Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 8. november 2012 [1]

Sag C-275/11

GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH
mod
Finanzamt Bayreuth

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesfinanzhof (Tyskland))

»Beskatning — moms — direktiv 77/388/EØF — artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6) — momsfritagelse for forvaltning af investeringsforeninger — direktiv 85/611 — institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) — administrationsselskaber for investeringsforeninger — definition af begrebet »forvaltning« — fritagelsens anvendelse på en tredjepartsadministrator — »specifik« virksomhed, der »set under ét udgør en særskilt helhed« — beskatning af ulovlige handelsaktiviteter — princippet om afgiftsneutralitet«

1. Udgør rådgivning om investering i værdipapirer, som udøves af tredjemand for et administrationsselskab for en investeringsfond, »forvaltning af investeringsforeninger«, hvorpå undtagelsen i artikel 13, punkt B, i direktiv 77/388/EØF [2] om moms finder anvendelse? Dette er i korte træk, hvad Bundesfinanzhof har spurgt om i denne præjudicielle forelæggelse.

2. Med besvarelsen af dette spørgsmål får Domstolen anledning til at analysere en fast praksis, som imidlertid ikke er helt uden problemer, og hvorefter de fritagelser, der er fastsat i artikel 13, punkt B, i direktiv 77/388 [3], finder anvendelse på tjenesteydelser, der leveres af en tredjepartsadministrator, hvis de »set under ét udgør en særskilt helhed og er specifikke og væsentlige for forvaltningen af investeringsforeninger«. Den generelle måde, hvorpå dette kriterium er formuleret i retspraksis, indebærer en særlig fortolkningsindsats, når det skal anvendes i en sag som denne.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT L 145, s. 1, herefter »sjette direktiv«).

3 — Det bemærkes, at sjette direktiv tidsmæssigt set er den lovgivning, der finder anvendelse i denne sag. Ræsonnementet i denne forbindelse kan dog uden videre overføres til i dag, da Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/112/EF af 28.11.2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (EUT L 347, s. 1), hvorved sjette direktiv blev ophævet, fastsætter den samme fritagelse på de samme betingelser i artikel 135, stk. 1, litra g).

I – De retlige rammer

A – *EU-retlige forskrifter*

3. Direktiv 77/388 (herefter »sjette direktiv«) fastsætter i artikel 13, punkt B, en række afgiftsfritagelser, hvoraf jeg i forbindelse med denne sag vil nævne følgende:

»[M]edlemsstaterne [fritager] på betingelser, som de fastsætter for at sikre en korrekt og enkel anvendelse af nedennævnte fritagelser, og med henblik på at forhindre enhver mulig form for svig, unddragelse og misbrug:

[…]

d) følgende transaktioner:

[…]

3. transaktioner, herunder forhandlinger, vedrørende anbringelse af midler, kontokurantkonti, betalinger, overførsler, fordringer, checks og andre i handelsforhold benyttede dokumenter, dog ikke inddrivelse af fordringer.

[…]

5. transaktioner, herunder forhandlinger, med undtagelse af forvaring og forvaltning, i forbindelse med aktier, andele i selskaber eller andre sammenslutninger, obligationer, og andre adkomstbeviser, bortset fra:

— varerepræsentativer

— de i artikel 5, stk. 3, omhandlede rettigheder og adkomstbeviser

6. forvaltning af investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne

[…]«

4. I artikel 1, stk. 2 og 3, i direktiv 85/611/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) i den version, der var gældende fra 1999 til 2002, defineres disse institutter således:

»2. Ved anvendelsen af dette direktiv og med forbehold af artikel 2 forstås ved investeringsinstitutter sådanne foretagender

— der har som eneste formål at foretage kollektiv investering i værdipapirer af kapital tilvejebragt ved henvendelse til offentligheden, og hvis virksomhed bygger på princippet om risikospredning, og

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

3. Disse institutter kan i henhold til loven oprettes ifølge aftale (investeringsfonde administreret af administrationsselskaber) eller som »trusts« (»unit trusts«) eller i henhold til vedtægter (investeringsselskab).«

5. I 2002 blev der vedtaget en omfattende ændring af direktiv 85/611 med gennemgribende ændringer af reglerne for administrationsselskaber [4]. Efter denne ændring defineres udtrykket »administration« af investeringsfonde og investeringsselskaber i bilag II, og der gives flere eksempler. I den nye artikel 5, stk. 2, i direktiv 85/611 henvises udtrykkeligt til den ikke-udtømmende liste over opgaver i det ovennævnte bilag med følgende ordlyd:

»Administration af investeringsfonde og investeringsselskaber omfatter de i bilag II anførte opgaver; listen er ikke udtømmende.«

6. Bilag II har følgende ordlyd:

»Opgaver i forbindelse med kollektiv porteføljeforvaltning:

— Investeringsforvaltning

— Administration

  a) juridisk bistand og regnskabstjenesteydelser i forbindelse medfondsforvaltning

  b) kundeforespørgsler

  c) værdi- og prisfastsættelse (herunder selvangivelser)

  d) kontrol med overholdelse af lovgivning

  e) ajourføring af deltagerregister

  f) udlodning af overskud

  g) emission og indløsning af andele

  h) kontraktetablering (herunder udsendelse af beviser)

  i) registrering

— Markedsføring«.

7. Som følge af ændringen i 2002 indførte EU-lovgiver endvidere artikel 5g i direktiv 85/611, der fastsatte, at medlemsstaterne kan tillade, at administrationsselskaber delegerer til tredjemand på deres vegne at udøve en eller flere af deres egne opgaver, såfremt visse betingelser er opfyldt. I henhold til denne bestemmelse skal det navnlig sikres, at delegationen af opgaver ikke hindrer et effektivt tilsyn med administrationsselskabet, og at opgaverne udføres behørigt.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/107/EF af 21.1.2002 om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) med henblik på en regulering af administrationsselskaber og forenklede prospekter (EFT L 41 af 13.2.2002, s. 20-34) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/108/EF af 21.1.2002 om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter), med hensyn til investeringsinstitutters investeringer (EFT 2002 L 41, s. 35-42).

II – De faktiske omstændigheder

8. GfBk (Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH) er et tysk selskab, hvis virksomhed består i information og rådgivning om børsmarkedet samt rådgivning om og markedsføring af finansielle aktiver.

9. I 1999 indgik et administrationsselskab for investeringsfonde (herefter »administrationsselskabet«) en tjenesteydelseskontrakt med GfBk. GfBk skulle bl.a. rådgive dette administrationsselskab om »forvaltning af fondens aktiver« samt »under stadig iagttagelse af fondsaktiverne anbefale køb eller salg af formueaktiver«. GfBk forpligtede sig ligeledes til at »iagttage princippet om risikofordeling, lovbestemte begrænsninger for investeringer […] og […] betingelser for investeringer […]«.

10. Det fremgår af sagens akter, at GfBk's vederlag blev beregnet som en procentdel af investeringsfondens værdi.

11. I perioden 1999-2002 fremsendte GfBk anbefalinger til administrationsselskabet om køb og salg af værdipapirer pr. telefon, telefax eller webserver. Ifølge den forelæggende ret udarbejdede GfBk ikke omfattende ekspertanalyser, men specifikke anbefalinger, som administrationsselskabet indarbejdede i sit ordresystem. Efter at anbefalingerne var modtaget, blev de analyseret for at kontrollere, at de ikke var i strid med nogen lovmæssige begrænsninger. Efter denne kontrol iværksatte administrationsselskabet henstillingen, ofte inden for nogle minutter.

12. Vedrørende regnskabsårene 1999-2002 vurderede de tyske skattemyndigheder, at de ydelser, som GfBk havde leveret, ikke hørte under »forvaltning af investeringsfonde« som omhandlet i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6). GfBk er uenig i denne fortolkning og har anfægtet de afgørelser, der er truffet i denne henseende. Sagen er nu forelagt Bundesfinanzhof, som har stillet dette præjudicielle spørgsmål.

III – Det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

13. Den 5. maj 2011 modtog Domstolens Justitskontor forelæggelseskendelsen fra Bundesfinanzhof, som indeholdt tre forskellige svarmuligheder:

»Skal den ydelse, som en ekstern forvalter af en investeringsforening leverer, kun betragtes som tilstrækkelig specifik, og følgelig afgiftsfri, såfremt

a) denne udøver forvaltningsvirksomhed, og ikke kun rådgivningsvirksomhed, eller såfremt

b) ydelsen efter sin art adskiller sig fra andre ydelser på grund af et karakteristisk kendetegn for afgiftsfrihed i henhold til denne bestemmelse, eller såfremt

c) virksomheden udøves i henhold til delegation som omhandlet i artikel 5g i direktiv 85/611/EØF med senere ændringer?«

14. GfBk, den tyske, luxembourgske og græske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

15. På retsmødet, der blev afholdt den 28. juni 2012, tilkendegav den tyske regering og Kommissionen deres respektive synspunkter.

IV – Analyse af det præjudicielle spørgsmål

16. Selv om Bundesfinanzhof har formuleret spørgsmålet som forskellige svarmuligheder, mener jeg, at det bør analyseres som tre forskellige argumenter, der kan fremføres mod anvendelsen af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), på tjenesteydelser, der består i rådgivning og information vedrørende investering af værdipapirer og leveres af tredjemand. Domstolen opfordres således til at tage stilling til disse argumenter hver især for at afgøre, hvordan den ovennævnte bestemmelse skal fortolkes.

A – *Det første argument: anvendelsen af begrebet »forvaltning af investeringsforeninger« på tjenesteydelser, der består i rådgivning og information vedrørende investering og leveres af tredjemand*

17. Med det første argument ønsker Bundesfinanzhof oplyst, hvordan den ydelse, som GfBk har leveret, skal betegnes, og nærmere bestemt om den specifikt kan betegnes som »forvaltning af investeringsforeninger« og således som en tjenesteydelse, der er fritaget i henhold til sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6).

18. Jeg vil gerne indlede med at bemærke, at den regel, som Domstolen anvender, når den skal afgøre, om en uddelegeret aktivitet er omfattet af ovennævnte fritagelse, er kompliceret. Som jeg gjorde opmærksom på i begyndelsen af dette forslag til afgørelse, ligger vanskeligheden i denne sag nemlig i anvendelsen af det kriterium i retspraksis, der anvendes i sager vedrørende uddelegerede ydelser, hvorefter de for at være omfattet af momsfritagelsen »set under ét [skal] udgør[e] en særskilt helhed og [være] specifikke og væsentlige for forvaltningen af investeringsforeninger«.

19. Parterne har alle tilkendegivet deres mening i denne henseende og foreslået forskellige svar. Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik og Kommissionen mener ikke, at den rådgivning og information, som GfBk har ydet, er tilstrækkeligt specifikke og særskilte ydelser. GfBk og Storhertugdømmet Luxembourg anser derimod ydelserne for at være specifikke og udgøre en helhed og derfor omfattet af fritagelsen. Til støtte for det førstnævnte svar er det først og fremmest gjort gældende, at administrationsselskabet har det endelige ansvar for at træffe beslutninger, herunder det retlige ansvar. Det er også gjort gældende, at GfBk's anbefalinger om køb og salg kun er forslag, som administrationsselskabet ikke behøver at følge. GfBk og Storhertugdømmet Luxembourg har henvist til Domstolens dom i sagen Abbey National[5], hvori Domstolen medgav, at visse ydelser leveret af tredjemand var omfattet af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6).

20. For at besvare dette spørgsmål er det især nødvendigt først at gennemgå Domstolens praksis, nærmere bestemt dommen i sagen Abbey National, som alle de parter, der har deltaget i denne præjudicielle procedure, har henvist til gentagne gange.

1. Abbey National-dommen

21. I Abbey National-dommen besvarede Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende tjenesteydelser, som var leveret af tredjemand til et investeringsselskab, og som bl.a. bestod i beregning af overskud og prisen for andele eller aktier, vurderinger af aktiver, regnskab, udarbejdelse af deklarationer med henblik på udlodning af overskud, levering af oplysninger og dokumentation til brug for de periodiske regnskaber og selvangivelser, statistiske indberetninger og momsangivelser samt

5 — Domstolens dom af 4.5.2006, sag C-169/04, Sml. I, s. 4027, præmis 63.

forberedelse af overskudsprognoser [6]. Domstolen bekræftede vedrørende disse forskellige tjenesteydelser, som den klassificerede som »tjenesteydelser, der er knyttet til administrativ og regnskabsmæssig forvaltning« [7], at de »i princippet« var omfattet af anvendelsesområdet for sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6) [8].

22. Til grund for denne konklusion lagde Domstolen flere argumenter, der kan overføres til nærværende sag, hvilket jeg vil påvise nedenfor.

23. For det første undersøgte Abbey National-dommen formålet med den fritagelse, der er fastsat i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), nemlig at »gøre det lettere for småinvestorer at investere i investeringsforeninger« [9]. Fritagelsen har således til formål at sikre, at der er skattemæssig neutralitet mellem investorer, som forvalter deres portefølje direkte, og investorer, som gør brug af kollektiv investering gennem et administrations- eller investeringsselskab [10].

24. For det andet blev det i ovennævnte dom understreget, at »forvaltning« af en investeringsforening som omhandlet i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), ikke kun omfatter egentlige funktioner såsom porteføljeforvaltning, men også opgaver knyttet til »administrationen af institutterne for kollektiv investering selv« [11]. Med henblik på at afgøre, hvilke »administrative« tjenesteydelser der er tilstrækkeligt specifikke til at være omfattet af udtrykket »forvaltning« i præcis den forstand, hvori det er brugt i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), henviste Domstolen til bilag II i direktiv 85/611. Ifølge Domstolen er det under overskriften »Administration« »angivet«, hvilke opgaver inden for denne kategori der er tilstrækkeligt specifikke til at være omfattet af momsfritagelsen.

25. For det tredje behøvede denne »forvaltning« ifølge dommen ikke nødvendigvis at blive udført af én bestemt tjenesteyder. Domstolen understregede tværtimod udtrykkeligt, at forvaltning af investeringsforeninger som omhandlet i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), er »defineret på grundlag af arten af de leverede tjenesteydelser *og ikke på grundlag af tjenesteyderen eller ydelsesmodtageren*« [12]. I overensstemmelse med, hvad Domstolen også havde fastslået i tidligere domme vedrørende andre fritagelser i henhold til artikel 13, punkt B, litra d) [13], er det således ikke udelukket, at »forvaltning« kan opdeles i flere særskilte tjenesteydelser, og der er heller intet til hinder for, at nogle af disse skulle kunne leveres af en tredjepartsadministrator [14].

26. Endelig henvistes i dommen til tidligere retspraksis vedrørende sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), for at gøre opmærksom på, at de tjenesteydelser, som leveres af en tredjepartsadministrator, under alle omstændigheder »set under ét [skal] udgøre en særskilt helhed, der opfylder de specifikke og væsentlige funktioner for en ydelse som beskrevet i nr. 6)«, dvs. forvaltning af en investeringsfond.

6 — Jf. præmis 26 i Abbey National-dommen.

7 — Præmis 66 i Abbey National-dommen.

8 — Præmis 69 i Abbey National-dommen.

9 — Præmis 62 i Abbey National-dommen.

10 — Ibidem.

11 — Præmis 64 i Abbey National-dommen.

12 — Præmis 66 i Abbey National-dommen (min fremhævelse).

13 — Jf. dom af 5.6.1997, sag C-2/95, SDC, Sml. I, s. 3017, præmis 66, vedrørende nr. 5) (»transaktioner […] i forbindelse med aktier, andele i selskaber eller andre sammenslutninger, obligationer og andre adkomstbeviser […]«), af 13.12.2001, sag C-235/99, CSC Financial Services, Sml. I, s. 10237, præmis 23, af 21.6.2007, sag C-453/05, Ludwig, Sml. I., s. 5083, præmis 36, vedrørende nr. 1) (»ydelse og formidling af lån samt forvaltning af lån ved den person, som har ydet lånene«), af 28.10.2010, sag C-175/09, AXA UK, Sml. I, s. 10701, præmis 27, vedrørende nr. 3) (»transaktioner, herunder forhandlinger, vedrørende anbringelse af midler, kontokurantkonti, betalinger, overførsler, fordringer, checks og andre i handelsforhold benyttede dokumenter […]«, af 22.10.2009, sag C-242/08, Swiss Re Germany Holding, Sml. I, s. 10099, præmis 45, vedrørende nr. 2) (»forhandlinger og indgåelse af forpligtelser om sikkerhedsstillelse og andre former for sikkerhed og garantier, samt forvaltning af kreditgarantier ved den person, der har ydet kreditten«) samt nr. 3), og af 23.9.2011, sag C-350/10, Nordea Pankki, Sml. I, s. 7359, præmis 27, vedrørende nr. 5), citeret ovenfor.

14 — Præmis 67 i Abbey National-dommen.

27. Dette kriterium blev ikke udviklet yderligere i Abbey National-dommen og er heller ikke udviklet yderligere i andre afgørelser om andre fritagelser i sjette direktivs artikel 13, punkt 6, litra d). Man kan imidlertid udlede nogle retningslinjer ud fra den løsning, som Domstolen nåede frem til i hver enkelt sag. Disse retningslinjer, som vil kunne præcisere kravet om, at tjenesteydelserne skal være specifikke og særskilte, kunne være følgende: Den virksomhed, der udøves af tredjemand, skal have en tæt sammenhæng med den ydelse, der leveres af administrations- eller investeringsselskabet, samt en høj grad af selvstændighed med hensyn til indholdet. Endvidere bør den uddelegerede tjenesteydelse være vedvarende eller i hvert fald være tidsmæssig forudsigelig. Derimod er det tilsyneladende uden betydning, om ydelsen indebærer en ændring af den retlige eller økonomiske situation i det selskab, som den leveres til.

28. Jeg vil nu se nærmere på, om disse retningslinjer, der følger af den hidtidige praksis, er overholdt i nærværende sag.

2. Investeringsrådgivningen set i lyset af retspraksis

29. Med sit spørgsmål ønsker Bundesfinanzhof nærmere bestemt afgjort, hvorvidt GfBk's virksomhed kan uddelegeres, og om den, også hvis dette er tilfældet, kan være omfattet af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d). I denne forbindelse skal det bemærkes, hvilket også fremgik af gennemgangen af Abbey National-dommen, at uddelegerede tjenesteydelser, der leveres til et administrationsselskab for investeringsfonde, er omfattet af anvendelsesområdet for fritagelsen. Den betingelse, som Domstolen kræver opfyldt, er, at ydelserne »set under ét udgør en særskilt helhed og er specifikke og væsentlige for forvaltningen af investeringsforeninger«.

30. Som nævnt ovenfor i punkt 27, skal der ved anvendelsen af dette kriterium tages hensyn til forskellige karakteristika. Jeg vil behandle disse et ad gangen sammen med visse argumenter, der er fremført af medlemsstaterne og Kommissionen, hvilket vil lede frem til den konklusion, at de ydelser, der er leveret af GfBk, i princippet og med forbehold af visse omstændigheder, som det tilkommer den forelæggende ret at fastslå, opfylder de betingelser, der følger af kriteriet om, at ydelserne skal være specifikke og særskilte.

a) En tæt sammenhæng mellem ydelsen og investeringsfondens virksomhed

31. Den betingelse om, at ydelsen skal være specifik og udgøre en helhed, som er opstillet i Abbey National-dommen, betyder, at der skal være en tæt sammenhæng mellem en ydelse og den virksomhed, som udøves af en investeringsfond. Det er således et spørgsmål om at identificere de tjenesteydelser, som er særegne for en investeringsfond, og som gør, at den i denne henseende adskiller sig fra anden økonomisk virksomhed. For at tage et simpelt eksempel er beregning af prisen for andele og aktier eller et forslag om køb eller salg af aktiver en virksomhed, der er særegen for en investeringsforening, men ikke for en byggevirksomhed. Der er naturligvis intet i vejen for, at en byggevirksomhed kan foretage finansielle investeringer, men det er ikke en virksomhed, der er karakteristisk eller særegen og i denne henseende specifik for byggebranchen.

32. Teknisk bistand vedrørende it-udstyr eller tilmed – som nogle medlemsstater og Kommissionen påpegede under retsmødet – rengøringsydelser kan derimod leveres til såvel et administrationsselskab for en investeringsforening som en byggevirksomhed, uden at det kan hævdes at være en ydelse, der er specifik for nogen af disse brancher. Der er med andre ord tale om neutrale eller fungible ydelser hvad angår indholdet, eftersom de kan leveres til en hvilken som helst virksomhed, uanset hvad den beskæftiger sig med.

33. For så vidt angår rådgivning og information, der udelukkende vedrører forvaltning af fonde eller køb og salg af aktiver, er det derimod indlysende, at der er tale om en virksomhed, der er specifik for en investeringsfond. GfBk giver anbefalinger med hensyn til transaktioner, som administrationsselskabet derefter kan føre ud i livet, men i denne egenskab, dvs. som ansvarlig for forvaltningen af en investeringsfond. Der er således tale om ydelser, som er særlig karakteristiske for investeringsinstitutter, der, i henhold til direktiv 85/611, »har som eneste formål at foretage kollektiv investering af kapital tilvejebragt ved henvendelse til offentligheden i værdipapirer og/eller i andre […] likvide finansielle aktiver« [15].

34. Omstændighederne i den sag, der gav anledning til Abbey National-dommen, bidrager også til at bekræfte, at den virksomhed, der udøves af GfBk, er specifik. Hvis Domstolen konkluderede, at den administrative og regnskabsmæssige virksomhed er af specifik karakter med henblik på fritagelsen i artikel 13, nævnt ovenfor, må den samme konklusion gælde for en virksomhed, der er tæt forbundet med en fonds hovedvirksomhed, nemlig behandling af informationer med henblik på investering i værdipapirer. Såfremt administrativ virksomhed såsom regnskab, beregning af overskud og prisen for andele eller aktier og vurderinger af aktiver udgør en specifik og særskilt virksomhed, mener jeg, at dette så meget desto mere er tilfældet for en endnu mere specifik ydelse som rådgivning og information vedrørende forvaltning af fonden og køb og salg af aktiver.

35. Hertil kan man indvende, sådan som Forbundsrepublikken Tyskland har gjort, at rådgivnings- og informationsydelser ikke er nævnt i bilag II til direktiv 85/611. Dette argument kan dog ikke godtages, da det i artikel 5, stk. 2, i direktiv 85/611 understreges, at dette bilag »ikke [er] udtømmende«. Generaladvokat Kokott udtrykte dette meget tydeligt i sit forslag til afgørelse i Abbey National-sagen, hvor hun bemærkede, at »begreberne i bilag II til direktiv 85/611 [ikke skal betragtes] som udtømmende definitioner af en investeringsfonds administrative ydelser, men som en beskrivelse af de opgaver, der typisk henhører under et administrationsselskab« [16]. Det forhold, at de ydelser, som er leveret af GfBk, ikke udtrykkeligt nævnes i ovennævnte bilag, er derfor ikke til hinder for, at de kan klassificeres som specifikke tjenesteydelser, som vedrører »forvaltning« af en investeringsforening, eftersom bilaget først og fremmest er vejledende.

b) Tjenesteydelsens selvstændighed i forhold til fondens virksomhed

36. Kriteriet ifølge retspraksis om, at tjenesteydelserne skal være specifikke og særskilte, drejer sig også om ydelsernes selvstændighed, hvilket vil sige, at de ydelser, der leveres, skal være tilstrækkeligt afgrænsede, så de ikke sammenblandes med andre ydelser, der leveres af ydelsesmodtageren. Til en vis grad vedrører denne betingelse ydelsens bestemmende karakter, hvorfor Domstolen i nogle tilfælde har brugt adjektivet »væsentlig«, når den har henvist til betingelsen om, at ydelserne »set under ét [skal] udgøre en særskilt helhed« [17].

37. En ydelse, der »set under ét udgør en særskilt helhed«, er således for det første en ydelse, som ikke kan blandes sammen med de ydelser, som modtageren selv leverer. Hvis f.eks. et administrationsselskab i forvejen udfører regnskabsvirksomhed, hvilket fremgår af, at det har en intern regnskabsafdeling, som varetager hele denne ydelse, vil det være svært at adskille en regnskabsydelse, som leveres af tredjemand, fra den ydelse, som virksomheden selv udfører internt. Dette bekræfter, at en ydelse, som leveres af tredjemand, mister selvstændigheden, når ydelsesmodtageren allerede udfører denne selv.

15 — Artikel 1, stk. 2, i direktiv 85/611.

16 — Punkt 79 i forslaget til afgørelse i Abbey National-sagen, fremsat den 8.9.2005.

17 — Ibidem.

c) Ydelsens vedvarende karakter

38. For det tredje skal ydelsen, ud over at være specifik og særskilt, også have en vis tidsmæssigt vedvarende karakter. Der må med andre ord ikke være tale om en isoleret, sporadisk ydelse, da den ikke ville være tilstrækkeligt kvalificeret til at være omfattet af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6). Dette betyder ikke nødvendigvis, at ydelsen skal være tidsmæssigt lineær, da dette på forhånd ville kunne udelukke alle former for virksomhed, som ikke udøves regelmæssigt. Jeg mener, at den pågældende uddelegering skal anses for at være et valg fra administratorens side, som derfor har en vis karakter af stabilitet.

39. Det tilkommer den forelæggende ret at fastslå, om dette kriterium er opfyldt i denne sag. Hertil kræves en undersøgelse af, om GfBk leverede ydelserne til administrationsselskabet vedvarende, således at der kan iagttages en vis forudsigelighed med hensyn til kontinuiteten. Såfremt det fastslås, at rådgivnings- og informationsydelserne udelukkende blev leveret af GfBk, eller ligeledes af andre tredjeparter, og blev leveret vedvarende, vil det bekræfte, at der er tale om en virksomhed, der er tilstrækkeligt selvstændig til, at den »set under ét [kan] udgøre en særskilt helhed«.

d) Spørgsmålet, om kriteriet vedrørende ændringen af den retlige og finansielle situation er relevant

40. Til sidst vil jeg behandle et argument, som er fremført af Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen, hvorefter de retligt relevante beslutninger ikke træffes af GfBk, men af administrationsselskabet, hvilket bekræfter, at der ikke er tale om en specifik og særskilt »forvaltning« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6).

41. Dette argument kan ikke accepteres, da det kan anses for at være implicit forkastet ved Abbey National-dommen. Som det fremgår af det ovenstående, indgik alle de ydelser, som denne sag vedrørte, i de aktiviteter, som er almindelige og typiske for forvaltningen af et administrationsselskab, men der var intet til hinder for at klassificere dem som specifik og særskilt »forvaltning« i ovennævnte artikel 13's forstand. Denne analyse stemmer overens med det synspunkt, at en ændring af den retlige og finansielle situation ikke er absolut nødvendig, men at der skal ske en uddelegering, i egentlig forstand, af »forvaltningen«.

42. Generaladvokat Kokott var uenig i det kriterium, som generaladvokat Poiares Maduro havde fastsat i denne henseende [18], og Domstolen tilsluttede sig hendes synspunkt. I sit forslag til afgørelse i Abbey National-dommen afviste generaladvokaten, at det pågældende kriterium [som Domstolen allerede havde anvendt i forbindelse med andre fritagelser i henhold til artikel 13, punkt B, litra d)] fandt anvendelse, idet hun henviste til de mere overordnede bestemmelser i nr. 6). Endvidere gjorde hun dog opmærksom på, at »[s]åfremt fritagelsen begrænsedes til aktiviteter, der har betydning for porteføljens sammensætning, ville alene en underordnet del af investeringsforeningens virksomhed være afgiftsfritaget« [19]. Jeg er enig i dette ræsonnement og antager, at Domstolen deler denne opfattelse, eftersom den i sin konklusion i Abbey National-dommen ikke tog hensyn til kriteriet om en ændring af den retlige og finansielle situation.

18 — Jf. generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse fremsat den 18.5.2004 i BBI-sagen (dom af 21.10.2004, sag C-8/03, Sml. I, s. 10157, præmis 33).

19 — Punkt 66 i ovennævnte forslag til afgørelse.

e) En streng fortolkning af fritagelsen i henhold til sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6)

43. Til sidst er det nødvendigt at tage et mere generelt argument op, som fremgår af indlæggene fra både Forbundsrepublikken Tyskland og Den Hellenske Republik, og som vedrører en streng fortolkning af fritagelserne i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6). Dette argument er nemlig baseret på fast retspraksis, hvorefter momsfritagelser skal fortolkes strengt, da de er undtagelser fra en generel regel.

44. Generaladvokat Kokott tog også, med rette, dette argument op i forslaget til afgørelse i Abbey National-sagen. Heri understregede hun, at en streng fortolkning af sjette direktivs artikel 13 i visse tilfælde kunne komme i konflikt med fast praksis, hvorefter en ensartet fortolkning af samme begreb i forskellige retsakter er ønskværdig. For så vidt angår specifikt sjette direktivs artikel 13 og bilag II i direktiv 85/611 konkluderede generaladvokaten dog med hensyn til begrebet »forvaltning«, at konflikten var mere illusorisk end reel. Hun mente ikke, at nogen af bestemmelserne i direktiv 85/611 indeholdt en præcis definition af udtrykket »forvaltning af investeringsfonde«. Som nævnt ovenfor henviser direktivet blot til listen i bilag II, der højst er vejledende, og der er intet til hinder for, at domstolene supplerer denne liste i lyset af EU's retsordens formål og systematik.

45. Mit forslag til Domstolen udgør således ikke en udvidende fortolkning af udtrykket »forvaltning af investeringsfonde«. Tværtimod giver den fortolkning, jeg foreslår, blot en forståelse af begrebet »forvaltning« i forbindelse med uddelegering af ydelser, samtidig med at den sikrer en fortolkningsmæssig overensstemmelse med andre EU-retsakter. Dette var også den konklusion, Domstolen drog i Abbey National-dommen, hvori den fastslog, at en fortolkning af sjette direktivs artikel 13, som er i overensstemmelse med direktiv 85/611, understøttede den måde, som udtrykket »forvaltning« hidtil var blevet fortolket på, uden at dette på nogen måde udgjorde en udvidende fortolkning af betingelserne for undtagelsen.

f) Sammenfatning

46. I lyset af de argumenter, jeg har gjort rede for, og da den fortolkning, jeg har foreslået, ikke indebærer en udvidende fortolkning af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, mener jeg, at denne regel skal fortolkes således, at en tjenesteydelse, der består i rådgivning og information om forvaltning af en investeringsfond og køb og salg af aktiver og leveres af tredjemand, udgør »forvaltningsvirksomhed«, af specifik og særskilt karakter, forudsat at det fastslås, at tjenesteydelsen er selvstændig og vedvarende i forhold til den virksomhed, som faktisk udøves af ydelsesmodtageren, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve.

B – *Det andet argument: forenelighed med et påstået princip om horisontal afgiftsneutralitet*

47. Bundesfinanzhof har endvidere spurgt, hvorvidt en ydelse som den, GfBk har leveret, kan adskilles fra andre ydelser ved et karakteristisk kendetegn for afgiftsfritagelse. Til grund for den forelæggende rets spørgsmål ligger imidlertid et argument, som er baseret på, hvad man kunne kalde et princip om »horisontal« afgiftsneutralitet, dvs. en tilsidesættelse af sjette direktiv som følge af en skattemæssigt set mere fordelagtig behandling af en bestemt person (administrationsselskabet eller de investeringsselskaber, der gør brug af rådgivningsydelser) i forhold til en anden person (investorer, der foretager direkte investeringer, selv om de også gør brug af rådgivningsydelser). Det er derfor min opfattelse, at Bundesfinanzhof med anvendelsen af ordene »karakteristiske kendetegn« for den pågældende tjenesteydelse har ønsket at henlede Domstolens opmærksomhed på denne påståede forskelsbehandling.

48. Forudsat at anden del af det præjudicielle spørgsmål skal forstås på denne måde, mener jeg ikke, at princippet om afgiftsneutralitet er tilsidesat i denne sag. Et af formålene med fritagelserne i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), er nemlig at gøre det lettere for småinvestorer at investere gennem investeringsforeninger. Bag denne fritagelse ligger netop et behov for at garantere afgiftsneutralitet, da personer, som anvender kollektive investeringsformer, ellers ville blive straffet (pålagt moms) i forhold til direkte investorer (som selv udfører denne tjenesteydelse). Da kollektiv investering har til formål at gøre det lettere at investere for småinvestorer eller for investorer, som ikke har kendskab til et bestemt marked, udgør fritagelsen et incitament til disse grupper, som lovgiver har ment fortjente støtte [20].

49. At hævde, at anvendelsen af fritagelsen på GfBk udgjorde ugunstig behandling af private investorer, der anvender selskabets ydelser direkte, i forhold til administrationsselskaber, ville efter min opfattelse medføre en uendelig kæde af forskelsbehandling. Som generaladvokat Sharpston for nylig anførte i Deutsche Bank-sagen: »Hvis alle aktiviteter, der delvist konkurrerer indbyrdes, skulle have samme momsbehandling, ville resultatet i sidste ende – eftersom praktisk taget enhver aktivitet i et vist omfang overlapper med en anden – være at eliminere alle forskelle med hensyn til momsbehandling fuldstændigt« [21].

50. I dommen i ovennævnte sag støttede Domstolen sig til generaladvokatens forslag til afgørelse i denne henseende og tilføjede desuden, at princippet om afgiftsneutralitet »ikke [er] en primærretlig regel, som kan afgøre en fritagelses gyldighed, men et fortolkningsprincip, som skal anvendes parallelt med det princip, at fritagelser skal fortolkes strengt« [22].

51. At fastslå, at GfBk er omfattet af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), strider således efter min opfattelse ikke mod kravet om afgiftsneutralitet, idet dette princip skal forstås som et forbud mod forskelsbehandling af afgiftspligtige, som befinder sig i sammenlignelige situationer.

C – Det tredje argument: de retlige konsekvenser af delegation uden tilladelse i direktiv 85/611's forstand

52. For det tredje og sidste har Bundesfinanzhof spurgt, hvordan en ulovlig aktivitet påvirker fortolkningen af fritagelsen. Som det fremgår af sagsakterne, havde administrationsselskabet på tidspunktet for udøvelsen af den pågældende virksomhed ikke opnået den nødvendige tilladelse til at delegere ydelsen til GfBk. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at denne situation er i strid med direktiv 85/611 i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for ydelsens udførelse. Den har derfor spurgt Domstolen, om denne omstændighed på nogen måde påvirker fortolkningen af sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6).

53. Den Hellenske Republiks regering og Kommissionen har som de eneste tilkendegivet deres synspunkter vedrørende dette spørgsmål. Den Hellenske Republik har blot hævdet, at fritagelsen ikke finder anvendelse, såfremt tilsynsforpligtelserne i henhold til direktiv 85/611 er tilsidesat, mens Kommissionen har henvist til Domstolens praksis vedrørende momspligt for ulovlige aktiviteter. På baggrund af denne retspraksis har Kommissionen konkluderet, at den retlige kvalificering af en virksomhed som lovlig eller ulovlig på ingen måde bør påvirke fortolkningen af sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6).

20 — Punkt 27 og 28 i ovennævnte forslag til afgørelse.

21 — Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse fremsat den 8.5.2012 (dom af 19.7.2012, sag C-44/11, punkt 60).

22 — Nævnt ovenfor i fodnote 21, punkt 45.

54. Jeg er enig i det svar, Kommissionen har foreslået, men af årsager, som jeg vil gøre rede for nedenfor, finder jeg det ikke nødvendigt at gennemgå Domstolens praksis om momspligt for ulovlige aktiviteter i detaljer[23].

55. Ved behandlingen af det sidste argument bør det understreges, at en delegation altid indebærer en overførsel af beslutningsbeføjelsen og afstedkommer et forhold mellem den, der delegerer, og den, som den pågældende opgave delegeres til. Pr. definition betyder delegationen, at den, som opgaven delegeres til, får mulighed for at ændre eksisterende retlige situationer eller skabe nye retlige situationer, også uden at den delegerende giver samtykke hertil. Dette er baggrunden for direktivets krav om, at et administrationsselskab, som delegerer sine opgaver og overfører sin beslutningsbeføjelse til en anden person og herved giver denne beføjelse til at ændre en retlig situation, først skal indhente tilladelse hertil hos de kompetente myndigheder.

56. GfBk er dog i en helt anden situation. Der er ikke på noget tidspunkt blevet delegeret nogen væsentlige opgaver til GfBk, som kræver en tilladelse. Selskabets virksomhed består i »forvaltning« af en investeringsfond, men denne »forvaltning«, som omhandlet i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), er tydeligvis et videre begreb, som ikke nødvendigvis indebærer en overførsel af beslutningsbeføjelse og som følge heraf en ændring af retlige situationer. Jeg har behandlet dette kendetegn ved begrebet »forvaltning« ovenfor i punkt 41 og 42 og henviser til de argumenter, jeg har anført dér.

57. Eftersom begrebet »forvaltning« i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), omfatter ydelser, som ikke medfører en ændring af retlige situationer, mener jeg derfor ikke, at det forhold, at der ikke blev givet tilladelse til delegationen til GfBk, påvirker anvendelsen af fritagelsen i ovennævnte bestemmelse.

V – Forslag til afgørelse

58. I lyset af de argumenter, jeg har gjort rede for, foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, der er stillet af Bundesfinanzhof, således:

»Artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, skal fortolkes således, at en rådgivnings- og informationsydelse, der vedrører forvaltningen af en investeringsfond og køb og salg af aktiver og leveres af tredjemand, udgør »forvaltning« af specifik og særskilt karakter, forudsat at det fastslås, at ydelsen er selvstændig og vedvarende i forhold til den virksomhed, som ydelsesmodtageren faktisk udøver, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve.

Den foreslåede fortolkning af artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), i direktiv 77/388, berøres ikke af, at der tages hensyn til et krav om horisontal afgiftsneutralitet.

Artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6), i direktiv 77/388 skal fortolkes således, at for så vidt som begrebet »forvaltning« omfatter ydelser, der ikke medfører en ændring af retlige situationer, berører det forhold, at der ikke er blevet givet tilladelse til delegationen til GfBk, ikke anvendelsen af fritagelsen i ovennævnte bestemmelse.«

23 — Jf. bl.a. dom af 2.8.1993, sag C-111/92, Lange, Sml. I, s. 4677, præmis 12, og af 11.6.1998, sag C-283/95, Fischer, Sml. I, s. 3388, præmis 21.