Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
A. RANTOS
fremsat den 30. september 2021 [1]

Sag C-257/20

»Viva Telecom Bulgaria« EOOD
mod
Direktor na Direktsia »Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika« – Sofia,
procesdeltager
Varhovna administrativna prokuratura na Republika Bulgaria

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Varhoven administrativen sad (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Bulgarien))

»Præjudiciel forelæggelse – direkte beskatning – fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater – artikel 63 TEUF – frie kapitalbevægelser – artikel 49 TEUF – etableringsfrihed – direktiv 2003/49/EF – udelukkelse af visse betalinger som renter eller royalties – betalinger fra rentefrie lån – direktiv 2011/96/EU – direktiv 2008/7/EF – armslængdeprincippet – kildebeskatning af de ikke-betalte renter – svig, unddragelse og misbrug på skatteområdet«

I. Indledning

1. Den foreliggende sag drejer sig om, hvorvidt EU-retten er til hinder for en skattelovgivning i en medlemsstat, hvori det i medfør af »armslængdeprincippet« og med henblik på at bekæmpe skatteunddragelse bestemmes, at de fiktive renter, som et hjemmehørende datterselskab, der er blevet ydet et rentefrit lån af et ikke-hjemmehørende moderselskab, alt efter markedsvilkårene skulle have betalt dette selskab, beskattes i form af indeholdelse ved kilden. Derved rejser denne sag en af Domstolen kendt problematik, som vedrører spørgsmålet om foreneligheden med bestemmelserne om fri bevægelighed af nationale lovgivninger til bekæmpelse af misbrug, der er indført inden for området direkte skatter.

2. Den aktuelle anmodning om præjudiciel afgørelse er indgivet i forbindelse med en bulgarsk skattetvist, der vedrører et til kapitalindskud konvertibelt rentefrit lån, som er blevet ydet et i Bulgarien etableret selskab, nemlig »Viva Telekom Bulgaria« (herefter »appellanten«), af selskabets eneaktionær, det i Luxembourg etablerede selskab InterV Investment Sàrl (herefter »InterV Investment«).

[1] – Originalsprog: fransk.

3. Den foreliggende sag vil foranledige Domstolen til at tage stilling til, om en national skattelovgivning, der har til formål at bekæmpe svig, er forenelig med EU's primære og afledte ret på det meget følsomme område beskatning af koncerntransaktioner i Den Europæiske Union.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Republikken Bulgariens tiltrædelse af Den Europæiske Union

4. Artikel 20 i protokollen om vilkårene og de nærmere bestemmelser for optagelse af Republikken Bulgarien og Rumænien i Den Europæiske Union[2] og artikel 23 i akten om Republikken Bulgariens og Rumæniens tiltrædelsesvilkår samt om tilpasning af de traktater, som Den Europæiske Union bygger på[3], bestemmer, at de foranstaltninger, der opregnes i bilag VI til protokollen og til akten, finder anvendelse i forbindelse med Bulgarien på de i bilagene fastsatte betingelser.

5. I bilagene, der benævnes henholdsvis »Liste omhandlet i artikel 20 i protokollen: Overgangsforanstaltninger for Bulgarien« og »Liste omhandlet i artikel 23 i tiltrædelsesakten: Overgangsforanstaltninger for Bulgarien«, henvises der i punkt 3 i afsnit 6, »Fiskale bestemmelser«, til direktiv 2003/49/EF[4], som ændret ved direktiv 2004/76/EF[5], og angives følgende:

»Bulgarien kan undlade at anvende bestemmelserne i artikel 1 i [direktiv 2003/49] før den 31. december 2014. I overgangsperioden må beskatningssatsen for betalinger af renter eller royalties til et associeret selskab i en anden medlemsstat eller til et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et associeret selskab i en medlemsstat ikke overstige 10% før den 31. december 2010, og den må ikke overstige 5% for de derpå følgende år indtil den 31. december 2014.«

2. Direktiv 2003/49

6. Anden og fjerde betragtning til direktiv 2003/49 har følgende ordlyd:

»(2) Dette krav er i øjeblikket ikke opfyldt for så vidt angår betaling af renter og royalties; de nationale skattelovgivninger – eventuelt kombineret med bilaterale eller multilaterale overenskomster – kan måske ikke altid sikre afskaffelse af dobbeltbeskatning, og skattereglernes anvendelse medfører ofte tyngende administrative formaliteter og likviditetsproblemer for de pågældende selskaber.

[…]

2 – EUT 2005, L 157, s. 29.

3 – EUT 2005, L 157, s. 203, herefter »tiltrædelsesakten«.

4 – Rådets direktiv af 3.6.2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (EUT 2003, L 157, s. 49).

5 – Rådets direktiv af 29.4.2004 om ændring af direktiv 2003/49 (EUT 2004, L 157, s. 106).

(4) Den mest hensigtsmæssige måde at fjerne førnævnte formaliteter og problemer på og samtidig sikre, at nationale og tværnationale transaktioner behandles skattemæssigt ens, er at ophæve beskatningen af renter og royalties i den medlemsstat, hvor de opstår, uanset om beskatningen sker ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse; det er især nødvendigt at ophæve sådanne skatter i forbindelse med betalinger mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater samt mellem sådanne selskabers faste driftssteder.«

7. Direktivets artikel 1 med overskriften »Anvendelsesområde og procedure« bestemmer:

»1. Betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er et selskab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat.

2. En betaling foretaget af et selskab i en medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en medlemsstat og tilhørende et selskab i en anden medlemsstat anses for at opstå i denne medlemsstat (i det følgende benævnt »kildestaten«).

[…]

4. Et selskab i en medlemsstat anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.

[…]«

8. Direktivets artikel 2 med overskriften »Definition af renter og royalties« bestemmer i litra a):

»I dette direktiv forstås ved:

»renter«: indkomst af gældsfordringer af enhver art, uanset om de er sikret ved pant i fast ejendom, og uanset om de indeholder en ret til andel i debitors fortjeneste, og i særdeleshed indkomst fra gældsbeviser, obligationer eller forskrivninger, herunder gevinster og præmier, der er knyttet til sådanne værdipapirer. Straftillæg for for sen betaling anses ikke for renter«.

9. Samme direktivs artikel 4 med overskriften »Udelukkelse af betalinger som renter eller royalties« bestemmer:

»1. Kildestaten er ikke forpligtet til at sikre dette direktivs fordele i følgende tilfælde:

a) betalinger, der behandles som udlodning af udbytte eller som tilbagebetaling af kapital i henhold til kildestatens lovgivning

[…]

d) betalinger fra gældsfordringer, som ikke indeholder nogen bestemmelse om tilbagebetaling af hovedstolen, eller hvor tilbagebetaling skal finde sted mere end 50 år efter udstedelsesdatoen.

2. Hvis en særlig forbindelse mellem betaleren og den retmæssige ejer af renter eller royalties eller mellem en af disse og en tredjemand bevirker, at størrelsen af disse renter eller royalties overstiger det beløb, som ville være blevet aftalt mellem betaleren og den retmæssige ejer, såfremt denne forbindelse ikke havde bestået, finder bestemmelserne i dette direktiv kun anvendelse på dette eventuelle sidstnævnte beløb.«

10. Artikel 5 i direktiv 2003/49 med overskriften »Svig og misbrug« har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.

2. Medlemsstaterne kan tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde.«

3. Direktiv 2008/7/EF

11. Artikel 3 i direktiv 2008/7/EF [6] med overskriften »Kapitaltilførsler« bestemmer:

»Med henblik på dette direktiv og med forbehold af artikel 4 betragtes følgende dispositioner som »kapitaltilførsler«:

[…]

h) forøgelse af aktiverne i et kapitalselskab ved ydelser fra en deltager, der ikke medfører nogen forhøjelse af kapitalen, men resulterer i en ændring af selskabsrettighederne eller vil kunne øge selskabsandelenes værdi

i) et kapitalselskabs optagelse af lån, når långiveren har krav på andel i selskabsoverskuddet

j) et kapitalselskabs optagelse af lån hos en deltager eller hos en deltagers ægtefælle eller barn samt optagelse af lån hos tredjemand, når en deltager stiller sikkerhed for et sådant lån under forudsætning af, at sådanne lån har samme funktion som en forhøjelse af kapitalen.«

12. Direktivets artikel 5 med overskriften »Dispositioner, som ikke er afgiftspligtige« bestemmer i stk. 1:

»Medlemsstaterne må ikke af kapitalselskaber opkræve afgifter af nogen art af følgende dispositioner:

a) kapitaltilførsler

b) lån eller ydelser i forbindelse med kapitaltilførsler

[…]«

[6] – Rådets direktiv af 12.2.2008 om kapitaltilførselsafgifter (EUT 2008, L 46, s. 11).

4. Direktiv 2011/96/EU

13. Tredje til femte betragtning til direktiv 2011/96/EU[7] har følgende ordlyd:

»(3) Formålet med dette direktiv er 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.

(4) Sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe forhold i Unionen, der svarer til forholdene på et indre marked, og dermed sikre, at et sådant indre marked kommer til at fungere bedst muligt. Sådanne sammenslutninger bør ikke hæmmes af særlige restriktioner, forskelsbehandlinger eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes beskatningsregler. Det er derfor vigtigt at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler for disse sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater, så virksomhederne får mulighed for at tilpasse sig det indre markeds krav, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige position på internationalt plan.

(5) Sådanne sammenslutninger kan føre til, at der oprettes koncerner bestående af moder- og datterselskaber.«

14. Direktivets artikel 1 bestemmer:

»1. Hver medlemsstat anvender dette direktiv:

[…]

b) på overskud, som selskaber i denne medlemsstat udlodder til selskaber i andre medlemsstater, som de er datterselskaber af

[…]

2. Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med dette direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

3. Med hensyn til stk. 2 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

4. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug.«

[7] – Rådets direktiv af 30.11.2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (EUT 2011, L 345, s. 8), som ændret ved Rådets direktiv (EU) 2015/121 af 27.1.2015 (EUT 2015, L 21, s. 1) (herefter »direktiv 2011/96«).

15. Direktivets artikel 5 har følgende ordlyd:

»Det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat.«

B. Bulgarsk ret

16. Artikel 1, nr. 4, i zakon za korporativnoto podohodno oblagane (lov om beskatning af juridiske personers indkomst) [8] (herefter »ZKPO«) bestemmer:

»Denne lov vedrører beskatning af de i loven omhandlede indtægter, som hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende juridiske personer oppebærer i Republikken Bulgarien.«

17. ZKPO's artikel 5 bestemmer:

»1. Udbytte er underlagt selskabsskat.

2. Hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende juridiske personers indkomst, som er omhandlet i denne lov, er underlagt skat, der indeholdes ved kilden.«

18. ZKPO's artikel 12, stk. 5, har følgende ordlyd:

»Følgende indtægter hidrører fra indenlandske kilder, når de oppebæres af hjemmehørende juridiske personer, hjemmehørende individuelle erhvervsdrivende, ikke-hjemmehørende juridiske personer eller hjemmehørende individuelle erhvervsdrivende gennem et fast driftssted eller et konkret etableringssted i landet, eller når de udbetales til ikke-hjemmehørende juridiske personer af hjemmehørende fysiske personer eller af ikke-hjemmehørende fysiske personer, som råder over et konkret etableringssted:

1) renter, herunder renter, der indgår i leasingydelser

[…]«

19. ZKPO's artikel 16 med overskriften »Skatteunddragelse« bestemmer:

»1. ([…] gældende fra den 1.1.2010) Når en eller flere transaktioner, herunder mellem ikke-beslægtede personer, indgås på betingelser, hvis gennemførelse giver anledning til skatteunddragelse, fastsættes beregningsgrundlaget uden hensyn til disse transaktioner, visse af deres betingelser eller deres juridiske form; i stedet anvendes det beregningsgrundlag, som ville have foreligget, hvis en sædvanlig transaktion af denne art var blevet foretaget i overensstemmelse med markedspriserne med henblik på at opnå det samme økonomiske resultat, men uden at give anledning til skatteunddragelse.

2. Ved skatteunddragelse forstås ligeledes:

[…]

[8] – DV nr. 105 af 22.12.2006.

3) optagelse eller ydelse af lån til rentesatser, som afviger fra markedssatsen på tidspunktet for indgåelse af transaktionen, herunder når der er tale om rentefrie lån eller anden midlertidig vederlagsfri økonomisk støtte samt eftergivelse af lån eller tilbagebetaling af lån, der ikke er knyttet til virksomheden, for egen regning

[…]«

20. ZKPO's artikel 20 med overskriften »Skattesats« bestemmer:

»Skattesatsen for selskabsskatten er på 10%.«

21. Tredje del af ZKPO med overskriften »Skat indeholdt ved kilden« omfatter bl.a. artikel 195-202a.

22. ZKPO's artikel 195 med overskriften »Skat indeholdt ved kilden for ikke-hjemmehørende personer« bestemmer:

»1. ([…] gældende fra den 1.1.2011) Indtægter hidrørende fra indenlandske kilder, der oppebæres af ikke-hjemmehørende juridiske personer […] er underlagt en endelig kildeskat.

2. Den i stk. 1 omhandlede kildeskat indeholdes af de hjemmehørende juridiske personer […] som udbetaler indtægterne til ikke-hjemmehørende juridiske personer […]

[…]

6. Følgende er ikke underlagt kildeskat:

[…]

3) ([…] gældende fra den 1.1.2015) indtægter i form af renter, vederlag fra ophavsret og licenser under de stk. 7-12 anførte betingelser

[…]

7. ([…] gældende fra den 1.1.2015) Indtægter i form af renter, vederlag fra ophavsret og licenser er ikke underlagt kildeskat, når følgende betingelser er opfyldt samtidig:

[…]

11. ([…] gældende fra den 1.1.2015) Stk. 7, 8, 9 og 10 finder ikke anvendelse på:

1) indtægter, som udgør udlodning af overskud eller tilbagebetaling af kapital

[…]

4) indtægter fra gældsfordringer, for hvilke der ikke er fastsat nogen bestemmelse om tilbagebetaling af hovedstolen, eller hvor tilbagebetaling skal finde sted mere end 50 år efter udstedelsesdatoen

[…]

7) indtægter fra transaktioner, der har skatteunddragelse eller skatteundgåelse som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde.«

23. ZKPO's artikel 199 med overskriften »Beregningsgrundlag for kildeskatten af ikke-hjemmehørende personers indtægter« bestemmer i stk. 1:

»Beregningsgrundlaget for kildeskatten af de indtægter, som er omhandlet i artikel 195, stk. 1, er disse indtægters bruttobeløb […]«

24. ZKPO's artikel 200 med overskriften »Skattesats« bestemte i stk. 2 i den affattelse, som var gældende fra den 1. januar 2011:

»[…] Skattesatsen for den i artikel 195 omhandlede indkomstskat er på 10%, undtagen for de i artikel 200a anførte tilfælde.«

25. Med virkning fra den 1. januar 2015 er denne bestemmelse blevet ændret som følger:

»[…] Skattesatsen for den i artikel 195 omhandlede indkomstskat er på 10%.«

26. ZKPO's artikel 200a bestemte i den affattelse, som var gældende fra den 1. januar 2011, som ændret og suppleret med virkning fra den 1. januar 2014, indtil artiklen blev ophævet med virkning fra den 1. januar 2015:

»1. Skattesatsen for indtægter i form af renter, vederlag fra ophavsret og licenser er på 5%, når følgende betingelser er opfyldt samtidig:

[…]

5. Stk. 1-4 gælder ikke for:

1) indtægter, som udgør udlodning af overskud eller tilbagebetaling af kapital

[…]

4) indtægter fra gældsfordringer, for hvilke der ikke er fastsat nogen bestemmelse om tilbagebetaling af hovedstolen, eller hvor tilbagebetaling skal finde sted mere end 50 år efter udstedelsesdatoen

[…]«

27. Artikel 202a med overskriften »Genberegning af kildeskatten« bestemte i den affattelse, som var gældende fra den 1. januar 2010, i stk. 1-4[9]:

»1. […] En ikke-hjemmehørende juridisk person, der har skattemæssigt hjemsted i en medlemsstat i Den Europæiske Union eller i en anden stat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, har for så vidt angår de i artikel 12, stk. 2, 3, 5 og 8, omhandlede indtægter ret til at vælge at lade den ved kilden indeholdte skat genberegne. Når den ikke-hjemmehørende

[9] – Indholdet af denne bestemmelse er ikke blevet fremlagt af den forelæggende ret, men af skattemyndighederne (delvis) og den bulgarske regering (i fuld længde) i disses skriftlige bemærkninger.

person vælger at lade kildeskatten genberegne, omfatter genberegningen alle de i artikel 12, stk. 2, 3, 5 og 8, omhandlede indtægter, som personen har oppebåret i skatteåret.

2. Når den ikke-hjemmehørende person vælger at lade den ved kilden indeholdte skat genberegne for så vidt angår de af personen oppebårne indtægter, udgør den genberegnede skat den selskabsskat, der skulle have været svaret af de pågældende indtægter, hvis de var blevet oppebåret af en hjemmehørende juridisk person. Når den ikke-hjemmehørende person har afholdt udgifter, der er forbundet med de indtægter som omhandlet i første punktum, hvoraf der skulle have været svaret skat, hvis de var blevet afholdt af en hjemmehørende juridisk person, forhøjes det genberegnede skattebeløb med denne skat.

3. Nå det i artikel 195, stk. 1, omhandlede kildeskattebeløb overskrider beløbet for den i henhold til stk. 2 genberegnede skat, skal forskellen tilbagebetales op til beløbet for den i artikel 195, stk. 1, omhandlede kildeskat, som den ikke-hjemmehørende person ikke kan fradrage i den skat, der skal betales i den stat, hvor personen er hjemmehørende.

4. Det angives i den årlige selvangivelse, som indgives, om der vælges genberegning af kildeskatten. Den ikke-hjemmehørende person har frist til at indgive sin selvangivelse til Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Sofia [(områdedirektoratet for det nationale agentur for skatte- og afgiftsindtægter – Sofia, Bulgarien)] indtil den 31. december i året efter det, hvori indtægterne er blevet oppebåret.«

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

28. Den 22. november 2013 indgik appellanten som låntager en låneaftale med sin eneaktionær InterV Investment, hvorved denne som långiver ydede appellanten et konvertibelt rentefrit lån, der forfaldt 60 år efter datoen for aftalens ikrafttrædelse (herefter »det omtvistede lån«). Det var fastsat i aftalen, at låntagers pligt til at tilbagebetale lånet ville bortfalde når som helst efter datoen for ydelse af finansieringen, hvis låntager besluttede at foretage et apportindskud svarende til det skyldige lånebeløb i långivers kapital.

29. Ved afgørelse af 16. oktober 2017 foretog Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite (det regionale direktorat under det nationale agentur for offentlige indtægter, Bulgarien) (herefter »skattemyndighederne«) en ændring af skatteansættelsen for appellanten, idet de i henhold til ZKPO's artikel 195, stk. 2, pålagde denne at betale kildeskat af en række indtægter fra renter betalt til InterV Investment for perioden fra den 14. februar 2014 til den 31. marts 2015.

30. Efter at skattemyndighederne på datoen for skattekontrollen havde fastslået, at det omtvistede lån ikke var blevet konverteret til kapital[10], og at låntager hverken havde tilbagebetalt lånet eller betalt renter, konkluderede de, at der forelå en transaktion, som gav anledning til skatteunddragelse som omhandlet i ZKPO's artikel 16, stk. 2, nr. 3, hvori optagelse eller ydelse af lån til en rentesats, der afviger fra markedssatsen på tidspunktet for indgåelse af transaktionen, herunder når der er tale om rentefrie lån, kvalificeres således. Med henblik på beregningen af de renter, som låntager ikke havde betalt, fastlagde skattemyndighederne i afgørelsen den markedsrentesats, der skulle anvendes på lånet, og fastsatte her på en kildeskat på 10% af renterne.

[10] – Denne konvertering fandt sted den 31.10.2018.

31. Ved dom af 29. marts 2019 blev skattemyndighederne frifundet i den sag, som appellanten havde anlagt ved Administrativen sad Sofia (forvaltningsdomstolen i Sofia, Bulgarien) med henblik på at anfægte lovligheden af den omtvistede afgørelse, idet domstolen fastslog, at det omtvistede lån udgjorde et finansielt aktiv for selskabet, som havde genereret en fortjeneste på grund af den manglende rentebetaling, mens långiveren for sit vedkommende havde lidt et økonomisk tab som følge af den manglende oppebørsel af renterne. Ifølge domstolen var lånebeløbet blevet anvendt til at indfri visse i låneaftalen anførte økonomiske forpligtelser for låntageren og udgjorde derfor ikke en egentlig kapitalandel.

32. Appellanten iværksatte kassationsappel ved den forelæggende ret, Varhoven administrativen sad (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Bulgarien), med påstand om ophævelse af den nævnte dom.

33. Til støtte for appellen har appellanten gjort gældende, at kildeskatten blev indeholdt af fiktive renter uden hensyntagen til, at der havde foreligget en godtgjort kommerciel interesse i at yde et rentefrit lån. Appellanten har ligeledes gjort gældende, at denne ikke havde midler til at betale renterne på det omtvistede lån, og at InterV Investment var eneindehaver af kapitalen, da aftalen om lånet blev indgået. Appellanten har ligeledes gjort gældende, at ZKPO's artikel 16, stk. 2, nr. 3, er i strid med Domstolens praksis, da bestemmelsen ikke gør det muligt for parterne i en aftale om et rentefrit lån at godtgøre, at der er gyldige økonomiske grunde til at yde lånet.

34. Subsidiært har appellanten gjort gældende, at eftersom Republikken Bulgarien har benyttet den i artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv 2003/49 fastsatte mulighed for, at medlemsstaterne udelukker renter af lån, som de i skattemæssig henseende behandler som indtægter hidrørende fra egenkapitalinstrumenter, fra dette direktivs anvendelsesområde, finder direktiv 2011/96, der vedrører denne form for indtægter, anvendelse. Ifølge sidstnævnte direktivs artikel 5 skal overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat. Appellanten har ligeledes tilføjet, at det omtvistede lån udgør et kapitalbidrag som omhandlet i artikel 3, litra h)-j), i direktiv 2008/7, som i henhold til direktivets artikel 5 ikke må underlægges afgifter af nogen art.

35. På denne baggrund har Varhoven administrativen sad (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Bulgarien) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er proportionalitetsprincippet i henhold til artikel 5, stk. 4, [TEU], artikel 12, litra b), [TEU] og retten til effektive retsmidler i henhold til artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [(herefter »chartret«)] til hinder for en national bestemmelse såsom bestemmelsen i [ZKPO's] artikel 16, stk. 2, nr. 3?

2) Udgør rentebetalinger som omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv [2003/49] udlodning af overskud, som er omfattet af artikel 5 i direktiv [2011/96]?

3) Finder bestemmelsen i artikel 1, stk. 1, litra b), stk. 3, og artikel 5 i direktiv [2011/96] anvendelse på betalinger fra et rentefrit lån, som er omfattet af artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv 2003/49, og som forfalder 60 år efter indgåelsen af aftalen?

4) Er artikel 49 [TEUF] og artikel 63, stk. 1 og 2[, TEUF], artikel 1, stk. 1, litra b), stk. 3, og artikel 5 i direktiv [2011/96] [samt] artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv [2003/49] til hinder for en national bestemmelse såsom bestemmelsen i [ZKPO's] artikel 195, stk. 1, artikel 200, stk. 2, og […] (ophævet) artikel 200a, stk. 1, og [artikel 200a,] stk. 5, nr. 4, i de respektive affattelser, der var i kraft fra den 1. januar 2011 til den 1. januar 2015, og [ZKPO's] artikel 195, stk. 1, stk. 6, nr. 3, og [artikel 195,] stk. 11, nr. 4, i affattelsen efter den 1. januar 2015 [og til hinder for] en beskatningspraksis, hvorefter ikke betalte renter af et rentefrit lån, som er ydet til et i indlandet etableret datterselskab af moderselskabet, som har hjemsted i en anden medlemsstat, og som forfalder 60 år efter den 22. november 2013, er underlagt kildeskat?

5) Er artikel 3, stk. 1, litra h)-j), artikel 5, stk. 1, litra a) og b), artikel 7, stk. 1, og artikel 8 i [direktiv 2008/7] til hinder for en national bestemmelse såsom bestemmelsen i [ZKPO's] artikel 16, stk. 1[, og artikel 16,] stk. 2, nr. 3, og artikel 195, stk. 1, om beskatning ved kilden af fiktive renteindtægter på grundlag af et rentefrit lån, som ydes til et i indlandet etableret selskab af et selskab i en anden medlemsstat, som er eneindehaver af låntagerens kapital?

6) Udgør gennemførelsen af direktiv [2003/49] i 2011 før udløbet af overgangsfristen, som var fastsat i bilag VI, afsnittet »Fiskale bestemmelser«, [punkt] 3, [til] [tiltrædelsesakten] […], i [ZKPO's] artikel 200, stk. 2, og artikel 200a, stk. 1, og [artikel 200a,] stk. 5, nr. 4, med en fastsat beskatningssats på 10% i stedet for den maksimale sats på 5%, som er foreskrevet i [tiltrædelsesakten] og [tiltrædelsesprotokollen], ikke en tilsidesættelse af principperne om retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning?«

36. Der er indgivet skriftlige indlæg af appellanten, skattemyndighederne, den bulgarske regering og Europa-Kommissionen. Disse parter har desuden afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, som blev afholdt den 30. juni 2021.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

37. Med sine seks spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om indeholdelse ved kilden strider imod dels den primære EU-ret, der følger af artikel 5, stk. 4, TEU, artikel 12, litra b), TEU, chartrets artikel 47 samt artikel 49 TEUF og 63 TEUF (det første og det fjerde spørgsmål), og/eller dels den afledte EU-ret, der følger af henholdsvis direktiv 2003/49 (det andet, det tredje, det fjerde og det sjette spørgsmål), direktiv 2011/96 (det andet, det tredje og det fjerde spørgsmål) samt direktiv 2008/7 (det femte spørgsmål).

38. Før jeg går over til den retlige bedømmelse af den forelæggende rets spørgsmål, skal jeg anføre nedenstående indledende bemærkninger.

1. Medlemsstaternes suverænitet på skatteområdet og EU-retten

39. Det skal anføres, at det fremgår af Domstolens praksis, at selv om direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, og der ikke kræves en harmoniseret tilgang til denne beskatningsform, skal medlemsstaterne dog udøve kompetencen under overholdelse af

EU-retten [11]. Det fastslås ligeledes i den nævnte retspraksis, at bestemmelserne vedrørende de i traktaterne fastsatte friheder kan begrænse medlemsstatens ret til at fastsætte betingelserne og de nærmere vilkår for beskatning af indkomst, som statsborgere fra en anden medlemsstat oppebærer af virksomhed på beskatningsmedlemsstatens område [12].

40. Det skal ligeledes fremhæves, at skønt medlemsstaterne nyder autonomi med hensyn til at fastslå, om der foreligger svig, har Domstolen fastslået, at for at en national lovgivning kan anses for at have til formål at hindre svig og misbrug, skal dens specifikke formål være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og hvis formål er at opnå en uberettiget skattefordel [13].

2. International beskatningspraksis og EU-retten

a) Anti-misbrugsbestemmelser

41. Hensigten om at undgå dobbeltbeskatning uden at skabe mulighed for manglende eller nedsat beskatning gennem skatteunddragelse eller skattesvig – navnlig ved hjælp af skattemæssige treaty shopping-metoder – er et skattepolitisk mål, der forfølges internationalt.

42. Dette kommer i særlig grad til udtryk i internationale beskatningsoverenskomster, som indeholder anti-misbrugsbestemmelser, der har til formål at udelukke anvendelsen af de bestemmelser, som tillægger den skattepligtige person rettigheder, i tilfælde af svig eller misbrug. Der findes lignende bestemmelser i såvel EU-retten som flere medlemsstaters retsorden, således som den foreliggende sag vidner om.

43. Det skal anføres i denne forbindelse, at en skattepligtig person ifølge Domstolens faste praksis ikke kan indrømmes en ret eller en fordel, der følger af EU-retten, såfremt den omhandlede transaktion økonomisk set er et rent kunstigt arrangement, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning [14].

44. Det skal ligeledes nævnes, at direktiv 2003/49 og 2011/96, som er genstand for de præjudicielle spørgsmål, har det formål til fælles at hindre skatteunddragelse og ikke kun tillader medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger til at forebygge denne form for svig, men også at trække de med direktiverne forbundne fordele tilbage eller at afslå at anvende dem i tilfælde af svig eller misbrug.

[11] – Jf. dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 21), og af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 29).

[12] – Jf. dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 24).

[13] – Jf. dom af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 60).

[14] – Jf. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 109 og den deri nævnte retspraksis).

b) Armslængdeprincippet

45. Armslængdeprincippet (*arm's length principle*) – hvortil der henvises i bl.a. artikel 9 i Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udviklings (OECD) modeloverenskomst om beskatning [15], som afspejler konsensus blandt organisationens medlemmer – har til formål at sikre, at skattepligtige personer, der udøver virksomhed inden for en koncern, behandles på samme måde som skattepligtige personer, der forhandler selvstændigt på markedet, inden for rammerne af den generelle ordning for selskabsbeskatning.

46. Det nævnte princip er ligeledes blevet anerkendt af Domstolen, der såvel inden for beskatning som på andre, ikke-fiskale områder har fastslået, at armslængdeprincippet udgør et passende kriterium, hvormed et kunstigt arrangement kan skelnes fra reelle økonomiske transaktioner, og at det i denne sammenhæng repræsenterer et objektivt kriterium for bedømmelsen af, om hovedformålet med den omhandlede transaktion er at opnå en skattefordel [16].

B. Det første præjudicielle spørgsmål

47. Ved sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om ZKPO's artikel 16, stk. 2, nr. 3, er i strid med artikel 5, stk. 4, TEU, artikel 12, litra b), TEU og den i chartrets artikel 47 fastsatte ret til effektive retsmidler og adgang til en upartisk domstol.

48. Det skal indledningsvis anføres, at proportionalitetsprincippet i henhold til artikel 5, stk. 4, TEU finder anvendelse på »indholdet og formen af Unionens handling«, mens artikel 12, litra b), TEU vedrører de nationale parlamenters rolle for så vidt angår overholdelse af nærhedsprincippet. I disse bestemmelser fastsættes således de principper, der skal være bestemmende for Unionens, ikke medlemsstaternes lovgivningsproces. Domstolen har i denne forbindelse i en anden, forholdsvis nyligt stedfunden sag fastslået, at det var ufornødent at besvare et lignende spørgsmål fra den samme forelæggende ret, eftersom de nævnte bestemmelser ikke tager sigte på de nationale lovgivninger og ikke kan finde anvendelse på en situation som den i hovedsagen omhandlede [17].

49. Hvad dernæst angår den i chartrets artikel 47 fastsatte ret til effektive retsmidler fremgår det af fast retspraksis, at de krav, der følger af beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, kun er bindende for medlemsstaterne, når de anvender EU-retten [18].

50. Det bestemmes i ZKPO's artikel 16, stk. 2, nr. 3, at optagelse eller ydelse af lån til rentesatser, som afviger fra markedssatsen på tidspunktet for indgåelse af transaktionen, herunder rentefrie lån, udgør skatteunddragelse. Denne bestemmelse i den bulgarske lovgivning repræsenterer hverken gennemførelsen af et EU-direktiv eller anvendelsen eller gennemførelsen af en anden bestemmelse i EU-retten.

15 – *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017* (modeloverenskomst af 2017 om indkomst- og formuebeskatning), der har til formål at forhindre dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter uden at skabe mulighed for manglende eller nedsat beskatning gennem skatteunddragelse eller skattesvig, i den af OECD offentliggjorte affattelse af 21.11.2017.

16 – Jf. dom af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 86), og af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 81).

17 – Jf. dom af 25.7.2018, TTL (C-553/16, EU:C:2018:604, præmis 30-35).

18 – Jf. dom af 19.9.2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).

51. Af de samme grunde og i lyset af chartrets artikel 51 må det fastslås, at bestemmelserne i dette ikke finder anvendelse på en sådan bestemmelse i den bulgarske skatteret, som ikke udgør en gennemførelse af EU-retten.

52. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 5, stk. 4, TEU, artikel 12, litra b), TEU og chartrets artikel 47 skal fortolkes således, at disse bestemmelser ikke finder anvendelse på fortolkningen af ZKPO's artikel 16, stk. 2, nr. 3, eftersom sidstnævnte bestemmelse ikke repræsenterer en gennemførelse af EU-retten.

C. Det andet præjudicielle spørgsmål

53. Ved sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om rentebetalinger som omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv 2003/49 kan repræsentere en udlodning af overskud, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 5 i direktiv 2011/96.

54. Med hensyn til direktiv 2003/49 skal det anføres, at dette ifølge anden til fjerde betragtning til direktivet har til formål – gennem en harmonisering på området direkte skatter med henblik på at gøre det muligt for de erhvervsdrivende at drage fordel af det indre marked – at afskaffe dobbeltbeskatning i forbindelse med rentebetaling, der foretages mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, og at sikre, at renterne beskattes én gang i én medlemsstat, idet beskatning af dem i kildestaten til skade for den retmæssige ejer af renterne forbydes [19].

55. For det første skal det afklares, om fiktive renter såsom dem, skattemyndighederne fastslog foreligger i den aktuelle sag, kan være omfattet af direktiv 2003/49 og anses for at udgøre »betalinger af renter« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 1, og artikel 2, litra a), i det meget specielle tilfælde, som der er tale om i denne sag, hvor der ikke har fundet nogen specifik betaling sted.

56. Det skal understreges, at direktiv 2003/49, således som det fremgår af femte betragtning til direktivet, finder anvendelse på »betal[inger]«. Det skal ligeledes anføres, at der i direktivets artikel 1 med overskriften »Anvendelsesområde og procedure« klart identificeres en »retmæssig ejer af de pågældende renter«, som befinder sig i en anden medlemsstat, og som modtager en »betaling [der er] foretaget« af et i kildestaten etableret selskab.

57. Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at eftersom artikel 2, litra a), i direktiv 2003/49 definerer renter som »indkomst af gældsfordringer af enhver art«, er det kun den »retmæssige« ejer, som kan modtage renter, der udgør indkomst af sådanne gældsfordringer, og begrebet »retmæssig ejer« som omhandlet i direktivet må følgelig defineres som henvisende til en enhed, der i økonomisk henseende er den »reelle« ejer af de renter, »som betales til den«, og som har beføjelse til at frit at bestemme, hvad de skal anvendes til [20].

58. Når skattemyndighederne imidlertid fastsætter og beskatter fiktive renter af et rentefrit lån [21], modtager långiveren ikke nogen renter og kan derfor efter min opfattelse ikke betragtes som en »retmæssig ejer« af renterne.

[19] – Jf. dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 24, 25 og 28), og af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 85, 86 og 108).

[20] – Jf. dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 27).

[21] – Det skal nævnes, at fastsættelse og beskatning af fiktive renter har til formål at underlægge den fordel beskatning, som et rentefrit lån medfører for låntageren.

59. For det andet skal det fremhæves, at selv hvis det antages, at fiktive renter kan anses for at udgøre »betalinger af renter« som omhandlet i direktiv 2003/49, er sådanne betalinger, når de vedrører et rentefrit lån, som forfalder 60 år efter stiftelsen, under alle omstændigheder omfattet af den undtagelse, der er fastsat i direktivets artikel 4, stk. 1, litra d), som fra dettes anvendelsesområde undtager »betalinger fra gældsfordringer, som ikke indeholder nogen bestemmelse om tilbagebetaling af hovedstolen, eller hvor tilbagebetaling skal finde sted mere end 50 år efter udstedelsesdatoen«. Det omtvistede låns løbetid var på 60 år, hvilket medfører, at direktiv 2003/49 ikke kan finde anvendelse på det foreliggende tilfælde.

60. For det tredje og sidste bør det efter min opfattelse ligeledes tages i betragtning for fuldstændighedens skyld, at direktiv 2003/49 har et dobbelt formål, nemlig på den ene side at forebygge dobbeltbeskatning [22] og på den anden side at bekæmpe misbrug og skattesvig [23].

61. For at undgå dobbeltbeskatning af grænseoverskridende rentebetalinger er det derfor forbudt at beskatte renter i kildestaten til skade for renternes retmæssige ejer [24]. I det foreliggende tilfælde er der imidlertid ikke mulighed for en dobbeltbeskatning, der kan være i strid med direktiv 2003/49, eftersom de af skattemyndighederne fastsatte fiktive renter ikke kan beskattes i Luxembourg, da rentebeløbene ikke er blevet overført til moderselskabet.

62. Hvad risikoen for misbrug og skattesvig angår er artikel 5, stk. 1, i direktiv 2003/49 ikke til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, som er nødvendige for at forebygge svig eller misbrug. I øvrigt skal det anføres, at det ville føre til accept af en omgåelse af den nationale skattelovgivning at tilslutte sig appellantens fortolkning. Det ville i praksis være ensbetydende med at tillade forbundne selskaber at tegne lån (eller indgå andre former for koncerntransaktioner) i strid med den nationale lovgivning for derpå at påberåbe sig EU-retten for at unddrage sig den nationale skattelovgivning (og eventuelt også beskatning). En sådan fortolkning ville være i strid med direktivets mål, heriblandt bekæmpelse af skattesvig [25].

63. På baggrund af det ovenstående er jeg af den opfattelse, at bestemmelserne i direktiv 2003/49 ikke kan anvendes i en sag som hovedsagen.

64. Jeg foreslår derfor, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 4 i direktiv 2003/49 skal fortolkes således, at den ikke kræver, at rentebetalinger som de i direktivets artikel 4, stk. 1, litra d), omhandlede kvalificeres som »udlodning af overskud«, der er omfattet af artikel 5 i direktiv 2011/96.

D. Det tredje præjudicielle spørgsmål

65. Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 1, litra b), stk. 3, og artikel 5 i direktiv 2011/96 finder anvendelse på betalinger vedrørende et rentefrit lån, som forfalder 60 år efter stiftelsen, og som er omfattet af artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv 2003/49.

22 – Jf. anden til fjerde betragtning til direktiv 2003/49.

23 – Jf. artikel 5 i direktiv 2003/49.

24 – Jf. dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 24, 25 og 28).

25 – Jf. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 109 og den deri nævnte retspraksis).

66. Hvad direktiv 2011/96 angår skal det anføres, at det har til formål at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber etableret i en anden medlemsstat betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau for at lette sammenslutninger af selskaber på EU-plan [26].

67. Det er med dette for øje, at artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2011/96 bestemmer, at direktivet finder anvendelse på »overskud, som […] udlodde[s]« af et datterselskab til dets moderselskab inden for rammerne af et grænseoverskridende forhold.

68. Det skal anføres, at udtrykket »overskud, som […] udlodde[s]« ikke defineres som sådant i dette direktiv.

69. Hvad dette angår har Domstolen fastslået, at den medlemsstat, hvor et selskab er hjemmehørende, lovligt kan behandle dette selskabs rentebetalinger til det i en anden medlemsstat etablerede moderselskab som udlodning af overskud [27]. Denne konklusion blev imidlertid anvendt i en sammenhæng, hvor datterselskabet rent havde faktisk havde betalt renter som vederlag for lånet, hvilket ikke er situationen i den foreliggende sag.

70. Det er følgelig min opfattelse, at fiktive renter, som skattemyndighederne udelukkende har fastsat for at underlægge en transaktion beskatning, der anses for maskeret i henhold til den nationale lovgivning, ikke kan betragtes som »udlodning af overskud« som omhandlet i direktiv 2011/96, navnlig hvis der ikke er sket en reel rentebetaling mellem de to selskaber i den samme koncern.

71. Det skal ligeledes anføres, at de væsentligste mål med direktiv 2011/96, i lighed med direktiv 2003/49, bl.a. omfatter forebyggelse af såvel dobbeltbeskatning som misbrug og skattesvig. Hvad dette angår henviser jeg til det ræsonnement, som jeg anførte i punkt 61 og 62 i dette forslag til afgørelse, og som gælder mutatis mutandis for direktiv 2011/96.

72. Af ovenstående grunde finder jeg, at direktiv 2011/96 skal fortolkes således, at det ikke finder anvendelse på en situation som den i hovedsagen foreliggende.

73. Jeg foreslår derfor, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at direktiv 2011/96 skal fortolkes således, at det ikke finder anvendelse på kildeskat af en fiktiv renteindtægt fra et rentefrit lån, som moderselskabet har ydet sit datterselskab.

E. Det fjerde præjudicielle spørgsmål

74. Det fjerde spørgsmål omfatter to hovedpunkter, som der skal sondres imellem.

75. Det første punkt vedrører spørgsmålet om, hvorvidt kildebeskatning af de forudsatte rentebetalinger af et rentefrit lån er forenelig med direktiv 2003/49 og med fritagelsen for kildeskat i henhold til direktiv 2011/96. I det andet punkt stilles det samme spørgsmål, men under hensyn til kravene i artikel 49 TEUF og artikel 63, stk. 1 og 2, TEUF.

[26] – Jf. dom af 2.4.2020, GVC Services (Bulgaria) (C-458/18, EU:C:2020:266, præmis 31).

[27] – Jf. dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 89).

76. Hvad dette angår skal der ifølge den af Domstolen (Store Afdeling) nyligt afsagte dom i de forenede sager N Luxembourg 1 m.fl. [28] sondres mellem to situationer.

77. Den første situation er den, hvor den i direktiv 2003/49 fastsatte ordning for fritagelse for kildeskat ikke finder anvendelse som følge af, at det er blevet fastslået, at der foreligger svig eller misbrug som omhandlet i direktivets artikel 5. I en sådan situation kan et selskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, henset til den retspraksis, hvortil der henvises i punkt 43 i dette forslag til afgørelse, ikke påberåbe sig de i EUF-traktaten fastsatte friheder for at anfægte en national lovgivning om beskatning af renter betalt til et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat. I betragtning af at direktiv 2011/96 i artikel 1, stk. 2, indeholder en bestemmelse, der er sammenlignelig med artikel 5 i direktiv 2003/49, om, at direktivet ikke finder anvendelse i tilfælde af svig eller misbrug, må det samme efter min opfattelse, mutatis mutandis, ligeledes gælde for direktiv 2011/96.

78. Den anden situation er den, hvor den i direktiv 2003/49 fastsatte ordning for fritagelse for kildeskat ikke finder anvendelse (ligesom analogt direktiv 2011/96) som følge af, at betingelserne for anvendelse af denne fritagelsesordning ikke er opfyldt, uden at det dog er blevet konstateret, at der foreligger svig eller misbrug som omhandlet i direktivets artikel 5 (eller i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2011/96). I en sådan situation skal det efterprøves, om artikel 49 TEUF og artikel 63, stk. 1 og 2, TEUF skal fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for en national lovgivning om beskatning af de nævnte renter som den, der er omhandlet i hovedsagen [29].

79. Indledningsvis skal det anføres, at den forelæggende rets spørgsmål kun vedrører foreneligheden med artikel 49 TEUF og artikel 63, stk. 1 og 2, TEUF af ZKPO's artikel 195, 200 og 200a, hvori der fastsættes henholdsvis de nærmere regler for kildebeskatningen og fremgangsmåden for revurdering og tilbagebetaling af skatten til fordel for ikke-hjemmehørende.

80. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at behandlingen af dette spørgsmål ikke bør begrænses til ovennævnte bestemmelser i national ret, men at der bør tages hensyn til den bulgarske beskatningsordning for ikke-hjemmehørende selskaber som helhed [30]. Jeg foreslår derfor, at nedenstående bedømmelse ligeledes omfatter såvel ZKPO's artikel 16 (hvori der fastsættes nærmere regler for beskatning af ikke-hjemmehørende selskaber i tilfælde af tilsidesættelse af armslængdeprincippet) som ZKPO's artikel 199 (der vedrører kildebeskatningsgrundlaget for ikke-hjemmehørende selskaber) og artikel 202a (der vedrører den ordning for fornyet beregning og tilbagebetaling af kildeskat, som ikke-hjemmehørende selskaber kan gøre brug af).

81. Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at undersøgelsen ikke bør begrænses til fritagelsen for en bestemt form for beskatning på det rent formelle plan, men at der bør tages hensyn til hele den skattemæssige sammenhæng, hvori beskatningen af ikke-hjemmehørende selskaber indgår, og følgelig foretages en fuldstændig undersøgelse (på det materielle plan) [31].

[28] – Jf. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 155).

[29] – Jf. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 156).

[30] – Dette berører ikke den nationale domstols monopol på at fortolke den nationale lovgivning.

[31] – Jf. dom af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 29 ff.).

1. Med hensyn til direktiv 2003/49 og direktiv 2011/96

82. Jeg har givet svaret på nærværende spørgsmål for så vidt angår direktiv 2003/49 og direktiv 2011/96 i forslagene til svar på det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål, hvori jeg har konkluderet, at de ikke kan finde anvendelse på de faktiske omstændigheder i sagen [32].

2. Med hensyn til artikel 49 TEUF og 63 TEUF

83. Med henblik på at besvare den forelæggende rets fjerde spørgsmål skal det indledningsvis undersøges, om artikel 49 TEUF og 63 TEUF er til hinder for en national lovgivning, hvorefter den ordning, der automatisk anvendes på ikke-hjemmehørende selskaber, ikke gør det muligt for dem at fradrage udgifterne i forbindelse med det lån, der er tale om, i modsætning til hvad der gælder for hjemmehørende selskaber. I bekræftende fald skal det undersøges, om en sådan forskelsbehandling dels kan ophæves af en ordning med revurdering og tilbagebetaling af skatten, som ikke-hjemmehørende selskaber kan gøre brug af, dels kan begrundes i tvingende almene hensyn. Endvidere skal anvendelsen af den pågældende restriktion i så fald være egnet til at sikre gennemførelsen af det tilstræbte formål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette.

a) De relevante bestemmelser i EUF-traktaten

84. Eftersom den forelæggende ret har spurgt Domstolen om, hvorvidt omhandlede bulgarske lovgivning er forenelig med traktatens bestemmelser om etableringsfrihed og frie kapitalbevægelser (artikel 49 TEUF og 63 TEUF), skal det først klarlægges, på grundlag af hvilken af disse traktatbestemmelser denne lovgivning skal vurderes.

85. Det skal nævnes, at spørgsmål vedrørende den skattemæssige behandling af renter og kapitalindkomst, der betales mellem selskaber i to medlemsstater, i princippet kan henhøre under såvel de frie kapitalbevægelser [33] som etableringsfriheden, hvad sidstnævnte angår bl.a. når et lån stiftes mellem forbundne selskaber, hvoraf et selskab fra én medlemsstat ejer en andel af kapitalen i et selskab etableret i en anden medlemsstat, der giver det mulighed for at øve klar indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om dets drift [34].

86. Det følger dog af fast retspraksis, at for at vurdere om en national lovgivning henhører under den ene eller anden bestemmelse om fri bevægelighed, er det nødvendigt at inddrage formålet med den pågældende lovgivning [35].

87. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at ZKPO's artikel 16, stk. 2, nr. 3, finder anvendelse på alle situationer, hvor der ydes et rentefrit lån, ikke kun i forbindelse med forbundne selskaber og uden hensyn til, hvor stor en andel det selskab, som yder lånet, har i låntagerens kapital. Umiddelbart burde denne omstændighed føre til, at det fjerde præjudicielle spørgsmål behandles på grundlag af de frie kapitalbevægelser.

[32] – Jf. punkt 53-73 i dette forslag til afgørelse.

[33] – Jf. dom af 3.10.2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

[34] – Jf. dom af 17.9.2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

[35] – Jf. dom af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

88. Jeg finder imidlertid, at de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag leder til, at den omhandlede bulgarske lovgivning skal undersøges på grundlag af etableringsfriheden. Ud over det forhold, at InterV Investment var eneaktionær i appellanten på det tidspunkt, hvor det omtvistede lån blev stiftet, viser lånets karakteristika, navnlig dets løbetid og betingelserne for tilbagebetaling af det, nemlig, at det kunne være blevet stiftet mellem forbundne selskaber. Der er således ingen tvivl om, at der består et afhængighedsforhold mellem selskaberne, som i betragtning af InterV Investments andel af appellantens kapital giver InterV Investment mulighed for at øve en klar indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om dets drift.

89. Denne synsmåde er desuden i overensstemmelse med Domstolens praksis i en række sager, hvor de omhandlede nationale lovgivninger udviser de samme træk som den bulgarske lovgivning. Det skal anføres i denne henseende, at Domstolen i SGI-sagen undersøgte den belgiske lovgivning, der i forbindelse med indkomstbeskatningen tillod skattemyndighederne at lade de fiktive renter af et rentefrit lån, som var blevet ydet et ikke-hjemmehørende datterselskab, indgå i et hjemmehørende selskabs overskud, på grundlag af etableringsfriheden med den begrundelse, at selv om den pågældende lovgivning ikke kun fandt anvendelse på forbundne selskaber, vedrørte den situation, som var omhandlet i den pågældende sag, forbundne selskaber [36].

90. Skønt jeg hælder til, at det er mest hensigtsmæssigt at behandle det fjerde spørgsmål på grundlag af etableringsfriheden, er det absolut tænkeligt, at den omhandlede nationale lovgivning undersøges på grundlag af de frie kapitalbevægelser.

91. Selv om jeg har valgt at foretage bedømmelsen af de omhandlede nationale foranstaltningers forenelighed på grundlag af etableringsfriheden, leder en bedømmelse af spørgsmålet på grundlag af de frie kapitalbevægelser dog til de samme konklusioner som nedenfor. I lighed med etableringsfriheden forbyder de frie kapitalbevægelser nemlig foranstaltninger, som kan afholde ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en medlemsstat, eller foranstaltninger, der kan afholde personer, som er hjemmehørende i denne medlemsstat, fra at foretage investeringer i andre stater [37].

92. Hvis, endelig, det antages, at den omhandlede nationale foranstaltning har restriktive virkninger for kapitalens frie bevægelighed, er sådanne virkninger en uundgåelig konsekvens af en eventuel hindring for etableringsfriheden, og kan derfor ikke begrunde en selvstændig undersøgelse af den samme lovgivning på grundlag af artikel 63 TEUF [38].

b) Indfører ZKPO's artikel 195 og 199 forskelsbehandling mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber?

93. Det følger af fast retspraksis, at artikel 49 TEUF tilsigter at sikre selskaber en national behandling i værtsmedlemsstaten og forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af deres hjemsted [39] og generelt enhver ubegrundet restriktion for udøvelsen af denne frihed [40].

[36] – Jf. dom af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 25-37).

[37] – Jf. dom af 30.4.2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

[38] – Jf. kendelse af 10.5.2007, Lasertec (C-492/04, EU:C:2007:273, præmis 25).

[39] – Jf. dom af 3.3.2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

[40] – Jf. dom af 20.1.2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

94. Det fremgår af ordlyden af ZKPO's artikel 16, stk. 2, nr. 3, at denne bestemmelse finder anvendelse på ethvert lån, der er tegnet rentefrit, uanset om det kun involverer hjemmehørende selskaber eller ligeledes ikke-hjemmehørende selskaber. Endvidere er det ubestridt, at der gælder den samme beskatningssats på 10%, uanset om långiveren er et hjemmehørende eller et ikke-hjemmehørende selskab.

95. Det fremgår imidlertid af ordlyden af ZKPO's artikel 195 og 199, at ikke-hjemmehørende selskaber, som indgår sådanne transaktioner, behandles skattemæssigt anderledes. Mens der således af de fiktive renter af et lån, som et ikke-hjemmehørende selskab har ydet, indeholdes en kildeskat, som udgør en øjeblikkelig og endelig beskatning uden mulighed for fradrag for de med ydelsen af lånet forbundne udgifter, afhænger beskatningen af de fiktive renter af et lån ydet af et hjemmehørende selskab inden for rammerne af selskabsbeskatningen af dettes positive eller negative resultat, efter at der er taget hensyn til de eventuelle omkostninger, som er forbundet med ydelsen af lånet.

96. På dette stadium i min bedømmelse skal det fremhæves, at Domstolens praksis omfatter et stort antal domme, hvori denne problematik er blevet behandlet med udgangspunkt i såvel de frie kapitalbevægelser som etableringsfriheden. Nærmere bestemt har Domstolen i en række sager, hvori de faktiske omstændigheder er sammenlignelige med hovedsagens, fastslået, at en national lovgivning, hvorefter et ikke-hjemmehørende selskab beskattes ved indeholdelse ved kilden foretaget af et hjemmehørende selskab af de renter, som sidstnævnte selskab betaler til det, uden at det har mulighed for at fradrage de omkostninger, såsom renteudgifter, der er direkte forbundet med den pågældende låneaktivitet, mens en sådan fradragsmulighed er indrømmet hjemmehørende selskaber, der oppebærer renter fra et andet hjemmehørende selskab, udgør en restriktion for etableringsfriheden [41]. Den samme konklusion er blevet draget for så vidt angår de frie kapitalbevægelser [42].

97. I betragtning af det foregående finder jeg, at en sådan forskel vedrørende reglerne for skatteberegningen kan udgøre en restriktion, der henhører under artikel 49 TEUF.

98. Den foreliggende sag adskiller sig dog fra de pågældende sager på den måde, at den bulgarske lovgivning i ZKPO's artikel 202a synes at fastsætte en procedure, der gør det muligt for ikke-hjemmehørende selskaber at blive behandlet skattemæssigt på lige fod med hjemmehørende selskaber. Inden det undersøges, om der eventuelt foreligger en begrundelse for den diskriminerende foranstaltning, som er indført ved ZKPO's artikel 195 og 199, skal det derfor afklares, om denne lovs artikel 202a kan fjerne den ovenfor fastslåede forskelsbehandling mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber.

[41] – Jf. dom af 12.6.2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, præmis 29 og 55), af 3.10.2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, præmis 42), og af 15.2.2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96, præmis 23).

[42] – Jf. dom af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 57), og af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 17).

c) Gør ZKPO's artikel 202a det muligt at fjerne den diskriminerende karakter af den beskatningsordning, der i henhold til ZKPO's artikel 195 og 199 gælder for ikke-hjemmehørende personer?

1) Anvendelsesområdet for ZKPO's artikel 202a

99. Det fremgår af skattemyndighedernes og den bulgarske regerings skriftlige indlæg, at der i ZKPO's artikel 202a fastsættes en regel, som gør det muligt for ikke-hjemmehørende selskaber at vælge den beskatningsordning, der gælder for hjemmehørende selskaber. Den pågældende procedure gør det således muligt for sådanne dels at fradrage omkostninger såsom renteudgifter, der er direkte forbundet med den pågældende låneaktivitet, dels at få tilbagebetalt eller blive fritaget for kildeskatten, hvis de har lidt underskud.

100. Skattemyndighederne og den bulgarske regering har gjort gældende, at hvis appellanten i det foreliggende tilfælde havde valgt denne ordning, var der ikke blevet opkrævet selskabsskat af appellanten i Bulgarien, eftersom appellanten (efter hvad denne har anført) havde underskud i den pågældende periode.

101. Appellanten har på sin side udtrykt tvivl om, hvorvidt den i ZKPO's artikel 202a fastsatte procedure er egnet til at afsvække den forskelsbehandling, der stadig ville være tale om, selv om en ikke-hjemmehørende virksomhed valgte at gøre brug af den nævnte bestemmelse, eftersom tilbagebetalingsproceduren ikke finder sted umiddelbart.

102. På grundlag af de nærmere oplysninger, som appellanten, skattemyndighederne og den bulgarske regering gav i retsmødet, kan den i ZKPO's artikel 202a fastsatte procedure for revurdering og tilbagebetaling sammenfattes som følger.

103. Den i ZKPO's artikel 202a fastsatte procedure anvendes ikke automatisk. Et ikke-hjemmehørende selskab skal for at vælge at benytte den udtrykkeligt angive dette på sin selvangivelse. Selv hvis et selskab beslutter sig til at træffe dette valg, gennemføres kildebeskatningen i henhold til den i ZKPO's artikel 195 og 199 fastsatte ordning, dvs. at skatten indeholdes direkte ved kilden af den pågældende bruttoindkomst. Det er først på et senere tidspunkt, at det ikke-hjemmehørende selskab kan få skatten tilbagebetalt, hvis det, efter at skattemyndighederne har revurderet dets situation, er godtgjort, at det har lidt underskud.

104. Med hensyn til varigheden af den i ZKPO's artikel 202a fastsatte procedure for revurdering og tilbagebetaling viste der sig i retsmødet at være forskelle i opfattelsen heraf mellem på den ene side appellanten, som gjorde gældende, at proceduren kan tage meget lang tid, og på den anden side skattemyndighederne og den bulgarske regering, der bestred, at proceduren tager uforholdsmæssigt lang tid.

105. Beskrivelsen af den i ZKPO's artikel 202a fastsatte procedure for tilbagebetaling af skatten giver anledning til følgende bemærkninger.

106. For det første fremgår det af ordlyden af ZKPO's artikel 202a, stk. 1-4, læst i sammenhæng, at ordningen rent faktisk gør det muligt for ikke-hjemmehørende selskaber at indgive anmodning om revurdering af den skat, som allerede er blevet indeholdt ved kilden i henhold til den for hjemmehørende selskaber gældende ordning. Denne bestemmelse synes at tilsigte, at den skattemæssige behandling af ikke-hjemmehørende selskaber sidestilles med – eller i det mindste nærmes til – behandlingen af i Bulgarien hjemmehørende selskaber.

107. Hvad dette angår skal det anføres, at Domstolen tidligere har fastslået, at retten til fradrag ligeledes kan materialisere sig efter indeholdelsen ved kilden i en tilbagebetaling af en andel af den indeholdte kildeskat [43].

108. Ikke desto mindre står det klart, at der stadig er risiko for, at der indrømmes hjemmehørende selskaber en skattefordel på trods af den mulighed, der tilbydes ikke-hjemmehørende selskaber. Ordningen synes nemlig at kunne medføre en likviditetsfordel for hjemmehørende selskaber, eftersom sådanne, hvis de har lidt underskud, ikke er forpligtet til at betale skat af fiktive renter i modsætning til ikke-hjemmehørende selskaber.

109. For et ikke-hjemmehørende selskab, der har lidt underskud, består denne »likviditetsmæssige ulempe« nærmere bestemt i intervallet mellem tidspunktet for indeholdelsen ved kilden og tidspunktet for skattemyndighedernes tilbagebetaling af den for meget opkrævede skat.

110. Omfanget af den likviditetsfordel, som denne forskellige behandling giver anledning til, og som kan udgøre et element af forskelsbehandling, afhænger efter min opfattelse i høj grad af de nationale procedureregler og skattemyndighedernes praksis i forbindelse med gennemførelsen af den procedure, der er fastsat i ZKPO's artikel 202a. Hvis varigheden af genberegningsproceduren og af en eventuel tilbagebetaling således overstiger et rimeligt tidsrum, således som appellanten i retsmødet hævdede var tilfældet, kan den likviditetsfordel i forhold til et ikke-hjemmehørende selskab, som et hjemmehørende selskab nyder godt af, være betydelig og følgelig udgøre en forskelsbehandling eller en hindring for de frie kapitalbevægelser. Hvis tidsrummet derimod er rimeligt, kan en sådan foranstaltning afsvække forskelsbehandlingen mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber eller råde bod herpå. Det skal nævnes, at den omstændighed, at den bulgarske lovgivning indeholder regler om morarenter, eventuelt kan afsvække forskelsbehandlingen med hensyn til likviditet, hvis tidsrummet ikke er betydeligt.

111. Det skal understreges i denne forbindelse, at vurderingen af, om der foreligger en eventuel ufordelagtig behandling af renter betalt til ikke-hjemmehørende selskaber, skal foretages for hvert enkelt skatteår [44].

112. Det skal for det andet ligeledes fremhæves, at der ved undersøgelsen af, hvordan ZKPO's artikel 202a gennemføres – ud over spørgsmålet om, hvor lang tid tilbagebetalingen tager – skal tages hensyn til alle de faktorer, der kan medføre forskelsbehandling mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber. Selv om artiklen har til formål at tilvejebringe ligebehandling mellem disse to former for selskaber – hvilket i princippet burde udelukke ulige behandling (ud over den ovenfor fastslåede likviditetsfordel) – skal det sikres, at gennemførelsen af bestemmelsen ikke skaber andre former forskelsbehandling. Dette punkt er således tæt forbundet med de vilkår for betaling af selskabsskat, som er fastsat i den bulgarske lovgivning, herunder med hvilke intervaller betalingen skal finde sted, og om der er mulighed for udsættelse med betalingen af skatten eller for at opnå andre lettelser, der kan forøge den fastslåede likviditetsfordel. Hvis f.eks. den bulgarske lovgivning gør det muligt for et hjemmehørende selskab, som har underskud, at tilpasse eller udskyde sin beskatning til et senere skatteår, vil dette kunne forøge dets likviditetsfordel i forhold til et ikke-hjemmehørende selskab [45].

43 – Jf. dom af 13.7.2016, Brisal og KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, præmis 42).

44 – Jf. dom af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 41), og af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 30 og 52).

45 – Jf. dom af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 34).

113. I hvor høj grad bestemmelsen er egnet til at afsvække forskelsbehandlingen, afhænger for det tredje og endelig efter min opfattelse i praksis ligeledes af den mulighed, som på den ene side det ikke-hjemmehørende selskab har for at dokumentere de fradragsberettigede omkostninger, som det påberåber sig, og på den anden side den, som skattemyndighederne i den stat, hvori det låntagende selskab er hjemmehørende – i det foreliggende tilfælde Bulgarien – har for at foretage en effektiv kontrol. Hvad dette angår skal det nævnes, at hverken den forelæggende ret eller de øvrige parter i hovedsagen har angivet, at der findes en bilateral overenskomst mellem Storhertugdømmet Luxembourg og Republikken Bulgarien, som dækker denne form for situation.

114. En procedure, der gør det muligt at sikre, at ikke-hjemmehørende selskaber ikke forskelsbehandles, samtidig med, at den sikrer skattemyndighederne mulighed for at kontrollere, om de afholdte udgifter berettiger til tilbagebetaling, kan kun bygge på samarbejde og udveksling af oplysninger mellem de berørte medlemsstaters (eller tredjelandes) skattemyndigheder. Endvidere skal det anføres, at et sådant samarbejde – bortset fra de bilaterale overenskomster, som er indgået mellem medlemsstaterne – ligeledes foreskrives i direktiv 2011/16/EU [46], der bl.a. har til formål at forhindre såvel dobbeltbeskatning som manglende beskatning som følge af svig eller misbrug [47].

115. Det tilkommer således i princippet den forelæggende ret at undersøge på baggrund af ovenstående oplysninger og under hensyn til procedurereglerne og den nationale administrative praksis på beskatningsområdet, om forskelsbehandlingen mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber, der benytter sig af ZKPO's artikel 202a, kan medføre en likviditetsfordel.

2) Den objektive sammenlignelighed af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskabers skattemæssige situation

116. Ifølge fast retspraksis kan der kun opstå forskelsbehandling, hvis der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller hvis den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer [48].

117. Hvad indledningsvis angår ZKPO's artikel 16 er der ingen tvivl om, at denne bestemmelse finder anvendelse på samme måde på såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende selskaber.

118. Skønt, som beskrevet ovenfor, både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber er underlagt kildebeskatning, er reglerne for beregning af skatten for disse to former for selskaber forskellige. Den bulgarske skattelovgivning indebærer nemlig en forskellig behandling mellem ikke-hjemmehørende selskaber, der i henhold til ZKPO's artikel 195 og 199 (som i øvrigt udgør den ordning, der finder anvendelse automatisk) beskattes ved kilden af deres bruttoindkomst, og hjemmehørende selskaber, som beskattes ved kilden af deres nettoindkomst.

[46] – Rådets direktiv af 15.2.2011 om administrativt samarbejde på beskatningsområdet og om ophævelse af direktiv 77/799/EØF (EUT 2011, L 64, s. 1).

[47] – Således som den internationale beskatningspraksis viser, er en sådan foranstaltning nemlig egnet til at forhindre, at der tages hensyn til fradragsberettigede omkostninger to gange, eftersom den ene stat ved at benytte sig af foranstaltningen kan kontrollere de erhvervsmæssige omkostninger, der er taget hensyn til ved beregningen af den betalte skat i den anden. Det er ligeledes almindeligt inden for rammerne af en sådan foranstaltning, at skattemyndighederne i en stat kan den informere den stat, hvor den delvis skattepligtige er hjemmehørende, om den anmodning om tilbagebetaling, som den pågældende har indgivet.

[48] – Jf. dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 30).

119. Skønt Domstolen fastslog i Truck Center-dommen, at en forskellig behandling, der består i at anvende forskellige beskatningsteknikker, alt efter hvor den skattepligtige person er hjemmehørende, vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige [49], skal det anføres, at såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende skattepligtige personer i hovedsagen – i modsætning til førnævnte sag, hvor den forskudsskat af kapitalindkomst og indtægter af værdipapirer mv., som det drejede sig om, kun blev opkrævet af renter udbetalt til ikke-hjemmehørende modtagerselskaber – ifølge den gældende lovgivning er undergivet den samme opkrævningsmåde for udbytteskat, nemlig indeholdelse ved kilden [50].

120. I det øjeblik en medlemsstat gør det pligtigt ikke kun for hjemmehørende selskaber, men også for ikke-hjemmehørende selskaber at svare den samme skat af de renter, de modtager fra et selskab, som er etableret i denne stat, nærmer de respektive situationer, som disse to kategorier af skattepligtige befinder sig i, sig hinanden, hvorfor de bør underlægges den samme skattemæssige behandling [51].

121. Det må fastslås, at det fremgår af ordlyden af ZKPO's artikel 195 og 199, at den likviditetsfordel, der gives hjemmehørende selskaber, ikke også omfatter ikke-hjemmehørende selskaber. Ikke desto mindre kunne det nævnte mål – med forbehold af det, jeg har anført i punkt 109-115 i dette forslag til afgørelse – være nået gennem den valgmulighed, som tilbydes i ZKPO's artikel 202a.

3) Den valgfrie karakter af ZKPO's artikel 202a

122. Det er fast retspraksis, at en national ordning, der begrænser bevægelsesfrihederne, stadig kan være uforenelig med EU-retten, uanset om anvendelsen heraf er fakultativ, eftersom det forhold, at der foreligger en mulighed for eventuelt at gøre en situation forenelig med EU-retten, ikke i sig selv afhjælper den ulovlige karakter af en ordning, der stadig indeholder en beskatningsmekanisme, der ikke er forenelig med denne ret [52].

123. Der opstår derfor det spørgsmål, om den i ZKPO's artikel 202a fastsatte ordning må anses for valgfri, i hvilket tilfælde den ikke kan ophæve de diskriminerende virkninger af den ordning, som er fastsat i ZKPO's artikel 195 og 199.

124. Det skal fremhæves, at Kommissionen gjorde gældende i retsmødet, at den i ZKPO's artikel 202a fastsatte ordning ikke bør anses for valgfri i betragtning af Domstolens praksis, herunder navnlig Gielen-dommen [53] og dommen i sagen Autoridade Tributária e Aduaneira (Skat af avancer af fast ejendom) [54], men snarere bør betragtes som en ordning for tilbagebetaling af skatten.

125. Det skal anføres, at de nævnte to domme adskiller sig fra hovedsagen i bl.a. to henseender. Indledningsvis havde de skattepligtige personers valg i de pågældende to sager, i modsætning til den omhandlede bulgarske ordning, som det drejer sig om i den foreliggende sag, ganske vist direkte indvirkning på den skat, de blev pålagt. I henhold til den omhandlede bulgarske ordning

[49] – Jf. dom af 22.12.2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, præmis 41).

[50] – Jf. dom af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 72).

[51] – Jf. dom af 8.11.2007, Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, præmis 38 og 39), og kendelse af 12.7.2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:463, præmis 31 og 32 og den deri nævnte retspraksis).

[52] – Jf. dom af 8.6.2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

[53] – Jf. dom af 18.3.2010 (C-440/08, EU:C:2010:148, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

[54] – Jf. dom af 18.3.2021 (C-388/19, EU:C:2021:212, præmis 45).

indeholdes skatten ved kilden af bruttoindkomsten, idet det er uden betydning, om et ikke-hjemmehørende selskab har truffet et valg mellem en af de to ordninger, som er til rådighed. Det er først på et senere tidspunkt, at selskabets skattemæssige situation revurderes, og at der kan være mulighed for en tilbagebetaling på betingelse af, at det har valgt den i ZKPO's artikel 202a fastsatte ordning. Det skal ligeledes understreges, at førnævnte to sager, i modsætning til den foreliggende ikke indgik i en sammenhæng, hvor der kunne være tale om misbrug eller skattesvig.

126. Imidlertid kan der efter min opfattelse ikke være tvivl om, at ZKPO's artikel 202a er af valgfri karakter.

127. Således angiver selve den omstændighed, at den skattepligtige har mulighed for at vælge mellem to forskellige ordninger, uanset hvilken skattemæssig behandling de medfører for den pågældende, at artiklen har valgfri karakter. Det gælder ligeledes, når den med EU-retten uforenelige ordning er den, som automatisk finder anvendelse, hvis den skattepligtige ikke har truffet noget valg, således som det synes at være tilfældet i den foreliggende sag.

128. Efter min opfattelse rejser den omstændighed, at den ordning, som er indført ved ZKPO's artikel 202a, snarere har karakter af en ordning for tilbagebetaling af skatten inden for rammerne af kildebeskatningen, heller ikke tvivl om, at den er valgfri for den skattepligtige.

d) Begrundelser

129. Endelig rejser det spørgsmål sig, om den forskelsbehandling, som ikke-hjemmehørende selskaber er genstand for, kan begrundes. For at besvare det skal det undersøges, a) om den bulgarske lovgivning har et lovligt formål, der er foreneligt med traktaten og begrundet i tvingende almene hensyn, b) om den er egnet til at sikre gennemførelsen af dette formål, og c) at den ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette.

130. Hvad dette angår har skattemyndighederne og den bulgarske regering gjort gældende, at den omhandlede lovgivning på en velovervejet måde tilsigter lovlige politiske formål, som navnlig henhører under bevarelsen af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne [1)] og forebyggelsen af svig eller skatteunddragelse [2)].

1) Begrundelsen vedrørende bevarelse af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne

131. Domstolen har fastslået, at en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kan anerkendes som begrundelse for en restriktion for de grundlæggende friheder, når den pågældende ordning har til formål at hindre former for adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dens område [55].

132. Det skal nævnes, at dette mål afspejler medlemsstaternes suverænitet på skatteområdet. Denne omfatter en stats ret til at beskytte sine skatteindtægter, navnlig med hensyn til overskud, der genereres på dens område (territorialitetsprincippet) og til at organisere sine skattebestemmelser selvstændigt (autonomiprincippet) [56].

[55] – Jf. dom af 5.7.2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, præmis 45).

[56] – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Allianzgi-Fonds Aevn (C-545/19, EU:C:2021:372).

133. Da der ikke er sket en harmonisering, henhører opkrævning af direkte skatter på EU-rettens nuværende stadium under medlemsstaterne. Det tilkommer ligeledes medlemsstaterne at fastsætte, efter hvilke kriterier deres beskatningsmæssige beføjelser skal fordeles mellem dem ved at indgå overenskomster med henblik på at forhindre dobbeltbeskatning eller gennem ensidige foranstaltninger [57].

134. Således som generaladvokat Kokott anførte i sagen N Luxembourg 1 m.fl. [58], er det i tilfælde, der involverer udenlandske forhold, ikke altid sikret, at modtageren svarer behørig skat af sin indkomst. Som regel får den stat, hvor rentemodtageren er hjemmehørende, nemlig sjældent noget at vide om dennes indtægter fra udlandet, medmindre der findes fungerende systemer til udveksling af oplysninger mellem skattemyndighederne. En kildebeskatning i den stat, hvor rentedebitor er hjemmehørende, udgør dermed en særlig beskatningsteknik, der navnlig skal sikre en (mindste-)beskatning af rentemodtageren.

135. Det er imidlertid fast retspraksis, at en national skattelovgivning, hvorefter det, i lighed med ZKPO's artikel 195 og 199, ved beskatningen af ikke-hjemmehørende er bruttoindkomsten uden fradrag af erhvervsmæssige omkostninger, der skal lægges til grund, hvorimod hjemmehørende beskattes af deres nettoindkomst efter fradrag af disse omkostninger, ikke kan begrundes i målet om at opretholde en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne [59]. Det samme gælder, hvis anvendelsen af ZKPO's artikel 202a, på trods af dens valgfrie karakter, medfører forskelsbehandling i form af en likviditetsfordel for hjemmehørende selskaber [60].

136. I overensstemmelse med Domstolens praksis [61] er jeg derfor af den opfattelse, at der ved bedømmelsen af den bulgarske lovgivning, som finder anvendelse på ikke-hjemmehørende selskaber som helhed, ligeledes skal tages hensyn til ZKPO's artikel 16, hvilket i betragtning af formålet med denne bestemmelse leder mig til at undersøge den begrundelse, som vedrører bekæmpelse af svig og misbrug.

2) Begrundelsen vedrørende bekæmpelse af svig og misbrug

137. Domstolen har tidligere fastslået, at bekæmpelse af svig og skatteunddragelse er tvingende almene hensyn, der kan begrunde en restriktion for udøvelsen af den frie bevægelighed, der er sikret ved traktaten [62].

138. Fastslåelsen af, om der foreligger misbrug, beror på en samlet vurdering af omstændighederne i det konkrete tilfælde, som påhviler de kompetente nationale myndigheder, og som skal kunne undergives en retslig prøvelse [63]. Selv om det naturligvis tilkommer den forelæggende ret at foretage denne samlede vurdering [64], kan Domstolen imidlertid give den

57 – Jf. dom af 5.7.2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, præmis 50 og 51 og den deri nævnte retspraksis).

58 – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse N Luxembourg 1 (C-115/16, EU:C:2018:143).

59 – Jf. de domme, hvortil der henvises i punkt 96 i dette forslag til afgørelse.

60 – Jf. dom af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 34).

61 – Jf. dom af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 29 ff.).

62 – Jf. dom af 8.3.2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, præmis 65).

63 – Jf. dom af 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, præmis 41).

64 – Jf. dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

nærmere oplysninger med henblik på afklaringen af, om transaktionerne er blevet foretaget som led i normale forretningsmæssige dispositioner eller udelukkende med henblik på uretmæssigt at opnå fordele fastsat i EU-retten [65].

139. Det skal nævnes, at Domstolen har fastslået, at den omstændighed i sig selv, at et hjemmehørende selskab ydes et lån af et koncernforbundet selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om misbrug, og tjene som en begrundelse for en foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, som er sikret ved EUF-traktaten [66]. Det skal dog påpeges, at en skattepligtig person ikke kan indrømmes en ret eller en fordel, der følger af EU-retten, såfremt den omhandlede transaktion økonomisk set er et rent kunstigt arrangement, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning [67].

140. Det skal anføres hvad dette angår, at ZKPO's artikel 16 har som formål at bekæmpe skatteunddragelse ved at gennemføre armslængdeprincippet i bulgarsk ret, idet dette er blevet anerkendt i såvel international beskatningspraksis som Domstolens praksis som et passende middel til at forhindre kunstige manøvrer i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner [68].

141. Jeg finder derfor, at den skattemæssige behandling, som er fastsat i den omhandlede lovgivning – navnlig i ZKPO's artikel 16 – ud fra en samlet vurdering af den skattemæssige sammenhæng i den foreliggende sag er begrundet i en risiko for manglende beskatning, dels fordi renteindtægterne på grund af det omtvistede låns karakteristika (herunder navnlig manglen på en retmæssig ejer som følge af at lånet blev stiftet rentefrit) ikke er blevet undergivet beskatning i den medlemsstat, som skatten burde komme til gode (dvs. Storhertugdømmet Luxembourg), dels fordi appellanten i perioden, indtil skatteansættelsen blev ændret – og dermed den periode, som den foreliggende tvist vedrører – ikke konverterede det omtvistede lån til kapital (hvorfor det ikke kunne beskattes i Bulgarien som kapitalindskud) [69]. Efter min opfattelse gør ZKPO's artikel 16 som en anti-misbrugsbestemmelse det således muligt at sikre, at skatten faktisk opkræves.

142. Hvis den forelæggende ret følgelig i henhold til den nationale lovgivnings principper i overensstemmelse med EU-retten drog den konklusion, at der var tale om et retsstridigt arrangement, ville en kildebeskatning som den, der er tale om i den foreliggende sag, være en mulighed. Imidlertid ville spørgsmålet i så fald ikke længere foreligge i det aktuelle tilfælde, eftersom denne beskatning er en følge af misbrug, og borgerne ifølge Domstolens faste praksis ikke kan gøre EU-retten gældende med henblik på at muliggøre svig eller misbrug [70].

143. Som angivet i punkt 41-44 i dette forslag til afgørelse er en sådan holdning i overensstemmelse med såvel international beskatningspraksis som EU-retten og Domstolens praksis vedrørende misbrug og svig.

65 – Jf. dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

66 – Jf. dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis).

67 – Jf. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 109 og den deri nævnte retspraksis).

68 – Jf. punkt 46 i dette forslag til afgørelse.

69 – Jeg erindrer i denne forbindelse om, at lånet blev konverteret, efter at skattemyndighederne havde ændret skatteansættelsen.

70 – Jf. dom af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 68), og af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 27).

144. Endelig skal det nævnes, at ovenstående ræsonnement ikke kun kan tages til følge, hvis det lovlige formål at forebygge svig og misbrug lægges til grund alene, men ligeledes hvis det prøves i sammenhæng med formålet om bevarelse af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.

145. Hvad dette angår skal det fremhæves, at Domstolen har fastslået, at formålene om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og om forebyggelse af skatteunddragelse er forbundne. Domstolen har således fundet, at adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område, kan gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til sådan virksomhed og bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare [71].

146. Det skal dog understreges, at Domstolen kun i meget særlige situationer har accepteret, at disse begrundelser lægges til grund samtidig, nemlig når bekæmpelse af skatteunddragelse udgør et særligt aspekt af det almene hensyn, som nødvendigheden af at bevare en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne udgør. På dette grundlag har Domstolen fundet, at henset navnlig til nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og på trods af, at de pågældende foranstaltninger ikke har som specifikt formål at udelukke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som er oprettet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, som udføres på det nationale område, kan sådanne foranstaltninger ikke desto mindre være begrundede [72].

147. I betragtning af disse to formål, som først og fremmest vedrører forebyggelse af skatteunddragelse, men sekundært også (sammen med dette formål) nødvendigheden af at bevare en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, er jeg af den opfattelse, at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede tilsigter lovlige formål, der er forenelige med EUF-traktaten og vedrører tvingende almene hensyn, og at den er egnet til at sikre gennemførelsen af disse formål.

3) Proportionalitetsprøvelse

148. Endelig rejser det spørgsmål sig, om den beskatningsprocedure, der er fastsat i den bulgarske lovgivning i forbindelse med fastslåelsen af, om der foreligger misbrug eller skattesvig, er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

149. Hvad dette angår skal det anføres, at det fremgår af Domstolens praksis, at de kompetente nationale myndigheder ved afgørelsen af, om en transaktion har svig og misbrug til formål, ikke blot kan anvende forud fastsatte, generelle kriterier, men skal foretage en individuel undersøgelse af hele den pågældende transaktion [73].

[71] – Jf. dom af 18.7.2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, præmis 62).

[72] – Jf. dom af 18.7.2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, præmis 58, 59 og 63), og af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 66 og 67).

[73] – Jf. dom af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

150. I denne sammenhæng har Domstolen fastslået, at en national lovgivning, som hviler på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves for at afgøre, om en transaktion er et rent kunstigt arrangement, der blot har skattemæssige formål, skal anses for ikke at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at forhindre misbrug, hvis den skattepligtige person for det første i hvert tilfælde, hvor det ikke kan udelukkes, at der foreligger et sådant arrangement, uden at være underlagt unødige administrative byrder har adgang til fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået [74].

151. For at en sådan lovgivning forbliver forenelig med proportionalitetsprincippet, er det for det andet afgørende, når undersøgelsen af sådanne omstændigheder leder til den konklusion, at den pågældende transaktion udgør et rent kunstigt arrangement uden nogen reel forretningsmæssig begrundelse, at det kun er den del af rentebetalingerne, der overstiger, hvad der ville være aftalt, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem parterne eller mellem parterne og tredjemand, som anses for udlodning af overskud [75].

152. I denne forbindelse skal det nævnes, at den omstændighed, at et ikke-hjemmehørende selskab har ydet et hjemmehørende selskab et lån på vilkår, der ikke svarer til, hvad de pågældende selskaber ville have aftalt på armslængdevilkår, for den medlemsstat, hvori det låntagende selskab er hjemmehørende, udgør en objektiv omstændighed, der kan efterprøves af tredjemand ved afgørelsen af, om den pågældende transaktion helt eller delvist udgør et rent kunstigt arrangement, hvis væsentlige formål er at omgå denne medlemsstats skattelovgivning [76].

153. Endvidere skal det anføres, at ZKPO's artikel 16 ligeledes synes at opfylde det andet kriterium, som er fastsat i Domstolens praksis, i den forstand at den korrigerende beskatningsforanstaltning, der er fastsat i denne bestemmelse, har til formål at garantere, at lån mellem forbundne selskaber stiftes på armslængdevilkår, ved at berigtige den sats, der skal anvendes ved beregningen af de ikke-betalte renter, og ved at sikre, at den er i overensstemmelse med markedssatsen.

154. Hvad endelig angår de bulgarske skattemyndigheders praksis skal det nævnes, at appellantens standpunkt, hvorefter den omhandlede skat er skyldig »i medfør af en uigendrivelig formodning om skatteunddragelse«, uden at parterne i transaktionen har kunnet henvise til økonomiske bevæggrunde til stiftelsen af lånet, ikke synes at bekræftes af ZKPO's artikel 16, hvori enhver ændring af skatteansættelsen gøres betinget af en samlet vurdering af de beviser, som den skattepligtige har fremlagt, og dem, som skattemyndighederne har tilvejebragt.

155. Under disse omstændigheder og med forbehold af den efterprøvelse af ovenstående punkter, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, er jeg af den opfattelse, at den procedure for ændring af skatteansættelsen, som er fastsat i ZKPO's artikel 16, opfylder de proportionalitetsbetingelser, der er fastsat i Domstolens praksis, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de tilsigtede mål.

156. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at det fjerde spørgsmål besvares med, at artikel 49 TEUF og artikel 63, stk. 1 og 2, TEUF skal fortolkes således, at disse bestemmelser principielt ikke er til hinder for en national lovgivning, hvori det i overensstemmelse med »armslængdeprincippet« og med henblik på at bekæmpe skatteunddragelse bestemmes, at de

74 – Jf. dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 82), og kendelse af 23.4.2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239, præmis 84).

75 – Jf. dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 83).

76 – Jf. dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 81).

fiktive renter, som et hjemmehørende datterselskab, der er blevet ydet et rentefrit lån af et ikke-hjemmehørende moderselskab, alt efter markedsvilkårene skulle have betalt dette selskab, beskattes i form af indeholdelse ved kilden, forudsat at den i lovgivningen omhandlede ændring af skatteansættelsen baseres på en individuel undersøgelse af den pågældende transaktion, samtidig med, at den skattepligtige person har mulighed for at fremlægge beviser for de økonomiske hensyn, som har foranlediget personen til at indgå transaktionen.

F. Det femte præjudicielle spørgsmål

157. Det femte spørgsmål har til formål at fastslå, om artikel 3, litra h)-j), artikel 5, stk. 1, litra a) og b), artikel 7, stk. 1, og artikel 8 i direktiv 2008/7 er til hinder for bestemmelser i den nationale lovgivning såsom ZKPO's artikel 16, stk. 1, og artikel 16, stk. 2, nr. 3, og artikel 195, stk. 1, om beskatning ved kilden af en fiktiv renteindtægt, der er fastsat i forbindelse med det omtvistede rentefrie lån.

158. Hvad indledningsvis angår direktiv 2008/7 skal det anføres, at det har medført en fuldstændig harmonisering af de tilfælde, hvor medlemsstaterne kan afgiftspålægge kapitaltilførsler [77] for så vidt muligt at eliminere faktorer, som kan fordreje konkurrencevilkårene eller hæmme de frie kapitalbevægelser, og således sikre et velfungerende indre marked [78].

159. I dette øjemed pålægges medlemsstaterne i direktivets artikel 5, stk. 1, litra a), at fritage kapitalselskaber for enhver form for »indirekte beskatning« af »kapitaltilførsler«.

160. For at besvare det forelagte spørgsmål skal det først fastslås, om et rentefrit lån som det, eneejeren af kapitalen i det låntagende selskab har ydet, udgør en »kapitaltilførsel« som omhandlet i artikel 3, litra h), i direktiv 2008/7.

161. Svaret på dette spørgsmål kan findes i såvel indholdet af denne bestemmelse som Domstolens praksis.

162. »Kapitaltilførsel« defineres således i artikel 3, litra h), i direktiv 2008/7 som »forøgelse af aktiverne i et kapitalselskab ved ydelser fra en deltager, der ikke medfører nogen forhøjelse af kapitalen, men [som] vil kunne øge selskabsandelenes værdi«.

163. Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at en udvidelse af et selskabs formue i princippet omfatter enhver form for udvidelse af selskabsformuen i et kapitalselskab [79]. Domstolen har således fastslået, at ydelse af et rentefrit lån kan udgøre en »kapitaltilførsel« [80].

164. Endelig udgør det omtvistede låns karakteristika, herunder navnlig dets konvertibilitet og lange løbetid, efter min opfattelse supplerende faktorer, der taler for, at det kan betragtes som en »kapitaltilførsel«.

77 – Jf. dom af 19.10.2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

78 – Jf. dom af 22.4.2015, Drukarnia Multipress (C-357/13, EU:C:2015:253, præmis 31).

79 – Jf. dom af 12.1.2006, Senior Engineering Investments (C-494/03, EU:C:2006:17, præmis 34).

80 – Jf. dom af 17.9.2002, Norddeutsche Gesellschaft zur Beratung und Durchführung von Entsorgungsaufgaben bei Kernkraftwerken (C-392/00, EU:C:2002:500, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

165. Med hensyn til anden del af spørgsmålet, som navnlig går ud på, om den i henhold til ZKPO's artikel 16 og 195 opkrævede skat er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/7, nærmere bestemt direktivets artikel 5, stk. 1, litra a), skal det anføres, at denne bestemmelse pålægger medlemsstaterne at fritage kapitalselskaber for enhver form for indirekte beskatning af kapitaltilførsler.

166. Direktiv 2008/7 pålægger dog ikke medlemsstaterne at fritage kapitaltilførsler for enhver form direkte beskatning.

167. Domstolen har således tidligere fastslået, at direktivet ikke angår direkte skatter, der, såsom selskabsskatter, i princippet henhører under medlemsstaternes kompetence under iagttagelse af EU-retten [81].

168. Der er ingen tvivl om, at den i hovedsagen omhandlede kildeskat er en direkte indkomstskat, og at der er tale om et udtryk for beskatningen af selskabers indkomst.

169. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at det femte præjudicielle spørgsmål besvares med, at direktiv 2008/7 skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for en kildeskat som den, der er omhandlet i den foreliggende sag.

G. Det sjette præjudicielle spørgsmål

170. I det sjette og sidste spørgsmål har den forelæggende ret anført, at kildeskattesatsen i ZKPO's artikel 200, stk. 2, og artikel 200a, stk. 1, og artikel 200a, stk. 5, nr. 4, i den affattelse, som var gældende den 1. januar 2011, var fastsat til 10%, skønt den maksimale sats, som var gældende i den overgangsperiode, der blev indrømmet, var på 5%. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om denne forskel udgør en tilsidesættelse af principperne om retssikkerhed og om beskyttelse af den berettigede forventning.

171. Det fremgår af bedømmelsen af det andet spørgsmål, for hvilken der redegøres i punkt 54-63 i dette forslag til afgørelse, at det i hovedsagen omhandlede rentefrie lån bl.a. er omfattet af den undtagelse, som er fastsat i artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv 2003/49, og at dette direktiv ikke finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde.

172. Henset til det ovenstående er jeg af den opfattelse, at det sjette spørgsmål savner genstand inden for rammerne af den verserende tvist.

V. Forslag til afgørelse

173. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Varhoven administrativen sad (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Bulgarien) forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 5, stk. 4, TEU, artikel 12, litra b), TEU og artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder finder ikke anvendelse på fortolkningen af artikel 16, stk. 2, nr. 3, i zakon za korporativnoto podohodno oblagane (lov om beskatning af juridiske personers indkomst), eftersom denne sidstnævnte bestemmelse ikke gennemfører EU-retten.

[81] – Jf. dom af 18.1.2001, P.P. Handelsgesellschaft (C-113/99, EU:C:2001:32, præmis 24 den deri nævnte retspraksis).

2) Artikel 4 i Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, skal fortolkes således, at den ikke kræver, at rentebetalinger som de i direktivets artikel 4, stk. 1, litra d), omhandlede kvalificeres som udlodning af overskud, der er omfattet af artikel 5 i Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

3) Direktiv 2011/96 skal fortolkes således, at det ikke finder anvendelse på kildeskat af en fiktiv renteindtægt fra et rentefrit lån, som moderselskabet har ydet sit datterselskab.

4) Artikel 49 TEUF og artikel 63, stk. 1 og 2, TEUF skal fortolkes således, at disse bestemmelser principielt ikke er til hinder for en national lovgivning, hvori det i overensstemmelse med »armslængdeprincippet« og med henblik på at bekæmpe skatteunddragelse bestemmes, at de fiktive renter, som et hjemmehørende datterselskab, der er blevet ydet et rentefrit lån af et ikke-hjemmehørende moderselskab, alt efter markedsvilkårene skulle have betalt dette selskab, beskattes i form af indeholdelse ved kilden, forudsat at den i lovgivningen omhandlede ændring af skatteansættelsen baseres på en individuel undersøgelse af den pågældende transaktion, samtidig med, at den skattepligtige person har mulighed for at fremlægge beviser for de økonomiske hensyn, som har foranlediget personen til at indgå transaktionen.

5) Rådets direktiv 2008/7/EF af 12. februar 2008 om kapitaltilførselsafgifter skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for en kildeskat som den, der er omhandlet i den foreliggende sag.«