DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

18. juni 2009 *

I sag C-303/07,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Korkein hallinto-oikeus (Finland) ved afgørelse af 27. juni 2007, indgået til Domstolen den 29. juni 2007, i sagen anlagt af

Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne A. Tizzano, A. Borg Barthet, E. Levits (refererende dommer) og J.-J. Kasel,

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 13. november 2008,

* Processprog: finsk.

efter at der er afgivet indlæg af:

— Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy ved oikeustieteen kandidaatti J. Laaksonen, og kauppatieteiden maisteri M. Virolainen

— den finske regering ved J. Himmanen, som befuldmægtiget

— den cypriotiske regering ved E. Neofitou, som befuldmægtiget

— den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P. Gentili

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R. Lyal og I. Koskinen, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 18. december 2008,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF, 48 EF, 56 EF og 58 EF.

2 Anmodningen er blevet fremsat som led i en sag anlagt ved Korkein hallinto-oikeus (den øverste forvaltningsdomstol i Finland) af det finske selskab Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy (herefter »Alpha«) vedrørende indeholdelse af kildeskat af udbytte til Aberdeen Property Nordic Fund I SICAV (herefter »Nordic Fund SICAV«), et i henhold til luxembourgsk ret stiftet investeringsselskab med variabel kapital (SICAV) med hjemsted i Luxembourg.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (EFT L 225, s. 6), som ændret

ved Rådets direktiv 2003/123/EF af 22. december 2003 (EUT 2004 L 7, s. 41, herefter »direktiv 90/435«), fastsætter i artikel 2:

»1. Ved udtrykket »selskab i en medlemsstat« forstås i direktiv 90/435 ethvert selskab:

a) der er organiseret i en af de former, der er anført i bilaget til dette direktiv

[…]

c) som desuden uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af en af følgende former for skat:

[…]

— impôt sur le revenu des collectivités i Luxembourg

[…]

— yhteisöjen tulovero/inkomstskatten för samfund i Finland

[…]«

4 Artikel 3, stk. 1, litra a), første afsnit, i direktiv 90/435 bestemmer, at som moderselskab betegnes mindst ethvert selskab i en medlemsstat, der opfylder betingelserne i artikel 2, og som har en andel i kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, der opfylder de samme betingelser, på mindst 20%. Fra den 1. januar 2007 skal minimumsandelen i kapitalen i et selskab være 15% og fra den 1. januar 2009 10%, jf. artikel 3, stk. 1, litra a), tredje og fjerde afsnit.

5 I henhold til direktivets artikel 5 fritages det udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, for kildeskat.

6 Litra i) og m) i bilaget til direktiv 90/435 er affattet således:

»i) de selskaber, der i luxembourgsk ret benævnes »société anonyme«, »société en commandite par actions«, »société à responsabilité limitée«, »société coopérative«, »société coopérative organisée comme une société anonyme«, »association d'assurances mutuelles«, »association d'épargne-pension« og »entreprise de nature commerciale, industrielle ou minière de l'Etat, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public« og andre selskaber oprettet i henhold til luxembourgsk ret, der er omfattet af luxembourgsk selskabsskat

m) de selskaber, der i finsk ret benævnes »osakeyhtiö/aktiebolag«, »osuuskunta/andelslag«, »säästöpankki/sparbank« og »vakuutusyhtiö/försäkringsbolag««.

Nationale bestemmelser

7 Ifølge den finske indkomstskattelovs § 3 (Tuloverolaki (1535/1992)) af 30. december 1992 forstås ved »juridisk person« bl.a. aktieselskaber, andelsselskaber, sparekasser, investeringsfonde samt enhver anden juridisk person eller samlet formuemasse med tilsvarende formål som de i denne paragraf nævnte.

8 Indkomstskattelovens § 9, stk. 1, fastsætter:

»Følgende personer er indkomstskattepligtige:

[…]

2) enhver fysisk person, som ikke havde bopæl i Finland i løbet af skatteåret, og enhver udenlandsk juridisk person for så vidt angår indkomst opnået i Finland (begrænset skattepligt).«

9 Ifølge indkomstskattelovens § 10, stk. 6, er udbytte udbetalt af et aktieselskab, et andelsselskab eller andet finsk selskab indkomst opnået i Finland.

10 Den finske lov om beskatning af indkomst af erhvervsvirksomhed (Laki elinkeinotulon verottamisesta (360/1968)) af 24. juni 1968, der regulerer beskatningen af udbytte, som aktieselskaber etableret i Finland modtager, fastsætter i § 6a, som affattet den 30. juli 2004:

»Udbytte, som et selskab modtager, er ikke skattepligtig indkomst. Med forbehold af stk. 2 er 75% af udbyttet skattepligtig indkomst, og 25% er undtaget fra beskatning, såfremt:

1) udbyttet er aktieudbytte, og selskabet, der udbetaler udbyttet, ikke er et udenlandsk selskab i direktiv [90/435]'s forstand, i hvilket udbyttemodtageren direkte ejer 10% af selskabskapitalen på tidspunktet for udbetalingen af udbyttet

2) det udloddende selskab hverken er et indenlandsk selskab eller et selskab etableret i en medlemsstat i Den Europæiske Union som nævnt i nr. 1, eller

3) det udloddende selskab er et børsnoteret selskab i henhold til indkomstskattelovens § 33a, stk. 2, og udbyttemodtageren er et ikke-børsnoteret selskab, som ikke på tidspunktet for udlodningen direkte ejer mindst 10% af selskabskapitalen i det udloddende selskab.

Såfremt der ikke foreligger en overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning mellem det land, hvor det udenlandske selskab, der udbetaler udbyttet, som omhandlet i stk. 1, nr. 2, er etableret, og Republikken Finland, som gælder for udbytte udbetalt i den pågældende periode, udgør dette udbytte en fuldt ud skattepligtig indkomst.

[…]«

11 Ifølge § 3 i den finske lov om beskatning af en begrænset skattepligtigs indkomst (Laki rajoitetusti verovelvollisen tulon verottamisesta (627/1978)) af 11. august 1978, skal der betales kildeskat af bl.a. udbytte. Denne lovs bestemmelser om udbytte gælder også for kapitalgevinster fra investeringsfonde.

12 Ifølge lovens § 3, stk. 5, som affattet ved lov af 30. juli 2004, skal der ikke betales kildeskat af udbytte, som udbetales til et selskab, der har hjemsted i en medlemsstat i Den Europæiske Union, og som direkte ejer mindst 20% af kapitalen i det udloddende selskab, når modtageren er et selskab, der er omfattet af artikel 2 i direktiv 90/435.

13 Udbytte, som ikke er omfattet af undtagelsen i den nævnte lovs § 3, stk. 5, er undergivet kildeskat, hvis sats er fastsat i en beskatningsoverenskomst mellem den medlemsstat, hvor modtageren har bopæl eller hjemsted, og Republikken Finland, og såfremt der ikke er indgået en sådan overenskomst, udgør satsen 28% af bruttobeløbet af udbyttet.

Overenskomsten til undgåelse af dobbeltbeskatning

14 Overenskomsten mellem Luxembourg og Finland til undgåelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med indkomst- og formueskat, indgået den 1. marts 1982 (*Mémorial* A 1982, s. 1966), indeholder ikke i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »dobbeltbeskatningsoverenskomsten«), nogen særlige bestemmelser vedrørende selskaber af typen »SICAV«, der er stiftet i overensstemmelse med luxembourgsk ret, men ifølge Korkein hallinto-oikeus' retspraksis betragtes et sådant selskab i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten som en person med hjemsted i Luxembourg.

15 I henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10 kan udbytte, som et selskab, der har hjemsted i en af de kontraherende medlemsstater, betaler til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende medlemsstat, beskattes i sidstnævnte stat. Udbyttet kan også beskattes i den kontraherende medlemsstat, hvor det udloddende selskab har hjemsted, og i henhold til lovgivningen i denne stat, men hvis modtageren er den, i hvis formue udbyttet indgår, kan skatten ikke overstige 5% af det samlede udbytte, hvis der er tale om et selskab, der direkte eller indirekte ejer mindst 25% af kapitalen i det udloddende selskab.

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

16 Alpha indgav en anmodning om en administrativ forhåndsbesked til Keskusverolautakunta (det centrale skattenævn i Finland) vedrørende beskatning af udbytte betalt af dette selskab til Nordic Fund SICAV, som Alpha ville blive et 100% ejet datterselskab af, således som det fremgår af anmodningen. Selskabet Aberdeen Property Investors Luxemburg SA, der er medlem af koncernen Aberdeen Property Investors, skulle forvalte Nordic Fund SICAV.

17 Selskabsandelene i Nordic Fund SICAV ville blive udbudt fortrinsvis til institutionelle investorer, såsom forsikringsselskaber og tyske pensionsfonde. Nordic Fund SICAV havde til formål at investere i fast ejendom i Finland via Alpha, som skulle erhverve andele i ejendomsselskaber og i givet fald blive direkte ejer af faste ejendomme.

18 Alpha anmodede Keskusverolautakunta om en forhåndsbesked vedrørende spørgsmålet, om selskabet skulle indeholde kildeskat af det udbytte, som det betalte til Nordic Fund SICAV, under hensyn til artikel 43 EF og 56 EF og henset til, at udbytte betalt til et finsk aktieselskab svarende til et selskab af SICAV-typen, der investerer i fast ejendom, eller et andet lignende selskab, etableret i Finland, ikke ville være skattepligtig indkomst i henhold til finsk lovgivning og heller ikke ville være undergivet kildebeskatning.

19 Keskusverolautakunta fastslog i den bindende forhåndsbesked nr. 2/2006 af 25. januar 2006 vedrørende indeholdelse af kildeskat for 2005 og 2006, at Alpha skulle indeholde kildeskat af det udbytte, der blev udbetalt til Nordic Fund SICAV.

20 På den ene side fremhæver Keskusverolautakunta, at eftersom SICAV'er ikke er anført på listen i bilaget til direktiv 90/435 og ikke betaler indkomstskat i den medlemsstat, hvori selskaberne er etablerede, kan Nordic Fund SICAV ikke anses for et selskab, der er omfattet af dette direktiv, og derfor skal det udbytte, som det får udbetalt, ikke fritages for kildeskat.

21 På den anden side anfører Keskusverolautakunta, at såfremt Nordic Fund SICAV kan sammenlignes med et finsk aktieselskab (»osakeyhtiö«), fremviser disse selskaber flere forskelle. For det første adskiller de sig ved, at selskabskapitalen i et finsk aktieselskab er bundet, og at selskabskapitalen ikke under selskabets funktionstid kan tilbagebetales til aktionærerne. For det andet er et finsk aktieselskab skattepligtigt i etableringsstaten, og

for det tredje er et finsk aktieselskab omfattet af direktiv 90/435. Derfor er de to selskabsformer ikke sammenlignelige i henhold til fællesskabsretten.

22 Alpha har anfægtet Keskusverolautakuntas afgørelse for den forelæggende ret. Da afgørelsen i sagen kræver en fortolkning af fællesskabsretten, har Korkein hallinto-oikeus besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 43 EF og 48 EF samt artikel 56 EF og 58 EF fortolkes således, at et aktieselskab eller en investeringsfond, der er stiftet i overensstemmelse med finsk ret, og et SICAV […], der er stiftet i overensstemmelse med luxembourgsk ret, for at sikre gennemførelsen af de grundlæggende friheder i de nævnte artikler skal betragtes som sammenlignelige, uanset at en virksomhedsform svarende fuldstændigt til et SICAV […], ikke kendes i finsk ret, når det herved tages i betragtning, at et SICAV […], der er et selskab i henhold til luxembourgsk ret, ikke nævnes i listen over de selskaber, der er omfattet af artikel 2, litra a), i direktiv 90/435, som den finske kildeskattelovgivning, der finder anvendelse i denne sag, er i overensstemmelse med, samt at et SICAV […] i henhold til Luxembourgs skattelovgivning er fritaget for indkomstskat? Er det under disse omstændigheder i strid med de nævnte artikler i EF-traktaten, at et selskab af SICAV-typen hjemmehørende i Storhertugdømmet Luxembourg som udbyttemodtager ikke er fritaget for kildeskat, der i Finland opkræves af udbytte?«

Om det præjudicielle spørgsmål

23 Den forelæggende ret spørger med sit spørgsmål nærmere bestemt, om artikel 43 EF, 48 EF, 56 EF og 58 EF er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som fritager udbytte for kildeskat, når udbyttet udbetales af et datterselskab hjemmehørende i denne stat til et aktieselskab eller en investeringsfond, der er hjemmehørende i samme stat, men som undergiver tilsvarende udbytte kildebeskatning, når det udbetales til et moderselskab af

SICAV-typen hjemmehørende i en anden medlemsstat, som har en juridisk form, der ikke kendes i den første stats lovgivning, som ikke er anført på listen over selskaber som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 90/435, og som er fritaget for indkomstskat i henhold til den anden medlemsstats lovgivning.

24 Indledningsvis bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at selv om direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, skal disse dog udøve denne under overholdelse af fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 13.12.2005, sag C- 446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 29, af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 40, af 12.12. 2006, sag C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Sml. I, s. 11673, præmis 36, og af 8.11.2007, sag C-379/05, Amurta, Sml. I, s. 9569, præmis 16).

25 Det skal desuden bemærkes, at eftersom der ikke på fællesskabsplan er truffet foranstaltninger med henblik på at indføre ensartede eller harmoniserede regler, er medlemsstaterne fortsat kompetente til at fastlægge kriterierne for fordelingen af deres respektive beskatningsbeføjelser, enten gennem overenskomst eller på egen hånd, bl.a. for at afskaffe dobbeltbeskatning (dom af 12.5.1998, sag C-336/96, Gilly, Sml. I, s. 2793, præmis 24 og 30, af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain, Sml. I, s. 6161, præmis 57, og af 7.9.2006, sag C-470/04, N, Sml. I, s. 7409, præmis 44, samt Amurta-dommen, præmis 17).

26 Det er kun med hensyn til udbetaling af udbytte, der falder ind under direktiv 90/435's anvendelsesområde, at det i direktivets artikel 5 pålægges medlemsstaterne at fritage udbytte, betalt af et datterselskab til dets moderselskab, for kildebeskatning.

27 Som anført af den forelæggende ret, hører den i hovedsagen omhandlede situation ikke ind under direktiv 90/435's anvendelsesområde, såfremt et selskab af SICAV-typen ikke opfylder betingelserne i direktivets artikel 2, stk. 1, litra a) og c).

28 Domstolen har allerede fastslået, at det for de andele, der ikke er omfattet af direktiv 90/435, tilkommer medlemsstaterne at fastsætte, om og under hvilke betingelser økonomisk dobbeltbeskatning af udbetalt udbytte skal undgås, samt i denne henseende ensidigt eller ved en dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået med andre medlemsstater at indføre mekanismer, der har til formål at forhindre eller at mindske økonomisk dobbeltbeskatning. Medlemsstaterne har imidlertid ikke blot på grund af denne omstændighed ret til at iværksætte foranstaltninger, der er i strid med de ved traktaten sikrede former for fri bevægelighed (jf. dommen i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, præmis 54, og Amurta-dommen, præmis 24).

29 Da den forelæggende rets spørgsmål drejer sig om såvel artikel 43 EF og 48 EF som artikel 56 EF og 58 EF, skal det først undersøges, i hvilket omfang en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede kan påvirke de ved disse artikler garanterede friheder.

Om den frihed, der finder anvendelse

30 Det bemærkes, at en national lovgivning, hvorefter fritagelse for kildebeskatning af udbytte udbetalt af et hjemmehørende selskab for det første afhænger af, om det selskab, der modtager udbyttet, er et hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende selskab, og for det andet af størrelsen af den andel, det ikke-hjemmehørende selskab, der modtager udbyttet, ejer i det udloddende selskab, samt af, om det selskab, der

modtager udbyttet, er et selskab, der er omfattet af artikel 2 i direktiv 90/435, kan henhøre både under artikel 43 EF om etableringsfriheden og artikel 56 EF om de frie kapitalbevægelser.

31 Hverken ikke-hjemmehørende selskaber, hvis kapitalandel i det udloddende selskab er lavere end den ved national lovgivning fastsatte tærskel, hvilket på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen svarede til 20% af selskabskapitalen, eller selskaber, der, selv om deres kapitalandel overstiger denne tærskel, ikke svarer til definitionen af et selskab i artikel 2 i direktiv 90/435, kan drage fordel af fritagelsen for kildebeskatning.

32 Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, anses det i hovedsagen omhandlede selskab, som modtager udbytte, for at have 100% af kapitalandelene i det udloddende selskab, men det anses ikke for at være et selskab i nævnte direktivs artikel 2's forstand.

33 Det må derfor konstateres, at tvisten i hovedsagen udelukkende angår virkningerne af den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning på situationen for et hjemmehørende selskab, der udlodder udbytte til aktionærer med en kapitalandel i dette, der giver dem en bestemmende indflydelse på beslutningerne i nævnte selskab samt mulighed for at træffe afgørelse om dets drift (jf. i denne retning dom af 12.12.2006, sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Sml. I, s. 11753, præmis 38, og af 26.6.2008, sag C-284/06, Burda, Sml. I, s. 4571, præmis 72).

34 Det følger imidlertid af fast retspraksis, at når et selskab ejer en andel af kapitalen i et andet selskab, der giver det mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift, er det traktatens bestemmelser om etableringsfriheden, der finder anvendelse (jf. bl.a. dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 31, og i

sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, præmis 39, dom af 13.3.2007, sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 27, og af 18.7.2007, sag C-231/05, Oy AA, Sml. I, s. 6373, præmis 20, samt Burda-dommen, præmis 69).

35 Under den antagelse, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning har restriktive virkninger for de frie kapitalbevægelser, er sådanne virkninger uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring for etableringsfriheden og kan derfor ikke begrunde en selvstændig undersøgelse af denne lovgivning med hensyn til artikel 56 EF (jf. i denne retning dommen i sagen Cadbury Scheppes og Cadbury Scheppes Overseas, præmis 33, i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 34, og Oy AA-dommen, præmis 24).

36 Det forelagte spørgsmål skal derfor alene besvares i forhold til artikel 43 EF og 48 EF.

Om der foreligger en restriktion for etableringsfriheden

37 Det følger af Domstolens retspraksis, at den ret til frit at etablere sig, som medlemsstaternes statsborgere har i henhold til artikel 43 EF, og som indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder på de vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere, i henhold til artikel 48 EF omfatter en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Det Europæiske Fællesskab, til at udøve virksomhed i den pågældende medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur (dom af 23.2.2006, sag C-471/04, Keller Holding, Sml. I, s. 2107, præmis 29, og af 14.12.2006, sag C-170/05, Denkavit Internationaal og Denkavit France, Sml. I, s. 11949, præmis 20).

38 For selskabers vedkommende skal det fremhæves, at deres hjemsted i artikel 48 EF's forstand, som det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, har til formål at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem. Hvis man anerkendte, at den medlemsstat, hvori selskabet er hjemmehørende, frit kunne anvende en forskellig behandling, alene fordi et selskab har hjemsted i en anden medlemsstat, ville artikel 43 EF blive indholdsløs. Etableringsfriheden skal således sikre national behandling i værtsmedlemsstaten ved at forbyde enhver forskelsbehandling på grundlag af selskabernes hjemsted (jf. dommen i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, præmis 43, i sagen Denkavit Internationaal og Denkavit France, præmis 22, og i Burda-dommen, præmis 77, samt dom af 22.12.2008, sag C-282/07, Truck Center, Sml. I, s. 10767, præmis 32).

39 I det foreliggende tilfælde er det ikke anfægtet, at et aktieselskab eller en investeringsfond, der er stiftet i overensstemmelse med finsk ret og med hjemsted i Finland, og som modtager udbytte fra et andet selskab, der ligeledes har sit hjemsted i denne medlemsstat, i princippet er fritaget fra beskatning af dette, hvorimod udbytte udbetalt af et hjemmehørende selskab til et ikke-hjemmehørende selskab, der ikke anses for et selskab ifølge artikel 2 i direktiv 90/435, er undergivet kildebeskatning.

40 I det omfang udbytte udbetalt af et hjemmehørende selskab beskattes hos dette som opnået overskud, udsættes et ikke-hjemmehørende selskab, som ikke anses for et selskab ifølge artikel 2 i direktiv 90/435, som følge af kildebeskatningen for en kædebeskatning af dette udbytte, hvorimod en sådan kædebeskatning undgås for udbytte modtaget af et hjemmehørende aktieselskab eller af en hjemmehørende investeringsfond.

41 En sådan skattemæssig forskelsbehandling af udbytte mellem moderselskaber, alt efter hvor deres hjemsted befinder sig, kan udgøre en hindring for etableringsfriheden og er derfor i princippet forbudt i henhold til artikel 43 EF og 48 EF, for så vidt som den gør det mindre attraktivt for selskaber med hjemsted i andre medlemsstater at gøre brug af etableringsfriheden, idet de som følge heraf kan give afkald på et erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i den medlemsstat, hvor der iværksættes en sådan forskelsbehandling (jf. i denne retning dommen i sagen Denkavit Internationaal og Denkavit France, præmis 29 et 30).

42 Domstolen har ganske vist allerede fastslået, at med hensyn til foranstaltninger, der er truffet i en medlemsstat med henblik på at forhindre eller formindske kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte udloddet af et hjemmehørende selskab, befinder de modtagende hjemmehørende aktionærer sig ikke nødvendigvis i en situation, der er sammenlignelig med situationen for de modtagende aktionærer, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat (dommen i sagen Denkavit Internationaal og Denkavit France, præmis 34, og i Amurta-sagen, præmis 37).

43 Fra det øjeblik en medlemsstat ensidigt eller gennem indgåelse af overenskomster ikke blot gør de hjemmehørende aktionærer, men også de ikke-hjemmehørende aktionærer indkomstskattepligtige af det udbytte, de modtager fra et hjemmehørende selskab, nærmer de ikke-hjemmehørende aktionærers situation sig imidlertid de hjemmehørende aktionærers situation (dommen i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, præmis 68, i sagen Denkavit Internationaal og Denkavit France, præmis 35, og i Amurta-sagen, præmis 38).

44 Såfremt en medlemsstat har valgt at beskytte hjemmehørende moderselskaber mod kædebeskatning af udbytte udbetalt af et hjemmehørende datterselskab, bør den følgelig udvide denne foranstaltning til at gælde ikke-hjemmehørende moderselskaber, som befinder sig i en sammenlignelig situation, fordi en tilsvarende beskatning af ikke-hjemmehørende selskaber følger af dens udøvelse af dens beskatningskompetence over disse (jf. i denne retning dommen i sagen Denkavit Internationaal og Denkavit France, præmis 37).

45 Den finske regering er imidlertid af den opfattelse, at der ikke ifølge den finske lovgivning kan stiftes et selskab i Finland, som har en juridisk form som et SICAV efter luxembourgsk ret. Et SICAV befinder sig derfor på grund af sin juridiske form og skattemæssige behandling i en objektivt anden situation end selskaber eller investeringsfonde etableret i Finland.

46 Den nævnte regering har anført, at til forskel fra et finsk aktieselskab er et SICAV ikke undergivet indkomstskat i etableringsmedlemsstaten, for så vidt som et sådant selskab i Luxembourg alene beskattes af kapitalen med 0,01%, og udbytte udbetalt af dette til en person med bopæl eller hjemsted i en anden medlemsstat ikke giver anledning til nogen kildebeskatning. Derimod fritages udbytte modtaget af finske aktieselskaber kun fra beskatning for at undgå kædebeskatning heraf ved udlodningen af udbytte mellem aktieselskaber, hvorimod disses øvrige indkomster er undergivet beskatning.

47 Den italienske regering tilføjer, at et SICAV-ejendomsselskab, der ikke er omfattet af Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) (EFT L 375, s. 3), og som alene på grund af den omstændighed, at det foretager kollektiv investering af midler tilvejebragt ved offentligt at udbyde egne aktier, grundlæggende udgør en gennemsigtig organisation, som gennem kollektiv administration har til formål at forøge værdien af hver enkelt selskabsdeltagers indskud, som sådan ikke kan sammenlignes med et almindeligt selskab. Den specielle karakter af et sådant selskab gør det berettiget, at det fritages for indkomstbeskatning i etableringsstaten. Det er i realiteten kun hver enkelt selskabsdeltagers indkomst, der skal tages i betragtning. Problemet med kædebeskatning opstår således ikke kun på SICAV's plan, men også på selskabsdeltagernes plan, og det bør derfor løses i den pågældende medlemsstats lovgivning.

48 For så vidt angår sammenligningen af et SICAV efter luxembourgsk ret med en investeringsfond efter finsk ret, fremhæver den finske regering på den ene side, at det i den i hovedsagen omhandlede periode ifølge den nationale lovgivning var forbudt for en fond, som er fritaget for beskatning, at foretage sådanne investeringer i fast ejendom som nævnt i anmodningen om præjudiciel afgørelse. På den anden side giver udbytte udbetalt af et SICAV ikke anledning til kildebeskatning i Luxembourg i modsætning til udbytte udbetalt af en finsk investeringsfond til en person hjemmehørende i en anden medlemsstat, medmindre der findes en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der fastsætter noget andet.

49 En sådan argumentation kan ikke tiltrædes.

50 For det første bemærkes, at den omstændighed, at der ikke i finsk ret findes et selskab med en juridisk form, der er identisk med den form, som et SICAV efter luxembourgsk ret har, ikke i sig selv kan begrunde en forskelshandling, da det forhold, at medlemsstaternes selskabsret ikke fuldt ud er harmoniseret på fællesskabsplan, i så fald ville fratage etableringsfriheden enhver effektiv virkning.

51 For det andet medfører den omstændighed, som den finske regering gør gældende vedrørende den manglende beskatning af et SICAV's indtægter i Luxembourg, såfremt den antages for godtgjort, ikke en forskel mellem dette og et hjemmehørende aktieselskab, der begrunder en forskellig behandling for så vidt angår kildebeskatning af udbytte modtaget af disse to typer af selskaber.

52 På den ene side er udbytte — ifølge den finske regering — udbetalt af et hjemmehørende selskab til et andet hjemmehørende selskab ikke undergivet beskatning, hverken som kildebeskatning eller som del af det modtagende selskabs indtægter. Derfor kan den manglende beskatning af denne form for indtægter i Luxembourg ikke begrunde den finske stats beskatning af disse, eftersom den har valgt ikke at anvende sin beskatningskompetence vedrørende sådanne indtægter, når de modtages af selskaber etableret i Finland.

53 På den anden side har den finske regering ikke angivet, hvorledes den skattemæssige behandling af andre former for indtægter, som hjemmehørende selskaber og ikke-hjemmehørende SICAV'er har, skulle være relevant for at vurdere, om de to selskabsformer kan sammenlignes med hensyn til fritagelse for kildebeskatning af modtaget udbytte.

54 For det tredje er den italienske regerings argument om, at den manglende beskatning i Storhertugdømmet Luxembourg af et SICAV's indtægter bevirker, at der ikke vil ske kædebeskatning på dette plan, men dog på aktionærplan, hvilket den medlemsstat, hvori aktionærerne har deres bopæl eller hjemsted, skal undgå, heller ikke relevant. Det er således Republikken Finland, som ved at undergive de indtægter, som allerede er beskattet på det udloddende selskabs plan, kildebeskatning, der skaber kædebeskatningen, som denne medlemsstat har valgt at sikre sig imod, for så vidt angår udbytte udbetalt til hjemmehørende selskaber.

55 Under disse betingelser er de forskelle, der findes mellem et SICAV efter luxembourgsk ret og et aktieselskab efter finsk ret, som påberåbt af den finske og den italienske regering, ikke tilstrækkelige til at skabe en objektiv sondring med hensyn til fritagelsen for kildebeskatning af modtaget udbytte. Der er derfor ikke længere grund til at undersøge, i hvilket omfang forskellene mellem et SICAV efter luxembourgsk ret og en finsk investeringsfond som hævdet af disse regeringer er relevante for at opretholde en sådan objektivt forskellig situation.

56 Det følger heraf, at den forskellige behandling af ikke-hjemmehørende SICAV og hjemmehørende aktieselskaber med hensyn til fritagelsen for kildebeskatning af udbytte, som de får udbetalt af hjemmehørende selskaber, udgør en begrænsning af etableringsfriheden, der i princippet er forbudt i henhold til artikel 43 EF og 48 EF.

Om begrundelsen for hindringen for etableringsfriheden

57 Det følger af Domstolens retspraksis, at en hindring for etableringsfriheden kun vil være tilladt, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn. Hvis dette er tilfældet, kræves det desuden, at den er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det (jf. dom af 15.5.2008, sag

C-414/06, Lidl Belgium, Sml. I, s. 3601, præmis 27, og af 23.10.2008, sag C-157/07, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, Sml. I, s. 8061, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

58 Den finske regering gør i denne henseende gældende, at den nationale ordning har til formål at forebygge skatteunddragelse for så vidt angår fritagelse for kildebeskatning af udbytte udbetalt til et selskab etableret i en anden medlemsstat end Republikken Finland, som ikke selv betaler skat af indtægten, og hvis udlodning af udbytte heller ikke giver anledning til kildebeskatning, hvilket indebærer risiko for at fremkalde fiktive arrangementer med det formål at undgå enhver form for indkomstbeskatning.

59 Desuden har den i hovedsagen omhandlede beskatningsordning til formål at forebygge adfærd, som kan gøre indgreb i Republikken Finlands udøvelse af sin beskatningskompence i forhold til virksomhed udøvet på dens område. Anvendelse af kildebeskatning vil således være berettiget ud fra nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, som aftalt mellem denne medlemsstat og Storhertugdømmet Luxembourg i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, hvorefter den stat, hvorfra indtægten stammer, bevarer retten til at opkræve 5% af denne i kildeskat.

60 Den italienske regering tilføjer, at fritagelsen for kildebeskatning tilskynder koncerner til at etablere deres moderselskab i de stater, hvor skatterne er lavere, eller slet ikke findes, hvilket i sidste ende giver disse koncerner mulighed for at vælge, hvor og i hvilket omfang udbytte hidrørende fra en medlemsstats område skal beskattes, og medlemsstaten således fratages sin beskatningskompetence vedrørende dette udbytte. Ligeledes ifølge den italienske regering berettiger nødvendigheden af at forebygge skatteunddragelse og at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen kildebeskatningen.

61 Ifølge den finske regering er den i hovedsagen omhandlede lovgivning endeligt også berettiget ud fra nødvendigheden af at bevare sammenhængen i den finske beskatningsordning, som er baseret på det princip, at fritagelsen for kildebeskatning af udbytte modtaget af et hjemmehørende aktieselskab og en hjemmehørende investeringsfond opvejes af beskatning på den modtagende fysiske persons plan af

dennes hertil svarende indtægt, eftersom aktionæren i et aktieselskab betaler skat af dette udbytte, og da overskud udbetalt af en investeringsfond i Finland anses for en kapitalindkomst, der beskattes med 28%.

62 De af den finske og den italienske regering påberåbte begrundelser kan ikke tages til følge.

63 Hvad for det første angår argumentet om forebyggelse af skatteunddragelse, bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at en national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan være begrundet, når den specifikt tager sigte på rent fiktive arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning (jf. i denne retning dom af 16.7.1998, sag C-264/96, ICI, Sml. I, s. 4695, præmis 26, Marks & Spencer-dommen, præmis 57, og dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 51, og i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 72).

64 For at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent fiktive 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 (dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 55, og i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 74).

65 Det er imidlertid tilstrækkeligt at fremhæve, at den i hovedsagen omhandlede beskatningsordning ikke specifikt omhandler fiktive 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, og kan derfor ikke begrundes i hensynet til forebyggelse af skatteunddragelse.

66 Hvad dernæst angår argumentet om en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen bemærkes, at en sådan begrundelse bl.a. kan anerkendes, 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 (jf. dom af 29.3.2007, sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, Sml. I, s. 2647, præmis 42, Oy AA-dommen, præmis 54, og Amurta-dommen, præmis 58).

67 Når en medlemsstat har valgt ikke at beskatte selskaber, der modtager udbytte, og som er etableret på dens område, af denne type indkomst, kan den ikke påberåbe sig nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne med henblik på at begrunde en beskatning af selskaber, der modtager udbytte, og som er etableret i en anden medlemsstat (Amurta-dommen, præmis 59).

68 Den omstændighed, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten forbeholder Republikken Finland retten til at udøve sin beskatningskompetence vedrørende udbytte udbetalt af selskaber etableret i denne medlemsstat til modtagere med bopæl eller hjemsted i Luxembourg, er ikke relevant.

69 En medlemsstat kan ikke påberåbe sig en overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning for at undgå de forpligtelser, der påhviler den i henhold til traktaten (jf. dommen i sagen Denkavit Internationaal og Denkavit France, præmis 53, og Amurta-dommen, præmis 55).

70 For så vidt som udbytte udbetalt af hjemmehørende selskaber desuden beskattes hos det udloddende selskab som opnået overskud, fratager fritagelsen for kildebeskatning ikke Republikken Finland enhver ret til at beskatte indkomster vedrørende virksomhed på sit område.

71 Hvad endelig angår anbringendet vedrørende sammenhængen i beskatningsordningen, bemærkes, at Domstolen har udtalt, at nødvendigheden af at sikre en sådan sammenhæng kan begrunde en begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten (jf. domme af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 28, og sag C-300/90, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 305, præmis 21, Keller Holding-dommen, præmis 40, og Amurta-dommen, præmis 46, samt dom af 28.2.2008, sag C-293/06, Deutsche Shell, Sml. I, s. 1129, præmis 37).

72 For at et anbringende, der er baseret på en sådan begrundelse, kan godtages, kræver Domstolen imidlertid, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning (dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustafsson, Sml. I, s. 3955, præmis 18, ICI-dommen, præmis 29, dom af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, præmis 42, og Keller Holding-dommen, præmis 40), idet den direkte karakter af denne sammenhæng desuden skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning (Manninen-dommen, præmis 43, og Deutsche Shell-dommen, præmis 39, samt dom af 27.11.2008, sag C-418/07, Papillon, Sml. I, s. 8947, præmis 44).

73 Den i hovedsagen omhandlede beskatningsordning stiller imidlertid ikke som betingelse for fritagelsen for kildebeskatning af udbytte, at udbytte modtaget af et aktieselskab skal genudloddes af dette, og at beskatningen af udbyttet hos aktionærerne i dette selskab skal opveje fritagelsen for kildeskat.

74 Derfor er der ikke nogen direkte sammenhæng i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den i denne doms præmis 72 nævnte retspraksis, mellem fritagelsen for kildebeskatning og beskatningen af udbyttet som indkomst hos aktionærerne i et aktieselskab.

75 Det følger heraf, at den begrænsning af etableringsfriheden, som den i hovedsagen omhandlede lovgivning udgør, ikke kan begrundes i nødvendigheden af at bevare sammenhængen i den finske beskatningsordning.

76 Under hensyn til det ovenfor anførte skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som fritager udbytte for kildeskat, når udbyttet udbetales af et datterselskab hjemmehørende i denne stat til et aktieselskab, der er hjemmehørende i samme stat, men som undergiver tilsvarende udbytte kildebeskatning, når det udbetales til et moderselskab af SICAV-typen hjemmehørende i en anden medlemsstat, som har en juridisk form, der ikke kendes i den første stats lovgivning, som ikke er anført på listen over selskaber som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 90/435, og som er fritaget for indkomstskat i henhold til den anden medlemsstats lovgivning.

Sagens omkostninger

77 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

Artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som fritager udbytte for kildeskat, når udbyttet udbetales af et datterselskab hjemmehørende i denne stat til et aktieselskab, der er hjemmehørende i samme stat, men som undergiver tilsvarende udbytte kildebeskatning, når det udbetales til et moderselskab, som er et investeringsselskab med variabel kapital (SICAV), hjemmehørende i en anden medlemsstat, som har en juridisk form, der ikke kendes i den første stats lovgivning, som ikke er anført på listen over selskaber som omhandlet i artikel 2, litra a), i Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, som ændret ved Rådets direktiv 2003/123/EF af 22. december 2003, og som er fritaget for indkomstskat i henhold til den anden medlemsstats lovgivning.

Underskrifter