Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
LAILA MEDINA
föredraget den 12 maj 2022[1]

Mål C-250/21

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

(begäran om förhandsavgörande från Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Mervärdesskatt – Direktiv 2006/112/EG – Artikel 2.1 c – Beskattning av tjänster mot ersättning – Direkt samband mellan de tjänster som tillhandahålls och den ersättning som erhålls av den beskattningsbara personen – Artikel 135.1 b – Undantag från skatteplikt för beviljande av kredit – Syntetisk värdepapperisering – Avtal om sekundärt deltagande”

1. I det aktuella målet har Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) frågat EU-domstolen hur mervärdesskatt ska behandlas när det gäller en transaktion som ska utföras inom ramen för ett avtal om sekundärt deltagande.

2. Kortfattat redogjort betalar investeringsfond A, enligt det avtal om sekundärt deltagande som den beskattningsbara personen i det nationella målet har för avsikt att fullgöra, ett förskottsbelopp till bank B (nedan kallad originatorn) vid ingåendet av avtalet. I utbyte mot denna betalning åtar sig bank B, som har lånat pengar till C (nedan kallad huvudgäldenären), att till investeringsfond A (nedan kallad den sekundära deltagaren) betala de intäkter som originatorn erhåller inom ramen för det ursprungliga låneavtalet med C. Både kapitalflödet och risken avförs från originatorns balansräkning och överlåts till den aktuella investeringsfonden, medan originatorn behåller äganderätten till tillgångarna.

3. Närmare bestämt ombeds domstolen avgöra huruvida de tjänster som tillhandahålls av en investeringsfond inom ramen för det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande utgör ”[b]eviljande … och förmedling av krediter samt förvaltning av krediter av den som beviljat krediten” i den mening som avses i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112/EG.[2] Om så är fallet skulle dessa tjänster omfattas av det undantag från mervärdesskatteplikt som föreskrivs i bestämmelsen. Enligt min mening får denna fråga betydande praktiska konsekvenser för lagstiftningen om värdepapper, eftersom det svar som domstolen meddelar kan komma att påverka resultaten och attraktionskraften för sådana finansiella transaktioner, vilket gör detta till ett känsligt ärende.

[1] Originalspråk: engelska.

[2] Rådets direktiv 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt (EUT L 347, 2006, s. 1).

I. Rättslig ram

A. Unionsrätt

4. Enligt artikel 2.1 a och 2.1 c i direktiv 2006/112 ska ”[l]everans av varor mot ersättning som görs inom en medlemsstats territorium av en beskattningsbar person när denne agerar i denna egenskap” respektive ”[t]illhandahållande av tjänster mot ersättning som görs inom en medlemsstats territorium av en beskattningsbar person när denne agerar i denna egenskap” vara föremål för mervärdesskatt.

5. I artikel 9.1 i direktivet definieras ”beskattningsbar person”.

6. I artikel 135.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall undanta följande transaktioner från skatteplikt:

…

b) Beviljande av och förmedling av krediter samt förvaltning av krediter av den som beviljat krediten.

…

d) Transaktioner, inbegripet förmedling, rörande spar- och transaktionskonton, betalningar, överföringar, fordringar, checkar och andra överlåtbara skuldebrev, med undantag av indrivning av fordringar.

…

f) Transaktioner, inbegripet förmedling men med undantag av förvaltning och förvar, rörande aktier, andelar i bolag eller andra sammanslutningar, obligationer och andra värdepapper, dock med uteslutande av handlingar som representerar äganderätt till varor och sådana rättigheter eller värdepapper som avses i artikel 15.2.

…”

B. Polsk rätt

1. Mervärdesskattelagen

7. I 43 § 1 punkt 38 i ustawa o podatku od towarów i usług (lag om skatt på varor och tjänster) [3] (nedan kallad mervärdesskattelagen) föreskrivs att tjänster som utgörs av beviljande av krediter eller finansiella lån och mäklartjänster som rör beviljande av krediter eller finansiella lån, samt förvaltning av krediter eller finansiella lån av den enhet som beviljar sådana krediter eller finansiella lån, ska vara undantagna från mervärdesskatteplikt. Enligt 43 § 1 punkt 39 i samma lag

[3] Lag om skatt på varor och tjänster av den 11 mars 2004, i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (Dz. U., 2011, nr 177, position 1054).

undantas från skatteplikt, i allt väsentligt, förmedling av säkerheter, garantier och andra former av säkerhet för finansiella transaktioner och försäkringstransaktioner samt förvaltning av kreditgarantier av den beviljande enheten.

2. Lagen om investeringsfonder

8. I 183 § 4 i ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi[4] (nedan kallad lagen om investeringsfonder) behandlas avtal om sekundärt deltagande. I bestämmelsen föreskrivs följande:

”Ett avtal om överlåtelse till en fond av samtliga ersättningar som originatorn till värdepapperiseringen, eller förmånstagaren av värdepapperiserade fordringar från en bestämd grupp av fordringar eller bestämda fordringar, erhåller (avtal om sekundärt deltagande) ska innehålla en skyldighet för dessa enheter att till fonden överföra

1) intäkterna av de värdepapperiserade fordringarna i sin helhet,

2) kapitalbeloppet av de värdepapperiserade fordringarna,

3) de belopp som erhållits till följd av realisering av de säkerheter som avser de värdepapperiserade fordringarna, i de fall då fordringarna från originatorn till värdepapperiseringen eller förmånstagaren av de värdepapperiserade fordringarna har tillgodosetts genom realisering av säkerheter.”

II. Det nationella målet och tolkningsfrågan

9. Den berörda investeringsfonden i förevarande mål är en icke-standardiserad fond i den mening som avses i 183 § i lagen om investeringsfonder. Fonden avser att ingå avtal om sekundärt deltagande med banker och andra fonder gällande köp av intäkter av lånefordringar i sin egenskap som sekundär deltagare. För att fastställa huruvida de tjänster som omfattas av avtalen är undantagna från mervärdesskatteplikt begärde investeringsfonden att Minister Finansów (nedan kallat finansministeriet) skulle meddela ett förhandsbesked i skattefrågor beträffande tolkningen av 43 § 1 punkt 38 och 43 § 1 punkt 39 i mervärdesskattelagen.

10. I sin begäran angav investeringsfonden att de väsentliga inslagen i det sekundära deltagandet är följande:

– Originatorn åtar sig att till den sekundära deltagaren överföra alla intäkter av de lån som omfattas av avtalet om sekundärt deltagande.

– I utbyte mot denna överföring betalar den sekundära deltagaren ett avtalat belopp till originatorn.

– De lånefordringar som det sekundära deltagandet grundas på förblir originatorns tillgångar.

[4] Lag om investeringsfonder och förvaltning av alternativa investeringsfonder av den 27 maj 2004 (Dz. U., 2004, nr 146, position 1546, i dess ändrade lydelse).

– Det sekundära deltagandet tjänar ett dubbelt syfte, nämligen att förse originatorn med likviditet samt att täcka originatorns kreditrisk på så sätt att den risk som förknippas med specifika tillgångar överlåts på investeringsfonden.

– Mellanskillnaden mellan det belopp som betalas till originatorn och det belopp som erhålls av den sekundära deltagaren i form av intäkter av fordringar under avtalets löptid utgör den sekundära deltagarens ersättning.

11. Investeringsfonden har anfört att med beaktande av att de tjänster som avses i avtalet om sekundärt deltagande säkerställer likviditet, måste de behandlas som en kredit eller ett finansiellt lån som omfattas av det undantag som föreskrivs i 43 § 1 punkt 38 i mervärdesskattelagen. I andra hand, med beaktande av att den huvudsakliga funktionen är säkring av kreditrisk, bör tjänsterna omfattas av det undantag som föreskrivs i 43 § 1 punkt 39 i mervärdesskattelagen.

12. Finansministeriet avvisade investeringsfondens argument genom ett förhandsbesked i skattefrågor av den 30 december 2015. Finansministeriet ansåg att de transaktioner som sökanden beskrev i sin begäran om förhandsbesked i skattefrågor inte omfattas av något av de undantag från mervärdesskatteplikt som föreskrivs i 43 § 1 punkt 38 och 43 § 1 punkt 39 i mervärdesskattelagen. De tjänster som ska tillhandahållas av investeringsfonden inom ramen för avtalet om sekundärt deltagande skulle därmed vara föremål för mervärdesskatt enligt grundskattesatsen på 23 procent.

13. Investeringsfonden överklagade förhandsbeskedet i skattefrågor av den 30 december 2015 till Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Regionala förvaltningsdomstolen i Warszawa, Polen) som genom dom av den 25 maj 2017 ogiltigförklarade förhandsbeskedet i skattefrågor. Regionala förvaltningsdomstolen ansåg att syftet med ett avtal om sekundärt deltagande är att säkerställa att originatorn har tillgång till finansiering och att originatorn är fri att använda finansieringsmedlen på de sätt den anser vara lämpligt. I utbyte mot att investeringsfonden ställer medlen till bankens förfogande erhåller fonden intäkterna av de fordringar som omfattas av avtalet om sekundärt deltagande. Dessa intäkter kan liknas vid ränta som betalas enligt ett låneavtal. Regionala förvaltningsdomstolen slog således fast att avtalet om sekundärt deltagande utgör ett finansiellt instrument jämförbart med ett låneavtal som omfattas av det undantag som föreskrivs i 43 § 1 punkt 38 i mervärdesskattelagen.

14. Szef Krajowej Administracji Skarbowej (direktören för den nationella skattemyndigheten, Polen) (nedan kallad skattemyndigheten) överklagade Regionala förvaltningsdomstolens dom till den hänskjutande domstolen, Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen).

15. Enligt den hänskjutande domstolen råder det, ur ekonomisk synvinkel, inga tvivel om att de tjänster som tillhandahålls inom ramen för det aktuella avtalet om sekundärt deltagande utgör ett finansieringsinstrument, eftersom det huvudsakliga syftet med tjänsterna är att möjliggöra för originatorn att använda sig av de medel som ställs till dennes förfogande. I utbyte ska originatorn överföra intäkterna av de fordringar som omfattas av avtalet till den sekundära deltagaren.

16. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende betonat att ett avtal om sekundärt deltagande är jämförbart med ett låneavtal genom vilket en låntagare förvärvar medel från en långivare och åtar sig att återbetala medlen inom en viss tidsram. Den ersättning som den sekundära deltagaren erhåller inom ramen för avtalet om sekundärt deltagande utgörs av mellanskillnaden mellan det belopp som den sekundära deltagaren har betalat till originatorn

och det belopp som den erhåller under avtalets löptid i form av intäkter av fordringar. I begreppsmässigt hänseende motsvarar den ekonomiska fördel som erhålls av den sekundära deltagaren räntemekanismen i ett låneavtal.

17. Den hänskjutande domstolen framhåller emellertid att det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande har vissa särdrag som skiljer det från ett låneavtal, däribland den omständigheten att de underliggande lånen förblir originatorns tillgångar och att den källa som ska användas för att tillgodose den sekundära deltagaren tydligt anges i avtalet om sekundärt deltagande. Om originatorns gäldenär inte fullgör sina betalningsförpliktelser har den sekundära deltagaren dessutom inte någon fordran på originatorn avseende de återstående utestående beloppen.

18. Den hänskjutande domstolen hyser därmed tvivel om huruvida det aktuella avtalet om sekundärt deltagande, ur mervärdesskatterättslig synvinkel, kan behandlas på ett liknande sätt som en kredit eller ett låneavtal.

19. Mot denna bakgrund beslutade Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artikel 135.1 b i [direktiv 2006/112] tolkas så, att det undantag från skatteplikt som föreskrivs i denna bestämmelse för transaktioner som avser beviljande och förmedling av krediter samt förvaltning av krediter är tillämpligt på det avtal om sekundärt deltagande som beskrivs i det nationella målet?”

III. Förfarandet vid domstolen

20. Beslutet om hänskjutande av den 27 oktober 2020 inkom till domstolens kansli den 21 april 2021.

21. Skattemyndigheten, den polska regeringen och Europeiska kommissionen inkom med skriftliga yttranden till domstolen. Domstolen ställde en rad skriftliga frågor till parterna som skulle besvaras skriftligen, på vilka skattemyndigheten och kommissionen inkom med svar den 24 februari 2022. Skattemyndigheten, den polska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen vid domstolens förhandling den 24 mars 2022.

IV. Rättslig bedömning

22. Genom sin fråga söker den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 ska tolkas så, att det undantag från skatteplikt som föreskrivs i denna bestämmelse för transaktioner som avser beviljande, förmedling och förvaltning av krediter är tillämpligt på de tjänster som tillhandahålls inom ramen för det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande i det nationella målet, enligt vilket den sekundära deltagaren åtar sig att till originatorn betala ett förskottsbelopp i utbyte mot att under avtalets löptid erhålla intäkterna av de fordringar som ingår i huvudlånet som beviljats huvudgäldenären. Den hänskjutande domstolen frågar i huvudsak huruvida de vinster av transaktionerna som erhålls av den sekundära deltagaren omfattas av något av de undantag från skatteplikt som föreskrivs i bestämmelsen.

23. Innan jag bedömer denna fråga vill jag göra följande tre anmärkningar. För det första föreskrivs i artikel 137.1 a i direktiv 2006/112 att medlemsstaterna får medge beskattningsbara personer rätt till valfrihet för beskattning av sådana finansiella transaktioner som avses i

artikel 135.1 b–g i direktivet. Det förefaller dock framgå av begäran om förhandsavgörande att den valfrihet för beskattning av finansiella transaktioner som avses i artikel 137.1 a i direktivet inte har utövats i det aktuella målet. [5]

24. För det andra, i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 behandlas tre kategorier av undantag från skatteplikt, nämligen beviljande, förmedling samt förvaltning av krediter. Det är emellertid ostridigt att endast det undantag som avser beviljande av kredit i bestämmelsen är av betydelse i förevarande mål, eftersom det står klart att den aktuella transaktionen inte inbegriper vare sig förmedling eller förvaltning av krediter.

25. För det tredje, på grund av att föremålet i tvisten vid den nationella domstolen är ett förhandsbesked i skattefrågor som avser en framtida transaktion, och inte en skattefordran som rör en tidigare transaktion, beskrivs den aktuella transaktionen i ganska allmänna ordalag i begäran om förhandsavgörande. I de skriftliga och muntliga inlagorna från parterna hänvisade de till den tillämpliga polska rättsliga ramen samt till vissa allmänna aspekter som rör en transaktion enligt denna ram. Det förefaller dock saknas en viss mängd information för detta förslag till avgörande, och det ankommer på den hänskjutande domstolen att få klarhet i den aktuella transaktionens exakta karaktär.

26. För att besvara tolkningsfrågan från den hänskjutande domstolen är det nödvändigt att fastställa huruvida den aktuella transaktionen med sekundärt deltagande utgör en transaktion som är föremål för mervärdesskatt. Härnäst kommer jag att behandla tolkningen av artikel 135.1 i direktiv 2006/112 genom att använda mig av domstolens klassiska tolkningsmetoder.

A. Transaktion som är föremål för mervärdesskatt

27. Inledningsvis vill jag understryka att enligt artikel 2.1 c i direktiv 2006/112 ska tillhandahållande av tjänster mot ersättning som görs inom en medlemsstats territorium av en beskattningsbar person när denne agerar i denna egenskap vara föremål för mervärdesskatt. [6]

28. Enligt min uppfattning står det klart att villkoret som rör den beskattningsbara personen inte är föremål för diskussion i förevarande mål, eftersom investeringsfonden agerar inom ramen för sin ekonomiska verksamhet, i enlighet med artikel 9.1 första stycket i direktiv 2006/112. [7] När det gäller villkoret som rör ersättning är det ostridigt att den transaktion med sekundärt deltagande som investeringsfonden har för avsikt att genomföra skulle utföras mot ersättning, men denna klassificering är mindre uppenbar i förevarande mål mot bakgrund av domstolens rättspraxis.

29. Domstolen har i detta avseende tidigare slagit fast att tillhandahållande av tjänster som sker mot ersättning, i den mening som avses i artikel 2.1 c i direktiv 2006/112, är föremål för mervärdesskatt enbart om det finns ett *direkt samband* mellan de tjänster som tillhandahålls och den ersättning som den beskattningsbara personen erhåller. [8]

[5] I artikel 137.1 a i direktiv 2006/112 föreskrivs att medlemsstaterna får medge beskattningsbara personer rätt till valfrihet för beskattning av sådana finansiella transaktioner som avses i artikel 135.1 b–g i direktivet.

[6] I artikel 24.1 i direktiv 2006/112 definieras begreppet tillhandahållande av tjänster som ”varje transaktion som inte utgör leverans av varor”.

[7] Enligt artikel 9.1 första stycket i direktiv 2006/112 avses med beskattningsbar person den som, oavsett på vilken plats, självständigt bedriver en ekonomisk verksamhet.

[8] Dom av den 7 oktober 2010, Loyalty Management UK och Baxi Group (C-53/09 och C-55/09, EU:C:2010:590, punkt 51 och där angiven rättspraxis), och dom av den 26 september 2013, Serebryannay vek (C-283/12, EU:C:2013:599, punkt 37).

30. Ett sådant direkt samband finns om det mellan tjänsteleverantören och mottagaren av tjänsten föreligger ett rättsförhållande som innebär ett ömsesidigt utbyte av prestationer, där den ersättning som tjänsteleverantören tar emot utgör det faktiska motvärdet för den tjänst som tillhandahålls mottagaren. [9] Domstolen har dessutom konstaterat att för att avgöra huruvida ett tillhandahållande av tjänster ska anses ske mot ersättning saknar det betydelse om ersättningen erläggs i form av provision eller särskilda avgifter. [10]

31. I det nationella målet står det klart, mot bakgrund av de handlingar som har överlämnats till domstolen, att det inom ramen för det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande föreligger ett ömsesidigt rättsförhållande mellan den sekundära deltagaren och originatorn.

32. Vid ingåendet av detta avtal utgörs det ömsesidiga utbytet av prestationer av att den sekundära deltagaren betalar ett förskottsbelopp till originatorn, som i utbyte mot betalningen åtar sig att till den sekundära deltagaren överföra intäkterna av de fordringar som ingår i huvudlånet. Det förefaller därmed vara så att den sekundära deltagaren ska ersättas för att den tillhandahåller en tjänst, genom vilken den tillhandahåller likviditet till originatorn samt ger skydd mot kreditrisker som är förenade med de underliggande lånen. Den sekundära deltagarens ersättning för transaktionen utgörs av mellanskillnaden mellan det förskottsbelopp som den har betalat och det belopp som erhålls i form av intäkter av fordringar som originatorn överför till den sekundära deltagaren. När den sekundära deltagaren ingår ett sådant avtal förväntar den sig att det första av de två beloppen ska vara lägre än det andra.

33. Det ska dock noteras att när detta avtal sedan sätts i kraft är originatorns prestation beroende av huvudgäldenärens prestation, vilket innebär att de finansiella flödena är beroende av en tredje part som inte är direkt knuten till avtalet om sekundärt deltagande. [11] När det gäller frågan om att avgöra huruvida ersättning förekommer saknar denna omständighet emellertid relevans.

34. Det bör noteras att det finns två omtalade mål i vilka köp av fordringar har behandlats, nämligen MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring [12] och GFKL Financial Services. [13] I domen i det förstnämnda målet konstaterade domstolen att en transaktion varigenom en näringsidkare köper fordringar och övertar kreditrisken i utbyte mot en ersättning utgör inkasso i den mening som avses i artikel 13 B d i sjätte direktivet (numera artikel 135.1 i direktiv 2006/112), och därmed inte omfattas av det undantag från skatteplikt som fastställs i denna bestämmelse. [14]

35. I domen GFKL Financial Services [15] prövade domstolen en näringsidkares köp av osäkra fordringar. Domstolen slog fast att en näringsidkare som på egen risk förvärvar osäkra fordringar till ett pris som understiger fordringarnas nominella värde inte ska anses tillhandahålla en tjänst mot ersättning och inte ska anses bedriva en ekonomisk verksamhet som omfattas av sjätte direktivets tillämpningsområde, när mellanskillnaden mellan fordringarnas nominella värde och köpeskillingen avspeglar dessa fordringars verkliga ekonomiska värde vid tiden för överlåtelsen. [16]

9 Dom av den 22 oktober 2015, Hedqvist (C-264/14, EU:C:2015:718, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

10 Dom av den 14 juli 1998, First National Bank of Chicago (C-172/96, EU:C:1998:354, punkt 33).

11 Denna fråga behandlas i punkt 60 i detta förslag till avgörande.

12 Dom av den 26 juni 2003, MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring (C-305/01, EU:C:2003:377).

13 Dom av den 27 oktober 2011, GFKL Financial Services (C-93/10, EU:C:2011:700). I domen i detta mål tolkade domstolen artikel 2.1 i rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund (EGT L 145, 1977, s. 1, nedan kallat sjätte direktivet), vilken motsvarar artikel 2.1 a och 2.1 c i direktiv 2006/112.

14 Dom av den 26 juni 2003, MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring (C-305/01, EU:C:2003:377, punkt 80).

15 Dom av den 27 oktober 2011, GFKL Financial Services (C-93/10, EU:C:2011:700).

16 Punkt 26 i domen.

36. Det är i detta avseende viktigt att notera, vilket skattemyndigheten i sitt svar på de skriftliga frågorna samt partnerna vid förhandlingen också har betonat, att de faktiska omständigheterna i förevarande mål skiljer sig avsevärt från de omständigheter som gav upphov till domen GFKL Financial Services. [17]

37. För det första handlar det aktuella målet inte om ett köp av en fordring, än mindre en osäker fordring, av investeringsfonden i sin egenskap som sekundär deltagare, utan om en överföring av intäkter hänförliga till fordringarna. Med andra ord, till skillnad från de faktiska omständigheter som förelåg i målet GFKL Financial Services, [18] köper inte den sekundära deltagaren osäkra fordringar till ett pris som understiger fordringarnas nominella värde. Omständigheterna i förevarande mål innebär dessutom inte att själva fordran förändras, utan enligt avtalet om sekundärt deltagande förblir originatorn huvudgäldenärens kreditgivare, medan den sekundära deltagaren, av originatorn, enbart köper en betalningsfordran avseende de belopp som av huvudgäldenären överförs till originatorn inom ramen för det ursprungliga låneavtalet.

38. För det andra, när det gäller frågan om huruvida ett tillhandahållande av tjänster till originatorn kan anses ske i det aktuella målet, är omständigheten sådan att den sekundära deltagaren inte bara köper produkter (intäkter av fordringar) som ingår i en låneportfölj, utan den åtar sig också att bära den risk som utgörs av eventuella uteblivna betalningar från gäldenären, samtidigt som den inte har någon rätt att driva fordran om ersättning gentemot originatorn för sådana uteblivna betalningar. Originatorn förefaller således få en fördel som går utöver att enbart erhålla det nominella värdet av fordringarna i låneportföljen.

39. För det tredje, de fordringar som prövades i den förhandling som gav upphov till domen GFKL Financial Services [19] utgjordes av osäkra fordringar, medan föremålet för avtalet om sekundärt deltagande är lån som ännu inte har förfallit och vars återbetalning därmed inte är säkerställd vid den tidpunkt då den sekundära deltagaren utfärdar förskottsbetalningen.

40. Det ankommer visserligen på den nationella domstolen att avgöra huruvida det finns ett direkt samband mellan de tillhandahållna tjänsterna och betalningen, men mot bakgrund av den ovan anförda anser jag att det föreligger ett specifikt tillhandahållande av tjänster av den sekundära deltagaren inom ramen för det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande. Originatorn ersätter den sekundära deltagaren genom att överföra intäkterna av de fordringar som ingår i det ursprungliga lånet. Den aktuella transaktionen utgör tillhandahållande av tjänster mot en ersättning som har ett direkt samband med detta tillhandahållande i den mening som avses i artikel 2.1 c i direktiv 2006/112, vilket innebär att det är en transaktion som är föremål för mervärdesskatt.

41. Jag kommer nu att bedöma huruvida de tjänster som tillhandahålls av den sekundära deltagaren kan omfattas av det undantag från skatteplikt som föreskrivs i artikel 135.1 b i direktivet.

[17] Dom av den 27 oktober 2011, GFKL Financial Services (C-93/10, EU:C:2011:700).

[18] Ibidem.

[19] Ibidem.

B. Tolkning av artikel 135.1 b i direktiv 2006/112

1. Principer för tolkningen av artikel 135.1 i direktiv 2006/112

42. För det första ska det erinras om att de undantag från skatteplikt som avses i artikel 135.1 i direktiv 2006/112 är självständiga unionsrättsliga begrepp som syftar till att förhindra att medlemsstaterna tillämpar mervärdesskattesystemet olika, och de ska ses mot bakgrund av det gemensamma mervärdesskattesystemets allmänna sammanhang. [20]

43. För det andra, de uttryck som används för att beskriva undantagen från skatteplikt i artikel 135.1 i direktiv 2006/112 ska tolkas restriktivt, eftersom de innebär avsteg från den allmänna principen att mervärdesskatt ska tas ut på varje tillhandahållande av tjänster från en beskattningsbar person som sker mot ersättning. [21] Den regeln om restriktiv tolkning betyder emellertid inte att formuleringen av dessa undantag uppfattas på ett sätt som fråntar dem sin ändamålsenliga verkan. [22]

44. För det tredje måste tolkningen av de ovan nämnda undantagen vara förenlig med de ändamål som eftersträvas med de undantag från skatteplikt som föreskrivs i artikel 135.1 i direktiv 2006/112 samt vara förenlig med de krav som följer av principen om skatteneutralitet, vilken ligger till grund för det gemensamma systemet för mervärdesskatt. [23] Det följer av den sistnämnda principen att näringsidkare måste kunna välja den form för sin organisation som ur rent ekonomisk synvinkel passar dem bäst, utan att därmed löpa risken att deras transaktioner utesluts från det undantag från skatteplikt som föreskrivs i bestämmelsen. [24]

45. Det är mot bakgrund av det ovan anförda som frågan om huruvida de tjänster som tillhandahålls inom ramen för det aktuella avtalet om sekundärt deltagande omfattas av de transaktioner som är undantagna från skatteplikt enligt artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 måste bedömas.

2. Begreppet beviljande av kredit i den mening som avses i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112

46. Av fast rättspraxis framgår att vid tolkningen av en unionsbestämmelse ska inte bara dess lydelse beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i. [25] Det är därför nödvändigt att göra en bokstavstolkning, systematisk tolkning och teleologisk tolkning av artikel 135.1 b i direktiv 2006/112, med beaktande av domstolens rättspraxis beträffande denna rättsakt och de vägledande principerna för tolkning av det gemensamma systemet för mervärdesskatt. [26]

[20] Dom av den 25 juli 2018, DPAS (C-5/17, EU:C:2018:592, punkt 28 och där angiven rättspraxis) och dom av den 2 juli 2020, Blackrock Investment Management (UK) (C-231/19, EU:C:2020:513, punkt 21).

[21] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 december 2018, Mailat (C-17/18, EU:C:2018:1038, punkt 37), och dom av den 8 oktober 2020, United Biscuits (Pensions Trustees) och United Biscuits Pension Investments (C-235/19, EU:C:2020:801, punkt 29).

[22] Se, bland annat, dom av den 18 november 2004, Temco Europé (C-284/03, EU:C:2004:730, punkt 17), och dom av den 21 februari 2013, Žamberk (C-18/12, EU:C:2013:95, punkt 19).

[23] Dom av den 13 januari 2022, Termas Sulfurosas de Alcafache (C-513/20, EU:C:2022:18, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

[24] Dom av den 2 juli 2020, Blackrock Investment Management (UK) (C-231/19, EU:C:2020:513, punkt 50 och där angiven rättspraxis).

[25] Dom av den 10 september 2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

[26] Se punkterna 42–45 ovan.

a) Bokstavstolkning

1) Rättspraxis beträffande uttrycket beviljande av kredit i den mening som avses i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112

47. Det framgår av fast rättspraxis att uttrycket beviljande av kredit i den mening som avses i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 måste ges en vid tolkning så att dess tillämpningsområde inte kan anses avse endast lån och krediter som beviljas av banker och finansinstitut. [27]

48. I domen Muys' en De Winter's Bouw- en Aannemingsbedrijf [28] slog domstolen dessutom fast att det ovan nämnda uttrycket inbegriper kredit som beviljas av en leverantör av varor i form av ett anstånd med betalning. [29] Domstolen konstaterade senare i ett liknande resonemang [30] att beviljande av kredit bland annat består av tillhandahållande av kapital mot ersättning. [31] Domstolen har betonat att om sådan ersättning utgörs av betalning av ränta kan inte andra former av ersättning uteslutas. Det har således slagits fast att en förhandsfinansiering av ett varuköp i utbyte mot en höjning av det belopp som ska återbetalas av mottagaren av finansieringen omfattas av det nämnda undantaget. [32] Domstolen har vidare konstaterat att beviljande av kredit består ”i tillhandahållande av ett kapital, för vilket ersättning vederbörligen utgår genom räntebetalningar, eller ett av leverantören godkänt anstånd med erläggandet av köpeskillingen mot betalning av ränta såsom ersättning för denna kredit”. [33]

49. I detta sammanhang måste jag understryka att domstolen har konstaterat att de transaktioner som är undantagna från skatteplikt enligt artikel 135.1 i direktiv 2006/112, inbegripet de som omfattas av led b, är definierade utifrån de tillhandahållna tjänsternas *beskaffenhet* och inte utifrån tillhandahållaren eller mottagaren av tjänsten, varför tillämpningen av dessa undantag inte är beroende av vilken rättslig ställning den enhet har som tillhandahåller tjänsterna. [34] Undantaget från skatteplikt är med andra ord inte underkastat kravet att transaktionen genomförs av en viss typ av institut eller juridisk person, utan är underkastat kravet att transaktionen, till sin beskaffenhet, är ett beviljande eller en förmedling av kredit.

50. Sammanfattningsvis måste, för att en transaktion ska vara undantagen från skatteplikt enligt artikel 135.1 b i direktiv 2006/112, två kumulativa inslag föreligga, nämligen kapital samt ersättning för att detta kapital ställs till förfogande. Om dessa två inslag saknas är undantaget inte tillämpligt.

27 Se, särskilt, dom av den 15 maj 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, punkt 44), och dom av den 18 oktober 2018, Volkswagen Financial Services (UK) (C-153/17, EU:C:2018:845, punkt 35).

28 Dom av den 27 oktober 1993, Muys' en De Winter's Bouw- en Aannemingsbedrijf (C-281/91, EU:C:1993:855).

29 Ibidem, punkt 13. Se även dom av den 29 april 2004, EDM (C-77/01, EU:C:2004:243), och dom av den 8 december 2016, Stock '94 (C-208/15, EU:C:2016:936).

30 Det är viktigt att notera att i punkt 38 i domen av den 17 oktober 2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867), hänvisar domstolen till punkt 61 i generaladvokatens förslag till avgörande, vilken avser punkt 12 och följande punkter i den tidigare domen av den 27 oktober 1993, Muys' en De Winter's Bouw- en Aannemingsbedrijf (C-281/91, EU:C:1993:855).

31 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867, punkt 38).

32 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 maj 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, punkterna 47 och 48).

33 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2019, Paulo Nascimento Consulting (C-692/17, EU:C:2019:867, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

34 Dom av den 15 maj 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

2) Förhållandet mellan de tjänster som beskrivs

51. Mot bakgrund av den information som har överlämnats till domstolen står det klart att den aktuella transaktionen i målet är av sammansatt karaktär; den består i att den sekundära deltagaren ställer kapital till förfogande för originatorn och att originatorn överför intäkterna av fordringar till, samt överlåter kreditrisken på, den sekundära deltagaren. Dessa inslag är sammanflätade och förefaller vara nödvändiga för att transaktionen i sin helhet ska kunna genomföras.

52. Det är därmed nödvändigt att bedöma huruvida de intäkter av fordringar som den sekundära deltagaren erhåller från originatorn utgör ersättning för tillhandahållande av kapital.[35] Det framgår av beslutet om hänskjutande att den sekundära deltagarens ersättning utgörs av mellanskillnaden mellan fordringarnas uppskattade värde, vilket förefaller motsvara deras nominella värde, och det förskottsbelopp som den sekundära deltagaren betalar till originatorn.

53. Det framgår emellertid inte av domstolens rättspraxis om den aktuella ersättningen ska bedömas med avseende på originatorn, den sekundära deltagaren eller båda. Det kan exempelvis vara så att originatorn vill minska sin riskexponering, diversifiera sin låneportfölj och/eller frigöra lagstadgat kapital, medan den sekundära deltagarens mål kan vara att erhålla intäkterna av huvudfordringarna utan att vara faktisk ägare av fordringarna samt utan att behöva ha någon förbindelse med en viss huvudgäldenär, och därmed undvika att behöva förvalta lånen och prestationerna.

54. Enligt min mening, eftersom det framgår av lydelsen i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 att tonvikt bör ligga på transaktionens beskaffenhet,[36] är det den ekonomiska och affärsmässiga verkligheten som utgör ett grundläggande kriterium vid tillämpningen av det gemensamma systemet för mervärdesskatt.[37] Följaktligen måste en tjänst, såsom den som tillhandahålls av den sekundära deltagaren, för att kunna anses utgöra beviljande av kredit, som är undantagen från skatteplikt enligt bestämmelsen, utgöra en avgränsad enhet som medför att de funktioner som är specifika och väsentliga för en sådan transaktion fullgörs.[38] Av fast rättspraxis framgår vidare att domstolen beaktar *både* det ekonomiska syftet med transaktionen och värdet av tillhandahållandet för mottagarna.[39]

55. Det ska i detta avseende noteras att den hänskjutande domstolen anger att den tjänst som tillhandahålls av den sekundära deltagaren har ett dubbelt ekonomiskt syfte, nämligen finansiering av de ursprungliga lånen samt överlåtelse av kreditrisk.

[35] Se punkterna 48–50 i detta förslag till avgörande.

[36] Se, analogt, de mål som generaladvokat Szpunar hänvisar till i sitt förslag till avgörande i målet Volkswagen Financial Services (UK) (C-153/17, EU:C:2018:305, punkterna 68–74).

[37] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 november 2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia (C-295/17, EU:C:2018:942, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

[38] Se, analogt, dom av den 17 december 2020, Franck (C-801/19, EU:C:2020:1049, punkt 45).

[39] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 december 2016, Stock '94 (C-208/15, EU:C:2016:936, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

3) Finansiering av de ursprungliga lånen

56. Den hänskjutande domstolen understryker att den aktuella transaktionen syftar till att finansiera de ursprungliga lånen.[40] Enligt min uppfattning är uttrycket beviljande av kredit i den mening som avses i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 tillräckligt brett för att omfatta en betalning som görs av en originator till en sekundär deltagare, om denna betalning kan anses utgöra ersättning för tillhandahållande av kapital. Huruvida betalningen utgör ränta eller annan form av ersättning saknar dessutom betydelse för en sådan bedömning. Jag anser att det är av väsentlig betydelse att det i beslutet om hänskjutande anges att det belopp som betalas av den sekundära deltagaren i princip är mindre än det belopp som den senare erhåller i form av överföringar av intäkter från originatorn. Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning förefaller det vara så att mellanskillnaden mellan dessa två belopp utgör en ersättning som erhålls av den sekundära deltagaren för att den ställer sitt kapital till förfogande, och att den därmed kan anses utgöra beviljande av kredit enligt domstolens tolkning. Om denna ersättning även omfattar den tjänst som utgörs av att överta kreditrisken för vissa typer av exponeringar skulle det emellertid kunna hävdas att det objektiva syftet med transaktionen går utöver att enbart finansiera originatorn.

4) Överlåtelse av risk med avseende på ett underliggande lån

57. Ur originatorns perspektiv, som är mottagare av tjänsterna och vars intressen är ett grundläggande kriterium,[41] utgör den aktuella transaktionen ett verktyg för att överlåta kreditrisk med avseende på ett underliggande lån eller en låneportfölj på den sekundära deltagaren.

58. Den hänskjutande domstolen påpekar i detta sammanhang att avtalet om sekundärt deltagande fungerar som en mekanism för att överlåta kreditrisk från originatorn till den sekundära deltagaren, eftersom den sistnämnda åtar sig att bära risken för originatorns potentiella förlust i förhållande till de ursprungliga lånen.[42] Det skulle således kunna hävdas att det huvudsakliga syftet med den aktuella transaktionen är att överlåta den risk som är knuten till det ursprungliga lånet.[43] I det avseendet är det viktigt att poängtera att i utbyte mot en förskottsbetalning från den sekundära deltagaren åtar sig originatorn att överföra intäkterna av fordringarna till den sekundära deltagaren, som slutligen skulle bära *alla* förluster i händelse av uteblivna lånebetalningar.[44] Eftersom de ursprungliga lånen inte säljs och kvarstår i originatorns balansräkning skulle man även kunna hävda att syftet med det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande, ur originatorns perspektiv, i huvudsak utgörs av hantering av kredit- och kapitalrisk. Det är allmänt vedertaget att värdepapperisering, med vilken transaktionen med sekundärt deltagande är jämförbar, är en mekanism för riskhantering, vid sidan av försäljning eller återförsäkring av lån.[45]

[40] Det ska noteras att det inte tydligt anges huruvida de ursprungliga lånen är framtida eller befintliga lån i de handlingar som överlämnats till domstolen. Denna fråga besvarades inte vid förhandlingen.

[41] Se punkt 54 ovan.

[42] Se 183 § 4 i lagen om investeringsfonder.

[43] Metoder för överföring av lån kan inbegripa novation, överlåtelse och deltagande eller sekundärt deltagande, vilka kan vara antingen förbetalda eller obetalda.

[44] En sådan överföring sker eftersom det i 183 § 4 i lagen om investeringsfonder föreskrivs en skyldighet att till den sekundära deltagaren överföra alla intäkter av de värdepapperiserade fordringarna, kapitalbeloppet av de värdepapperiserade fordringarna samt de belopp som erhållits till följd av realisering av de säkerheter som avser de värdepapperiserade fordringarna.

[45] OECD, *Facilitating Access to Finance – Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes*, OECD Publishing, 2010.

59. I förevarande mål ankommer det på den hänskjutande domstolen, med beaktande av samtliga omständigheter som rör den aktuella transaktionen, att avgöra huruvida riskhantering kan anses utgöra det väsentliga inslaget i de tjänster som tillhandahålls av den sekundära deltagaren.

60. Jag anser att det i detta sammanhang är av väsentlig betydelse att de betalningar som görs av originatorn inom ramen för avtalet om sekundärt deltagande är beroende av huvudgäldenärens prestationer. Om huvudgäldenären inte fullgör sina betalningsförpliktelser kan originatorn inte överföra betalningarna till den sekundära deltagaren, vilken då i sin tur inte erhåller det belopp som enats om vid ingåendet av avtalet. I detta avseende finns det två inslag som skiljer den aktuella transaktionen från ett traditionellt kreditavtal. Det första inslaget, vilket karakteriserar den aktuella trepartstransaktionen, är att den sekundära deltagaren saknar fordran mot huvudgäldenären, eftersom den sekundära deltagaren inte har rätt att driva fordringar med avseende på lån som inte återbetalas. För det andra är det inom ramen för ett traditionellt kreditavtal brukligt att gäldenären behöver ställa garantier och säkerheter för lånet. I allmänhet grundar banker sina lånebeslut på värdet av dessa säkerheter.[46] I den aktuella transaktionen finns det emellertid inga garantier som minimerar risken för förlust för den sekundära deltagaren om huvudgäldenären inte fullgör sina betalningsförpliktelser.[47]

61. Med hänsyn till det dubbla syftet med den aktuella transaktionen och dess huvudsakliga särdrag anser jag att transaktionen med sekundärt deltagande i detta mål ska särskiljas från den transaktion som var föremålet för domen Franck.[48] Den transaktionen rörde ett kommersiellt företag, vars verksamhet bestod i att bearbeta te och kaffe, som ställde medel till förfogande för en detaljhandelskedja genom samtidigt ingående av tre typer av avtal. På grund av att det ekonomiska syftet med den transaktionen var att tillgodose detaljhandelskedjans kapitalbehov[49] ansåg domstolen, med förbehåll för den nationella domstolens prövning, att transaktionens huvudsakliga inslag bestod i att ställa de medel som det kommersiella företaget hade erhållit från ett factoringföretag till detaljhandelskedjans förfogande. Domstolen meddelade att de övriga tjänster som tillhandahölls av företaget vid fullgörandet av de tre avtalstyperna var underordnade den huvudsakliga tjänsten, det vill säga att de underordnade tjänsterna saknade ett fristående syfte. Det är tydligt att den transaktion som var föremålet för domen Franck inte innefattade överlåtelse av risk, till skillnad från transaktionen i fråga i förevarande mål, men den kan – med förbehåll för den nationella domstolens prövning – ha utgjort beviljande av kredit i den mening som avses i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112.

5) Slutsats i denna del

62. Det dubbla syftet med den aktuella transaktionen, det vill säga finansiering av huvudlånet samt hantering av kreditrisk av originatorn, utgör odelbara tjänster, och ingen av dessa tjänster – med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning – kan anses vara varken en huvudsaklig eller en underordnad tjänst. Båda dessa tjänster kan tillhandahållas separat, men det står klart att enligt det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande utgör betalningen av förskottsbeloppet

[46] Ibidem.

[47] Denna bedömning bekräftas av definitionen av kreditavtal i artikel 3.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2021/2167 av den 24 november 2021 om kreditförvaltare och kreditförvärvare och om ändring av direktiven 2008/48/EG och 2014/17/EU (EUT L 438, 2021, s. 1), där det anges att ett kreditavtal är ”ett avtal såsom det ursprungligen utfärdats, ändrats eller ersatts, varigenom ett kreditinstitut beviljar en kredit i form av ett betalningsanstånd, ett lån eller någon annan liknande finansieringsform”. Därav följer att begreppet kreditavtal, såsom det definieras i bestämmelsen, är synnerligen brett. Denna definition skulle, enligt min uppfattning, kunna omfatta ett sådant avtal som är föremål i det aktuella målet, genom vilket kapital tillhandahålls i utbyte mot betalningsanstånd. Definitionen innefattar emellertid inte överlåtelse av risk, vilket är en väsentlig del i det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande.

[48] Dom av den 17 december 2020, Franck (C-801/19, EU:C:2020:1049).

[49] Punkt 28 i domen.

ersättning för att erhålla de intäkter av fordringar som originatorn därefter överför till den sekundära deltagaren. Originatorn kan även åta sig att överföra dessa intäkter i utbyte mot att risken överlåts på den sekundära deltagaren. Jag anser följaktligen att eftersom den aktuella transaktionen med sekundärt deltagande fungerar som ett finansieringssätt och som en metod för överlåtelse av risk med avseende på de ursprungliga lånen, ska den behandlas i mervärdesskattehänseende endast som en helhet. [50]

63. Det är således min mening att den tjänst som utgörs av finansiering av lån kan omfattas av begreppet beviljande av kredit och därmed av det undantag från skatteplikt som föreskrivs i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112, men detsamma är inte fallet när det gäller den tjänst som den sekundära deltagaren tillhandahåller genom vilken den övertar kreditrisken i händelse av att huvudgäldenären inte fullgör sina betalningsförpliktelser. Det finns emellertid inte något i ordalydelsen i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 som avgör huruvida en tjänst som består i att överta den kreditrisk som överlåts på den sekundära deltagaren av originatorn kan anses utgöra beviljande av kredit, varför denna fråga måste klargöras genom att beakta systematiken i och målen med denna bestämmelse.

b) Systematisk tolkning

1) Systematiken i artikel 135.1 i direktiv 2006/112

64. Det ska i systematiskt hänseende noteras att det i artikel 135.1 i direktiv 2006/112 hänvisas till en rad olika finansiella transaktioner, banktransaktioner och andra transaktioner som rör krediter, överlåtbara instrument, skuldebrev och värdepapper, vilka kan ge viss vägledning om hur uttrycket beviljande av kredit i den mening som avses i led b i bestämmelsen bör tolkas. I led d i den nämnda artikeln avses närmare bestämt ”[t]ransaktioner, inbegripet förmedling, rörande spar- och transaktionskonton, betalningar, överföringar, fordringar, checkar och andra överlåtbara skuldebrev”, medan ”[t]ransaktioner … rörande … obligationer och andra värdepapper” nämns i dess led f. Enligt min uppfattning kan leden a, c och e i den punkten uteslutas från den aktuella bedömningen, eftersom de områden, transaktioner och personer som berörs i dessa led inte är relevanta för klassificeringen av transaktionen i fråga.

65. Vid bedömning av tillämpningsområdet för artikel 135.1 b, d och f i direktiv 2006/112 har jag dragit slutsatsen att deras respektive tillämpningsområde och syfte skiljer sig något åt. [51]

66. För det första, när det gäller beviljande av kredit i den mening som avses i artikel 135.1 b i direktiv 2006/112, har domstolen – vilket jag har påpekat tidigare – konstaterat att detta består i tillhandahållande av ett kapital, för vilket ersättning vederbörligen utgår genom räntebetalningar, eller ett av leverantören godkänt anstånd med erläggandet av köpeskillingen mot betalning av ränta som ersättning för denna kredit. [52]

[50] Se, analogt, dom av den 19 juli 2012, Deutsche Bank (C-44/11, EU:C:2012:484, punkt 43).

[51] Skillnaderna framgår av ordalydelserna i dessa led. Punkt b rör ”beviljande” av ”kredit”, led d avser transaktioner ”rörande” viss bankverksamhet och led f innefattar transaktioner ”rörande” särskilda rättigheter och värdepapper (se förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i målet Aspiro (C-40/15, EU:C:2015:850, punkt 26) samt dom av den 17 mars 2016, Aspiro (C-40/15, EU:C:2016:172, punkt 29)).

[52] Punkt 48 ovan.

67. För det andra, när det gäller de transaktioner som anges i artikel 135.1 d i direktiv 2006/112, har domstolen slagit fast att transaktioner som rör ”spar- och transaktionskonton, betalningar, överföringar, fordringar, checkar och andra överlåtbara skuldebrev” utgör finansiella transaktioner och rör, i synnerhet, betalningsinstrument som fungerar på ett sådant sätt som medför överföring av pengar. [53] I en nyligen avkunnad dom konstaterade domstolen att växlar som utfärdats av ett företag utgör ”överlåtbara skuldebrev” i den mening som avses i bestämmelsen, eftersom de medförde en skyldighet för företaget, i egenskap av utfärdare, att betala det belopp som angetts till innehavaren vid förfallodagen. [54]

68. För det tredje, när det gäller det undantag från skatteplikt som föreskrivs i artikel 135.1 f i direktiv 2006/112, ska det erinras om att bestämmelsen bland annat omfattar transaktioner rörande ”aktier, andelar i bolag eller andra sammanslutningar, obligationer och andra värdepapper”. Domstolen har slagit fast att värdepapper ger äganderätt i juridiska personer och att ”andra värdepapper” måste anses vara jämförbara till sin beskaffenhet med de värdepapper som specifikt nämns i bestämmelsen. [55] Domstolen har vidare konstaterat att transaktioner som rör aktier och andra värdepapper omfattar transaktioner som utförs på värdepappersmarknaden samt att handeln med värdepapper omfattar handlingar som förändrar den rättsliga och finansiella situationen mellan parterna. [56] Uttrycket ”transaktioner … rörande andra värdepapper”, i den mening som avses i bestämmelsen, avser således transaktioner som kan skapa, förändra eller utsläcka parternas rättigheter och skyldigheter avseende värdepapper. [57]

69. Enligt min mening följer det av systematiken i de ovan nämnda leden i artikel 135.1 i direktiv 2006/112 att led d avser betalningar och överlåtbara skuldebrev [58] och att led f omfattar bland annat investeringar [59] och transaktioner rörande värdepapper, vilka kan innefatta en överlåtelse av risk såsom den som är aktuell i det nationella målet. Led b, däremot, avser mer traditionell kreditverksamhet som inbegriper att ställa kapital till förfogande mot ersättning. Det förefaller därmed vara så att de transaktioner som omfattas av artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 kan inbegripa vissa typer av kreditverksamhet, men inte innefattar överlåtelse av kreditrisk, vilket tycks utgöra ett väsentligt inslag i den aktuella transaktionen.

70. I detta sammanhang ankommer det på den hänskjutande domstolen, med beaktande av alla omständigheter i målet, att avgöra hur transaktionen med sekundärt deltagande är strukturerad och, närmare bestämt, bedöma huruvida den underliggande skuldportföljen är uppdelad i trancher enligt lånens förväntade risknivåer. [60] Vid förhandlingen uteslöt inte parterna möjligheten att en sådan uppdelning förekommer; i ett sådant fall är de belopp som utgör förskottsbetalningen och/eller intäkterna av fordringar beroende av låneportföljens kvalitet samt den kreditriskexponering som överlåts på den sekundära deltagaren. [61]

[53] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juni 2014, Granton Advertising (C-461/12, EU:C:2014:1745, punkterna 36–38), dom av den 22 oktober 2015, Hedqvist (C-264/14, EU:C:2015:718, punkt 40) och dom av den 26 maj 2016, Bookit (C-607/14, EU:C:2016:355, punkt 40).

[54] Dom av den 17 december 2020, Franck (C-801/19, EU:C:2020:1049, punkt 42).

[55] Dom av den 12 juni 2014, Granton Advertising (C-461/12, EU:C:2014:1745, punkt 27).

[56] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juni 1997, SDC (C-2/95, EU:C:1997:278, punkterna 72 och 73).

[57] Dom av den 13 december 2001, CSC Financial Services (C-235/00, EU:C:2001:696, punkt 33), dom av den 29 oktober 2009, AB SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, punkt 48) och dom av den 5 juli 2012, DTZ Zadelhoff (C-259/11, EU:C:2012:423, punkt 23).

[58] Dom av den 17 december 2020, Franck (C-801/19, EU:C:2020:1049).

[59] Dom av den 6 februari 1997, Harnas & Helm (C-80/95, EU:C:1997:56, punkterna 16 och 18).

[60] En tranch är en del av ett strukturerat finansiellt instrument med särskilda risker, avkastningar och/eller löptider. En rangordning av fordringar kan vara knuten till varje tranch.

[61] Exempelvis, när en originator förvärvar kreditriskskydd för en lägre prioriterad tranch (en så kallad första förlusttranch som kännetecknas av hög risk och hög avkastning) syftar denna värdepapperisering till att minska den utfärdande bankens kapitalkrav i utbyte mot att kreditrisk överlåts på investerare, i stället för att skapa likviditet.

71. Såsom jag redan har framhållit i punkterna 55–57 i detta förslag till avgörande förefaller det vara så, med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, att de tjänster som den sekundära deltagaren tillhandahåller inom ramen för avtalet om sekundärt deltagande består av två sammanflätade och likvärdiga inslag, nämligen finansiering av de ursprungliga lånen samt överlåtelse av kreditrisk med avseende på de ursprungliga lånen på den sekundära deltagaren. Mot bakgrund av den allmänna systematiken i artikel 135.1 i direktiv 2006/112 och det avtalsinslag som medför kreditrisköverlåtelse, vilket innebär att transaktionen är jämförbar med en värdepapperiseringstransaktion, anser jag att den aktuella transaktionen med sekundärt deltagande inte omfattas av begreppet beviljande av kredit i den mening som avses i led b i den punkten. Om så inte vore fallet skulle man kunna hysa tvivel rörande skälen till led f i den punkten, eftersom samtliga transaktioner som nämns däri fordrar någon slags finansiering. Enligt min mening bekräftas denna slutsats genom en intertextuell tolkning av andra unionsrättsakter som rör värdepapperisering.

2) Förhållandet mellan artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 och unionsrätten om värdepapperisering

72. Inom det finansiella systemet är värdepapperisering en metod som gör det möjligt att konvertera lån till omsättningsbara värdepapper samt att sälja dessa värdepapper till investerare.[62] I värdepapperslagstiftningen görs åtskillnad mellan äkta (traditionell) värdepapperisering och syntetisk värdepapperisering. Till skillnad från äkta värdepapperisering inbegriper syntetisk värdepapperisering lån som inte säljs av banken utan som kvarstår i den utfärdande bankens balansräkning.[63] Den kreditrisk som är hänförlig till dessa lån överlåts på investeringsfonden. Syntetisk värdepapperisering sker när ”risköverföringen uppnås genom kreditderivat eller garantier och de exponeringar som värdepapperiseras förblir exponeringar för det institut som är originator”.[64] Den transaktion som utförs inom ramen för det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande har vissa särdrag som kännetecknar en förbetald syntetisk värdepapperisering,[65] eller liknar en sådan i begreppsmässigt hänseende.

73. Inom unionsrätten antogs ett allmänt ramverk för värdepapperisering genom förordning (EU) 2017/2402.[66] Målet med förordningen är att inrätta enkel, transparent och standardiserad värdepapperisering (nedan kallat STS-ramverket) för att göra krediter mer tillgängliga i EU och skydda investerare. Den åtskillnad mellan de två formerna av värdepapperisering som nämns ovan återfinns i förordningen. Syntetisk värdepapperisering definieras i artikel 2.1.10 i förordningen som en värdepapperisering vid vilken risköverföringen uppnås genom användning

[62] Se exempelvis https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-markets/securities-markets/securitisation. En unionsrättslig definition av begreppet värdepapperisering anges i artikel 4.1.61 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012 (EUT L 176, 2013, s. 1).

[63] I beslutet om hänskjutande definieras den aktuella transaktionen som en syntetisk värdepapperisering, men vid förhandlingen påpekade kommissionen att sådan värdepapperisering, till skillnad från transaktionen i fråga i det nationella målet, enligt gällande unionsrätt inte inbegriper finansiering från investerarens sida.

[64] Artikel 242.11 i förordning nr 575/2013.

[65] Syntetisk värdepapperisering kan vara förbetald eller obetald (se exempelvis https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583848/EPRS_BRI%282016%29583848_EN.pdf).

[66] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/2402 av den 12 december 2017 om ett allmänt ramverk för värdepapperisering och om inrättande av ett särskilt ramverk för enkel, transparent och standardiserad värdepapperisering samt om ändring av direktiven 2009/65/EG, 2009/138/EG och 2011/61/EU och förordningarna (EG) nr 1060/2009 och (EU) nr 648/2012 (EUT L 347, 2017, s. 35).

av kreditderivat eller garantier och de exponeringar som värdepapperiseras förblir exponeringar för originatorn. Inledningsvis omfattades sådan värdepapperisering emellertid inte av STS-ramverket. [67]

74. Förordning nr 2017/2402 ändrades den 31 mars 2021 [68] för att inkludera vissa former av syntetisk värdepapperisering i STS-ramverket, i syfte att öka likviditeten och underlätta tillgången till finansiering efter covid-19-krisen. Genom antagandet av förordning nr 2021/557 erkände EU-lagstiftaren syntetisk värdepapperisering i balansräkningen, en kategori som den aktuella transaktionen med sekundärt deltagande förefaller omfattas av eller som den i begreppsmässigt hänseende liknar. [69]

75. De nya bestämmelserna har varit tillämpliga enbart sedan den 9 april 2021, medan det omtvistade förhandsbeskedet i skattefrågor meddelades den 30 december 2015, det vill säga vid en tidpunkt då syntetisk värdepapperisering inte omfattades av specifika unionsrättsliga bestämmelser. Bestämmelserna i förordning nr 2021/557 kan emellertid ge viss information om särdragen hos syntetisk värdepapperisering samt ge vägledning om hur avtalet om sekundärt deltagande ska klassificeras enligt de unionsrättsliga bestämmelserna om värdepapperisering.

76. Det är i detta sammanhang intressant att notera att i skäl 11 i förordningen, som rör syntetisk värdepapperisering, förklaras det tidigare nämnda dubbla syftet med transaktionen, det vill säga att investeraren säljer skydd och originatorn köper kreditskydd av investeraren och åtar sig att betala en kreditriskskyddspremie som genererar avkastning för investerarna. I skäl 13 i förordning nr 2021/557 anges att ”risköverföringen i syntetiska värdepapperiseringar sker genom ett kreditriskskyddsavtal i stället för genom en försäljning av de underliggande tillgångarna”. Såsom kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen, till skillnad från den syntetiska värdepapperisering som fastställs i förordning nr 2021/557, innefattar den aktuella transaktionen i det nationella målet att den sekundära deltagaren gör en första betalning till originatorn. Denna omständighet saknar dock betydelse vid en jämförelse av syftena med de två transaktionerna, eftersom det står klart att båda transaktionerna har ett kreditriskskyddsändamål.

77. Vidare, i skäl 5 i förordning nr 2021/557 anger EU-lagstiftaren att syntetisk värdepapperisering är ett sätt att flytta bort riskerna från de systemviktiga delarna av det finansiella systemet och stärka långivarnas kapitalpositioner samt möjliggöra för dem att anskaffa nytt eget kapital. Mot denna bakgrund bedömer jag att de skäl som ligger till grund för att göra syntetisk värdepapperisering mer tillgänglig eftersträvar samma dubbla syfte som det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande, det vill säga det dubbla syfte som redogörs för i punkterna 55–61 i detta förslag till avgörande.

78. De unionsrättsliga bestämmelserna om värdepapperisering utgör således inte något hinder för att de aktuella transaktionerna i det nationella målet ska kunna anses vara transaktioner eller affärer som omfattas av artikel 135.1 i direktiv 2006/112, men det förefaller framgå av unionsrätten att dessa transaktioner omfattas av led f i bestämmelsen. Mot bakgrund av de skäl som redogörs för i punkterna 63 och 71 i detta förslag till avgörande anser jag att endast en del av de aktuella transaktionerna i det nationella målet kan omfattas av artikel 135.1 b i direktiv 2006/112, medan den andra delen – överlåtelsen av kreditrisk, som kan anses vara en både likvärdig och väsentlig del av transaktionen – kan omfattas av led f i den punkten. Frågan

[67] Se skäl 24 i förordning nr 2017/2402.

[68] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/557 av den 31 mars 2021 om ändring av förordning (EU) 2017/2402 för att stödja återhämtningen efter covid-19-krisen (EUT L 116, 2021, s. 1).

[69] Se definitionen i skäl 9 i förordning 2021/557.

om huruvida den sistnämnda bestämmelsen är tillämplig på den berörda transaktionen ingår inte i den tolkningsfråga som den nationella domstolen har ställt, och är därmed inte föremål för förvarande mål.

3. Teleologisk tolkning

79. Utgångspunkten för en teleologisk tolkning av artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 är att väga, å ena sidan, kravet på en snäv tolkning av de undantag från skatteplikt som föreskrivs i artikeln [70] mot, å andra sidan, den vida tolkning som ges till uttrycket beviljande av kredit. [71] Den sistnämnda tolkningen följer av ändamålet med direktiv 2006/112 att säkerställa likabehandling av beskattningsbara personer. [72]

80. I skälen i direktiv 2006/112 förklaras inte varför EU-lagstiftaren har undantagit finansiella tjänster, däribland beviljande av kredit, från skatteplikt.

81. Beträffande artikel 13 B d i sjätte direktivet (numera artikel 135.1 c i direktiv 2006/112) har domstolen slagit fast att det ändamål som eftersträvas med undantaget från skatteplikt för finansiella tjänster är att lindra de svårigheter som är förenade med fastställandet av beskattningsunderlaget och det avdragsgilla beloppet [73] samt att undvika en ökning av kostnaderna för konsumtionskrediter. [74] På samma sätt är det ändamål som eftersträvas med artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 att lindra de svårigheter som är förenade med fastställandet av beskattningsunderlaget och det avdragsgilla beloppet samt att minska finansieringskostnaderna. När det gäller minskade kostnader i förevarande mål kvarstår frågan om huruvida den transaktion som utförs inom ramen för avtalet om sekundärt deltagande verkligen skulle minska kostnaden för den kredit som förvärvats av originatorn.

82. För det första, beträffande det ändamål som rör svårigheter som är förenade med fastställandet av beskattningsunderlag, föreligger inga svårigheter för ett sådant fastställande i förevarande mål – vilket skattemyndigheten påpekade vid förhandlingen – eftersom mellanskillnaden mellan de två aktuella beloppen, det vill säga den förskottsbetalning som betalas av den sekundära deltagaren och intäkterna av fordringarna, kan fastställas objektivt. Transaktionen i fråga uppfyller således inte det första ändamålet.

83. För det andra, när det gäller ändamålet att undvika en ökning av, eller att minska kostnaderna för, krediten, kvarstår frågan om huruvida den transaktion som utförs inom ramen för avtalet om sekundärt deltagande verkligen skulle minska kostnaden för den kredit som förvärvats av originatorn. Värdepapperisering är ett verktyg som kan ge banker större möjligheter att tillhandahålla finansiering, diversifiera portföljer och hantera risker, men det är, enligt min mening, högst tveksamt om en värdepapperisering verkligen minskar finansieringskostnaderna, eftersom en sådan transaktion inbegriper en överlåtelse av risk från originatorn till den sekundära deltagaren. En sådan risköverföring medför en kostnad som sannolikt bidrar till att antingen minska det belopp som betalas av den sekundära deltagaren och/eller öka den betalning, i form av intäkter, som görs av originatorn. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att

[70] Se punkt 43 ovan.

[71] Se punkt 47 ovan. Se även dom av den 17 december 2020, Franck (C-801/19, EU:C:2020:1049, punkt 35).

[72] Se, särskilt, dom av den 15 maj 2019, Vega International Car Transport and Logistic (C-235/18, EU:C:2019:412, punkterna 44 och 45).

[73] Generaladvokat Szpunar har påpekat att det i doktrinen är allmänt erkänt att dessa tjänster, som endast rör finansiella rörelser, är alltför svåra att beskatta på grund av svårigheten att avgränsa beskattningsunderlaget (se förslag till avgörande i målet Volkswagen Financial Services (UK), C-153/17, EU:C:2018:305, punkt 80).

[74] Dom av den 19 april 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, EU:C:2007:232, punkt 24).

bedöma dessa faktiska omständigheter för att avgöra huruvida finansieringskostnaden verkligen minskar genom transaktionen i fråga och huruvida det ändamål som eftersträvas med artikel 135.1 b i direktiv 2006/112 kan anses vara uppfyllt.

84. Sammanfattningsvis anser jag att det står klart att en transaktion som den som är aktuell i det nationella målet inte omfattas av de finansiella transaktioner rörande beviljande av kredit som är undantagna från mervärdesskatteplikt enligt artikel 135.1 b i direktiv 2006/112. Det är emellertid möjligt att en sådan transaktion kan omfattas av andra bestämmelser, däribland av led f i den punkten, med hänsyn till att ett väsentligt inslag i transaktionen utgörs av att riskhantering tillhandahålls av den sekundära deltagaren.

V. Förslag till avgörande

85. Jag föreslår att domstolen ska besvara tolkningsfrågan från Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) på följande sätt:

Artikel 135.1 b i rådets direktiv 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt ska tolkas så, att det undantag från skatteplikt som föreskrivs för transaktioner som avser beviljande, förmedling och förvaltning av krediter inte är tillämpligt på de tjänster som tillhandahålls inom ramen för det omtvistade avtalet om sekundärt deltagande i det nationella målet, enligt vilket den sekundära deltagaren åtar sig att till originatorn betala ett förskottsbelopp i utbyte mot att under avtalets löptid erhålla intäkterna av de fordringar som ingår i huvudlånet som beviljats huvudgäldenären, på grund av att led b inte omfattar den kreditrisk som överlåts av originatorn på den sekundära deltagaren och som, med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, utgör en väsentlig del av transaktionen.