FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 4. april 2000 *

1. Den foreliggende præjudicielle sag vedrører beregningen af momsfradraget i forhold til den afgift, der er pålagt tjenesteydelser i form af administration og teknisk rådgivning ydet af blandede holdingselskaber, dvs. selskaber, der har aktier i og samtidig udfører afgiftspligtige transaktioner for deres datterselskaber. Spørgsmålet er, om udbytte betalt af datterselskaberne nedsætter fradragene forholdsmæssigt. Alle, der har afgivet indlæg for Domstolen, ønsker en klarlæggelse af Domstolens problematiske konklusion i Polysar-sagen [1] om, at indehavelse af kapitalandele i selskaber kan anses for en økonomisk virksomhed, når holdingselskabet »direkte eller indirekte griber ind i administrationen« af sådanne virksomheder.

I — Sagens baggrund

2. Floridienne SA og Berginvest SA (herefter »sagsøgerne«) er holdingselskaber for industriselskaber [2]. Ud over, at de besidder aktier, deltager sagsøgerne i administrationen af de selskaber, hvori de har aktier, ved at yde afgiftspligtige tjenesteydelser til deres datterselskaber, herunder administration, teknisk bistand, regnskabsføring og rådgivning. Det fremgår af ubestridte oplysninger fremlagt af sagsøgerne for Domstolen, at sådanne ydelser ligeledes blev givet i den relevante periode til tidligere datterselskaber og til visse andre selskaber, med hvilke koncernen havde forretninger. Endvidere har sagsøgerne givet visse beløb i form af lån til datterselskaberne eller til nogle af dem, men tilsyneladende ikke til andre. Følgelig oppebærer sagsøgerne udbytte af deres aktier og renter af deres lån. De har hævdet at have ret til fra (udgående) moms, som de opkræver af disse tjenesteydelser til deres datterselskaber, at fradrage samtlige (indgående) momsbeløb, som de har betalt gennem prisen på de goder og tjenesteydelser, der er leveret til dem.

3. Afgiftsmyndighederne i henholdsvis Tournai og Verviers udstedte betalingspålæg til hvert af selskaberne, hvorved der blev stillet krav om betaling af yderligere moms, der beløb sig til 13 812 839 BFR og 17 598 876 BFR. De nævnte afgiftsmyndigheder gør gældende, at fradragene rettelig kun kunne være foretaget for den del af

* — Originalsprog: engelsk.

1 — Jf. dom af 20.6.1991, sag C-60/90, Polysar Investments Netherlands, Sml. I, s. 3111, herefter »Polysar-dommen«.

2 — På tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder var Floridienne et koncernholdingselskab, mens dets datterselskab, Berginvest, var moderselskab for koncernens plastikdivision.

indtægterne, som de afgiftspligtige tjenesteydelser udgjorde i forhold til den samlede omsætning vedrørende sagsøgernes afgiftspligtige tjenesteydelser samt udbytte og renteindtægter. Efter at sagsøgerne har anlagt sag med påstand om annullation af disse betalingspålæg og om erstatning, har Tribunal de première instance de Tournai, Belgien (herefter »den nationale ret«), stillet Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal udbytte af aktier og renter af lån altid udelukkes fra nævneren i den brøk, der anvendes til beregning af pro rata-satsen for fradraget, herunder også når det selskab, der modtager disse udbytter og renter, griber ind i administrationen af de virksomheder, som betaler eller udlodder udbyttet eller renterne, bortset fra hvad der følger af de rettigheder, selskabet har i sin egenskab af aktionær eller selskabsdeltager?«

4. Den nationale ret har beskrevet sagsøgernes engagement i administrationen af datterselskaberne således:

»De udøver anden virksomhed på vegne af deres datterselskaber, herunder teknisk og ledelsesmæssig bistand, finansiering og rådgivning, og de griber direkte ind i administrationen af de virksomheder, hvori de har erhvervet kapitalandele, idet visse direktører sidder i bestyrelsen for disse selskaber.

I forbindelse med de tjenesteydelser, de yder deres datterselskaber, udfører sagsøgerne afgiftspligtige transaktioner, som giver fradragsret for de afgifter, der er pålagt goder og tjenesteydelser, der er blevet leveret til dem (indgående moms).«

II — Bemærkninger og stillingtagen

i) *Udbyttindtægter*

5. Selv om det udelukkende tilkommer den nationale ret at afgøre, hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund, er det væsentligt straks at bemærke, at de faktiske omstændigheder, som fremgår af forelæggelseskendelsen, tyder på, at forholdet mellem sagsøgerne og deres datterselskaber beror på objektive retlige forhold, herunder kontrakter om levering af tjenesteydelser og om udnævnelse af medlemmer af datterselskabernes bestyrelser.

6. Sagsøgerne gør gældende, at modtagelse af udbytte og renter blot udgør afkastet af en investering og ikke er en »økonomisk virksomhed«, som falder ind under anvendelsesområdet for Fællesskabets momsregler. Der kan derfor ikke tages hensyn til disse modtagne beløb ved beregningen af tilladte fradrag. Den belgiske regering, som har det modsatte synspunkt, henholder sig i det væsentlige til, at sagsøgerne deltager i administrationen af deres datterselskaber.

En sådan virksomhed ændrer karakteren af de modtagne beløb, således at de bliver modydelser for en udvidet økonomisk virksomhed, som i princippet er underlagt moms, men som er fritaget i henhold til sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5 [3]. Med henblik på at undgå en tilsidesættelse af neutralitetsprincippet skal udbytte i det mindste delvis medregnes i den relevante nævner. Under retsmødet afviste sagsøgernes repræsentant, at den nationale ret endeligt havde fastslået, at sagsøgerne greb ind i administrationen af deres datterselskaber, bortset fra at yde afgiftspligtige tjenesteydelser eller udøve den indstillingsret, de havde i kraft af, at de var aktionærer. Subsidiært bestred sagsøgernes repræsentant den belgiske regerings synspunkt om, at modtagelse af udbytte kunne anses for modydelse for en virksomhed, der måtte betragtes som afgiftspligtig, men som i henhold til artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5 var fritaget for afgift [4].

7. Det er nødvendigt at gennemgå de væsentligste relevante bestemmelser i sjette direktiv [5].

8. Det centrale spørgsmål i sagen er betydningen af udtrykket »økonomisk virksomhed«. Som det fremgår af sjette direktivs artikel 4, afgrænser dette udtryk rækkevidden af Fællesskabets momsordning. I sjette direktivs artikel 4, stk. 1, bestemmes det, at som »afgiftspligtig person« anses »enhver, der selvstændigt og uanset stedet udøver en af de i stk. 2 nævnte former for økonomisk virksomhed uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed«.

Artikel 4, stk. 2, fortsætter:

»De former for økonomisk virksomhed, der er omhandlet i stk. 1, er alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder, herunder minedrift og landbrug, samt virksomhed inden for liberale og dermed sidestillede erhverv. *Som økonomisk virksomhed anses bl.a. transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter*« (min fremhævelse).

Endvidere fremgår det af artikel 4, stk. 3, at medlemsstaterne »som afgiftspligtig person ligeledes [kan] anse enhver, der lejlighedsvis udfører en transaktion henhørende under de i stk. 2, omhandlede former for virksomhed [...]«, hvorefter der i artiklen

3 — For så vidt som denne bestemmelse er relevant i den foreliggende sag, kræver den, at medlemsstaterne indrømmer momsfritagelse for »transaktioner, herunder forhandlinger, med undtagelse af forvaring og forvaltning, i forbindelse med aktier, andele i selskaber eller andre sammenslutninger, obligationer, og andre adkomstbeviser [...]«.

4 — Efter dennes opfattelse kunne modtagelse af udbytte ikke sidestilles med »transaktioner, herunder forhandlinger [...] med aktier [...]« i denne bestemmelses forstand.

5 — Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, EFT L 145, s. 1.

nævnes en række transaktioner vedrørende bygninger eller byggegrunde.

9. Begrænsningen af anvendelsesområdet for momsen til »økonomisk virksomhed« betyder, for at give et klart eksempel, at en enkeltperson, som driver en virksomhed eller udøver et erhverv i sit eget navn, skal holde sin erhvervsmæssige virksomhed adskilt fra sine private anliggender. Han har ikke ret til at fratrække moms på private indkøb. Såfremt han udtager et gode eller en tjenesteydelse fra sin virksomhed til privat brug, kan han være nødt til at betale moms af disse [6].

10. Endvidere fremgår det klart af Domstolens praksis, som sagsøgerne specielt har henvist til, at udtrykket »økonomisk virksomhed« ikke omfatter afkast af rene investeringer i f.eks. aktier og obligationer.

11. I Polysar-sagen skulle Domstolen tage stilling til et rent holdingselskabs krav om, at indtægter i form at udbytte af aktiebesiddelser i afgiftsmæssig henseende skulle anses for at være modtaget som følge af udøvelse af en økonomisk virksomhed.

6 — Jf. sjette direktivs artikel 5, stk. 6, og artikel 6, stk. 2, som for nylig blev behandlet i dom af 27.4.1999, sag C-48/97, Kuwait Petroleum, Sml. I, s. 2323.

Domstolen henviste til dommen i Van Tiem-sagen [7] for så vidt angår momsens vide anvendelsesområde, og den fastslog, at »det [...] imidlertid ikke [følger] af denne praksis, at erhvervelse eller indehavelse af selskabsandele i sig selv skal betragtes som en — i sjette direktivs forstand — økonomisk virksomhed, som indebærer, at den, der udøver virksomheden, bliver afgiftspligtig« [8]. Domstolen forklarede denne fortolkning af anvendelsesområdet for det i Van Tiem-dommen udtrykte princip i følgende vendinger: [9]

»Det forhold i sig selv, at der besiddes kapitalinteresser i andre virksomheder, er nemlig ikke en udnyttelse af et gode med henblik på opnåelse af varige indtægter, idet *et eventuelt udbytte, som kapitalandelen afkaster, kun er en følge af ejendomsretten til godet.*«

12. I Wellcome Trust-sagen udtalte Domstolen sig endnu mere præcist. Den fastholdt synspunktet for så vidt angik yderst omfattende investeringer, der var foretaget af en fond med velgørende formål, som »hovedsagelig [består] i erhvervelse og afhændelse af aktier og andre værdipapirer med henblik på at maksimere kapitaludbytte og -afkast [...]« [10]. I Harnas & Helm-dommen [11] udtalte Domstolen, at »den blotte erhvervelse til ejendom og den blotte

7 — Dom af 4.12.1990, sag C-186/89, Sml. I, s. 4363.

8 — Polysar-dommen, jf. ovenfor i fodnote 1, præmis 13.

9 — Ibidem, min fremhævelse.

10 — Dom af 20.6.1996, sag C-155/94, Sml. I, s. 3013, præmis 34.

11 — Dom af 6.2.1997, sag C-80/95, Sml. I, s. 745.

besiddelse af obligationer, som ikke anvendes til nogen anden virksomhedsaktivitet, samt modtagelse af afkast deraf ikke [kan] anses for økonomisk virksomhed, der indebærer, at den, der udøver sådanne transaktioner, bliver afgiftspligtig« [12].

13. I ingen af disse tre sager udførte den afgiftspligtige person afgiftspligtige transaktioner. De havde alle anmodet om at blive anset for afgiftspligtige i kraft af deres investeringsvirksomhed, således at de kunne få ret til at fratrække indgående moms. Der opstod dermed ikke spørgsmål om pro rata-fordeling af fradrag, da der ikke var fradragsret.

14. I Sofitam-sagen [13] skulle Domstolen tage stilling til beregningen af fradragsberettigede pro rata-andele. Fradragsordningen er naturligvis væsentlig for selve karakteren af fællesskabsordningen for moms. Dens formål er at sikre, at den økonomiske byrde ved momsen udelukkende bæres af forbrugeren. Erhvervsdrivende har i deres egenskab af afgiftspligtige personer ret til at fratrække moms, som de har betalt for de goder og tjenesteydelser, de har indkøbt, i den moms, som de skal betale til afgiftsmyndighederne af deres egne afgiftspligtige transaktioner, og til at overvælte den resterende byrde på deres kunder i form at den afkrævede pris. Dette fremgår af artikel 17-20 i sjette direktiv, som har til formål »helt at aflaste den afgiftspligtige for den afgift, denne skylder eller har erlagt i forbindelse med al økonomisk virksomhed« [14].

15. I artikel 17, stk. 1, fastsættes den almindelige princip om »fradragsret [...]«. Den relevante del af artikel 17, stk. 2, bestemmer:

»I det omfang goder og tjenesteydelser anvendes i forbindelse med den afgiftspligtige persons afgiftspligtige transaktioner, er han berettiget til i den afgift, der påhviler ham, at fradrage følgende beløb:

a) den merværdiafgift, som skyldes eller er erlagt [...] for goder og tjenesteydelser, der er eller vil blive leveret til ham af en anden afgiftspligtig person [...]«

16. For at kunne fratrækkes skal den indgående moms således være betalt for »goder og tjenesteydelser [der] *anvendes* i forbindelse med den *afgiftspligtige persons afgiftspligtige transaktioner* [...]« (min fremhævelse). Denne væsentlige og nødvendige betingelse tjener først og fremmest til at imødegå misbrug, i det mindste hvor indgående transaktioner let kan sammenholdes med de tilsvarende udgående transaktioner.

12 — Ibidem, præmis 20.

13 — Dom af 22.6.1993, sag C-333/91, Sml. I, s. 3513.

14 — Dom af 14.2.1985, sag 268/83, Rompelman, Sml. s. 655, præmis 19, af 21.9.1988, sag 50/87, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 4797, præmis 15, og Sofitam-dommen, præmis 10.

17. Den foreliggende sag vedrører imidlertid direkte fortolkningen af sjette direktivs artikel 17, stk. 5, og artikel 19, stk. 1. I de to første afsnit i artikel 17, stk. 5, bestemmes følgende:

»For så vidt angår goder og ydelser, som af en afgiftspligtig person benyttes såvel til transaktioner, der giver ret til fradrag i medfør af stk. 2 og 3, som til transaktioner, der ikke giver ret til fradrag, er fradrag kun tilladt for den del af merværdiafgiften, der forholdsmæssigt svarer til beløbet for den førstnævnte form for transaktioner.

Pro rata-satsen beregnes for samtlige transaktioner, som udføres af den afgiftspligtige i overensstemmelse med artikel 19.«

Artikel 19, stk. 1, bestemmer:

»Pro rata-satsen for det fradrag, der er fastsat i artikel 17, stk. 5, første afsnit, fremkommer ved, at der opstilles en brøk, som:

— i tælleren har den samlede størrelse af den årlige omsætning, merværdiafgiften ikke medregnet, i forbindelse med transaktioner, for hvilke der er fradragsret i henhold til artikel 17, stk. 2 og 3

— i nævneren har den samlede størrelse af den årlige omsætning, merværdiafgiften ikke medregnet, i forbindelse med de transaktioner, som er opført i tælleren, samt i forbindelse med transaktioner, for hvilke der ikke er fradragsret; medlemsstaterne kan i nævneren endvidere medtage andre tilskud end de i artikel 11, punkt A, stk. 1, litra a), omhandlede.

Pro rata-satsen beregnes på årsbasis og fastsættes i procenter, der afrundes opad til et tal, der ikke overstiger det nærmeste hele tal.«

18. Den belgiske regering gør gældende, at sagsøgerne bør have ret til at foretage pro rata-fradrag i et forhold svarende dels til omsætningen af deres afgiftspligtige transaktioner, dels deres samlede omsætning, herunder udbytte og renter oppebåret fra deres datterselskaber. Kommissionen gør i sit skriftlige indlæg gældende, at sjette direktiv ikke indeholder nogen regel om, hvordan indtægt fra privat virksomhed uden for direktivets anvendelsesområde skal tages i betragtning, og at medlemsstaterne følgelig frit kan bestemme, efter hvilken metode indgående moms i forbin-

delse med sådan virksomhed kan fratrækkes.

19. Jeg er meget i tvivl om rigtigheden af Kommissionens forslag. Hvis medlemsstaterne valgte at tillade fradrag af moms i forbindelse med ren privat virksomhed, ville det i realiteten i de fleste tilfælde medføre en tilbagebetaling, og der ville potentielt opstå et stort tab af afgiftsprovenu, hvoraf en mindre procentdel som bekendt indbetales til Fællesskabets budget. Det ville være det samme som at fritage forbrugeren fra momsbyrden, hvilket ville være i strid med ordningens centrale formål [15]. Under alle omstændigheder opstår spørgsmålet ikke i relation til de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag.

20. Den første del af svaret på den belgiske regerings mere relevante argument og på det af den nationale ret stillede spørgsmål skal findes i Sofitam-dommen. For at anvende det af generaladvokat Van Gerven benyttede udtryk i dennes forslag til afgørelse i den pågældende sag, var Sofitam, ligesom sagsøgerne i den foreliggende sag, et »blandet holdingselskab« [16]. Selskabet havde indtægter fra udbytte og fra afgiftspligtige transaktioner. Frankrig anlagde samme synsvinkel, som nu anlægges af den belgiske regering, nemlig at Sofitam kun skulle have ret til at fratrække »den procentdel af momsen på de erhvervede goder og tjenesteydelser, der svarer til forholdet mellem dets momspligtige indtægter og dets samlede årlige indtægter, heri medregnet det udbytte, som selskabet havde oppebåret« [17]. Sofitam-sagen rejste derfor direkte spørgsmål om fortolkningen af sjette direktivs artikel 19, stk. 1. Men i modsætning til den foreliggende sag var der intet, der antydede, at Sofitam på nogen måde var involveret i administrationen af virksomhedens datterselskaber [18]. Under disse omstændigheder fastslog Domstolen, at »da udbytte ikke er en modydelse for en økonomisk virksomhed [...] falder det uden for momsens anvendelsesområde [...] [og at] udbytte, som er et resultat af besiddelse af kapitalinteresser, derfor [er] fradragsordningen uvedkommende« [19]. Domstolen konkluderede [20]:

»Som følge heraf, og da der i modsat fald er fare for, at det princip om fuldstændig neutralitet, som det fælles momssystem garanterer, sættes over styr, skal udbytte udelades ved beregningen af pro rata-satsen for fradrag ifølge sjette direktivs artikel 17 og 19.«

Endelig fastslog Domstolen udtrykkeligt, at »aktieudbytte, som modtages af en virksomhed, der ikke er merværdiafgiftspligtig for samtlige transaktioner, skal udelades ved fastsættelsen af nævneren i den brøk,

15 — Jf. de i fodnote 14 nævnte afgørelser.

16 — Punkt 12 i forslaget til afgørelse. Domstolen beskrev det mere generelt som et »holdingselskab«, jf. præmis 3.

17 — Sofitam-dommen, præmis 3.

18 — Generaladvokat Van Gerven understregede (i punkt 12 i sit forslag til afgørelse), at »ifølge det oplyste udøver Sofitam, ud over at forvalte sin værdipapirbeholdning, momspligtige biaktiviteter«.

19 — Præmis 13.

20 — Præmis 14.

som anvendes til beregning af pro rata-satsen for fradraget« [21].

21. Jeg mener, at det følger heraf, at udbyttet i den foreliggende sag på samme måde bør holdes ude fra beregningen, medmindre sagsøgernes administration i relation til deres datterselskaber kræver en anden fortolkning af artikel 19, stk. 1. Det er denne mulighed, der er kernen i den foreliggende sag. I Polysar-dommen udtalte Domstolen, efter at have fastslået, at et rent holdingselskabs investeringsvirksomhed ikke udgjorde en »økonomisk virksomhed«, at dette »dog ikke [gælder], når holdingselskabet samtidig med besiddelsen af kapitalinteresserne direkte eller indirekte griber ind i administrationen af de selskaber, hvori kapitalinteresserne besiddes, bortset fra, hvad der følger af de rettigheder, indehaveren af kapitalinteressen har i sin egenskab af aktionær eller selskabsdeltager« [22].

22. Den ovenfor nævnte situation opstod ikke hverken i Polysar-sagen eller i de efterfølgende sager [23]. I Wellcome Trust- og Harnas & Helm-dommene nævnte Domstolen, under henvisning til sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5, at »transaktioner [...] [der] foretages inden for rammerne af en kommerciel fondshandelsvirksomhed eller for at gennemføre et direkte eller indirekte indgreb i administrationen i de virksomheder, hvori der besiddes en kapitalinteresse« kan falde ind under anvendelsesområdet for merværdiafgiften [24]. I den sidstnævnte sag tilføjede Domstolen, at sådanne transaktioner vil udgøre en »direkte, permanent og nødvendig forlængelse af den afgiftspligtige virksomhed«. I begge sager citerede Domstolen, uden bemærkninger, Polysar-dommen.

23. Imidlertid synes den anvendte formulering, dvs. henvisningen til en forlængelse af den afgiftspligtige virksomhed, snarere at antyde, at Domstolen havde dommen i sagen Régie Dauphinoise [25] i tankerne. Régie Daupinoise var primært involveret i ejendomsadministration. Selskabet administrerede udlejede ejendomme på vegne af ejerne og virkede som administrator for ejerforeninger. Régie Dauphinoise modtog forskud fra ejerne, og disse forskud blev indsat på Régie Dauphinoise's bankkonto, og derefter investerede selskabet midlerne for egen regning i forskellige indlån i penge- og finansieringsinstitutter. Imidlertid blev Régie Dauphinoise tilsyneladende ejer af de investerede beløb og havde ret til at beholde renterne af investeringerne, men selskabet var dog kontraktligt forpligtet til i sidste instans at tilbagebetale de relevante forskudsbeløb. I realiteten, således som sagsøgerne gjorde gældende under retsmødet, begrænsede det vederlag, som Régie Dauphinoise fik for sin supplerende investeringsvirksomhed, sig således til den modtagne rente.

24. Domstolen accepterede, at Régie Dauphinoise's investeringer hos penge- og finan-

21 — Præmis 15.

22 — Præmis 14. Denne udtalelse blev efterfølgende citeret i Sofitam-dommen, præmis 12.

23 — Hvad angår Sofitam-sagen kan der henvises til mine bemærkninger ovenfor i punkt 20 og den dertil hørende fodnote 16.

24 — Præmis 35 og 16 i de respektive domme.

25 — Dom af 11.7.1996, sag C-306/94, Sml. I, s. 3695.

sieringsinstitutter kunne »anses for at være tjenesteydelser leveret til penge- og finansieringsinstitutter, som består i et pengelån af bestemt varighed, som vederlægges behørigt ved betaling af renter« [26], og endvidere, at »i modsætning til et holdingselskabs aktieudbytte [...] kan renter, som modtages af en virksomhed, der administrerer fast ejendom, af investeringer, der foretages for dens egen regning med midler, som betales af samejerne eller lejerne, ikke udelukkes fra momsens anvendelsesområde, når betaling af renter ikke følger af den blotte ejendomsret til godet, men er et vederlag for at stille kapital til rådighed for en tredjemand« [27]. Domstolen sondrede ikke desto mindre omhyggeligt mellem aktiviteterne i en virksomhed som Régie Dauphinoise og »investeringer foretaget af en forretningsfører gennem banker«, når denne ikke optrådte som »afgiftspligtig person« [28]. Herefter fastslog Domstolen [29]:

» Når en forretningsfører [...] som i det i hovedsagen omhandlede tilfælde, modtager renter af investeringer af beløb, som han modtager af sine kunder som led i administrationen af deres faste ejendomme, *ligger dette i direkte, permanent og nødvendig forlængelse af den afgiftspligtige virksomhed*, således at denne forretningsfører optræder i egenskab af afgiftspligtig person, når han foretager en sådan investering.«

25. På dette stadium er det klart, at Domstolen har identificeret to typer af situationer, som kan falde ind under kriteriet ifølge Polysar-dommen, nemlig aktietransaktioner og aktiv ejendomsadministration. Hver af disse kan imidlertid selvstændigt begrundes under henvisning til bestemmelserne i sjette direktiv. Aktietransaktioner er udtrykkeligt omfattet af ordlyden af en fritagelse [artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5, citeret i fodnote 3], mens artikel 4, stk. 2 omfatter »udnyttelse af materielle eller immaterielle goder [...]«. I sit forslag til afgørelse i Polysar-sagen skelnede generaladvokat Van Gerven omhyggeligt mellem den sidstnævnte type virksomhed og rene investeringer, idet han understregede, at der i såvel Rompelman-sagen som Van Tiem-sagen »ikke udelukkende [var] tale om en investering, dvs. med andre ord erhvervelse af et gode [...] Det erhvervede gode blev derimod senere mod vederlag *stillet til rådighed* for en tredjemand (dvs. ved udlejning af ejerlejligheder, henholdsvis ved indrømmelse af ret til at 'udnytte' byggegrunden« [30]. Han skelnede derefter — med hensyn til afgørelsen af, om en sådan ejendom i henseende til moms er blevet udnyttet økonomisk — mellem på den ene side den blotte erhvervelse af ejendom, og på den anden side det, at den stilles til rådighed [31]. Den del af Van Gerven's forslag til afgørelse, der er af størst relevans for den foreliggende sag, kaster ligeledes bedst lys over den rette fortolkning af Polysar-dommen og fortjener at blive citeret i sin helhed [32]:

»Herefter står tilbage at tage stilling til, om afgiftspligten kan udledes af et holdingselskabs øvrige virksomhed. Den forelæg-

26 — Præmis 16.
27 — Præmis 17.
28 — Præmis 18.
29 — Præmis 18, min fremhævelse.
30 — Polysar-dommen, jf. ovenfor i fodnote 1, og punkt 5 i forslaget til afgørelse (fremhævelse i originalteksten).
31 — Ibidem.
32 — Van Gerven's forslag til afgørelse, punkt 6.

gende ret har oplyst, at Polysar ikke udøver anden virksomhed end den, der står i forbindelse med besiddelse af aktier eller anparter i datterselskaber. Jeg mener ikke, at handlinger, der udføres i forbindelse med udøvelse af de rettigheder, der er forbundet med aktien eller anparten, kan betragtes som 'økonomisk virksomhed' i direktivets forstand. Til udøvelse af disse handlinger hører i givet fald deltagelse i generalforsamlingen i datterselskabet, udøvelse af stemmeretten på generalforsamlingen og påvirkning af selskabets politik ved hjælp af stemmeretten, og efter omstændighederne også udøvelse af indflydelse på udnævnelse af direktører og bestyrelsesmedlemmer og/eller på fordelingen af datterselskabets overskud, indkrævelse af det udbytte, der måtte blive deklareret i datterselskabet, eller udøvelse af den med aktien eller anparten forbundne præferencestilling eller ret til at tegne nye aktier.

Ud over de her nævnte handlinger, som et holdingselskab udfører som aktionær eller anpartshaver i andre selskaber, findes der handlinger, som selskabet selv — ligesom ethvert andet selskab — udfører gennem sine organer, og som — for så vidt de udføres inden for selskabets rammer (i forholdet til selskabsdeltagerne og selskabsorganerne) — lige så lidt kan betragtes som 'økonomisk virksomhed' i sjette direktivs forstand. Herunder falder holdingselskabets administration, udarbejdelse af dets årsregnskab, afholdelse af generalforsamling, beslutning om anvendelse af holdingselskabets overskud og deklarering (og eventuelt udbetaling) af udbytte.

Der foreligger heller ikke en selvstændig 'økonomisk virksomhed' som omhandlet i direktivets artikel 4, stk. 1, når der er tale om handlinger, som holdingselskabet, henholdsvis personer, der optræder på dets vegne, udfører i egenskab af direktør eller bestyrelsesmedlem i et datterselskab. En direktør eller et bestyrelsesmedlem handler nemlig ikke i eget navn, men forpligter kun det (datter)selskab, hvori den pågældende er et selskabsorgan — sagt med andre ord, når han handler inden for sin bemyndigelse i henhold til vedtægterne, er der ikke tale om en 'selvstændig' optræden. Hans virksomhed må i denne henseende snarere sidestilles med den, der udføres af en arbejdstager, jf. at det i sjette direktivs artikel 4, stk. 4, udtrykkeligt bestemmes, at en lønmodtager ikke udøver selvstændig virksomhed.«

26. Det følger af denne passus, at — i modsætning til det af den belgiske regering fremsatte synspunkt i denne sag — ændrer et holdingselskabs blotte udnævnelse af direktører eller bestyrelsesmedlemmer, og jeg vil ligeledes nævne ledere, ikke karakteren af forholdet hvad angår momsen. Almindeligvis »udnytter« et holdingselskab ikke, ved at udøve dets ret som aktionær, dets »immaterielle goder« i form af aktier i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 4. Som generaladvokat Van Gerven bemærkede vedrørende sådanne holdingselskaber, »findes der handlinger, som selskabet selv — ligesom ethvert andet selskab — udfører gennem

sine organer, og som — for så vidt de udføres inden for selskabets rammer (i forholdet til selskabsdeltagerne og selskabsorganerne) — lige så lidt kan betragtes som 'økonomisk virksomhed' [...]« [33]. Generaladvokaten behandlede imidlertid ikke det forslag, der er underforstået i den nationale rets spørgsmål i den foreliggende sag, dvs. om ydelse af administration og andre tjenesteydelser til et datterselskab, selv i form af afgiftspligtige transaktioner (og formodentligt kontraktretlige forhold) fører til et andet resultat. Det mener jeg ikke, at det gør. Jeg vil mene, at generaladvokat Van Gerven's bemærkninger vedrørende den omstændighed, at der handles »inden for [...] bemyndigelse i henhold til vedtægterne«, finder tilsvarende anvendelse på objektive kontraktforhold som dem, der er tale om i denne sag, mellem et selskab og dets datterselskab.

27. Sagsøgerne fremhæver nogle af de anomalier, der ville følge af at anse moderselskabernes udbytteindtægt for en »økonomisk virksomhed«, når de i henhold til kontrakt leverer tjenesteydelser til deres datterselskaber. Fradragsniveauet ville da variere med datterselskabernes rentabilitet. Et fuldstændigt fradrag ville være tilladt, såfremt der ikke var noget overskud, eller selv hvis der ikke blev deklareret udbytte. Fradraget ville blive forholdsvis lille, når der blev udbetalt et betydeligt udbytte. Situationen ville igen være anderledes, hvis tjenesteydelserne i stedet blev udført af et særligt selskab i koncernen, der var udpeget hertil [34].

28. Kort sagt, når virksomhedsstrukturen på korrekt vis respekteres, udgør udbytte, som udbetales af et datterselskab til et moderselskab, ikke en »økonomisk virksomhed«. Den situation, som undtagelsen i Polysar-dommen tager sigte på, kan rent faktisk ikke opstå i noget tilfælde, hvor moderselskabet ikke på ulovlig vis har brudt »the veil of incorporation«, dvs. handlet på en måde, der medfører et hæftelsesgennembrud. Det er naturligvis muligt, at undtagelsen kan gælde, hvor der ikke er nogen selskabsstruktur, dvs. hvor en enhed, der ikke er et selskab, eller en enkeltperson direkte udnytter ejendomsretten til goder.

29. Endelig har Kommissionen på dette punkt, i sit skriftlige indlæg, foreslået, at udbytte kan anses for at udgøre en modydelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 11, for moderselskabers ydelse af tjenesteydelser med hensyn til administration til datterselskaberne. Udbytte skal betales ligeligt for alle aktier af samme type i et selskab. Efter min opfattelse er det grundlæggende i strid med selskabsstrukturen at behandle udbetaling af udbytte som en modydelse i denne

33 — Ibidem.

34 — Sagsøgerne gør i deres skriftlige indlæg gældende, at de pågældende tjenesteydelser med hensyn til administration med virkning fra den 1.1.1995 er blevet udført af specialiserede datterselskaber. Endvidere understregede sagsøgernes repræsentant under retsmødet, uden at blive modsagt af hverken Kommissionen eller den belgiske regering, at koncernselskaber i visse medlemsstater, navnlig Det Forenede Kongerige, kan vælge at blive momsregistreret under ét. I så fald vil det centrale spørgsmål i den foreliggende sag ikke opstå, eftersom moderselskabets indgående moms vil blive anset for en del af koncernens fradragsberettigede afgift.

forstand. Inden for selskabsretten er det almindeligt anerkendt, at udbytte består i udlodning af *overskud* til aktionærerne i et selskab [35]. Domstolen udtalte udtrykkeligt i Sofitam-dommen, at »udbytte [er] ikke en modydelse for en økonomisk virksomhed i sjette direktivs forstand« [36]. Situationen kan kun være en anden, hvis en kontrollerende aktionær, uanset datterselskabets status som en særskilt juridisk person, har kunnet anvende sine aktier og den deraf følgende indflydelse på administrationen af datterselskabet til at opnå yderligere »betaling« for særskilte afgiftspligtige tjenesteydelser, der leveres til det pågældende datterselskab. Intet i sagsakterne antyder, at dette er sket i den foreliggende sag.

30. Det afgørende punkt er, at et afslag på retten til at fratrække indgående moms i moms, der er betalt for udgående transaktioner med en direkte forbindelse til de indgående, ville være i klar modstrid med det grundlæggende princip i momsordningen. Da dette ville være konsekvensen af at medtage ikke-økonomisk virksomhed i nævneren i den brøk, der er foreskrevet i sjette direktivs artikel 19, stk. 1, i sjette direktiv, vil jeg foreslå, at Domstolen afviser en sådan fortolkning af direktivet.

ii) *Renter af lån*

31. Det samme resultat følger ikke automatisk for de indtægter, som sagsøgerne modtager i form af renter af de lån, de yder deres datterselskaber. De pågældende lån har ikke nødvendigvis karakter af investeringer, som det var tilfældet med obligationer i Harnas & Helm-sagen [37]. I den pågældende sag ejede Harnas & Helm, i den relevante periode, aktier og obligationer, som var udstedt i tredjelande, og af hvilke de modtog udbytte og renter. Domstolen fastslog, at »afkastet af obligationerne er en simpel følge af besiddelsen, som giver ret til renteudbetalinger«, og at sådanne »renter ikke [kan] anses for en modydelse for en transaktion eller økonomisk virksomhed udført af obligationsinde-

35 — F.eks. i irsk ret kan udlodninger eller udbytte i alle registrerede selskaber i henhold til Section 45 i Companies Amendment Act 1983 kun baseres på selskabets akkumulerede realiserede overskud, i det omfang det ikke tidligere er anvendt til udbetaling eller kapitalisering, med fradrag af realiserede tab, i det omfang de ikke tidligere er afskrevet i forbindelse med en nedsættelse eller reorganisering af kapitalen, dvs. aktuelt overskud og eventuelt fremført overskud med fradrag af aktuelt tab og et eventuelt fremført tab. Forbindelsen mellem overskud og udbytte ligger ligeledes helt klart til grund for de selskabsretlige bestemmelser, der er blevet vedtaget af fællesskabslovgiver, hvilket kan illustreres ved Rådets direktiv 82/121/EØF af 15.2.1982 om periodiske oplysninger, der skal offentliggøres af selskaber, hvis aktier er optaget til officiel notering på en fondsbørs, EFT L 48 af 20.2.1982 s. 26. Artikel 5, stk. 4, i det pågældende direktiv bestemmer, at »hvis selskabet har foretaget eller agter at foretage en acontoudbetaling af udbytte, skal regnskabstallene angive resultatet efter fradrag af skat for det pågældende halvår samt de acontoudbetalinger af udbytte, der er foretaget, eller som selskabet agter at foretage«.

36 — Jf. ovenfor i fodnote 13, præmis 13. Domstolen tilsluttede sig således Kommissionens indlæg i sagen, for så vidt som »udbytte ikke er en modydelse for momspligtig virksomhed og slet ikke for momsfritaget virksomhed«, jf. punkt 13 i generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse. I det mundtlige indlæg i den foreliggende sag accepterede Kommissionen, at det ville være yderst vanskeligt at fastslå omfanget af udbytte, som udgjorde en sådan modydelse.

37 — Jf. ovenfor i fodnote 11.

haveren, eftersom de er en simpel følge af besiddelsen af obligationer« [38]. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen i den foreliggende sag og af parternes argumenter, at sagsøgerne yder finansiering af *varig karakter* for at dække likviditetsbehov i deres datterselskaber, som ofte ikke selvstændigt er i stand til at opnå finansiering.

32. Den belgiske regering, som under retsmødet blev støttet af Kommissionen, støtter sig på Régie Dauphinoise-sagen [39]. Sagsøgernes lånevirksomhed — som under retsmødet blev beskrevet som koncernens »finansielle motor« — bør anses for at være en udvidelse af deres forretning med at levere afgiftspligtige tjenesteydelser med hensyn til administration til dets datterselskaber. Dette bestrides af sagsøgerne, som i det væsentlige gør gældende, at de ved at yde lån blot geninvesterer de beløb, de har modtaget i form af udbytte, på samme måde som en privat investor. Subsidiært gør de gældende, at eftersom de beløb, de anvender til udlån, blot er accessoriske i forhold til deres aktionærvirksomhed, skal den deraf følgende rente ikke medtages i nævneren.

33. I Harnas & Helm-sagen havde holdingselskabet ligeledes ydet to almindelige lån til selskaber, som de ikke havde nogen tilknytning til. Intet i sagsakterne antydede, at en sådan udlånsvirksomhed var andet end lejlighedsvist og endda sjældent forekommende. I den foreliggende sag fremgår det klart af forelæggelseskendelsen, at långivningen til sagsøgernes datterselskaber er en permanent virksomhed. Følgelig mener jeg, at denne virksomhed snarere minder om de transaktioner med hensyn til administration af pengemidler, som Domstolen tog stilling til i Régie Dauphinoise-sagen, end om porteføljeadministration som i Wellcome Trust-sagen. Det er i det væsentlige på dette grundlag, at den belgiske regering gør gældende, at denne virksomhed skal anses for en økonomisk virksomhed.

34. Imidlertid bemærkede generaladvokat Lenz i Régie Dauphinoise-sagen, at Régie Dauphinoise var i besiddelse af beløbene »på grund af sin økonomiske virksomhed« [40]. I den foreliggende sag forekommer visse beløb, om ikke alle, som er udlånt af sagsøgerne, at stamme fra disses udbytteindtægter. Der kan kun foretages en analogislutning fra Régie Dauphinoise-sagen, såfremt den nationale ret måtte fastslå, at låneaktiviterne stort set blev finansieret af indtægter fra afgiftspligtig virksomhed i form af sagsøgernes tjenesteydelser. Jeg er enig med generaladvokat VerLoren van Themaat i, at »det afgørende [er] [...] den pågældende virksomheds [...] *art*« [41] med henblik på at fastslå, hvad der

38 — Ibidem, præmis 18.

39 — Nævnt i fodnote 25 ovenfor.

40 — Punkt 20 i forslaget til afgørelse i Régie Dauphinoise-sagen.

41 — Jf. forslaget til afgørelse i sagen Hong-Kong Trade Development Council, dom af 1.4.1982, sag 89/81, Sml. s. 1277, på s. 1293 (fremhævelse i originalteksten).

udgør en økonomisk virksomhed, og jeg skal gentage mit synspunkt fra mit forslag til afgørelse i Harnas & Helm-sagen [42]:

»Opmærksomheden skal rettes mod det økonomiske og erhvervsmæssige indhold af de transaktioner, der hævdes at udgøre en økonomisk virksomhed, i modsætning til en formel finansiel eller erhvervsmæssig klassifikation af disse aktiviteter, i den foreliggende sag nemlig som obligations- eller aktieerhvervelse eller som besiddelse af sådanne værdipapirer. Heraf følger efter min opfattelse, at en person, der ligesom sagsøgeren handler med obligationer, kun kan anses for at udøve en økonomisk virksomhed, såfremt han forfølger et forretningsmæssigt eller erhvervsmæssigt formål; han skal i den sammenhæng levere ydelser til sine kunder i modsætning til udelukkende at være en forbruger af ydelser.«

35. I den foreliggende sag er det min opfattelse — selv om jeg indrømmer at have været i tvivl — at sagsøgernes lånevirksomhed ikke er af økonomisk eller erhvervsmæssig karakter. Den blotte omstændighed, at formålet med lånene set fra datterselskabernes side er at undgå at skulle låne fra kreditinstitutter — en låntagning, som den belgiske regering har anført ofte afvises på grund af, at den selvstændige sikkerhed, som datterselskaber i industrikoncerner kan stille, ikke er tilstrækkelig — kan ikke ændre sagsøgernes virksomhed til at være en erhvervsmæssig virksomhed. Med andre ord, mens en banks udlånsvirksomhed, på det finansielle plan, næppe adskiller sig fra sagsøgernes virksomhed *over for* deres datterselskaber, er den økonomiske karakter af den underliggende virksomhed en anden. Den kan sammenlignes med forskellen mellem de aktiviteter, der giver anledning til modtagelse af udbytte, og dem, der giver anledning til modtagelse af en lejeindtægt, som jeg omtalte i mit forslag til afgørelse i Harnas & Helm-sagen [43]. Efter min opfattelse var Harnas & Helm's lånevirksomhed, bortset fra den omstændighed, at den kun fandt sted lejlighedsvis, ikke desto mindre af mere økonomisk karakter, eftersom Harnas & Helm, i modsætning til sagsøgerne i den foreliggende sag, ydede lån til tredjemand.

36. Min tvivl for så vidt angår dette forslag skyldes den udtrykkelige bestemmelse om momsfritagelse i sjette direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 1, hvad angår »ydelse og formidling af lån samt forvaltning af lån ved den person, som har ydet lånene«. Efter min mening viser dette tydeligt, at en sådan virksomhed, når den udføres erhvervsmæssigt, skal anses for at udgøre en »økonomisk virksomhed«. Jeg mener imidlertid, at for at en sådan lånevirksomhed skal udføres på et økonomisk grundlag med henblik på momsen, må den formodede långiver udøve den pågældende virksomhed, ikke blot på permanent basis, et krav, som opfyldes her, men ligeledes erhvervsmæssigt, hvilket der efter min opfattelse ikke er tale om her, hvor det er tydeligt, at de

42 — Punkt 24.

43 — Ibidem, punkt 30.

udlånte beløb blev lånt til datterselskaber inden for den samme koncern med henblik på at sætte datterselskaberne i stand til at udøve deres erhvervsmæssige virksomhed *over for* tredjemand. Det fremgår tydeligt, særligt af den omstændighed, at de pågældende lån blev ydet inden for koncernen, at sagsøgernes udlånsvirksomhed ikke er en udvidelse af deres afgiftspligtige tjenesteydelser, men derimod en udvidelse af deres ikke-afgiftsbelagte investeringsvirksomhed.

iii) *Almindelige konklusioner*

37. Følgelig foreslår jeg, at aktieudbytte ikke bør medtages i nævneren i den brøk, der anvendes til at beregne det pro rata-fradrag, der er fastsat i sjette direktivs artikel 19, stk. 1. Tilsvarende bør renter af udlån *inden for samme koncern*, selv hvis de ydes på permanent basis, ligeledes udelukkes, forudsat for det første, at de ydes af midler, der hidrører fra indtægt af et sådant aktieudbytte og ikke fra indtægt af en særskilt afgiftspligtig virksomhed, og for det andet, at de udelukkende stilles til rådighed for datterselskaber.

38. Resultatet af alt dette, for så vidt angår artikel 19, stk. 1, i sjette direktiv, er ikke nødvendigvis, at sagsøgerne kan fratrække hele deres indgående moms. I det omfang den nationale ret, uanset sagsøgernes udtalelser om det modsatte, finder det godtgjort, at en ikke ubetydelig procentdel af den indgående afgift vedrører ydelse af afgiftsfrie transaktioner i forbindelse med sagsøgernes besiddelse af kapitalinteresser og udlånsvirksomhed, er der ingen fradragsret i medfør af sjette direktivs artikel 17, stk. 2. En afgiftspligtig person kan kun fradrage den del af den indgående moms, der reelt kan henføres til den økonomiske aktivitet[44]. Enhver afgiftspligtig person er i medfør af sjette direktivs artikel 22, stk. 2, forpligtet til at »føre regnskaber, der er tilstrækkeligt detaljerede til at muliggøre merværdiafgiftens anvendelse og afgiftsmyndighedernes kontrol dermed«, mens artikel 22, stk. 4, kræver, at »enhver afgiftspligtig person« skal »afgive en angivelse inden for en af hver medlemsstat nærmere fastsat frist«, som »højst [må] være på to måneder efter udløbet af hver afgiftsperiode at regne«, og hvis varighed, som højst kan være et år, skal fastsættes af medlemsstaterne, selv om den ikke må »overstige et år«. Den afgiftspligtige person, der søger at udøve fradragsretten under omstændigheder, hvor en del af dennes indgående moms eventuelt vedrører afgiftsfrie aktiviteter, er forpligtet til over for de pågældende afgiftsmyndigheder at dokumentere den del af den indgående moms, som han gør gældende kan henføres til afgiftspligtige transaktioner og dermed kan fratrækkes.

39. Sjette direktivs artikel 19, stk. 1, finder imidlertid ikke anvendelse. Den kan udelukkende finde anvendelse i tilfælde, hvor

44 — Jf. ovenfor i punkt 16 samt punkt 53 i mit forslag til afgørelse i Harnas & Helm-sagen.

afgiftspligtige, men fritagne aktiviteter er blandet med afgiftspligtige aktiviteter, eftersom der ellers, som det er tilfældet i den foreliggende sag, hvor sagsøgerne efter min opfattelse kun har afgiftspligtige og ikke-afgiftspligtige aktiviteter, ikke ville være nogen forskel mellem tæller og nævner i den brøk, som denne bestemmelse omhandler. Følgelig påhviler det i sidste instans den nationale ret at afgøre, i hvilket omfang visse af de beløb, som sagsøgerne kræver fratrukket som indgående moms, rent faktisk kan have vedrørt udøvelse af henholdsvis deres ikke-afgiftspligtige besiddelse af kapitalinteresser, henholdsvis deres udlånsvirksomhed inden for koncernen, og at udelukke de nævnte beløb fra den fradragsret, som sagsøgerne kræver.

III — Forslag til afgørelse

40. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare det af Tribunal de première instance de Tournai stillede spørgsmål således:

»Aktieudbytte bør altid udelukkes fra nævneren i den brøk, der anvendes til beregning af pro rata-satsen for fradrag i henhold til artikel 19, stk. 1 i Rådets sjette direktiv af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, når det økonomiske forhold mellem det selskab, der besidder aktierne, og det selskab, hvori aktierne besiddes, reguleres ved lovligt indgåede retsforhold, herunder kontrakter om levering af tjenesteydelser og et moderselskabs udpegelse af personer, som leder datterselskabets aktiviteter. Når et selskab i en koncern, selv af varig karakter, yder lånefinansiering for at imødekomme lånebehov hos andre selskaber i koncernen, udgør denne aktivitet endvidere ikke en økonomisk virksomhed, og indtægten fra en sådan finansiering skal ligeledes udelukkes fra nævneren i den nævnte brøk.«