FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 3. juli 2008 [1]

1. I den foreliggende sag har Cour d'appel de Liège (Belgien) i det væsentlige spurgt Domstolen, om et selskab, som er indehaver af en ret til afkast af aktier i et andet selskab, kan eller skal betragtes som et moderselskab som omhandlet i Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater [2] (herefter »moder-datterselskabsdirektivet« eller »direktivet«).

Moder-datterselskabsdirektivet

2. Moder-datterselskabsdirektivet tilsigter at fjerne den skattemæssige ulempe for selskaber fra forskellige medlemsstater, sammenlignet med selskaber fra den samme medlemsstat, når disse selskaber ønsker at samarbejde ved at danne koncerner bestående af moderselskaber og datterselskaber [3]. Dette sker på to måder.

3. For det første bestemmer artikel 4, stk. 1, for så vidt det er relevant:

»Hvis et moderselskab som selskabsdeltager fra sit datterselskab modtager udbytte, […] kan den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende,

— enten undlade at beskatte dette udbytte

— eller beskatte det, men give selskabet tilladelse til fra skattebeløbet at trække den del af datterselskabets skat, der vedrører dette udbytte […]«

4. For det andet skal medlemsstaterne i henhold til artikel 5, stk. 1, fritage det udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, for kildeskat.

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — EFT 1990 L 225, s. 6, berigtiget i EFT L 258 af 22.9.1990, s. 36. Direktivet er senere blevet ændret, men hovedsagen vedrører kun den oprindelige version.
3 — Jf. tredje betragtning til direktivet. Betragtningerne behandles mere udførligt i punkt 44 og 45 nedenfor.

5. I artikel 3 defineres »moderselskab«. Den har følgende ordlyd:

»1. I dette direktiv:

a) betegnes som moderselskab mindst ethvert selskab i en medlemsstat, der opfylder betingelserne i artikel 2 [4], og hvis andel i kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, der opfylder de samme betingelser, er på mindst 25%

b) forstås ved datterselskab et selskab, i hvis kapital et andet selskab har den i litra a) omhandlede andel.

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne:

— ved bilateral aftale erstatte kapitalandelskriteriet med stemmerettighedskriteriet

— undlade at anvende dette direktiv på selskaber i denne medlemsstat, der ikke i en sammenhængende periode på mindst to år har besiddet en kapitalandel, der giver ret til betegnelsen moderselskab, eller på selskaber, i hvilke et selskab i en anden medlemsstat ikke i en sammenhængende periode på mindst to år har besiddet sådan kapitalandel.«

6. Eftersom artikel 3, stk. 1, litra a), definerer et moderselskab med henvisning til *mindst* selskaber som omhandlet i artikel 2 med en andel på mindst 25%, er det klart, at medlemsstaterne har mulighed for at fastlægge en bredere definition for at omfatte f.eks. selskaber med en minimumsandel, der er lavere. Den minimumsandel, der henvises til i artikel 3, stk. 1, litra a), er desuden blev nedsat til 20% med virkning fra den 2. februar 2004 og til 15% med virkning fra den 1. januar 2007 og skal nedsættes til 10% med virkning fra den 1. januar 2009 [5].

4 — I artikel 2 defineres »selskab i en medlemsstat« som ethvert selskab, a) der er organiseret i en af en række anførte former, b) er skattemæssigt hjemmehørende i en medlemsstat og c) er omfattet af en af en række anførte former for skat.

5 — Rådets direktiv 2003/123/EF af 22.12.2003 om ændring af direktiv 90/435/EØF, EUT 2004 L 7, s. 41.

7. I henhold til artikel 1, stk. 2, er direktivet ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.

Relevant belgisk ret

Gennemførelse af moder-datterselskabsdirektivet

8. Den foreliggende præjudicielle anmodning indeholder kun meget sparsomme oplysninger om den omhandlede nationale lovgivning. På grundlag af disse få oplysninger, suppleret af de mere nyttige redegørelser fra Les Vergers du Vieux Tauves SA (herefter »sagsøgeren«) og den belgiske regering i deres skriftlige indlæg, synes følgende situation at foreligge.

9. Belgien har valgt fritagelsesmetoden i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1, første led. Sammenfattende skal i henhold til den relevante lovgivning [6] udbytte modtaget fra datterselskaber som omhandlet i direktivet først lægges til moderselskabets beskatningsgrundlag og dernæst med hensyn til 95% [7] fratrækkes dette beskatningsgrundlag, i det omfang moderselskabet har et skattepligtigt overskud [8].

10. Artikel 202 i indkomstskatteloven (herefter »artikel 202«) [9] fastsatte på det pågældende tidspunkt, og for så vidt det er relevant:

»1. Fra overskuddet i beskatningsperioden skal ligeledes, for så vidt de indgår deri, følgende fratrækkes:

1 Udbytte […]

6 — Artikel 202, 204 og 205 i lov om indkomstskat (»code des impôts sur les revenus«) af 1992.

7 — Direktivets artikel 4, stk. 2, giver faktisk de medlemsstater, der har valgt fritagelsesmetoden, mulighed for at begrænse fritagelsen til 95% af det udloddede udbytte.

8 — Spørgsmålet, om en sådan ordning gennemfører direktivet korrekt, behandles i øjeblikket ved Domstolen i sag C-138/07, Cobelfret, hvori jeg fremsatte mit forslag til afgørelse den 8.5.2008.

9 — *Moniteur belge* af 30.7.1992, i den version, der var gældende på det pågældende tidspunkt. Artikel 202, stk. 2, blev indføjet (som artikel 203, stk. 2, der senere blev artikel 202, stk. 2) ved loi portant dispositions fiscales, financières et diverses (lov med fiskale, finansielle og diverse bestemmelser) af 28.12.1992, *Moniteur belge* af 31.12.1992, nævnt af den nationale ret i forelæggelseskendelsen (jf. punkt 18 nedenfor).

[…]

2. De i stk. 1, nr. 1, […] nævnte indtægter kan kun fradrages, såfremt det modtagende selskab på tildelingsdatoen eller udbetalingsdatoen besidder en andel i det udbetalende selskabs kapital på mindst 5% […]«

11. Loven af 1992 erstattede loven af 1964 [10]. Artikel 202 gentager delvis artikel 111 i loven af 1964, som ændret ved lov af 23. oktober 1991 om gennemførelse af direktivet (herefter »gennemførelsesloven«) [11]. De ændringer af loven af 1964, der blev foretaget ved gennemførelsesloven, indebar en afskaffelse af det tidligere udtrykkelige krav om, at et selskab, der modtager udbytte, skal besidde de andele, der giver anledning til udbyttet, i fuldt ejerskab for at være omfattet af den gunstige skatteordning i artikel 111. Artikel 202 er senere blevet ændret, således at den indeholder et sådant udtrykkeligt krav [12], men først med virkning efter de regnskabsår, der er relevante i den foreliggende sag.

12. Den belgiske regering har anført, at det var hensigten, at gennemførelsesloven ligeledes skulle finde anvendelse på et område, der ikke var omfattet af direktivet, nemlig forholdet mellem indenlandske selskaber, for at undgå en omvendt forskelsbehandling af belgiske selskaber med belgiske datterselskaber i forhold til belgiske selskaber med datterselskaber i andre medlemsstater med hensyn til behandlingen af udbytte.

Ret til afkast i belgisk ret

13. Belgien har forklaret, at ret til afkast i belgisk ret betyder »le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance« (retten til bruge ting, som ejes af en anden, på samme måde som ejeren, men på betingelse af, at substansen bevares). Indehaveren af ret til afkast besidder således kun *usus* og *fructus*; han har ingen dispositionsret (*abusus*), som er forbeholdt den egentlige ejer [13].

14. Nærmere bestemt indebærer »brugsretten« til en aktie alene en ret til brug, dvs. en ret til afkastet af aktien og ikke til den kapital, som den repræsenterer. Indehaveren af ret til afkast har derfor ikke ret til at modtage andet udbytte i selskabet end deklareret udbytte. Han har heller ikke ret til

10 — *Moniteur belge* af 10.4.1964.

11 — Loi du 23 octobre 1991 transposant en droit belge la Directive du Conseil des Communautés européennes du 23/07/1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétes mères et filiales, *Moniteur belge* af 15.11.1991.

12 — Lov af 24.12.2002, *Moniteur belge* af 31.12.2002.

13 — For enkelthedens skyld vil jeg benævne den, der er berettiget til afkast af aktier, som »indehaver af ret til afkast« og den egentlige indehaver af disse aktier som »ejer« eller »aktieejer«.

reserver. Selv om aktieejeren ikke modtager sådanne reserver, øger de ikke desto mindre hans kapital, og såfremt selskabet skulle blive afviklet, mens det er solvent, vil han i praksis modtage en andel af de akkumulerede reserver. Principielt, og med forbehold af selskabets vedtægter, kan alene denne ejer udøve de stemmerettigheder, der er knyttet til aktierne. Endelig har indehaveren af ret til afkast ingen dispositionsret, som er forbeholdt ejeren.

Sagens faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

15. Forelæggelseskendelsen er ligeledes særdeles kortfattet med hensyn til de faktiske omstændigheder. Følgende faktiske omstændigheder fremgår imidlertid af de skriftlige indlæg fra sagsøgeren og den belgiske regering. De er ubestridte.

16. I juni 1999 erhvervede sagsøgeren, et belgisk selskab, ret til afkast af aktier i selskabet Narda SA (herefter »Narda«) for en periode på ti år; et andet selskab, Bepa SA (herefter »Bepa«), erhvervede det juridiske ejerskab til aktierne. Efter perioden på ti år vil Bepa erhverve det fulde ejerskab til aktierne. Der var med hensyn til kapitalandele ingen forbindelser mellem sælgerne af aktierne på den ene side og sagsøgeren og Bepa på den anden side. Sagsøgeren ønskede at erhverve aktierne i Narda på kort sigt med henblik på at optimere sine finansielle ressourcer og øge sit produktsortiment. Bepa ønskede at erhverve aktierne på mellemlang eller lang sigt af mere langsigtede strategiske, økonomiske og finansielle grunde ved at øge antallet af datterselskaber.

17. Narda er et belgisk selskab. Det fremgår af dets vedtægter, at såfremt retten til afkast og det juridiske ejerskab til en aktie er opdelt, kan ejeren kun udøve stemmeret med hensyn til kapitaludvidelser og selskabets videre beståen eller opløsning; i øvrigt kan indehaveren af ret til afkast udøve alle stemmerettigheder.

18. I 2000, 2001 og 2002 søgte sagsøgeren at fradrage udbytte modtaget af Narda i sit beskatningsgrundlag. De belgiske skattemyndigheder besluttede at korrigere sagsøgerens skatteangivelser for disse år og beskatte udbyttet, da sagsøgerens ret til afkast ikke var en »andel i kapitalen« i Narda. Sagsøgeren indgav klage herover, som blev afvist af de belgiske skattemyndigheder ved afgørelse af

22. januar 2004. Sagsøgeren anfægtede med held denne afgørelse ved Tribunal de première instance de Namur. Under appelsagen har Cour d'appel de Liège forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er lov af 28. december 1992, der ændrer artikel 202 i indkomstskatteloven af 1992 med henvisning til Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990, og hvorefter udbyttemodtageren skal være i besiddelse af en kapitalandel i det selskab, der udbetaler udbyttet, idet loven ikke udtrykkeligt nævner, at besiddelsen skal bestå i et fuldt ejerskab, og dermed indirekte tillader indstævntes fortolkning, hvorefter det er nok at være i besiddelse af retten til afkastet af aktier eller anparter for at kunne opnå fritagelse for skat af et sådant udbytte, i overensstemmelse med direktivets bestemmelser om kapitalandele og nærmere bestemt direktivets artikel 3, 4 og 5?«

19. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren, den belgiske, den franske, den tyske, den græske, den italienske, den nederlandske og den spanske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen, som alle, undtagen den franske, den tyske og den nederlandske regering, var repræsenteret under retsmødet.

Formaliteten

20. Alle regeringer, der har indgivet indlæg, har rejst spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling, men har forskellige opfattelser. Efter både sagsøgerens og Kommissionens opfattelse kan den præjudicielle forelæggelse antages til realitetsbehandling. Bemærkningerne med hensyn til formaliteten er i det væsentlige koncentreret om to spørgsmål, nemlig de få oplysninger i forelæggelseskendelsen og den tilsyneladende mangel på et fællesskabsretligt element.

21. Det kan være hensigtsmæssigt kort at redegøre for Domstolens faste praksis vedrørende formaliteten med hensyn til præjudicielle forelæggelser fra nationale domstole.

22. Domstolen har fastslået, at artikel 234 EF er et middel til retligt samarbejde, som giver den mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, som kan være brugbare ved vurderingen af virkningen af en national bestemmelse, der er omtvistet i den for dem verserende tvist [14]. Inden for rammerne af dette samarbejdsinstrument tilkommer det udelukkende den nationale retsinstans, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retlige afgørelse, som skal træffes, på grundlag af de konkrete omstæn-

14 — Dom af 15.5.2003, sag C-300/01, Salzmann, Sml. I, s. 4899, præmis 28, og af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 19.

digheder i den sag, der er indbragt for den, at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [15].

23. Når en anmodning om en præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor i princippet forpligtet til at træffe afgørelse herom [16]. Der foreligger således en formodning for, at spørgsmål om en fortolkning af fællesskabsretten er relevante, og Domstolen kan kun afvise en anmodning, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [17].

24. Desuden har Domstolen fastslået, at såfremt den i national ret valgte regulering af rent interne forhold er tilpasset fællesskabsretten, er det afgjort i Fællesskabets interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra fællesskabsretten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås [18].

Utilstrækkelige oplysninger

25. Tyskland, Italien, Spanien og Det Forenede Kongerige har gjort gældende, at forelæggelseskendelsen indeholder utilstrækkelige oplysninger vedrørende fortolkningen af den nationale lovgivning.

26. Det er unægteligt korrekt, at forelæggelseskendelsen er ekstremt kortfattet, og at Domstolen har fastslået, at det for at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at

15 — Dom af 7.1.2003, sag C-306/99, BIAO, Sml. I, s. 1, præmis 88.

16 — Salzmann-dommen, nævnt i fodnote 14 ovenfor, præmis 29, dommen i sagen ETI m.fl., nævnt i fodnote 14 ovenfor, præmis 20.

17 — Dom af 8.11.2007, sag C-379/05, Amurta, Sml. I, s. 9569, præmis 64.

18 — Dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, præmis 37, af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161, præmis 32, og af 11.1.2001, sag C-1/99, Kofisa Italia, Sml. I, s. 207, præmis 37, samt dommen i sagen ETI m.fl., nævnt i fodnote 14 ovenfor, præmis 20.

denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med [19]. Forelæggelseskendelser, der ikke opfylder dette krav, kan faktisk afvises.

27. Domstolen har imidlertid mildnet denne bestemmelses strenge karakter under visse omstændigheder og udtalt, at kravet i mindre grad trænger sig på i tilfælde, hvor spørgsmålene er af rent teknisk art og gør det muligt for Domstolen at give en relevant besvarelse, uanset at den nationale retsinstans ikke udtømmende har redegjort for sagens retlige og faktiske baggrund [20]. Den omstændighed, at medlemsstaternes regeringer og Kommissionen — som i den foreliggende sag — har indgivet indlæg i henhold til artikel 20 i EF-statutten for Domstolen, viser, at oplysningerne har givet dem mulighed for at tage stilling til de spørgsmål, som Domstolen er blevet forelagt. Desuden kan oplysningerne i forelæggelseskendelsen suppleres med disse indlæg [21].

28. På baggrund af det ovenstående mener jeg, at selv om forelæggelseskendelsen i den foreliggende sag i alt for høj grad mangler baggrundsinformation, skal den ikke afvises alene af den grund.

Mangel på et fællesskabsretligt element

29. Et flertal af de regeringer, der har indgivet indlæg, har bemærket, at det ikke fremgår af forelæggelseskendelsen, at der er et fællesskabsretligt element i forbindelse med de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. Den forelæggende ret ønsker snarere en fortolkning af national lovgivning, som gennemfører direktivet i forbindelse med moder- og datterselskaber, der er etableret i forskellige medlemsstater, og samtidig anvender tilsvarende bestemmelser på moder- og datterselskabsforholdet i en rent national sammenhæng.

30. Det er bestemt korrekt, at den forelæggende ret ikke angiver, om hovedsagen vedrører et datterselskab, der er etableret i en anden medlemsstat. Det ser endog ud til, at dette ikke er tilfældet. Den belgiske regering har imidlertid anført i sit skriftlige indlæg, at artikel 202, stk. 2, har til formål at gennemføre direktivet og samtidig udvide dets anvendelse til det nationale område og til et større anvendelsesområde end det, der kræves i direktivet. Som sagsøgeren, Frankrig, Tysk-

19 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90 — C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 5.

20 — Dom af 3.3.1994, sag C-316/93, Vaneetveld, Sml. I, s. 763, præmis 13.

21 — Dom af 19.2.2002, sag C-35/99, Arduino, Sml. I, s. 1529, præmis 28 og 29.

land, Grækenland, Nederlandene og Kommission har anført, synes situationen således at ligne den, der forelå i det, man kunne kalde Domstolens Leur-Bloem-praksis [22], hvor den forelæggende ret anmoder om en fortolkning af national lovgivning, som ud over at gennemføre et direktiv finder anvendelse på nationale forhold på samme måde som fællesskabsretlige forhold inden for det pågældende direktivs anvendelsesområde.

31. Som disse parter påpeger, og som det fremgår af den retspraksis, der er sammenfattet ovenfor, har Domstolen konsekvent fastslået, at den har kompetence til at fortolke fællesskabsretlige bestemmelser, når de faktiske omstændigheder i hovedsagen vedrører en intern tvist, og den nationale lovgivning indeholder samme bestemmelser for nationale forhold som dem, der er vedtaget i fællesskabsretten.

32. I den foreliggende sag synes der at være en enkelt national bestemmelse, hvorefter moder- og datterselskaber kan opnå fritagelse for skat, uanset om sidstnævnte er registreret i Belgien eller i andre medlemsstater. Endvidere fremgår det af den belgiske regerings indlæg, at artikel 202, stk. 2, ligeledes skulle finde anvendelse på nationale forhold for at undgå en omvendt forskelsbehandling af belgiske selskaber på grundlag af deres datterselskabers etableringssted. Denne frivillige tilnærmelse af national ret til direktivets krav sammen med den nationale rets anmodning om vejledning ved fortolkningen er efter min opfattelse tilstrækkeligt til, at forelæggelseskendelsen kan antages til realitetsbehandling.

33. Belgien, Tyskland og Det Forenede Kongerige har endvidere gjort gældende, at en fortolkning af direktivet ikke er relevant, eftersom artikel 202, stk. 2, har et bredere anvendelsesområde, idet den også finder anvendelse på andre indtægter end udbytte og foreskriver en betydeligt lavere tærskel for besiddelse af kapital end direktivet.

34. Efter min opfattelse betyder den omstændighed, at den nationale ret ikke gennemfører direktivet med enslydende bestemmelser, imidlertid ikke nødvendigvis, at en anmodning fra en national ret om en fortolkning af det underliggende direktiv skal afvises. Foruden det åbenbare generelle princip om, at direktiver er bindende med hensyn til målet, giver det specifikke direktiv, som den foreliggende sag vedrører, medlemsstaterne et vidt skøn. Det er endvidere klart, at både de

22 — Jf. fodnote 18.

nationale og fællesskabsretlige bestemmelser anvender samme udtryk, »andel i kapitalen« [23], med den eneste forskel, at en besiddelse på 5% i Belgien er tilstrækkelig til, at moderselskabet kan opnå fritagelse for skat. Anvendelsen af identiske udtryk tyder på, at den nationale lovgiver havde til hensigt at anvende begrebet på samme måde.

35. På grundlag af Domstolens faste praksis og i betragtning af, at der er en enkelt national bestemmelse, som gennemfører direktivet og samtidig regulerer interne forhold, er det afgjort i Fællesskabets interesse, at denne bestemmelse fortolkes på samme måde, når den finder anvendelse på grænseoverskridende og nationale forhold.

36. Endelig har Det Forenede Kongerige gjort gældende, at det, uanset hvilken fortolkning Domstolen kunne foretage af direktivet, i sidste instans tilkommer den nationale ret at afgøre det interne spørgsmål, som den finder det hensigtsmæssigt. På grundlag heraf vil Domstolens afgørelse med hensyn til fortolkningen af direktivet hverken finde anvendelse direkte eller indirekte og derfor være fuldstændig abstrakt. I samme retning var der en vis diskussion under retsmødet om relevansen af Kleinwort Benson-dommen [24], hvor en af de faktorer, der førte til, at Domstolen afviste den præjudicielle forelæggelse, var, at de nationale retter i medfør af den omtvistede nationale lovgivning ikke var forpligtet til absolut og ubetinget at anvende den fortolkning af fællesskabsretten, Domstolen havde anvist dem, ved afgørelsen af de sager, der var indbragt for dem [25].

37. Det er uomtvisteligt, at eftersom direktivet ikke regulerer nationale forhold, kan Domstolens dom i den foreliggende sag i en vis forstand anses for kun at være vejledende — det står medlemsstaten frit for at ændre sin lovgivning eller helt at se bort fra afgørelsen.

23 — Dette er også tilfældet i de originale franske og nederlandske versioner af artikel 202 og direktivet. I den franske version af direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), hedder det »toute société […] qui détient, dans le capital d'une société […], une participation […]«, mens det foreskrives i artikel 202, stk. 2, at »la société […] détienne dans le capital de la société […] une participation […]«; i den nederlandske version af direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), hedder det »iedere vennootschap […] die een deelneming […] bezit in het kapitaal van een vennootschap«, mens det foreskrives i artikel 202, stk. 2, at »de vennootschap […] in het kapitaal van de vennootschap […] een deelneming bezit«.

24 — Dom af 28.3.1995, sag C-346/93, Sml. I, s. 615.

25 — Jf. med særlig henvisning til Kleinwort Benson-dommen, Leur-Bloem-dommen, præmis 29-31, Kofisa Italia-dommen, præmis 29 og 30, begge nævnt i fodnote 18 ovenfor, og dommen i sagen ETI m.fl., nævnt i fodnote 14 ovenfor, præmis 16 og 22. I ingen af disse sager fulgte Domstolen den fremgangsmåde, den havde fulgt i Kleinwort Benson-sagen.

Dette vil imidlertid altid være tilfældet i en lignende situation som i Leur-Bloem-sagen [26]. Det er faktisk kernen i denne retspraksis. Dette har imidlertid ikke afholdt Domstolen fra at fastslå, at disse sager kan antages til realitetsbehandling, og der er ingen grund til at sondre mellem denne sag og de andre sager.

38. Jeg konkluderer derfor, at den præjudicielle forelæggelse i den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling.

Realiteten

39. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om national lovgivning, der gennemfører direktivet, og hvorefter udbyttemodtageren skal være i besiddelse af en kapitalandel i det selskab, der udbetaler udbyttet, er i overensstemmelse med direktivet, idet den ikke udtrykkeligt nævner, at besiddelsen skal bestå i et fuldt ejerskab, og dermed indirekte tillader, at det er nok at være i besiddelse af retten til afkastet af aktier for at kunne opnå fritagelse for skat af et sådant udbytte.

40. Inden besvarelsen af dette spørgsmål er det — som flere af de parter, der har indgivet indlæg, udtrykkeligt eller indirekte har foreslået — hensigtsmæssigt at omformulere det.

41. Det fremgår af fast retspraksis, at Domstolen ikke kan tage stilling til, om nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten [27]. Endvidere tilkommer det inden for rammerne af en præjudiciel afgørelse Domstolen at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den. Ud fra dette synspunkt påhviler det Domstolen i givet fald at omformulere de spørgsmål, der forelægges den [28]. I den foreliggende sag fremgår det, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om medlemsstaterne i henhold til direktivet er forpligtet til at indrømme den i artikel 4, stk. 1, fastsatte fordelagtige skattebehandling af udbytte, som et moderselskab modtager fra et datterselskab, i en situation, hvor ejerskabet til aktierne i datterselskabet er blevet opdelt på en sådan måde, at udbyttet modtages af ét selskab i kraft af en ret til afkast, mens det juridiske ejerskab forbliver hos et andet selskab. Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, vil det være tilstrækkeligt til at gøre det muligt for den nationale ret at træffe afgørelse til fordel for sagsøgeren. Hvis det imidlertid besvares benægtende, rejser der sig det spørgsmål, om

26 — Jf. punkt 61 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i BIAO-sagen, nævnt i fodnote 15 ovenfor.

27 — Jf. f.eks. dom af 7.7.1994, sag C-130/93 Lamaire, Sml. I, s. 3215, præmis 10.

28 — Jf. f.eks. dom af 11.7.2002, sag C-62/00 Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 32.

medlemsstaterne ved gennemførelsen af direktivet alligevel må udvide den fordelagtige skattebehandling af udbytte til at omfatte indehaveren af en simpel ret til afkast af aktierne.

Skal direktivet finde anvendelse på en ret til afkast?

42. Sagsøgeren og Kommissionen er i det væsentlige af den opfattelse, at udbytte modtaget af en indehaver af ret til afkast må falde inden for anvendelsesområdet for artikel 4, stk. 1 [29], hvorimod den belgiske, den franske, den græske, den italienske, den nederlandske og den spanske regering samt Det Forenede Kongeriges regering er af den modsatte opfattelse. Efter den tyske regerings opfattelse finder artikel 4, stk. 1, ikke anvendelse på udbytte modtaget af en indehaver af ret til afkast, medmindre dennes stilling ud fra et økonomisk synspunkt svarer til ejerens stilling.

29 — Under forudsætning af — hvilket også ligger til grund for den efterfølgende diskussion — at de øvrige relevante elementer af direktivets definition af moder- og datterselskabsforholdet, som det finder anvendelse på, foreligger.

Direktivets formål

43. Alle parter har henvist til direktivets formål. Jeg er også af den opfattelse, at dette er det rette udgangspunkt for analysen.

44. Af direktivets første betragtning fremgår, at sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe hjemmemarkedslignende forhold i Fællesskabet og dermed sikre, at det fælles marked indføres og kommer til at fungere bedst muligt, at sådanne sammenslutninger ikke bør hæmmes af særlige restriktioner, forskelsbehandlinger eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes beskatningsregler, og at det derfor er vigtigt at indføre konkurrenceneutrale beskatningsregler for disse sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater, så virksomhederne får mulighed for at tilpasse sig det fælles markeds krav, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige position på internationalt plan.

45. Ifølge anden betragtning kan sådanne sammenslutninger føre til, at der oprettes koncerner bestående af moder- og datterselskaber. Af tredje betragtning fremgår det, at de nuværende beskatningsregler for forbindelserne mellem moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater varierer betydeligt fra medlemsstat til medlemsstat og generelt er mindre fordelagtige end de regler, der gælder for forbindelserne mellem moder-

og datterselskaber fra samme medlemsstat, at samarbejdet mellem selskaber fra forskellige medlemsstater således er undergivet ringere vilkår end samarbejdet mellem selskaber fra samme medlemsstat, og at denne forskelsbehandling bør fjernes ved, at der indføres en fælles ordning, hvorved det bliver lettere at sammenslutte selskaber på fællesskabsplan, for at sikre, at fællesmarkedet fungerer efter hensigten. I fjerde og femte betragtning er blot anført de to vigtigste midler til at opnå disse mål, i det væsentlige ved at foregribe ordlyden af artikel 4, stk. 1, og artikel 5.

46. Som forventet har Domstolen i sine domme vedrørende direktivet konsekvent haft fokus på de mål, der er anført i betragtningerne. Den har udtalt, at direktivet, som det bl.a. fremgår af tredje betragtning hertil, har til formål at fjerne forskelsbehandlingen mellem samarbejde mellem selskaber fra forskellige medlemsstater og samarbejde mellem selskaber fra samme medlemsstat ved indførelse af en fælles beskatningsordning og således at lette samarbejdet på tværs af landegrænserne [30] eller sammenslutninger af selskaber på fællesskabsplan [31]. Mere generelt er behovet for direktivet opstået som følge af den dobbeltbeskatning, som koncerner, der er hjemmehørende i mere end én stat, kan være udsat for [32].

47. Direktivet er således baseret på den forudsætning, at dobbeltbeskatning af udbytte inden for en grænseoverskridende koncern modvirker, at sådanne koncerner oprettes. Det tilsigter at fjerne denne hindring ved at foreskrive, at medlemsstaterne ikke må beskatte et sådant udbytte hos moderselskabet. Ifølge den kraftfulde ordlyd af betragtningerne til ændringsdirektiv 2003/123 er formålet med moder-datterselskabsdirektivet »at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau« [33]. Domstolen har endvidere for nylig beskrevet direktivet som »ensartede eller harmoniserede regler med det formål at afskaffe dobbeltbeskatning« [34].

48. På denne baggrund er jeg enig med sagsøgeren og Kommissionen i, at det ville stride mod direktivets formål at dobbeltbeskatte et udbytte modtaget af en indehaver af ret til afkast i tilfælde, hvor artikel 4, stk. 1, foreskrev fritagelse, såfremt der ikke forelå en ret til afkast. Som Kommissionen har påpeget, forsvinder problemet med dobbeltbeskatning

30 — Dom af 17.10.1996, forenede sager C-283/94, C-291/94 og C-292/94, Denkavit m.fl., Sml. I, s. 5063, præmis 22.

31 — Dom af 4.10.2001, sag C-294/99, Athinaïki Zithopoiia, Sml. I, s. 6797, præmis 25.

32 — A.st., præmis 5.

33 — Anden betragtning.

34 — Dom af 20.5.2008, sag C-194/06, Orange European Smallcap Fund, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 32.

ikke, når ejerskabet til aktierne opdeles. Uden en fritagelse skal udbytte af sådanne aktier beskattes i den stat, hvor indehaveren er hjemmehørende, og også pålægges en kildebeskatning i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende. Dette bevirker, som det fremgår af betragtningerne til direktivet, at samarbejdet mellem selskaber i forskellige medlemsstater er undergivet ringere vilkår — en forskelsbehandling, som direktivet netop søger at fjerne.

49. De medlemsstater, der har indgivet indlæg, har ligeledes hovedsageligt baseret deres argumenter på direktivets formål. Mens de er enige om, at dets formål er at gøre det lettere at sammenslutte selskaber, har de gjort gældende, at ordningen med skattemæssig neutralitet i forbindelse med udbytte ikke er et mål i sig selv, men derimod et middel til at nå dette mål. Direktivet tilsigter derfor at muliggøre sammenslutninger — i økonomisk forstand — af selskaber fra forskellige medlemsstater, således at de kan udøve deres aktivitet, som om de befandt sig på et enkelt marked. Dette forudsætter, at de selskaber, der opretter en sådan sammenslutning, er knyttet sammen økonomisk og operationelt og ikke kun finansielt. Dette kan kun være tilfældet, hvis moderselskabet har en kapitalandel i datterselskabet, som giver det alle de rettigheder, der normalt er knyttet til at være aktionær, dvs. stemmeret på alle møder, som gør det muligt for aktionæren at styre datterselskabets økonomiske aktivitet, og retten til udbytte for at drage fordel af de finansielle resultater af denne aktivitet og styring. Er disse to situationer derimod opdelt, kan der ikke være tale om en egentlig sammenslutning af selskaber i økonomiske forstand med det selskab, hvori de har en kapitalandel. Den, der kun er indehaver af en ret til afkast, kan derfor ikke betragtes som en del af en egentlig koncern.

50. Efter min opfattelse forudsætter dette argument, at den form for forhold mellem virksomheder, som direktivet tilsigter at fremme, er begrænset til koncerner i konventionel selskabsretlig forstand. I direktivet afgrænses dets anvendelsesområde imidlertid ikke med henvisning til nogen af de kriterier, der normalt anvendes til at identificere en koncern, nemlig på den ene side en central og fælles ledelse [35] og på den anden side besiddelse af flertallet af stemmerettigheder og/eller ret til at udnævne eller afsætte et flertal af bestyrelsen og/eller bestemmende indflydelse. Tværtimod krævede direktivet i sin oprindelige affattelse en kapitalandel på mindst 25%, og efterfølgende ændringer har gradvist nedsat denne minimumsandel, som

35 — Begrebet anvendes i det syvende selskabsretsdirektiv [Rådets syvende direktiv 83/349/EØF af 13.6.1983 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om konsoliderede regnskaber (EFT L 193, s. 1)], men var overtaget fra tysk lovgivning om koncernregnskaber. Da en repræsentant for det britiske handelsministerium af House of Lords' særlige udvalg blev spurgt, om han kunne sige noget om, hvorledes begrebet fungerede i Tyskland, svarede han: »Vi har gjort en betydelig indsats, bl.a. ved at sende nogle af vore kollegaer til Tyskland, for at drøfte med britiske revisionsfirmaer, der opererer dér, og med det tyske revisorinstitut, hvorledes systemet fungerer, men jeg kan ikke påstå, at vi fået et tilfredsstillende greb om situationen, som kunne være til nytte for udvalget. Vi har fået fortalt, at central og fælles ledelse er som en elefant i den forstand, at man genkender den, når man ser den, men man kan ikke beskrive den. Jeg finder heller ikke dette til nogen stor nytte« (House of Lords Select Committee's 25th Report (Session 1976-77, HL Paper 118) 11 and 12).

bliver på 10% fra den 1. januar 2009 [36]. En sådan kapitalandel ligger langt fra den andel, der normalt forudsættes, for at der er tale om en koncern med hensyn til kontrol og struktur.

51. En række medlemsstater, der har indgivet indlæg, har anført, at hvis én part, som i den foreliggende sag, har ret til udbytte og en begrænset stemmeret på generalforsamlinger, og en anden part har stemmeret vedrørende de vigtigste dispositioner (kapitaludvidelse, opløsning og videreførelse), kan der opstå interessekonflikter mellem dem. Navnlig vil indehaveren af ret til afkast i det væsentlige være interesseret i på kort sigt at modtage størst muligt udbytte, mens ejeren snarere vil være interesseret i at styrke selskabet på lang sigt og endog kan foretrække på kort eller mellemlang sigt, at overskuddet geninvesteres i selskabet i stedet for at blive udbetalt. Det kan derfor ikke være direktivets formål, at en indehaver af ret til afkast skal være omfattet af dets anvendelsesområde.

52. Selv om det tydeligvis er rigtigt, at der kan forekomme interessekonflikter mellem en indehaver af ret til afkast og aktieejeren, mener jeg ikke, at dette er relevant i forbindelse med det spørgsmål, der er forelagt Domstolen. Som forklaret ovenfor, tilsigter direktivet at afskaffe økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte i en koncern af selskaber, som opererer på tværs af grænser. Dette formål opfyldes efter min opfattelse bedst ved at sikre, at fritagelsen for en sådan dobbeltbeskatning i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1, gælder for udbytte af aktier i ét selskab i en sådan koncern, som besiddes af et andet selskab, uanset hvorledes ejerskabet til sådanne aktier er opdelt. Betænkeligheden — som navnlig Italien og Det Forenede Kongerige har givet udtryk for — med hensyn til, at en sådan løsning kan medføre, at fritagelsen for beskatning i henhold til direktivet kan udnyttes af skattekonstruktioner, kan imødegås af passende nationale eller bilaterale foranstaltninger målrettet mod svig og misbrug, som udtrykkeligt er tilladt i henhold til direktivets artikel 1, stk. 2.

Direktivets opbygning

53. Direktivets artikel 3, stk. 2, første led, indeholder en undtagelse, hvorefter medlemsstaterne kan erstatte kapitalandelskriteriet med stemmerettighedskriteriet. Til støtte for deres fortolkning har Belgien og Italien påberåbt sig denne undtagelse. De har i det væsentlige gjort gældende, at en medlemsstat, som gør brug af denne undtagelse, kan

36 — Jf. punkt 6 ovenfor.

udelukke indehaveren af ret til afkast fra direktivets anvendelsesområde, da fuldt ejerskab er nødvendigt for at have fuld stemmeret. For at de forskellige kriterier, der er nævnt i direktivet, kan være sammenhængende, må kapitalandelskriteriet også forudsætte fuldt ejerskab for at blive omfattet af de fordele, der er omhandlet i direktivet.

54. Jeg finder ikke dette argument overbevisende. Som det i reglen er tilfældet med argumenter, der er baseret på en undtagelse, kan man også nå til det modsatte resultat [37]. Det kan således ligeledes argumenteres, at hvis medlemsstater kan erstatte kapitalandelskriteriet med stemmerettighedskriteriet, må dette betyde, at det *ikke* normalt er nødvendigt at have stemmerettigheder for at være omfattet af direktivet. Jeg mener derfor ikke, at muligheden i artikel 3, stk. 2, første led, er en hjælp til at besvare det præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag.

Direktivets ordlyd

55. I definitionen af moderselskab henviser direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), til et selskab, der har en »andel i kapitalen« i et andet selskab, som, hvis alle andre elementer af definitionen foreligger, er dets datterselskab. I henhold til direktivets artikel 4 finder kravet om at fritage udbytte for beskatning eller at give moderselskabet ret til at fratrække betalt skat anvendelse, hvis et moderselskab »som selskabsdeltager« fra sit datterselskab modtager udbytte. Frankrig, Grækenland, Italien, Nederlandene, Spanien og Det Forenede Kongerige har til støtte for deres synspunkt påberåbt sig ordlyden af den ene eller begge disse bestemmelser.

56. Jeg accepterer, at det kan virke besynderligt at betragte indehavelsen af en simpel ret til afkast som en »andel i kapitalen« i et selskab. Et selskabs kapital udgøres traditionelt af aktionærernes indskud af værdien af deres aktier. Indehaveren af ret til afkast har imidlertid ikke indskudt kapital.

57. På samme måde kan det synes konstrueret at være af den opfattelse, at en indehaver af ret til afkast af aktier i et selskab modtager udbytte »som selskabsdeltager«. Indehaveren af ret til afkast er ikke reel selskabsdeltager; i stedet stammer retten til udbytte fra en aftale med aktieejeren.

37 — Under retsmødet påberåbte sagsøgeren sig samme undtagelse til støtte for sin opfattelse med den begrundelse, at medlemsstaternes mulighed for at erstatte kapitalandelskriteriet med stemmerettighedskriteriet viser lovgiverens hensigt om at gøre det muligt for den person, der udøver effektiv kontrol, selv om det — som i sagsøgerens tilfælde — er midlertidigt, at være omfattet af den fritagelse for beskatning, der er fastsat i direktivet.

58. Ingen af disse argumenter indebærer imidlertid, at min forståelse af direktivet må betragtes som fejlagtig. Det er fast retspraksis, at fællesskabsretten ikke udelukkende skal fortolkes under hensyn til sin ordlyd, men også under hensyntagen til den generelle opbygning af og målene med det system, den indgår i [38]. Jeg har forklaret ovenfor, hvad der efter min opfattelse er direktivets opbygning og formål, og hvorfor min fortolkning af dets bestemmelser er i overensstemmelse hermed. Begreberne »andel i kapitalen« i et selskab og et moderselskab »som selskabsdeltager« skal forstås i denne sammenhæng, hvilket — igen — ikke først og fremmest er en selskabsretlig sammenhæng.

59. Jeg finder støtte i dette synspunkt i den nylige udvidelse af direktivets personelle anvendelsesområde ved direktiv 2003/123 [39]. Jeg har allerede nævnt, at direktiv 2003/123 nedsætter den minimumsandel, der kræves, for at et moderselskab kan være omfattet af artikel 4, stk. 1. Desuden udvider det listen af selskaber, der er omfattet af moder-datterselskabsdirektivet, til at omfatte visse kooperativer, gensidige selskaber, ikke-kapitalbaserede virksomheder, sparekasser og -foreninger, fonde og sammenslutninger med handelsaktivitet. Det fremgår klart, at en aktionær i et sådant selskab kan anses for at have en »andel i [dets] kapital […]« og modtage udbytte »som følge af [sin] forbindelse« med selskabet, selv om den pågældende ikke vil have en andel i datterselskabets kapital i konventionel forstand. På samme måde ændrer direktiv 2003/123 moder-datterselskabsdirektivets artikel 4, stk. 1, således at det finder anvendelse, hvis et moderselskab *eller dets faste driftssted* som følge af moderselskabets forbindelse med sit datterselskab modtager overskud. Dette antyder også, at lovgiveren ikke anser det for at være uforeneligt med direktivets formål, at medlemsstaterne skal være forpligtet til at indrømme fordelagtig skattebehandling af overskud, som modtages i andre situationer end det konventionelle moder-datterselskabsforhold.

60. Endelig vil jeg understrege, at den ovennævnte analyse efter min opfattelse ikke forudsætter, at Domstolen udvikler et selvstændigt fællesskabsretligt begreb vedrørende retten til afkast. Det, der er vigtigt ved fastsættelsen af direktivets anvendelsesområde, er ikke de præcise mekanismer, som et givet retssystem tillader en aktionær at

38 — Dom af 9.1.2003, sag C-292/00, Davidoff, Sml. I, s. 389, præmis 24. Davidoff-dommen er et markant eksempel på denne opfattelse.

39 — Nævnt i fodnote 5 ovenfor.

anvende for at konstruere forskellige variationer af ejerskab. Det afgørende spørgsmål er derimod, som Kommissionen har anført, at der foreligger en kapitalbesiddelse, som opfylder de forskellige kriterier, der er fastsat i direktivet, og at der udbetales udbytte som følge af denne kapitalbesiddelse.

Kan direktivet finde anvendelse på en ret til afkast?

61. Jeg har forklaret, hvorfor jeg mener, at medlemsstaterne i henhold til direktivet er forpligtet til at indrømme den i artikel 4, stk. 1, fastsatte fordelagtige skattebehandling af udbytte, som et moderselskab modtager fra et datterselskab, i en situation, hvor ejerskabet til aktierne i datterselskabet er blevet opdelt på en sådan måde, at udbyttet modtages af ét selskab i kraft af en ret til afkast, mens det juridiske ejerskab forbliver hos et andet selskab. På grundlag heraf er det ikke nødvendigt at besvare det andet led i det præjudicielle spørgsmål i den omformulering, jeg har foreslået [40], nemlig om medlemsstaterne ved gennemførelsen af direktivet alligevel må udvide den fordelagtige skattebehandling af udbytte til at omfatte indehaveren af en simpel ret til afkast af aktierne.

62. Hvis Domstolen imidlertid skulle indtage et andet synspunkt end det, jeg har foreslået ovenfor, vil den skulle besvare sidstnævnte spørgsmål. I så fald mener jeg, at spørgsmålet skal besvares bekræftende. Denne konklusion følger efter min opfattelse uomtvisteligt af direktivets opbygning. Eftersom artikel 3, stk. 1, litra a) — som nævnt ovenfor [41] — definerer et moderselskab med henvisning til *mindst* selskaber som omhandlet i artikel 2 med en andel på mindst 25%, er det klart, at medlemsstaterne har mulighed for at fastlægge en bredere definition. Jeg ser intet til hinder for, at medlemsstaterne udformer denne definition, således at den også omfatter en indehaver af ret til afkast.

63. Hvis Domstolen tilslutter sig dette synspunkt, tilkommer det således den nationale ret at tage stilling til, om den omhandlede nationale gennemførelseslovgivning også definerer dette begreb i henhold til national ret. Det skal bemærkes, at den belgiske regering på det bestemteste har afvist dette.

40 — Jf. punkt 41 ovenfor.

41 — Jf. punkt 6 ovenfor.

Forslag til afgørelse

64. På baggrund af det ovenstående finder jeg, at det af Cour d'appel de Liège forelagte spørgsmål bør besvares således:

»I henhold til Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater er medlemsstaterne forpligtet til at indrømme den i artikel 4, stk. 1, fastsatte fordelagtige skattebehandling af udbytte, som et moderselskab modtager fra et datterselskab, i en situation, hvor ejerskabet til aktierne i datterselskabet er blevet opdelt på en sådan måde, at udbyttet modtages af ét selskab i kraft af en ret til afkast, mens det juridiske ejerskab forbliver hos et andet selskab.«