

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 1. marts 2007 1(1)

Sag C-363/05

JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc

The Association of Investment Trust Companies

mod

Commissioners of HM Revenue and Customs

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af VAT and Duties Tribunal, London)

»Merværdiafgift – fritagelse for forvaltning af investeringsforeninger – begrebet investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne – lukkede investeringsforeninger«

I – Indledning

1. Ifølge sjette momsdirektiv 77/388/EØF (herefter »sjette direktiv«) (2) skal forvaltning af investeringsforeninger fritages for merværdiafgift (herefter »moms«). Domstolen har i Abbey National-dommen (3) – ligeledes på anmodning fra VAT and Duties Tribunal, London – præciseret, hvilke former for virksomhed der må anses for at være omfattet af begrebet forvaltning af investeringsforeninger, og under hvilke omstændigheder de tjenesteydelser, som tredjemand leverer til en sådan forening, kan være momsfritaget.
2. Abbey National-sagen vedrørte åbne investeringsforeninger, der er etableret som trusts (Authorised Unit Trusts – AUT), og investeringsselskaber, der har selskabsretlig struktur (Open-ended Investment Companies – OEIC). Den foreliggende sag angår spørgsmålet, om momsfritagelsen også omfatter visse lukkede foreninger, nemlig Investment Trust Companies (herefter »ITC«). Åbne og lukkede foreninger adskiller sig i det væsentlige ved, at åbne selskaber råder over en variabel kapital, idet foreningen sælger og tilbagekøber andele, mens kapitalen i lukkede foreninger ikke ændres.
3. Usikkerheden om behandlingen af ITC er et resultat af, at der i sjette direktiv med hensyn til definitionen af de momsfritagne investeringsforeninger henvises til national lovgivning. I Det Forenede Kongerige findes der almindelige bestemmelser om ITC. I medfør af den nationale lovgivning er disse imidlertid ikke momsfritaget. Således skal der skabes klarhed over, hvor langt medlemsstaternes definitionskompetence strækker sig, og hvilke grænser, der i den forbindelse skal sættes, navnlig under hensyn til princippet om momsens neutralitet.

II – Retsforskrifter

A – Fællesskabsret

4. Sjettes direktivs artikel 13, punkt B, bestemmer:

»Med forbehold af andre fællesskabsbestemmelser fritager medlemsstaterne 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:

[...]

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

5. De nationale bestemmelser om investeringsforeninger blev harmoniseret ved Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) (4). Ifølge direktivets artikel 1, stk. 2, andet led, er det imidlertid kun åbne foreninger, hvis andele på forlangende af ihæندهaverne skal tilbagekøbes eller indløses direkte eller indirekte for midler af disse institutters formue, som er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Derimod er lukkede investeringsinstitutter udtrykkeligt ikke omfattet af direktivets anvendelsesområde (artikel 2, stk. 1, første led, i direktiv 85/611).

B – Nationale bestemmelser

6. I Det Forenede Kongerige er den i sjettes direktiv hjemlede fritagelse for forvaltning af investeringsforeninger og investeringsselskaber gennemført ved Item 9 og 10, Group 5, Schedule 9, i Value Added Tax Act 1994 (britisk momslov fra 1994, herefter »VAT Act 1994«). Ordningen omfatter AUT (Item 9) og OEIC (Item 10), men ikke ITC.

7. Bestemmelserne i VAT Act 1994, med senere ændringer, henviser for så vidt angår definitionen af de momsfritagne organismer til bestemmelserne om Collective Investment Schemes i Section XVII i Financial Services and Markets Act 2000 (britisk lov om finansiel virksomhed af 2000, herefter »FSMA«). Direktiv 85/611 er gennemført i national ret ved FSMA. ITC er ikke omfattet af Collective Investment Schemes som omhandlet i FSMA. I modsætning til AUT og OEIC gælder der intet krav om godkendelse fra Financial Service Authority (herefter »FSA«) for ITC, men de er undergivet myndighedernes kontrol i form af Listing Authority (børsnoteringsmyndigheden).

8. For at et selskab skal anerkendes som et ITC i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i indkomst- og selskabsskatte Lovgivningen, er der opstillet en række betingelser i Section 842 i Income and Corporation Taxes Act 1988. I andre forskrifter er der henvist til disse bestemmelser. I øvrigt finder bestemmelserne om investeringsforeninger i Companies Act 1985 (lov om selskaber af 1985) anvendelse på ICT.

III – Faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

9. ITC er sammenlagte investeringsinstrumenter, hvorved der sikres en vis risikospredning, og de noteres på børsen som aktieselskaber, der investerer i en investeringsportefølje. Investorerne

har aktier i selskabet. I modsætning til AUT og OEIC forbliver antallet af andele (med forbehold for eventuelle kapitalforhøjelser) uændret. Investorerne har ingen ret til at kræve, at selskabet tilbagekøber andelen, sådan som det er tilfældet for de øvrige foreningstyper. I stedet skal de i påkommende tilfælde sælge andele på børsen. Andelens børsværdi baseres på udbud og efterspørgsel, hvorved værdien af et ITC's investeringsportefølje er væsentlig, men ikke den eneste vurderingsfaktor.

10. JP Morgan Fleming Claverhouse Investemt Trust plc er et ITC. Dets investeringer forvaltes af tredjemand, nærmere bestemt JP Morgan Fleming Asset Management (UK) Limited, og for denne forvaltning betalte selskabet moms. JP Morgan Fleming Claverhouse Investemt Trust plc har anlagt sag ved VAT and Duties Tribunal, fordi det blev pålagt at betale moms af de leverede forvaltningsydelser, hvilket har givet VAT and Duties Tribunal anledning til ved kendelse af 19. september 2005 at forelægge følgende spørgsmål for Domstolen med henblik på præjudiciel afgørelse:

»1) Kan begrebet »investeringsforeninger« (»special investment funds«) i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, også omfatte lukkede investeringsforeninger, såsom ITC'er?

2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, giver begrebet, »således som disse er fastsat af medlemsstaterne« i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6,

a) da medlemsstaterne mulighed for at udvælge visse af disse »investeringsforeninger« inden for deres jurisdiktion, der skal drage fordel af fritagelsen for levering af forvaltningsydelser, og udelukke andre fra fritagelsen, eller

b) indebærer begrebet, at medlemsstaterne skal identificere de fonde inden for deres jurisdiktion, der er omfattet af definitionen på »investeringsforeninger«, og at alle sådanne fonde kan drage fordel af fritagelsen?

3) Hvis det andet spørgsmål besvares således, at medlemsstater kan udvælge, hvilke »investeringsforeninger« der drager fordel af fritagelsen, hvorledes påvirker principperne om afgiftsneutralitet, ligebehandling og forebyggelsen af konkurrencefordrejninger da udøvelsen af dette skøn?

4) Har artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, direkte virkning?»

IV – Retlig vurdering

A – Indledende bemærkninger

11. Begrebet forvaltning af investeringsforeninger er ikke nærmere defineret i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6. Formuleringen indeholder imidlertid to led, der skal præciseres nærmere, nemlig »forvaltning« og »investeringsforeninger«.

12. Som Domstolen fastslog i Abbey National-dommen, er afgørelsen af, hvad der udgør forvaltning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i bestemmelsen, udelukkende et fællesskabsretligt spørgsmål. Ifølge fast retspraksis er fritagelserne i sjette direktivs artikel 13 nemlig selvstændige fællesskabsretlige begreber, hvorfor de må underlægges en fællesskabsdefinition, hvormed det skal undgås, at momsbestemmelserne anvendes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat (5).

13. Ifølge den udtrykkelige ordlyd af sjette direktiv tilkommer det derimod medlemsstaterne nærmere at definere de berørte investeringsforeninger. I denne forbindelse fastslog Domstolen følgende i Abbey National-dommen:

»Ganske vist kan medlemsstaterne [...] ikke ændre indholdet deraf [hermed menes sjette direktiv], i særdeleshed ikke når de fastsætter de nærmere betingelser, men dette gælder ikke i tilfælde, hvor Rådet netop har overladt det til medlemsstaterne at definere visse udtryk vedrørende en fritagelse« (6).

14. Denne formulering kan misforstås. Domstolen forekommer at have givet medlemsstaterne kompetence til at ændre direktivets indhold, hvilket sædvanligvis er forbeholdt fællesskabslovgiver.

15. Naturligvis kan Domstolen kun have ment, at det i direktivet, i visse udtrykkeligt opregnede tilfælde, er angivet, at et begreb skal defineres nærmere i de nationale retssystemer, og at det således er overladt til medlemsstaterne at angive disse begrebs nærmere indhold. Sådanne henvisninger til nationale definitioner findes flere steder i sjette direktiv. Det tilkommer eksempelvis medlemsstaterne at definere, hvad der anses for lægegering og dertil knyttede erhverv, hvilke tjenester er momsfritaget i medfør af sjette direktivs artikel 13, punkt A, nr. 1, litra c). Momsfritagelse for almenyttige eller humanitære tjenester beror desuden på, om medlemsstaterne har foreskrevet sådanne fritagelser (7).

16. Denne lovgivningsteknik kan ganske vist føre til, at betingelserne for anvendelse af sjette direktiv i enkelte tilfælde kan afvige fra medlemsstat til medlemsstat. Denne teknik skaber imidlertid en vis retssikkerhed på de områder, der ikke er harmoniseret i detaljen i sjette direktiv, eftersom man i hvert tilfælde kan anvende de relevante bestemmelser i medlemsstaterne. Medlemsstaterne bevarer således et vist skøn, hvilket giver dem mulighed for at betinge fritagelse af, at visse krav, der er fastsat i den nationale lovgivning under hensyn til omstændighederne i den pågældende medlemsstat, er opfyldt.

17. Medlemsstaternes skøn begrænses såvel af ordlyden som af ånden og formålet med den relevante direktivbestemmelse (8). På dette grundlag er det ikke muligt for medlemsstaterne at kvalificere sådanne selskaber som investeringsforeninger i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, som allerede fra starten – henset til bestemmelsens ånd og formål – ikke var omfattet af dette begreb. Medlemsstaterne skal desuden tage hensyn til de almindelige principper, der ligger til grund for sjette direktiv, og navnlig princippet om momsens neutralitet (9).

B – Første spørgsmål

18. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om lukkede investeringsforeninger som ITC overhovedet kan anses for »investeringsforeninger« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6.

19. I Abbey National-dommen, som blev afsagt, efter at det var blevet bestemt, at der skulle ske præjudiciel forelæggelse i den foreliggende sag, fastslog Domstolen, at fritagelsen for forvaltning af investeringsforeninger omfatter investeringsforeninger uanset deres juridiske form. Således er såvel institutter for kollektiv investering i værdipapirer, der er oprettet ifølge aftaler eller som trusts, som institutter, der er oprettet i henhold til vedtægter, omfattet af denne bestemmelses anvendelsesområde (10).

20. I første række er det ganske vist foreninger, der ikke har egen juridisk personlighed, dvs. foreninger, der er oprettet ifølge aftaler eller som trusts, der er henvist til at anvende eksterne

fondsforvaltere. Investeringselskaber, der er oprettet i henhold til vedtægter, kan derimod som oftest forvalte sig selv, uden at en udenforstående behøver at blive involveret (11). For så vidt som investeringsforeninger, der er oprettet i henhold til vedtægter, trods alt henvender sig til en ekstern fondforvalter, befinder de sig i samme situation som foreninger, der ikke har selvstændig juridisk personlighed (12). Som Domstolen fastslog i Abbey National-dommen, er det ikke foreneligt med princippet om afgiftsneutralitet, at det kun er forvaltning af investeringsforeninger, som er oprettet ifølge aftale eller som trusts, men ikke forvaltning af foreninger i henhold til vedtægter, der er momsfrataget (13).

21. ITC er aktieselskaber, dvs. investeringsforeninger med selvstændig juridisk personlighed, der er etableret i henhold til vedtægter. Det er umuligt at opstille nogen relevant sondring mellem foreninger med denne juridiske form og andre investeringsforeninger, der ligeledes er etableret i henhold til vedtægter, eksempelvis OIEC, som skulle kunne danne grundlag for på forhånd at udelukke førstnævnte type af lukkede foreninger fra kvalifikationen »investeringsforeninger« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6.

22. Den omstændighed, at direktiv 85/611 ikke finder anvendelse på lukkede investeringsforeninger, er ikke i strid med denne konklusion. Ganske vist henviste Domstolen i Abbey National-dommen til bestemmelser i direktiv 85/611, da den besvarede spørgsmålet om, hvad der udgør momsfri forvaltning af en investeringsforening. Sjetten direktiv trådte imidlertid i kraft længe inden direktiv 85/611, og det har et andet anvendelsesområde (14). Af den grund kan der ikke med henvisning til direktiv 85/611 drages nogen bindende konklusioner om, hvilke selskaber der er omfattet af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6.

23. Lukkede investeringsforeninger er desuden ikke udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 85/611 af grunde, der kan overføres på fortolkningen af sjette direktiv. Ved harmoniseringen af lovgivningen om investeringsforeninger har fællesskabslovgiver nemlig bestemt at gå gradvist frem og har forbeholdt sig retten til at regulere lukkede foreninger på et senere tidspunkt (15).

24. Det første spørgsmål skal således besvares med, at også lukkede investeringsforeninger er omfattet af begrebet »investeringsforeninger« i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6.

C – Andet og tredje præjudicielle spørgsmål

25. Med det andet og det tredje spørgsmål, der skal behandles under ét, ønsker den forelæggende ret at få klarhed over, hvor langt medlemsstaternes kompetence til selv at definere de investeringsforeninger, hvis forvaltning er afgiftsfrataget i medfør af sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, strækker sig.

26. Den forelæggende ret har foreslået to mulige fortolkninger: Ifølge den første mulighed kan en medlemsstat vælge, hvilke eksisterende investeringsforeninger, som er etableret i indlandet, der skal være omfattet af afgiftsfritagelsen for levering af forvaltningsydelser i medfør af sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, og udelukke andre. Efter den anden mulighed skal forvaltningen af alle investeringsforeninger, som medlemsstaten har defineret som sådanne, være fritaget for moms.

27. I denne forbindelse skal det først påpeges, at begrebet investeringsforeninger (special investment fund), således som også Kommissionen har gjort gældende, ikke i sig selv er et nationalt juridisk begreb. Den omstændighed, at en vis type af investering anerkendes som en investeringsforening i national lovgivning, indebærer altså ikke automatisk, at der også er tale om en investeringsforening i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktiv. Medlemsstaterne skal i stedet, når de gør brug af deres skøn, præcisere, hvilke selskaber der skal anses for at

udgøre sådanne investeringsforeninger, hvis forvaltning skal være momsfritaget. I den forbindelse kan de i princippet også udelukke visse typer af investeringsforeninger fra fritagelsen, uanset at disse investeringsforeninger i visse henseender er genstand for særlig lovgivning i national ret (16).

28. Den omstændighed alene, at ITC ifølge lovgivningen i Det Forenede Kongerige er en investeringsforening, er ikke tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at forvaltningen af denne type forening skal momsfritages. Det skal i stedet vurderes, om den nationale lovgiver har gjort brug af sit skøn på korrekt vis, når fritagelsen for moms ikke er udvidet til også at omfatte forvaltningen af ITC.

29. Når medlemsstaterne gør brug af deres skønsmæssige beføjelse, skal de tage hensyn dels til formålet med momsfritagelsen, dels til princippet om afgiftsneutralitet (17).

30. Formålet med momsfritagelsen af forvaltningen af investeringsforeninger i overensstemmelse med sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, er bl.a. at gøre det lettere for småinvestorer at investere i investeringsforeninger. Såfremt denne fritagelse ikke fandtes, ville ejere af andele i en investeringsforening blive belastet hårdere med afgift end investorer, der placerer deres penge direkte i aktier eller andre værdipapirer og ikke gør brug af ydelser, der præsteres af en fondsforvaltning (18). Placering i investeringsforeninger er af særlig betydning for netop småinvestorer. Da deres investeringer er af beskedent omfang, har investorerne kun begrænset mulighed for at opnå en større spredning af værdipapirerne ved direkte investering. Endvidere råder de hyppigt ikke over den viden, der er nødvendig, for at kunne sammenligne og udvælge værdipapirerne (19).

31. Som Det Forenede Kongeriges regering ganske vist med rette har påpeget, skal de fritagelser, som er fastsat i sjette direktivs artikel 13, fortolkes strengt, da de er undtagelser fra det almindelige princip, hvorefter moms opkræves af enhver tjenesteydelse, der udføres mod vederlag af en afgiftspligtig person (20). Fortolkningen af de ord, der anvendes i denne bestemmelse, skal imidlertid være forenelig med de formål, der forfølges med fritagelserne (21). Af dette følger, at medlemsstaterne ikke kan gøre kredsen af investeringsforeninger, hvis forvaltning er momsfritaget, for snæver (22). I modsat fald vil formålet om ikke at vanskeliggøre adgangen til placeringer i investeringsforeninger ikke blive opnået.

32. Navnlig sådanne investeringsforeninger, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 85/611, som nu delvis griber ind i medlemsstaternes kompetence til at definere investeringsforeninger, må ikke udelukkes fra fritagelsen (23). Eftersom dette direktiv for en stor del ligner de nationale bestemmelser om visse typer af investeringsinstitutter, der tjener til beskyttelse af investorerne, er de investeringsforeninger, der er omfattet af direktivet, nemlig særligt egnede med henblik på småinvestorers investeringer.

33. Medlemsstaterne kan udelukke øvrige former for investeringsforeninger, der ikke er omfattet af direktiv 85/611, fra momsfritagelsen, så længe dette er foreneligt med princippet om afgiftsneutralitet.

34. Princippet om afgiftsneutralitet nævnes for første gang i femte betragtning til første momsdirektiv (24), der har følgende ordlyd: »Det mest enkle og mest neutrale merværdiafgiftssystem opnås, når afgiften opkræves så generelt som muligt, og når dens anvendelsesområde omfatter samtlige produktions- og fordelingsled samt tjenesteydelsesområdet [...]«

35. Domstolen har tillagt dette grundlæggende princip betydning i forskellige sammenhænge. I relation til fradragsretten følger der af princippet et krav om en værdimæssig neutralitet, dvs. at

afgiften på indgående transaktioner skal kunne fratrækkes i den afgift, der påhviler slutbrugeren i et senere omsætningsled (25). På denne måde undgås det, at en transaktion afgiftsbelastes flere gange på grund af antallet af omsætningsled.

36. I andre sammenhænge tillægges hensynet til ligebehandling af alle transaktioner eller afgiftspligtige personer større betydning med hensyn til beskatningen og den anvendelige afgiftssats (26). Domstolen har gjort brug af forskellige formuleringer for at definere dette udtryk for princippet om neutralitet.

37. I visse domme har Domstolen konstateret følgende: »Princippet om afgiftsneutralitet [...] er til hinder for, at erhvervsdrivende, som udfører de samme transaktioner, behandles forskelligt med hensyn til opkrævning af moms« (27).

38. Domstolen har i andre domme givet udtryk for den opfattelse, hvorefter princippet om afgiftens neutralitet bl.a. er til hinder for, at »sammenlignelige varer eller tjenesteydelser, som konkurrerer indbyrdes, behandles forskelligt med hensyn til momsen« (28). Domstolen har ofte for at tydeliggøre dette princip tilføjet, at det ved vurderingen af, om varer eller tjenesteydelser er sammenlignelige, som udgangspunkt ikke er relevant, hvem producenten eller tjenesteyderen er, eller i hvilken retlig form denne udøver sin virksomhed (29).

39. Ved hjælp af disse formuleringer fremhæves hver gang forskellige aspekter, dels ligebehandling af erhvervsdrivende, dels ligebehandling af de ydelser, de leverer. Der ligger imidlertid samme forståelse af princippet om afgiftsneutralitet til grund herfor. Princippet rækkevidde ville eksempelvis blive indskrænket for meget, hvis man med støtte i den i punkt 37 opstillede formular kun skulle behandle identiske leverancer lige, således som Det Forenede Kongeriges regering har anført. I overensstemmelse med princippet om afgiftsneutralitet skal sådanne leverancer, som har samme formål, som kan erstatte hinanden og som derfor er i indbyrdes konkurrence, behandles lige.

40. Det Forenede Kongerige befrygter, at denne fortolkning af neutralitetsprincippet skulle indebære, at den gruppe af investeringsforeninger, der er momsfritaget, bliver uendeligt stort. Forvaltningen af flere andre former for sammenførte investeringer såsom forsikringsfonde, livsforsikringsfonde, Investment Clubs og Venture Capital Trusts ville da skulle fritages for moms.

41. Som Kommissionen imidlertid med rette har anført, er der i den foreliggende sag blot tale om at afklare spørgsmål om, hvorvidt forvaltningen af lukkede investeringsforeninger såsom ITC er omfattet af fritagelsen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6. Spørgsmålet om, hvordan visse andre investeringsinstrumenter skal bedømmes i forhold til bestemmelsens formål og princippet om afgiftsneutralitet, er hypotetisk.

42. Det Forenede Kongeriges regering har desuden anført, at selv om det skulle være afgørende, om der består et konkurrenceforhold, påvirkes dette under alle omstændigheder ikke af den afgiftsmæssige forskelsbehandling, eftersom omfanget af den højere afgiftsbelastning af ITC i praksis er for ringe.

43. Dette ræsonnement kan ikke tiltrædes. Ifølge princippet om afgiftsneutralitet er det ikke i relation til momsfratagelser tilladt at behandle sammenlignelige – og derfor konkurrerende – varer eller tjenesteydelser forskelligt. Der foreligger en tilsidesættelse af dette princip, også selv om den afgiftsmæssige forskelsbehandling ikke faktisk har medført en beviselig skævvridning af konkurrencen. I modsat fald ville der ske en anvendelse af fritagelsen fra tilfælde til tilfælde. Den faktiske betydning, som beskattningen af investeringsforvaltningen har for konkurrencen, beror nemlig på omstændighederne i hvert enkelt tilfælde, eksempelvis omkostningsstrukturen for den enkelte investeringsforening og prisstabiliteten i de berørte fondssegmenter.

44. Inden for rammerne af vurderingen af neutralitetsprincippet er der i den foreliggende sag imidlertid ikke tale om, hvorvidt selve forvaltningsydelserne kan sammenlignes med hinanden. Der er heller ikke tale om ligebehandling af eksterne fondsforvaltere. Der er snarere tale om, hvorvidt sådanne investeringsforeninger, hvis markedsposition eventuelt ville kunne påvirkes af afgiftsbelastningen, kan sammenlignes. I denne situation er det ifølge princippet om afgiftsneutralitet forbudt at behandle transaktioner forskelligt i afgiftsmæssig henseende, fordi kunderne kan sammenlignes med hinanden og konkurrerer med hinanden.

45. Den forelæggende ret har i sin kendelse fastslået, at ITC – på samme måde som AUT og OEIC – gør det muligt for private investorer at investere i en mere spredt portefølje og således mindske risikoen. Private investorer drager i relation til alle disse investeringsforeningstyper også nytte af professionelle fondsforvaltere, hvortil omkostningerne er delte, og af samlet set nedsatte omkostninger for handel og administration. Desuden har de en tilsvarende funktion for institutionelle investorer. Dette tyder på, at ITC kan sammenlignes med de investeringsforeningstyper, der er momsfrataget (AUT og OEIC) og konkurrerer med disse. Følgelig skal forvaltningen af ITC også fritages for moms.

46. Forskelsbehandling er kun tilladt, for så vidt som de forskellige investeringsforeningstyper ikke fremmer opfyldelsen af formålet med fritagelsen på samme måde. Formålet med fritagelsen er bl.a. at gøre det lettere for småinvestorer at investere i værdipapirer ved kollektiv investering. Denne gruppe af kapitalindskydere har i princippet ingen mulighed for selv at kontrollere driften af en investeringsforening og er derfor særligt afhængige af retligt regulerede beskyttelsesmekanismer.

47. I kraft af henvisningen i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, til medlemsstaternes definition af investeringsforeninger, overlades det til dem at fastsætte de retlige rammer for strukturen og forvaltningen af de investeringsinstrumenter, der er momsfrataget. Det ville være i overensstemmelse med undtagelsens formål, hvis medlemsstaterne ved udøvelsen af denne definitionsbeføjelse også lod sig vejlede af, i hvilken udstrækning investorerne er beskyttet i relation til en bestemt type forening.

48. Hvad angår investeringsinstitutter, der er omfattet af direktiv 85/611, har medlemsstaterne ikke længere nogen skønsmæssig beføjelse, eftersom der i relation til disse institutter tilbydes en tilstrækkelig beskyttelse af investorerne. Andre typer af investeringsinstitutter skulle imidlertid kunne udelukkes fra fritagelse, hvis beskyttelsen af investorerne ikke er garanteret på et tilsvarende niveau som i investeringsforeninger, hvis forvaltning er momsfrataget.

49. Det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til, om beskyttelsen af investorer i et ITC i den konkrete sag kan sammenlignes med beskyttelsesniveauet i et AUT og OEIC. Afhængigt af, hvilken type investeringsforening der er tale om, ville der i denne forbindelse meget vel kunne anvendes forskellige mekanismer for at komme frem til et sammenligneligt beskyttelsesniveau.

50. Det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at

medlemsstaterne i henhold til sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, har kompetence til at fastsætte de investeringsforeninger, hvis forvaltning er momsfrataget. Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne tage hensyn til såvel bestemmelsens ordlyd og formål som princippet om afgiftsneutralitet, hvorefter alle sammenlignelige – og derfor konkurrerende – investeringsforeninger skal behandles ens i afgiftsmæssig henseende.

D – Fjerde præjudicielle spørgsmål

51. For det tilfælde, at en medlemsstat ved udøvelsen af sin beføjelse til at fastsætte de investeringsforeninger, der er momsfrataget, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, har undladt at tage hensyn til princippet om afgiftsneutralitet og ved en fejl ikke har inkluderet visse foreninger, opstår spørgsmålet, om sjette direktiv har direkte virkning for den berørte part.

52. Det bemærkes i denne forbindelse, at i alle tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan der i mangel af rettidige gennemførelsesforanstaltninger støttes ret herpå over for enhver national regel, der ikke er direktivkonform, ligesom private over for staten kan påberåbe sig bestemmelser, der efter deres indhold tillægger private rettigheder i forhold til staten (30).

53. Af sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d) nr. 6, fremgår det tilstrækkelig præcist og ubetinget, hvilken form for virksomhed der skal momsfratages, til, at bestemmelsen kan påberåbes af private direkte.

54. Bestemmelsens direkte virkning hindres ikke af, at medlemsstaten råder over en vis skønsmæssig beføjelse ved fastsættelsen af de investeringsforeninger, hvis forvaltning er momsfrataget. Såfremt den nationale lovgiver overskrider grænserne for dette skøn, kan den private i hvert enkelt tilfælde kræve momsfrigivelse direkte på grundlag af sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, når det på grundlag af objektive kriterier kan fastslås, at den berørte egentlig skal omfattes af den gruppe, der er fritaget (31). Den afgiftspligtige person skal – til støtte for et anbringende om, at neutralitetsprincippet er tilsidesat – godtgøre, at den pågældende investeringsforening dels ligner de foreninger, der er fritaget for moms i medfør af national lovgivning, dels er i konkurrence med disse.

55. I et sådant tilfælde kan en medlemsstat ikke gøre gældende over for en afgiftspligtig, at den ikke har vedtaget bestemmelser, hvori den pågældende investeringsforeningstype er defineret som investeringsforening i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6 (32). Medlemsstaten kan navnlig ikke henvise til nationale bestemmelser, som den har vedtaget under udøvelse af denne kompetence, som ikke er forenelige med princippet om afgiftsneutralitet (33).

56. Det fjerde spørgsmål skal derfor besvares med, at sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, har direkte virkning for personer, som, i strid med princippet om afgiftsneutralitet, i henhold til den nationale lovgivning ikke er omfattet af den momsfrigivelse, der er foreskrevet i denne bestemmelse.

V – Forslag til afgørelse

57. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål fra VAT and Duties Tribunal besvares på følgende måde:

»1) Begrebet »investeringsforeninger« i 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, omfatter også lukkede investeringsforeninger såsom Investment Trust Companies.

2) Medlemsstaterne har i henhold til sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, kompetence til at fastsætte de investeringsforeninger, hvis forvaltning er momsfritaget. Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne tage hensyn til såvel bestemmelsens ordlyd og formål som princippet om afgiftsneutralitet, hvorefter alle sammenlignelige – og derfor konkurrerende – investeringsforeninger skal behandles ens i afgiftsmæssig henseende.

3) Sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 6, har direkte virkning for personer, som, i strid med princippet om afgiftsneutralitet, i henhold til den nationale lovgivning ikke er omfattet af den momsfritagelse, der er foreskrevet i denne bestemmelse.«

1 – Originalsprog: tysk.

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). Dette direktiv blev ophævet med virkning fra den 1.1.2007 og erstattet med Rådets direktiv 2006/112/EF af 28.11.2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (EUT L 347, s. 1).

3 – Dom af 4.5.2006, sag C-169/04, Abbey National og Inscape Investment Fund, Sml. I, s. 4027.

4 – EFT L 375, s. 3, senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/1/EF af 9.3.2005 om ændring af Rådets direktiv 73/239/EØF, 85/611/EØF, 91/675/EØF, 92/49/EØF og 93/6/EØF og af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/19/EF, 98/78/EF, 2000/12/EF, 2001/34/EF, 2002/83/EF og 2002/87/EF med henblik på indførelse af en ny organisationsstruktur for udvalg vedrørende finansielle tjenesteydelser (EUT L 79, s. 9).

5 – Jf. dom af 12.9.2000, sag C-358/97, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 6301, præmis 51, af 3.3.2005, sag C-428/02, Fonden Marselisborg Lystbådehavn, Sml. I, s. 1527, præmis 27, og i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, præmis 38 (nævnt ovenfor i fodnote 3).

6 – Jf. dommen i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, præmis 39 (nævnt ovenfor i fodnote 3), hvori der henvises til dom af 28.3.1996, sag C-468/93, Gemeente Emmen, Sml. I, s. 1721, præmis 25.

7 – Jf. bl.a. sjette direktivs artikel 13, punkt A, nr. 1, litra b), g), h), i), l) og n).

8 – Jf. Gemeente Emmen-dommen, præmis 25 (nævnt ovenfor i fodnote 6), og dom af 12.2.1998, sag C-346/95, Blasi, Sml. I, s. 481, præmis 21, samt mit forslag til afgørelse af 15.12.2005 i de forenede sager C-443/03 og 444/03, Solleveld og van den Hout-van Eijnsberge, Sml. I, 2006, s. 3617, punkt 23.

9 – Jf. dom af 10.9.2002, sag C-141/00, Kügler, Sml. I, s. 6833, præmis 55, af 6.11.2003, sag C-45/01, Dornier, Sml. I, s. 12911, præmis 69, og af 27.4.2006, forenede sager C-443/04 og C-444/04, Solleveld og van den Hout-van Eijnsbergen, Sml. I, s. 3617, præmis 35 og 36, samt punkt 23 og 37 ff. i forslaget til afgørelse i sidstnævnte sag.

10 – Præmis 53, nævnt ovenfor i fodnote 3.

11 – Jf. nærmere generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 18.5.2004 i sag C-8/03, BBL, Sml. I, s. 10157, punkt 26, og mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i sag C-169/04, Abbey National og Inscape Investment Fund, Sml. I, 2006, s. 4027, punkt 29 ff.

12 – Jf. forslaget til afgørelse i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, punkt 32 (nævnt i fodnote 11) og i BBL-sagen, punkt 27 (nævnt ovenfor i fodnote 11).

13 – Dommen i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, præmis 56 (nævnt ovenfor i fodnote 3).

14 – Jf. forslaget til afgørelse i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, punkt 79 (nævnt i fodnote 11).

15 – Jf. sjette betragtning til direktiv 85/611.

16 – Jf. dommen i sagen Solleveld og van den Hout-van Eijnsbergen (nævnt ovenfor i fodnote 9), præmis 33, hvori Domstolen tog stilling til medlemsstaternes udøvelse af den skønsbeføjelse, der tilkommer dem ved fastlæggelsen af de paramedicinske erhverv, der er omfattet af anvendelsesområdet for momsfrigtagelsen i medfør af sjette direktivs artikel 13, punkt A, nr. 1, litra c).

17 – Jf. den ovenfor i fodnote 8 og 9 nævnte retspraksis.

18 – Jf. dommen i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, præmis 62 (nævnt ovenfor i fodnote 3), forslaget til afgørelse i den sag, punkt 27 og 28 (nævnt ovenfor i fodnote 12) og forslaget til afgørelse i BBL-sagen, punkt 26 (nævnt ovenfor i fodnote 11).

19 – Jf. forslag til afgørelse i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, punkt 28 (nævnt ovenfor i fodnote 11).

20 – Jf. bl.a. dom af 20.11.2003 i sag C-8/01, Taksatorringen, Sml. I, s. 13711, præmis 36, og af 26.5.2005, sag C-498/03, Kingscrest og Montecello, Sml. I, s. 4427, præmis 29, dommen i sagen Abbey National og Inscape Investment Fund, præmis 60 (nævnt ovenfor i fodnote 3), og dom af 14.12.2006, sag C-401/05, VDP Dental Laboratory, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 23.

21 – Jf. Dornier-dommen, præmis 42 (nævnt ovenfor i fodnote 9), og dommen i sagen Kingscrest og Montecello, præmis 29 (nævnt ovenfor i fodnote 20).

22 – Jf. dom af 11.1.2001, sag C-76/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 249, præmis 23. Domstolen fastslog i denne sag, at sjette direktivs artikel 13, punkt A, nr. 1, litra b), ikke skal fortolkes særligt indskrænkende, da fritagelsen af transaktioner i nær tilknytning til hospitalsbehandling og pleje skal sikre, at det ikke bliver uforholdsmæssigt dyrt at opnå pleje og hospitalsbehandling på grund af de forøgede omkostninger til sådan pleje, hvis de selv eller transaktioner i nær tilknytning hertil var pålagt moms.

23 – Jf. forslag til afgørelse i sagen Abbey National og Inscape Investment fund, punkt 38 (nævnt ovenfor i fodnote 11).

24 – Rådets første direktiv 67/227/EØF af 11.4.1967 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter (EFT 1967, s. 12). Dette direktiv er med virkning fra den 1.1.2007 ophævet og erstattet af Rådets direktiv 2006/112/EF af 28.11.2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (EUT L 347, s. 1).

25 – Jf. bl.a. dom af 14.2.1985, sag 268/83, Rompelman, Sml. s. 655, præmis 19, af 21.3.2000, forenede sager C-110/98 – C-147/98, Gabalfrija m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 44, af 27.9.2001, sag C-16/00, Cibo Participations, Sml. I, s. 6663, præmis 27, og af 26.5.2005, sag C-465/03, Kretztechnik, Sml. I, s. 4357, præmis 34.

26 – Jf. dommen i sagen Solleveld og van den Hout-van Eijnsbergen, præmis 35 (nævnt ovenfor i fodnote 9). Jf. ligeledes Dornier-dommen, præmis 74 (nævnt ovenfor i fodnote 9), hvori Domstolen direkte støttede sig på ligebehandlingsprincippet.

27 – Dom af 7.9.1999, sag C-216/97, Gregg, Sml. I, s. 4947, præmis 20. Jf. ligeledes dom af 29.3.2001, sag C-404/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2667, præmis 45, Kügler-dommen, præmis 30 (nævnt ovenfor i fodnote 9), og dommen i sagen Abbey National og Inscape Investment fund, præmis 56 (nævnt ovenfor i fodnote 3).

28 – Dom af 23.10.2003, sag C-109/02, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 12691, præmis 20, af 17.2.2005, forenede sager C-453/02 og C-462/02, Linneweber og Akritidis, Sml. I, s. 1131, præmis 24, af 12.1.2006, sag C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, Sml. I, s. 589, præmis 33, og i dommen i sagen Solleveld og van den Hout-van Eijnsbergen, præmis 39 (nævnt ovenfor i fodnote 9). Domstolen tog allerede i dom af 12.6.1979 i sag 126/78, Nederlandse Spoorwegen, Sml. s. 2041, præmis 12, stilling til betydningen for konkurrencen af princippet om momsneutralitet.

29 – Linneweber og Akritidis-dommen, præmis 25 (nævnt ovenfor i fodnote 28) og den deri nævnte retspraksis. I andre sammenhænge kan visse egenskaber hos den, der tilbyder tjenester, f.eks. faglige kvalifikationer, være af afgørende betydning for den afgiftsmæssige behandling (jf. dommen i sagen Solleveld og van den Hout-van Eijnsbergen, præmis 40 og 41 (nævnt ovenfor i fodnote 9)).

30 – Jf. bl.a. dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25, Kügler-dommen, præmis 51 (nævnt ovenfor i fodnote 9), og Linneweber og Akritidis-dommen, præmis 33 (nævnt ovenfor i fodnote 28).

31 – Jf. i denne retning Dornier-dommen, præmis 81 (nævnt ovenfor i fodnote 9), og Kügler-dommen, præmis 55-77 (nævnt ovenfor i fodnote 9).

32 – Jf. i denne retning Linneweber og Akritidis-dommen, præmis 35 (nævnt ovenfor i fodnote 28).

33 – Jf. Linneweber og Akritidis-dommen, præmis 36 og 37 (nævnt ovenfor i fodnote 28).