



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
PEDRO CRUZ VILLALÓN  
föredraget den 12 december 2013<sup>1</sup>

**Mål C-464/12**

**ATP PensionService A/S  
mot  
Skatteministeriet**

(begäran om förhandsavgörande från Østre Landsret (Danmark))

”Mervärdesskatt — Artikel 13 B d 6 i rådets direktiv 77/388/EEG — Undantag för förvaltning av särskilda investeringsfonder — Begreppet ”särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna” — Tjänstepensionssystem — Avgiftsbestämda pensionssystem”

1. Det undantag från skyldigheten att erlagga mervärdesskatt för förvaltning av särskilda investeringsfonder som föreskrivs i artikel 13 B d 6 i rådets sjätte direktiv<sup>2</sup> har upprepade gånger prövats av domstolen.<sup>3</sup> I förevarande mål ges domstolen tillfälle att utveckla sin praxis avseende begreppet ”särskilda investeringsfonder”, närmare bestämt i samband med tjänstepensionsfonder. Målet aktualiserar även frågor om vad ”förvaltning” av särskilda investeringsfonder innebär och om det undantag från skatteplikt för transaktioner rörande spar- och transaktionskonton, betalningar och överföringar som föreskrivs i artikel 13 B d 3 i sjätte direktivet.

2. Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan ATP PensionService A/S (nedan kallat ATP) och det danska skatteministeriet (nedan kallat Skatteministeriet) rörande behandlingen av ATP:s tjänster i mervärdesskatterettsligt hänseende. ATP tillhandahåller tjänster åt tjänstepensionsfonder.

## I – Tillämpliga bestämmelser

### A – Unionsrätt

3. Enligt artikel 2 i sjätte direktivet ska mervärdesskatt betalas för tillhandahållande av tjänster som sker mot vederlag inom landets territorium av en skattskyldig person i denna egenskap.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund (nedan kallat sjätte direktivet) i ändrad lydelse (EGT L 145, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s.28).

3 — Dom av den 4 maj 2006 i mål C-169/04, Abbey National (REG 2006, s. I-4027), av den 28 juni 2007 i mål C-363/05, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust och The Association of Investment Trust Companies (nedan kallat målet JP Morgan) (REG 2007, s. I-5517), av den 19 juli 2012 i mål C-44/11, Deutsche Bank av den 7 mars 2013 i mål C-275/11, GfBk, av den 7 mars 2013 i mål C-424/11, Wheels Common Investment Fund Trustees m.fl. (nedan kallat målet Wheels) samt generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i mål C-26/12, PPG Holdings BV, dom av den 18 juli 2013.

4. Artikel 13 i sjätte direktivet innehåller ett antal undantag från skyldigheten att erlagga mervärdesskatt. Två av dessa undantag är relevanta i förevarande mål, nämligen artikel 13 B d 3 och 6. De har följande lydelse:

”Utan att det påverkar tillämpningen av övriga gemenskapsbestämmelser, skall medlemsstaterna undanta följande verksamheter från skatteplikt och fastställa de villkor som krävs för att säkerställa en riktig och enkel tillämpning och förhindra eventuell skatteflykt, skatteundandragande eller missbruk: ...

(d) Följande transaktioner: ...

3. Transaktioner och förhandlingar rörande spar- och transaktionskonton, betalningar, överföringar, fordringar, checkar och andra överlåtbara skuldebrev, med undantag av inkasso och factoring. ...

6. Förvaltning av särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna.”

5. Mot bakgrund av tidpunkten för omständigheterna i målet är sjätte direktivet tillämpligt. Det bör emellertid påpekas att de citerade bestämmelserna har återgivits utan någon ändring med relevans för förevarande mål i artiklarna 2.1 c och 135.1 d och g i rådets direktiv 2006/112/EG.<sup>4</sup>

## B – Nationell rätt

6. De ovannämnda unionsrättsliga bestämmelserna har införlivats i dansk rätt genom 13 § första stycket punkt 11 c och f i den danska mervärdesskattelagen (nedan kallad mervärdesskattelagen). I de relevanta delarna av paragrafen föreskrivs följande:

”Från skatteplikt undantas följande varor och tjänster: ...

11. Följande finansiella verksamheter: ...

(c) Transaktioner och förhandlingar rörande spar- och transaktionskonton, betalningar, överföringar, fordringar, checkar och andra överlåtbara skuldebrev, med undantag av inkasso och factoring. ...

(f) Förvaltning av särskilda investeringsfonder.”

7. Den hänskjutande domstolen har påpekat att flera av dessa bestämmelser har tolkats i myndigheternas riktlinjer (juridisk vägledning).<sup>5</sup>

## II – Faktiska omständigheter och målet vid den nationella domstolen

8. ATP tillhandahåller tjänster åt pensionskassor. ATP:s största kund, PensionDanmark, är ett institut som administrerar tjänstepensioner reglerade i kollektivavtal och verksamhetsavtal.

9. Tjänstepensioner är en central del av det danska pensionssystemet. Systemet vilar på tre pelare: skattefinansierad lagstadgad pension, tjänstepension och individuellt pensionssparande.<sup>6</sup>

4 — Rådets direktiv 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt (EUT L 347, s. 1) i ändrad lydelse.

5 — Undantaget från skyldigheten att erlagga mervärdesskatt för transaktioner rörande spar- och transaktionskonton har tolkats i D.A.5.11.6. Särskilda investeringsfonder beskrivs i D.A.5.11.9.2. Förvaltningen av sådana fonder behandlas i D.A.5.11.9.3.

6 — En översikt över vanliga pensionssystem finns i OECD, *Pensions at a Glance*, 2005; uppdaterad i OECD, *Pensions at a Glance*, 2011.

10. Danska tjänstepensionssystem, vilka till följd av ATP:s verksamhet utgör kärnan i detta mål, är i allmänhet "avgiftsbestämda" system som är knutna till anställningen. Arbetsgivaren betalar in avgifter till den institution som tillhandahåller tjänstepensionen (normalt en pensionskassa) för var och en av sina anställda<sup>7</sup>, som kan välja att själva göra ytterligare inbetalningar.<sup>8</sup> Avgifterna till sådana system ger rätt till avdrag inom vissa ramar enligt dansk inkomstskatterätt. Storleken på pensionsutbetalningen beror på dels hur stort belopp som har betalats in och dels på hur stor avkastningen har varit på pensionskassans investering (efter avdrag för kostnader). Pension kan normalt betalas ut i tre olika former (skattepliktiga) när förmånstagaren blir berättigad till den: en livränta, en pension som utbetalas i rater under en viss period eller en pension som utbetalas som ett engångsbelopp. Villkoren för tjänstepensionerna fastställs i kollektivavtal mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna, vilka representerar enskilda arbetsgivare och arbetstagare.<sup>9</sup>

11. ATP medverkar inte i investeringen av pensionsmedlen (denna uppgift sköter pensionskassorna själva), men tillhandahåller tre typer av tjänster åt pensionskassorna. För det första tillhandahåller ATP tjänster rörande systemunderhåll och systemutveckling i form av utveckling och underhåll av den plattform på vilken ATP:s tjänster tillhandahålls. För det andra utför ATP administrativa uppgifter, som bland annat består i information och rådgivning till arbetsgivare och arbetstagare avseende pensionssystemen. För det tredje tillhandahåller ATP tjänster avseende pensionsinbetalningar och pensionsutbetalningar.

12. Något förenklat kan de sistnämnda tjänsterna beskrivas på följande sätt: Arbetsgivaren betalar regelbundet in avgifterna till tjänstepensionssystemet för alla anställda som ett totalbelopp till pensionskassans bankkonto. ATP upprättar ett enskilt konto<sup>10</sup> för den enskilda pensionskunden med ledning av de upplysningar som ATP får från arbetsgivaren. ATP fördelar det totala belopp som arbetsgivaren har betalat in mellan dessa konton enligt villkoren i kollektivavtalet eller verksamhetsavtalet. Pensionskunden har tillgång till kontot via internet och ATP uppdaterar det regelbundet. När belopp ska betalas ut initierar ATP uttaget genom att lämna uppdrag till ett kreditinstitut att betala ut beloppet till pensionskunden.

13. Fram till den 30 juni 2002 påförde ATP mervärdesskatt på tjänsterna. Med anledning av domstolens dom i målet *SDC*<sup>11</sup> drog ATP emellertid slutsatsen att tjänsterna avseende in- och utbetalningar av pension skulle vara undantagna från mervärdesskatt enligt artikel 13 B d 3 i sjätte direktivet. ATP meddelade detta till den danska skattemyndigheten (SKAT) den 26 juni 2002. SKAT beslutade att ATP:s tjänster i samband med pensionsutbetalningar var undantagna från mervärdesskatt, men fann att merparten av tjänsterna rörande inbetalningar inte var undantagna, nämligen följande: registrering av arbetsgivare som ska betala in pensionsavgifter, upprättande av enskilda konton, tillhandahållande av resurser för att hantera inbetalningar från arbetsgivare så att alla pensionsavgifter för arbetsgivarens anställda kan betalas in till pensionskassans konto via en onlineservice eller via inbetalningskort, mottagande och registrering av rapporter från arbetsgivare om fördelning av det totala beloppet mellan olika arbetstagare, gottskrivning av pensionsavgifterna på enskilda konton samt uppdatering av konton, registrering av uteblivna inbetalningar, meddelande till pensionskunderna om inbetalda avgifter samt utskick av kontoutdrag. Beslutet fastställdes av Landsskatterätten, som är högsta förvaltningsmyndighet i Danmark i skatteärenden, genom beslut av den 13 maj 2009.

7 — Personer som inte har någon tjänstepension på grund av anställning, inbegripet egenföretagare, arbetsgivare och direktörer, kan välja att betala in avgifter till en sådan pension om det har avtalats en sådan för verksamhetens arbetstagare.

8 — I praktiken står dessa för en betydligt mindre del av inbetalningarna, enligt vad ATP uppgav vid förhandlingen.

9 — Det individuella pensionssparandet följer i stort sett samma mönster, men där är det förmånstagarna själva som ingår avtal om sparande och betalar till det.

10 — Dessa konton är pensionskonton och inte separata bankkonton.

11 — Dom av den 5 juni 1997 i mål C-2/95 (REG 1997, s. I-3017).

14. ATP överklagade därefter beslutet till Retten i Hillerød, som i sin tur hänvisade målet till Østre Landsret, eftersom det ansågs vara av principiell betydelse. ATP har gjort gällande att de tjänster som myndigheterna har ansett vara mervärdesskattepliktiga är undantagna från mervärdesskatt, eftersom de utgör "förvaltning av särskilda investeringsfonder" enligt 13 § första stycket punkt 11 f i mervärdesskattelagen, genom vilken artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet har införlivats, och/eller utgör en "transaktion ... rörande spar- och transaktionskonton, betalningar, överföringar ..." enligt 13 § första stycket punkt 11 c i mervärdesskattelagen, genom vilken artikel 13 B d 3 i sjätte direktivet har införlivats. Skatteministeriet har bestritt uppfattningen att det inte ska erläggas mervärdesskatt för ATP:s tjänster.

### III – Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

15. Efter förhandling med parterna och votering beslutade Østre Landsret den 8 oktober 2012 att ställa följande tolkningsfrågor till Europeiska unionens domstol med stöd av artikel 267 FEUF:

1. Ska artikel 13 B d 6 i rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning om omsättningskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund tolkas så att begreppet "särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna" ska omfatta pensionskassor sådana som de i det nationella målet med följande kännetecken, när medlemsstaten erkänner de institut som anges i kapitel 2 i begäran om förhandsavgörande som särskilda investeringsfonder:
  - a) avkastningen till arbetstagaren (pensionskunden) är beroende av avkastningen på pensionskassans investeringar,
  - b) arbetsgivaren ska inte göra en ytterligare inbetalning för att säkra pensionskunden en viss avkastning,
  - c) pensionskassan investerar kollektivt sparmedlen utifrån en princip om riskspridning,
  - d) huvuddelen av inbetalningarna till pensionskassan följer av kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter, vilka representerar enskilda arbetstagare och arbetsgivare, och inte av individuella beslut av den enskilde arbetstagaren,
  - e) den enskilde arbetstagaren kan individuellt besluta att göra ytterligare inbetalningar till pensionskassan,
  - f) egenföretagare, arbetsgivare och direktörer kan välja att betala in pensionsbidrag till pensionskassan,
  - g) en på förhand fastställd del av det kollektivt avtalade pensionssparandet för arbetstagare används till en livslång livränta,
  - h) pensionskunderna står för pensionskassans kostnader,
  - i) inbetalningar till pensionskassan ger rätt till avdrag inom vissa beloppsmässiga gränser enligt nationell inkomstskatterätt,
  - j) inbetalningar till en individuell pensionsordning, inbegripet till en pensionsordning i ett kreditinstitut, där medlen kan placeras i en investeringsfond, ger rätt till avdrag enligt nationell inkomstskatterätt i samma omfattning som vad som angetts under i,
  - k) avdragsrätten för inbetalningar under i motsvaras av att utdelningar beskattas, och

- l) sparmedlen ska som utgångspunkt betalas ut efter att pensionsåldern har inträtt?
  2. Om den första frågan besvaras jakande, ska artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet tolkas så, att begreppet "förvaltning" omfattar ett tillhandahållande av det slag som avses i det nationella målet, se kapitel 1.2 i beslutet att begära förhandsavgörande?
  3. Ska ett tillhandahållande av det slag som avses i det nationella målet rörande pensionsbetalningar, se kapitel 1.2 i beslutet att begära förhandsavgörande, betraktas som en enda tjänst eller som flera särskilda tjänster som ska bedömas var för sig i förhållande till artikel 13 B d 3 i sjätte direktivet?
  4. Ska artikel 13 B d 3 i sjätte direktivet tolkas så att det undantag från skyldigheten att erlagga mervärdesskatt som föreskrivs i den bestämmelsen för transaktioner rörande betalningar eller överföringar omfattar ett tillhandahållande såsom det i det nationella målet rörande pensionsbetalningar, se kapitel 1.2 i beslutet att begära förhandsavgörande?
  5. Om den fjärde frågan besvaras nekande, ska artikel 13 B d 3 i sjätte direktivet tolkas så att det undantag från skyldigheten att erlagga mervärdesskatt som föreskrivs i den bestämmelsen för spar- eller transaktionskonton omfattar ett tillhandahållande såsom det i det nationella målet rörande pensionsbetalningar, se kapitel 1.2 i beslutet att begära förhandsavgörande?
16. ATP, Konungariket Danmark och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.
17. Dessa tre parter samt Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 2 oktober 2013.

#### IV – Bedömning

##### A – Inledande anmärkningar

18. Den hänskjutande domstolens begäran innefattar tre olika frågor: innebörden av uttrycket "särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna" i samband med tjänstepensionssystem (den första frågan), begreppet "förvaltning" av sådana fonder (den andra frågan) samt tillämpningen av artikel 13 B d 3 i sjätte direktivet på tjänster som de som ATP tillhandahåller (den tredje, den fjärde och den femte frågan).

19. Domstolens praxis rörande alla tre frågorna är redan ganska omfattande.<sup>12</sup> Mot bakgrund av denna praxis anser jag att domstolen har tillräckligt underlag för att pröva den andra och den tredje frågan. Jag kommer därför framför allt att koncentrera mig på den första frågan, det vill säga innebörden av uttrycket "särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna" och närmare bestämt frågan huruvida (och när) en tjänstepensionsfond som den som ATP tillhandahåller tjänster åt, ska betraktas som en särskild investeringsfond. Frågan har aktualiserats två gånger nyligen, i målen *Wheels* och *PPG Holdings BV*,<sup>13</sup> men båda dessa mål skiljer sig avsevärt från det här aktuella.

12 — Beträffande de första två frågorna, se ovan i fotnot 3 nämnda rättspraxis. Beträffande den tredje frågan, se den ovan i fotnot 11 nämnda domen i målet *SDC*, samt dom av den 26 juni 2003 i mål C-305/01, *MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring* (REG 2003, s. I-6729), beslut av den 14 maj 2008 i de förenade målen C-231/07 och C-232/07, *Tiercé Ladbroke* (REU 2008, s. I-73), dom av den 22 oktober 2009 i mål C-242/08, *Swiss Re Germany Holding* (REU 2009, s. I-0099), av den 28 oktober 2010 i mål C-175/09, *Axa UK* (REU 2010, s. I-10701), av den 28 juli 2011 i mål C-350/10, *Nordea Pankki Suomi* (REU 2011, s. I-7359) och generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-461/12, *Granton Advertising BV*, i vilket domstolen ännu inte har meddelat dom. Jag har behandlat den andra frågan i mitt förslag till avgörande i det i fotnot 3 nämnda målet *GfBk*.

13 — Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston.

20. Frågan faller inom det synnerligen komplicerade och kontroversiella området mervärdesskattebehandling av finansiella tjänster (inbegripet pensionstjänster). Dessa tjänster har kommit att differentieras avsevärt,<sup>14</sup> vilket inte avspeglas i det aktuella mervärdesskattedirektivet. Det gäller särskilt undantagen inom området finansiella tjänster. Detta har lett till rättsosäkerhet för aktörerna på området och till att undantagen i fråga tillämpas olika i olika medlemsstater.<sup>15</sup>

21. Kommissionen har föreslagit såväl ett direktiv om ändring av direktiv 2006/112 rörande behandlingen av försäkringstjänster och finansiella tjänster<sup>16</sup> som en förordning om fastställande av tillämpningsföreskrifter rörande behandling av försäkringstjänster och finansiella tjänster, med definitioner av omfattningen av undantagna tjänster.<sup>17</sup> Båda var föremål för omfattande förberedelser<sup>18</sup> och i samband med dessa diskuterades även pensionsfonder och hur de skulle behandlas i mervärdesskattehänseende.<sup>19</sup> Det har emellertid inte gått att nå någon enighet kring reformen.<sup>20</sup> Att döma av kommissionens uttalanden vid förhandlingen i målet kan vi heller inte förvänta oss någon sådan inom den närmaste framtiden. Oavsett hur situationen ser ut när det gäller ändringar av de tillämpliga bestämmelserna måste domstolen grunda sitt avgörande på de bestämmelser som gällde vid tidpunkten för händelserna i fråga.

22. Jag kommer att börja min bedömning med en översikt över parternas argument. Därefter kommer jag att redogöra för hur begreppet ”särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna” hittills har tolkats i rättspraxis. Avslutningsvis kommer jag att undersöka vilka konsekvenser denna rättspraxis får för pensionskassor.

#### B – Yttranden som inkommit till domstolen

23. Danmark har gjort gällande att det är förenligt med medlemsstaternas utrymme för skönsässig bedömning att definiera begreppet ”särskilda investeringsfonder” i artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet och att från denna definition utesluta pensionskassor med de kännetecken som den hänskjutande domstolen har beskrivit.

24. Enligt Danmark är medlemsstaterna skyldiga att underlätta placeringar i särskilda investeringsfonder samt att respektera principen om skatteneutralitet såvitt avser uttag av mervärdesskatt på fonder som konkurrerar med särskilda investeringsfonder. Enligt Danmarks uppfattning skiljer sig de pensionskassor som här är i fråga tillräckligt mycket från särskilda investeringsfonder för att det ska vara motiverat att behandla dem annorlunda: inbetalningarna görs av arbetsgivaren, syftet är att tillhandahålla en pension och inte att spara pengar, de ger även ett försäkringsskydd vid dödsfall eller arbetsoförmåga,<sup>21</sup> om en person dör tillfaller inte pensionsmedlen

14 — Kommissionen anser att det nu finns mer än 5 000 försäkringsprodukter och finansiella produkter på marknaden. Generaldirektoratet skatter och tullar, Harmonisering av omsättningsskatter, 5 mars 2008, TAXUD/2414/08, s. 3.

15 — Skillnaderna i mervärdesskattebehandling av finansiella tjänster framgår tydligt av en rapport som PricewaterhouseCoopers har utarbetat för Europeiska kommissionen: *Study to Increase the Understanding of the Economic Effects of the VAT Exemption for Financial and Insurance Services*, 2 november 2006. En översikt över införlivandet av undantagen i medlemsstaternas nationella lagstiftning finns i bilagan till IBFD, *VAT Survey Financial Services*, 2006. Se även kommentar av Wessels, J., *Highlights & Insights on European Taxation 2012* nr 4, s. 62.

16 — KOM(2007) 747 slutlig/2 av den 20 februari 2008.

17 — KOM(2007) 746 slutlig/2 av den 20 februari 2008.

18 — Se Generaldirektoratet skatter och tullar ovan, fotnot 14.

19 — Se meddelande från ordförandeskapet, *Förslag till rådets direktiv och förordning om mervärdesskattebehandlingen av försäkringstjänster och finansiella tjänster*, dok. 13577/10 FISC 92 av den 16 september 2010, s. 20. ATP har hänvisat till detta dokument som stöd för sin ståndpunkt att pensionskassor ska anses omfattas av begreppet särskild investeringsfond.

20 — Av de offentliggjorda dokumenten framgår att det fortfarande råder oenighet när det gäller frågan om hur pensionskassor ska behandlas. Meddelande från generalsekretariatet, *Förslag till rådets direktiv och förordning om mervärdesskattebehandlingen av försäkringstjänster och finansiella tjänster*, dok. 18650/11 FISC 170 av den 14 december 2011, s. 5. Behovet av att fullborda reformen betonas av Dahm, J. & Hamacher, R., *Vermögensverwaltung und Umsatzsteuer*, UR 2012, 817.

21 — Vid förhandlingen i målet uppgav Danmark att pensionskassor som de här aktuella behandlas som försäkringsbolag.

(åtminstone inte helt och hållet) förmånstagarens efterlevande och pensionsinbetalningarna är normalt undantagna från inkomstskatt. Enligt Danmark investerar inte en arbetsgivare som gör pensionsinbetalningar, utan denne betalar eftersom han på grund av kollektivavtal är förpliktad att göra inbetalningar till en pensionskassa.

25. ATP har gjort gällande att pensionskassor med de kännetecken som beskrivits av den hänskjutande domstolen omfattas av artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet och således är undantagna från skyldigheten att erlægga mervärdesskatt. ATP menar att även om medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönmässig bedömning när det gäller att definiera "särskilda investeringsfonder", är de skyldiga att respektera syftena med undantaget och principen om skatteneutralitet. Syftet med undantaget i fråga är att personer ska kunna investera sina besparingar kollektivt och därigenom sprida risken, utan att belastas med mervärdesskatt. Enligt ATP är detta även syftet med de aktuella pensionskassorna. Enbart den omständigheten att pensionskassorna har som särskilt syfte att finansiera en pension motiverar inte att de behandlas annorlunda.

26. ATP anser att principen om skatteneutralitet ger stöd för dess ståndpunkt, eftersom andra särskilda investeringsfonder konkurrerar med pensionskassorna. Om pensionsinbetalningarna, som tas från arbetstagarnas normala lön, inte hade gått till pensionskassan skulle arbetstagarna fått spara pengarna på något annat sätt. Konkurrensförhållandet är särskilt tydligt när det gäller ytterligare inbetalningar eller inbetalningar av personer som ursprungligen inte var berättigade till tjänstepension. Den omständigheten att avkastningen från en pensionskassa betalas ut som en livränta<sup>22</sup> är enligt ATP irrelevant, eftersom en livränta utan vidare kan köpas för ett engångsbelopp. Lika irrelevant är det enligt ATP att inbetalningar till pensionskassor är avdragsgilla och att pensionskassor vanligtvis har ett försäkringsinslag. Vidare menar ATP att den omständigheten att tjänstepensioner regleras i kollektivavtal är irrelevant, eftersom arbetstagarna fattar de relevanta besluten, företrädda av fackliga organisationer.

27. Under förhandlingen påpekade ATP att de här aktuella pensionskassorna skiljer sig avsevärt från dem som var aktuella i målen *Wheels* och *PPG Holdings BV*. De målen handlade om förmånsbestämda system, i vilka arbetsgivaren fullgjorde en lagstadgad skyldighet genom att betala in pensionen. Endast arbetstagarna fick delta i systemet. Förevarande mål rör däremot ett avgiftsbestämt system, där förmånstagarna och investerarna står risken. Arbetsgivaren behöver bara betala in avgiften. En stor grupp personer, nämligen alla som har anknytning till arbetsmarknaden, kan ansluta sig till pensionssystemen.

28. Förenade konungariket gjorde vid förhandlingen gällande att avgiftsbestämda pensionsfonder som den som den hänskjutande domstolen har beskrivit inte i tillräcklig hög grad är jämförbara med särskilda investeringsfonder för att anses konkurrera med dem och de kan därför inte undantas från mervärdesskatt av fem skäl: tjänstepensionsfonder kan inte säljas fritt, de ger inte någon rätt till de investerade medlen innan förmånstagaren uppnår pensionsålder och de går förlorade om förmånstagaren dör, de regleras i kollektivavtal och betalas av arbetsgivaren och utgör inte investeringar av arbetstagaren, de är enbart tillgängliga för arbetstagare och inte för allmänheten och slutligen omfattas de inte av ordningen i rådets direktiv 85/611/EEG (nedan kallat *fondföretagsdirektivet*).<sup>23</sup>

22 — Skatteministeriet ansåg att detta var en viktig skillnad mellan pensionskassor och särskilda investeringsfonder.

23 — Rådets direktiv 85/611/EEG av den 20 december 1985 om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) (EGT L 375, s. 3; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 116) i ändrad lydelse. Fondföretagsdirektivet har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/65/EEG av den 13 juli 2009 om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) (EUT L 302, s. 32) den 1 juli 2011.

29. Kommissionen har gjort gällande att pensionskassorna i fråga omfattas av begreppet ”särskilda investeringsfonder”. Kommissionen skiljer mellan avgiftsbestämda och förmånsbestämda system och menar att i det förstnämnda fallet drar arbetstagarna fördel av sina investeringar och befinner sig därför i en likartad situation som små investerare i förhållande till särskilda investeringsfonder.<sup>24</sup>

### *C – Rättspraxis rörande ”särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna”*

30. Rättspraxis rörande artikel 13 i sjätte direktivet innehåller både relevanta allmänna uttalanden rörande tolkningen av undantag och viktiga överväganden rörande tolkningen av begreppet ”särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna”. Jag ska behandla dessa två frågor i tur och ordning och sedan lägga fram mina egna synpunkter på hur domstolen bör förfara då den granskar artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet.

1. Allmänna överväganden rörande tolkningen av undantag från skyldigheten att erlagga mervärdesskatt

31. När domstolen har tolkat undantagen i artikel 13 i sjätte direktivet har den upprepade gånger slagit fast att begreppen i dessa undantag som regel har en självständig innebörd i unionsrätten ”för undvikande av skillnader mellan medlemsstaterna vid tillämpningen av mervärdesskattesystemet”.<sup>25</sup> Så är emellertid inte fallet när det gäller begrepp som unionsrätten uttryckligen föreskriver att medlemsstaterna ska definiera.<sup>26</sup> I sådana fall ankommer det på medlemsstaterna att definiera begreppet i fråga i sin nationella lagstiftning.<sup>27</sup> När medlemsstaterna definierar sådana begrepp får de inte ”äventyra de syften som eftersträvas med sjätte direktivet eller de allmänna principer som ligger till grund för direktivet, i synnerhet inte principen om skatteneutralitet”.<sup>28</sup>

32. Vidare har domstolen upprepade gånger slagit fast att undantagen i artikel 13 i sjätte direktivet ska tolkas restriktivt, eftersom mervärdesskatt ska betalas för varje tillhandahållande av tjänster som utförs av en skattskyldig person mot vederlag.<sup>29</sup>

2. Uttrycket ”särskilda investeringsfonder såsom dessa definieras av medlemsstaterna”

33. Som framgår av uttryckets lydelse överlåter unionsrätten på medlemsstaterna att definiera begreppet ”särskilda investeringsfonder”. Jag kommer först att ta upp innebörden av detta utrymme för skönsmässig bedömning för medlemsstaterna och därefter sammanfatta domstolens praxis rörande tre begränsningar av detta utrymme: bestämmelsens och fondföretagsdirektivets lydelse, syftet med undantaget och principen om skatteneutralitet.

24 — Kommissionen anser att kännetecknen (a) (b) (c) och (h) i den första frågan är särskilt relevanta vid jämförelsen med särskilda investeringsfonder.

25 — Domarna i de ovannämnda målen JP Morgan, punkt 19, Wheels, punkt 16, och Abbey National, punkt 38, dom av den 26 maj 2005 i mål C-498/03, Kingscrest Associates och Montecello (REG 2005, s. I-4427), punkt 22, av den 3 mars 2005 i mål C-428/02, Fonden Marselisborg Lystbådehavn (REG 2005, s. I-1527), punkt 2, och av den 12 september 2000 i mål C 358/97, kommissionen mot Irland (REG 2000, s. I-6301), punkt 51.

26 — Domarna i de ovannämnda målen JP Morgan, punkt 20, Abbey National, punkt 39, och Wheels, punkt 16, och dom av den 28 mars 1996 i mål C-468/93, Gemeente Emmen (REG 1996, s. I-1721), punkt 25.

27 — Domen i det ovannämnda målet JP Morgan, punkt 21, och dom av den 27 april 2006 i de förenade målen C-443/04 och C-444/04, Solleveld och van den Hout-van Eijnsbergen (REG 2006, s. I-3617), punkt 29.

28 — Domen i det ovannämnda målet JP Morgan, punkt 22. Se även domen i det ovannämnda målet Gemeente Emmen, punkt 25, och dom av den 12 januari 2006 i mål C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg (REG 2006, s. I-589), punkt 31.

29 — Domen i det ovannämnda målet Abbey National, punkt 60, dom av den 1 december 2005 i de förenade målen C-394/04 och C-395/04, Ygeia (REG 2005, s. I-10373), punkt 15, av den 6 november 2003 i mål C-45/01, Dornier (REG 2003, s. I-12911), punkt 42, och av den 15 juli 1989 i mål 348/87, Stichting Uitvoering Financiële Acties (REG 1989, s. 1737), punkt 13.



a) Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning

34. Som tidigare nämnts begränsas principen att begreppen i undantag enligt artikel 13 i sjätte direktivet ska tolkas självständigt om det uttryckligen anges att medlemsstaterna ska definiera begreppen. Domstolen har slagit fast att så är fallet när det gäller begreppet ”särskilda investeringsfonder”<sup>30</sup> Det kan dock knappast stå medlemsstaterna fritt att definiera vad som helst som ”särskilda investeringsfonder”. Ett sådant oinskränkt utrymme för skönsmässig bedömning skulle medföra risk för missbruk, blanda samman de olika undantagen och strida mot principen att undantag normalt ska tolkas restriktivt. Det måste således finnas en unionsrättslig innebörd av begreppet ”särskilda investeringsfonder” trots att det enligt undantagets lydelse ankommer på medlemsstaterna att definiera det.

35. Det spänningsförhållande som uppstår i unionsrätten när medlemsstaterna får definiera ett begrepp samtidigt som det införs begränsningar för denna definition<sup>31</sup> är uppenbart i följande uttalande från domstolen: ”uppgiften att definiera innehållet i begreppet ’särskilda investeringsfonder’ [innefattar] inte på något sätt ... en rätt för medlemsstaterna att välja ut vissa fonder som förekommer i den egna medlemsstaten och fastställa att dessa, men inte andra fonder, omfattas av undantaget från skatteplikten”. ... [U]ttrycket ’särskilda investeringsfonder’ skall vara utgångspunkt för det utrymme för skönsmässig bedömning som har anförtrotts medlemsstaterna.”<sup>32</sup> Vad domstolen menade var att unionsrätten logiskt sett måste fastställa både en inre och en yttre ram för begreppet ”särskilda investeringsfonder” inom vilken medlemsstaterna är fria att välja sin definition av begreppet. Medlemsstaternas utrymme för att efter eget skön fastställa innehållet i begreppet är således begränsat. Domstolen härleder dessa gränser från bestämmelsens lydelse (och den senare rättsutvecklingen), dess syfte samt allmänna principer som ligger bakom direktivet såsom principen om neutralitet.<sup>33</sup>

36. I praktiken har tillämpningen av dessa begränsningar minskat medlemsstaternas definitionsbefogenheter avsevärt. Denna utveckling kan kritiseras, men rättssäkerheten, vilken är av stor betydelse när det gäller mervärdesskattebehandlingen av finansiella produkter, kräver att kontinuiteten hos domstolens praxis respekteras.

b) Lydelsen av bestämmelsen och av fondföretagsdirektivet

37. Lydelsen av artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet ger jämförelsevis lite vägledning när det gäller innehållet i begreppet ”särskilda investeringsfonder”, särskilt om det beaktas att olika begrepp används på olika språk. Medan uttrycket ”special investment funds” används i den engelska versionen, används i den franska ”fonds communs de placement”, i den spanska ”fondos comunes de inversión”,<sup>34</sup> i den tyska ”Sondervermögen” och i den nederländska ”gemeenschappelijke beleggingsfondsen”.

30 — Domen i det ovannämnda målet Abbey National, punkt 41.

31 — Rossi, P., *L'Avvocato generale della Corte UE – Chiarita la portata dell'esenzione Iva per le operazioni di gestione dei fondi comuni di investimento*, il fisco n. 38/2005, 14422.

32 — Domen i det ovannämnda målet JP Morgan punkt 41.

33 — Domen i de ovannämnda målen JP Morgan, punkterna 45 och 46, och Wheels, punkt 18, samt generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet JP Morgan, punkterna 15 och 17.

34 — I de italienska och portugisiska versionerna används de liknande begreppen ”fondi comuni d'investimento” och ”fundos comuns de investimento”.

38. Genom den senare rättsutvecklingen har begreppet emellertid preciserats. År 1985 trädde fondföretagsdirektivet i kraft för att samordna nationella lagar rörande fondföretag. Exakt vilket förhållande som råder mellan det direktivet och artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet är emellertid inte uppenbart. Domstolen konstaterade att i de spanska, franska, italienska och portugisiska versionerna av direktivets begrepp för företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) som har bildats på kontraktsrättslig grund används samma uttryck som det som förekommer i undantaget, men så är inte fallet när det gäller andra språk som engelska, tyska och danska.<sup>35</sup>

39. Domstolen och dess generaladvokater har följaktligen ansträngt sig för att försöka klargöra förhållandet mellan fondföretagsdirektivet och artikel 13 B d 6.<sup>36</sup> I domen i målet *Wheels* slog domstolen dock klart fast att ”de fonder som utgör fondföretag i den mening som avses i fondföretagsdirektivet utgör särskilda investeringsfonder”<sup>37</sup>. De utgör således ett minimiinnehåll i begreppet ”särskilda investeringsfonder”.

### c) Syftet med undantaget

40. Som generaladvokat Kokott konstaterade i sitt förslag till avgörande i målet *Abbey National*, är syftet med undantaget att ”underlätta för småsparare att placera pengar i värdepappersfonder”.<sup>38</sup> Dessa fonder är avsedda att samla investeringar från flera investerare,<sup>39</sup> så att de kan sprida risken över ett antal olika värdepapper. Undantaget från skyldigheten att erlagga mervärdesskatt gör att dessa investerare kan göra sådana investeringar utan att belastas med en extra kostnad i form av mervärdesskatt.<sup>40</sup> Domstolen har godtagit detta syfte.<sup>41</sup>

41. Således har domstolen slagit fast att undantaget omfattar särskilda investeringsfonder ”oavsett deras rättsliga form”.<sup>42</sup> Huruvida fonderna bildas enligt avtalsrätt, trustlagstiftning eller annan lagstiftning är ovidkommande för det eftersträvade syftet. Domstolen påpekade att en annorlunda tolkning skulle strida mot principen om skatteneutralitet, vilken innebär att näringsidkare som genomför samma transaktioner inte får behandlas på olika sätt.<sup>43</sup>

42. Vidare slog domstolen fast att fondens operativa form är ovidkommande. Huruvida fonden är ”öppen” (dvs. har rörligt kapital och är skyldig att köpa tillbaka andelarna från investerare som vill sälja) eller ”sluten” (dvs. har fast kapital och där andelarna bara kan säljas på en andrahandsmarknad) spelar ingen roll för fondens klassificering med avseende på undantaget från mervärdesskatteplikt i artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet. Denna ståndpunkt kan också vila på principen om skatteneutralitet.<sup>44</sup>

35 — Domarna i de ovannämnda målen *JP Morgan*, punkt 33, och *Abbey National*, punkt 55.

36 — Domen i det ovannämnda målet *Abbey National*, punkterna 55, 61 och 64–65, förslaget till avgörande i det ovannämnda målet *Abbey National*, punkterna 38, 41–43, 50 och 73–83, domen i det ovannämnda målet *JP Morgan*, punkterna 31–34, förslaget till avgörande i målet *JP Morgan*, punkterna 32 och 33, domen i det ovannämnda målet *Deutsche Bank*, punkt 32, och förslaget till avgörande i det ovannämnda målet *Deutsche Bank*, punkt 74.

37 — Domen i det ovannämnda målet *Wheels*, punkt 23.

38 — Förslaget till avgörande i det ovannämnda målet *Abbey National*, punkt 68.

39 — Uttrycket *små* investerare som fanns i domen i målet *Abbey National*, hade fallit bort i den efterföljande domen i målet *JP Morgan*, punkt 45, vilket generaladvokat Sharpston konstaterade i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Deutsche Bank*, punkt 21.

40 — Förslaget till avgörande i det ovannämnda målet *Abbey National*, punkterna 27–29. För det sistnämnda övervägandet använde domstolen åter uttrycket ”skattemässig neutralitet” Domarna i de ovannämnda målen *Abbey National*, punkt 62, och *Wheels*, punkt 19.

41 — Domarna i de ovannämnda målen *Abbey National*, punkt 62, *JP Morgan*, punkt 45, och *Deutsche Bank*, punkt 33. Se domen i det ovannämnda målet *Wheels*, punkt 23.

42 — Domarna i de ovannämnda målen *Abbey National*, punkt 53, och *JP Morgan*, punkt 26.

43 — *Ibidem*, punkt 56.

44 — Domen i det ovannämnda målet *JP Morgan*, punkterna 28–30 och 35.

#### d) Principen om skatteneutralitet

43. Enligt domstolen utgör principen om skatteneutralitet ”hinder för att näringsidkare som genomför samma transaktioner behandlas på olika sätt i mervärdesskattelhänseende”. Varor eller tjänster som konkurrerar med varandra på grund av sin likhet får inte behandlas olika i mervärdesskattelhänseende.<sup>45</sup>

44. Kriteriet rörande konkurrensförhållande är inte okomplicerat. Generaladvokat Sharpston tog upp farorna med detta i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Deutsche Bank och påpekade att om samtliga verksamheter ”som i viss mån konkurrerar med varandra måste ges samma mervärdesskattemässiga behandling skulle slutresultatet dessutom bli” att alla skillnader i behandlingen vid mervärdesbeskattningen helt skulle elimineras, eftersom verksamheter alltid i viss mån överlappar varandra.<sup>46</sup>

45. Den fara som generaladvokat Sharpston uppfattade kan undanröjas om man använder sig av rätt jämförelsemetod. Till att börja med måste det slås fast att jämförelseobjektet omfattas av begreppet ”särskild investeringsfond”. Fonden i fråga ska bara jämföras med det jämförelseobjektet. Jag har tidigare visat att fonder som är fondföretag i den mening som avses i fondföretagsdirektivet omfattas av begreppet ”särskild investeringsfond” och kan därför tjäna som jämförelseobjekt.<sup>47</sup>

46. Huruvida den granskade fonden också ska innefattas i begreppet ”särskild investeringsfond” beror på om fonden och jämförelseobjektet är tillräckligt jämförbara för att anses konkurrera med varandra.<sup>48</sup> De kriterier hos fonderna som ska jämföras för att avgöra om de är tillräckligt lika för att det ska råda konkurrens väljs inte ut slumpmässigt. Inte heller är prövningen enbart av ekonomisk karaktär. Den måste snarare grunda sig på syftet med undantaget. Relevanta kriterier är således till exempel huruvida fonden är ett sätt att sprida risken, huruvida investerarna får del av avkastningen av investeringen osv.

#### 3. Överväganden rörande domstolens synsätt

47. Enligt domstolens praxis begränsas medlemsstaternas befogenhet att definiera begreppet ”särskilda investeringsfonder” således av syftet med undantaget, fondföretagsdirektivet och principen om neutralitet. En närmare granskning visar att domstolen kan anses ha tillämpat dessa (överlappande<sup>49</sup>) begränsningar på ett sådant sätt att de utgör två alternativa test.

48. Ibland har domstolen tagit upp syftet med undantaget och härlett vad som kan anses vara en definition av begreppet ”särskilda investeringsfonder” samt använt sig av principen om neutralitet för att bekräfta resultatet.<sup>50</sup> Vid andra tillfällen har domstolen ansett att fondföretagsdirektivet utgör kärnan i ”särskilda investeringsfonder” och sedan tillämpat principen om neutralitet.<sup>51</sup>

45 — Domarna i de ovannämnda målen *Wheels*, punkterna 20 och 21, och *JP Morgan*, punkt 46, dom av den 8 juni 2006 i mål C-106/05, L.u.P. (REG 2006, s. I-5123), punkt 32, av den 17 februari 2005 i de förenade målen C-453/02 och C-462/02, *Linneweber och Akritidis* (REG 2005, s. I-1131), punkt 24, av den 16 september 2004 i mål C-382/02, *Cimber Air* (REG 2004, s. I-8379), punkt 24, och av den 23 oktober 2003 i mål C-109/02, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-12691), punkt 20.

46 — Förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Deutsche Bank*, punkt 60.

47 — Domen i det ovannämnda målet *Wheels*, punkt 24.

48 — Se domen i det ovannämnda målet *JP Morgan*, punkterna 50 och 51.

49 — Jaster, E. och Murchner, I., *Die umsatzsteuerliche Behandlung von Vermögensverwaltungsleistungen (Teil 2)*, UStB 2013, 54 konstaterar att kriterierna som fastslagits i domen i målet *JP Morgan* respektive i fondföretagsdirektivet är likartade.

50 — Det är så jag tolkar domarna i de ovannämnda målen *Abbey National* och *JP Morgan*.

51 — Detta synsätt kommer tydligast till uttryck i domen i det ovannämnda målet *Wheels*. Den första gången som det kan anses ha tillämpats var i domen i målet *Deutsche Bank*.

49. Jag föreslår att man ska använda (och vidareutveckla) det sistnämnda synsättet. En fond ska således betraktas som en "särskild pensionsfond" om den antingen omfattas av fondföretagsdirektivet eller är tillräckligt jämförbar med fondföretag för att de ska anses konkurrera med varandra. Relevanta kännetecken för jämförelsen är de som är relevanta för syftet med undantaget i fråga, nämligen att göra det möjligt för flera investerare att samla sina fonder och därigenom sprida risken över ett antal olika värdepapper.

#### D – *Tjänstepensionsfonder som särskilda investeringsfonder*

50. Efter dessa överväganden ska jag nu tillämpa principerna i fråga på förevarande mål. Den fråga som här har uppkommit är i vilken mån tjänstepensionsfonder ska betraktas som särskilda investeringsfonder. Unionsrätten innehåller vissa regler om sådana fonder, men där föreskrivs ingen harmonisering av dem.<sup>52</sup> I enlighet med vad jag anført ovan kommer jag att undersöka huruvida fonderna i fråga är fondföretag och om inte, i vilken mån principen om skatteneutralitet kräver att de omfattas av undantaget.

##### 1. Fondföretagsdirektivet

51. Tjänstepensionsfonder som de som här är i fråga omfattas inte av fondföretagsdirektivet.<sup>53</sup> Som Danmark har påpekat kan andelarna i de aktuella fonderna inte återköpas eller inlösas på begäran av innehavarna, vilket är fallet med fondföretag enligt artikel 1.2 i fondföretagsdirektivet.

##### 2. Principen om skatteneutralitet

52. I ett andra steg ska sedan principen om skatteneutralitet tillämpas. Frågan är då huruvida fonderna i fråga är tillräckligt jämförbara med fondföretag för att de ska anses konkurrera med dem.<sup>54</sup> I domen i målet *Wheels* fick domstolen ta ställning till den frågan beträffande en annan typ av tjänstepensionsfonder. Den slog då fast att de fonderna inte omfattas av artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet. De fonderna förde samman tillgångarna i en tjänstepensionsordning och var inte öppna för allmänheten, utan tillhandahöll bara förmåner knutna till anställningen. Betecknande nog var de "förmånsbestämda", vilket innebar att de som var anslutna till ordningen inte stod risken för hur den förvaltades, eftersom pensionsbeloppet var fast och således inte beroende av utfallet av investeringen. Enligt domstolen var fonden inte heller någon särskild investeringsfond ur arbetsgivarens synvinkel, eftersom arbetsgivarens inbetalningar var ett sätt för denne att uppfylla sina skyldigheter enligt lag. Generaladvokat Sharpston följde detta resonemang i sitt förslag till avgörande i målet *PPG Holdings* och identifierade där tre relevanta kriterier: huruvida den förvaltar pensionsordningens tillgångar, huruvida medlemmarna bär risken för förvaltningen av fonden och huruvida arbetsgivaren betalar in bidrag för att uppfylla sina rättsliga skyldigheter mot de anställda<sup>55</sup>.

53. Utan att ifrågasätta avgörandena i de målen anser jag att prövningen bör utvecklas i förevarande mål. Enligt unionsrätten är vissa kriterier relevanta och andra irrelevanta när man jämför fonder med fondföretag för att avgöra huruvida fonder är i så hög grad jämförbara med fondföretagen att de kan anses konkurrera med dem. Det ankommer på de nationella domstolarna att pröva de relevanta faktiska omständigheterna, tillämpa dessa kriterier och avgöra huruvida pensionsfonden i fråga ska anses vara en "särskild investeringsfond".

52 — Den 23 september 2003 trädde Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/41/EG av den 3 juni 2003 om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut (EUT L 235, s. 10) i kraft.

53 — Detta slog domstolen fast i domen i det ovannämnda målet *Wheels*, punkt 25. Observera att direktiv 2003/41 inte är tillämpligt på fondföretag enligt artikel 2.2 b i detta direktiv.

54 — Domen i det ovannämnda målet *Wheels*, punkterna 24 och 26.

55 — Förslag till avgörande i det ovannämnda målet *PPG Holdings BV*, punkterna 16 och 17.

a) Synpunkter på jämförelsen

54. Innan jag redovisar irrelevanta och relevanta kriterier ska det påpekas att pensionsordningar kan anses vara instrument för att sammanföra tillgångar för arbetsgivare eller för arbetstagare. Vilket av dessa två paradigmer som är tillämpligt beror på huruvida det är arbetstagarna eller arbetsgivarna som drar fördel av investeringen. Att döma av den hänskjutande domstolens beskrivning är det arbetstagarna som drar fördel av den fond som här är i fråga.

b) Irrelevanta kriterier

55. Eftersom prövningen av huruvida fonden i fråga är jämförbar med fondföretag måste göras med beaktande av syftet med undantaget, är vissa faktorer som har diskuterats i detta mål irrelevanta för jämförelsen.

56. Så är fallet med syftet med investeringen, i motsats till vad Danmark har gjort gällande. Huruvida investeraren sparar för pension eller för andra ändamål har ingen relevant betydelse för konkurrensförhållandet. Den omständigheten att fonderna i fråga är pensionsfonder hindrar således inte att de är "särskilda investeringsfonder". Till skillnad från vad domstolen slog fast i målet *Wheels*, anser jag följaktligen att man här kan betrakta arbetsgivarens lagstadgade skyldighet att göra inbetalningar för bestämda pensionsförmåner som ett irrelevant "syfte" med investeringen.

57. Den omständigheten att avtal om tjänstepensioner inte ingås individuellt utan kollektivt är irrelevant. Till att börja med förhandlar arbetstagarnas representanter med arbetsgivarnas representanter om fondernas karaktär. Även om ett kollektivavtal kan innebära att det är väldigt lite ekonomisk konkurrens mellan fonderna och fondföretag utöver de frivilliga kompletterande inbetalningarna från arbetstagarna, är detta inte relevant för syftet med undantaget. Beträffande detta har domstolen redan slagit fast att undantaget omfattar fonder oavsett deras rättsliga grund. I det avseendet är möjligheten att göra kompletterande inbetalningar eller att vissa personer frivilligt ansluter sig till tjänstepensionssystem också irrelevant.

58. Samma sak gäller frågan huruvida inbetalningarna till en fond är avdragsgilla med avseende på inkomstskatt eller inte. En gynnsam inkomstskattmässig behandling av inbetalningar till vissa fonder jämfört med andra kan ha stor betydelse för det ekonomiska konkurrensförhållandet, men det har ingen betydelse när det gäller syftet med undantaget och ska därför inte beaktas.

59. Hur utbetalningarna från pensionsfonden sker (livränta eller engångsbelopp) har ingen betydelse för hur fonden ska karaktäriseras, eftersom det är möjligt att göra överföringar mellan de olika alternativen genom en enkel ekonomisk transaktion.

60. När tjänstepensionsfonder innehåller ett inslag av försäkring och de två beståndsdelarna inte kan separeras, vilket är fallet här, ankommer det på de nationella domstolarna att avgöra vilken del som är dominerande.

c) Relevanta kriterier

61. Som jag har påpekat ovan måste de kriterier som är relevanta för jämförelsen härledas från syftet med undantaget, det vill säga att sammanföra medel från flera investerare och att sprida risken över ett antal olika värdepapper.

62. Det innebär att det endast är ett begränsat antal faktorer som har betydelse när tjänstepensionsfonder jämförs med fondföretag med avseende på skatteneutralitet enligt det aktuella undantaget. Till att börja med måste flera investerare sammanföra sina medel för att sprida risken över ett antal olika värdepapper. En sådan fond kan bara betraktas som ett sammanförande av medel

om förmånstagarna har en ovillkorlig laglig rätt med avseende på sina investeringar. Det är inte säkert att de kan realisera sin rätt när de vill (det vill säga sälja sin rätt) och det kan vara så att de inte får ta del av avkastningen från investeringen förrän de går i pension. Om investeringen går förlorad när personen dör och inte tillfaller förmånstagarens efterlevande, kan man emellertid knappast tala om en sammanföring av förmånstagarnas medel.

63. Avslutningsvis måste förmånstagarna både stå för kostnaden för fonden och stå risken för investeringen, även om inbetalningarna kan göras av deras arbetsgivare som en del av deras lön. Detta är vanligtvis fallet när det gäller avgiftsbestämda system, men inte när det gäller förmånsbestämda system. Som jag tidigare har påpekat ankommer det på de nationella domstolarna att tillämpa dessa kriterier.

64. Jag anser därför att artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet ska tolkas så att begreppet ”särskilda investeringsfonder såsom de definieras av medlemsstaterna” ska innefatta tjänstepensionsfonder om dessa fonder sammanför förmånstagarnas tillgångar och gör det möjligt att sprida risken över ett antal olika värdepapper. Så är endast fallet om förmånstagarna står risken för investeringen. Den omständigheten att inbetalningarna görs av deras arbetsgivare för deras räkning enligt ett kollektivavtal mellan organisationer som representerar arbetstagare och arbetsgivare och att utbetalningarna från fonden görs först vid pensionstillfället är irrelevant, så länge förmånstagaren har en säker rättslig ställning med avseende på sina tillgångar. Huruvida en fond uppfyller dessa villkor ankommer det på de nationella domstolarna att avgöra.

## **V – Förslag till avgörande**

65. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar den första frågan från Østre Landsret på följande sätt:

Artikel 13 B d 6 i sjätte direktivet ska tolkas så att begreppet ”särskilda investeringsfonder såsom de definieras av medlemsstaterna” ska innefatta tjänstepensionsfonder om dessa fonder sammanför förmånstagarnas tillgångar och gör det möjligt att sprida risken över ett antal olika värdepapper. Så är endast fallet om förmånstagarna står risken för investeringen. Den omständigheten att inbetalningarna görs av deras arbetsgivare för deras räkning enligt ett kollektivavtal mellan organisationer som representerar arbetstagare och arbetsgivare och att utbetalningarna från fonden görs först vid pensionstillfället är irrelevant, så länge förmånstagaren har en säker rättslig ställning med avseende på sina tillgångar. Huruvida en fond uppfyller dessa villkor ankommer det på de nationella domstolarna att avgöra.