

# RECHT & STEUERN

NEWSLETTER



Deutsch-Brasilianische  
Industrie- und Handelskammer  
Câmara de Comércio e Indústria  
Brasil-Alemanha



Rödl & Partner



INHALT

|      |                                                                                                                                                                      |    |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | TECHNISCHES VISUM: NEUE POSITION DES ARBEITSMINISTERIUMS<br>HINSICHTLICH DER FIGUR DES ZWISCHENGESCHALTETEN UNTERNEHMENS                                             |    |
|      | <b>EMDOC</b><br>Renê Ramos und Pedro Luiz Freitas Gouvea. ....                                                                                                       | 4  |
| II.  | BRAZIL: NEW RULES REGARDING SUPPORT DOCUMENTATION FOR BRAZILIAN<br>NON-RESIDENT CAPITAL GAINS TAXATION<br>AND WITHHOLDING TAX OBLIGATION UPON SUBSTITUTION OF SHARES |    |
|      | <b>PricewaterhouseCoopers</b><br>Fernando Giacobbo, Ruben Gottberg and Jürgen Schumann . . . . .                                                                     | 5  |
| III. | NEW RULES FOR D&O AND ENGINEERING INSURANCE IN BRAZIL                                                                                                                |    |
|      | <b>Demarest Advogados</b><br>André Alarcon and Marcia Cicarelli . . . . .                                                                                            | 7  |
| IV.  | DIE NÄHERE REGELUNG DES OUTSOURCING IN BRASILIEN – INKLUSIVE DES<br>KERNGESCHÄFTS (GESETZESVORHABEN NR. 30/2015)                                                     |    |
|      | <b>Pacheco Neto Sanden Teisseire Advogados</b><br>Priscila M. S. Santos . . . . .                                                                                    | 10 |
| V.   | SOME CHALLENGES IN M&A POST THE BRAZILIAN ANTI-BRIBERY ACT                                                                                                           |    |
|      | <b>ROTHMANN, SPERLING, PADOVAN, DUARTE ADVOGADOS</b><br>Lira Renardini Padovan and Jessica Satie Ishida . . . . .                                                    | 12 |

|       |                                                                                                                      |    |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| VI.   | BRASILIANISCHE REGELUNG FÜR ANGEL INVESTOREN                                                                         |    |
|       | <b>Machado Associados</b><br>Renata A. Pisaneschi und Mirella A. de Almeida . . . . .                                | 14 |
| VII.  | BRAZILIAN FEDERAL REVENUE AMENDS LISTS OF LOW-TAX<br>JURISDICTIONS (LTJ) AND PRIVILEGED TAX REGIMES (PTR)            |    |
|       | <b>Rödl &amp; Partner</b><br>Philipp Klose-Morero, Michael Löb and Karen Steuer . . . . .                            | 17 |
| VIII. | VERFASSUNGSGERICHT ZUR ICMS-ST: STEUERZAHLER HABEN ANSPRUCH<br>AUF ERSTATTUNG VON IM VORAUS GEZAHLTER ICMS           |    |
|       | <b>TozziniFreire Advogados</b><br>Vinicius Jucá Alves und Gustavo Pagliuso Machado . . . . .                         | 19 |
| IX.   | TAX CONSEQUENCES OF THE IMPORT OF SERVICES BY BRAZILIAN ENTITIES<br>FROM JURISDICTIONS WITH DOUBLE TAXATION TREATIES |    |
|       | <b>Zilveti Advogados</b><br>Luís Eduardo Queiroz . . . . .                                                           | 22 |
| X.    | BRAZIL PASSES LAW THAT CHANGES RULES FOR THE POWER SECTOR                                                            |    |
|       | <b>Lefosse Advogados</b><br>José Carlos Berardo and Monique Guzzo . . . . .                                          | 24 |





**Renê Ramos**  
verantwortlicher Partner  
Kundenbetreuung  
rene.amos@emdoc.com  
T (+55) 11 3405 7803



**Pedro Luiz Freitas Gouvea**  
Lawyer  
pedro.gouvea@emdoc.com  
T (+55) 11 3405 7834

**EMDOC**  
R. Luís Coelho, 308  
01309-000 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3405 7800  
[www.emdoc.com](http://www.emdoc.com)



## Technisches Visum: neue Position des Arbeitsministeriums hinsichtlich der Figur des zwischengeschalteten Unternehmens

Eine der in Brasilien am häufigsten Anwendung findende Visakategorien ist das technische Visum, d.h. ein Visum für Personen, die zu einem Arbeitsaufenthalt nach Brasilien kommen und ihre Gehaltsleistungen und ihr Arbeitsverhältnis im Ausland beibehalten.

Um den Arbeitsaufenthalt des Technikers im Land sowie den Erhalt der Arbeits-erlaubnis zu ermöglichen, ist erforderlich, dass eine brasilianische Firma die Genehmigung beim Arbeitsministerium beantragt – diese Firma ist dann für den Aufenthalt des Technikers im Land verantwortlich.

Traditionell hat die brasilianische Gesetzgebung das Arbeitsvisum stets an die Firma geknüpft, die den Techniker nach Brasilien gerufen hat. Deshalb konnte der Techniker allein in der Firma arbeiten, die sein Arbeitsvisum beantragt hatte.

Es ist jedoch eine marktübliche Praxis, dass ein Techniker mehr als einem Unternehmen Dienste leistet und somit sein Aufenthalt besser ausgenutzt wird.

Für diese Fälle erfolgte unlängst eine Aktualisierung der Position des Arbeitsministeriums, das dazu überging zu erlauben, dass der Techniker nach dem Erhalt des Arbeitsvisums in mehr als einem Unternehmen arbeiten darf.

Die brasilianische Firma, die das Visum beantragt, fungiert als zwischengeschaltetes Unternehmen, das für den Empfang des Technikers und für die sonstigen mit dessen Aufenthaltsregelung zusammenhängenden Formalitäten zuständig ist, während es diesem frei steht, nicht nur für diese Firma, sondern auch für andere Firmen zu arbeiten.

Damit diese Möglichkeit genutzt werden kann, ist erforderlich, dass das zwischengeschaltete Unternehmen derselben wirtschaftlichen Gruppe des ausländischen Unternehmens, das den Techniker entsendet, angehört, oder dass es das einzige Unternehmen ist, das dazu berechtigt ist, dem ausländischen Unternehmen innerhalb des brasilianischen Staatsgebiets Dienstleistungen zu erbringen, wobei diese Situation durch die Vorlage eines Vertrags mit Exklusivitätsklausel zu bestätigen ist.

Das Ergebnis dieser Änderung wird eine größere Öffnung hinsichtlich der brasilianischen Einreisebestimmungen sein, wobei Situationen bedacht werden, in denen zuvor der berufliche Erfahrungs- und Wissensaustausch zwischen Brasilianern und Ausländern nicht möglich war.

## Brazil: New rules regarding support documentation for Brazilian non-resident capital gains taxation

*Brazilian Federal Revenue (RFB by its Portuguese Acronym) recently issued Normative Instruction (NI) 1.662 modifying the options available to support the cost basis for calculating non-resident capital gains taxation.*

Before NI 1.622 was issued, NI 1.455 used to provide two options to determine the cost basis for calculating non-resident capital gains taxation in situations where there was no suitable and proper documentation: (i) based on the amount of foreign capital registered with the Brazilian Central Bank (BACEN), or; (ii) cost basis equal to zero.

As of October 3 2016, NI 1.662 eliminates the option to determine the cost basis based on the amount of foreign capital registered with BACEN where there is no suitable and proper documentation. This change has given rise to concerns as to whether the BACEN's electronic module of foreign direct investment (RDE-IED by its Portuguese acronym), together with additional documentation, may be regarded as suitable and proper documentation when it comes to support the cost basis for calculating non-resident capital gains taxation.

Multinationals are encouraged to analyse how to address this change.

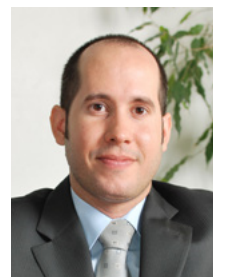
## Withholding tax obligation upon substitution of shares

*Brazilian Federal Revenue (RFB by its Portuguese Acronym) issued Normative Instruction (NI) 1.664 establishing the responsible party to withhold income taxes on non-resident capital gains arising from substitutions of shares ("incorporação de ações").*

Under Brazilian legislation, a substitution of shares is a transaction where the whole share capital of a Brazilian entity is transferred into the equity of another Brazilian entity. As result of this, the latter becomes the shareholder of the former (new shareholder).



**Fernando Giacobbo**  
Partner  
fernando.giacobbo@br.pwc.com



**Ruben Gottberg**  
Senior Manager  
ruben.gottberg@br.pwc.com



**Jürgen Schumann**  
Partner German Desk  
jürgen.schumann@br.pwc.com

**PricewaterhouseCoopers**  
Avenida Francisco Matarazzo,  
1400, Torre Torino - 12º andar  
05001-903 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3674 2000  
[www.pwc.com](http://www.pwc.com)



**PricewaterhouseCoopers**  
Avenida Francisco Matarazzo,  
1400, Torre Torino - 12º andar  
05001-903 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3674 2000  
[www.pwc.com](http://www.pwc.com)



According to NI 1.664, when it comes to substitutions of shares, the new shareholder (Brazilian controlling entity) is responsible for withholding income taxes on capital gains realized by non-residents upon the alienation of the transferring entity's shares.

Through the years, there has been debate as to whether the alienation of a transferring entity's shares is actually made by the shareholders. In some cases, administrative decisions have confirmed that the alienation has been made by the shareholders, whereas, in other instances, the decisions conclude that the alienation has been made by the transferring entity itself. NI 1.664, confirms ruling 224 issued by the tax authorities ("Solução de Consulta COSIT 224) where the alienation is regarded as made by the shareholders.

Although the NI 1.664 does not hold "law" status, it is important to note that tax inspectors are bound by this instrument when performing audits.

*Multinationals are encouraged to analyze how these changes may affect their intended reorganizations.*

## New Rules for D&O and Engineering Insurance in Brazil

The Brazilian Private Insurance Agency (SUSEP) issued, on 10/17/2016, new rules applicable to D&O and Engineering insurance. Both rules practically reproduce the texts of the respective drafts which were submitted to public consultation in 2013 and 2015. We outline below the main points of the new rules issued by SUSEP:

### D&O

The SUSEP Rule No. 541/2016 establishes an extensive list of definitions, most of which is already provided in other rules issued by the regulatory body, such as "occurrence basis insurance policy" and "claims-made insurance policy". Moreover, some concepts are not clear, such as "gross negligence"; others are unnecessary, once they have no practical application on D&O, for example "injury to person"; and others, seem to conflict amongst themselves, as the definitions of "bodily damage" and "injury to person", as well as "damage to property", "damage to patrimony" and "damage/prejudice".

The Rule also limits the contracting of the insurance policy by legal entities (borrower of services), in benefit of the directors and officers. In spite of being the usual market practice, prior to the said Rule it was possible, at least theoretically, to issue the insurance directly to the individual, should the company not wish to contract a D&O policy for its officers and directors.

Also, the policies must be issued as claims-made basis, being the insurance companies prevented from issuing occurrence basis policies. In addition, the Rule clarifies that the D&O shall not cover damages related to General Liability, Professional Liability or Environmental Liability Insurances.

In consonance with SUSEP Rule No. 437/2012, the new rule offers insurers the option to pay compensation directly to third-parties and also maintains the possibility of reimbursing the insured or the borrower, should the latter have advanced payment on behalf of the insured for indemnifiable amounts.

However, the most relevant changes refer to the coverage for defence costs and fines and penalties.

The costs of defence and attorney's fees, which are the main guarantee under the D&O Insurance and previously assured by the basic coverage, will now be covered only upon additional coverage, which must be offered by insurers.

On the other hand, the fines and penalties coverage has always been subject of discussion, given that, prior to the issuance of this Rule, SUSEP prevented cov-



**André Alarcon**  
Partner of the Corporate / M&A  
practice of Demarest Advogados  
[aalarcon@demarest.com.br](mailto:aalarcon@demarest.com.br)  
T (+55) 11 3356 1821



**Marcia Cicarelli**  
Partner  
[mcicarelli@demarest.com.br](mailto:mcicarelli@demarest.com.br)  
T (+55) 11 3356 1825

**Demarest Advogados\***  
Av. Pedrosa de Moraes, 1201  
05419-001 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3356 1531  
F (+55) 11 3356 1700  
[www.demarest.com.br](http://www.demarest.com.br)



**Demarest Advogados\***

Av. Pedroso de Moraes, 1201  
05419-001 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3356 1531  
F (+55) 11 3356 1700  
[www.demarest.com.br](http://www.demarest.com.br)



erage for fines and penalties based on a legal opinion related to pension funds issued by the Federal Prosecutor's Office in 2006. The market, on its turn, understood that the prohibition would only fit in the hypothesis of fines regarding malicious acts and that there would be no impediments to indemnify fines for negligent acts. By the new Rule, SUSEP clarified this controversy by authorising coverage for fines and contractual and administrative penalties imposed to the insured, without mentioning if this should be done by means of a basic or an additional coverage.

Another point worth mentioning is the mandatory offer of the arbitration clause by the insurance companies. While this provision was unnecessary, once the resolution of conflicts by arbitration is already guaranteed by the Brazilian Law No. 9.307/96, the Rule reinforces this possibility, as long as the legal requirements to formalise its acceptance are observed, especially those related to adhesion contracts.

Finally, it is prohibited to refer to any foreign legislation, allowing only those habitually used in the Brazilian Insurance Market, provided they are locally translated or which translation appears on the general glossary of the insurance policy.

Onwards the issuing of the Rule, new insurance plans submitted to SUSEP must be adapted to its new rules.

The Insurers that already operate with D&O insurance must submit to SUSEP its insurance plans adapted to the new rules until 28 February 2017, so that there is no interruption in the offering of policies. The plans in force on the date the Rule was published will be terminated on 01 June 2017.

Regarding the renewal of the policies in force on the date the Rule was published, those with period of validity until 31 May 2017, might be renewed once, for one year, and the others following the said period (31 May 2017) cannot be renewed.

**Engineering Risks**

The SUSEP Rule No. 540/2016, regarding Engineering Risks Insurance, revoked the Rule No. 419/2011. The main differences between these regulations are presented below.

In summary, the new Rule excluded the basic coverages for Construction Works (*Obras Cíveis em Construção - OCC*) and Installation and Assembly of Equipment (*Instalação e Montagem - IM*), maintaining only the possibility of issuing the unified coverage of Construction Works/Installation and Assembly (OCC/IM). In view of this, there is no limit provision (previously stated as 25% of the Limit of the Insured Amount) for the equipment to be assembled and installed at the construction site and to the necessary construction work to the installation and assembly of the equipment.

Insurers remain able to structure their insurance plans with additional coverage distinct from those contemplated on SUSEP Rule No. 540/2016, provided that the covered risks are directly related to the Engineering Risks field and are not typical of other insurance segments. In this regard, the revoked rule did not allow the provision of coverage related to Life, Health, Disability or Civil Liability Insurance, which were distinct from those proposed in its Annex. The new rule, however, expressly prohibits Civil Liability coverage, not mentioning any disposition regarding Life, Health or Disability insurance coverage.

Furthermore, there is no longer the requirement that the additional coverage may only be inserted in the insurance plan in cases where the respective risk is clearly excluded from the basic coverage.

Another innovation of the Rule refers to the debris expenses (including loading, transportation and unloading in appropriate site), which shall be encompassed by the Limit of the Insured Amount of the basic coverage, up to the percentage to be established in the insurance policy, with the minimum of 5%. Moreover, there is still the possibility of issuing additional coverage for debris with a specific insured amount.

The Rule also provides for additional coverage for Moral Damages and Financial Losses, Loss of Profits and Other Emerging Expenses, as a result of events guaranteed by the coverages for General Civil Liability or Cross-Civil Liability. Moreover, the insurers may offer additional coverage to ensure the transportation of materials to be incorporated to the construction work (as long as it is done by land transportation) and Fire after the Conclusion of Construction (limited to the term of 90 days after the conclusion of the construction). The Fire after the Conclusion of Construction coverage has similar treatment as the Maintenance coverage, which already existed.

Finally, it maintains the prohibition of renewing the insurance, only allowing the extension of the coverage term by endorsement. The exception, provided for by the new Rule, refers to open policies which provide construction works belonging to the same Insured.

Upon the issuance of the Rule, new plans shall be adapted to the new provisions and submitted to SUSEP's approval. The term for the adaptation or substitution of the existing plans is 15 April 2017. The contracts in force which period of validity expires after 15 April 2017 will be valid for all the effectiveness period of the insurance policy or the extension endorsements.

\* Autor der Publikation *So geht's Tax Incentives in Brasilien*

**Demarest Advogados\***

Av. Pedroso de Moraes, 1201  
05419-001 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3356 1531  
F (+55) 11 3356 1700  
[www.demarest.com.br](http://www.demarest.com.br)







**Priscila M. S. Santos**  
Partner  
psantos@pnst.com.br

**Pacheco Neto Sanden Teisseire Advogados\***

Al. Franca, 1050 - 3-11 andar  
01422-001 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3897 4400 / 3063 6177  
F (+55) 11 3063 6176  
[www.pnst.com.br](http://www.pnst.com.br)

PACHECO NETO  
SANDEN  
TEISSEIRE  
Advogados

## Die nähere Regelung des Outsourcing in Brasilien – inklusive des Kerngeschäfts (Gesetzesvorhaben Nr. 30/2015)

Das Outsourcing bietet den Unternehmen die Möglichkeit, die Durchführung einer spezifischen Aktivität zwecks Optimierung der Produktion auf eine spezialisierte Firma zu übertragen.

Bei dem Outsourcing entsteht eine Dreiecksbeziehung, in welcher der Angestellte des Dienstleisters (Auftragnehmer) für ein anderes Unternehmen (Auftraggeber) Dienstleistungen erbringt.

Es gibt in Brasilien für das Outsourcing bisher keine spezifische gesetzliche Regelung. Im CLT, dem brasilianischen Arbeitsgesetzbuch, wird das Thema nicht einmal erwähnt. Grundlage für die Lösung praktischer Fälle ist die Leitsatzentscheidung 331 des TST (brasilianisches BAG) und Rechtsprechungskonstruktionen, nach welcher das Outsourcing in Brasilien nicht für das Kerngeschäft, sondern nur für andere Geschäfte zulässig ist, die der Durchführung des Kerngeschäfts dienen. Laut Rechtsprechung haftet der Auftraggeber subsidiär für die Nichterfüllung des Auftragnehmers.

Trotz der diesbezüglich restriktiven Auslegung der Arbeitsgerichte nimmt der Einsatz des Outsourcing in der Praxis bei den unternehmerischen Tätigkeiten zu, weshalb diese Vertragsform zweifelsohne reglementiert werden muss.

Im Kongress wird über einige Gesetzesvorhaben zu diesem Thema diskutiert, insbesondere über das Gesetzesvorhaben Nr. 30/2015, nach welchem auch das Outsourcing des Kerngeschäfts zulässig sein soll. Sollte dieses Gesetzesvorhaben verabschiedet werden, ist ein neues Szenario des Outsourcing für den privaten Sektor in Brasilien möglich.

Im Gesetzesentwurf sind einige Anforderungen bezüglich der Dokumentation vorgesehen, wie etwa eine detaillierte Regelung mit einer klaren Definition des Gegenstandes, Einbehalte von Rechnungsbeträgen für den Fall der Nichterfüllung von Verpflichtungen und Stellen von Garantien.

Der Entwurf sieht ferner vor, dass der Auftraggeber der ausgelagerten Dienstleistungen die Zahlungen von Gehältern, Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld, Fahrscheine, Zahlungen an den Arbeitslosenfonds (FGTS), sowie arbeitsrechtliche Zahlungen und Sozialversicherungsbeiträge der Angestellten des Auftragnehmers prüfen muss. Im Falle der Nichterfüllung kann der Auftraggeber, je nach dem Grad der Sorgfalt, die er bei der Aufsicht über das Outsourcing waltebn

lässt, gesamtschuldnerisch oder subsidiär haften. Bei einigen Verträgen werden zudem finanzielle Garantien des Auftragnehmers verlangt.

Ausserdem sieht der Gesetzesentwurf vor, dass der Auftraggeber für die Erfüllung der Mindestanforderungen an Sicherheit, Hygiene und Gesundheit der Mitarbeiter des Auftragnehmers während der Erbringung der Dienstleistungen sorgen.

Die in Artikel 31 des Gesetzes 8.212/1991 und den Artikeln 7 und 8 des Gesetzes Nr. 12.546/2011 vorgesehenen Einbehalte werden beibehalten, d.h. der Auftraggeber bleibt für den Einbehalt und die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge (INSS) in Höhe von 11% (elf Prozent) auf den Rechnungsbetrag verantwortlich. Die abgeführten Sozialabgaben können mit den auf das Gehalt seiner Arbeitnehmer zu zahlenden Sozialabgaben verrechnet werden. Dieses System wird derzeit bereits bei Outsourcing-Verträgen von Reinigungs-, Erhaltungs-, Wach- und Sicherheitsfirmen und auf temporäre Vertragsverhältnisse angewendet.

Bei den übrigen Outsourcing-Verträgen ist der Auftraggeber zur Abführung von 20% (zwanzig Prozent) vom Gehalt des Dienstleisters verpflichtet, die von den geschuldeten Rechnungsbeträgen abzuziehen sind.

Nach dem neuen Gesetz ist auch der Austausch des Dienstleistungsunternehmens mit der Einstellung der Arbeitnehmer des alten Auftragnehmerunternehmens ohne Beeinträchtigung von Gehalts- und sonstigen Ansprüchen aus dem vorherigen Vertrag möglich.

Das Thema ist ebenso umstritten wie der Gesetzesentwurf selbst. Zum Teil ist man der Auffassung, dass der Gesetzesentwurf aufgrund seiner Weite die Arbeitsverhältnisse beeinträchtigen wird. Andere sind der Ansicht, dass durch den Gesetzesentwurf eine Gleichbehandlung mit den ausgelagerten Arbeitnehmern erreicht wird, indem er die Zahlung von Sonderzuwendungen, wie Essensmarken und Fahrkarten etc. auf diese ausdehnt, was derzeit aufgrund des Wortlaut der Leitsatzentscheidung 331 des TST (brasilianisches Bundesarbeitsgericht) nicht sichergestellt ist. Zudem sehe der Entwurf strenge Regeln vor, was die Tätigkeit unseriöser oder im Markt nicht besonders etablierter Unternehmen erschwert, was wiederum den ausgelagerten Arbeitnehmern zugute komme und die Beachtung ihrer Rechte garantieren werde.

Nach Analyse (i) der aktuellen Rechtsprechung, (ii) des Gesetzesentwurfs Nr. 30/2015, (iii) anderer Entwürfe zu diesem Thema und (iv) Kritiken von Fachleuten kommt man zu dem Schluss, dass der Gesetzesentwurf allen Involvierten in einem Bereich grössere Rechtssicherheit gibt, der in der brasilianischen Praxis längst zum Alltag gehört.

\* Autor der Publikation *So geht's die Limitada in Brasilien*

**Pacheco Neto Sanden Teisseire Advogados\***

Al. Franca, 1050 - 3-11 andar  
01422-001 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3897 4400 / 3063 6177  
F (+55) 11 3063 6176  
[www.pnst.com.br](http://www.pnst.com.br)

PACHECO NETO  
SANDEN  
TEISSEIRE  
Advogados



**Lira Renardini Padovan**  
Partner  
lpadovan@rothmann.com.br



**Jessica Satie Ishida**  
Associate  
jishida@rothmann.com.br

**ROTHMANN, SPERLING,  
PADOVAN, DUARTE  
ADVOGADOS\***  
Av. Nove de Julho, 4.939, 6º andar  
01407-200 – Jardim Paulista –  
São Paulo/SP  
T (+55) 11 3704 0788  
[www.rothmann.com.br](http://www.rothmann.com.br)



## Some Challenges in M&A Post the Brazilian Anti-Bribery Act

It is clear that the Brazilian Anti-Bribery Act (Act n. 12.846/2013) brought several changes to the legal and economic scenario in Brazil, mainly because it initiated the strict liability for legal entities – that is, legal entities may be held liable without the need of proving intent or fault. The liability can also affect companies in situations of contractual modification, company transformation, merger or corporate spin-off.

Among the actions considered illegal as per the Anti-Bribery Act, there is the promise or the offer of undue benefit to public officers, the financing of corrupt acts and the defrauding of public bids.

Besides the imposition of heavy fines after an administrative proceeding, the Act sets forth that the convicted companies are subject to the inclusion in the Registry of Debarred or Suspended Companies (*Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – “CEIS”*), available on the Transparency Portal of the Federal Government and accessible to the public in general, and can be prohibited from contracting with the public administration.

After the enactment of the Anti-Bribery Act, extra caution is required in mergers and acquisitions. It is crucial that the interested buyer performs due diligence in an attempt to map out Anti-Bribery Act risks arising from the target company.

The typical due diligence in an M&A transaction in Brazil has been greatly impacted by the Anti-Bribery Act and now the due diligence reports include a chapter on anti-bribery. Sometimes such anti-bribery due diligence should precede all the other verifications in the legal due diligence process, such as the usual tax and labor verifications.

The method of the anti-bribery due diligence is somewhat different from the method adopted in the due diligence of the other items, as the purpose of the anti-bribery due diligence is to inquire and, depending on the case, investigate specific points that will normally not be disclosed in queries or documentation provided by the target company. This fact often impacts the progress of what used to be normal timetable of legal due diligences, as well as the costs associated with same.

The extension of the anti-bribery verifications is one of the key topics to take into account in such a due diligence: how far will the buyer go? What is the sufficient level of due diligence to consider that the buyer did what was possible in the M&A process? What will be the impact in case adverse facts are found out? Should the interested buyer report the information to the authorities? What is

the impact of same in the non-disclosure agreements or any other preliminary agreements executed with sellers and the target in the beginning of the M&A negotiations? Should the interested buyer continue to dig in? When is it the time to stop looking for information? Those are difficult questions that have to be dealt with in the anti-bribery due diligence.

To shield itself from or mitigate possible sanctions under such law, the interested buyer cannot underestimate the need of anti-bribery due diligence and should carry out a risk assessment of the target not only in connection with any illegal acts listed in the Anti-Bribery Act, but also any practice that would violate the buyer's existing codes, policies and programs. Moreover, the buyer should thoroughly analyze the target's status (e.g., understand the target company's internal controls) and good standing for purposes of the law (e.g., verify if the target company or any affiliated company are included in CEIS or other registries such as “CNEP” - *Cadastro Nacional das Empresas Punidas* or National Registry of Sanctioned Companies) to check its suitability and identify potential risks resulting from the acquisition. The interested buyer should also check the existence of codes of conduct and effective compliance programs of the target, as they are key to assess the risks of the target and the level of maturity of the company to deal with such risks on an ongoing basis.

In the event the acquisition is concluded, it is of utmost importance that the buyer fully integrates and aligns the target to the buyer's policies, programs and controls. Intensive training is advisable not only as one of the most effective means for effective integration, but also to mitigate the impact of application of possible sanctions under the Anti-Bribery Act. Post-acquisition internal auditing is also recommended as a means for the buyer to have a command of and monitor the potential bribery risks.

Certainly there are material new challenges to M&A due diligences and negotiations resulting from the evolvement of anti-corruption laws in Brazil and across the world and the companies, including small and medium-sized companies, must be prepared to adapt quickly.

\* Autor der Publikation *So geht's im Internationalen Steuerrecht Brasiliens (zu)*

**ROTHMANN, SPERLING,  
PADOVAN, DUARTE  
ADVOGADOS\***  
Av. Nove de Julho, 4.939, 6º andar  
01407-200 – Jardim Paulista –  
São Paulo/SP  
T (+55) 11 3704 0788  
[www.rothmann.com.br](http://www.rothmann.com.br)





**Renata A. Pisaneschi**  
rpisaneschi@machadoassociados.com.br

**Mirella A. de Almeida**  
malmeida@machadoassociados.com.br

**Machado Associados**  
Av. Brigadeiro Faria Lima, 1656 –  
11º. andar  
01451-918 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3819 4855  
[www.machadoassociados.com.br](http://www.machadoassociados.com.br)



## Brasilianische Regelung für Angel Investoren

Am 28. Oktober 2016 wurde das ergänzende Gesetz Nr. 155/2016 veröffentlicht. Es handelt von bestimmten Änderungen des ergänzenden Gesetzes Nr. 123/2006, das die Mikro- und Kleinunternehmen und das für sie geltende *Simples*-Steuerregime regelt.

Unter diesen Änderungen befindet sich die Einführung der Regelung für Angel Investoren, die auch *Business Angels* genannt werden.

Angel Investoren sind Personen, die meist eigenes Kapital an Start-up Unternehmen bereitstellen und dazu noch ihre Geschäftserfahrung und Verbindungen zu möglichen Geschäftspartnern anbieten. Das Kapital wird deswegen auch *smart money* genannt.

Normalerweise investieren die Business Angels in Form eines Kredits oder erhalten einen Anteil des Unternehmenskapitals.

Gemäß des ergänzenden Gesetzes Nr. 155/2016 dürfen Mikro- und Kleinunternehmen zur Förderung von produktiven Investitionen und Innovation Geldmittel erhalten, die nicht als Unternehmenskapital, sondern als Beteiligungsrechte anerkannt werden.

Diese Form ist weder ein typisches Darlehen noch ein richtiger Kapitalanteil und gilt nur für die Mikro- und Kleinunternehmen, die durch das ergänzende Gesetz Nr. 123/2006 geregelt werden. Für diesen Zweck sind Mikrounternehmen die Unternehmen, deren jährlicher Bruttoumsatz bis zu R\$ 360.000,00 beträgt. Kleinunternehmen sind wiederum die Unternehmen, deren jährlicher Bruttoumsatz zwischen R\$ 360.000,00 und R\$ 4.800.000,00 liegt.

Das ergänzende Gesetz Nr. 123/2006 stellt an alle Mikro- und Kleinunternehmen einige Voraussetzungen. Unter anderen dürfen sie (i) keine juristischen Personen als Partner haben, (ii) keine Filiale oder Niederlassung ausländischer Unternehmen sein, (iii) keine Aktiengesellschaften oder Genossenschaften sein, (iv) keinen Partner haben, der selbst Unternehmer ist oder Partner eines anderen Mikro- oder Kleinunternehmens ist, wenn beide zusammengerechneten Bruttoumsätze höher als R\$ 4.800.000,00 betragen, (v) keinen Partner haben, der einen Kapitalanteil besitzt, der höher als 10% eines anderen Unternehmens ist, wenn beide zusammengerechneten Bruttoumsätze höher als R\$ 4.800.000,00 betragen, (vi) keinen Partner haben, der Verwalter eines anderen Unternehmens ist, wenn beide zusammengerechneten Bruttoumsätze höher als R\$ 4.800.000,00 betragen, (vii) keine Kapitalanteile anderer Gesellschaften besitzen.

Nach dem ergänzenden Gesetzes Nr. 155/2016 dürfen sowohl natürliche als auch juristische Personen und Investmentfonds in die Mikro- und kleinen Unternehmen als Angel Investoren investieren.

Die Geldanlage muss durch einen Beteiligungsvertrag zwischen dem Angel Investor, den Partnern und dem Unternehmen geregelt werden. Die Geltungsdauer des Vertrags darf 7 Jahre nicht übersteigen. Man erwartet, dass entweder die Beteiligungsrechte in diesem Zeitraum in einen definitiven Kapitalanteil umgesetzt werden oder die Angel Investoren das Unternehmen verlassen.

Der Vertrag muss auch das Recht der Angel Investoren auf eine Vergütung für das investierte Kapital regeln. Eine solche Vergütung darf nicht länger als 5 Jahre dauern und nicht höher als 50% der Gesellschaftsgewinne sein.

Das ergänzende Gesetz Nr. 155/2016 erlaubt die Rückzahlung des investierten Kapitals erst nach 2 Jahren; mit der Rückzahlung kann der Angel Investor das Geschäft verlassen. Eine andere Exitmöglichkeit besteht durch den Verkauf seiner Beteiligungsrechte an dritte Parteien. In diesem Fall haben die anderen Partner der Gesellschaft das Vorkaufsrecht. Die Angel Investoren haben auch das Recht auf *tag along* (Mitverkaufsrecht), wenn die anderen Partner ihre Anteile an dritte Parteien verkaufen.

Es ist zu berücksichtigen, dass die Angel Investoren laut dem ergänzenden Gesetzes Nr. 155/2016 nicht an der Gesellschaftsverwaltung teilnehmen dürfen, kein Zustimmungsrecht haben und nicht für die Schulden des Unternehmens haften.

Die Haftung ist immer ein bedeutendes Risiko für alle Investoren, und diese Regel des ergänzenden Gesetzes Nr. 155/2016 trägt zur Förderung der Angel Investitionen bei. Andererseits ist das Verbot der Teilnahme an der Gesellschaftsverwaltung und der Mangel am Zustimmungsrecht ein Nachteil. Eigentlich haben die Angel Investoren oft besondere Erfahrung mit dem Geschäftsmarkt und sollten deswegen eine wichtige Rolle bei der Führung der Geschäfte spielen. Dafür bräuchten sie das Zustimmungsrecht und die Teilnahme an der Verwaltung des Unternehmens.

In Bezug auf Steuern bestimmt das ergänzende Gesetzes Nr. 155/2016, dass das Finanzamt die Besteuerung der Rückzahlung an die Angel Investoren regeln kann. Viele andere wichtige Fragen bleiben allerdings ungeklärt, und meistens ergeben sich diese Fragen aus der neuen Form der Investition, die kein richtiger Kapitalanteil und kein typisches Darlehen ist. Es ist zum Beispiel nicht klar, ob die Vergütung als Dividende oder als finanzielle Einnahmen zu besteuern ist, ob die Finanzsteuer (IOF) erhoben und wie der mögliche Kapitalgewinn besteuert werden soll.

Das Gesetz erklärt weiterhin, dass die investierten Werte zwecks Prüfung der entsprechenden Umsatzgrenzen nicht als Einnahmen des Mikro- oder Klein-

**Machado Associados**  
Av. Brigadeiro Faria Lima, 1656 –  
11º. andar  
01451-918 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3819 4855  
[www.machadoassociados.com.br](http://www.machadoassociados.com.br)





**Machado Associados**

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1656 –  
11º. andar  
01451-918 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3819 4855  
[www.machadoassociados.com.br](http://www.machadoassociados.com.br)



unternehmens zu berechnen sind. Aber es wird nicht bestimmt, ob diese Werte als steuerpflichtige Einnahmen des Unternehmens besteuert werden sollen.

Mittelpunkt der neuen Regel für Angel Investoren ist - wie man bemerken kann -, das Thema im Rahmen der Mikro- und Kleinunternehmen zu regeln. Die Vermeidung der Haftung der Angel Investoren und die Erlaubnis, den Status von Mikro- bzw. Kleinunternehmen zu behalten und dadurch nach dem Simplex-Regime besteuert zu werden, bedeuten positive Maßnahmen für die Förderung solcher Investitionen in Start-ups und anderen kleinen innovativen Geschäften.

Allerdings sind viele Fragen noch ungeklärt und können Unsicherheiten mit sich bringen.

Es ist auch zu erwähnen, dass andere Unternehmen, die sich nicht in das Mikro- oder Kleinunternehmenregime eingliedern, auch Kapital von Angel Investoren erhalten dürfen, wofür aber andere Rechtsformen zu benutzen sind, da solche Investitionen nicht von dem ergänzenden Gesetz Nr. 155/2016 geregelt werden.

Die beteiligten Parteien sollten auf jeden Fall zu ihrem eigenen Schutz und zur Ausübung ihrer Rechte einen detaillierten Beteiligungsvertrag verhandeln und abschließen, damit die Investition und die Geschäfte prosperieren.

## Brazilian Federal Revenue amends lists of Low-Tax Jurisdictions (LTJ) and Privileged Tax Regimes (PTR)

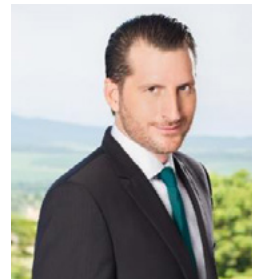
Originally issued by the Brazilian authorities in 2010 through Normative Instruction 1.037, the lists of low-tax jurisdictions (LTJ or black-listed jurisdictions) and privileged tax regimes (PTR or gray-listed entities) are constantly amended, with countries and corporate types being included, excluded and suspended from such lists.

Recently, the Brazilian Federal Revenue published Normative Instruction 1.658 on 13 September 13 2016, amending such lists, by including Curacao, Saint Martin and Ireland to the LTJ list and holding companies in Austria to the PTR list and excluding the Dutch Antilles and St. Kitts and Nevis from the LTJ list.

The addition of a jurisdiction or a corporate type to the LTJ or PTR list may trigger some adverse tax consequences in Brazil, such as:

- **Potential Higher Withholding Income Tax Rate:** Remittances to an LTJ entity are generally subject to a higher withholding income tax rate of 25%, instead of the general 15% rate (regularly it does not apply to payments to an entity under a PTR).
- **Transfer Pricing:** Transactions performed by a Brazilian company with an entity located in a LTJ or considered to be under a PTR are subject to the Brazilian transfer pricing rules, irrespective of the corporate structure.
- **Thin Capitalization Rules:** Stricter thin capitalization rules will apply when a debt is contracted by a Brazilian company with a LTJ or PTR entity – instead of the general ratio of 2:1, the maximum allowed debt-to-equity ratio is only 0.3:1.
- **Contamination for Consolidation Purposes:** Having a LTJ or PTR entity in a Brazilian headquartered group (or as intermediary holding company) may affect the outcome of Brazil's tax on foreign profits, as the LTJ or PTR entity and its direct and indirect subsidiaries will not be entitled to participate in a consolidation when the Brazilian parent calculates its foreign profits.
- **Support Documentation:** Additional support documentation will be required for ensuring the deductibility of expenses at the level of the Brazilian payer, for instance proof of its operational capacity and identification of the actual beneficiary.

Moreover, the Normative Instruction 1.658 also provided guidance and elements to be used on the determination of holding company with "substantial economic activity" for the purposes of the PTR list. Nevertheless, the definition is rather ab-



**Philipp Klose-Morero**  
Head of Rödl & Partner Brazil  
[philipp.klose-morero@roedl.pro](mailto:philipp.klose-morero@roedl.pro)  
T (+55) 11 5094 6060



**Michael Löb**  
Head of Tax & Business Advisory,  
Rödl & Partner São Paulo  
[michael.loeb@roedl.pro](mailto:michael.loeb@roedl.pro)  
T (+55) 11 5094 6060



**Karen Steuer**  
International Tax Manager, Rödl &  
Partner São Paulo  
[karen.steuer@roedl.pro](mailto:karen.steuer@roedl.pro)  
T (+55) 11 5094 6073

**Rödl & Partner\***  
Av. Portugal, 38 (Brooklin)  
04559-000 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 5094 6060  
[www.roedl.de](http://www.roedl.de)

**Rödl & Partner**

**Rödl & Partner\***

Av. Portugal, 38 (Brooklin)  
04559-000 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 5094 6060  
[www.roedl.de](http://www.roedl.de)

**Rödl & Partner**

stract as it lacks of clear and objective measures which may lead to discretion of tax authorities to include entities, other than pure holdings, in the conception of holding company and include it as a PTR for Brazilian tax purposes.

Formerly, the amendments would have retroactive effects as it would be effective as of August 1st 2016, however, on 19 September 2016, the Brazilian Federal Revenue amended Normative Instruction 1.658/16, by changing the effective date for the lists and rules on LTJ and PTR to October 1st 2016.

\* Autor der Publikation *So geht's Besteuerung von Unternehmen in Brasilien*

## Verfassungsgericht zur ICMS-ST: Steuerzahler haben Anspruch auf Erstattung von im Voraus gezahlter ICMS

Das brasilianische Verfassungsgericht (STF) hat am 19. Oktober 2016 über die Verfassungsbeschwerde Nr. 593849 (RE 593849-MG) entschieden und kam zu folgendem Urteil: Unternehmen, die die Mehrwertsteuer ICMS nach dem Substitutionsprinzip (ICMS-ST) zahlen müssen, haben ein Recht auf Erstattung von zu viel gezahlten Beträgen. Danach hat der Steuerzahler Recht auf Erstattung der im Voraus bezahlten ICMS, wenn der tatsächliche Wert am Ende der Wirtschaftskette niedriger ist als der vermutete Wert, der gemäß der Gesetzgebung vorausgesetzt wurde.

Die ICMS ist eine Mehrwertsteuer, die von den brasilianischen Bundesstaaten erhoben wird auf den Verkauf von Gütern, Strom und einige Dienstleistungen (Telekommunikation und Transport). Insbesondere beim Kauf von Gütern haben die Bundesstaaten ein System entwickelt, in dem sie die ICMS auf alle folgenden Verkäufe von einem einzigen Steuerpflichtigen erheben. Im Allgemeinen ist das der Hersteller oder der Importeur. Das ist das sogenannte Steuersubstitutionssystem (substituição tributária, ICMS-ST).

So zahlen Hersteller oder Importeur die ICMS-ST, und die Steuerbehörden des Bundesstaats müssen nur Hersteller oder Importeur überprüfen, nicht alle Player entlang der Vertriebswege. Zur Erhebung der ICMS-ST treffen die Steuerbehörden eine „Voraussage“ zum Endverbraucherpreis der Güter (durch Marktstudien und/oder anhand von Informationen der Player). Dann sind Hersteller oder Importeur verantwortlich dafür, die ICMS, die auf die später folgenden Transaktionen – also auf die vermuteten Steuertatbestände – anfällt, einzubehalten und zu zahlen.

Dabei stellt sich die Frage, ob die Steuerzahler ein Recht auf Erstattung der zu viel gezahlten ICMS-ST hat, wenn die Steuerbehörden einen Endverbraucherpreis (Bemessungsgrundlage der ICMS-ST) „voraussagen“, der höher ist als der tatsächliche Preis, der später für die Güter erzielt wird.

Laut Gesetz sollte die ICMS-Bemessungsgrundlage den Wert der kommerziellen Transaktion widerspiegeln. Deshalb sollte dieser Betrag zum Zeitpunkt des Steuertatbestands festgestellt werden, also dann, wenn die Güter den Betrieb des Steuerzahlers verlassen, und zwar unabhängig von der Art der Transaktion.



**Vinicius Jucá Alves**  
Partner  
[vjuca@tozzinifreire.com.br](mailto:vjuca@tozzinifreire.com.br)



**Gustavo Pagliuso Machado**  
Senior Associate  
[gmachado@tozzinifreire.com.br](mailto:gmachado@tozzinifreire.com.br)

**TozziniFreire Advogados**  
R. Borges Lagoa, 1328  
04038-904 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 5086-5000  
[www.tozzinifreire.com.br](http://www.tozzinifreire.com.br)

**TOZZINIFREIRE**  
A D V O G A D O S



**TozziniFreire Advogados**  
R. Borges Lagoa, 1328  
04038-904 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 5086-5000  
[www.tozzinifreire.com.br](http://www.tozzinifreire.com.br)



Außerdem ist gesetzlich vorgesehen, dass die Bemessungsgrundlage der ICMS-ST der Summe entspricht von (i) dem Betrag der Transaktion, die durch den vertretenden Steuerzahler durchgeführt wurde, (ii) der Wertschöpfungsmarge (MVA) der folgenden Transaktionen und (iii) dem Höchstpreis, falls dieser von einer zuständigen Behörde festgelegt wurde; oder dem von Hersteller oder Importeur empfohlenen Endverbraucherpreis. Die MVA ist im Allgemeinen gesetzlich vorgegeben, auf Grundlage von Marktstudien.

Mit diesem Urteil hat das Verfassungsgericht seine Auffassung entscheidend verändert. Bei der Klage auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit (ADI) Nr. 1851-AL hatte das Verfassungsgericht entschieden, dass die Bundesstaaten nicht verpflichtet sind, zu viel gezahlte ICMS zurückzuerstatten, selbst wenn letztlich festgestellt wird, dass die vermutete Bemessungsgrundlage höher war als die tatsächliche.

Bezüglich der Verfassungsbeschwerde urteilte das **Verfassungsgericht im Oktober, dass der Steuerzahler einen Anspruch hat auf die Differenz zwischen der im Voraus gezahlten Steuer und der Steuer, die zum Zeitpunkt des Verkaufs tatsächlich anfällt.**

Das Urteil greift also in Fällen, in denen der im Voraus gezahlte Betrag höher ist als der Betrag, den die Steuerzahler eigentlich hätten zahlen sollen. Das kann z.B. passieren, wenn der Markt rückläufig ist und die Gewinnmarge der an der Vertriebskette Beteiligten niedriger ist, als es ursprünglich als vermutete Bemessungsgrundlage berechnet wurde.

Das Prinzip der Steuersubstitution bei der ICMS wurde entwickelt, um Steuerhinterziehung zu vermeiden. So wurde sichergestellt, dass die ICMS auf den gesamten Wirtschaftskreislauf von Gütern gezahlt wurde, und zwar in einer angemessenen Höhe. Außerdem sollten die Wettbewerbsbedingungen zwischen Steuerhinterziehern und gewissenhaften Steuerzahlern angeglichen werden.

In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass die Verwaltung die vermuteten Margen höher ansetzt, als diese bei den tatsächlich erhobenen Preisen sind. Eine Nebenwirkung der ICMS-ST besteht deshalb darin, dass die Produktpreise für die Endverbraucher steigen.

Im Urteil vom Oktober hat das Plenum des STF entschieden, dass auch die Bundesstaaten einen Anspruch auf Erstattung haben. Die Steuerbehörden könnten also ungezahlte ICMS-Beträge einfordern, wenn der Steuerzahler im Voraus einen Betrag gezahlt hat, der unter dem lag, der nach Eintreten des Steuertatbestands zu berechnen war.

Außerdem hat der berichterstattende Richter vorgeschlagen, dass die Entscheidung nur bei bereits laufenden oder zukünftigen Gerichtsverfahren finden soll. Unternehmen, die in der Vergangenheit zu viel ICMS einbehalten haben, sollen also keinen Anspruch auf Erstattung haben, falls das endgültige Urteil diese Position bestätigt.

Für gleich oder ähnlich gelagerte Fälle formulierte das STF: „Eine Erstattung zu viel gezahlter ICMS bei Zahlung nach dem Steuersubstitutionsprinzip ist fällig, wenn die Bemessungsgrundlage der tatsächlichen Transaktion niedriger ist als die vermutete Grundlage.“

**TozziniFreire Advogados**  
R. Borges Lagoa, 1328  
04038-904 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 5086-5000  
[www.tozzinifreire.com.br](http://www.tozzinifreire.com.br)





**Luís Eduardo Queiroz**  
equeiroz@zilveti.com.br

**Zilveti Advogados**  
Av. Angélica, 2447 – 18o andar  
01227-200 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3254 5500  
F (+55) 11 3254 5501  
[www.zilveti.com.br](http://www.zilveti.com.br)

**Zilveti** ADVOGADOS

## Tax consequences of the import of services by Brazilian entities from jurisdictions with double taxation treaties

To grow nowadays, a corporation must face the expansion of its business into many different countries as a multinational. As businesses around the world for multinational companies are more recurrent every year, several implications arise at every new country the multinational starts its business.

Multinational companies often elect one jurisdiction to be responsible for the management of the group or to provide a specific service to other entities of the group in order to benefit from gains of scale and several advantages deriving from transactions made with third parties on behalf of the whole group.

Besides the provision of services by multinational companies within the group, in a globalized world many companies are also doing so in foreign countries, and this expansion end up creating many tax implications in each of those countries.

Therefore, worldwide agreements regarding tax policies are crucial for businesses to flow among countries. Double taxation treaties are intended to eliminate double taxation in order to encourage foreign investments and transactions. The benefit of such treaties is to grant either exemptions/deductions, or taxations at reduced rates on certain incomes such as interests, royalties, dividends, capital gains and others.

Even though such treaties are previously discussed bilateral agreements, it can be overridden by a new law, a judicial rule or even an hermeneutic act by the agreeing parties.

### *Double Taxation Treaties and the payment of services*

Brazil has signed its first bilateral agreement to avoid double taxation in 1967 and currently holds treaties with more than 30 countries. Most of the treaties signed by Brazil provide special treatment to withholding income tax (WHT) levied on payments of services abroad.

In general, the remittances related to the payment of services (with no transfer of technology) should be comprised in the scope of the treaty's article 7, as being a "Business Profit" of the legal entity abroad. It means that the amount remitted abroad to pay for the provision of services would be taxable only once and abroad (in the the service provider's jurisdiction).

However, there are discussions whether this payment would fall under article 7 (business profit), article 12 (royalties) or article 14 (independent professional services) in Brazil, as:

- Under article 12: WHT would be triggered since the remittance will be characterized as a payment of royalties.
- Under article 7: No WHT would be triggered since the remittance would be a business profit of a company abroad.
- Under article 14: WHT would be triggered since the remittance will be characterized as a payment of independent professional services.

The Brazilian Federal Revenue (BFR) issued an Interpretative Act in 2014 (ADI 5/2014) stating the treatment applicable to income that is paid, credited, delivered or remitted by Brazilian entities to non-resident individuals or legal entities in consideration for technical services and/or technical assistance when the service is provided by a jurisdiction with a signed treaty.

Instead of clarifying the application of tax treaties, BFR concluded that the withholding income tax will be due in Brazil, if the treaty comprises payments related to technical services or technical assistance in its protocol as royalties under Article 12, or as payments to independent service professionals under Article 14, regardless whether the technical services or technical assistance includes the transfer of technology or know-how.

According to the ADI, only if neither article 12 nor article 14 applies, the payments would be qualified as business profits under Article 7 and it would be not subject to withholding tax.

However, this interpretation differs from the domestic doctrine and from the commentaries of OECD, since the services comprised in the treaty's protocol are related only with services involving the transfer of technology or know-how.

According to OECD's commentaries, only services involving transfers of technology or transfers of know-how are comprised by the protocol of the treaty's article 12. OECD provides that the payments made under contracts for the provision of services (with no transfer of technology or know-how) must fall under article 7; in this case, "the supplier undertakes to perform services which may require the use, by that supplier, of special knowledge, skill and expertise, but not transfer of such special knowledge, skill or expertise to the other party".

In 2014, BFR issued a Normative Instruction providing a concept of technical services as being "the services which execution either rely on specialized technical knowledge, involve administrative assistance or consulting services performed by independent professionals or companies, or rely on automated means with clear technological content" ( Normative Instruction 1.455/2014).

Taking into account that this interpretation of services, technical services with no transfer of technology or know-how are not related to the technical services or technical assistance of some treaties' protocols, thus it should be treated as a business profit of a Company abroad, falling under article 7 of the treaties, and consequently, no WHT would be levied on the respective remittances.

**Zilveti Advogados**  
Av. Angélica, 2447 – 18o andar  
01227-200 - São Paulo - SP/Brasil  
T (+55) 11 3254 5500  
F (+55) 11 3254 5501  
[www.zilveti.com.br](http://www.zilveti.com.br)

**Zilveti** ADVOGADOS



**José Carlos Berardo**  
zeca.berardo@lefosse.com  
T (+55) 11 3024 6244



**Monique Guzzo**  
monique.guzzo@lefosse.com  
T (+55) 11 3024 6278

**Lefosse Advogados**  
R. Tabapuã, 1227 – 14th floor  
04533-014 São Paulo – SP  
Av. Pres. Wilson, 231 office 2703  
20030-905 Rio de Janeiro – RJ  
T (+55) 11 3024 6100  
[www.lefosse.com](http://www.lefosse.com)

**LEFOSSE**  
ADVOCADOS

## Brazil passes law that changes rules for the power sector

On Nov 18, 2016, the Federal Government passed Provisional Measure (*Medida Provisória*) no. 735 into Law no. 13,360, modifying more than 16 laws regulating the local power sector<sup>1</sup>.

Following a number of vetoes from the President, the main changes provided for by Law no. 13,360 are the following:

### 1 Changes to privatization processes

1.1 The Law allows the Government to transfer the control of state-owned power companies to private parties for a period of 30 years. This includes federal, state and city companies, pursuant to the following rules:

(ii) *Period*: Public tenders, as auctions or competitive bids, must take place until Feb 28, 2018 and the transfer of control must take place until Jun 30, 2018;

(ii) *Best offers*: Companies sold within five years might have additional time limits for meeting goals previously set for their respective concessions. This means that the Government may establish new dates for obligations undertaken under the concession agreements to make them compatible with the transfer to the new controlling shareholders. New universalization goals may also be adopted in the same context;

(iii) *Change to the bidding process*: the Government may also modify the bidding process, allowing the qualification and decision phases to be inverted. For the Ministry of Mining and Energy, this will help the sale of *Eletrobrás* power distribution companies as *Celg-D* (from the State of Goiás);

(iv) *Employment protection*: the new controlling shareholders will have to maintain, for at least two years, at least 90% of the total number of the employees of the privatized companies.

### 2 Changes to the management and sharing of the quotas of the Energetic Development Account (*Conta de Desenvolvimento Energético* or CDE)

2.1 The Federal Government must submit until Dec 31, 2017 a plan to structurally reduce the expenses of the CDE. The law sets forth a staggered approach for the payment of the CDE as of 2017, so as to allow that, until 2030, the sharing of such expenses be proportional to the energy consumption. The Law also provides for the exemption of the CDE in the electricity bills of qualified low income consumers.

### 3 Transfer of the Management of the Social Funds

3.1 The Law sets forth that the management of the costs of the power sector be transferred from *Eletrobrás*, a state-owned company, to the Electric Energy Trading Chamber (*Câmara de Comercialização de Energia Elétrica* or CCEE), a private association of all industry players. This means that from May 1, 2017 on, the funds of the CDE, the Fuel Consumption Account (*Conta de Consumo de Combustíveis* or CCC) and the Global Reversion Reserve (*Reserva Global de Reversão* or RGR) will be managed by the CCEE.

### 4 Exclusion of liability in case of delays of commercial operation

4.1 The Law sets forth that private parties may claim that force majeure events, as strikes, court and government orders, as relief from performance and timing obligations, as long as ANEEL, the regulator, recognizes the party did not give cause to the event and the latter causes the delay in commercial operation.

4.2 Once the regulator acknowledges the event excluding liability, private parties will have a right to extend the concession agreement and, in case they sold energy in the controlled market, the government will assure such sale.

### 5 Power distribution companies may sell excess energy

5.1 Power distribution companies are now allowed to sell energy in case they acquired excess capacity according to its demand.

Full text of the Law no. 13,360 can be found at  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13360.htm)

Our team is available to discuss these topics and provide further clarifications if necessary.

**Lefosse Advogados**  
R. Tabapuã, 1227 – 14th floor  
04533-014 São Paulo – SP  
Av. Pres. Wilson, 231 office 2703  
20030-905 Rio de Janeiro – RJ  
T (+55) 11 3024 6100  
[www.lefosse.com](http://www.lefosse.com)

**LEFOSSE**  
ADVOCADOS

<sup>1</sup> Laws no. 5,655/1971, 7,990/1989, 9,074/1995, 9,427/1996, 9,491/1997, 9,648/1998, 10,438/2002, 10,848/2004, 11,488/2007, 11,909/2009, 12,111/2009, 12,767/2012, 12,783/2013, 13,169/2015, 13,203/2015, and 13,334/2016.



Alle Inhalte dieses Newsletters obliegen der Verantwortung der jeweiligen Autoren und wurden von diesen sorgfältig recherchiert.

Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernimmt die Deutsch-Brasilianische Industrie- und Handelskammer keine Gewähr.

**Deutsch-Brasilianische Industrie- und Handelskammer São Paulo**

Rua Verbo Divino, 1488 - 3º andar  
04719-904 São Paulo - SP - Brasilien  
**T** (0055 11) 5187-5216  
**F** (0055 11) 5181-7013  
**E** [juridico@ahkbrasil.com](mailto:juridico@ahkbrasil.com)

[www.ahkbrasil.com](http://www.ahkbrasil.com)