Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 14. marts 2024[1]

Forenede sager C-639/22 – C-644/22

X (C-639/22)
Stichting BPL Pensioen (C-643/22)
Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL) (C-644/22)
mod
Inspecteur van de Belastingdienst Utrecht (C-639/22, C-643/22 og C-644/22)
og
Fiscale Eenheid Achmea BV (C-640/22)
Y (C-641/22)
mod
Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-640/22 og C-641/22)
og
Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten
mod
Inspecteur van de Belastingdienst Maastricht (C-642/22)

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Rechtbank Gelderland (retten i første instans i Gelderland, Nederlandene))

»Præjudiciel forelæggelse – momsdirektiv – fritagelser – forvaltning af investeringsfonde – begreb – sammenlignelighed med et investeringsinstitut – pensionsfonde – investorernes investeringsrisiko«

I. Indledning

1. De nederlandske anmodninger om præjudiciel afgørelse, der er genstand for disse forenede sager, angår spørgsmålet om, hvorvidt og under hvilke betingelser visse arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde skal anses for at være investeringsforeninger som omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra g), i Rådets direktiv 2006/112/EF om det fælles merværdiafgiftssystem (herefter »momsdirektivet«)[2]. I henhold til denne bestemmelse definerer

[1] – Originalsprog: tysk.

[2] – Rådets direktiv af 28.11.2006 (EUT 2006, L 347, s. 1) i den version, der var gældende for det omtvistede år (2009); senest ændret ved Rådets direktiv (EU) 2022/890 af 3.6.2022 om ændring af direktiv 2006/112/EF for så vidt angår forlængelse af anvendelsesperioden for den fakultative ordning for omvendt betalingspligt ved levering af bestemte varer og ydelser, som kan være udsat for svig, og for den hurtige reaktionsmekanisme til bekæmpelse af momssvig (EUT 2022, L 155, s. 1).

medlemsstaterne »investeringsforeninger«. Nederlandene har hidtil ikke defineret de omhandlede arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde som investeringsforeninger og har derfor antaget, at forvaltningsydelser til disse fonde er momspligtige.

2. Begrebet »investeringsforening«, der skal defineres af medlemsstaterne, overlappes i EU-retlig henseende delvist af UCITS-direktivet. Domstolen har derfor allerede tidligere behandlet spørgsmålet om, hvorvidt forvaltningen af pensionsfonde er fritaget for moms, såfremt og fordi disse kan sammenlignes med investeringsinstitutter [3]. Nu er der mulighed for at præcisere denne retspraksis.

3. Det skal endvidere afklares, under hvilke betingelser afgiftspligtige personer direkte kan påberåbe sig fritagelsesbestemmelsen i momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g). Spørgsmålet er navnlig, om neutralitetsprincippet begrænser medlemsstaternes skøn i forbindelse med definitionen af »investeringsforeninger«. Konkret skal det undersøges, om en momsfritagelse, der indrømmes visse pensionsfonde (i det nationale pensionssystems tredje søjle), også skal gælde for andre pensionsfonde (i de foreliggende tilfælde i den anden søjle).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Momsdirektivet

4. Momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne fritager følgende transaktioner:

g) forvaltning af investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne.«

2. UCITS-direktivet

5. Artikel 1, stk. 2, i direktiv 2009/65/EF om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (herefter »UCITS-direktivet«) [4] har følgende ordlyd:

»2. Ved anvendelsen af dette direktiv og med forbehold af artikel 3 forstås ved investeringsinstitut et foretagende:

a) der har som eneste formål at foretage kollektiv investering i værdipapirer og/eller i andre i artikel 50, stk. 1, nævnte likvide finansielle aktiver af kapital tilvejebragt ved henvendelse til offentligheden, og hvis virksomhed bygger på princippet om risikospredning, og

[3] – Dom af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), og af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144).

[4] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.7.2009 (EUT 2009, L 302, s. 32) i den for det omtvistede år gældende version; senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2021/2261 af 15.12.2021 om ændring af direktiv 2009/65/EF for så vidt angår anvendelsen af dokumenter med central information af administrationsselskaber for institutter for kollektiv investering i værdipapirer (EUT 2021, L 455, s. 15).

b) hvis andele på forlangende af ihændehaverne tilbagekøbes eller indløses direkte eller indirekte for midler af disse institutters aktiver. Det forhold, at et investeringsinstitut træffer foranstaltninger med henblik på, at kursværdien for dets andele ikke afviger væsentligt fra nettoværdien, ligestilles med sådanne tilbagekøb eller indløsninger.

Medlemsstaterne kan tillade, at investeringsselskaber består af flere investeringsafdelinger.«

B. Nederlandsk ret

6. Artikel 11, stk. 1), litra i), nr. 3, i Wet op de omzetbelasting 1968 (lov om omsætningsafgift 1968) har følgende ordlyd:

»1. På betingelser, der fastsættes ved generelle administrative bestemmelser, afgiftsfritages:

i) følgende […] tjenesteydelser:

3. forvaltning af kapital tilvejebragt af investeringsforeninger og investeringsselskaber med henblik på kollektive investeringer.«

III. De faktiske forhold i de seks anmodninger om præjudiciel afgørelse

7. Samtlige anmodninger om præjudiciel afgørelse vedrører specielle arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde. I sag C-639/22 (X), sag C-641/22 (Y), C-642/22 (Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), sag C-643/22 (Stichting BPL Pensioen) og sag C-644/22 (Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf – BPFL) er det pensionsfondene selv, der har anlagt sag. De modtog tjenesteydelser fra forvaltere, der var etableret i udlandet, og hvoraf de som modtagere skulle betale moms. I sag C-640/22 (Fiscale Eenheid Achmea BV) har sagsøgeren selv leveret forvaltningsydelser til en pensionsfond, hvoraf sagsøgeren skulle betale moms.

8. De omhandlede arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde har hver især gjort gældende, at de er »investeringsforeninger« som omhandlet i momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g). I så fald er forvaltningsydelserne fritaget for moms. De nederlandske skatte- og afgiftsmyndigheder har afvist dette med henvisning til opbygningen af det nederlandske pensionssystem og den konkrete udformning af de omhandlede arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde.

9. Sag C-644/22 er et godt eksempel på udformningen af de i hovedsagerne konkret omhandlede arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde. Sagsøgeren i denne sag er en arbejdsmarkedsrelateret pensionsfond for fødevarebranchen. Arbejdstagernes medlemskab af pensionsfonden er fastsat ved lov.

10. Sagsøgerens pensionsordning er baseret på en ydelsesaftale i Pensioenwets (den nederlandske pensionslovs) forstand og indebærer bl.a. en livslang eller tidsbegrænset alderspension. Beregningsgrundlaget for pensionen er den pensionsgivende løn med fradrag af et årligt fastsat fribeløb. I denne henseende afhænger størrelsen af pensionsrettighederne og pensionsydelserne hovedsageligt af arbejdsindkomstens størrelse og antal tjenesteår.

11. Finansieringen af pensionsydelserne sker efter kapitaldækningsprincippet. Desuden gælder der efter nederlandsk lovgivning visse krav til pensionsfondens obligatoriske dækningsgrad, dvs. forholdet mellem fondens formue (aktiver) og kontantværdien af de eksisterende pensionsforpligtelser (passiver). Overholdelsen af disse krav sikres ved statsligt tilsyn.

12. De forsikrede arbejdstagere erhverver pensionsrettigheder, der kan reguleres årligt på grundlag af forbrugerprisindekset (såkaldt pristalsregulering). En forhøjelse af pensionskrav eller pensionsrettigheder (såkaldt tillæg) skal finansieres af investeringsafkastet. Der må desuden ikke ydes tillæg hertil, hvis dækningsgraden falder under et bestemt niveau. Hidtil er der kun blevet ydet et tillæg i 2009.

13. I yderste tilfælde kan de arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde omvendt også være forpligtet til at nedsætte pensionsrettigheder og pensionskrav. På grund af en lav dækningsgrad indgav sagsøgeren den 31. december 2020 en omstruktureringsplan til Nederlandsche Bank (den nederlandske centralbank). Omstruktureringsplanen indebærer en nedsættelse på 0,85% af de pr. 31. december 2021 optjente pensioner.

14. I de andre anmodninger om præjudiciel afgørelse (sagerne C-639/22, C-640/22, C-641/22, C-642/22 og C-643/22) er der tale om lignende faktiske omstændigheder.

15. Sag C-641/22 adskiller sig blot derved, at arbejdsgiverne mellem 2014 og 2020 desuden havde stillet en garanti på 250 000 000 EUR for den planlagte pensionstilvækst.

16. I sag C-640/22 har der allerede fra den 1. januar 2018 ikke længere været nogen optjening i den pågældende pensionsfond. Desuden var pensionsfonden på grund af den lave investeringsgrad tvunget til en kollektiv værdioverdragelse til en forsikrer eller en anden pensionsfond.

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse

17. Sagsøgerne har ved den kompetente ret, Rechtbank Gelderland (retten i første instans i Gelderland, Nederlandene), anlagt sag til prøvelse af opkrævningen af moms. Retten har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen nedenstående første præjudicielle spørgsmål og i sag C-644/22 et yderligere spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF:

»1) Skal momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), fortolkes således, at deltagere i en pensionsfond som den i [hovedsagerne] omhandlede kan anses for at løbe en investeringsrisiko, og medfører denne omstændighed, at pensionsfonden bliver en »investeringsforening« i denne bestemmelses forstand? Har det herved betydning:

– Om deltagerne løber en individuel investeringsrisiko, eller er det tilstrækkeligt, at deltagerne i fællesskab – og ikke andre – bærer konsekvenserne af investeringsresultaterne?

– Hvad omfanget af den kollektive eller den individuelle risiko er?

– Hvorvidt størrelsen af pensionsudbetalingerne også afhænger af andre faktorer såsom antal år af pensionsoptjening, lønnens størrelse og [den] tekniske rentesats?

I sag C-641/22 desuden også:

– At arbejdsgiveren for perioden 2014 til 2020 har stillet sig som garant for et beløb på 250 000 000 EUR for at opnå den planlagte pensionstilvækst?

I sag C-640/22 i stedet desuden:

– At pensionsfonden siden den 1. januar ikke har haft nogen optjening på grund af den lave investeringsgrad og har været tvunget til en kollektiv værdioverdragelse til en forsikrer eller en anden pensionsfond?

2) Medfører princippet om afgiftsneutralitet, at der ved anvendelsen af momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), for så vidt angår fonde, der ikke er UCITS, ikke blot skal afgøres, om disse kan sammenlignes med investeringsinstitutter, men også[,] om de ud fra en gennemsnitforbrugers synspunkt kan sammenlignes med andre fonde, som ikke er investeringsinstitutter, men som af medlemsstaterne betragtes som investeringsforeninger?«

18. Alle seks anmodninger om præjudiciel afgørelse er i henhold til procesreglementets artikel 54 blevet forenet med henblik på den skriftlige og den mundtlige forhandling og dommen.

19. I sagen for Domstolen har de seks sagsøgere (X, Y, Stichting BPL Pensioen, Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf, Fiscale Eenheid Achmea BV og Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), Kongeriget Nederlandene, Kongeriget Danmark og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg og deltaget i retsmødet den 5. oktober 2023.

V. Retlig bedømmelse

20. Sagsøgerne har påberåbt sig momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), hvorefter medlemsstaterne fritager »forvaltning af investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne«, for moms.

21. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører begrebet »investeringsforening«, for så vidt som det overlappes af EU-retten[5] (herom afsnit A). Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører derimod den kompetence til at definere »investeringsforeninger«, som medlemsstaterne er tillagt ved momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), og spørgsmålet om, hvilke EU-retlige begrænsninger de er underlagt i denne forbindelse (herom afsnit B).

A. Det første præjudicielle spørgsmål

22. Det første præjudicielle spørgsmål drejer sig om, hvilke kriterier en pensionsfond skal opfylde, og navnlig hvilken investeringsrisiko dens medlemmer skal have, for at pensionsfonden skal anses for en »investeringsforening« (herom afsnit 1). Desuden er spørgsmålet, i al fald subsidiært, om bestemmelsen kan anvendes direkte til fordel for de afgiftspligtige personer (herom afsnit 2).

[5] – Jf. om den tidligere bestemmelse i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, i direktiv 77/388/EF, der i det væsentlige havde samme ordlyd som momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), dom af 9.12.2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, præmis 46).

1. Begrebet »investeringsforening«

23. Formålet med fritagelsen i momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), er at behandle direkte investering i værdipapirer og investering via en ikke-selvforvaltet investeringsforening ens med hensyn til moms. For private investorer skal det i momsretlig henseende ikke være mindre fordelagtigt at investere i en investeringsforening end at foretage en direkte investering[6]. I sidstnævnte tilfælde skal der ikke betales for en momsbelagt forvaltningsydelse, som reducerer investeringsafkastet. Det drejer sig således om at sikre den momsretlige neutralitet i forbindelse med forskellige investeringsformer.

24. Ifølge ordlyden af momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), påhviler det medlemsstaterne at fastsætte de investeringsforeninger, der kan drage fordel af fritagelsen af forvaltningsydelser. Efter at EU havde påbegyndt en harmonisering af tilsynet med investeringsfonde ved UCITS-direktivet i dets tidligere affattelse, begrænsede Domstolen imidlertid medlemsstaternes definitionskompetence. De var herefter forpligtet til at kvalificere fonde, der var reguleret af UCITS-direktivet i den tidligere affattelse, som investeringsforeninger[7]. Harmoniseringen af tilsynsbestemmelserne kom dermed til delvis at overlappe den definitionskompetence, som medlemsstaterne er tillagt i momsretten[8].

25. De omhandlede arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde skal derfor kvalificeres som »investeringsforeninger« som omhandlet i momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), såfremt der er tale om investeringsinstitutter. Procesdeltagerne er dog enige om, at de arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde ikke er investeringsinstitutter[9].

26. Af hensyn til de lige konkurrencevilkår skal endvidere fonde, der – uden at udgøre investeringsinstitutter – fremviser lignende kendetegn og dermed foretager de samme transaktioner eller i det mindste fremviser sammenlignelige træk i en sådan grad, at de konkurrerer med dem, ifølge Domstolens praksis anses for investeringsforeninger[10].

27. Hvilke træk der konkret er tale om, fremgår ikke utvetydigt af den hidtidige retspraksis. I sagen Wheels Common Investment Fund Trustees (herefter »Wheels-sagen«)[11] og ATP PensionService-sagen (herefter »ATP-sagen«)[12] har Domstolen ganske vist allerede behandlet kvalificeringen af pensionsfonde som investeringsforeninger. Begge afgørelser var imidlertid baseret på de særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde. De giver derfor ikke noget svar på, hvordan de i denne sag omhandlede pensionsfonde skal kvalificeres.

6 – I denne retning dom af 9.12.2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

7 – Dom af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, præmis 46), og af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144, præmis 23).

8 – Dom af 9.12.2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, præmis 46); jf. også mit forslag til afgørelse Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punkt 23), JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust og The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:125, punkt 32) samt Abbey National (C-169/04, EU:C:2005:523, punkt 38).

9 – Om andre arbejdsmarkedsrelaterede pensionsfonde jf. allerede dom af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, præmis 48), og af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144, præmis 25); hovedårsagen er, at det alene er arbejdstagere i den pågældende branche, faggruppe eller virksomhed, der har adgang til pensionsfondene.

10 – Dom af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, præmis 47), og af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144, præmis 24); jf. også dom af 28.6.2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust og The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, præmis 48 ff.).

11 – Dom af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144).

12 – Dom af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139).

28. Følgelig skal det også i de foreliggende sager vurderes på grundlag af kriterierne i UCITS-direktivets artikel 1, stk. 2, første punktum, om pensionsfonde som de omhandlede er sammenlignelige med investeringsinstitutter.

a) Tilvejebringelse af kapital ved henvendelse til offentligheden

29. I henhold til UCITS-direktivets artikel 1, stk. 2, første punktum, litra a), er det et krav, at kapitalen tilvejebringes ved henvendelse til offentligheden. Fonden skal således være åben for en ubegrænset kreds af investorer.

30. De omhandlede pensionsfonde er netop ikke åbne for offentligheden, men kun for en begrænset kreds af investorer, nærmere bestemt arbejdstagerne i den pågældende branche, faggruppe eller virksomhed. Dette udelukker prima facie i sig selv, at pensionsfondene er sammenlignelige med investeringsinstitutter.

31. Dette bekræftes af, at det ifølge Domstolens praksis kun er fonde, der »konkurrerer med« investeringsinstitutter, der er sammenlignelige med disse [13]. En sådan konkurrence kan som udgangspunkt kun bestå mellem fonde, der henvender sig til den samme kreds af investorer [14]. Dette er af de i punkt 30 anførte grunde ikke tilfældet med pensionsfonde og investeringsinstitutter. Dette gælder så meget mere, når deltagelsen i en arbejdsmarkedsrelateret pensionsfond er fastsat ved lov. Obligatorisk deltagelse udelukker principielt konkurrence om investorerne.

b) Investering ud fra princippet om risikospredning

32. Et andet væsentligt kendetegn ved et investeringsinstitut er, at de tilvejebragte midler skal investeres i værdipapirer og/eller i andre i artikel 50, stk. 1, nævnte likvide finansielle aktiver ud fra princippet om risikospredning [UCITS-direktivets artikel 1, stk. 2, første punktum, litra a)].

33. Procesdeltagerne er enige om, at der foreligger en sådan risikospredning. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om dette krav faktisk er opfyldt.

c) Tilbagekøbs- eller indløsningspligt

34. Desuden er det fastsat i UCITS-direktivets artikel 1, stk. 2, første punktum, litra b), at andele i et investeringsinstitut på forlangende af ihændehaverne tilbagekøbes eller indløses direkte eller indirekte for midler af disse institutters aktiver. Momsfritagelsen er derfor betinget af en tilsvarende tilbagekøbs- eller indløsningspligt.

35. De i hovedsagerne omhandlede pensionsfonde er antagelig heller ikke på dette punkt sammenlignelige med et investeringsinstitut som investeringsinstrument. En indløsning kan nemlig ifølge den forelæggende ret kun undtagelsesvis komme i betragtning. Navnlig når medlemskab er obligatorisk, kan de forsikrede næppe gøre krav om tilbagekøb eller indfrielse gældende over for pensionsfonden.

[13] – Dom af 9.12.2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, præmis 37), af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, præmis 48), og af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144, præmis 24).

[14] – Jf. allerede mit forslag til afgørelse Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punkt 27) og dom af 9.12.2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, præmis 48).

d) Særligt statsligt tilsyn

36. I lighed med investeringsinstitutter i henhold til UCITS-direktivets artikel 12 skal de i hovedsagerne omhandlede pensionsfonde i Nederlandene desuden være underlagt et særligt statsligt tilsyn [15].

37. Procesdeltagerne er enige om, at denne betingelse er opfyldt i forbindelse med de omhandlede nederlandske pensionsfonde. Dette er også i overensstemmelse med direktiv (EU) 2016/2341 [16] om arbejdsmarkedsrelaterede pensionskassers aktiviteter og tilsynet hermed, hvorefter arbejdsmarkedspensionsordninger principielt skal være underlagt et statsligt tilsyn [17].

e) Deltagere bærer investeringsrisikoen

38. Det sidste væsentlige kendetegn er, at investorerne bærer en investeringsrisiko. UCITS-direktivet tager sigte på at gennemføre en effektiv og ensartet beskyttelse af deltagerne inden for Unionen [18]. Der er imidlertid kun behov for denne beskyttelse, såfremt der foreligger en investeringsrisiko [19]. Alle procesdeltagere har fokuseret på dette kendetegn i deres indlæg.

39. Tilsvarende afviste Domstolen i Wheels-sagen at sidestille pensionsfonden med et investeringsinstitut, fordi pensionen »på ingen måde afhænger af værdien af ordningens aktiver eller af resultaterne af de investeringer, der foretages af ordningsforvalterne, men er fastsat på forhånd i forhold til varigheden af ansættelsen hos arbejdsgiveren og lønnen« [20]. I ATP-sagen var det ligeledes en betingelse, at de forsikrede bar en investeringsrisiko [21].

40. I de foreliggende sager er pensionsmodellerne kendetegnet ved, at størrelsen af pensionsrettighederne og pensionsydelserne på den ene side afhænger af arbejdsindkomstens størrelse og antal tjenesteår. På den anden side kan det afhænge af investeringsafkastet, om der sker en pristalsregulering af rettighederne og ydelserne, eller om der omvendt sker en nedsættelse. Dermed har investeringsafkastet indirekte indvirkning på pensionernes størrelse.

41. Spørgsmålet er, om dette er en sammenlignelig investeringsrisiko. Med henblik på at vurdere dette spørgsmål skal der sondres på grundlag af pensionstilsagnets karakter.

42. Såfremt pensionsopsparingsaftalen indeholder et garanteret pensionstilsagn, der navnlig afhænger af antal tjenesteår og arbejdsindkomstens størrelse, bærer ydelsesmodtagerne ingen *sammenlignelig* investeringsrisiko. Den omstændighed, at størrelsen af pensionsydelsen eller pensionskravet derudover i begrænset omfang indirekte afhænger af investeringsafkastet, er – som Nederlandene også har gjort gældende – ikke tilstrækkeligt til at lægge til grund, at der foreligger en sammenlignelig investeringsrisiko. Den mulige regulering af pensionen størrelse (i op- eller nedadgående retning) sker med forbehold af en tilsvarende dækningsgrad for af hensyn

15 – Jf. allerede mit forslag til afgørelse Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punkt 27) og dom af 9.12.2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, præmis 48).

16 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/2341 af 14.12.2016 (EUT 2016, L 354, s. 37).

17 – Jf. allerede mit forslag til afgørelse Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:327, punkt 28), dog dengang med henvisning til det tidligere direktiv, 2003/41/EF.

18 – Jf. tredje betragtning til UCITS-direktivet.

19 – Jf. generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2013:840, punkt 64).

20 – Dom af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144, præmis 27).

21 – Dom af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, præmis 51 ff.).

til alle ydelsesmodtagere så vidt muligt i det mindste at garantere den planlagte pension. En investor i et investeringsinstitut får derimod ingen minimumsgaranti med hensyn til tilbagebetaling af hans investerede formue.

43. Hvis der ifølge pensionsopsparingsaftalen derimod er tale om et pensionstilsagn, der hovedsageligt afhænger af, hvordan værdien af den investerede kapital udvikler sig, kan ydelsesmodtageren ikke regne med en pension af en garanteret størrelse. Tværtimod deltager ydelsesmodtageren direkte i udsvingene i værdien af den pågældendes investeringer. Følgelig bærer vedkommende – ligesom i et investeringsinstitut – investeringsrisikoen.

44. Med udgangspunkt i denne sondring tilkommer det den forelæggende ret under hensyntagen til alle omstændigheder i den konkrete sag at undersøge, om de pensionsopsparingsaftaler, der er indgået i hovedsagerne, ud fra en helhedsbetragtning hovedsageligt indeholder garanterede rentetilsagn eller rentetilsagn, der afhænger af udviklingen i den investerede kapitals værdi. I denne forbindelse er det afgørende, hvilken del der vejer tungest i den pågældende pensionsopsparingsaftale, og dermed forholdet mellem garanterede og variable pensionskrav.

45. En pension af en garanteret størrelse kan i det enkelte tilfælde også være sikret ved, at arbejdsgiveren, som i sag C-641/22, har stillet sig som garant for den planlagte pensionstilvækst. Også her er det afgørende imidlertid en helhedsvurdering af alle omstændigheder i det konkrete tilfælde.

46. Det er derimod uden betydning, hvorvidt pensionsfonden fortsat har optjening – som i sag C-640/22. Det afgørende er alene udformningen af den underliggende pensionsopsparingsaftale og ikke pensionsfondens faktiske finansielle situation.

47. Som det fremgår af den nederlandske rets anmodninger om præjudiciel afgørelse, ligger hovedvægten i de fleste af de modeller, der ligger til grund for hovedsagerne, antagelig på garanterede pensionstilsagn. I så fald bærer ydelsesmodtagere ikke en investeringsrisiko, der er sammenlignelig med risikoen i et investeringsinstitut.

f) Foreløbig konklusion

48. De i hovedsagerne omhandlede pensionsfonde er ikke investeringsinstitutter. Disse pensionsforsikringer, der er knyttet til pensionsfonde, er næppe heller sammenlignelige med et investeringsinstitut – med forbehold for den forelæggende rets vurdering. Navnlig er de pågældende obligatoriske pensionsfonde ikke åbne for en ubegrænset kreds af investorer, hvorfor der heller ikke er tale om en konkurrencesituation med et investeringsinstitut. Endvidere synes der ikke at foreligge en indløsningspligt, som det er tilfældet med investeringsinstitutter.

49. Med hensyn til kriteriet om investeringsrisiko skal der foretages en sondring på grundlag af, om der hovedsageligt er tale om garanterede pensionstilsagn eller om pensionstilsagn, der afhænger af udviklingen i værdien af de investerede aktiver. Det er kun i sidstnævnte tilfælde, at ydelsesmodtageren bærer en investeringsrisiko, der er sammenlignelig med investeringsrisikoen for en investor i et investeringsinstitut.

50. Medlemsstaterne kan dog vælge at lade pensionsfonde som de i hovedsagerne omhandlede være omfattet af fritagelsen. De har imidlertid ingen EU-retlig forpligtelse hertil.

2. Subsidiært: direkte anvendelse af momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g)

51. Kun for det tilfælde, at Domstolen skulle nå til den konklusion, at de i hovedsagerne omhandlede pensionsfonde skal kvalificeres som investeringsforeninger, opstår dernæst spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne kan påberåbe sig fritagelsesbestemmelsen i momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), såfremt den nationale ret ikke kan fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.

52. For at denne mulighed foreligger, skal direktivets bestemmelser fremstå som ubetingede og tilstrækkeligt præcise [22]. I henseende til gennemførelse eller virkninger af bestemmelsen må den ikke være gjort afhængig af, at medlemsstaterne udsteder yderligere retsakter i så henseende [23].

53. I overensstemmelse hermed har Domstolen i nyere afgørelser afvist, at fritagelsesbestemmelser i henhold til momsdirektivets artikel 132, stk. 1, kan finde direkte anvendelse, når medlemsstaterne har en skønsmæssig beføjelse i forbindelse med fastlæggelsen af kendetegnene [24].

54. Domstolen har dog erklæret momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), for direkte anvendelig på trods af definitionskompetencen [25]. Dette skyldes overlapningen med EU-retten for så vidt angår begrebet »investeringsforening«. Medlemsstaternes skøn i forbindelse med deres definitionskompetence er således reduceret »til nul«, for så vidt som UCITS-direktivet harmoniserer begrebet »investeringsforening«.

55. I det omfang det henhører under medlemsstaternes skønsbeføjelse, om de klassificerer en investeringsfond som investeringsforening som omhandlet i momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), kan en direkte anvendelse derimod ikke komme på tale. Hvis medlemsstaten ikke har fastlagt en sådan definition, fremgår det nemlig ikke af direktivet, hvilke investeringsforeninger der ud over investeringsinstitutterne skal fritages for moms.

56. Sagsøgerne kan derfor i givet fald kun påberåbe sig momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), direkte, såfremt de i hovedsagerne omhandlede pensionsfonde er sammenlignelige med et investeringsinstitut, og det ikke er muligt at fortolke den nationale ret i overensstemmelse med EU-retten.

B. Det andet præjudicielle spørgsmål

57. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om princippet om afgiftsneutralitet medfører, at det ved anvendelsen af momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), også skal undersøges, om de i hovedsagerne omhandlede pensionsfonde kan sammenlignes med andre fonde, som af medlemsstaterne betragtes som investeringsforeninger. Kernen i spørgsmålet

[22] – Dom af 10.12.2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, præmis 26), og af 15.2.2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117, præmis 13 og den deri nævnte retspraksis).

[23] – Jf. dom af 10.12.2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, præmis 27), og af 16.7.2015, Larentia + Minerva og Marenave Schiffahrt (C-108/14 og C-109/14, EU:C:2015:496, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

[24] – Om begrebet kulturelle tjenesteydelser i momsdirektivets artikel 132, stk. 1, litra n), således dom af 15.2.2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117, præmis 14, 16 og 23 ff.), og om momsdirektivets artikel 132, stk. 1, litra m), dom af 10.12.2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013, præmis 31 og 42).

[25] – Dom af 28.6.2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust og The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, præmis 59), om den næsten identiske tidligere bestemmelse i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, i direktiv 77/388/EF.

er, hvilke EU-retlige grænser medlemsstaterne er underlagt i forbindelse med den definitionsbeføjelse, som de er tillagt, og hvorvidt de skal beskatte lignende ydelser på samme måde.

58. Dette spørgsmål bliver dog kun relevant, såfremt hverken de omhandlede pensionsfonde eller de fonde, som medlemsstaten kvalificerer som investeringsforeninger, kan sammenlignes med et investeringsinstitut. Desuden kan sagsøgerne kun drage fordel af en sammenlignelighed, hvis den nationale ret kan fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. En direkte anvendelse af momsdirektivets bestemmelser kan nemlig ikke komme i betragtning inden for området for den definitionskompetence, som medlemsstaterne er tillagt – som anført ovenfor i punkt 55.

59. Inden for rammerne af den kompetence til at definere begrebet »investeringsforening«, som medlemsstaterne er tillagt, er de forpligtet til at iagttage princippet om afgiftsneutralitet [26]. Dette princip er til hinder for, at sammenlignelige tjenesteydelser, som konkurrerer indbyrdes, behandles momsmæssigt forskelligt [27].

60. Henset til det demokratiske princip, der hører til de i artikel 2 TEU nævnte værdier, som Unionen bygger på, kan Domstolen imidlertid kun fastslå, at den demokratisk legitimerede nationale lovgiver har overtrådt neutralitetsprincippet, hvis denne lovgiver åbenbart har overskredet grænserne for sit skøn. Dette er først tilfældet, hvis de ydelser, der afgiftsbelægges forskelligt, set fra den gennemsnitlige forbrugers synspunkt er næsten identiske og således uden videre kan substitueres med hinanden [28].

61. I de foreliggende tilfælde opstår spørgsmålet om sidestilling kun, fordi en såkaldt individuel defineret bidragspensionsordning (tredje søjle i det nederlandske pensionssystem) ifølge retningslinjerne fra Staatssecretaris van Financiën (statssekretær for finansspørgsmål, Nederlandene) af 19. september 2014 udgør en »investeringsforening«, hvis forvaltning er momsfri.

62. Formålet med den individuelle definerede bidragspensionsordning i den tredje søjle synes at være, at arbejdstagerne frivilligt kan øge pensionsydelsen. Det obligatoriske medlemskab i en arbejdsmarkedsrelateret pensionsfond tager derimod sigte på en obligatorisk sikring af alle arbejdstagere (der går ud over sikringen af grundydelser (første søjle)). Allerede i betragtning af de forskellige formål, som det (obligatoriske) medlemskab i en arbejdsmarkedsrelateret pensionsfond (anden søjle) og det individuelle frivillige pensionssystem (tredje søjle) forfølger, tvivler jeg på, at de er sammenlignelige. Der ser også ud til kun at være begrænset mulighed for konkurrence mellem forskellige søjler i et pensionssystem.

63. Ifølge den forelæggende rets oplysninger bygger de nederlandske skatte- og afgiftsmyndigheders retningslinjer desuden på den antagelse, at deltagerne i en individuel bidragsdefineret pensionsordning bærer en investeringsrisiko. Som allerede anført bærer investorerne inden for den anden søjle ikke en sådan investeringsrisiko, når der hovedsageligt er tale om garanterede pensionstilsagn (jf. punkt 42 ovenfor). Dette må ligeledes antages at være til hinder for en sammenlignelighed.

[26] – Dom af 9.12.2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801, præmis 33), af 13.3.2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, præmis 42), og af 7.3.2013, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (C-424/11, EU:C:2013:144, præmis 18).

[27] – Jf. bl.a. dom af 5.10.2023, Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej (Moms for varme mælkeholdige drikkevarer) (C-146/22, EU:C:2023:739, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

[28] – Jf. allerede mit forslag til afgørelse HPA – Construções (C-433/22, EU:C:2023:655, punkt 50 ff.).

64. Der foreligger således væsentlige forskelle, der ikke taler for en sammenlignelighed. Det tilkommer dog den forelæggende domstol at tage endelig stilling hertil på grundlag af de beskrevne kriterier.

65. Sammenfattende skal medlemsstaterne derfor ganske vist iagttage princippet om afgiftsneutralitet, når de definerer »investeringsforeninger« som omhandlet i momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g). Det er imidlertid ikke i strid med dette princip, hvis en medlemsstat foretager en sondring mellem forskelligt strukturerede søjler i sit pensionssystem og navnlig mellem garanterede pensionstilsagn på den ene side og pensionstilsagn, der afhænger af udviklingen i værdien af den investerede kapital, på den anden side.

VI. Forslag til afgørelse

66. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Rechtbank Gelderland (retten i første instans i Gelderland, Nederlandene) således:

»1) Artikel 135, stk. 1, litra g), i Rådets direktiv 2006/112/EF om det fælles merværdiafgiftssystem skal fortolkes således, at en investeringsfond, der kan sammenlignes med et investeringsinstitut og dermed en »investeringsforening«, er en investeringsfond, der i det store og hele opfylder kriterierne i artikel 1, stk. 2, første punktum, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/65/EF af 13. juli 2009 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter). Dette forudsætter navnlig, at investeringsfonden er åben for offentligheden, at der ligesom for et investeringsinstitut foreligger en indløsningspligt, og at investorerne bærer en sammenlignelig investeringsrisiko. Sidstnævnte afhænger i væsentlig grad af, om pensionstilsagnet hovedsageligt omhandler garanterede ydelser eller ydelser, der afhænger af udviklingen i værdien af den investerede kapital.

2) Ved anvendelsen af momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra g), for så vidt angår fonde, der ikke er investeringsinstitutter, skal det ikke blot afgøres, om disse kan sammenlignes med investeringsinstitutter, men også om de kan sammenlignes med andre fonde, som ganske vist ikke er investeringsinstitutter, men som af medlemsstaterne betragtes som investeringsforeninger. Medlemsstaten kan fritage forvaltningen af sådanne investeringsforeninger under iagttagelse af neutralitetsprincippet. Dette princip er imidlertid ikke til hinder for en saglig sondring mellem de forskelligt strukturerede søjler i det pågældende pensionssystem og navnlig mellem garanterede pensionstilsagn på den ene side og pensionstilsagn, der afhænger af udviklingen i værdien af den investerede kapital, på den anden side.«