FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED fremsat den 29. juni 2006 [1]

I — Indledning

1. Denne præjudicielle forelæggelse fra High Court of Justice of England and Wales vedrører spørgsmålet, om de britiske regler om såkaldt tynd kapitalisering, som ændret ved flere lejligheder, er forenelige med traktatens bestemmelser om fri bevægelighed. Ved disse regler begrænser Det Forenede Kongerige britiske datterselskabers fradragsret for rentebetalinger til ikke-hjemmehørende moderselskaber eller mellemliggende selskaber i samme koncern.

2. Sagen rejser endnu en gang spørgsmålet om foreneligheden med bestemmelserne om fri bevægelighed af nationale bestemmelser om direkte beskatning, som tager sigte på bekæmpelse af misbrug. Spørgsmålet er navnlig genstand for dommen af 12. december 2002 i Lankhorst-Hohorst-sagen (vedrørende de tyske regler om tynd kapitalisering) og for den verserende sag Cadbury Schweppes (vedrørende Det Forenede Kongeriges lovgivning om kontrollerede udenlandske selskaber) [2]. Grænserne for, hvilke begrænsninger for tynd kapitalisering der kan fastsættes, fremgik dog ikke helt klart af Lankhorst-Hohorst-dommen, hvilket har ført til, at visse medlemsstater — herunder Det Forenede Kongerige og Tyskland — også har ladet deres lovgivning om tynd kapitalisering omfatte koncerninterne betalinger i indlandet, selv om der umuligt kan opstå risiko for »misbrug« i rent indenlandske situationer. Af denne grund, og fordi de omhandlede britiske regler på væsentlige punkter adskiller sig fra den tyske lovgivning, som blev anfægtet i Lankhorst-Hohorst-sagen, må spørgsmålet tages op til fornyet overvejelse i denne sag.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Henholdsvis sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, Sml. 2002 I, s. 11779, og sag C-196/04, Cadbury Schweppes (jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 2.5.2006 i denne sag).

II — Retsforskrifter

Det Forenede Kongeriges lovgivning

1. Baggrunden og begrundelsen for reglerne om tynd kapitalisering

3. Der er to hovedformer for selskabsfinansiering, nemlig gældsfinansiering og egenkapitalfinansiering. Mange medlemsstater sondrer ved den direkte beskatning mellem disse to former for finansiering. I forbindelse med gældsfinansiering har virksomheder normalt ret til at fradrage rentebetalinger på lån ved beregningen af deres skattepligtige overskud (dvs. overskuddet før skat), fordi der er tale om løbende udgifter, som afholdes med henblik på virksomhedens drift. Hvad angår egenkapitalfinansiering har virksomhederne imidlertid ikke ret til at fradrage udlodninger til aktionærer i deres overskud før skat. Udbytte udbetales derimod af overskuddet efter skat.

4. Denne forskel i den skattemæssige behandling indebærer, at det kan være fordelagtigt for et moderselskab i en koncern at finansiere et af selskaberne i koncernen ved lån i stedet for egenkapital. Det skattemæssige incitament til at gøre dette er navnlig åbenbart, når datterselskabet er beliggende i et land med høj skat, mens moderselskabet (eller et mellemliggende koncernselskab, som yder lånet) er beliggende i et land med lavere skat. I en sådan situation kan det forekomme, at en finansiering, som i virkeligheden er en egenkapitalinvestering, fremtræder som en gældsfinansiering, fordi man herved kan opnå en gunstigere skattemæssig behandling. Dette kaldes tynd kapitalisering. Ved på denne måde at manipulere med måden, hvorpå kapital tilvejebringes, kan et moderselskab rent faktisk vælge, hvor det vil have overskud beskattet.

5. Mange stater, der betragter tynd kapitalisering som misbrug, har truffet foranstaltninger for at imødegå dette misbrug. De pågældende bestemmelser medfører typisk, at lån, som opfylder visse kriterier, i skattemæssig henseende skal betragtes som skjult egenkapital. Dette indebærer, at rentebetalinger anses for udlodninger af overskud, således at datterselskabet ikke kan fradrage rentebetalingen helt eller delvist i sin skattepligtige indkomst, og betalingen bliver omfattet af eventuelle bestemmelser om udbyttebeskatning [3].

3 — Inden for Fællesskabet kan der ifølge Rådets direktiv 90/435/EØF af 23.7.1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (EFT L 225, s. 6) ikke opkræves kildeskat af det udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab.

2. De bestemmelser, der var gældende i Det Forenede Kongerige indtil 1995

6. I henhold til section 209(2)(d) i Income and Corporation Taxes Act 1988 (lov af 1988 om indkomst- og selskabsskat, herefter »ICTA«) skulle det beløb, hvormed et selskabs rentebetaling oversteg, hvad der måtte anses for et rimeligt kommercielt afkast af det pågældende lån, anses for en udlodning af overskud [4]. Denne bestemmelse fandt anvendelse, uanset om betalingen var til en hjemmehørende eller en ikke-hjemmehørende långiver. Den indebar, at der ikke var rentefradrag for det overskydende beløb ved beregningen af selskabets skattepligtige overskud, idet dette beløb blev anset for en udlodning af overskud efter skat. Det forhold, at en sådan rentebetaling blev behandlet som en udlodning, indebar også, at selskabet ved betalingen af renterne skulle foretage en forskudsbetaling af selskabsskat (herefter »ACT-skat«) [5].

7. I henhold til ICTA's section 209(2)(e)(iv) og (v) skulle rentebetalinger, som ikke allerede blev anset for en udlodning i henhold til section 209(2)(d), til en långiver, som ikke var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, men som tilhørte den samme koncern (i lovens forstand), anses for en udlodning. Denne bestemmelse fandt bl.a. anvendelse på lån, som et ikke-hjemmehørende selskab ydede et hjemmehørende datterselskab, hvori det långivende selskab havde en ejerandel på mindst 75%, eller hvor et tredje, ikke-hjemmehørende selskab havde en ejerandel på mindst 75% i begge selskaber. De britiske bestemmelser, som fandt anvendelse indtil 1995, indebar derfor — når man ser bort fra virkningerne af de nedenfor beskrevne gældende bilaterale dobbeltoverenskomster — at rentebetalinger fra et selskab, der var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, til et selskab uden for Det Forenede Kongerige, som tilhørte samme koncern (i lovens forstand), altid skulle anses for en udlodning, også selv om renterne udgjorde et rimeligt kommercielt afkast af lånet.

8. Bestemmelserne i visse dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået af Det Forenede Kongerige medførte, at ovennævnte bestemmelser i ICTA's section 209 ikke fandt anvendelse, og at renterne under visse omstændigheder kunne fradrages i overskuddet. Disse bestemmelser gjaldt uanset bestemmelserne i Det Forenede Kongeriges nationale lovgivning [6]. Ordlyden af bestemmelserne i disse dobbeltbeskatningsoverenskomster er forskellig, men den nationale ret anfører i forelæggelseskendelsen, at de dog i grove træk kan inddeles i to kategorier.

4 — Selv om der i ICTA og ændringerne hertil generelt tales om låntagerens tildeling af værdipapirer til långiveren i stedet for om låntagning gennem lån, vil jeg i dette forslag til afgørelse for nemheds skyld henvise til långivers ydelse af lån til låntager.

5 — ICTA's section 14.

6 — ICTA's section 788(3).

9. Bestemmelserne i den første kategori fokuserer på, om rentesatsen, henset til gældens størrelse, svarer til markedsrenten. Der skal ikke tages stilling til, om størrelsen af selve gælden er forretningsmæssig. Bestemmelser af denne type findes i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med bl.a. Luxembourg, Japan, Tyskland, Spanien og Østrig. Artikel 11, stk. 7, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Det Forenede Kongerige og Luxembourg bestemmer f.eks., at i tilfælde, »hvor en særlig forbindelse mellem den, der erlægger, og den, der modtager renten, eller mellem disse og en tredje person, har bevirket, at rentebeløbet set i forhold til den gældsfordring, for hvilken den er betalt, overstiger det beløb, som ville være blevet aftalt mellem parterne, hvis en sådan forbindelse ikke havde foreligget, skal den overskydende del af beløbet kunne beskattes i overensstemmelse med lovgivningen i hver af de kontraherende stater under behørig hensyntagen til de øvrige bestemmelser i denne overenskomst«.

10. Bestemmelserne i den anden kategori indebærer, at der skal foretages en mere generel undersøgelse af, om der af en eller anden grund betales mere i rente, end der ville være betalt på armslængdevilkår. I denne forbindelse skal det også undersøges, om selve lånet er større end det lån, der ville være ydet på armslængdevilkår. Bestemmelser af denne type findes i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med bl.a. USA, Irland, Schweiz, Nederlandene, Frankrig og Italien. Artikel 11, stk. 5, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Det Forenede Kongerige og USA bestemmer f.eks., at i tilfælde, »hvor en særlig forbindelse mellem den, der erlægger, og den, der er berettiget til at modtage renten, eller mellem disse og en tredje person, har bevirket, at rentebeløbet af en eller anden grund overstiger det beløb, som ville være blevet betalt, såfremt den nævnte forbindelse ikke havde foreligget, skal den overskydende del af beløbet kunne beskattes i overensstemmelse med lovgivningen i hver af de kontraherende stater under behørig hensyntagen til de øvrige bestemmelser i denne overenskomst«.

11. At bestemmelserne i den anden kategori af overenskomster er mere vidtrækkende, bekræftes af ICTA's section 808A(2) [7], som bestemmer, at der ved afgørelsen af, om en sådan »særlig forbindelse« foreligger, skal tages hensyn til alle relevante faktorer, herunder om lånet i det hele taget ville være ydet, hvor stort det ville have været, og hvad renten ville have været, hvis den ikke havde foreligget. Section 808A(3) bestemmer for så vidt angår begge kategorier af dobbeltbeskatningsoverenskomster, at bestemmelsen om en særlig forbindelse skal fortolkes således, at den skattepligtige skal godtgøre, at der ikke foreligger en særlig forbindelse, eller (alt efter omstændighederne) dokumentere, hvor stort et rentebeløb der ville være blevet betalt, såfremt en sådan forbindelse ikke havde foreligget. Disse bestemmelser finder anvendelse på renter, der er betalt efter den 14. maj 1992.

7 — Indsat ved section 52 i Finance Act (No 2) 1992.

3. Ændringerne i 1995

12. ICTA's section 209(2)(e)(iv) og (v) blev ophævet ved Finance Act 1995 og erstattet af section 209(2)(da), som i hovedtræk bestemte, at rentebetalinger mellem koncernforbundne selskaber (i lovens forstand), som oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår [8], skulle behandles som udlodninger. Denne section finder anvendelse, når det långivende selskab har en ejerandel i det låntagende selskab på mindst 75%, eller når et tredje selskab har en ejerandel på mindst 75% i begge selskaber.

13. I henhold til ICTA's section 212(1) og (3), som ændret, finder section 209(2)(da) ikke anvendelse, hvis både betaleren og modtageren af renterne er selskabsskattepligtige i Det Forenede Kongerige.

4. Ændringerne i 1998

14. I section 209(8B) angives de kriterier, der skal anvendes ved afgørelsen af, om rentebetalinger skal anses for udlodninger. Disse kriterier er det hensigtsmæssige niveau for låntagerens samlede gæld, spørgsmålet, om det kunne forventes, at låntageren og en bestemt person ville blive parter i en transaktion, som omfatter udstedelse af et værdipapir fra det udstedende selskab eller ydelse af et lån, eller udlån af et bestemt beløb, til dette selskab, og rentesatsen og de øvrige vilkår, som i et konkret tilfælde må forventes at gælde for en sådan transaktion. Section 209(8A), sammenholdt med section 209(8D)-(8F), afgør, om selskaber kan anses som koncernforbundne ved vurderingen af størrelsen af deres låntagning på koncernplan. Bestemmelserne indebærer i det væsentlige, at selvstændige delkoncerner i Det Forenede Kongerige, som indgår i en større udenlandsk koncern, ikke kan anses for koncernforbundne i denne henseende: Lånekapaciteten vurderes særskilt for de enkelte delkoncerner i Det Forenede Kongerige [9].

15. ICTA's schedule 28AA, som blev indført ved Finance Act 1998, indeholder detaljerede

8 — Denne section finder anvendelse, når hele lånet eller en del af dette »udgør et beløb, som det ene selskab ikke skulle have betalt til det andet, hvis der havde været tale om selskaber, mellem hvilke der (ud over hvad der følger af de pågældende værdipapirer) ikke forelå forbindelser, aftaler eller anden tilknytning (af formel eller uformel karakter), undtagen hvad angår den eventuelle del af en sådan udlodning, som ikke udgør et sådant beløb, eller som udgør en udlodning i henhold til litra d) eller et beløb, som svarer til den kapital, der sikres gennem værdipapirerne (section 209(2)(da)(ii)).

9 — Section 209(8A)(b) bestemmer, at der ved afgørelsen af, om de i section 209(8B) angivne kriterier for, at en betaling kan anses for en udlodning, er opfyldt, ikke skal tages hensyn til eventuelle forbindelser, aftaler eller anden tilknytning (som ikke er mellem låntageren og långiveren) mellem låntageren og en anden person, medmindre denne person i) ikke har nogen relevant forbindelse (i section 209(8C)'s forstand) til låntageren, og ii) er et selskab, som er medlem af den samme koncern i Det Forenede Kongerige (i section 209(8D)'s forstand) som låntageren.

regler vedrørende transfer pricing, som også finder anvendelse på rentebetalinger. Reglerne om transfer pricing finder anvendelse, når 1) der er »indgået aftale ved en transaktion«, eller en række transaktioner, mellem to selskaber under fælles kontrol; ved kontrol forstås i denne henseende både direkte og indirekte medbestemmelse hvad angår et selskabs ledelse, kontrol eller formue [10], 2) vilkårene for aftalen er anderledes, end de ville have været, såfremt selskaberne ikke havde været under fælles kontrol, og 3) aftalen giver en af de berørte personer en potentiel skattemæssig fordel i Det Forenede Kongerige. Under sådanne omstændigheder skal den eller de potentielt begunstigede personers overskud og underskud »i skattemæssig henseende beregnes, som om der var indgået eller fastsat en aftale på armslængdevilkår i stedet for den faktiske aftale« [11].

16. Aftalen ansås for ikke at give en af de berørte personer en potentiel fordel, når f.eks. den anden part i transaktionen var indkomst- eller selskabsskattepligtig i Det Forenede Kongerige, og visse andre betingelser var opfyldt. Betingelserne var, 1) at den pågældende person ikke havde ret til fritagelse for indkomstskat eller selskabsskat for hele eller en del af den skattepligtige indkomst eller det skattepligtige overskud [12], 2) at den pågældende person, såfremt denne var indkomstskattepligtig af overskuddet af den pågældende virksomhed, var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige i de omhandlede skatteperioder [13], 3) at personen ikke i nogen skatteperiode havde ret til godtgørelse [14] for udenlandsk skat af eller vedrørende overskud af den pågældende virksomhed og ikke ville have ret til en sådan godtgørelse i en skatteperiode, hvis et sådant overskud forelå eller oversteg et bestemt beløb [15], og 4) at de beløb, der indgik ved beregningen af personens overskud eller underskud af den relevante virksomhed i en skatteperiode, ikke omfattede indkomst, som var nedsat i henhold til ICTA's section 811(1) (fradrag for udenlandsk skat, når der ikke kan indrømmes godtgørelse).

17. Denne regel blev ændret ved Finance Act 2004, således at den finder anvendelse, når begge parter i transaktionen er skattepligtige i Det Forenede Kongerige.

10 — Schedule 28AA(1)(1)(b).

11 — Schedule 28AA(1)(2). I henhold til ICTA's schedule 28AA(5) var betingelsen om en potentiel skattemæssig fordel opfyldt for en bestemt person, når indgåelsen eller fastsættelsen af aftalen ville bevirke, at denne persons skattepligtige overskud i en skatteperiode blev mindre, og/eller at personens underskud i en skatteperiode blev større.

12 — ICTA's schedule 28AA(5)(3)(b).

13 — ICTA's schedule 28AA(5)(3)(c).

14 — I henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller ICTA's section 790(1).

15 — ICTA's schedule 28AA(5)(4).

III — Den faktiske baggrund for forelæggelsen

A — *Lafarge-sagen: relevante faktiske omstændigheder*

18. Gruppesøgsmålet vedrørende tynd kapitalisering vedrører krav om tilbagebetaling og/eller godtgørelse for skattemæssige ulemper og andre negative skattemæssige konsekvenser som følge af de ovenfor beskrevne regler om tynd kapitalisering i Det Forenede Kongerige. Kravene er rejst ved High Court of Justice of England and Wales efter Domstolens afsigelse af Lankhorst-Hohorst-dommen, hvori den fastslog, at de dagældende tyske regler om tynd kapitalisering var i strid med artikel 43 EF [16]. Med henblik på denne præjudicielle forelæggelse er prøvesagerne valgt således, at de repræsenterer forskellige virksomhedsstrukturer. De faktiske omstændigheder i prøvesagerne er fastlagt af parterne i enighed. I alle prøvesagerne er der et datterselskab, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, og hvori et ikke-hjemmehørende moderselskab har en direkte eller indirekte ejerandel på mindst 75%. Situationen er så den, at enten moderselskabet eller et andet ikke-hjemmehørende selskab, hvori moderselskabet også har en direkte eller indirekte ejerandel på 75%, har ydet det låntagende selskab et lån. De forelagte spørgsmål er formuleret med udgangspunkt i de faktiske omstændigheder vedrørende én transaktion i én prøvesag, nemlig Lafarge-sagen, og en undersøgelse af, på hvilke relevante punkter de andre prøvesager adskiller sig fra denne.

19. Lafarge SA er et aktieselskab med hjemsted i Frankrig og det endelige moderselskab i en multinational koncern, som producerer byggematerialer. Lafarge-koncernen omfatter, for så vidt som det er relevant for sagen her, følgende selskaber: 1) Financière Lafarge SA (det långivende selskab), som også har hjemsted i Frankrig, og som er et indirekte helejet datterselskab af moderselskabet, Lafarge SA, 2) Lafarge Building Materials Limited, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, og som er det endelige holdingselskab for de fleste af Lafarge-koncernens datterselskaber, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige; holdingselskabet er selv et direkte datterselskab af Financière Lafarge [17]. Kravet vedrører endvidere ni yderligere sagsøgende selskaber i Lafarge-koncernen, som alle er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige og direkte eller indirekte datterselskaber af Lafarge Building Materials (som ejede mere end 50% af aktiekapitalen i hvert af disse selskaber).

20. I december 1997 erhvervede Lafarge-koncernen aktierne i Redland plc, der var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Financière Lafarge havde med henblik på finansieringen af købet forskellige kreditmuligheder hos Lafarge-koncernens eksterne bankforbindelser, som Lafarge SA garante-

16 — Nævnt ovenfor i fodnote 2.

17 — Financière Lafarge ejede i hele sagsperioden over 75% af den udstedte aktiekapital i Lafarge Building Materials.

rede for i sidste instans. Disse kreditter gjorde det muligt at yde lånefinansiering til alle selskaber i koncernen eller at lade autoriserede datterselskaber udnytte dem til direkte finansiering. Til finansieringen af købet af Redland ydede Financière Lafarge således Lafarge Building Materials et kortfristet lån, hvorefter Lafarge Building Materials ydede et andet selskab i Lafarge-koncernen, Minerals UK, et tilsvarende lån. Dette lån (gennem Financière Lafarge og Lafarge Building Materials) dækkede i alt ca. halvdelen af købsprisen for Redland-aktierne, idet resten blev dækket af penge, som Mineral UK hævede inden for Lafarge-koncernens kreditramme hos sine eksterne bankforbindelser. Størstedelen af det hævede beløb blev betalt i 1998 ved hjælp af lån, som Lafarge SA ydede Minerals UK i forbindelse med, at Lafarge SA og Financière Lafarge omlagde deres eksterne lån ved at udstede obligationer for at opnå bedre finansieringsvilkår.

21. Da Lafarge-koncernens skatterådgivere i Det Forenede Kongerige efter afslutningen af Redland-købet havde underrettet koncernen om, at Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder som følge af ICTA's section 209(2)(da) ville anse i hvert fald en del af Lafarge Building Materials' rentebetalinger på disse lån for at være udlodninger, mindskede Lafarge-koncernen omkring marts 1998 Lafarge Building Materials' gæld til Financière Lafarge ved at konvertere omkring 75% af det beløb, som på det pågældende tidspunkt var udlånt, til egenkapital. Dette foregik ved, at der blev udstedt yderligere aktier i Lafarge Building Materials til selskaber inden for Lafarge-koncernen (størsteparten til Financière Lafarge). Herefter blev et beløb svarende til disse selskabers betaling for aktierne modregnet i Lafarge Building Materials' gæld til Financière Lafarge.

22. I marts 1999 indledte Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder undersøgelser af overtagelsen af Redland. Skattemyndighederne godtog ikke Lafarges argument om, at en ekstern bank normalt ville have ydet tilsvarende lån på samme vilkår som dem, der var aftalt mellem Financière Lafarge og Lafarge Building Materials og mellem Minerals UK og Lafarge SA. Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder anførte, at en del af renterne skulle anses for udlodninger i henhold til ICTA's section 209(2)(da). Efter møder mellem skattemyndighederne og Lafarges rådgivere nåede man frem til en aftale om, at visse af rentebetalingerne fra Financière Lafarge til Lafarge Building Materials og fra Minerals UK til Lafarge SA skulle anses for udlodninger, navnlig hvis forholdet mellem den samlede nettogæld og driftsoverskuddet før skat overskred visse grænser.

B — *Andre prøvesager: relevante faktiske omstændigheder*

23. De øvrige prøvesager, som er udvalgt i forbindelse med denne præjudicielle forelæggelse, vedrører nedennævnte koncerner.

24. Den første yderligere prøvesag vedrører Volvo-koncernen, som — af relevans for sagen her — omfatter 1) AB Volvo, et børsnoteret moderaktieselskab, som er hjemmehørende i Sverige, 2) Volvo Treasury AB, der er hjemmehørende i Sverige og et direkte helejet datterselskab af AB Volvo, 3) Volvo Truck and Bus Limited, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige og et indirekte helejet datterselskab af AB Volvo, som dette ejer gennem mellemliggende selskaber, der er hjemmehørende i Sverige og Nederlandene, 4) VFS Financial Services (UK) Limited, som også er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige og et indirekte helejet datterselskab af AB Volvo, som dette ejer gennem mellemliggende selskaber, der er hjemmehørende i Sverige. Prøvesagen vedrører navnlig midler, som Volvo Treasury i oktober 1999 stillede til rådighed for Volvo Truck and Bus i henhold til en låneaftale. På omtrent samme måde som beskrevet ovenfor i relation til Lafarge-koncernen blev en del af denne gæld i december 1999 konverteret til egenkapital i Volvo Truck and Bus. Volvo-koncernen indgik i 2000 aftale med Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder om de betingelser, der skulle opfyldes, for at rentebetalingerne ikke ville blive anset for udlodninger.

25. Den anden yderligere prøvesag vedrører PepsiCo-koncernen, som — af relevans for sagen her — omfatter 1) moderselskabet PepsiCo Inc, der var hjemmehørende i USA, 2) PepsiCo Finance Europe Limited, et selskab, som var stiftet i henhold til engelsk ret og hjemmehørende i Luxembourg, og som drev virksomhed i Schweiz gennem en filial og var et indirekte helejet datterselskab af PepsiCo Inc, som dette ejede gennem mellemliggende holdingselskaber, der var hjemmehørende i Irland og tredjelande, 3) PepsiCo Holdings, et i Det Forenede Kongerige hjemmehørende selskab, som var et indirekte helejet datterselskab af PepsiCo Inc, som dette ejede gennem mellemliggende selskaber, der var hjemmehørende i medlemsstater og tredjelande. Fra december 1999 ydede PepsiCo Finance Europe gennem sin schweiziske filial lån til PepsiCo Holdings; rentebetalingerne på disse lån var omfattet af bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Det Forenede Kongerige og Luxembourg af 1968.

26. Både den tredje og den fjerde yderligere prøvesag vedrører Caterpillar-koncernen, som har fremsat to typer krav, der er gjort til genstand for særskilte prøvesager.

27. I relation til den tredje yderligere prøvesag er de relevante selskaber i Caterpillar-koncernen 1) moderselskabet Caterpillar Inc,

der var hjemmehørende i USA, 2) Caterpillar International Finance plc, et i Irland hjemmehørende selskab, som var et indirekte helejet datterselskab af Caterpillar Inc, som dette ejede gennem mellemliggende holdingselskaber, der var hjemmehørende i enten Det Forenede Kongerige eller USA (et af disse holdingselskaber var Caterpillar Financial Services Corporation, som var hjemmehørende i USA), 3) Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, et i Det Forenede Kongerige hjemmehørende selskab og ligeledes et indirekte helejet datterselskab af Caterpillar Inc, som dette ejede gennem mellemliggende holdingselskaber i enten Det Forenede Kongerige eller USA, heriblandt Caterpillar Financial Services Corporation. Caterpillar International Finance ydede et lån til Caterpillar Financial Services (UK); renterne af dette lån var omfattet af bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Det Forenede Kongerige og Irland af 1976.

28. I relation til den fjerde yderligere prøvesag er de relevante selskaber i Caterpillarkoncernen 1) Caterpillar Inc, 2) Caterpillar Overseas SA, som var hjemmehørende i Schweiz og — alt efter, hvilket tidspunkt der er tale om — et enten direkte eller indirekte helejet datterselskab af Caterpillar Inc; på de tidspunkter, hvor selskabet var et indirekte ejet datterselskab, var de mellemliggende holdingselskaber hjemmehørende i USA, 3) Caterpillar Peterlee Limited, et i Det Forenede Kongerige hjemmehørende selskab og et indirekte helejet datterselskab af Caterpillar Inc, som dette ejede gennem mellemliggende holdingselskaber i Det Forenede Kongerige. Caterpillar Overseas ydede et lån til Caterpillar Peterlee, og renterne af dette lån var omfattet af bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Det Forenede Kongerige og Schweiz af 1977.

IV — De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

29. Efter at de faktiske omstændigheder i prøvesagerne var fastlagt af parterne i enighed, blev retsforhandlingerne i hovedsagen udsat den 21. december 2004 og Domstolen forelagt følgende spørgsmål:

»1) Er artikel 43 EF, 49 EF eller 56 EF til hinder for, at en medlemsstat (herefter »det låntagende selskabs medlemsstat«) opretholder og anvender bestemmelser som de i section 209 og 212 og schedule 28AA i Income and Corporation Taxes Act 1988 fastsatte (herefter »de nationale bestemmelser«), der for et selskab, der er hjemmehørende i denne medlemsstat (herefter »det låntagende selskab«), indebærer begrænsninger af retten til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, når det låntagende selskab ikke ville være undergivet sådanne begrænsninger, hvis moderselskabet havde været hjemmehørende i det låntagende selskabs medlemsstat?

2) Hvilken betydning har det for besvarelsen af spørgsmål 1, såfremt

a) finansieringslånet ikke ydes af det låntagende selskabs moderselskab, men af et andet selskab (herefter »det långivende selskab«) inden for den samme koncern, som har samme direkte eller indirekte moderselskab som det låntagende selskab, og både det fælles moderselskab og det långivende selskab er hjemmehørende i andre medlemsstater end det låntagende selskabs medlemsstat?

b) det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat end det låntagende selskab, men alle fælles direkte eller indirekte moderselskaber til det låntagende selskab og det långivende selskab er hjemmehørende i et tredjeland?

c) alle fælles direkte eller indirekte moderselskaber til det långivende selskab og det låntagende selskab er hjemmehørende i tredjelande, og det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat end det låntagende selskab, men udbetaler finansieringslånet til det låntagende selskab fra en filial i et tredjeland?

d) det långivende selskab og alle fælles direkte eller indirekte moderselskaber til det långivende selskab og det låntagende selskab er hjemmehørende i tredjelande?

3) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1 og 2, såfremt det kan godtgøres, at låntagningen udgjorde et misbrug af rettigheder eller indgik i en kunstig konstruktion, hvis formål var at omgå skattelovgivningen i det låntagende selskabs medlemsstat? Hvilke retningslinjer finder Domstolen det i givet fald passende at give for, hvornår der i sager som den foreliggende er tale om et sådant misbrug eller en sådan kunstig konstruktion?

4) Såfremt der foreligger en hindring for de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande i artikel 56 EF's forstand, eksisterede denne da den

31. december 1993, således at artikel 57 EF finder anvendelse?

5) Såfremt der i en eller flere af de situationer, der henvises til i spørgsmål 1 og 2, er tale om en tilsidesættelse af artikel 43 EF, 49 EF eller 56 EF, og såfremt det låntagende selskab eller andre selskaber i samme koncern (herefter »sagsøgerne«) fremsætter følgende krav:

a) et krav om tilbagebetaling af den yderligere selskabsskat, som det låntagende selskab har betalt som følge af, at der ikke blev indrømmet fradrag for renter betalt til det långivende selskab i selskabets selskabsskattepligtige overskud, når disse rentebetalinger ville have givet ret til fradrag i det låntagende selskabs overskud, hvis det långivende selskab også havde været hjemmehørende i det låntagende selskabs medlemsstat

b) et krav om tilbagebetaling af den yderligere selskabsskat, som det låntagende selskab har betalt i tilfælde, hvor det fulde rentebeløb faktisk er betalt til det långivende selskab, men hvor fradraget for renterne er blevet nedsat som følge af de nationale bestemmelser eller skattemyndighedernes anvendelse af disse

c) et krav om tilbagebetaling af den yderligere selskabsskat, som det låntagende selskab har betalt i tilfælde, hvor det rentebeløb vedrørende lån ydet af det långivende selskab, som kan fradrages i det låntagende selskabs overskud, som følge af de nationale bestemmelser eller skattemyndighedernes anvendelse af disse er blevet begrænset, fordi der er indskudt egenkapital i stedet for fremmedkapital, eller fordi eksisterende fremmedkapital er blevet erstattet af egenkapital

d) et krav om tilbagebetaling af den yderligere selskabsskat, som det låntagende selskab har betalt i tilfælde, hvor de renter af lån ydet af det långivende selskab, som kan fradrages i det låntagende selskabs overskud, som følge af de nationale bestemmelser eller skattemyndighedernes anvendelse af disse er blevet begrænset ved at nedsætte rentesatsen (eller gøre lånet rentefrit)

e) et krav om tilbagebetaling eller godtgørelse af et beløb svarende til de tab — eller andre skattefradrag eller skattegodtgørelser — i det

låntagende selskab (eller som er overført til dette af andre selskaber i samme koncern, som også er hjemmehørende i det låntagende selskabs medlemsstat), som det låntagende selskab har brugt til at udligne de ovenfor i punkt a), b) og c) omhandlede yderligere selskabsskattetilsvar, men som ellers kunne have været anvendt på anden måde eller fremført

f) et krav om tilbagebetaling af uudnyttet ACT-skat, som det låntagende selskab har betalt af rentebetalinger til det långivende selskab, der er blevet anset for udlodninger

g) et krav om tilbagebetaling eller godtgørelse vedrørende ACT-skat, der er betalt i den i punkt f) omhandlede situation, men som efterfølgende er blevet modregnet i det låntagende selskabs selskabsskattetilsvar

h) et krav om godtgørelse af de udgifter og omkostninger, som for sagsøgerne har været forbundet med at overholde de nationale bestemmelser og med skattemyndighedernes anvendelse af disse

i) et krav om tilbagebetaling eller godtgørelse for det mindre afkast af fremmedkapital, der er indskudt som egenkapital (eller konverteret til egenkapital) som beskrevet ovenfor i punkt c), og

j) et krav om tilbagebetaling eller godtgørelse for eventuelle skattetilsvar, som er opstået i det långivende selskab i det land, hvor det er hjemmehørende, ved modtagelsen af beløb fra det låntagende selskab, der blev betragtet som renteindtægter, men som i henhold til de i spørgsmål 1 nævnte nationale bestemmelser er blevet anset for udlodninger

skal disse krav da i fællesskabsretlig henseende betragtes som

krav om tilbagebetaling af uretmæssigt opkrævede beløb, der opstår som følge af og i tillæg til overtrædelsen af de ovennævnte fællesskabsbestemmelser, eller

krav om godtgørelse eller erstatning, eller

krav om betaling af et beløb svarende til en fordel, der uretmæssigt er blevet nægtet?

6) Såfremt en del af spørgsmål 5 besvares med, at kravene er krav om betaling af et beløb svarende til en fordel, der uretmæssigt er blevet nægtet,

a) opstår sådanne krav da som en konsekvens af og som supplement til den ret, som følger af de ovennævnte fællesskabsbestemmelser, eller

b) skal alle eller nogle af de erstatningsbetingelser, der er fastsat i dommen i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, være opfyldt, eller

c) skal andre betingelser være opfyldt?

7) Har det betydning, om de i spørgsmål 5 opregnede krav efter national ret fremsættes som krav om tilbagebetaling eller fremsættes eller skal fremsættes som erstatningskrav?

8) Hvilke retningslinjer, om nogen, finder EF-Domstolen det passende at give i den foreliggende sag for, hvilke omstændigheder den nationale ret bør tage hensyn til ved vurderingen af, om der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i dommen i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, særligt med hensyn til, om overtrædelsen var undskyldelig i betragtning af udviklingstrinnet for retspraksis vedrørende fortolkningen af de relevante fællesskabsbestemmelser?

9) Kan der i princippet foreligge en direkte årsagsforbindelse (i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i dommen i de forenede sager C-46/93 og C-48/93,

Brasserie du pêcheur og Factortame) mellem en overtrædelse af artikel 43 EF, 49 EF eller 56 EF og tab som omhandlet i spørgsmål 5(a)-(h), der hævdes at være forårsaget heraf? Hvilke retningslinjer, om nogen, finder EF-Domstolen det i givet fald passende at give for, hvilke omstændigheder den nationale ret bør tage hensyn til ved vurderingen af, om der foreligger en sådan direkte årsagsforbindelse?

10) Kan den nationale ret ved afgørelsen af, hvilket tab der skal erstattes, tage hensyn til, om de skadelidte på passende måde har søgt at undgå eller begrænse skaden, og navnlig om de skadelidte har gjort brug af retsmidler, hvorved det kunne have været fastslået, at de nationale bestemmelser (som følge af anvendelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster) ikke medførte de i spørgsmål 1 nævnte begrænsninger? Har parternes opfattelser på de relevante tidspunkter vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsternes virkninger betydning for besvarelsen af dette spørgsmål?«

30. I overensstemmelse med artikel 23 i Domstolens statut har sagsøgerne i prøvesagerne, Det Forenede Kongeriges regering, den tyske regering og Kommissionen indgivet skriftlige indlæg. Der blev afholdt mundtlig forhandling den 31. januar 2006, hvorunder der blev afgivet indlæg af de samme parter samt af den nederlandske regering.

V — Stillingtagen

A — *De relevante traktatbestemmelser*

31. Da den nationale ret har rejst spørgsmålet, om den omhandlede britiske lovgivning er forenelig med traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, fri udveksling af tjenesteydelser og frie kapitalbevægelser (artikel 43 EF, 49 EF og 56 EF), skal jeg først undersøge, i forhold til hvilken af disse traktatbestemmelser lovgivningen skal bedømmes. Dette spørgsmål er vigtigt af to grunde. For det første omfatter artikel 43 EF og 49 EF kun hindringer for udøvelsen af etableringsretten og for den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne, mens artikel 56 EF også forbyder restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande. For det andet er det tidsmæssige anvendelsesområde for artikel 56 EF ikke det samme som for artikel 43

EF og 49 EF. Artikel 56 EF trådte således i kraft og fik direkte virkning den 1. januar 1994 og er undergivet en »standstill«-bestemmelse (artikel 57 EF) for så vidt angår restriktioner over for tredjelande (selv om princippet om de frie kapitalbevægelser allerede var blevet indført med Rådets direktiv 88/361) [18].

32. Hvad først angår artikel 43 EF fremgår det af fast retspraksis, at et selskab i en medlemsstat, som har en kapitalandel i et selskab i en anden medlemsstat, der giver det en »sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet«, at det »kan træffe afgørelse om dets drift«, udøver sin etableringsret [19].

33. I den foreliggende sag finder den relevante britiske lovgivning efter min opfattelse — efter ordlyden af hver af de ændrede udgaver, som er forelagt Domstolen — kun anvendelse på situationer, hvor et selskab har (eller på det relevante tidspunkt havde) den i Domstolens retspraksis omhandlede indflydelse på beslutningerne i et andet selskab. Efter den lovgivning, som var gældende indtil ændringerne i 1995, fandt section 209(2)(e) således navnlig anvendelse på lån, som et ikke-hjemmehørende selskab ydede et hjemmehørende datterselskab, når det långivende selskab havde en ejerandel i det låntagende selskab på 75%, eller når et tredje, ikke-hjemmehørende selskab havde en ejerandel på 75% i begge selskaber (dvs. når lånet blev ydet gennem et andet datterselskab af moderselskabet). Denne forudsætning for bestemmelsens anvendelse var fortsat gældende efter ændringerne ved Finance Act 1995 [20].

34. Situationen blev i et vist omfang ændret ved Finance Act 1998, hvorved transaktioner, som tidligere var omfattet af de specifikke regler om tynd kapitalisering, nu blev omfattet af Det Forenede Kongeriges generelle regler om transfer pricing. Disse regler finder imidlertid kun anvendelse, når der er indgået aftale ved en transaktion mellem to selskaber under fælles kontrol, dvs. hvor et af disse selskaber har direkte eller indirekte medbestemmelse hvad angår det andet selskabs ledelse, kontrol eller formue, eller hvor den samme person har direkte eller indirekte medbestemmelse hvad angår begge disse selskabers ledelse, kontrol eller formue [21]. Efter min opfattelse viser denne betingelse i sig selv, at kriteriet om en »vis indflydelse« er opfyldt i den foreliggende sag. I hvert fald vedrører alle prøvesagerne et i Det Forenede Kongerige hjemmehørende datterselskab, hvori et ikke-hjemmehørende moderselskab har en direkte eller indirekte ejerandel på mindst 75%, eller hvori et andet ikke-hjemmehørende selskab, hvori moderselskabet også har en direkte eller indirekte ejer-

18 — Rådets direktiv 88/361/EØF af 24.6.1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (EFT L 178, s. 5).

19 — Dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22. Denne sag vedrørte ganske vist en kapitalandel, som en statsborger i en medlemsstat, og ikke et selskab, var indehaver af, men princippet finder anvendelse på samme måde på selskaber, der er etableret i den pågældende medlemsstat. Jf. også artikel 58, stk. 2, EF, hvorefter bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser »[ikke griber] ind i muligheden for at anvende sådanne restriktioner for etableringsretten, der er forenelige med denne traktat«.

20 — Jf. ICTA's section 209(2)(da).

21 — ICTA's schedule 28AA(1)(1)(b).

andel på 75%, har en sådan andel. Man kan sige, at hvis det på grundlag af ordlyden af Det Forenede Kongeriges lovgivning konkluderes, at artikel 43 EF finder anvendelse, er der tale om en konklusion, som underbygges af selve formålet med de nationale bestemmelser om tynd kapitalisering og transfer pricing, der som nævnt ovenfor tager udgangspunkt i den antagelse, at det i nogle situationer kan være fordelagtigt for multinationale koncerners samlede skattemæssige stilling at indgå en anden aftale om en transaktions vilkår eller karakter, end hvad der ville være aftalt på almindelige markedsvilkår. Denne antagelse giver kun mening i forbindelse med koncerner, eller med andre ord hvor moderselskabet (og/eller mellemliggende koncernselskaber) har en vis indflydelse på datterselskaber længere nede i kæden [22].

35. I den foreliggende sag er det følgelig den omhandlede lovgivnings forenelighed med traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, der skal undersøges. Dette indebærer naturligvis, at artikel 49 EF, som ikke forudsætter en fast etablering, men en midlertidig tilstedeværelse i en anden medlemsstat [23], ikke finder anvendelse. Derimod er det i princippet muligt, at traktatens bestemmelser om de frie kapitalbevægelser kan finde anvendelse parallelt med bestemmelserne om etableringsfriheden [24]. Jeg kan her henvise til generaladvokat Albers forslag til afgørelse i Baars-sagen, hvori han giver udtryk for den opfattelse, at Domstolen i tilfælde, som både kan vedrøre de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden, bør se på, hvilken af disse friheder de pågældende nationale regler direkte hindrer. Hvis der foreligger et direkte indgreb i begge friheder, skal de nationale regler være forenelige med både artikel 43 EF og 56 EF. Hvis der derimod er tale om et direkte indgreb i etableringsfriheden, som på grund af, at det hindrer etablering, indirekte fører til en formindskelse af kapitalstrømmene mellem medlemsstaterne, finder kun bestemmelserne om etableringsretten anvendelse [25]. Jeg er enig i denne argumentation.

36. Hvis dette kriterium anvendes på den foreliggende sag, ses det efter min opfattelse, at selv om ikke-hjemmehørende moderselskabers udøvelse af etableringsretten gen-

22 — Jf. også artikel 4, stk. 1, i voldgiftskonventionen, hvorefter det er en betingelse for anvendelsen af konventionens bestemmelser om transfer pricing, at et foretagende i én medlemsstat direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i et foretagende i en anden medlemsstat, eller at samme personer direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i et foretagende i én stat og et foretagende i en anden stat. Se også artikel 9, stk. 1, i OECD's modelkonvention til undgåelse af dobbeltbeskatning af indkomst og formue, med kommentarer til artiklerne, OECD, Paris, 1977, som ændret.

23 — Jf. f.eks. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755.

24 — Dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955.

25 — Forslaget til afgørelse i Baars-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 26. Jf. også mit forslag til afgørelse i sagen Reisch m.fl. (dom af 5.3.2002, forenede sager C-515/99, C-519/99 — C-524/99 og C-526/99 — C-540/99, Sml. I, s. 2157, punkt 59).

nem etablering af et datterselskab i Det Forenede Kongerige nødvendigvis involverer kapitalbevægelser til Det Forenede Kongerige, for så vidt som kapital er nødvendig for at etablere et datterselskab, er dette en rent indirekte følge af en sådan etablering. Det skal derfor kun undersøges, om Det Forenede Kongeriges lovgivning er forenelig med artikel 43 EF.

B — *Spørgsmål 1*

37. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 43 EF, 49 EF eller 56 EF til hinder for, at en medlemsstat opretholder og anvender bestemmelser som de i section 209 og 212 i og schedule 28AA til ICTA 1988 fastsatte, der for et selskab, der er hjemmehørende i denne medlemsstat, indebærer begrænsninger af retten til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, når det låntagende selskab ikke ville være undergivet sådanne begrænsninger, hvis moderselskabet havde været hjemmehørende i det låntagende selskabs medlemsstat.

38. Det er prøvesagen vedrørende Lafarge-koncernen, som er relevant i forhold til dette spørgsmål. Af de ovenfor anførte grunde skal jeg kun undersøge lovgivningens forenelighed med artikel 43 EF.

39. Det står fast, at selv om direkte beskatning som udgangspunkt henhører under medlemsstaternes kompetence, skal disse dog udøve denne under overholdelse af fællesskabsretten, herunder forpligtelsen i henhold til artikel 43 EF, som forbyder hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber [26]. I artikel 43, stk. 2, EF bestemmes det, at etableringsfriheden indebærer adgang til at oprette og lede virksomheder i en medlemsstat på de vilkår, som i etableringslandet er fastsat for landets egne statsborgere.

40. Som jeg bemærkede i mine forslag til afgørelse i sagerne Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert og Morres og Denkavit [27], finder artikel 43 EF anvendelse i tilfælde, hvor en forskellig behandling af internationale situationer og rent indenlandske situationer ikke

26 — Jf. f.eks. dom af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis.

27 — Jf. mit forslag til afgørelse af 23.2.2006 i sag C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punkt 32 ff., af 6.4.2006 i sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Denkavit Internationaal og Denkavit France, punkt 37 ff., af 6.4.2006 i sag C-513/04, Kerckhaert og Morres, punkt 18 og 19, og af 27.4.2006 i sag C-170/05, punkt 20, der alle endnu verserer for Domstolen.

er en direkte og logisk følge af, at der på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kan gælde forskellige skattemæssige forpligtelser for de skattepligtige i internationale situationer og i rent indenlandske situationer [28]. Dette indebærer navnlig, at en ufordelagtig skattemæssig behandling for at være omfattet af artikel 43 EF skal bero på en direkte eller skjult forskelsbehandling, der følger af en enkelt skattemyndigheds regler og ikke blot af forskelle mellem eller fordelingen af beskatningskompetencen mellem to eller flere medlemsstaters skattesystemer eller af den omstændighed, at der findes flere nationale skattemyndigheder (hvad jeg har kaldt »kvasirestriktioner«) [29].

41. Ved en anvendelse af dette kriterium på den foreliggende sag skal det først afgøres, om reglerne i Det Forenede Kongerige, således som sagsøgerne i prøvesagerne hævder, fører til en ufordelagtig skattemæssig behandling af datterselskaber i Det Forenede Kongerige på grund af deres direkte eller indirekte moderselskabers beliggenhed. Hvis dette er tilfælde, er spørgsmålet herefter, om denne ufordelagtige skattemæssige behandling alene skyldes en kvasirestriktion og dermed ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF. Er dette ikke tilfældet, skal det endelig afgøres, om den ufordelagtige skattemæssige behandling er resultatet af en forskelsbehandling, og om denne er begrundet.

28 — Jf. den mere udførlige argumentation vedrørende dette spørgsmål i punkt 31-54 i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 27.

29 — Samme sag, punkt 55. Jf. også mit forslag til afgørelse i Denkavit-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 20.

1. Foreligger der en ufordelagtig skattemæssig behandling af datterselskaber i Det Forenede Kongerige på grund af deres direkte eller indirekte moderselskabers beliggenhed?

42. For mig er det åbenbart, at den forskellige skattemæssige behandling, som fulgte af Det Forenede Kongeriges lovgivning i de affattelser, som var gældende indtil 2004, udgjorde en ufordelagtig skattemæssig behandling af hjemmehørende datterselskaber med ikke-hjemmehørende moderselskaber i forhold til hjemmehørende selskaber, som udelukkende har moderselskaber, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige.

43. For det første indebar reglerne i Det Forenede Kongerige faktisk, at hjemmehørende datterselskaber blev behandlet forskelligt i skattemæssig henseende, alt efter hvor deres moderselskab var hjemmehørende. Situationen var denne:

— I henhold til de regler, som var gældende indtil 1995, skulle det beløb, hvormed et selskabs betaling af renter på et lån — uanset om betalingen var til en hjemmehørende eller en ikke-hjemmehørende långiver — oversteg, hvad der måtte anses for et rimeligt kommercielt afkast af det pågældende lån, som udgangspunkt anses for en udlodning af overskud [30]. Rentebetalinger til et ikke-hjemmehørende långivende sel-

30 — ICTA's section 209(2)(d).

skab, som tilhørte den samme koncern, skulle imidlertid altid anses for en udlodning [31]. Rentebetalinger til en långiver, som ikke var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, kunne med andre ord aldrig behandles som renter i beskatningsmæssig henseende i Det Forenede Kongerige.

— I henhold til de regler, som gjaldt fra 1995 til 1998, fandt bestemmelsen om, at rentebetalinger mellem koncernforbundne selskaber, som oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår, skulle behandles som udlodninger [32], ikke anvendelse, hvis både betaleren og modtageren af renterne var selskabsskattepligtige i Det Forenede Kongerige [33]. (Det er klart, at en forskellig behandling, som er baseret på, om modtageren af renterne er selskabsskattepligtig i Det Forenede Kongerige, typisk vil være af betydning, når modtageren er lovmæssigt stiftet eller hovedsageligt driver virksomhed i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige.)

— I henhold til de regler, som gjaldt fra 1998 til 2004, var koncerninterne rentebetalinger omfattet af Det Forenede Kongeriges generelle regler om transfer pricing [34]. En aftale indgået ved en transaktion ansås imidlertid for ikke at give en af de berørte parter en potentiel fordel, når f.eks. den anden part i transaktionen var indkomst- eller selskabsskattepligtig i Det Forenede Kongerige (og visse andre betingelser var opfyldt) [35].

44. Dette blev imidlertid ændret ved Finance Act 2004, således at Det Forenede Kongeriges regler om transfer pricing også finder anvendelse, når begge parter i transaktionen er skattepligtige i Det Forenede Kongerige. Denne ændring havde naturligvis til formål og til følge at ophæve den ovenfor beskrevne forskelsbehandling (idet den dog som anført nedenfor kan have bevirket, at Det Forenede Kongeriges lovgivning også er kommet til at omfatte situationer, som ikke falder ind under det egentlige formål med lovgivningen). Det Forenede Kongeriges lovgivning fra 2004 og fremefter rammes følgelig ikke af forbuddet i artikel 43 EF, og den nedenfor anførte argumentation vedrører kun den lovgivning, som var gældende indtil 2004.

45. For det andet udgjorde behandlingen af datterselskaber med de angivne »udenlandske« elementer i koncernen klart en skattemæssig ulempe. Set fra datterselskabets

31 — ICTA's section 209(2)(e)(iv).

32 — ICTA's section 209(2)(da).

33 — ICTA's section 212(1) og (3), som ændret.

34 — ICTA's schedule 28AA.

35 — ICTA's schedule 28AA(5)(2).

synsvinkel indebar omkvalificeringen af (en del af) rentebetalingerne til udlodninger, at disse betalinger ikke længere kunne fradrages i datterselskabets skattepligtige overskud, således at dets skattetilsvar i Det Forenede Kongerige alt andet lige blev større, end tilfældet ville have været, hvis der ikke var foretaget en omkvalificering. I tilfælde, hvor Det Forenede Kongeriges ACT-skattesystem stadig fandt anvendelse (det blev afskaffet i 1999), indebar omkvalificeringen desuden, at datterselskabet skulle betale ACT-skat i forbindelse med »udlodningen«.

46. Det Forenede Kongerige har i denne forbindelse gjort gældende, at eftersom sondringskriteriet ikke er det hjemmehørende datterselskabs, men dets moderselskabs nationalitet og hjemsted, er der ikke tale om en sondring efter nationalitet som omhandlet i artikel 43 EF. Endvidere har Det Forenede Kongerige analogt med, hvad Domstolen fastslog i dommen i sagen Keck og Mithouard vedrørende de frie varebevægelser, gjort gældende, at den eventuelle mulighed for, at Det Forenede Kongeriges lovgivning ville kunne afholde moderselskaber, som ønsker at etablere datterselskaber i Det Forenede Kongerige, fra at gøre dette, ikke er en så tilstrækkelig direkte og klar følge af Det Forenede Kongeriges regler, at den falder ind under artikel 43 EF. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse forelå der ikke nogen praktisk hindring for, at moderselskaber, som ikke var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, oprettede sekundære etableringer i Det Forenede Kongerige, ligesom det ikke er godtgjort, at sagsøgerne blev afholdt fra at foretage en sådan etablering. Det Forenede Kongerige ønskede faktisk at tilskynde til sådanne investeringer i landet. Det Forenede Kongeriges lovgivning havde således til formål at sikre ligebehandling af hjemmehørende datterselskaber ved at lukke et »hul« i lovgivningen, som multinationale koncerner kunne udnytte, men som ikke forelå for koncerner, som udelukkende var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige.

47. Ingen af disse to argumenter overbeviser mig. Det forhold, at forskelsbehandlingen ikke sker på grundlag af selve datterselskabets, men derimod moderselskabets hjemsted, udelukker for det første ikke, at der kan være tale om en forskelsbehandling, som er relevant i relation til artikel 43 EF. Som Domstolen har fastslået i domme i sager som f.eks. Metallgesellschaft m.fl. og Lankhorst-Hohorst, er en lovgivning, som indfører en forskelsbehandling af datterselskaber, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, alt efter om moderselskabet har hjemsted i Det Forenede Kongerige, eller dette ikke er tilfældet, således at datterselskaber med hjemmehørende moderselskaber indrømmes en skattemæssig fordel, i princippet omfattet af artikel 43 EF [36]. For det andet bemærkes det hvad angår argumentet om, at Det Forenede Kongeriges regler kun indirekte har kunnet påvirke ikke-hjemmehørende moderselskabers beslutning om etablering af datterselskab i Det Forenede Kongerige, at det — for at artikel 43 EF kan finde anvendelse — er tilstrækkeligt, at der godtgøres at foreligge en relevant forskelsbehandling og en skattemæssig fordel. Det er

36 — Jf. f.eks. dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 43 og 44, og Lankhorst-Hohorst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 27-32.

ikke nødvendigt at godtgøre, at reglerne faktisk har afskrækket bestemte ikke-hjemmehørende selskaber fra at udøve deres etableringsret.

48. Jeg skal tilføje, at retspraksis fra Keck og Mithouard-dommen, som vedrørte princippet om de frie varebevægelser, efter min opfattelse ikke uden videre kan anvendes ved undersøgelsen af nationale direkte skatteforanstaltningers forenelighed med artikel 43 EF [37]. Som jeg understregede i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, giver det ikke mening uden videre at overføre begrebet restriktion for den frie bevægelighed, der finder anvendelse uden forskel, således som Domstolen anvender det i sin generelle praksis vedrørende fri bevægelighed, på området for direkte skatter. Eftersom de kriterier, der anvendes ved afgørelsen af, hvor beskatningskompetencen ligger, normalt er baseret på nationalitet eller hjemsted, er spørgsmålet snarere, om den nationale direkte skatteforanstaltning er udtryk for direkte eller indirekte forskelsbehandling og ikke en kvasirestriktion i den ovenfor anførte betydning [38].

49. Hermed ikke sagt, at der ikke på noget stade i bedømmelsen af en foranstaltnings forenelighed med artikel 43 kan tages hensyn til styrken af dens indvirkning på udøvelsen af retten til fri bevægelighed. Dette kan være et vigtigt aspekt ved undersøgelsen af en foranstaltnings berettigelse og navnlig dens forholdsmæssighed.

2. Er den ufordelagtige skattemæssige behandling resultatet af en kvasirestriktion?

50. Det næste spørgsmål er, om den ufordelagtige skattemæssige behandling af hjemmehørende datterselskaber med et direkte eller indirekte moderselskab i en anden medlemsstat alene skyldes kvasirestriktioner, eller med andre ord restriktioner, som skyldes forskelle mellem skattesystemerne eller fordelingen af beskatningskompetencen mellem to eller flere medlemsstaters skattesystemer (således at artikel 43 EF ikke finder anvendelse), og ikke beror på forskelsbehandling som følge af bestemmelser, der gælder inden for ét og samme skattesystem.

51. Det Forenede Kongerige har herved anført, at de anfægtede regler alene tog sigte på at fordele beskatningskompetencen mellem Det Forenede Kongerige og de stater, hvormed det har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse viser Domstolens argumentation i Gilly-dommen [39], at artikel 43 EF slet ikke finder anvendelse i den foreliggende sag: Denne artikel finder kun anvendelse på medlemsstaternes udøvelse af

37 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard, Sml. I, s. 6097.

38 — ACT-skattesagen, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 32 ff.

39 — Dom af 12.5.1998, sag C-336/96, Sml. I, s. 2793.

deres beskatningskompetence — ikke fordelingen af den. Det Forenede Kongerige har navnlig anført, at de omhandlede regler afspejlede den fordeling af kompetencen, som var resultatet af forhandlingerne om den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet alle sådanne overenskomster, som er indgået med andre medlemsstater, indeholder en bestemmelse, som gør det muligt for de respektive kompetente myndigheder at fastsætte en kompenserende regulering, således at en forhøjelse af det skattepligtige overskud, som beskattes i Det Forenede Kongerige, bliver udlignet af en tilsvarende formindskelse af det långivende selskabs skattepligtige overskud i etableringslandet.

52. Jeg finder ikke dette argument overbevisende.

53. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation [40], er medlemsstaterne på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin alene kompetente til at fastlægge kriterierne for og fordele den (primære) beskatningskompetence (i overensstemmelse med international skatteret). Dette har Domstolen erkendt i en række sager som f.eks. Gilly-sagen og D-sagen [41]. I øjeblikket findes der ikke alternative kriterier i fællesskabsretten, ligesom der ikke er hjemmel til at fastlægge sådanne kriterier. Nødvendigheden af at lade medlemsstaterne dele beskatningskompetencen vedrørende internationale erhvervsdrivendes indkomst (flytning af beskatningsgrundlaget) er desuden en uundgåelig følge af det forhold, at de direkte skattesystemer er nationale: Hindringer, der skyldes denne fordeling af beskatningskompetencen, skal anses for kvasirestriktioner, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF.

54. Efter min opfattelse går Det Forenede Kongeriges regler imidlertid videre end til blot at fordele beskatningskompetencen mellem Det Forenede Kongerige og de lande, hvormed det har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster. Indtil 1998 indebar disse regler i det væsentlige, at lån fra ikkehjemmehørende moderselskaber til datterselskaber i Det Forenede Kongerige skulle omkvalificeres til udlodninger (indtil 1995 skulle denne omkvalificering altid foretages, medmindre andet var bestemt i en dobbeltbeskatningsoverenskomst; efter 1995 skulle den foretages, når rentebetalingerne oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår). Disse regler er for mig at se udtryk for Det Forenede Kongeriges fuldstændigt ensidige valg med hensyn til, hvordan det vil kvalificere transaktioner i skattemæssig henseende ved indretningen af dets skattesystem og forebyggelsen af misbrug heraf — eller med andre ord, hvordan det vil udøve sin beskatningsbeføjelse. Dette grundlæggende formål med reglerne er klart, uanset om reglerne var fastsat i national positiv ret eller, som det kunne være tilfældet før 1995, ved en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Dette ensidige valg blev desuden foretaget på baggrund af et tidligere ensidigt valg, hvorved Det Forenede Kongerige havde besluttet at sondre mellem den skattemæssige behandling af rentebetalinger (som efter Det Forenede Kongeriges ret er fradragsberettigede betalinger) og udlodninger (som efter Det For-

40 — Nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 48-54.

41 — Gilly-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, og dom af 5.7.2005, sag C-376/03, D, Sml. I, s. 5821.

enede Kongeriges ret ikke er fradragsberettigede betalinger). Selv om spørgsmålet om tynd kapitalisering fra 1998 og fremefter har været omfattet af Det Forenede Kongeriges generelle regler om transfer pricing i stedet for en specifik lovgivning, var der på samme måde alligevel tale om et ensidigt valg fra Det Forenede Kongeriges side, som indebar, at visse transaktioner, som ikke var indgået på armslængdevilkår, blev behandlet, som om de var indgået på sådanne vilkår, for at undgå misbrug af Det Forenede Kongeriges skattesystem.

55. Jeg kan tilføje, at selv om sådanne former for praksis måske er i overensstemmelse med international skatteret, udgør de ikke nødvendigvis en regel for fordelingen af beskatningskompetencen. En sådan praksis er heller ikke nødvendigvis i overensstemmelse med artikel 43 EF [42].

56. Det Forenede Kongeriges argument om, at der i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med andre medlemsstater findes bestemmelser, hvorefter den anden kontraherende part skal kompensere for en eventuel omkvalificering foretaget af Det Forenede Kongeriges myndigheder, ændrer ikke denne konklusion. Sådanne bestemmelser må efter min opfattelse tage sigte på, gennem en bilateral dobbeltbeskatningsoverenskomst, at mindske en eventuel dobbeltbeskatning som følge af Det Forenede Kongeriges ensidige regler om omkvalificering (f. eks. for at undgå tilfælde, hvor Det Forenede Kongerige omkvalificerer en rentebetaling til en udlodning, men hvor moderselskabets hjemstat fortsætter med at anse betalingen for en rentebetaling). De ændrer ikke ved, at den oprindelige nationale regel, som er baggrunden for bestemmelsen i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, er ensidig. Som jeg bemærkede i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation og i Denkavit-sagen [43], og som jeg nærmere skal redegøre for i det følgende, bør der imidlertid tages hensyn til virkningen af sådanne bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster på en skatteyders situation, når det skal vurderes, om en medlemsstats lovgivning faktisk er udtryk for forskelsbehandling — og navnlig om der i realiteten er tale om en forskellig behandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende personer, som indebærer en skattemæssig ulempe for den ene part.

57. Det Forenede Kongeriges reglers mindre fordelagtige skattemæssige behandling af hjemmehørende datterselskaber med ikke-hjemmehørende moderselskaber i forhold til datterselskaber med hjemmehørende moderselskaber kan derfor ikke blot anses for at udgøre en kvasirestriktion, men er snarere

42 — Jf. f.eks. mit forslag til afgørelse i Kerckhaert og Morressagen, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 37, og i Denkavitsagen, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 43.

43 — Begge nævnt ovenfor i fodnote 27, henholdsvis punkt 70 ff. og punkt 33 ff.

udtryk for en forskellig behandling som følge af bestemmelser, der gælder inden for én og samme skattejurisdiktion.

3. Er den ufordelagtige skattemæssige behandling et resultat af en forskelsbehandling?

58. Det sidste spørgsmål er, om den ufordelagtige skattemæssige behandling kan anses for at være et resultat af en forskelsbehandling. Domstolen har fastslået, at en forskelsbehandling kan bestå i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer, medmindre den forskellige behandling er berettiget [44].

59. Som allerede beskrevet, anvendte Det Forenede Kongerige før ændringerne i 2004 særlige regler på hjemmehørende datterselskaber med ikke-hjemmehørende moderselskaber, som medførte en skattemæssig ulempe for disse datterselskaber. Umiddelbart skulle man mene, at dette må anses for en forskellig behandling af virksomheder, som befinder sig i sammenlignelige situationer. Det Forenede Kongerige har da heller ikke anført andet i sine indlæg. Den beskatningskompetence, som Det Forenede Kongerige udøvede i forhold til hjemmehørende datterselskaber med ikke-hjemmehørende moderselskaber, var — hvad angår karakteren og omfanget heraf — i princippet den samme som den, der blev udøvet i forhold til hjemmehørende datterselskaber med hjemmehørende moderselskaber. Ved udøvelsen af denne kompetence var Det Forenede Kongerige derfor i henhold til artikel 43 EF forpligtet til ikke at behandle hjemmehørende datterselskaber forskelligt i skattemæssig henseende alene på grundlag af deres moderselskabs beliggenhed. Umiddelbart synes Det Forenede Kongerige ikke at have opfyldt denne forpligtelse.

60. Det Forenede Kongerige kan imidlertid forsøge at godtgøre, at denne forskellige behandling var begrundet. Med henblik herpå skal Det Forenede Kongerige godtgøre, 1) at Det Forenede Kongeriges lovgivning forfølger et legitimt mål, som er foreneligt med traktaten, og som er begrundet i tvingende almene hensyn, 2) at lovgivningen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og 3) ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det [45].

61. Det Forenede Kongerige har herved anført, at Det Forenede Kongeriges regler udgjorde en forholdsmæssig foranstaltning med henblik på at nå legitime mål, der kan henføres under f.eks. hensynet til sammenhængen i skattesystemet (som i Bachmann-dommen) [46], ønsket om at forhindre skatteunddragelse (som i ICI-dommen) [47] eller behovet for at forhindre rent kunstige

44 — Jf. f.eks. dom af 29.4.1999, sag C-311/97, Royal Bank of Scotland, Sml. I, s. 2651, og den deri nævnte retspraksis.

45 — Jf. Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 35.

46 — Dom af 28.1.1992, sag C-204/90, Sml. I, s. 249.

47 — Dom af 16.7.1998, sag C-264/96, Sml. I, s. 4695.

arrangementer med henblik på at omgå skattelovgivningen. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse er disse hensyn grundlæggende udtryk for det legitime mål at sikre en retfærdig og konsekvent skattebehandling, især ved at sikre, at det låntagende selskabs økonomiske virksomhed beskattes i det land, hvor den har fundet sted. Det skal herefter undersøges, om den forskellige behandling kan begrundes i disse hensyn.

a) Begrundelse i hensynet til at forhindre misbrug

62. Domstolen har i adskillige domme anerkendt, at det som udgangspunkt kan være begrundet, at medlemsstaterne, med henblik på at forhindre retsmisbrug, træffer direkte skatteforanstaltninger, som normalt ville blive anset for diskriminerende (Domstolen har dog endnu aldrig fastslået, at en national foranstaltning var begrundet i et sådant hensyn). Dette er senest set i Marks & Spencer-dommen, hvori Domstolen fastslog, at en national bestemmelse, som begrænsede muligheden for fradrag af grænseoverskridende underskud, i princippet kunne være begrundet i risikoen for skatteunddragelse og navnlig faren for, at underskud inden for en koncern af selskaber ville blive overført til de selskaber, der havde hjemsted i de medlemsstater, der anvendte den højeste skattesats, og hvor skatteværdien af underskuddene derfor var størst [48]. Det fremgår også klart af dommene i Lankhorst-Hohorst-sagen, i X & Y-sagen og i ICI-sagen [49], af Leur-Bloem-dommen (vedrørende fusionsbeskatningsdirektivet), dommen i sagen Halifax m. fl. (vedrørende indirekte beskatning) og en lang række domme, som ikke vedrører beskatning [50], at Domstolen anerkender denne begrundelse.

63. Den logiske baggrund for anerkendelsen af denne begrundelse er følgende. I princippet er det fuldstændig lovligt — og en bærende tanke bag idéen om det indre marked — at skatteyderne søger at tilrettelægge deres (grænseoverskridende) skatteforhold på den mest fordelagtige måde [51]. Dette gælder imidlertid kun, i det omfang der er tale om en ægte ordning og ikke rene konstruktioner, hvis formål er at misbruge og omgå den nationale skattelovgivning [52].

48 — Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 49 og 50.

49 — Lankhorst-Hohorst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, dom af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, og ICI-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 47.

50 — Dom af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161, og af 21.2.2006, sag C-255/02, Halifax m.fl., Sml. I, s. 1609. Jf. også dom af 12.5.1998, sag C-367/96, Kefalas m.fl., Sml. I, s. 2843, og af 14.12.2000, sag C-110/99, Emsland-Stärke, Sml. I, s. 11569.

51 — Jf. f.eks. Domstolens dom i sagen Halifax m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 73. Jf. også Domstolens dom af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Sml. I, s. 7447: »En eventuel skattemæssig fordel, som tjenesteydere måtte have på grund af en lav beskatning i den medlemsstat, hvor de er etableret, kan ikke tjene som begrundelse for, at en anden medlemsstat skattemæssigt udsætter tjenesteydelsesmodtagere i den sidstnævnte stat for en mindre fordelagtig behandling [...] Som Kommissionen med rette har anført, ville en sådan kompenserende beskatning udgøre et indgreb i selve grundlaget for det indre marked« (præmis 44 og 45).

52 — Jf. især Domstolens formuleringer i Lankhorst-Hohorst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, og i ICI-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 47.

F.eks. kan den omstændighed i sig selv, at et hjemmehørende selskab foretager en sekundær etablering i en anden medlemsstat, ikke danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om skatteunddragelse eller skattesvig [53], heller ikke selv om den anden medlemsstat har et forholdsvis lavt beskatningsniveau (eller endda regler, som falder ind under definitionen af »skadelige skatteforanstaltninger« i adfærdskodeksen for erhvervsbeskatning) [54].

64. Det næste spørgsmål er, om Det Forenede Kongeriges lovgivning er egnet til at nå det nævnte mål. Dette er helt klart tilfældet. Hvis Det Forenede Kongeriges mål er at forhindre, at grænseoverskridende koncerner misbruger lovgivningen og kunstigt kvalificerer betalinger, som i virkeligheden er udlodninger, som rentebetalinger på lån, vil omkvalificering af rentebetalinger til udlodninger naturligvis effektivt modvirke et sådant misbrug.

65. Endelig skal det undersøges, om Det Forenede Kongeriges lovgivning til forebyggelse af misbrug er forholdsmæssig i forhold til dette mål og anvendes på en forholdsmæssig måde.

66. Hvad dette punkt angår, mener jeg, at en lovgivning, der tager sigte på at forhindre tynd kapitalisering, afhængigt af dens udformning og anvendelse, i princippet kan udgøre en forholdsmæssig foranstaltning til forebyggelse af misbrug. Det forhold, at selskaberne har ret til at tilrettelægge deres virksomhed, som de ønsker, indebærer ganske vist som udgangspunkt, at de må have lov til at finansiere deres datterselskaber gennem egenkapitalfinansiering eller gældsfinansiering, men dette gælder dog kun, indtil den grænse, hvor selskabets valg udgør et retsmisbrug. Efter min opfattelse er armslængdeprincippet, der i international skatteret er anerkendt som egnet til at forhindre manipuleringer med grænseoverskridende transaktioner, i princippet et gyldigt udgangspunkt for vurderingen af, om en transaktion er udtryk for misbrug. Ifølge den argumentation, som Domstolen har anvendt i sager vedrørende indirekte skatter eller andre spørgsmål end skat, repræsenterer armslængdekriteriet i denne sammenhæng en objektiv omstændighed, på grundlag af hvilken det kan afgøres, om hovedformålet med den omhandlede transaktion er at opnå en afgiftsfordel [55]. Jeg mener endvidere, at medlemsstaterne har ret til, og bør opmuntres til, at fastsætte rimelige kriterier til brug ved vurderingen af, om en transaktion er i overensstemmelse med armslængdeprincippet, og, hvis disse kriterier ikke er opfyldt, at formode, at transaktionen er udtryk for

53 — Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Cadbury Schweppes-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 2, punkt 53 og 56. Jf. også X & Y-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 62.

54 — Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Cadbury Schweppes-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 2, punkt 54.

55 — Jf. dommen i sagen Halifax m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 86.

misbrug, medmindre der fremlægges bevis for det modsatte [56]. Fastsættelsen af sådanne kriterier gavner efter min opfattelse skatteydernes retssikkerhed og gør bestemmelserne nemmere at anvende for skattemyndighederne. Denne fremgangsmåde adskiller sig fra f.eks. fastsættelsen af ét enkelt kriterium, som skal anvendes i alle situationer — f.eks. et bestemt forhold mellem gæld og egenkapital — og som ikke gør det muligt at tage hensyn til andre omstændigheder.

67. Fremgangsmåden skal imidlertid også, hvad angår udformning og anvendelse i praksis, opfylde kravet om forholdsmæssighed. Dette indebærer efter min opfattelse følgende:

— Det skal være muligt for en skattepligtig person at føre bevis for, at der ligger andre, egentlige forretningsmæssige grunde end ønsket om at opnå en skattefordel bag transaktionen. Med andre ord, og som Domstolen bemærkede i dommen i sagen Halifax m.fl., »mister forbuddet mod misbrug sin relevans, når der kan være en anden begrundelse for de omhandlede transaktioner end blot at opnå afgiftsfordele« [57]. Jeg kommer som eksempel til at tænke på situationen i Lankhorst-Hohorst-sagen, hvor lånet var et forsøg på at redde datterselskabet ved at formindske dets omkostninger og opnå besparelser med hensyn til de renter, der skulle betales til et pengeinstitut, hvilket Domstolen accepterede. Situationer som denne (hvor en transaktion ikke er indgået på armslængdevilkår, uden at den dog er udtryk for misbrug eller alene har til formål at opnå en skattefordel) må dog formodes at være forholdsvis sjældne [58].

— Hvis den skattepligtige person angiver sådanne forretningsmæssige grunde til transaktionen, skal gyldigheden af disse bedømmes ud fra det konkrete tilfælde for at afgøre, om transaktionen skal anses for en kunstig konstruktion, som alene har til formål at opnå en skattefordel.

— Hvad angår de oplysninger, som den skattepligtige skal fremlægge for at afkræfte formodningen for misbrug, må kravet herom ikke være uforholdsmæssigt eller urimelig vanskeligt eller umuligt at opfylde.

56 — Denne situation adskiller sig fra situationen i sager som f.eks. Kefalas m.fl. (nævnt ovenfor i fodnote 50). I dommen i denne sag fastslog Domstolen (i præmis 26 ff.), at det var i strid med fællesskabsretten at lægge en formodning for misbrug til grund, fordi den skattepligtige person ikke havde foretaget en bestemt handling (i denne sag havde den pågældende ikke gjort brug af sin fortegningsret i medfør af artikel 29, stk. 1, i Rådets andet direktiv 77/91/EØF af 13.12.1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT 1977 L 26, s. 1)). I sådanne situationer kan den omstændighed, der danner grundlag for formodningen, ikke — i modsætning til det her omhandlede armslængdekriterium — anses for at være en objektiv omstændighed, på grundlag af hvilken det kan afgøres, om hovedformålet med den omhandlede transaktion var at opnå en afgiftsfordel.

57 — Dommen i sagen Halifax m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 74 og 75.

58 — Lankhorst-Hohorst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2.

— I tilfælde, hvor betalingerne anses for at være udtryk for misbrug (skjulte udlodninger) i ovennævnte betydning, er det kun det beløb, hvormed betalingerne overstiger det beløb, som ville være blevet aftalt på armslængdevilkår, der skal omkvalificeres til en udlodning og beskattes i datterselskabets etableringsstat i overensstemmelse hermed.

— Resultatet af undersøgelsen skal kunne undergives en retslig prøvelse [59].

68. Jeg mener heller ikke, at medlemsstaterne for at overholde artikel 43 EF nødvendigvis skal udvide lovgivningen vedrørende tynd kapitalisering til også at omfatte rent interne situationer, hvor der ikke foreligger nogen risiko for misbrug. Jeg finder det yderst beklageligt, at den manglende klarhed hvad angår muligheden for at begrunde de i artikel 43 EF omhandlede restriktioner i hensynet til at forhindre misbrug har ført til en situation, hvor medlemsstaterne på grund af usikkerhed om, i hvilket omfang de kan vedtage lovgivning, der som udgangspunkt er »diskriminerende«, har følt sig nødsaget til at »holde sig på den sikre side« og udvide anvendelsesområdet for deres bestemmelser til også at omfatte rent interne situationer, hvor der ikke foreligger nogen risiko for misbrug [60]. En sådan udvidelse af anvendelsesområdet for en lovgivning til at omfatte situationer, der slet ikke falder inden for rammerne af dens formål, af rent formalistiske hensyn og med en betydeligt større administrativ byrde for de hjemmehørende selskaber og nationale skattemyndigheder til følge, er helt unødvendig og giver i høj grad bagslag for den økonomiske effektivitet. Den bør som sådan være bandlyst i det indre marked.

69. Jeg er i øvrigt enig med Kommissionen i, at hvis anvendelsen af reglerne om tynd kapitalisering skal være forholdsmæssig i forhold til reglernes formål, skal den medlemsstat, som anvender dem, ved hjælp af dobbeltbeskatningsoverenskomster sikre, at omkvalificeringen af transaktionen inden for denne stats skattejurisdiktion modsvares af en tilsvarende omkvalificering i den medlemsstat, hvor moderselskabet er etableret (dvs. fra modtagelse af rentebetalinger til modtagelse af udlodninger). Sker dette ikke, går man efter min mening videre, end hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet med reglerne om tynd kapitalisering, og pålægger koncernen som helhed en uforholdsmæssig stor byrde (i form af dobbeltbeskatning). Som allerede nævnt skal der ved vurderingen af, om en medlemsstats lovgivning er forenelig med artikel 43 EF, tages hensyn til dobbeltbeskatningsoverenskomsters indvirkning på skatteydernes situation [61]. Dog kan det ikke som forsvar i en

59 — Jf. Leur-Bloem-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 41.

60 — Et eksempel er udvidelsen af de tyske regler om tynd kapitalisering til også at omfatte rent interne situationer efter afsigelsen af dommen i Lankhorst-Hohorst-sagen (nævnt ovenfor i fodnote 2).

61 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation og i Denkavit-sagen, begge nævnt ovenfor i fodnote 27, henholdsvis punkt 71 ff. og punkt 33 ff.

sag anlagt vedrørende tilsidesættelse af artikel 43 EF gøres gældende, at den anden kontraherende stat i dobbeltbeskatningsoverenskomsten har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten ved f.eks. ikke at behandle betalinger til moderselskabet i overensstemmelse med den omkvalificering, som Det Forenede Kongerige har foretaget [62].

70. Som det fremgår af ovenstående, er ordlyden af den konkrete lovgivning om tynd kapitalisering og måden, hvorpå den anvendes i praksis, afgørende for vurderingen af, om den opfylder proportionalitetskriteriet.

71. Vi kan som eksempel tage den til dato eneste anden sag, hvori Domstolen har undersøgt national lovgivning om tynd kapitalisering, nemlig Lankhorst-Hohorst-sagen. Efter den tyske lovgivning, som var anfægtet i denne sag, skulle betalinger omkvalificeres, hvis fremmedkapitalen oversteg det tredobbelte af selskabsdeltagerens del af egenkapitalen (der var således tale om et fast kriterium), og formodningen herfor kunne kun afkræftes, hvis datterselskabet »under i øvrigt tilsvarende omstændigheder også kunne have opnået fremmedkapitalen fra en udenforstående tredjemand, eller der [var] tale om lånoptagelse til finansiering af sædvanlige bankforretninger« [63]. Som nævnt ovenfor, kunne formodningen med andre ord ikke afkræftes i tilfælde, hvor der ikke forelå et misbrug, men hvor lånet ikke desto mindre ikke opfyldte det i lovgivningen fastsatte kriterium (som i den pågældende sag, hvor Domstolen bemærkede, at lånet var ydet for at lette den rentebyrde, som det underskudsgivende datterselskab skulle bære på grund af et banklån, og at underskuddene var langt større end de rentebeløb, der blev betalt til moderselskabet). I øvrigt bevirkede den tyske lovgivning tilsyneladende, at ikke blot det beløb, hvormed betalingen oversteg det beløb, som ville være blevet ydet på markedsvilkår, men hele betalingen fra datterselskab til moderselskab skulle omkvalificeres. Endelig synes det at fremgå af dommen, at der ikke fandtes bestemmelser i de relevante dobbeltbeskatningsoverenskomster, som sikrede, at andre kontraherende parter for at undgå dobbeltbeskatning »kompenserede for« Tysklands omkvalificering af rentebetalinger.

72. Som Det Forenede Kongerige har bemærket i sine indlæg, var (og er) situationen i henhold til Det Forenede Kongeriges bestemmelser i mange henseender anderledes.

73. Hvad først angår Det Forenede Kongeriges lovgivning, som fandt anvendelse indtil 1995, skulle det beløb, hvormed et selskabs betaling af renter på et lån oversteg, hvad der måtte anses for et rimeligt kommercielt afkast af det pågældende lån, anses for en udlodning af overskud, uanset om betalingen

62 — Jf. f.eks. forslaget til afgørelse i Denkavit-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 43.

63 — Lankhorst-Hohorst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 3.

var til en hjemmehørende eller en ikke-hjemmehørende långiver (ICTA's section 209(2)(d)). Rentebetalinger (som ikke allerede blev anset for en udlodning i henhold til section 209(2)(d)) til et ikke-hjemmehørende långivende selskab, som tilhørte den samme koncern, skulle imidlertid altid anses for en udlodning [64]. Denne bestemmelse var af to grunde klart uforholdsmæssig i den ovenfor anførte betydning. For det første blev lån, som et moderselskab i en anden medlemsstat ydede et datterselskab, der var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, altid anset for en udlodning, uden at det blev undersøgt, om armslængdekriteriet var opfyldt. For det andet havde et sådant datterselskab absolut ingen mulighed for at føre bevis for, at der lå gyldige forretningsmæssige grunde bag ydelsen af lånet, og at der ikke blot var tale om misbrug for at opnå en skattefordel. Denne generelle regel gik videre, end hvad der med rimelighed var nødvendigt for at nå målet med Det Forenede Kongeriges lovgivning.

74. Det Forenede Kongerige har imidlertid indvendt, at de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som var indgået med andre medlemsstater, bevirkede, at renter faktisk kunne fradrages, i det omfang der ikke var tale om en for høj rentesats. Ifølge ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster, der var baseret på modelkonventionen fra 1963 [65], var renterne for høje, hvis rentesatsen oversteg den sats, der, henset til gældens størrelse, svarede til markedsrenten. Ifølge nyere dobbeltbeskatningsoverenskomster, der var baseret på senere OECD-modelkonventioner [66], var renterne for høje, hvis de af en eller anden grund oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår, fordi enten rentesatsen eller størrelsen af selve lånet ikke afspejlede markedsvilkårene. Fra 1992 fandtes der desuden for den anden kategori af overenskomster retningslinjer i ICTA's section 808A for afgørelsen af, hvornår et låns størrelse eller rentesats oversteg, hvad der ville være aftalt på armslængdevilkår. Ifølge disse retningslinjer skulle der ved afgørelsen af, om armslængdekriteriet var opfyldt, tages hensyn til alle relevante faktorer, herunder om lånet i det hele taget ville være ydet, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse (mellem långiveren og låntageren), hvor stort det ville have været, hvis denne forbindelse ikke havde foreligget, og hvad renten ville have været, og hvilke andre vilkår der ville være aftalt, hvis den ikke havde foreligget [67].

75. For begge disse kategoriers vedkommende er ordlyden af overenskomsterne efter min opfattelse som udgangspunkt forholdsmæssig i forhold til Det Forenede Kongeriges lovgivnings erklærede mål, nemlig at forhindre misbrug. Grundlaget for vurderingen er i de konkrete tilfælde i alt væsentligt armslængdeprincippet. Der anvendes i ingen af tilfældene et fast lovlighedskriterium (som f.eks. et bestemt for-

64 — ICTA's section 209(2)(e)(iv) og (v).

65 — F.eks. dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med Luxembourg, Tyskland, Spanien og Østrig.

66 — F.eks. dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med Nederlandene, Frankrig, Irland og Italien.

67 — ICTA's section 808A(2).

hold mellem fremmedkapital og egenkapital): Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne i begge kategorier indeholder bestemmelser, som efter deres ordlyd tillader hensyntagen til omstændighederne i hvert enkelt tilfælde ved vurderingen af, om en transaktion afspejler markedsvilkårene. Desuden er det i de enkelte tilfælde kun det overskydende beløb ved en grænseoverskridende betaling (i forhold til det beløb, der ville være betalt på almindelige markedsvilkår), der skal omkvalificeres til en udlodning. Efter min opfattelse er sådanne bestemmelser derfor som udgangspunkt i overensstemmelse med artikel 43 EF. Dette gælder imidlertid kun, hvis følgende vigtige betingelser er opfyldt, hvilket det, for hver enkelt betingelse, påhviler den nationale ret at undersøge.

76. For det første skal den skattepligtige person have haft mulighed for at godtgøre, at der faktisk ligger andre, egentlige forretningsmæssige grunde end ønsket om at opnå en skattefordel bag en transaktion, uden at dette er forbundet med en uforholdsmæssig stor byrde. Som allerede nævnt vil det nok være temmelig begrænset, i hvor mange situationer dette kan godtgøres (et eksempel kunne være et moderselskabs forsøg på at redde et datterselskab), men jeg mener ikke, at det fremgår klart af ordlyden af de eksempler på dobbeltbeskatningsoverenskomster, som er forelagt Domstolen, om muligheden fandtes efter Det Forenede Kongeriges ordning. Dette skal den nationale ret afgøre på grundlag af de faktiske omstændigheder i den konkrete sag.

77. For det andet bygger denne konklusion alene på den formelle ordlyd af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som er forelagt Domstolen. Hvis Det Forenede Kongeriges myndigheder f.eks. i praksis anvendte disse bestemmelser, som var der tale om en absolut og ufravigelig regel, og uden at tage hensyn til omstændighederne ved det konkrete tilfælde og give skatteyderne lejlighed til at påberåbe sig og opnå hensyntagen til disse omstændigheder (eller hvis de slet ikke anvendte bestemmelserne i overenskomsterne, men lod section 209(2)(e)(iv) og (v) finde anvendelse), ville der således være tale om uforholdsmæssighed. Det bemærkes herved, at en »procedure for forhåndsgodkendelse«, som giver de skattepligtige mulighed for at opnå klarhed om deres stilling, før bestemmelserne om tynd kapitalisering kan finde anvendelse, tilføjer medlemsstaternes skattesystemer en velkommen åbenhed og sikkerhed i den gode forvaltningsskiks interesse, men den er efter min opfattelse ikke afgørende for, om nationale bestemmelser, som i øvrigt er forholdsmæssige, er forenelige med artikel 43 EF. Det bemærkes, at sagsøgerne i prøvesagerne har stillet spørgsmålstegn ved effektiviteten og pålideligheden af den procedure for forhåndsgodkendelse, som Det Forenede Kongerige har henvist til til støtte for sine argumenter.

78. For det tredje gælder min konklusion naturligvis kun, hvis Det Forenede Kongerige faktisk havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst af denne ordlyd med den pågældende medlemsstat. Det fremgår ikke af forelæggelseskendelsen, hvor mange tilsvarende dobbeltbeskatningsoverenskomster der var indgået mellem Det Forenede Kongerige og andre medlemsstater.

79. Endelig vil reglerne selv i tilfælde, der er omfattet af sådanne dobbeltbeskatningsoverenskomster, som ovenfor nævnt kun være forenelige med artikel 43 EF, hvis den anden kontraherende stat i overenskomsten anerkender den omkvalificering, som Det Forenede Kongerige foretager (navnlig for at sikre, at denne ikke fører til dobbeltbeskatning). Som tidligere nævnt kan Det Forenede Kongerige ikke til sit forsvar gøre gældende, at den anden kontraherende stat i dobbeltbeskatningsoverenskomsten har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til overenskomsten ved ikke at behandle betalinger til moderselskabet i overensstemmelse med den omkvalificering, som Det Forenede Kongerige har foretaget. Jeg skal bemærke, at Det Forenede Kongerige i sagen her har gjort gældende, at en sådan justering næsten altid blev foretaget, men det tilkommer den nationale ret at undersøge, om dette faktisk var tilfældet i en konkret sag.

80. Jeg kan tilføje, at i modsætning til, hvad sagsøgerne i prøvesagerne har gjort gældende, indebærer det forhold, at det nationale armslængdekriterium for omkvalificering, som er fastsat i ICTA's section 209(2)(d), måske nok er anderledes (og bredere) end kriteriet i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, ikke i sig selv, at Det Forenede Kongeriges regler var i strid med artikel 43 EF. Som allerede nævnt kan man ikke med rimelighed kræve af medlemsstaterne, at de i denne henseende ligestiller rent nationale koncerninterne lån med grænseoverskridende koncerninterne lån. Desuden synes det at være fuldstændigt i overensstemmelse med Det Forenede Kongeriges lovgivnings mål — nemlig at forhindre misbrug — ikke kun at undersøge, om rentesatsen, men også om lånets størrelse afspejlede markedsvilkårene, idet ydelse af et større lån, end der ville være ydet på almindelige markedsvilkår, i teorien kunne være en lige så effektiv måde at »flytte« beskatningen af overskud til en anden jurisdiktion.

81. Jeg skal nu tage stilling til spørgsmålet om forholdsmæssigheden af de ændringer, der blev indført i 1995. Som Det Forenede Kongerige har anført, indebar ændringerne nærmere bestemt, at armslængdeprincippet, som tidligere var blevet anvendt i medfør af bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, nu blev fastsat i positiv ret. Ifølge ændringerne skulle rentebetalinger mellem koncernforbundne selskaber, som oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår, således behandles som udlodninger [68]. Et lån blev anset for ikke at være ydet på armslængdevilkår, når hele lånet eller en del af dette udgjorde »et beløb, som det ene selskab ikke skulle have betalt til det andet, hvis der havde været tale om selskaber, mellem hvilke der (ud over hvad der følger af de pågældende værdipapirer) ikke forelå forbindelser, aftaler eller anden tilknytning, undtagen hvad angår den eventuelle del af en sådan udlodning, som ikke udgør et sådant beløb [...]« [69]. I lovgivningen var der desuden angivet en række kriterier, som skulle anvendes ved afgørelsen af, om rentebeta-

68 — ICTA's section 209(2)(da).

69 — ICTA's section 209(2)(da)(ii).

linger skulle anses for udlodninger. Disse kriterier var følgende: niveauet for låntagerens samlede gæld, spørgsmålet, om det kunne forventes, at låntageren og en bestemt person ville blive parter i en transaktion, som omfattede udstedelse af et værdipapir fra det udstedende selskab eller ydelse af et lån, eller udlån af et bestemt beløb, til dette selskab, og rentesatsen og de øvrige vilkår, som i et konkret tilfælde måtte forventes at gælde for en sådan transaktion.

82. Umiddelbart synes denne lovgivning af tilsvarende grunde som dem, jeg allerede har anført i forbindelse med lovgivningen før 1995, i princippet at være forholdsmæssig i forhold til dens mål, hvis de fire ovenfor nævnte vigtige betingelser er opfyldt. En omkvalificering foretages på grundlag af kriterier, som udtrykkeligt bygger på armslængdeprincippet, som konkretiseret i de angivne kriterier. Det er ikke i den foreliggende sag blevet gjort gældende, at disse kriterier og bestemmelsernes ordlyd ikke giver korrekt udtryk for armslængdeprincippet. Jeg skal her gentage, at det forhold, at bestemmelserne ikke finder anvendelse, hvis både betaleren og modtageren af renterne er selskabsskattepligtige i Det Forenede Kongerige [70], ikke i sig selv indebærer, at de er uforholdsmæssige.

83. Nøjagtigt de samme betragtninger gør sig gældende ved bedømmelsen af forholdsmæssigheden af de ændringer af reglerne, som Det Forenede Kongerige foretog i 1998, således at tynd kapitalisering nu blev omfattet af Det Forenede Kongeriges generelle regler om transfer pricing. Udgangspunktet er igen armslængdeprincippet, som her kommer til udtryk i formuleringen vilkår, der er »anderledes, end de ville have været, såfremt selskaberne ikke havde været under fælles kontrol«. Også her finder de ovenfor nævnte betingelser anvendelse.

84. Det Forenede Kongerige ændrede i 2004 reglerne om transfer pricing, således at de også finder anvendelse, når begge parter i transaktionen er skattepligtige i Det Forenede Kongerige, men som det klart fremgår af det ovenfor anførte, mener jeg ikke, at dette var nødvendigt for at bringe reglerne i overensstemmelse med artikel 43 EF.

b) Begrundelse i hensynet til at sikre sammenhængen i skattesystemet

85. Det Forenede Kongerige har også som begrundelse for den anfægtede lovgivning anført, at denne var nødvendig for at sikre sammenhængen i skattesystemet. Ifølge Det Forenede Kongerige havde lovgivningen til formål at sikre, at maskerede udlodninger blev beskattet én gang og inden for den rette skattejurisdiktion (nemlig dér, hvor over-

70 — ICTA's section 212(1) og (3).

skuddet var skabt). Det Forenede Kongerige har endvidere gjort gældende, at hensynet til sammenhængen i skattesystemet blev tilgodeset både på koncernplan og på fællesskabsplan, idet anvendelsen af reglerne om tynd kapitalisering sikrede, at overskud ikke ved hjælp af en kunstig konstruktion kunne »eksporteres« til beskatning inden for en jurisdiktion, hvor det ikke var indtjent.

86. Dette argument kan jeg gå let hen over, idet det, anvendt i denne sammenhæng, efter min opfattelse rejser nøjagtigt de samme spørgsmål og er undergivet de samme begrænsninger som anført ovenfor i forbindelse med argumentet om, at lovgivningen er begrundet i hensynet til at forhindre misbrug.

87. Argumentet giver imidlertid anledning til at fremsætte nogle mere generelle betragtninger vedrørende karakteren og funktionen af det noget diffuse argument om »sammenhængen i skattesystemet«. Domstolen har kun ved en lejlighed udtrykkeligt godtaget dette argument, nemlig i Bachmann-dommen [71], men det er siden da, uden held, blevet fremført i mange sager. I Bachmann-dommen henviste Domstolen til begrebet i forbindelse med sin argumentation for, at Belgien havde ret til at opretholde en »sammenhæng« mellem fradragsretten for præmier på alderspensionsforsikringer og livsforsikringer og den efterfølgende skattepligt i Belgien for de beløb, der blev udbetalt i henhold til disse forsikringer. Efter Domstolens opfattelse var det berettiget, at Belgien kun gav fradragsret for præmierne i tilfælde, hvor Belgien kunne beskatte de beløb, som senere blev udbetalt. Domstolen har senere udtalt, at argumentet kun kan påberåbes, hvis der er en direkte forbindelse mellem indrømmelsen af en skattemæssig fordel og kompensationen for denne fordel ved en skattemæssig forudbetaling. I sager som f.eks. Verkooijen-sagen har Domstolen fremhævet, at den skattemæssige fordel og den skattemæssige byrde i Bachmann-sagen vedrørte den samme beskatning og den samme skatteyder, og i dommen i denne sag godtog den derfor ikke argumentet, fordi sagen vedrørte to særskilte beskatningsformer, der ramte særskilte skatteydere [72]. Samme fremgangsmåde er fulgt i sager som f.eks. Baars-sagen og Bosal-sagen [73].

88. Begrænsningen af muligheden for at påberåbe sig argumentet om hensynet til sammenhængen i skattesystemet ud fra et formalistisk kriterium om »én skat og én skatteyder« er blevet kritiseret af blandt andre generaladvokat Kokott og generaladvokat Maduro i deres respektive forslag til afgørelse i Manninen-sagen og Marks & Spencer-sagen [74]. Faktisk har Domstolen tilsyneladende i sine domme i disse sager anlagt en bredere synsvinkel vedrørende begrebet. I Manninen-dommen afviste den ganske vist, at argumentet kunne anvendes i den foreliggende sag, men den begrundede dette med, at sammenhængen i det finske skattesystem var sikret, for så vidt som sammenhængen (forbindelsen) mellem den skattemæssige fordel, som blev indrømmet

71 — Nævnt ovenfor i fodnote 46 (jf. også den parallelle sag Kommissionen mod Belgien (dom af 28.1.1992, sag C-300/90, Sml. I, s. 305), der vedrørte spørgsmål, der på mange måder svarede til spørgsmålene i Bachmann-sagen).

72 — Dom af 6.6.2000, sag C-35/98, Verkooijen, Sml. I, s. 4071, præmis 58.

73 — Baars-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, og dom af 18.9.2003, sag C-168/01, Bosal, Sml. I, s. 9409.

74 — Dom af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, og Marks & Spencer-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 26.

aktionæren (en skattegodtgørelse), og selskabsskatten af det overskud, som aktierne repræsenterede, blev opretholdt. Denne sammenhæng var opretholdt, selv om den pågældende selskabsskat ikke var betalt i Finland, men i Sverige [75]. I Marks & Spencer-dommen opbyggede Domstolen sin argumentation på en lidt anden måde, idet den brugte begrebet »den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne« [76]. Selv om de nationale bestemmelser, hvorefter koncernlempelse var begrænset til kun at gælde for underskud pådraget af hjemmehørende datterselskaber af et hjemmehørende moderselskab, i princippet forfulgte det legitime mål at sikre denne afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen, idet denne ville blive bragt i fare, hvis selskaberne fik mulighed for at vælge, om der skulle tages hensyn til deres underskud i deres etableringsmedlemsstat eller i en anden medlemsstat, fandt Domstolen, at de midler, der blev anvendt i den britiske lovgivning for at nå dette mål, var uforholdsmæssige.

89. På denne baggrund er det forståeligt, hvis der kan være usikkerhed om dette arguments funktion og rækkevidde. Jeg mener imidlertid, at Domstolen i langt størsteparten af de sager, hvori den har forkastet argumentet (efter at det udtrykkeligt har været fremført af parterne), i virkeligheden blot har givet udtryk for de grundlæggende principper om forbud mod forskelsbehandling, som jeg har opstillet i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, i Kerckhaert og Morres-sagen og i Denkavit-sagen, nemlig 1) at medlemsstater, der udøver deres beskatningskompetence som hjemstat, ikke må forskelsbehandle udenlandsk og indenlandsk indkomst, for så vidt som de er tillagt beskatningsretten til den udenlandske indkomst, og 2) at medlemsstater, der udøver deres beskatningskompetence som kildestat, ikke må forskelsbehandle ikke-hjemmehørende personers og hjemmehørende personers indkomst, for så vidt som de har beskatningsretten til de pågældende ikke-hjemmehørende personers indkomst [77]. Klare eksempler på dette er Verkooijen-dommen og Manninen-dommen, hvori Domstolen nærmere bestemt bekræftede, at hjemstaten var forpligtet til ikke at udøve forskelsbehandling, ved at forkaste den nederlandske og den finske regerings argumenter om, at der ikke var en tilstrækkelig sammenhæng mellem skattefordelen (indrømmelse af henholdsvis fritagelse og godtgørelse) og den skat, der var betalt (i en anden medlemsstat, fordi der var tale om udenlandsk indkomst) [78]. På samme måde gav Domstolen i Marks & Spencer-dommen grundlæggende udtryk for grænserne for forpligtelsen (hjemstatens) til ikke at udøve forskelsbehandling: Eftersom Det Forenede Kongerige ikke havde beskatningskompetence med hensyn til hjemmehørende moderselskabers ikke-hjemmehørende datterselskaber, var det i princippet logisk, at Det Forenede Kongerige ikke indrømmede det hjemmehørende moderselskab mulighed for at fradrage sådanne datterselskabers underskud [79]. Eventuelle »hindringer« for

75 — Manninen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 46.

76 — Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 46.

77 — Jf. fodnote 27.

78 — Verkooijen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 72, Manninen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 74.

79 — Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26.

grænseoverskridende virksomhed som følge af sådanne begrænsninger af muligheden for at fradrage underskud ville ikke være resultatet af forskelsbehandling, men af kvasirestriktioner.

90. I sådanne tilfælde er bedømmelsen af anvendeligheden af argumentet om »sammenhængen i skattesystemet« i realiteten begrebsmæssigt sammenfaldende med afgørelsen af spørgsmålet, om den nationale lovgivning er udtryk for forskelsbehandling. I langt de fleste tilfælde kunne man således stille spørgsmålstegn ved, om argumentet vedrørende »sammenhængen i skattesystemet« egentlig har nogen meningsfuld selvstændig funktion.

91. I den foreliggende sag fører anvendelse af en argumentation, som bygger på sammenhængen i skattesystemet, efter min mening til nøjagtigt det samme resultat som anført ovenfor med hensyn til begrundelsen i hensynet til at forhindre misbrug. Det Forenede Kongerige har således i princippet ret til at søge at håndhæve de skatteregler, der finder anvendelse inden for landets egen skattejurisdiktion (nemlig den skattemæssige sondring mellem renter og udlodninger af overskud), og forhindre misbrug heraf, gennem en fordeling på grundlag af det anerkendte armslængdeprincip, men må dog kun gøre dette på en måde, som står i et rimeligt forhold til det tilstræbte mål.

4. Besvarelse af spørgsmål 1

92. På denne baggrund bør den forelæggende rets første spørgsmål efter min opfattelse besvares med, at artikel 43 EF ikke er til hinder for opretholdelse og anvendelse af nationale skattebestemmelser som de i sagen omhandlede bestemmelser i Det Forenede Kongerige, der — ved anvendelse af et armslængdekriterium — indebærer begrænsninger af et hjemmehørende datterselskabs ret til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der ikke er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, selv om datterselskabet ikke ville være undergivet sådanne begrænsninger, hvis moderselskabet havde været hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, når 1) datterselskabet har mulighed for at godtgøre, at der faktisk ligger andre, egentlige forretningsmæssige grunde end ønsket om at opnå en skattefordel bag en transaktion, uden at dette er forbundet med en uforholdsmæssig stor byrde, og 2) Det Forenede Kongerige sikrer, at den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, anerkender enhver omkvalificering af datterselskabets rentebetalinger, som Det Forenede Kongerige foretager.

C — *Spørgsmål 2*

93. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det har betydning for besvarelsen af det

første spørgsmål, hvis finansieringslånet til det hjemmehørende selskab ikke blev ydet direkte af moderselskabet, men af et mellemliggende selskab i samme koncern, og hvis et sådant långivende selskab og/eller moderselskab ikke var hjemmehørende i en anden medlemsstat, men i et tredjeland.

94. Som allerede nævnt skal Det Forenede Kongeriges lovgivnings forenelighed med fællesskabsretten kun undersøges i forhold til artikel 43 EF, fordi den kun finder anvendelse på situationer, hvor et selskab har den i Domstolens praksis omhandlede indflydelse på beslutningerne i et andet selskab. I relation til den foreliggende sag er det relevante forbud i denne artikel forbuddet mod hindringer for, at selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet [80], opretter datterselskaber.

95. Det følger efter min opfattelse heraf, at når det direkte eller indirekte moderselskab, som hævdes at være pålagt restriktioner for etableringsretten, er hjemmehørende i en anden medlemsstat (end Det Forenede Kongerige), finder artikel 43 EF (og ovenstående analyse) anvendelse. Det er herved uden betydning, at det mellemliggende långivende selskab, som yder lånet, kan være hjemmehørende i et tredjeland. I de situationer, som er beskrevet i spørgsmål 2(a) (hvor både moderselskabet og det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat), bliver bedømmelsen således den samme som i relation til det første spørgsmål.

96. Hvis det direkte eller indirekte moderselskab derimod er hjemmehørende i et tredjeland, finder artikel 43 principielt ikke anvendelse — heller ikke selv om lånet i realiteten ydes gennem et andet koncernselskab, som er hjemmehørende i en anden medlemsstat. I den situation, som er beskrevet i spørgsmål 2(d) (hvor både moderselskabet og det långivende selskab er hjemmehørende i tredjelande), finder artikel 43 EF (eller andre traktatbestemmelser om fri bevægelighed) således ikke anvendelse.

97. En undtagelse ville være den situation, hvor et sådant långivende selskab selv har indflydelse på beslutningerne i det hjemmehørende datterselskab (dvs. hvor det hjemmehørende selskab i virkeligheden er et datterselskab af det långivende selskab), og hvor Det Forenede Kongeriges regler forskelsbehandlede det hjemmehørende datterselskab på grundlag af dette långivende selskabs beliggenhed. I et sådant tilfælde ville den påståede restriktion vedrøre det långivende selskabs etableringsret og ikke etableringsretten for moderselskabet i tred-

80 — Jf. artikel 48 EF.

jelandet. I de situationer, som er beskrevet i spørgsmål 2(b) og (c) (hvor det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat og moderselskabet i et tredjeland), finder ovenstående analyse vedrørende artikel 43 EF således kun anvendelse, når den hjemmehørende låntager er et datterselskab af det långivende selskab. Dette gælder også i den variant af situationen, som er omhandlet i spørgsmål 2(c) (hvor det långivende selskab, som er hjemmehørende i en medlemsstat, udbetaler lånet fra en filial i et tredjeland), hvis det långivende selskab selv opfylder de i artikel 48 EF anførte betingelser for at være omfattet af artikel 43 EF (nemlig at det er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning og har sit vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed i Fællesskabet).

98. Af disse grunde bør den forelæggende rets andet spørgsmål besvares med, at artikel 43 EF, og den analyse, der fremgår af min besvarelse af spørgsmål 1, finder anvendelse, når a) lånet ydes af et långivende selskab og ikke af moderselskabet selv, og begge disse selskaber er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige, eller b) det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige, og det låntagende selskab er et datterselskab af det långivende selskab, også selv om deres fælles moderselskab er hjemmehørende i et tredjeland, eller det långivende selskab udbetaler lånet fra en filial i et tredjeland. Artikel 43 EF finder derimod ikke anvendelse, når a) det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige, det låntagende selskab ikke er et datterselskab af det långivende selskab, og deres fælles moderselskab er hjemmehørende i et tredjeland, eller b) det långivende selskab og alle fælles direkte eller indirekte moderselskaber til det långivende selskab og det låntagende selskab er hjemmehørende i tredjelande.

D — *Spørgsmål 3*

99. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det har betydning for besvarelsen af spørgsmål 1 og 2, såfremt det kan godtgøres, at låntagningen udgjorde et misbrug af rettigheder eller indgik i en kunstig konstruktion, hvis formål var at omgå skattelovgivningen i det låntagende selskabs medlemsstat. Da jeg allerede har besvaret dette spørgsmål som led i min besvarelse af spørgsmål 1, jf. navnlig afsnittet vedrørende muligheden for at begrunde bestemmelserne i hensynet til at forhindre misbrug, skal det ikke behandles særskilt her.

E — *Spørgsmål 4*

100. For så vidt som der foreligger en hindring for de frie kapitalbevægelser mel-

lem medlemsstaterne og tredjelande i artikel 56 EF's forstand, ønsker den forelæggende ret med sit fjerde spørgsmål oplyst, om denne da eksisterede den 31. december 1993, således at artikel 57 EF finder anvendelse. Jeg har allerede besvaret dette spørgsmål i afsnit V.A, hvor jeg konkluderede, at det er Det Forenede Kongeriges lovgivnings forenelighed med artikel 43 EF, og ikke artikel 49 EF eller 56 EF, der skal undersøges, og det skal derfor ikke besvares særskilt her.

F — *Spørgsmål 5-10*

101. Spørgsmål 5-10 i forelæggelseskendelsen vedrører arten af de retsmidler, som de berørte hjemmehørende datterselskaber eller andre selskaber i samme koncern bør have, såfremt en eller flere af Det Forenede Kongeriges bestemmelser er i strid med de i spørgsmålene nævnte fællesskabsbestemmelser.

102. Som det vil være fremgået af min besvarelse af spørgsmål 1, bør spørgsmålet om retsmidler kun være aktuelt i forholdsvis få og begrænsede tilfælde, eftersom Det Forenede Kongeriges regler efter min opfattelse i det store og hele er i overensstemmelse med artikel 43 EF. Spørgsmålet om retsmidler vil således kun være relevant i tilfælde, 1) hvor den skattepligtige person kan godtgøre, at der ligger andre, egentlige forretningsmæssige grunde end ønsket om at opnå en skattefordel bag betalinger, som Det Forenede Kongerige har omkvalificeret i medfør af disse regler, 2) hvor der for situationer omfattet af de regler, der var gældende indtil 1995, ikke fandtes bestemmelser om anvendelse af et armslængdekriterium i en relevant dobbeltbeskatningsoverenskomst, og hvor den skattepligtige person kan godtgøre, at betalinger, som Det Forenede Kongerige har omkvalificeret i medfør af disse regler, ville have opfyldt armslængdekriteriet, eller at der i virkeligheden lå andre, egentlige forretningsmæssige grunde end ønsket om at opnå en skattefordel bag de pågældende betalinger, eller 3) Det Forenede Kongeriges omkvalificering af betalingen ikke er blevet anerkendt af den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, hvilket har medført en dobbeltbeskatning, som ellers ikke ville være opstået.

103. Da det er forholdsvis begrænset, hvor ofte disse omstændigheder vil foreligge, og da jeg har behandlet i det væsentlige tilsvarende spørgsmål i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation [81], skal jeg fatte mig i korthed.

104. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation [82], følger det af fast retspraksis, at retten til at få tilbagebetalt afgifter,

81 — Nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 125 ff.

82 — Samme sted, punkt 126 og den deri nævnte retspraksis.

som en medlemsstat har opkrævet i strid med fællesskabsrettens bestemmelser, består som en konsekvens af og i tilslutning til de rettigheder, som borgerne er tillagt ved fællesskabsrettens bestemmelser efter den fortolkning, som Domstolen har givet heraf. Medlemsstaten er således som udgangspunkt forpligtet til at tilbagebetale afgifter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten [83]. Når der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser om tilbagesøgning af beløb, der er opkrævet med urette, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for borgerne, men disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) [84].

105. Problemet i denne sag er nøjagtigt det samme som i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, nemlig om sagsøgernes krav skal defineres som tilbagebetalingskrav, erstatningskrav eller krav om betaling af et beløb svarende til en fordel, der uretmæssigt er blevet nægtet.

106. I denne sag bemærkede jeg (under henvisning til dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl.), at det som udgangspunkt tilkommer den nationale ret at bedømme, hvorledes de forskellige krav skal defineres efter national ret. Det er dog en betingelse, at sagsøgerne herved får adgang til et effektivt retsmiddel med henblik på at opnå tilbagebetaling eller erstatning af det finansielle tab, som de har lidt til fordel for den pågældende medlemsstats myndigheder som følge af den ulovligt opkrævede skat [85]. Som følge heraf skal den nationale ret ved kvalifikationen af krav efter national ret tage hensyn til, at de erstatningsbetingelser, der er fastsat i dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame, måske ikke er opfyldt i en konkret sag, og i givet fald skal den nationale ret sikre, at et effektivt retsmiddel alligevel er til rådighed.

107. Anvendt på den foreliggende sag betyder dette, at de krav, som sagsøgerne i prøvesagerne fremsætter, skal bedømmes efter de principper, som fremgår af Domstolens praksis vedrørende tilbagebetaling af beløb, der er opkrævet med urette, nemlig at Det Forenede Kongerige ikke må opnå nogen fordel som følge af en uretmæssigt opkrævet afgift, og at selskaber (eller koncerner), som er blevet pålagt at betale denne, ikke må lide tab som følge heraf [86]. Således skal det retsmiddel, som er til rådighed for sagsø-

83 — Samme sted og den deri nævnte retspraksis.

84 — Forslaget til afgørelse i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 127 og den deri nævnte retspraksis.

85 — Dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 96.

86 — Jf. generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse i sagen Metallgesellschaft m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, punkt 45.

gerne i prøvesagerne, for at være effektivt med henblik på at opnå tilbagebetaling eller erstatning af det finansielle tab, som de har lidt til fordel for den pågældende medlemsstats myndigheder, efter min opfattelse omfatte alle direkte følger af den ulovlige opkrævning af skat. Umiddelbart vil der være tale om følgende: 1) tilbagebetaling af uretmæssigt opkrævet selskabsskat (spørgsmål 5 (a), (b), (c) og (d)), 2) genindtrædelse af alle fradrag i den uretmæssigt opkrævede selskabsskat (spørgsmål 5(e)) og 3) tilbagebetaling af uudnyttet ACT-skat, som er betalt af rentebetalinger, der med urette er blevet anset for udlodninger (spørgsmål 5(f)). Det skal fremhæves, at det i hvert enkelt tilfælde tilkommer den nationale ret at bedømme, om det tab, som kræves afhjulpet, er en direkte følge af den ulovligt opkrævede skat.

108. Jeg kan tilføje, at jeg i forslaget til afgørelse i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation — som vedrørte Det Forenede Kongeriges skattemæssige behandling af indgående udbytte — gav udtryk for alvorlig tvivl om, hvorvidt erstatningsbetingelserne i dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame [87], og især betingelsen om, at overtrædelsen skal være tilstrækkelig kvalificeret, var opfyldt på de punkter, hvor Det Forenede Kongeriges ordning tilsidesatte fællesskabsretten. I sagen her nærer jeg endnu større tvivl om, hvorvidt dette er tilfældet. Domstolen fastslog først i 2002 i Lankhorst-Hohorst-dommen [88], at artikel 43 EF finder anvendelse på nationale bestemmelser om tynd kapitalisering, og selv efter afsigelsen af denne dom er det ikke fuldstændig klart, i hvilket omfang dette gælder. Det Forenede Kongerige har desuden flere gange ændret sin lovgivning for at skabe større klarhed ved anvendelsen af bestemmelserne, og — hvad angår ændringerne i 2004 — tilsyneladende for at bringe lovgivningen i overensstemmelse med fællesskabsretten. Derfor er der efter min opfattelse ikke tale om forhold, som udgør en åbenbar og grov overskridelse af grænserne for medlemsstatens skøn som omhandlet i Domstolens praksis.

109. Hvad endelig angår den forelæggende rets tiende spørgsmål vedrørende betydningen af, at skadelidte på passende måde søger at begrænse skadens omfang, bemærkes det, at i overensstemmelse med Domstolens betragtninger i dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl. og det almindelige princip om medlemsstaternes processuelle autonomi er krav som dem, der er fremsat i hovedsagerne, undergivet nationale processuelle regler, som specielt kan gå ud på, at sagsøgerne skal udvise den fornødne omhu med henblik på at søge at undgå skaden eller begrænse dens omfang [89]. Også her er det imidlertid en betingelse, at de processuelle regler svarer til dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden. Domstolen har således i bl.a. dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl. fastslået, at

87 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Sml. I, s. 1029.

88 — Nævnt ovenfor i fodnote 2.

89 — Dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 102.

dette effektivitetsprincip ikke vil være overholdt, hvis en national ret ikke giver medhold i eller nedsætter et krav om tilbagebetaling eller erstatning af det finansielle tab, som sagsøgerne har lidt, alene fordi de ikke har anmodet skattemyndighederne om adgang til at benytte en bestemt beskatningsordning, og herved direkte har påberåbt sig deres rettigheder i medfør af fællesskabsretten, selv om den nationale lovgivning »under alle omstændigheder« hindrede dem i at få adgang til denne beskatningsordning. Det bemærkes herved, at det ikke fremgår klart af forelæggelseskendelsen, om de omhandlede nationale bestemmelser, sammenholdt med den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst, i en given sag under alle omstændigheder ville have ført til, at de i spørgsmål 1 nævnte begrænsninger fandt anvendelse. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om den pågældende processuelle regel faktisk er i overensstemmelse med effektivitets- og ækvivalensprincippet.

110. Spørgsmål 5-10 bør derfor efter min opfattelse besvares med, at når der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser om tilbagesøgning af skatter, der er opkrævet med urette, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for skatteyderne, ligesom det herved tilkommer de nationale retter at foretage kvalifikationen af de sager, der anlægges. De nationale retter skal dog ved udøvelsen af denne kompetence sikre, at sagsøgerne har adgang til et effektivt retsmiddel med henblik på at opnå tilbagebetaling eller erstatning af det finansielle tab, som er den direkte følge af opkrævningen af en skat i strid med fællesskabsretten.

G — *Begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger*

111. Det Forenede Kongeriges regering har i sine mundtlige indlæg anmodet Domstolen om at overveje at begrænse dommens tidsmæssige virkninger, såfremt den måtte finde, at Det Forenede Kongerige har tilsidesat fællesskabsretten i denne sag. Det Forenede Kongerige har anført, at en dom, som går Det Forenede Kongerige imod, kan betyde potentielle udgifter på 300 mio. EUR på grund af det store antal sagsøgere i sagen. Det Forenede Kongerige har desuden anmodet om, at sagsøgerne i prøvesagerne ikke friholdes fra virkningerne af en eventuel begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger.

112. Det skal herved blot bemærkes, at eftersom Det Forenede Kongeriges regler kun var i strid med artikel 43 EF under de meget begrænsede omstændigheder, som jeg har anført ovenfor, vil de økonomiske følger af dommen højst sandsynligt være betydeligt

mindre end anslået af Det Forenede Kongerige. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, påhviler det under alle omstændigheder Det Forenede Kongerige — som den, der har fremsat anmodningen om begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger — at sikre, at der foreligger tilstrækkelige oplysninger til, at Domstolen kan træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet. Af grunde svarende til dem, jeg anførte i denne sag — hvor Det Forenede Kongerige også først rejste spørgsmålet om en begrænsning af de tidsmæssige virkninger under den mundtlige forhandling og ligeledes uden at forklare, hvordan den var nået frem til overslaget over den potentielle udgift, eller argumentere for den foreslåede skæringsdato for dommens virkninger — bør Domstolen efter min opfattelse afvise anmodningen.

VI — Forslag til afgørelse

113. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, som følger:

»— Artikel 43 EF er ikke er til hinder for opretholdelse og anvendelse af nationale skattebestemmelser som de i sagen bestemmelser i Det Forenede Kongerige, der — ved anvendelse af et armslængdekriterium — indebærer begrænsninger af et hjemmehørende datterselskabs ret til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der ikke er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, selv om datterselskabet ikke ville være undergivet sådanne begrænsninger, hvis moderselskabet havde været hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, når 1) datterselskabet har mulighed for at godtgøre, at der faktisk ligger andre, egentlige forretningsmæssige grunde end ønsket om at opnå en skattefordel bag en transaktion, uden at dette er forbundet med en

uforholdsmæssig stor byrde, og 2) Det Forenede Kongerige sikrer, at den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, anerkender enhver omkvalificering af datterselskabets rentebetalinger, som Det Forenede Kongerige foretager.

— Artikel 43 EF og ovenstående analyse finder anvendelse, når a) lånet ydes af et långivende selskab og ikke af moderselskabet selv, og begge disse selskaber er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige, eller b) det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige, og det låntagende selskab er et datterselskab af det långivende selskab, også selv om deres fælles moderselskab er hjemmehørende i et tredjeland, eller det långivende selskab udbetaler lånet fra en filial i et tredjeland. Artikel 43 EF finder derimod ikke anvendelse, når a) det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige, det låntagende selskab ikke er et datterselskab af det långivende selskab, og deres fælles moderselskab er hjemmehørende i et tredjeland, eller b) det långivende selskab og alle fælles direkte eller indirekte moderselskaber til det långivende selskab og det låntagende selskab er hjemmehørende i tredjelande.

— Når der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser om tilbagesøgning af skatter, der er opkrævet med urette, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for skatteyderne, ligesom det herved tilkommer de nationale retter at foretage kvalifikationen af de sager, der anlægges. De nationale retter skal dog ved udøvelsen af denne kompetence sikre, at sagsøgerne har adgang til et effektivt retsmiddel med henblik på at opnå tilbagebetaling eller erstatning af det finansielle tab, som er den direkte følge af opkrævningen af en skat i strid med fællesskabsretten.«