

CONCLUSÕES DA ADVOGADA?GERAL

JULIANE KOKOTT

apresentadas em 1 de Março de 2007 1(1)

Processo C?363/05

JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc

The Association of Investment Trust Companies

contra

Commissioners of HM Revenue and Customs

(pedido de decisão prejudicial apresentado por VAT and Duties Tribunal, Londres)

«Imposto sobre o valor acrescentado – Isenção da gestão de fundos comuns de investimento por sociedades de capital – Conceito de fundos comuns de investimento tal como são definidos pelos Estados?Membros – Fundos de investimento de capital fixo»

I – Introdução

1. Segundo a Sexta Directiva relativa ao imposto sobre o valor acrescentado 77/388/CEE (a seguir «Sexta Directiva») (2), a gestão de fundos de investimento está isenta do imposto sobre o valor acrescentado. No seu acórdão *Abbey National* (3) – também em resposta ao pedido de decisão prejudicial apresentado pelo VAT and Duties Tribunal, London –, o Tribunal de Justiça já concretizou quais as actividades que o conceito de *gestão* de fundos de investimento abrange e em que circunstâncias a prestação de serviços de gestão, por um terceiro a um fundo, deve ser isenta do imposto sobre o valor acrescentado.

2. O acórdão *Abbey National* dizia respeito aos fundos de investimento de capital variável sob a forma de trust (*Authorised Unit Trusts* – AUT) e às sociedades de investimento sob a forma estatutária (*Open-ended Investment Companies* – OEIC). O presente processo suscita agora a questão de saber se a isenção também se aplica a determinados fundos de capital fixo, designadamente, às *Investment Trust Companies* (ITC). Os fundos de capital variável e fixo diferenciam-se, em substância, pelo facto de o capital dos fundos de capital variável se alterar através da emissão e do resgate de unidades de participação, enquanto os fundos de capital fixo permanecem inalteráveis.

3. As incertezas quanto ao tratamento das ITC resultam do facto de a directiva remeter para o direito nacional a definição de fundos comuns de investimento favorecidos em termos fiscais (fundos de investimento). Na verdade, existem no Reino Unido regras gerais sobre as ITC. No entanto, não beneficiam da isenção do imposto sobre o valor acrescentado, nos termos do direito nacional. Assim, importa esclarecer o alcance da competência de definição dos

Estados-Membros e os limites que lhes são especialmente impostos pelo princípio da neutralidade do imposto sobre o valor acrescentado.

II – Quadro jurídico

A – Direito comunitário

4. Nos termos do artigo 13.º, B, da Sexta Directiva:

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

[...]

d) As seguintes operações:

[...]

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

5. A Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM) (4) harmoniza as disposições nacionais sobre os fundos de investimento. No entanto, nos termos do seu artigo 1.º, n.º 2, segundo travessão, somente entram no seu âmbito de aplicação os fundos de capital variável cujas partes sociais sejam, a pedido dos seus detentores, readquiridas ou reembolsadas, directa ou indirectamente, a cargo dos activos destes organismos. Os fundos de capital fixo estão, pelo contrário, expressamente excluídos do âmbito de aplicação da directiva (artigo 2.º, n.º 1, primeiro travessão, da Directiva 85/611).

B – Legislação nacional

6. No Reino Unido, a isenção da gestão de fundos e de sociedades de investimento, prevista na Sexta Directiva, foi transposta através dos pontos 9 e 10, grupo 5, anexo 9, do Value Added Tax Act 1994 (Lei relativa ao imposto sobre o valor acrescentado de 1994). O regime jurídico adoptado aplica-se particularmente aos AUT ou (ponto 9) e às OEIC (ponto 10), mas não às ITC.

7. As disposições da Lei relativa ao imposto sobre o valor acrescentado de 1994, na sua versão actual, adoptam as definições destes organismos contidas nas disposições do *Collective Investment Schemes* na parte XVII do Financial Services and Markets Act 2000 (Lei relativa aos serviços financeiros e aos mercados de 2000, FSMA). A FSMA transpõe para o direito nacional a Directiva 85/611. As ITC não se encontram abrangidas pela *Collective Investment Schemes* na acepção da FSMA. Ao contrário dos AUT e das OEIC, não têm que ser autorizadas pela *Financial Service Authority* (FSA), estando, porém, sujeitas ao seu controle na qualidade de *Listing Authority* (Autoridade de Mercado de Valores Mobiliários).

8. A Section 842 da Income and Corporation Taxes Act de 1988 estabelece uma série de requisitos para que uma sociedade possa ser reconhecida como ITC na acepção da lei relativa aos impostos sobre o rendimento e sobre as sociedades. Outras disposições remetem para esta. Além disso, as disposições sobre as sociedades de investimento da Companies Act 1985 são aplicáveis às ITC.

III – Matéria de facto e questões prejudiciais

9. As ITC são organismos de investimento e risco partilhado com responsabilidade limitada, empresas cotadas na Bolsa de Valores e que investem numa carteira de investimentos. Os investidores detêm acções da sociedade. Ao contrário do que sucede com os AUT e as OEIC, o número de unidades de participação (sem prejuízo de eventuais aumentos de capital) mantém-se inalterado. Os investidores não têm direito a que a sociedade reembolse as unidades de participação como sucede com os outros tipos de fundos. Pelo contrário, têm que vender as unidades de participação, dado o caso, na Bolsa de Valores. A cotação na Bolsa das unidades de participação depende da oferta e da procura, sendo o valor da carteira de investimentos das ITC um factor de valoração essencial, mas não o único.

10. A JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc é uma ITC. Presentemente paga imposto sobre o valor acrescentado pelos serviços de gestão que lhe são prestados relativamente aos seus investimentos por um terceiro, a JP Morgan Fleming Asset Management (UK) Limited Verwaltungsdienstleistungen. Relativamente à aplicação do imposto sobre o valor acrescentado à gestão de fundos que lhe é prestada, interpôs recurso no VAT and Duties Tribunal, que, por decisão de 19 de Setembro de 2005, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. A expressão ‘fundos comuns de investimento’, do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, pode abranger fundos de investimento de capital fixo, tais como as ITC?

2. Se a resposta à primeira questão for afirmativa, a expressão ‘tal como são definidos pelos Estados-Membros’ do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6:

a) permite aos Estados-Membros seleccionar alguns dos ‘fundos comuns de investimento’ sujeitos à sua jurisdição para beneficiarem da isenção da prestação de serviços de gestão e excluir outros desta isenção, ou

b) significa que os Estados-Membros devem identificar os fundos sujeitos à sua jurisdição abrangidos pela definição de ‘fundos comuns de investimento’ e que o benefício da isenção se deve estender a todos os fundos desse tipo?

3. Se a resposta à segunda questão for que os Estados-Membros podem seleccionar os ‘fundos comuns de investimento’ que beneficiam da isenção, em que medida é que os princípios da neutralidade fiscal, da igualdade de tratamento e da prevenção de distorções indevidas da concorrência afectam o exercício dessa discricionariedade?

4. O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, tem efeito directo?»

IV – Apreciação jurídica

A – Observações preliminares

11. O conceito de gestão de fundos comuns de investimento não é definido de forma precisa no artigo 13.º, B, Alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva. Contudo, a formulação contém dois elementos que precisam de ser concretizados, a saber, «gestão» e «fundos comuns de investimento».

12. Como o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão Abbey National, a definição de *gestão* na acepção da referida disposição é uma questão unicamente do âmbito do direito comunitário. Com efeito, segundo a jurisprudência assente, as isenções previstas no artigo 13.º da Sexta Directiva constituem conceitos do direito comunitário e devem, portanto, ser objecto de uma definição

comunitária, que tenha por objectivo evitar divergências na aplicação do regime do imposto sobre o valor acrescentado de um Estado-Membro para outro (5).

13. Pelo contrário, segundo o teor literal expresso da directiva, é da competência dos Estados-Membros definir os fundos comuns de investimento em causa. O Tribunal de Justiça afirmou a este respeito:

«Por conseguinte, os Estados-Membros não podem alterar o seu conteúdo – em especial quando fixam as respectivas condições de aplicação [está em causa a Sexta Directiva]; não pode ser esse o caso quando o Conselho confia precisamente a esses Estados a definição de determinados termos de uma isenção» (6).

14. Esta formulação não é clara. Parece que o Tribunal de Justiça concede aos Estados-Membros a competência para alterarem o conteúdo da directiva, que, regra geral, está reservado ao legislador comunitário.

15. Com efeito, apenas pode estar em causa o facto de a directiva, em determinados casos especificamente referidos, remeter para uma definição mais precisa de um conceito utilizado pelas ordens jurídicas nacionais e deixar que os Estados-Membros preencham este conceito. Essas remissões para as definições nacionais encontram-se em numerosas passagens da Sexta Directiva. Assim, por exemplo, cumpre aos Estados-Membros definir o exercício das actividades médicas e paramédicas cujas prestações de serviços estão isentas de imposto, nos termos do artigo 13.º, A, n.º 1, alínea c), da Sexta Directiva. Além disso, a isenção de prestações de serviços de instituições de utilidade pública ou caritativas depende de os Estados-Membros lhes terem conferido o correspondente estatuto (7).

16. Esta técnica legislativa leva a que as condições de aplicação da Sexta Directiva possam divergir de um Estado-Membro para outro. No entanto, cria uma certa segurança jurídica nos domínios em que o legislador comunitário não tenha harmonizado pormenorizadamente na Sexta Directiva, uma vez que as disposições relevantes dos Estados-Membros podem, pelo menos, ser aplicáveis. Estes conservam um poder discricionário que lhes permite fazer depender a concessão de uma isenção do cumprimento de determinados critérios estabelecidos no direito nacional tendo em conta as especificidades de cada Estado-Membro.

17. A margem discricionária dos Estados-Membros está, por um lado, limitada pelo teor literal, assim como pela natureza e a finalidade das disposições pertinentes da directiva (8). Portanto, está excluído que os Estados-Membros classifiquem os organismos como fundos comuns de investimento na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6 da Sexta Directiva, que, atendendo à natureza e à finalidade da disposição, não são abrangidos, *a priori*, pelo referido conceito. Por outro, os Estados-Membros também têm de ter em conta os princípios gerais que subjazem à Sexta Directiva, em particular, o princípio da neutralidade fiscal (9).

B – Quanto à primeira questão prejudicial

18. Com a primeira questão pretende-se esclarecer se os fundos de capital fixo como as ITC podem constituir «fundos comuns de investimento» nos termos do artigo 13, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva.

19. No acórdão Abbey National, proferido depois da prolação do despacho de reenvio no presente caso, o Tribunal de Justiça já determinou que a isenção da gestão dos fundos comuns de investimento se aplica independentemente da sua forma jurídica e é aplicável quer aos organismos de investimento colectivo sob a forma de contrato ou de trust quer aos que revestem a forma estatutária (10).

20. É certo que, em primeiro lugar, os fundos sem personalidade jurídica, ou seja, fundos sob a forma de contrato ou de trust, dependem da gestão de fundos de investimento prestados por um gestor externo de fundos. As sociedades de investimento sob a forma estatutária, pelo contrário, podem gerir-se a si próprias sem a intervenção de um terceiro (11). No entanto, na medida em que os fundos de investimento sob a forma estatutária também recorrem a um administrador externo do fundo, encontram-se na mesma situação jurídica que um fundo sem personalidade jurídica (12). Como o Tribunal de Justiça já declarou, no acórdão Abbey National, seria contrário ao princípio da neutralidade fiscal se a prestação de serviços de gestão fornecida aos fundos sob a forma estatutária fosse tributável, quando a gestão de fundos sob outra forma jurídica estaria isenta (13).

21. As ITC são sociedades anónimas, ou seja, fundos comuns de investimento dotados de personalidade jurídica, que se constituem por estatuto. Não existem diferenças significativas entre os fundos sob esta forma jurídica e outras sociedades de investimento constituídas por estatuto, por exemplo, as OIEC, que excluem, *a priori*, a classificação dos referidos fundos de capital fixo como fundos comuns de investimento na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva.

22. Esta conclusão em nada é prejudicada pelo facto de a Directiva 85/611 não ser aplicável aos fundos de capital fixo. É certo que o Tribunal de Justiça, no acórdão Abbey National, se referiu às disposições da Directiva 85/611 para responder à questão de saber o que se deve entender por gestão de um fundo de investimento isento de imposto sobre o valor acrescentado. No entanto, a Sexta Directiva foi adoptada muito antes da Directiva 85/611 e tem um âmbito de regulamentação diferente do dessa directiva (14). Por conseguinte, a Directiva 85/611 não permite determinar com certeza quais os organismos que podem ser abrangidos pela isenção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva.

23. De resto, a exclusão dos fundos de capital fixo do âmbito da aplicação da Directiva 85/611 também não foi efectuada por razões transponíveis para a interpretação da Sexta Directiva. O legislador actuou gradualmente ao harmonizar as disposições sobre os fundos de investimento e reservou a regulamentação dos fundos de capital fixo para um momento posterior (15).

24. Por conseguinte, deve responder-se à primeira questão prejudicial que a expressão «fundos comuns de investimento» do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva também pode abranger os fundos de investimento de capital fixo como as ITC.

C – Quanto à segunda e terceira questões prejudiciais

25. Com a segunda e terceira questões prejudiciais, que convém analisar conjuntamente, deve ser esclarecido o alcance da competência dos Estados-Membros para definir os fundos comuns de investimento cuja gestão está isenta de imposto, nos termos do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva.

26. O órgão jurisdicional de reenvio considera duas possíveis alternativas interpretativas. Segundo a primeira, um Estado-Membro pode seleccionar determinados fundos comuns de investimento existentes no seu território *para efeitos de isenção do imposto sobre o valor acrescentado*

das prestações de serviços de gestão, nos termos do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, e excluir outros da isenção. De acordo com a segunda alternativa, a gestão de todos os fundos comuns de investimento, definidos como tal pelos Estados-Membros, está isenta do imposto sobre o valor acrescentado.

27. A este respeito, há que observar que, como salienta igualmente a Comissão, o conceito de fundos comuns de investimento (special investment fund) não é, em si mesmo, um conceito jurídico de direito nacional. A circunstância de uma modalidade de investimento ser reconhecida como fundo de investimento no direito nacional não permite, portanto, deduzir automaticamente que também esteja em causa um fundo comum de investimento na acepção da directiva. Pelo contrário, os Estados-Membros têm de concretizar, no exercício do seu poder discricionário, quais os organismos que devem ser considerados fundos comuns de investimento cuja gestão está isenta do imposto sobre o valor acrescentado. No âmbito deste exercício, também podem, em princípio, excluir da isenção certos tipos de fundos de investimento, e isto não obstante a circunstância de os referidos investimentos serem, em alguns aspectos, objecto de legislação especial no direito nacional (16).

28. O simples facto de as ITC serem reconhecidas como fundos comuns de investimento pelo direito do Reino Unido não conduz necessariamente à conclusão de que a gestão dos fundos desta categoria deve ser isenta do imposto sobre o valor acrescentado. Por outro lado, há que examinar se o legislador nacional exerceu correctamente o seu poder discricionário ao não aplicar a isenção de imposto à gestão das ITC.

29. No exercício do seu poder discricionário, os Estados-Membros devem respeitar os objectivos prosseguidos pela isenção e pelo princípio da neutralidade fiscal (17).

30. A finalidade da isenção da gestão de fundos comuns de investimento prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, é, nomeadamente, não agravar o acesso de pequenos aforradores a esta modalidade de investimento. Se não existisse a isenção, os detentores de unidades de participação em fundos de investimento seriam mais fortemente tributados do que os investidores que aplicam directamente o seu dinheiro em acções ou em outros títulos mobiliários e que não recebem serviços prestados pela gestão de um fundo (18). A aplicação em fundos de investimento reveste-se de particular importância precisamente no que respeita aos pequenos aforradores. É que, devido aos montantes diminutos de que dispõem para investir, dificilmente lhes seria possível aplicar o seu dinheiro, com grande dispersão, directamente em valores mobiliários; além disso, não têm os conhecimentos suficientes para poderem comparar e seleccionar os valores mobiliários (19).

31. Como salienta acertadamente o Governo do Reino Unido, as isenções referidas no artigo 13.º da Sexta Directiva são de interpretação estrita, dado que constituem derrogações ao princípio geral de que o imposto sobre o valor acrescentado é cobrado sobre cada prestação de serviços efectuada a título oneroso por um sujeito passivo (20). Todavia, a interpretação dos termos utilizados nesta disposição deve estar em conformidade com os objectivos prosseguidos pelas referidas isenções (21). Isto pressupõe que os Estados-Membros não podem reduzir demasiado o círculo dos fundos comuns de investimento cuja gestão está isenta de imposto (22). De outro modo, não seria alcançado o objectivo de não agravar a aplicação de capital em fundos de investimento.

32. Em particular, não podem excluir da isenção quaisquer fundos de investimento que entrem no âmbito de aplicação da Directiva 85/611, que veio entretanto introduzir limitações ao exercício da competência de definição dos Estados-Membros (23). Uma vez que esta directiva harmoniza as disposições nacionais sobre certos tipos de fundos de investimento de modo a garantir um elevado nível de protecção dos investidores, os fundos de investimento abrangidos pela directiva

são, com efeito, especialmente apropriados para a aplicação de capital de pequenos aforradores.

33. Os Estados-Membros podem excluir da isenção outras formas de fundos de investimento que não entrem no âmbito de aplicação da Directiva 85/611, desde que respeitando o princípio da neutralidade fiscal.

34. O princípio da neutralidade fiscal surge, pela primeira vez, no quinto considerando da Primeira Directiva relativa ao imposto sobre o valor acrescentado (24), que dispõe: «Um sistema de imposto sobre o valor acrescentado atinge o maior grau de simplicidade e de neutralidade se o imposto for cobrado da forma mais geral possível e se o seu âmbito de aplicação abranger todas as fases da produção e da distribuição, bem como o sector das prestações de serviços [...]»

35. O Tribunal de Justiça atribuiu importância a este princípio em situações diferentes. No que diz respeito ao direito à dedução, este princípio exige uma neutralidade, em termos de valor, ou seja, o imposto sobre as prestações antecipadas tem que poder deduzir-se integralmente dos impostos que se tornam exigíveis no momento em que se efectua a prestação ao consumidor final (25). Deste modo, evita-se a dupla tributação de uma prestação em função do número de prestações anteriores.

36. Em contextos diferentes, tem maior importância o aspecto da igualdade de tratamento de todas as prestações e/ou de todos os sujeitos passivos relativamente à tributação e à respectiva taxa de tributação (26). As formulações que o Tribunal de Justiça seleccionou para descrever a concretização do princípio da neutralidade variam.

37. Em algumas decisões, declarou que: «o princípio da neutralidade fiscal opõe-se [...] a que operadores económicos que efectuem as mesmas operações sejam tratados diferentemente em matéria de cobrança do imposto sobre o valor acrescentado» (27).

38. Noutras decisões, o Tribunal de Justiça adoptou a regra de que o princípio da neutralidade fiscal se opõe, nomeadamente, «a que mercadorias ou prestações de serviços semelhantes, que estão, portanto, em concorrência entre si, sejam tratadas de maneira diferente do ponto de vista do [imposto sobre o valor acrescentado]» (28). O Tribunal de Justiça acrescentou frequentemente que a identidade do produtor ou do prestador de serviços e a forma jurídica através da qual estes exercem as suas actividades são irrelevantes para determinar se produtos ou prestações de serviços são semelhantes (29).

39. Estas formulações destacam, cada uma, diferentes aspectos, umas a igualdade de tratamento dos operadores económicos e outras a igualdade de tratamento das prestações que realizam. No entanto, são baseadas no mesmo entendimento do princípio da neutralidade fiscal. O seu alcance seria, em particular, demasiado limitado se, na base da referida regra n.º 37, somente as prestações idênticas devessem ser tratadas da mesma forma em termos fiscais, como sustenta o Governo do Reino Unido. Pelo contrário, o princípio da neutralidade fiscal exige, além disso, que a igualdade de tratamento das prestações que cumprem os mesmos objectivos sejam substituíveis e, portanto, estejam em concorrência.

40. O Reino Unido receia que, com esta interpretação do princípio da neutralidade fiscal, o círculo dos fundos comuns de investimento favorecidos em termos fiscais se torne ilimitado. A gestão de várias outras formas de investimento partilhado, tais como fundos de pensões, seguros de vida integrados, *trust* de capitais de risco e clubes de investimento, também teria, assim, de ser isenta.

41. No entanto, como a Comissão alega acertadamente, o objecto do presente processo é unicamente saber se a gestão dos investimentos de capital fixo como as ITC estão abrangidas

pela isenção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva. O modo como deveriam ser apreciados outros instrumentos de investimento, tendo em conta os objectivos desta disposição e do princípio da neutralidade fiscal, é uma questão hipotética.

42. O Governo do Reino Unido alega, além disso, que, mesmo a ser determinante a existência de uma relação de concorrência, a diferença de tratamento fiscal não teria quaisquer repercussões, dado que o alcance da tributação adicional das ITC seria, na prática, insignificante.

43. Este argumento não pode ser acolhido. O princípio da neutralidade fiscal opõe-se a que mercadorias ou prestações de serviços semelhantes, que estão, portanto, em concorrência entre si, sejam tratadas de maneira diferente do ponto de vista do imposto sobre o valor acrescentado. A violação deste princípio não pressupõe que as diferenças de tributação também conduzam efectivamente a um falseamento demonstrável da concorrência. Caso contrário, a isenção seria aplicada caso a caso, pois a influência efectiva da tributação da gestão de fundos sobre a concorrência depende das circunstâncias de cada caso, por exemplo, da estrutura de custos de cada tipo de fundos e da sensibilidade em relação aos preços do segmento de fundos em causa.

44. Porém, no âmbito da apreciação do princípio da neutralidade fiscal, no presente caso, não está em questão a comparabilidade das próprias actividades de gestão ou a igualdade de tratamento dos gestores externos de fundos. O que está em causa é, antes, a comparabilidade dos fundos de investimento, cuja posição no mercado pode afectar a carga fiscal da gestão dos fundos. Nesta situação, o princípio da neutralidade fiscal opõe-se, assim, a uma diferença de tratamento de prestações em função do beneficiário do subsídio, na medida em que os beneficiários do subsídio sejam, por sua vez, comparáveis e estejam em concorrência entre si.

45. O órgão jurisdicional de reenvio declarou, no seu despacho, que as ITC permitem que os investidores privados, assim como os AUT e as OEIC, invistam numa carteira de investimentos diversificada e, deste modo, reduzam os riscos do mercado bolsista. Permitem ainda aos investidores privados beneficiar de uma gestão profissional de fundos a custos partilhados e reduzir as despesas gerais de mediação e administrativas. Além disso, desempenham as mesmas funções relativamente a investidores institucionais. Isto indica que as ITC são comparáveis aos tipos de fundo favorecidos em termos fiscais (AUT, OEIC) e que estão em concorrência com estes. Por conseguinte, a sua gestão também tem de estar isenta do imposto sobre o valor acrescentado.

46. Uma diferença de tratamento só será admissível se os diferentes tipos de fundos não se destinarem a alcançar do mesmo modo os objectivos da isenção. A isenção deve facilitar aos pequenos aforradores, entre outros, o acesso ao investimento em valores mobiliários através do investimento colectivo. Este grupo de investidores tem poucas possibilidades de controlar a actividade de um fundo e está, portanto, em larga medida dependente dos mecanismos de protecção previstos na lei.

47. Ao remeter para a definição dada pelos Estados-Membros aos fundos comuns de investimento, o artigo 13.º B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, deixa-os definir o âmbito jurídico para a estrutura e gestão dos instrumentos de investimento favorecidos em termos fiscais. Seria compatível com os objectivos da isenção se os Estados-Membros, no exercício desta competência de definição, atendessem também à questão de saber em que medida a protecção do investidor é garantida por um tipo de fundo.

48. No caso de fundos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 85/611, os Estados-Membros já não dispõem de qualquer margem de apreciação a este respeito; há que assumir a existência de uma protecção suficiente dos investidores. Outras formas de fundos de investimento podem, pelo contrário, ser excluídas da isenção se a protecção dos investidores não

estiver garantida a um nível comparável ao dos fundos cuja gestão está isenta.

49. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no presente caso, o nível da protecção dos investidores conferido pelas ITC é comparável ao conferido pelos AUT e pelas OIEC. Em função do tipo de fundo, podem utilizar-se diferentes mecanismos que conduzam a um nível de protecção comparável.

50. Há, portanto, que responder às segunda e terceira questões que o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva confere aos Estados-Membros a competência de determinar os fundos comuns de investimento cuja gestão está isenta de imposto sobre o valor acrescentado. No exercício desta competência, os Estados-Membros têm que respeitar o teor literal e os objectivos da disposição, assim como o princípio da neutralidade fiscal que, a respeito da aplicação do imposto, exige que todos os fundos comuns de investimento idênticos, que se encontrem, portanto, em concorrência entre si, sejam tratados de igual modo.

D – *Quanto à quarta questão prejudicial*

51. Se um Estado-Membro, no exercício da sua competência para definir os fundos comuns de investimento favorecidos em termos fiscais na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, não teve em conta o princípio da neutralidade fiscal e incluiu indevidamente certos fundos, coloca-se a questão de saber se a directiva tem efeitos directos a favor dos interessados.

52. A este respeito, importa recordar que, em todos os casos em que disposições de uma directiva mostrem ser, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, os particulares podem invocar essas disposições, na falta de medidas de aplicação adoptadas nos prazos, contra toda e qualquer disposição nacional que não esteja em conformidade com a directiva; podem ainda invocar essas disposições, na medida em que sejam susceptíveis de definir direitos que os particulares estejam em condições de invocar contra o Estado (30).

53. O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva descreve de forma suficientemente precisa e incondicional quais as actividades que devem ser isentas de imposto, pelo que os particulares podem invocar directamente essa disposição.

54. A tal não se opõe o facto de os Estados-Membros terem uma margem de discricionariedade para definir os fundos comuns de investimento cuja gestão está isenta. Se o legislador nacional ultrapassar esta margem de discricionariedade, então, o particular pode, em qualquer caso, exigir a isenção do imposto sobre o valor acrescentado, invocando directamente o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva, quando se puder determinar, com base em critérios objectivos, que o interessado devia ter sido incluído entre os que estão isentos de isenção (31). No caso de violação do princípio da neutralidade fiscal, o sujeito passivo tem de provar que o fundo em causa é idêntico aos fundos que beneficiam da isenção nos termos do direito nacional e que está em concorrência com eles.

55. Um Estado-Membro não pode opor a um sujeito passivo, nesta situação, o facto de não ter adoptado as disposições que definem o tipo de fundo em causa como fundo comum de investimento na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva (32). Um Estado-Membro não pode, *a fortiori*, remeter para as disposições nacionais que tenha adoptado no exercício desta competência de definição mas que são contrárias ao princípio da neutralidade fiscal (33).

56. Por conseguinte, há que responder à quarta questão prejudicial que o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva tem efeito directo a favor daqueles que, nos termos de direito nacional

contrário ao princípio da neutralidade fiscal, não beneficiam da isenção do imposto sobre o valor acrescentado prevista nessa disposição.

V – Conclusão

57. Com base nas considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que se responda da seguinte forma às questões prejudiciais submetidas pelo VAT and Duties Tribunal:

«1) A expressão ‘fundos comuns de investimento’ do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios – Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme também pode abranger fundos de investimento de capital fixo tais como as *Investment Trust Companies*.

2) O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva concede aos Estados-Membros a competência de determinar os fundos comuns de investimento cuja isenção está isenta de imposto sobre o valor acrescentado. No exercício desta competência, os Estados-Membros têm que respeitar o teor literal e os objectivos da disposição, assim como o princípio da neutralidade fiscal que, a respeito da aplicação do imposto, exige que todos os fundos comuns de investimento idênticos, que se encontrem, portanto, em concorrência entre si, sejam tratados de igual modo.

3) O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 6, da Sexta Directiva tem efeito directo a favor daqueles que, nos termos do direito nacional contrário ao princípio da neutralidade fiscal, não beneficiam da isenção do imposto sobre o valor acrescentado prevista nessa disposição.»

1 – Língua original: alemão.

2 – Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios – Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (JO L 145, p. 1; EE 09 F1 p. 54). Esta directiva foi revogada, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2007, e substituída pela Directiva 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).

3 – Acórdão de 4 de Maio de 2006, Abbey National e Inscape Investment Fund (C-169/04, Colect., p. I-4027).

4 – JO L 375, p. 3, com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 2005/1/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2005, que altera as Directivas 73/239/CEE, 85/611/CEE, 91/675/CEE, 92/49/CEE, e 93/6/CEE do Conselho e as Directivas 94/19/CE, 98/78/CE, 2000/12/CE, 2001/34/CE, 2002/83/CE e 2002/87/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, com vista a estabelecer uma nova estrutura orgânica para os comités no domínio dos serviços financeiros (JO L 79, p. 9).

5 – V. acórdãos de 12 de Setembro de 2000, Comissão/Irlanda (C-358/97, Colect., p. I-6301, n.º 51); de 3 de Março de 2005, Fonden Marselisborg Lystbådehavn (C-428/02, Colect., p. I-1527, n.º 27); e Abbey National e Inscape Investment Fund (referido na nota 3, n.º 38).

6 – Acórdão Abbey National e Inscape Investment Fund (referido na nota 3, n.º 39), que remete para o acórdão de 28 de Março de 1996, Gemeente Emmen (C-468/93, Colect., p. I-1721, n.º 25).

7 – V., por exemplo, o artigo 13.º, A, n.º 1, alíneas b), g), h), i), l) e n), da Sexta Directiva.

8 – V. acórdão Gemeente Emmen (referido na nota 6, n.º 25), acórdão de 12 de Fevereiro de 1998, Blasi (C-346/95, Colect., p. I-481, n.º 21), e as minhas conclusões de 15 de Dezembro de 2005, Solleveld e van den Hout/van Eijnsbergen (C-443/04 e C-444/04, Colect. 2006, p. I-3617, n.º 23).

9 – V. acórdãos de 10 de Setembro de 2002, Kügler (C-141/00, Colect., p. I-6833, n.os 55 e segs.), de 6 de Novembro de 2003, Dornier (C-45/01, Colect., p. I-12911, n.º 69), e de 27 de Abril de 2006, Solleveld e van den Hout/van Eijnsbergen (C-443/04 e C-444/04, Colect., p. I-3617, n.os 35 e 36), assim como os n.os 23, 37 e segs. das conclusões neste processo.

10 – Referido na nota 3, n.º 53.

11 – Em relação a este ponto, v. em particular as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro, de 18 de Maio de 2004, BBL (C-8/03, Colect. 2004, p. I-10157, n.º 26), assim como as minhas conclusões, de 8 de Setembro de 2005, Abbey National e Inscape Investment Fund (C-169/04, Colect. 2006, p. I-4027, n.os 29 e segs.).

12 – V. as conclusões Abbey National e Inscape Investment Fund (referidas na nota 11, n.º 32) e as conclusões BBL (referidas na nota 11, n.º 27).

13 – Acórdão Abbey National e Inscape Investment Fund (referido na nota 3, n.º 56).

14 – V. as conclusões Abbey National e Inscape Investment Fund (referidas na nota 11, n.º 79).

15 – V. o sexto considerando da Directiva 85/611.

16 – Como declarou o Tribunal de Justiça, no acórdão Solleveld e van den Hout/van Eijnsbergen (referido na nota 9, n.º 33), relativamente à competência dos Estados-Membros para definir as profissões paramédicas, abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 13.º, A, n.º 1, alínea c), da Sexta Directiva.

17 – V. a jurisprudência referida nas notas 8 e 9.

18 – V. acórdão Abbey National e Inscape Investment Fund (referido na nota 3, n.º 62) e n.os 27 e 68 das conclusões neste processo, assim como as conclusões BBL (referidas na nota 11, n.º 26).

19 – Conclusões Abbey National e Inscape Investment Fund (referidas na nota 11, n.º 28).

20 – V. acórdãos de 20 de Novembro de 2003, Taksatorringen (C-8/01, Colect., p. I-13711, n.º 36); de 26 de Maio de 2005, Kingscrest e Montecello (C-498/03, Colect., p. I-4427, n.º 29); Abbey National e Inscape Investment Fund (referida na nota 3, n.º 60); e de 14 de Dezembro de 2006, VDP Dental Laboratory (C-401/05, Colect., p. I-12121, n.º 23).

21 – V. acórdão Dornier (referido na nota 9, n.º 42) e Kingscrest e Montecello (referido na nota 20, n.º 29).

22 – V. acórdão de 11 de Janeiro de 2001, Comissão/França (C?76/99, Colect., p. I?249, n.º 23). Neste, o Tribunal de Justiça declara que o artigo 13.º, A, n.º 1, alínea b), da Sexta Directiva não deve ser interpretado de maneira particularmente restritiva, na medida em que a isenção das operações estreitamente conexas com a hospitalização ou a assistência médica se destina a garantir que o benefício destas não se torna inacessível em razão do acréscimo de custos que resultaria se elas próprias, ou as operações com elas estreitamente conexas, fossem sujeitas ao imposto sobre o valor acrescentado.

23 – V. conclusões Abbey National e Inscape Investment Fund (referidas na nota 11, n.º 38).

24 – Directiva 67/227/CEE do Conselho, de 11 de Abril de 1967, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios (JO 1967, 71, p. 1301; EE 09 F1 p. 3). Esta directiva foi revogada, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2007, e substituída pela Directiva 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).

25 – V., a este respeito, os acórdãos de 14 de Fevereiro de 1985, Rompelman (268/83, Recueil, p. 655, n.º 19); de 21 de Março de 2000, Gabalfrisa e o. (C?110/98 a C?147/98, Colect., p. I?1577, n.º 44); de 27 de Setembro de 2001, Cibo Participations, (C?16/00, Colect., p. I?6663, n.º 27); e de 26 de Maio de 2005, Kretztechnik (C?465/03, Colect., p. I?4357, n.º 34).

26 – Acórdão Solleveld e van den Hout?van Eijnsbergen (referido na nota 9, n.º 35). V. também acórdão Dornier (referido na nota 9, n.º 74), no qual o Tribunal de Justiça se baseou directamente no princípio da igualdade de tratamento.

27 – Acórdão de 7 de Setembro de 1999, Gregg (C?216/97, Colect., p. I?4947, n.º 20). V. também o acórdão de 29 de Março de 2001, Comissão/França (C?404/99, Colect., p. I?2667, n.º 45), Kügler (referido na nota 9, n.º 30), e acórdão Abbey National e Inscape Investment Fund (referido na nota 3, n.º 56).

28 – Acórdão de 28 de Outubro de 2003, Comissão/Alemanha (C?109/02, Colect., p. I?12691, n.º 20); de 17 de Fevereiro de 2005, Linneweber e Akritidis (C?453/02 e C?462/02, Colect., p. I?1131, n.º 24); de 12 de Janeiro de 2006, Turn? und Sportunion Waldburg (C?246/04, Colect., p. I?589, n.º 33); e Solleveld e van den Hout?van Eijnsbergen (referido na nota 9, n.º 39). O Tribunal de Justiça salientou o significado da cobrança neutral do imposto sobre o valor acrescentado para a concorrência, no acórdão de 12 de Junho de 1979, Nederlandse Spoorwegen (126/78, Recueil, p. 2041, n.º 12).

29 – Acórdão Linneweber e Akritidis (referido na nota 28, n.º 25), com mais referências. No entanto, noutras situações, certas características do prestador de serviços, por exemplo, a sua qualificação profissional, podem estabelecer uma diferença significativa em relação ao tratamento fiscal da prestação (v. acórdão Solleveld e van den Hout?van Eijnsbergen, referido na nota 9, n.os 40 e segs.).

30 – V. acórdãos de 19 de Janeiro de 1982, Becker (8/81, Recueil, p. 53, n.º 25); Kügler (referido na nota 9, n.º 51); e Linneweber e Akritidis (referido na nota 28, n.º 33).

31 – V. neste sentido, o acórdão Dornier (referido na nota 9, n.º 81) e Kügler (referido na nota 9, n.os 55 a 57).

32 – V., neste sentido, o acórdão Linneweber e Akritidis (referido na nota 28, n.º 35).

33 – V. acórdão Linneweber e Akritidis (referido na nota 28, n.os 36 e segs.).