Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PRIIT PIKAMÄE
föredraget den 5 juni 2019[1]

Mål C-641/17

College Pension Plan of British Columbia
mot
Finanzamt München III

(begäran om förhandsavgörande från Finanzgericht München (skattedomstolen i München, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Direkta skatter – Fri rörlighet för kapital – Kapitalrörelser mellan medlemsstaterna och tredjeländer – Bolagsskatt – Pensionsfonder med hemvist i landet och utan hemvist i landet – Beskattning av utdelning från aktieportföljer – Källskatt – Fullständig avräkning av källskatt från bolagsskatt – Minskning av den skattepliktiga vinsten genom försäkringsmatematiska avsättningar för pensionsutbetalningar – Restriktion – Jämförbarhet – Beaktande av försäkringsmatematiska avsättningar – Samband mellan försäkringsmatematiska avsättningar samt övriga försäkringstekniska avsättningar å ena sidan och erhållen utdelning å andra sidan – Motivering – Skatteavtal – Standstill-bestämmelse – Tidskriteriet och det materiella kriteriet”

1. Genom denna begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF ställer Finanzgericht München (skattedomstolen i München, Tyskland) två frågor till domstolen gällande tolkningen av de bestämmelser i primärrätten som avser den fria rörligheten för kapital, nämligen artiklarna 63–65 FEUF.[2] Kärnan i den aktuella begäran om förhandsavgörande är förhållandet mellan denna frihet och innehållet i de nationella bestämmelserna om direkta skatter på utdelning.

2. Begäran har framställts i samband med en tvist mellan College Pension Plan of British Columbia (nedan kallad CPP), en pensionsfond i form av en *trust* enligt kanadensisk lag, och Finanzamt München (Abteilung III) (skattemyndigheten i München, avdelning III). Åren 2007–2010 erhöll denna *trust*, genom en kanadensisk förvaltare, utdelning från olika tyska aktiebolag, för vilka de tyska skattemyndigheterna nekade undantag från tysk beskattning av kapitalavkastning.

3. Domstolen uppmanas bland annat att avgöra om bestämmelserna gällande fri rörlighet för kapital i FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för den tyska lagstiftningen enligt vilken källskatt på utdelning får dras av från den bolagsskatt som pensionsfonder med hemvist i landet ska betala, och enligt vilken avsättningar i detta samband också kan beaktas för att minska den skattepliktiga vinsten, medan en pensionsfond utan hemvist i landet inte har rätt till en sådan avräkning. Domstolen får även yttra sig om huruvida den så kallade standstill-bestämmelsen i artikel 64.1 FEUF är tillämplig.

1 Originalspråk: franska.

2 Eftersom de frågor som hänskjutits för förhandsavgörande avser artiklarna 63–65 FEUF och deras innehåll är identiskt med innehållet i de tidigare artiklarna 56–58 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EG-fördraget), ska det hänvisas till dem, även om vissa omständigheter i det nationella målet dateras tillbaka till en period före den 1 december 2009.

4. Prövningen av det skattesystem som tillämpas på utdelning till begränsat skattskyldiga pensionsfonder har redan varit föremål för flera mål vid domstolen utifrån den fria rörligheten för kapital.[3] Även om domstolens praxis på området redan är omfattande kan frågorna huruvida en restriktion föreligger och huruvida situationen för skattskyldiga personer med hemvist i landet kan jämföras med den för skattskyldiga personer utan hemvist i landet ibland framstå som komplexa. Förevarande mål utgör ett bra exempel på detta.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Lagen om tillsyn av försäkringsgivare

5. Av de handlingar i målet som ingetts till domstolen framgår att pensionsfonder och deras verksamhet åren 2007–2010 reglerades av Versicherungsaufsichtsgesetz (lagen om tillsyn av försäkringsgivare) i dess lydelse av den 17 december 1992 (nedan kallad VAG 1992).[4] Bestämmelsen i 112 § VAG 1992 innehöll en definition av pensionsfonder. Av de handlingar i målet som ingetts till domstolen framgår att 112 § stycke 1 VAG 1992 hade följande lydelse:

”En pensionsfond är en fonderad pensionsinrättning med rättskapacitet

”1. som tillhandahåller tjänstepensionsförmåner till en eller flera arbetsgivare till förmån för deras anställda,

2. som inte, i alla fall i samtliga fall där förmåner föreskrivs, genom försäkringar kan garantera förmånens storlek eller storleken på de framtida avgifter som ska betalas för dessa förmåner,

3. som ger arbetstagarna en egen rätt till förmåner gentemot pensionsfonden, och

4. som är skyldig att tillhandahålla pensionsförmånen i form av livränta.”

6. VAG 1992 upphävdes genom lagen om modernisering av den finansiella tillsynen över försäkringar av den 1 april 2015[5] och ersattes av VAG 2015. Bestämmelsen i 236 § stycke 1 VAG 2015 innehåller en definition av pensionsfonder som motsvarar den definition som anges i 112 § VAG 1992.

B. Skattelagstiftningen om pensionsfonder

7. Av de handlingar i målet som ingetts till domstolen framgår att det tyska skattesystemet för kapitalavkastning regleras av bestämmelserna i Einkommensteuergesetz (lagen om inkomstskatt) (nedan kallad EStG) i dess lydelse av den 19 oktober 2002[6], i förening med bestämmelserna om beskattning av juridiska personer i Körperschaftssteuergesetz (lagen om bolagsskatt) (nedan kallad KStG) i dess lydelse av den 15 oktober 2002[7].

3 Se, bland annat, dom av den 8 november 2012, kommissionen/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688), dom av den 22 november 2012, kommissionen/Tyskland (C-600/10, ej publicerad, EU:C:2012:737), och dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).

4 Tysklands officiella tidning (BGBl) 1993 I, s. 2.

5 BGBl. 2015 I, s. 434.

6 BGBl. 2002 I, s. 4210, och BGBl. 2003 I, s. 179.

7 BGBl. 2002 I, s. 4144.

1. Skattesystemet för pensionsfonder med säte i Tyskland

8. En tysk pensionsfond som bildats som kapitalbolag med säte i Tyskland är obegränsat skattskyldig till bolagsskatt i enlighet med 1 § stycke 1 led 1 KStG. Enligt 7 § stycke 1 KStG omfattas dess beskattningsbara inkomst av bolagsskatten. I enlighet med 23 § KStG uppgår bolagsskatten till 15 procent av vinsten för tyska pensionsfonder.

9. Enligt 8 § stycke 1 första meningen KStG fastställs den beskattningsbara inkomsten i enlighet med bestämmelserna i EStG. Enligt 8 § stycke 2 KStG i förening med 2 § stycke 1 led 2 EStG ska alla inkomster från obegränsat skattskyldiga pensionsfonder anses genereras av affärs- eller näringsverksamhet. Enligt 2 § stycke 2 led 1 EStG utgör inkomster som genererats av affärs- eller näringsverksamhet den vinst som uppnåtts under det aktuella räkenskapsåret.

10. De undantag från skatteplikt för utdelning och kapitalvinst som föreskrivs i 8b § stycke 1 och 2 KStG tillämpas inte på pensionsfonder i enlighet med 8b § stycke 8 första och femte meningen KStG.

11. Enligt 20 § stycke 1 EStG ska vinstutdelningen behandlas som kapitalinkomster.

12. Enligt bestämmelserna i 43 och 44 §§ EStG ska skatten på kapitalavkastning tas ut via en källskatt på kapitalinkomster och betalas av det bolag som står för utdelningen. Skatten uppgår till 25 procent av bruttoutdelningen.

13. I 4 § stycke 1 första meningen EStG föreskrivs att ”[v]insten är lika med mellanskillnaden mellan företagets tillgångar vid räkenskapsårets slut och företagets tillgångar i slutet av det föregående räkenskapsåret, jämte värdet på uttagen och minskat med värdet på tillskottet”.

14. Enligt 5 § EStG ska tillgångar värderas enligt handelsrättens redovisningsprinciper. Mellanskillnaden fastställs således på grundval av en skatteredovisning som själv följer av balansräkningen.

15. Enligt 31 § stycke 1 första meningen KStG i förening med 36 § stycke 2 led 2 EStG, får skatten på kapitalavkastning som utdelningar beläggs med, vilken tas ut via källskatt och betalas redan under räkenskapsåret, i full omfattning dras av från bolagsskatten.

16. I 36 § stycke 4 andra meningen EStG föreskrivs att ”[o]m resultatberäkningen utvisar ett överskott till den skattskyldiga personens fördel, ska överskottet betalas in till denne efter det att den delgetts taxeringsbeslutet”.

17. Enligt de uppgifter som lämnats i beslutet om hänskjutande gällande skattesystemet, gör den tyska lagstiftningen åtskillnad mellan vinster från eget kapital (avkastning på bokförda investeringar) och vinster från ”täckningskorgen” [8] (avkastning på ej bokförda investeringar).

18. För det första ska dessa vinster, vad gäller avkastning på bokförda investeringar, direkt krediteras de enskilda pensionsfondsavtalen, när de finansiella vinsterna överstiger den tekniska ränta som beaktas vid beräkningen av den försäkringspremie som de försäkrade ska betala till pensionsfonden. De ökar inte bara intäktssidan i pensionsfondens skatteredovisning, utan också värdet på posterna på skuldsidan och, bland annat, de försäkringsmatematiska avsättningarna [9]. I sådant fall neutraliseras vinsten från erhållen utdelning helt och medför inte någon skattepliktig vinst.

8 I begäran om förhandsavgörande används det tyska begreppet Deckungsstock.

9 Försäkringsmatematiska avsättningar utgör avsättningar som motsvarar pensionsfondens reserver för att garantera utbetalningen av pensionsförmåner. Dessa avsättningar ska uppskattas i enlighet med 341f § i Handelsgesetzbuch (den tyska handelslagen).

19. För det andra ska dessa vinster, vad gäller avkastning på ej bokförda investeringar, när de finansiella vinsterna överstiger den tekniska ränta som beaktas vid beräkningen av den försäkringspremie som de försäkrade ska betala in till pensionsfonden, används till minst 90 procent för de försäkrades avtal. Denna andel på 90 procent av vinsten medför en ökning av både värdet på tillgångarna i skatteredovisningen och av posterna på skuldsidan i skatteredovisningen, och, i synnerhet, till en ökning av värdet på de försäkringsmatematiska avsättningarna i denna redovisning. Denna del av vinsten från erhållen utdelning neutraliseras helt och leder inte till någon skattepliktig vinst. Däremot krediteras den återstående delen på högst 10 procent av vinsten inte de enskilda pensionsfondsavtalen och ökningen av tillgångarna åtföljs därvid inte av en motsvarande ökning av skuldsidan i balansräkningen. Dessa vinster måste således beaktas i skattehänseende.

2. Skattesystemet för utländska pensionsfonder

20. Enligt 2 § led 1 KStG är en utländsk pensionsfond som inte har sin ledning eller sitt säte i Tyskland begränsat skattskyldig till bolagsskatt vad gäller de inkomster som fonden uppbär i landet.

21. Av 8 § stycke 1 KStG i förening med 49 § stycke 1 led 5a EStG och 20 § stycke 1 led 1 EStG framgår att den utdelning som tas emot av den utländska pensionsfonden är kapitalinkomster för vilka begränsad skattskyldighet gäller. Denna erhållna utdelning beskattas fullt ut enligt 8b § stycke 8 femte meningen KStG.

22. När det gäller begränsat skattskyldiga pensionsfonder ska skatten drivas in i form av källskatt. Den som är skyldig att betala utdelningen ska göra avdrag för skatten på kapitalavkastning som enligt bestämmelserna i 43 § stycke 1 led 1 och 43a § stycke 1 led 1 EStG i princip uppgår till 25 procent av bruttoutdelningen.

23. Enligt 50d § stycke 1 tredje meningen EStG återbetalas mellanskillnaden mellan skatten på kapitalavkastning och den skattesats som godkänts med stöd av skatteavtalet till denna pensionsfond, när beskattningen av utdelningen begränsas till 15 procent enligt skatteavtalen och pensionsfonden ansöker om återbetalning vid Bundezentralamt für Steuern (Tysklands federala skattekontor, Tyskland).

24. Enligt 32 § stycke 1 led 2 KStG är skatten på kapitalavkastning på 15 procent slutlig när inkomstinnehavaren är begränsat skattskyldig i Tyskland.

25. Enligt den hänskjutande domstolen utesluts därför möjligheten att dra av skatten på kapitalavkastning från bolagsskatten för utländska pensionsfonder, som inte heller får dra av några kostnader för intäkternas förvärvande från beskattningsunderlaget för sina beskattningsbara inkomster. Villkoren för att återbetala skatten på kapitalavkastning till de bolag som är begränsat skattskyldiga enligt 32 § stycke 5 KStG kan inte anses vara inte uppfyllda.

C. Skatteavtalet mellan Förbundsrepubliken Tyskland och Kanada

26. I avtalet mellan Förbundsrepubliken Tyskland och Kanada för att undvika dubbelbeskattning vad gäller inkomstskatt och vissa andra skatter, förhindra skatteflykt och tillhandahålla stöd på skatteområdet, som ingicks i Berlin den 19 april 2001 (nedan kallat skatteavtalet)[10] föreskrivs i artikel 10.2 b att ursprungsstaten för utdelningen får behålla 15 procent av bruttobeloppet.

27. Enligt artikel 23.1 a i skatteavtalet förhindrar Kanada, som hemviststat, dubbelbeskattning av utdelning genom ett avräkningssystem.

10 BGBl. 2002 II, s. 670.

II. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

28. CPP:s affärssyfte är att förvalta kapital för att säkerställa pensionsutbetalningar för tidigare offentliganställda i provinsen British Columbia. För detta görs i dess bokföring motsvarande försäkringstekniska avsättningar för dess pensionsåtaganden. CPP innehar, via ett portföljförvaltningsbolag, andelar i tyska aktiebolag. CPP och detta förvaltningsbolag ingick ett förvaltningsavtal enligt vilket förvaltningsbolaget ska följa vägledningar och instruktioner från CPP, som är instiftaren, vid investeringsbeslut. I Kanada är CPP helt undantagen från vinstbeskattning.

29. CPP ägde aktier från olika tyska aktiebolag som uppgick till mindre än en procent. Åren 2007–2010 erhöll CPP, tack vare andelarna, utdelning efter de villkor som beskrivs i punkterna 17–19 i detta förslag till avgörande. På utdelningen togs i enlighet med artikel 10.2 b i skatteavtalet skatt på kapitalavkastning på sammanlagt 156 280,10 euro ut i form av källskatt på 15 procent.

30. Den 23 december 2011 ansökte CPP om att Finanzamt München skulle anta ett beslut om undantag från skatten på kapitalavkastning och återbetalning av 156 280,10 euro, jämte ränta, med motiveringen att CPP missgynnades jämfört med de tyska pensionsfonderna, eftersom skatten på kapitalavkastning som utdelningar beläggs med fullt ut återbetalades till dem. Genom ett beslut av den 26 maj 2014 avslog de tyska skattemyndigheterna denna ansökan.

31. Eftersom de tyska myndigheterna omprövade beslutet utan att ändra det, överklagade CPP beslutet till den hänskjutande domstolen, Finanzgericht München (skattedomstolen i München).

32. Skattedomstolen har inledningsvis angett att CPP kunde jämföras med en tysk pensionsfond, i den mening som avses i 236 § VAG 2015, vilket parterna för övrigt har vitsordat. Dessutom är det ostridigt mellan parterna i det nationella målet att andelar i tyska aktiebolag och inkomster från dessa andelar inte ska tillskrivas förvaltningsbolaget, utan CPP som är den mottagare som har rätt till utdelningen.

33. Den hänskjutande domstolen har förklarat att den bolagsskatt som en pensionsfond med hemvist i landet är skattskyldig till grundar sig på den vinst som tagits upp i denna fonds bokföring. Den hänskjutande domstolen finner att vinsten bland annat påverkas av erhållen utdelning och av gjorda avsättningar, om pensionsfonden med hemvist i landet får dra av avsättningar för pensionsutbetalningar från den skattepliktiga vinsten. Därför medför erhållen utdelning inte nödvändigtvis en höjning av den bolagsskatt som ska betalas, utan enbart en förhållandevis liten höjning av denna skatt.

34. När det däremot gäller pensionsfonder utan hemvist i landet har den hänskjutande domstolen angett att en pensionsfond, när den erhåller utdelning, är begränsat skattskyldig till den tyska bolagsskatten. Denna skatt tas ut i form av källskatt och bolaget som genomför utdelningen ska dra av skatt på kapitalavkastning som i princip uppgår till 25 procent av bruttoutdelningen, i enlighet med bestämmelserna i 43 § stycke 1 led 1 och 43a § stycke 1 led 1 EStG. Enligt artikel 10.2 b i skatteavtalet begränsas skatt på utdelning till 15 procent. Mellanskillnaden mellan skatten på kapitalavkastning och skattesatsen på 15 procent återbetalas av det federala skattekontoret efter ansökan.

35. Under dessa omständigheter vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida skillnaden i behandling av pensionsfonder utan hemvist i landet vilka erhåller utdelning som omfattas av en slutlig källskatt, och pensionsfonder med hemvist i landet, vars erhållna utdelning också omfattas av denna källskatt men som kan dra av den från bolagsskatten, utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital.

36. För det fall att domstolen finner att skillnaden i behandling utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital, vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida en sådan restriktion kan motiveras.

37. Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida standstill-bestämmelsen i artikel 64.1 FEUF är tillämplig. I detta avseende understryker denna domstol först att 32 § stycke 1 led 2 KStG, enligt vilken skatt på kapitalavkastning på 15 procent är slutlig för innehavaren av inkomster som är begränsat skattskyldig i Tyskland samt leder till skillnaden i behandling av pensionsfonder med hemvist i landet och pensionsfonder utan hemvist i landet, redan var i kraft den 31 december 1993 i form av bestämmelsen i 50 § stycke 1 led 2 KStG från år 1991, vars ordalydelse och funktion var identisk. Vidare saknar det betydelse om skattesatsen för kapitalavkastning på 25 procent, som redan gällde den 31 december 1993 enligt 43 § stycke 1 led 1 jämförd med 43a § stycke 1 led 1 EStG, sattes ned med 20 procent den 1 januari 2001 och sedan höjdes igen till 25 procent den 1 januari 2009. Genom lagändringen den 1 januari 2009 ersattes de olika skattesatser som tidigare gällde för kapitalinkomster, det vill säga 20 procent, 25 procent och 30 procent, med en enda skattesats på 25 procent, utan att något ändrades i grundtanken med den bestämmelse som reglerade avdrag för skatt på kapitalavkastning. Därutöver uppkommer frågan om det materiella kriteriet för tillhandahållande av finansiella tjänster är uppfyllt. Det bör härvid fastställas huruvida det i ett fall som det i det nationella målet föreligger ett orsakssamband mellan tillhandahållande av finansiella tjänster och kapitalrörelser, i den mening som avses i målet Wagner-Raith [11].

38. Mot denna bakgrund beslutade Finanzgericht München (skattedomstolen i München) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Utgör den fria rörligheten för kapital enligt artikel 63.1 FEUF jämförd med artikel 65 FEUF hinder för en medlemsstats bestämmelser enligt vilka en utländsk inrättning för tjänstepension, som till sina väsentliga strukturer kan jämställas med en tysk pensionsfond, inte undantas från skatt på kapitalavkastning på erhållen utdelning, medan motsvarande utdelning till inhemska pensionsfonder inte medför någon höjning eller medför en förhållandevis liten höjning av den källskatt på kapitalavkastning som ska betalas, eftersom de har möjlighet att i samband med beskattningsförfarandet minska sin skattepliktiga vinst genom att göra avdrag för avsättningar till pensionsutbetalningar och neutralisera den erlagda skatten på kapitalavkastning genom avdrag och återbetalning – om den bolagsskatt som ska betalas är lägre än det belopp som dras av?

2) Om den första frågan ska besvaras jakande: Är begränsningen av den fria rörligheten för kapital för tredjeländer genom 32 § stycke 1 led 2 [KStG] tillåten enligt artikel 63 FEUF jämförd med artikel 64.1 FEUF, eftersom den har samband med tillhandahållande av finansiella tjänster?”

III. Förfarandet vid domstolen

39. CPP, Finanzamt München, den tyska regeringen och Europeiska kommissionen har avgett skriftliga yttranden. Med undantag för Finanzamt München utvecklade de sin talan vid förhandlingen den 20 mars 2019.

IV. Bedömning

40. Inledningsvis råder det inget tvivel om att den grundläggande frihet som ska tillämpas på förevarande tvist är den fria rörligheten för kapital. För det första har domstolen nyligen erinrat om att direktinvesteringar i form av förvärv av företag genom köp av aktier som ger möjlighet att effektivt medverka i ledningen och kontrollen av företaget (så kallade direktinvesteringar) samt förvärv av

11 Dom av den 21 maj 2015 (C-560/13, EU:C:2015:347, punkterna 39 och 44).

värdepapper på kapitalmarknader med enda syfte att genomföra en penningplacering utan avsikt att inverka på företagets skötsel och kontrollen av detta (så kallade portföljinvesteringar) ingår bland de investeringar som enligt artikel 63 FEUF utgör kapitalrörelser.[12] För det andra följer det numera av fast rättspraxis att de nationella bestämmelser som är tillämpliga på andelar som förvärvats uteslutande i placeringssyfte, utan avsikt att erhålla något inflytande på förvaltning och kontroll av bolaget, ska bedömas enbart utifrån den fria rörligheten för kapital.[13],[14] I förevarande fall är det ostridigt att det rör sig om en penningplacering utan avsikt att inverka på företagets skötsel och kontrollen av detta, eftersom den kanadensiska pensionsfonden inte är delägare till mer än 1 procent i flera tyska aktiebolag. Bestämmelserna om fri rörlighet för kapital, särskilt bestämmelserna i artiklarna 63–65 FEUF, tillämpas således på en situation som den i det nationella målet.

41. För det andra anser jag att frågan huruvida standstill-bestämmelsen i artikel 64.1 FEUF är tillämplig bör prövas efter frågan huruvida den aktuella lagstiftningen utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital, i den mening som avses i artikel 63.1 FEUF. Ordalydelsen i artikel 64.1 FEUF hänvisar till ”restriktioner”, vilket innebär att det för att tillämpa denna bestämmelse redan från början är nödvändigt att kvalificera den nationella lagstiftningen och att fastställa om det system som föreskrivs i den lagstiftningen utgör en restriktion.[15] Jag föreslår därför att tolkningsfrågorna prövas i den ordning de ställdes.

A. Den första tolkningsfrågan

42. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 63 och 65 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en medlemsstats bestämmelser om att källskatt ska tas ut på utdelningar från ett bolag med hemvist i landet till pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet, genom att de endast för pensionsfonder med hemvist i landet föreskriver ett system för fullständig avräkning från bolagsskatt, medan avdraget på 25 procent, upp till en gräns på 3/5 (15 procent), utgör för pensionsfonder utan hemvist i landet en slutlig skatt, med hänsyn till att 2/5 av detta avdrag (10 procent) kan återbetalas efter ansökan.

43. För att denna fråga ska kunna besvaras bör det för det första prövas huruvida det föreligger en restriktion för den fria rörligheten för kapital, i den mening som avses i artikel 63 FEUF och, för det andra, eventuellt pröva huruvida en sådan restriktion är motiverad.

12 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 2019, X (Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland, C-135/17, EU:C:2019:136, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

13 Se, bland annat, dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

14 I en situation som kan jämställas med den i det nationella målet, i dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 34), har domstolen faktiskt angett att det, i syfte att fastställa huruvida artikel 63 FEUF ska tillämpas på den ifrågavarande lagstiftningen, inte är det i den lagstiftningen föreskrivna undantagets natur som ska prövas, och inte heller karaktären av den verksamhet som investeringsfonden bedriver, utan formen för investeringsfondernas delägande i bolag med hemvist i landet.

15 I detta avseende vill jag påpeka att domstolen i sin nyligen avkunnade dom av den 26 februari 2019, X (Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland, C-135/17, EU:C:2019:136) valde att pröva frågorna i omvänd ordning, nämligen att först pröva de aktuella bestämmelserna mot bakgrund av artikel 64.1 FEUF och sedan av artikel 63.1 FEUF.

1. Huruvida den fria rörligheten för kapital begränsas

44. Det är fast rättspraxis att restriktioner för kapitalrörelser omfattar sådana åtgärder som kan avhålla personer utan hemvist i landet från att investera i denna medlemsstat eller som kan avhålla personer med hemvist i landet från att investera i andra stater.[16] I synnerhet kan en ogynnsam behandling av utdelning till pensionsfonder utan hemvist i landet, i jämförelse med behandlingen av utdelning till pensionsfonder med hemvist i landet, avhålla bolag med hemvist i en annan medlemsstat än den första medlemsstaten från att investera där och den utgör följaktligen en restriktion för den fria rörligheten för kapital som i princip är förbjuden enligt artikel 63 FEUF.[17]

45. I förevarande fall föreskriver de nationella bestämmelser som är aktuella i det nationella målet en skattebehandling i två steg. Som ett första steg beskattas såväl utdelning till pensionsfonder med hemvist i landet som utdelningar till pensionsfonder utan hemvist i landet via källskatt. När det gäller utdelning till pensionsfonder utan hemvist i landet, tas, enligt de uppgifter som lämnats i beslutet om hänskjutande, källskatt slutgiltigt ut på 3/5 (15 procent) i enlighet med artikel 32 § stycke 1 led 2 KStG, medan uttaget på 2/5 (10 procent) av källskatten återbetalas enligt vad som anges i punkt 23 i detta förslag till avgörande. I förevarande mål vid den nationella domstolen har en källskatt på 15 procent således tagits ut på den ifrågavarande utdelningen. Vad däremot gäller den källskatt som tillämpas på utdelning till pensionsfonder med hemvist i landet, framgår det av de förklaringar som den hänskjutande domstolen har lämnat att den uppgår till 25 procent.

46. Som ett andra steg omfattas pensionsfonderna, när det gäller den utdelning som betalas till dem, av två olika skattesystem. Skatten på kapitalavkastning på den utdelning som pensionsfonder utan hemvist i landet erhåller blir nämligen slutgiltig. Utdelning till pensionsfonder med hemvist i landet förs emellertid in i pensionsfondernas balansräkning, som kommer att tjäna som utgångsvärde vid fastställandet av den skattepliktiga vinsten och på vilken bolagsskatten på 15 procent[18] kommer att tillämpas. När skatten förfaller till betalning, kan skatten på kapitalavkastning i full omfattning dras av från det belopp som ska betalas. Den hänskjutande domstolen har nämligen angett att ”[s]katten på kapitalavkastning som hållits inne från utdelningen till pensionsfonder i full omfattning dras av från den bolagsskatt som ska betalas” enligt 31 § KStG jämförd med 36 § stycke 2 led 2 EStG[19] och, ”[n]är den skatt på kapitalavkastning som hållits inne överstiger den fastställda bolagsskatten, ska den återbetalas till den inhemska pensionsfonden”, i enlighet med 36 § stycke 4 andra meningen EStG.[20]

47. Som den hänskjutande domstolen har förklarat, kan den tyska pensionsfonden, dels minska sin skattepliktiga vinst från bolagsskatten genom att beakta avsättningar för pensionsåtaganden, dels dra av bolagsskatten från den skatt på kapitalavkastning som hållits inne. Jag anser därför att påståendet att den fria rörligheten för kapital i det aktuella målet begränsas kan vara följden av båda dessa separata beskattningssystem som föreskrivs i den nationella lagstiftningen. Restriktionen kan nämligen bero på att den skattepliktiga vinsten, vid beräkningen av bolagsskatten, delvis påverkas av de avsättningar som pensionsfonden gjort, vilka minskar dess skattepliktiga vinst. Vidare kan

16 Dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 15), dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608, punkt 44), och dom av den 2 juni 2016 (Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punkt 27).

17 Se, bland annat, dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14 (EU:C:2016:402, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

18 I sina skriftliga yttranden har CPP gjort gällande att ett solidaritetstillägg på 5,5 procent läggs till bolagsskatten, så att det medför en skattebörda som sammanlagt uppgår till 15,825 procent. Däremot konstaterar jag att den hänskjutande domstolen i sin begäran om förhandsavgörande grundar sitt resonemang på en bolagsskattesats på 15 procent. I detta förslag till förhandsavgörande används en skattesats på 15 procent.

19 Den hänskjutande domstolen har även angett att ”skatten på kapitalavkastning i full omfattning dras av från den bolagsskatt som de obegränsat skattskyldiga tyska pensionsfonder ska betala”.

20 I sina skriftliga yttranden har CPP påpekat att såväl den skatt på kapitalavkastning som det solidaritetstillägg som tas ut på utdelningen kan dras av från den bolagsskatt som pensionsfonden ska betala. Ett sådant klargörande finns dock inte i begäran om förhandsavgörande. I detta förslag till avgörande kommer det att hänvisas till den skatt på kapitalavkastning, som kan dras av, på 25 procent av bruttoutdelningen.

restriktionen vara en följd av den omständigheten att pensionsfonden med hemvist i landet får dra av den skatt på kapitalavkastning som ska betalas från bolagsskatten och kan ha rätt till återbetalning av överskottet. Jag föreslår att dessa system ska prövas för att fastställa vilket av dessa som ger upphov till den påstådda restriktionen, eller om det till och med är båda dessa system.

48. Vad gäller de avsättningar som pensionsfonden har gjort, har den hänskjutande domstolen förklarat att försäkringsmatematiska avsättningar utgör en särskild form av avsättningar för skulder som inte kan förutses, vilka föregriper de tjänstepensionsförmåner som pensionsfonden framöver ska tillhandahålla sina försäkrade. Den hänskjutande domstolen har angett att den skattepliktiga vinsten, på grund av de avsättningar som pensionsfonden har gjort och som återges på balansräkningens skuldsida, i synnerhet de försäkringsmatematiska avsättningarna för pensionsåtaganden, kan vara ”förhållandevis låga” vid fastställandet av bolagsskattens storlek.

49. Enligt de förklaringar som anges i beslutet om hänskjutande medför utbetalningen av utdelningar således oftast inte någon ökning av den skattepliktiga vinst som fastställts på grundval av balansräkningen, eftersom det sker en motsvarande ökning av intäkts- och skuldsidan, särskilt de försäkringsmatematiska avsättningar som däri anges.[21] Den skattepliktiga vinsten ökar endast i de fall där vinsterna inte krediteras de försäkrades avtal, varför de kommer att medföra en ökning av pensionsfondens intäkter, men inte någon motsvarande ökning av fondens skulder. Det handlar om fallet, som beskrivs i punkt 19 ovan, där 10 procent av vinsterna inte krediteras de försäkrades avtal. I detta fall tillkommer denna återstående del på 10 procent av vinsterna inte de försäkrade, vilket innebär att de försäkringsmatematiska avsättningarna inte kommer att öka. Denna återstående del av vinsterna som inte delas ut till de försäkrade kommer därför inte heller att öka storleken på de pensionsförmåner som kommer att betalas ut till de försäkrade på förfallodagen (det vill säga när de går i pension).

50. Härav följer att den utdelning som en pensionsfond med hemvist i landet tar emot, med undantag för den återstående delen på 10 procent av vinsterna som inte krediteras de försäkrades avtal, vanligtvis krediteras, så att den skattepliktiga vinst som avser bolagsskatten inte, eller enbart i mindre omfattning, höjs.

51. För att besvara frågan om i vilken utsträckning ökningen av avsättningarna kan påverka den effektiva skattebördan med anledning av den utbetalda utdelningen, noterar jag att domstolen, i de mål som avser ”utgående” utdelning och källskatt, har prövat hur utdelningen och inte den skattepliktiga vinsten behandlas.[22]

52. Vad gäller denna behandling, bör den faktiska skattebördan på grund av utdelningen fastställas, när utdelningen kumulativt belagts med en källskatt på kapitalavkastning på 25 procent och en bolagsskatt på 15 procent. Jag anser att antagandet att restriktioner för den fria rörligheten för kapital fastställs utifrån den faktiska skattebördan stöds av domstolens praxis. Först har domstolen i flera mål om utdelningsbeskattning redan slagit fast, att det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma om skattskyldiga personer utan hemvist i landet i sista hand får bära en faktisk större skattebörda i det land som tillämpar källskatt än skatteskyldiga personer med hemvist i landet för samma typ av utdelning.[23] Därefter har domstolen i målet Hirvonen[24] slagit fast att beskattningen av bruttointäkter

21 Den hänskjutande domstolen har uppgett att ”utdelningsintäkter från de tyska pensionsfonderna oftast inte medför någon samtidig ökning av avsättningarna för pensionsåtaganden på grund av uppkomsten av en skattepliktig vinst” och att, eftersom dessa fonder ”beskattas på grundval av sin vinst (det vill säga efter avdrag för kostnader för intäkternas förvärvande), betalar de i normalfall endast en förhållandevis låg bolagsskatt på grund av den allmänna parallellen mellan erhållen utdelning och ökning av avsättningar”.

22 Se dom av den 22 november 2012, kommissionen/Tyskland (C-600/10, ej publicerad, EU:C:2012:737, punkt 15), och dom av den 8 november 2012, kommissionen/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688, punkt 33).

23 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punkt 34), dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608, punkt 48), och dom av den 19 januari 2006, Bouanich, (C-265/04, EU:C:2006:51, punkt 33).

24 Dom av den 19 november 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punkterna 44 och 48).

från en begränsat skattskyldig person var förenlig med unionsrätten om den inte var högre än beskattningen av nettointäkter med den skattesats som gäller för obegränsat skattskyldiga personer.[25] Nyligen har domstolen i målet Sofina vidare slagit fast, att det är ”räkenskapsåret då utdelningen lämnas som ska beaktas när skattebördan av sådan utdelning jämförs med skattebördan av utdelning till ett bolag med hemvist i landet”.[26]

53. I förevarande fall konstaterar jag att beslutet om hänskjutande inte innehåller några sifferuppgifter som gör det möjligt att fastställa den faktiska skattebördan med anledning av utdelningar, när de kumulativt belagts med skatt på kapitalavkastning och bolagsskatt.

54. I detta sammanhang har jag försökt att fastställa denna börda mot bakgrund av de uppgifter som förekommer i handlingarna i målet. Av mina beräkningar framgår att den faktiska skattebördan med anledning av utdelningar som en pensionsfond med hemvist i landet erhåller uppgår till högst 11,25 procent av bruttoutdelningen.[27] Oavsett värdet på avsättningarna, kommer den faktiska skattesatsen således förbli lägre än den skattesats på 15 procent som tillämpas på den utdelning som en pensionsfond utan hemvist i landet erhåller. Detta innebär att den faktiska skattebördan av utdelningar till pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet kommer att förbli ojämlik.[28] Följaktligen anser jag att avsättningarnas storlek, mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet, är utan betydelse vid fastställandet av restriktionen för den fria rörligheten för kapital.

55. Med andra ord anser jag att den omständigheten att den skattepliktiga vinsten kan minskas genom avsättningar visserligen gör det möjligt att minska storleken på den bolagsskatt som ska betalas. Däremot förefaller denna minskning inte vara orsaken till restriktionen för den fria rörligheten för kapital, som föreligger oberoende av storleken på de avsättningar som pensionsfonden med hemvist i landet har gjort. En sådan prövning ankommer dock på den nationella domstolen, som ensam får fastställa den faktiska skattebördan av den utdelning som betalats av pensionsfond med hemvist i landet och av en pensionsfond utan hemvist i landet.

56. Jag undrar även om detta synsätt inte vinner stöd av det argument som CPP framfört, att syftet med att minska den skattepliktiga vinsten är att undvika en ekonomisk dubbelbeskattning av utdelningen. Enligt CPP har lagstiftaren nämligen antagit 8 § stycke 8 KStG i syfte att neutralisera och i praktiken medge undantag från skatteplikt för utdelning genom att beakta försäkringstekniska avsättningar vid skatteberäkning. Det bör dock understrykas att ”neutralisering” eller ”undantag från skatteplikt” för utdelning till pensionsfonden endast avser beskattning i form av bolagsskatt. Detta system verkar således inte påverka den redan erlagda skatten vid beräkning av skatt på kapitalavkastning och som i full omfattning dras av.[29]

57. I detta avseende anser jag att det aktuella målet skiljer sig från de omständigheter som låg till grund för målet kommissionen/Finland[30] som den hänskjutande domstolen hänvisat till. I denna dom har domstolen slagit fast, att en nationell bestämmelse enligt vilken en utdelning som en pensionsfond med hemvist i landet erhöll i praktiken visade sig vara undantagen eller nästan undantagen från skatt på inkomster genom inverkan av uttryckliga bestämmelser i den nationella lagstiftningen, medan utdelning som erhölls av pensionsfonder utan hemvist i landet omfattades av en skattesats på

25 Vidare har begreppet större skattebörda även använts i arvsskattefrågor. I sin dom av den 31 mars 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, punkt 40), om arvsskatt, har domstolen slagit fast att beviljandet av ett grundavdrag som görs från beskattningsunderlaget avseende fast egendom, som påverkas av var den avlidne eller arvtagaren hade sin hemvist vid tidpunkten för dödsfallet, leder till en faktisk större skattebörda än den som gäller för minst en som är bosatt i landet och därmed minskar arvets värde.

26 Dom av den 22 november 2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, punkt 31).

27 Om det antas att X är värdet på den betalda bruttoutdelningen, är värdet på den nettoutdelning som pensionsfonden med hemvist i landet erhåller X -(0,25X). Resultatet av tillämpningen av en bolagsskattesats på 15 procent kommer att vara [X - (0,25X)] × 0,15. Detta motsvarar en effektiv ränta på 11,25 procent.

28 Vid förhandlingen bekräftade den tyska regeringen i sitt svar på en fråga från domstolen att det, när det gäller den slutgiltiga skattebördan, finns en skillnad i behandling av pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet.

29 I enlighet med 31 § KStG jämförd med 36 § stycke 2 led 2 EStG.

30 Dom av den 8 november 2012 (C-342/10, EU:C:2012:688).

19,5 procent enligt den nationella lagstiftningen, eller 15 procent eller mindre enligt de avtal för undvikande av dubbelbeskattning som Republiken Finland ingått, utgjorde en inskränkning av artikel 63 FEUF.[31] I det aktuella målet vid den nationella domstolen tas dock källskatt på kapitalavkastning ut på utdelningar till såväl pensionsfonder med hemvist i landet som pensionsfonder utan hemvist i landet. Själva förekomsten och storleken på denna källskatt påverkas inte av att det görs avsättningar. Även om den skattepliktiga vinsten minskas och den skatt som ska betalas på den utdelning som pensionsfonden med hemvist i landet i praktiken erhåller nästan helt undantas, rör dessa endast beskattningen av pensionsfondens vinst vid beräkningen av bolagsskatt, men inte skatten på kapitalavkastning, som kan återkrävas i sin helhet.

58. Jag föreslår därför att domstolen ska göra bedömningen att det i förevarande fall är det andra system som ligger till grund för påståendet att det föreligger en restriktion, nämligen den fullständiga avräkningen av skatten på kapitalavkastning från bolagsskatt och den eventuella återbetalningen av överskottet om resultatberäkningen utvisar det, som utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital.

59. Såsom jag redan har påpekat anser jag att det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra om och i vilken utsträckning den faktiska skattebördan är lägre än den på utdelning till den pensionsfond utan hemvist i landet som omfattas av källskatt på 15 procent enligt skatteavtalet.

60. Om den hänskjutande domstolen kommer fram till att den utdelning som mottas av en pensionsfond med hemvist i landet nästan helt undantas från skatt på kapitalavkastning på grund av fullständig avräkning, förefaller det som om det finns en större faktisk skattebörda på utdelning till en pensionsfond utan hemvist i landet. Härav följer att sådan utdelning behandlas på ett förmånligare sätt än den som betalas till en pensionsfond utan hemvist i landet. En sådan skillnad i behandling av pensionsfonder på grund av hemvist är ägnad att avhålla pensionsfonder utan hemvist i landet från att investera i bolag etablerade i Tyskland. I sådant fall kan pensionsfonder utan hemvist i landet nämligen inte återkräva den skatt som tagits ut i form av källskatt, vilket därmed utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital, som i princip är förbjuden enligt artikel 63.1 FEUF.

2. Huruvida restriktionen kan motiveras

61. I artikel 65.1 a FEUF anges att ”[b]estämmelserna i artikel 63 [FEUF] inte [ska] påverka medlemsstaternas rätt att … tillämpa sådana bestämmelser i sin skattelagstiftning som skiljer mellan skattebetalare som har olika bostadsort eller som har investerat sitt kapital på olika ort”.

62. Denna bestämmelse utgör ett undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet för kapital och ska tolkas restriktivt. Den kan därför inte tolkas så, att en skattelagstiftning som gör åtskillnad mellan skattskyldiga på grund av var de har sin bostadsort eller i vilken medlemsstat de investerar sitt kapital automatiskt är förenlig med EUF-fördraget. Det undantag som föreskrivs i artikel 65.1 a FEUF begränsas själv av artikel 65.3 FEUF, i vilken det föreskrivs att de nationella bestämmelser som avses i artikel 65.1 FEUF ”inte får utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av den fria rörligheten för kapital och betalningar enligt artikel 63 [FEUF]”.[32]

31 Jag anser nämligen att, i det mål som gav upphov till denna dom, utdelningar från bolag med hemvist i landet till pensionsfonder med hemvist i landet beskattades med 75 procent och omfattades av en skattesats på 26 procent. Utdelningen i sin helhet beskattades i själva verket med 19,5 procent. Domstolen har funnit att denna lagstiftning utgjorde en restriktion, i den mening som avses i artikel 63 FEUF.

32 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, punkterna 42 och 43 och där angiven rättspraxis), dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608, punkt 63), och dom av den 22 november 2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, punkt 45).

63. De skillnader i behandling som är tillåtna enligt artikel 65.1 a FEUF ska således skiljas från de typer av diskriminering som är förbjudna enligt artikel 65.3 FEUF.[33] Det framgår emellertid av domstolens praxis att det, för att sådan nationell skattelagstiftning som den nu aktuella ska anses vara förenlig med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för kapital, krävs att skillnaden i behandling avser situationer som inte är objektivt jämförbara eller att skillnaden motiveras av tvingande skäl av allmänintresse.[34]

a) Huruvida de situationer som är aktuella i det nationella målet är jämförbara med varandra

64. Det framgår av fast rättspraxis att frågan huruvida en gränsöverskridande situation är jämförbar med en inhemsk situation ska bedömas mot bakgrund av såväl det ändamål som eftersträvas med de nationella bestämmelserna i fråga som föremålet för och innehållet i dessa bestämmelser.[35] Dessutom ska endast de relevanta åtskillnadskriterier som anges i den aktuella lagstiftningen beaktas vid bedömningen av huruvida den skillnad i behandling som följer av en sådan lagstiftning återspeglar en objektiv skillnad mellan situationerna.[36]

65. Jag noterar dock att denna begäran om förhandsavgörande inte innehåller några förklaringar gällande syftet med den lagstiftning som är aktuell i det nationella målet. Under dessa omständigheter föreslår jag att de argument som parterna i detta mål har framfört ska prövas. Mot bakgrund av dessa argument kommer bedömningen av huruvida situationen för pensionsfonder med hemvist i landet kan jämföras med situationen för pensionsfonder utan hemvist i landet att innehålla tre delar, nämligen syftet med den tyska lagstiftningen vad gäller skyldigheterna gentemot de försäkrade (1), påståendet att olika beskattningstekniker tillämpas på de två kategorierna av pensionsfonder (2) och beaktandet av de kostnader som har direkt samband med den erhållna utdelningen (3).

1) Skyldigheterna gentemot de försäkrade

66. CPP har betonat att alla pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet ska investera försäkringspremier på kapitalmarknader för att generera den utdelning som pensionsfonderna använder för att fullgöra sina skyldigheter gentemot de försäkrade. Därför undantar Tyskland dem från skatteplikt, förutsatt att den utdelning som betalas ut används för att fullgöra skyldigheterna gentemot de försäkrade. Medan den omständigheten att den utdelning som mottas slutligen tillkommer de försäkrade beaktas genom den nationella lagstiftning som är tillämplig på pensionsfonder med hemvist i landet och utdelningar på pensionsfondsnivå av den anledningen undantas från skatteplikt enligt denna lagstiftning, tas ingen hänsyn till den omständigheten att pensionsfonder i tredjeländer i princip omfattas av samma skyldighet.

33 Se, bland annat, dom av den 22 november 2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, punkt 46), dom av den 20 september 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, punkt 87), dom av den 21 juni 2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, punkt 48), och dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608, punkt 64).

34 Se, bland annat, dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 23 och där angiven rättspraxis), samt dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608, punkt 64).

35 Se, bland annat, dom av den 20 september 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, punkt 88), dom av den 21 juni 2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, punkt 50), och dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

36 Dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 28), samt dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punkt 49).

67. Kommissionen anser att syftet med att undanta tyska pensionsfonder från skatt på kapitalavkastning på utdelning till dem är att göra det möjligt för dem att bygga upp tillräckligt kapital för att täcka framtida pensionsutbetalningar. Den utbetalda utdelningen undantas på så sätt från skatt på kapitalavkastning, förutsatt att den används för försäkringstekniska avsättningar. När det däremot gäller en pensionsfond utan hemvist i landet måste den, även om det antogs att den kan bevisa att den erhållna utdelningen används för att göra avsättningar, betala en definitiv skatt på kapitalavkastning i Tyskland motsvarande det som föreskrivs i det aktuella skatteavtalet.

68. Jag anser i detta hänseende att det, med förbehåll för den prövning som ankommer på den hänskjutande domstolen, framgår av de handlingar i målet som ingetts till domstolen att den tyska lagstiftning som är aktuell i det nationella målet, som i praktiken innebär att utdelning till en pensionsfond med hemvist i landet nästan helt undantas från skatteplikt, syftar till att garantera pensionsfondernas försäkringsverksamhet genom att tillföra ett tillräckligt aktiekapital för att täcka pensionsåtaganden i framtiden. Däremot blir skatten på kapitalavkastning, vad gäller utdelning till en pensionsfond utan hemvist i landet, även om utdelningen används för att uppfylla detta mål, en slutlig skatt, utan att nästan helt undantas.[37] I detta hänseende anser jag att pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet har gemensamma mål. Därför ska de anses befinna sig i en jämförbar situation.

69. Om den hänskjutande domstolen finner att den nationella lagstiftning som är aktuell i det nationella målet syftar till att säkerställa att den faktiska skattebördan blir densamma för pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet som investerar i bolag etablerade i Tyskland, särskilt med hänsyn till att utdelning till en pensionsfond med hemvist i landet beläggs med två kumulativa skatter (skatten på kapitalavkastning och bolagsskatten), medan utdelning till en pensionsfond utan hemvist i landet endast omfattas av skatten på kapitalavkastning, följer det av fast rättspraxis att från den tidpunkt då en medlemsstat ensidigt eller i avtal föreskriver att inte bara bolag med hemvist i landet utan även bolag utan hemvist i landet ska betala inkomstskatt på den inkomst som de uppbär från ett bolag med hemvist i landet, närmar sig situationen för dessa bolag utan hemvist i landet situationen för bolag med hemvist i landet.[38]

70. Det är endast statens utövande av sin beskattningsrätt som, oberoende av eventuell beskattning i en annan medlemsstat, medför en risk för kedjebeskattning eller ekonomisk dubbelbeskattning. I sådant fall ska det utdelande bolagets hemviststat, för att undvika att mottagarföretag utan hemvist i landet utsätts för en restriktion för den fria rörligheten av kapital som i princip är förbjuden enligt artikel 63 FEUF, se till att företag utan hemvist i landet, i förhållande till den mekanism som föreskrivs i dess nationella lagstiftning för att förhindra eller minska kedjebeskattning eller dubbelbeskattning, ska behandlas på ett sätt som är likvärdigt med det sätt på vilket mottagarföretag med hemvist i landet behandlas.[39]

71. I förevarande fall har Tyskland valt att utöva sin beskattningsrätt avseende inkomster som pensionsfonder utan hemvist i landet uppbär. Dessa befinner sig således i en situation som kan jämföras med den som pensionsfonder med hemvist i Tyskland befinner sig i vad gäller risken för dubbelbeskattning av utdelning från bolag med hemvist i Tyskland.[40]

37 Se, analogt, dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punkt 50).

38 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juni 2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, punkt 54), dom av den 25 oktober 2012, kommissionen/Belgien (C-387/11, EU:C:2012:670, punkt 49 och där angiven rättspraxis), samt dom av den 14 december 2006, Denkavit Internationaal och Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punkt 35).

39 Se, analogt, dom av den 21 juni 2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

40 Se, analogt, dom av den 20 oktober 2011, kommissionen/Tyskland (C-284/09, EU:C:2011:670, punkt 58), och dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 42).

2) Påståendet att olika beskattningstekniker tillämpas

72. Den tyska regeringen har gjort gällande att inhemska pensionsfonder och utländska pensionsfonder inte befinner sig i objektivt jämförbara situationer, eftersom olika beskattningstekniker tillämpas på de två kategorierna av pensionsfonder, på samma sätt som i målet Truck Center [41].

73. I detta avseende noterar jag att det av punkterna 41 och 46 i denna dom framgår att en skillnad i behandling, som består i att olika beskattningstekniker eller metoder för att påföra skatt tillämpas beroende på var företaget har sin hemvist, avser situationer som inte är objektivt jämförbara.

74. I det aktuella fallet föreslår jag att domstolen ska avstå från att tillämpa den rättspraxis som följer av domen i målet Truck Center av följande skäl. För det första hänvisar medlemsstaternas regeringar ofta till denna dom, när de rättfärdigar nationella bestämmelser som medför att situationer för skattskyldiga personer med hemvist i landet och situationer för skattskyldiga personer utan hemvist i landet behandlas olika. [42] Såvitt jag vet bekräftade domstolen denna dom endast vid ett tillfälle. [43] Nyligen har domstolen återigen minskat rättspraxisens omfattning genom att ange att den endast avsåg olika sätt att uppbära skatt beroende på var den som mottar utdelning från den medlemsstaten har sitt säte. [44]

75. Vidare konstaterar jag att denna rättspraxis starkt kritiseras i doktrin [45] och endast kan leda till svårigheter i tillämpningen [46].

76. I detta avseende anser jag att kriteriet avseende tillämpning av olika beskattningstekniker för att fastställa huruvida situationen för en skatteskyldig person med hemvist i landet och den för en skattskyldig person utan hemvist i landet kan jämföras, vilar på ett tautologiskt resonemang. I allmänhet omfattas personer som är bosatta i landet och personer som inte är bosatta i landet nämligen av olika beskattningstekniker. I domen bekräftas endast att situationerna är olika, eftersom skattskyldiga personer med hemvist i landet skiljer sig från skattskyldiga personer utan hemvist i landet. [47] I målet vid den nationella domstolen är pensionsfonder med hemvist i landet ”obegränsat skattskyldiga”, [48] medan inkomster från pensionsfonder utan hemvist i landet endast ”delvis” beskattas och beskattningen avser de inkomster som genereras i Tyskland [49]. Jag anser att de olika beskattningsteknikerna endast återspeglar denna skillnad. Härav följer dock inte att den aktuella nationella lagstiftningen automatiskt faller utanför tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital.

41 Dom av den 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762).

42 Se, bland annat, dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkt 163), dom av den 22 november 2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, punkt 48), dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608), dom av den 19 juni 2014, Strojírny Prostějov och ACO Industries Tábo (C-53/13 och C-80/13, EU:C:2014:2011), dom av den 12 juli 2012, kommissionen/Spanien (C-269/09, EU:C:2012:439), dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286), dom av den 1 juli 2010, Dijkman och Dijkman-Lavaleije (C-233/09, EU:C:2010:397), samt dom av den 3 juni 2010, kommissionen/Spanien (C-487/08, EU:C:2010:310).

43 Dom av den 18 oktober 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, punkt 26).

44 Dom av den 22 november 2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, punkt 52).

45 Se Beretta, G., ”The Brisal and KBC Finance Decision: Once Again the CJEU Assesses the Compatibility with EU Law of Gross Withholding Taxation of Non-residents”, *EC Tax Review*, 2007, s. 193–200, Lang, M., ”Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions”, *EC Tax Review*, 2009, s. 100–101, *CFE ECJ Task Force*, ”Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA”, nr 158, och De Broe, L., Bammens, N., ”Truck Center Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ’s Judgment in Truck Center”, *EC Tax Review*, 2009, s. 131–137.

46 Målet som gav upphov till domen av den 13 juli 2016, Breisal och KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549) illustrerar detta. I detta mål tillämpade förvaltnings- och skattedomstolen i Sintra (Portugal) domen av den 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), medan högsta förvaltningsdomstolen i sin begäran om förhandsavgörande fann att det inte var nödvändigt att hänvisa till denna dom.

47 *CFE ECJ Task Force*, ”Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA”, nr 158, punkt 18.

48 I enlighet med 1 § stycke 1 led 1 KStG.

49 I enlighet med 8 § stycke 1 KStG i förening med 49 § stycke 1 led 5a EStG och 20 § stycke 1 led 1 EStG.

77. Jag föreslår därför att domstolen ska avstå från att tillämpa rättspraxis från målet Truck Center [50] i förevarande mål. Domstolen skulle nämligen kunna bedöma att den aktuella nationella lagstiftningen inte begränsar sig till sätten att ta ut skatt, utan ger pensionsfonder med hemvist i landet en väsentlig skattemässig fördel som inte ges pensionsfonder utan hemvist i landet. [51] Denna lösning verkar också framgå av den nyligen avkunnade domen i mål N Luxembourg 1 m.fl. i vilken domstolen fann att den omständigheten att en person kan betala skatt vid en mycket senare tidpunkt än den tidpunkt då källskatten ska innehållas när ett bolag med säte i landet betalar ränta till ett utländskt bolag utgör en förmån, på så sätt att målet Truck Center inte kan bli tillämpligt. [52]

3) Beaktandet av de kostnader som har direkt samband med den erhållna utdelningen

78. Både Finanzamt München och den tyska regeringen har i sina skriftliga yttranden gjort gällande att det inte finns något direkt samband mellan å ena sidan uppbörden av inkomst från utdelning och å andra sidan gjorda försäkringsmatematiska avsättningar och andra försäkringstekniska avsättningar, på så sätt att de ifrågavarande situationerna inte är jämförbara.

79. Det framgår i detta avseende av fast rättspraxis, att personer med respektive utan hemvist i landet befinner sig i en jämförbar situation vad gäller kostnader som har ett direkt samband med den verksamhet som genererar den beskattningsbara inkomsten. [53] Domstolen har i detta avseende slagit fast att om den beskattningsmetod som tillämpas på personer med hemvist i landet medger avdrag för kostnader som har direkt samband med erhållen utdelning, ”ska det vara tillåtet även för … [personer] utan hemvist i landet att beakta sådana kostnader”. [54]

80. Av två skäl anser jag att denna rättspraxis saknar betydelse i det aktuella målet. För det första avser denna rättspraxis kostnader som har direkt koppling till uppbörden av intäkter. [55] I förevarande fall anser jag att det är uppenbart att de avsättningar som pensionsfonden har gjort inte kan betecknas som ”kostnader i samband med uppbörd av intäkter”. För det andra gäller denna rättspraxis avseende kostnader som har direkt samband med erhållen utdelning endast för de fall där beviljandet av en skattefördel, det vill säga undantag från eller avdrag för källskatt, har samband med fastställandet av beskattningsunderlaget och, i synnerhet, i form av utgifter i en skatteredovisning, vilket inte är fallet här. Jag anser nämligen att restriktionen för den fria rörligheten för kapital i det aktuella målet inte följer av avdrag för avsättningar vid fastställandet av ett sådant underlag, utan av den fullständiga avräkning som görs efter fastställandet. Jag föreslår därför att domstolen bedömer att denna rättspraxis saknar relevans för ett skattesystem som föreskriver den ifrågavarande fullständiga avräkningen.

81. Om domstolen ändå beslutar att pröva huruvida det finns ett samband mellan gjorda avsättningar och uppbörden av inkomst från utdelning, anser jag att ett sådant samband endast kan fastställas för den del av avsättningar som direkt följer av den erhållna utdelningen. Enligt domstolens rättspraxis är kostnader som förorsakas av den ifrågavarande verksamheten direkt kopplade till denna verksamhet

50 Dom av den 22 december 2008 (C-282/07, EU:C:2008:762).

51 Se, analogt, dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608, punkt 53).

52 Se dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkterna 164 och 165).

53 Dom av den 12 juni 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340), dom av den 3 oktober 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), och dom av den 15 februari 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96).

54 Dom av den 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punkt 65).

55 I punkt 20 i domen av den 22 november 2012, kommissionen/Tyskland (C-600/10, ej publicerad, EU:C:2012:737), om den tyska lagstiftningen om avdrag för driftskostnader i samband med erhållen utdelning och ränta i Tyskland, har domstolen just angett att ”kommissionen inte hade lagt fram några bevis till styrkande av att [bankavgifter och liknande transaktionskostnader], om dessa i förekommande fall kan ha direkt koppling till ett belopp som betalats i samband med en transaktion av värdepapper …, också har nödvändig och direkt koppling till själva uppbörden av en inkomst i form av utdelning eller ränta”.

och följaktligen nödvändiga för att bedriva densamma.[56] I förevarande fall är den verksamhet som genererat inkomster den erhållna utdelningen och de kostnader som förorsakats av denna verksamhet är de kostnader som är kopplade till den erhållna utdelningen. Avsättningarna utgör en kostnad som är kopplad till försäkringsverksamhet.

82. Såsom den tyska regeringen har hävdat, ska avsättningar därvid göras oberoende av om intäkterna härrör från inkomst från utdelning eller från premier som de försäkrade har betalat. Själva förekomsten av avsättningar är nämligen kopplad till försäkringsverksamhet, och avsättningar måste göra det möjligt att fullgöra de skyldigheter som följer av pensionsfondens framtida tillhandahållande av förmåner. Avsättningarna finner sitt ursprung i de pensionsåtaganden som gjorts, och inte i storleken på de inkomster som genererats. Även om pensionsfonden inte redovisar någon vinst från investeringar, är fonden enligt nationell lagstiftning inte desto mindre skyldig att göra avsättningar för att uppfylla sina åtaganden. Analogt erkänner unionslagstiftaren, vad gäller avsättningar för tjänstepensions- och livförsäkringsinstitut, betydelsen av avsättningar, men lämnar ett stort utrymme för egen bedömning till medlemsstaterna när det gäller vilka metoder som ska användas för att fastställa dem.[57] Därför anser jag att pensionsfonders avsättningar i princip inte har direkt samband med den erhållna utdelningen.

83. För övrigt ska särskild betydelse tillmätas Finanzamt Münchens argument om den nationella rättspraxis avseende sjukförsäkringsbolag. Enligt denna rättspraxis finns det, när det gäller kostnader som följer av att medel ges för försäkringsmatematiska avsättningar och andra avsättningar, inget orsakssamband mellan dessa kostnader och vinsten från investeringar, som huvudsakligen kopplas till försäkringsverksamheten i landet. Skyldigheten att göra försäkringsmatematiska avsättningar, liksom andra försäkringstekniska avsättningar, följer av kvalitetsstandarden i försäkringsbolaget. Trots att denna dom avser sjukförsäkringsbolag, ser jag ingen anledning till att pensionsfondernas situation ska ses som annorlunda. Jag är därför benägen att tro att detta synsätt analogt kan tillämpas på det aktuella målet.[58]

84. Det förefaller därför svårt att hävda att beaktandet av pensionsfondernas avsättningar i sig kan utgöra en restriktion för den fria rörligheten för kapital.

85. CPP har gjort gällande att utdelningen, i den mån den används för avsättningar, medför en ökning av dessa avsättningar som i sin tur minskar den beskattningsbara inkomsten. Såsom anges i punkterna 18 och 19 i detta förslag till avgörande, framgår det av begäran om förhandsavgörande att bokförda och ej bokförda investeringar, med undantag för den återstående delen på 10 procent, ökar avsättningarna. Jag anser därför att en del av dem möjligtvis endast härrör från utbetalning av utdelning. Enligt min uppfattning är det dock omöjligt för domstolen att fastställa denna del i det nationella systemet. Fastställandet ankommer således på den hänskjutande domstolen, som bland annat ska fastställa vilken del av dessa avsättningar är ”direkt kopplad” till erhållen utdelning. Under alla omständigheter bör de avsättningar som inte har något samband med den erhållna utdelningen inte beaktas vid fastställandet.

56 Se, bland annat, dom av den 6 december 2018, Montag (C-480/17, EU:C:2018:987, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

57 För det första anges i skäl 26 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/41/EG av den 3 juni 2003 om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut (EUT L 235, 2003, s. 10) att ”[a]ktsamhet vid beräkningen av de tekniska avsättningarna är en grundläggande förutsättning för att det skall kunna säkerställas att pensionsåtagandena kan uppfyllas” och att ”[m]aximiräntesatserna bör väljas på ett aktsamt sätt enligt relevanta nationella bestämmelser”. I enlighet med skäl 27 i direktivet bör medlemsstaterna ha möjlighet att fastställa ytterligare, mer detaljerade bestämmelser för beräkningen av de tekniska avsättningarna förutom bestämmelserna i detta direktiv. För det andra anges avseende livförsäkring i skälen 35 och 36 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/83/EG av den 5 november 2002 om livförsäkring (EGT L 345, 2002, s. 1) att alla försäkringsföretag ”[m]ed hänsyn till skyddet av försäkringstagarna bör … införa lämpliga tekniska avsättningar” och att det, vad gäller begränsning av räntesats vid beräkningar av de tekniska avsättningarna, ”[är] lämpligt att låta medlemsstaterna fritt få välja vilken metod som skall användas”. Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II) (EUT L 335, 2009, s. 1), som ersätter direktiv 2002/83/EG, innehåller liknande principer.

58 Dom av den 6 april 2016 (nr I R 61/14) från Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen, Tyskland).

86. Sammanfattningsvis kan den ifrågavarande nationella lagstiftningen, enligt min uppfattning, inte bibehållas med den motiveringen att den är tillämpliga på objektivt olika situationer. Det bör därför prövas huruvida lagstiftningen kan motiveras på grund av tvingande skäl av allmänintresse.

b) Huruvida det föreligger tvingande skäl av allmänintresse

87. Enligt den hänskjutande domstolen är skillnaden i behandling som följer av tysk lagstiftning inte motiverad med hänsyn till territorialitetsprincipen, behovet av att säkerställa en enhetlig beskattning, behovet av att säkerställa en balanserad fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och inte heller med hänsyn till effektiv skattekontroll.

88. Det är visserligen riktigt att denna motivering enligt fast rättspraxis kan medges vara legitima skäl, vilka har erkänts av domstolen.[59] Däremot anser jag att en skillnad i behandling av pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet i förevarande fall inte kan motiveras av något av dessa skäl. Eftersom frågan inte har avhandlats av de berörda parterna, bör den inte diskuteras vidare inom ramen för detta förslag till avgörande.

89. Mot bakgrund av vad som anförts ovan, anser jag att den restriktionen för den fria rörligheten av kapital som följer av tysk lagstiftning, enligt vilken endast personer utan hemvist i landet inte får dra av kostnader som är direkt kopplade till erhållen utdelning, varken kan motiveras av att de aktuella situationerna inte är jämförbara eller av tvingande skäl av allmänintresse.

B. Den andra tolkningsfrågan

90. Med sin andra tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida den restriktion som följer av den slutgiltiga tillämpningen av källskatt på utdelning som pensionsfonder utan hemvist i landet erhåller, medan de tyska pensionsfonderna i praktiken är nästan undantagna, kan tillåtas enligt artikel 64.1 FEUF.

91. I artikel 64.1 FEUF anges att en medlemsstat i sina relationer med tredje land får tillämpa sådana restriktioner av kapitalrörelserna som omfattas av det materiella tillämpningsområdet för denna bestämmelse, även när restriktionerna strider mot den princip om fri rörlighet för kapital som stadgas i artikel 63.1 FEUF, under förutsättning att restriktionerna var i kraft redan den 31 december 1993.[60]

92. I artikel 64.1 FEUF anges att ”[b]estämmelserna i artikel 63 … inte [ska] påverka tillämpningen gentemot tredjeland av restriktioner som är i kraft den 31 december 1993 enligt nationell lagstiftning eller unionsrätt för sådana kapitalrörelser till eller från tredjeland som gäller direktinvesteringar, inbegripet investeringar i fast egendom, etablering, tillhandahållande av finansiella tjänster eller emission och introduktion av värdepapper på kapitalmarknader”. Det är viktigt att pröva huruvida den ifrågavarande tyska lagstiftningen uppfyller de två kumulativa kriterierna i denna bestämmelse, nämligen tidskriteriet och det materiella kriteriet.

93. För det första, när det gäller det tidsmässiga tillämpningsområdet för artikel 64.1 FEUF, framgår det av denna begäran om förhandsavgörande att den tyska bestämmelsen om att källskatt för utländska pensionsfonder innehålls definitivt och enligt vilken skatten på kapitalavkastning i full omfattning kan dras av från bolagsskatt, nämligen 32 § stycke 1 led 2 KStG, är identisk, både vad gäller dess ordalydelse och verkan, med den version som gällde den 31 december 1993.

59 Se, bland annat, dom av den 12 juli 2012, kommissionen/Spanien (C-269/09, EU:C:2012:439, punkterna 63–90 och där angiven rättspraxis).

60 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punkt 187), dom av den 24 maj 2007, Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297, punkt 39), dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 86), och dom av den 26 februari 2019, X (Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland, C-135/17, EU:C:2019:136, punkt 27).

94. Härvid anser jag att det är själva innehållet i det skattesystem som gett upphov till denna restriktion som, vid fastställandet av huruvida den ifrågavarande restriktionen gällde redan vid denna tidpunkt, ska ha fortgått sedan denna dag. Ur denna synvinkel förefaller tidskriteriet vara uppfyllt i målet vid den nationella domstolen.

95. Den hänskjutande domstolen har nämligen understrukit att ”förfarandet för avräkning av bolagsskatt gällde den 31 december 1993 för samtliga de personer som var obegränsat skattskyldiga”. Vidare anser jag att den omständigheten att skattesatsen har varierat sedan dess inte innebär att själva innehållet i skattesystemet har ändrats. Därutöver anser jag att den omständigheten att den tyska lagstiftaren erkänt existensen av tyska pensionsfonder först år 2002, genom att föreskriva särskilda regler för dem, är irrelevant. En ändring av den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för skattesystemet, nämligen ökningen eller minskningen av antalet skattskyldiga personer som omfattas av detta system, är inte relevant för att fastställa huruvida själva innehållet i skattesystemet har ändrats. I målet vid den nationella domstolen anser jag därför att själva innehållet i det ifrågavarande skattesystem som har förorsakat restriktionen, såsom det framgår av begäran om förhandsavgörande, inte har ändrats sedan den 31 december 1993.

96. För det andra har domstolen, avseende det materiella tillämpningsområdet för artikel 64.1 FEUF, i målet X (Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland) [61] nyligen erinrat om att det av själva ordalydelsen följer att restriktioner för kapitalrörelser till eller från tredjeland som gäller direktinvesteringar omfattas av klausulens materiella tillämpningsområde. Däremot anges inte portföljinvesteringar bland de kapitalrörelser som omfattas av klausulen. I och med att målet vid den nationella domstolen avser portföljinvesteringar [62], kan dessa inte omfattas av begreppet direktinvestering, i den mening som avses i denna bestämmelse.

97. Frågan kvarstår huruvida situationen i det nationella målet kan omfattas av ”kapitalrörelser … som gäller … tillhandahållande av finansiella tjänster”, i den mening som avses i artikel 64.1 FEUF.

98. I detta hänseende bör det påpekas att det avgörande kriteriet för att tillämpa artikel 64.1 FEUF avser det direkta orsakssambandet mellan kapitalrörelserna och tillhandahållandet av finansiella tjänster, och inte den personkrets som berörs av den omtvistade nationella åtgärden eller dess samband med leverantören, snarare än mottagaren, av sådana tjänster. [63] Tillämpningsområdet för denna bestämmelse definieras nämligen genom hänvisning till de kapitalrörelser som kan bli föremål för restriktioner. [64]

99. Dessutom anser jag att uttrycket ”kapitalrörelser … som gäller … tillhandahållande av finansiella tjänster”, i den mening som avses i artikel 64.1 FEUF, ska tolkas restriktivt på så sätt att det avser en begränsning av kapitalrörelser som innebär eller föranleder ett tillhandahållande av tjänster, men inte någon begränsning av tjänster som tillhandahålls som sådana. Såsom generaladvokat Paolo Mengozzi framhållit i sitt förslag till avgörande i målet Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, avser ordalydelsen i denna bestämmelse kapitalrörelser som ”gäller”, det vill säga innebär eller föranleder, ett tillhandahållande av finansiella tjänster. [65]

61 Dom av den 26 februari 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, punkt 28).

62 Punkt 40 i detta förslag till avgörande.

63 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, punkterna 39 och 43–45). Domstolen har uttalat att den nationella åtgärden måste avse kapitalrörelser som har ett tillräckligt nära samband med tillhandahållande av finansiella tjänster och att det för att ha tillräcklig nära anknytning är nödvändigt att det finns ett orsakssamband mellan kapitalrörelser och tillhandahållande av finansiella tjänster.

64 Dom av den 15 februari 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

65 Se, allmänt, förslag till avgörande av generaladvokaten Paolo Mengozzi av den 6 november 2013 i målet Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, punkterna 73–80).

100. I förevarande fall är de kapitalrörelser som avses utbetalningen av utdelningar till en pensionsfond. Det är min uppfattning att det inte föreligger något orsakssamband mellan kapitalrörelser och tillhandahållande av tjänster när en pensionsfond erhåller utdelning, om det rör sig om ett direkt förvärv av andelar från en investerare som önskar diversifiera sina tillgångar och bättre sprida riskerna. Som kommissionen har påpekat syftar en pensionsfonds förvärv av andelar och den utdelning som fonden erhåller först och främst till att tillgångarna förblir oförändrade genom en större diversifiering och en bättre spridning av riskerna och av de avsättningar som fonden gör, för att kunna säkerställa att pensionsåtagandena gentemot de försäkrade uppfylls.

101. Slutligen består den ifrågavarande restriktionen i tillämpningen av ett system för fullständig avräkning som avser beskattning av den utdelning som en pensionsfond med hemvist i landet erhåller och som pensionsfonder utan hemvist i landet inte kan dra nytta av. Denna restriktion avser emellertid inte kapitalrörelser som är kopplade till de finansiella tjänster som pensionsfonden tillhandahåller till sina försäkrade.

102. Det är följaktligen min uppfattning att standstill-bestämmelsen i artikel 64.1 FEUF inte är tillämplig på den restriktion som föreskrivs i den tyska lagstiftning som är aktuell i det nationella målet.

V. Förslag till avgörande

103. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Finanzgericht München (skattedomstolen i München, Tyskland) på följande sätt:

1) Artiklarna 63 och 65 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken en källskatt tas ut på utdelningar från ett bolag med hemvist i landet till pensionsfonder med respektive utan hemvist i landet, genom att föreskriva ett system för fullständig avräkning av bolagsskatt som endast omfattar pensionsfonder med hemvist i landet vilket därmed innebär att utdelningen nästan helt undantas från all skatteplikt, medan källskatten utgör en slutlig skatt för pensionsfonder utan hemvist i landet, eftersom den faktiska skattebördan som pensionsfonder utan hemvist i landet får i denna stat är större än för pensionsfonder med hemvist i landet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva i det nationella målet.

2) Artikel 64.1 FEUF ska tolkas så, att nationell lagstiftning, såsom den förevarande i det nationella målet, som inte väsentligt har ändrats sedan den 31 december 1993 och som föreskriver en fullständig avräkning av skatt på kapitalavkastning från bolagsskatt, inte omfattas av begreppet tillhandahållande av finansiella tjänster, i den mening som avses i denna bestämmelse.