tratado e equivale a um *treaty shopping*. Esta operação permitiu evitar que o ganho resultante da alienação das ações fosse tributado. Não só não houve tributação destes ganhos no Canadá como nem sequer foi objeto de qualquer retenção no Luxemburgo. De acordo com o Tribunal, perante um CDT, competia a ambos os Estados certificar-se de que nenhuma das sociedades incorria numa dupla isenção. Ora, uma

²² Nos termos judiciais portugueses, equivale ao nosso Ministério Público.

²³ O artigo 6.º da CDT (rendimentos de bens imóveis) entre os dois Estados inclui o designado *immovable property*, o qual integra bens acessórios dos imóveis, recursos minerais e outros recursos naturais, bem como quaisquer bens que não sejam utilizados nos negócios da empresa mas que gerem ganhos de capital.

²⁴ *The term "immovable property" does not include property (other than rental property) in which the business of the company, partnership, trust or estate was carried on;(...).*

²⁵ *The Position Paper* foi um trabalho realizado por um funcionário do governo do Canadá em matéria de abordagem tributária.

²⁶ *Canadian resource property*.

vez que os residentes no Luxemburgo conseguem mais facilmente esquivar-se à tributação dos ganhos obtidos, cabe ao Canadá tomar as devidas medidas para se precaver contra tais situações. No caso em concreto, parece ter havido um entendimento para impedir tal retenção.

Após a análise deste caso, o beneficiário efetivo dos rendimentos terá sido a Alta Canada que, além de mais, é a empresa-mãe; portanto, todos os lucros da sua subsidiária são lucros seus, sendo, porém, exigível a sua retenção na fonte.

3.2. Equiom & Enka Case C-6/16

Este caso diz respeito a uma distribuição de dividendos da subsidiária EQIOM SAS (residente em França) à sua empresa-mãe ENKA SA (residente no Luxemburgo). No caso em concreto, as autoridades fiscais francesas não concederam a isenção de retenção na fonte, como seria expectável, baseando-se no art. 5.º, n.º 1 da Diretiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e filiais de diferentes Estados-Membros, no momento da distribuição de dividendos da subsidiária EQIOM SAS (residente em França) à sua empresa-mãe ENKA SA (residente no Luxemburgo). A *Cour Administrative d'Appel* de Paris entende que cabe à EQIOM (requerente do processo) justificar que a empresa destinatária dos dividendos (ENKA) satisfaz as condições previstas no artigo 119.º, n.º1 e no n.º 2 ²⁷ do *Code Général des Impôts* (CGI)²⁸, e não tem comprovadamente²⁹ nenhuma intenção de tirar proveito injustificado desta situação.

O Tribunal considerou que o benefício da isenção de retenção na fonte não podia ser concedido pelo facto de ter sido criado um "esquema artificial" destinado a beneficiar uma determinada empresa. Sucede que os dividendos distribuídos pela EQIOM à ENKA se destinavam a evitar a referida retenção na fonte e tinham como objetivo beneficiar a CAMPSORES HOLDING SA (empresa mãe da Waverley, residente na Suíça, que, por sua vez, representa a empresa mãe da ENKA)³⁰. Segundo as autoridades francesas, esta última seria o beneficiário efetivos dos rendimentos e estaria assim a praticar um ato abusivo fiscal dado a empresa suíça não ser um Estado-membro da União Europeia. Foi assim dado como provado que a ENKA serviu de *conduit company* uma vez que não dispunha de instalações com atividade empresarial, nem de funcionários no Luxemburgo. Tal facto abalou um dos critérios previstos no artigo 119, n.º 2, alínea a) do CGI, pois o beneficiário efetivo dos dividendos é "o seu centro de gestão efetivo

²⁷ "Os rendimentos referidos nos artigos 108.º a 117.º dão lugar à aplicação de uma retenção na fonte cuja taxa é fixada pelo artigo 187.º, n.º 1, quando sejam obtidos por pessoas que não tenham o seu domicílio fiscal ou a sua sede em França. As modalidades e condições de aplicação desta disposição são fixadas por decreto."

²⁸ Prevê que essa isenção não possa ser aplicada quando o beneficiário efetivo dos rendimentos for uma pessoa singular ou coletiva controlada por um residente de um Estado não membro da UE, a não ser que a pessoa em causa justifique que a "cadeia de participações", não tenha como fim principal a obtenção de uma isenção.

²⁹ Para fazer prova, a "pessoa coletiva deve justificar junto do devedor ou da pessoa que garante o pagamento desses rendimentos que é o beneficiário efetivo dos dividendos" e que, neste caso, preenche pelo menos a seguinte condição: "Ter a sua direção efetiva num Estado Membro da Comunidade Europeia".

³⁰ A EQUIOM é a única empresa que não detém qualquer participação noutra empresa. Entenda-se que, a Campsors (Suíça) detém 100% a Waverley Star Investments Lda (Chipre). Esta última detém a ENKA (Luxemburgo) que por sua vez detém a 100% a EQUION (França).

num Estado-membro da União Europeia”, além de que não se verifica uma atividade empresarial efetiva da ENKA no Luxemburgo.

Os argumentos expostos pelo Estado francês, baseados no CGI, pretendiam “impedir uma prática denominada de *treaty shopping* que consiste na elaboração de esquemas através dos quais as sociedades estabelecidas num Estado terceiro contornam a aplicação da retenção na fonte sobre os dividendos de fonte nacional prevista no direito francês ou na convenção celebrada entre o Estado terceiro e a República Francesa”³¹.

Neste processo, não se conseguiu provar que a WAVERLAY INVESTMENTS Lda. não exercia uma atividade económica efetiva e que a atividade era artificial e se destinava a dissimular o beneficiário efetivo dos dividendos. O facto de uma sociedade residente na União ser controlada por residentes de Estados terceiros pode ser um expediente artificial para a obtenção de uma vantagem fiscal indevida, mas não podemos, sem provas, alegar uma tal evidência. Daí que não podemos deixar de discordar de algumas das conclusões apresentadas pela advogada geral do processo que considera que o simples facto de uma sociedade residente na União ser controlada, direta ou indiretamente, por residentes de Estados artificial, desprovido de realidade económica, tem única e exclusivamente com o “objetivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.”³²

Concordamos com a posição do Ministério público francês que apresenta o argumento de que a luta contra a fraude e a evasão fiscais não pode justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento. Esta liberdade terá sido posta em cima da mesa, nomeadamente os artigos 49.º e 55.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), por se reconhecer aos nacionais de um Estado da UE a possibilidade de “constituição e (...) gestão de empresas (...) que tenham a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da União, o direito de exercerem a sua atividade num Estado-Membro por intermédio de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência.”³³

Tal como refere o Tribunal de Justiça, “as medidas que proíbam, entravam ou tornem menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento devem ser consideradas restrições a essa liberdade”³⁴. O objetivo geral de luta contra a fraude e a evasão fiscais não justifica uma restrição à liberdade de estabelecimento. Também não é aceitável, tal como refere as partes recorrentes neste processo, sustentar que a cláusula nacional anti-abuso, anteriormente referida, é incompatível com a liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 49.º e 54.º do TFUE e com os artigos 63.º sobre a liberdade de circulação de capitais, contidos no mesmo Tratado. A luta contra a fraude e a evasão fiscais não tem em vista aqui restringir a liberdade de estabelecimento mas, pelo contrário, contribuir para a preservação desta liberdade fundamental no espaço da União Europeia.

³¹ Para informação mais detalhada, consultar <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1580831929360&uri=CELEX:62016CJ0006>, parágrafo 62, Caso C-6/16.

³² Parágrafo 34 do mesmo julgamento.

³³ Parágrafo 52, relativo à liberdade de estabelecimento.

³⁴ Ver caso C-14/16 Euro Park Service.

3.3. Vodafone International Holding vs Union of India – Civil Appeal No. 733 of 2012 (Supreme Court of India)³⁵

Este caso opõe as Autoridades Tribuárias Indianas e a Vodafone International Holdings B.V. As Autoridades Tribuárias Indianas interpuseram uma ação judicial contra a Vodafone International Holdings B.V. (VIH BV), com sede na Holanda, filial da Vodafone Group Plc., com sede no Reino Unido, alegando que esta última tinha obrigação de efetuar a retenção de imposto sobre o valor pago à Hutchison (relativamente à transação efetuada entre a VIH BV e a Hutchison), devido ao facto de esta última dispor de um controlo maioritário sobre uma entidade indiana, a Hutch Essar Ltd. (HEL, residente na Índia – uma *joint venture*³⁶), em 2007³⁷.

Sucedo que, por razões de estratégia comercial, a Vodafone adquiriu integralmente a Company CGP Holdings Ltd. (com sede nas Ilhas Cayman), por \$11.2 biliões³⁸, pelo facto desta última ser uma subsidiária da Hutchison Asia Telecom Group (com sede em Hong Kong)³⁹ e, por outro lado, a CGP deter uma participação de 67% na HEL⁴⁰. Importa também aqui referir que a HEL e a Essar Group estavam envolvidos nos negócios dos serviços telefónicos móveis na Índia.

Há ainda um outro dado importante que se prende com o facto de, em 2011, a Vodafone ter comprado 33% de participações do seu parceiro Essar Teleholding Ltd.⁴¹ – participações essas que a Essar detinha na HEL – correspondente a \$5.46 biliões⁴², o que fez com que a Vodafone passasse a ter o controlo total sobre a Essar e, com esta aquisição, alterasse a sua designação para Vodafone-Essar Ltd⁴³.

Estima-se que a transação entre a Hutchison e a Vodafone B.V. tenha resultado numa participação na empresa indiana Telecom Investments India (TII) sob a forma de empréstimo de \$952 milhões utilizados na compra de ações da empresa HEL pelas oito empresas das Ilhas Maurícias, e numa participação no capital social da JKF INDIA PVT LTD.

³⁵ Anterior a esta última petição, podemos referir as seguintes: Civil Appeal No. 2550 de 2007 (Bombay High Court) e Civil Appeal No. 1325 de 2010 (Bombay High Court).

³⁶ Pertence ao Hutchison Group. Esta *joint venture* serviu de veículo para que a Hutchison adquirisse vinte e três participações no setor das telecomunicações móveis na Índia. As ações de todas estas aquisições acionistas sobre entidades indianas (tais como, Usha Telekom Ltd; Fascal Ltd; Sterling Cellular Ltd; etc.) eram detidas por empresas com sede nas Ilhas Maurícias, reconhecidas como Overseas Corporate Body (sociedade pertencente a indianos não residentes).

³⁷ Importa evidenciar que, anteriormente, os agentes tributários indianos tentaram cobrar imposto à Hutchison pela venda dessa mesma empresa sediada nas Ilhas Cayman, mas não obtiveram sucesso.

³⁸ A HTIL transferiu para a VIH BV todo o capital social emitido da CGP, livre de quaisquer ónus (empréstimos, dívidas) e onde estava implícito o controlo da HEL. Esta transação originou um lucro para a Hutchison, que foi distribuído aos acionistas de Hong Kong.

³⁹ Também denominada nas Sentenças por HTIL. Neste artigo, a Hutchison Asia Telecom Group surge como "Hutchison" ou "HAT", simplesmente.

⁴⁰ 15% da participação da CGP na HEL eram opções de compra noutras empresas indianas.

⁴¹ Subsidiária da Essar Group, residente na Índia.

⁴² Estava ainda implícito um contrato entre as empresas sobre o relacionamento entre acionistas, ficando a Vodafone com controlo operacional da HEL e a Essar com os direitos de participação na HEL.

⁴³ A HTIL e a Essar Group tinham uma parceria estratégica (*joint venture*) que deu origem à constituição de uma empresa – a HEL – que se tornou numa das maiores operadoras móveis na Índia. Com a compra da HTIL por parte da Vodafone, passou a existir uma parceria entre a Vodafone e a Essar, designando-a de Vodafone-Essar Ltd.

Acresce que a GSPL (Global Services Private Ltd, sediada na Índia, subsidiária da Hutchison) detinha certos direitos de subscrição e opções de compra em várias empresas indianas, entre as quais se regista participações na TII. Tendo em conta que a própria TII detinha uma participação na HEL, a participação da Hutchison na HEL acaba por resultar de participações societárias indiretas, contratos de opção, acordos de acionistas, etc..

Perante isto, a Índia reclama um pagamento de imposto de \$2.5 biliões pelo facto de se tratar de uma transferência de direitos de uma empresa indiana. As autoridades tributárias indianas alegam que a Vodafone pretendia efetuar a transferência desses direitos, mas também adquirir o controlo da Hutch Essar Ltd. e que a transação tinha em vista proporcionar uma transferência dos direitos da Hutchison para a HEL⁴⁴ por forma a possibilitar a entrada da Vodafone na Índia⁴⁵.

A Vodafone contesta esta afirmação defendendo que as autoridades fiscais não têm competência territorial sobre esta transação (esta foi feita fora da Índia, incluindo os movimentos bancários entre contas bancárias fora da Índia); pois nem a Vodafone nem a Company CGP estavam sediadas na Índia e neste sentido não podem ser tributados. Segundo a Secção 195 do *Income Tax Act*, alguém que não possua vínculo residencial temporário ou permanente não pode ser objeto de qualquer obrigação tributária.

Porém, a Índia considera que existe uma ligação territorial suficiente para que haja tributação de acordo com a *Indian Income Tax Act* de 1961⁴⁶. Mais, afirma que a HEL está localizada na Índia e todos os seus negócios de telecomunicações foram realizados com licenças e autorizações indianas. Uma vez que se verifica a aquisição de determinados ativos na Índia, é exigível o pagamento do imposto devido, segundo a Secção 5, n.º 2, al. b) do *Indian Income Tax Act*. Ora, considerando o estipulado na CDT entre a Índia e as Ilhas Maurícias e na Secção 90⁴⁷, as mais-valias obtidas por um residente das Ilhas Maurícias em resultado da alienação das ações de uma entidade indiana devem ser tributadas nas Ilhas Maurícias⁴⁸. Para a Índia, as empresas incorporadas nas Ilhas Maurícias eram empresas de fachada e não empresas com atividade real e efetiva e que essas empresas eram controladas e geridas por entidades externas que não a Índia e as Ilhas Maurícias.

Na sua decisão, o *Supreme Court of India* explicou que o controlo que a Vodafone exerceu sobre a empresa indiana foi apenas uma consequência e não o seu objetivo, daí que "as autoridades devem considerar a transação pelo seu valor nominal e não pela intenção oculta

⁴⁴ Estes direitos não estavam contemplados na transferência das participações da CGP, tal como a concessão de empréstimos; o acordo entre os membros do quadro; a transferência de direitos de gestão na HEL; a transferência de licenças; a aquisição de controlo e gestão da *joint venture* por parte da Vodafone.

⁴⁵ A aquisição da CGP foi apenas um dos meios para atingir o pretendido objetivo.

⁴⁶ A cláusula (i) da Secção 9 estabelece que os rendimentos se acumulam ou surgem na Índia: (a) por meio de uma conexão comercial na Índia; (b) propriedade na Índia; (c) quaisquer ativos na Índia; (d) qualquer fonte de renda na Índia; (e) mediante transferência de um ativo de capital situado na Índia.

⁴⁷ *Indian Income Tax Act*.

⁴⁸ De acordo com o Circular n.º 333 dt 2.4.1998 da CBDT, sempre que houver um conflito entre a CDT estabelecida e o *Indian Tax Act* sobre alguma disposição em ambos os estatutos, a DTAA (Double Taxation Avoidance Agreements, CDT) prevalecerá sobre as disposições estatutárias da *Indian Tax Act*.

por trás dela⁴⁹. O Tribunal referiu ainda que o disposto na Secção 9 da lei indiana é insuficiente para a tributação de ganhos de capital e que a evitação do imposto não implica obrigatoriamente uma evasão fiscal, e que deve ser considerada como uma forma de planeamento fiscal legítimo.

Analisando esta sentença, o *Indian Income Tax Act* e a Convenção de Dupla Tributação entre a Índia e a Suíça, verifica-se que a cláusula i) da Secção 9 institui os rendimentos que podem ser tributados na Índia, considerando, entre outras, os que resultam da “propriedade”⁵⁰ de um bem ou de um “qualquer ativo” na Índia⁵¹. A CDT celebrada entre os dois Estados, no seu artigo 13.º, n.º 5, alínea b), subalínea i,⁵² indica que “a Índia pode tributar ganho de capital com a alienação de ações de uma empresa residente na Índia.” Tal sucedeu com a operação realizada pela Essar Group, residente na Índia, que, através da SwissCom (residente na Suíça) alienou ações (49%) da Sterling Cellular Ltd, sediada na Índia. Esta operação não foi abordada nas sentenças. Em qualquer uma das decisões judiciais, parece não ter havido preocupação do Estado indiano em esclarecer o motivo da empresa indiana Essar em ter uma subsidiária na Suíça⁵³, talvez por não levantar qualquer suspeita ou por não ser considerado como relevante.

Importa aqui referir que a Essar tinha como objetivo controlar as ações de uma outra companhia Indiana (com vista a promover a sua expansão e conseguir uma liderança comercial na Índia), socorrendo-se de uma intermediária suíça que, para além de aumentar a sua participação, tornou-se um veículo fiscal muito benéfico, na medida em que, com a CDT Índia-Suíça, a tributação não pode ser superior a 15%. É curioso que, havendo uma CDT entre o Reino Unido e as Ilhas Cayman⁵⁴, esta não tenha sido usada: a sociedade-mãe Vodafone Plc do Reino Unido não comprou diretamente a CGP, ao invés, valeu-se da sua subsidiária integral, a Vodafone BV na Holanda. Tendo em conta esta situação e o previsto na Diretiva 2011/96/EU do Conselho, de 30 de novembro de 2011⁵⁵, tanto a Holanda como o Reino Unido beneficiaram das vantagens desta Diretiva. Na verdade, a Vodafone BV e a Vodafone Plc usufruíram da totalidade dos seus lucros, porque de acordo com o artigo 4.º, n.º1, al. a) e b) da presente Diretiva, a sociedade-mãe está isenta de tributação dos lucros recebidos pela filial (ou pode beneficiar de um crédito de imposto). Vejamos as seguintes jurisdições: segundo o artigo 5.º n.º1 da Convenção entre o Reino Unido e as Ilhas Cayman, “Os lucros comerciais obtidos por

⁴⁹ Consultar o respetivo Civil Appeal No. 733 of 2012, através: <http://courtverdict.com/supreme-court-of-india/vodafone-international-holdings-b-v-vs-union-of-india-anr> .

⁵⁰ Secção 9 Cláusula (i) alínea b) do *Indian Tax Act de 1961* .

⁵¹ Secção 9 Cláusula (i) alínea c) do *Indian Tax Act de 1961* .

⁵² Artigo 13.º - Ganhos de Capital.

⁵³ À presente data, a Suíça não é considerada, pela União Europeia, como paraíso fiscal. Contudo, a Suíça prevê que a constituição de uma empresa, neste caso uma subsidiária, dá direito a um conjunto de benefícios atrativos: as subsidiárias podem ser formadas como empresas com *limited liability* - (*GmbH - Gesellschaft mit beschränkter Haftung*); a empresa que controla (neste caso a Essar) não será responsabilizada pelos passivos incorridos pela subsidiária suíça; existe ainda o direito a várias isenções fiscais em função da constituição e estrutura da empresa; a obrigação de auditoria é limitada e depende do tamanho da empresa.

⁵⁴ Citando o tratado entre Reino Unido e Ilhas Cayman, artigo 3.º n.º1 alínea a) “the term “United Kingdom” means Great Britain and Northern Ireland, including any area outside the territorial sea of the United Kingdom designated under its laws concerning the Continental Shelf”. O mesmo encontra-se referido na Convenção entre Holanda e UK, integrando assim as Ilhas Cayman neste contexto territorial.

⁵⁵ Relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades-afiliadas de Estados-Membros diferentes.

uma empresa só podem ser tributados no território onde reside, a menos que ela realize negócios no outro território.” Do nosso ponto de vista, esta disposição teria por efeito que, caso a Vodafone Plc residente no Reino Unido comprasse 100% da CGP das Ilhas Cayman, obteria lucros provenientes das empresas na Índia e teria de os declarar no território indiano, onde realizou negócios e obteve lucros. A Convenção entre a Holanda e o Reino Unido, no seu artigo 10, n.º 2, alínea a), indica que o imposto sobre dividendos não deve exceder os 15% se “o beneficiário efetivo dos rendimentos for um residente do outro Estado Contratante”, ou seja, neste caso o beneficiário efetivo é a Vodafone da Holanda. O presente normativo refere ainda que o responsável pelo pagamento dos dividendos (neste caso, a CGP, é quem controla diretamente os ativos na Índia), “estará isento de imposto no seu Estado se o beneficiário efetivo dos rendimentos for uma empresa residente do outro Estado Contratante e exerce o controlo de pelo menos 10% do poder de voto na empresa que paga os dividendos”⁵⁶. Com a ativação desta CDT, a VIH foi poupada de altas taxas de tributação sobre o lucro, daí não ter optado estabelecer uma transação com a Vodafone Plc para que os lucros não sejam declarados no Estado da fonte.

Há ainda outra questão que se prende com o facto de a CDT entre a Índia e as Ilhas Maurícias indicar que, perante um ganho de capital auferido por um residente das Ilhas Maurícias, o direito a tributar esse ganho é da competência das Ilhas Maurícias, deixando assim, a empresa indiana livre de quaisquer obrigações tributárias⁵⁷. Aplicando esta regra ao caso em concreto, considerando que a Hutchison (de Hong Kong) adquiriu uma participação em empresas indianas e que estas, por sua vez, são detidas por empresas sediadas nas Ilhas Maurícias, verifica-se a existência de uma relação entre a HEL, da Índia, e as Ilhas Maurícias. A aquisição de participações destas empresas indianas pela Hutchison representa um ganho para as empresas das Ilhas Maurícias.

O presente caso foi alvo de análise no estudo realizado pela OECD em 2017⁵⁸ sobre “The Taxation of Offshores Indirect Transfers”, em que foi considerada a utilização de *indirect transfers*⁵⁹ e em que foi reconhecido que o residente de um determinado Estado adquiriu ações de uma entidade de um outro Estado, como é o caso da Vodafone vs CGP vs HEL, que envolve aqui as Ilhas Maurícias, as Ilhas Cayman e a Holanda. As Ilhas Maurícias, localizadas no oceano Índico, a cerca de dois mil quilómetros do sudeste africano, com cerca de um milhão de pessoas, tem como principal atividade económica o turismo, seguindo-se a produção de açúcar, chá e tabaco. As Ilhas Cayman estão localizadas no Mar das Caraíbas a sul de Cuba, tem pouco mais de sessenta e quatro mil pessoas e são consideradas um território britânico ultramarino. O turismo representa mais de 70% do seu PIB. Quanto à Holanda, apesar de pertencer à União Europeia, é considerada com um regime fiscalmente favorável.

⁵⁶ Artigo 10, n.º 2, alínea b).

⁵⁷ De acordo com a CDT, anterior a 1 de Abril de 2017.

⁵⁸ Para uma consulta mais detalhada p. 26: <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/taxation-of-offshore-indirect-transfers.htm>

⁵⁹ Este tipo “estrutura de participação indireta” visa “garantir uma tributação inexistente ou leve”.

Analisando agora a perspectiva da Vodafone, coloque-se a questão de saber por que motivo a Hutchison vendeu a CGP à Vodafone ao invés de vender a GSPL (que está localizada na Índia). Esta escolha não está clara, nem perceptível quanto à razão da escolha da CGP, dada a falta de informação sobre as percentagens de participações dos acionistas nas empresas que a GSPL detinha nas empresas indianas.

Face ao exposto, podemos concluir que, em todos os casos, é crucial determinar o beneficiário efetivo destes rendimentos para perceber o destinatário dos esquemas de planeamento fiscal abusivo.

Perante a complexidade do esquema de planeamento fiscal, é importante demonstrar, através do planeamento estratégico, as transações mais significativas que são realizadas e que revelam uma utilização abusiva dos tratados e saber, como acabamos de referir, quem é o beneficiário efetivo desses rendimentos. Importa, neste caso em concreto, determinar se a transação entre a Vodafone na Holanda e a CGP nas Ilhas Cayman poderia ter sido evitada⁶⁰, uma vez que as Ilhas Cayman são território britânico? Convém igualmente analisar as razões que levaram a Vodafone a localizar-se na Holanda (outro paraíso fiscal). Também se impõe averiguar o facto de algumas das empresas indianas, direta ou indiretamente adquiridas pela Vodafone, terem sido alienadas a empresas das Ilhas Maurícias.

Conhecendo estas empresas, nomeadamente as suas designações sociais, a(s) área(s) de negócio em que atuam e o seu capital social, porque é que estas empresas indianas haveriam de ser controladas por empresas localizadas num paraíso fiscal? A CDT celebrada entre estes dois Estados prevê a tributação de rendimentos nas Ilhas Maurícias, só que não se conhece o regime de tributação dos lucros e dos juros, as informações contabilísticas respeitantes a estas sociedades, bem como a atribuição de benefícios para a criação e permanência de empresas nesse território.

São estas e outras questões que têm surgido nesta análise e que são essenciais para a avaliação do caso, mas que não foram colocadas em causa por nenhum dos tribunais. Há, contudo, uma conclusão clara a tirar que tem a ver com o facto de os beneficiários efetivos dos rendimentos terem feito uso indevido das convenções fiscais. Tal se verifica em concreto em relação à Vodafone Plc, residente no Reino Unido, que recorrendo à filial Vodafone da Holanda, impediu a tributação dos lucros, ignorando a existência e possibilidade de aplicação da CDT UK-Ilhas Cayman.

⁶⁰ De acordo com o consultado através <https://www.oecd.org/netherlands/43312273.pdf>, a *tax treaty* entre as Ilhas Cayman e o Reino Unido apenas faz referência a artigos de âmbito administrativo – abrangência conceptual e territorial – não evidenciando qualquer âmbito tributário aplicado em caso de dividendos, juros, ganhos de capital, etc.

3.4. Aiken Industries v. Commissioner 56 TC 925 (1971)

O caso Aiken Industries (EUA) v. Commissioner foi o primeiro caso judicialmente conhecido em matéria de *treaty shopping* em 1971 nos EUA, que previa o pagamento de juros a uma *conduit company* com vista à sua transferência para um beneficiário efetivo, o que constituía uma forma abusiva de pagamento de rendimentos a um beneficiário efetivo através de uma *conduit company*.

Este caso envolveu uma sociedade residente nos EUA (devedora) e uma outra sociedade residente nas Bahamas (credora), sendo que ambas faziam uso de uma sociedade residente nas Honduras - uma vez que não existia nenhum tratado entre os EUA e as Bahamas - para servir de intermediária nesta operação e assim obter os benefícios fiscais resultantes da convenção entre os EUA e as Honduras. Na altura desta operação, a CDT isentava de tributação quaisquer rendimentos recebidos por sociedades das Honduras, sempre que originados nos EUA.

Dado que a beneficiária dos juros não era uma sociedade de Honduras mas uma sociedade das Bahamas, as autoridades fiscais americanas alegaram que a Aiken Industries, com sede nos EUA, deveria ter efetuada a retenção na fonte de 30%. Neste sentido, o Tribunal Fiscal dos EUA recusou a atribuição de benefícios pelo facto de considerar que a sociedade das Honduras representava uma mera *conduit company* que se destinava a canalizar juros para a sociedade das Bahamas, não ficando com qualquer rendimento pelos serviços de intermediação prestados.

Trata-se de mais um caso de esquema de planeamento fiscal abusivo destinado a beneficiar terceiros, fazendo uso indevido das convenções fiscais em proveito de beneficiários por via de uma *conduit company*.

4. Conclusão

Embora se tenha verificado alguma preocupação por parte dos Estados em regulamentar a questão da eliminação da dupla tributação jurídica e económica internacional, criar regras para atenuar esta dupla tributação e assim facilitar as relações comerciais internacionais, há esquemas de planeamento fiscal abusivo e manipulações no contexto empresarial que os Estados dificilmente controlam. Deste conjunto de operações, constata-se uma utilização abusiva das convenções de dupla tributação por parte de algumas multinacionais.

Perante esta situação, a OCDE e os EUA partilham da mesma opinião de que o *treaty shopping* é um instrumento jurídico de planeamento fiscal agressivo e entendem que devem ser tomadas todas as medidas necessárias para evitar esta prática. Verificamos que o primeiro grande caso teve origem nos Estados Unidos da América - caso AIKEN - e que a OCDE foi a primeira organização internacional a desenvolver um modelo de combate contra este tipo de operações através do modelo de Convenção da OCDE. Seguiu-se o *US Model*, que foi implementando

pelos EUA, e as cláusulas específicas de limitação de usufruto de benefícios, hoje conhecidas como LOB (o *US Model* pretendia resolver especificamente situações do uso indevido dos tratados), que tiveram origem nos EUA e foram depois adotadas pela OCDE e por diversos Estados. Neste campo da ação em particular, conclui-se que a OCDE e os EUA trabalhavam em prol do mesmo objetivo, auxiliando-se mutuamente e fomentando o aperfeiçoamento de cada Modelo tendo em conta os casos reais que têm vindo a ocorrer e as lacunas existentes nas legislações em vigor.

Depois, foi-se desenvolvendo em vários países a cláusula geral anti-abuso, denominada por *General Anti-Abuse Rules* – GAARs, conhecida como um dos mecanismos “nacionais” de combate à evasão fiscal destinada a abranger todo um conjunto de operações e a disciplinar as relações comerciais. Esta cláusula tem como objetivo evita ou limitar a prática de atos que normalmente não seriam praticados se não existisse essa cláusula e assim tributar situações não previstas na lei, não descurando que a mesma deve fazer-se acompanhar de outros critérios mais específicos para a sua aplicação.

Tal como já foi referido, muitas destas situações são motivadas por razões de ordem fiscal, mas também por outros motivos de natureza económica, social e cultural, que contribuam para o aumento das situações prejudiciais de concorrência fiscal desleal, das quais resulta a obtenção ilegítima de vantagens fiscais para uns em detrimento de outros.

Bibliografia

- BAKER, P., GRAY'S INN TAX CHAMBERS, *Abuse of Tax Treaties*, 2015 https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/01/ICTM2013_presentation_Baker_TaxAvoidance_29may13.pdf, consultado em 10 janeiro de 2020
- BAKER, P., *Beneficial Ownership: After Indofood*, 2016, http://taxbar.com/wp-content/uploads/2016/01/Beneficial_Ownership_PB.pdf, consultado a 22 março de 2020.
- CÂMARA, F. S., “A dupla residência das sociedades à luz das convenções de *dupla* tributação”, in *Cadernos de CTF*, n.º 403, 2001.
- Cour administrative d’appel de Versailles, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000037193690/>, consultado a 10 de novembro de 2020.
- CEJ, *Temas de Direito Tributário* – 2019, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_TDT2019.pdf, consultado a 17 maio de 2020
- COURINHA, G. L., *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Coimbra, Almedina, 2009

HAINES, A., *The MLI wipes out Indian jurisprudence on treaty shopping*, 2020, <https://www.internationaltaxreview.com/article/b113g541nvhbyd/the-ml-i-wipes-out-indian-jurisprudence-on-treaty-shopping>, consultado a 20 de outubro de 2020

MARQUES, A. S., *Os mecanismos de combate ao treaty shopping – as cláusulas de limitação de benefícios*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017

OCDE, *Action 6 Prevention of tax treaty abuse*, 2021, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/>. Acedido em 24 de janeiro de 2021.

OCDE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances: ACTION 6: 2015 Final Report*, 2015, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en, acedido em 19 de setembro de 2020

OCDE, (2009). <https://www.oecd.org/netherlands/43312273.pdf>

ONU, Department of Economic and Social Affairs, (2017). https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/11/2017TB_10_GAARs_D3_3_Case-study-treaty-shopping.pdf, consultado em 22 março de 2020

ONU, Department of Economic and Social Affairs Financing, (2014). Workshop on “Tax Base Protection for Developing Countries” <https://www.un.org/esa/ffd/events/event/workshop-on-tax-base-protection-for-developing-countries.html>, consultado em 10 janeiro de 2020

PARLAMENTO EUROPEU, European Parliamentary Research Service, (2019). [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642258/EPRS_BRI\(2019\)642258_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642258/EPRS_BRI(2019)642258_EN.pdf). Acedido em 10 de janeiro de 2020.

SANCHES, J. L. S., *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

SANCHES, J. L. S., “Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal”, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Lisboa, Lex, 2003

SUPREME COURT OF INDIA, *Vodafone International Holdings B.V. Vs. Union of India & Anr.* (2012). <http://courtverdict.com/supreme-court-of-india/vodafone-international-holdings-b-v-vs-union-of-india-anr>

TÉTRAULT, M., *Alta Energy – Federal Court of Appeal Confirms that Treaty Shopping is Not Abusive*, 2020, <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/mccarthy-tetrault-tax-perspectives/alta-energy-federal-court-appeal-confirms-treaty-shopping-not-abusive>, consultado a 10 setembro de 2020

UNITED STATES – CANADA INCOME TAX CONVENTION, (1997). <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/canada.pdf>, consultado em 10 janeiro de 2020

Jurisprudência

Aiken Industries v. Commissioner 56 TC 925 (1971)

ALTA ENERGY – Proc. n.º 2014-4359(IT)G

EQUIOM & ENKA – Proc. n.º C-6/16

Vodafone International Holding vs Union of India – Civil Appeal n.º 733 de 2012 (*Supreme Court of India*)

(texto submetido a 18.12.2020 e aceite para publicação a 9.06.2021)