Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. PIKAMÄE
fremsat den 5. juni 2019[1]

Sag C-641/17

College Pension Plan of British Columbia
mod
Finanzamt München III

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Finanzgericht München (domstolen i skatte- og afgiftsretlige sager i München, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – direkte beskatning – frie kapitalbevægelser – kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande – selskabsbeskatning – hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde – beskatning af udbytte af aktieporteføljer – kildeskat – fuld modregning af kildeskatten i selskabsskatten – mindskelse af det skattepligtige resultat ved hjælp af matematiske hensættelser med henblik på pensionsudbetalinger – restriktion – sammenlignelighed – hensyntagen til matematiske hensættelser – forbindelsen mellem matematiske og andre tekniske hensættelser på den ene side og oppebærelsen af udbytte på den anden side – begrundelse – dobbeltbeskatningsovenskomster – standstill-klausul – tidsmæssigt og materielt kriterium«

1. Med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF har Finanzgericht München (domstolen i skatte- og afgiftsretlige sager i München, Tyskland) forelagt Domstolen to spørgsmål om fortolkningen af en række primærretlige bestemmelser vedrørende frie kapitalbevægelser, nemlig artikel 63 TEUF – 65 TEUF[2]. Forholdet mellem denne frihed og indholdet af de nationale bestemmelser om direkte beskatning af udbytter står i centrum for nærværende præjudicielle sag.

2. Anmodningen er blevet indgivet inden for rammerne af en tvist mellem College Pension Plan of British Columbia (herefter »CPP«), en pensionsfond i form af en trust i henhold til canadisk ret, og Finanzamt München (Abteilung III) (skattecenter München, Tredje Afdeling, Tyskland). Nærmere bestemt oppebar den nævnte trust i perioden 2007-2010 gennem et canadisk forvaltningsselskab udbytte fra forskellige tyske aktieselskaber, som de tyske skattemyndigheder afslog at fritage for tysk kapitalindkomstskat.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Eftersom de præjudicielle spørgsmål vedrører artikel 63 TEUF – 65 TEUF, og indholdet af disse artikler er identisk med indholdet af artikel 56-58 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten), som gik forud for dem, henviser jeg til de nævnte artikler, selv om en del af de faktiske omstændigheder vedrører en periode før den 1.12.2009.

3. Domstolen skal bl.a. afgøre, om EUF-traktatens bestemmelser om frie kapitalbevægelser skal fortolkes således, at de er til hinder for en tysk lovgivning, hvorefter kildeskat af udbytte kan modregnes i den selskabsskat, som hjemmehørende pensionsfonde skal betale, og hvorefter hensættelser ligeledes kan tages i betragtning i denne forbindelse med henblik på at mindske det skattepligtige resultat, når en sådan modregning ikke kan foretages af ikke-hjemmehørende pensionsfonde. Desuden er der rejst spørgsmål om, hvorvidt den såkaldte standstill-klausul, som er indeholdt i artikel 64, stk. 1, TEUF, finder anvendelse.

4. Domstolen har allerede i flere sager [3] undersøgt beskatningsordninger for udbytte, der udloddes til delvis skattepligtige pensionsfonde, på baggrund af de frie kapitalbevægelser. Selv om retspraksis på området allerede er omfattende, kan spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en restriktion, og om, hvorvidt hjemmehørende og ikke-hjemmehørendes skattepligtiges situation er sammenlignelige, undertiden vise sig at være komplekst. Herpå er den foreliggende sag et godt eksempel.

I. Retsforskrifter

A. Loven om tilsyn med forsikringsselskaber

5. Det fremgår af de for Domstolen fremlagte sagsakter, at pensionsfonde og deres virksomhed i perioden 2007-2010 var omfattet af Versicherungsaufsichtsgesetz (lov om tilsyn med forsikringsselskaber) i den affattelse, som blev offentliggjort den 17. december 1992 (herefter »VAG 1992«) [4]. § 112 i VAG 1992 indeholdt en definition af pensionsfonde. Ifølge de for Domstolen fremlagte sagsakter havde stk. 1 i denne paragraf følgende ordlyd:

»En pensionsfond er et forsikringsinstitut med retsevne,

1. som tilvejebringer arbejdsrelaterede alderspensionsydelser for en eller flere arbejdsgivere til disses arbejdstagere ved kapitalisering

2. som ikke i samtlige forudsete tilfælde kan give forsikringsmæssig garanti for de fremtidige ydelsers eller pensionsbidrags størrelse

3. som giver arbejdstagerne personlig ret til ydelserne over for pensionsfonden

4. som er forpligtet til at tilvejebringe pensionsydelsen i form af en livslang betaling.«

6. VAG 1992 blev ophævet ved lov om modernisering af det finansielle tilsyn med forsikringer af 1. april 2015 [5] og erstattet af VAG 2015. § 236, stk. 1, i VAG 2015 indeholder en definition af pensionsfonde, som svarer til den, der findes i § 112 i VAG 1992.

3 – Jf. bl.a. dom af 8.11.2012, Kommissionen mod Finland (C-342/10, EU:C:2012:688), af 22.11.2012, Kommissionen mod Tyskland (C-600/10, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:737), og af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).

4 – BGBl. 1993 I, s. 2.

5 – BGBl. 2015 I, s. 434.

B. Skattelovgivningens bestemmelser vedrørende pensionsfonde

7. Det fremgår af de for Domstolen fremlagte sagsakter, at den tyske ordning for beskatning af kapitalindkomst følger af bestemmelserne i Einkommensteuergesetz (lov om indkomstbeskatning, herefter »EStG«) i den affattelse, som blev offentliggjort den 19. oktober 2002[6], for så vidt angår beskatning af juridiske personer, sammenholdt med bestemmelserne i Körperschaftssteuergesetz (lov om selskabsbeskatning, herefter »KStG«) i den affattelse, som blev offentliggjort den 15. oktober 2002[7].

1. Beskatningsordningen for pensionsfonde med sæde i Tyskland

8. En tysk pensionsfond er som kapitalselskab med sæde i Tyskland fuldt selskabsskattepligtig i henhold til KStG's § 1, stk. 1, nr. 1. Ifølge KStG's § 7, stk. 1, er dens skattepligtige indkomst undergivet selskabsbeskatning. I henhold til KStG's § 23 skal tyske pensionsfondes indtægter beskattes med 15% selskabsskat.

9. Ifølge KStG's § 8, stk. 1, første punktum, fastsættes den skattepligtige indkomst i henhold til bestemmelserne i EStG. I medfør af bestemmelserne i KStG's § 8, stk. 2, sammenholdt med bestemmelserne i EStG's § 2, stk. 1, nr. 2, betragtes hele en fuldt skattepligtig pensionsfonds indkomst som indkomst ved erhvervs- eller forretningsmæssig virksomhed. Ifølge EStG's § 2, stk. 2, nr. 1, er indkomst ved erhvervs- eller forretningsmæssig virksomhed det resultat, som er opnået i det pågældende skatteår.

10. De skattefritagelser for udbytte og kapitalgevinster, som er omhandlet i KStG's § 8b, stk. 1 og 2, gælder i henhold til KStG's § 8b, stk. 8, første og femte punktum, ikke for pensionsfonde.

11. Ifølge EStG's § 20, stk. 1, betragtes udbytte udloddet af indtægterne som kapitalindkomst.

12. Ifølge bestemmelserne i EStG's §§ 43 og 44 opkræves kapitalindkomstskatten af kapitalindkomsten som kildeskat og indbetales af det udbytteudloddende selskab. Skatten udgør 25% af bruttoudbyttet.

13. EStG's § 4, stk. 1, bestemmer, at »[r]esultatet svarer til forskellen mellem virksomhedens formue ved udgangen af regnskabsåret og virksomhedens formue ved udgangen af det foregående regnskabsår, forhøjet med værdien af afgifter og reduceret med værdien af indskud«.

14. I henhold til EStG's § 5 ansættes formuen i overensstemmelse med de handelsretlige regnskabsprincipper. Ovennævnte forskel fastslås således på grundlag af et skattemæssigt regnskab, som på sin side er udarbejdet på grundlag af driftsregnskabet.

15. I henhold til KStG's § 31, stk. 1, første punktum, sammenholdt med EStG's § 36, stk. 2, nr. 2, kan kapitalindkomstskatten af udbytte, der er blevet opkrævet som kildeskat, og som allerede er blevet betalt i løbet af skatteåret, modregnes fuldt ud i selskabsskatten.

16. Det bestemmes i EStG's § 36, stk. 4, andet punktum, at »[h]vis opgørelsen udviser et overskud i den skattepligtiges favør, udbetales dette, efter at skatteansættelsen er blevet meddelt«.

17. Ifølge oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen sondres der i beskatningsreglerne i den tyske lovgivning mellem indtægter af egne midler (»afkast af regnskabsmæssige investeringer«) og indtægter af »sikkerhedspuljen«[8] (»afkast af ikke-regnskabsmæssige investeringer«).

6 – BGBl. 2002 I, s. 4210, og BGBl. 2003 I, s. 179.

7 – BGBl. 2002 I, s. 4144.

8 – Det tyske udtryk, der anvendes i den præjudicielle forespørgsel, er »Deckungsstock«.

18. Hvad for det første angår afkastene af regnskabsmæssige investeringer godskrives de finansielle indtægter direkte de forskellige aftaler, som pensionsfonden har indgået, når de er større end den tekniske rentesats, som anvendes ved beregningen af bidragene fra pensionsfondens medlemmer. De forøger ikke alene aktivsiden i pensionsfondens skattemæssige regnskab, men også værdien af posterne på passivsiden i dette regnskab, herunder de matematiske hensættelser [9]. I denne situation neutraliseres de ved oppebærelsen af udbytte opnåede indtægter fuldt ud og fører ikke til et skattepligtigt resultat.

19. Hvad for det andet angår afkastene af ikke-regnskabsmæssige investeringer godskrives mindst 90% af de finansielle indtægter aftalerne med pensionsfondens medlemmer, når de er større end den tekniske rentesats, som anvendes ved beregningen af bidragene fra disse. Denne andel på 90% af indtægterne fører til en forøgelse af værdien af såvel aktiverne som passivposterne i det skattemæssige regnskab og til, navnlig, en forøgelse af værdierne af de matematiske hensættelser i dette regnskab. Denne del af indtægterne ved oppebærelsen af udbytte neutraliseres fuldt ud og fører ikke til et skattepligtigt resultat. Derimod godskrives den resterende del på mindst 10% af indtægterne ikke pensionsfondens forskellige aftaler, og forøgelsen af aktiverne som følge heraf ledsages ikke af en tilsvarende forøgelse af passiverne i regnskabet. De nævnte indtægter medfører således et resultat, der skal medtages ved skatteberegningen.

2. Beskatningsordningen for udenlandske pensionsfonde

20. I henhold til KStG's § 2, nr. 1, er en udenlandsk pensionsfond, som ikke har sin direktion eller sit sæde i Tyskland, delvis selskabsskattepligtig af den indkomst, den oppebærer i Tyskland.

21. Det følger af KStG's § 8, stk. 1, sammenholdt med EStG's § 49, stk. 1, nr. 5a, og EStG's § 20, stk. 1, nr. 1, at udbytte oppebåret af udenlandske pensionsfonde er kapitalindkomst, som er undergivet en begrænset skattepligt. Dette oppebårne udbytte er fuldt skattepligtigt i henhold til KStG's § 8b, stk. 8, femte punktum.

22. Når der er tale om en delvis skattepligtig pensionsfond, opkræves skatten som kildeskat, idet udrederen af udbyttet skal indeholde kapitalindkomstskat, der i medfør af bestemmelserne i EStG's § 43, stk. 1, nr. 1, og § 43a, stk. 1, nr. 1, principielt udgør 25% af bruttoudbyttet.

23. Når udbyttebeskatningen er begrænset til 15% inden for rammerne af beskatningsoverenskomsterne, og pensionsfonden indgiver anmodning om tilbagebetaling til Bundeszentralamt für Steuern (det centrale forbundsskattekontor, Tyskland), tilbagebetales forskellen mellem den indeholdte kapitalindkomstskat og den skattesats, som den pågældende beskatningsoverenskomst tillader, til fonden i medfør af EStG's § 50d, stk. 1, tredje punktum.

24. Når modtageren af udbyttet er delvis skattepligtig i Tyskland, er kapitalindkomstskatten i henhold til KStG's § 32, stk. 1, nr. 2, endelig.

25. Ifølge den forelæggende ret følger det heraf, at udenlandske pensionsfonde ikke kan modregne kapitalindkomstskatten i selskabsskatten, og at de heller ikke kan fratrække eventuelle driftsomkostninger i deres skattepligtige indkomst. De i KStG's § 32, stk. 5, fastsatte betingelser for tilbagebetaling af kapitalindkomstskat til delvis skattepligtige selskaber er ikke opfyldt.

9 – Matematiske hensættelser er en kategori af hensættelser, der udgør reserver, som pensionsfonden opbygger for at garantere, at pensionsydelserne kan betales. Disse hensættelser skal ansættes i overensstemmelse med § 341f i Handelsgesetzbuch (handelsloven).

C. Den bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Canada

26. Overenskomsten mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Canada til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomstskat og visse andre skatter, forebyggelse af skatteunddragelse samt bistand på det skattemæssige område, der blev undertegnet i Berlin den 19. april 2001 (herefter »den bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst«) [10], bestemmer i artikel 10, stk. 2, litra b), at den stat, hvorfra udbyttet hidrører, kan indeholde 15% af bruttobeløbet.

27. I henhold til artikel 23, stk. 1, litra a), i den bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst skal Canada som hjemstedsstat forhindre dobbeltbeskatning af udbytte ved hjælp af modregningsmetoden.

II. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

28. CPP's selskabsformål består i at forvalte kapital med henblik på at sikre pensionsudbetalinger til tidligere tjenestemænd i provinsen British Columbia. I dette øjemed foretager den i sine regnskabsopgørelser tekniske hensættelser svarende til pensionsgarantiforpligtelserne. CPP ejer gennem et porteføljeforvaltningsselskab kapitalandele i tyske aktieselskaber. CPP og forvaltningsselskabet har indgået en mandataftale, hvorefter sidstnævnte for så vidt angår investeringsbeslutninger er bundet af mandatgiveren CPP's anvisninger og instrukser. I Canada er CPP fritaget for indkomstskat.

29. CPP ejede aktier i forskellige tyske aktieselskaber i et omfang på under 1%. I perioden 2007-2010 modtog CPP udbytte af kapitalandelene i henhold til de regler, der beskrives i punkt 17-19 i dette forslag til afgørelse. I overensstemmelse med artikel 10, stk. 2, litra b), i den bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst blev der indeholdt 15% i kapitalindkomstskat som kildeskat til et samlet beløb på 156 280,10 EUR.

30. Den 23. december 2011 anmodede CPP skattecenter München om at træffe en afgørelse om fritagelse for kapitalindkomstskat og om at tilbagebetale førnævnte beløb på 156 280,10 EUR med tillæg af renter med den begrundelse, at CPP var blevet behandlet ugunstigt i forhold til tyske pensionsfonde, eftersom sidstnævnte fik tilbagebetalt kapitalindkomstskatten af udbytte fuldt ud. Ved afgørelse af 26. maj 2014 afslog de tyske skattemyndigheder anmodningen.

31. Da klagen over denne afgørelse ligeledes blev afvist, indbragte CPP sagen for Finanzgericht München (domstolen i skatte- og afgiftsretlige sager i München).

32. Denne retsinstans har indledningsvis angivet, at CPP er sammenlignelig med en tysk pensionsfond som omhandlet i § 236 i VAG 2015, hvilket parterne i øvrigt er enige om. Parterne i hovedsagen er ligeledes enige om, at kapitalandelene i tyske selskaber og indtægterne af disse kapitalandele ikke skal henføres til forvaltningsselskabet, men til CPP, som er den egentlige modtager.

33. Den forelæggende ret har for det første forklaret, at resultatet på regnskabsopgørelsen udgør grundlaget for den selskabsskat, hjemmehørende pensionsfonde skal betale. Dette resultat afhænger bl.a. af det oppebårne udbytte og de foretagne hensættelser, idet hjemmehørende pensionsfonde kan trække hensættelser med henblik på pensionsudbetalinger fra det skattepligtige resultat. Oppebærelse af udbytte fører derfor ikke nødvendigvis til en større selskabsskat, men kun til en ret beskeden forhøjelse af denne skat.

10 – BGBl. 2002 II, s. 670.

34. Hvad derimod angår ikke-hjemmehørende pensionsfonde har den forelæggende ret oplyst, at de er delvis pligtige at svare tysk selskabsskat, når de modtager udbytte. Skatten opkræves som kildeskat, idet det udbytteudloddende selskab skal indeholde kapitalindkomstskat, som principielt udgør 25% af bruttoudbyttet, i overensstemmelse med bestemmelserne i EStG's § 43, stk. 1, nr. 1, og § 43a, stk. 1, nr. 1. I henhold til artikel 10, stk. 2, litra b), i den bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst er udbyttebeskatningen begrænset til 15%. Forskellen mellem den indeholdte kapitalindkomstskat og denne sats på 15% tilbagebetales efter anmodning af det centrale forbundsskattekontor.

35. På denne baggrund er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt forskellen mellem den skattemæssige behandling af ikke-hjemmehørende pensionsfonde, som oppebærer udbytte, hvoraf der indeholdes en kildeskat, som er endelig, og hjemmehørende pensionsfonde, af hvis oppebårne udbytte der ligeledes indeholdes kildeskat, men som kan modregne denne i selskabsskatten, udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser.

36. For det tilfælde, at Domstolen finder, at forskellen i skattemæssig behandling udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser, er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt en sådan restriktion kan begrundes.

37. For det andet er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt standstill-klausulen, som er indeholdt i artikel 64, stk. 1, TEUF, finder anvendelse. Hvad dette angår har den indledningsvis anført, at KStG's § 32, stk. 1, nr. 2, hvorefter kapitalindkomstskatten på 15% er endelig for en i Tyskland delvis skattepligtig udbyttemodtager, og som medfører den forskellige behandling mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde, allerede fandtes den 31. december 1993 i form af bestemmelsen i KStG's § 50, stk. 1, nr. 2, af 1991, der havde samme ordlyd og funktion. Endvidere er det uden betydning, at kapitalindkomstskattesatsen på 25%, som allerede fandtes den 31. december 1993 i medfør af bestemmelserne i EStG's § 43, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med § 43a, stk. 1, nr. 1, blev nedsat til 20% den 1. januar 2001 og igen forhøjet til 25% den 1. januar 2009. Ved lovændringen af 1. januar 2009 blev de forskellige satser, der havde været gældende for kapitalindkomst indtil da, nemlig 20%, 25% og 30%, erstattet af en enhedssats på 25%, uden at princippet i reglen om kapitalindkomstskat blev ændret. Endelig rejser det spørgsmål sig, om det materielle kriterium vedrørende levering af finansielle tjenesteydelser er opfyldt. Hvad dette angår skal det fastslås, om årsagssammenhængen mellem leveringen af en finansiel tjenesteydelse og kapitalbevægelsen som omhandlet i Wagner-Raith-dommen [11] foreligger i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede.

38. På denne baggrund har Finanzgericht München (domstolen i skatte- og afgiftsretlige sager i München, Tyskland) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er de frie kapitalbevægelser i henhold til artikel 63, stk. 1, TEUF, sammenholdt med artikel 65 TEUF, til hinder for ordninger i en medlemsstat, hvorefter en ikke-hjemmehørende erhvervstilknyttet alderspensionskasse, som i sin væsentlige struktur er sammenlignelig med en tysk pensionskasse, ikke opnår nogen skattelempelse på kapitalindkomst for modtaget udbytte, mens tilsvarende udbetalinger af udbytte til indenlandske pensionskasser ikke medfører nogen eller kun en forholdsmæssig lille forhøjelse af selskabsskatten, da de har mulighed for ved skatteansættelsen at reducere deres skattepligtige overskud ved at fratrække hensættelser til pensionsudbetalingsforpligtelser og modregne den betalte skat på kapitalindkomst ved et fradrag og – for så vidt det beløb, der skal betales i selskabsskat, er lavere end fradragsbeløbet – ved refusion?

11 – Dom af 21.5.2015 (C-560/13, EU:C:2015:347, præmis 39 og 44).

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende: Er restriktionen af de frie kapitalbevægelser i henhold til KStG's § 32, stk. 1, nr. [2], lovlig ifølge artikel 63 TEUF, sammenholdt med artikel 64, stk. 1, TEUF, over for tredjelande, fordi den hænger sammen med levering af finansielle tjenesteydelser?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

39. Der er indgivet skriftlige indlæg af CPP, skattecenter München, den tyske regering og Europa-Kommissionen. Parterne har, med undtagelse af skattecenter München, afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 20. marts 2019.

IV. Bedømmelse

40. Indledningsvis er der for det første ikke nogen tvivl om, at den grundlæggende frihed, som finder anvendelse på den foreliggende tvist, er de frie kapitalbevægelser. Dels har Domstolen for nylig fremhævet, at kapitalbevægelser i den betydning, hvori begrebet er anvendt i artikel 63 TEUF, navnlig er direkte investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med selskabet (»direkte investeringer«), samt erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den (»porteføljeinvesteringer«) [12]. Dels følger det nu af fast retspraksis, at nationale bestemmelser, der finder anvendelse på kapitalandele erhvervet med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den, alene skal vurderes på baggrund af de frie kapitalbevægelser [13] [14]. I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at der er tale om investeringer uden nogen hensigt om at opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den, eftersom de kapitalandele, den canadiske pensionsfond ejer, udgør under 1% i forskellige tyske aktieselskaber. Det er følgelig bestemmelserne om frie kapitalbevægelser, navnlig bestemmelserne i artikel 63 TEUF – 65 TEUF, der finder anvendelse i en situation som den i hovedsagen omhandlede.

41. For det andet skal spørgsmålet om, hvorvidt standstill-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF finder anvendelse, efter min opfattelse undersøges efter spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede lovgivning udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 63, stk. 1, TEUF. Der henvises nemlig i ordlyden af artikel 64, stk. 1, TEUF til »restriktioner«, hvilket indebærer, at det for at anvende denne bestemmelse er nødvendigt først at kvalificere den nationale lovgivning og fastslå, om den ordning, som fastsættes i den, udgør en restriktion [15]. Jeg foreslår derfor, at de præjudicielle spørgsmål behandles i den orden, hvori de er stillet.

12 – Jf. i denne retning dom af 26.2.2019, X (Passive selskaber etableret i tredjelande) (C-135/17, EU:C:2019:136, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

13 – Jf. bl.a. dom af 24.11.2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

14 – I en situation, der er sammenlignelig med den foreliggende hovedsag, påpegede Domstolen således i dom af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 34), at det med henblik på at afgøre, om den pågældende lovgivning er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 63 TEUF, hverken er beskaffenheden af den fritagelse, som den nævnte lovgivning foreskriver, eller karakteren af den virksomhed, der udøves af investeringsfonden, der skal undersøges, men derimod formen for investeringsfondenes deltagelse i de hjemmehørende selskaber.

15 – Hvad dette angår skal det bemærkes, at Domstolen i den nylige dom af 26.2.2019, X (Passive selskaber etableret i tredjelande) (C-135/17, EU:C:2019:136), valgte at behandle spørgsmålene i modsat orden, idet den først prøvede den omhandlede lovgivning på baggrund af artikel 64, stk. 1, TEUF og derpå på baggrund af artikel 63, stk. 1, TEUF.

A. Det første præjudicielle spørgsmål

42. Med sit første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplysning om, hvorvidt artikel 63 TEUF og 65 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, hvorefter der skal indeholdes kildeskat af udbytte udloddet af hjemmehørende selskaber til hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde, og hvori der fastsættes en ordning med fuld modregning i selskabsskatten, som kun gælder for hjemmehørende fonde, mens 3/5 af kildeskatten på 25% (dvs. 15%) for ikke-hjemmehørende fonde udgør en endelig skat, eftersom 2/5 (10%) af skatten kan tilbagebetales efter anmodning.

43. For at besvare dette spørgsmål foreslår jeg, at det først undersøges, om der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 63 TEUF, og derpå, i bekræftende fald, om en sådan restriktion kan tillades.

1. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser

44. Ifølge fast retspraksis er restriktioner for kapitalbevægelserne foranstaltninger, som kan afholde ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en medlemsstat, eller som kan afholde personer, der er hjemmehørende i denne medlemsstat, fra at foretage investeringer i andre stater [16]. Nærmere bestemt kan en medlemsstats ugunstige behandling af udbytte, der udbetales til ikke-hjemmehørende pensionsfonde, i forhold til behandlingen af udbytte, som udbetales til hjemmehørende pensionsfonde, afholde selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat end den førstnævnte medlemsstat, fra at foretage investeringer i den førstnævnte medlemsstat og udgør derfor en restriktion for de frie kapitalbevægelser, der i princippet er forbudt i henhold til artikel 63 TEUF [17].

45. I det foreliggende tilfælde falder den skattemæssige behandling ifølge den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning i to trin. På første trin indeholdes der kildeskat af udbytte udloddet til såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende pensionsfonde. Hvad dette angår er kildeskatten af udbytte udbetalt til ikke-hjemmehørende pensionsfonde ifølge oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen endelig og udgør 3/5 (15%) i medfør af KStG's § 32, stk. 1, nr. 2, eftersom 2/5 (10%) af skatten tilbagebetales efter de regler, der beskrives punkt 23 i dette forslag til afgørelse. I hovedsagen er der således af det omhandlede udbytte blevet indeholdt 15% i kildeskat. Derimod fremgår det af den forelæggende rets oplysninger, at den kildeskat, som indeholdes af udbytte udbetalt til hjemmehørende pensionsfonde, udgør 25%.

46. På andet trin er pensionsfonde for så vidt angår udbytte, som udloddes til dem, undergivet to forskellige beskatningsordninger. Kapitalindkomstskatten af udbytte modtaget af ikke-hjemmehørende pensionsfonde bliver således endelig. Udbytte udbetalt til hjemmehørende pensionsfonde indgår derimod i pensionsfondens regnskabsopgørelse, som derpå anvendes som grundlag for fastsættelsen af det skattepligtige resultat, hvoraf der opkræves selskabsskat på 15% [18]. Når denne skat forfalder, kan hele kapitalindkomstskatten fratrækkes i det skyldige beløb. Den forelæggende ret har således anført, at det følger af bestemmelserne i KStG's § 31, sammenholdt med bestemmelserne i EStG's § 36, stk. 2,

16 – Dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 15), af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 44), og af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 27).

17 – Jf. bl.a. dom af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

18 – I sit skriftlige indlæg har CPP anført, at der ud over selskabsskatten skal betales et solidaritetstillæg på 5,5%, således at den samlede skattebyrde udgør 15,825%. Det må imidlertid konstateres, at den forelæggende ret i forelæggelsesafgørelsen ræsonnerer på grundlag af en selskabsskat på 15%. I nærværende forslag til afgørelse lægges der en sats på 15% til grund.

nr. 2, at »[h]ele den kapitalindkomstskat, som er blevet indeholdt af udbytte udbetalt til pensionsfonde, kan fratrækkes i den skyldige selskabsskat« [19], og af EStG's § 36, stk. 4, andet punktum, at »[n]år den indeholdte kapitalindkomstskat er større end den fastsatte selskabsskat, tilbagebetales den til indenlandske pensionsfonde« [20].

47. Således som den forelæggende ret har forklaret, kan tyske pensionsfonde dels mindske deres selskabsskattepligtige resultat ved at tage hensyn til hensættelser med henblik på pensionsforpligtelser, dels modregne den indeholdte kapitalindkomstskat i selskabsskatten. Efter min opfattelse kan den angivelige restriktion for de frie kapitalbevægelser i den foreliggende sag derfor følge af begge disse klart særskilte beskatningsordninger, der er fastsat i den nationale lovgivning. Den kan nemlig dels bero på den omstændighed, at det selskabsskattepligtige resultat til dels afhænger af pensionsfondens hensættelser, som mindsker fondens skattepligtige resultat. Dels kan restriktionen følge af den omstændighed, at hjemmehørende pensionsfonde kan modregne den betalte kapitalindkomstskat i den skyldige selskabsskat og få tilbagebetalt den overskydende kapitalindkomstskat. Jeg undersøger de to ordninger med henblik på at fastslå, hvilken af dem – hvis det ikke er dem begge – der giver anledning til den angivelige restriktion.

48. Med hensyn til de hensættelser, en pensionsfond foretager, har den forelæggende ret oplyst, at matematiske hensættelser udgør en særlig form for hensættelser til imødegåelse af uvisse forpligtelser, der foregriber de arbejdsrelaterede alderspensionsydelser, som pensionsfonden på et senere tidspunkt skal udrede til sine medlemmer. Den forelæggende ret har anført, at det skattepligtige resultat, der danner grundlag for fastsættelsen af selskabsskatten, kan være »forholdsvis beskedent« på grund af pensionsfondens hensættelser, som er opført på passivsiden af en resultatopgørelse, navnlig matematiske hensættelser med henblik på pensionsforpligtelser.

49. Efter hvad der er oplyst i anmodningen om præjudiciel afgørelse, fører udbytteudbetalingen derfor normalt ikke til en forhøjelse af det skattepligtige resultat, som fastsættes på grundlag af regnskabsopgørelsen, eftersom passivsiden af denne opgørelse, herunder navnlig de matematiske hensættelser, der er opført her, forøges lige så meget som aktivsiden [21]. Det skattepligtige resultat forøges kun, hvis indtægterne ikke godskrives de med medlemmerne indgåede aftaler, i hvilket tilfælde de medfører en forøgelse af pensionsfondens aktiver og ikke en tilsvarende forøgelse af dens passiver. Dette er tilfældet med de 10% af udbytterne, der nævnes i punkt 19 i dette forslag til afgørelse, og som ikke godskrives de med medlemmerne indgåede aftaler. I denne situation tilfalder den resterende del på 10% af udbytterne ikke medlemmerne, hvorfor de matematiske hensættelser ikke forøges. Denne resterende del af udbytterne, som ikke godskrives de med medlemmerne indgåede aftaler, medfører således heller ikke en forhøjelse af de pensionsydelser, som udbetales til dem på forfaldstidspunktet (dvs. når de pensioneres).

50. Heraf følger, at udbytte modtaget af hjemmehørende pensionsfonde – bortset fra når der er tale om den resterende del på 10%, som ikke godskrives aftalerne med medlemmerne – normalt godskrives disse aftaler, således at det selskabsskattepligtige resultat ikke forøges eller kun forøges ganske lidt.

19 – Den forelæggende ret har ligeledes anført, at »kapitalindkomstskatten modregnes fuldt ud i den selskabsskat, som fuldt skattepligtige tyske pensionsfonde skal betale«.

20 – CPP har påpeget i sit skriftlige indlæg, at det både er den kapitalindkomstskat og det solidaritetstillæg, som opkræves af udbyttet, der kan modregnes i den selskabsskat, som pensionsfonden skal betale. Denne oplysning findes imidlertid ikke i anmodningen om præjudiciel afgørelse. I nærværende forslag til afgørelse lægges den kapitalindkomstskat på 25% til grund, som kan pålægges bruttoudbyttet.

21 – Den forelæggende ret har anført, at »udbytte opnået af tyske pensionsfonde på grund af den samtidige forøgelse af hensættelserne til pensionsforpligtelser generelt ikke medfører, at der opstår et skattepligtigt resultat«, og at fondene, da »de beskattes på grundlag af deres resultat (dvs. efter fradrag af driftsudgifter), normalt kun betaler en forholdsvis beskeden selskabsskat som følge af den overensstemmelse, der almindeligvis er mellem det oppebårne udbytte og forøgelsen af hensættelserne«.

51. Med henblik på at afklare, i hvilket omfang forøgelsen af hensættelserne kan påvirke den faktiske skattebyrde, som det udbetalte udbytte er behæftet med, skal det indledningsvis bemærkes, at det i sagerne om »udgående« udbytte og kildebeskatning er behandlingen af udbyttet og ikke behandlingen af det skattepligtige resultat, som Domstolen har undersøgt [22].

52. Hvad denne behandling angår skal det fastslås, hvor stor den faktiske skattebyrde, som det udbetalte udbytte er behæftet med, er, når udbyttet kumulativt beskattes med en kapitalindkomstskat på 25%, der indeholdes som kildeskat, og en selskabsskat på 15%. Den fremgangsmåde, der består i at undersøge den faktiske skattebyrde for at fastslå, om der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser, underbygges efter min opfattelse af Domstolens praksis. Domstolen har nemlig for det første allerede i flere sager om udbyttebeskatning overladt det til den nationale domstol at fastslå, om de ikke-hjemmehørende skattepligtige i sidste instans bar en tungere faktisk skattebyrde i den stat, hvor kildebeskatningen havde fundet anvendelse, end den skattebyrde, som hjemmehørende bar i forbindelse med udbytte af samme art [23]. Endvidere fastslog den i Hirvonen-dommen [24] i det væsentlige, at skatten af en delvis skattepligtig persons bruttoindkomst var forenelig med EU-retten, hvis den i sidste instans ikke var højere end skatten af fuldt skattepligtige personers nettoindkomst ved den gældende sats [25]. Endelig fastslog Retten for nylig i Sofina-dommen, at »det regnskabsår, hvor der sker udlodning, [skal] tages i betragtning for at sammenligne den skattebyrde, der påhviler sådant udbytte, og den skattebyrde, der påhviler udbytte udloddet til et hjemmehørende selskab« [26].

53. I det foreliggende tilfælde kan det konstateres, at forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder nogen taloplysninger, som gør det muligt at fastslå den faktiske skattebyrde, som sådanne udbytter er behæftet med, når de beskattes kumulativt med kapitalindkomstskat og selskabsskat.

54. På den baggrund har jeg forsøgt at fastslå byrden på grundlag af oplysningerne i sagens akter. På grundlag af mine beregninger forekommer den faktiske skattebyrde, som udbytte oppebåret af en hjemmehørende pensionsfond er behæftet med, at være på højst 11,25% af bruttoudbyttet [27]. Uanset værdien af hensættelserne vil denne faktiske sats altid være mindre end den sats på 15%, der anvendes for udbytte oppebåret af ikke-hjemmehørende pensionsfonde. Dette indebærer, at den faktiske skattebyrde, som udbytte udbetalt til henholdsvis hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde er behæftet med, altid vil være forskellig [28]. Under omstændighederne i hovedsagen er størrelsen af hensættelserne følgelig efter min opfattelse ikke relevant for fastslåelsen af, om der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser.

22 – Jf. dom af 22.11.2012, Kommissionen mod Tyskland (C-600/10, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:737, præmis 15), og af 8.11.2012, Kommissionen mod Finland (C-342/10, EU:C:2012:688, præmis 33).

23 – Jf. i denne retning dom af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 34), af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 48), og af 19.1.2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, præmis 33).

24 – Dom af 19.11.2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, præmis 44 og 48).

25 – Begrebet »en tungere skattebyrde« er i øvrigt ligeledes blevet anvendt i sager om beskatning af arv. I dom af 31.3.2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, præmis 40), som vedrørte beskatning af arv, fastslog Domstolen, at indrømmelsen af et nedslag i grundlaget for beskatning af fast ejendom, som var afhængigt af afdødes og indkomstmodtagerens bopælssted på tidspunktet for dødsfaldet, havde ført til en tungere faktisk skattebyrde end den, der var tale om, når der forelå mindst en hjemmehørende person, og at nedslaget derfor havde mindsket værdien af arven.

26 – Dom af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 31).

27 – Hvis X er værdien af det udbetalte bruttoudbytte, er værdien af det nettoudbytte, som hjemmehørende pensionsfonde oppebærer, X - (0,25X). Resultatet af anvendelsen af en selskabsskattesats på 15% bliver [X - (0,25X)] × 0,15, hvilket svarer til en faktisk sats på 11,25%.

28 – Under retsmødet bekræftede den tyske regering i sit svar på et spørgsmål fra Domstolen, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde behandles forskelligt for så vidt angår den endelige skattebyrde.

55. Jeg finder med andre ord, at det forhold, at det skattepligtige resultat kan reduceres ved hjælp af hensættelser, ganske vist gør det muligt at mindske det beløb, der skal betales i selskabsskat. Denne reduktion forekommer imidlertid ikke at være årsagen til restriktionen for de frie kapitalbevægelser, som eksisterer uanset størrelsen af de hensættelser, en hjemmehørende pensionsfond foretager. Efterprøvelsen af dette tilkommer den nationale domstol, som er den eneste, der kan fastslå den faktiske skattebyrde, som udbytte udbetalt til hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde er behæftet med.

56. I øvrigt er jeg tilbøjelig til at mene, at den nævnte fremgangsmåde ligeledes underbygges af det argument, der er blevet fremført af CPP, som har gjort gældende, at reduktionen af det skattepligtige resultat har til formål at forhindre økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte. Ifølge CPP vedtog lovgiver således KStG's § 8, stk. 8, for skattemæssigt at neutralisere og i praksis fritage udbytte gennem hensyntagen til tekniske hensættelser. Det skal understreges, at den skattemæssige »neutralisering« eller »fritagelse« af udbytte udbetalt til pensionsfonde kun vedrører selskabsskatten. Ordningen forekommer således ikke at påvirke den skat, som allerede er betalt i form af kapitalindkomstskat, og som modregnes fuldt ud [29].

57. Hvad dette angår adskiller den foreliggende sag sig efter min opfattelse fra de omstændigheder, der førte til dommen i sagen Kommissionen mod Finland [30], hvortil den forelæggende ret har henvist. I den nævnte dom fastslog Domstolen, at en national lovgivning, hvorefter udbytte oppebåret af hjemmehørende pensionsfonde i praksis var helt eller delvis fritaget for indkomstskat som følge af udtrykkelige bestemmelser i den nationale lovgivning, som gav fradragsret for hensættelser, mens udbytte oppebåret af ikke-hjemmehørende pensionsfonde pålagdes en skat på 19,5% i medfør af den nævnte lovgivning eller en skat på 15% eller mindre i medfør af de overenskomster til undgåelse af dobbeltbeskatning, som Republikken Finland havde indgået, udgjorde en restriktion i strid med artikel 63 TEUF [31]. I hovedsagen indeholdes der imidlertid kapitalindkomstskat som kildeskat af udbytte udloddet til såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende pensionsfonde. Selve eksistensen og omfanget af denne kildeskat påvirkes ikke af, at der foretages hensættelser. Hvis det skattepligtige resultat reduceres, og den skat, der skal betales af udbytte udbetalt til hjemmehørende pensionsfonde, i praksis delvis fritages, vedrører dette nemlig kun selskabsskatten af pensionsfondens resultat og ikke kapitalindkomstskatten, som kan tilbagebetales fuldt ud.

58. Jeg foreslår derfor, at Domstolen i det foreliggende tilfælde lægger til grund, at det er den sidstnævnte ordning, der giver anledning til den angivelige restriktion, dvs. den fulde modregning af hele kapitalindkomstskatten i selskabsskatten og den eventuelle tilbagebetaling af et overskud, efter at skatterne er opgjort, som udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser.

59. Som tidligere anført tilkommer det efter min opfattelse den forelæggende ret at fastslå, om og i hvilket omfang den faktiske skattebyrde er mindre end den, som det udbytte er behæftet med, der udbetales til ikke-hjemmehørende pensionsfonde, og hvoraf der i henhold til den bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst opkræves 15% i kildeskat.

60. Hvis den forelæggende ret når til den konklusion, at udbytte oppebåret af hjemmehørende pensionsfonde er delvis fritaget for kapitalindkomstskat som følge af fuld modregning, vil det antagelig være godtgjort, at udbytte udbetalt til ikke-hjemmehørende pensionsfonde er behæftet med en tungere faktisk skattebyrde. Heraf følger, at sådanne udbytter behandles mere fordelagtigt end udbytter udbetalt til ikke-hjemmehørende pensionsfonde. En sådan forskel i den skattemæssige behandling af pensionsfonde, der beror på deres hjemsted, kan afholde ikke-hjemmehørende pensionsfonde fra at

29 – I medfør af bestemmelserne i KStG's § 31, sammenholdt med EStG's § 36, stk. 2, nr. 2.

30 – Dom af 8.11.2012 (C-342/10, EU:C:2012:688).

31 – I den sag, der førte til den nævnte dom, synes udbytte, som hjemmehørende selskaber havde udloddet til hjemmehørende pensionsfonde, således for 75%'s vedkommende at være blevet beskattet med en sats på 26%. I praksis blev udbyttet således som helhed beskattet med en sats på 19,5%. Domstolen fandt, at denne lovgivning udgjorde en restriktion som omhandlet i artikel 63 TEUF.

foretage investeringer i selskaber etableret i Tyskland. Ikke-hjemmehørende pensionsfonde har nemlig i denne situation ikke mulighed for at få tilbagebetalt den indeholdte kildeskat, hvilket udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser, som principielt er forbudt i henhold til artikel 63, stk. 1, TEUF.

2. Spørgsmålet om, hvorvidt restriktionen kan tillades

61. Ifølge artikel 65, stk. 1, litra a), TEUF »[griber] [b]estemmelserne i artikel 63 […] ikke ind i medlemsstaternes ret til […] at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sondrer imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret«.

62. Denne bestemmelse skal som en undtagelse fra det grundlæggende princip om de frie kapitalbevægelser fortolkes strengt. Derfor kan den ikke fortolkes således, at enhver skattelovgivning, som sondrer mellem de afgiftspligtige personer afhængigt af det sted, hvor de er bosiddende, eller den medlemsstat, hvori de investerer deres kapital, uden videre er forenelig med EUF-traktaten. Den undtagelse, der er fastsat i artikel 65, stk. 1, litra a), TEUF, er nemlig begrænset af samme artikels stk. 3, som fastsætter, at de nationale bestemmelser, der er omhandlet i nævnte stk. 1, »ikke [må] udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger som defineret i artikel 63 [TEUF]« [32].

63. Der skal derfor sondres mellem den forskellige behandling, der er tilladt ifølge artikel 65, stk. 1, litra a), TEUF, og forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til artikel 65, stk. 3, TEUF [33]. Det fremgår af Domstolens praksis, at det er en betingelse for at anse en national skattelovgivning som den, der er omtvistet i hovedsagen, for at være forenelig med traktatens bestemmelser om frie kapitalbevægelser, at den forskellige behandling vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller at den er berettiget på grund af et tvingende alment hensyn [34].

a) Spørgsmålet om, hvorvidt de i hovedsagen omhandlede situationer er sammenlignelige

64. Det følger af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt en grænseoverskridende situation kan sammenlignes med en national situation, skal vurderes under hensyntagen til det formål, der forfølges med de omhandlede nationale bestemmelser, og til genstanden for og indholdet af de sidstnævnte [35]. Der kan endvidere kun tages hensyn til de relevante sondringskriterier i den omhandlede lovgivning med henblik på bedømmelsen af, om den forskellige behandling, der følger af en sådan lovgivning, afspejler objektivt forskellige situationer [36].

65. Det kan konstateres, at forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder nogen oplysninger om formålet med den i hovedsagen omhandlede lovgivning. Jeg foreslår derfor, at der foretages en prøvelse af de argumenter, parterne i den foreliggende præjudicielle procedure har fremført. På baggrund af disse argumenter skal undersøgelsen af, hvorvidt henholdsvis hjemmehørende og ikke-hjemmehørendes

32 – Jf. i denne retning dom af 17.10.2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, præmis 42 og 43 og den deri nævnte retspraksis), af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 63), og af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 45).

33 – Jf. bl.a. dom af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 46), af 20.9.2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, præmis 87), af 21.6.2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 48), og af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 64).

34 – Jf. bl.a. dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis), og af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 64).

35 – Jf. bl.a. dom af 20.9.2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, præmis 88), af 21.6.2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 50), og af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

36 – Dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 - C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 28), og af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 49).

situation er sammenlignelig, vedrøre tre punkter, nemlig formålet med den tyske lovgivning for så vidt angår forpligtelserne over for medlemmerne (1), den angivelige anvendelse af forskellige beskatningsteknikker på de to kategorier af pensionsfonde (2) og spørgsmålet om hensyntagen til de omkostninger, som er direkte forbundet med oppebærelsen af udbyttet (3).

1) Forpligtelserne over for medlemmerne

66. CPP har fremhævet, at alle pensionsfonde, hvad enten de er hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende, er forpligtet til at investere forsikringspræmierne på kapitalmarkederne for at opnå et udbytte, som pensionsfondene kan anvende til at opfylde deres forpligtelser over for medlemmerne. Af denne grund fritager Tyskland udbyttet for skat, i den udstrækning det anvendes til at opfylde forpligtelserne over for de forsikrede. Mens den for hjemmehørende pensionsfonde gældende nationale lovgivning tager hensyn til, at det oppebårne udbytte i sidste instans tilfalder de forsikrede, og af denne grund fritager udbyttet for skat, når det oppebæres af pensionsfonden, ser lovgivningen bort fra, at der i princippet påhviler pensionsfonde i tredjelande den samme forpligtelse.

67. Kommissionen har gjort gældende, at fritagelsen af tyske pensionsfonde for kapitalindkomstskat af udbytte, som udloddes til dem, har til formål at gøre det muligt for dem at opbygge en kapital, som er tilstrækkelig til at dække udbetalingen af de fremtidige pensioner. Det udbetalte udbytte fritages således for kapitalindkomstskat under forudsætning af, at det anvendes til tekniske hensættelser. Ikke-hjemmehørende pensionsfonde skal derimod betale en endelig kapitalindkomstskat i Tyskland af en størrelse, der svarer til, hvad der er fastsat i den bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomst, selv hvis de kan bevise, at de anvender det oppebårne udbytte til at foretage hensættelser.

68. Hvad dette angår fremgår det efter min opfattelse – med forbehold af de undersøgelser, det tilkommer den forelæggende ret at foretage – af de for Domstolen fremlagte sagsakter, at den i hovedsagen omhandlede tyske lovgivning, som bevirker, at udbytte, der udloddes til hjemmehørende pensionsfonde, delvis er fritaget for skat, opfylder formålet om at garantere pensionsfondenes forsikringsvirksomhed gennem opbygning af en selskabskapital, som er tilstrækkelig til at dække de fremtidige pensionsforpligtelser. Når der derimod er tale om udbytte udloddet til ikke-hjemmehørende pensionsfonde, bliver kapitalindkomstskatten en endelig skat, da der ikke finder en sådan delvis fritagelse sted, selv om udbyttet anvendes til at opfylde det samme formål [37]. På denne baggrund har hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde efter min opfattelse samme formål og bør derfor anses for at befinde sig i sammenlignelige situationer.

69. For det tilfælde, at den forelæggende ret finder, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning har til formål at sikre, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde, som investerer i selskaber etableret i Tyskland, pålægges en lige faktisk skattebyrde, bl.a. under hensyn til at udbytte udbetalt til hjemmehørende pensionsfonde pålægges to kumulative skatter (kapitalindkomstskat og selskabsskat), mens udbytte oppebåret af ikke-hjemmehørende pensionsfonde kun pålægges kapitalindkomstskat, følger det endvidere af fast retspraksis, at fra det øjeblik en medlemsstat ensidigt eller gennem indgåelse af overenskomster ikke blot gør de hjemmehørende selskaber, men også de ikke-hjemmehørende selskaber indkomstskattepligtige af den indkomst, de oppebærer fra et hjemmehørende selskab, nærmer de ikke-hjemmehørende selskabers situation sig de hjemmehørende selskabers situation [38].

37 – Jf. analogt dom af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 50).

38 – Jf. i denne retning dom af 21.6.2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 54), af 25.10.2012, Kommissionen mod Belgien (C-387/11, EU:C:2012:670, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis), og af 14.12.2006, Denkavit Internationaal og Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, præmis 35).

70. Det er denne stats udøvelse af sin beskatningskompetence, der uafhængigt af enhver beskatning i en anden medlemsstat i sig selv skaber risiko for kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning. I sådanne tilfælde skal den stat, hvor det udloddende selskab er hjemmehørende, i medfør af de mekanismer, der er fastsat i national ret for at forhindre eller mindske kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning, sikre, at de ikke-hjemmehørende selskaber får en behandling, der svarer til de hjemmehørende selskabers, således at de ikke-hjemmehørende selskaber, der oppebærer indkomst, ikke står over for en restriktion af de frie kapitalbevægelser, som i princippet er forbudt ved artikel 63 TEUF [39].

71. Da Tyskland i det foreliggende tilfælde har valgt at udøve sin beskatningskompetence over for indkomst oppebåret af ikke-hjemmehørende pensionsfonde, befinder disse sig følgelig i en situation, der er sammenlignelig med den, hvori pensionsfonde, som er hjemmehørende i Tyskland, befinder sig, for så vidt angår risikoen for økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte udbetalt af i Tyskland hjemmehørende selskaber [40].

2) Den angivelige anvendelse af forskellige beskatningsteknikker

72. Den tyske regering har gjort gældende, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde ikke befinder sig i objektivt sammenlignelige situationer, fordi der anvendes forskellige beskatningsteknikker på de to kategorier af pensionsfonde som omhandlet i Truck Center-dommen [41].

73. Hvad dette angår skal det bemærkes, at det fremgår af præmis 41 og 46 i den nævnte dom, at en forskelsbehandling, som består i anvendelse af forskellige beskatningsteknikker eller -regler, alt efter hvor det selskab, som oppebærer det pågældende udbytte, har hjemsted, vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige.

74. I det foreliggende tilfælde foreslår jeg, at Domstolen undlader at anvende den i Truck Center-dommen fastlagte retspraksis, af følgende grunde. For det første påberåber medlemsstaternes regeringer sig ofte denne dom, når de forsvarer nationale lovgivninger, som bevirker, at hjemmehørende skattepligtiges situation behandles anderledes end ikke-hjemmehørendes [42]. Denne dom er imidlertid, så vidt det er mig bekendt, kun blevet bekræftet en enkelt gang [43]. For nylig har Domstolen på ny mindsket rækkevidden af denne retspraksis ved at præcisere, at den kun vedrørte reglerne for opkrævning af skatten, som var forskellige alt efter hjemstedet for modtageren af indenlandsk udbytte [44].

39 – Jf. analogt dom af 21.6.2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).

40 – Jf. analogt dom af 20.10.2011, Kommissionen mod Tyskland (C-284/09, EU:C:2011:670, præmis 58), og af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 42).

41 – Dom af 22.12.2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762).

42 – Jf. bl.a. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 163), af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 48), af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608), af 19.6.2014, Strojírny Prostějov og ACO Industries Tábor (C-53/13 og C-80/13, EU:C:2014:2011), af 12.7.2012, Kommissionen mod Spanien (C-269/09, EU:C:2012:439), af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286), af 1.7.2010, Dijkman og Dijkman-Lavaleije (C-233/09, EU:C:2010:397), og af 3.6.2010, Kommissionen mod Spanien (C-487/08, EU:C:2010:310).

43 – Dom af 18.10.2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, præmis 26).

44 – Dom af 22.11.2018, Sofina m.fl. (C-575/17, EU:C:2018:943, præmis 52).

75. For det andet har jeg noteret mig, at den nævnte retspraksis kritiseres stærkt i retslitteraturen [45] og ikke kan undgå at medføre vanskeligheder, når den anvendes [46].

76. Hvad dette angår forekommer kriteriet om anvendelse af forskellige beskatningsteknikker for at fastslå, om henholdsvis en hjemmehørende og en ikke-hjemmehørende skattepligtigs situation er sammenlignelig, mig at være baseret på et tautologisk ræsonnement. Det er nemlig normalt, at der gælder forskellige beskatningsteknikker for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende personer. Den nævnte dom bekræfter kun, at situationerne er forskellige, fordi hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skattepligtige er forskellige [47]. I hovedsagen er hjemmehørende pensionsfonde således »fuldt skattepligtige« [48], mens udenlandske pensionsfondes indkomst kun er undergivet en »begrænset« skattepligt, som kun vedrører indkomst hidrørende fra Tyskland [49]. De forskellige beskatningsteknikker afspejler efter min opfattelse kun denne forskel. Det betyder imidlertid ikke, at den omhandlede nationale lovgivning automatisk falder uden for anvendelsesområdet for de frie kapitalbevægelser.

77. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen undlader at anvende den i Truck Center-dommen [50] fastlagte retspraksis i den foreliggende sag. Domstolen kunne således finde, at den omhandlede nationale lovgivning begrænser sig til reglerne for opkrævning af skatten, men giver hjemmehørende pensionsfonde en væsentlig fordel, som ikke indrømmes ikke-hjemmehørende pensionsfonde [51]. Denne løsning synes ligeledes at fremgå af dommen i sagen N Luxembourg 1 m.fl., hvori Domstolen fandt, at det udgjorde en fordel at nyde godt af en væsentligt længere frist end den, der fulgte af, at der blev indeholdt kildeskat, når et hjemmehørende selskab betalte renter til et ikke-hjemmehørende selskab, hvorfor Truck Center-dommen ikke fandt anvendelse [52].

3) Spørgsmålet om hensyntagen til de omkostninger, som er direkte forbundet med oppebærelsen af udbyttet

78. Såvel skattecenter München som den tyske regering har i deres skriftlige indlæg gjort gældende, at der ikke er nogen direkte forbindelse mellem på den ene side oppebærelsen af indkomst hidrørende fra udbytte og på den anden side matematiske hensættelser og andre tekniske hensættelser, og at de omhandlede situationer derfor ikke er sammenlignelige.

45 – Jf. G. Beretta: »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, M. Lang: »Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions«, *EC Tax Review*, 2009, s. 100 og 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, og L. De Broe, N. Bammens: »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 – Den sag, der førte til dom af 13.7.2016, Brisal og KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), er et godt eksempel herpå. I denne dom havde Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Sintra, Portugal) anvendt dom af 22.12.2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), men Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) vurderede, at der ikke var anledning til at henvise til denne 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 – Ifølge KStG's § 1, stk. 1, nr. 1.

49 – I henhold til KStG's § 8, stk. 1, sammenholdt med § 49, stk. 1, nr. 5a, og EStG's § 20, stk. 1, nr. 1.

50 – Dom af 22.12.2008 (C-282/07, EU:C:2008:762).

51 – Jf. analogt dom af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 53).

52 – Jf. hvad dette angår dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 164 og 165).

79. Hvad dette angår fremgår det af fast retspraksis, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skattepligtige befinder sig en sammenlignelig situation for så vidt angår de omkostninger, som er direkte forbundet med den virksomhed, hvorfra den skattepligtige indtægt hidrører [53]. I denne henseende har Domstolen fastslået, at hvis den beskatningsmetode, som anvendes på hjemmehørende, gør det muligt at fradrage omkostninger, som er direkte forbundet med oppebærelsen af udbyttet, »skal det også være tilladt for ikke-hjemmehørende […] at tage hensyn til sådanne omkostninger« [54].

80. Denne retspraksis er imidlertid efter min opfattelse ikke relevant for den foreliggende sag af to grunde. Dels vedrører den omkostninger, som er direkte forbundet med oppebærelsen af indtægterne [55]. I det foreliggende tilfælde forekommer det mig åbenbart, at pensionsfondes hensættelser ikke kan betegnes som »omkostninger, der er forbundet med oppebærelsen af indtægterne«. Dels finder retspraksis vedrørende hensyntagen til omkostninger, som er direkte forbundet med oppebærelsen af udbytte, kun anvendelse på tilfælde, hvor indrømmelsen af skattefordelen, dvs. fritagelsen eller fradraget for kildeskatten, er forbundet med fastsættelsen af beskatningsgrundlaget, navnlig i form af omkostninger i et skattemæssigt regnskab, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Efter min opfattelse skyldes restriktionen for de frie kapitalbevægelser i denne sag nemlig ikke fradraget for hensættelser i forbindelse med fastsættelsen af det nævnte grundlag, men den fulde modregning, som finder sted efter denne fastsættelse. Jeg foreslår derfor, at Domstolen fastslår, at denne retspraksis ikke er relevant, når der er tale om en beskatningsordning, hvori der fastsættes den omhandlede fulde modregning.

81. Hvis Domstolen ikke desto mindre beslutter at prøve, om der er en forbindelse mellem hensættelserne og oppebærelsen af de fra udbyttet hidrørende indtægter, kan der efter min opfattelse kun påvises en sådan forbindelse for så vidt angår den del af hensættelserne, som er en direkte følge af oppebærelsen af udbyttet. Udgifter, som er direkte forbundet med den virksomhed, der har givet anledning til den skattepligtige indkomst, er nemlig ifølge Domstolens praksis sådanne, som er foranlediget af denne virksomhed, og som dermed er nødvendige for udøvelsen af den [56]. I det foreliggende tilfælde er den virksomhed, som har givet anledning til indkomst, oppebærelsen af udbytte, og de udgifter, som er forbundet med denne virksomhed, er udgifterne i forbindelse med oppebærelsen af udbyttet. Hensættelserne udgør en udgift, der er forbundet med forsikringsvirksomheden.

82. Hvad dette angår skal – således som den tyske regering i det væsentlige har gjort gældende – hensættelserne foretages uden hensyn til, om indtægterne består i indkomst fra udbytte eller i bidrag betalt af medlemmerne. Selve hensættelsernes eksistens er nemlig en følge af forsikringsvirksomheden, og hensættelserne skal gøre det muligt at indfri pensionsfondenes forpligtelser med hensyn til fremtidige ydelser. Årsagen til hensættelserne er pensionsforpligtelserne og ikke størrelsen af de opnåede indtægter. Når pensionsfondene derimod ikke opnår indtægter af investeringerne, er de alligevel forpligtet i henhold til national ret til at foretage hensættelser for at kunne overholde deres forpligtelser. Hvad tilsvarende angår reglerne for arbejdsmarkedsrelaterede pensionskassers og

53 – Dom af 12.6.2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340), af 3.10.2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), og af 15.2.2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96).

54 – Dom af 2.6.2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 65).

55 – I præmis 20 i dom af 22.11.2012, Kommissionen mod Tyskland (C-600/10, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:737), der drejede sig om den tyske lovgivning om fradrag for driftsomkostninger i forbindelse med oppebærelse af udbytte og renter i Tyskland, udtalte Domstolen netop, at »Kommissionen [ikke har] fremlagt noget, der viser, at [bankomkostninger og lignende handelsomkostninger], der ganske vist i nogle tilfælde kan være direkte forbundet med et beløb, der betales i anledning af en værdipapirhandel […], ligeledes og nødvendigvis er forbundet med oppebærelsen som sådan af indtægt i form af udbytte eller renter«.

56 – Jf. bl.a. dom af 6.12.2018, Montag (C-480/17, EU:C:2018:987, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

livforsikringsinstitutioners hensættelser anerkender EU-lovgiver hensættelsernes betydning, men overlader ikke desto mindre medlemsstaterne et vidt skøn med hensyn til den måde, hvorpå de foretages [57]. Jeg finder følgelig, at der principielt ikke er nogen direkte forbindelse mellem pensionsfondenes hensættelser og de oppebårne udbytter.

83. Endvidere har jeg stor forståelse for det af skattecenter München fremførte argument, som hidrører fra den nationale retspraksis vedrørende et sygeforsikringsselskab. Ifølge denne retspraksis er der for så vidt angår udgifter til matematiske og andre hensættelser ikke nogen årsagssammenhæng mellem sådanne udgifter og indtægter fra investeringer, som fortrinsvis er knyttet til forsikringsvirksomheden på det nationale område. Forpligtelsen til at foretage matematiske og andre tekniske hensættelser følger af selskabets egenskab af forsikringsselskab. Selv om denne dom vedrører sygeforsikringsselskaber, er der efter min opfattelse ikke nogen grund til, at pensionsfondes situation skulle være anderledes. Jeg er derfor tilbøjelig til at mene, at den nævnte synsmåde kan finde anvendelse analogt på den foreliggende sag [58].

84. Jeg har følgelig vanskeligt ved at tilslutte mig, at det i sig selv kan udgøre en restriktion for de frie kapitalbevægelser, at der tages hensyn til pensionsfondenes hensættelser.

85. CPP har gjort gældende, at i det omfang udbyttet anvendes til hensættelser, fører det til en forhøjelse af disse, som derpå mindsker den skattepligtige indkomst. Hvad dette angår fremgår det af anmodningen om præjudiciel afgørelse – som anført i punkt 18 og 19 i dette forslag til afgørelse – at regnskabsmæssige og ikke-regnskabsmæssige investeringer, bortset fra den resterende del på 10%, forhøjer hensættelserne. Jeg finder det derfor muligt, at en del af disse alene følger af, at der udbetales udbytte. Efter min opfattelse har Domstolen dog ikke mulighed for at fastslå, hvor stor denne del er i det nationale system. Fastslåelsen af dette tilkommer følgelig den forelæggende ret, som navnlig skal klarlægge, hvor stor en del af hensættelserne der er »direkte forbundet« med oppebærelsen af udbyttet. Under alle omstændigheder bør hensættelser, der ikke har nogen forbindelse med oppebærelsen af udbytte, holdes uden for denne undersøgelse.

86. Sammenfattende er det efter min opfattelse ikke muligt at opretholde den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, eftersom den finder anvendelse på objektivt forskellige situationer. Det skal følgelig undersøges, om lovgivningen kan begrundes i et tvingende alment hensyn.

b) Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et tvingende alment hensyn

87. Ifølge den forelæggende ret er den forskelsbehandling, som den tyske lovgivning medfører, hverken begrundet i territorialitetsprincippet, nødvendigheden af at sikre sammenhængen i skattesystemet, hensynet til opretholdelse af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne eller hensynet til en effektiv skattekontrol.

57 – Således angives det dels i 26. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/41/EF af 3.6.2003 om arbejdsmarkedsrelaterede pensionskassers aktiviteter og tilsynet hermed (EFT 2003, L 235, s. 10), at »[f]orsigtig beregning af tekniske hensættelser er en afgørende forudsætning for, at der kan være sikkerhed for, at forpligtelserne til at udbetale pensionsydelser kan opfyldes«, og at »[d]en maksimale rentesats bør vælges med forsigtighed efter relevante nationale regler«. Ifølge 27. betragtning til direktivet bør medlemsstaterne have mulighed for at fastsætte yderligere og mere detaljerede regler end direktivets for beregning af tekniske hensættelser. Dels angives det på livsforsikringsområdet i 35. og 36. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/83/EF af 5.11.2002 om livsforsikring (EFT 2002, L 345, s. 1), at »[a]f hensyn til beskyttelsen af forsikringstagerne skal alle forsikringsselskaber oprette tilstrækkelige forsikringsmæssige hensættelser«, og at det med henblik på begrænsning af den rentesats, der anvendes ved beregningen af de tekniske hensættelser, vil »være hensigtsmæssigt at give medlemsstaterne mulighed for frit at vælge den metode, der skal anvendes«. I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25.11.2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (EUT 2009, L 335, s. 1), som erstatter direktiv 2002/83, fastsættes der tilsvarende principper.

58 – Dom (nr. I R 61/14) afsagt den 6.4.2016 af Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager, Tyskland).

88. Disse begrundelser kan ganske vist ifølge fast retspraksis tillades som lovlige formål, som Domstolen har anerkendt [59]. I det foreliggende tilfælde finder jeg imidlertid ikke, at nogen af de nævnte formål kan begrunde, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde behandles forskelligt. Da de berørte parter ikke har debatteret dette spørgsmål, er der ikke anledning til at behandle det i dette forslag til afgørelse.

89. På baggrund af det foregående finder jeg, at den restriktion for de frie kapitalbevægelser, der følger af den tyske lovgivning, hvorefter det kun er ikke-hjemmehørende, som ikke kan fradrage omkostninger, der er direkte forbundet med oppebærelsen af udbytte, hverken kan begrundes i, at de omhandlede situationer ikke er sammenlignelige, eller i et tvingende alment hensyn.

B. Det andet præjudicielle spørgsmål

90. Med sit andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplysning om, hvorvidt den restriktion, som den endelige kildebeskatning af udbytte oppebåret af ikke-hjemmehørende pensionsfonde medfører, mens tyske pensionsfonde i praksis er delvis fritaget for denne skat, kan tillades i medfør af artikel 64, stk. 1, TEUF.

91. Det følger af artikel 64, stk. 1, TEUF, at en medlemsstat i forhold til tredjelande kan anvende restriktioner for kapitalens frie bevægelighed, der er omfattet af denne bestemmelses materielle anvendelsesområde, selv om de er i strid med princippet om kapitalens frie bevægelighed som omhandlet i artikel 63, stk. 1, TEUF, forudsat at de allerede eksisterede den 31. december 1993 [60].

92. Det bestemmes således i artikel 64, stk. 1, TEUF, at »[a]rtikel 63 [TEUF] [ikke berører] anvendelsen over for tredjelande af restriktioner, der den 31. december 1993 eksisterer i henhold til national lovgivning eller EU-lovgivning med hensyn til sådanne kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, herunder investering i fast ejendom, etablering, levering af finansielle tjenesteydelser eller værdipapirers adgang til kapitalmarkeder«. Det skal klarlægges, om den omhandlede tyske lovgivning opfylder de to kumulative kriterier i denne bestemmelse, nemlig tidskriteriet og det materielle kriterium.

93. Hvad for det første angår det tidsmæssige anvendelsesområde for artikel 64, stk. 1, TEUF fremgår det af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at den tyske bestemmelse, ifølge hvilken kildeskatten er endelig for udenlandske pensionsfonde, og som gør det muligt at modregne kapitalindkomstskatten fuldt ud i selskabsskatten, nemlig KStG's § 32, stk. 1, nr. 2, er identisk med den version, som var gældende den 31. december 1993, med hensyn til såvel ordlyden som virkningerne.

94. Hvad dette angår er jeg af den opfattelse, at det med henblik på at fastslå, om restriktionen har bestået siden det nævnte tidspunkt, er selve det væsentlige indhold af den skatteordning, som har givet anledning til restriktionen, der skal have eksisteret siden dette tidspunkt. Ud fra denne synsvinkel forekommer tidskriteriet at være opfyldt i hovedsagen.

95. For det første har den forelæggende ret nemlig anført, at »proceduren vedrørende modregning i selskabsskatten fandt anvendelse på fuldt skattepligtige den 31. december 1993«. For det andet indebærer det forhold, at skattesatsen har varieret siden dette tidspunkt, efter min opfattelse ikke, at selve det væsentlige indhold af skatteordningen er blevet ændret. For det tredje er det efter min mening uden betydning, at den tyske lovgiver først anerkendte tyske pensionsfondes eksistens i 2002 ved at fastsætte særlige regler for sådanne. At det personelle anvendelsesområde for skatteordningen

59 – Jf. bl.a. dom af 12.7.2012, Kommissionen mod Spanien (C-269/09, EU:C:2012:439, præmis 63-90 og den deri nævnte retspraksis).

60 – Jf. i denne retning dom af 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 187), af 24.5.2007, Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297, præmis 39), af 24.11.2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 86), og af 26.2.2019, X (Passive selskaber etableret i tredjelande) (C-135/17, EU:C:2019:136, præmis 27).

blev ændret, dvs. at antallet af skattepligtige, som var omfattet af den, blev forøget eller formindsket, er nemlig uden betydning for klarlæggelsen af, om selve det væsentlige indhold af skatteordningen er blevet ændret. Med hensyn til hovedsagen er jeg følgelig af den opfattelse, at selve det væsentlige indhold af den omhandlede skatteordning, som har givet anledning til restriktionen, ikke er blevet ændret siden den 31. december 1993, således som det følger af anmodningen om præjudiciel afgørelse.

96. Hvad for det andet angår det materielle anvendelsesområde for artikel 64, stk. 1, TEUF fastslog Domstolen for nylig i X-dommen (passive selskaber etableret i tredjelande)[61], at det følger af selve bestemmelsens ordlyd, at skønt restriktioner for de frie kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, er omfattet af det materielle anvendelsesområde for bestemmelsen, er porteføljeinvesteringer ikke blandt de kapitalbevægelser, der omhandles heri. Eftersom hovedsagen vedrører porteføljeinvesteringer[62], kan disse ikke være omfattet af begrebet »direkte investeringer« som omhandlet i bestemmelsen.

97. Det skal fortsat afklares, om den i hovedsagen omhandlede situation kan være omfattet af »kapitalbevægelser […], som vedrører […] levering af finansielle tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF.

98. Hvad dette angår skal det bemærkes, at det afgørende kriterium for, om artikel 64, stk. 1, TEUF finder anvendelse, vedrører årsagssammenhængen mellem kapitalbevægelserne og leveringen af finansielle tjenesteydelser og ikke det personelle anvendelsesområde for den omtvistede nationale foranstaltning eller dennes forhold til leverandøren, snarere end modtageren af sådanne tjenesteydelser[63]. Bestemmelsens anvendelsesområde er nemlig defineret ved en henvisning til de kategorier af kapitalbevægelser, som kan være genstand for restriktioner[64].

99. Endvidere er jeg af den opfattelse, at udtrykket »kapitalbevægelser […], som vedrører […] levering af finansielle tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF, skal fortolkes indskrænkende i den forstand, at det omfatter restriktive foranstaltninger, som vedrører kapitalbevægelser, der medfører levering af tjenesteydelser, men ikke de leverede tjenesteydelser som sådanne. Således som generaladvokat Mengozzi påpegede i sit forslag til afgørelse i sagen Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, omfatter bestemmelsen efter sin ordlyd kapitalbevægelser, når de »vedrører«, dvs. når de medfører, levering af finansielle tjenesteydelser[65].

100. I det foreliggende tilfælde er den omhandlede kategori af kapitalbevægelser udbetaling af udbytte til en pensionsfond. Efter min opfattelse er der, når en pensionsfond modtager udbytte, ikke nogen årsagssammenhæng mellem kapitalbevægelserne og leveringen af finansielle tjenesteydelser, eftersom der er tale om en direkte erhvervelse af kapitalandele foretaget af en investor, som ønsker at diversificere sine aktiver og forbedre risikospredningen. Således som Kommissionen har påpeget, har en pensionsfonds erhvervelse af kapitalandele og de udbytter, den oppebærer som følge heraf, fortrinsvis til formål at bevare dens aktiver gennem en stadig større diversificering og en bedre spredning af risiciene og at opretholde de hensættelser, den foretager for at sikre overholdelsen af dens pensionsforpligtelser over for medlemmerne.

61 – Dom af 26.2.2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, præmis 28).

62 – Punkt 40 i dette forslag til afgørelse.

63 – Jf. i denne retning dom af 21.5.2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, præmis 39 og 43-45), hvori Domstolen fastslog, at den nationale foranstaltning skal vedrøre kapitalbevægelser, der er tilstrækkeligt nært forbundet med leveringen af finansielle tjenesteydelser, og at det med henblik på, at der er en tilstrækkeligt nær forbindelse, kræves, at der er en årsagssammenhæng mellem kapitalbevægelsen og leveringen af en finansiel tjenesteydelse.

64 – Dom af 15.2.2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

65 – Jf. generelt generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse af 6.11.2013, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, punkt 73-80).

101. Endelig består den omhandlede restriktion i anvendelsen af en ordning med fuld modregning, som vedrører beskatningen af udbytte oppebåret af hjemmehørende pensionsfonde, og som ikke-hjemmehørende pensionsfonde ikke kan gøre brug af. Restriktionen vedrører ikke kapitalbevægelser, der er knyttet til pensionsfondenes levering af finansielle tjenesteydelser til deres medlemmer.

102. Jeg er derfor af den opfattelse, at standstill-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF ikke finder anvendelse på den restriktion, som er indeholdt i den tyske lovgivning, der er tale om i hovedsagen.

V. Forslag til afgørelse

103. På baggrund af det foranstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Finanzgericht München (domstolen i skatte- og afgiftsretlige sager i München, Tyskland) forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 63 TEUF og 65 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, hvorefter der skal indeholdes kildeskat af udbytte udloddet af et hjemmehørende selskab til hjemmehørende og ikke-hjemmehørende pensionsfonde, og hvori der fastsættes en ordning med fuld modregning i selskabsskatten, som er forbeholdt hjemmehørende pensionsfonde, og som følgelig bevirker, at dette udbytte er delvis fritaget for enhver skattebyrde, mens kildeskatten for ikke-hjemmehørende pensionsfonde udgør en endelig skat, i det omfang den faktiske skattebyrde, som sådant udbytte er behæftet med, når den påhviler ikke-hjemmehørende pensionsfonde i denne stat, er tungere end den, der påhviler hjemmehørende pensionsfonde, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at undersøge i hovedsagen.

2) Artikel 64, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der grundlæggende ikke er blevet ændret siden den 31. december 1993, og hvorefter kapitalindkomstskatten modregnes fuldt ud i selskabsskatten, ikke henhører under levering af finansielle tjenesteydelser som omhandlet i denne bestemmelse.«