FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO fremsat den 18. maj 2004 [1]

1. Domstolen er for første gang blevet forelagt en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende anvendelsen af det fælles merværdiafgiftssystem på institutter for kollektiv investering i værdipapirer (herefter »investeringsinstitutter«). Det bemærkes, at disse enheder har været genstand for fællesskabslovgivers opmærksomhed for nylig. De to direktiver — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/107/EF og direktiv 2001/108/EF af 21. januar 2002 [2] om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 [3] — præciserer betingelserne for udøvelse og forvaltning af disse institutter. Men det er især ud fra Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag [4] (herefter »sjette momsdirektiv«), at Domstolen i denne sag er blevet anmodet om at træffe afgørelse.

I — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

2. Sagens faktiske omstændigheder er følgende. Banque Bruxelles Lambert SA (herefter »BBL«) har leveret hjælpe-, oplysnings- og rådgivningstjenesteydelser til investeringsforeninger med variabel kapital (Sociétés d'Investissement à Capital Variable, herefter »SICAV-investeringsforeninger«), der har hjemsted i Luxembourg. BBL har ikke betalt merværdiafgift (herefter »moms«) af disse tjenesteydelser, idet Storhertugdømmet Luxembourg undtager SICAV-investeringsforeninger fra moms. Efter en kontrol foretaget i 1998 fremsatte de belgiske skattemyndigheder et betalingspåkrav til BBL om opkrævning af moms, der skyldes for ydelser, der er leveret til SICAV-investeringsforeninger fra 1993-1997.

1 — Originalsprog: portugisisk.

2 — Direktiv 2001/107/EF om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) med henblik på en regulering af administrationsselskaber og forenklede prospekter, EFT 2002 L 41, s. 20, og direktiv 2001/108/EF om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter), med hensyn til investeringsinstitutters investeringer, EFT 2002 L 41, s. 35. Fristen for gennemførelse af direktiverne var fastsat til den 13.2.2004.

3 — Direktiv om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter), EFT L 375, s. 3.

4 — EFT L 145, s. 1.

3. Skattemyndighederne støtter sig i den anledning på den belgiske momslov. Ifølge denne lovs artikel 21, stk. 2, forstås »[v]ed leveringsstedet for en tjenesteydelse [...] det sted, hvor den, der yder tjenesten, har etableret enten hjemstedet for sin økonomiske virksomhed eller et fast forretningssted, hvorfra tjenesteydelsen leveres, eller i mangel af et sådant hjemsted eller et sådant fast forretningssted hans bopæl eller hans sædvanlige opholdssted«. Der er imidlertid fastsat en undtagelse hertil i lovens artikel 21, stk. 3, hvorefter leveringsstedet for tjenesteydelsen er aftageren af tjenesteydelsens hjemsted eller forretningssted, når følgende to betingelser er opfyldt: Aftageren er en afgiftspligtig, der er etableret i Fællesskabet, men uden for ydelseslandet, og ydelsen består bl.a. i arbejde af intellektuel karakter, der ydes af juridiske rådgivere, eller bank-, finansierings- og forsikringstransaktioner. I overensstemmelse med sjette momsdirektivs artikel 9 påbyder den belgiske lovgivning således, at det skal kontrolleres, om aftageren af tjenesteydelsen er afgiftspligtig, før de omhandlede tjenesteydelser stedfæstes.

4. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at de belgiske myndigheder har fortolket disse bestemmelser på følgende måde. Da myndighederne var af den opfattelse, at SICAV-investeringsforeningerne i den foreliggende sag som aftagere af tjenesteydelser ikke var momspligtige i henhold til luxembourgsk lovgivning, fandt undtagelsen til stedbestemmelsesreglen i den belgiske momslovs artikel 21, stk. 3, ikke anvendelse. De tjenesteydelser, der er leveret til SICAV-investeringsforeningerne, må følgelig anses for leveret i Belgien, hvilket er tjenesteyderens etableringssted. Den belgiske lovgivning, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, gjorde det imidlertid ikke muligt at momsfritage sådanne tjenesteydelser. Ifølge de belgiske myndigheder følger det heraf, at BBL er momspligtig med hensyn til de tjenesteydelser, der er leveret til de luxembourgske SICAV-investeringsforeninger.

5. BBL har bestridt denne fortolkning som værende i strid med bestemmelserne i sjette momsdirektiv. Selskabet har følgelig anlagt sag ved Tribunal de première instance de Bruxelles (Belgien) med påstand om annullation af det betalingspåkrav, der er fremsat over for selskabet. Selskabet har gjort gældende, dels at SICAV-investeringsforeningerne er momspligtige i sjette momsdirektivs artikel 4's forstand uafhængigt af den subsumption, der foretages i national ret, dels at de ydelser, der er leveret i den foreliggende sag, er omhandlet i direktivets artikel 13, der fastsætter en momsfritagelse herfor.

6. Af denne særlige slutningsmåde udspringer de to spørgsmål, der er forelagt Domstolen af Tribunal de première instance de Bruxelles. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål oplyst, om SICAV-investeringsforeninger er momspligtige i sjette momsdirektivs artikel 4's forstand, således at de tjenesteydelser, der leveres SICAV-investeringsforeningerne, for så vidt som de er omfattet af direktivets artikel 9, stk. 2, litra e), skal anses for leveret på SICAV-investeringsforeningernes hjemsted. Det andet spørgsmål er forelagt subsidiært. Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, ønsker den forelæggende ret oplyst, om der med henblik på anvendelsen af sjette momsdirektivs artikel 13, der fastsætter en momsfritagelse for forvaltning

af investeringsforeninger [5], skal sondres mellem hjælpeydelser og rådgivning om forvaltningen og egentlige forvaltningsydelser, for så vidt som sidstnævnte ydelser til forskel fra de førstnævnte indebærer, at den, der leverer sådanne ydelser, har en beslutningskompetence med hensyn til administrationen og anbringelsen af de midler, der skal forvaltes.

II — SICAV-investeringsforeningernes egenskab af afgiftspligtige personer

7. Skønt parterne i hovedsagen under proceduren for den forelæggende ret var uenige om, hvorvidt SICAV-investeringsforeninger er momspligtige, synes alle de procesdeltagere, der har afgivet indlæg til Domstolen, at være enige om, at det første spørgsmål skal besvares bekræftende. BBL, Kommissionen, den belgiske og den græske regering er af den opfattelse, at SICAV-investeringsforeninger er afgiftspligtige i medfør af fællesskabsretten. De har kun divergerende opfattelser hvad angår måden at nå frem til dette resultat og konsekvenserne heraf.

A — *SICAV-investeringsforeningernes karakter henset til fællesskabsbestemmelserne om moms*

8. Det bemærkes, at i overensstemmelse med sjette momsdirektivs artikel 4 er det kun virksomhed, der har en økonomisk karakter, der er omfattet af anvendelsesområdet for det fælles momssystem. Begrebet afgiftspligtig person er i denne bestemmelse defineret som enhver, der »selvstændigt og uanset stedet udøver en af de i stk. 2 nævnte former for økonomisk virksomhed uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed«. Det præciseres i artikel 4, stk. 2, at den nævnte økonomiske virksomhed omfatter alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder, og bl.a. transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

9. I denne forbindelse opererer Domstolen i Polysar Investments Netherlands-dommen [6] med en sondring mellem indehavelse af goder eller selskabsandele, der indebærer, at der modtages kapitalafkast, der følger af ejendomsretten til investeringen, og begrebet økonomisk virksomhed i sjette momsdirektivs forstand. Domstolen har dernæst med hensyn til kapitalanbringelse præciseret, at en indehavers almindelige udøvelse af sin ejendomsret ikke i sig selv kan betragtes som en økonomisk virksomhed [7]. Det følger heraf, at investeringsvirksomhed, der kan sammenlignes med en privat investors, der forvalter sin egen formue, principielt falder uden for økonomisk virksomhed. Det er for den foreliggende sag ligeledes vigtigt, at anvendelsen af rådgivende selskaber ikke kan være et gyldigt kriterium for en sondring mellem en privat investors aktiviteter, der ikke falder

5 — O.a.: Det pågældende udtryk i den franske sprogversion af sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, er »fonds communs de placement«. Dette udtryk oversættes, jf. oversætteranmærkningen til dette forslag til afgørelses punkt 12, herefter med investeringsfond i alle de tilfælde, hvor der ikke utvivlsomt henvises direkte til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6. Udtrykket i den svenske sprogversion af bestemmelsen er »investeringsfonder«, i den engelske sprogversion »investment funds« og i den tyske »Kapitalanlagegesellschaften«.

6 — Dom af 20.6.1991, sag C-60/90, Sml. I, s. 3111, præmis 13. Jf. ligeledes dom af 22.6.1993, sag C-333/91, Sofitam, Sml. I, s. 3513, præmis 12.

7 — Dom af 20.6.1996, sag C-155/94, Wellcome Trust, Sml. I, s. 3013, præmis 32.

ind under direktivets anvendelsesområde, og en afgiftspligtig investors [8]. Ifølge Domstolen forudsætter pligten til at betale moms en aktivitet, der gennemføres med driftsformål eller med en kommerciel målsætning, der navnlig er karakteriseret ved et ønske om rentabilisering af den investerede kapital [9].

10. I overensstemmelse med denne retspraksis skal der således ved økonomisk virksomhed forstås en *aktivitet*, der kan udøves af en privat virksomhed på et marked, og som *tilrettelægges* i en professionel ramme og i almindelighed er drevet af et ønske om at opnå fortjeneste. Det bemærkes, at dette begreb har en særlig egenskab, hvis man sammenligner med den fortolkning, der er anlagt af det inden for andre sektorer, såsom konkurrenceretten, hvor det ligeledes tjener til en afgrænsning af fællesskabsrettens anvendelsesområde [10]. På afgiftsområdet er det baseret på et dobbelt kriterium — ikke alene et funktionelt aktivitetskriterium, men også og navnlig et strukturelt organisationskriterium. En sådan definition er i overensstemmelse med det formål, der forfølges med det fælles momssystem, hvilket er at behandle alle aktive personer, der har hjemsted på Fællesskabets område, ens i afgiftshenseende [11].

11. Efter disse kriterier synes det utvivlsomt, at de transaktioner, der foretages af SICAV-investeringsforeningerne, skal anses for at være økonomisk virksomhed i sjette momsdirektivs forstand. En SICAV-investeringsforening er et investeringsinstitut i henhold til vedtægter. Til forskel fra investeringsfonde (fonds communs de placement) [12] er SICAV-investeringsforeningen en juridisk person, der adskiller sig fra investorernes. Dens betegnelse skyldes, at dens kapital vedvarende kan variere afhængigt af tegning og køb af andele, samt værdiansættelsen af dens midler [13].

12. Direktiv 85/611 definerer i artikel 1 disse selskaber som foretagender, hvis formål er at foretage kollektiv investering i værdipapirer af kapital tilvejebragt ved henvendelse til offentligheden, og hvis virksomhed bygger på princippet om risikospredning. Deres virksomhed består således i en gentagelse af købs- og salgshandlinger, der foretages i erhvervsmæssigt øjemed med henblik på at opfylde tredjemands behov (de deltagende investorer) [14]. En sådan virksomhed lader sig let bedømme som en organiseret og kommerciel »udnyttelse« af kapital på værdipapirmarkedet [15]. Set samlet er disse kriterier tilstrækkelige til at gøre SICAV-investeringsforeningerne afgiftspligtige i sjette momsdirektivs forstand.

8 — Ibid. præmis 37.

9 — Dom af 14.11.2000, sag C-142/99, Floridienne og Berginvest, Sml. I, s. 9567, præmis 28.

10 — Jf. bl.a. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979.

11 — For en mere detaljeret redegørelse for formålene med fællesskabsskatteretten henvises til D. Berlin, *Droit fiscale communautaire*, PUF, Paris, 1988, s. 229 ff.

12 — O.a.: Det franske begreb »fonds communs de placement« er et sameje af værdipapirer, der i frankofone retssystemer er undergivet særlige regler. Et af særkenderne ved en »fonds communs de placement« er, at det ikke er en selvstændig juridisk person. Der er dermed ikke sammenfald mellem en fond commun de placement og begrebet investeringsfond efter dansk ret, men da begrebet fonds communs de placement i dette forslag til afgørelse opstilles som en modsætning til SICAV-investeringsforeninger, oversættes det med investeringsfond i overensstemmelse med artikel 1, stk. 3, i direktiv 85/611, medmindre der decideret tales om fritagelsen i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, i hvilket tilfælde fonds communs de placement oversættes med investeringsforening i overensstemmelse med sjette momsdirektiv.

13 — Jf. C. Kremer & I. Lebbe, *Les organismes de placement collectif en droit luxembourgeois*, Larcier, Bruxelles, 2001.

14 — Til sammenligning angiver generaladvokat van Gerven lignende egenskaber som kriterium for en økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette momsdirektivs artikel 4, i forslaget til afgørelse i Polysar Investments Netherlands-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 6.

15 — Om begrebet udnyttelse i den forstand, hvori det er anvendt i sjette momsdirektivs artikel 4, stk. 2, se dom af 6.2.1997, Harnas & Helm (sag C-80/95, Sml. I, s. 745).

13. Man kan under alle omstændigheder ikke bestride denne løsning under henvisning til en sammenligning mellem en SICAV-investeringsforenings virksomhed og et holdingselskabs, der ifølge Domstolens praksis i almindelighed ikke er momspligtigt [16]. Som regel nøjes et holdingselskab med at forvalte kapitalandele i andre virksomheder uden at søge at få andet overskud heraf end det, der følger af en almindelig forvaltning af selskabets investeringer. En SICAV-investeringsforenings væsentligste virksomhed er derimod at foretage investeringer med et kommercielt formål med henblik på at opnå fortjeneste. Det er uden betydning, at deltagelsen i en og samme emittents kapital er begrænset af bestemmelserne i et ønske om at sikre en forsigtig risikospredning [17]. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at konstatere, at SICAV-investeringsforeningen er drevet af et formål om rentabilisering af den investerede kapital, hvorfor der altid tages en risiko [18]. Det er ikke af større relevans at sondre mellem en aktiv forvaltning og en passiv forvaltning af de finansielle instrumenter [19]. Det er ubstridt, at den almindelige forvaltning af en formue kan kræve megen aktivitet fra indehaveren heraf. Det, der især adskiller en SICAV-investeringsforening fra et holdingselskab, er den hensigt, der driver dem, og den adfærd, der karakteriserer dem: Mens holdingselskabet i almindelighed har en ejeradfærd, hvor det kun er interesseret i at bære frugt af sin ejendom [20], antager SICAV-investeringsforeningen en driftsherreadfærd, idet den søger at opnå det højest mulige afkast henset til den anvendte investeringspolitik for sine anbringelser på finansmarkederne.

14. Skal der imidlertid foretages en sondring afhængigt af, om SICAV-investeringsforeningen er selvforvaltet eller ej? I det første tilfælde råder SICAV-investeringsforeningen over en integreret forvaltningsvirksomhed, hvorimod den i det andet tilfælde betror forvaltningen til et eksternt autoriseret selskab. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at det alene er de første, der er momspligtige, idet den har henvist til den behandling, som Domstolen har givet holdingselskaber inden for dette område. Kommissionen har anført, at en SICAV-investeringsforening, der ikke er selvforvaltet, i lighed med et holdingselskab kun besidder værdipapirer uden at udføre afgiftspligtige transaktioner.

15. Under retsmødet har Kommissionen ikke gentaget denne sondring, idet den nøjedes med at sammenholde situationen for investeringsfonde, der ikke er juridiske personer, med situationen for SICAV-investeringsforeningerne, der er juridiske perso-

16 — Jf. til erindring dom af 27.9.2001, sag C-16/00, Cibo Participations, Sml. I, s. 6663, præmis 19. Et holdingselskab kan ganske vist i visse tilfælde mod betaling gøre sine datterselskaber lejlighedsvise tjenester såsom levering af tjenesteydelser med hensyn til administration samt finansielle, regnskabsmæssige og tekniske forhold. Men netop i disse undtagelsesvise tilfælde har Domstolen udtalt, at et holdingsselskabs indgriben i administrationen af dets datterselskaber kan anses for en økonomisk virksomhed, i det omfang denne indgriben indebærer iværksættelse af transaktioner, der er pålagt moms i henhold til sjette momsdirektivs artikel 2 (Floridienne og Berginvest-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 19).

17 — Kommissionen har bemærket, at i medfør af artikel 25 i direktiv 85/611 kan en SICAV-investeringsforening ikke erhverve mere end 10% af aktierne uden stemmeret eller af obligationerne fra en og samme emittent.

18 — Floridienne og Berginvest-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 28.

19 — Det er det sondringskriterium, Kongeriget Belgien har brugt for at godtgøre, at SICAV-investeringsforeningerne til forskel fra holdingselskaberne er afgiftspligtige. Det bemærkes i øvrigt, at den belgiske stats bemærkninger ved Domstolen afviger fra den holdning, som den har givet udtryk for ved den forelæggende ret.

20 — Domstolen har til karakterisering af et holdingselskab således fastslået, at »en obligationsindehavers virksomhed kan beskrives som en form for investering, der ikke overskrider, hvad der er omfattet af simpel formueforvaltning« (Harnas & Helm-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 18).

ner. Hvorom alting er, forekommer den sondring, der fremgår af Kommissionens skriftlige indlæg, mig ikke relevant. Det afgørende kriterium for afgørelse af, i hvilket tilfælde en SICAV-investeringsforening skal anses for momspligtig, er karakteren af dens virksomhed og ikke dens retlige form [21]. Selvfølgelig skal denne virksomhed subsidiært indgå i en retlig struktur, der kan være genstand for en afgiftspålæggelse. Dette er tilfældet med den omhandlede virksomhed: Uanset SICAV-investeringsforeningernes interne organisation, er de alle juridiske personer [22]. De er indehavere af den beholdning af værdipapirer, som det eksterne administrationsselskab eventuelt skal forvalte. Det er således tilladt at betragte dem som afgiftsenheder med henblik på anvendelsen af sjette momsdirektiv, uafhængigt af den retlige form, de har valgt til forvaltningen af deres virksomhed.

16. En sådan løsning forekommer mig at være i overensstemmelse med et krav om enkelthed og struktur i afgiftsordningen. Den er ligeledes i overensstemmelse med et af sjette momsdirektivs formål, der er at fastsætte fælles regler med henblik på at tilnærme konkurrencevilkårene for sammenlignelige økonomiske aktører. I øvrigt er forholdet mellem en SICAV-investeringsforening og dens administrationsselskab på ingen måde sammenligneligt med det forhold, der kan være mellem et holdingselskab og de selskaber, som holdingsselskabet har kapitalinteresser i. Administrationsselskabet handler nemlig efter bemyndigelse fra SICAV-investeringsforeningen. Denne bibeholder ansvaret for investeringsvirksomheden. Det afgørende kriterium for afgiftspligten forbliver, hvorvidt den pågældende enhed er det reelle fundament for udøvelsen af den økonomiske virksomhed, og ikke hvordan den tilrettelægger forvaltningen af denne virksomhed.

17. Den første del af det første spørgsmål bør derfor besvares med, at sjette momsdirektivs artikel 4 skal fortolkes således, at SICAV-investeringsforeninger, der er oprettet i overensstemmelse med direktiv 85/611, er momspligtige. Der skal herefter tages stilling til konsekvenserne heraf for stedfæstelsen af de tjenesteydelser, der leveres dem.

21 — Domstolen har i en anden sammenhæng fastslået, at »princippet om afgiftsneutralitet [...] bl.a. [er] til hinder for, at erhvervsdrivende, som udfører de samme transaktioner, behandles forskelligt med hensyn til opkrævning af moms. Det følger heraf, at det nævnte princip ville blive tilsidesat, hvis muligheden for at påberåbe sig en afgiftsfritagelse, der er fastsat for transaktioner, der udføres af de institutioner eller organer, der er nævnt i artikel 13, punkt A, stk. 1, litra b) og g), var afhængig af, i hvilken retlig form den afgiftspligtige udøvede sin virksomhed« (dom af 7.9.1999, sag C-216/97, Gregg, Sml. I, s. 4947, præmis 20). Denne manglende interesse for den omhandlede enheds retlige form gør sig følgelig også gældende i det tilfælde, hvor det drejer sig om at afgøre, hvorvidt enheden er afgiftspligtig.

22 — Dette er det væsentligste kriterium, der adskiller SICAV-investeringsforeningerne fra investeringsfonde. Sidstnævnte er oprettet ifølge aftale uden at være en selvstændig juridisk person. Da der ikke foreligger en juridisk enhed, forstås det, at de kan anses for afgiftsmæssigt »gennemsigtige«. Man kan således ikke gøre andet end at lade afgiftspålæggelsen påhvile det administrationsselskab, der forvalter den udelelige beholdning. Men en sådan løsning er på en måde nødvendig såvel pr. definition som af nødvendighed.

B — *Stedfæstelsen af de tjenesteydelser, der er leveret til SICAV-investeringsforeningerne*

18. Sjette momsdirektivs artikel 9 fastsætter princippet om, at levering af tjenesteydelser stedfæstes til tjenesteyderens etableringssted. Der er imidlertid undtagelser til dette

princip, hvoraf den ene i artikel 9, stk. 2, litra e), fastsætter, at leveringsstedet for rådgivningsydelser samt bank- og finansieringstransaktioner, som præsteres for afgiftspligtige, der er etableret i Fællesskabet uden for tjenesteyderens land, er det sted, hvor aftageren har etableret hjemstedet for sin erhvervsmæssige virksomhed.

19. Eftersom det er fastslået, at SICAV-investeringsforeninger er afgiftspligtige, synes sjette momsdirektivs artikel 9, stk. 2, litra e), at finde anvendelse på de ydelser, der leveres dem. Kongeriget Belgien er imidlertid uenig i denne konklusion. Belgien er i sit skriftlige indlæg af den opfattelse, at der skal sondres, således at det alene er rådgivningsydelser, databehandling og meddelelse af oplysninger, der leveres SICAV-investeringsforeningerne, der henhører under bestemmelsens anvendelsesområde, hvorimod det forholder sig anderledes med hensyn til forvaltningsydelser, der leveres SICAV-investeringsforeningerne, når disse ydelser indebærer en beslutningskompetence.

20. Belgien har til støtte for denne sondring henvist til Domstolens praksis vedrørende betingelserne for momsfritagelse i henhold til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt A[23]. Denne retspraksis er imidlertid ikke relevant på dette trin af analysen, hvor det blot drejer sig om at stedfæste leveringsstedet for de leverede ydelser. Det skal blot konstateres, at artikel 9, stk. 2, litra e), tredje og femte led, dækker såvel rådgivningsvirksomhed som bank- og finansieringstransaktioner.

21. Det følger af det foregående, at sjette momsdirektivs artikel 9, stk. 2, litra e), ligeledes finder anvendelse på forvaltningsydelser, når de indgår i finansieringstransaktioner. Under forudsætning af, at disse tjenesteydelser er leveret til afgiftspligtige, der er etableret i Fællesskabet uden for tjenesteyderens land, er leveringsstedet det sted, hvor aftageren har etableret hjemstedet for sin erhvervsmæssige virksomhed.

III — Rækkevidden af momsfritagelsen i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6

22. Selv om et bekræftende svar på det første spørgsmål ifølge den forelæggende ret fratager det andet spørgsmål sin genstand med henblik på afgørelsen i hovedsagen, finder jeg, at det kan være nyttigt at behandle det andet spørgsmål.

23. I medfør af den ordning, der er fastsat i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, fritager medlemsstaterne »forvalt-

23 — Dom af 21.3.2002, sag C-267/00, Zoological Society, Sml. I, s. 3353.

ning af investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne«. I denne forbindelse vedrører uenigheden såvel den generelle fortolkning, der skal anlægges af denne bestemmelse, og den særlige betydning, der skal tillægges begrebet forvaltning.

A — *Fortolkningsregler*

24. De procesdeltagere, der har fremsat bemærkninger, er enige om den generelle regel, der er fastslået i fast retspraksis, hvorefter de i sjette momsdirektivs artikel 13 omhandlede fritagelser skal fortolkes strengt, da de er undtagelser fra princippet om, at der opkræves moms af enhver tjenesteydelse, der udføres mod vederlag af en afgiftspligtig person [24].

25. Det er ligeledes nyttigt henset til de forhold, der er givet i forelæggelseskendelsen, at bemærke, at ligesom begrebet afgiftspligtig er disse fritagelser selvstændige fællesskabsretlige begreber, der må placeres i den generelle sammenhæng i den fælles momsordning, som er indført ved sjette momsdirektiv [25]. Det forhold, at artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, henviser til medlemsstaternes lovgivning, betyder ikke, at det er op til de forskellige nationale lovgivninger at fastsætte rækkevidden af fritagelsen. Dels vedrører denne henvisning kun fastlæggelsen af beskaffenheden af investeringsforeningerne, og ikke fastlæggelsen af deres situation henset til de fælles momsbestemmelser, dels er denne fastlæggelse delvis selv undergivet fællesskabsretten i medfør af direktiv 85/611.

26. BBL er af den opfattelse, at det er nødvendigt til analysen at tilføje bestemmelsens ratio legis, dvs. de generelle politiske hensyn, der er fælles for medlemsstaterne, og som begrunder en sådan fritagelse. Det er velkendt, at sådanne hensyn forelå ved affattelsen af sjette momsdirektivs artikel 13. De giver sig i forbindelse med vores bestemmelse uden tvivl udtryk i det generelle ønske, der er understreget af BBL, om at fremme sparernes adgang til kollektive investeringer. Men denne fritagelse har navnlig en praktisk begrundelse, der er at undgå at bebyrde fonde oprettet ifølge aftale med en afgiftsbyrde, som investeringsinstitutterne, der er juridiske personer og selvforvaltede, ikke er tvunget til at bære i medfør af fritagelsen i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5. Ifølge denne bestemmelse er transaktioner, herunder forhandlinger, med undtagelse af forvaring og forvaltning, i forbindelse med aktier, andele i selskaber eller andre sammenslutninger, obligationer og andre adkomstbeviser, bortset fra varerepræsentativer og de i sjette momsdirektivs artikel 5, stk. 3, omhandlede rettigheder og adkomstbeviser, nemlig momsfritaget.

24 — Jf. senest dom af 6.11.2003, sag C-45/01, Dornier, Sml. I, s. 12911, præmis 42.

25 — Dom af 5.6.1997, sag C-2/95, SDC, Sml. I, s. 3017, præmis 21.

27. Den belgiske regering har i denne forbindelse gjort gældende, at en fritagelse, der er begrænset til fonde oprettet ifølge aftale, men ikke fonde oprettet i henhold til vedtægter, der har valgt at delegere forvaltningen af deres formue, kunne påvirke ligebehandlingen mellem forskellige investeringsinstitutter. Dette argument forekommer mig overbevisende. Det er berettiget at udstrække den ordning, der er fastsat for investeringsfondene til SICAV-investeringsforeningerne, når de befinder sig i en tilsvarende situation. Det kan, som BBL har hævdet, ikke udledes heraf, at alle de tjenesteydelser, der leveres til disse investeringsinstitutter, skal momsfritages. Med henblik på at fastlægge anvendelsesområdet for denne fritagelse skal betydningen af begrebet forvaltning i den omhandlede bestemmelses forstand præciseres.

28. Denne konklusion afkræftes ikke af den hævdede ulige behandling af investeringsinstitutter, der ifølge BBL kan følge af en fritagelse, der er begrænset til bestemte tjenesteydelser bestående i forvaltning af investeringsfonde. For det første er en selvforvaltet SICAV-investeringsforening, der vælger at benytte sig af tredjemand til at tage sig af tjenesteydelser, der ikke er direkte forbundet med forvaltningen af dens virksomhed, i denne henseende i den samme afgiftsmæssige situation som en investeringsfond. At en sådan SICAV-investeringsforening har mulighed for selv at udføre disse tjenesteydelser uden at blive underlagt moms, mens en investeringsfond ikke har en sådan mulighed, er uden indflydelse i denne forbindelse. I dette tilfælde består de mulige forskelle i behandlingen af SICAV-investeringsforeninger og investeringsfonde faktisk ikke i andet end de normale konsekvenser af anvendelsen af det fælles momssystem, der vælger kun at afgiftsbelægge selvstændig virksomhed inden for rammerne af en forbindelse mellem to uafhængige afgiftspligtige [26]. For det andet må det, hvis man følger BBL's argumentation på dette punkt, erkendes, at et meget stort antal leverede tjenesteydelser, der er mere eller mindre forbundet med forvaltningen af investeringsfonde, kan inkluderes i fritagelsens anvendelsesområde. En sådan indbefattelse overstiger klart artikel 13, punkt B's ordlyd, der skal fortolkes strengt.

B — *Begrebet forvaltning i den forstand, hvori det er anvendt i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6*

29. Sjette momsdirektiv definerer ikke begrebet forvaltning og ej heller genstanden for de transaktioner, der er omhandlet i artikel 13, punkt B, litra d). Domstolen har i flere domme haft lejlighed til at præcisere betydningen af visse af dem. Men den har endnu ikke truffet afgørelse om fritagelsen i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6.

30. BBL har i mangel af en definition talt for, at man henholder sig til den almindelige betydning, som den nationale litteratur om civilret har givet begrebet forvaltning. Uanset

26 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer har foretaget et tilsvarende ræsonnement i forslaget til afgørelse i SDC-sagen (dom nævnt i fodnote 25), punkt 54 ff.

hvor fristende en sådan løsning er, er den ikke acceptabel. Domstolens praksis har netop tilsigtet at udelukke formueforvaltningstransaktioner fra momsens anvendelsesområde. En definition, der giver disse transaktioner en central plads, må således forkastes. Den kan logisk set ikke anvendes til at fastlægge rækkevidden af en afgiftsfritagelse, der pr. definition forudsætter en forudgående pligt til at betale afgift [27].

31. De indlæg, der er indgivet til Domstolen, har koncentreret sig om spørgsmålet om, hvorvidt forvaltning skal forstås således, at det indebærer en beslutningskompetence. Det er den fortolkning, som Kommissionen og den græske regering har anlagt. Forvaltning i denne bestemmelses forstand svarer udelukkende til finansiel forvaltning i ordets egentlige betydning, der indebærer en beslutningskompetence inden for investering og investeringspolitik. BBL og den belgiske regering er uenige i denne fortolkning. Ifølge dem skal begrebet forvaltning fortolkes vidt, og det udstrækker sig til forvaltningsrådgivning.

32. Betragtet på denne måde forekommer spørgsmålet mig dårligt stillet. For at afklare betydningen af dette begreb skal der lægges vægt ikke alene på dets grundbestanddele, men også på formålet med den bestemmelse, som det indgår i. Formålet påbyder imidlertid, at fritagelsen begrænses, således at den ikke påvirker princippet om en generel afgift, men uden at berøve det formål, som den forfølger, ethvert indhold [28]. Det er ud fra dette synspunkt muligt at udstrække fritagelsen til alle transaktioner, der er direkte forbundet med ordningen for forvaltning af investeringsfonden. Fritagelsen kan således ikke begrænses alene til beslutningstagning. Men det er ikke muligt at udstrække den til alle tjenesteydelser, der leveres til investeringsinstitutter, der befinder sig i den situation, der gælder for investeringsfonde.

33. Efter min mening skal de transaktioner, der er omfattet af fritagelsen, begrænses til de transaktioner, der er tæt forbundet med udnyttelsen af fonden, dvs. med fastlæggelsen af investeringspolitikken, køb og salg af aktiver. Selv om transaktionerne ikke er begrænset til en beslutningstagning, skal de fritagne transaktioner i det mindste være en direkte del af handelstransaktioner med værdipapirer. For at kunne anvende fritagelsen skal det fastslås, at de omhandlede ydelser faktisk ikke kan adskilles fra de transaktioner, der udtrykkeligt er fritaget i sjette momsdirektiv. Ydelser, der let kan adskilles fra egentlig forvaltning af fonden, skal derimod anses for momspligtige.

34. Det er i øvrigt ved at følge et tilsvarende ræsonnement, at Domstolen vedrørende fritagelserne i sjette momsdirektivs artikel 13,

27 — Jf. i denne retning generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag i forslag til afgørelse i SDC-sagen (dom nævnt i note 25), punkt 57.

28 — Om nødvendigheden af at tillægge momsen et meget bredt anvendelsesområde, se dom af 4.12.1990, sag C-186/89, Van Tiem, Sml. I, s. 4363, præmis 17.

punkt B, litra d), nr. 3-5, har foretaget en sondring mellem fritagne transaktioner og faktiske, administrative eller tekniske ydelser, der hverken er specifikke eller væsentlige for de fritagne transaktioner [29]. Den samme analyse synes at skulle finde tilsvarende anvendelse på udstrækningen af fritagelsen i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6.

35. Det følger af en sådan analyse, at man for at fastslå rækkevidden af fritagelsen i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, må stille det spørgsmål, om de pågældende ydelser direkte griber ind i fondens finansielle situation i en sådan grad, at der kan øves en afgørende indflydelse på vurderingen af finansieringsrisiciene eller på de investeringsbeslutninger, der træffes [30].

36. I den foreliggende sag gør de oplysninger, som den forelæggende ret har givet vedrørende de ydelser, der er leveret til SICAV-investeringsforeningerne, det ikke muligt at konkludere, at det drejer sig om transaktioner, der ikke kan adskilles fra forvaltningen heraf [31]. Det tilkommer i påkommende tilfælde den nationale ret at træffe afgørelse om den præcise karakter af de leverede tjenesteydelser.

37. BBL har imidlertid tilføjet to tekstmæssige argumenter, der ifølge selskabet kan kuldkaste denne analyse. Det første, der blev fremført under retsmødet, består i inden for rammerne af sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), at sætte forvaltningsbegrebet i nr. 5 i forbindelse med forvaltningsbegrebet i nr. 6. Artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5, bestemmer, at »medlemsstaterne fritager transaktioner, herunder forhandlinger, *med undtagelse af forvaring og forvaltning*, i forbindelse med aktier, andele i selskaber eller andre sammenslutninger, obligationer, og andre adkomstbeviser, bortset fra varerepræsentativer, de i artikel 5, stk. 3, omhandlede rettigheder og adkomstbeviser« [32]. Fritagelsen i nr. 6 er direkte forbundet med undtagelsen i nr. 5. Forvaltningsbegrebet i nr. 6 skal således forstås vidt for at svare til afgiftspålæggelsen i nr. 5. Det bemærkes, at forvaltning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nr. 5, ifølge Domstolens praksis omhandler den blotte levering af en faktisk, teknisk eller administrativ tjenesteydelse, som ikke medfører retlige eller økonomiske ændringer [33].

38. Dette argument forudsætter, at der er indholdsmæssig overensstemmelse mellem de to forvaltningsbegreber i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d). Der er

29 — SDC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, og dom af 13.12.2001, sag C-235/00, CSC Financial Services, Sml. I, s. 10237.

30 — Det bemærkes, at Domstolen, da den traf afgørelse i en anden sammenhæng vedrørende begrebet at »lede virksomheder« i artikel 43, stk. 2, EF, fastslog, at det drejede sig om indehavelse af en kapitalandel i et selskab, der gav indehaveren heraf en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at han kunne træffe afgørelse om dets drift (dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22).

31 — Det drejer sig om meddelelse af oplysninger, bistand til forvaltningen af midlerne, men inden for rammerne af en politik, der er vedtaget af SICAV-investeringsforeningen, materiel støtte til erhvervelse, tegning og overdragelse af værdipapirer.

32 — Min fremhævelse.

33 — CSC Financial Services-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 28.

imidlertid ikke en sådan overensstemmelse. I forbindelse med bestemmelsens nr. 5 følger det forvaltningsbegreb, der er lagt til grund af lovgiver, af en begrænsning af den oprindelige formulering, der var foreslået af Kommissionen, der omhandlede samtlige transaktioner vedrørende fordringer, aktier, obligationer og andre værdipapirer [34]. Det drejede sig ved indførelsen af dette begreb således om at udelukke faktiske, tekniske eller administrative hjælpe- og ekspeditionsopgaver, der ikke havde en direkte forbindelse med handelstransaktioner med værdipapirer, fra fritagelsens anvendelsesområde. Derimod er forvaltning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i bestemmelsens nr. 6, et positivt begreb, der klart omfatter virksomhed i form af udnyttelse af en beholdning af værdipapirer, der er henlagt til fonden af deltagerne. I denne betydning er forvaltningen en af de to væsentlige bestanddele af en investeringsfond ved siden af opbevaring af fondens aktiver, der er betroet depositaren. Dette begreb kan derfor ikke forstås således, at det dækker tjenesteydelser, der er leveret til administratoren, der er uden direkte forbindelse med udnyttelsen af fonden.

39. BBL's andet argument støttes på den omstændighed, at virksomheden for investeringsfondes administrationsselskaber for nylig er blevet udvidet i medfør af direktiv 2001/107. Dette er et afgørende forhold i BBL's skriftlige argumentation [35]. Ganske vist præciserer og udvider direktiv 2001/107 virksomheden for investeringsinstitutters administrationsselskaber til bl.a. investeringsrådgivning [36]. Det forekommer mig imidlertid, at denne udvidelse på ingen måde automatisk medfører, at denne virksomhed omfattes af begrebet forvaltning i den forstand, hvori det er anvendt i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6. På den ene side er der, da formålet med de to direktiver er forskelligt, intet til hinder for, at begrebet forvaltning behandles forskelligt i hvert tilfælde. På den anden side bemærkes, at denne rådgivningsvirksomhed i direktiv 2001/107 kun er udtænkt »som accessoriske tjenesteydelser« i forhold til den principale forvaltningsvirksomhed [37]. Det er således inden for momssystemet fuldt ud muligt at betragte dem som »accessoriske transaktioner«. Ifølge Domstolens retspraksis vedrører denne kvalifikation ydelser, der ikke »ligger [...] i direkte, permanent og nødvendig forlængelse« af den afgiftspligtige virksomhed [38]. En sådan virksomhed skal betragtes som adskilte transaktioner, der fører til uafhængige resultater, kendt af tredjemand som sådanne. De kan således ikke sidestilles med forvaltningsvirksomhed med henblik på en momsfritagelse.

34 — Jf. beslutning med udtalelse fra Europa-Parlamentet om forslaget fra Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers til Rådet til et sjette direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Fælles regler om merværdiafgiften: fælles beskatningsgrundlag, EFT 1974 C 40, s. 34.

35 — Ganske vist støtter BBL sig i denne forbindelse ligeledes på Rådets direktiv 93/22/EØF af 10.5.1993 om investeringsservice i forbindelse med værdipapirer, EFT L 141, s. 27. Det er imidlertid ubestridt, at direktivets artikel 2, stk. 2, litra h), udelukker investeringsinstitutter samt depositarer og direktører for sådanne institutter fra dets anvendelsesområde.

36 — Artikel 5 i direktiv 85/611, som ændret ved direktiv 2001/107, bestemmer, at »administration af investeringsfonde og investeringsselskaber omfatter de i bilag II anførte opgaver; listen er ikke udtømmende«. Bilag II til direktivet omhandler opgaver i forbindelse med investeringsforvaltning, administration og markedsføring. Artikel 5, stk. 3, bestemmer, at medlemsstaterne uanset stk. 2 kan tillade, at administrationsselskaber ud over administrationen af investeringsfonde og investeringsselskaber præsterer tjenesteydelser i form af administration af investeringsporteføljer med en skønsbeføjelse, og som accessoriske tjenesteydelser investeringsrådgivning og opbevaring og forvaltning af andele i kollektive investeringsforetagender.

37 — Artikel 5, stk. 3, litra b), i direktiv 85/611, som ændret ved direktiv 2001/107.

38 — Jf. analogt dom af 11.7.1996, sag C-306/94, Régie dauphinoise, Sml. I, s. 3695, præmis 18.

40. Det synes at kunne konkluderes, at sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, skal fortolkes således, at begrebet »forvaltning« ikke alene omfatter forvaltningstjenesteydelser, der indebærer en beslutningskompetence, men også transaktioner, der kan gribe direkte ind i investeringsfondens og lignende institutters finansielle situation i en sådan grad, at der kan øves en afgørende indflydelse på de investeringsbeslutninger, der træffes.

IV — Forslag til afgørelse

41. Henset til de foregående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Tribunal de première instance de Bruxelles forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 4 i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag skal fortolkes således, at investeringsforeninger med variabel kapital, der er oprettet i overensstemmelse med Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter), er merværdiafgiftspligtige, således at leveringsstedet for de tjenesteydelser, der leveres dem, for så vidt som de er omfattet af artikel 9, stk. 2, litra e), i sjette direktiv 77/388, er det sted, hvor disse selskaber har etableret hjemstedet for deres erhvervsmæssige virksomhed.

2) Henset til svaret på det første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.«