

## ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

### ACÓRDÃO DO TJCE CASO MARKS & SPENCER

#### 1. SUMÁRIO DO ACÓRDÃO ANALISADO

**Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 13 de Dezembro de 2005.  
Caso C – 446/03**

*Os artigos 43.º CE e 48.º CE não se opõem, no estado actual do direito comunitário, a uma legislação de um Estado-Membro que impede de um modo geral uma sociedade-mãe residente de deduzir do seu lucro tributável os prejuízos sofridos noutra Estado-Membro por filiais aí estabelecidas, quando essa dedução é admissível relativamente aos prejuízos sofridos por filiais residentes. No entanto, é contrário aos artigos 43.º CE e 48.º CE excluir uma sociedade-mãe residente dessa possibilidade nos casos em que, por um lado, a filial não residente esgotou as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência para o exercício fiscal relativo ao pedido de dedução bem como para os exercícios fiscais anteriores e, por outro, não haja possibilidade de dedução desses prejuízos no seu Estado de residência a título dos exercícios futuros, nem por si própria nem por um terceiro, nomeadamente no caso de a filial ser cedida a esse terceiro.*

#### 2. ANÁLISE

O presente acórdão incide sobre as disposições constante no Tratado da Comunidade Europeia relativas à liberdade de estabelecimento e o regime fiscal vigente no Reino Unido aplicável aos grupos de sociedade, designadamente no que concerne à transmissibilidade dos prejuízos fiscais entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

## **Factos**

A Marks & Spenser, sociedade constituída e registada em Inglaterra e no País de Gales, é a sociedade-mãe de várias filiais e sucursais espalhadas por diversos países na União Europeia, tendo iniciado a sua internacionalização em 1975 com a abertura de um estabelecimento em França, e detendo, no final dos anos 90, pontos de venda em mais de 36 países.

No mês de Março de 2001, a Marks & Spencer anunciou a cessação das suas actividades no continente europeu e requereu, ao abrigo de uma disposição da lei fiscal britânica, a dedução na sua esfera dos prejuízos gerados pelas suas filiais estabelecidas na Bélgica, Alemanha e França, no decurso dos exercícios de 1999, 2000 e 2001.

As referidas filiais tinham exercido a sua actividade nos Estados-Membros acima mencionados e não possuíam um estabelecimento estável no Reino Unido não tinham aí exercido qualquer actividade económica.

O pedido de dedução dos prejuízos acima referido foi indeferido pela Administração Fiscal Britânica, com fundamento no facto da dedução em apreço apenas ser possível relativamente aos prejuízos registados no Reino Unido.

A Marks & Spencer interpôs recurso desta decisão na “*High Court of Justice*” que, por sua vez, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Tribunal Europeu) a questão em apreço.

### **A legislação fiscal vigente no Reino Unido**

À semelhança do que acontece ao abrigo do regime fiscal Português, as sociedades residentes para efeitos fiscais no Reino Unido são tributadas pelo conjunto dos seus rendimentos obtidos a nível global, pelo que os resultados obtidos pelas suas sucursais ou estabelecimentos estáveis situados no estrangeiro

concorrem para a formação do seu lucro tributável. No entanto, para evitar uma eventual dupla tributação, é-lhes atribuído um crédito de imposto no valor dos impostos pagos pelos lucros realizados no estrangeiro.

No que concerne à tributação dos grupos de sociedades, agora ao contrário do regime fiscal Português, o regime vigente no Reino Unido não contempla o princípio da consolidação fiscal dos resultados das sociedades pertencentes ao mesmo grupo e segue o princípio da personalidade fiscal. Este princípio, no entanto, comporta uma exceção importante, na figura do regime especial de tratamento dos prejuízos de grupo.

Este regime especial – o chamado “*group relief*” – permite que qualquer sociedade pertencente a um grupo (denominada de “sociedade cedente”) ceda os seus prejuízos a outra sociedade que pertença ao mesmo grupo e que reclame a dedução (denominada de “sociedade reclamante”), para que esta os possa deduzir ao seu lucro tributável. Na sequência da cessão, a sociedade cedente perde o direito de utilizar os prejuízos cedidos para efeitos fiscais na sua esfera individual (não os podendo reportar a exercícios futuros).

Por força da jurisprudência comunitária, este regime foi alterado por forma a que tal dedução possa ser igualmente concedida às sociedades não residentes que exerçam uma actividade comercial no Reino Unido através de uma sucursal ou estabelecimento estável. No entanto, o regime continuou vedado às sociedades não residentes que não exerçam actividade económica no Reino Unido, tal como acontece com as filiais da Marks & Spencer.

Ora, é precisamente este ponto que foi discutido no presente acórdão: saber se uma legislação de um Estado-Membro que impede uma sociedade-mãe residente de deduzir ao seu lucro tributável os prejuízos sofridos noutros Estados-Membros por filiais estabelecidas nesses Estados, quando tal dedução é admissível relativamente aos prejuízos fiscais sofridos por filiais residentes, está ou não em contradição com o disposto nos artigos 43.º e 48.º do Tratado da Comunidade Europeia (CE), os quais consubstanciam a liberdade de estabelecimento de sociedades nos diversos Estados-Membros.

## O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL EUROPEU E SUAS IMPLICAÇÕES

No âmbito da presente análise, não nos pronunciaremos sobre os fundamentos da decisão do Tribunal Europeu, que versam sobre os artigos 43.º e 48.º do Tratado da Comunidade Europeia (CE), e concentraremos a nossa atenção na decisão e nas repercussões que a mesma poderá implicar ao nível da legislação fiscal portuguesa.

Na questão em apreço, o Tribunal Europeu considerou que a existência de um regime de dedução de prejuízos fiscais entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo, que impeça uma sociedade-mãe de deduzir ao seu lucro tributável os prejuízos fiscais apurados pela suas filiais residentes no estrangeiro, é compatível com as normas do Direito Comunitário. No entanto, aquele regime é contrário à liberdade de estabelecimento (consagrada nos artigos 43.º e 48.º da CE) se excluir a possibilidade de a sociedade-mãe residente deduzir ao seu lucro tributável os prejuízos sofridos pelas filiais não residentes, quando aquelas demonstrarem que esses prejuízos não foram nem podem ser deduzidos no Estado de residência das referidas filiais.

Considerou então o Tribunal Europeu que as disposições que excluam o direito à dedução dos prejuízos fiscais apurados pela filiais residentes noutros Estados-Membros pela sociedade-mãe residente são contrárias ao disposto no artigos 43.º e 48.º do Tratado da Comunidade Europeia quando se verificarem as seguintes condições:

- a filial não residente tiver esgotado as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência para o exercício fiscal relativo ao pedido de dedução bem como para exercícios fiscais anteriores, eventualmente através da transferência desses prejuízos para um terceiro ou da imputação dos referidos prejuízos nos lucros obtidos pela filial no decurso de exercícios anteriores; e
- não haja possibilidade de dedução dos prejuízos da filial estrangeira no seu Estado de residência a título dos exercícios futuros, nem por si própria nem por um terceiro, nomeadamente no caso de a filial ser cedida a esse terceiro.

Parece-nos ainda importante referir que, na sua decisão, o Tribunal Europeu fez referência à necessidade de criação de normas harmonizadoras de Direito Comunitário que permitam a aplicação uniforme deste entendimento, bem como reiterou a liberdade dos Estados-Membros na adopção de medidas restritivas à aplicação do regime em apreço com intuítos meramente evasivos.

No que a esta matéria diz respeito, a legislação fiscal portuguesa, concretamente o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), contempla um regime especial de tributação aplicável aos grupos de sociedades, o qual prevê a consolidação fiscal dos resultados apurados por empresas que compõem o mesmo grupo económico.

Quer isto dizer que o lucro tributável do grupo é apurado pela sociedade dominante através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados individualmente pelas sociedades que compõem o grupo, o que permite que os prejuízos gerados na esfera de uma sociedade do grupo sejam deduzidos ao lucro tributável apurado por outra sociedade pertencente ao mesmo grupo.

No entanto, a aplicação deste regime está sujeito à verificação de vários pressupostos, um dos quais que todas as sociedades que compõem o grupo tenham “*sede e direcção efectiva em território português*”.

Conclui-se, assim, que também a legislação portuguesa não permite a dedução na esfera da sociedade-mãe residente em território português dos prejuízos gerados pelas filiais não residentes, já que o regime especial de tributação aplicável aos grupos de sociedades vigente na legislação portuguesa aplicável não abrange as sociedades não residentes.

Tendo em conta o teor do acórdão em análise, é legítimo perguntar se o regime fiscal português não violará o Direito Comunitário, na medida em que impede que uma casa-mãe com sede em território português deduza ao lucro tributável do grupo os prejuízos incorridos por uma sua filial não residente, quando tal filial tiver esgotado as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência e não haja possibilidade de dedução desses prejuízos a título dos exercícios futuros. E, à luz

desta jurisprudência do Tribunal Europeu, é lícito concluir que o impedimento acima mencionado viola efectivamente os artigos 43.º e 48.º CE.

Nestes termos, não deverá restar outra alternativa ao legislador português que não seja a revisão do regime especial de tributação aplicável aos grupos de sociedades ou a criação de um mecanismo próprio que permita a dedução dos prejuízos incorridos por filiais não residentes nas circunstâncias acima referidas.

Sobre esta matéria, é de referir que o próprio Tribunal Europeu, consciente da relevância desta decisão e das suas implicações nos diversos Estados-Membros, reconheceu a necessidade de regras de harmonização a adoptar pelo legislador comunitário.

No que concerne ao impacto desta decisão no tecido empresarial português, em nossa opinião, o mesmo deverá ser considerado positivo, pois poderá encorajar processos de internacionalização das empresas nacionais. De facto, a perspectiva de poder deduzir eventuais prejuízos fiscais gerados na esfera das suas filiais a operar noutros Estados-Membros ao lucro tributável da sociedade-mãe, poderá ser um factor contributivo para uma maior aposta das empresas portuguesas em outros mercados, na medida em que permitirá reduzir o risco inerente aos investimentos no exterior.

Tendo em conta os efeitos positivos acima mencionados, entendemos que a jurisprudência do Tribunal Europeu ora em análise deverá ser encarada pelo legislador nacional como uma oportunidade e não como uma ameaça.

Com efeito, ao invés de ir a reboque das alterações que o presente acórdão decerto fomentará no espaço Europeu, retardando ao máximo as necessárias modificações à lei fiscal, consideramos que o legislador nacional deverá proceder a uma rápida alteração da lei por forma a incorporar expressamente a doutrina agora preconizada pelo Tribunal Europeu. Isto porque o efeito encorajador produzido pelo acórdão será perdido caso as empresas nacionais necessitem de recorrer àquele Tribunal contra o Estado Português para efectivar a dedução dos acima referidos prejuízos. Pelo contrário, uma rápida implementação destas alterações, para além de prevenir inúmeros litígios judiciais com a Administração



Tributária, possibilitará que as empresas nacionais contem com este “incentivo” ao investimento no exterior aquando das suas decisões estratégicas.

