CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT apresentadas em 25 de Março de 2010 [1]

I — Introdução

1. Na presente acção por incumprimento, a Comissão acusa a República Portuguesa de tributar os juros obtidos em Portugal por instituições financeiras não residentes de uma forma mais gravosa do que os juros obtidos em Portugal por instituições financeiras residentes. Os pagamentos transfronteiriços de juros estão sujeitos a retenção na fonte a uma taxa que vai até 20%, que incide sobre os rendimentos ilíquidos. Os custos de refinanciamento associados à concessão dos empréstimos não podem ser deduzidos. Ao invés, no caso dos beneficiários residentes, o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas incide apenas sobre os rendimentos líquidos à taxa de 25%.

2. Desta forma, Portugal viola, na opinião da Comissão, a livre prestação de serviços e a livre circulação de capitais, que são garantidas no Tratado CE e no Acordo de 2 de Maio de 1992 sobre o Espaço Económico Europeu (Acordo EEE) [2].

3. A República Portuguesa defende-se principalmente com o argumento de que a Comissão não demonstrou efectivamente que as instituições financeiras não residentes são tributadas de uma forma mais gravosa. A título subsidiário, alega que as instituições financeiras não residentes e as instituições financeiras residentes não se encontram numa situação comparável. Os mutuantes não residentes são tributados em Portugal apenas sobre os juros obtidos neste país. Por esta razão, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça [3], o Estado da fonte também só deve ter em conta as despesas directamente relacionadas com a actividade económica exercida neste Estado. Todavia, os custos de refinanciamento não podem ser imputados a empréstimos concretos. Por conseguinte, não é possível apurar as despesas directamente relacionadas com os juros obtidos em Portugal por bancos não residentes.

4. Ao invés, no caso dos sujeitos passivos residentes, é possível apurar sem dificuldades os rendimentos líquidos. Dado que estes sujeitos passivos são tributados em Portugal

1 — Língua original: alemão.

2 — JO 1994, L 1, p. 3.

3 — V. acórdãos de 12 de Junho de 2003, Gerritse (C-234/01, Colect., p. I-5933, n.º 27); de 6 de Julho de 2006, Conijn (C-346/04, Colect., p. I-6137, n.º 20); de 3 de Outubro de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, Colect., p. I-9461, n.º 52); de 15 de Fevereiro de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, Colect., p. I-1425, n.ºs 23 a 25); e de 11 de Setembro de 2008, Eckelkamp e o. (C-11/07, Colect., p. I-6845, n.º 50).

sobre os seus rendimentos globais, podem deduzir destes rendimentos todas as despesas em que incorreram para a sua obtenção, sem que as despesas tenham de ser imputadas a determinados rendimentos.

5. A Comissão considera que o presente processo é um processo-piloto e parte do princípio de que outros Estados-Membros também tributam os juros obtidos por bancos não residentes de acordo com regras semelhantes, que seguem a convenção fiscal-modelo para evitar a dupla tributação no domínio dos impostos sobre o rendimento e o património, elaborada pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económicos (a seguir «Convenção-Modelo da OCDE»).

6. O Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou especificamente sobre a tributação, no Estado da fonte, de pagamentos transfronteiriços de juros, mas apenas sobre a tributação das distribuições transfronteiriças de dividendos. Refira-se, quando muito, o acórdão Truck Center [4], relativo a pagamentos de juros entre empresas associadas. Actualmente, esses pagamentos de juros devem ser isentos de retenção na fonte, por força da Directiva 2003/49/CE [5]. A tributação de pagamentos de juros efectuados a pessoas singulares não residentes também é regulada pelo direito da União [6]. Ao invés, não há normas de direito secundário sobre o tratamento fiscal que deve ser dado aos pagamentos de juros a instituições financeiras com sede noutro Estado-Membro que não estejam associadas ao devedor.

II — Quadro jurídico

7. Os artigos 49.º CE e 56.º CE, que garantem, respectivamente, a livre prestação de serviços e a livre circulação de capitais, constituem o quadro jurídico comunitário do presente processo. Os artigos 36.º e 40.º do Acordo EEE, que também são invocados, são essencialmente idênticos às referidas disposições do Tratado CE.

8. Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas português [7] (a seguir «CIRC»), as pessoas colectivas e outras entidades que não tenham sede em território português ficam sujeitas ao imposto apenas quanto aos rendimentos nele obtidos. De acordo com o

4 — Acórdão de 22 de Dezembro de 2008 (C-282/07, Colect., p. I-10767).

5 — Directiva do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efectuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes (JO L 157, p. 49).

6 — Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros (JO L 157, p. 38).

7 — Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro de 1988, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 211/2005, de 7 de Dezembro de 2005, *Diário da República*, I série-A, n.º 234, de 7 de Dezembro de 2005.

artigo 4.º, n.º 3, alínea c), do CIRC, estão sujeitos ao imposto os seguintes rendimentos obtidos em Portugal por não residentes: os rendimentos derivados de aplicações de capitais cujo devedor tenha residência, sede ou direcção efectiva em território português ou cujo pagamento seja imputável a um estabelecimento estável nele situado.

9. Em conformidade com o artigo 88.º, n.ºs 1, 3, alínea b), e 5, do CIRC, sendo os beneficiários não residentes, o imposto é cobrado por retenção na fonte com carácter definitivo. Nos termos do artigo 80.º, n.º 2, alínea c), do CIRC, a taxa do imposto é de 20%. As convenções bilaterais destinadas a evitar a dupla tributação (a seguir «CDT») que Portugal celebrou com todos os Estados-Membros, com excepção de Chipre, e com todos os Estados parte no Acordo EEE, com excepção do Liechtenstein, estabelecem uma redução da taxa de retenção na fonte para 10%, 12% ou 15%. As CDT prevêem, em consonância com a Convenção-Modelo da OCDE, que a retenção na fonte é efectuada sobre os rendimentos ilíquidos do beneficiário não residente.

10. Ao invés, os rendimentos obtidos por beneficiários residentes estão sujeitos ao imposto sobre as sociedades à taxa normal de 25% (artigo 80.º, n.º 1, do CIRC). Todavia, no caso destes, o imposto só é cobrado sobre os rendimentos líquidos, isto é, sobre os rendimentos sob a forma de juros, após dedução das despesas suportadas para a sua obtenção, incluindo os custos de refinanciamento.

III — Fase pré-contenciosa e acção intentada

11. Na fase pré-contenciosa, que decorreu regularmente, a Comissão acusou a República Portuguesa de tributar os juros hipotecários e os juros de outros empréstimos pagos por devedores residentes a instituições financeiras noutro Estado-Membro ou noutro Estado parte no Acordo EEE, de uma forma mais gravosa do que os pagamentos de juros semelhantes a beneficiários residentes. Isto constitui uma violação dos artigos 49.º CE e 56.º CE, bem como das normas correspondentes do Acordo EEE. Não tendo a defesa apresentada pela República Portuguesa convencido a Comissão, esta intentou, em 6 de Março de 2008, a presente acção, na qual conclui pedindo ao Tribunal de Justiça que:

— Declare verificado que, ao tributar os pagamentos de juros ao exterior de uma forma mais gravosa do que o pagamento de juros efectuado a entidades residentes em território português, a República Portuguesa impõe restrições à prestação de serviços de crédito hipotecário e de outro crédito, pelo que não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 49.º CE e 56.º CE e dos artigos 36.º e 40.º do Acordo EEE;

— Condene a República Portuguesa nas despesas do processo.

12. A República Portuguesa conclui pedindo que a acção seja julgada improcedente e a Comissão condenada nas despesas.

13. Por despacho de 4 de Agosto de 2008, o presidente do Tribunal de Justiça admitiu a intervenção da República da Lituânia em apoio da posição da República Portuguesa.

IV — Apreciação jurídica

A — *Fundamento relativo à violação dos artigos 49.º CE e 56.º CE*

1. Liberdade fundamental aplicável

14. Segundo jurisprudência assente, para determinar qual é a liberdade fundamental em que se inscreve uma regulamentação nacional, deve ter-se em conta o objecto da regulamentação em causa [8].

15. Em conformidade com as regras controvertidas, todos os rendimentos de capitais obtidos por entidades estrangeiras estão sujeitos a retenção na fonte. Assim, de acordo com a sua redacção, essas regras também abrangem juros de empréstimos ou outros fluxos de capitais entre empresas que não tenham como principal objecto social a prestação de serviços financeiros.

16. No entanto, a acção da Comissão só tem por objecto o tratamento fiscal de juros obtidos por instituições financeiras em contrapartida de empréstimos por elas concedidos. Segundo jurisprudência assente, a actividade de concessão de crédito exercida por uma instituição financeira constitui uma prestação de serviços na acepção do artigo 49.º CE [9].

17. É verdade que, no âmbito dos serviços financeiros, o montante do empréstimo e os juros são transferidos de um Estado-Membro para outro. Estes fluxos financeiros transfronteiriços também constituem, fundamentalmente, operações de movimentos de capitais ou de pagamento. No entanto, só têm por finalidade a execução da operação de crédito, que constitui, no essencial, a prestação de um serviço.

18. Por conseguinte, no que se refere à aplicabilidade do artigo 56.º CE, importa observar que os eventuais efeitos restritivos das regras nacionais controvertidas sobre a livre circulação de capitais e a liberdade de pagamentos são apenas a consequência inevitável de eventuais restrições impostas à livre prestação de

8 — Acórdãos de 12 de Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Colect., p. I-7995, n.os 31 a 33); de 3 de Outubro de 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Colect., p. I-9521, n.os 34 e 44 a 49); e de 21 de Janeiro de 2010, SGI (C-311/08, Colect., p. I-487, n.º 25).

9 — Acórdãos de 14 de Novembro de 1995, Svensson e Gustavsson (C-484/93, Colect., p. I-3955, n.º 11); de 9 de Julho de 1997, Parodi (C-222/95, Colect., p. I-3899, n.º 17); e Fidium Finanz (já referido na nota 8, n.º 39).

serviços. Quando uma medida nacional diz simultaneamente respeito a várias liberdades fundamentais, o Tribunal de Justiça aprecia-a, em princípio, à luz de apenas uma dessas liberdades, se se revelar que, nas circunstâncias do caso concreto, as outras liberdades são totalmente secundárias relativamente à primeira e podem estar-lhe subordinadas [10].

19. Assim, as normas contestadas devem ser exclusivamente apreciadas à luz da livre prestação de serviços.

20. No acórdão Fidium Finanz, o Tribunal de Justiça também incluiu a concessão de crédito a título profissional principalmente no âmbito de aplicação da livre prestação de serviços. Considerou que esta liberdade prevalecia sobre a livre circulação de capitais, que era apenas afectada de forma reflexa, apesar de a Fidium Finanz, enquanto empresa de um Estado terceiro, só poder invocar esta última liberdade fundamental [11].

21. A Comissão defende que estas conclusões a respeito da relação entre a livre prestação de serviços e a livre circulação de capitais só são válidas no caso de uma empresa ter sede num Estado terceiro, o que não acontece no presente caso. O Tribunal de Justiça queria excluir que a limitação do âmbito de aplicação da livre prestação de serviços aos nacionais da União fosse contornada através de uma aplicação paralela da livre circulação de capitais.

22. A tese da Comissão é, porém, contrariada por numerosas decisões do Tribunal de Justiça que só dizem respeito a situações intracomunitárias e nas quais o Tribunal de Justiça apreciou o concurso entre várias liberdades fundamentais, da mesma maneira que no acórdão Fidium Finanz [12].

2. Restrição da livre circulação de serviços

23. Segundo jurisprudência assente, o artigo 49.º CE opõe-se à aplicação de qualquer legislação nacional que tenha por efeito tornar a prestação de serviços entre Estados-Membros

10 — Acórdãos Fidium Finanz (já referido na nota 8, n.º 34) e de 8 de Setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (C-42/07, Colect., p. I-7633, n.º 47).

11 — Acórdão Fidium Finanz (já referido na nota 8, n.os 47 a 49).

12 — V., designadamente, acórdãos Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (já referido na nota 8, n.º 33); de 18 de Julho de 2007, Oy AA (C-231/05, Colect., p. I-6373, n.º 24); de 17 de Setembro de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, Colect., p. I-8591, n.os 37 e 50); e SGI (já referido na nota 8, n.os 23 e segs.).

mais difícil que a prestação de serviços puramente interna a um Estado-Membro [13].

24. Considera-se estarmos na presença de uma restrição proibida pelo artigo 49.º CE, designadamente, quando as disposições fiscais de um Estado-Membro aplicáveis a actividades económicas transfronteiriças são menos vantajosas do que as aplicáveis a uma actividade económica exercida no interior das fronteiras desse Estado-Membro [14].

25. Além disso, a livre prestação de serviços implica a eliminação de toda e qualquer discriminação do prestador em razão da sua nacionalidade ou com fundamento no facto de se encontrar estabelecido num Estado-Membro diferente daquele em que a prestação é efectuada [15].

26. É pacífico entre as partes que os juros de fonte portuguesa são tratados de forma diferente, consoante o sujeito passivo esteja estabelecido em Portugal ou noutro Estado-Membro, ou num Estado parte no Acordo EEE.

27. Assim, a desigualdade de tratamento está directamente relacionada com a sede do sujeito passivo, a qual, no caso das sociedades, na acepção do artigo 48.º CE, serve para determinar — à semelhança da nacionalidade, no caso das pessoas singulares — a sua sujeição à ordem jurídica de um Estado-Membro [16]. Por conseguinte, há que examinar a seguir se as normas portuguesas controvertidas conduzem a uma discriminação proibida. Este seria o caso se o tratamento fiscal dos juros obtidos por instituições financeiras não residentes fosse menos favorável do que o dado a rendimentos semelhantes obtidos por residentes.

28. A Comissão alega, a este respeito, que a República Portuguesa acaba por tributar de uma forma mais gravosa os juros obtidos por instituições financeiras não residentes, dado que o imposto incide sobre o montante ilíquido desses juros, ao passo que, no caso dos residentes, a matéria colectável é composta pelos rendimentos líquidos. Os bancos apenas obtêm margens de lucro muito reduzidas no mercado europeu, que é muito transparente por causa da moeda única e às normas harmonizadas aplicáveis aos bancos. Por conseguinte, a matéria colectável diferente conduz a que os beneficiários não residentes tenham de suportar uma carga fiscal substancialmente mais elevada.

29. Esta relação é explicada pela Comissão através de um cálculo exemplificativo, no qual parte do princípio de que o lucro de uma instituição financeira corresponde a 10% dos rendimentos ilíquidos, pelo que, no caso de a taxa do imposto retido na fonte ser também de 10%, não sobra nenhum lucro após a cobrança do imposto.

13 — Acórdãos de 5 de Outubro de 1994, Comissão/França (C-381/93, Colect., p. I-5145, n.º 17); de 12 de Julho de 2001, Smits e Peerbooms (C-157/99, Colect., p. I-5473, n.º 61); de 18 de Dezembro de 2007, Jundt (C-281/06, Colect., p. I-12231, n.º 52); e de 19 de Novembro de 2009, Filipiak (C-314/08, Colect., p. I-11049, n.º 61).

14 — Acórdão Filipiak (já referido na nota 13, n.º 62).

15 — V., designadamente, acórdãos de 18 de Julho de 2007, Comissão/Alemanha (C-490/04, Colect., p. I-6095, n.º 83), e de 21 de Janeiro de 2010, Comissão/Alemanha (C-546/07, Colect., p. I-439, n.º 39).

16 — V., designadamente, acórdão Truck Center (já referido na nota 4, n.º 32).

30. O Governo português contesta que as instituições de crédito não residentes estejam sujeitas a uma tributação menos favorável do que as instituições residentes e alicerça também a sua tese num cálculo exemplificativo, no qual parte do princípio de que os custos da operação são inferiores e, portanto, que a margem de lucro é superior. O mesmo governo, apoiado pela República da Lituânia, acusa ainda a Comissão de não ter demonstrado efectivamente a existência de uma restrição e de se ter antes baseado apenas em presunções.

31. A relação existente entre a matéria colectável e a taxa do imposto é ilustrada pelo seguinte quadro, que também inclui os cálculos exemplificativos apresentados pela Comissão e pelo Governo português:

Montante ilíquido dos juros	Custos da operação	Rendimentos líquidos	Não residentes: taxa do imposto sobre os rendimentos ilíquidos			Residentes: taxa de 25% sobre os rendimentos líquidos
			10%-CDT	15%-CDT	20%-Inexistência de CDT	
10 000 €	0 €	10 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	2 500 €
10 000 €	1 000 €	9 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	2 250 €
10 000 €	2 000 €	8 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	2 000 €
10 000 €	3 000 €	7 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	1 750 €
10 000 €	4 000 €	6 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	1 500 €
10 000 €*	5 000 €	5 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	1 250 €
10 000 €	6 000 €	4 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	1 000 €
10 000 €	7 000 €	3 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	750 €
10 000 €	8 000 €	2 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	500 €
10 000 €**	9 000 €	1 000 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	250 €
10 000 €	10 000 €	0 €	1 000 €	1 500 €	2 000 €	0 €

* Exemplo do Governo português,

** Exemplo da Comissão

32. O quadro mostra que o imposto devido pelos não residentes se mantém inalterado, não obstante a variação dos custos da operação, ao passo que o imposto devido pelos residentes diminui de forma inversamente proporcional ao montante dos custos da operação. Sendo aplicável a taxa de 10%, fixada em algumas CDT, a carga fiscal dos não residentes é superior a partir do momento em que os custos da operação excedem 60% dos rendimentos ilíquidos, isto é, quando os rendimentos líquidos são iguais ou inferiores a 40% dos rendimentos ilíquidos. No caso de uma taxa de retenção na fonte de 15% ou 20%, a tributação mais gravosa dos não residentes já começa quando os custos da operação atingem, respectivamente, 40% ou 20% dos rendimentos ilíquidos.

33. Como os governos intervenientes salientam com razão, segundo jurisprudência assente, no âmbito de uma acção por incumprimento proposta nos termos do artigo 226.º CE, cabe à Comissão demonstrar a existência do incumprimento alegado. É a Comissão que deve apresentar ao Tribunal de Justiça os elementos necessários para que este verifique a existência desse incumprimento, não podendo basear-se numa qualquer presunção [17].

34. Na audiência, a Comissão salientou ter demonstrado que os não residentes são tratados de maneira menos favorável do que os residentes, porque não podem deduzir da matéria colectável as despesas em que incorreram. Compete à demandada demonstrar que esta diferença, que se deve às taxas mais baixas do imposto, não conduz a uma tributação mais gravosa dos não residentes.

35. Ao fazer esta afirmação, a Comissão ignora, porém, as regras de repartição dos ónus de alegação e de prova. Na qualidade de demandante, tem de apresentar todos os factos que fundamentam de modo concludente a acusação de incumprimento, tal como é formulada na petição. A Comissão não pediu ao Tribunal de Justiça que declare que a República Portuguesa violou o Tratado por ter fixado matérias colectáveis diferentes. A sua acusação consiste antes no facto de os juros obtidos por não residentes serem tributados de uma forma mais gravosa do que os juros obtidos por residentes. Consequentemente, cumpre-lhe alegar e provar factos que fundamentem esta acusação.

36. Como demonstra o quadro reproduzido no n.º 31, a carga fiscal depende de dois factores, mais precisamente, a taxa do imposto e a matéria colectável. As taxas do imposto que incidem sobre os pagamentos de juros a instituições financeiras não residentes são indiscutivelmente inferiores à taxa normal do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas aplicável aos juros obtidos por residentes. Em contrapartida, a matéria colectável do imposto que é retido sobre os pagamentos de juros transfronteiriços é mais ampla, dado que não pode ser reduzida mediante dedução

17 — Acórdãos de 20 de Março de 1990, Comissão/França (C-62/89, Colect., p. I-925, n.º 37); de 14 de Abril de 2005, Comissão/Alemanha (C-341/02, Colect., p. I-2733, n.º 35); e de 6 de Dezembro de 2007, Comissão/Alemanha (C-401/06, Colect., p. I-10609, n.º 27).

das despesas suportadas para a obtenção dos rendimentos.

37. A questão de saber se, não obstante a aplicação de taxas de imposto mais baixas, esta circunstância conduz a uma tributação mais gravosa das instituições financeiras com sede noutro Estado-Membro depende da amplitude efectiva da matéria colectável das instituições financeiras residentes, enquanto grupo de comparação. Este valor varia, ao contrário da matéria colectável dos beneficiários de juros não residentes, em função da relação entre as despesas suportadas para a obtenção dos rendimentos e os rendimentos ilíquidos. O incumprimento só estaria demonstrado se a base tributável dos residentes fosse de tal forma reduzida mediante a dedução das despesas suportadas que o imposto a pagar, não obstante a taxa do imposto ser mais elevada, fosse inferior à retenção na fonte efectuada sobre o montante ilíquido dos juros.

38. A Comissão afirmou a respeito da amplitude da matéria colectável que a margem de lucro dos bancos, em razão da concorrência no mercado interno, ascende, na melhor das hipóteses, à percentagem por ela utilizada no seu cálculo exemplificativo (10% dos rendimentos ilíquidos). Se esta afirmação fosse correcta, a taxa de imposto inferior aplicável aos juros pagos ao exterior não seria suficiente para compensar a desvantagem decorrente da não aplicação às instituições financeiras não residentes da dedução das despesas em que incorreram para a obtenção dos rendimentos. O imposto retido na fonte absorveria a totalidade do lucro e tornaria, *a priori*, economicamente absurda a realização de uma operação de crédito transfronteiriça [18].

39. O Governo português contesta essa afirmação. É verdade que o seu próprio cálculo exemplificativo não é inteiramente inequívoco, dado que se baseia em custos de refinanciamento que apenas excluem o tratamento menos favorável de bancos não residentes, em caso de aplicação da taxa mais favorável fixada nas CDT [19]. No entanto, ao apresentar este exemplo, o Governo português não admitiu que sejam efectivamente de esperar custos de refinanciamento no montante em que se baseou. O exemplo só serve, ao invés, para ilustrar o facto de que os resultados podem ser diferentes se os parâmetros fictícios forem alterados.

40. Uma vez que as afirmações da Comissão são, portanto, controvertidas, esta deveria ter apresentado provas concretas da relação efectivamente existente entre os rendimentos ilíquidos sob a forma de juros e as despesas das instituições financeiras em Portugal. No entanto, durante todo o processo, inclusive durante a audiência, baseou-se exclusivamente em cálculos hipotéticos. Apesar de a Comissão não ter de fazer prova de que a tributação dos não residentes é, em todos os casos, mais gravosa do que a tributação dos residentes [20], tem, porém, de demonstrar que o incumprimento é possível do ponto de vista

18 — V. quadro constante do n.º 31 destas conclusões.

19 — V. sexta linha do quadro reproduzido no n.º 31 destas conclusões.

20 — V., neste sentido, acórdão de 23 de Abril de 2009, Comissão/Grécia (C-406/07, n.º 27).

factual. A Comissão deveria ter apresentado, designadamente, dados estatísticos ou informações acerca do nível dos juros dos empréstimos bancários e acerca das condições de refinanciamento aplicáveis aos bancos, para demonstrar a plausibilidade das suas suposições.

41. Não tendo a Comissão apresentado elementos dessa natureza, a tributação mais gravosa dos pagamentos de juros a beneficiários não residentes permanece uma mera conjectura que não é apoiada por elementos de facto. Assim sendo, a Comissão não fez prova do incumprimento alegado.

42. Também seria concebível basear o incumprimento noutra argumentação.

43. Com efeito, independentemente do montante concreto dos custos de refinanciamento, as normas portuguesas tornam mais difícil para as instituições financeiras com sede noutro Estado-Membro concorrer com as instituições residentes e aceder ao mercado português.

44. Quando um banco de outro Estado-Membro reduz a sua taxa de juro, apesar de os custos de refinanciamento se manterem inalterados, e aceita auferir um lucro inferior para obter clientes em Portugal, o montante do imposto a pagar em Portugal não diminui na proporção da margem de lucro perdida, mas apenas na proporção do montante ilíquido dos juros perdidos. A carga fiscal relativa sobre o lucro aumenta.

45. Ao invés, as empresas residentes só são tributadas sobre os seus rendimentos líquidos. Se o seu lucro diminui, o correspondente imposto também diminui. Por conseguinte, a carga fiscal relativa sobre o lucro permanece inalterada. Em última análise, o regime em causa torna consideravelmente mais difícil para os bancos estrangeiros concorrerem em matéria de preços com os bancos nacionais, dado que, se a margem de lucro ficar aquém de um determinado nível, os pagamentos de juros transfronteiriços ficam sujeitos a uma carga fiscal superior àquela que os nacionais têm de suportar em relação a rendimentos análogos [21].

46. Noutros termos, para não sofrerem perdas, os bancos estrangeiros têm de obter uma margem mínima de lucro, igual ao montante do imposto retido na fonte. Os bancos portugueses podem oferecer condições mais vantajosas do que os bancos estrangeiros e, mesmo assim, ainda obtêm lucro após o pagamento dos impostos.

47. A Comissão não invocou, porém, este efeito. Assim, a República Portuguesa não se pôde defender adequadamente da acusação, nele implícita, de entravar o acesso ao

21 — V., neste contexto, acórdão de 5 de Outubro de 2004, CaixaBank France (C-442/02, Colect., p. I-8961, n.os 12 e 13), no qual o Tribunal de Justiça considerou que a proibição de remuneração de depósitos à ordem também constituía um entrave ao acesso ao mercado.

mercado por parte de instituições financeiras estrangeiras. Por conseguinte, no presente processo, a declaração de um incumprimento não pode ter por fundamento este aspecto.

48. Assim sendo, a acção deve ser julgada improcedente no que se refere à violação do artigo 49.º CE, visto que a Comissão não fez prova bastante de que a República Portuguesa tributa os pagamentos de juros a instituições financeiras com sede noutro Estado-Membro, de uma forma mais gravosa do que os pagamentos de juros a instituições financeiras com sede em território português.

B — *Fundamento relativo à violação dos artigos 36.º e 40.º do Acordo EEE*

49. O Tribunal de Justiça já declarou que as garantias consagradas no artigo 36.º do Acordo EEE e no artigo 49.º CE são idênticas e devem ser interpretadas de maneira uniforme [22]. Chegou à mesma conclusão a respeito do artigo 40.º do Acordo EEE e do artigo 56.º CE [23]. Assim, as conclusões acerca da alegada violação das disposições do Tratado CE são válidas, *mutatis mutandis*, para os artigos 36.º e 40.º do Acordo EEE [24].

50. Nesta medida, a Comissão também não conseguiu fazer prova de que os pagamentos de juros a instituições financeiras com sede num Estado parte no Acordo EEE são tributados de uma forma mais gravosa, porque não apresentou elementos concretos a respeito do valor dos rendimentos e das despesas suportadas para a sua obtenção.

C — *Conclusão intercalar*

51. Para terminar, há que concluir que a Comissão não fez prova de uma violação da livre prestação de serviços garantida no artigo 49.º CE e no artigo 36.º do Acordo EEE, à luz da qual o presente caso deve ser exclusivamente examinado. Assim sendo, a presente acção deve ser julgada totalmente improcedente.

22 — Acórdão de 5 de Julho de 2007, Comissão/Bélgica (C-522/04, Colect., p. I-5701, n.os 44 e segs.).

23 — Acórdão de 19 de Novembro de 2009, Comissão/Itália (C-540/07, Colect., p. I-10983, n.os 65 e 66).

24 — Pode, porém, haver uma diferença no que se refere à troca de informações entre autoridades fiscais, uma vez que a Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos directos e indirectos (JO L 336, p. 15; EE 09 F1 p. 94), conforme alterada pela Directiva 92/12/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992 (JO L 76, p. 1), não é aplicável nos Estados parte no Acordo EEE (v. acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 23, n.os 70 e segs., bem como os n.os 74 e segs. das minhas conclusões de 16 de Julho de 2009 nesse processo).

52. No entanto, não se deve ignorar que a estrutura do imposto que incide sobre os juros pagos a instituições financeiras não residentes pode constituir um obstáculo considerável à livre circulação de serviços se as suposições da Comissão a respeito do montante dos custos de refinanciamento forem verdadeiras.

53. Nas presentes circunstâncias, não é possível tomar posição acerca da questão central do presente caso, que consiste em saber se a carga fiscal, possivelmente muito mais elevada ou mesmo proibitiva, das instituições financeiras não residentes é justificada pelo facto de não se encontrarem numa situação equiparável à das instituições nacionais no que diz respeito aos custos de refinanciamento.

V — Despesas

54. Em particular, tem de ficar em aberto a questão de saber se as despesas suportadas pelos não residentes só apresentam uma relação económica directa [25] com as receitas por eles auferidas no Estado de acolhimento, se também forem *individualmente* imputáveis aos rendimentos, ou se é eventualmente necessário ter em conta a proporção dessas despesas nas despesas globais. Neste último caso, colocar-se-ia a difícil questão de saber como é que estas despesas *pro rata* deveriam ser calculadas na prática, atentas as particularidades da actividade bancária.

55. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República Portuguesa pedido a condenação da Comissão nas despesas e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas. De acordo com o n.º 4 do mesmo artigo, os Estados-Membros que intervieram no presente processo suportarão as suas próprias despesas.

25 — V., a este respeito, acórdãos Gerritse (já referido na nota 3, n.º 27) e Centro Equestre da Lezíria Grande (já referido na nota 3, n.os 23 e 25).

VI — Conclusão

56. Proponho ao Tribunal de Justiça que decida nos seguintes termos:

«1. A acção é julgada improcedente.

2. A Comissão suportará as despesas do processo, com excepção das despesas da República da Lituânia.

3. A República da Lituânia suportará as suas próprias despesas.»