



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
GERARD HOGAN  
föredraget den 25 februari 2021<sup>1</sup>

**De förenade målen C-478/19 och C-479/19**

**UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH  
mot  
Agenzia delle Entrate**

(begäran om förhandsavgörande framställd av Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Etableringsfrihet – Artikel 43.1 EG – Fri rörlighet för kapital – Artikel 56.1 EG – Hypoteksskatt och avgifter för inskrivning i fastighetsregistret – Skatteförmåner som endast tillkommer slutna fastighetsinvesteringsfonder”

## I. Inledning

1. Genom denna begäran om förhandsavgörande omber Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien) EU-domstolen att uttala sig om huruvida italiensk lagstiftning, som innebär att det endast är vad jag kommer att kalla ”slutna” fastighetsinvesteringsfonder som har möjlighet att halvera den hypoteksskatt och de avgifter för inskrivning i fastighetsregistret som för fastighetsinvesteringsfonders räkning ska betalas vid förvärv av en kommersiell fastighet, är förenlig med unionsrätten och i synnerhet med fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för kapital och etableringsfriheten. Genom detta mål aktualiseras återigen frågor om inskränkningar av den fria rörligheten för kapital på området för beskattning.

2. Begäran om förhandsavgörande har ingetts inom ramen för ett förfarande mellan UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH (nedan kallat UBS Real Estate), ett bolag som bildats enligt tysk rätt som portföljförvaltningsbolag för kollektiva investeringsfonder, och Agenzia delle Entrate (den italienska skattemyndigheten). Förfarandet inbegriper UBS Real Estates överklagande av den italienska skattemyndighetens underförstådda beslut att neka två tyska investeringsfonder som förvaltas av detta bolag återbetalning av den hypoteksskatt och de avgifter för inskrivning i fastighetsregistret som dessa fonder betalat vid registrering av förvärvet av två affärskomplex, av det skälet att de enligt lagdekret nr 223/2006 inte omfattas av den 50-procentiga sänkning av hypoteksskatt och avgifter för inskrivning i fastighetsregistret som gäller för slutna investeringsfonder men inte för öppna investeringsfonder.

<sup>1</sup> Originalspråk: engelska.

## II. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

3. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i de nationella målen hade Lissabonfördraget ännu inte trätt i kraft. Trots att vissa parter har hänvisat till bestämmelserna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och dessa bestämmelser är identiska med de som gällde tidigare, är det således nödvändigt att erinra om bestämmelserna i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

4. Unionsrätten skiljer för närvarande mellan två typer av investeringsverktyg för kollektiva investeringar, företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) å ena sidan, och institutioner och instrument för kollektiva investeringar som inte kan anses utgöra sådana företag å den andra, däribland alternativa investeringsfonder (AIF), som omfattas av direktiv 2011/61/EU av den 8 juni 2011 om förvaltare av alternativa investeringsfonder samt om ändring av direktiv 2003/41/EG och 2009/65/EG och förordningarna (EG) nr 1060/2009 och (EU) nr 1095/2010 (nedan kallat AIF-direktivet),<sup>2</sup> och av den delegerade förordningen (EU) nr 694/2014 av den 17 december 2013 om komplettering av Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/61/EU vad gäller tekniska standarder för tillsyn för att avgöra typ av förvaltare av alternativa investeringsfonder.<sup>3</sup>

5. Varken AIF-direktivet eller den delegerade förordningen nr 694/2014 var dock tillämpliga vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i de nationella målen. Den delegerade förordningen nr 694/2014 ger dock vägledning för att förstå skillnaden mellan en sluten och en öppen fond.

6. Nämnade förordning antogs för att komplettera bestämmelserna i AIF-direktivet med tekniska standarder för tillsyn för att avgöra typ av förvaltare av alternativa investeringsfonder (nedan kallade AIF-förvaltare), så att vissa krav i direktivet kan tillämpas på AIF-förvaltare på ett enhetligt sätt.<sup>4</sup>

7. I skäl 2 i denna förordning anges följande:

”Det är önskvärt att skilja mellan AIF-förvaltare som förvaltar öppna AIF-fonder, AIF-förvaltare som förvaltar slutna AIF-fonder och AIF-förvaltare som förvaltar båda typer av AIF-fonder, så att reglerna om likviditetshantering och värderingsförfaranden i direktiv 2011/61/EU kan tillämpas korrekt på AIF-förvaltare.”

8. I skäl 3 i förordning nr 694/2014 föreskrivs följande:

”Den faktor som avgör huruvida en AIF-förvaltare förvaltar en öppen eller sluten AIF-fond bör vara att en öppen AIF-fond återköper eller löser in sina aktier eller andelar från sina investerare, på begäran av någon av dess aktieägare eller andelsinnehavare, innan den inleder sin likvidationsfas eller avveckling och att den gör detta enligt de förfaranden och med den frekvens som anges i dess fondbestämmelser, bolagsordning, prospekt eller emissionsdokument ...”

<sup>2</sup> EUT L 174, 2011, s. 1.

<sup>3</sup> EUT L 183, 2014, s. 18.

<sup>4</sup> Se skäl 1 i delegerad förordning nr 694/2014.

9. Artikel 1.1–1.3 i samma förordning, som är den enda substantiella bestämmelsen i förordningen, har följande lydelse:

”1. En AIF-förvaltare kan vara en eller båda av följande:

- En AIF-förvaltare av en eller flera öppna AIF-fonder.
- En AIF-förvaltare av en eller flera slutna AIF-fonder.

2. Som en AIF-förvaltare av en öppen AIF-fond ska anses en AIF-förvaltare som förvaltar en AIF-fond vars aktier eller andelar, på begäran av någon av fondens aktieägare eller andelsinnehavare och innan fondens likvidationsfas eller avveckling inleds, återköps eller löses in direkt eller indirekt med hjälp av fondens tillgångar och i enlighet med de förfaranden och den frekvens som anges i dess fondbestämmelser, bolagsordning, prospekt eller emissionsdokument.

En minskning av en AIF-fonds kapital i samband med utdelning i enlighet med dess fondbestämmelser, bolagsordning, prospekt eller emissionsdokument, inbegripet en minskning som auktoriserats genom ett beslut av fondens aktieägare eller andelsinnehavare i enlighet med dess fondbestämmelser, bolagsordning, prospekt eller emissionsdokument, ska inte beaktas vid fastställandet av huruvida AIF-fonden är av öppen typ eller ej.

Huruvida en AIF-fonds aktier eller andelar kan vara föremål för handel på andrahandsmarknaden och inte återköps eller löses in av fonden ska inte beaktas vid fastställandet av huruvida AIF-fonden är av öppen typ eller ej.

3. Som en AIF-förvaltare av en slutna AIF-fond ska anses en AIF-förvaltare som förvaltar en AIF-fond som inte är av den typ som beskrivs i punkt 2.”

## **B. Italiensk rätt**

### ***1. Lagstiftningsdekret nr 347/1990***

10. I Decreto Legislativo 31 Ottobre 1990, N. 347 relativo alle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale (lagstiftningsdekret nr 347 av den 31 oktober 1990 om bestämmelser rörande inskrivning och avgifter för inskrivning i fastighetsregistret, nedan kallat lagstiftningsdekret nr 347/1990) föreskrivs att handläggning för inskrivning, in-teckningsinskrivning, förnyelse och anmärkning i fastighetsregistret ska vara föremål för inskrivningsskatt. Beskattningsunderlaget utgörs av den överlåtna eller tillskjutna fastighetens värde och skattesatsen är 1.6 procent.

11. I lagstiftningsdekret nr 347/1990 anges också att namnändring av innehavaren av en äganderätt eller en sakrätt i egendom som är införd i fastighetsregistret är föremål för en registreringsavgift (imposta catastale). Denna skatt på 0.4 procent är proportionell i förhållande till egendomens värde.

## **2. Ministerdekret nr 228/1999**

12. I Decreto ministeriale n. 228, – Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento (ministerdekret nr 228 – föreskrifter med regler för fastställande av de allmänna kriterier som gemensamma investeringsfonder måste uppfylla) av den 24 maj 1999<sup>5</sup> angavs att fastighetsfonder är fonder som uteslutande eller huvudsakligen investerar i fast egendom, rättigheter i sådan egendom och andelar i fastighetsbolag.

## **3. Lagdekret nr 223/2006**

13. Artikel 35, med rubriken ”Åtgärder för att bekämpa bedrägerier och skatteflykt”, i Decreto-Legge nr 223 – Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale (lagdekret nr 223/2006 om brådskande bestämmelser för ekonomisk och social återhämtning, begränsning och rationalisering av offentliga utgifter, samt insatser för intäkter och bekämpande av skatteflykt) av den 4 juli 2006,<sup>6</sup> antaget efter ändringar genom lag nr 248 av den 4 augusti 2006 (nedan kallat lagdekret nr 223/2006), anges följande i punkt 10-ter:

”Vid överlåtelse av ägar- eller nyttjanderätt till fast egendom och registrering av försäljning av materiella anläggningstillgångar i fastighetsregistret för kommersiella ändamål ..., även mervärdesskattepliktig sådan, avseende sådana slutna fastighetsfonder som regleras i artikel 37 i testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria [konsoliderad lag om finansiella förmedlingstjänster], vartill det hänvisas i decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 [(lagstiftningsdekret nr 58 av den 24 februari 1998)], i dess ändrade lydelse, och i artikel 14-bis i legge 25 gennaio 1994, n. 86 [(lag nr 86 av den 25 januari 1994)], eller finansiella leasingföretag, banker och finansiella mellanhänder ... ska hypoteksskatten och avgifterna för inskrivning i fastighetsregistret, såsom dessa ändrats enligt punkt 10-bis i denna artikel, minskas med hälften vid köp eller leasing med köpoption av egendom som är eller ska bli föremål för leasing. Bestämmelsen ovan träder i kraft den 1 oktober 2006.”

## **4. Lagstiftningsdekret nr 58/1998**

14. I artikel 1, med rubriken ”Definitioner”, i Decreto Legislativo N. 58/1998 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (lagstiftningsdekret nr 58/1998, konsoliderad lag om finansförmedlingstjänster enligt artiklarna 8 och 21 i lag av den 6 februari 1996, nr 52), av den 24 februari 1998,<sup>7</sup> i den lydelse som var tillämplig den dag då de transaktioner som omfattas av de nationella målen utfördes, anges följande:

”1. I detta lagstiftningsdekret avses med

...

<sup>5</sup> GURI nr 164 av den 15 juli 1999.

<sup>6</sup> GURI nr 153 av den 4 juli 2006.

<sup>7</sup> Ordinarie tillägg till GURI nr 71 av den 26 mars 1998.

- k) öppen fond: en kollektiv investeringsfond vars deltagare har rätt att när som helst i enlighet med fondens verksamhetsregler få sina andelar inlösta,
- l) slutna fond: en kollektiv investeringsfond vars deltagare har rätt till inlösen av sina andelar endast inom på förhand fastställda frister ...”

15. I artikel 36 i lagstiftningsdekret nr 58/1998, i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i de nationella målen, med rubriken ”Gemensamma investeringsfonder”, angavs följande:

”1. En gemensam fond ska förvaltas av det portföljförvaltningsbolag som inrättat fonden eller av ett annat portföljförvaltningsbolag. Sistnämnda bolag ska förvalta både de fonder som det själv har skapat och de fonder som har inrättats av andra bolag.

...

3. Deltagandet i en gemensam fond ska regleras av fondstadgan. Utöver vad som följer av bestämmelserna i artikel 39 ska Banca d’Italia [(Italiens centralbank)], efter att ha samrått med [Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) (Nationella tillsynsmyndigheten för företag och börsen, Italien)], fastställa de allmänna kriterier som ska tillämpas på utformningen av fondstadgan samt vad dessa åtminstone måste innehålla.

...

6. Varje gemensam investeringsfond, eller varje delfond i en sådan fond, utgör en självständig portfölj, som i alla rättsliga sammanhang är fristående från portföljförvaltningsbolagets tillgångar liksom från varje deltagares tillgångar, samt från alla andra tillgångar som förvaltas av detta bolag ...”

16. I artikel 37 i lagstiftningsdekret nr 58/1998, i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i de nationella målen, med rubriken ”Struktur för gemensamma fonder”, anges följande:

”1. Ekonomi- och finansministern ska i en förordning som ska antas efter samråd med Italiens centralbank och CONSOB fastställa de allmänna kriterier som gemensamma fonder måste uppfylla i fråga om

- a) syftet med placeringen,
  - b) de kategorier av investerare för vilka utbudet av andelar är avsett,
  - c) villkoren för deltagande i öppna och slutna fonder, i synnerhet hur ofta andelar kan utfärdas och lösas in, och, i tillämpliga fall, lägsta nivå för tecknande av andelar samt de förfaranden som ska iakttas,
  - d) i tillämpliga fall, kortaste och längsta varaktighet i fråga om innehav,
- d-bis) villkor i fråga om förvärv eller tillskjutande av egendom, såväl när fonden inrättas som senare, för fonder som uteslutande eller huvudsakligen investerar i fast egendom, rättigheter i sådan egendom och andelar i fastighetsbolag.

...

2-bis. I de förordningar som avses i punkt 1 ska även anges beträffande vilka ärenden deltagarna i slutna fonder ska sammanträda i stämma för att fatta beslut som är bindande för portföljförvaltningsbolaget. Stämman ska fatta beslut om byte av portföljförvaltningsbolag, om ansökan om notering, om detta inte har reglerats, samt om ändringar i fråga om förvaltningspolicy ...”

17. I artikel 39 i lagstiftningsdekret nr 58/1998, i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i de nationella målen, med rubriken ”Fondstadga”, anges följande:

”1. För varje gemensam fond ska dess stadga fastställa fondens särskilda art, reglera dess verksamhet, ange promotionsbolag och förvaltare om denne är en annan än promotionsbolaget, samt depåbank, fastställa uppgiftsfördelningen dem emellan och reglera förhållandet mellan dessa och deltagarna.

2. I stadgan ska särskilt anges

- a) fondens namn och löptid,
- b) villkoren för deltagande i fonden, villkoren för utfärdande av andelsbevis och utlöpande av dessa, samt för tecknande och inlösen av andelar liksom villkoren för fondens avveckling,
- c) vilka organ som är behöriga att välja investeringsobjekt samt kriterierna för allokering av medel till dessa investeringar,
- d) typ av egendom, finansiella instrument och andra värdepapper i vilka fondens tillgångar kan investeras,

...”

### III. Bakgrund till de nationella målen och tolkningsfrågorna

18. UBS Real Estate är ett portföljförvaltningsbolag för kollektiva fonder med säte i Tyskland och en filial i Italien. Bolaget förvaltar portföljerna för två fastighetsinvesteringsfonder, nämligen UBS (D) 3 Sector Real Estate Europe, under avveckling, (tidigare benämnd UBS(D)3 Kontinente Immobilien) och UBS (D) Euroinvest Immobilien Real Estate Investment Fund (nedan gemensamt kallade UBS-fonderna), vilka inrättats enligt tysk rätt.<sup>8</sup>

19. Den 4 oktober 2006 förvärvade UBS Real Estate för UBS-fondernas räkning två fastighetskomplex avsedda för kommersiell verksamhet, belägna i San Donato Milanese, Italien. Vid registreringen av förvärvet av de två fastigheterna betalade UBS Real Estate, för de båda fondernas räkning, hypoteksskatt (3 procent) och registreringsavgift (1 procent) till den italienska skattemyndigheten, till ett sammanlagt belopp av 802 400,00 euro för den ena fastigheten och 820 900,00 euro för den andra.

<sup>8</sup> Enligt UBS marknadsfördes inte dessa fonder i Italien.

20. I ett senare skede fick UBS Real Estate veta att lagdekret nr 223/2006 hade trätt i kraft den 1 oktober 2006. I detta lagdekret föreskrivs att när slutna fastighetsinvesteringsfonder, i den mening som avses i artikel 37 i lagstiftningsdekret nr 58/1998, förvärvade fastigheter halverades hypoteksskatten och avgifterna för inskrivning i fastighetsregistret.

21. UBS Real Estate ingav två ansökningar till den italienska skattemyndigheten om återbetalning av vad bolaget ansåg var två överskjutande inbetalningar avseende registreringen för var och en av fastigheterna, eftersom bolaget hävdade att öppna fonder, såsom de två aktuella fonderna, också skulle omfattas av bestämmelserna i lagdekret nr 223/2006.

22. Den italienska skattemyndigheten antog inte några uttryckliga beslut avseende de två ansökningar som ingetts av UBS Real Estate. Enligt italiensk rätt gav denna underlåtenhet emellertid upphov till två underförstådda avslag (*silenzio-rifiuto*) på ansökningarna.

23. UBS Real väckte då talan mot dessa underförstådda beslut vid Commissione Tributaria Provinciale di Milano (lokala skattedomstolen i Milano, Italien). Talan ogillades med motivering att den italienska lagstiftningen uttryckligen hade begränsat den skattesänkning som föreskrevs i lagdekret nr 223/2006 till att endast omfatta slutna investeringsfonder.

24. UBS Real Estate överklagade de domar som meddelats av den lokala skattedomstolen till Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (regionala skattedomstolen i Lombardiet, Italien).

25. Överklagandena ogillades genom två domar av Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (regionala skattedomstolen i Lombardiet) av den 3 april 2012, med motiveringen att det med hänsyn till de många skillnaderna mellan de två typerna av fastighetsfonder (den slutna fonden och den öppna fonden som reglerades av tysk rätt) varken förelåg ett åsidosättande av unionsrätten på grund av särbehandling (eftersom olika skattebestämmelser kan tillämpas på olika förhållanden), eller ett åsidosättande av artikel 25 i avtalet mellan Italien och Tyskland om undvikande av dubbel beskattning (eftersom det inte förelåg någon diskriminering på grund av nationalitet).

26. UBS Real Estate bestred dessa avgöranden genom att inge två överklaganden beträffande vissa rättsfrågor till Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen). Inom ramen för dessa överklaganden bestred UBS Real Estate bland annat att artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 var förenlig med de nuvarande artiklarna 18, 49 och 63 i FEUF. Skattemyndigheten bestred i sin tur överklagandena och ingav ett anslutningsöverklagande.

27. Till stöd för sina överklaganden har UBS Real Estate bland annat hävdats att Regionala skattedomstolen åsidosatte artikel 49 FEUF då den slog fast att den skattemässiga särbehandlingen mellan slutna investeringsfonder och öppna investeringsfonder är motiverad eftersom de befinner sig i olika situationer, eftersom dessa skillnader saknar relevans mot bakgrund av det kriterium som tillämpats och skälen för artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006.

28. Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) anser att de båda målen huvudsakligen ger upphov till frågan huruvida den skillnad som föreligger mellan slutna investeringsfonder som omfattas av italiensk lagstiftning å ena sidan och öppna investeringsfonder som omfattas av en annan medlemsstats lagstiftning å den andra, kan motivera att de behandlas olika i skattehänseende.

29. Den hänskjutande domstolen har härvidlag påpekat att det italienska skattesystemet för gemensamma fastighetsfonder under senare år har varit föremål för ett stort antal ändringar, i syfte att främja framväxten av slutna fonder och samtidigt säkerställa att de inte används för att kringgå lagstiftningen.

30. Vad närmare bestämt gäller artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 har Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) förklarat att begränsningen av skatteförmånen enligt denna bestämmelse till enbart slutna fonder främst syftar till att främja och stimulera en framväxt av kollektiva fastighetsinvesteringsfonder som inte har höggradigt spekulativa och osäkra syften, samt till att begränsa systemriskerna på fastighetsmarknaden i händelse av en kris. I händelse av en kris på fastighetsmarknaden kommer helt visst personer som har investerat i investeringsfonder av denna typ i regel att begära förtida inlösen av sina andelar, vilket skulle medföra en tömning av fondernas likviditetsbuffertar. Dessa skulle således tvingas sälja en del av den eller de fastigheter som förvärvats till ett pris som understiger det normala värdet för att kunna möta kraven på inlösen, vilket skulle förvärra krisen. Det är därför bättre att uppmuntra investerare till att förvärva andelar i slutna fonder i stället för i öppna fonder.

31. Mot denna bakgrund beslutade Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) att vilandeförklara förfarandet och i vart och ett av målen hänskjuta en likalydande fråga till EU-domstolen:

”Utgör unionsrätten – och i synnerhet fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet och fri rörlighet för kapital, såsom dessa har tolkats av EU-domstolen – hinder mot en nationell bestämmelse såsom artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 (såvida den sänkning av hypoteksskatt och avgifter för registrering i fastighetsregistret som föreskrivs däri endast tillkommer slutna fastighetsinvesteringsfonder)?”

32. Under förfarandet har EU-domstolen ställt frågor till den italienska regeringen och UBS Real Estate och begärt skriftliga svar. UBS Real Estate besvarade frågorna men det gjorde inte den italienska regeringen, varför vissa aspekter av den italienska lagstiftningen alltså måste styrkas.

#### **IV. Bedömning**

33. Det ska inledningsvis framhållas att i ett förfarande angående en begäran om förhandsavgörande har domstolen, enligt artikel 267 FEUF, endast behörighet att uttala sig om tolkningen av fördragen eller om giltigheten och tolkningen av rättsakter som antagits av unionens institutioner, organ eller byråer, men inte om den exakta tolkningen av nationell lagstiftning eller att ta ställning till huruvida nationella rättsregler är förenliga med unionsrätten eller korrektheten beträffande alla de faktiska uppgifter som återfinns i ärendeakten.<sup>9</sup>

34. Härav följer att EU-domstolen inte är behörig att uttala sig om tolkningen av ett internationellt avtal som ingåtts av medlemsstaterna, såsom avtalet mellan Italien och Tyskland för undvikande av dubbel beskattning. När domstolen däremot meddelar ett förhandsavgörande grundas dess svar (i motsats till vad som gäller i fördragsbrottsförfaranden) alltid på de omständigheter som den nationella domstolen har angett. Det ankommer uteslutande på den nationella domstolen att kontrollera att alla sakuppgifter som lämnats är korrekta och att

<sup>9</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 15), och dom av den 11 juni 2020, Subdelegación del Gobierno en Guadalajara (C-448/19, EU:C:2020:467, punkt 17).



förutsättningarna för den fråga som ställts därmed stämmer överens med situationen som föreligger i de nationella målen, i synnerhet i fråga om de syften som eftersträvas genom den berörda lagstiftningen.<sup>10</sup>

35. EU-domstolen kan visserligen beakta befintliga bilaterala avtal mellan två medlemsstater som en del av det rättsliga sammanhanget, för att avgränsa den situation som den hänskjutande domstolen tagit upp i sin fråga och därmed göra en tolkning av unionslagstiftningen som kommer att vara användbar för den nationella domstolen, förutsatt att EU-domstolen inte uttalar sig om vilken tolkning som ska göras på det konkreta planet.<sup>11</sup>

36. I förevarande mål tycks inte det befintliga skatteavtalet mellan Italien och Tyskland ligga till grund för de angripna besluten, och den nationella domstolen har inte heller hänvisat till det i sina frågor. Jag finner därför inget skäl till att ta hänsyn till detta avtal vid besvarandet av de ställda frågorna.

37. Eftersom den hänskjutande domstolen i sina frågor har hänvisat till ett flertal bestämmelser om fri rörlighet måste det därefter fastställas vilka av dessa bestämmelser som är relevanta i förevarande mål.

#### **A. Relevanta fördragsbestämmelser**

38. Eftersom den nationella domstolen i sin fråga har hänvisat både till etableringsfriheten enligt artikel 43 EG och till den fria rörligheten för kapital enligt artikel 56 EG, måste det först fastställas huruvida den nationella åtgärd som de nationella målen gäller faller inom tillämpningsområdet för etableringsfriheten eller den fria rörligheten för kapital, alternativt båda.

39. Det följer av domstolens praxis att för att avgöra om en nationell åtgärd omfattas av en eller flera friheter måste ändamålet med den aktuella lagstiftningen beaktas.<sup>12</sup>

40. Det bör därvid noteras att etableringsfriheten kan definieras som en frihet att bilda ett bolag i en annan medlemsstat än hemlandet eller att överföra det till en annan medlemsstat, på samma villkor som de som gäller för personer med hemvist i den medlemsstaten.<sup>13</sup> Följaktligen förutsätter denna frihet att en ekonomisk aktör verkligen har för avsikt att på ett effektivt sätt

<sup>10</sup> Detta är särskilt fallet här på grund av att det, till skillnad från vad som är fallet i fördragsbrottsförfaranden, inte åvilar parterna någon bevisbörda, eftersom en begäran om förhandsavgörande är ett förfarande mellan domstolar. Det förfarande som anges i artikel 267 FEUF är inte ett kontradiktoriskt förfarande utan ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna varigenom EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om tolkningen av unionsrätten som de behöver för att kunna avgöra anhängiga tvister. Se dom av den 15 september 2011, *Unió de Pagesos de Catalunya* (C-197/10, EU:C:2011:590, punkt 16).

<sup>11</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 januari 2006, *Bouanich* (C-265/04, EU:C:2006:51, punkt 51), och dom av den 25 oktober 2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 27).

<sup>12</sup> Dom av den 10 februari 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen* (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 34).

<sup>13</sup> Se, som exempel och för ett liknande resonemang, dom av den 28 januari 1986, *kommissionen/Frankrike* (270/83, EU:C:1986:37, punkt 14), dom av den 7 juli 1988, *Stanton och L'Étoile 1905* (143/87, EU:C:1988:378, punkt 11), och dom av den 25 oktober 2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 33). Jag är av uppfattningen att det är tillräckligt att personer som saknar hemvist i landet har möjlighet att välja det skattesystem som är tillämplig på personer med hemvist i landet. Det ankommer därefter på de personer som saknar hemvist i landet att avgöra om de föredrar denna ordning eller en annan, som, beroende på deras situation, kan vara mer eller mindre förmånlig.

bedriva sin ekonomiska verksamhet genom att på obestämd tid inrätta ett fast driftställe.<sup>14</sup> I en tvist som gäller en byggnad kan således etableringsfriheten åberopas av de personer som förvärvar byggnaden om de avser bedriva ekonomisk verksamhet i denna.<sup>15</sup>

41. Trots att EG-fördraget inte innehöll någon definition av begreppet kapitalrörelser – vilket inte heller FEUF gör – följer det ändå av fast rättspraxis att direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget,<sup>16</sup> jämte den nomenklatur som bifogats direktivet, är vägledande i detta avseende.<sup>17</sup> Enligt förklaringarna till direktiv 88/361 inbegriper gränsöverskridande kapitalrörelser bland annat "[k]öp av byggnader och mark samt uppförande av byggnader i privat regi, i vinstsyfte eller för personligt bruk". Rätten att förvärva, nyttja och avyttra fasta tillgångar på en annan medlemsstats territorium genererar, när den utövas, otvivelaktigt kapitalrörelser.

42. Härav följer att varje nationell åtgärd som reglerar investeringar i fastigheter på en medlemsstats territorium av personer som saknar hemvist i den medlemsstaten, nästan oundvikligen inverkar både på etableringsfriheten och på den fria rörligheten för kapital.<sup>18</sup>

43. Det följer emellertid av fast rättspraxis att en begäran om förhandsavgörande inte syftar till att möjliggöra rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor, utan för att tillgodose behov knutna till den faktiska lösningen av en tvist.<sup>19</sup> För att avgöra vilken frihet som ska ligga till grund för svaret på den fråga som har hänskjutits är det därför också nödvändigt att beakta förhållandena i den tvist som de nationella målen gäller. Att en nationell åtgärd kan påverka två friheter innebär inte nödvändigtvis att båda dessa friheter kan åberopas av sökanden inom tvisten i de nationella målen. För det fallet att en nationell åtgärd sannolikt ligger inom tillämpningsområdet för två friheter bör åtgärden således prövas med utgångspunkt i endast en av dessa, om omständigheterna i målet ger vid handen att sökanden kan åberopa endast en.<sup>20</sup>

44. I förevarande mål torde det framgå av handlingarna i målet att de två fonderna som förvärvade de aktuella kommersiella fastigheterna gjorde detta som en sorts passiv investering och inte för att etablera en affärsrörelse i de berörda fastigheterna eller för att på annat sätt använda dessa. Härav följer att fonderna i de nationella målen inte har utnyttjat sin rätt till

<sup>14</sup> Se, exempelvis dom av den 23 februari 2016, kommissionen/Ungern (C-179/14, EU:C:2016:108, punkterna 148–150), och dom av den 14 november 2018, Memoria och Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, punkt 44).

<sup>15</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 38).

<sup>16</sup> EGT L 178, 1988, s. 5; svensk specialutgåva område 10, volym 1, s. 44. Genom det direktivet, vilket alltjämt är i kraft, förverkligades en fullständig liberalisering av kapitalrörelser, och direktivet utgjorde den första fasen av valutaunionen. Se dom av den 23 februari 1995, Bordessa m.fl. (C-358/93 och C-416/93, EU:C:1995:54, punkt 17).

<sup>17</sup> Dom av den 23 februari 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, punkt 39).

<sup>18</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 juni 1999, Konle (C-302/97, EU:C:1999:271, punkt 22).

<sup>19</sup> Se, exempelvis, dom av den 10 december 2018, Wightman m.fl. (C-621/18, EU:C:2018:999, punkt 28).

<sup>20</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 juni 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, punkterna 68 och 69), dom av den 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punkterna 34 och 35), och dom av den 30 april 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, punkt 19). Avgörandet av vilken eller vilka friheter som ska tillämpas kan vara av praktisk betydelse eftersom etableringsfriheten omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, 2006, s. 36).

etableringsfrihet utan bara sin rätt till fri rörlighet för kapital.<sup>21</sup> Såsom kommissionen har påpekat måste den påstådda åtskillnaden i behandling följaktligen prövas endast mot bakgrund av den fria rörligheten för kapital.

45. För att en fri rörlighet som har samband med den inre marknaden ska vara tillämplig måste emellertid två villkor vara uppfyllda: för det första får den aktuella situationen i det nationella målet inte vara av rent inhemsk karaktär inom den berörda medlemsstaten,<sup>22</sup> för det andra får det område som omfattas av den nationella åtgärd vars förenlighet med unionslagstiftningen har bestridits ännu inte vara fullt ut harmoniserat.<sup>23</sup>

46. I förevarande fall är det första villkoret helt klart uppfyllt, eftersom klaganden agerar på uppdrag av två fonder som regleras av en annan medlemsstats lagstiftning. I fråga om det andra villkoret – det vill säga huruvida det område som omfattas av den berörda åtgärden i de nationella målen är fullt ut harmoniserad på unionsnivå – är det inte den verksamhet som fonderna utövar som ska beaktas, utan snarare åtgärdens art och verkan.

47. Det kan här noteras att den aktuella åtgärden ingår i lagstiftningen om fastighetsskatt, eftersom artikel 35 i lagdekret nr 223/2006 är tillämplig vid yrkesmässig överlåtelse och avyttring av fast egendom och eftersom den syftar till att ge en skatteförmån. Det står klart att unionsrätten inte har harmoniserat sådana skattebestämmelser som är tillämpliga på fastighetstransaktioner, inte heller i fråga om transaktioner som, såsom i förevarande mål, utförs av en ”sluten” fastighetsfond.

48. Jag föreslår därför att den berörda nationella lagstiftningen ska prövas mot bakgrund av den fria rörligheten för kapital, såsom denna fastställs i artikel 56 EG (numera artikel 63 FEUF).

## **B. Huruvida en restriktion är för handen**

### ***1. Den prövning som bör utföras***

49. Det ska inledningsvis erinras om att direkt beskattning alljämt ankommer främst på medlemsstaterna, som fritt får införa de skattesystem de finner lämpligast. Det åligger medlemsstaterna att fastställa räckvidden för sin skattejurisdiktion liksom grundprinciperna för sina skattesystem. I den utsträckning som den nationella skattelagstiftningen för närvarande har harmoniserats, står det således medlemsstaterna fritt att införa det skattesystem de finner lämpligast.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Visserligen prövade domstolen i sin dom av den 30 maj 1989, kommissionen/Grekland (305/87, EU:C:1989:218), med utgångspunkt i etableringsfriheten en reglering av ingående av avtal i fråga om fasta tillgångar i de grekiska gränsområdena för medborgare i andra medlemsstater. Det bör dock noteras att det målet rörde en talan om fördragsbrott och inte en begäran om förhandsavgörande. I en begäran om förhandsavgörande måste parternas situation beaktas (varför bland annat frågan huruvida tvisten är av inhemsk räckvidd eller ej får avgörande betydelse för bedömningen av om talan kan upptas till prövning eller ej). Vid en fördragsbrotttalan avgör domstolen emellertid huruvida en viss lagstiftning är förenlig med unionslagstiftningen i allmänhet. I kommissionen/Grekland (305/87, EU:C:1989:218) kunde den berörda lagstiftningen, med hänsyn till dess syften och innehåll, vara tillämplig både på personer som endast ville investera ett kapital och på personer som önskade etablera sig med hjälp av den berörda fastigheten.

<sup>22</sup> Se dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 47)

<sup>23</sup> Se, som exempel och för ett liknande resonemang, dom av den 16 oktober 2014, kommissionen/Tyskland (C-100/13, ej publicerad, EU:C:2014:2293, punkt 62).

<sup>24</sup> Se dom av den 3 mars 2020, Vodafone Magyarorszá (C-75/18, EU:C:2020:139, punkt 49). Unionsrätten kräver inte att medlemsstaterna ska rådgöra med varandra i syfte att undvika dubbel beskattning av samma inkomst eller, omvänt, att en viss inkomst inte ska beskattas alls. Se dom av den 26 maj 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, punkt 47, eller dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Aslinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkterna 169–172).

50. I detta sammanhang kan inte dessa fria rörligheter tolkas så, att en medlemsstat måste anpassa sina skattebestämmelser till skattebestämmelserna i andra medlemsstater, i syfte att sörja för att olikheter under alla förhållanden undanröjs.<sup>25</sup> De nackdelar som kan följa av att olika medlemsstater utövar sina respektive beskattningsbefogenheter parallellt bör således inte i sig anses utgöra inskränkningar i den fria rörligheten för kapital.<sup>26</sup> Om så vore fallet skulle medlemsstaternas möjlighet att uppbära skatt hindras på ett otillbörligt sätt. Under dessa förhållanden måste det godtas att kvasirestriktioner som uppstår till följd av att två skattesystem samexisterar faller utanför fördragets tillämpningsområde.<sup>27</sup>

51. Medlemsstaterna måste dock utöva sin beskattningsrätt i överensstämmelse med den fria rörligheten, vilket innebär att de sedan 2006 måste avhålla sig från att anta åtgärder som är otillåtna enligt artikel 56.1 EG (numera artikel 63.1 FEUF).<sup>28</sup>

52. I frågor om beskattning anlägger domstolen normalt ett snävare synsätt än i andra frågor när det gäller att bedöma huruvida den fria rörligheten har åsidosatts eller ej. Vad gäller dessa andra frågor är domstolen visserligen av den uppfattningen att det rör sig om en restriktion om den aktuella nationella skattebestämmelsen avskräcker från att genomföra gränsöverskridande transaktioner, men det ska likväl noteras att blott den omständigheten att en viss verksamhet eller vissa transaktioner beskattas nödvändigtvis resulterar i att det blir mindre attraktivt att bedriva sådan verksamhet eller genomföra sådana transaktioner. För att inte på ett otillbörligt sätt hindra medlemsstaternas möjligheter att uppbära skatt anser domstolen således i princip att en skatteåtgärd måste medföra en direkt eller indirekt diskriminering till nackdel för gränsöverskridande investerare för att den ska anses utgöra en restriktion i detta avseende.<sup>29</sup> För att en åtgärd ska anses vara oförenlig med unionsrätten kräver domstolen därför i princip att det har skett en jämförbarhetsprövning.<sup>30</sup>

53. Generellt sett ska en åtgärd anses vara diskriminerande om dess syfte eller verkan är att jämförbara situationer behandlas olika eller, omvänt, att olika situationer behandlas på samma sätt.<sup>31</sup>

54. Med hänsyn till att den fria rörligheten syftar till att förverkliga den inre marknaden använde domstolen först en särskild definition. När tillämpning av ett särskilt kriterium är otillåtet enligt fördraget är direkt diskriminering för handen när en person på grundval av det kriteriet uttryckligen behandlas mindre förmånligt. Indirekt diskriminering är för handen när det

<sup>25</sup> Se, exempelvis, dom av den 27 februari 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, punkt 32).

<sup>26</sup> Dom av den 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, punkt 27).

<sup>27</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 november 2006, Kerckhaert och Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, punkt 20), samt förslag till avgörande av generaladvokaten Geelhoed i målet Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139, punkt 39).

<sup>28</sup> Se, exempelvis, dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 40).

<sup>29</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 december 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punkt 53), och dom av den 26 maj 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, punkt 47). Av vissa domar framgår visserligen att ”de åtgärder som i egenskap av restriktioner för kapitalrörelser är förbjudna enligt artikel 56.1 EG omfattar sådana åtgärder som kan avhålla personer utan hemvist i landet från att investera i denna medlemsstat eller som kan avhålla personer med hemvist i landet från att investera i andra stater”. Se, exempelvis, dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 15). Min kursivering. Detta betyder dock inte att det förhållandet att en åtgärd har en sådan avskräckande effekt är tillräckligt för att åtgärden ska anses utgöra en restriktion. Se punkterna 23 och 39 i nyssnämnda dom.

<sup>30</sup> Generaladvokat Kokott föreslog att man ska frångå prövningen av icke-diskriminering och uppmanade till att i stället tillämpa samma tester på skatteområdet som de som tillämpas på andra områden. Domstolen följde dock inte hennes förslag till avgörande i detta avseende. Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, punkt 22), och dom av den 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punkterna 23 och 24).

<sup>31</sup> Se, exempelvis, dom av den 13 mars 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, punkt 45), och dom av den 30 april 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, punkterna 24 och 25).

kriterium som används förefaller vara neutralt men i praktiken blir till nackdel för dem som uppfyller det otillåtna kriteriet i jämförelse med andra.<sup>32</sup> Vad avser utövandet av den fria rörligheten, inbegripet den fria rörligheten för kapital, har domstolen mot denna bakgrund tidigare funnit att fråga är om direkt diskriminering när en åtgärd medför en åtskillnad på grund av nationalitet, och indirekt diskriminering är för handen när en åtgärd, trots att den grundar sig på ett annat kriterium, såsom hemvist, i realiteten leder till samma resultat.<sup>33</sup>

55. Det är emellertid av vikt att notera att domstolen numera, sedan ungefär ett decennium, mycket ofta (men inte alltid)<sup>34</sup> har använt den allmänna definitionen av begreppet diskriminering – vilken framgår av punkt 53 ovan – vilket ger upphov till ett antal potentiella frågor.

56. Det är för det första svårt att inte notera att detta mer generella synsätt kan leda till det paradoxala resultatet att ingen diskriminering ska anses vara för handen om en lagbestämmelse har ett tydligt diskriminerande syfte, eftersom de berörda situationerna anses vara olika i förhållande till detta syfte.

57. För det andra förefaller detta synsätt inte vara helt samstämmigt med det som tillämpades i några av dessa domar, där frågan huruvida situationerna var jämförbara prövades i samband med att det undersöktes huruvida åtgärden kunde motiveras, medan det generella diskrimineringsbegreppet innebär att frågan huruvida de aktuella situationerna är jämförbara ingår i själva definitionen av begreppet diskriminering.<sup>35</sup>

58. Eftersom jämförbarheten måste bedömas mot bakgrund av de syften som den berörda lagstiftningen eftersträvar är det, för det tredje, logiskt att först bedöma om det eftersträvade målet är tillåtet innan man prövar jämförbarheten. I en sådan situation är det möjligt att det uppstår frågor om vad som återstår att ta ställning till när det prövas huruvida åtgärden kan motiveras.

59. I fråga om direkt diskriminering, det vill säga diskriminering grundad på syfte, anser jag att oavsett synsätt är det normalt sett inte nödvändigt att bedöma huruvida de berörda situationerna är strikt jämförbara, eftersom det kan presumeras att de är det.

<sup>32</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Österrike/Tyskland (C-591/17, EU:C:2019:99, punkt 42). Se, för ett liknande resonemang, även artikel 2.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (EUT L 204, 2006, s. 23).

<sup>33</sup> Se, exempelvis, dom av den 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punkterna 26–29), dom av den 20 januari 2011, kommissionen/Grekland (C-155/09, EU:C:2011:22, punkt 46), dom av den 19 november 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punkt 28), och dom av den 18 juni 2020, kommissionen/Ungern (Insyn i föreningar) (C-78/18, EU:C:2020:476, punkt 62). Detta synsätt tycks överensstämma med rättspraxis enligt vilken de fria rörligheterna utgör olika nedslag av principen om icke-diskriminering i artikel 12 EG (numera artikel 18 FEUF), med följden att denna bestämmelse inte behöver tillämpas separat i fall där dessa friheter är tillämpliga. Se, exempelvis, dom av den 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 31).

<sup>34</sup> För ett exempel från senare år på tillämpning av det första synsättet, se dom av den 3 mars 2020, Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, punkt 62).

<sup>35</sup> Visserligen anges det i artikel 58.1 a EG (numera artikel 65.1 a FEUF) att "[b]estämmelserna i artikel 56 [inte] ska ... påverka medlemsstaternas rätt ... att tillämpa sådana bestämmelser i sin skattelagstiftning som skiljer mellan skattebetalare som har olika bostadsort eller som har investerat sitt kapital på olika ort". Som jag har förklarat i mitt förslag till avgörande i målet E (Intäkter som utbetalas av fondföretag) (C-480/19, EU:C:2020:942) innebär inte formuleringen "ska inte påverka medlemsstaternas rätt" att fråga är om ett undantag, utan i stället att medlemsstaterna vid behov, under vissa förhållanden, får fastställa avvikande bestämmelser för personer som saknar hemvist i landet. Jag finner således att det i artikel 56.1 a EG, i synnerhet jämförd med punkt 3 i samma artikel, med avseende på hemvistkriteriet, endast påpekas i vilket fall som användningen av ett sådant kriterium, även om det grundas på medborgarskap, är förenligt med unionslagstiftningen, vilket vill säga att medlemsstaterna får behandla personer på olika sätt på grundval av detta kriterium, förutsatt att det inte utgör ett sätt att tillämpa en godtycklig diskriminering eller en förtäckt restriktion, vilket förutsätter att det tillämpade kriteriet är berättigat (i fråga om godtycklig diskriminering), och att denna särbehandling, mot bakgrund av att den är motiverad, inte strider mot unionsrätten (i fråga om förtäckt diskriminering). Som exempel på en dom där olika situationer jämförs med avseende på när en åtgärd kan betecknas som en restriktion, se dom av den 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punkt 42).

60. I fråga om i vilket skede denna jämförelse ska ske, kan det noteras att det enligt rättspraxis på detta område inte alltid görs en tydlig åtskillnad vad avser de olika faserna av prövningen (det vill säga huruvida åtgärden i fråga utgör en restriktion, och i sådant fall huruvida denna objektivt sett kan vara motiverad), utan att det i stället görs en allmän prövning av huruvida åtgärden strider mot fördragen.<sup>36</sup> Trots att detta kan anses vara otillfredsställande ur ett metodiskt perspektiv vill jag påpeka att inom ramen för ett förfarande för begäran om förhandsavgörande saknar det praktisk betydelse i vilket skede denna jämförbarhetsprövning utförs, självfallet under förutsättning att en sådan prövning faktiskt sker.<sup>37</sup>

61. Vad slutligen gäller de syften som ska beaktas vid jämförbarhetsprövningen respektive prövningen av huruvida åtgärden kan motiveras, finner jag att eventuella tvivel lätt kan övervinnas. Vad som är av betydelse vid denna jämförelse är *det syfte* som eftersträvas med *den omstridda skattemässiga fördelen eller nackdelen*, medan de syften som ska beaktas vid prövningen av huruvida åtgärden kan motiveras är de syften som inom ramen för åtgärden *särskilt eftersträvas med det kriterium som ledde till att åtgärden tillämpades eller, beroende på omständigheterna, inte tillämpades* på den aktuella gränsöverskridande situationen eller transaktionen.<sup>38</sup>

62. Vad jag i detta avseende anser bör hållas i minnet i fråga om prövningen av jämförbarheten mellan situationer – vare sig denna ska anses ingå i definitionen av begreppet restriktion eller i motiveringen av åtgärden – är att det jämförbarhetskriterium som ska tillämpas för att avgöra huruvida den skillnad i behandling som följer av sådan lagstiftning återspeglar en objektiv skillnad mellan de aktuella situationerna beror på vilka syften som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen.<sup>39</sup>

63. I detta sammanhang ska det också erinras om att endast det förhållandet att en enhet som regleras av utländsk rätt och har en bolagsform som inte förekommer i värdstaten nekas en särskild skatteförmån som beviljas andra typer av enheter inte *i sig* är tillräckligt för att slå fast att det genom den berörda lagstiftningen införs en omotiverad inskränkning av den fria rörligheten för kapital. En sådan bestämmelse kan nämligen vara fullständigt förenlig med ett annat val som träffats av denna medlemsstat, nämligen att beskatta den utdelade vinsten alltefter den utdelande enhetens rättsliga ställning, och inte på grundval av arten av den verksamhet som bedrivs.<sup>40</sup> Som jag har förklarat i mitt förslag till avgörande i målet E (Intäkter som utbetalas av fondföretag) (C-480/19, EU:C:2020:942), är det fullt rimligt att en medlemsstat tillämpar skattereglerna för beskattning av utdelning på intäkter som utdelas av fonder med rättskapacitet, även om den berörda medlemsstaten inte tillåter sina egna fonder att inrättas i denna form.

<sup>36</sup> Se, exempelvis, dom av den 30 april 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, punkt 26).

<sup>37</sup> Denna fråga kan emellertid vara av viss betydelse i samband med en talan om fördragsbrott eftersom bevisbördan i fråga om restriktionen vilar på kommissionen, medan kravet att redovisa ett berättigande åvilar medlemsstaten.

<sup>38</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2019, College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, punkterna 65 och 66), och dom av den 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punkt 42). Dessa syften kan i vissa fall vara identiska.

<sup>39</sup> Se, exempelvis, dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 28), och dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punkt 49).

<sup>40</sup> I punkt 50 i dom av den 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), fann domstolen visserligen att ”den omständigheten att det i [en medlemsstats] rätt inte existerar någon bolagsform som är identisk med [den lagstiftning som berörs] [inte] i sig [kan] rättfärdiga en åtskillnad i behandlingen, eftersom detta, i avsaknad av en fullständig harmonisering på [unions]nivå av medlemsstaternas associationsrätt, skulle leda till att etableringsfriheten helt mister sin ändamålsenliga verkan”. Domstolen härledde dock inte förekomsten av en restriktion enbart av det förhållandet att denna rättsliga form inte förekom i den nationella lagstiftningen, utan endast att ett sådant förhållande inte *i sig* utgjorde ett *rättfärdigande*. Vad som är avgörande för att fråga ska anses vara om en restriktion är att bolagsformen, med hänsyn till de mål som eftersträvas med den aktuella åtgärden och de beskattningsprinciper som tillämpas, borde ha behandlats på samma sätt som en annan bolagsform som förekommer i den nationella lagstiftningen.

64. Det skulle emellertid vara felaktigt att utesluta all risk för indirekt diskriminering även när det relevanta kriteriet sannolikt uppfylls av vissa utländska enheter. Om det kriterium som tillämpas har den effekten att endast vissa utländska enheter utesluts – exempelvis de som valt en viss bolagsform – kan det förhållandet att det endast är utländska enheter som sannolikt inte uppfyller det eller de villkor som ställs för att omfattas av en skatteförmån emellertid dra de verkliga avsikterna med den nationella lagstiftningen i tvivelsmål.<sup>41</sup>

65. I en sådan situation är det således särskilt viktigt att pröva om dessa utländska enheter befinner sig i en jämförbar situation, för att kunna bedöma om valet av det aktuella kriteriet är förenligt med den nationella lagstiftningens systematik, och därmed huruvida det förhållandet det endast är utländska enheter som inte uppfyller kriteriet är följderna av medlemsstatens val att inte ha lagstiftat om just denna rättsliga form, eller om det tvärtom ska anses utgöra ett indirekt sätt att gynna inhemska företag.

66. Det bör slutligen hållas i minnet att en olik behandling kan vara förenlig med unionsrätten om den, i fråga om direkt diskriminering, kan motiveras av någon av de grunder som uttryckligen anges i fördraget<sup>42</sup> eller, i fråga om indirekt diskriminering, av tvingande skäl av allmänintresse. I båda dessa fall måste den nationella lagstiftningsåtgärden även vara lämplig för att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.<sup>43</sup>

67. Jag föreslår att den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt ska besvaras med ledning av ovanstående.

## **2. Tillämpning**

68. Det bör redan från början noteras att det i artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 uppställs *två särskilda villkor* för att sökanden ska kunna beviljas sänkta inskrivnings- och registreringsavgifter, nämligen att vederbörande för det första måste vara en sluten fastighetsfond och, för det andra, att denna måste omfattas av artikel 37 i lagstiftningsdekret nr 58/1998.

69. Trots att den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen i förevarande mål endast avser det första villkoret vill jag ta mig friheten att lämna några synpunkter i fråga om det andra villkoret. Såsom jag påpekat ovan ankommer det uteslutande på den nationella domstolen att tolka sin egen lagstiftning men jag vill likväl framhålla att de två villkoren är skilda från varandra, och vart och ett av dem skulle kunna läggas till grund för beslutet att inte bevilja de båda fastighetsfonderna en sänkning av avgifterna med 50 procent.

### ***a) Det andra villkoret i artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006***

70. Klaganden har anfört att det *andra villkoret* resulterar i direkt diskriminering, i så måtto att artikel 37 i lagstiftningsdekret nr 58/1998 är tillämplig *endast på fonder som regleras av italiensk rätt*.

<sup>41</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 oktober 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, punkterna 36 och 37), och dom av den 8 juni 2017, Van der Weegen m.fl. (C-580/15, EU:C:2017:429, punkt 29).

<sup>42</sup> Se, med avseende på skatteåtgärder, förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, punkt 55) eller, på ett mer allmänt plan, dom av den 7 maj 1997, Pistre m.fl. (C-321/94–C-324/94, EU:C:1997:229, punkt 52).

<sup>43</sup> Se, exempelvis, dom av den 26 februari 2019, X (Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland) (C-135/17, EU:C:2019:136, punkt 70).

71. Det framgår inte av den information som den hänskjutande domstolen har lämnat vilken räckvidd artikel 37 i lagstiftningsdekret nr 58/1998 hade vid tidpunkten för omständigheterna i målet,<sup>44</sup> men det är likväl viktigt att understryka att det andra villkoret *skulle* utgöra en direkt diskriminering om det visar sig att bestämmelsen endast var tillämplig på fonder som inrättats enligt italiensk rätt (lagreglerade fonder), fonder som regleras genom avtal som faller under italiensk rätt (avtalsreglerade fonder), eller fonder vars förvaltningsbolag har sitt säte i Italien. Hänvisningen i artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 till artikel 37 i lagstiftningsdekret nr 58/1998 skulle under sådana omständigheter innebära att det uppställdes ett krav avseende fondens ”nationalitet” för att artikel 35.10-ter i nämnda lagdekret ska vara tillämplig.<sup>45</sup>

72. Som jag har förklarat ovan kan en direkt diskriminering endast motiveras av skäl som uttryckligen anges i fördragen, och vad gäller fri rörlighet för kapital framgår dessa huvudsakligen av artikel 58.1 b EG (numera 65.1 b FEUF), det vill säga allmän ordning och allmän säkerhet,<sup>46</sup> vilket inkluderar bekämpande av skatteflykt och bedrägerier, samt behovet av att förhindra icke försvarliga skatteförmåner.

73. Om det skulle visa sig att artikel 37 i lagstiftningsdekret nr 58/1998 *endast* är tillämplig på fonder som regleras av italiensk rätt eller förvaltas av förvaltningsbolag som regleras av italiensk rätt är det svårt att förstå hur något av dessa skäl skulle kunna ligga till grund för den aktuella lagstiftningen, eftersom risken för skatteflykt, med hänsyn till den typ av avgifter det rör sig om, tycks vara lika stor oberoende av de ifrågavarande fondernas ”nationalitet”. Även om detta kriterium syftade till att upprätthålla den allmänna ordningen, genom att gynna ”slutna” fastighetsfonder (vilket tas upp mer ingående nedan), för att undvika systemrisk, förefaller dessa risker vara desamma oberoende av fondernas ”nationalitet”.

## **b) Det första villkoret i artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006**

### *1) Huruvida en restriktion är för handen*

74. Vad gäller det *första villkoret* kan det konstateras att fråga inte är om direkt diskriminering, eftersom detta villkor inte är direkt kopplat till den lagstiftning som gäller för de aktuella fonderna.

75. Vad gäller frågan om indirekt diskriminering eventuellt är för handen, måste det prövas om det kriterium som tillämpas – nämligen huruvida en viss fastighetsfond är ”sluten” eller ej – är ett kriterium som, trots att det förefaller neutralt, i praktiken ger fonder som regleras av utländsk rätt en skattemässig nackdel. För att så ska anses vara fallet krävs att det detta kriterium resulterar i att fonder som regleras av utländsk rätt behandlas på ett mindre gynnsamt sätt, trots att de med utgångspunkt i de mål som eftersträvas med den aktuella skatteåtgärden befinner sig i samma situation som fonder som regleras av nationell lagstiftning. Såsom jag påtalat ovan i detta avseende kan det förmodas att fråga är om indirekt diskriminering om de enda enheter som sannolikt inte uppfyller detta kriterium är enheter som regleras av utländsk rätt.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Såsom tidigare påpekats hade AIF-direktivet ännu inte antagits vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i det nationella målet. Fastighetsfonder omfattades inte heller av 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), vari principen om hemlandstillsyn fastställdes, eftersom de inte är avsedda för investeringar i överlåtbara värdepapper och/eller i andra likvida tillgångar, såsom följer av artikel 1 i det direktivet.

<sup>45</sup> Detta utgör inte en indirekt diskriminering eftersom det kriterium som tillämpas, om än genom hänvisning, direkt hänför sig till transaktionens eventuella gränsöverskridande karaktär.

<sup>46</sup> Se artikel 58.1 b EG.

<sup>47</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punkt 50).



76. I förevarande fall måste såväl öppna som slutna fonder erlagga de aktuella avgifterna vid förvärv av en fastighet, men det följer av det första villkoret att det endast är de senare som kan komma i fråga för avgiftssänkningen på 50 procent. I enlighet med artikel 12-bis i ministerdecret nr 228/1999 kan italienska fastighetsfonder endast inrättas i slutna form. Härav följer att det troligtvis endast är fonder som regleras av ett annat lands lagstiftning som inte uppfyller villkoret. Det måste under dessa förhållanden därför förmodas att tillämpningen av detta kriterium, trots att det tycks vara neutralt, medför en åtskillnad i behandling till nackdel för vissa situationer av gränsöverskridande karaktär.

77. En sådan åtskillnad i behandling utgör dock sannolikt endast indirekt diskriminering – och därmed en restriktion i den mening som avses i artikel 56 EG (numera artikel 63 FEUF) – såvida öppna och slutna fonder verkligen kan anses vara jämförbara med hänsyn till de mål som eftersträvas med lagstiftningen genom att bevilja den aktuella skatteförmånen, nämligen i detta fall en 50-procentig sänkning av de tillämpliga avgifterna.

78. En svårighet som omedelbart gör sig gällande är att den hänskjutande domstolen inte särskilt tydligt har förklarat *varför* italiensk rätt har infört denna skatteförmån. I sin begäran om förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen endast angett att ”skattereglerna för slutna fastighetsinvesteringsfonder på senare år har varit föremål för ett stort antal lagstiftningsåtgärder som präglats av två motsatta mål, å ena sidan att uppmuntra utvecklingen av ett särskilt instrument för förvaltning av tillgångar och å andra sidan att begränsa användning av detta i undandragande syfte”. Det är emellertid svårt att veta om detta uttalande avser artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 eller om det endast är ett förtydligande av sammanhanget i förevarande mål, vilket syftar till att förklara bakomliggande orsakerna till den nationella lagstiftningens olika åtgärder avseende skattesystemet för investeringsfonder.

79. Även om man antar att denna förklaring specifikt avser artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 skulle detta endast tjäna till att klargöra varför öppna fonder är undantagna från bestämmelsen men inte varför en sådan skatteförmån har införts.

80. Den enda rimliga förklaring som i detta sammanhang lagts fram för att förtydliga vilket mål som eftersträvades med den 50-procentiga sänkningen av avgifterna är den som lagts fram av UBS Real Estate. Enligt UBS Real Estate var det egentliga syftet med bestämmelsen att undvika att skada fonder som ofta ägnar sig åt att köpa fastigheter för att sälja dessa vidare,<sup>48</sup> i så måtto att dessa transaktioner, sett ur ett ekonomiskt perspektiv, skulle beskattas två gånger.<sup>49</sup>

81. Om så är fallet – vilket det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera – måste det konstateras att i förhållande till ett sådant mål måste alla fastighetsfonder, vare sig de är öppna eller slutna, anses befinna sig i samma situation, varför de i princip ska behandlas lika.

<sup>48</sup> För att fastställa att detta mål eftersträvas med artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 har klaganden hänvisat till rapport nr 2/2009/T av den 15 maj 2009 från Consiglio nazionale del Notariato (Nationella rådet för notaries, Italien) med titeln ”Il regime tributario dei fondi immobiliari” (Skattesystemet för fastighetsfonder), samt till ett dokument från Assonime (Italienska börsnoterade bolags förbund). Trots att ingen av dessa handlingar är en officiell rättskälla anges det i båda att det vid beskattning av yrkesmässiga aktörers förvärv av fastigheter tas hänsyn till den omständigheten att sådana aktörers förvärv av fastigheter nödvändigtvis följs av en vidareförsäljning av dessa fastigheter, eftersom fastighetsfonder inrättas för en viss period under vilken den köpta fastigheten ska säljas vidare.

<sup>49</sup> Ur ett rättsligt perspektiv tycks så inte vara fallet, eftersom den skattskyldige inte är samma person vid köpet som vid den senare försäljningen. Även om det inte står klart på vilket sätt denna företeelse särskilt skulle påverka investeringsfonder – eftersom denna ”dubbla” beskattning helt enkelt tycks uppstå på grund av att två separata juridiska transaktioner genomförs – kan det inte uteslutas att detta faktiskt är det mål som eftersträvs genom den italienska lagstiftaren.

82. Härav följer att om detta verkligen var skälet till att Italien införde denna möjlighet att beviljas en sänkning av de aktuella skatterna, men det endast är slutna fonder som kan beviljas denna förmån, utgör denna åtgärd indirekt diskriminering. Samma slutsats gör sig också gällande för det fall att den hänskjutande domstolen inte kan urskilja något tydligt syfte med denna skatteförmån.

83. Eftersom det likväl är möjligt att begräsningen av denna förmån till att endast omfatta slutna fonder kan tjäna vissa andra syften av allmänintresse är det denna fråga som jag nu kommer att ta upp.

## 2) *Huruvida åtgärden kan motiveras*

84. Som jag redan har sökt förklara kan indirekt diskriminering vara förenlig med fördragen om den visar sig vara motiverad av tvingande skäl av allmänintresse.

85. Härvidlag har den hänskjutande domstolen i huvudsak hänvisat till två mål som eftersträvas med det första villkoret i artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006. Det första målet består i att främja och uppmuntra framväxten av kollektiva fastighetsinvesteringsfonder som inte har höggradigt spekulativa och osäkra syften, och det andra i att begränsa systemriskerna på fastighetsmarknaden (och därtill bankmarknaden) i händelse av en kris.<sup>50</sup> Utöver dessa båda mål har kommissionen också hänvisat till bekämpandet av skatteflykt. Slutligen har den italienska regeringen angett ett annat mål, nämligen behovet av att bevara enhetligheten i det italienska systemet, eftersom det enligt italiensk rätt endast är slutna investeringsfonder som kan förvärva fastigheter.<sup>51</sup>

86. Vad för det första gäller det mål som kommissionen har hänvisat till, delar jag dess syn att även om artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 har rubriken "Åtgärder för att bekämpa skatteflykt och skatteundandragande", är det första kriteriet fullständigt olämpligt för att uppnå ett sådant mål – om detta verkligen är det mål som eftersträvas. Detta skulle nämligen innebära att det förutsätts att förvärv som görs av öppna fonder sker i bedrägligt syfte. Det framgår dessutom av fast rättspraxis att för att ett argument avseende en sådan motivering ska kunna vinna framgång måste det styrkas att det föreligger ett direkt samband mellan den aktuella skatteförmånen och den kompensation i form av ett visst skatteuttag som svarar mot denna förmån, vilket här inte är fallet.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Det bör härvid noteras att artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 är tillämplig oberoende av om den berörda fonden erbjuds i Italien, bestämmelsen är tillämplig när en fond förvärvar en fastighet. Följaktligen kan Italien inte åberopa behovet av att skydda investeringarna.

<sup>51</sup> I enlighet med artikel 267 FEUF ankommer det i alla händelser inte på domstolen att i ett mål om förhandsavgörande avgöra om den hänskjutande domstolens tolkning av nationella bestämmelser är korrekt och, än mindre, att fastställa vilka mål som eftersträvas med en åtgärd. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punkt 22), dom av den 15 september 2011, Gueye (C-483/09 och C-1/10, EU:C:2011:583, punkt 42), och dom av den 21 juni 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, punkterna 25 och 26). Såsom redan påpekats ovan har den berörda medlemsstaten inte någon bevisbörda, och det måste således hållas i minnet att domstolen, när den uttalar sig i ett mål om förhandsavgörande, alltid gör detta uteslutande på grundval av vad som framlagts av den hänskjutande domstolen och ibland, men med ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, av parterna. Om det visar sig att de skäl som framlagts inte är korrekta kan det svar som domstolen ger vara oanvändbart för målet, även om det är välgrundat utifrån de omständigheter som den hänskjutande domstolen redogjort för. Detsamma gäller om det konstateras att den hänskjutande domstolen har underlåtit att hänvisa till vissa bestämmelser i nationell lagstiftning, trots att de är relevanta, eller om det visar sig att de angivna bestämmelserna egentligen inte var tillämpliga på tvisten i det nationella målet, särskilt inte tidsmässigt (*ratione temporis*). Även om detta är beklagligt, och därtill en källa till missförstånd för unionsmedborgarna, är detta en naturlig del av förfarandet för förhandsavgörande, där EU-domstolen, i motsats till en nationell högsta domstol, inte har behörighet att tolka nationell lagstiftning och därför måste förlita sig på de förklaringar som getts av de hänskjutande domstolarna.

<sup>52</sup> Se, exempelvis, dom av den 1 december 2011, kommissionen/Belgien (C-250/08, EU:C:2011:793, punkt 71).

87. Vad för det andra gäller den motivering som den italienska regeringen hänvisat till, noterar jag att den är oförenlig med den rättspraxis som innebär att indirekt diskriminering kan följa av att personer som saknar hemvist i landet sannolikt inte kan uppfylla det eller de villkor som krävs för att omfattas av en viss skatteåtgärd eller endast svårligen kan uppfylla dessa villkor.<sup>53</sup>

88. I fråga om den första målsättning som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, avseende bekämpandet av höggradigt spekulativa och osäkra investeringar, och oberoende av om ett sådant mål utgör ett tvingande skäl av allmänintresse enligt unionsrätten, tycks det inte kunna motivera det första villkoret för att artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 ska vara tillämpligt. Såsom UBS Real Estate har påpekat hänger frågan huruvida en fond är sluten eller öppen samman med möjligheten för investerare att begära att deras investering (som utgörs av det antal andelar som de innehar) ska lösas in av fonderna. Detta kan självfallet påverka hur en fond förvaltas, eftersom i synnerhet det förhållandet att investerare när som helst kan begära att deras andelar ska lösas in kommer tvinga fonden att hålla en viss likviditet för att kunna möta ett rimligt antal framställningar. Denna fråga tycks emellertid inte avse i vilken utsträckning den investering som fonden gjort kan anses vara spekulativ, eller huruvida fonden har mer eller mindre säkra avsikter i detta hänseende.

89. Om den nationella domstolen härvidlag har för avsikt att hänvisa till målet bestående i att uppmuntra till långsiktiga fastighetsförvärv framför kortfristiga spekulativa förvärv – i synnerhet som sådana kortfristiga förvärv kan bidra till en konstlad prisstegring och därmed till problemet med tillgång till fastigheter – kan detta övervägande, trots att det är välgrundat, inte i sig och under dessa särskilda förhållanden motivera en sådan åtskillnad i behandlingen av öppna och slutna fonder. Det ligger i en sluten fonds natur att investerare inte närhelst de önskar kan utöva sin rätt till inlösen. Att så är fallet innebär likväl inte att en sluten fond är skyldig att inneha den egendom som den förvärvar under längre tid än om fonden hade varit öppen. Eftersom det första villkoret i artikel 35.10-ter inte tycks vara förenligt med ett sådant mål, kan detta mål inte utgöra ett erforderligt objektivet motiv för åtgärden.

90. Den andra målsättning som hänskjutande domstolen har hänvisat till är att den nationella lagstiftningen söker förhindra vad som skulle kunna betecknas som en ”snöbollseffekt” på den kommersiella fastighetsmarknaden. I detta sammanhang har den hänskjutande domstolen uppgett – i fråga om öppna fonder – att om det skulle uppstå en marknadskris till följd av fallande priser på fastigheter, skulle det kunna få många investerare att begära förtida återbetalning av en del av de investerade beloppen. Det skulle kunna absorbera fondernas likviditetsreserver, vilket i sin tur skulle kunna tvinga fonderna till att sälja av en del av sina fastigheter under deras bokförda värde för att kunna tillmötesgå framställningarna om återbetalning.<sup>54</sup> För att undvika en sådan risk skulle det således vara legitimt att endast uppmuntra framväxten av slutna fonder – oberoende av vilken lagstiftning de omfattas av – genom att begränsa vissa skatteförmåner till att endast avse denna typ av fonder, däribland den förmån som följer av artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006.

<sup>53</sup> Som jag redan förklarat tvingar det förhållandet att en enhet har en bolagsform som inte är erkänd i värdlandet dock inte den medlemsstaten att tillämpa det mest förmånliga skattesystemet på den enheten, utan att tillämpa det skattesystem som följer av en konsekvent tillämpning av de kriterier som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

<sup>54</sup> Skillnaden mellan en öppen och en sluten investeringsfonds likviditet erkänns numera genom artikel 1 i delegerad förordning nr 694/2014.

91. I detta hänseende utgör ett mål som avser att begränsa en systemrisk helt uppenbart ett tvingande skäl av allmänintresse i den mening som avses i unionsrätten.<sup>55</sup> Systemrisk är självfallet en källa till oro, vilket illustreras av att Europeiska unionen har antagit en förordning som syftar till att begränsa sådana risker med avseende på finansmarknaderna.<sup>56</sup>

92. För att en indirekt diskriminering av detta slag ska vara förenlig med unionsrätten krävs emellertid inte bara att ett tvingande skäl av allmänintresse eftersträvas, utan den indirekta diskrimineringen måste också stå i proportion till det eftersträvade ändamålet. Detta innebär att den åtgärd som vidtagits (i förevarande mål att undanta öppna fonder från den 50-procentiga avgiftssänkningen) ska vara lämplig för att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och inte gå utöver vad som är nödvändigt i detta avseende.<sup>57</sup>

93. I fråga om förebyggande av en komplex risk anser jag även att medlemsstaterna måste beviljas ett *utrymme för skönmässig bedömning*.<sup>58</sup> Domstolens prövning av proportionaliteten i åtgärder som vidtas för att uppnå ett sådant mål måste därför begränsas till att kontrollera att det inte förekommit något uppenbart fel i detta avseende.<sup>59</sup>

94. Trots att detta problem förmodligen är av mindre betydelse för fastighetsmarknaden än andra, såsom för hög skuldsättning bland företag och hushåll, är det likväl välkänt inom finansvärlden och motiverar enligt min mening att medlemsstaterna visar ett intresse för denna problematik, eftersom en kris i allmänhet är resultatet av en kombination av ett flertal faktorer.

<sup>55</sup> Att i stället för att resonera i risktermer kräva att ett problem faktiskt måste föreligga för att en medlemsstat ska få åberopa behovet av att bekämpa detta problem skulle få lagstiftningen att svänga fram och tillbaka, och skulle enligt min mening resultera i rättslig kortsiktighet. En åtgärd antas för att möta ett problem men upphävs så snart problemet är löst, vilket skulle medföra att problemet återuppstår och därmed föranleda staten att återinföra åtgärden, och så vidare. Om det problem som åberopats av en medlemsstat i nuläget är bemästrat beror det kanske på att de åtgärder som vidtagits för att avhjälpa det är effektiva.

<sup>56</sup> Se Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1092/2010 av den 24 november 2010 om makrotillsyn av det finansiella systemet på EU-nivå och om inrättande av en europeisk systemrisknämnd (EUT L 331, 2010, s. 1). Det är visserligen riktigt att i förevarande fall avser den aktuella systemrisken fastighetsmarknaden. Att det finns en risk för att en kris på fastighetsmarknaden skulle få konsekvenser för det finansiella systemets stabilitet och ekonomin som helhet tycks dock vara allmänt vedertaget. Se, exempelvis, första skälet i Europeiska systemrisknämndens rekommendation av den 31 oktober 2016 om förbättrad statistik över fastighetssektorn (ESRB/2016/14) (EUT C 31, 2017, s. 1).

<sup>57</sup> Se, exempelvis, dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (de förenade målen C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 122). I vissa domar eller instrument har det angetts ett tredje kriterium, nämligen att det inte får vara möjligt att ersätta ett visst krav med en mindre restriktiv åtgärd med vilken *samma* resultat skulle kunna uppnås. Detta utgör emellertid bara en andra sida av kriteriet i fråga om den aktuella åtgärden att inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet. Om det skulle vara möjligt att anta en mindre restriktiv åtgärd med vilken *samma* resultat skulle kunna uppnås som med en viss annan åtgärd, skulle den senare åtgärden i själva verket gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta resultat.

<sup>58</sup> Se, analogt, när det gäller att minska hälsorisker, dom av den 1 mars 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, punkt 65).

<sup>59</sup> Se, analogt, dom av den 18 juni 2015, Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkt 29).

Denna slutsats gör sig gällande i än högre grad när – såsom är i fallet i förevarande mål – den aktuella åtgärden tar sikte på kommersiella fastigheter,<sup>60</sup> en marknad där investeringsfonder är viktiga aktörer.<sup>61</sup>

95. Jag vill börja med att pröva det andra kriteriet, nämligen att den aktuella åtgärden inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det tvingande skäl av allmänintresse som är i fråga.

96. Om vi i förevarande mål ser till effekterna av åtgärden kan villkoret anses vara uppfyllt, eftersom Italien i stället för att helt sonika förbjuda alla öppna fonder från att förvärva fastigheter som är belägna på landets territorium endast har undantagit öppna fonder som från en skatteförmån.

97. Vad gäller det första kriteriet, det vill säga att den aktuella åtgärden ska vara lämplig för att säkerställa att det tvingande skäl av allmänintresse som är i fråga kommer att uppnås, är det emellertid inte så enkelt.

98. Det bör för det första framhållas att detta kriterium endast medför ett krav på att den berörda åtgärden *kan minska* den påtalade risken.<sup>62</sup> Detta innebär visserligen att den vidtagna åtgärden åtminstone måste vara effektiv, men det innebär likväl inte att den i sig måste kunna eliminera risken, vilket ofta skulle vara praktiskt omöjligt. I annat fall skulle medlemsstaterna hindras från att vidta en uppsättning avhjälpande åtgärder, i stället för att införa ett strikt förbud, för att uppnå ett visst mål.

99. För att en åtgärd ska anses vara lämplig för att säkerställa att ett tvingande skäl av allmänintresse tillgodoses måste den, för det andra, verkligen vara ägnad att uppnå detta mål på ett enhetligt och systematiskt sätt.<sup>63</sup>

100. I förevarande fall anser jag att det finns ett samband mellan den uppfattade risk som åberopats å ena sidan, och frågan huruvida fonderna är öppna eller slutna å den andra. Som den hänskjutande domstolen har förklarat föreligger det helt visst en obalans mellan tillgångar och

<sup>60</sup> Det är allmänt vedertaget att kommersiella fastigheter uppvisar vissa särdrag som, åtminstone delvis, innebär dessa utgör en marknad som är separat från marknaden för bostadsfastigheter. Det tycks dock vara godtaget att det finns en väsentlig risk för att den kommersiella fastighetsmarknaden skulle ha negativa spridningseffekter på den finansiella sektorn i stort och den reala ekonomin. Se, för ett liknande resonemang, Europeiska systemrisknämnden (ESRB), *Report on vulnerabilities in the EU commercial real estate sector*, november 2018, s. 51. Av denna rapport framgår dessutom att år 2018 motsvarade den kommersiella fastighetssektorn ungefär 6 procent av Italiens bruttonationalprodukt, se s. 11. Även om det följer av denna rapport att Italien inte var en av de medlemsstater som var utsatta för risker av negativa spridningseffekter under 2018, betyder inte det att sådana risker inte existerar (och än mindre att de inte existerade under 2006). Att motverka sådana risker måste således anses utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse i den mening som avses i unionsrätten.

<sup>61</sup> Enligt flera författare var fastighetsinvesteringsfonder det vanligaste verktyget för att investera i kommersiella fastigheter i Italien år 2020. Se, Croce L., de Capitani, G. och Truttali, F., *Commercial real estate in Italy: Overview*, Thomson Reuters Practical law, online Q&A guide to corporate real estate law in Italy. En rapport från PwC, som grundar sig på uppgifter från Italiens centralbank, visar att under 2019 förvaldade fastighetsinvesteringsfonder i Italien tillgångar i form av butiksfastigheter, kontorsfastigheter eller industrifastigheter till ett värde motsvarande 56 000 000 000 euro. Av denna rapport framgår dock inte hur stor den totala marknaden är. Se, PwC, *Real Estate Market Overview: Italy 2019*, som finns tillgänglig på webbplatsen för detta globala företagsnätverk. År 2016 i Irland motsvarade den andel kommersiella fastigheter som innehades av investeringsfonder (med undantag för stiftelser för fastighetsinvesteringar, försäkringsbolag och pensionsfonder) mellan 25 och 50 procent av den kommersiella fastighetsportföljen, beroende på vilken värdering av den totala marknaden som tillämpats (butik, kontor och industri). Beräkning grundad på de uppgifter som framgår av Coates, D., Daly, P., Keenan, E., Kennedy, G., och McCarthy, B., *Who Invests in the Irish Commercial Real Estate Market? An overview of Non-Bank Institutional Ownership of Irish CRE*, Banc Ceannais na hÉireann/Central Bank of Ireland, Financial stability Notes, No 6, 2019, No 6, s. 5 och 7. I Frankrike ägs 14 procent av de kommersiella fastigheterna i Paris och dess förorter av investeringsfonder (börsnoterade eller ej men exklusive institutionella investerare och banker). Se Association française des sociétés de placement immobilier (ASPIM) och Ernst & Young, *L'investissement immobilier, une dynamique au service des territoires: Ire étude socio-économique des fonds d'investissement immobilier non cotés*, oktober 2019, s. 7.

<sup>62</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 mars 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, punkt 65).

<sup>63</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 november 2018, Memoria och Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, punkt 52).

skulder när en öppen fond erbjuder omedelbar inlösen, samtidigt som en betydande del av de tillgångar i vilka fonden investerat inte kan avvecklas under samma dag utan betydande förlust. Detta resulterar i sin tur en risk för att dessa fonder kan tvingas att sälja byggnader mitt i en fastighetskris, och därmed förvärra en kris på den kommersiella fastighetsmarknaden.<sup>64</sup> Detta är skälet till att det numera finns ett antal bestämmelser som syftar till att garantera en viss grad av likviditet i öppna fonder, så att dessa ska kunna uppfylla skyldigheter i fråga om inlösen och andra åtaganden.<sup>65</sup>

101. Med slutna fonder förhåller det sig annorlunda. I en sluten fond kan inlösen av andelar endast begäras vid en viss tidpunkt eller, beroende på vilken modell som valts, efter ett visst antal år, i motsats till vad som i princip är fallet med öppna fonder. Fördelen med slutna fonder jämfört med öppna fonder är att de inte riskerar att ställas inför ett plötsligt behov av att företa plötsliga avyttringar för att nå likviditet. Ur ett kapitalmarknadsperspektiv anses för övrigt i allmänhet att fastighetsfonder bör inrättas som fonder med begränsad likviditet eller som slutna fonder, med hänsyn till att investeringar i fastigheter är av långsiktig karaktär och den tid som krävs för att fullborda en försäljning av tillgångar i form av fastigheter.<sup>66</sup>

102. Visserligen kan man med rätta fråga sig om den avskräckande effekten av en åtgärd som endast innebär att denna typ av fond inte beviljas en viss skatteförmån är tillräcklig för att uppnå det tvingande skälet av allmänintresse bestående i att minska systemriskerna på fastighetsmarknaden genom att avskräcka öppna fonder från att agera på den marknaden.<sup>67</sup> Som jag redan har förklarat är det emellertid tillräckligt att den berörda åtgärden sannolikt kan bidra till att det aktuella tvingande skälet av allmänintresse tillgodoses för att den ska anses vara lämplig enligt proportionalitetsprincipen, såsom denna stadfästs i unionsrätten.<sup>68</sup>

103. I förevarande fall bör det noteras att det mål som eftersträvas med det första kriteriet i artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 är att minska de systemriskerna på den kommersiella fastighetsmarknaden som orsakas av utvecklingen av den verksamhet som bedrivs av öppna

<sup>64</sup> Se, exempelvis Europeiska systemrisknämnden, Report on vulnerabilities in the EU commercial real estate sector, November 2018, s. 5. ”[I]nvesteringsverket såsom öppna fastighetsinvesteringar står inför inlösenrelaterade risker som kan leda till att priserna på [kommersiella fastighetsmarknader] korrigeras om dessa fonder tvingas att snabbt avyttra sina tillgångar”, s. 79. Det bör härvid beaktas att det normalt sett är på grund av prisfall på fastighetsmarknaden som investerare i denna typ av fonder begär återbetalning för att begränsa sina förluster.

<sup>65</sup> I oktober 2016 antog US SEC nya bestämmelser för att främja en effektiv hantering av likviditetsrisker för öppna fonder (<https://www.sec.gov/rules/final/2016/33-10233.pdf>). I juli 2016 publicerade HK SFC en rundskrivelse med kompletterande vägledning för förvaltare av tillgångar särskilt med avseende på hantering av likviditetsrisker (<https://apps.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/circular/doc?refNo=16EC29>). UK FCA har offentliggjort kompletterande vägledning (<https://www.fca.org.uk/publications/documents/liquidity-management-investment-firms-good-practice>). Den franska finansmarknadsmyndigheten har publicerat en samrådsrapport om stresstestning av investeringsfonder (augusti 2016, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/autorite-des-marches-financiers-amf-launches-consultation-use-stress-tests-help-manage-risk-asset>, slutrapport offentliggjord i februari 2017), samt ingående vägledning om användningen av nyligen införda inlösenförrättningar (december 2016, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/setting-redemption-gates-mechanisms-amf-publishes-new-instruction-and-adjusts-its-existing-policy>). Indiska SEBI har publicerat en rundskrivelse (maj 2016) rörande likviditetsförvaltning ([https://www.sebi.gov.in/sebi\\_data/attachdocs/1464693701007.pdf](https://www.sebi.gov.in/sebi_data/attachdocs/1464693701007.pdf)). Se även Internationella organisationen för värdepapperstillsyn, Open-ended Fund Liquidity and Risk Management – Good Practices and Issues for Consideration – Final report, februari 2018 (<https://memofin-media.s3.eu-west-3.amazonaws.com/uploads/library/pdf/Memo%20OICV%20gestion%20risque%20liquidite%20c3%a9.pdf>) eller mer nyligen, i samband med covid-krisen, ESMA, Report on Recommendation of the European Systemic Risk Board (ESRB) on liquidity risk in investment funds, 12 november 2020, särskilt sidan 54 angående fastighetsfonder.

<sup>66</sup> Se, exempelvis, Dillon Eustace, *A Guide to Irish Regulated Real Estate Funds*, 2009, s. 4.

<sup>67</sup> Se, analogt, dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 43).

<sup>68</sup> Om det i fråga om det första villkoret inom proportionalitetsprövningen läggs alltför stor vikt vid den berörda åtgärdens effektivitet skulle detta villkor stå i strid med det andra villkoret, nämligen att den berörda åtgärden inte ska gå utöver vad som är nödvändigt.

fastighetsfonder. Eftersom det har konstaterats att det första kriteriet utgör indirekt diskriminering, vilket innebär att det har en avskräckande effekt på de berörda fonderna, bidrar ett sådant kriterium nödvändigtvis till att detta mål uppnås.

104. Sådillvida medlemsstaterna måste ges ett visst utrymme för skönsässig bedömning i fråga om hur komplexa risker som inbegriper många faktorer ska förebyggas, förefaller det således inte alls irrationellt att en medlemsstat beaktar sådana risker. Som senare års erfarenhet har visat, har åtskilliga kriser på vissa marknader uppstått på grund av att händelser som var för sig föreföll osannolika inträffade samtidigt. Händelserna under 2007–2011 har visat att risken för systemiska chocker i en sådan situation är mycket reell.

105. I detta sammanhang kan man likaså ifrågasätta om en sådan åtgärd är förenlig med andra åtgärder i italiensk rätt som vidtagits i samma syfte med avseende på öppna fonder, med tanke på att dessa inte tilläts att investera på fastighetsmarknaden. Det bör emellertid beaktas att unionslagstiftningen inte är tillämplig på positiv särbehandling.<sup>69</sup> Att en mer drastisk åtgärd har vidtagits med avseende på fonder som bildas enligt nationell rätt kan följaktligen inte ifrågasätta överensstämmelsen med det eftersträvade ändamålet.

106. Den aktuella skatteåtgärden tycks i alla händelser ingå i ett lagstiftningspaket som utformats för att uppnå det åberopade ändamålet, det vill säga att gynna öppna fonders investeringar på den italienska kommersiella fastighetsmarknaden framför slutna fonders, i syfte att minska den systemrisk som skulle uppstå om alltför många byggnader ägdes av sådana fonder.<sup>70</sup> Prövningen av huruvida den aktuella åtgärden är tillräcklig för att uppnå detta ändamål kräver följaktligen en helhetsbedömning av samtliga åtgärder som vidtagits inom ramen för detta lagstiftningspaket, men den hänskjutande domstolen har inte lämnat några ytterligare upplysningar i detta avseende.

107. I förevarande fall kulle visserligen andra åtgärder, särskilt av beteendeoriktad art, såsom förbud mot förvärv av fastigheter i Italien i spekulativt syfte, förmodligen ha varit mer effektiva med avseende på sagda ändamål. Sådana åtgärder skulle emellertid ha haft en ännu större inverkan på den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten. Detta problem skulle bli än mer aktuellt om sådana strukturåtgärder som de som numera föreskrivs i AIF-direktivet hade införts avseende samtliga fonder som önskar förvärva kommersiella fastigheter i Italien. Det bör nämligen hållas i minnet att etableringsfriheten inbegriper en rätt för alla företag, inom gränserna för det ansvar det åtar sig genom sitt handlande, att fritt disponera de ekonomiska, tekniska och finansiella resurser som de förfogar över.

108. UBS Real Estate har dock anfört att det första villkoret inte är lämpligt för att säkerställa att målet bestående i att begränsa den systemrisk som den hänskjutande domstolen hänvisat till uppnås, eftersom det inte föreligger någon skillnad mellan slutna och öppna investeringsfonder. Båda typer av fonder uppvisar samma egenskaper och är underkastade samma bestämmelser i fråga om förvaltning och investeringar.

109. Men är detta verkligen fallet? Det kan här noteras att de likheter som UBS Real Estate har påtalat vad gäller bestämmelser om förvaltning och investeringar är bestämmelser som är tillämpliga på grund av att de berörda enheterna klassificeras som investeringsfonder. I fråga om

<sup>69</sup> Se dom av den 16 juni 1994, Steen (C-132/93, EU:C:1994:254, punkterna 9–11).

<sup>70</sup> Se punkt 76 ovan. Som jag har förklarat i mitt förslag till avgörande i målet *Autoridade Tributária e Aduaneira* (Skatt på kapitalvinster från fast egendom) (C-388/19, EU:C:2020:940) bör inte domstolen betrakta skatteåtgärder var för sig utan i stället sträva efter att få en fullständig bild av den skattelagstiftning som är tillämplig på den aktuella situationen, även om detta försvårar bedömningen.

det problem som tagits upp av den hänskjutande domstolen har UBS Real Estate medgett att det finns en skillnad mellan en öppen och en sluten fond, såtillvida att en öppen fond, per definition, har en obalans mellan tillgångar och skulder.

110. UBS Real Estate har genmält genom att förklara att öppna fastighetsfonder, förutsatt att de har högre likviditet än slutna fonder, utgör en mindre riskfylld investering. Jag kan för min del inte godta detta argument. De risker som UBS Real Estate har hänvisat till i detta avseende är de risker som de enskilda investerarna löper. Dessa är emellertid inte de risker som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, vilka är allmänna systemrisker, i den mån en obalans mellan tillgångar och skulder kan förstärka ett prisfall på den kommersiella fastighetsmarknaden<sup>71</sup> och i sin tur, under vissa förhållanden, ytterst hota bank- och finansmarknaderna – såsom den senaste tidens erfarenheter har visat.

111. Slutligen har UBS Real Estate hävdatt att öppna fonder som omfattas av tysk rätt i praktiken är jämförbara med slutna fonder som regleras av italiensk rätt. För det första uppställer tysk rätt ett krav på att fonden har en likviditetsbuffert som inte får understiga ett visst belopp. Denna likviditetsbuffert minskar likviditetsrisken i samband med investeringen. I fråga om de båda fonder som nu är aktuella skulle deras verksamhetsstadga sålunda innehålla ett krav på att de måste ha en likviditet som motsvarar minst 5 procent av fondernas värde. För det andra tillåter tysk lag att öppna fonder inför klausuler om att en eventuell försäljning av fondens fastigheter för att kunna återbetala deltagarna kan senareläggas, vilket skulle eliminera den risk som den hänskjutande domstolen anser föreligga. Just detta var föreskrivet i de berörda fondernas verksamhetsstadga.<sup>72</sup> Italiensk rätt tillåter däremot att italienska slutna fonder stadgar om förtida inlösen av andelar.

112. I detta avseende instämmer jag i att de bestämmelser som UBS Real Estate har hänvisat till kan minska den risk som den hänskjutande domstolen har påtalat, eftersom de gör det möjligt för UBS att skjuta upp återbetalningen av de investeringar som gjorts i upp till tre år. Medan det i prospektet och i de bestämmelser som gäller för fonden anges att investerare i princip kan begära återbetalning och att det endast är under exceptionella förhållanden som återbetalning kan skjutas upp, bör det vidare noteras att det i dessa klausuler anges att anspråk kan frysas under en relativt lång tid och att de exceptionella förhållanden som sannolikt kan motivera att de tillämpas inbegriper en eventuell kris på fastighetsmarknaden. Samtliga av dessa omständigheter ankommer det emellertid på den nationella domstolen att kontrollera.

113. Det bör dock noteras att ett treårigt uppskov i fråga om en begäran om inlösen av en investering är kortare än den period varefter en investerare i en sluten fond med en genomsnittlig varaktighet på tio–tolv år kan begära inlösen, vilken vanligtvis är mellan fem och tjugo år. Eftersom en kris på fastighetsmarknaden mycket väl kan vara i mer än tre år<sup>73</sup> kan

<sup>71</sup> Samma sak gäller i fråga om UBS Real Estates argument rörande den rekommenderade investeringshorisonten för investerare i fonder.

<sup>72</sup> I artikel 12 i de allmänna fondbestämmelserna för båda dessa fonder, i den lydelse som ingetts till domstolen, föreskrivs följande: "[Förvaltningsbolaget] förbehåller sig rätten att, för att skydda investerarna, tillfälligt vägra inlösen av likviditetsskäl. Om bankmedlen och intäkterna från försäljning av de penningmarknadsinstrument, investeringsandelar och värdepapper som innehas inte är tillräckliga för att bolaget ska kunna betala inlösenpriset och garantera välordnad, fortlöpande affärsdrift, eller om dessa inte är omedelbart tillgängliga, har bolaget rätt att vägra inlösen under en period av sex månader. Om det när denna period har löpt ut alltjämt saknas tillräckliga medel för att täcka inlösen, måste egendom som tillhör investeringsfonden försälas. Bolaget kan vägra inlösen fram till dess att försäljningen av denna egendom har fullbordats på rimliga villkor, dock högst under två år efter det att begäran om inlösen ingavs. Genom ett meddelande till investerarna [offentliggjort i elektronischer Bundesanzeiger (federala officiella tidningen i elektronisk form) samt i en finansstidning eller dagstidning med tillräckligt stor läsekrets eller i de elektroniska informationsmedier som anges i säljprospektet] kan den ovan angivna perioden förlängas med ytterligare ett år."

<sup>73</sup> Så hade till exempel den så kallade subprime-krisen en effekt på den amerikanska bostadsmarknaden från åtminstone 2007 till 2012. En likartad kris påverkade både den spanska och den irländska fastighetsmarknaden från 2008 till 2014.



sådana bestämmelser som de som anges i UBS Real Estates prospekt och fondstadga visserligen bidra till att minska den risk som den hänskjutande domstolen hänvisat till, men de kan inte undanröja denna risk. Enligt min åsikt ankommer det inte på EU-domstolen att mot bakgrund av innehållet i dessa klausuler bedöma huruvida den risk som kvarstår är tillräcklig för att motivera att medlemsstaterna vidtar åtgärder för att möta denna. Det är i stället de nationella domstolarna som ska företa den slutliga bedömningen.

114. Om dessa klausuler med sannolikhet skulle kunna avhjälpa denna risk till fullo uppkommer frågan huruvida ett kriterium bör anses vara olämpligt (eller gå utöver vad som är nödvändigt) av det skälet att det inte inbegriper en ingående prövning av fondernas verksamhetsstadga,<sup>74</sup> utan endast grundas på hur fonderna kategoriseras enligt den lag som reglerar deras verksamhet.<sup>75</sup>

115. I frågor som gäller fri rörlighet har domstolen visserligen varit ganska försiktig i fråga om ett sådant synsätt, och krävt att så exakta kriterier som möjligt ska tillämpas.<sup>76</sup>

116. Jag anser emellertid att om den hänskjutande domstolen skulle finna att de förmånliga skattevillkoren för slutna fastighetsfonder antogs för att motverka potentiella systemriskerna på marknaden för kommersiella fastigheter och, i ett vidare sammanhang, mot potentiellt på finansmarknaderna skulle ett sådant kriterium inte framstå som *uppenbart olämpligt*.<sup>77</sup> Med hänsyn till det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har på detta område, måste varje strävan att gynna slutna fastighetsfonder, under dylika förhållanden, betraktas som proportionerlig, även om det också skulle vara möjligt att differentiera ytterligare genom att också gynna vissa öppna fonder vars bestämmelser och prospekt till viss del söker avhjälpa den risk som härrör från en obalans mellan tillgångar och skulder.

## V. Förslag till avgörande

117. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som har hänskjutits av Corte Suprema di Cassazione (Högsta domstolen, Italien) enligt följande:

Artikel 56 EG ska tolkas så, att den inte utgör hinder mot att ett kriterium som grundar sig på huruvida en fond är öppen eller sluten tillämpas för att avgöra huruvida en fond ska beviljas en sänkning av den hypoteksskatt och de avgifter för inskrivning i fastighetsregistret som ska betalas vid fastighetsförvärv, förutsatt att motiveringen till nämnda kriterium är att det bidrar till att skydda mot systemriskerna på den relevanta fastighetsmarknaden och att det inte föreligger någon direkt diskriminering grundad på sådana faktorer som huruvida fonderna förvaltas i Italien eller på annat sätt regleras av italiensk rätt.

<sup>74</sup> Jag måste erinra om att den fråga som väcks gäller förenligheten i fråga om det första villkoret i artikel 35.10-ter i lagdekret nr 223/2006 för att omfattas av sänkta skattesatser och inte de italienska skattemyndigheternas praxis. Följaktligen måste det argument som lagts fram av UBS Real Estate tolkas som kritik mot tillämpningen av ett villkor som gäller huruvida fonden är öppen eller sluten, medan det skulle ha varit lämpligare att tillgripa ett kriterium som grundar sig på en finare analys av de bestämmelser som reglerar fondernas verksamhet.

<sup>75</sup> Det bör härvid åter påpekas att vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i de nationella målen omfattades inte fastighetsfonder av tillämpningsområdet för direktiv 85/611, och således inte heller av principen om ömsesidigt erkännande eller av principen om endast hemlandstillsyn.

<sup>76</sup> På ett område som obestriddligen omfattas av unionens exklusiva behörighet har domstolen emellertid fastställt att användningen av ett generellt kriterium (att ett äktenskap ska ha varat i minst ett år som ett bevis för att förhållandet mellan de berörda personerna var verkligt och stabilt) inte åsidosatte proportionalitetsprincipen även om det skulle ha varit möjligt att göra en närmare bedömning av varje situation, exempelvis grundad på en prövning av de bevis som lagts fram av berörda parter. Se dom av den 19 december 2019, HK/kommissionen (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, punkt 89).

<sup>77</sup> Som jag redan har noterat är ståndpunkten en annan med avseende på direkt diskriminering – om en sådan kan konstateras vara för handen.