Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
apresentadas em 8 de novembro de 2012 [1]

Processo C-275/11

GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH
contra
Finanzamt Bayreuth

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesfinanzhof (Alemanha)]

«Fiscalidade — IVA — Diretiva 77/388/CEE — Artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6 — Isenção da gestão de fundos comuns de investimento — Diretiva 85/611/CEE — Organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) — Sociedades de gestão de fundos comuns de investimento — Definição de 'gestão' — Aplicação da isenção a gestores terceiros — Atividade 'específica' e constitutiva de um 'conjunto distinto, apreciado em termos globais' — Tributação de atividades comerciais ilícitas — Princípio da neutralidade fiscal»

1. A atividade de consultoria para investimento em valores mobiliários, prestada por um terceiro a favor de uma sociedade gestora de fundos coletivos de investimento, constitui ou não uma «gestão de fundos» para efeitos da isenção prevista no artigo 13.º, B, da Diretiva 77/388/CEE [2], que regula o IVA? Esta é, em resumo, a pergunta formulada pelo Bundesfinanzhof no presente reenvio prejudicial.

2. Na resposta a esta questão, o Tribunal de Justiça terá oportunidade de abordar uma jurisprudência assente mas não destituída de dificuldades, segundo a qual as isenções do artigo 13.º, B, da Diretiva 77/388/CEE [3] são aplicáveis aos serviços prestados por um gestor terceiro, se formarem «um conjunto distinto, apreciado em termos globais, e se forem específicos e essenciais para a gestão desses fundos». Os termos gerais em que este critério jurisprudencial está formulado fazem com que a sua aplicação a um caso como o presente exija um particular esforço de interpretação.

1 — Língua original: espanhol.

2 — 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 L 145, p. 1; EE 09 F1 p. 54, a seguir «Sexta Diretiva»).

3 — Note-se que a norma aplicável *ratione temporis* ao presente processo é a Sexta Diretiva. No entanto, o percurso lógico que se segue é perfeitamente extensível ao momento presente, pois a Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO L 347, p. 1), que revogou a Sexta Diretiva, contempla a mesma isenção e nos mesmos termos do n.º 1, alínea g), do seu artigo 135.º

I — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

3. No seu artigo 13.º, B, a Diretiva 77/388/CEE (a seguir «Sexta Diretiva») prevê uma série de isenções do imposto, entre as quais, para os efeitos deste processo, devemos destacar as seguintes:

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

[…]

d) As seguintes operações:

[…]

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

[…]

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

— dos títulos representativos de mercadorias,

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

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

[…]».

4. No seu artigo 1.º, n.ºs 2 e 3, a Diretiva 85/611/CEE, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM), na versão em vigor entre 1999 e 2002, define os referidos organismos nestes termos:

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

— cujo único objetivo é o investimento coletivo em valores mobiliários dos capitais obtidos junto do público e cujo funcionamento seja sujeito ao princípio da repartição dos riscos, e

— cujas partes sociais 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 partes sociais na bolsa não se afaste sensivelmente do seu valor líquido de inventário.

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

5. Em 2002, foi aprovada uma ampla reforma da Diretiva 85/611/CEE, que alterou profundamente o regime das sociedades de gestão [4]. Em consequência dessa reforma, o anexo II define o termo «gestão» de fundos de investimento e de sociedades de investimento e apresenta vários exemplos. O novo artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 85/611/CEE remete expressamente para a lista não exaustiva de funções constante do referido anexo, nos seguintes termos:

«Para efeitos da presente diretiva, a atividade de gestão de fundos comuns de investimento e de sociedades de investimento englobará as funções enumeradas no anexo II, não devendo essa enumeração considerar-se exaustiva.»

6. O anexo II tem a seguinte redação:

«Funções incluídas na atividade de gestão coletiva de carteiras:

— Gestão de investimento:

— Administração:

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

b) Consultas dos clientes;

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

d) Controlo da observância da regulamentação;

e) Registo dos participantes;

f) Distribuição de rendimentos;

g) Emissão e resgate de partes sociais;

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

i) Conservação de documentos.

— Comercialização.»

7. Em resultado da reforma de 2002, o legislador da União também inseriu na Diretiva 85/611/CEE um artigo 5.º-G, nos termos do qual os Estados-Membros podem autorizar as sociedades de gestão a delegar em terceiros uma ou mais das respetivas funções, desde que sejam observadas determinadas condições. Nos termos desta disposição, deve garantir-se, nomeadamente, que a delegação de funções não impede a supervisão da sociedade de gestão e que as funções são desempenhadas com a devida diligência.

4 — Diretiva 2001/107/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de janeiro de 2002, que altera a Diretiva 85/611/CEE do Conselho que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) com vista a regulamentar as sociedades de gestão e os prospetos simplificados (JO L 41, 2002, pp 20 a 34) e Diretiva 2001/108/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de janeiro de 2002, que altera a Diretiva 85/611/CEE do Conselho, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM), no que diz respeito aos investimentos dos OICVM (JO L 41,2002, pp. 35 a 42).

II — Matéria de facto

8. A GfBk (Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH) é uma empresa alemã, que tem por objeto o fornecimento de informações e aconselhamento sobre os mercados bolsistas, bem como a prestação de serviços de consultoria e de comercialização de ativos financeiros.

9. Em 1999, uma sociedade gestora de fundos de investimento (a seguir «SGI») celebrou com a GfBk um contrato de prestação de serviços. A GfBk comprometia-se a aconselhar a SGI «na gestão do fundo comum de investimento», bem como a «emitir recomendações de compra ou venda de bens mediante a observação permanente dos ativos do fundo». A GfBk obrigava-se igualmente a tomar em consideração «o princípio da diversificação dos riscos, as limitações legais impostas aos investimentos [...] e [...] as condições de investimento».

10. Segundo consta dos autos, a GfBk era remunerada de acordo com uma percentagem calculada com base no valor do fundo comum de investimento.

11. Entre 1999 e 2002, a GfBk transmitiu à SGI recomendações relativas à compra e venda de valores mobiliários por telefone, telefax e servidor Web. O órgão jurisdicional de reenvio refere que a GfBk nunca elaborava pareceres exaustivos, mas recomendações pontuais que a SGI inseria no seu sistema de ordens. Depois de recebidas, essas recomendações eram analisadas, a fim de verificar se violavam qualquer limite legal. Concluída a verificação, a SGI executava as recomendações, muitas vezes após escassos minutos.

12. A administração fiscal alemã considerou que, no período compreendido entre os exercícios de 1999 e 2002, os serviços prestados pela GfBk não constituíam uma «gestão de fundos comuns de investimento» na aceção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva IVA. A GfBk não partilha desta interpretação e interpôs recurso das decisões tomadas pela administração fiscal, até esgotar a via judicial no Bundesfinanzhof, órgão jurisdicional que submete a presente questão prejudicial.

III — Questão prejudicial e tramitação no Tribunal de Justiça

13. O despacho de reenvio do Bundesfinanzhof deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 5 de maio de 2011, numa forma que permite três respostas alternativas possíveis:

«a prestação de um gestor terceiro de um fundo comum de investimento só é suficientemente específica e está, por conseguinte, isenta quando:

a) este exerce uma atividade de gestão e não apenas de consultoria, ou quando

b) a prestação, pela sua natureza, se distingue de outras prestações devido a uma particularidade característica para efeitos de isenção nos termos da referida disposição, ou quando

c) este gestor exerce uma atividade com base numa delegação de funções prevista no artigo 5.º-G da Diretiva 85/611/CEE, conforme alterada?»

14. A GfBk, a Comissão e os Governos da República Federal da Alemanha, do Grão-Ducado do Luxemburgo e da República Helénica apresentaram observações escritas.

15. A GfBk, o Governo da República Federal da Alemanha e a Comissão expuseram as suas respetivas posições, na audiência realizada em 28 de junho de 2012.

IV — Análise da questão prejudicial

16. Embora o Bundesfinanzhof tenha submetido a questão numa forma que permite soluções alternativas, considero que o seu sentido é sobretudo o de três *objeções* que poderiam ser colocadas à aplicação, aos serviços de consultoria e informação para investimentos de valores mobiliários, prestados por um terceiro, da isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva IVA. Portanto, o que se pede ao Tribunal de Justiça é que tome em consideração cada uma dessas objeções, para chegar a uma interpretação correta do referido preceito.

A — *Primeira objeção: aplicação do conceito de «gestão de fundos comuns de investimento» aos serviços de consultoria e informação para investimentos, prestados por um terceiro*

17. Através da primeira objeção, o Bundesfinanzhof interroga o Tribunal de Justiça sobre a qualificação do serviço prestado pela GfBk e, concretamente, sobre o caráter específico do mesmo, para poder ser considerado «gestão de um fundo comum de investimento» e, por conseguinte, um serviço isento ao abrigo do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva.

18. A realidade, e a primeira observação que considero oportuna, é que a regra que o Tribunal de Justiça aplica para apreciar se uma atividade externalizada está englobada na referida isenção, é complexa. Com efeito, como já referi no início das presentes conclusões, a dificuldade do presente caso reside, com efeito, na aplicação do critério jurisprudencial que tem vindo a ser aplicado aos presumíveis serviços externalizados, segundo o qual, para beneficiarem da isenção do IVA, devem formar «um conjunto distinto, apreciado em termos globais e [serem] específicos e essenciais para a gestão [dos] fundos».

19. Todos os intervenientes se pronunciaram sobre esta matéria, defendendo posições divergentes. Por um lado, a República Federal da Alemanha, a República Helénica e a Comissão consideram que o serviço de consultoria e informação prestado pela GfBk não é suficientemente específico nem suficientemente distinto. Por outro, a GfBk e o Grão-Ducado do Luxemburgo defendem a especificidade e globalidade do serviço e consideram que é abrangido pela isenção. Em apoio da primeira posição esgrime-se principalmente com o facto de, em última análise, caber à SGI a responsabilidade pela tomada de decisões, incluindo a responsabilidade jurídica. Invoca-se também o facto de as recomendações de compra e venda formuladas pela GfBk serem meras indicações, que a SGI é livre de rejeitar. Por seu lado, a GfBk e o Grão-Ducado do Luxemburgo invocam o acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu no processo Abbey National [5], e em cuja decisão se admitiu que alguns serviços prestados por terceiros fossem abrangidos pela isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva.

20. Para responder a esta questão é necessário determo-nos, em primeiro lugar na jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça e, muito em especial, no referido acórdão Abbey National, profusamente citado por todas as partes neste processo prejudicial.

1. Acórdão Abbey National

21. O acórdão Abbey National resolveu uma questão prejudicial relativa aos serviços prestados a uma sociedade de investimento por um terceiro e que consistiam, entre outras coisas, no cálculo do montante dos dividendos e do valor das unidades de participação ou ações do fundo, na avaliação dos ativos, na contabilidade, na preparação de declarações para a distribuição dos dividendos, no fornecimento de informações e documentação para as contas periódicas e para as declarações fiscais,

5 — Acórdão de 4 de maio de 2006 (C-169/04, Colet., p. I-4027, n.º 63).

estatísticas e relativas ao IVA, bem como na elaboração das previsões de lucros [6]. Relativamente a esta pluralidade de serviços, que o Tribunal de Justiça englobou na rubrica de «gestão administrativa e financeira» [7], o acórdão confirmou, «em princípio», a sua inclusão no âmbito de aplicação do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva [8].

22. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça utilizou vários argumentos, igualmente aplicáveis no presente caso, como adiante mostrarei.

23. Em primeiro lugar, o acórdão Abbey National atende à finalidade da própria isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva IVA, que é «facilitar aos pequenos investidores a aplicação de capital em fundos de investimento» [9]. Por conseguinte, o objetivo da isenção é assegurar a neutralidade fiscal do imposto entre os investidores que gerem diretamente as suas carteiras e os que optam pelo investimento coletivo por intermédio de uma sociedade de gestão ou de investimento [10].

24. Em segundo lugar, o referido acórdão salienta que a «gestão» de um fundo de investimento, na aceção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva compreende não só as funções de gestão de carteira de títulos, propriamente ditas, mas também as de «administração dos próprios organismos de investimento coletivo» [11]. Para determinar que funções de «administração» são suficientemente específicas para caberem no conceito de «gestão» na aceção precisa do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, o Tribunal de Justiça socorre-se do anexo II da Diretiva 85/611/CEE. Na sua opinião, o anexo «indica», na rubrica «Administração», que funções desta natureza são suficientemente específicas para efeitos da isenção do IVA.

25. Em terceiro lugar, o acórdão afasta a necessidade de esta «gestão» ser prestada exclusivamente por um sujeito concreto. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça salienta expressamente como a gestão dos fundos comuns de investimento prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, «é definida em função da natureza das prestações de serviços que são fornecidas *e não em função do prestador ou do destinatário do serviço*» [12]. Portanto, de acordo com o que o Tribunal de Justiça já tinha declarado em casos anteriores, referentes a outras isenções previstas no mencionado artigo 13.º, B, alínea d) [13], nada exclui que a «gestão» se divida em vários serviços distintos, nada obstando também a que alguns sejam prestados por um gestor terceiro [14].

26. Por último, o acórdão invoca a jurisprudência anterior, relativa ao artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, para recordar que, em qualquer caso, os serviços prestados por um gestor terceiro «devem formar um conjunto distinto, apreciado de modo global, que tenha por efeito preencher as funções específicas e essenciais do serviço descrito nesse mesmo n.º 6», ou seja, a gestão de um fundo comum de investimento.

6 — Acórdão Abbey National, já referido (n.º 26).

7 — Acórdão Abbey National, já referido (n.º 66).

8 — Acórdão Abbey National, já referido (n.º 69).

9 — Acórdão Abbey National, já referido (n.º 62).

10 — *Ibidem.*

11 — Acórdão Abbey National, já referido (n.º 64).

12 — Acórdão Abbey National, já referido (n.º 66) (o sublinhado é meu).

13 — V. acórdãos de 5 de junho de 1997, SDC (C-2/95, Colet., p. I-3017, n.º 66), conjugado com o n.º 5 («operações [...] relativas às ações, participação em sociedades ou em associações, obrigações e demais títulos [...]»); de 13 de dezembro de 2001, CSC Financial Services (C-235/00, Colet., p. I-10237, n.º 23); de 21 de junho de 2007, Ludwig (C-453/05, Colet., p. I-5083, n.º 36), conjugado com o n.º 1 («concessão e negociação de créditos, e bem assim a gestão de créditos efetuada por parte de quem os concedeu»); de 28 de outubro de 2010, AXA UK (C-175/09, Colet., p. I-10701, n.º 27), conjugado com o n.º 3 («operações, incluindo a negociação relativa a depósitos de fundos, contas-correntes, pagamentos, transferências, créditos, cheques e outros efeitos de comércio, [...]»); de 22 de outubro de 2009, Swiss Re Germany Holding (C-242/08, Colet., p. I-10099, n.º 45), conjugado com o n.º 2 («negociação e a aceitação de compromissos, fianças e outras garantias, e bem assim a gestão de garantias de crédito efetuada por parte de quem concedeu esses créditos») e, também, com o n.º 3; ou o acórdão de 23 de setembro de 2011, Nordea Pankki (C-350/10, Colet., p. I-7359, n.º 27), conjugado com o já referido n.º 5.

14 — Acórdão Abbey National, já referido (n.º 67).

27. Este critério não tem maior desenvolvimento no acórdão Abbey National nem noutras decisões relativas a outras isenções do artigo 13.º, B, alínea d), da Sexta Diretiva. No entanto, é possível extrair das mesmas algumas orientações, na linha da solução a que o Tribunal de Justiça chegou em cada caso. Essas orientações, suscetíveis de refletir um conteúdo mais preciso da regra da especificidade e diferenciação, viriam a ser as seguintes: a atividade prestada pelo terceiro deve ter uma vinculação intrínseca ao serviço prestado pela sociedade de gestão ou de investimento, bem como um elevado grau de autonomia quanto ao conteúdo. Além disso, o serviço externalizado deve ser contínuo ou, pelo menos, previsível no tempo. Em contrapartida, não parece relevante o facto de o serviço externalizado produzir uma alteração na situação jurídica ou económica da sociedade que o recebe.

28. Vejamos agora se estas orientações, tal como decorrem da jurisprudência proferida até à data, foram seguidas no caso em apreço.

2. A atividade de consultoria para investimento, à luz da jurisprudência

29. A questão concreta que o Bundesfinanzhof nos apresenta consiste em saber se a atividade exercida pela GfBk é suscetível de ser externalizada e se, ainda assim, pode beneficiar da isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), da Sexta Diretiva. Para tanto, deve recordar-se que, como acabamos de ver ao analisar o acórdão Abbey National, os serviços externalizados prestados a uma sociedade de gestão de fundos são efetivamente abrangidos pela isenção. O Tribunal de Justiça exige, como condição, que os referidos serviços formem um «conjunto distinto, apreciado em termos globais e [sejam] específicos e essenciais para a gestão desses fundos».

30. Como já referi no n.º 27 das presentes conclusões, a aplicação deste critério exige que se tenham em atenção várias características. Abordá-las-ei uma a uma, bem como algumas objeções colocadas pelos Estados-Membros e pela Comissão, para chegar à conclusão de que, em princípio, com exceção de algumas apreciações factuais que competem à jurisdição de reenvio, os serviços prestados pela GfBk cumprem as condições do *test* da especificidade e diferenciação.

a) Vinculação intrínseca do serviço à atividade do fundo

31. O requisito da especificidade e globalidade exigido no acórdão Abbey National refere-se a uma vinculação intrínseca entre um serviço e a atividade desenvolvida por um fundo comum de investimento. Trata-se, em suma, de individualizar as prestações que são próprias de um fundo comum de investimento e que a distinguem, neste aspeto, de outras atividades económicas. Para dar um simples exemplo, o cálculo de unidades de participação e ações do fundo ou uma proposta de compra ou venda de ativos é uma atividade própria de um fundo comum de investimento, mas não de uma empresa de construção civil. É óbvio que nada impede uma empresa construtora de levar a cabo atividades de investimento financeiro, mas estas não são *características* ou próprias, e nesse sentido específicas, do setor da construção.

32. Em contrapartida, como alguns Estados-Membros e a Comissão salientaram na audiência, um serviço de assistência técnica a equipamentos informáticos ou mesmo um serviço de limpeza, podem ser prestados indiferentemente a uma sociedade de gestão de fundos ou a uma empresa do setor da construção, sem que possa afirmar-se que se trata de um serviço específico de qualquer das duas. Seriam, por assim dizer e se quisermos usar a expressão, serviços neutros ou fungíveis do ponto de vista do conteúdo, na medida em que podem ser fornecidos de modo totalmente indiferente a umas e outras empresas.

33. No caso dos serviços de consultoria e informação relativos estritamente à gestão do fundo ou à compra e venda de ativos, parece evidente que se trata de uma atividade específica de um fundo comum de investimento. A GfBk emite recomendações sobre as operações que a SGI pode posteriormente realizar, mas nessa sua condição, ou seja, na qualidade de responsável, em última

análise, pela gestão de um fundo comum de investimento. Estamos, portanto, perante serviços eminentemente característicos dos organismos de investimento coletivo cujo objetivo exclusivo, segundo a Diretiva 85/611/CEE, é «o investimento coletivo dos capitais obtidos junto do público em valores mobiliários e/ou noutros ativos financeiros líquidos […]» [15].

34. As circunstâncias do caso resolvido no acórdão Abbey National contribuem, por outro lado, para confirmar a especificidade da atividade desenvolvida pela GfBk. Se o Tribunal de Justiça chegou à conclusão de que as atividades de administração e contabilidade revestem um caráter específico para efeitos da isenção prevista no já referido artigo 13.º, o mesmo se deve dizer de uma atividade intimamente ligada ao núcleo da atividade de um fundo, como é o caso do tratamento da informação para fins de investimento em valores mobiliários. Na medida em que atividades de administração, como a manutenção da contabilidade, o cálculo do montante dos dividendos e do valor das unidades de participação ou ações do fundo e a avaliação dos ativos, constituem atividades específicas e distintas, *a fortiori* considero que a mesma qualificação deve ter um serviço ainda mais específico, designadamente o de consultoria e informação relativo à gestão do fundo e à compra ou venda de ativos.

35. A esta afirmação poderia contrapor-se, como fez a República Federal da Alemanha, que as funções de consultoria e informação não estão enunciadas no anexo II da Diretiva 85/611/CEE. Contudo, este argumento não colhe, pois o artigo 5.º, n.º 2, da referida diretiva dispõe que a enumeração do referido anexo «não deve considerar-se exaustiva». Nas conclusões que apresentou no processo Abbey National, a advogada-geral J. Kokott disse-o com toda a clareza, afirmando que «os conceitos constantes do anexo II da Diretiva 85/611 [não constituem] definições das funções de gestão de um fundo de investimento, mas [a] descrição das funções típicas de uma sociedade de gestão» [16]. Portanto, o facto de os serviços prestados pela GfBk não se encontrarem expressamente enumerados no referido anexo não impede, dado o caráter predominantemente ilustrativo deste último, a sua inclusão na categoria de serviço específico englobado nas atividades de «gestão» de um fundo comum de investimento.

b) Autonomia do serviço relativamente à atividade do fundo

36. O cânone jurisprudencial da especificidade e distinção, de que temos vindo a tratar, refere-se também à autonomia do serviço, ou seja, à capacidade para assumir prestações suficientemente definidas para não se esbaterem noutras prestações prestadas pelo destinatário do serviço. Em certa medida, o requisito refere-se ao caráter determinante do serviço e daí que, algumas vezes, o Tribunal de Justiça tenha utilizado o adjetivo «essencial» ao referir-se ao requisito de «conjunto distinto, apreciado em termos globais» [17].

37. Consequentemente, um serviço que forma um «conjunto distinto, apreciado em termos globais» é, em primeiro lugar, aquele que não se confunde com outros já efetuados pelo destinatário do serviço. Por exemplo, se uma sociedade de gestão já possui serviços contabilísticos, o que é demonstrado se possuir um departamento interno de contabilidade que realiza a totalidade do serviço, dificilmente poderá distinguir-se o serviço de contabilidade prestado por um terceiro do serviço que a empresa já efetua internamente. Esta constatação confirma como o serviço prestado pelo terceiro perde autonomia, pois a destinatária do serviço já o efetua ela própria.

15 — Artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 85/611/CEE.

16 — Conclusões apresentadas no processo Abbey National em 8 de setembro de 2005, n.º 79.

17 — *Ibidem.*

c) Continuidade do serviço

38. Em terceiro lugar, a especificidade e distinção têm que ter uma determinada duração. Por outras palavras, não deve tratar-se de uma prestação esporádica e pontual, pois caso contrário não possuiria entidade suficiente para ser incluída na isenção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva. Tal não implica que o serviço tenha que ser linear do ponto de vista temporal, pois isso poderia excluir por completo todas as atividades que não são prestadas com caráter regular. Em minha opinião, o que sucede é que a externalização em questão responde a uma opção operacional do gestor, dotada, por isso, de um certo grau de estabilidade.

39. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio a verificação deste requisito no caso em apreço. Trata-se de uma análise que exige um exame factual para apurar se os serviços que a GfBk prestou eram prestados de forma constante no tempo, de tal forma que se verifique a previsibilidade na continuidade dos serviços. Se se concluir que os serviços de consultoria e informação eram prestados exclusivamente pela GfBk ou também por outros terceiros, de forma constante no tempo, confirma-se que estamos perante uma atividade suficientemente autónoma para formar um «conjunto distinto, apreciado em termos globais».

d) Irrelevância do critério de uma alteração da situação jurídica e financeira

40. Por último, há que abordar um argumento avançado pela República Federal da Alemanha e pela Comissão, segundo o qual as decisões juridicamente relevantes não dizem respeito à GfBk mas à sociedade de gestão, o que confirmaria a inexistência de uma «gestão» específica e distinta para os efeitos do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva.

41. Este argumento não pode ser acolhido, dado que pode considerar-se tacitamente excluído pelo acórdão Abbey National. Nesse caso, como vimos, os serviços em questão eram todos eles atividades normais e próprias da administração de uma sociedade de gestão, mas nada impediu que fossem qualificados como uma «gestão» específica e distinta na aceção do tantas vezes citado artigo 13.º Tal é coerente com a ideia de que não é imprescindível que haja uma alteração da situação jurídica ou financeira, mas apenas uma externalização, em termos *substantivos,* da atividade de «gestão».

42. De facto, a advogada-geral J. Kokott discordou do critério do advogado-geral P. Maduro nesta matéria [18], tendo o Tribunal de Justiça seguido a opinião da primeira. Nas conclusões que apresentou no processo Abbey National, a advogada-geral excluiu a aplicação do critério indicado [já utilizado pelo Tribunal de Justiça relativamente a outras isenções ao abrigo do artigo 13.º, B, alínea d)], invocando o enunciado mais geral do n.º 6, mas alegando também que «se a isenção fosse restringida a atividades que produzem efeitos em relação à composição da carteira, só ficaria isenta uma parte subalterna da atividade do fundo de investimento» [19]. Subscrevo este raciocínio e penso que o Tribunal de Justiça também, pois a conclusão a que chegou no processo Abbey National não teve em conta o critério da alteração da situação jurídica e financeira.

18 — V. conclusões do advogado-geral P. Maduro apresentadas em 18 de maio de 2004, no processo BBL (acórdão de 21 de outubro de 2004, C-8/03, Colet., p. I-10157, n.º 33).

19 — Conclusões, já referidas (n.º 66).

e) A interpretação estrita da isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva

43. Por último, não quero deixar de me referir a uma objeção de ordem mais geral, que decorre tanto das observações apresentadas pela República Federal da Alemanha como pela República Helénica, relativa ao caráter estrito que devem ter as interpretações das isenções do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, objeção essa que tem a sua base numa jurisprudência assente, por força da qual, como as isenções do IVA constituem exceções à regra geral, devem ser interpretadas em sentido estrito.

44. Esta objeção já foi corretamente abordada pela advogada-geral J. Kokott, nas suas referidas conclusões no processo Abbey National. Nesse texto, a advogada-geral salientou que a interpretação estrita do artigo 13.º da Sexta Diretiva pode, nalguns casos, entrar em conflito com uma prática consolidada na jurisprudência, segundo a qual há que interpretar de maneira uniforme os mesmos conceitos contidos em diversos atos jurídicos. No entanto, no caso específico do artigo 13.º da Sexta Diretiva e do anexo II da Diretiva 85/611/CEE, a advogada-geral concluiu, referindo-se ao conceito de «gestão», que o problema era mais aparente do que real. Na sua opinião, nenhum preceito da Diretiva 85/611/CEE impõe uma definição precisa da expressão «gestão de um fundo comum de investimento». No máximo, como já anteriormente foi indicado, a referida diretiva refere-se a título meramente indicativo à lista do Anexo II, sem prejuízo de os tribunais complementarem essa enumeração à luz dos objetivos e da sistemática da ordem jurídica da União.

45. Assim, a proposta que apresento ao Tribunal de Justiça não constitui uma interpretação extensiva da expressão «gestão de um fundo comum de investimento». Pelo contrário, a interpretação que proponho limita-se a atribuir significado ao termo «gestão» em contextos de externalização de serviços, assegurando simultaneamente a coerência interpretativa com outros instrumentos do direito da União. Foi também esta a conclusão a que o Tribunal de Justiça chegou no acórdão Abbey National, ao considerar que uma interpretação do artigo 13.º da Sexta Diretiva, em consonância com a Diretiva 85/611/CEE, reforçava a leitura até então feita do termo «gestão», sem que em caso algum isso constituísse uma leitura extensiva dos termos da isenção.

f) Resumo

46. Tendo em conta os argumentos expostos, e uma vez excluído que a interpretação proposta constitui uma leitura ampla da isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, considero que o referido preceito deve ser interpretado no sentido de que um serviço de consultoria e informação relativo à gestão de um fundo comum de investimento e à compra ou venda de ativos, prestado por um terceiro, constitui uma atividade de «gestão» com caráter específico e distinto, sempre e quando se verifique a autonomia e a continuidade do serviço prestado em relação às atividades desenvolvidas pela destinatária do serviço, matéria que compete ao órgão jurisdicional verificar.

B — *Segunda objeção: compatibilidade com um suposto princípio de neutralidade fiscal horizontal*

47. O Bundesfinanzhof pergunta em seguida ao Tribunal de Justiça se um serviço como o prestado pela GfBk pode ser diferenciado de outros serviços em razão de alguma particularidade característica, para efeitos da sua isenção. No entanto, ao fundamentar esta questão, o que o despacho do órgão jurisdicional de reenvio submete é uma objeção com base no que poderia ser qualificado como um princípio de neutralidade fiscal «horizontal». Ou seja, a existência de uma violação da Sexta Diretiva pelo facto de conceder um tratamento de vantagem fiscal a um sujeito (a sociedade de gestão ou as sociedades de investimento que recorrem aos serviços de consultoria) em contraste com outro

(investidores que realizam diretamente o investimento, embora utilizando também serviços de consultoria). Entendo, portanto, que ao referir-se, na sua pergunta, às «particularidades características» do serviço, a preocupação do Bundesfinanzhof foi confrontar o Tribunal de Justiça com esse suposto tratamento discriminatório.

48. Entendido assim o sentido desta segunda parte da questão prejudicial, considero que, no caso em apreço, estamos perante a violação de um princípio de neutralidade fiscal. Com efeito, um dos objetivos da isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, consiste precisamente em facilitar aos pequenos investidores a colocação do seu capital em fundos de investimento. Subjacente a esta isenção está, por sua vez, a necessidade de garantir a neutralidade fiscal, pois de contrário penalizar-se-ia quem recorre às fórmulas de investimento coletivo (sujeitos passivos de IVA) em benefício dos investidores diretos (que realizam eles próprios o serviço). Uma vez que o investimento coletivo tem como consequência facilitar o investimento aos pequenos investidores, ou aos investidores sem conhecimento especializado num determinado mercado, a isenção pressupõe um encorajamento para estes coletivos que o legislador considerou merecedores de apoio [20].

49. Em todo o caso, e seja como for, o argumento de que a aplicação da isenção à GfBk pressupõe um tratamento prejudicial para os investidores privados que recorrem diretamente aos seus serviços, em benefício das sociedades de gestão, levar-nos-ia a uma cadeia infindável de discriminações. Como a advogada-geral E. Sharpston observou recentemente no processo Deutsche Bank, «se todas as atividades parcialmente concorrentes entre si tivessem que receber o mesmo tratamento em sede de IVA, o resultado final seria — uma vez que praticamente todas as atividades se sobrepõem de alguma forma — eliminar por completo todas as diferenças de tratamento em sede de IVA. Tal seria claramente absurdo, e levaria (presumivelmente) à eliminação de todas as isenções, uma vez que o regime do IVA apenas existe para operações fiscais» [21].

50. No acórdão proferido nesse processo, o Tribunal de Justiça apoiou-se, neste ponto, nas conclusões da advogada-geral e acrescentou ainda que a neutralidade fiscal «não é uma norma de direito primário que possa determinar a validade de uma isenção, mas um princípio de interpretação que deve ser aplicado paralelamente com o princípio segundo o qual as isenções devem ser interpretadas de forma estrita» [22].

51. Portanto, admitir que a GfBk está abrangida pela isenção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, não é, no meu critério, uma solução que contrarie a exigência de neutralidade fiscal, entendida esta como uma exigência de não discriminação entre sujeitos passivos colocados em posições equiparáveis.

C — *Terceira objeção: consequências jurídicas de uma delegação sem autorização, na aceção da Diretiva 85/611/CEE*

52. Em terceiro e último lugar, o Bundesfinanzhof interroga o Tribunal de Justiça sobre a influência de uma atividade ilícita na qualificação da isenção. Como consta dos autos, no momento da atividade da SGI, não tinha obtido a respetiva autorização que permitiria a delegação do serviço a favor da GfBk. O órgão jurisdicional de reenvio considera que esta situação é contrária à Diretiva 85/611/CEE, na versão em vigor na época da prestação do serviço. Nesse caso, pergunta ao Tribunal de Justiça se esta circunstância tem alguma influência na interpretação do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva.

20 — Conclusões já referidas (n.os 27 e 28).

21 — Conclusões da advogada-geral E. Sharpston apresentadas em 8 de maio de 2012 (acórdão de 19 de julho de 2012, C-44/11, n.º 60).

22 — Acórdão, já referido na nota anterior (n.º 45).

53. Só o Governo da República Helénica e a Comissão se pronunciaram expressamente sobre este ponto. Enquanto o primeiro se limita a defender a inaplicabilidade da isenção quando forem violados os requisitos de supervisão fixados na Diretiva 85/611/CEE, o segundo remete para a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à tributação de atividades ilícitas. Nesta linha de jurisprudência, a Comissão conclui que a qualificação jurídica de uma atividade como lícita ou ilícita não deve ter qualquer influência na interpretação do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva.

54. Concordo com a resposta proposta pela Comissão mas, pelas razões que a seguir exponho, considero que não é necessário entrar em detalhe na jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a sujeição ao IVA das atividades ilícitas [23].

55. Para abordar esta última objeção, é necessário salientar que qualquer delegação implica uma transferência de poder de decisão entre sujeitos, dando lugar a uma relação entre delegante e delegado. A delegação implica, pela sua própria definição, a capacidade de o delegado alterar situações jurídicas preexistentes ou gerar situações jurídicas novas, mesmo sem o consentimento do delegante. Isso explica que, quando uma sociedade de gestão delega funções próprias e transfere para outro sujeito a capacidade de tomar decisões, assumindo assim o delegado o poder de modificar a situação jurídica, a diretiva exige a existência de uma autorização das autoridades competentes.

56. Ora, a situação em que a GfBk se encontra é bem diferente. Em nenhum momento foram delegadas funções essenciais, sujeitas a condições previamente estabelecidas por um mandato. Com efeito, a sua atividade consiste na «gestão» de um fundo comum de investimento, mas essa «gestão», tal como prevê o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, é nitidamente uma noção mais ampla, que não implica necessariamente a translação da capacidade de decisão e, por conseguinte, a alteração de situações jurídicas. Já me referi a este aspeto, que define a atividade de «gestão», nos n.os 41 e 42 das presentes conclusões, e remeto para os argumentos que aí expus.

57. Portanto, e na medida em que o termo «gestão» utilizado no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Diretiva, inclui serviços que não implicam a alteração de situações jurídicas, considero que a inexistência de uma autorização que permita a delegação a favor da GfBk não condiciona a aplicação da isenção constante do referido artigo.

V — Conclusão

58. Atendendo aos argumentos expostos, convido o Tribunal de Justiça a que responda às questões prejudiciais apresentadas pelo Bundesfinanzhof, nos seguintes termos:

«O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Diretiva 77/388/CEE, de 17 de maio de 1977, Sexta Diretiva 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, deve ser interpretado no sentido de que um serviço de consultoria e informação relativo à gestão de um fundo comum de investimento e à compra ou venda de ativos, prestado por um terceiro, constitui uma atividade de 'gestão' de caráter específico e distinto, sempre e quando se verifique a autonomia e continuidade do serviço em relação às atividades efetivamente realizadas pela destinatária do serviço, o que compete ao órgão jurisdicional verificar.

A interpretação proposta para o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Diretiva 77/388/CEE, não é afetada pela tomada em consideração de uma exigência de neutralidade fiscal horizontal.

23 — V., entre outros, acórdãos de 2 de agosto de 1993, Lange (C-111/92, Colet., p. I-4677, n.º 12), e de 11 de junho de 1998, Fischer (C-283/95, Colet., p. I-3388, n.º 21).

O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Diretiva 77/388/CEE, deve ser interpretado no sentido de que, na medida em que o termo 'gestão' inclui serviços que não implicam a alteração de situações jurídicas, a inexistência de uma autorização que permita a delegação a favor da GfBk não condiciona a aplicação da isenção prevista no referido artigo.»