

Processo C-174/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

21 de março de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França)

Data da decisão de reenvio:

15 de março de 2023

Recorrentes em cassação:

HJ

IK

LM

Recorridas em cassação:

Twenty First Capital S.A.S.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em março de 2014, a sociedade R participation, criada por HJ e que tem como sócios LM e IK, cedeu à sociedade T, através da cessão de fundos de comércio, três organismos de investimento coletivo dedicados aos investimentos nos mercados emergentes (a seguir «fundos R»). HJ passou a ser empregado da empresa T.
- 2 Em 5 de junho de 2014, a fim de organizar a retoma dessa atividade pela sociedade Twenty First Capital (a seguir «sociedade TFC»), HJ celebrou com esta sociedade um contrato nos termos do qual a mesma prometia contratá-lo o mais tardar em 1 de novembro de 2014.
- 3 Em 27 de junho de 2014, as mesmas partes celebraram um contrato de parceria que previa diversas remunerações a favor de IK, HJ e LM. Em 24 de outubro de 2014, a sociedade T cedeu à sociedade TFC uma parte do seu fundo de comércio

que incluía os fundos R; em 11 de dezembro de 2014, HJ juntou-se à sociedade TFC na qualidade de membro da comissão executiva, diretor-geral e segundo dirigente dessa sociedade.

- 4 HJ e IK intentaram uma ação contra a sociedade TFC destinada a obter a execução do contrato de parceria e o pagamento de uma indemnização. LM interveio voluntariamente no processo. A sociedade TFC requereu a título reconvenional a nulidade do contrato de parceria.
- 5 Por Sentença de 10 de janeiro de 2019, o tribunal de grande instance de Paris (Tribunal de Primeira Instância de Paris, França) considerou que as remunerações previstas no contrato de parceria tinham por objeto remunerar a cooperação que devia ser exercida no âmbito das funções assalariadas de HJ e LM, bem como no âmbito dos mandatos de HJ na sociedade. Tendo constatado que a sociedade TFC era uma sociedade de gestão de ativos que gere pelo menos um fundo de investimento alternativo (a seguir «FIA»), considerou que essas remunerações deviam respeitar as regras estabelecidas no artigo L. 533-22-2 do code monétaire et financier (Código Monetário e Financeiro) e no artigo 319.º-10 do règlement général de l'AMF (Regulamento Geral da Autoridade dos Mercados Financeiros) que fazem parte de uma ordem pública de direção. Considerando que não era esse o caso, anulou o contrato de parceria e indeferiu os pedidos.
- 6 Por Acórdão de 8 de fevereiro de 2021, a cour d'appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris, França) confirmou essa sentença. IK, HJ e LM interpuseram recurso de cassação deste acórdão.

Disposições de direito da União pertinentes

Diretiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos e que altera as Diretivas 2003/41/CE e 2009/65/CE e os Regulamentos (CE) n.º 1060/2009 e (UE) n.º 1095/2010 (JO 2011, L 174, p. 1) (a seguir «Diretiva GFIA»)

Artigo 13.º

«1. Os Estados-Membros devem exigir que os GFIAs disponham de políticas e práticas remuneratórias para as categorias de pessoal, incluindo a direção, os responsáveis pela assunção de riscos e funções de controlo e qualquer empregado que aufera uma remuneração total que o integre no mesmo grupo de remuneração dos órgãos de direção e dos responsáveis pela assunção de riscos, cujas atividades profissionais tenham um impacto significativo no seu perfil de risco ou no perfil de risco dos FIAs por si geridos, que sejam consentâneas com uma gestão sólida e eficaz dos riscos, promovam uma gestão desse tipo e não encorajem a assunção de riscos incompatíveis com os perfis de risco, o regulamento ou os instrumentos constitutivos dos FIAs por si geridos.

Os GFIA's devem fixar as políticas e práticas de remuneração de acordo com o anexo II.

2. A ESMA deve assegurar a existência de orientações relativas a políticas de remuneração sãs que cumpram os princípios estabelecidos no anexo II. Estas orientações devem igualmente ter em consideração os princípios relativos a boas políticas de remuneração definidos na Recomendação 2009/384/CE, a dimensão dos GFIA's e dos FIA's por eles geridos, a sua organização interna e a natureza, âmbito e complexidade das suas atividades. A ESMA deve cooperar estreitamente com a Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) (EBA).»

Artigo 61.º, n.º 1

«Os GFIA's que exerçam atividades no âmbito da presente diretiva antes de 22 de julho de 2013 devem tomar todas as medidas necessárias para cumprir a legislação nacional decorrente da presente diretiva e apresentar um pedido de autorização no prazo de um ano a contar dessa data.»

Entrada em vigor e prazo de transposição

Segundo o seu artigo 70.º, a Diretiva GFIA entrou em vigor em 21 de julho de 2011. Nos termos do seu artigo 66.º, os Estados-Membros tinham até 22 de julho de 2013 para transpor o essencial das disposições desta diretiva, nomeadamente o seu artigo 13.º

Disposições nacionais invocadas

O artigo L.533-22-2 do code monétaire et financier (Código Monetário e Financeiro), instituído pelo Despacho n.º 2013-676, de 25 de julho de 2013, que altera o quadro jurídico da gestão de ativos (que entrou em vigor em 28 de julho de 2013) transpõe o artigo 13.º da diretiva GFIA. Dispõe o seguinte:

«I.– As sociedades de gestão de ativos dos FIA's referidas nos pontos 1.º e 2.º da secção II do presente artigo determinam as políticas e práticas de remuneração das seguintes pessoas, sempre que as suas atividades profissionais tenham impacto nos perfis de risco das sociedades gestoras de ativos ou dos FIA's que gerem:

- 1.º gerentes;
- 2.º membros do conselho de administração ou da comissão executiva;
- 3.º dirigentes de sociedades anónimas simplificadas e as pessoas que exerçam funções de direção [...];
- 4.º responsáveis pela assunção de riscos;
- 5.º pessoas que exerçam uma função de controlo;

6.º pessoas colocadas sob a autoridade da sociedade de gestão de ativos que, tendo em conta a sua remuneração global, se situam no mesmo escalão de remuneração que as pessoas que desempenham funções de direção [...] e que os responsáveis pela assunção de riscos.

As políticas e práticas de remuneração devem ser consentâneas com uma gestão sólida e eficaz dos riscos, devem promover uma gestão desse tipo e não devem encorajar a assunção de riscos incompatíveis com os perfis de risco dos FIAs e com os elementos dos respetivos regulamentos ou estatutos.

II.– O presente artigo é aplicável às sociedades de gestão de ativos dos FIAs:

1.º [...]

2.º [...].

O Regulamento Geral da Autoridade dos Mercados Financeiros estabelece as condições das políticas e práticas de remuneração dessas sociedades de gestão de ativos.»

O artigo 33.º, I, do Despacho de 25 de julho de 2013 prevê uma disposição transitória nos termos da qual «[a]s sociedades de gestão que exerçam, à data da publicação do presente despacho, atividades correspondentes às disposições nele contidas solicitam a sua autorização como sociedade de gestão de ativos [...], antes de 22 de julho de 2014».

A exposição de motivos do Decreto n.º 2013-687, de 25 de julho de 2013, que implementa o Despacho n.º 2013-676, contém a seguinte informação: «Entrada em vigor: as sociedades de gestão que exerçam atividades correspondentes às disposições mencionadas no presente decreto na data da sua publicação tomarão todas as medidas necessárias para respeitar as suas disposições e apresentarão um pedido de autorização adequado até 22 de julho de 2014 [...]».

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 7 No âmbito do seu recurso, os recorrentes sustentam, nomeadamente, a título principal, que as exigências estabelecidas no artigo 13.º da Diretiva GFIA e transpostas para o direito francês pelo artigo L. 533-22-2 do code monétaire et financier (Código Monetário e Financeiro) só se aplicam a partir da obtenção da autorização pelo gestor de FIA. Tendo a sociedade TFC obtido a sua autorização apenas em 18 de agosto de 2014, deduzem daí que as regras relativas à remuneração não eram aplicáveis a essa sociedade à data da celebração do contrato de parceria, em 27 de junho de 2014. Alegam, a título subsidiário, que essas regras não eram vinculativas em 27 de junho de 2014. Sustentam que a cour d'appel (Tribunal de Recurso), ao considerar essas regras aplicáveis a partir de 22 de julho de 2013, violou o artigo 1.º do code civil (Código Civil Francês) e o

artigo 33.º do Despacho de 25 de julho de 2013, interpretado à luz do artigo 61.º, n.º 1, da Diretiva GFIA.

- 8 Os recorrentes apresentam, em apoio da sua análise, um documento em língua inglesa intitulado «AIFMD Q&As from the European Commission», elaborado pela Comissão Europeia, do qual fornecem a seguinte tradução:

«[questão] O artigo 61.º, n.º 1, prevê que os gestores de FIAs que exerçam atividades no âmbito da presente diretiva antes de 22 de julho de 2013 devem tomar todas as medidas necessárias para cumprir a legislação nacional decorrente da presente diretiva e apresentar um pedido de autorização no prazo de um ano a contar dessa data. Significa isto que os gestores dispõem de um ano para cumprir integralmente a legislação nacional e apresentar um pedido de autorização?»

[resposta] Durante o período de transição de um ano, espera-se que os gestores de FIAs envidem os melhores esforços para cumprir os requisitos da legislação nacional de transposição da Diretiva GFIA. A obrigação de requerer uma autorização [...] é juridicamente vinculativa, mas pode ser cumprida no prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor da diretiva. No que respeita às outras obrigações impostas pela Diretiva GFIA (tais como [...] a remuneração [...]), um gestor que já existisse à data de entrada em vigor da diretiva GFIA deve, durante o período transitório, tomar todas as medidas (ou seja, envidar os seus melhores esforços) para cumprir a Diretiva GFIA relativamente a todas as atividades empreendidas após a entrada em vigor da diretiva (22 de julho de 2013). Após este período de transição, todas as obrigações decorrentes da diretiva GFIA são juridicamente vinculativas.»

- 9 Invocam igualmente as Perguntas-Respostas relativas à Diretiva GFIA, publicadas pela ESMA, em que se precisa:

«Pergunta 1 [última atualização em 17 de fevereiro de 2014]: A que exercício contabilístico os gestores de FIAs que operam ao abrigo da Diretiva GFIA antes de 22 de julho de 2013 e que apresentam um pedido de autorização nos termos da diretiva entre 22 de julho de 2013 e 22 de julho de 2014 devem aplicar pela primeira vez as regras em matéria de remuneração da Diretiva GFIA? Resposta 1: O ponto 4 das Orientações sobre as políticas de remuneração dos gestores de fundos de investimento alternativos (ESMA/2013/232) [...] prevê que “As presentes orientações entrarão em vigor em 22 de julho de 2013, sob reserva das disposições transitórias da Diretiva relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos”.

As perguntas e respostas da Comissão Europeia sobre a Diretiva GFIA forneceram orientações específicas sobre a interpretação das disposições transitórias do artigo 61.º, n.º 1, da Diretiva GFIA. [...] A partir do momento em que uma empresa esteja autorizada a título dos FIAs, está sujeita às regras em matéria de remuneração previstas na Diretiva GFIA e às suas orientações sobre

remunerações. Por conseguinte, as regras pertinentes devem ser aplicáveis a partir da data da autorização.

No entanto, no que diz respeito às regras em matéria de remuneração variável [ou seja, as regras para as quais são fornecidas orientações nas secções XI (requisitos gerais de alinhamento dos riscos) e XII (requisitos específicos em matéria de alinhamento dos riscos) das orientações sobre remunerações], os gestores devem aplicá-las no cálculo dos pagamentos relativos às novas atribuições de remunerações variáveis ao seu pessoal identificado (tal como definido nas orientações sobre remunerações) para os períodos de desempenho seguintes àquele em que foram autorizados. Assim, o regime de remuneração variável dos gestores de FIAs só deve ser aplicado aos períodos de desempenho completos e deve aplicar-se ao primeiro período de desempenho completo após o gestor ter sido autorizado.

Por exemplo: [...] para um gestor que já gere FIAs cujo exercício contabilístico termina em 31 de dezembro e que apresenta um pedido de autorização antes de 22 de julho de 2014 e obtém uma autorização após essa data (incluindo nos casos em que a autorização é concedida após 31 de dezembro de 2014), as regras da Diretiva GFIA relativas às remunerações variáveis devem aplicar-se ao cálculo dos pagamentos relativos ao exercício contabilístico de 2015.»

- 10 Por último, invocam o Guia GFIA. – Remuneração da gestão de FIAs, publicado pela Autoridade de Mercados Financeiros (a seguir «AMF»), nos termos do qual (p. 3):

«Em aplicação do artigo 61.º, n.º 1, da Diretiva GFIA, as sociedades gestoras existentes em 22 de julho de 2013 disporão de um prazo de um ano até 22 de julho de 2014 para dar cumprimento às obrigações previstas na Diretiva GFIA e para apresentar um pedido de autorização à respetiva autoridade competente.

Assim, podem verificar-se três hipóteses:

- sociedades gestoras que obtiveram a autorização GFIA entre 22 de julho de 2013 e 31 de dezembro de 2013: as medidas previstas na posição sobre as remunerações GFIA em matéria de remunerações serão aplicáveis ao exercício contabilístico de 2014 (para as remunerações variáveis pagas em 2015);
- sociedades gestoras que só obtenham a autorização GFIA entre 1 de janeiro de 2014 e 22 de julho de 2014: as medidas previstas na posição sobre as remunerações GFIA em matéria de remunerações serão aplicáveis ao exercício contabilístico de 2015 para as remunerações variáveis pagas em 2016;
- posteriormente, às novas sociedades gestoras que obtenham a sua autorização GFIA no ano N, após 22 de julho de 2014, será aplicada a mesma lógica: o primeiro exercício contabilístico a ter em conta para aplicar as medidas previstas na posição sobre as remunerações GFIA será o exercício N+1 para as remunerações variáveis pagas em N+2.»

- 11 A sociedade TFC, recorrida, responde que as disposições do artigo L. 533-22-2 do code monétaire et financier (Código Monetário e Financeiro) eram aplicáveis na data da celebração do contrato de parceria, em 27 de junho de 2014, na medida em que, embora o Despacho de 25 de julho de 2013 preveja uma entrada em vigor diferida de certas disposições de transposição, esse não é o caso das que impõem aos operadores a obrigação de implementarem práticas e políticas de remuneração dos dirigentes de sociedades de gestão de FIAs «consentâneas com uma gestão sólida e eficaz dos riscos».
- 12 Alega ainda que, mesmo admitindo que os gestores de FIAs beneficiam de um prazo para dar cumprimento às novas disposições que transpõem a Diretiva GFIA, não podem celebrar, durante esse prazo, um contrato que preveja uma remuneração contrária ao artigo 13.º desta diretiva, uma vez que o seu artigo 61.º, n.º 1, exige que «devem tomar todas as medidas necessárias para cumprir a legislação nacional decorrente da presente diretiva».

Apresentação sucinta da fundamentação do reenvio e das questões prejudiciais

- 13 A solução do litígio depende da questão de saber se o artigo L. 533-22-2 do code monétaire et financier (Código Monetário e Financeiro), que entrou em vigor em 28 de julho de 2013, era aplicável à data da celebração do contrato de parceria de 27 de junho de 2014. A resposta a esta questão exige a interpretação da Diretiva GFIA, em especial dos seus artigos 13.º e 61.º
- 14 A Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França) constata que o documento da Comissão parece admitir que existe um período de transição de um ano, que terminou em 21 de julho de 2014, que antes dessa data, apenas se espera que os gestores de FIAs envidem os melhores esforços para respeitar as exigências da lei nacional de transposição da Diretiva GFIA, e que só após essa data é que todas as obrigações decorrentes da Diretiva GFIA se tornam juridicamente vinculativas. Nesta análise, nem a data do pedido de autorização nem a data de obtenção da autorização são pertinentes.
- 15 Em contrapartida, parece resultar das análises da ESMA e da AMF que um gestor de FIAs só está sujeito às regras de remuneração da Diretiva GFIA e às orientações sobre remunerações a partir da data em que obteve a autorização, enquanto, antes dessa autorização, não está sujeito a essas regras. Segundo essas mesmas análises, as referidas regras só se aplicam a partir do início do exercício seguinte à autorização.
- 16 A Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França) considera que, da leitura do artigo 61.º, n.º 1, da Diretiva GFIA, nenhuma das interpretações propostas é evidente. Nomeadamente, a relação entre a obtenção da autorização e a sujeição às regras resultantes da diretiva não se deduz claramente deste artigo.

- 17 Também lhe parece possível outra interpretação, na qual se faça uma distinção consoante a remuneração tenha sido acordada antes ou depois da transposição da Diretiva GFIA para o direito nacional: no primeiro caso, pode admitir-se que é difícil exigir ao gestor de FIAs que ponha imediatamente em causa uma remuneração que não infringia nenhuma regra quando foi estabelecida e que pode, quando muito, ser-lhe exigido, durante um período transitório, que envide os seus melhores esforços para cumprir os novos requisitos em matéria de remuneração; no segundo caso, é possível que a entrada em vigor do texto nacional de transposição da Diretiva GFIA proíba imediatamente o gestor de acordar, para o futuro, remunerações que sejam contrárias às regras estabelecidas por esta diretiva, que já entraram em vigor.
- 18 Uma vez que a interpretação exata das disposições pertinentes da Diretiva GFIA não é evidente e que o Tribunal de Justiça não teve oportunidade de interpretar o artigo 61.º, n.º 1, desta diretiva, a Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França) considera que há que submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais.
- 1) a) Devem os artigos 13.º e 61.º, n.º 1, da Diretiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos e que altera as Diretivas 2003/41/CE e 2009/65/CE e os Regulamentos (CE) n.º 1060/2009 e (UE) n.º 1095/2010, ser interpretados no sentido de que os gestores que exerciam atividades ao abrigo da diretiva antes de 22 de julho de 2013 são obrigados a cumprir as obrigações relativas às políticas e práticas de remuneração:
 - i) no termo do prazo de transposição da referida diretiva,
 - ii) na data de entrada em vigor das disposições de transposição da diretiva para o direito nacional,
 - iii) a contar do termo do prazo de um ano, que terminou em 21 de julho de 2014, fixado no artigo 61.º, n.º 1, ou
 - iv) a partir da obtenção da autorização como gestor ao abrigo da mesma?
 - b) A resposta a esta questão depende da questão de saber se a remuneração paga pelo gestor de fundos de investimento alternativos a um trabalhador assalariado ou a um dirigente da sociedade foi acordada antes ou depois:
 - i) do termo do prazo de transposição da diretiva;
 - ii) da data de entrada em vigor das disposições de transposição da diretiva para o direito nacional;
 - iii) do termo, em 21 de julho de 2014, do prazo fixado no artigo 61.º, n.º 1, da diretiva;

- iv) da data de obtenção da sua autorização pelo gestor de fundos de investimento alternativos?
- 2) Admitindo que resulta da resposta à questão 1) que, na sequência da transposição da diretiva para o direito nacional, o gestor de fundos de investimento alternativos só está obrigado, durante um certo prazo, a envidar os melhores esforços para cumprir a legislação nacional decorrente da presente diretiva, cumpre essa obrigação se, durante esse prazo, contratar um trabalhador ou nomear um dirigente da sociedade em condições de remuneração que não respeitem as exigências da disposição nacional que transpõe o artigo 13.º da diretiva?

DOCUMENTO DE TRABALHO