CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT

apresentadas em 8 de Setembro de 2005 [1]

I — Introdução

1. Qual é o alcance do conceito de gestão de um fundo de investimento? É esta a questão central do pedido de decisão prejudicial apresentado pelo VAT and Duties Tribunal (London). É que, segundo a Sexta Directiva IVA 77/388/CEE (a seguir «Sexta Directiva») [2], as operações de gestão de fundos de investimento estão isentas de IVA. Os fundos de investimento e as sociedades de investimento do grupo Abbey National's VAT em causa no processo principal pretendem que a isenção abranja também certos serviços cuja prestação transferiram para terceiros.

2. A este propósito, cumpre esclarecer em que medida deve ser tida em conta, no âmbito da interpretação das disposições relativas ao IVA, a Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM) [3]. A Directiva 85/611 aproxima as disposições nacionais relativas a certos fundos de investimento e inclui, designadamente, uma definição daquilo que deve ser considerado como gestão de um fundo.

3. A Directiva 85/611 inclui ainda uma série de regras estruturais respeitantes aos OICVM que constituem uma base importante para se compreenderem as funções e o modo de funcionamento deste meio de investimento. Em termos genéricos, a Directiva 85/611 prevê dois tipos de OICVM. Por um lado, existem patrimónios autónomos criados por contrato e que não dispõem de personalidade jurídica (fundos de investi-

1 — Língua original: alemão.

2 — Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (JO L 145, p. 1; EE 09 F1 p. 54).

3 — JO L 375, p. 3; EE 06 F2 p. 38. Alterada pela última vez através da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004 (JO L 145, p. 1).

mento). No Reino Unido, estes fundos têm frequentemente a forma jurídica do *unit trust* [4]. Por outro lado, existem sociedades de investimento, que são pessoas colectivas constituídas de acordo com as regras do direito das sociedades.

4. Em virtude da falta de personalidade jurídica própria, os fundos de investimento carecem de uma sociedade de gestão que faça a sua gestão. Inversamente, as sociedades de investimento são pessoas colectivas que também se podem gerir a si próprias e que não carecem necessariamente de uma sociedade de gestão suplementar. Contudo, de acordo com a lei do Reino Unido, dispõem de um *authorised corporate director* (a seguir «ACD»). Normalmente, esta função é assumida por sociedades, de modo que a sua estrutura acaba por se parecer com a de um fundo de investimento com sociedade de gestão.

5. A função mais importante na gestão de um fundo consiste na determinação da política de investimento, incluindo a decisão acerca da compra e da venda dos títulos mobiliários em concreto. Para além disso, a sociedade de gestão tem de exercer funções de natureza administrativa e contabilística. No pedido de decisão prejudicial, coloca-se a questão de saber se estas últimas actividades, quando são transferidas para terceiros, continuam a poder ser consideradas operações isentas no âmbito da gestão de um fundo de investimento ou de uma sociedade de investimento.

6. Uma outra questão incide sobre a classificação da actividade do depositário. Tanto os fundos de investimento como as sociedades de investimento [5] têm de entregar os seus activos à guarda de um terceiro. No caso do *unit trust,* é o administrador fiduciário (*trustee*) que exerce a função de depositário. Na prática, são normalmente bancos que assumem essa tarefa de depositário. O depositário executa as instruções da sociedade de gestão. Simultaneamente, dispõe de certos poderes de fiscalização e de intervenção. O depositário deve, em especial, controlar se as transacções realizadas com o património que está à sua guarda são devidamente registadas. Assim, coloca-se também a questão de saber se os serviços prestados pelo depositário devem ser considerados gestão de um fundo de investimento isenta de IVA.

4 — Quando a seguir se referirem genericamente os fundos de investimento, neles se incluem os fundos constituídos sob a forma de *unit trust.*

5 — Existem certas excepções a esta regra, em relação a sociedades de investimento cotadas em bolsa.

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

7. Segundo o artigo 13.º, B, da Sexta Directiva:

«[...] os Estados-Membros isentarão, nas condições por eles fixadas com o fim de assegurar a aplicação correcta e simples das isenções a seguir enunciadas e de evitar qualquer possível fraude, evasão e abuso:

[...]

d) As seguintes operações:

[...]

3. As operações, incluindo a negociação relativa a depósitos de fundos, contas-correntes, pagamentos, transferências, créditos, cheques e outros efeitos de comércio, com excepção da cobrança de dívidas;

[...]

5. As operações, incluindo a negociação, mas exceptuando a guarda e a gestão, relativas às acções, participações em sociedades ou em associações, obrigações e demais títulos, com exclusão:

— dos títulos representativos de mercadorias,

— dos direitos ou títulos referidos no n.º 3 do artigo 5.º;

6. A gestão de fundos comuns de investimento, tal como são definidos pelos Estados-Membros;

[...]».

suas [unidades de participação] na bolsa não se afaste sensivelmente do seu valor líquido de inventário.

8. No artigo 1.º, n.os 2 e 3, da Directiva 85/611 [6], define-se «fundo de investimento» do seguinte modo:

3. Estes organismos podem, por força da respectiva lei nacional, assumir a forma contratual (fundos comuns de investimento geridos por uma sociedade de gestão) ou *trust* (*unit trust*) ou a forma estatutária (sociedade de investimento).

«2. Para efeitos do disposto na presente directiva e sem prejuízo do artigo 2.º, entende-se por 'OICVM' [organismos de investimento colectivo em valores mobiliários] os organismos:

Para efeitos do disposto na presente directiva, o termo 'fundos comuns de investimento' abrange igualmente o *unit trust*.»

— cujo objectivo exclusivo é o investimento colectivo dos capitais obtidos junto do público em valores mobiliários e/ou noutros activos financeiros líquidos mencionados no n.º 1 do artigo 19.º e cujo funcionamento seja sujeito ao princípio da repartição dos riscos, e

9. O artigo 4.º da Directiva 85/611 prevê as condições de aprovação de um OICVM através das autoridades competentes de um Estado-Membro. Em particular, resulta do n.º 2 deste artigo que um fundo de investimento sob a forma contratual tem de dispor de uma sociedade de gestão e de um depositário dela distinto. Uma sociedade de investimento carece apenas de um depositário.

— cujas [unidades de participação] sejam, a pedido dos seus detentores, readquiridas ou reembolsadas, directa ou indirectamente, a cargo dos activos destes organismos. É equiparado a estas reaquisições ou reembolsos o facto de um OICVM agir de modo a que o valor das

10. O artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Directiva 85/611 remete, no que toca à descrição das funções de gestão de fundos de investimento e de sociedades de investi-

6 — O artigo 1.º obteve a redacção aqui aplicável através da Directiva 2001/108/CE (JO 2002, L 41, p. 35).

mento, para a enumeração não exaustiva constante do anexo II [7], que tem o seguinte teor:

«*Funções incluídas na actividade de gestão colectiva de carteiras:*

— Gestão de investimento;

— Administração:

a) Serviços jurídicos e de contabilidade de gestão do fundo;

b) Consultas dos clientes;

c) Avaliação da carteira e determinação do valor das partes sociais (incluindo declarações fiscais);

d) Controlo da observância da regulamentação;

e) Registo dos participantes;

f) Distribuição de rendimentos;

g) Emissão e resgate de [unidades de participação];

h) Procedimento de liquidação e compensação (incluindo o envio de certificados);

i) Conservação de documentos.

— Comercialização.»

11. De acordo com o artigo 5.°-G da Directiva 85/611, os Estados-Membros podem autorizar as sociedades de gestão a

7 — O artigo 5.° obteve a redacção aqui aplicável através da Directiva 2001/107/CE (JO 2002, L 41, p. 20), a qual também introduziu o anexo II, nela referido.

transferir para terceiros o exercício de uma ou mais daquelas funções, desde que se encontrem preenchidas determinadas condições. Em especial, tem de se de garantir que a transferência de funções não compromete a supervisão da sociedade de gestão nem o correcto exercício dessas mesmas funções.

12. Segundo o artigo 7.°, n.° 1, da Directiva 85/611, a guarda dos activos do fundo comum de investimento deve ser confiada a um depositário. O artigo 7.°, n.° 3, concretiza quais os deveres deste depositário:

«O depositário deve ainda:

a) Assegurar-se de que a venda, a emissão, a reaquisição, o reembolso e a anulação das [unidades de participação] efectuadas por conta do fundo ou pela sociedade de gestão se efectuem de acordo com a lei ou com o regulamento do fundo;

b) Assegurar-se de que o cálculo do valor das [unidades de participação] se efectue de acordo com a lei ou com o regulamento do fundo;

c) Executar as instruções da sociedade de gestão, salvo se forem contrárias à lei ou ao regulamento do fundo;

d) Assegurar-se de que, nas operações relativas aos activos do fundo, a contrapartida lhe seja entregue nos prazos habituais;

e) Assegurar-se de que os rendimentos do fundo serão aplicados em conformidade com a lei ou com o regulamento do fundo.»

13. Nos termos do artigo 9.° da Directiva 85/611, o depositário é responsável, segundo o direito nacional do Estado onde está situada a sede estatutária da sociedade de gestão, pela violação culposa das suas obrigações.

14. Os artigos 14.° e 16.° da Directiva 85/611 contêm, em relação ao depositário de uma sociedade de investimentos, regras semelhantes àquelas que se encontram estatuídas nos artigos 7.° e 9.°

15. O artigo 10.° da Directiva 85/611 determina que as funções de sociedade de gestão e de depositário não podem ser exercidas pela mesma sociedade. Segundo o artigo 17.°, aplica-se o mesmo às sociedades de investimento e aos seus depositários.

B — *Direito nacional*

16. No Reino Unido, a isenção da gestão de fundos e de sociedades de investimento, prevista na Sexta Directiva, foi transposta através dos pontos 9 e 10, grupo 5, anexo 9, do Value Added Tax Act 1994 (lei relativa ao imposto sobre o valor acrescentado de 1994, a seguir «lei do IVA de 1994»). O regime jurídico adoptado aplica-se tanto a *authorised unit trusts* (*unit trusts* autorizados), ou a *trust based schemes* (fundos de investimento) (ponto 9), como, ainda, a *open-ended investments companies* (sociedades de investimento, a seguir «OEIC») (ponto 10).

17. As disposições contidas na lei do IVA de 1994 adoptam as definições destes organismos contidas na Section 236 e na Section 237 do Financial Services and Markets Act 2000 (lei relativa aos serviços financeiros e aos mercados de 2000, a seguir «FSMA»). A FSMA transpõe para o direito nacional a Directiva 85/611. O Collective Investments Schemes Sourcebook of the Financial Services Authority (a seguir «CIS Sourcebook») inclui ainda outras disposições relevantes. Para além disso, existem ainda regras específicas aplicáveis às sociedades de investimento no Open-Ended Investment Companies Regulations 2001 (regulamento de 2001 relativo às sociedades de investimento de tipo aberto, a seguir «OEIC Regulations»).

18. Para além dos deveres que recaem sobre o depositário e sobre o administrador fiduciário que resultam da directiva, existem ainda outras funções que lhes são impostas pelo CIS Sourcebook. Estas disposições têm por objectivo essencial proteger os interesses dos consumidores e dos investidores. O órgão jurisdicional de reenvio enumerou, em concreto, as seguintes funções:

1) o administrador fiduciário pode acordar com o gestor alterações menores aos prospectos (incluindo alterações respeitantes aos objectivos do investimento);

2) deve emitir unidades de participação, logo que tenha recebido instruções nesse sentido por parte do gestor e de acordo com essas mesmas instruções;

3) deve dar conhecimento ao gestor das suas preocupações e recusar-se a emitir ou a anular unidades de participação se o administrador fiduciário for de opinião que a emissão ou a anulação violariam uma restrição à emissão ou vão contra os interesses dos participantes;

4) pode, em circunstâncias excepcionais, autorizar o gestor a suspender a emissão, anular, vender ou reembolsar unidades de participação, ou exigir-lhe que o faça;

5) deve, segundo o seu prudente arbítrio, determinar se, na emissão de unidades de participação, as contrapartidas que não consistam em numerário podem prejudicar actuais ou potenciais participantes;

6) pode retirar unidades de participação a um participante, se este não efectuar pagamentos devidos ao gestor ou ao administrador fiduciário;

7) deve conservar um registo actualizado dos participantes;

8) pode convocar reuniões dos participantes;

9) deve ser consultado sobre a escolha dos mercados não comunitários para efeitos de investimento;

10) deve verificar se os termos das operações de empréstimo de títulos (*stock lending transactions*) propostas pelo gestor do fundo são aceitáveis e assegurar-se de que são fornecidas garantias adequadas antes de tais operações serem concretizadas;

11) deve aprovar os termos das transacções de instrumentos derivados do mercado de balcão;

12) pode autorizar o exercício, pelo gestor, de direitos decorrentes de um investimento do fundo comum de investimento autorizado (como o direito de subscrever uma emissão de direitos) se, de outra forma, esse exercício conduzisse a uma violação das restrições em matéria de valor das participações;

13) pode, depois de consultar o gestor, decidir se exerce ou não direitos de voto conferidos por qualquer um dos esquemas que tenha por objecto unidades de participação noutro esquema de investimento colectivo gerido ou, de qualquer outra forma, operado pelo gestor ou por um associado deste; ou que tenha por objecto acções num fundo comum de investimento autorizado que façam parte do esquema de bens de um fundo com estrutura de *feeder fund* gerido ou, de qualquer outra forma, operado pelo gestor ou por um associado deste;

14) deve assegurar, tomando as devidas precauções, que o gestor, ao proceder ao cálculo das provisões destinadas ao pagamento da taxa de compensação e da Stamp Duty Reserve Tax, teve em conta todos os pontos de vista mais importantes;

15) pode contrair empréstimos necessários ao fundo, sob instruções do gestor;

16) deve tomar as medidas necessárias para garantir que os procedimentos e métodos seguidos na fixação do preço das unidades de participação são os correctos e que são mantidos registos bastantes;

17) deve escolher ou aprovar um avaliador independente, no caso de conflitos de interesses no quadro de transacções relativas aos bens do fundo;

18) pode, a convite do gestor, aprovar taxas de câmbio diferentes das indicadas no CIS Sourcebook para efeitos de avaliação de bens que, de outro modo, seria efectuada noutra moeda, bem como métodos alternativos de avaliação;

19) pode decidir, após consulta do gestor, não proceder à distribuição anual de lucros se estiver convencido que a média dos montantes atribuídos seria inferior a 10 GBP;

20) deve determinar, de acordo com a lei que regula as relações fiduciárias, se os pagamentos a efectuar por conta dos bens objecto do esquema, respeitantes a juros e encargos de empréstimos, bem como os impostos e direitos que incidem sobre o mesmo esquema devem ser pagos através da conta de capital ou da conta de lucros;

21) quando o fundo comum de investimento autorizado possua mais de uma categoria de unidades de participação e um participante solicite a conversão das suas unidades para outra categoria, o gestor determina o número de unidades da nova categoria que deve ser emitido, após consulta prévia do administrador fiduciário;

22) se um participante solicitar o reembolso ou a anulação de unidades de participação, o gestor pode satisfazer esse pedido entregando como contrapartida parte dos activos do fundo, em vez de numerário. Nessas circunstâncias, o administrador fiduciário deve ser consultado a respeito do activo investido a transferir;

23) pode exigir ao gestor que venda (ou adquira) bens se determinada aquisição ou venda de bens por este efectuada exceder os poderes que lhe conferidos ao abrigo do CIS Sourcebook ou se os termos da guarda dos títulos forem inadequados;

24) deve aprovar a alteração do número de unidades de participação emitidas ou anuladas, a fim de rectificar erros no número de unidades detidas pelo gestor na sua *box*[8];

25) deve comunicar de imediato à FSA qualquer violação grave das disposições com força de lei contidas no CIS Sourcebook;

26) pode, mediante notificação escrita, destituir um gestor, em determinadas circunstâncias, designadamente se o mesmo entrar em liquidação, ou se for nomeado um gestor judicial, ou se «o administrador fiduciário tiver boas razões para entender, e assim o declarar por escrito, que uma mudança de gestor é desejável no interesse dos participantes». Uma vez destituído o gestor, o administrador fiduciário deve nomear outro gestor;

27) deve aprovar a renúncia do gestor, quando este deseje afastar-se do cargo a favor de outro gestor.

8 — Entende-se por «box» as unidades de participação num fundo de investimento que são detidas pela própria sociedade de gestão desse mesmo fundo.

19. O CIS Sourcebook prevê, em grande parte, os mesmos deveres em relação ao depositário de uma sociedade de investimento (*depositary*), sendo, contudo, que a fiscalização e a intervenção recaem sobre a actividade do ACD. Além disso, não se aplicam as funções relacionadas com a emissão de *units*.

III — Matéria de facto e questões prejudiciais

20. O Abbey National plc (a seguir «Abbey National»), demandante no processo principal, forma, para efeitos de IVA, em conjunto com uma série de sociedades suas filiais, um grupo, o Abbey National's Vat Group. Pertencem a este grupo a Abbey National Unit Trust Managers Limited (a seguir «ANUTM»), a Scottish Mutual Investment Managers Limited (a seguir «SMIM»), a Abbey National Asset Managers Limited (a seguir «ANAM») e a Inscape Investments Limited (a seguir «Inscape»). Estas sociedades são gestoras de OICVM.

21. Os administradores fiduciários (depositários) destes OICVM são o Clydesdale Bank plc (a seguir «CB»), a Citicorp Trustee Company Limited (a seguir «CTCL») e o HSBC Bank plc (a seguir «HSBC»). Pela sua actividade de administradores fiduciários, cobram uma comissão geral à qual acresce IVA. Esta comissão não se refere à actividade de entidades depositárias (*custodian*). O CB e o HSBC cobram esse serviço à parte. A CTCL não exerce ela própria esta função de depositária, utilizando para o efeito um

banco depositário. O Abbey National contesta a aplicação de IVA sobre a comissão dos administradores fiduciários, uma vez que considera que a respectiva actividade é constituída por operações isentas, na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva.

22. A Inscape Investment Fund, uma sociedade de investimento de tipo aberto cujo ACD é a Inscape, contesta também o facto de os serviços prestados pelo seu depositário, a CTCL, serem tributados em sede de IVA. Neste caso, não está em causa o pagamento da contrapartida pelos serviços de depósito, em sentido estrito, pois os mesmos não são prestados pela CTCL, a qual transferiu a prestação desses serviços de depósito para um banco que os exerce em todo o mundo (*global sub-custodian*). O banco que presta os serviços de depósito é directamente remunerado pela Inscape.

23. Para além disso, a Inscape transferiu algumas das funções que, enquanto sociedade de gestão, se encontrava, por lei, obrigada a exercer, para o Bank of New York Europe Limited (a seguir «BNYE») e, mais tarde, para o Bank of New York (a seguir «BNY»). Tanto o BNYE como o BNY facturaram IVA à Inscape, em relação a estes serviços. O que o Abbey National igualmente contesta.

24. Segundo o contrato celebrado entre a Inscape e o BNYE, este assumiria, por um lado, a contabilidade do fundo, ou seja, designadamente, o cálculo do valor actualizado das unidades de participação, dos dividendos e dos rendimentos, bem como a elaboração da contabilidade da sociedade, o fornecimento dos elementos necessários para a elaboração das declarações periódicas e dos documentos contabilísticos, a elaboração de documentação fiscal e a entrega de declarações ao instituto de estatística e ao Bank of England; por outro lado, o BNYE prestava uma série de outros serviços, tais como a criação e a avaliação de fundos subsidiários, a coordenação e a administração de contas e de pagamentos do fundo e, ainda, a fixação dos custos de administração que são cobrados aos titulares das participações, como *dilution levy*, no momento em que saem ou em que entram para o fundo.

25. Por decisão de 29 de Março de 2004, o VAT and Duties Tribunal, London, no qual corre os seus termos o processo principal, submeteu ao Tribunal de Justiça, para decisão a título prejudicial ao abrigo do artigo 234.º CE, as seguintes questões:

«1) A isenção da 'gestão de fundos comuns de investimento, tal como são definidos pelos Estados-Membros', prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva IVA, significa que os Estados-Membros têm o poder de definir as actividades que fazem parte da 'gestão' dos fundos comuns de investimento, bem como o de definir os fundos comuns de investimento que podem beneficiar dessa isenção?

2) Caso a resposta à questão 1) seja negativa e ao termo 'gestão', referido no artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva IVA, deva ser dado um significado autónomo em direito comunitário, à luz da Directiva 85/611/CEE do Conselho, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM), na versão modificada (a seguir «Directiva OICVM»), deve entender-se que as comissões cobradas pelos depositários e pelos *trustees*, como contrapartida dos serviços que prestam em conformidade com os artigos 7.° e 14.° da Directiva OICVM, com as disposições nacionais e com as normas relevantes que regulam os fundos, estão abrangidas pela isenção dos serviços de 'gestão de fundos comuns de investimento' prevista no artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva IVA?

3) Ainda no caso de a resposta à questão 1) ser negativa e de ao termo 'gestão', referido no artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva IVA, dever ser dado um significado autónomo em direito comunitário, a isenção da 'gestão de fundos comuns de investimento' prevista no referido no artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva IVA é aplicável aos serviços prestados por um terceiro que exerça as funções de gestor administrativo dos fundos?»

26. No âmbito do presente processo perante o Tribunal de Justiça, tomaram posição os Governos do Reino Unido e do Luxemburgo, bem como a Comissão. As respectivas alegações, na medida em que tal se revele necessário, serão reproduzidas na parte relativa à apreciação jurídica.

IV — Apreciação jurídica

A — *Nota prévia quanto à aplicação do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva IVA, no que toca a sociedades de investimento*

27. Num fundo de investimento, o dinheiro de um grande número de investidores é aplicado, em conjunto, em valores mobiliários das mais variadas espécies mas também em outros bens, como imóveis ou mercadorias. Para o investidor, esta modalidade de investimento tem a vantagem, em comparação com a aquisição directa de valores mobiliários, de o risco se encontrar mais diluído e de a escolha dos investimentos ser efectuada por técnicos altamente especializados. Porém, os serviços que são prestados no âmbito desta modalidade de investimento também têm o seu preço.

28. A remuneração da gestão de um fundo de investimento encontra-se isenta de IVA.

Esta medida visa encorajar o acesso de pequenos aforradores a esta modalidade de investimento [9]. É que, devido aos montantes diminutos de que dispõem para investir, dificilmente lhes seria possível aplicar o seu dinheiro, com grande dispersão, directamente em valores mobiliários. Além disso, não têm os conhecimentos suficientes para poderem comparar e escolher os valores mobiliários.

29. A isenção serve ainda um outro propósito, que é o de evitar distorções da concorrência entre fundos de investimento *geridos por terceiros* e sociedades de investimento *autogeridas* [10]. Os fundos de investimento, ao carecerem de personalidade jurídica própria, não se podem gerir a si próprios e têm de se socorrer de uma sociedade de gestão externa. De acordo com as regras gerais, os serviços prestados por esta sociedade de gestão seriam tributáveis. Contudo, no caso de uma sociedade de investimento *autogerida*, não existem, em princípio, operações tributáveis, na acepção do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, uma vez que, no que toca à actividade de gestão, não se estabelece qualquer relação entre dois sujeitos passivos autónomos. Portanto, sem a isenção prevista no n.° 6, os fundos de investimento geridos por terceiros teriam de suportar um custo adicional e ficariam em desvantagem em relação às sociedades de investimento autogeridas.

30. Neste sentido, o artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva só refere em termos literais a gestão de fundos comuns de investimento (versão inglesa: *special investment funds*), não mencionando as sociedades de investimento autogeridas.

31. O que coloca a questão de saber se a disposição em apreço é, de todo, aplicável a estas últimas, quando transferem para terceiros a prestação de serviços de gestão. A não ser aplicável, o Abbey National só poderia, no presente caso, invocar a isenção em relação aos *unit trusts* [11], mas não no contexto de serviços prestados ao Inscape Investment Fund, uma vez que, neste caso, se trata de uma sociedade de investimento.

32. Porém, analisando-se mais pormenorizadamente esta questão, tem de concluir-se que o artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva só não se aplica quando uma sociedade de investimento efectivamente se autogere. É que se uma sociedade de investimento transferir para terceiros os serviços de gestão, fica na mesma situação

9 — V. o n.° 26 das conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro de 18 de Maio de 2004 no processo BBL (acórdão de 21 de Outubro de 2004, C-8/03, Colect., p. I-10157, n.° 26).

10 — Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo BBL, já referidas na nota 9, n.° 26.

11 — Nos termos do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 85/611, os *unit trusts* são equiparáveis aos fundos comuns de investimento.

de um fundo de investimento sob forma contratual, pelo que, por uma questão de sã concorrência, deve poder beneficiar de igual modo da mencionada isenção fiscal [12].

33. No pressuposto de que os serviços de gestão transferidos para terceiros podem ser abrangidos pela isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, não se pode distinguir entre uma sociedade de investimento autogerida que transfere esses serviços para um terceiro e uma sociedade gestora de um fundo de investimento que actua do mesmo modo. Dito isto, quando a seguir se referirem, genericamente, os fundos de investimento, sem qualquer restrição, neles ficam igualmente incluídas as sociedades de investimento.

B — *Quanto à primeira questão prejudicial*

34. Com a primeira questão prejudicial, o VAT and Duties Tribunal quer saber se cabe ao direito nacional definir o que deve ser entendido por «gestão de fundos comuns de investimento», na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, ou se se está perante um termo com significado autónomo em direito comunitário.

35. A este propósito, só o Reino Unido defende a tese de que a mencionada disposição remete para os Estados-Membros não apenas a definição daquilo que são fundos de investimento mas também a definição daquilo que deve ser considerado como *gestão* de fundos de investimento. Pelo contrário, todos os demais intervenientes consideram que o termo «gestão» é um termo com significado autónomo em direito comunitário.

36. Segundo jurisprudência constante, as isenções previstas no artigo 13.º da Sexta Directiva constituem conceitos autónomos de direito comunitário, devendo, portanto, ser objecto de uma definição comunitária [13]. Contudo, isto não se aplica quando o Conselho confia precisamente aos Estados-Membros a definição de determinados termos de uma isenção [14]. No presente caso, não é completamente claro quais os elementos da previsão da isenção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva cuja definição o Conselho quis confiar aos Estados-Membros.

37. A interpretação defendida pelo Reino Unido tem sustentação na versão inglesa da disposição em apreço: «management of

12 — É o que se passa em relação às *sociétés d'investissement à capital variable* (a seguir «SICAV»); v., também, as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo BBL (já referidas na nota 9, n.º 8).

13 — Acórdãos de 15 de Junho de 1989, Stichting Uitvoering Financiële Acties (348/87, Colect., p. 1737, n.º 13); de 12 de Setembro de 2000, Comissão/Irlanda (C-358/97, Colect., p. I-6301, n.º 51); e de 3 de Março de 2005, Fonden Marselisborg Lystbådehavn (C-428/02, Colect., p. I-1527, n.º 27).

14 — Acórdão de 28 de Março de 1996, Gemeente Emmen (C-468/93, Colect., p. I-1721, n.º 24).

special investment funds as defined by Member States». Tal como sucede com a versão neerlandesa [15], pode-se entender aqui que «as defined» se refere não a «special investment funds», mas sim a toda a expressão «management of special investment funds».

38. Contudo, as demais versões linguísticas [16] não permitem sustentar a interpretação do Reino Unido. Pelo contrário, evidenciam que aos Estados-Membros apenas se atribuiu o poder de determinar o que são fundos de investimento, sendo que a Directiva 85/611 veio entretanto introduzir limitações ao exercício desse poder.

39. Segundo jurisprudência constante, quando a análise comparada das diversas versões linguísticas revela divergências terminológicas ou, pelo menos, dá abertura a interpretações divergentes, deve a disposição em causa ser interpretada tendo-se em consideração o contexto e a finalidade da regulamentação na qual se encontra inserida [17].

40. A finalidade da Sexta Directiva é a harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao IVA. A fim de serem evitadas distorções de concorrência, deve-se em especial garantir que a nível comunitário vigorem as mesmas isenções. Esta finalidade é posta em causa se estas isenções forem concretizadas através de conceitos jurídicos nacionais potencialmente divergentes [18].

41. É certo que fazia sentido, quando foi publicada a Sexta Directiva IVA e o direito aplicável aos fundos de investimento ainda não tinha sido coordenado através da Directiva 85/611, remeter-se a definição de fundos de investimento para o direito nacional, a título excepcional. Deste modo, assegurou-se que a isenção só seria aplicável em casos claramente definidos, que seriam os de gestão de fundos de investimentos que dispusessem de autorização, enquanto tais, num dos Estados-Membros. Mas para a definição daquilo que deve ser considerado «gestão» de um fundo de investimento aplica-se a regra geral, segundo a qual as previsões de isenções contêm conceitos definidos a nível comunitário.

15 — «Het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, als omschreven door de Lid-Staten.»

16 — Referem-se, a título de exemplo, as seguintes versões:
ES: «la gestión de fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros»;
DK: «forvaltning af investeringsforeninger, saaledes som disse er fastsat af medlelsstaterne»;
DE: «die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften»;
FR: «la gestion de fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres»;
IT: «la gestione di fondi comuni d'investimento quali sono definiti dagli Stati membri».

17 — Acórdãos de 27 de Março de 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Colect., p. I-1345, n.º 19); de 5 de Junho de 1997, SDC (C-2/95, Colect., p. I-3017, n.º 22); e de 14 de Setembro de 2000, D. (C-384/98, Colect., p. I-6795, n.º 16).

18 — V. acórdão de 25 de Fevereiro de 1999, CPP (C-349/96, Colect., p. I-973, n.º 15), e acórdão SDC, já referido na nota 17, n.º 52.

42. O Governo do Reino Unido observa que as funções de gestão também podem variar consoante a configuração das regulamentações nacionais sobre fundos de investimento. Por esta razão, ter-se-ia de proceder conjuntamente à definição dos fundos abrangidos pela disposição e à definição de «gestão».

43. Contudo, este argumento não colhe. Por um lado, as diferenças entre as regulamentações nacionais sobre fundos de investimento não deveriam ser tão acentuadas ao ponto de não ser possível, a nível comunitário, a definição unitária de «gestão de um fundo de investimento» para efeitos de aplicação de IVA. Tanto mais assim é que a Directiva 85/611 veio entretanto introduzir regras comuns para muitos tipos de fundos de investimento. Por outro lado, o facto de já existirem divergências quanto à definição dos organismos que, de acordo com o direito nacional, devem ser considerados fundos de investimento, acentua precisamente a necessidade de pelo menos o conceito de «gestão» ser interpretado de forma única, a nível comunitário.

44. Por isso, a primeira questão deve ser respondida no sentido de que o conceito de «gestão», na acepção do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, constitui um conceito com significado autónomo em direito comunitário, do qual os Estados-Membros não podem afastar-se [19].

C — *Quanto às segunda e terceira questões prejudiciais*

45. As segunda e terceira questões prejudiciais visam ambas a interpretação do conceito de «gestão», na acepção do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, pelo que devem ser analisadas conjuntamente. Solicita-se ao Tribunal de Justiça que esclareça

— se os serviços prestados pelos depositários e

— as actividades administrativas transferidas pela sociedade gestora para terceiros

se encontram abrangidos por este conceito de «gestão».

19 — É também a esta conclusão que chega o advogado-geral M. Poiares Maduro, nas conclusões por si apresentadas no processo BBL, já referidas na nota 9, n.° 25.

46. O Abbey National e o Governo luxemburguês defendem o ponto de vista segundo o qual em ambos os casos se está perante uma situação de gestão de um fundo de investimento isenta, uma vez que as actividades em causa têm importância significativa para a manutenção de um fundo de investimento e não têm natureza meramente técnica. Neste contexto, remetem em especial para as definições das funções da sociedade de gestão e do depositário, contidas tanto na Directiva 85/611 como no direito nacional.

47. Em sentido oposto, o Governo do Reino Unido e a Comissão defendem um entendimento mais restrito do conceito de «gestão». Segundo propugnam, o mesmo só abrange as actividades que tenham um efeito directo sobre a composição do activo e do passivo do fundo de investimento, ou seja, abrange as decisões de investimento propriamente ditas, mas não os serviços do depositário nem as funções autónomas de natureza contabilística.

48. O texto do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva e, em particular, o próprio conceito de «gestão» não esclarecem em que medida os serviços *sub judice* se encontram abrangidos. Também não é de grande utilidade uma análise do sentido geral do conceito de «gestão», na linguagem comum ou em determinadas áreas do direito [20].

20 — V. as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo BBL, já referidas na nota 9, n.° 30.

49. Porém, principalmente a versão alemã da disposição em apreço leva a que se coloque a questão prévia de saber se os serviços transferidos para terceiros podem, sequer, ficar abrangidos pela isenção. É que o seu texto pode ser entendido no sentido de que só os serviços de gestão prestados pela própria sociedade gestora de fundos de investimento («Kapitalanlagegesellschaft») estão incluídos no âmbito de aplicação da isenção.

1. Inexistência de limitações à isenção em relação a serviços que sejam prestados pela própria sociedade gestora de fundos de investimento («Kapitalanlagegesellschaft»)

50. Segundo o texto alemão do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, a isenção só se aplica à gestão de fundos comuns de investimento «durch Kapitalanlagegesellschaften» (através de sociedades gestoras de fundos de investimento). Porém, o conceito de «Kapitalanlagegesellschaft» não é definido e não consta nem da Directiva 85/611 nem de outros actos jurídicos comunitários. Na legislação alemã, este conceito é utilizado em relação a sociedades de gestão de fundos de investimento [21]. Poder-se-ia concluir daqui que a previsão da isenção inclui um ele-

21 — V. § 2 da Investmentgesetz (lei do investimento): «Os fundos de investimento são fundos comuns públicos geridos por uma 'Kapitalanlagegesellschaft', nos termos da Directiva 85/611/CEE [...]»; v., ainda, § 6, n.° 1, primeira frase, da Investmentgesetz: «As 'Kapitalanlagegesellschaften' são instituições de crédito, cuja actividade consiste na gestão de fundos comuns de investimento [...]»

mento subjectivo, com a consequência de, à partida, não se aplicar a serviços de gestão que tenham sido transferidos para terceiros.

51. Contudo, tem de constatar-se a este respeito que nenhuma outra versão linguística contém uma formulação correspondente, que remeta expressamente para a gestão através de uma determinada entidade [22]. No máximo, poder-se-ia concluir, a partir do termo «gestão» (*management, gestion*) utilizado nas outras versões, que a isenção só se aplica a serviços prestados pela sociedade que faz a *gestão* (*management company, société de gestion*).

52. Porém, isto estaria em contradição com a nítida linha de raciocínio desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência, a propósito de outros casos de isenção comparáveis previstos no artigo 13.°, B, da Sexta Directiva. Nestes casos, o Tribunal de Justiça centrou-se na natureza do serviço em causa e não na qualidade da pessoa que o prestou. Por exemplo, no acórdão SDC, o Tribunal de Justiça decidiu [23]:

«A este respeito, há que referir que as operações isentas ao abrigo do artigo 13.°, B, alínea d), n.os 3 e 5, são definidas em função da natureza das prestações de serviços que são fornecidas e não em função do prestador ou do destinatário do serviço. Com efeito, estas disposições não fazem qualquer referência a estes últimos.»

53. Noutras decisões sobre a isenção de operações de seguro nos termos do artigo 13.°, B, alínea a), da Sexta Directiva, encontram-se afirmações semelhantes [24].

54. A previsão da isenção do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva — abstraindo agora da versão alemã, que se encontra completamente isolada — não faz qualquer referência clara a um determinado prestador do serviço, tal como não o fazem as previsões dos n.os 3 e 5. Assim, não pode excluir-se a aplicação da isenção prevista no n.° 6 aos serviços *sub judice*, só por os mesmos não terem sido prestados pela própria sociedade de gestão, mas pelo depositário ou por um terceiro especializado na prestação de serviços contabilísticos. O que é preciso fazer é apurar em função da

22 — V., a título de exemplo, a versão inglesa, citada no n.° 37, bem como as demais versões linguísticas, citadas nas notas 15 e 16.

23 — Acórdão já referido na nota 17, n.° 32. V., também, acórdão de 27 de Outubro de 1993, Muys' en De Winter's Bouw- en Aannemingsbedrijf (C-281/91, Colect., p. I-5405, n.° 13).

24 — Acórdãos CPP, já referido na nota 18, n.° 22; de 8 de Março de 2001, Skandia (C-281/91, Colect., p. I-1951, n.° 41); e de 20 de Novembro de 2003, Taksatorringen (C-8/01, Colect., p. I-13711, n.° 40). Contudo, o Tribunal de Justiça considerou, neste caso, decisivo o facto de o sujeito passivo prestar o serviço no quadro de uma relação contratual com o segurado, de modo que os serviços prestados por terceiros, que tenham sido contratados pelo segurador e que não tenham qualquer relação contratual com o segurado, não fiquem abrangidos pela isenção. A adaptação deste raciocínio a outras previsões de isenção proposta pelo advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nas conclusões de 4 de Julho de 1996 no processo SDC (C-2/95, Colect. 1997, p. I-3017, n.os 31 e segs.) foi recusada pelo Tribunal de Justiça (acórdão SDC, já referido na nota 17, n.os 39 e segs., em particular, n.° 57; v., também a este propósito, acórdão Skandia, n.os 35 e segs.).

própria natureza do serviço se o mesmo se pode considerar uma operação isenta, na acepção do n.º 6.

55. É que nem todas as funções que ficariam isentas se fossem executadas pela sociedade de gestão de um fundo de investimento ou pela sociedade de investimento, no âmbito das respectivas actividades, devem ser consideradas operações isentas, se a sua execução for transferida para terceiros.

56. Pois as funções exercidas no âmbito da exploração de um fundo de investimento vão desde funções específicas, que são típicas da gestão de um fundo de investimento (como, por exemplo, a escolha dos valores mobiliários em que será aplicado o dinheiro dos investidores), até funções completamente genéricas, que têm de ser exercidas no contexto de qualquer empresa comercial (como, por exemplo, a contabilidade, a gestão do pessoal, a manutenção de computadores e a manutenção das instalações).

57. Se todas estas funções forem executadas pela própria sociedade de gestão ou de investimento, então serão consideradas na sua totalidade como gestão isenta de um fundo de investimento, em virtude da natureza da actividade principal exercida [25]. Os serviços acessórios que não sejam característicos partilham a qualificação do serviço principal [26]. Mas se a sociedade de gestão transferir serviços para terceiros, importa indagar se esses serviços são ou não característicos da gestão de um fundo de investimento. Quais os critérios pertinentes para essa apreciação é o que se verá de seguida.

2. Considerações gerais acerca da interpretação do conceito de «gestão», contido no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva

58. O Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou acerca da interpretação do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva. Contudo, também aqui é de remeter para a regra geral segundo a qual os conceitos utilizados para designar as isenções visadas pelo artigo 13.º da Sexta Directiva devem ser interpretados de forma estrita, dado que constituem derrogações ao princípio geral de que o imposto sobre o volume de negócios é cobrado sobre qualquer prestação de serviços efectuada a título oneroso por um sujeito passivo [27]. Simultaneamente, aplica-se a regra segundo a qual os conceitos das isenções devem ser inter-

25 — Só os serviços que uma sociedade de gestão presta como prestações principais autónomas, paralelamente à gestão de um fundo de investimento, como é o caso de serviços de consultoria a terceiros, é que devem ser apreciados de forma diferente em relação à sujeição a IVA.

26 — Acórdãos de 13 de Julho de 1989, Henriksen (173/88, Colect., p. I-2763, n.os 14 a 16), e de 22 de Outubro de 1998, Madgett e Baldwin (C-308/96 e C-94/97, Colect., p. I-6229, n.º 24), bem como acórdão CPP, já referido na nota 18, n.º 30.

27 — Acórdãos Stichting Uitvoering Financiële Acties, já referido na nota 13, n.º 13; SDC, já referido na nota 17, n.º 20; e Taksatorringen, já referido na nota 24, n.º 36.

pretados tendo em consideração o contexto e a finalidade da regulamentação que os prevê [28] e segundo a qual a interpretação deve ter em conta as exigências do princípio da neutralidade fiscal em que assenta todo o sistema do IVA [29].

59. O advogado-geral M. Poiares Maduro, nas suas conclusões apresentadas no processo BBL, desenvolveu os seguintes critérios para a delimitação das operações materialmente conexas com o serviço principal, abrangidas pela isenção prevista no artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, e das operações acessórias, que já não se encontram abrangidas por essa isenção. Segundo o advogado-geral, deverão encontrar-se isentas as operações:

«[...] que são estreitamente conexas com a exploração do fundo, ou seja, à determinação da política de investimento, de compras e de vendas de activos. Embora não se reduzam a uma tomada de decisão, as operações isentas devem pelo menos fazer directamente parte das transacções comerciais de títulos. Para poder aplicar a isenção, é necessário provar que as prestações em causa são efectivamente indissociáveis das operações expressamente isentas nos termos da Sexta Directiva. Pelo contrário, prestações facilmente dissociáveis da gestão propriamente dita do fundo devem ser consideradas sujeitas ao IVA» [30].

60. Em seu entendimento, esta questão depende de saber se os serviços em causa produzem efeitos directos em relação à situação financeira do fundo, influenciando consequentemente, de forma decisiva, a apreciação dos riscos financeiros ou as decisões de investimento e de colocação de capital. Não era esse o caso dos serviços de assistência, de informação e de consultoria em apreciação no processo BBL, prestados por esse banco a sociedades de investimento (SICAV).

61. O ponto de partida destas conclusões do advogado-geral foi a jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça relativamente a isenções semelhantes àquela que ora se discute, previstas no artigo 13.°, B, alínea d), n.os 3 e 5, da Sexta Directiva. A este propósito, em particular, o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão SDC, que as operações em causa devem ter carácter autónomo, globalmente consideradas, e que devem ser específicas e essenciais relativamente às operações isentas do imposto [31]. Assim, o Tribunal de Justiça considerou, no que toca à isenção prevista no n.° 3, relativa a transferências, e no que toca à isenção relativa à negociação de títulos, prevista no n.° 5, que era essencial que a prestação dos serviços em causa originasse uma alteração da situação jurídica e financeira [32].

62. Levantam-se dúvidas quanto a saber em que medida estas constatações do Tribunal de Justiça podem ser aplicadas à isenção da

28 — V. acórdãos para os quais se remete na nota 17.

29 — Acórdão de 6 de Novembro de 2003, Dornier (C-45/01, Colect., p. I-12911, n.° 42).

30 — Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo BBL, já referidas na nota 9, n.° 33. O Tribunal de Justiça não abordou no seu acórdão BBL, já referido na nota 9, a questão da interpretação do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva.

31 — Acórdão SDC, já referido na nota 17, n.os 66 a 68, e acórdão de 13 de Dezembro de 2001, CSC Financial Services (C-235/00, Colect., p. I-10237, n.° 25).

32 — Acórdão SDC, já referido na nota 17, n.os 53, 66 e 73, e acórdão CSC, já referido na nota 31, n.os 26 a 28.

gestão de fundos de investimento, na acepção do n.º 6, tal com foi sugerido pelo advogado-geral M. Poiares Maduro, e quanto a saber quais as consequências que daí resultam para os serviços que o órgão jurisdicional de reenvio vai ter de apreciar, no âmbito do presente processo.

63. Sou de opinião de que as operações têm de ter um carácter autónomo — isto é, têm de formar um conjunto distinto — e que têm de ser específicas e essenciais em relação às operações isentas do imposto, para que possam ficar abrangidas pela isenção prevista no n.º 6. Mas o critério da alteração da situação jurídica e financeira, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça a propósito das operações previstas nos n.os 3 e 5, não é decisivo para se saber se se está perante uma operação isenta na acepção do n.º 6.

64. As operações visadas no n.º 3 referem-se a pagamentos e a transferências, bem como a procedimentos conexos; as operações visadas no n.º 5 referem-se ao comércio de títulos mobiliários. Portanto, ambas as previsões se relacionam com certas transacções no sistema financeiro. É por isso que, neste caso, é correcto considerar a alteração da situação jurídica e financeira como critério decisivo, uma vez que só se pode falar da existência de tais transacções se as mesmas efectivamente tiverem gerado a respectiva alteração da situação.

65. O conceito de «gestão», constante do n.º 6, é mais genérico e não se refere a transacções em concreto. Ainda que no âmbito da gestão de um fundo de investimento sejam certamente realizadas transacções, isso não é imprescindível. Mais exactamente, no caso de estratégias de investimento a longo prazo e no caso de certos tipos de fundos, como os fundos imobiliários, é imaginável que durante longos períodos de tempo apenas se analise o mercado, sem que se realizem novos investimentos. Contudo, mesmo durante esses períodos de tempo são exercidas funções subsumíveis ao conceito de gestão de um fundo de investimento.

66. Se a isenção fosse restringida a actividades que produzem efeitos em relação à composição da carteira, só ficaria isenta uma parte subalterna da actividade do fundo de investimento. Ficaria então em causa o efeito prático do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva. É que, na prática, existem outras actividades, tais como eventualmente aquelas estão em causa no presente processo, que constituem uma parte considerável das operações que são realizadas no contexto da exploração de um fundo de investimento. Além disso, um entendimento demasiado restritivo do conceito de «gestão» tornaria pouco atraente a transferência de serviços parciais correlacionados, o que, por sua vez, dificultaria a divisão do trabalho de forma economicamente eficiente.

67. Portanto, para que se aplique a isenção prevista no n.º 6, importa unicamente que o

serviço em causa tenha carácter autónomo e seja específico e essencial para a gestão de um fundo de investimento. Estes critérios devem ser concretizados tendo em consideração a finalidade das disposições e o respectivo contexto sistemático, bem como as outras isenções previstas no artigo 13.°, B, alínea d), aplicáveis a operações semelhantes. Além disso, importa analisar qual o significado da Directiva 85/611 neste contexto.

— Finalidades e contexto sistemático da isenção prevista no artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva

68. A finalidade da isenção das operações no contexto da gestão de fundos de investimento é, nomeadamente, facilitar aos pequenos investidores a aplicação de capital em fundos de investimento [33]. Para que este objectivo seja atingido, as despesas com a gestão do fundo devem ficar isentas de imposto. Se não existisse a isenção, os detentores de unidades de participação em fundos de investimento seriam mais fortemente tributados do que os investidores que aplicam directamente o seu dinheiro em acções ou em outros títulos mobiliários e que não recebem serviços prestados pela gestão de um fundo.

69. Mas, para que efectivamente exista igualdade fiscal no tratamento das formas de investimento, tal como impõe o princípio da neutralidade do IVA, a aplicação em fundos de investimento também não pode ser tratada de forma mais favorável do que a aplicação directa em títulos mobiliários. Uma vez que a isenção prevista no n.° 5 não se aplica nem à guarda nem à gestão de títulos mobiliários, tais operações deveriam também ficar sujeitas a tributação quando prestadas por um terceiro a favor de um fundo de investimento.

70. Porém, há que ter em conta que o termo «gestão» não tem o mesmo significado no n.° 5 e no n.° 6 [34]. Tal como o Tribunal de Justiça expôs no acórdão CSC, constituem guarda e gestão, na acepção do n.° 5, «[...] serviços de natureza administrativa que não alterem a situação jurídica e financeira existente entre as partes [...]» [35].

71. Na prática, a excepção relativa à guarda e à gestão prevista no n.° 5 refere-se, principalmente, à função exercida pelo banco depositário. A sua actividade de gestão, para além da guarda dos títulos mobiliários, consiste na execução de procedimentos técnicos, tais como a elaboração de extractos de depósito, o recebimento de dividendos, a transmissão de informação entre sociedades anónimas e seus accionistas, a entrega de impostos retidos na fonte e o preenchimento de declarações fiscais.

33 — V., *supra*, n.os 27 e segs.

34 — V. as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo BBL, já referidas na nota 9, n.° 38.

35 — Acórdão já referido na nota 31, n.° 30.

72. O conceito de gestão de um fundo de investimento, na acepção do n.º 6, tem, pelo contrário, um significado completamente diferente. Sem pretender antecipar a análise a que mais adiante procederei, pode comparar-se o papel de um gestor de um fundo ao do próprio investidor que investe directamente em títulos mobiliários. Portanto, a gestão não se encontra aqui limitada a procedimentos estritamente técnicos, que são normalmente executados pelo banco depositário, mas, pelo contrário, abrange as decisões que têm de ser tomadas relativamente ao investimento. A estas acresce a tarefa de emitir, comercializar e readquirir unidades de participação no fundo, o que inclui as tarefas administrativas conexas (apuramento do valor das unidades de participação, contabilidade e realização de pagamentos).

— Quanto à importância da Directiva 85/611 para a interpretação do conceito de gestão de um fundo de investimento, na acepção da Sexta Directiva

73. A Directiva 85/611 harmoniza o direito dos Estados-Membros em relação a determinados fundos de investimento e sociedades de investimento. Ao lado das disposições acerca da aprovação de OICVM e da respectiva política de investimento, as regras sobre os deveres das sociedades de gestão e dos depositários constituem uma parte essencial da Directiva 85/611. Em especial no seu anexo II, para o qual remete o artigo 5.º, n.º 2, encontra-se uma enumeração não taxativa das funções que, para efeitos dessa directiva, se devem considerar como englobadas pela «[...] actividade de gestão de fundos comuns de investimento e de sociedades de investimento [...]». A partir desta regulamentação, podem-se retirar conclusões para a interpretação do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva.

74. Em princípio, é desejável que os mesmos conceitos possam ser interpretados de modo igual, mesmo que inseridos em actos normativos distintos. Precisamente no que toca à interpretação dos conceitos autónomos da Sexta Directiva IVA, as regulamentações especiais de direito comunitário que incidem sobre a área da vida que abrange as operações a tributar constituem um importante auxílio, pois frequentemente não se conseguem retirar da própria Sexta Directiva os elementos suficientes para preencher os conceitos indeterminados nela contidos.

75. Já no acórdão BBL, o Tribunal de Justiça, a propósito da questão de saber se a actividade exercida por uma SICAV consubstancia uma actividade económica na acepção da Sexta Directiva IVA, remeteu para as definições contidas na Directiva 85/611 [36]. Remissões semelhantes encontram-se também previstas no artigo 13.º da Sexta Directiva. Assim, o termo «operações de seguro», constante do artigo 13.º, B, alínea a), foi interpretado pelo Tribunal de Justiça por remissão para a Directiva 73/239/CEE, relativa ao seguro directo [37]. O advogado-

36 — Acórdão já referido na nota 30, n.º 42.

37 — Acórdão CPP, já referido na nota 18, n.º 18.

-geral J. Mischo remeteu, no que toca à definição de corretor de seguro e no âmbito da mesma isenção, para a directiva [38] que incide especificamente sobre este grupo profissional [39].

76. Contudo, o advogado-geral M. Poiares Maduro rejeitou a aplicação da descrição das funções de gestão constante da Directiva 85/611 para efeitos de interpretação do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, com o fundamento de que as directivas têm objectos distintos [40].

77. De facto, o Tribunal de Justiça, no contexto da interpretação da Sexta Directiva IVA, já recusou apoiar-se noutros diplomas com base nesse mesmo argumento. Assim, por exemplo, não considerou adequado atribuir-se ao conceito de «assistência médica», constante do artigo 13.°, A, n.° 1, alínea c), da Sexta Directiva, o mesmo significado que essa expressão tem na directiva relativa à livre circulação dos médicos [41] [42].

78. A Directiva 85/611 visa a criação de regras comuns sobre os fundos de investimento, com o objectivo de uniformizar as condições de concorrência e de suprimir as restrições à livre circulação no plano comunitário de unidades de participação, protegendo simultaneamente os investidores [43]. Com as novas disposições sobre a actividade das sociedades de investimentos (incluindo o anexo II), introduzidas pela Directiva 2001/107 [44], pretende-se dar um novo impulso à harmonização. Quanto mais abrangente for a concretização das funções de gestão, nos termos da Directiva 85/611, maior será essa mesma harmonização.

79. Esta orientação da Directiva 85/611 implica uma certa contradição com o dever de se interpretarem de forma estrita as disposições da Sexta Directiva IVA que prevêem isenções — aqui, concretamente, o conceito de «gestão de um fundo de investimento». Porém, as previsões das duas directivas podem ser colocadas em sintonia se não se considerarem os conceitos constantes do anexo II da Directiva 85/611 como definições das funções de gestão de um fundo de investimento, mas como descrição das funções típicas de uma sociedade de gestão [45]. Esta perspectiva deixa suficiente espaço para que as funções de gestão enumeradas no anexo II da Directiva 85/611 possam ser consideradas como meros indícios da existência de uma actividade de

38 — Directiva 77/92/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, relativa às medidas destinadas a facilitar o exercício efectivo da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços nas actividades de agente e de corretor de seguros (ex grupo 630 CITI), e contendo, nomeadamente, medidas transitórias para esta actividade (JO 1977, L 26, p. 14; EE 06 F1 p. 219).

39 — Conclusões do advogado-geral J. Mischo de 3 de Outubro de 2002 no processo Taksatorringen (C-8/01, Colect. 2003, p. I-13711, n.os 88 e segs.). O Tribunal de Justiça, ainda que não se tenha pronunciado acerca da questão de saber em que medida seria aplicável a Directiva 77/92, acabou por analisar as disposições da mesma (acórdão Taksatorringen, já referido na nota 24, n.° 45).

40 — Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo BBL, já referidas na nota 9, n.° 39.

41 — Directiva 93/16/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, destinada a facilitar a livre circulação dos médicos e o reconhecimento mútuo dos seus diplomas, certificados e outros títulos (JO L 165, p. 1).

42 — Acórdão de 20 de Novembro de 2003, Unterpertinger (C-212/01, Colect., p. I-13859, n.° 37).

43 — V. os seus primeiro, segundo e terceiro considerandos.

44 — Já referida na nota 7.

45 — V., neste mesmo sentido, a proposta da Comissão, COM (98) 451 final, p. 8.

gestão de um fundo de investimento, no âmbito da Sexta Directiva IVA. Simultaneamente, poderá dar-se, na medida do necessário, cumprimento ao princípio da interpretação estrita das normas excepcionais.

80. Caso se considerasse a regulamentação do artigo 5.°, n.° 2, e do anexo II da Directiva 85/611 como uma definição abrangente de «gestão de um fundo de investimento», também para efeitos da Sexta Directiva IVA, estar-se-ia à partida a excluir deste conceito os serviços prestados pelo depositário, pois as funções do depositário encontram-se especialmente reguladas nos artigos 7.° e 14.° da Directiva 85/611.

81. A estrita separação das funções da sociedade de gestão das funções do depositário está de acordo com as finalidades específicas e com a sistemática da Directiva 85/611 [46]. O anexo II enumera as funções de um desses intervenientes, que é a sociedade de gestão, sem que daí resulte qualquer tipo de juízo acerca da classificação das funções do depositário. Por seu turno, o artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, refere-se genericamente à gestão de um fundo de investimento, sem diferenciar em função dos intervenientes [47]. Nesta medida, o conceito de «gestão», na acepção da Sexta Directiva, é mais abrangente do que a definição que resulta do anexo II da Directiva 85/611 e permite, em princípio, que também se possam considerar «gestão» as funções exercidas pelo depositário.

82. O Governo do Reino Unido observa, com razão, que a Directiva 85/611 não se aplica a certos tipos de fundos de investimento que, contudo, se encontram abrangidos pelo campo de aplicação do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva [48]. Mas esta circunstância não impede que se considere a Directiva 85/611 na resposta a dar à questão de saber quais são as actividades que são específicas e essenciais para a gestão de um fundo de investimento, pois os fundos e as sociedades de investimento em causa no litígio original caem no âmbito de aplicação da Directivas 85/611.

— Conclusão provisória

83. O conceito de gestão de um fundo de investimento, na acepção do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, também abrange serviços que não são prestados pela própria sociedade de gestão. Saber se uma actividade transferida para um terceiro deve ou não ser considerada como «gestão», nesta

46 — V., *infra*, n.os 85 e segs.

47 — V., *supra*, n.os 50 e segs.

48 — Por exemplo, a Directiva 85/611 não se aplica a fundos de tipo fechado nem a fundos em que não se invista em títulos mobiliários.

acepção, não depende do facto de essa actividade poder ter ou não influência sobre a política de investimento do fundo. A isenção deve ser interpretada à luz do objectivo de facilitar aos pequenos investidores o investimento em fundos de investimento e de não desfavorecer esta forma de investimento em relação ao investimento directo noutros títulos mobiliários. No âmbito da interpretação da Sexta Directiva, pode-se ter em conta a Directiva 85/611; a enumeração das funções englobadas pela actividade de gestão de um fundo de investimento que consta do anexo II da Directiva 85/611 não consubstancia, contudo, uma definição fechada do que seja a gestão de um fundo que possa ser aplicada sem modificações ao artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva. O que é decisivo é saber se a actividade transferida para um terceiro forma ou não um conjunto autónomo e é ou não específico e essencial para a gestão de um fundo de investimento.

84. Com base nestas considerações, importa agora analisar se os serviços em causa no processo principal devem ser considerados operações isentas no contexto da gestão de um fundo de investimento.

3. Quanto à classificação da actividade do depositário

85. O depositário é — na expressão da Comissão —, juntamente com o fundo e o seu gestor, um dos três pilares fundamentais do enquadramento jurídico dos fundos de investimento, criado através da Directiva 85/611 [49]. As suas funções consistem, essencialmente, na guarda dos activos do fundo de investimento e na fiscalização da sociedade de gestão. Deve actuar exclusivamente no interesse dos participantes [50] e responde perante eles pela violação dos seus deveres [51]. A directiva, para protecção dos investidores, introduziu aqui praticamente um princípio de duplo controlo.

86. Neste contexto, o Abbey National remeteu para o quarto considerando da Directiva 2001/107, que fala de uma «direcção bicéfala» (*two-man management*). E daqui resultaria que o depositário faz parte da gestão. Contudo, o Abbey National comete aqui um erro. É que o considerando citado não se refere a uma divisão de funções entre a sociedade de gestão e o depositário, mas à regulamentação constante do artigo 5.°-A, n.° 1, alínea b), da Directiva 85/611. Segundo esta disposição, a administração de uma sociedade de gestão deve ser assegurada por, pelo menos, duas pessoas de idoneidade e experiência comprovadas.

49 — Comunicação da Comissão de 30 de Março de 2004, COM (2004) 207 final, «A actual regulamentação relativa aos depositários dos OICVM a nível da UE», p. 2, n.° 2.

50 — Artigos 10.°, n.° 2, e 17.°, n.° 2, da Directiva 85/611.

51 — Artigos 9.° e 16.° da Directiva 85/611.

87. Quais sejam em concreto as funções do depositário é algo a que a Directiva 85/611 está longe de responder de forma satisfatória [52]. É por isso que na descrição dessas funções o direito nacional tem uma importância significativa. O direito nacional pode, em particular, permitir que o depositário transfira certas funções para um subdepositário (sem poder com isso, contudo, subtrair-se à sua responsabilidade) [53].

88. Para além disso, a Directiva 85/611 não impõe aos Estados-Membros disposições pormenorizadas quanto à distribuição das funções entre a sociedade de gestão e o depositário [54]. Deste modo, por exemplo, segundo o CIS Sourcebook, é ao administrador fiduciário (ou seja, ao depositário) [55] que cabe a manutenção de um registo actualizado dos participantes, enquanto essa mesma função vem referida no anexo II, segundo travessão, alínea e), da Directiva 85/611 como cabendo à sociedade de gestão.

89. Desde logo por esta razão, a classificação da actividade do depositário, no âmbito do processo principal, tem de ficar reservada ao órgão jurisdicional de reenvio. O Tribunal de Justiça, face à matéria de facto e à situação jurídica que lhe foram apresentadas, só pode dar indicações quanto à interpretação do conceito de «gestão» constante do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva.

90. No que toca aos critérios acima desenvolvidos, constata-se que a função de depositário constitui um conjunto autónomo. É o que resulta desde logo do facto de a Directiva 85/611 prever para essa actividade um papel diferente, distinto das funções previstas para a sociedade de gestão.

91. A actividade é também essencial para a gestão de um fundo de investimento. A aplicação de dinheiro num fundo de investimento apresenta para o investidor o risco de os meios financeiros que confiou ao fundo não serem devidamente aplicados ou mesmo de serem desviados. O próprio investidor não tem praticamente nenhuma hipótese de controlar a actuação do gestor do fundo. É por isso que a separação do depósito das demais tarefas da gestão do fundo tem uma importância essencial ao nível da segurança e, consequentemente, para a atractividade desta forma de investimento. A este propósito, relevam ainda as demais funções de fiscalização que o depositário exerce em relação à sociedade de gestão.

92. É certo que, em regra, a actividade do depositário não produz efeitos directamente

52 — V. a comunicação da Comissão, já referida na nota 49, p. 3, n.º 2.2, e p. 8, n.º 4.3.2. A Comissão considera necessária uma harmonização mais aprofundada e propõe no anexo II, n.º 3, da comunicação, a adopção na Directiva 85/611 de uma enumeração das funções do depositário.

53 — V. artigos 7.º, n.º 2, e 14.º, n.º 2, da Directiva 85/611.

54 — V. a tabela constante do anexo II, n.º 4.3, da comunicação da Comissão, já referida na nota 49.

55 — V., *supra*, n.º 18, ponto 7.

sobre a composição da carteira ou as demais relações financeiras do fundo. Tal influência só é possível quando se procede à correcção de decisões de investimento que contrariem disposições legais, contratuais ou estatutárias, em virtude da intervenção do depositário. Mas, como já disse, não se afigura adequado proceder-se a uma aplicação deste critério, desenvolvido a propósito das isenções previstas nos n.os 3 e 5, à isenção que agora nos importa, que é a da gestão de um fundo de investimento [56].

93. Por último, a actividade de um depositário também é específica da gestão de um fundo de investimento. Assim, por exemplo, a mesma não é comparável às funções de um técnico de contas, que só *a posteriori* e depois de um grande lapso de tempo controla a correcção de balanços. Pelo contrário, o depositário, no exercício das suas funções de fiscalização, desempenha um papel activo nos negócios diários do fundo.

94. A actividade não se limita à guarda de títulos mobiliários, em sentido técnico, a qual também pode ser exercida por bancos depositários. A mera guarda é tributada nos termos do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 5, da Sexta directiva. Se as funções do depositário fossem no essencial idênticas às de um banco depositário e se se considerasse que as mesmas se encontrariam abrangidas pela isenção prevista no n.° 6, então estar-se-ia a privilegiar o investimento em fundos de investimento relativamente ao investimento noutro tipo de títulos mobiliários.

95. Contudo, foi precisamente a mera guarda dos activos do fundo, em termos técnicos, que o depositário em causa no processo principal transferiu para terceiros. Não está em causa, no presente processo, o tratamento desta função, ao nível do IVA. Mas nem por isso a guarda, em termos técnicos, deixa de ser uma das funções características do depositário. Mesmo que o depositário tenha transferido essa função para terceiros, continua a ser responsável perante os investidores pela correcta guarda e a responder por erros cometidos no âmbito da mesma. Não pode alterar o aspecto principal e o tratamento fiscal da sua actividade pelo facto de transmitir para terceiros — no presente caso, os chamados *global sub-custodians* — a execução de partes essenciais das funções que lhe cabem. Neste contexto, também não pode relevar o facto de os *global sub-custodians*, ao que tudo indica, receberem a sua remuneração directamente da sociedade de gestão e não do depositário, apesar de actuarem sob a fiscalização deste.

96. O órgão jurisdicional de reenvio deve, por isso, apurar se, numa análise de conjunto de todas as funções do depositário, a guarda,

56 — V., *supra*, n.os 63 e segs.

em sentido técnico, constitui a parte principal das actividades que o direito nacional impõe ao depositário. Se for este o caso, a actividade do depositário deve ser considerada, na sua totalidade, como sujeita a IVA, uma vez que as demais funções, enquanto serviços acessórios, partilham da qualificação atribuída ao serviço principal.

97. Tendo em conta as amplas funções de fiscalização que o CIS Sourcebook transfere para os depositários, afigura-se improvável que essas mesmas funções devam ser consideradas apenas como serviços acessórios, subalternizados em relação à guarda em sentido técnico. Acresce que, aparentemente, a guarda, em sentido técnico, pode ser, sem mais, separada das demais funções, o que praticamente não se afigura possível se constituísse a tarefa principal do depositário.

4. Quanto à qualificação das funções administrativas transferidas para terceiros

98. As actividades transferidas pela Inscape para o BNYE e para o BNY encontram-se abrangidas pelo conceito de «gestão», na acepção do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, se formarem um conjunto autónomo e forem essenciais e específicas em relação à gestão do fundo. Em que medida é esse o caso no processo principal é algo que cumpre ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar.

99. O facto de o BNYE/BNY não ter assumido apenas actividades auxiliares individualizadas, mas, de algum modo, também a prestação de um serviço completo, tal como resulta da descrição das funções transferidas, constante do n.° 24 destas conclusões, constitui um argumento a favor de esses serviços formarem um conjunto autónomo. As funções transferidas correspondem, no essencial, a actividades que vêm descritas no anexo II da Directiva 85/611 como tratando-se de funções de gestão. O BNYE/BNY é, em particular, responsável pelo apuramento dos valores das unidades de participação e pela execução dos pagamentos. Para além disso, assume funções centrais de contabilidade e de elaboração das publicações.

100. Algumas das funções transferidas não terão, em si mesmas, carácter autónomo. Não basta, para que se aplique uma isenção de IVA, que certa função conste do anexo II da Directiva 85/611. Porém, a autonomia

exigida é atingida quando o terceiro assume um conjunto de serviços que abrange uma parte essencial de todas as funções que formam a gestão do fundo.

101. A autonomia não resulta aqui apenas da abrangência das funções transferidas mas também da relação interna das actividades transferidas. Assim, por exemplo, o apuramento dos valores das unidades de participação consubstancia um elemento importante da elaboração das contas e das publicações.

102. Além disso, existem alguns indícios de que as funções transferidas para os BNYE/ /BNY devem ser consideradas, no seu conjunto, como essenciais e específicas em relação à gestão de um fundo de investimento. Um fundo de investimento é, na sua essência, uma *pool* de títulos mobiliários, cuja composição se pode alterar tanto como o valor de cada um dos títulos mobiliários nela contidos. Nesta medida, o valor das unidades de participação nesta *pool* está sujeito a constantes oscilações. Para que estas unidades de participação num fundo de investimento possam ser comercializadas, o seu valor tem de ser sempre apurado de novo a curtos intervalos de tempo. Para o apuramento do valor relevam os juros e as receitas dos dividendos, que constituem factores que o aumentam, e as despesas de administração, que constituem factores que o diminuem. Em estreita conexão com o apuramento do valor está a elaboração de documentos que devem ser apresentados tanto aos actuais (e potenciais) titulares de unidades de participação como às autoridades de fiscalização. Também as actividades relacionadas com a constituição e a gestão de um fundo subsidiário devem ser consideradas como essenciais e específicas.

103. Algumas das funções transferidas são essenciais, mas não são tão específicas da gestão de um fundo de investimento; é o que se passa com as funções relacionadas com a realização de pagamentos. O simples facto de uma componente ser indispensável à realização de uma operação isenta não permite concluir pela isenção do serviço correspondente a esse componente [57].

104. Contudo, não obsta a uma classificação da actividade (total) dos BNYE/BNY como operações isentas, na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, o facto de algumas funções parciais não serem específicas da gestão de um fundo. O que na verdade é decisivo é que os serviços prestados pela entidade externa, quando considerados no seu conjunto, sejam essenciais e específicos para a gestão de um fundo de investimento. É precisamente a síntese de múltiplas actividades mais ou menos específicas que é típica da gestão de um fundo de investimento.

57 — Acórdão CSC, já referido na nota 31, n.º 32.

V — Conclusão

105. Pelo exposto, proponho as seguintes respostas às questões prejudiciais submetidas pelo VAT and Duties Tribunal:

«1) O conceito de 'gestão', na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme, constitui um conceito autónomo de direito comunitário, do qual os Estados-Membros não podem afastar-se.

2) Os serviços prestados por um depositário, na acepção dos artigos 7.º e 14.º da Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo em valores imobiliários, encontram-se isentos de IVA, nos termos do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, se

— formarem um conjunto autónomo e forem essenciais e específicos para a gestão de um fundo de investimento ou de uma sociedade de investimento, e

— se o objecto principal desses serviços não for constituído pelas actividades de guarda e gestão, na acepção do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 5, da Sexta Directiva.

3) Os serviços administrativos que um gestor externo presta aos gestores do fundo encontram-se isentos de IVA, nos termos do artigo 13.°, B, alínea d), n.° 6, da Sexta Directiva, se formarem um conjunto autónomo e forem essenciais e específicos para a gestão de um fundo de investimento ou de uma sociedade de investimento.»