Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 14 de março de 2024[1]

Processos apensos C-639/22 a C-644/22

X (C-639/22)
Stichting BPL Pensioen (C-643/22)
Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL) (C-644/22)
contra
Inspecteur van de Belastingdienst Utrecht (C-639/22, C-643/22 e C-644/22)
e
Fiscale Eenheid Achmea BV (C-640/22)
Y (C-641/22)
contra
Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-640/22 e C-641/22)
e
Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten
contra
Inspecteur van de Belastingdienst Maastricht (C-642/22)

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Rechtbank Gelderland (Tribunal de Primeira Instância de Gelderland, Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva IVA — Isenções — Gestão de ativos de investimento — Conceito — Comparabilidade com OICVM — Fundo de pensões — Risco de investimento dos investidores»

I. Introdução

1. Em diversos pedidos de decisão prejudicial neerlandeses coloca-se a questão de saber se e em que condições determinados fundos de pensões devem ser considerados fundos comuns de investimento na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (a seguir «Diretiva IVA»[2]). De acordo com esta disposição, os Estados-Membros definem os «fundos comuns de investimento». Até à

[1] Língua original: alemão.

[2] Diretiva do Conselho de 28 de novembro de 2006 (JO 2006, L 347, p. 1) na versão em vigor no ano controvertido (2009); entretanto recentemente alterada pela Diretiva (UE) 2022/890 do Conselho, de 3 de junho de 2022, que altera a Diretiva 2006/112/CE no respeitante à prorrogação do período de aplicação do mecanismo facultativo de autoliquidação em relação ao fornecimento ou prestação de certos bens e serviços que apresentam um risco de fraude e do mecanismo de reação rápida contra a fraude ao IVA (JO 2022, L 155, p. 1).

data, os Países Baixos não definiram os fundos de pensões controvertidos como fundos comuns de investimento e, por conseguinte, consideram que os serviços de gestão prestados aos mesmos estão sujeitos ao imposto sobre o valor acrescentado.

2. O conceito de «fundo comum de investimento» a definir pelos Estados-Membros foi parcialmente coberto no plano do direito da União pela Diretiva OICVM. Por esse motivo, o Tribunal de Justiça já se debruçou no passado sobre a questão de saber se a gestão de fundos de pensões está isenta de IVA, se estes forem, e por serem, comparáveis com um OICVM [3]. Existe agora a possibilidade de precisar esta jurisprudência.

3. Além disso, importa clarificar em que condições os sujeitos passivos podem invocar diretamente a isenção prevista no artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA. Em especial, coloca-se a questão de saber em que medida o princípio da neutralidade restringe o poder de apreciação dos Estados-Membros em sede de definição de «fundo comum de investimento». Em concreto, há que analisar se uma isenção de IVA que seja concedida a determinados fundos de pensões (do terceiro pilar do regime nacional de pensões) também deve ser estendida a outros fundos de pensões (neste caso, do segundo pilar).

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva IVA

4. O artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA dispõe o seguinte:

«1. Os Estados-Membros isentam as seguintes operações:

g) A gestão de fundos comuns de investimento, tal como definidos pelos Estados-Membros».

2. Diretiva OICVM

5. O artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva 2009/65/CE que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (a seguir «Diretiva OICVM») [4] tem a seguinte redação:

«2. Para efeitos do disposto na presente diretiva, e sem prejuízo do artigo 3.º, entendem-se por «OICVM» os organismos:

a) Cujo objeto exclusivo é o investimento coletivo dos capitais obtidos junto do público em valores mobiliários ou noutros ativos financeiros líquidos referidos no n.º 1 do artigo 50.º e cujo funcionamento seja sujeito ao princípio da repartição de riscos; e

[3] Acórdãos de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139) e de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144).

[4] Diretiva do Conselho de 13 de julho de 2009 (JO 2009, L 302, p. 32) na versão em vigor no ano controvertido; entretanto recentemente alterada pela Diretiva (UE) 2021/2261 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2021, que altera a Diretiva 2009/65/CE no que respeita à utilização dos documentos de informação fundamental pelas sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (JO 2021, L 455, p. 15).

b) Cujas unidades de participação sejam, a pedido dos seus detentores, readquiridas ou reembolsadas, direta ou indiretamente, a cargo dos ativos destes organismos. É equiparado a estas reaquisições ou reembolsos o facto de um OICVM agir de modo a que o valor das suas unidades de participação na bolsa não se afaste sensivelmente do seu valor patrimonial líquido.

Os Estados-Membros podem autorizar que os OICVM sejam constituídos por vários compartimentos de investimento.»

B. Direito neerlandês

6. O artigo 11.º, n.º 1, alínea i), ponto 3, da Wet op de omzetbelasting 1968 (Lei de 1968 relativa ao Imposto sobre o Volume de Negócios) dispõe:

«1. Estão isentos de IVA, nas condições a estabelecer por regulamento:

i) os seguintes serviços […]:

3. a gestão, pelos fundos de investimento e sociedades de investimento, de patrimónios reunidos para investimento coletivo.»

III. Factos dos seis pedidos de decisão prejudicial

7. Todos os pedidos de decisão prejudicial dizem respeito a fundos especiais de pensões. Nos processos C-639/22 (X), C-641/22 (Y), C-642/22 (Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), C-643/22 (Stichting BPL Pensioen) e C-644/22 (Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf — BPFL), estes são os próprios recorrentes. Contrataram serviços pelos quais estavam sujeitos a IVA enquanto destinatários da prestação. No processo C-640/22 (Fiscale Eenheid Achmea BV), foi a própria recorrente estabelecida no país que prestou os serviços de gestão a um fundo de pensões, pelos quais estava sujeita a IVA.

8. Os fundos de pensões afirmam serem «fundos comuns de investimento» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA. Neste caso, os serviços de gestão estariam isentos de IVA. A administração fiscal neerlandesa rejeita tal entendimento, fazendo referência para a estrutura do plano de pensões de reforma neerlandês e para a configuração específica dos fundos de pensões controvertidos.

9. O processo C-644/22 ilustra a configuração dos fundos de pensões específicos que estão em causa nos processos principais. Neste caso, a recorrente é um fundo de pensões setorial para o setor da alimentação. A inscrição dos trabalhadores no fundo de pensões é imposta por lei.

10. O regulamento de pensão da recorrente baseia-se num acordo de pensão de reforma na aceção da lei neerlandesa relativa a pensões e prevê, designadamente, uma pensão de reforma vitalícia ou temporária. A base de cálculo da pensão é o rendimento do trabalho deduzido de uma franquia anualmente determinada. Assim, o montante dos direitos e prestações de reforma depende principalmente do montante do rendimento do trabalho e dos anos de serviço.

11. A pensão de reforma é financiada por capitalização. Além disso, as disposições legislativas impõem determinados requisitos relativos ao rácio de cobertura dos fundos de pensões, ou seja, o rácio entre os ativos do fundo (ativos) e o valor atual das responsabilidades em matéria de pensões (passivo). O cumprimento destes requisitos é garantido pela supervisão do Estado.

12. Os trabalhadores participantes no fundo de pensões adquirem direitos de reforma que podem ser adaptados anualmente com base no índice de preços no consumidor (a denominada indexação). O aumento dos direitos ou prestações de reforma (a denominada bonificação) deve ser realizado através do rendimento do investimento. Além disso, não podem ser concedidas bonificações se o rácio de cobertura tiver descido abaixo de um determinado nível. No passado, apenas em 2009 foi concedida uma bonificação.

13. Em caso extremo, o fundo de pensão controvertido também pode, pelo contrário, ser obrigado a reduzir os direitos e as prestações de reforma. Devido ao baixo rácio de cobertura, a recorrente apresentou um plano de recuperação ao De Nederlandsche Bank (Banco Central dos Países Baixos). O plano de recuperação prevê uma redução de 0,85 % das pensões de reforma acumuladas até 31 de dezembro de 2021.

14. O quadro factual dos restantes pedidos de decisão prejudicial (C-639/22, C-640/22, C-641/22, C-642/22 e C-643/22) é semelhante.

15. O processo C-641/22 teve apenas a particularidade adicional de os trabalhadores terem prestado uma garantia no valor de 250 000 000 euros entre 2014 e 2020, para a acumulação dos direitos a pensão pretendida.

16. No processo C-640/22, não houve acumulação de ativos no fundo de pensões controvertido desde 1 de janeiro de 2018. Além disso, o fundo de pensões estava obrigado a transferir a totalidade dos seus ativos para uma seguradora ou para outro fundo de pensões devido ao baixo rácio de cobertura.

IV. Reenvio prejudicial

17. As recorrentes contestam a fixação de IVA no Rechtbank Gelderland (Tribunal de Primeira Instância de Gelderland, Países Baixos) competente. O órgão jurisdicional suspendeu os processos e submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º TFUE, a seguinte primeira questão prejudicial em todos os processos e ainda uma segunda questão prejudicial no processo C-644/22:

1. Deve o artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva 2006/112 ser interpretado no sentido de que se pode considerar que os participantes num fundo de pensões como o que está em causa no processo principal correm um risco de investimento, daí resultando que o fundo de pensões constitui um «fundo comum de investimento» na aceção da referida disposição? É relevante, para o efeito:

   — a questão de saber se os participantes correm um risco de investimento individual, ou é suficiente que os participantes sejam os únicos a suportar, enquanto coletivo, as consequências dos resultados dos investimentos?

   — saber qual é a extensão do risco coletivo ou do risco individual?

— saber em que medida o montante da pensão de reforma também depende de outros fatores, como o número de anos de acumulação de direitos a pensão, o nível do salário e a taxa de atualização?

No processo C-641/22, adicionalmente ainda:

— o facto de o empregador ter prestado uma garantia até 250 000 000 euros para o período de 2014 a 2020, a fim de alcançar o objetivo de acumulação dos direitos a pensão?

No processo C-640/22, em vez desta, adicionalmente ainda:

— que, desde 1 de janeiro de 2018, o fundo de pensões não tenha acumulado ativos e seja obrigado a transferir a totalidade dos seus ativos para uma seguradora ou outro fundo de pensões devido ao baixo rácio de cobertura?

2. O princípio da neutralidade fiscal implica que, para efeitos de aplicação do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA, no caso de fundos que não são OICVM, se deva avaliar não só se estes são comparáveis a um OICVM, mas também se, do ponto de vista do consumidor médio, são comparáveis a outros fundos que não sejam OICVM, mas que são considerados fundos comuns de investimento pelo Estado-Membro?

18. Os seis pedidos de decisão prejudicial foram apensos para efeitos da fase escrita, da fase oral e do acórdão, nos termos do artigo 54.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

19. No processo prejudicial perante o Tribunal de Justiça, apresentaram observações escritas e participaram na audiência em 5 de outubro de 2023 as seis recorrentes (X, Y, Stichting BPL Pensioen, stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf, Fiscale Eenheid Achmea BV, Stichting Pensioenfonds voor Fysiotheapeuten), o Reino dos Países Baixos, o Reino da Dinamarca e a Comissão Europeia.

V. Apreciação jurídica

20. As recorrentes baseiam-se no artigo 135.º, n.º 1, alínea g) da Diretiva IVA, segundo o qual os Estados-Membros isentam de IVA «[a] gestão de fundos comuns de investimento, tal como definidos pelos Estados-Membros».

21. A primeira questão prejudicial diz respeito ao conceito de «fundo comum de investimento», na medida em que não se sobrepõe ao direito da União [5] (v. a este respeito, A.). Por outro lado, a segunda questão prejudicial diz respeito às competências que o artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA reserva aos Estados-Membros para definir o conceito de «fundo comum de investimento» e à questão de saber que restrições o direito da União lhes impõe para esse efeito (v. a este respeito, B.).

[5] V. quanto ao regime anterior previsto no artigo 13.º, B, alínea d), ponto 6, da Diretiva 77/388/CE, que, no essencial, tinha a mesma redação do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA, Acórdão de 9 de dezembro de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, n.º 46).

A. Quanto à primeira questão prejudicial

22. A primeira questão prejudicial diz respeito à questão de saber que requisitos deve um fundo de pensões preencher e, em especial, que risco de investimento devem os seus participantes suportar, para que o mesmo deva ser considerado um «fundo comum de investimento» (v. a este respeito, 1.). Além disso, coloca-se, em todo o caso, a título subsidiário, a questão de saber se a disposição pode ser diretamente aplicável em benefício dos sujeitos passivos (v. a este respeito, 2.).

1. Quanto ao conceito de fundo comum de investimento

23. A isenção prevista no artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA tem como objetivo o tratamento equitativo em matéria de IVA do investimento direto em valores mobiliários e do investimento através de um fundo comum de investimento gerido por terceiros. O investimento num fundo comum de investimento não deve ser mais desfavorável para um investidor privado do que um investimento direto [6]. Neste último caso, não existe um serviço de gestão sujeito a IVA que reduza o retorno do investimento. Por conseguinte, trata-se da garantia da neutralidade em sede de IVA para diferentes formas de investimento.

24. Segundo a redação do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA, cabe aos Estados-Membros definir os fundos comuns de investimento que podem beneficiar de serviços de gestão isentos. No entanto, depois de a União ter começado a harmonizar a supervisão dos ativos de investimento através da Diretiva OICVM, o Tribunal de Justiça restringiu a competência de definição atribuída aos Estados-Membros. Estes passaram a ter obrigatoriamente de classificar como fundos comuns de investimento os ativos regulados ao abrigo da versão anterior da Diretiva OICVM [7]. Desta forma, a competência de definição atribuída aos Estados-Membros pelo direito relativo ao IVA ficou parcialmente limitada pela harmonização do direito relativo à supervisão [8].

25. Consequentemente, os fundos de pensões controvertidos deveriam ser classificados como «fundos comuns de investimento» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA, se fossem OICVM. No entanto, os intervenientes concordam que os fundos de pensões não são OICVM [9].

26. Além disso, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, por motivos de igualdade de condições de concorrência, devem também ser obrigatoriamente considerados como fundos comuns de investimento os fundos que, embora não sendo OICVM, têm características semelhantes a estes e efetuam as mesmas operações, ou, pelo menos, têm características de tal forma comparáveis que se encontram numa relação de concorrência com eles [10].

6 Neste sentido, Acórdão de 9 de dezembro de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, n.º 34 e jurisprudência referida).

7 Acórdãos de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, n.º 46) bem como de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144, n.º 23).

8 Acórdão de 9 de dezembro de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, n.º 46); v., desde logo, também as minhas conclusões nos processos Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, n.º 23), JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust e The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:125, n.º 32), bem como Abbey National (C-169/04, EU:C:2005:523, n.º 38).

9 Neste sentido, quanto a outros fundos especiais de pensões, v. desde logo Acórdãos de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, n.º 48) e de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144, n.º 25); tal deve-se sobretudo ao facto de os fundos de pensões estarem abertos apenas a trabalhadores do respetivo setor, grupo profissional ou empresa.

10 Acórdãos de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, n.º 47) e de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144, n.º 24); v. igualmente Acórdão de 28 de junho de 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust e The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, n.ºs 48 e segs.).

27. Estas características em concreto ainda não resultam inequivocamente da jurisprudência atual. Com efeito, o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a classificação de fundos de pensões como fundos comuns de investimento nos Acórdãos Wheels Common Investment Fund Trustees (a seguir «Wheels») [11] e ATP PensionService (a seguir «ATP») [12]. No entanto, as duas decisões incidem sobre as particularidades do respetivo caso concreto. Por conseguinte, não respondem à questão de saber como devem ser classificados os fundos de pensões aqui em causa.

28. Consequentemente, também deve ser apreciado neste caso, à luz dos critérios estabelecidos no artigo 1.º, n.º 2, primeiro período, da Diretiva OICVM, se os fundos de pensões como os que estão aqui em causa são equiparáveis a OICVM.

a) Obtenção de capitais junto do público

29. Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, primeiro período, da Diretiva OICVM, os capitais devem obrigatoriamente ser obtidos junto do público. Assim, o fundo deve estar aberto a um número ilimitado de investidores.

30. Ora, os fundos de pensões aqui em causa não estão abertos ao público, mas apenas a um círculo limitado de investidores, ou seja, aos trabalhadores do respetivo setor, grupo profissional ou empresa. Tal exclui *prima facie* a comparabilidade dos fundos de pensões a OICVM.

31. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal é reforçado pelo facto de só serem comparáveis com OICVM os fundos que se «encontram numa relação de concorrência» com eles [13]. Por princípio, uma relação de concorrência deste tipo apenas pode ocorrer entre ativos de investimento que se dirigem ao mesmo círculo de investidores [14]. Tal não sucede no caso dos fundos de pensões e das OICVM pelos motivos referidos no n.º 30, tanto mais quando a adesão a um fundo especial de pensões é imposta por lei. Em princípio, a inscrição obrigatória exclui a concorrência pela angariação de investidores.

b) Investimento sujeito ao princípio da repartição de riscos

32. Outra característica essencial de um OICVM consiste no facto de os capitais obtidos deverem ser investidos em valores mobiliários ou noutros ativos financeiros líquidos referidos no n.º 1 do artigo 50.º, da Diretiva OICVM, cujo funcionamento seja sujeito ao princípio da repartição de riscos [artigo 1.º, n.º 2, primeiro período, alínea a), da Diretiva OICVM].

33. Os intervenientes concordam a respeito da existência de tal diversificação de riscos.

[11] Acórdão de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144).

[12] Acórdão de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139).

[13] Acórdãos de 9 de dezembro de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, n.º 37); de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, n.º 48) bem como de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144, n.º 24).

[14] V. desde logo as minhas Conclusões no processo Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, n.º 27) e Acórdão de 9 de dezembro de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, n.º 48).

c) Obrigação de reaquisição ou de reembolso

34. Acresce que o artigo 1.º, n.º 2, primeiro período, alínea b), da Diretiva OICVM dispõe que as unidades de participação em OICVM devem, a pedido dos seus detentores, ser readquiridas ou reembolsadas, direta ou indiretamente, a cargo dos ativos destes organismos. Por conseguinte, a isenção pressupõe um dever semelhante de reaquisição ou de reembolso.

35. Neste sentido, os fundos de pensões em causa no processo principal também não podem ser equiparados a um OICVM enquanto instrumento de investimento. Com efeito, segundo afirma o órgão jurisdicional de reenvio, a dissolução só deve ocorrer em casos excecionais. Por maioria de razão, em caso de inscrição obrigatória, não assiste aos segurados qualquer direito de reaquisição ou de reembolso relativamente ao fundo de pensões.

d) Supervisão específica por parte do Estado

36. Tal como os OICVM, nos termos do artigo 12.º da Diretiva OICVM, os fundos de pensões em causa nos processos principais também devem estar sujeitos nos Países Baixos a uma supervisão específica por parte do Estado [15].

37. Os intervenientes concordam que este requisito se encontra preenchido no caso dos fundos de pensões neerlandeses controvertidos. Isto também está em conformidade com a Diretiva (UE) 2016/2341 [16] relativa às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais, segundo a qual, em princípio, os planos profissionais de reforma devem estar sujeitos a supervisão do Estado [17].

e) O participante suporta o risco de investimento

38. A última característica essencial consiste na existência de um risco de investimento para o investidor. A Diretiva OICVM pretende assegurar uma proteção eficaz e uniforme do participante no seio da União [18]. No entanto, esta proteção só é necessária quando existe um risco de investimento [19]. As alegações dos intervenientes concentram-se nesta característica.

39. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça, no processo Wheels, recusou a equiparação do fundo de pensões a um OICVM, porque a pensão «não depende minimamente do valor dos ativos nem dos resultados dos investimentos efetuados pelos gestores desse regime, pois está predefinida em função da duração da atividade profissional desenvolvida para a sua entidade profissional e do montante do salário» [20]. No processo ATP, o requisito também consistia na assunção do risco de investimento pelos segurados [21].

15 V. desde logo as minhas Conclusões no processo Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, n.º 27) e Acórdão de 9 de dezembro de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, n.º 48).

16 Diretiva (UE) 2016/2341 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2016 (JO 2016, L 354, p. 37).

17 V., desde logo, as minhas Conclusões no processo Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, n.º 28), no entanto, ainda com referência à Diretiva anterior 2003/41/CE.

18 V. terceiro considerando da Diretiva OICVM.

19 V., igualmente, Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2013:840, n.º 64).

20 Acórdão de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144, n.º 27).

21 Acórdão de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, n.ºs 51 e segs.).

40. Nos presentes processos, os modelos de pensões têm a particularidade de, por um lado, os montantes dos direitos e prestações de reforma se basearem no montante do rendimento do trabalho e dos anos de serviço. Por outro lado, pode depender dos rendimentos dos investimentos o facto de os direitos e prestações de reforma serem indexados ou, pelo contrário, reduzidos. Deste modo, os rendimentos do investimento influenciam indiretamente o montante das pensões de reforma.

41. Coloca-se a questão de saber se tal consubstancia um risco de investimento comparável. Para responder a esta questão, há que estabelecer uma distinção consoante o tipo de pensão prometida.

42. Se do plano de pensão de reforma resultar uma pensão garantida que depende, em especial, dos anos de serviço e do montante do rendimento do trabalho, os beneficiários da prestação não suportam nenhum risco de investimento *comparável*. O facto de, além disso, o montante da pensão de reforma ou dos direitos de reforma depender, indiretamente, numa medida limitada, dos rendimentos do investimento não basta, como também defendem os Países Baixos, para presumir a existência de um risco de investimento comparável. A eventual adaptação do montante da pensão de reforma (para mais ou para menos) está sujeita à condição de um grau correspondente de cobertura, para, no interesse de todos os beneficiários da prestação, garantir pelo menos, tanto quanto possível, a pensão de reforma prevista. Em contrapartida, o investidor de um OICVM não obtém nenhuma garantia mínima relativamente ao reembolso do seu património investido.

43. Pelo contrário, se, de acordo com o plano de pensões de reforma, se tratar de uma pensão de reforma prometida maioritariamente dependente da evolução do valor do capital investido, o beneficiário da pensão não pode contar com uma prestação de reforma garantida, participando antes diretamente nas oscilações de valor dos seus investimentos de capital. Consequentemente, é ele que suporta o risco do investimento, à semelhança do que sucede no caso de um OICVM.

44. Partindo desta distinção, compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, se os planos de pensão de reforma contratados nos processos principais, numa perspetiva global, incluem pensões prometidas maioritariamente garantidas ou dependentes da evolução do valor do capital investido. Para tanto, há que ter em conta o foco principal do respetivo plano de pensões de reforma e, deste modo, a relação entre os direitos de pensão garantidos e variáveis.

45. Um montante de pensões garantido também pode ser assegurado, no caso concreto, quando o empregador, como sucedeu no processo C-641/22, fornece uma garantia para a acumulação de direitos a pensão. Contudo, neste caso também é relevante que sejam globalmente tidas em conta todas as circunstâncias do caso concreto.

46. Em contrapartida, é irrelevante saber se o fundo de pensões, como no processo C-640/22, ainda procura ativamente a acumulação de património. Apenas releva a configuração do plano de pensões subjacente e não a situação financeira efetiva do fundo de pensões.

47. Conforme resulta dos pedidos de decisão prejudicial do órgão jurisdicional neerlandês, o foco principal da maioria dos planos que estão na origem dos processos principais incide sobre pensões prometidas garantidas. Os beneficiários dos direitos e das prestações não suportam, nesse caso, nenhum risco de investimento equiparável ao de um OICVM.

f) Conclusão intermédia

48. Os fundos de pensões em causa nos processos principais não são OICVM. No entanto, estes seguros de pensões ligados a um fundo também não podem ser equiparados a um OICVM, sem prejuízo da apreciação do órgão jurisdicional de reenvio. Em especial, os fundos de pensões obrigatórios em causa não estão abertos a um número ilimitado de investidores, pelo que não existe uma situação de concorrência com um OICVM. Também não parece existir nenhuma obrigação de pagamento como sucede no caso dos OICVM.

49. No que respeita à característica do risco de investimento, há que distinguir consoante se trata principalmente de pensões prometidas garantidas ou dependentes da evolução do valor do capital investido. Só neste último caso é que o beneficiário dos direitos e das prestações suporta um risco de investimento semelhante ao do investidor de um OICVM.

50. No entanto, os Estados-Membros também podem estender a isenção a um fundo de pensões como o que está em causa no processo principal. No entanto, o direito da União não estabelece nenhuma obrigação nesse sentido.

2. A título subsidiário: quanto à aplicação direta do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA

51. Só no caso de o Tribunal de Justiça concluir que os fundos de pensões em causa nos processos principais devem ser classificados como fundos comuns de investimento, é que se coloca a questão subsequente de saber se as recorrentes se podem basear no artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA, desde que não seja possível interpretar o direito nacional em conformidade com o direito da União.

52. Para tal, as disposições da Diretiva devem ser suficientemente precisas e incondicionais [22]. A execução ou a eficácia da disposição não deve depender, quanto ao seu cumprimento e aos seus efeitos, de mais nenhum ato dos Estados-Membros [23].

53. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça, em decisões mais recentes, recusou a aplicação direta de disposições relativas a isenções nos termos do artigo 132.º, n.º 1, da Diretiva IVA, quando os Estados-Membros dispõem de uma certa margem de apreciação para a definição das características específicas [24].

54. No entanto, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA é diretamente aplicável apesar da competência dos Estados-Membros para estabelecer definições [25]. Tal justifica-se pela sobreposição do direito da União quanto ao conceito de «fundo comum de investimento». Assim, a margem de apreciação dos Estados-Membros no âmbito da sua competência para estabelecer definições é reduzida «a zero», uma vez que a Diretiva OICVM harmoniza o conceito de «fundo especial de investimento».

[22] Acórdãos de 10 de dezembro de 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, n.º 26), e de 15 de fevereiro de 2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117, n.º 13 e jurisprudência referida).

[23] V. Acórdãos de 10 de dezembro de 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, n.º 27), e de 16 de julho de 2015, Larentia + Minerva e Marenave Schiffahrt (C-108/14 e C-109/14, EU:C:2015:496, n.º 49 e jurisprudência referida).

[24] Assim, quanto ao conceito de serviços culturais no artigo 132.º, n.º 1, alínea n), da Diretiva IVA, Acórdão de 15 de fevereiro de 2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117, n.ºs 14, 16, 23 e segs.), bem como ao artigo 132.º, n.º 1, alínea m), da Diretiva IVA, Acórdão de 10 de dezembro de 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, n.ºs 31 e 42).

[25] Acórdão de 28 de junho de 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust e The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, n.º 59) quanto à regulamentação anterior do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Diretiva 77/388/CE, quase idêntica.

55. Em contrapartida, uma vez que a classificação pelos Estados-Membros de ativos como fundos comuns de investimento na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA fica ao critério dos Estados-Membros, a aplicação direta deve ser excluída. Com efeito, sem a correspondente definição do Estado-Membro, não resulta da Diretiva que fundos comuns de investimento além do OICVM devem beneficiar de isenção.

56. Em conclusão, as recorrentes só podem, por isso, basear-se diretamente no artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA desde que os fundos de pensões em causa nos processos principais sejam equiparáveis a um OICVM (não sendo possível uma interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União).

B. Quanto à segunda questão prejudicial

57. Com a segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o princípio da neutralidade fiscal implica que, para efeitos da aplicação do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA, também se deva avaliar se os fundos de pensões são comparáveis a um outro fundo considerado como um fundo comum de investimento pelo Estado-Membro. No essencial, está em causa a questão de saber que limites o direito da União impõe aos Estados-Membros no quadro da competência que lhes foi atribuída para estabelecer definições e em que medida os mesmos também devem sujeitar prestações semelhantes ao imposto.

58. Contudo, a questão só assume relevância se nem os fundos de pensões controvertidos nem os fundos classificados pelo Estado-Membro como fundos comuns de investimento forem comparáveis a um OICVM. Além disso, a comparabilidade só beneficiará as recorrentes se o direito nacional puder ser interpretado em conformidade com o direito da União. Com efeito, a aplicação direta das disposições da Diretiva IVA não é concebível no domínio da competência atribuída aos Estados-Membros para estabelecer definições, tal como acima referido no n.º 55.

59. Os Estados-Membros, no âmbito da competência que lhes foi atribuída de definir o conceito de «fundo comum de investimento», devem respeitar o princípio da neutralidade fiscal [26]. Este não permite que prestações de serviços semelhantes, que estão em concorrência entre si, sejam tratadas de maneira diferente em sede de IVA [27].

60. Contudo, à luz do princípio da democracia, um dos valores mencionados no artigo 2.º TUE, o Tribunal de Justiça só pode constatar uma violação do princípio da neutralidade por parte do legislador nacional com legitimidade democrática, se este tiver excedido manifestamente a sua margem de apreciação. Isto só acontece se, na perspetiva do consumidor médio, os serviços tributados de forma diferente forem quase idênticos, para poderem ser facilmente substituídos [28].

61. No presente caso, a questão da equiparação coloca-se apenas porque o denominado regime de pensão individual de contribuição definida (terceiro pilar do plano de pensões de reforma neerlandês), segundo as Diretivas do Staatssecretaris van Financiën (Secretário de Estado das Finanças, Países Baixos) de 19 de setembro de 2014, constitui um «fundo comum de investimento» cuja gestão é isenta.

[26] Acórdãos de 9 de dezembro de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, n.º 33), de 13 de março de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, n.º 42), e de 7 de março de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees e o. (C-424/11, EU:C:2013:144, n.º 18).

[27] V. apenas Acórdão de 5 de outubro de 2023, Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej (IVA para bebidas lácteas quentes) (C-146/22, EU:C:2023:739, n.º 46 e jurisprudência referida).

[28] V. desde logo as minhas Conclusões no processo HPA – Construções (C-433/22, EU:C:2023:655, n.ºs 50 e segs.).

62. A finalidade do regime de pensão individual de contribuição definida do terceiro pilar parece ser permitir aos trabalhadores aumentarem voluntariamente as prestações de reforma restantes. Em contrapartida, a inscrição obrigatória num fundo especial de pensões visa a garantia obrigatória de todos os trabalhadores [além da garantia dos cuidados básicos (primeiro pilar)]. Desde logo, as diferentes finalidades da inscrição (obrigatória) num fundo especial de pensões (segundo pilar) e do plano individual de pensões voluntário (terceiro pilar), suscitam dúvidas sobre a comparabilidade. A concorrência entre os diferentes pilares de um plano de pensões só parece ser possível numa medida limitada.

63. Além disso, segundo as alegações do órgão jurisdicional de reenvio, as diretivas da administração fiscal neerlandesa baseiam-se na presunção de que os membros segurados ao abrigo de um plano individual de pensões voluntário suportam um risco de investimento. Como já referi, os investidores no primeiro pilar não suportam esse risco de investimento quando se trate principalmente de pensões prometidas garantidas (v. n.º 42, *supra*), o que também se opõe à comparabilidade.

64. Assim, existem diferenças consideráveis que apontam para a falta de comparabilidade. No entanto, compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciá-la em definitivo com base nos critérios expostos.

65. Em conclusão, os Estados-Membros devem, pois, respeitar o princípio da neutralidade fiscal quando definem os «fundos comuns de investimento» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva IVA. No entanto, este princípio não se opõe a que um Estado-Membro estabeleça uma distinção entre pilares de diferentes estruturas do seu plano de pensões de reforma e, em especial, entre, por um lado, pensões prometidas garantidas e, por outro, pensões prometidas dependentes da evolução do valor do capital investido.

VI. Conclusão

66. Atendendo às considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões prejudiciais submetidas pelo Rechtbank Gelderland (Tribunal de Primeira Instância de Gelderland, Países Baixos):

1) O artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado deve ser interpretado no sentido de que constitui um ativo comparável com um OICVM e, por conseguinte, um «fundo comum de investimento» o ativo que preenche na quase totalidade os requisitos referidos no artigo 1.º, n.º 2, primeiro período, da Diretiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários. Tal pressupõe, nomeadamente, que o capital investido esteja aberto ao público, que exista uma obrigação de pagamento semelhante à de um OICVM e que os investidores suportem um risco de investimento semelhante. Este último depende, no essencial, de a pensão prometida prever maioritariamente prestações garantidas ou dependentes da evolução do valor do capital investido.

2) Para efeitos de aplicação do artigo 135.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva 2006/112, no âmbito de fundos que não são OICVM deve ser avaliado não apenas se estes são comparáveis a um OICVM mas também se são comparáveis a outros fundos que não sejam OICVM, mas que são considerados fundos comuns de investimento pelo Estado-Membro. O Estado-Membro pode isentar a gestão destes fundos comuns de investimento, devendo respeitar o princípio da neutralidade. No entanto, este não se opõe a uma distinção objetivamente justificada entre os pilares de diferentes estruturas do respetivo plano de pensões de reforma e, em especial, entre pensões prometidas, por um lado, garantidas e, por outro, dependentes da evolução do valor do capital investido.