FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT N. JÄÄSKINEN fremsat den 16. december 2010[1]

1. Denne præjudicielle anmodning vedrører klassifikationen af emissionsgarantitjenesteydelser (underwriting) i momsretlig forstand.

2. Emissionsgarantitjenesteydelser vedrører almindeligvis den situation, hvor den, der stiller emissionsgaranti mod et vist vederlag, garanterer, at vedkommende vil købe eller tegne (i tilfælde af nyudstedelse af aktier) den del af aktierne, der ikke kan sælges eller udstedes på markedet. Formålet med en sådan tjenesteydelse er derfor at sikre, at aktieudstedelsen ville blive tegnet fuldt ud, eller at samtlige aktier vil blive solgt, og at aktieudstederen vil modtage et vist kapitalbeløb.

3. I den foreliggende sag efterspurgte visse aktieselskaber emissionsgarantier med dette formål. Tegningsgaranten (Skandinaviska Enskilda Banken, herefter »SEB«) påtog sig mod provision at købe de aktier, som ikke måtte blive tegnet inden for den periode, hvor aktietegningen skulle ske.

4. Hovedspørgsmålet er, hvorvidt og i givet fald i henhold til hvilken bestemmelse i sjette momsdirektivs[2] artikel 13, punkt B, den pågældende emissionsgaranti skal klassificeres. Tre bestemmelser i dette direktivs artikel 13, punkt B, er af særlig relevans, nemlig forsikringstransaktioner i artikel 13, punkt B, litra a), ydelse af lån og kreditgarantier i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 1) og 2), og transaktioner i forbindelse med aktier og andre adkomstbeviser i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5).

5. Klassificering af emissionsgarantitjenesteydelser er noget af en vanskelig opgave i

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (herefter »sjette momsdirektiv«) (EFT L 145, s. 1). Sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra a) og d), er nu artikel 135, stk. 1, i Rådets direktiv 2006/112/EF af 28.11.2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (EUT L 347, s. 1) (herefter »momsdirektivet«), som erstatter sjette momsdirektiv med virkning fra 1.1.2007 (jf. sammenligningstabellen i bilag XII til momsdirektivet). Formålet med momsdirektivet er at præsentere de relevante bestemmelser på en klar og rationel måde, der er i overensstemmelse med princippet om bedre lovgivning (tredje betragtning til direktivet).

betragtning af, at den økonomiske realitet i forbindelse med tjenesteydelser vedrørende virksomhedsfinansiering, der tilbydes på finansmarkederne, har en dynamisk karakter og ikke så let lader sig indpasse i de statiske, forud fastsatte bestemmelser i lovgivningen.

I — De relevante retsregler

Sjette momsdirektiv

6. Sjette momsdirektivs artikel 2, stk. 1, vedrører direktivets anvendelsesområde. I henhold hertil pålægges moms på »[l]evering af goder og tjenesteydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab«.

7. Sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, vedrører momsfritagelser. For så vidt som det er relevant for den foreliggende sag, er følgende momsfritaget i henhold til denne artikel:

»a) forsikrings- og genforsikringstransaktioner, herunder sådanne tjenesteydelser i forbindelse med disse transaktioner, som udføres af forsikringsmæglere og -formidlere

[…]

d) følgende transaktioner: 1. ydelse og formidling af lån samt forvaltning af lån ved den person, som har ydet lånene

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

[…]

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« [3].

3 — Sjette momsdirektivs artikel 5 vedrører retten til som ejer at råde over et materielt gode, og af artikel 5, stk. 3, fremgår det, hvad der skal anses for materielle goder, herunder andele og aktier, når besiddelsen heraf *retligt* eller *faktisk* sikrer rettigheder som ejer eller bruger over en fast ejendom eller en del af en fast ejendom.

Nationale bestemmelser

8. I henhold til kapitel 1, § 1, i den svenske lov om merværdiafgift (1994:200) (herefter »ML«) skal der svares moms til staten af indenlandsk omsætning af varer eller tjenesteydelser, der er afgiftspligtige, og som udføres som led i en erhvervsmæssig virksomhed. Bestemmelsen har til formål at gennemføre sjette momsdirektivs artikel 2, nr. 1), og momsdirektivets artikel 2, stk. 1.

9. I medfør af ML's kapitel 3, § 9, skal omsætning, som består i bank- og finansieringstransaktioner og handel med adkomstbeviser, fritages for moms. Ved handel med adkomstbeviser skal bl.a. forstås omsætning af aktier, andre andele eller fordringer. I henhold til § 10 undtages omsætning af forsikrings- og genforsikringstransaktioner fra afgiftspligt. Bestemmelserne har bl.a. til formål at gennemføre sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra a) og litra d), nr. 1), 2) og 5), og momsdirektivets artikel 135, stk. 1, litra a)-c) og f).

II — Sagens faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

10. Sagen vedrører en momsgruppe, SEB AB Momsgrupp (herefter »SEB Momsgrupp«), hvori en bank, SEB, er repræsentant for momsgruppen. Sammen med et andet selskab i momsgruppen leverede SEB inden for den for sagen relevante tidsperiode tjenesteydelser til aktieselskaber, som stod over for at skulle nyudstede aktier. Tjenesteydelsen fra SEB's side bestod i udstedelse af en emissionsgaranti.

11. SEB Momsgrupp anså emissionsgarantitjenesteydelserne for omfattet af en afgiftsfritagelse og debiterede og opgav derfor ikke moms for dem. Skatteverket gennemførte efterfølgende en revision af gruppen og pålignede yderligere udgående moms for den pågældende periode. SEB Momsgrupp ankede forgæves denne afgørelse til både Länsrätten i Stockholms län og Kammarrätten i Stockholm.

12. Tvisten for Regeringsrätten vedrører i det væsentlige det spørgsmål, om emissionsgarantier kan være afgiftsfritaget. Ifølge Regeringsrätten kan sådanne garantier enten

afgives særskilt eller sammen med tjenesteydelser i forbindelse med udstedelsen af aktier.

13. Regeringsrätten har på denne baggrund anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Skal sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B ([momsdirektivets] artikel 135, stk. 1), fortolkes således, at de der anførte fritagelser fra skattepligt også omfatter sådanne tjenesteydelser (underwriting), som indebærer, at et finansieringsselskab mod betaling udsteder en garanti til et selskab, som står over for at skulle udstede aktier, når garantien indebærer, at finansieringsselskabet påtager sig at købe de aktier, som eventuelt ikke tegnes inden for tegningsperioden for aktieemissionen?«

III — Vurdering

A — *Emissionsgarantitjenesteydelsens karakter*

14. Garantitjenesteydelser klassificeres som finansielle tjenesteydelser i forskellige EU-bestemmelser. I direktiv 2004/39/EF om markeder for finansielle instrumenter kvalificeres afsætningsgaranti således som en investeringsservice med henblik på det pågældende direktiv [4]. Endvidere skal et kreditinstitut i henhold til direktiv 2006/49/EF have en vis kapital til dækning af de risici, som det har påtaget sig i forbindelse med deltagelse i en emission [5]. Klassifikationen af en aktivitet som en finansiel tjenesteydelse i medfør af lovgivningen om det indre marked er ikke som sådan afgørende for momsbehandlingen af de tilsvarende transaktioner.

15. Der var under retsmødet en vis diskussion om emissionsgarantitjenesteydelsens karakter, og om den var en del af eller underordnet den generelle udstedelse af aktier (og

4 — Bilag I, afsnit A, nr. 6, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21.4.2004 om markeder for finansielle instrumenter, om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF og 93/6/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 93/22/EØF (EUT L 145, s. 1, herefter »direktiv 2004/39«). Jeg skal bemærke, at forskellige sprogversioner af dette direktiv anvender udtryk, der har en lidt anderledes mening end »underwriting« på engelsk. Der blev henvist til de sproglige vanskeligheder på dette retlige område i den første beretning, hvori det anførtes, at »eftersom Rådets direktiver er autentiske på de medlemsstaters sprog, til hvem de er rettet, skal de nødvendigvis så vidt muligt forsøge at undgå at anvende koncepter eller udtryk, der har forskellig betydning i forskellige lande. Desværre kan denne regel ikke altid overholdes, og under alle omstændigheder ville en blind overholdelse af denne regel nemt give anledning til en uforståelig terminologi, som i sig selv kunne give anledning til forskellige fortolkninger« (jf. Kommissionens første beretning til Rådet om funktionen af det fælles merværdiafgiftssystem fremlagt i henhold til artikel 34 i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 (KOM(83) 426 endelig)).

5 — Bilag I, afsnittet »deltagelse i emissioner«, punkt 41, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/49/EF af 14.6.2006 om kravene til investeringsselskabers og kreditinstitutters kapitalgrundlag (omarbejdning) (EUT L 177, s. 201). Det samme sproglige problem eksisterer i dette direktiv som i direktiv 2004/39 (jf. fodnote 4).

derfor skulle behandles på samme måde i afgiftsmæssig henseende), eller om der var tale om en selvstændig tjenesteydelse.

16. Det fremgik i den forbindelse, at omfanget af emissionsgarantitjenesteydelser forstås forskelligt i medlemsstaterne. I nogle, f.eks. Irland, forstås ved emissionsgaranti levering af en række forskellige tjenesteydelser, herunder rådgivning vedrørende aktieemissionen, markedsføring og distribution af aktier samt garantien for, at finansinstituttet i givet fald også køber aktierne. I Sverige kan emissionsgarantitjenesteydelser imidlertid leveres — og leveres også — uafhængigt af andre tjenesteydelser i forbindelse med aktieemissionen.

17. SEB, Sverige og Skatteverket er enige om, at emissionsgarantien kan afgives uafhængigt. Den forelæggende ret har også tilkendegivet dette i forelæggelseskendelsen. Desuden bekræftede SEB under retsmødet, at SEB i den foreliggende sag afgav tegningsgarantien for aktierne, mens et andet selskab forestod aktieemissionen.

18. Der er derfor åbenlyst, at emissionsgarantitjenesteydelsen bør behandles selvstændigt i den foreliggende sag og ikke som underordnet de andre tjenesteydelser i forbindelse med en aktieemission.

B — *Fortolkning af sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B*

19. Inden jeg analyserer de pågældende tre relevante bestemmelser, vil jeg fremsætte er par generelle bemærkninger.

20. For det første er de pågældende begreber selvstændige EU-retlige begreber og bør derfor fortolkes ensartet for at undgå, at momsbestemmelserne anvendes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat [6]. De bør også placeres i den generelle sammenhæng i det fælles momssystem [7].

21. For det andet bør fritagelserne i artikel 13, punkt B, ifølge Domstolens praksis fortolkes indskrænkende, da de er undtagelser fra det almindelige princip om, at der opkræves moms af alle leveringer af goder og tjenesteydelser [8].

22. For det tredje er det ikke klart, hvad baggrunden er for at fritage finansielle transaktioner, da forarbejderne ikke behandler dette spørgsmål. Ifølge Domstolens praksis er

6 — Dom af 5.6.1997, sag C-2/95, SDC, Sml. I, s. 3017, præmis 21, af 3.3.2005, sag C-472/03, Arthur Andersen, Sml. I, s. 1719, præmis 25, og af 8.3.2001, sag C-240/99, Skandia, Sml. I, s. 1951, præmis 23.

7 — 11. betragtning til sjette momsdirektiv. Jf. også 22.10.2009, sag C-242/08, Swiss Re Germany Holding, Sml. I, s. 10099, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis.

8 — Skandia-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 32, Arthur Andersen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 24, og SDC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis.

formålet med at fritage finansielle transaktioner imidlertid at afhjælpe de vanskeligheder, der er forbundet med fastsættelsen af afgiftsgrundlaget samt størrelsen af momsfradraget, og at hindre en stigning i omkostningerne til forbrugerkredit [9].

1. Forsikringstransaktioner

23. Forsikringstransaktioner er fritaget på grundlag af sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra a). I henhold til denne artikel »fritager medlemsstaterne [...] forsikrings- og genforsikringstransaktioner, herunder sådanne tjenesteydelser i forbindelse med disse transaktioner, som udføres af forsikringsmæglere og -formidlere«.

24. »Forsikringstransaktioner« er hverken defineret i sjette momsdirektiv eller i forsikringsdirektiverne [10]. Domstolen gav første gang en definition af dette begreb i CPP-dommen [11], hvori den fastslog, at en forsikringstransaktion er kendetegnet ved, at forsikringsgiveren påtager sig mod betaling af en præmie og i tilfælde af forsikringsbegivenhedens indtræden til den forsikrede at betale den ydelse, der er blevet aftalt ved kontraktens indgåelse [12].

25. Definitionen af »forsikringstransaktion« var derfor vid nok til at omfatte præstering gennem en momspligtig person, der ikke selv er forsikringsgiver, men som benytter ydelser fra en forsikringsgiver, som har påtaget sig at dække den forsikrede risiko [13].

26. På grundlag heraf kan det konkluderes, at fokus er på transaktionens karakter og ikke på den person, der forestår transaktionen, hvilket betyder, at en anden person end et forsikringsselskab kan levere forsikringsydelser.

27. SEB har gjort gældende, at disse elementer opfyldes i den foreliggende sag, og at transaktionerne bør anses for at være fritaget i henhold til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra a).

9 — Dom af 19.4.2007, sag C-455/05, Velvet & Steel Immobilien, Sml. I, s. 3225, præmis 24, og kendelse afsagt den 14.5.2008 i forenede sager C-231/07 og C-232/07, Tiercé Ladbroke, Sml. I, s. 73*, summarisk offentliggørelse, præmis 24.

10 — Jf. f.eks. Rådets direktiv 84/641/EØF af 10.12.1984 om ændring, navnlig for så vidt angår turistassistance, af første direktiv 73/239/EØF om samordning af de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om adgang til og udøvelse af direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring (EFT L 339, s. 21).

11 — Af 25.2.1999, sag C-349/96, Sml. I, s. 973.

12 — CPP-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 17. De tjenesteydelser i form af vejhjælp, som et organ forpligter sig til at yde sine abonnenter mod disses indbetaling af et fast årligt bidrag, er således blevet anset for at udgøre en forsikringstransaktion som omhandlet i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra a). Jf. dom af 7.12.2006, sag C-13/06, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 11563.

13 — CPP-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 22.

28. Skatteverket er på den anden side af den opfattelse, at en forsikringstransaktion kræver, at der ydes kompensation for tab. Opfattelsen er, at da der ikke er tale om kompensation for tab i den foreliggende sag, kan de pågældende tjenesteydelser ikke være afgiftsfritaget i henhold til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra a).

29. Elementet af »tab« indgik i generaladvokat Fennellys definition af en forsikringstransaktion i CPP-sagen, men blev ikke overtaget af Domstolen i dommen i den pågældende sag [14].

30. Efter min opfattelse ligger den afgørende forskel mellem en forsikringstransaktion og den foreliggende sag i den situation, der foreligger efter risikoens indtræden.

31. I forbindelse med en forsikringstransaktion er det eneste, der kræves, når risikoen indtræder, betaling af et aftalt beløb eller udførelse af en specifik ydelse, såsom assistance til den forsikrede [15], til økonomisk skade for forsikringsgiveren. Herved opnår forsikringsgiveren ikke noget nyt [16]. Dennes gevinst skabes i fasen inden risikoens indtræden.

32. I den foreliggende sag opnår banken imidlertid ret til aktierne til den aftalte pris, når risikoen indtræder. Dette medfører risiko for, at aktiernes værdi forringes, og kan udløse finansieringsomkostninger i forbindelse med erhvervelsen. Ingen forhåndsantagelse af et endeligt tab kan imidlertid tilskrives en sådan situation. Denne forskel betyder derfor efter min opfattelse, at den foreliggende situation ikke er analog med en forsikringstransaktion.

33. Emissionsgarantitjenesteydelserne i den foreliggende sag kan derfor ikke anses for at udgøre forsikringstransaktioner som omhandlet i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra a).

14 — Generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse i CPP-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 11, punkt 34.

15 — Med hensyn til denne særlige ydelse jf. dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 12.

16 — Jeg bemærker, at forsikringsgiveren i visse former for forsikringsaftaler kan have ret til at tilbagekøbe de beskadigede varer, der er forsikret på grundlag af aftalen. Eksempelvis kan et forsikringsselskab foretrække at tage den afskrevne bil og yde den forsikrede erstatning for værdien heraf, hvis det er for dyrt at reparere den ødelagte bil. Efter min opfattelse har en sådan handling med henblik på tabsbegrænsning en tilfældig karakter og adskiller sig som sådan i retlig henseende fra tegningsgarantens forpligtelse til at købe de ikke-tegnede aktier til en på forhånd fastsat pris.

2. Ydelse af lån og kreditgarantier

34. I henhold til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 1) og 2), er »ydelse af lån« og »indgåelse af forpligtelser om« sikkerhedsstillelse eller andre former for sikkerhed og garantier afgiftsfritaget.

35. SEB har gjort gældende, at de emissionsgarantitjenesteydelser, som banken leverer, bør være afgiftsfritaget i henhold til disse bestemmelser, da de har samme formål som en garanti, nemlig at rejse et vist nødvendigt kapitalbeløb, og da de ud fra udlånerens eller garantens synspunkt medfører de samme risici som ydelsen af lån.

36. Skatteverket har gjort gældende, at den foreliggende situation ikke er omfattet af disse bestemmelser, da den har en forskellig karakter. Ifølge Skatteverket omfatter sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 1), normalt et lån eller en betaling, hvor vederlaget er i form af renter. Sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 2), omfatter kun finansielle forpligtelser, hvilket ifølge Skatteverkets fortolkning betyder en forpligtelse til at betale et beløb, f.eks. tilbagebetaling til en kreditor. Ifølge Skatteverket er der i den foreliggende sag tale om mere end blot en forpligtelse til at betale et vist beløb, og det er derfor ikke en finansiel forpligtelse i sjette momsdirektivs forstand.

37. Med hensyn til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 1), har Domstolen udtrykkeligt anført, at denne bestemmelse ikke er begrænset til lån eller kreditter ydet af bank- og finansvirksomheder [17]. Endvidere har den anført, at definitionen er tilstrækkelig bred til at kunne omfatte kredit ydet af en leverandør af goder i form af udsat betaling [18].

38. Efter min opfattelse er der i den foreliggende situation ikke tale om ydelse af lån, da transaktionen har en forskellig karakter.

39. Når der er ydet lån, forventer långiveren tilbagebetaling af det beløb, der er stillet til rådighed, foruden renter, hvilket samlet udgør betalingen. I den foreliggende situation stiller banken ikke penge til rådighed for selskabet, hvis risikoen ikke indtræder. I tilfælde af, at den indtræder, kræver den absolut ikke tilbagebetaling af det pågældende beløb eller af renter. Den foretager blot betaling som modydelse for de aktier, den opnår, og som den derpå videresælger for at få pengene ind igen [19]. Det er derfor denne gensidige udveksling af aktier for penge, der gør, at transaktionen har en væsentlig anderledes karakter end en ydelse af lån.

17 — SDC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 34.

18 — SDC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 34.

19 — Under retsmødet anførte SEB, at tegningsgaranten er retligt forpligtet til at sælge de aktier, der købes på grundlag af emissionsgarantien, så hurtigt som muligt, omend uden tab.

40. Med hensyn til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 2), er der visse forskelle mellem de forskellige sprogversioner af denne bestemmelse. I den engelske version af sjette momsdirektiv henvises der til »credit guarantees«, mens den franske tekst er mere bredt formuleret, idet den blot henviser til garantier [20]. Begrebets betydning må følgelig klarlægges ud fra den sammenhæng, hvori det indgår, og under hensyn til opbygningen af sjette momsdirektiv [21].

41. *Forarbejderne* bidrager ikke til afklaring af, hvilken sprogversion der bedst støtter formålet med den pågældende bestemmelse. Det fremgår blot af forslaget til sjette momsdirektiv, at de andre fritagelser, der er fastsat i punkt B, vedrører bestemte områder, f.eks. forsikring, ydelse af lån og transaktioner vedrørende valuta og på børsen, når de er begrundet ud fra generelle politiske hensyn, der er fælles for alle medlemsstaterne [22]. Sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 2), blev vedtaget i sjette momsdirektiv, uden at bestemmelsen var nævnt i forslaget eller i nogen ændring.

42. Til trods herfor finder jeg ikke, at der er nogen grund til at begrænse sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 2), til kun at omfatte kreditgarantier. Sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), vedrører bankydelser og finansielle ydelser, og fritager næsten alle de former for virksomhed, som de institutioner, der leverer sådanne ydelser, udøver. Da disse institutioner kan yde kreditgarantier såvel som garantier i bredere forstand, må sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 2), læses i den bredere forstand. »Credit garantees«, der er nævnt i den engelske version, er blot et eksempel eller en art af det mere generiske »securities for money«, hvortil der også henvises i denne bestemmelse [23]. Denne konklusion ændres ikke af, at den pågældende bestemmelse er en fritagelse og derfor skal fortolkes strengt, da strengt ikke nødvendigvis betyder indskrænkende [24].

43. En sådan fortolknings potentielt vide karakter indskrænkes af den begrænsning, som i Domstolens praksis er fastsat for denne bestemmelse. Ifølge denne retspraksis skal den leverede tjenesteydelse, set under ét, udgøre en særskilt helhed, der opfylder de specifikke og væsentlige funktioner for en tjenesteydelse, som er beskrevet i denne bestemmelse, for at den kan betegnes som en fritagen transaktion [25]. Dette betyder, at den i sin helhed

20 — Den svenske, den finske, den slovenske og den estiske version følger den engelske version, mens den spanske, den tyske, den portugisiske og den danske version følger den franske version

21 — Jf. analogt hermed SDC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Forslag til Rådets sjette direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (forelagt Rådet af Kommissionen den 29.6.1973), *Bulletin for De Europæiske Fællesskaber*, supplement 11/73, s. 15.

23 — Jf. B. Terra og J. Kajus, *A guide to the European VAT directives* (cd-rom) IBFD, 2004-, 9.3.2.2., »Credit Guarantees or any other security for money«.

24 — Generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-267/00, Zoological Society of London, Sml. I, s. 3353, punkt 19.

25 — Dommen i sagen Swiss Re Germany Holding, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

skal henhøre under området for finansielle transaktioner [26].

44. Der rejser sig derfor det spørgsmål, om indgåelsen af en forpligtelse til at købe ikketegnede aktier, der udstedes for første gang, i sin helhed henhører under området for finansielle transaktioner.

45. Domstolen har endnu ikke givet retningslinjer med hensyn til betydningen af, hvad der nøjagtigt udgør en finansiel transaktion. I dommen i sagen Velvet & Steel Immobilien var indgåelsen af forpligtelsen til at renovere en fast ejendom efter sin art ikke en finansiel transaktion. I Tiercé Ladbroke-kendelsen blev modtagelsen af væddemål for en agenturgivers regning, når agenturgiveren driver virksomhed bestående i indgåelse af væddemål, ikke anset for at udgøre en finansiel transaktion. Endelig blev i dommen i sagen Swiss Re Germany Holding en overdragelse af en portefølje af livsforsikringskontrakter ikke anset for at udgøre en finansiel transaktion [27].

46. Definitionen af, hvad der udgør en finansiel transaktion, bør vurderes på baggrund af transaktionens økonomiske sammenhæng. Mens transaktionen i dommen i sagen Velvet & Steel Immobilien ikke fandt sted på finansmarkederne, er det i den foreliggende sag klart tilfældet med hensyn til leveringen af garantitjenesteydelser. Der kan hentes støtte til dette synspunkt i direktiv 2004/39, som kvalificerer afsætningsgaranti som en investeringsservice med henblik på det pågældende direktiv [28]. Efter min opfattelse bør et finansinstituts aktiviteter vedrørende virksomhedsfinansiering anses for at henhøre under området for finansielle transaktioner, muligvis med undtagelse af underordnede tjenesteydelser, der også kan leveres af ikke-finansielle aktører, f.eks. markedsføring eller juridisk rådgivning. Som sådanne henhører emissionsgarantitjenesteydelsen derfor under området for finansielle transaktioner.

47. Det må herefter overvejes, om emissionsgarantitjenesteydelser opfylder betingelserne for en garanti. Dette udtryk er ikke defineret i direktivet, og det er heller ikke tidligere blevet behandlet i Domstolens praksis.

48. En garanti er efter min opfattelse i det væsentlige et tilsagn om, at den person, der optræder som garant, i tilfælde af misligholdelse fra tredjemands side vil foretage den nødvendige opfyldelse, normalt den betaling, som den misligholdende part ikke har

26 — Dommen i sagen Velvet & Steel Immobilien, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 22, og Tiercé Ladbroke-kendelsen, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis.

27 — Dommen i sagen Swiss Re Germany Holding, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 48.

28 — Bilag I, afsnit A, nr. 6), til direktiv 2004/39.

foretaget. Garantier kan også være selvstændige, dvs. uafhængige af en anden parts opfyldelse, f.eks. garantier vedrørende det økonomiske resultat af et projekt (»tabsgarantier«). Sådanne garantier ligger imidlertid i periferien af begrebets betydning.

49. I den foreliggende sag er der ingen nærmere angivet »tredjepart«, der kan anses for at være omfattet af en garanti fra SEB's side, selv om garantien klart omfatter situationer, hvor en investor ikke indfrier sit oprindelige løfte om at tegne aktier. Den misligholdende part er markedet som sådant. Efter min opfattelse kan begrebet garanti i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 2), ikke udstrækkes til at omfatte sådanne situationer.

50. De garantitjenesteydelser, der er beskrevet i den foreliggende sag, lader sig derfor efter min opfattelse ikke indpasse i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 1) og 2), og kan ikke være afgiftsfritaget i henhold hertil.

3. Transaktioner i forbindelse med aktier

51. Endelig skal medlemsstaterne i henhold til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5), fritage transaktioner i forbindelse med aktier. Betydningen af »transaktioner i forbindelse med aktier« er hidtil blevet fortolket i tre sager [29], hvor det er uklart, nøjagtigt hvilke kriterier der skal anvendes for at fastslå, om en transaktion udgør en transaktion i forbindelse med aktier. Først anførte Domstolen i SDC-dommen med hensyn til værdipapirtransaktioner, at dispositionerne skal ændre det retlige og økonomiske forhold mellem parterne [30]. Efterfølgende fastslog Domstolen i CSC Financial Services-dommen med hensyn til transaktioner i forbindelse med aktier, angiveligt ved analog anvendelse af kriterierne i SDC-dommen, at de omfatter transaktioner, hvorved rettigheder og forpligtelser for parterne i forbindelse med værdipapirer *kan* opstå, ændres eller ophøre [31]. Endelig anførte

29 — Dom af 29.10.2009, sag C-29/08, AB SKF, Sml. I, s. 10413, og af 13.12.2001, sag C-235/00, CSC Financial Services, Sml. I, s. 10237, samt SDC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6.

30 — I SDC-dommen analyserede Domstolen transaktioner vedrørende overførsler som omhandlet i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5), og fastslog, at transaktioner i forbindelse med aktier omfatter transaktioner, der udføres på værdipapirmarkedet, og at handel med værdipapirer indebærer dispositioner, som ændrer det retlige og økonomiske forhold mellem parterne. Jf. SDC-dommen, præmis 72 og 73.

31 — CSC Financial Services-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 33. I denne sag præciserede generaladvokat Colomer (punkt 29 i forslaget til afgørelse), at dette vil være tilfældet, når en transaktion har direkte indvirkning på retsforholdet i henhold til værdipapiret og materielt kan påvirke dette retsforhold. Han anførte som eksempler udstedelse, overførsel, endossering, betaling og indfrielse af værdipapiret.

Domstolen i AB SKF-dommen under henvisning til begge disse sager, at salg af aktier ændrer den retlige og økonomiske situation for parterne i transaktionen, og at transaktionen derfor kan omfattes af fritagelsen i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5) [32].

52. Efter min opfattelse er kriterierne i CSC Financial Services-dommen bedst egnet til at afspejle den forretningsmæssige og økonomiske realitet med hensyn til transaktioner i forbindelse med aktier, da transaktioner på primærmarkedet altid har potentiel karakter i den forstand, at aktier først opstår i retlig henseende ved emissionens afslutning.

53. På grundlag af kriterierne i CSC Financial Services-dommen behøver ændringen ikke faktisk at indtræde, men transaktionen skal *kunne* ændre forholdet. Den omstændighed, at SEB *kunne* blive anmodet om at købe aktierne, hvis de ikke bliver tegnet, er derfor tilstrækkelig til at opfylde disse kriterier og medfører derfor en fritagelse som omhandlet i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5).

54. Hvis Domstolen vælger ikke at anvende kriterierne i CSC Financial Services-dommen og finder, at transaktionen skal ændre det økonomiske og retlige forhold mellem parterne, er det centrale spørgsmål, om der kan siges at være en ændring i forholdet, selv om banken i givet fald aldrig vil være nødt til faktisk at købe aktierne.

55. Efter min opfattelse er der tale om en sådan ændring, da ændringen af det retlige og økonomiske forhold skal fortolkes vidt, så det også omfatter transaktioner, som er kilder til, at der opstår retlige forpligtelser [33].

56. I den foreliggende sag har SEB en retlig forpligtelse fra det tidspunkt, hvor banken afgiver emissionsgarantien, dvs. løftet om at købe aktier. Denne forpligtelse ændrer retsforholdet mellem parterne, da den virksomhed, der udsteder aktierne, vil have et gyldigt krav mod SEB, såfremt situationen indtræder, og SEB nægter at købe aktierne. Den ændrer også det økonomiske forhold mellem parterne, da SEB skal sikre, at banken har tilstrækkelige midler til at købe aktierne, såfremt

32 — Nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 50.

33 — I den henseende er jeg enig i generaladvokat Colomers definition i CSC Financial Services-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, punkt 23.

situationen skulle indtræde [34]. Bankens situation ændres derfor utvivlsomt som følge af den emissionsgarantitjenesteydelse, som den stiller til rådighed for det udstedende selskab.

57. Med hensyn til afgiftsneutralitet er det endvidere hensigtsmæssigt at betragte emissionsgarantitjenesteydelser som transaktioner i forbindelse med aktier, hvilket de fleste medlemsstater synes at gøre. Det samme resultat, dvs. momsfritagelsen, kan opnås på forskellig måde. Et selskab kan rejse kapital ved afståelse af aktier på to måder: (i) ved udstedelse af aktier rettet mod banken, hvorved der i tegningsprisen er taget hensyn til bankens provision, eller (ii) (som i dette tilfælde) ved udstedelse af aktier på markedet med en bank, der stiller garanterer, at den vil erhverve aktierne, såfremt de ikke alle bliver solgt eller tegnet. Det første af disse situationer er ikke underlagt moms, da det ligger uden for anvendelsesområdet for sjette momsdirektiv [35]. At behandle disse to situationer forskelligt vil være i strid med princippet om afgiftsneutralitet, som sjette momsdirektiv sigter mod at beskytte. Der er derfor en yderligere grund til at emissionsgarantitjenesteydelser skulle være fritaget i medfør af sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5).

34 — Jf. bilag I, afsnit 41, til direktiv 2006/49, nævnt ovenfor i fodnote 5.

35 — Dom af 26.5.2005, sag C-465/03, Kretztechnik, Sml. I, s. 4357. Som Irland med rette har anført foregår mange, hvis ikke de fleste, af de transaktioner, der er nævnt i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, uden for direktivets anvendelsesområde, da de ikke opfylder betingelserne i sjette momsdirektivs artikel 2, nr. 1. De er derfor uberørt af den omstændighed, at de er nævnt i sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B.

58. SEB har anført, at den foreliggende sag er analog med salget af put optioner på sekundærmarkedet. Efter min opfattelse er dette imidlertid ikke tilfældet, da det hedder i artikel 3, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1777/2005 [36], at

»[s]alg af en option, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5), i direktiv 77/388/EØF, er en ydelse, jf. artikel 6, stk. 1, i nævnte direktiv. En sådan ydelse er adskilt fra de underliggende transaktioner, som ydelserne knytter sig til«.

Fritagelsen af emissionsgarantier kan derfor ikke baseres på deres analogi med put optioner i forbindelse med aktier, da salget af put optioner er omfattet af anvendelsesområdet for sjette momsdirektiv, mens det ikke er tilfældet med hensyn til aktiesalg.

59. Afgivelsen af en emissionsgaranti udgør således en transaktion i forbindelse med aktier og er derfor momsfritaget i henhold til sjette momsdirektivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5).

36 — Rådets forordning (EF) nr. 1777/2005 af 17.10.2005 om foranstaltninger til gennemførelse af direktiv 77/388/EØF om det fælles merværdiafgiftssystem (EUT L 288, s. 1). Denne forordning finder selvfølgelig ikke tidsmæssig anvendelse i denne sag.

IV — Forslag til afgørelse

60. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål således:

»Fritagelsen i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5), i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, skal fortolkes således, at den også omfatter emissionsgarantitjenesteydelser, som indebærer, at et finansieringsselskab mod betaling udsteder en garanti til et selskab, som står over for at skulle udstede aktier, når garantien indebærer, at finansieringsselskabet påtager sig at købe de aktier, som eventuelt ikke tegnes inden for tegningsperioden for aktieemissionen.«