

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

NIILO JÄÄSKINEN

apresentadas em 16 de Dezembro de 2010¹

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a qualificação dos serviços de garantia de tomada firme para efeitos de IVA.

2. Os serviços de garantia de tomada firme de acções referem-se, em geral, a uma situação na qual um tomador firme garante, contra uma retribuição, a aquisição ou a subscrição (no caso de uma nova emissão de acções) de parte das acções que não poderem ser adquiridas ou subscritas no mercado. A finalidade destes serviços consiste, pois, em assegurar que a emissão de acções ou a sua aquisição será cabalmente subscrita ou realizada e que o emitente ou vendedor receberá um determinado montante de capital.

3. No caso vertente, determinadas sociedades de responsabilidade limitada procuraram a prestação de serviços de garantia de tomada firme com esta finalidade. O tomador firme [Skandinaviska Enskilda Banken (a seguir «SEB»)] assumiu, em troca de uma comissão, o compromisso de adquirir as acções não subscritas no termo do período de subscrição.

4. O problema principal consiste em saber se a qualificação deste serviço de garantia de tomada firme cabe no âmbito do artigo 13.º, B, da Sexta Directiva IVA² e, na afirmativa, em qual das suas disposições. Três das disposições do artigo 13.º, B, desta directiva revestem aqui particular importância, a saber, as operações de seguro previstas no artigo 13.º, B, alínea a), a concessão de créditos e as garantias de crédito, previstas no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 2, e as operações relativas às acções e demais títulos, previstas no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 5.

5. A qualificação dos serviços de garantia de tomada firme constitui uma tarefa algo árdua,

1 — Língua original: inglês.

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 (a seguir «Sexta Directiva IVA»), JO L 145, p. 1; EE 08 F1 p. 54. O artigo 13.º, B, da Sexta Directiva IVA corresponde actualmente ao artigo 135.º, n.º 1, da Directiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO 2006, L 347, p. 1) (a seguir «Directiva IVA»), que substituiu a Sexta Directiva IVA com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2007 (ver o Quadro de Correspondência no Anexo XII da Directiva IVA). A Directiva IVA visa apresentar as disposições aplicáveis de forma clara e racional, em consonância com o princípio de legislar melhor (terceiro considerando).

atendendo ao facto de a realidade económica dos serviços de financiamento de empresas oferecidos nos mercados financeiros, pela sua natureza dinâmica, não se ajustar facilmente às disposições estáticas e predeterminadas previstas na legislação.

d) (omissis)

1. A concessão e a negociação de créditos, e bem assim a gestão de créditos efectuada por parte de quem os concedeu;

2. A negociação e a aceitação de compromissos, fianças e outras garantias, e bem assim a gestão de garantias de crédito efectuada por parte de quem concedeu esses créditos;

I — Quadro jurídico

Sexta Directiva IVA

6. O artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Directiva IVA diz respeito ao seu âmbito de aplicação. Dispõe que estão sujeitas ao IVA «[a]s entregas de bens e as prestações de serviços, efectuadas a título oneroso, no território do país, por um sujeito passivo agindo nessa qualidade».

(omissis)

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

7. O artigo 13.º, B, da Sexta Directiva IVA diz respeito às isenções de IVA. Este artigo dispõe, na parte que importa para o presente processo, que estão isentas de IVA:

— dos títulos representativos de mercadorias,

«a) As operações de seguro e de resseguro, incluindo as prestações de serviços relacionadas com essas operações efectuadas por [corretores] e intermediários de seguros.

— dos direitos ou títulos referidos no n.º 3 do artigo 5.º³»

(omissis)

3 — O artigo 5.º da Sexta Directiva IVA refere-se ao poder de dispor de um bem corpóreo, como proprietário, e o n.º 3 deste artigo enuncia aquilo que pode ser considerado um bem corpóreo, incluindo as participações e acções cuja posse confira, de direito ou de facto, a propriedade ou o gozo de um bem imóvel ou de uma fracção de um bem imóvel.

*Legislação nacional***II — Matéria de facto e questões prejudiciais**

8. Nos termos do capítulo 1, § 1, da *mervärde-skattelagen* (1994:200) (lei sueca relativa ao IVA, a seguir ML), é devido IVA ao Estado pelas entregas de bens ou pelas prestações de serviços tributáveis efectuadas em território sueco no âmbito de uma actividade profissional. Esta disposição visa dar execução ao artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Directiva IVA e ao artigo 2.º, n.º 1, da Directiva IVA.

9. Nos termos do capítulo 3, § 9, da ML, são isentas de imposto as prestações de serviços bancários e financeiros e as operações relativas a valores mobiliários. Entende-se por operações relativas a valores mobiliários, nomeadamente, a venda de acções, de outras participações e de créditos. Nos termos do § 10 são isentas de imposto as operações de seguro e de resseguro. Estas disposições visam, nomeadamente, dar execução ao artigo 13.º, B, alíneas a) e d), n.ºs 1, 2 e 5, da Sexta Directiva IVA e ao artigo 135.º, n.º 1, alíneas a) a c) e f), da Directiva IVA.

10. O processo respeita a um grupo de IVA, o SEB AB Momsgrupp (a seguir «SEB Momsgrupp»), cujo líder é o banco SEB. Durante o período relevante para o presente processo, o SEB e outra sociedade que fazia parte do grupo de IVA prestaram serviços a sociedades de responsabilidade limitada que se preparavam para emitir novas acções. O serviço prestado pelo SEB consistia em prestar uma garantia de tomada firme.

11. O SEB Momsgrupp entendeu que os serviços de garantia de tomada firme estavam isentos de IVA, pelo que não cobrou nem declarou o IVA respeitante aos mesmos. Posteriormente, a Skatteverket (administração fiscal sueca) realizou uma inspecção ao grupo e impôs uma liquidação adicional de IVA a jusante relativamente ao período em questão. O SEB Momsgrupp recorreu desta decisão, não tendo obtido provimento, tanto no *Länsrätten i Stockholms län* (tribunal administrativo do distrito de Estocolmo) como no *Kammarrätten i Stockholm* (tribunal administrativo de segunda instância de Estocolmo).

12. No essencial, o processo no *Regeringsrätten* (supremo tribunal administrativo) diz respeito à questão de se saber se os serviços de garantia de tomada firme podem ser isentos. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, estas garantias podem

ser prestadas autonomamente ou em conjunto com outros serviços relacionados com a emissão de acções.

13. Nestas circunstâncias, o Regeringsrätten solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre a seguinte questão:

«O artigo 13.º, B, da Sexta Directiva IVA (artigo 135.º, n.º 1, da [Directiva IVA]) deve ser interpretado no sentido de que as isenções de imposto nele indicadas também abrangem serviços (tomada firme) que envolvam a concessão, por uma instituição de crédito, a título oneroso, de uma garantia a uma sociedade que se prepara para emitir acções, se a garantia implicar que a instituição de crédito se obriga a adquirir as acções que não venham, eventualmente, a ser subscritas dentro do prazo de subscrição?»

III — Análise

A — Quanto à natureza do serviço de garantia de tomada firme

14. Os serviços de tomada firme são qualificados de serviços financeiros por diversas disposições do direito da União. Com efeito,

a Directiva 2004/39/CE, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, qualifica a tomada firme de serviço financeiro para efeitos desse diploma.⁴ Acresce que a Directiva 2006/49 exige que a instituição de crédito tenha um determinado capital relativamente aos riscos de tomada firme que tiver assumido.⁵ Contudo, a qualificação de uma actividade como serviço financeiro nos termos da legislação que rege o mercado interno não determina, por si só, o tratamento para efeitos de IVA das operações correspondentes.

15. Na audiência, foi debatida a natureza do serviço de garantia de tomada firme e se o mesmo se inseria na emissão de acções em geral, devendo, assim, ser tratado do mesmo modo para efeitos fiscais, ou se

4 — Anexo I, secção A, ponto 6), da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Directivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 93/22/CEE do Conselho (JO 2004 L 145, p. 1) (a seguir «Directiva 2004/39»). Observo que as várias versões linguísticas desta directiva utilizam expressões que têm um sentido ligeiramente diferente do de «underwriting» em inglês. Os problemas linguísticos neste domínio do direito foram realçados no Primeiro Relatório, no qual se referiu, «fazendo as directivas do Conselho fé nas diversas línguas dos Estados-Membros destinatários, devem necessariamente evitar na medida do possível a utilização de conceitos ou de expressões jurídicas cujo conteúdo difere consoante os países. Infelizmente, esta regra nem sempre pode ser respeitada; de resto, o seu respeito em termos demasiado absolutos poderia acarretar o emprego de uma linguagem pouco inteligível, o que também poderia provocar divergências de interpretação» [v. Primeiro Relatório da Comissão ao Conselho sobre a aplicação do sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, apresentado em aplicação do artigo 34.º da Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977 (COM (83) 426 final)].

5 — Anexo I, título «Tomada firme», n.º 41, da Directiva 2006/49/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, relativa à adequação dos fundos próprios das empresas de investimento e das instituições de crédito (reformulação) (JO 2006 L 177, p. 201).

configurava um serviço acessório que devia, para efeitos fiscais, ser tratado como um serviço autónomo.

B — Quanto à interpretação do artigo 13.º, B, da Sexta Directiva IVA

1. Considerações gerais

16. Ressaltou do debate que o âmbito dos serviços de tomada firme é entendido de forma diferente nos diversos Estados-Membros. Alguns Estados-Membros, como a Irlanda, consideram a tomada firme como a prestação de um conjunto de serviços, incluindo o aconselhamento em relação à emissão, o *marketing* e a distribuição de acções, bem como a garantia, se necessário, de que a instituição financeira também subscreverá as acções. Na Suécia, porém, os serviços de tomada firme podem ser (e, de facto, são) prestados com autonomia em relação a outros serviços referentes à emissão de acções.

17. O SEB, o Reino da Suécia e a Skatteverket são unânimes em afirmar que o serviço de garantia de tomada firme pode ser prestado de forma autónoma. O órgão jurisdicional de reenvio exprimiu a mesma opinião no despacho de reenvio. Além disso, o SEB confirmou na audiência que no presente caso este assumia a garantia de tomada firme das acções, ao passo que a emissão das acções era levada a cabo por outra empresa.

18. Por conseguinte, não tenho dúvidas de que o serviço de garantia de tomada firme deve ser tratado de forma autónoma no presente caso, e não como um serviço acessório aos outros serviços prestados aquando de uma emissão de acções.

19. Antes de analisar as três disposições pertinentes em causa, importa tecer algumas considerações de carácter geral.

20. Em primeiro lugar, os conceitos em questão são conceitos autónomos do direito da União e, por conseguinte, devem ser interpretados de modo uniforme, com vista a evitar divergências na aplicação do regime do IVA de um Estado-Membro para outro.⁶ Além disso, devem ser situados no contexto geral do sistema comum do IVA.⁷

21. Em segundo lugar, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as isenções previstas no artigo 13.º, B, da Sexta Directiva devem ser interpretadas restritivamente, dado que constituem excepções ao princípio geral segundo o qual o IVA é aplicado a todas as entregas de bens e prestações de serviços.⁸

22. Em terceiro lugar, não resulta claro qual é o motivo para a isenção das operações financeiras, uma vez que os trabalhos preparatórios não abordam esta matéria. Porém,

6 — Acórdãos de 5 de Junho de 1997, SDC (C-2/95, Colect., p. I-3017, n.º 21); de 3 de Março de 2005, Arthur Andersen (C-472/03, Colect., p. I-1719, n.º 25); e de 8 de Março de 2001, Skandia (C-240/99, Colect., p. I-1951, n.º 23).

7 — Décimo primeiro considerando da Directiva IVA. V., igualmente, acórdão de 22 de Outubro de 2009, Swiss Re Germany Holding (C-242/08, Colect., p. I-10099, n.º 33 e jurisprudência aí referida).

8 — Acórdãos Skandia, já referido na nota 6, n.º 32. Arthur Andersen, já referido na nota 6, n.º 24, e SDC, já referido na nota 6, n.º 20 e jurisprudência aí referida.

de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as operações financeiras foram isentas a fim de minimizar as dificuldades ligadas à determinação da matéria colectável assim como do montante de IVA dedutível e de evitar um aumento do custo do crédito ao consumo.⁹

2. Operações de seguro

23. As operações de seguro estão isentas nos termos do artigo 13.º, B, alínea a), da Sexta Directiva IVA. O referido artigo dispõe que «[o]s Estados-Membros isentarão [...] [a]s operações de seguro e de resseguro, incluindo as prestações de serviços relacionadas com essas operações efectuadas por corretores e intermediários de seguros».

24. As operações de seguro não são definidas na Sexta Directiva IVA, nem nas directivas em matéria de seguros.¹⁰ O Tribunal de Justiça definiu pela primeira vez esta expressão no acórdão de 25 de Fevereiro de 1999,

CPP,¹¹ tendo enunciado que as características essenciais de uma operação de seguro consistem no facto de o segurador, mediante o pagamento prévio de um prémio pelo segurado, se comprometer a fornecer a este último, em caso de realização do risco coberto, a prestação acordada no momento da celebração do contrato.¹²

25. Assim, a definição das operações de seguro era suficientemente ampla para englobar a concessão de uma cobertura de seguro por um sujeito passivo que não seja o próprio segurador, mas que *utiliza as prestações de um segurador* que assume o risco seguro.¹³

26. Do exposto é, pois, possível concluir que a tónica é colocada na natureza da operação e não na pessoa que a realiza, o que significa que os serviços de seguro podem ser prestados por uma pessoa que não seja uma companhia de seguros.

27. O SEB defende que estes critérios estão satisfeitos no presente caso e que as operações devem ser consideradas isentas ao abrigo do artigo 13.º, B, alínea a), da Sexta Directiva IVA.

9 — Acórdão de 19 de Abril de 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Colect., p. I-3255, n.º 24) e despacho proferido em 14 de Maio de 2008 nos processos apensos C-231/07 e C-232/07, Tiercé Ladbroke e Derby, n.º 24).

10 — V., por exemplo, a Directiva 24/641/CEE do Conselho, de 10 de Dezembro de 1984, que altera, no que diz respeito, nomeadamente, à assistência turística, a Primeira Directiva (73/239/CEE) relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício (JO 1984 L 339, p. 21).

11 — C-349/96, Colect., p. I-973.

12 — Acórdão CPP, já referido na nota 11, n.º 17. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça entendeu que as prestações de assistência rodoviária que um organismo se compromete a fornecer aos seus associados, mediante o pagamento por estes de uma cotização anual fixa, consubstanciam uma operação de seguro para efeitos do artigo 13.º, B, alínea a), da Sexta Directiva IVA. V. acórdão de 7 de Dezembro de 2006, Comissão/Grécia (C-13/06, Colect., p. I-11563).

13 — Acórdão CPP, já referido na nota 11, n.º 22.

28. A Skatteverket, por seu turno, considera que uma operação de seguro carece de um elemento de reparação dos prejuízos e que, uma vez que este elemento de reparação dos prejuízos não existe no presente caso, os serviços em questão não podem ser isentos ao abrigo do artigo 13.º, B, alínea a), da Sexta Directiva IVA.

29. O elemento «prejuízo» estava incluído na definição dada pelo advogado-geral Fennely à operação de seguro no processo CPP, mas não foi reproduzido pelo Tribunal de Justiça no acórdão que proferiu nesse processo.¹⁴

30. Em meu entender, a diferença crucial entre uma operação de seguro e o caso em apreço reside na situação após a ocorrência do risco.

31. Numa operação de seguro, quando o risco ocorre é unicamente necessário pagar uma quantia acordada ou prestar um serviço específico, tal como a prestação de assistência ao

segurado,¹⁵ a cargo financeiro do segurador. Actuando deste modo, o segurador não adquire nada de novo.¹⁶ Realizou o seu ganho na fase anterior à ocorrência do risco.

32. No presente caso, porém, quando o risco se materializa, o banco obtém a titularidade das acções pelo preço acordado. Isto comporta o risco da depreciação do valor das acções e a concretização dos custos financeiros relacionados com a aquisição. Contudo, não se pode presumir *a priori* que uma situação desta natureza venha, no final, a resultar em prejuízos. Assim, em meu entender, decorre desta diferença que a situação em apreço não é análoga a uma operação de seguro.

33. Os serviços de garantia de tomada firme em questão no caso em apreço não podem, por conseguinte, ser considerados uma operação de seguro na acepção do artigo 13.º, B, alínea a), da Sexta Directiva IVA.

14 — Conclusões do advogado-geral Fennely no processo CPP, já referido na nota 11, n.º 34.

15 — A respeito deste serviço específico, v. acórdão Comissão/Grecia, já referido na nota 12.

16 — Importa referir que, em certos tipos de contratos de seguro, o segurador pode ter direito à aquisição dos bens danificados que se encontram cobertos pelo contrato. Por exemplo, uma companhia de seguros pode preferir ficar com o automóvel depreciado e indemnizar o segurado pelo seu valor, caso seja demasiado dispendioso reparar o automóvel. Em meu entender, este acto, que visa limitar os prejuízos e que é, pela sua natureza, fortuito, é, como tal, juridicamente diferente da obrigação de o tomador firme adquirir as acções não subscritas a um preço fixado previamente.

3. Concessão de créditos e garantias de crédito

34. O artigo 13.º, B, alínea d), n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva IVA isenta a «concessão [...] de créditos» e a «negociação» de compromissos, de fianças e outras garantias.

35. O SEB sustenta que os serviços de tomada firme que presta devem ser isentos ao abrigo destas disposições, já que prosseguem a mesma finalidade de uma garantia, ou seja, obter um montante específico de capital necessário, e envolvem os mesmos riscos, do ponto de vista do mutuante ou do garante, que a concessão de créditos.

36. A Skatteverket alega que a situação em apreço não está abrangida pelos referidos preceitos, já que tem uma natureza diferente. Em seu entender, o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 1, da Sexta Directiva IVA abrange normalmente um empréstimo ou um pagamento, cuja contrapartida consiste nos juros cobrados. O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 2, da Sexta Directiva IVA abrange unicamente os compromissos financeiros, o que, na opinião da Skatteverket, significa uma obrigação de pagamento de uma quantia em dinheiro, como o reembolso a um credor. Entende que a situação em apreço é mais do que uma simples obrigação de pagamento de uma determinada quantia em dinheiro, pelo que não se trata de um compromisso financeiro na acepção da Sexta Directiva IVA.

37. No tocante ao artigo 13.º, B, alínea d), n.º 1, da Sexta Directiva IVA, o Tribunal de Justiça afirmou expressamente que esta disposição não se limita aos empréstimos e créditos concedidos por organismos bancários e financeiros.¹⁷ Além disso, afirmou que a definição é suficientemente ampla para abranger um crédito concedido por um fornecedor de bens sob a forma de um diferimento do pagamento.¹⁸

38. Creio que a presente situação não configura uma concessão de crédito porque a natureza da transacção é diferente.

39. Quando é concedido um crédito, o mutuante espera obter a restituição do dinheiro que emprestou acrescido dos juros, o que constitui o seu pagamento. Na presente situação, se o risco não se materializar, o banco não entregará à sociedade qualquer importância em dinheiro. Caso contrário, é óbvio que o banco não exigirá a restituição da importância em dinheiro que tiver dispendido nem o pagamento de juros — limitar-se-á a efectuar um pagamento como contrapartida pelas acções que receberá, as quais venderá posteriormente para recuperar o dinheiro.¹⁹ Mais uma vez, é esta troca mútua de acções por dinheiro que torna a natureza desta situação substancialmente diferente de uma concessão de crédito.

¹⁷ — Acórdão SDC, já referido na nota 6, n.º 34.

¹⁸ — Acórdão SDC, já referido na nota 6, n.º 34.

¹⁹ — Na audiência, o SEB afirmou que o tomador firme está juridicamente obrigado a vender as acções adquiridas em resultado do serviço de garantia de tomada firme com a maior brevidade possível, mas não a fazê-lo a perda.

40. No tocante ao artigo 13.º, B, alínea d), n.º 2, da Sexta Directiva IVA, há algumas diferenças entre as várias versões linguísticas desta disposição. Na versão inglesa, trata-se de «credit guarantees» (garantias de crédito), ao passo que o texto francês, redigido em termos mais extensivos, fala unicamente de garantias²⁰. Importa, pois, para esclarecer o seu sentido, atender ao contexto no qual a expressão surge e ter em conta a estrutura da Sexta Directiva²¹.

41. Os trabalhos preparatórios não esclarecem qual é a versão linguística que melhor reflecte a finalidade desta disposição. A proposta de Sexta Directiva IVA refere unicamente que as outras isenções, enunciadas na secção B, respeitam a domínios específicos, como os seguros, a concessão de créditos e as negociações relativas a divisas e às operações da bolsa, quando se justifiquem por razões de política geral comuns a todos os Estados-Membros.²² O artigo 13.º, B, alínea d), n.º 2, foi incluído na Sexta Directiva IVA, apesar de não ter sido mencionado na proposta original ou em qualquer proposta de alteração.

42. Apesar disto, não vejo razão para se limitar o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 2, unicamente às garantias de crédito. O artigo 13.º, B, alínea d), diz respeito aos serviços bancários e financeiros e isenta a quase totalidade das actividades das instituições que prestam tais serviços. Como estas instituições tanto podem prestar garantias de crédito como garantias numa acepção mais geral, o artigo 13.º, B, alínea d), n.º 2, da Sexta Directiva IVA deve ser lido nessa acepção mais geral. As garantias de crédito mencionadas na versão inglesa são apenas um exemplo ou uma categoria das «securities for money» que são igualmente referidas nesta disposição²³. Esta conclusão mantém-se inalterada, posto que a disposição em questão é uma disposição de isenção e, a este título, deve ser interpretada de modo estrito, o que não significa necessariamente de um modo restritivo.²⁴

43. Esta leitura potencialmente ampla colide com as limitações fixadas a esta disposição pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Segundo esta jurisprudência, para serem qualificados de operações isentas na acepção do artigo 13.º, B), alínea d), da Sexta Directiva IVA, os serviços prestados têm de formar um conjunto distinto, apreciado de modo global, que tenha por efeito preencher as funções específicas e essenciais de um serviço descrito nessa disposição.²⁵ O que significa que os

20 — As versões sueca, finlandesa, eslovena e estónia seguem a redacção inglesa. Ao passo que as versões espanhola, alemã, portuguesa e dinamarquesa seguem a francesa.

21 — V., por analogia, acórdão SDC, já referido na nota 6, n.º 22 e jurisprudência aí referida.

22 — Proposta de Sexta Directiva do Conselho em matéria de harmonização das legislações dos Estados-Membros relativas aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (submetida ao Conselho pela Comissão em 29 de Junho de 1973, Boletim das Comunidades Europeias, suplemento 11/73, p. 15).

23 — V. Terra, B. e Kajus, J., *A guide to European VAT Directive* (CD ROM), IBFD, 2004, 9.3.3.2., «Credit Guarantees or any other security for money».

24 — Conclusões do advogado-geral Jacobs no processo na origem do acórdão de 21 de Março de 2002, Zoological Society of London (C-267/00, Colect., p. I-3353, n.º 19).

25 — Acórdão *Swiss Re Germany Holding*, já referido na nota 17, n.º 45 e jurisprudência aí referida.

serviços se devem inserir, no seu conjunto, no domínio das operações financeiras.²⁶

44. Por conseguinte, coloca-se a questão de saber se a assunção de uma obrigação de subscrição das acções não vendidas emitidas pela primeira vez se insere, no seu conjunto, no domínio das operações financeiras.

45. O Tribunal de Justiça ainda não forneceu quaisquer orientações sobre o sentido exacto da expressão operação financeira. No processo Velvet & Steel, a aceitação do compromisso de renovação de um imóvel não constituía, pela sua natureza, uma operação financeira. No processo Tiercé Ladbroke e Derby, a recolha de apostas por conta de um agente principal que gere um negócio de apostas não foi considerada uma operação financeira. Por último, no processo Swiss Re, a transferência de uma carteira de contratos de resseguro do ramo vida não foi considerada uma operação financeira.²⁷

46. Na definição do que constitui uma operação financeira deve atender-se ao contexto económico no qual se inscreve a operação.

Ao passo que, no processo Velvet & Steel, a operação em causa não se desenrolava no domínio dos mercados financeiros, é manifesto que tal é aqui o caso no que respeita à prestação de serviços de garantia de tomada firme. Esta tese é sustentada pela Directiva 2004/39/CE, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que qualifica a tomada firme de serviço de investimento para efeitos desse diploma.²⁸

47. Em meu entender, as operações de uma instituição financeira relacionadas com o financiamento das empresas devem ser consideradas inseridas no domínio das operações financeiras, com a possível excepção dos serviços auxiliares que também podem ser prestados por actores estranhos ao mundo das finanças, como o *marketing* e o aconselhamento jurídico. Enquanto tal, o serviço de garantia de tomada firme insere-se no domínio das operações financeiras.

48. Seguidamente, é necessário verificar se o serviço de garantia de tomada firme preenche as condições de uma garantia. Este termo não vem definido na directiva e também não foi

26 — Acórdão Velvet & Steel Immobilien, já referido na nota 9, n.º 22; despacho Tiercé Ladbroke e Derby, já referido na nota 9, n.º 17 e jurisprudência aí referida.

27 — Acórdão Swiss Re Germany Holding, já referido na nota 17, n.º 48.

28 — Anexo I, secção A, ponto 6), da Directiva 2004/39/CE.

objecto de exame por parte do Tribunal de Justiça.

4. Operações relativas às acções

49. Creio que a garantia procura essencialmente assegurar que, em caso de incumprimento por outrem, a pessoa que actua como garante procederá ao necessário cumprimento, em geral na forma de pagamento, que a parte que não cumpriu não realizou. As garantias também podem ser autónomas, ou seja, independentes das actuações de outrem, como as garantias relativas aos resultados económicos de um projecto («no-loss guarantees»). Porém, tais garantias situam-se nos confins do significado do conceito.

50. No caso vertente, não existe «outra parte» especificada que possa ser identificada como estando garantida pelo SEB, apesar de a garantia abranger, obviamente, situações nas quais uma promessa inicial de subscrição de acções não é honrada por um investidor. A parte que não cumpre é o mercado enquanto tal. Entendo que a noção de garantia como prevista pelo 13.º, B, alínea d), n.º 2, não pode ser estendida ao ponto de abranger tais situações.

51. Por conseguinte, creio que os serviços de garantia de tomada firme descritos no presente caso não se inserem no âmbito de aplicação do artigo 13.º, B, alínea d), n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva IVA e não podem ser isentos nos termos destas disposições.

52. Por último, nos termos do artigo 13, B, alínea d), n.º 5, da Sexta Directiva IVA, os Estados-Membros devem isentar as operações relativas às acções. O significado da expressão «operações relativas às acções» foi, até à data, interpretado em três acórdãos,²⁹ os quais não permitem esclarecer por completo qual o critério a empregar para determinar se uma operação configura uma operação relativa às acções. Em primeiro lugar, no acórdão SDC, o Tribunal de Justiça declarou, a respeito da compra e venda de títulos, que os actos devem alterar a situação jurídica e financeira existente entre as partes.³⁰ Seguidamente, no acórdão CSC Financial Services, o Tribunal de Justiça declarou a respeito de operações relativas a títulos, aplicando por analogia, segundo afirmou, o critério enunciado no acórdão SDC, que se tratava de operações *susceptíveis* de criar, modificar ou extinguir os direitos e obrigações das partes relativos aos títulos.³¹ Por último, no acórdão AB SKF, o

29 — Acórdãos de 29 de Outubro de 2009, AB SKF (C-29/08, Colect., p. I-10413); de 13 de Dezembro de 2001, CSC Financial Services (C-235/00, Colect., p. I-10237), e SDC, já referido na nota 6.

30 — No acórdão SDC, o Tribunal de Justiça analisou operações relativas a transferências, na acepção do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 3, da Sexta Directiva IVA, [e considerou que as operações relativas às acções incluem a compra e venda de títulos no mercado de valores mobiliários e que as operações relativas aos títulos comportavam actos que alteravam a situação jurídica e financeira existente entre as partes]. V. n.ºs 72 e 73 do acórdão SDC.

31 — Acórdão CSC Financial Services, já referido na nota 7, n.º 33. O advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer esclareceu neste processo (n.º 29 das suas conclusões) que tal ocorre quando uma operação afecta de forma directa a relação jurídica consubstanciada no título, e é capaz de incidir sobre o seu conteúdo. A título de exemplo, referiu a emissão, a transmissão, o endosso, o pagamento e a amortização do título.

Tribunal de Justiça, remetendo para ambos os acórdãos antes referidos, declarou que a venda de participações altera a situação jurídica e financeira das partes na transacção e que, por conseguinte, podia ser abrangida pela isenção prevista no artigo 13.º, B, alínea d), n.º 5, da Sexta Directiva IVA.³²

53. Em meu entender, o critério enunciado no acórdão CSC Financial Services está melhor adaptado à realidade comercial e económica das operações relativas às acções, porquanto as operações no mercado primário são sempre potenciais, no sentido de que as acções apenas «nascem» juridicamente no final da emissão.

54. Aplicando ao presente caso o critério enunciado no acórdão CSC Financial Services, não é necessário que a alteração se produza realmente, mas a operação tem de ser *susceptível* de alterar a relação. Por conseguinte, o facto de o SEB *poder* ser chamado a adquirir as acções caso as mesmas não sejam subscritas basta para se preencher este critério e, deste modo, para que a operação seja isenta ao abrigo do artigo 13, B, alínea d), n.º 5, da Sexta Directiva IVA.

55. Se o Tribunal de Justiça optar por não aplicar o critério enunciado no acórdão CSC Financial Services e considerar que é necessário que a operação altere a relação financeira e jurídica entre as partes, a questão principal será então a de saber se é possível afirmar que se verifica tal alteração, mesmo sendo possível que, na realidade, o banco nunca venha a adquirir as acções.

56. Creio que se verifica aqui tal alteração, posto que as alterações da situação jurídica e financeira devem ser interpretadas de modo amplo, no sentido de abranger as operações que juridicamente constituem fontes de obrigações.³³

57. No caso em apreço, o SEB assume uma obrigação jurídica a partir do momento em que presta o serviço de garantia de tomada firme, ou seja, a promessa de adquirir acções. Esta obrigação altera a relação jurídica existente entre as partes, já que, se o risco ocorrer e o SEB se recusar a comprar as acções, a sociedade emitente terá uma pretensão válida contra o mesmo. Também altera a situação financeira entre as partes, já que o SEB tem de se assegurar de que dispõe de fundos suficientes para comprar as acções se tal se

32 — Já referido na nota 29, n.º 50.

33 — Quanto a este aspecto, concordo com a definição avançada pelo advogado-geral **Ruiz-Jarabo Colomer** no processo CSC Financial Services, já referido na nota 29, n.º 23.

revelar necessário.³⁴ Por conseguinte, a sua situação é alterada em resultado dos serviços de garantia de tomada firme que presta à sociedade emitente.

59. O SEB alegou que a situação em apreço é análoga à venda de opções no mercado secundário. Todavia, entendo não ser esse o caso, uma vez que o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento 1777/2005,³⁶ dispõe que

58. Acresce que, do ponto de vista da neutralidade fiscal, é aconselhável encarar os serviços de garantia de tomada firme como operações relativas às acções, como, ao que se verifica, faz a maioria dos Estados-Membros. O mesmo resultado, ou seja, a isenção do IVA, pode ser alcançado por outro meio. Uma sociedade pode reunir capitais emitindo acções de dois modos: i) por uma emissão de acções tendo o banco como alvo, e com a comissão deste tomada em conta no preço de subscrição acordado, ou ii) (como no presente caso) por uma emissão de acções no mercado, com um banco a assumir a garantia da aquisição das acções se não forem vendidas ou subscritas. A primeira situação não será sujeita a IVA, pois não entrará no âmbito de aplicação da Sexta Directiva IVA.³⁵ Tratar estas duas situações de forma diferente seria contrário ao princípio da neutralidade fiscal, que a Sexta Directiva IVA visa preservar.

60. «[a] venda de uma opção abrangida pelo artigo 13.º, parte B, alínea d), ponto 5), da Directiva 77/388/CEE é uma prestação de serviços na acepção do n.º 1 do artigo 6.º da referida directiva. Essa prestação de serviços é distinta das operações subjacentes aos serviços a que diz respeito.»

61. Assim, a isenção dos serviços de garantia de tomada firme não se pode basear na sua analogia com as opções de venda de acções, porquanto a venda destas opções está abrangida pela Sexta Directiva IVA, ao passo que as vendas de acções não estão.

62. Donde decorre que a prestação da garantia de tomada firme consubstancia uma operação relativa às acções e, por conseguinte, está isenta de IVA por aplicação do artigo 13.º, B, alínea d), n.º 5, da Sexta Directiva IVA.

34 — Na audiência, o SEB referiu que o banco tem de se assegurar de que dispõe de fundos suficientes quando presta o serviço de garantia de tomada firme.

35 — Acórdão de 26 de Maio de 2005, Kretztechnik AG (C-465/03, Colect., p. I-4357). Como a Irlanda correctamente observou, um certo número, ou mesmo a maioria, das operações mencionadas no artigo 13.º, B, da Sexta Directiva IVA escapam ao seu âmbito de aplicação, uma vez que não satisfazem as condições do seu artigo 2.º, n.º 1. O facto de serem mencionadas no artigo 13.º, B, da Sexta Directiva IVA não produz, pois, efeitos sobre estas operações.

36 — Regulamento (CE) n.º 1777/2005 do Conselho, de 17 de Outubro de 2005, que estabelece medidas de aplicação da Directiva 77/388/CEE relativa ao sistema comum de imposto sobre o valor acrescentado (JO 2005 L 288, p. 1). Obviamente, este Regulamento não é aplicável, *ratione temporis*, ao presente caso.

IV — Conclusão

63. Pelas razões expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda nos seguintes termos:

«A isenção prevista no artigo 13.º, B, 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, deve ser interpretada no sentido de que abrange os serviços de garantia de tomada firme, que implicam a assunção, por uma instituição de crédito, a título oneroso, da garantia prestada a uma sociedade que se prepara para emitir acções, por força da qual a instituição de crédito se obriga a adquirir as acções que não venham a ser subscritas uma vez terminado o prazo de subscrição.»