Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
L. MEDINA
fremsat den 12. maj 2022 [1]

Sag C-250/21

Szef Krajowej Administracji Skarbowej
mod
O. Fundusz lnwestycyjny Zamknięty reprezentowany przez O S.A.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Polen))

»Præjudiciel forelæggelse – merværdiafgift (moms) – direktiv 2006/112/EF – artikel 2, stk. 1, litra c) – afgiftspålæggelse af tjenesteydelser mod vederlag – direkte sammenhæng mellem de tjenesteydelser, der leveres, og den af den afgiftspligtige person modtagne modværdi – artikel 135, stk. 1, litra b) – fritagelse for »ydelse« af »lån« – syntetisk securitisering – aftale om indirekte deltagelse«

1. Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Polen) har i den foreliggende sag anmodet Domstolen om at tage stilling til den momsmæssige behandling af en transaktion, der skal foretages i henhold til en aftale om indirekte deltagelse (sub-participation agreement).

2. Ifølge aftalen om indirekte deltagelse, der er beskrevet af den i hovedsagen omhandlede afgiftspligtige person, betaler investeringsfond A kort fortalt bank B et fast beløb straks ved indgåelsen af denne aftale. Til gengæld for denne betaling påtager bank B (herefter »den instruerende part«), der har lånt penge til C (herefter »hovedskyldneren«), at betale investeringsfond A (herefter »den indirekte deltager«) det afkast, der opnås af bank B i henhold til den oprindelige låneaftale med C. Cash-flowet og risikoen fjernes fra den instruerende parts balance og overføres i den foreliggende sag til den omhandlede investeringsfond, mens den instruerende part bevarer det juridiske ejerskab af aktiverne.

3. Domstolen anmodes nærmere bestemt om at tage stilling til, hvorvidt de tjenesteydelser, der leveres af en investeringsfond i henhold til den omhandlede aftale om indirekte deltagelse, udgør »ydelse og formidling af lån samt forvaltning af lån ved den person, som har ydet lånene« som omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112/EF [2]. Disse tjenesteydelser er i givet fald omfattet af den momsfritagelse, der er fastlagt i denne bestemmelse. Efter min opfattelse har dette spørgsmål vigtige praktiske implikationer for den lovgivning, der er knyttet til værdipapirer, eftersom det svar, som Domstolen giver, kan berøre sådanne finansielle transaktioners præstationsniveau og tiltrækningskraft, hvilket gør dette til et følsomt emne.

[1] – Originalsprog: engelsk.

[2] – Direktiv af 28.11.2006 om [moms] (EUT 2006, L 347, s. 1).

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. I henhold til artikel 2, stk. 1, litra a) og c), i direktiv 2006/112 er henholdsvis »levering af varer, som mod vederlag foretages på en medlemsstats område af en afgiftspligtig person, der handler i denne egenskab« og »levering af ydelser, som mod vederlag foretages på en medlemsstats område af en afgiftspligtig person, der handler i denne egenskab« momspligtige.

5. Direktivets artikel 9, stk. 1, fastlægger definitionen af en »afgiftspligtig person«.

6. Direktivets artikel 135, stk. 1, bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne fritager følgende transaktioner:

b) ydelse og formidling af lån samt forvaltning af lån ved den person, som har ydet lånene

[…]

d) transaktioner, herunder formidling, vedrørende anbringelse af midler, løbende konti, betalinger, overførsler, fordringer, checks og andre handelsdokumenter, dog ikke inddrivelse af fordringer

[…]

f) transaktioner, herunder formidling, 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 artikel 15, stk. 2, omhandlede rettigheder og adkomstbeviser

[…]«

B. Polsk ret

1. Momsloven

7. Artikel 43, stk. 1, nr. 38, i ustawa o podatku od towarów i usług (lov om varer og tjenesteydelser)[3] (herefter »momsloven«) bestemmer, at ydelse af lån eller kreditter og mægling i forbindelse med ydelse af lån eller kreditter samt forvaltning af lån eller kreditter af den enhed, der yder sådanne lån eller kreditter, er momsfritaget. Lovens artikel 43, stk. 1, nr. 39, fritager i det væsentlige forhandling af sikkerhedsstillelse, garantier og enhver anden sikkerhedsstillelse for finansielle transaktioner og forsikringstransaktioner samt forvaltningen af kreditgarantier af den enhed, der yder lånet.

[3] – Lov om varer og tjenesteydelser af 11.3.2004 i den version, der var gældende for tvisten i hovedsagen (Dz. U. af 2011, nr. 177, pos. 1054).

2. Investeringsfondsloven

8. Artikel 183, stk. 4, i ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi[4] (herefter »investeringsfondsloven«) omhandler aftaler om indirekte deltagelse. Denne bestemmelse bestemmer følgende:

»En aftale om overdragelse af samtlige ydelser, som er erhvervet af en initiativtager til securitisering eller af indehaveren af securitiserede fordringer fra en bestemt pulje af fordringer eller af bestemte fordringer, til en fond (en aftale om indirekte deltagelse) bør indeholde en forpligtelse for disse enheder til at overdrage følgende til fonden:

1) afkastene af de securitiserede fordringer i deres helhed

2) hovedstolene for de securitiserede fordringer

3) de beløb, der er opnået i henhold til realiseringen af sikkerhedsstillelsen for de securitiserede fordringer – i tilfælde, hvor fyldestgørelse af den instruerende part til securitisering eller indehaveren af securitiserede fordringer er sket ved realiseringen af sikkerhedsstillelsen.«

II. Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

9. Den i den foreliggende sag omhandlede investeringsfond er en ikke-standardiseret fond som omhandlet i investeringsfondslovens artikel 183. Den påtænker at indgå aftaler om indirekte deltagelse med banker eller andre fonde om at erhverve afkastene af fordringer i sin egenskab af underdeltager. Med henblik på at tage stilling til, hvorvidt de tjenesteydelser, der er omfattet af disse aftaler er momsfritaget, har investeringsfonden anmodet om, at Minister Finansów (herefter »finansministeren«) udsteder en forhåndsbesked vedrørende fortolkningen af momslovens artikel 43, stk. 1, nr. 38 og 39.

10. I dens anmodning har investeringsfonden anført, at væsentlige kendetegn ved indirekte deltagelsen er følgende:

– Den instruerende part påtager sig at overføre samtlige afkast til den indirekte deltager fra de lån, der er angivet i aftalen om indirekte deltagelse.

– For denne overførsel betaler den indirekte deltager den instruerende part et aftalemæssigt fastsat fast beløb.

– De tilgodehavender, som den indirekte deltagelse er baseret på, forbliver i den instruerende parts aktiver.

– Den indirekte deltagelse tjener et dobbelt formål i form af at skabe likviditet for den instruerende part og at dække den instruerende parts kreditrisiko, idet den risiko, der er forbundet med specifikke aktiver overføres til investeringsfonden.

– Forskellen mellem det beløb, der betales til den instruerende part, og det beløb, der modtages af den indirekte deltager for så vidt angår afkastene af fordringerne i kontraktens varighed, udgør den indirekte deltagers vederlag.

[4] – Lov om investeringsfonde og forvaltere af alternative investeringsfonde af 27.5.2004 (Dz. U. 2004, nr. 146, pos. 1546, som ændret).

11. Investeringsfonden har gjort gældende, at under hensyntagen til den omstændighed, at de tjenesteydelser, der leveres i henhold til aftalen om indirekte deltagelse, sikrer likviditet, skal de behandles som lån eller kreditter, der er omfattet af den fritagelse, der er fastsat i momslovens artikel 43, stk. 1, nr. 38. Alternativt er den væsentligste funktion afdækning af kreditrisikoen, i hvilket fald disse tjenesteydelser bør være omfattet af den fritagelse, der er fastsat i momslovens artikel 43, stk. 1, nr. 39.

12. Ved forhåndsbesked af 30. december 2015 meddelte finansministeren, at investeringsforeningen holdning var ukorrekt. Det var ministerens opfattelse, at de transaktioner, der er beskrevet af ansøgeren i anmodningen om en forhåndsbesked, ikke er omfattet af nogle af de momsfritagelser, der er fastsat i momslovens artikel 43, stk. 1, nr. 38 og 39. De tjenesteydelser, der skulle følgelig leveres af investeringsfonden i henhold til aftalen om indirekte deltagelse var følgelig momspligtige til en standardsats på 23%.

13. Investeringsfonden anlagde søgsmål til prøvelse af forhåndsbeskeden af 30. december 2015 ved Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (regional domstol i forvaltningsretlige sager i Warszawa, Polen), der ved dom af 25. maj 2017 annullerede forhåndsbeskeden. Den fastslog, at formålet med en aftale om indirekte deltagelse er at sikre, at den instruerende part har adgang til finansiering, mens det står den instruerende part frit for at anvende denne finansiering, som den finder det hensigtsmæssig. For at stille disse midler til rådighed for banken modtager investeringsfonden afkastene af fordringerne, der er genstand for aftalen om indirekte deltagelse. Disse afkast svarer til de renter, der betales i henhold til en låneaftale. Denne domstol fastslog følgelig, at aftalen om indirekte deltagelse udgør et finansielt instrument, der svarer til en låneaftale, der er omfattet af anvendelsesområdet for den fritagelse, der er fastsat i momslovens artikel 43, stk. 1, nr. 38.

14. Szef Krajowej Administracji Skarbowej (lederen af den nationale skatte- og afgiftsmyndighed, Polen) (herefter »skatte- og afgiftsmyndigheden«) appellerede denne dom ved den forelæggende ret – Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

15. Ifølge den forelæggende ret er der fra et økonomisk perspektiv ingen tvivl om, at de tjenesteydelser, der leveres i henhold til den omhandlede aftale om indirekte deltagelse, udgør et finansielt instrument, eftersom deres primære formål er at gøre det muligt for den instruerende part at anvende de midler, der stilles til rådighed for den. Den instruerende part skal til gengæld overføre afkastene af de fordringer, der er genstand for denne aftale til den indirekte deltager.

16. I denne forbindelse har den forelæggende ret fremhævet, at en aftale om indirekte deltagelse svarer til en låneaftale, hvorved en låntager erhverver midler fra en långiver og påtager sig at tilbagebetale dem efter en vis periode. Det vederlag, som den indirekte deltager modtager i henhold til aftalen om indirekte deltagelse, udgør forskellen mellem det beløb, der skal betales til den instruerende part, og det beløb, som den modtager i kontraktens løbetid i form af afkastene af fordringerne. Den økonomiske fordel, som den indirekte deltager opnår, svarer begrebsmæssigt til rentemekanismen i en låneaftale.

17. Den forelæggende ret har imidlertid bemærket, at den omhandlede aftale om indirekte deltagelse har visse træk, der adskiller den fra en låneaftale, således som eksempelvis den omstændighed, at det underliggende lån forbliver en del af den instruerende parts aktiver, og at aftalen om indirekte deltagelse klart definerer den kilde, der vil blive anvendt til opfyldelsen af den indirekte deltager. I tilfælde af misligholdelse fra den instruerende parts side har den indirekte deltager ikke noget krav mod den instruerende part for så vidt angår de resterende beløb.

18. Den forelæggende ret nærer følgelig tvivl om, hvorvidt den omhandlede aftale om indirekte deltagelse i momsmæssig henseende kan behandles på tilsvarende måde som et lån eller en kredit.

19. Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og henvise følgende spørgsmål til Domstolen med henblik på en præjudiciel afgørelse:

»Skal artikel 135, stk. 1, litra b), i [direktiv 2006/112] fortolkes således, at den fritagelse for transaktioner i forbindelse med ydelse af lån, formidling af lån eller forvaltning af lån, der er fastsat i denne bestemmelse, finder anvendelse på den i hovedsagen [omhandlede] aftale om [indirekte deltagelse]?«

III. Retsforhandlingerne ved Domstolen

20. Forelæggelsesafgørelsen af 27. oktober 2020 blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 21. april 2021.

21. Der er indgivet skriftlige indlæg til Domstolen fra skatte- og afgiftsmyndigheden, den polske regering og Europa-Kommissionen. Domstolen har stillet parterne en række skriftlige spørgsmål til skriftlig besvarelse, som skatte- og afgiftsmyndigheden og Kommissionen besvarede den 24. februar 2022. Skatte- og afgiftsmyndigheden, den polske regering og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg ved Domstolen i retsmødet den 24. marts 2022.

IV. Bedømmelse

22. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 skal fortolkes således, at den fritagelse, der fastlægges for transaktioner vedrørende ydelse, formidling og forvaltning af lån, finder anvendelse for tjenesteydelser, der leveres i henhold til den omhandlede aftale om indirekte deltagelse i hovedsagen, hvorved den indirekte deltager påtager sig at betale den instruerende part et beløb på forhånd mod i løbetiden af denne aftale at modtage afkastene af de fordringer i hovedlånet, der er ydet til hovedskyldneren. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, hvorvidt de fordele ved transaktionerne, der opnås af den indirekte deltager, er omfattet af en af de fritagelser, der er fastsat i denne bestemmelse.

23. Jeg vil, inden jeg foretager en behandling af dette spørgsmål, fremføre følgende tre betragtninger. Artikel 137, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/112 bestemmer for det første, at medlemsstater kan indrømme afgiftspligtige personer en ret til at vælge at betale afgift for så vidt angår de finansielle transaktioner, der nævnes i direktivets artikel 135, stk. 1, litra b)-g). Det fremgår imidlertid implicit af forelæggelsesafgørelsen, at muligheden i den foreliggende sag for betaling af afgift for finansielle transaktioner i henhold til direktivets artikel 137, stk. 1, litra a), ikke blev udøvet [5].

[5] – Artikel 137, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/112 bestemmer, at medlemsstater kan indrømme afgiftspligtige personer en ret til at betale afgift for så vidt angår de finansielle transaktioner, der nævnes i direktivets artikel 135, stk. 1, litra b)-g).

24. Artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 omhandler for det andet tre kategorier af fritagelser, navnlig ydelse og formidling af lån samt forvaltning af lån. Der er ikke desto mindre enighed om, at alene de fritagelser, der er opregnet i denne bestemmelse vedrørende »ydelse« af »lån«, er relevante med henblik på det foreliggende formål, eftersom det er klart, at den omhandlede transaktion hverken indebærer »formidling« eller »forvaltning af lån«.

25. Eftersom hovedsagens genstand for det tredje omhandler en forhåndsbesked for så vidt angår fremtidige transaktioner og ikke et specifikt afgiftskrav for så vidt angår tidligere transaktioner, beskriver anmodningen om præjudiciel afgørelse den omhandlede transaktion i ganske generelle vendinger. I deres skriftlige og mundtlige indlæg henviste parterne til de relevante polske retsforskrifter og til visse generelle aspekter af transaktioner, der er omfattet af disse forskrifter. Det forekommer mig med henblik på dette forslag til afgørelse, at der mangler visse oplysninger, og det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til den præcise karakter af den omhandlede transaktion.

26. Det er med henblik på at besvare det præjudicielle spørgsmål fra den nationale ret nødvendigt at fastlægge, hvorvidt den omhandlede indirekte deltagelsestransaktion udgør en momspligtig transaktion. Jeg vil dernæst foretage en behandling af fortolkningen af artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112, idet jeg anvender Domstolens klassiske fortolkningsmetoder.

A. Momspligtige transaktioner

27. Jeg vil indlede med at fremhæve, at ifølge artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 2006/112 er levering af varer, som mod vederlag foretages på en medlemsstats område af en afgiftspligtig person, der handler i denne egenskab, afgiftspligtige [6].

28. Efter min opfattelse er kravet om en afgiftspligtig person klart ikke genstand for tvist i den foreliggende sag, eftersom investeringsfonden handler som led i sin økonomiske virksomhed med henblik på artikel 9, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2006/112 [7]. For så vidt angår kravet om vederlag gælder, at selv om det ikke er omtvistet, at de indirekte deltagelsestransaktioner, der påtænkes af investeringsfonden, skal foretages »mod vederlag«, er denne klassificering mindre åbenlys i den foreliggende sag som følge af Domstolens praksis.

29. Domstolen har i denne forbindelse allerede fastslået, at en levering af tjenesteydelser foretages »mod vederlag« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 2006/112 og følgelig kun er momspligtig, såfremt der foreligger en *direkte sammenhæng* mellem de leverede tjenesteydelser og den af den afgiftspligtige person modtagne modværdi [8].

30. En sådan direkte sammenhæng kan fastslås, såfremt der mellem tjenesteyderen og modtageren består et retsforhold, der vedrører en gensidig udveksling af ydelser, idet det af tjenesteyderen modtagne vederlag udgør den faktiske modværdi af den ydelse, som leveres til

6 – Artikel 24, stk. 1, i direktiv 2006/112 definerer levering af ydelser som »enhver transaktion, der ikke er en levering af varer«.

7 – I henhold til artikel 9, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2006/112 forstås ved en afgiftspligtig person enhver, der selvstændigt og uanset stedet udøver økonomisk virksomhed.

8 – Dom af 7.10.2010, Loyalty Management UK og Baxi Group (C-53/09 og C-55/09, EU:C:2010:590, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis), og af 26.9.2013, Serebryannay vek (C-283/12, EU:C:2013:599, præmis 37).

modtageren [9]. Domstolen har endvidere allerede fastslået, at det med henblik på at fastlægge, hvorvidt en levering af tjenesteydelser foretages mod vederlag, er irrelevant, om modydelsen tager form af betaling af kommission eller bestemte gebyrer [10].

31. I den situation, der foreligger i hovedsagen, fremgår det klart af de akter, der er fremlagt for Domstolen, at der i henhold til den i hovedsagen omhandlede aftale om indirekte deltagelse, foreligger et gensidigt retsforhold mellem den indirekte deltager og den instruerende part.

32. Ved indgåelsen af denne aftale indebærer gensidigheden den indirekte deltagers betaling af et beløb på forhånd til den instruerende part, der til gengæld påtager sig at overføre afkastene af fordringerne i hovedlånet til den indirekte deltager. Det forekommer mig følgelig, at den indirekte deltager skal vederlægges for at levere en tjenesteydelse, hvorved den indirekte deltager leverer likviditet til den instruerende part og giver beskyttelse af den kreditrisiko, der er knyttet til eksponeringen ved det underliggende lån. Den indirekte deltagers vederlag for transaktionen er forskellen mellem det beløb, der er betalt på forhånd, og afkastene af fordringerne, som den instruerende part overfører til den indirekte deltager. Når der indgås en sådan aftale, forventer den indirekte deltager, at det første af disse to beløb skal være lavere end det andet.

33. Jeg skal, når dette er sagt, nævne, at på tidspunktet for gennemførelsen af denne aftale afhænger den instruerende parts præstationsniveau af hovedskyldnerens præstationsniveau, der gør disse pengestrømme afhængig af en tredjepart, der ikke direkte har sammenhæng med aftalen om indirekte deltagelse [11]. Med henblik på fastlæggelsen af, hvorvidt der foreligger en modværdi, har denne omstændighed imidlertid ingen relevans som sådan.

34. Det er værd at bemærke, at for så vidt angår køb af fordringer har der været to fremtrædende sager: MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring-sagen [12] og sagen GFKL Financial Services [13]. I den første sag fastslog Domstolen, at økonomisk virksomhed bestående i, at en erhvervsdrivende opkøber fordringer med overtagelse af tabsrisikoen mod vederlag, udgør inddrivelse af fordringer, der er udelukket fra den fritagelse, der er fastsat ved artikel 13, punkt B, litra d), i sjette direktiv (den nugældende artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112) [14].

35. I dommen i sagen GFKL Financial Services [15] foretog Domstolen en behandling af en erhvervsdrivendes køb af uerholdelige fordringer. Den fastslog, at en erhvervsdrivende, der for egen risiko køber uerholdelige fordringer til en pris, som er lavere end fordringernes pålydende værdi, ikke leverer tjenesteydelser mod vederlag og ikke udøver økonomisk virksomhed, der er omfattet af anvendelsesområdet for det sjette direktiv, når differencen mellem fordringernes pålydende værdi og købsprisen afspejler de omhandlede fordringers faktiske økonomiske værdi på tidspunktet for deres overdragelse [16].

9 – Dom af 22.10.2015, Hedqvist (C-264/14, EU:C:2015:718, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

10 – Dom af 14.7.1998, First National Bank of Chicago (C-172/96, EU:C:1998:354, præmis 33).

11 – Dette spørgsmål vil blive behandlet i punkt 60 i dette forslag til afgørelse.

12 – Dom af 26.6.2003, MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring (C-305/01, EU:C:2003:377).

13 – Dom af 27.10.2011 (C-93/10, EU:C:2011:700). Domstolen har i denne dom fortolket artikel 2, stk. 1, i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT 1977, L 145, s. 1, herefter »sjette direktiv«), der svarer til artikel 2, stk. 1, litra a) og c), i direktiv 2006/112.

14 – Dom af 26.6.2003, MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring (C-305/01, EU:C:2003:377, præmis 80).

15 – Dom af 27.10.2011 (C-93/10, EU:C:2011:700).

16 – Dommens præmis 26.

36. Det er i denne forbindelse værd at fremhæve, hvilket ligeledes er blevet gjort af skatte- og afgiftsmyndigheden i dens svar på de skriftlige spørgsmål og af parterne i retsmødet, at omstændighederne ved den foreliggende sag er meget anderledes end dem, der gav anledning til dommen i sagen GFKL Financial Services [17].

37. Den omhandlede sag drejer sig for det første ikke om erhvervelsen af fordringer, eller ligefrem uerholdelige fordringer af en investeringsfond, der handler i egenskab af en underdeltager, men derimod en overførsel af de afkast, der er knyttet til fordringer. Med andre ord erhverver den indirekte deltager i modsætning til de faktiske omstændigheder i dommen i sagen i GFKL Financial Services [18] ikke uerholdelige fordringer til en pris, der ligger under deres pålydende værdi. Der er i den foreliggende sag endvidere ingen ændring i selve kravet, hvilket betyder, at den instruerende part til den indirekte deltagelse i henhold til aftalen om indirekte deltagelse, forbliver kreditor for hovedskyldneren, hvorimod den indirekte deltager alene fra den instruerende part erhverver et krav på betaling af de beløb, der overføres til den instruerende part af hovedskyldner i henhold til det oprindelige låneforhold.

38. For så vidt angår for det andet spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en levering af tjenesteydelser til den instruerende part, gælder i den foreliggende sag ikke alene, at den indirekte deltager erhverver produkterne (afkastene af fordringerne) i en låneportefølje, men den påtager sig ligeledes at bære risikoen for hovedskyldnerens manglende betaling, mens den samtidig ikke er berettiget til at rejse et krav mod den instruerende part for denne misligholdelse. Følgelig opnår den instruerende part tilsyneladende en fordel, der går videre end selve modtagelsen af den nominelle værdi af fordringerne i en låneportefølje.

39. De krav, der gav anledning til dommen i sagen GFKL Financial Services [19], udgjorde for det tredje uerholdelige fordringer, mens genstanden for aftalen om indirekte deltagelse er lån, der ikke endnu er forfaldne, og deres inddrivelse kan følgelig ikke vurderes på tidspunktet for gennemførelsen af den betaling, der er foretaget på forhånd af den indirekte deltager.

40. Uanset, at det følgelig tilkommer den nationale domstol at tage stilling til, hvorvidt der foreligger direkte sammenhæng mellem den tjenesteydelse, der leveres, og betalingen, er jeg med henblik på den følgende bedømmelse af den opfattelse, at der er tale om en specifik levering af tjenesteydelser fra den indirekte deltager i henhold til den omhandlede aftale om indirekte deltagelse. Den instruerende part erlægger et vederlag til den indirekte deltager ved overførsel af afkastene af fordringerne i de oprindelige lån. Den omhandlede transaktion indebærer en levering af tjenesteydelser mod vederlag, der har en direkte sammenhæng med denne tjenesteydelse med henblik på artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 2006/112, hvilket fører til, at der er tale om en momspligtig transaktion.

41. Jeg vil dernæst tage stilling til, hvorvidt de tjenesteydelser, der leveres af den indirekte deltager, kan være omfattet af den fritagelse, der er fastsat i direktivets artikel 135, stk. 1, litra b).

17 – Dom af 27.10.2011 (C-93/10, EU:C:2011:700).

18 – Ibidem.

19 – Ibidem.

B. Fortolkning af artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112

1. Fortolkningsprincipperne for artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112

42. Det skal for det første erindres, at de fritagelser, der nævnes i artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112, er selvstændige EU-retlige begreber, hvormed det skal undgås, at momsbestemmelserne anvendes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat, og som skal placeres i den generelle sammenhæng i det fælles momssystem [20].

43. De udtryk, der for det andet anvendes til at beskrive de fritagelser, der er fastsat ved artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112, skal fortolkes strengt, da de er undtagelser fra det almindelige princip om, at moms opkræves af enhver tjenesteydelse, der udføres mod vederlag af en afgiftspligtig person [21]. Denne fortolkningsregel betyder imidlertid ikke, at de udtryk, der anvendes til at beskrive disse fritagelser, skal fortolkes således, at de berøves deres tilsigtede virkning [22].

44. Fortolkningen af ovennævnte fritagelser skal for det tredje være i overensstemmelse med de formål, der forfølges ved de fritagelser, der er fastsat i artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112, og skal overholde kravene i princippet om afgiftsneutralitet, som er en del af den fælles momsordning [23]. Det følger af sidstnævnte princip, at de erhvervsdrivende skal kunne vælge den organisationsform, som ud fra en strengt økonomisk synsvinkel passer dem bedst, uden at skulle løbe en risiko for, at deres transaktioner udelukkes fra den fritagelse, der er fastsat i denne bestemmelse [24].

45. Det er i lyset af ovenstående betragtninger, at der skal tages stilling til spørgsmålet om, hvorvidt de tjenesteydelser, der leveres i henhold til den omhandlede aftale om indirekte deltagelse, er omfattet af anvendelsesområdet for de fritagne transaktioner, der nævnes i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112.

2. Begrebet »ydelse« af »lån« med henblik på artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112

46. Ifølge fast retspraksis skal der med henblik på en fortolkning af en bestemmelse i EU-retten ikke blot tages hensyn til dens ordlyd, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af [25]. Det er følgelig nødvendigt at foretage en sproglig, systematisk og teleologisk fortolkning af artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 under hensyntagen til Domstolens gældende praksis vedrørende denne artikel og fortolkningsprincipperne for så vidt angår det fælles momssystem [26].

[20] – Dom af 25.7.2018, DPAS (C-5/17, EU:C:2018:592, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis), og af 2.7.2020, Blackrock Investment Management (UK) (C-231/19, EU:C:2020:513, præmis 21).

[21] – Jf. i denne retning dom af 19.12.2018, Mailat (C-17/18, EU:C:2018:1038, præmis 37), og af 8.10.2020, United Biscuits (Pensions Trustees) og United Biscuits Pension Investments (C-235/19, EU:C:2020:801, præmis 29).

[22] – Jf. bl.a. dom af 18.11.2004, Temco Europe (C-284/03, EU:C:2004:730, præmis 17), og af 21.2.2013, Žamberk (C-18/12, EU:C:2013:95, præmis 19).

[23] – Dom af 13.1.2022, Termas Sulfurosas de Alcafache (C-513/20, EU:C:2022:18, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

[24] – Dom af 2.7.2020, Blackrock Investment Management (UK) (C-231/19, EU:C:2020:513, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

[25] – Dom af 10.9.2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

[26] – Jf. punkt 42-45 ovenfor.

a) Sproglig fortolkning

1) Retspraksis vedrørende udtrykket »ydelse« af »lån« som omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112

47. Det følger af fast retspraksis, at udtrykket »ydelse« af »lån« som omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 skal fortolkes bredt, således at dets anvendelsesområde ikke alene kan begrænses til lån og kreditter ydet af banker og kreditinstitutter [27].

48. Endvidere har Domstolen i dommen i sagen Muys' en De Winter's Bouw- en Aannemingsbedrijf [28] fastslået, at ovennævnte udtryk omfattede et lån, der ydes af en leverandør af goder i form af en henstand med betalingerne [29]. Domstolen fastslog efterfølgende i samme retning [30], at »ydelse« af »lån« bl.a. består i at stille kapital til rådighed mod vederlag [31]. Domstolen har fastslået, at såfremt et sådant vederlag er sikret ved betalingen af renter, kan andre former for vederlag ikke udelukkes. Det er følgelig blevet fastslået, at forhåndsfinansiering af varer mod, at det beløb, der tilbagebetales af modtageren af denne finansiering, øges, er omfattet af nævnte fritagelse [32]. Domstolen har endvidere fastslået, at der er tale om ydelse af »lån«, »hvor der stilles kapital til rådighed, som vederlægges behørigt ved betaling af renter eller en af leverandøren godkendt udsættelse af betalingen af købsprisen for et gode mod betaling af renter som modydelse for dette lån« [33].

49. Jeg skal i denne forbindelse fremhæve, at Domstolen har fastslået, at de transaktioner, der er fritaget i henhold til artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112, herunder dem, der er omfattet af litra b), er defineret på grundlag af *arten* af de leverede tjenesteydelser og ikke på grundlag af tjenesteyderen eller ydelsesmodtageren, således at anvendelsen af disse fritagelser ikke afhænger af status for den enhed, som leverer disse ydelser [34]. Fritagelsen er med andre ord ikke underlagt et krav om, at den omhandlede transaktion kan udføres af en bestemt form for institution eller juridisk person, men derimod kravet om, at sådanne transaktioner efter selve deres art kan være en ydelse eller forhandling af et lån.

50. Det kan sammenfattende anføres, at der med henblik på at fritage transaktioner i henhold til artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 skal foreligge to kumulative elementer: kapital og vederlag for at stille denne kapital til rådighed, uden hvilke fritagelsen ikke finder anvendelse.

27 – Jf. navnlig dom af 15.5.2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, præmis 44), og af 18.10.2018, Volkswagen Financial Services (UK) (C-153/17, EU:C:2018:845, præmis 35).

28 – Dom af 27.10.1993 (C-281/91, EU:C:1993:855).

29 – Ibidem præmis 13. Jf. ligeledes dom af 29.4.2004, EDM (C-77/01, EU:C:2004:243), og af 8.12.2016, Stock '94 (C-208/15, EU:C:2016:936).

30 – Det er vigtigt at bemærke, at Domstolen i præmis 38 i dom af 17.10.2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867), henviser til punkt 61 i generaladvokatens forslag til afgørelse, der henviser til præmis 12 ff. i den tidligere dom Muys' en De Winters Bouw- en Aannemingsbedrijf af 27.10.1993 (C-281/91, EU:C:1993:855).

31 – Jf. i denne retning dom af 17.10.2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867, præmis 38).

32 – Jf. i denne retning dom af 15.5.2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, præmis 47 og 48).

33 – Jf. i denne retning dom af 17.10.2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

34 – Dom af 15.5.2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

2) Forholdet mellem de beskrevne tjenesteydelser

51. Det fremgår klart af de oplysninger, der er blevet fremlagt for Domstolen, at den omhandlede transaktion har karakter af en sammensat transaktion, der består i, at den indirekte deltager stiller kapital til rådighed for den instruerende part og af sidstnævntes overførsel af afkastene af fordringerne og risikoen for misligholdelse af lånet til den indirekte deltager. Disse elementer synes at være afgørende for gennemførelsen af den samlede transaktion og er indbyrdes forbundne.

52. Det er følgelig nødvendigt at foretage en bedømmelse af, hvorvidt afkastene af de fordringer, som den indirekte deltager modtager fra den instruerende part, udgør vederlag for at stille kapital til rådighed [35]. Det fremgår tydeligt af forelæggelsesafgørelsen, at den indirekte deltagers vederlag består af forskellen mellem den anslåede værdi af fordringerne, der synes at svare til deres nominelle værdi, og det beløb, der betales på forhånd af den indirekte deltager til den instruerende part.

53. Det er imidlertid værd at bemærke, at retspraksis ikke præciserer, hvorvidt det omhandlede vederlag skal vurderes ud fra den instruerende parts, den indirekte deltagers eller begges synsvinkel. Uanset at den instruerende part eksempelvis kan ønske at reducere sin risikoeksponering, diversificere sin låneportefølje og/eller frigøre lovpligtig kapital, kan den indirekte deltagers formål være at få indtægter fra hovedlånet uden at være den egentlige ejer af disse fordringer og uden at have noget forhold til en bestemt hovedskyldner og derved undgå forvaltningen af lånets præstation.

54. Eftersom ordlyden af artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 efter min opfattelse tyder på, at vægten skal lægges på transaktionens karakter [36], er det den økonomiske og forretningsmæssige realitet, der er det grundlæggende kriterium for anvendelsen af det fælles momssystem [37]. Med henblik på, at en ydelse som den, der leveres af den indirekte deltager, følgelig skal anses for ydelse af et »lån«, der er fritaget i henhold til denne bestemmelse, skal denne ydelse udgøre en særskilt komponent, der opfylder de specifikke og væsentlige funktioner for en sådan transaktion [38]. Det følger endvidere af fast retspraksis, at Domstolen *både* tager hensyn til det økonomiske formål med transaktionerne og tjenestemodtagernes interesser [39].

55. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den forelæggende ret har anført, at den tjenesteydelse, der leveres af den indirekte deltager har et todelt økonomisk formål, som er finansieringen af det oprindelige lån og overførsel af kreditrisikoen.

35 – Jf. punkt 48-50 i dette forslag til afgørelse.

36 – Jf. analogt de sager, der nævnes af generaladvokat Szpunar i hans forslag til afgørelse Volkswagen (C-153/17, EU:C:2018:305, punkt 68-74).

37 – Jf. i denne retning dom af 22.11.2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimedia (C-295/17, EU:C:2018:942, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

38 – Jf. analogt dom af 17.12.2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049, præmis 45).

39 – Jf. i denne retning dom af 8.12.2016, Stock '94 (C-208/15, EU:C:2016:936, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

3) Finansieringen af det oprindelige lån

56. Den forelæggende ret har anført, at den omhandlede transaktion har til formål at finansiere det oprindelige lån [40]. Efter min opfattelse er udtrykket »ydelse« af »lån« som omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 tilstrækkelig bred til at omfatte en betaling, der foretages af en initiativtager til en underdeltager, såfremt denne betaling kan udgøre vederlag, for at der stilles kapital til rådighed. Det er endvidere ikke afgørende, hvorvidt denne betaling udgør rente eller anden form mod vederlag med henblik på en sådan fastlæggelse. Det er efter min opfattelse afgørende, at det i forelæggelsesafgørelsen anføres, at det beløb, der betales af den indirekte deltager, i princippet er mindre end det beløb, der modtages i forbindelse med den efterfølgende overførsel af afkastene, der foretages af den instruerende part. Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse forekommer det mig, at forskellen mellem disse to beløb således udgør vederlag til den indirekte deltager for at stille sin kapital til rådighed og følgelig kan anses for en »ydelse« af »lån«, således som det fortolkes af Domstolen. Såfremt dette vederlag ligeledes imidlertid omfatter tjenesteydelser i form af overtagelse af kreditrisikoen for visse former for eksponering, kan det anføres, at det objektive formål med transaktionerne går videre end blot at finansiere den instruerende part.

4) Overførslen af risikoen for så vidt angår et underliggende lån

57. Set fra den instruerende parts synsvinkel er det grundlæggende kriterium, hvem tjenesteydelserne leveres til, og i hvis interesse de leveres [41], hvor den omhandlede transaktion udgør et redskab til overførslen af kreditrisikoen for så vidt angår et underliggende lån eller en låneportefølje til den indirekte deltager.

58. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at aftalen om indirekte deltagelse fungerer som en ordning til overførsel af kreditrisikoen fra den instruerende part til den indirekte deltager, eftersom sidstnævnte påtager sig risikoen for et eventuelt tab i forhold til den instruerende part for så vidt angår det oprindelige lån [42]. Man kan følgelig anføre, at det afgørende formål med den omhandlede transaktion er at overføre den risiko, der er knyttet til det oprindelige lån [43]. Det er i denne forbindelse vigtigt at holde for øje, at til gengæld for en betaling, der foretages på forhånd af den indirekte deltager, påtager den instruerende part sig at overføre afkastene af fordringerne til den indirekte deltager, der i sidste ende vil bære *samtlige* tab i forbindelse med en misligholdelse af betalingerne [44]. Eftersom de oprindelige lån ikke sælges og forbliver i den instruerende parts balance, kan man endda anføre, at ud fra den instruerende parts perspektiv er formålene med den omhandlede aftale om indirekte deltagelse primært risikostyring for så vidt angår lån og kapital. Der er generelt bred enighed om, at securitisering, som indirekte deltagelsestransaktioner svarer til, sammen med lån, salg eller genforsikring udgør en ordning for så vidt angår risikostyring [45].

[40] – Det skal bemærkes, at det materiale, der er blevet fremlagt for Domstolen, ikke klart viser, hvorvidt de oprindelige lån er fremtidige eller aktuelle lån. Denne tvivl blev ikke afklaret i retsmødet.

[41] – Jf. punkt 54 ovenfor.

[42] – Jf. investeringsfondslovens artikel 183, stk. 4.

[43] – Visse af overførselsmetoderne for kan være udskiftning, tildeling og deltagelse eller indirekte deltagelse, der enten kan være finansieret eller ufinansieret.

[44] – En sådan overførsel finder sted, eftersom investeringsfondslovens artikel 183, stk. 4, fastsætter en forpligtelse til at overføre alle afkastene fra de securitiserede fordringer, hovedstolen i de securitiserede fordringer og de beløb, der modtages i forbindelse med realisingen af den sikkerhedsstillelse, der er knyttet til de securitiserede fordringer, til den indirekte deltager.

[45] – OECD, »Facilitating Access to Finance – Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes«, OECD-publikationer, 2010.

59. Det tilkommer i den foreliggende sag den forelæggende ret under hensyntagen til samtlige omstændigheder ved den omhandlede transaktion at tage stilling til, hvorvidt risikostyring kan anses for at udgøre det grundlæggende element af de tjenesteydelser, der leveres af den indirekte deltager.

60. Det er i denne forbindelse min opfattelse, at den betaling, der foretages af den instruerende part i henhold til aftalen om indirekte deltagelse, afhænger af hovedskyldnerens præstationsniveau. Såfremt sidstnævnte misligholder, kan førstnævnte ikke overføre betalingen til den indirekte deltager, der på sin side heller ikke vil modtage det beløb, der blev aftalt, da aftalen blev indgået. I denne forbindelse adskiller to elementer den omhandlede transaktion fra en »traditionel« kreditaftale. Det er for det første det manglende krav mod hovedskyldneren fra den indirekte deltager, der karakteriserer trepartsforholdet i den omhandlede transaktion, eftersom den indirekte deltager ikke er berettiget til at forfølge de misligholdte lån. I henhold til en »traditionel« kreditaftale er det for det andet sædvanligt for debitor at skulle yde garantier og sikkerhedsstillelse. Bankers beslutninger om af yde lån er generelt baseret på størrelsen af den sikkerhedsstillelse, der ydes [46]. I den omhandlede transaktion er der imidlertid ingen garantier for at minimire risikoen for tab for en underdeltager i tilfælde af hovedskyldnerens misligholdelse [47].

61. Henset til det todelte formål med den omhandlede transaktion og dens primære kendetegn er jeg af den opfattelse, at den omhandlede indirekte deltagelsestransaktion adskiller sig fra de transaktioner, der var genstand for FRANCK-dommen [48]. Denne transaktion omhandlede et handelsselskab, hvis virksomhed bestod i forarbejdningen af te og kaffe, der stillede midler til rådighed til en detailhandlerkæde ved samtidig indgåelse af tre former for aftaler. Eftersom de økonomiske formål med denne transaktion var at opfylde denne detailhandlerkædes kapitalkrav [49], var det Domstolens opfattelse, at den primære fordel med forbehold af den nationale domstols prøvelse var at stille midler til rådighed for denne detailhandelskæde, som handelsselskabet havde opnået fra et factoringselskab. Domstolen fastslog, at de øvrige tjenesteydelser, der ydes af selskabet i forbindelse med gennemførelsen af de tre former for kontrakter, var accessoriske i forhold til denne primære tjenesteydelse, og ikke havde et andet formål. Det er tydeligt, at den omhandlede transaktion i FRANCK-dommen i modsætning til den omhandlede transaktion i den foreliggende sag ikke indebar en overførsel af risiko, men med forbehold af den nationale domstols efterprøvelse kan udgøre en »ydelse« af »lån« som omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112.

5) Foreløbig konklusion

62. Det todelte formål af den omhandlede transaktion – finansieringen af hovedlånet og forvaltningen af kreditrisikoen fra den instruerende parts side – er tjenesteydelser, der ikke kan opdeles, og med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse kan ingen af disse tjenesteydelser anses for at udgøre enten den primære eller accessoriske tjenesteydelse. Uanset at begge disse tjenesteydelser kan tilbydes hver for sig, er det tydeligt, at betalingen af det beløb, der

46 – Ibidem.

47 – Denne bedømmelse støttes af definitionen af en »kreditaftale« i henhold til artikel 3, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2021/2167 af 24.11.2021 om kreditservicevirksomheder og kreditkøbere og om ændring af direktiv 2008/48/EF og 2014/17/EU (EUT 2021, L 438, s. 1), der er »en aftale, det være sig i sin oprindeligt udstedte, i ændret eller i erstattet form, hvorved et kreditinstitut yder en kredit i form af henstand med betalingen, lån eller anden tilsvarende form for finansiel facilitet«. Heraf følger, at begrebet »kreditaftale«, der defineres ved denne bestemmelse, er særligt bredt. En sådan definition kan efter min opfattelse omfatte en aftale som den i foreliggende sag omhandlede, der fastlægger kapital som modydelse for henstand med betalinger. Dette omfatter imidlertid endnu en gang ikke overførslen af risikoen, der er en iboende del af den omhandlede aftale om indirekte deltagelse.

48 – Dom af 17.12.2020 (C-801/19, EU:C:2020:1049).

49 – FRANCK-dommens præmis 28.

betales på forhånd i henhold til den omhandlede aftale om indirekte deltagelse, udgør vederlag for opnåelsen af afkastene af fordringerne, der efterfølgende overføres af den instruerende part til den indirekte deltager. Den instruerende part kan ligeledes have påtaget sig at overføre disse indtægter mod den risiko, der overføres til den indirekte deltager. Jeg er følgelig af den opfattelse, at den omhandlede indirekte deltagelsestransaktion momsmæssigt skal behandles i sin helhed, eftersom den tjener som et middel til finansiering og som en metode til overførsel af en risiko for så vidt angår det oprindelige lån [50].

63. Det er følgelig min opfattelse, at selv om tjenesteydelsen i form af lånefinansiering kan være omfattet af ordlyden om »ydelse« af »lån« og følgelig den fritagelse, der er fastsat i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112, er det samme omvendt ikke tilfældet for så vidt angår den tjenesteydelse, der leveres af den indirekte deltager, bestående i at påtage sig risikoen i tilfælde af hovedskyldnerens misligholdelse. Eftersom det ikke følger af ordlyden af artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112, om en tjenesteydelse, der består i at påtage sig den kreditrisiko, der overføres af den instruerende part til den indirekte deltager, udgør ydelse af »lån«, skal dette punkt præciseres med henvisning til denne bestemmelses ordning og formål.

b) Systematisk fortolkning

1) Ordningen i artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112

64. Ud fra et systematisk synspunkt skal det fremhæves, at artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112 henviser til en række forskellige finansierings- og banktransaktioner og forpligtelser vedrørende lån, handelsdokumenter og adkomstbeviser, der kan give en vis indikation af, hvorledes man skal fortolke udtrykket »ydelse« af »lån« som omhandlet i bestemmelsens litra b). Idet litra d) i denne bestemmelse navnlig henviser til »transaktioner, herunder formidling, vedrørende anbringelse af midler, løbende konti, betalinger, overførsler, fordringer, checks og andre handelsdokumenter«, nævner litra f) »transaktioner […] i forbindelse med […] obligationer og andre adkomstbeviser«. Efter min opfattelse kan litra a), c) og e) i denne bestemmelse udelukkes fra den foreliggende bedømmelse, eftersom de omhandler områder, transaktioner eller personer, der ikke er relevante med henblik på klassificereingen af den omhandlede transaktion.

65. I forbindelse med en bedømmelse af anvendelsesområdet for litra b), d) og f) i artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112 er jeg nået den konklusion, at deres respektive omfang og formål er ganske forskellige [51].

66. For så vidt angår for det første »ydelse« af »lån« som omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 har Domstolen, som jeg allerede har bemærket, fastslået, at dette består i, at der stilles kapital til rådighed, som vederlægges behørigt ved betaling af renter eller en af leverandøren godkendt udsættelse af betalingen af købsprisen for et gode mod betaling af renter som modydelse for dette lån [52].

[50] – Jf. analogt dom af 19.7.2012, Deutsche Bank (C-44/11, EU:C:2012:484, præmis 43).

[51] – Forskellene fremgår af ordlyden af disse litraer. Mens litra b) omhandler »ydelse« af »lån«, henviser litra d) til transaktioner »vedrørende« visse former for bankvirksomhed, og litra f) omfatter transaktioner »i forbindelse med« visse rettigheder og adkomstbeviser (jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Aspiro, C-40/15, EU:C:2015:850, punkt 26. Jf. ligeledes dom af 17.3.2016, Aspiro, C-40/15, EU:C:2016:172, præmis 29).

[52] – Punkt 48 ovenfor.

67. For så vidt angår de transaktioner, der er opregnet i artikel 135, stk. 1, litra d), i direktiv 2006/112, har Domstolen for det andet fastslået, at transaktioner vedrørende »anbringelse af midler, løbende konti, betalinger, overførsler, fordringer, checks og andre handelsdokumenter«, er omfattet af anvendelsesområdet for finansielle transaktioner og navnlig omhandler betalingsinstrumenter, hvis funktion indebærer en overførsel af penge [53]. Domstolen har for nylig fastslået, at veksler, der er udstedt af et selskab, skal betragtes som »handelsdokumenter« som omhandlet i denne bestemmelse, for så vidt som de indeholdt en forpligtelse for dette selskab, i egenskab af udsteder til at betale det fastsatte beløb til ihændehaveren ved vekslernes forfaldstid [54].

68. Hvad for det tredje angår den fritagelse, der er fastsat i artikel 135, stk. 1, litra f), i direktiv 2006/112, er det tilstrækkeligt at minde om, at sidstnævnte bestemmelse bl.a. omfatter transaktioner i forbindelse med »aktier, andele i selskaber eller andre sammenslutninger, obligationer og andre adkomstbeviser«. Domstolen har fastslået, at adkomstbeviser giver en ejendomsret til juridiske personer, og at »andre adkomstbeviser« skal anses for sammenlignelige i forhold til de adkomstbeviser, der specifikt nævnes i denne bestemmelse [55]. Domstolen har endvidere fastslået, at transaktioner i forbindelse med aktier og andre værdipapirer omfatter transaktioner, der udføres på værdipapirmarkedet, og at handel med værdipapirer indebærer dispositioner, der ændrer det retlige og økonomiske forhold mellem parterne [56]. Ordene »transaktioner […] i forbindelse med […] andre adkomstbeviser« som omhandlet i denne bestemmelse henviser følgelig til transaktioner, hvorved rettigheder og forpligtelser for parterne i forbindelse med værdipapirer kan opstå, ændres eller ophøre [57].

69. Efter min opfattelse følger det af ordningen i ovennævnte litraer i artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112, at bestemmelsens litra d) omhandler betalinger og handelsdokumenter [58], mens litra f) bl.a. omfatter investeringer [59] og transaktioner i forbindelse med adkomstbeviser, der kan omfatte en risikooverførsel, som den i hovedsagen omhandlede. Omvendt omfatter litra b) mere traditionelle lånetransaktioner, der indebærer, at der stilles kapital til rådighed mod vederlag. Følgelig synes de transaktioner, der er omfattet af artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112, at omfatte visse former for lånetransaktioner, mens de ikke omfatter transaktioner, der indebærer overførslen af kreditrisikoen, der synes at udgøre et væsentligt element af den omhandlede transaktion.

70. Det tilkommer i denne forbindelse den forelæggende ret at tage hensyn til samtlige sagens omstændigheder med henblik på at fastslå, hvordan de indirekte deltagelsestransaktioner er strukturerede, og navnlig hvorvidt den underliggende låneportefølje er opdelt i trancher i overensstemmelse med det risikoniveau, som lånet forventes at indeholde [60]. Parterne udelukkede

53 – Jf. i denne retning dom af 12.6.2014, Granton Advertising (C-461/12, EU:C:2014:1745, præmis 36-38), af 22.10.2015, Hedqvist (C-264/14, EU:C:2015:718, præmis 40), og af 26.5.2016, Bookit (C-607/14, EU:C:2016:355, præmis 40).

54 – Dom af 17.12.2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049, præmis 42).

55 – Dom af 12.6.2014, Granton Advertising (C-461/12, EU:C:2014:1745, præmis 27).

56 – Jf. i denne retning dom af 5.6.1997, SDC (C-2/95, EU:C:1997:278, præmis 72 og 73).

57 – Dom af 13.12.2001, CSC Financial Services (C-235/00, EU:C:2001:696, præmis 33), af 29.10.2009, AB SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, præmis 48), og af 5.7.2012, DTZ Zadelhoff (C-259/11, EU:C:2012:423, præmis 23).

58 – Jf. dom af 17.12.2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049).

59 – Dom af 6.2.1997, Harnas & Helm (C-80/95, EU:C:1997:56, præmis 16 og 18).

60 – En tranche er en del af et struktureret finansielt instrument med særlige risici, gevinster og/eller modenhed. Der kan bestå et hierarki af krav vedrørende hver tranche.

ikke i retsmødet muligheden for, at der indtræder en sådan opdeling, hvor de betalinger, der er foretaget på forhånd, og/eller afkastene af fordringerne i givet fald er afhængige af kvaliteten af låneporteføljen og den kreditrisikoeksponering, der overføres [61].

71. Som jeg allerede har anført i punkt 55-57 i dette forslag til afgørelse, forekommer det mig, at tjenesteydelserne, der leveres af den indirekte deltager i henhold til aftalen om indirekte deltagelse, med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse består af to indbyrdes forbundne ligestillede elementer, navnlig finansieringen af det oprindelige lån og overførslen af kreditrisikoen for så vidt angår det oprindelige lån til den indirekte deltager. Under hensyntagen til den generelle ordning i artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112 og til elementet af kreditrisikooverførsel, der fører til, at transaktionen svarer til en securitiseringstransaktion, er jeg af den opfattelse, at den omhandlede indirekte deltagelsestransaktion ikke er omfattet af begrebet »ydelse« af »lån« som omhandlet i nævnte artikel 135, stk. 1, litra b). Såfremt det ikke var tilfældet, kan man nære tvivl for så vidt angår rationalet bag denne bestemmelses litra f), eftersom samtlige de transaktioner, der er opregnet deri, kræver en vis grad af finansiering. Efter min opfattelse støttes denne konklusion af en intertekstuel fortolkning af andre EU-retsakter vedrørende securitisering.

2) Forholdet mellem artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 og de EU-retlige regler om securitisering

72. I forbindelse med finansiering er securitisering en teknik, der giver mulighed for konvertering af lån til værdipapirer og salg af disse til investorer [62]. I værdipapirlovgivningen findes der en sondring mellem securitisering i forbindelse med »egentlige salg« (traditionel securitisering) og syntetisk securitisering. Syntetisk securitisering indebærer i modsætning til securitisering i forbindelse med egentlige salg lån, der ikke sælges af banken, men forbliver i den eksponeringsleverende banks balance [63]. Kreditrisikoen vedrørende disse lån overføres til investeringsforeningen. Syntetisk securitisering finder sted, »hvor opdelingen i trancher sker ved brug af kreditderivater eller garantier, og hvor securitiserede eksponeringer ikke fjernes fra det eksponeringsleverende instituts balance« [64]. De transaktioner, der er reguleret ved den omhandlede aftale om indirekte deltagelse, har visse kendetegn ved en finansieret syntetisk securitisering [65] eller i det mindste synes at svare til dem begrebsmæssigt.

73. I EU-retten fastsatte forordning (EU) 2017/2402 [66] de generelle rammer for securitisering. Dens formål er at skabe enkle, transparente og standardiserede securitiseringer (herefter »STS-reglerne«) med henblik på at give lettere adgang til lån i Den Europæiske Union og for at

[61] – Såfremt eksempelvis en initiativtager erhverver kreditbeskyttelse for en »juniortranche« (den såkaldte »første tab-tranche«, der har en høj risiko- og gevinstprofil), har en sådan securitisering til formål at nedsætte kapitalkravene for den eksponeringsleverende bank til gengæld for en overførsel af risiko til investorer i stedet for at skabe likviditet.

[62] – Jf. eksempelvis https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-markets/securities-markets/securitisering. Jf. med henblik på en EU-retlig definition af begrebet »securitisering« artikel 4, stk. 1, nr. 61), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26.6.2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af forordning (EU) nr. 648/2012 (EUT 2013, L 176, s. 1).

[63] – Forelæggelsesafgørelsen definerer den omhandlede transaktion som en »syntetisk securitisering«, mens Kommissionen omvendt i retsmødet har fremhævet den omstændighed, at i modsætning til den i hovedsagen omhandlede transaktion involverer en sådan securitisering i henhold til gældende EU-ret ikke finansiering på vegne af investoren.

[64] – Artikel 242, stk. 11, i forordning nr. 575/2013.

[65] – Syntetisk securitisering kan være finansieret eller ufinansieret (jf. eksempelvis https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583848/EPRS_BRI%282016%29583848_EN.pdf).

[66] – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 12.12.2017 om en generel ramme for securitisering og om oprettelse af en specifik ramme for simpel, transparent og standardiseret securitisering og om ændring af direktiv 2009/65/EF, 2009/138/EF og 2011/61/EU og forordning (EF) nr. 1060/2009 og (EU) nr. 648/2012 (EUT 2017, L 347, s. 35).

beskytte investorer. Ovennævnte sondring mellem de to former for securitisering er til stede i denne forordning. Syntetisk securitisering defineres i artikel 2, stk. 1, nr. 10), i denne forordning som en securitisering, hvor overførslen af risiko sker ved brug af kreditderivater eller garantier, og hvor de securitiserede eksponeringer vedbliver med at være det eksponeringsleverende instituts eksponeringer. En sådan securitisering blev imidlertid i første omgang udelukket fra STS-reglerne [67].

74. Forordning 2017/2402 blev ændret den 31. marts 2021 [68] med det formål at inkludere visse former for syntetiske securitiseringer i STS-reglerne med henblik på at øge likviditeten og at lette adgangen til finansiering i forbindelse med covid-19-krisen. Med vedtagelsen af forordning 2021/557 anerkendte EU-lovgiveren balancens syntetiske transaktioner – hvilket er en kategori, hvor den omhandlede indirekte deltagelsestransaktion synes at være omfattet, eller hvor den synes begrebsmæssigt at svare dertil [69].

75. Det er korrekt, at de nye bestemmelser kun har været gældende siden den 9. april 2021, mens den i hovedsagen omhandlede forhåndsbesked blev udstedt den 30. december 2015, hvilket var en periode, hvor syntetiske securitiseringer ikke var omfattet af specifikke bestemmelser i EU-retten. Bestemmelserne i forordning 2021/557 kan ikke desto mindre give en indikation af kendetegnene ved syntetiske securitiseringer og forklare, hvordan man skal klassificere aftalen om indirekte deltagelse i henhold til EU-lovgivningen om securitiseringer.

76. Det er i denne forbindelse interessant at bemærke, at 11. betragtning til denne forordning, der omhandler syntetiske securitiseringer, forklarer ovennævnte todelte formål med transaktionerne, idet det fremhæves, at investoren sælger beskyttelse, mens den instruerende part køber kreditrisikoafdækning fra investoren og forpligter sig til at betale en kreditrisikoafdækningspræmie, der genererer afkast til investorerne. 13. betragtning til forordning 2021/557 forklarer, at »i forbindelse med syntetiske securitiseringer opnås risikooverførsel via en aftale om kreditrisikoafdækning i stedet for et salg af de underliggende aktiver«. Som Kommissionen har gjort gældende i retsmødet, er det korrekt, at i modsætning til den syntetiske securitisering, der er omhandlet i denne forordning, foretager den indirekte deltager i den i hovedsagen omhandlede transaktion i første omgang en betaling til den instruerende part. Denne omstændighed er imidlertid ikke af relevans, når formålene med de to transaktioner sammenlignes, eftersom det er klart, at begge transaktioner indebærer et formål om kreditrisikoafdækning.

77. Endvidere anføres det i femte betragtning til forordning 2021/557, at EU-lovgiver har anført, at syntetisk securitisering er en måde at flytte risiciene væk fra systemisk vigtige dele af det finansielle system og at lade långivere styrke deres kapitalpositioner og rejse ny egenkapital. Det er følgelig min opfattelse, at rationalet for gøre syntetisk securitisering mere tilgængeligt forfølger det samme todelte formål som den omhandlede aftale om indirekte deltagelse, dvs. det todelte formål, der er forklaret i punkt 55-61 i dette forslag til afgørelse.

78. Selv om de EU-retlige bestemmelser om securitiseringer følgelig ikke er til hinder for, at de i hovedsagen omhandlede transaktioner anses for transaktioner eller forpligtelser, der er omfattet af artikel 135, stk. 1, i direktiv 2006/112, synes de at tyde på, at disse transaktioner er omfattet af litra f) i denne bestemmelse. Af de grunde, som jeg har forklaret i punkt 63 og 71 i dette forslag til

[67] – Jf. i denne retning 24. betragtning til forordning 2017/2402.

[68] – Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2021/557 af 31.3.2021 om ændring af forordning 2017/2402 med henblik på at bidrage til genopretningen efter covid-19-krisen (EUT 2021, L 116, s. 1).

[69] – Jf. definitionen i niende betragtning til forordning 2021/557.

afgørelse, er jeg af den opfattelse, at kun en del af de i hovedsagen omhandlede transaktioner kan være omfattet af artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112, mens den anden del – overførslen af kreditrisikoen, hvilket kan anses for en ligestillet om end væsentlig del af transaktionerne – er omfattet af denne bestemmelses litra f). Spørgsmålet om, hvorvidt den sidstnævnte bestemmelse finder anvendelse for de omhandlede transaktioner, er ikke genstand for tvivl i det præjudicielle spørgsmål og er følgelig ikke genstand for den foreliggende sag.

3. Teleologisk fortolkning

79. Udgangspunktet for en teleologisk fortolkning af artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 er foretagelsen af en afvejning mellem kravet om en streng fortolkning af de fritagelser, der er fastsat i denne bestemmelse [70], og den brede fortolkning, der gives udtrykket »ydelse« af »lån« [71]. Den sidstnævnte fortolkning er resultatet af formålet i direktiv 2006/112 om at sikre ligebehandling af afgiftspligtige personer [72].

80. Betragtningerne til direktiv 2006/112 forklarer ikke de grunde, der førte til, at EU-lovgiveren fritog finansielle tjenesteydelser, herunder ydelsen af lån.

81. For så vidt angår artikel 13, punkt B, litra d), i sjette direktiv [den nugældende artikel 135, stk. 1, litra c), i direktiv 2006/112] har Domstolen allerede fastslået, at formålet med fritagelsen for finansielle transaktioner er at afhjælpe de problemer, der er forbundet med fastsættelsen af afgiftsgrundlaget og det beløb, der skal fritages [73], og at undgå en stigning i omkostningerne til forbrugerkredit [74]. Formålet med artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 er at afhjælpe de problemer, der er forbundet med fastlæggelsen af afgiftsgrundlaget, og det beløb, der skal fritages, og at reducere omkostningerne ved finansieringen. I den omhandlede sag er spørgsmålet for så vidt angår reduktion, hvorvidt de transaktioner, der gennemføres i henhold til aftalen om indirekte deltagelse, faktisk ville reducere de omkostninger, der er forbundet med det lån, der opnås af den instruerende part.

82. Hvad for det første angår formålet vedrørende de problemer, der er forbundet med fastlæggelsen af afgiftsgrundlaget, er der som nævnt af skatte- og afgiftsmyndigheden i retsmødet ikke problemer forbundet med udførelsen af denne fastlæggelse, eftersom forskellen mellem de to omhandlede beløb – det beløb, der betales på forhånd af den indirekte deltager, og afkastene af fordringerne – kan fastslås objektivt. Det første formål er følgelig ikke opfyldt ved den omhandlede transaktion.

83. For så vidt angår spørgsmålet om undgåelse af en forøgelse eller reduktion af udgifterne til lånet er spørgsmålet for det andet, hvorvidt de transaktioner, der gennemføres i henhold til aftalen om indirekte deltagelse, faktisk ville reducere omkostningerne ved det lån, der opnås af den instruerende part. Mens securitisering efter min opfattelse er et redskab, der kan skabe flere muligheder for banker til at yde finansiering, diversificere deres portefølje eller give dem mulighed for at forvalte deres risiko, er det højst tvivlsomt, hvorvidt den faktisk reducerer omkostningerne ved finansiering, eftersom en sådan transaktion indebærer en overførsel af

[70] – Jf. punkt 43 ovenfor.

[71] – Jf. punkt 47 ovenfor. Jf. ligeledes dom af 17.12.2020, FRANCK (C-801/19, EU:C:2020:1049, præmis 35).

[72] – Jf. navnlig dom af 15.5.2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, præmis 44 og 45).

[73] – Som generaladvokat Szpunar har fremhævet, anerkendes det generelt i litteraturen, at disse tjenesteydelser, som kun vedrører finansielle bevægelser, er for vanskelige at afgiftsbelægge på grund af vanskeligheden ved at afgrænse afgiftsgrundlaget (jf. forslag til afgørelse Volkswagen, C-153/17, EU:C:2018:305, punkt 80).

[74] – Dom af 19.4.2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, EU:C:2007:232, præmis 24).

risikoen fra den instruerende part til den indirekte deltager. En sådan overførsel af risiko er ikke desto mindre i princippet forbundet med omkostninger, der eventuelt enten reducerer det beløb, der betales af den indirekte deltager, og/eller øger betalingen i form af de afkast, der genereres af den instruerende part. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage en sådan bedømmelse med henblik på at fastlægge, hvorvidt omkostningerne ved finansieringen faktisk reduceres ved den omhandlede transaktion, og hvorvidt formålet med artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112 bliver opfyldt.

84. Det er min konklusion, at transaktioner som de i hovedsagen omhandlede klart ikke er en af de momsfritagne finansielle transaktioner vedrørende ydelse af »lån«, der er omhandlet i artikel 135, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/112. Det er imidlertid muligt, at en sådan transaktion kan være omfattet af andre bestemmelser som eksempelvis bestemmelsens litra f) under hensyntagen til det grundlæggende element af risikostyring, der leveres af den indirekte deltager.

V. Forslag til afgørelse

85. Jeg foreslår Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål fra Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Polen) som følger:

»Artikel 135, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 2006/112/EF af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem skal fortolkes således, at den fritagelse, som bestemmelsen fastlægger for transaktioner vedrørende ydelse, formidling og forvaltning af lån, ikke finder anvendelse på tjenesteydelser, der leveres i henhold til den i hovedsagen omhandlede aftale om indirekte deltagelse, hvorved den indirekte deltager forpligter sig til straks at betale et fast beløb til den instruerende part mod i denne aftales løbetid at oppebære afkastene af fordringerne i det hovedlån, der er ydet til hovedskyldneren, eftersom litra b) ikke omhandler den kreditrisiko, der overføres af den instruerende part til den indirekte deltager, der med forbehold af den forelæggende rets prøvelse er en væsentlig del af denne transaktion.«