Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
LAILA MEDINA
apresentadas em 12 de maio de 2022 [1]

Processo C-250/21

Szef Krajowej Administracji Skarbowej
contra
O. Fundusz lnwestycyjny Zamknięty reprezentowany przez O S.A.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo, Polónia)]

«Reenvio prejudicial — Imposto sobre o valor acrescentado (IVA) — Diretiva 2006/112/EC — Artigo 2.º, n.º 1, alínea c) — Tributação da prestação de serviços efetuada a título oneroso — Nexo direto entre a prestação de serviços efetuada e o contravalor recebido pelo sujeito passivo — Artigo 135.º, n.º 1, alínea b) — Isenção para a "concessão" de "créditos" — Titularização sintética — Contrato de subparticipação»

1. No presente processo, o Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo, Polónia) interroga o Tribunal de Justiça sobre o regime do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) aplicável a uma operação que deve ser efetuada ao abrigo de um contrato de subparticipação.

2. Dito de forma esquemática, em conformidade com o contrato de subparticipação referido pelo sujeito passivo em causa no processo principal, o fundo de investimento A (a seguir «subparticipante») paga ao banco B (a seguir «cedente») um montante inicial no momento da celebração do referido contrato. Em contrapartida deste pagamento, o banco B, que emprestou dinheiro a C (a seguir «devedor principal»), compromete-se a pagar ao fundo de investimento A o produto obtido nos termos do contrato de empréstimo inicial celebrado com C. Enquanto o fluxo de tesouraria e o risco são retirados do balanço da entidade cedente e transferidos para o fundo de investimento em causa no presente processo, o cedente continua a ser o titular legal dos ativos.

3. Mais especificamente, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se os serviços prestados por um fundo de investimento ao abrigo do contrato de subparticipação controvertido constituem «a concessão e […] negociação de créditos, e bem assim a gestão de créditos efetuada por parte de quem os concedeu», na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112/CE [2]. Em caso afirmativo, esses serviços seriam abrangidos pela isenção de IVA prevista na referida disposição. A meu ver, esta questão tem importantes

[1] Língua original: inglês.

[2] Diretiva de 28 de novembro de 2006 relativa ao sistema comum do [IVA] (JO 2006, L 347, p. 1).

implicações práticas para o direito dos valores mobiliários, uma vez que a resposta dada pelo Tribunal de Justiça pode afetar a prestação e o interesse de tais operações financeiras, tornando este processo sensível.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

4. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/112, estão sujeitas ao IVA, respetivamente «[a]s entregas de bens efetuadas a título oneroso no território de um Estado-Membro por um sujeito passivo agindo nessa qualidade» e «[a]s prestações de serviços efetuadas a título oneroso no território de um Estado-Membro por um sujeito passivo agindo nessa qualidade».

5. O artigo 9.º, n.º 1, da diretiva dá a definição de «sujeito passivo».

6. O artigo 135.º, n.º 1, da diretiva prevê:

«Os Estados-Membros isentam as seguintes operações:

b) A concessão e a negociação de créditos, e bem assim a gestão de créditos efetuada por parte de quem os concedeu.

[…]

d) As operações, incluindo a negociação, relativas a depósitos de fundos, contas correntes, pagamentos, transferências, créditos, cheques e outros efeitos de comércio, com exceção da cobrança de dívidas;

[…]

f) As operações, incluindo a negociação mas excluindo a guarda e gestão, relativas às ações, participações em sociedades ou em associações, obrigações e demais títulos, com exclusão dos títulos representativos de mercadorias e dos direitos ou títulos referidos no n.º 2 do artigo 15.º;

[…]»

B. Direito polaco

1. Lei Relativa ao IVA

7. O artigo 43.º, n.º 1, ponto 38, da ustawa o podatku od towarów i usług (Lei Relativa ao Imposto sobre o Valor Acrescentado de Bens e Serviços) [3] (a seguir «Lei Relativa ao IVA»), prevê que estão isentos de IVA os serviços de concessão de créditos ou empréstimos financeiros e os serviços de intermediação relacionados com a concessão de créditos ou empréstimos financeiros, bem como

[3] Lei Relativa ao Imposto sobre o Valor Acrescentado de Bens e Serviços de 11 de março de 2004, na sua versão aplicável ao litígio no processo principal (Dz. U. de 2011, n.º 177, posição 1054).

a gestão de créditos ou empréstimos financeiros pela entidade que os concede. O artigo 43.º, n.º 1, ponto 39, da mesma lei isenta, fundamentalmente, a negociação de cauções, garantias e quaisquer outros títulos para operações financeiras e de seguros e a gestão de garantias de crédito pela entidade concedente.

2. Lei Relativa aos Fundos de Investimento

8. O artigo 183.º, n.º 4, da ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi[4] (a seguir «Lei Relativa aos Fundos de Investimento») diz respeito aos contratos de subparticipação. Esta disposição prevê:

«Um contrato que visa entregar ao fundo a totalidade das prestações recebidas pela entidade cedente da operação de titularização ou pelo titular dos créditos titularizados de um determinado conjunto de créditos ou de créditos especificados (um contrato de subparticipação) deve incluir uma obrigação que recaia sobre essas entidades de entregar ao fundo:

1) os juros dos créditos titularizados na totalidade;

2) os montantes principais dos créditos titularizados;

3) os montantes obtidos a título da execução de garantias de créditos titularizados — caso o crédito do cedente da titularização ou do titular dos créditos titularizados tenha sido liquidado com a realização das garantias.»

II. Litígio no processo principal e questão prejudicial

9. O fundo de investimento em causa é um fundo não normalizado na aceção do artigo 183.º da Lei Relativa aos Fundos de Investimento. Pretende celebrar contratos de subparticipação com bancos ou outros fundos para a aquisição dos créditos de empréstimo na qualidade de subparticipante. A fim de verificar se os serviços incluídos nesses contratos estão isentos de IVA, o fundo de investimento pediu ao Ministro Finansów (a seguir «Ministro das Finanças») que emitisse uma decisão fiscal relativa à interpretação do artigo 43.º, n.º 1, pontos 38 e 39, da Lei Relativa ao IVA.

10. No âmbito do seu pedido, o fundo de investimento referiu que os elementos essenciais da subparticipação são os seguintes:

— a entidade cedente compromete-se a transferir ao subparticipante a totalidade dos proventos dos empréstimos especificados no contrato de subparticipação;

— a título de contrapartida pela transferência, o subparticipante paga à entidade cedente um montante contratualmente acordado;

— os créditos do empréstimo sobre os quais recai a subparticipação mantêm-se no património do cedente;

[4] Lei Relativa aos Fundos de Investimento e à Gestão de Fundos de Investimento Alternativos de 27 de maio de 2004 (Dz. U. de 2004, n.º 146, posição 1546, conforme alterada).

— a subparticipação tem um duplo propósito, proporcionando liquidez à entidade cedente e assegurando a cobertura do risco por esta suportado na medida em que o risco associado a determinados ativos é transferido para o fundo de investimento;

— a diferença entre o montante pago ao cedente e o montante obtido pelo subparticipante a respeito do produto dos créditos durante a vigência do contrato constitui a remuneração do subparticipante.

11. O fundo de investimento alega que, tendo em conta o facto de os serviços prestados ao abrigo do contrato de subparticipação assegurarem liquidez, devem ser equiparados a um crédito ou empréstimo financeiro abrangido pela isenção prevista no artigo 43.º, n.º 1, ponto 38, da Lei Relativa ao IVA. A título subsidiário, a função preponderante é a cobertura do risco de crédito, sendo que nesse caso tais serviços devem ser abrangidos pela isenção prevista no artigo 43.º, n.º 1, ponto 39, da Lei Relativa ao IVA.

12. Por Decisão fiscal de 30 de dezembro de 2015, o Ministro das Finanças refutou as alegações do fundo de investimento. Considerou que as operações descritas pela recorrente no seu pedido de decisão fiscal não se enquadravam em nenhuma das isenções de IVA previstas no artigo 43.º, n.º 1, pontos 38 e 39, da Lei Relativa ao IVA. Assim, os serviços a prestar pelo fundo de investimento ao abrigo do contrato de subparticipação deviam estar sujeitos ao IVA à taxa de base de 23 %.

13. O fundo de investimento interpôs recurso da Decisão fiscal de 30 de dezembro de 2015 para o Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Tribunal Administrativo da Província de Varsóvia, Polónia) que, por Acórdão de 25 de maio de 2017, anulou a decisão fiscal. Considerou que um contrato de subparticipação tem por finalidade assegurar o acesso da entidade cedente ao financiamento, sendo esta livre de o utilizar da forma que considerar mais adequada. A título de contrapartida pela colocação dos fundos à disposição do banco, o fundo de investimento recebe o produto dos créditos objeto do contrato de subparticipação. Este produto é semelhante aos juros pagos ao abrigo de um contrato de mútuo. Assim, o referido órgão jurisdicional considerou que o contrato de subparticipação constitui um instrumento financeiro equiparável a um contrato de mútuo abrangido pelo âmbito de aplicação da isenção prevista no artigo 43.º, n.º 1, ponto 38, da Lei Relativa ao IVA.

14. O Szef Krajowej Administracji Skarbowej (Diretor da Administração Tributária Nacional da Polónia) (a seguir «autoridade tributária») interpôs recurso dessa sentença para o órgão jurisdicional de reenvio — a saber, Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo).

15. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, no plano económico, não há dúvida de que os serviços prestados no âmbito do contrato de subparticipação controvertido constituem um instrumento de financiamento, uma vez que o seu principal objetivo é permitir à entidade cedente utilizar os fundos colocados à sua disposição. A entidade cedente deve, em contrapartida, ceder o produto dos créditos abrangidos pelo contrato ao subparticipante.

16. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que um contrato de subparticipação é equiparável a um contrato de mútuo mediante o qual um mutuário adquire fundos a um mutuante e se compromete a restitui-los após um determinado período. A contraprestação que o subparticipante recebe ao abrigo do contrato de subparticipação corresponde à diferença entre o

montante que pagou à entidade cedente e o montante que obteve durante a vigência do contrato sob a forma de produto dos créditos. No plano conceptual, a vantagem económica de que beneficia o subparticipante corresponde ao mecanismo de juros num contrato de mútuo.

17. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o contrato de subparticipação controvertido apresenta certas características que o distinguem de um contrato de mútuo, como o facto de os empréstimos subjacentes continuarem a constar do património do cedente e de o contrato de subparticipação definir claramente a fonte que será utilizada em benefício do subparticipante. Além disso, em caso de incumprimento por parte do devedor do cedente, o subparticipante não detém nenhum crédito sobre o cedente relativamente aos restantes montantes em dívida.

18. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio manifesta dúvidas no sentido de saber se o contrato de subparticipação controvertido pode ser equiparado, para efeitos de IVA, a um contrato de crédito ou de mútuo.

19. Nestas circunstâncias, o Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da [Diretiva 2006/112] ser interpretado no sentido de que a isenção prevista nesta disposição para as operações relativas à concessão, negociação ou gestão de créditos é aplicável ao contrato de subparticipação descrito no processo principal?»

III. Tramitação processual no Tribunal de Justiça

20. O Despacho de reenvio, datado de 27 de outubro de 2020, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 21 de abril de 2021.

21. Foram apresentadas observações escritas ao Tribunal de Justiça pela autoridade tributária, pelo Governo polaco e pela Comissão Europeia. O Tribunal de Justiça colocou várias perguntas escritas às partes para serem respondidas por escrito, às quais a autoridade tributária e a Comissão responderam em 24 de fevereiro de 2022. Foram ouvidas as alegações da autoridade tributária, do Governo polaco e da Comissão na audiência realizada no Tribunal de Justiça em 24 de março de 2022.

IV. Apreciação

22. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 deve ser interpretado no sentido de que a isenção prevista para as operações relativas à concessão, negociação e gestão de créditos é aplicável à prestação de serviços efetuada no âmbito do contrato de subparticipação em causa no processo principal, mediante o qual o subparticipante se compromete a pagar ao cedente um montante inicial a título de contrapartida da obtenção, durante a vigência desse contrato, do produto dos créditos do empréstimo principal concedido ao devedor principal. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se as prestações da operação obtidas pelo subparticipante são abrangidas por uma das isenções concedidas por esta disposição.

23. Antes de examinar esta questão, há que fazer as três observações seguintes. Em primeiro lugar, o artigo 137.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2006/112 prevê que os Estados-Membros podem conceder aos seus sujeitos passivos o direito de optar pela tributação das operações financeiras referidas no artigo 135.º, n.º 1, alíneas b) a g) da mesma diretiva. Todavia, parece resultar implicitamente do pedido de decisão prejudicial que, no caso em apreço, o direito de opção pela tributação das operações financeiras previsto no artigo 137.º, n.º 1, alínea a), da diretiva não foi exercido [5].

24. Em segundo lugar, o artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 diz respeito a três categorias de isenção, a saber, a concessão, a negociação e a gestão de créditos. Não obstante, é pacífico que apenas a isenção prevista nessa disposição relativa à «concessão» de «créditos» é relevante para efeitos do presente processo, uma vez que é evidente que a operação em causa não implica nem «a negociação» nem «a gestão de créditos».

25. Em terceiro lugar, uma vez que o objeto do processo principal diz respeito a uma decisão fiscal relativa a uma operação futura e não a um determinado crédito fiscal relativo a uma operação passada, o pedido de decisão prejudicial descreve a operação em causa em termos bastante gerais. Nas suas alegações escritas e orais, as partes referiram o quadro jurídico polaco aplicável e alguns aspetos gerais de uma operação nesse quadro. Contudo, para efeitos das presentes conclusões, afigura-se que faltam algumas informações, pelo que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apurar a natureza exata da operação em causa.

26. Para responder à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, importa verificar se a operação de subparticipação controvertida constitui uma operação sujeita a IVA. Em seguida, debruçar-me-ei sobre a questão da interpretação do artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112, recorrendo aos métodos tradicionais de interpretação do Tribunal de Justiça.

A. Operação sujeita a IVA

27. Em primeiro lugar, recordo que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112, estão sujeitas ao IVA as prestações de serviços efetuadas a título oneroso no território de um Estado-Membro por um sujeito passivo agindo nessa qualidade [6].

28. Considero que o requisito relativo ao sujeito passivo não constitui seguramente uma questão a debater no caso em apreço, uma vez que o fundo de investimento atua no exercício da sua atividade económica, na aceção do artigo 9.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2006/112 [7]. Quanto ao requisito da contrapartida, embora seja pacífico que a operação de subparticipação prevista pelo fundo de investimento deverá ser efetuada «a título oneroso», esta qualificação é menos evidente no caso em apreço devido à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

[5] O artigo 137.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2006/112 prevê que os Estados-Membros podem conceder aos seus sujeitos passivos o direito de optar pela tributação das operações financeiras referidas nas alíneas b) a g) do n.º 1, do artigo 135.º, dessa diretiva.

[6] Nos termos do artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112 entende-se por prestação de serviços «qualquer operação que não constitua uma entrega de bens».

[7] Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2006/112, entende-se por sujeito passivo qualquer pessoa que exerça, de modo independente e em qualquer lugar, uma atividade económica.

29. A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que uma prestação de serviços só é efetuada «a título oneroso» na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112 e, portanto, só está sujeita a IVA, se houver um *nexo direto* entre o serviço prestado e o contravalor recebido pelo sujeito passivo [8].

30. Esse nexo direto está provado quando existe, entre o prestador e o beneficiário, uma relação jurídica durante a qual são transacionadas prestações recíprocas, constituindo a retribuição recebida pelo prestador o contravalor efetivo do serviço prestado ao beneficiário [9]. Além disso, o Tribunal de Justiça já declarou que, para determinar se uma prestação de serviços é efetuada a título oneroso, é indiferente que a retribuição assuma a forma de pagamento de uma comissão ou de despesas específicas [10].

31. No caso vertente, decorre dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça que, nos termos do contrato de subparticipação em causa no processo principal, existe uma relação jurídica recíproca entre o subparticipante e o cedente.

32. Na fase de celebração desse contrato, as prestações recíprocas implicam o pagamento de um montante inicial pelo subparticipante ao cedente, que, em contrapartida, se compromete a ceder ao subparticipante o produto dos créditos do empréstimo principal. Por conseguinte, parece-me que o subparticipante deve ser remunerado pela prestação de um serviço pelo qual assegura liquidez ao cedente e proteção contra o risco de crédito associado à exposição aos empréstimos subjacentes. A remuneração do subparticipante pela operação é a diferença entre o montante inicial que pagou e o montante do produto dos créditos que o cedente lhe transfere. Ao celebrar tal contrato, o subparticipante espera que o primeiro desses dois montantes seja inferior ao segundo.

33. Feita esta precisão, devo salientar que, na fase de execução do referido contrato, a prestação do cedente depende da prestação do devedor principal, o que faz depender esses fluxos financeiros de um terceiro que não está diretamente associado ao contrato de subparticipação [11]. Todavia, para a determinação da existência de remuneração, essa circunstância é desprovida de pertinência enquanto tal.

34. Em relação à aquisição de créditos, cabe destacar dois acórdãos dignos de nota: MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring [12] e GFKL Financial Services [13]. No âmbito do primeiro, o Tribunal de Justiça considerou que uma operação pela qual um operador compra créditos, assumindo o risco de incumprimento dos devedores, mediante remuneração, constitui uma cobrança de dívidas excluída da isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), da Sexta Diretiva (atual artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112) [14].

8 Acórdãos de 7 de outubro de 2010, Loyalty Management UK e Baxi Group (C-53/09 e C-55/09, EU:C:2010:590, n.º 51 e jurisprudência aí referida), e de 26 de setembro de 2013, Serebryannay vek (C-283/12, EU:C:2013:599, n.º 37).

9 Acórdão de 22 de outubro de 2015, Hedqvist (C-264/14, EU:C:2015:718, n.º 27 e jurisprudência aí referida).

10 Acórdão de 14 de julho de 1998, First National Bank of Chicago (C-172/96, EU:C:1998:354, n.º 33).

11 Esta questão será abordada no n.º 60 das presentes conclusões.

12 Acórdão de 26 de junho de 2003 (C-305/01, EU:C:2003:377).

13 Acórdão de 27 de outubro de 2011 (C-93/10, EU:C:2011:700). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Diretiva 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 coletável uniforme (JO 1977, L 145, p. 1, a seguir «Sexta Diretiva»), que corresponde ao artigo 2.º, n.º 1, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/112.

14 Acórdão de 26 de junho de 2003, MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring (C-305/01, EU:C:2003:377, n.º 80).

35. No Acórdão GFKL Financial Services [15], o Tribunal de Justiça examinou uma aquisição de créditos duvidosos por parte de um operador. Declarou que um operador que adquire, por sua conta e risco, créditos duvidosos a um preço inferior ao seu valor nominal, não efetua uma prestação de serviços a título oneroso e não exerce uma atividade económica abrangida pelo âmbito de aplicação da Sexta Diretiva, quando a diferença entre o valor nominal dos referidos créditos e o seu preço de aquisição reflete o valor económico efetivo dos créditos em causa no momento da sua cessão [16].

36. A este respeito, importa salientar, tal como a autoridade tributária nas suas respostas às perguntas escritas e as partes na audiência o fizeram, que as circunstâncias do caso em apreço são muito diferentes das que deram origem ao Acórdão GFKL Financial Services [17].

37. Em primeiro lugar, o caso em apreço não diz respeito à aquisição de um crédito, muito menos de um crédito que seja duvidoso, pelo fundo de investimento que atua na qualidade de subparticipante, mas sim a uma transferência do produto relativo aos créditos. Por outras palavras, contrariamente aos elementos de facto constantes do Acórdão GFKL Financial Services, o subparticipante não adquire créditos duvidosos por um preço inferior ao seu valor nominal [18]. Além disso, no caso vertente, não há alteração do crédito em si, o que significa que, ao abrigo do contrato de subparticipação, o cedente de uma subparticipação continua a ser credor do devedor principal, ao passo que o subparticipante só adquire do cedente um crédito para o pagamento dos montantes a este cedidos pelo devedor principal no âmbito da relação de empréstimo inicial.

38. Em segundo lugar, no caso em apreço, no que respeita à questão de saber se existe uma prestação de serviços ao cedente, o subparticipante não só adquire os produtos (o produto dos créditos) de uma carteira de empréstimos, como também se compromete a suportar o risco de incumprimento por parte do devedor principal, embora não dispondo de qualquer direito de crédito contra o cedente em relação a esse incumprimento. Consequentemente, verifica-se que o cedente obtém uma vantagem que vai além da simples cobrança do valor nominal dos créditos de uma carteira de empréstimos.

39. Em terceiro lugar, os créditos que estavam em causa no processo que deu origem ao Acórdão GFKL Financial Services [19] constituíam créditos duvidosos, ao passo que o objeto do contrato de subparticipação consiste em empréstimos que ainda não venceram, pelo que a sua cobrança não pode ser determinada no momento da execução do pagamento antecipado pelo subparticipante.

40. Assim, embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se existe um nexo direto entre o serviço prestado e o pagamento, para efeitos da análise que precede considero que existe uma prestação de serviços específica efetuada pelo subparticipante nos termos do contrato de subparticipação em causa. O cedente remunera o subparticipante através da cessão do produto dos créditos dos empréstimos iniciais. A operação em causa implica uma prestação de serviços a título oneroso que apresente um nexo direto com essa prestação, na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112, sujeitando-a ao IVA.

41. Em seguida, analisarei a questão de saber se os serviços prestados pelo subparticipante podem ser abrangidos pela isenção prevista no artigo 135.º, n.º 1, alínea b), dessa diretiva.

15 Acórdão de 27 de outubro de 2011 (C-93/10, EU:C:2011:700).

16 N.º 26 do referido acórdão.

17 Acórdão de 27 de outubro de 2011 (C-93/10, EU:C:2011:700).

18 *Ibidem.*

19 *Ibidem.*

B. Interpretação do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112

1. Quanto aos princípios de interpretação do artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112

42. Em primeiro lugar, importa recordar que as isenções previstas no artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112 constituem conceitos autónomos do direito da União que têm por objetivo evitar divergências na aplicação do regime do IVA de um Estado-Membro para outro e que devem ser inseridos no contexto geral do sistema comum do IVA [20].

43. Em segundo lugar, os termos utilizados para designar as isenções previstas no artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112 devem ser interpretados estritamente, uma vez que constituem derrogações ao princípio geral segundo o qual o IVA é cobrado sobre todas as prestações de serviços efetuadas a título oneroso por um sujeito passivo [21]. Todavia, esta exigência de interpretação não significa que os termos utilizados para definir essas isenções devam ser interpretadas de tal modo que fiquem privadas do seu efeito útil [22].

44. Em terceiro lugar, a interpretação das referidas isenções deve ser feita em conformidade com os objetivos prosseguidos pelas isenções previstas no artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112 e respeitar as exigências do princípio da neutralidade fiscal inerente ao sistema comum de IVA [23]. Decorre deste último princípio que os operadores devem poder escolher o modelo de organização que, do ponto de vista estritamente económico, melhor lhes convém, sem correrem o risco de ver as suas operações excluídas da isenção prevista nessa disposição [24].

45. É à luz das considerações que precedem que deve ser analisada a questão de saber se a prestação de serviços efetuada no âmbito do contrato de subparticipação controvertido está abrangida pelo âmbito de aplicação das operações isentas referidas no artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112.

2. Quanto ao conceito de «concessão» de «créditos» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112

46. Conforme jurisprudência constante, na interpretação de uma disposição de direito da União, há que ter em conta não apenas a sua redação, mas também o seu contexto e os objetivos prosseguidos pela regulamentação em que está integrada [25]. Há, pois, que proceder a uma interpretação literal, sistemática e teleológica do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112, tendo em conta o acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça relativo a esse ato e os princípios de interpretação que regem o sistema comum de IVA [26].

20 Acórdãos de 25 de julho de 2018, DPAS (C-5/17, EU:C:2018:592, n.º 28 e jurisprudência aí referida), e de 2 de julho de 2020, Blackrock Investment Management (UK), C-231/19, EU:C:2020:513, n.º 21).

21 V., neste sentido, Acórdãos de 19 de dezembro de 2018, Mailat (C-17/18, EU:C:2018:1038, n.º 37), e de 8 de outubro de 2020, United Biscuits (Pensions Trustees) e United Biscuits Pension Investments (C-235/19, EU:C:2020:801, n.º 29).

22 V., nomeadamente, Acórdão de 18 de novembro de 2004, Temco Europe (C-284/03, EU:C:2004:730, n.º 17) e de 21 de fevereiro de 2013, Žamberk (C-18/12, EU:C:2013:95, n.º 19).

23 Acórdão de 13 de janeiro de 2022, Termas Sulfurosas de Alcafache (C-513/20, EU:C:2022:18, n.º 25 e jurisprudência aí referida).

24 Acórdão de 2 de julho de 2020, Blackrock Investment Management (UK) (C-231/19, EU:C:2020:513, n.º 50 e jurisprudência aí referida).

25 Acórdão de 10 de setembro de 2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187, n.º 22 e jurisprudência aí referida).

26 V. n.ºs 42 a 45, *supra*.

a) Interpretação literal

1) A jurisprudência relativa à expressão «concessão» de «créditos» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112

47. É jurisprudência assente que a expressão «concessão» de «créditos» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 deve ser interpretada de forma ampla, de modo que o seu alcance não se pode limitar unicamente aos empréstimos e créditos concedidos por organismos bancários e financeiros [27].

48. Acrescente-se que, no Acórdão Muys' en De Winter's Bouw- en Aannemingsbedrijf [28], o Tribunal de Justiça considerou que a expressão suprarreferida abrange um crédito concedido por um fornecedor de bens, sob a forma de um diferimento do pagamento [29]. Posteriormente, o Tribunal de Justiça considerou no mesmo sentido [30] que a «concessão» de «créditos» consiste, nomeadamente, na disponibilização de capital mediante remuneração [31]. O Tribunal de Justiça observou que, se tal remuneração é garantida pelo pagamento de juros, não podem ser excluídas outras formas de contraprestação. Assim, considerou-se que o financiamento antecipado da aquisição de bens mediante um aumento do montante reembolsado pelo beneficiário desse financiamento é abrangido pela referida isenção [32]. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu que a concessão de «crédito» consiste «na disponibilização de determinado capital, devidamente remunerado pelo pagamento de juros, ou no pagamento diferido do preço de compra de um bem, consentido por um fornecedor, mediante o pagamento de juros remuneratórios desse crédito» [33].

49. A este respeito, devo sublinhar que o Tribunal de Justiça considerou que as operações isentas ao abrigo do artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112, incluindo as abrangidas pela alínea b), são definidas em função da *natureza* das prestações de serviços fornecidas e não em função do prestador ou do destinatário do serviço, de modo que a aplicação dessas isenções não depende do estatuto da entidade que fornece esses serviços [34]. A isenção não está, portanto, subordinada à condição de a operação em causa ser efetuada por um certo tipo de estabelecimento ou de pessoa coletiva, mas à de que tal operação seja, pela sua própria natureza, uma concessão ou uma negociação de créditos.

50. Em suma, para efeitos de isenção de uma operação ao abrigo do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112, devem verificar-se dois elementos cumulativos: capital e remuneração pela disponibilização desse capital, sem os quais a isenção não é aplicável.

27 V., em especial, Acórdãos de 15 de maio de 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, n.º 44), e de 18 de outubro de 2018, Volkswagen Financial Services (UK) (C-153/17, EU:C:2018:845, n.º 35).

28 Acórdão de 27 de outubro de 1993 (C-281/91, EU:C:1993:855).

29 *Ibidem*, n.º 13. V., igualmente, Acórdãos de 29 de abril de 2004, EDM (C-77/01, EU:C:2004:243), e de 8 de dezembro de 2016, Stock '94 (C-208/15, EU:C:2016:936).

30 Importa referir que, no n.º 38 do Acórdão de 17 de outubro de 2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867), o Tribunal de Justiça faz referência ao n.º 61 das conclusões do advogado-geral, que remete para o n.º 12 e segs. do Acórdão Muys' en De Winter's Bouwen-en Aannemingsbedrijf, de 27 de outubro de 1993 (C-281/91, EU:C:1993:855).

31 V., neste sentido, Acórdão de 17 de outubro de 2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867, n.º 38).

32 V., neste sentido, Acórdão de 15 de maio de 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, n.ºs 47 e 48).

33 V., neste sentido, Acórdão de 17 de outubro de 2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867, n.º 38 e jurisprudência aí referida).

34 Acórdão de 15 de maio de 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, n.º 43 e jurisprudência aí referida).

2) A relação entre os serviços designados

51. Resulta dos elementos apresentados ao Tribunal de Justiça que a operação controvertida é de natureza mista, consistindo na disponibilização de capital pelo subparticipante ao cedente e na transferência por este último do produto dos créditos e do risco de incumprimento de crédito para o subparticipante. Estes elementos revelam-se indispensáveis para a execução da operação global e estão interligados.

52. Assim, é necessário analisar se o produto dos créditos que o subparticipante obtém da entidade cedente constitui uma contrapartida pela cedência de capital [35]. Depreende-se do despacho de reenvio que a remuneração do subparticipante consiste na diferença entre o valor estimado dos créditos, que parece corresponder ao seu valor nominal, e o montante inicial pago pelo subparticipante ao cedente.

53. Todavia, importa salientar que a jurisprudência não especifica se a contrapartida em causa deve ser analisada na perspetiva do cedente, do subparticipante ou de ambos. Por exemplo, enquanto o cedente pode pretender diminuir a sua exposição ao risco, diversificar a sua carteira de empréstimos e/ou libertar capital regulamentar, o objetivo do subparticipante pode consistir em obter o produto dos créditos principais sem ser o titular efetivo desses créditos e sem ter qualquer relação com um determinado devedor principal, evitando assim a gestão do desempenho do empréstimo.

54. Na minha opinião, uma vez que a redação do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 sugere que a tónica deve ser colocada na natureza da operação [36], é a realidade económica e comercial que constitui um critério fundamental para a aplicação do sistema comum do IVA [37]. Assim, para que uma prestação de serviços, como a efetuada pelo subparticipante, possa ser considerada uma concessão de «créditos», isenta ao abrigo da referida disposição, essa prestação deve formar um conjunto distinto que tenha por efeito preencher as funções específicas e essenciais dessa operação [38]. Além disso, é jurisprudência assente que o Tribunal de Justiça tem em consideração *tanto* o objetivo económico dessa operação como o interesse dos destinatários das prestações [39].

55. A este respeito, importa referir que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a prestação de serviços efetuada pelo subparticipante prossegue uma dupla finalidade económica, a saber, o financiamento dos empréstimos iniciais e a transferência do risco de crédito.

3) O financiamento dos empréstimos iniciais

56. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que a operação controvertida se destina a financiar os empréstimos iniciais [40]. Na minha opinião, a expressão «concessão» de «créditos» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 é suficientemente ampla para abranger um

35 V. n.os 48 a 50 das presentes conclusões.

36 V., por analogia, os acórdãos referidos pelo advogado-geral M. Szpunar nas suas conclusões no processo Volkswagen (C-153/17, EU:C:2018:305, n.os 68 a 74).

37 V., neste sentido, Acórdão de 22 de novembro de 2018, MEO — Serviços de Comunicações e Multimedia (C-295/17, EU:C:2018:942, n.º 43 e jurisprudência aí referida).

38 V., por analogia, Acórdão de 17 de dezembro de 2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049, n.º 45).

39 V., neste sentido, Acórdão de 8 de dezembro de 2016, Stock '94 (C-208/15, EU:C:2016:936, n.º 29 e jurisprudência aí referida).

40 É de assinalar que os elementos apresentados ao Tribunal de Justiça não indicam claramente se os empréstimos iniciais são empréstimos futuros ou atuais. A audiência não resolveu este dilema.

pagamento efetuado por um cedente a um subparticipante, se esse pagamento puder constituir uma remuneração como contrapartida da disponibilização de capital. Por outro lado, a circunstância de esse pagamento constituir juros ou outra forma de contraprestação é irrelevante para efeitos dessa determinação. Considero relevante que o despacho de reenvio indique que, em princípio, o montante pago pelo subparticipante é inferior ao montante que recebe através das transferências subsequentes do produto obtido pelo cedente. Sem prejuízo de verificação por parte do órgão jurisdicional de reenvio, afigura-se que a diferença entre estes dois montantes constitui efetivamente uma remuneração auferida pelo subparticipante pela disponibilização do seu capital e pode, assim, ser considerada uma «concessão» de «créditos», tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça. No entanto, se essa remuneração incluir também o serviço de assumir o risco de crédito para certos tipos de exposição, poderia sustentar-se que o objetivo da operação é mais do que o mero financiamento do cedente.

4) A transferência de risco em relação a um empréstimo subjacente

57. Do ponto de vista do cedente, a quem são prestados os serviços e cujo interesse constitui um critério fundamental [41], a operação em causa é um instrumento de transferência do risco de crédito relativo a um empréstimo subjacente ou carteira de empréstimos ao subparticipante.

58. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o contrato de subparticipação funciona como um mecanismo de transferência do risco de crédito do cedente para o subparticipante, uma vez que este último concorda em suportar o risco de uma eventual perda para o cedente em relação aos empréstimos iniciais [42]. Poder-se-ia, portanto, considerar que o objetivo essencial da operação controvertida é transferir o risco associado aos empréstimos iniciais [43]. Neste contexto, importa salientar que, em contrapartida de um pagamento antecipado efetuado pelo subparticipante, o cedente concorda em transferir o produto dos créditos para o subparticipante, que eventualmente arcaria com a *totalidade* das perdas em caso de incumprimento no pagamento [44]. Uma vez que os empréstimos iniciais não são vendidos, mantendo-se no balanço do cedente, pode-se até argumentar que, do ponto de vista deste, os objetivos do contrato de subparticipação em questão são principalmente a gestão do risco de crédito e de capital. De um modo geral, é amplamente aceite que a operação de titularização, à qual a operação de subparticipação se assemelha, constitui, juntamente com a venda de empréstimos ou o resseguro, um mecanismo de gestão de risco [45].

59. No caso em apreço, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, tendo em conta todas as circunstâncias da operação em causa, se a gestão do risco pode ser considerada o elemento essencial da prestação de serviços efetuada pelo subparticipante.

60. A este respeito, considero relevante que o pagamento efetuado pelo cedente no âmbito do contrato de subparticipação dependa da prestação do devedor principal. Em caso de incumprimento deste, o primeiro não poderá transferir o pagamento ao subparticipante, que, por sua vez, não receberá o montante acordado aquando da celebração do contrato. A este respeito,

41 V. n.º 54, *supra*.

42 V. artigo 183.º, n.º 4, da Lei Relativa aos Fundos de Investimento.

43 Alguns dos métodos de transferência de empréstimos podem ser novação, cessão e participação ou subparticipação, eventualmente financiada ou não.

44 Tal transferência ocorre uma vez que o artigo 183.º, n.º 4, da Lei Relativa aos Fundos de Investimento prevê a obrigação de entregar ao subparticipante todos os proventos dos créditos titularizados, os montantes principais dos créditos titularizados e os montantes recebidos pela realização de garantias relativas aos créditos titularizados.

45 OCDE, «Facilitating Access to Finance — Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes», Publicação da OCDE, 2010.

dois elementos distinguem a operação controvertida do «tradicional» contrato de crédito. Em primeiro lugar, a natureza triangular da operação em causa é caracterizada pela inexistência de crédito sobre o devedor principal por parte do subparticipante, uma vez que este último não tem o direito de reclamar o empréstimo em situação de incumprimento. Em segundo lugar, no «tradicional» contrato de crédito é corrente que o devedor deva constituir garantias e cauções. Em geral, as decisões dos bancos relativas aos empréstimos baseiam-se, normalmente, na quantidade de garantias disponíveis [46]. No entanto, na operação em questão, não existem garantias que permitam minimizar o risco de perdas por parte de um subparticipante em caso de incumprimento do devedor principal [47].

61. Tendo em conta a dupla finalidade da operação controvertida e as suas principais características, considero que a operação de subparticipação em causa deve distinguir-se da operação controvertida no Acórdão FRANCK [48]. Esta operação dizia respeito a uma sociedade comercial cuja atividade consistia na transformação de chá e café, tendo colocado fundos à disposição de uma cadeia de venda a retalho mediante a celebração simultânea de três tipos de contratos. Uma vez que o objetivo económico desta operação era satisfazer as necessidades de capitais da cadeia de venda a retalho [49], o Tribunal de Justiça considerou, sem prejuízo de verificação por parte do órgão jurisdicional de reenvio, que o principal benefício era a disponibilização a essa cadeia de venda a retalho dos fundos que a sociedade comercial tinha obtido junto de uma sociedade de factoring. O Tribunal de Justiça decidiu que as outras prestações asseguradas pela sociedade em execução dos três tipos de contratos eram acessórias dessa prestação principal, não tendo finalidade diversa. É evidente que a operação em causa no Acórdão FRANCK, contrariamente à operação em causa no presente processo, não implicava uma transferência de risco, mas pode ter constituído, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional nacional, uma «concessão» de «créditos» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112.

5) Conclusão provisória

62. A dupla finalidade da operação controvertida, a saber, o financiamento do empréstimo principal e a gestão do risco de crédito pelo cedente, são prestações indivisíveis e, sem prejuízo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, nenhuma dessas prestações pode ser considerada uma prestação principal ou acessória. Embora ambas as prestações possam ser efetuadas separadamente, não se pode deixar de observar que, no âmbito do contrato de subparticipação em causa, o pagamento do montante inicial constitui uma remuneração pela obtenção do produto dos créditos que são posteriormente transferidos pelo cedente para o subparticipante. O cedente também pode concordar em transferir esses proventos como contrapartida do risco que é transferido para o subparticipante. Por conseguinte, considero que a

[46] *Ibidem.*

[47] Esta apreciação é apoiada pela definição de «contrato de crédito» nos termos do artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva (UE) 2021/2167 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2021, relativa aos gestores de créditos e aos adquirentes de créditos e que altera as Diretivas 2008/48/CE e 2014/17/UE (JO 2021, L 438, p. 1), segundo a qual se trata de «um contrato, conforme celebrado originalmente, modificado ou substituído, pelo qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de um pagamento diferido, um empréstimo ou outro acordo financeiro similar». Daqui decorre que o conceito de «contrato de crédito» definido por esta disposição, é particularmente amplo. Considero que tal definição poderia abranger um contrato como o que está em causa no presente processo, que prevê a disponibilização de capital mediante pagamentos diferidos. Todavia, também não inclui a cessão de risco, que constitui parte integrante do contrato de subparticipação aqui em causa.

[48] Acórdão de 17 de dezembro de 2020 (C-801/19, EU:C:2020:1049).

[49] N.º 28 do referido acórdão.

operação de subparticipação em causa deve, uma vez que serve de meio de financiamento e de transferência dos riscos relativos aos empréstimos iniciais, ser tida em conta para efeitos do IVA apenas no seu conjunto [50].

63. Assim, considero que, embora a prestação de serviços de financiamento de empréstimos possa ser abrangida pela expressão «concessão» de «créditos» e, portanto, pela isenção prevista no artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112, o mesmo não acontece, ao invés, com a prestação efetuada pelo subparticipante que consiste em assumir o risco em caso de incumprimento do devedor principal. No entanto, uma vez que não há nada na redação do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 que sugira que um serviço que consiste em assumir o risco de crédito transferido pelo cedente ao subparticipante constitui uma concessão de «créditos», este ponto deve ser esclarecido com referência ao regime e aos objetivos dessa disposição.

b) Interpretação sistemática

1) A economia do artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112

64. De um ponto de vista sistemático, importa salientar que o artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112 visa um conjunto de diferentes operações financeiras e bancárias relativas aos créditos, aos efeitos de comércio e aos títulos, que podem dar alguma indicação de que como se deve interpretar a expressão «concessão» de «créditos» na aceção da alínea b) dessa disposição. Nomeadamente, enquanto a alínea d) do referido número faz referência a «operações, incluindo a negociação relativa a depósitos de fundos, contas-correntes, pagamentos, transferências, créditos, cheques e outros efeitos de comércio», a alínea f) menciona «operações […] relativas a […] obrigações e demais títulos». A meu ver, as alíneas a), c) e e) desse número podem ser excluídas da presente análise, uma vez que dizem respeito a domínios, operações ou pessoas que não são pertinentes para a qualificação da operação em causa.

65. No âmbito da análise do alcance das alíneas b), d) e f) do artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112, concluo que os respetivos âmbitos e finalidades são ligeiramente diferentes [51].

66. Em primeiro lugar, no que se refere à «concessão» de «créditos» na aceção do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112, conforme já salientei, o Tribunal de Justiça considerou que esta consiste na disponibilização de determinado capital, devidamente remunerado pelo pagamento de juros, ou no pagamento diferido do preço de compra de um bem, consentido por um fornecedor, mediante o pagamento de juros remuneratórios desse crédito [52].

67. Em segundo lugar, no que respeita às operações enumeradas no artigo 135.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2006/112, o Tribunal de Justiça declarou que as operações relativas a «depósitos de fundos, contas-correntes, pagamentos, transferências, créditos, cheques e outros efeitos de comércio» enquadram-se no domínio das operações financeiras e dizem respeito, nomeadamente, aos instrumentos de pagamento cujo modo de funcionamento implica uma

[50] V., por analogia, Acórdão de 19 de julho de 2012, Deutsche Bank (C-44/11, EU:C:2012:484, n.º 43).

[51] As diferenças podem ser observadas na redação dessas alíneas. Enquanto a alínea b) incide sobre a «concessão» de «créditos», a alínea d) refere-se a operações «relativas» a determinadas operações bancárias e a alínea f) inclui as operações «relativas» a determinados direitos e títulos (v. Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Aspiro (C-40/15, EU:C:2015:850, n.º 26); v. também Acórdão de 17 de março de 2016, Aspiro (C-40/15, EU:C:2016:172, n.º 29)).

[52] N. 48, *supra*.

transferência de dinheiro [53]. Num acórdão recente, o Tribunal de Justiça declarou que havia que considerar que as livranças emitidas por uma sociedade são «efeitos de comércio» na aceção desta disposição, uma vez que continham uma obrigação de essa sociedade, enquanto emitente, pagar o montante especificado ao detentor no seu vencimento [54].

68. Em terceiro lugar, no que respeita à isenção prevista no artigo 135.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2006/112, basta recordar que esta última abrange, nomeadamente, as operações relativas a «ações, participações em sociedades ou em associações, obrigações e demais títulos». O Tribunal de Justiça declarou que os títulos conferem um direito de propriedade sobre pessoas coletivas e que deve entender-se que os «demais títulos» têm uma natureza comparável à dos títulos especificamente mencionados nesta disposição [55]. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que as operações relativas às ações e aos outros títulos visam as operações realizadas no mercado de valores mobiliários e que a compra e venda de títulos comporta atos que alteram a situação jurídica e financeira existente entre as partes [56]. A expressão «operações relativas […] aos demais títulos» na aceção desta disposição refere-se, portanto, a operações suscetíveis de criar, modificar ou extinguir os direitos e obrigações das partes relativos aos títulos [57].

69. Na minha opinião, decorre da economia das alíneas supramencionadas do artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112 que a sua alínea d) diz respeito aos pagamentos e aos efeitos de comércio [58], ao passo que a alínea f) visa, nomeadamente, os investimentos [59] e operações sobre títulos, que podem incluir uma transferência de risco, como a que está em causa no processo principal. Em contrapartida, a alínea b) visa operações de crédito mais tradicionais que implicam a disponibilização de capital mediante remuneração. Assim, afigura-se que as operações abrangidas pelo artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 podem incidir sobre determinados tipos de operações de crédito, mas não englobam as operações de transferência do risco de crédito, que parecem constituir um elemento essencial da operação em questão.

70. A este respeito, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta todas as circunstâncias do caso em apreço, determinar de que forma está estruturada a operação de subparticipação e, nomeadamente, se a carteira de créditos subjacente está dividida em escalões em função do nível de risco previsto para os empréstimos [60]. Na audiência, as partes não descartaram a possibilidade de tal divisão ocorrer, caso em que os montantes do pagamento adiantado e/ou do produto dos créditos dependem da qualidade da carteira de empréstimos e da transferência para o subparticipante da exposição ao risco de crédito [61].

71. Conforme já referi nos n.os 55 a 57 das presentes conclusões, afigura-se, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que as prestações de serviços efetuadas pelo subparticipante no âmbito do contrato de subparticipação comportam dois elementos

53 V., neste sentido, Acórdãos de 12 de junho de 2014, Granton Advertising (C-461/12, EU:C:2014:1745, n.os 36 a 38); de 22 de outubro de 2015, Hedqvist (C-264/14, EU:C:2015:718, n.º 40); e de 26 de maio de 2016, Bookit (C-607/14, EU:C:2016:355, n.º 40).

54 Acórdão de 17 de dezembro de 2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049, n.º 42).

55 Acórdão de 12 de junho de 2014, Granton Advertising (C-461/12, EU:C:2014:1745, n.º 27).

56 V., neste sentido, Acórdão de 5 de junho de 1997, SDC (C-2/95, EU:C:1997:278, n.os 72 e 73).

57 Acórdãos de 13 de dezembro de 2001, CSC Financial Services (C-235/00, EU:C:2001:696, n.º 33); de 29 de outubro de 2009, AB SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, n.º 48); e de 5 de julho de 2012, DTZ Zadelhoff (C-259/11, EU:C:2012:423, n.º 23).

58 Acórdão de 17 de dezembro de 2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049).

59 Acórdão de 6 de fevereiro de 1997, Harnas & Helm (C-80/95, EU:C:1997:56, n.os 16 e 18).

60 Uma tranche é uma parte de um instrumento financeiro estruturado que apresenta riscos específicos, recompensas e/ou vencimento. Pode haver uma hierarquia de créditos relativos a cada tranche.

61 Por exemplo, quando um cedente adquire a proteção do crédito para a «tranche júnior» (denominada «tranche de primeiras perdas», que tem um perfil de elevado risco e elevada compensação), essa titularização visa reduzir as necessidades de capital para o banco ordenante mediante a transferência do risco para os investidores, em vez de criar liquidez.

interligados que se encontram em pé de igualdade, concretamente, o financiamento dos empréstimos iniciais e a transferência do risco de crédito em relação a esses empréstimos para o subparticipante. Tendo em conta a economia geral do artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112 e a componente da transferência do risco de crédito, que equipara a operação a uma operação de titularização, considero que a operação de subparticipação em causa não está abrangida pelo conceito de «concessão» de «créditos» na aceção da alínea b) deste número. Se assim não fosse, poder-se-ia ter dúvidas quanto à razão de ser da alínea f) do referido número, uma vez que todas as operações aí elencadas requerem algum tipo de financiamento. Na minha opinião, esta conclusão é corroborada por uma interpretação intertextual de outros atos da União relativos à titularização.

2) A relação entre o artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 e a legislação da União em matéria de titularização

72. Em matéria de finanças, a titularização é uma técnica que permite a conversão de empréstimos em títulos negociáveis e a venda desses títulos aos investidores [62]. Segundo o direito dos valores mobiliários, há uma distinção entre a titularização da «venda efetiva» (tradicional) e a titularização sintética. A titularização sintética, ao contrário da titularização da venda efetiva, implica empréstimos que não são vendidos pelo banco, mas que continuam inscritos no balanço do banco cedente [63]. O risco de crédito relativo a esses empréstimos é transferido para o fundo de investimento. Por titularização sintética entende-se uma titularização «em que a transferência do risco é obtida pela utilização de derivados de crédito ou garantias e em que as posições em risco objeto de titularização continuam a ser assumidas pela instituição cedente» [64]. A operação prevista no contrato de subparticipação em questão apresenta algumas características de uma titularização sintética financiada [65] ou afigura-se semelhante a esta no plano conceptual.

73. No direito da União, o Regulamento (UE) 2017/2402 [66] estabeleceu um regime geral para a titularização. O seu objetivo é criar titularizações simples, transparentes e padronizadas (a seguir «regime STS») para tornar o crédito mais acessível na União Europeia e proteger os investidores. A distinção acima referida entre os dois tipos de titularização está presente neste regulamento. A titularização sintética é definida no artigo 2.º, n.º 1, ponto 10, do referido regulamento como uma titularização em que a transferência do risco é obtida pela utilização de derivados de crédito ou garantias e em que as posições em risco objeto de titularização continuam a ser assumidas pelo cedente. No entanto, esta titularização encontrava-se, inicialmente, excluída do regime STS [67].

62 V., por exemplo, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-markets/securities-markets/securitisation. Para uma definição jurídica da União do termo «titularização», v. o artigo 4.º, n.º 1, ponto 61, do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 (JO 2013, L 176, p. 1).

63 O despacho de reenvio define a operação controvertida como uma «titularização sintética», enquanto a Comissão, na audiência, sublinhou que, contrariamente à operação em causa no processo principal, essa titularização, ao abrigo do direito da União em vigor, não implica financiamento por conta do investidor.

64 Artigo 242.º, n.º 11, do Regulamento n.º 575/2013.

65 A titularização sintética pode ou não ser financiada (v., por exemplo, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583848/EPRS_BRI%282016%29583848_EN.pdf).

66 Regulamento 2017/2402 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017, que estabelece um regime geral para a titularização e cria um regime específico para a titularização simples, transparente e padronizada, e que altera as Diretivas 2009/65/CE, 2009/138/CE e 2011/61/UE e os Regulamentos (CE) n.º 1060/2009 e (UE) n.º 648/2012 (JO 2017, L 347, p. 35).

67 V., neste sentido, considerando 24 do Regulamento 2017/2402.

74. Em 31 de março de 2021, o Regulamento 2017/2402 foi alterado [68] a fim de incluir certos tipos de titularizações sintéticas no regime STS para aumentar a liquidez e facilitar o acesso ao financiamento no contexto da crise da COVID-19. Com a adoção do Regulamento 2021/557, o legislador da União reconheceu as operações sintéticas do balanço — uma categoria na qual a operação de subparticipação em causa parece enquadrar-se ou em relação à qual se afigura no plano conceptual semelhante [69].

75. É certo que as novas disposições apenas são aplicáveis a partir de 9 de abril de 2021, enquanto a decisão fiscal em causa no processo principal foi emitida em 30 de dezembro de 2015, período durante o qual as titularizações sintéticas não estavam abrangidas por disposições específicas do direito da União. No entanto, as disposições do Regulamento 2021/557 podem dar uma indicação das características das titularizações sintéticas e explicar como qualificar o contrato de subparticipação à luz da legislação da União em matéria de titularizações.

76. A este respeito, é interessante observar que o considerando 11 deste regulamento, a respeito das titularizações sintéticas, explica a dupla finalidade da operação supramencionada, sublinhando que o investidor vende proteção, enquanto o cedente adquire proteção de crédito ao investidor e se compromete a pagar um prémio de proteção de crédito, o que gera retorno para os investidores. O considerando 13 do Regulamento 2021/557 explica que «nas titularizações sintéticas, a transferência do risco [é] obtida por meio de um acordo de proteção de crédito e não de uma venda dos ativos subjacentes». Como a Comissão alegou na audiência, é certo que, diferentemente da titularização sintética prevista por esse regulamento, na operação em causa no processo principal, o subparticipante efetua um pagamento inicial ao cedente. Contudo, esta circunstância é irrelevante quando comparada com os objetivos das duas operações, pois é evidente que ambas têm por finalidade a proteção de crédito.

77. Além disso, no considerando 5 do Regulamento 2021/557, o legislador da União afirma que a titularização sintética é uma forma de afastar os riscos das partes do sistema financeiro de importância sistémica e que os mutuantes reforcem as suas posições de capital e angariem novos fundos próprios. Por conseguinte, considero que a fundamentação de uma maior disponibilização da titularização sintética prossegue o mesmo duplo objetivo do contrato de subparticipação controvertido, a saber, a dupla finalidade exposta nos n.os 55 a 61 das presentes conclusões.

78. Assim, embora as disposições da União em matéria de titularizações não se oponham a que as operações em causa no processo principal sejam consideradas operações abrangidas pelo artigo 135.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112, parecem indicar que as mesmas se encontram abrangidas pela alínea f) dessa disposição. Pelas razões que expus nos n.os 63 e 71 das presentes conclusões, considero que apenas uma parte das operações em causa no processo principal pode ser abrangida pelo artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112, enquanto a outra parte — a transferência do risco de crédito, que pode ser considerada uma parte igualmente essencial da operação — é suscetível de ser abrangida pela alínea f) do referido número. A questão de saber se esta última disposição se aplica à operação em causa não foi suscitada no âmbito das questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional nacional e, portanto, não é objeto do presente processo.

[68] Regulamento (UE) 2021/557 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2021, que altera o Regulamento (UE) 2017/2402 que estabelece um regime geral para a titularização e cria um regime específico para a titularização simples, transparente e padronizada a fim de apoiar a recuperação da crise da COVID-19 (JO 2021, L 116, p. 1).

[69] V. a definição constante do considerando 9 do Regulamento 2021/557.

3. Interpretação teleológica

79. O ponto de partida para uma interpretação teleológica do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 consiste em ponderar, a exigência de uma interpretação em sentido estrito das isenções previstas nesse artigo [70] face a interpretação em sentido lato dada à expressão «concessão» de «créditos» [71]. Esta última interpretação é corroborada pela finalidade da Diretiva 2006/112 que visa garantir igualdade de tratamento aos sujeitos passivos [72]

80. Os considerandos da Diretiva 2006/112 não explicam as razões que levaram o legislador da União a isentar os serviços financeiros, incluindo a concessão de créditos.

81. No que diz respeito ao artigo 13.º, B, alínea d), da Sexta Diretiva (atual artigo 135.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112), o Tribunal de Justiça já declarou que a finalidade prosseguida pela isenção das operações financeiras consiste em minimizar as dificuldades relacionadas com a determinação da matéria coletável bem como do montante a isentar [73] e em evitar um aumento do custo do crédito ao consumo [74]. Por analogia, o objetivo do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 consiste em minimizar as dificuldades relacionadas com a determinação da matéria coletável e do montante a isentar e em reduzir o custo do financiamento. No caso em apreço, no que se refere à redução, resta determinar se a operação realizada no âmbito do contrato de subparticipação reduziria efetivamente o custo do crédito adquirido pelo cedente.

82. Em primeiro lugar, no que respeita ao objetivo relativo às dificuldades relacionadas com a determinação da matéria coletável, conforme referido pela autoridade tributária na audiência, não se verifica nenhuma dificuldade em proceder a essa determinação, uma vez que a diferença entre os dois montantes em causa, a saber, o montante inicial pago pelo subparticipante e os proventos dos créditos, pode ser estabelecida objetivamente. Por conseguinte, o primeiro objetivo não é alcançado pela operação em questão.

83. Em segundo lugar, quanto à possibilidade de evitar o aumento ou a redução do custo de um crédito, subsiste a questão de saber se a operação realizada no âmbito do contrato de subparticipação reduziria efetivamente o custo do crédito adquirido pelo cedente. A meu ver, embora a titularização seja um instrumento suscetível de criar mais possibilidades para os bancos fornecerem financiamento, diversificarem a sua carteira ou gerirem o seu risco, é bastante improvável que consiga efetivamente reduzir o custo do financiamento, uma vez que essa operação implica uma transferência do risco do cedente para a subparticipante. Tal transferência de risco, no entanto, acarreta, em princípio, um risco, que provavelmente reduz o montante pago pelo subparticipante e/ou aumenta o pagamento sob a forma de produto obtido pelo cedente. Contudo, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio proceder a essa análise factual para determinar se a operação em causa reduz efetivamente o custo do financiamento e se a finalidade do artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112 é alcançada.

[70] V. n.º 43, *supra*.

[71] V. n.º 47, *supra*. V., igualmente, Acórdão de 17 de dezembro de 2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049, n.º 35).

[72] V., em especial, Acórdão de 15 de maio de 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, n.ºs 44 e 45).

[73] Conforme salientou o advogado-geral M. Szpunar, na doutrina, é comummente admitido que estes serviços, que respeitam apenas aos movimentos financeiros, são muito difíceis de tributar devido à dificuldade de estabelecer a matéria coletável (v. Conclusões no processo Volkswagen, C-153/17, EU:C:2018:305, n.º 80).

[74] Acórdão de 19 de abril de 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, EU:C:2007:232, n.º 24).

84. Em conclusão, considero que uma operação como a que está em causa no processo principal não faz manifestamente parte das operações financeiras relativas à concessão de «créditos» isentas de IVA, previstas no artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112. Todavia, não é excluída a possibilidade de tal operação estar abrangida por outras disposições, como é o caso da alínea f) do mesmo número, dada a componente essencial da gestão de risco proporcionada pelo subparticipante.

V. Conclusão

85. Proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial submetida pelo Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo, Polónia) da seguinte forma:

O artigo 135.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado deve ser interpretado no sentido de que a isenção prevista para as operações relativas à concessão, negociação e gestão de créditos não é aplicável à prestação de serviços efetuada no âmbito do contrato de subparticipação em causa no processo principal, mediante o qual o subparticipante se compromete a pagar ao cedente um montante inicial a título de contrapartida da obtenção, durante a vigência desse contrato, do produto dos créditos do empréstimo principal concedido ao devedor principal, uma vez que a alínea b) não cobre o risco de crédito transferido pelo cedente ao subparticipante, o qual, sem prejuízo de verificação por parte do órgão jurisdicional de reenvio, constitui uma parte essencial dessa operação.