Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 1. marts 2018 [1]

Sag C-119/16

C Danmark I
mod
Skatteministeriet

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Østre Landsret (Danmark))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (rente-/royaltydirektivet) – begrebet »den retmæssige ejer« – handler i eget navn for fremmed regning – betydning af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst for fortolkningen af et EU-direktiv – misbrug af mulige skatteretlige arrangementer – kriterierne for misbrug i forbindelse med undgåelse af kildebeskatning – misbrug i form af udnyttelse af manglende udveksling af oplysninger mellem staterne – direkte anvendelse af en ikke-gennemført direktivbestemmelse – fortolkning af nationale principper for bekæmpelse af misbrug i overensstemmelse med EU-retten«

I. Indledning

1. I denne sag skal Domstolen – ligesom i tre andre parallelle sager [2] – tage stilling til, under hvilke omstændigheder den retmæssige ejer af renter i civilretlig henseende også skal anses for den retmæssige ejer i rente-/royaltydirektivets [3] forstand. I denne sammenhæng skal det afklares, om kommentarerne til OECD's modeloverenskomster skal inddrages ved fortolkningen af EU-retten, navnlig når disse er blevet omformuleret efter vedtagelsen af direktivet. Sagen rejser endvidere spørgsmål vedrørende definitionen og den direkte virkning af det EU-retlige forbud mod misbrug.

2. I det foreliggende tilfælde blev der efterfølgende indskudt to selskaber, der er hjemmehørende i Sverige, i en eksisterende virksomhedsstruktur. Dermed undgås bl.a. den danske kildeskat på rentebetalinger, idet rente-/royaltydirektivet i princippet fritager rentebetalinger for enhver skattebyrde i kildestaten, når modtageren er et associeret selskab i en anden medlemsstat. I henhold til svensk lov finder en kildebeskatning ikke sted, såfremt renterne betales til moderselskabet – der er hjemmehørende på Cayman Islands.

1 – Originalsprog: tysk.

2 – Der er nærmere bestemt tale om sag C-115/16, sag C-118/16 (begge forenet med sag C-119/16) og sag C-299/16.

3 – Rådets direktiv 2003/49/EF af 3.6.2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (EUT 2003, L 157, s. 49).

3. Det centrale spørgsmål i denne såvel som i de andre nævnte sager er, hvor langt en skattepligtig (her en multinational koncern) må gå i udformningen af selskabsstrukturer med henblik på at nedsætte sin skattebyrde, herunder med henblik på at minimere den endelige kildebeskatning af rentebetalinger inden for koncernen. Hvor nøjagtigt går grænsen mellem tilladt skattepraksis og skattepraksis, der ligeledes er lovlig, men udgør et misbrug?

4. Set i lyset af den politisk opbragte stemning mod visse globalt agerende koncerners skattepraksis er dette ingen let opgave for Domstolen, hvis ikke enhver skattereducerende adfærd fra borgeres side skal risikere at blive anset for misbrug. En bilist, der efter en forhøjelse af afgiften på motorkøretøjer sælger sin bil af omkostningsgrunde, undgår uden tvivl med vilje denne afgift. Dette kan dog ikke anses for misbrug, selv om den eneste bevæggrund var afgiftsbesparelsen.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

5. Den EU-retlige ramme for sagen udgøres af direktiv 2003/49 og artikel 43 EF, 48 EF og 56 EF (nu artikel 49 TEUF, 54 TEUF og 63 TEUF):

6. I første til sjette betragtning til direktiv 2003/49 anføres følgende:

»(1) På et indre marked, der har karakter af et hjemmemarked, bør transaktioner mellem selskaber fra forskellige medlemsstater ikke være undergivet ringere beskatningsvilkår end de vilkår, der gælder for de samme transaktioner mellem selskaber fra samme medlemsstat.

(2) Dette krav er i øjeblikket ikke opfyldt for så vidt angår betaling af renter og royalties; de nationale skattelovgivninger – eventuelt kombineret med bilaterale eller multilaterale overenskomster – kan måske ikke altid sikre afskaffelse af dobbeltbeskatning, og skattereglernes anvendelse medfører ofte tyngende administrative formaliteter og likviditetsproblemer for de pågældende selskaber.

(3) Det må sikres, at renter og royalties beskattes én gang i en medlemsstat.

(4) Den mest hensigtsmæssige måde at fjerne førnævnte formaliteter og problemer på og samtidig sikre, at nationale og tværnationale transaktioner behandles skattemæssigt ens, er at ophæve beskatningen af renter og royalties i den medlemsstat, hvor de opstår, uanset om beskatningen sker ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse; det er især nødvendigt at ophæve sådanne skatter i forbindelse med betalinger mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater samt mellem sådanne selskabers faste driftssteder.

(5) Ordningen bør kun gælde for eventuelle renter eller royalties, der ville være blevet aftalt mellem betaleren og den retmæssige ejer, såfremt der ikke havde bestået en særlig forbindelse.

(6) Medlemsstaterne må ikke afskæres fra at træffe passende foranstaltninger til bekæmpelse af svig og misbrug.«

7. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49 har følgende ordlyd:

»Betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er et selskab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat.«

8. Artikel 1, stk. 4, i direktiv 2003/49 bestemmer endvidere:

»Et selskab i en medlemsstat anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.«

9. Artikel 1, stk. 7, i direktiv 2003/49 har følgende ordlyd:

»Denne artikel finder kun anvendelse, hvis det selskab, der er betaleren, eller det selskab, hvis faste driftssted anses for at være betaleren af renter eller royalties, er et selskab, som er associeret med det selskab, der er den retmæssige ejer, eller hvis faste driftssted anses for at være den retmæssige ejer af disse renter eller royalties.«

10. Artikel 5 i direktiv 2003/49 indeholder følgende bestemmelse under overskriften »Svig og misbrug«:

»(1) Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.

(2) Medlemsstaterne kan tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde.«

B. International ret

11. Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 23. september 1996 (med senere ændringer) indeholder i artikel 11, stk. 1, følgende bestemmelse om fordelingen af beskatningsretten til renter:

»1. Renter, der hidrører fra en kontraherende stat, og som betales til en i en anden kontraherende stat hjemmehørende person, kan kun beskattes i denne anden stat, hvis denne person er den retmæssige ejer af renterne.«

12. Det følger heraf, at kildestaten, her Danmark, ikke kan beskatte renter, der betales til en person, der er hjemmehørende i Sverige, såfremt vedkommende er »den retmæssige ejer« af renterne. Begrebet »retmæssig ejer« er ikke defineret i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

C. Dansk ret

13. Ifølge den forelæggende rets oplysninger var følgende bestemmelser i dansk ret relevante på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

14. Loven om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (herefter »selskabsskatteloven« [4]) fastsætter i § 2, stk. 1, litra d, reglerne om udenlandske selskabers begrænsede skattepligt af renter godskrevet eller betalt af danske selskaber:

»§ 2. Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger m.v. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de […]

4 – Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (Selskabsskatteloven) (lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24.8.2007).

d) oppebærer renter fra kilder her i landet vedrørende gæld, som et [selskab efter dansk ret] eller […] [et udenlandsk selskabs faste driftssted] […] har til juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B (kontrolleret gæld). Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende. Dette gælder dog kun, hvis det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i dette direktiv i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge. […]«

15. Den begrænsede skattepligt i 2007 omfattede således ikke renter, der betales til et moderselskab, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49 eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

16. Foreligger der derimod efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, begrænset skattepligt af renteindkomst fra Danmark, påhviler der efter den danske kildeskattelovs [5] § 65 D en pligt for rentebetaleren til at indeholde kildeskat (»renteskat«).

17. Satsen var på 30% for indkomståret 2007. I tilfælde af forsinket betaling af indeholdt kildeskat (ved begrænset skattepligt) opkræves der renter af skattekravet (kildeskattelovens § 66 B). Pligten til at betale morarenter påhviler den indeholdelsespligtige.

18. Der fandtes ikke i perioden fra 2005 til 2007 en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug i Danmark. Derimod er der i domstolspraksis udviklet den såkaldte »realitetsgrundsætning«, hvorefter beskatning skal ske på grundlag af en konkret bedømmelse af, hvad der faktisk er sket. Det betyder bl.a., at tomme og kunstige skattebetingede dispositioner efter omstændighederne kan tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i forhold til den modstående realitet (»substance-over-form«). Der er mellem parterne enighed om, at realitetsgrundsætningen ikke giver grundlag for at tilsidesætte de i denne sag foretagne dispositioner.

19. Der er endvidere i dansk domstolspraksis udviklet det såkaldte princip om »rette indkomstmodtager«. Princippet om »rette indkomstmodtager« bygger på den grundlæggende bestemmelse om beskatning af indkomst i den danske statsskattelovs § 4 og indebærer, at skattemyndighederne ikke er forpligtede til at acceptere en kunstig adskillelse mellem den indkomstskabende virksomhed/aktivitet og placeringen af den deraf flydende indkomst. Princippet går således ud på at fastslå, hvem der – uanset den formelle fremtrædelsesform – er den reelle modtager af en given indkomst og derfor skattepligtig af denne. Det er altså spørgsmålet om, til hvem indkomsten skal allokeres i skatteretlig henseende. Den »rette indkomstmodtager« er således den person, der er skattepligtig af den pågældende indkomst.

III. Tvisten i hovedsagen

20. Sagsøgeren i hovedsagen (C Danmark I) har siden den 1. januar 2005 været øverste moderselskab i den danske del af den amerikanske C-koncern, hvis ultimative moderselskab er C USA.

21. Koncernens hovedaktivitet er fremstilling og distribution af produkter, der sælges i mere end 100 lande, og samlet set beskæftiger koncernen mere end 10 000 mennesker på verdensplan. Produktionen i Danmark påbegyndtes for adskillige årtier siden, og virksomheden beskæftiger nu over 500 medarbejdere i Danmark. Den danske del af koncernen har datterselskaber i en række EU og EØS-lande samt Schweiz, hvoraf de fleste er salgsselskaber.

5 – Bekendtgørelse af lov om opkrævning af indkomstskat samt kommunal og amtskommunal ejendomsværdiskat for personer m.v. (kildeskat) (lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14.11.2005).

22. Indtil slutningen af 2004 var C Danmark II øverste danske moderselskab. Dette selskab var direkte ejet af C Cayman Islands. I slutningen af 2004 gennemførtes en omstrukturering i koncernen, hvorved der blev indskudt to svenske selskaber (C Sverige I og C Sverige II) og C Danmark I mellem C Cayman Islands' ejerandel i C Danmark II.

23. Nu ejer C Cayman Islands 100% af et svensk holdingselskab (C Sverige I), der besidder 100% af et andet svensk holdingselskab (C Sverige II), der ejer 100% af kapitalandelene i C Danmark I, der ejer 100% af kapitalandelene i C Danmark II og dermed er blevet det ultimative moderselskab for den danske del af koncernen.

24. I forbindelse med omstruktureringen blev der etableret to lån a henholdsvis 75 mio. EUR og 825 mio. EUR mellem C Cayman Islands og C Sverige I samt to lån a henholdsvis 75 mio. EUR og 825 mio. EUR mellem C Sverige II og C Danmark I. Låneaftalerne mellem C Cayman Islands og C Sverige I var indgået på fuldstændig identiske vilkår som dem mellem C Sverige II og C Danmark I.

25. Da der i medfør af de dagældende svenske skatteregler ikke kom nogen skattepligtig nettoindkomst til beskatning i Sverige på grundlag af transaktionerne, og der heller ikke blev indeholdt kildeskat af de renter, der blev betalt, blev de C Danmark I påhvilende rentebetalinger således ubeskåret »sendt videre« til C Cayman Islands via de svenske selskaber.

26. De svenske skattemyndigheder gav de danske skattemyndigheder oplysninger om C Sverige II og C Sverige I, hvoraf det fremgik, at de to selskaber ikke havde nogen ansatte. De havde samme adresse som et kontor tilhørende et andet svensk selskab (S Sverige III), hvor der ikke var særskilt kontorindretning til C Sverige II eller C Sverige I. Post til C Sverige II og C Sverige I blev åbnet af C Sverige III's tre ansatte. C Sverige II og C Sverige I havde ikke særskilte telefonnumre. Lejen blev betalt af C Sverige III. Der skete ingen intern fakturering af løn eller lignende administrationsomkostninger mellem selskaberne, og C Sverige II og C Sverige I havde ingen lejekontrakt og ingen omkostninger til fysisk ophold.

27. C Sverige II og C Sverige I havde ingen anden aktivitet end at eje andele i det underliggende selskab og havde i årene fra 2004 til 2006 hverken omsætning eller ansatte. Både i C Sverige II og C Sverige I består virksomheden af relativt få store bogføringstransaktioner, fortrinsvis postering af renter. Direktøren for C Sverige III var også direktør i C Sverige II og C Sverige I og havde adgang til selskabernes bankkonti, ligesom han sørgede for, at der blev udarbejdet årsrapport og selvangivelse for selskaberne.

28. C Danmark I har oplyst, at der er udbetalt udbytte på 140 mio. EUR fra C Cayman Islands til moderselskabet, C USA, der er hjemmehørende i USA, hvilket skattemyndigheden imidlertid bestrider.

29. Ifølge dobbeltbeskatningsoverenskomsten indgået mellem Danmark og USA opkræves der ikke kildeskat af renter i Danmark, hvis den retmæssige ejer er hjemmehørende i USA, hvilket det ultimative moderselskab C USA ubestridt er.

30. SKAT traf den 30. oktober 2009 afgørelse om ikke at anse C Sverige II eller C Sverige I for at være »retmæssig ejer« af renterne fra C Danmark I efter rente-/royaltydirektivet og den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

31. Ved kendelse af 25. maj 2011 stadfæstede Landsskatteretten SKAT's afgørelse, idet Landsskatteretten fandt, at de svenske selskaber er rene gennemstrømningsenheder. C Danmark I har kæret denne kendelse. Østre Landsret (Danmark) har nu besluttet at forelægge præjudicielle spørgsmål.

IV. Retsforhandlingerne ved Domstolen

32. Østre Landsret (Danmark) har forelagt følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49/EF, jf. samme direktivs artikel 1, stk. 4, fortolkes således, at et i en medlemsstat hjemmehørende selskab, der er omfattet af direktivets artikel 3, og som under omstændigheder som de i sagen foreliggende modtager renter fra et datterselskab i en anden medlemsstat, er »retsmæssig ejer« af disse renter i direktivets forstand?

1.1) Skal begrebet »den retmæssige ejer« i artikel l, stk. l, i direktiv 2003/49/EF, jf. samme direktivs artikel l, stk. 4, fortolkes i overensstemmelse med det tilsvarende begreb i artikel 11 i modeloverenskomsten af 1977?

1.2) Hvis spørgsmål 1.1 besvares bekræftende, skal begrebet da fortolkes alene under inddragelse af kommentarerne til artikel 11 i modeloverenskomsten af 1977 (punkt 8), eller kan senere kommentarer inddrages ved fortolkningen, herunder de tilføjelser, der er foretaget i 2003 om »gennemstrømningsenheder« (punkt 8.1, nu punkt 10.1), og de tilføjelser, der er foretaget i 2014 om »kontraktuelle og juridiske forpligtelser« (punkt 10.2)?

1.3) Hvis 2003-kommentarerne kan inddrages ved fortolkningen, er det da en betingelse for at anse et selskab for ikke at være »retmæssig ejer« i direktiv 2003/49/EF's forstand, at der er sket faktisk gennemstrømning af midler til de personer, der af den stat, hvor rentebetaleren er hjemmehørende, anses som »de retmæssige ejere« af de pågældende renter, og – i givet fald – er det da yderligere en betingelse, at den faktiske gennemstrømning sker i en tidsmæssig nær tilknytning til rentebetalingen, og/eller at den sker som rentebetalinger?

1.3.1) Hvilken betydning har det i denne forbindelse, om der er anvendt egenkapitalmidler til udlånet, om de pågældende renter tilskrives hovedstolen (»oprulles«), om rentemodtageren efterfølgende har ydet et koncernbidrag til sit i samme stat hjemmehørende moderselskab med henblik på at opnå en skattemæssig resultatudjævning efter de i den pågældende stat gældende regler herom, om de pågældende renter efterfølgende er konverteret til egenkapital i det låntagende selskab, om rentemodtageren har haft en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at viderebetale renterne til en anden person, og om den væsentligste del af de personer, der af den stat, hvor rentebetaleren er hjemmehørende, anses som de »retmæssige ejere« af renterne, er hjemmehørende i andre medlemsstater eller øvrige stater, med hvilke Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, så der ikke efter den danske skattelovgivning ville være grundlag for at opkræve kildeskat, såfremt de nævnte personer havde været långivere og dermed havde modtaget renterne direkte?

1.4) Hvilken betydning har det for vurderingen af, om rentemodtageren må anses for en »retmæssig ejer« i direktivets forstand, at den forelæggende ret efter en bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder måtte finde, at modtageren – uden at være bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne renter til en anden person – »substantielt« ikke havde rettighederne til at »bruge og nyde« renterne som anført i kommentarerne fra 2014 til modeloverenskomsten af 1977?

2) Forudsætter en medlemsstats påberåbelse af direktivets artikel 5, stk. l, om anvendelsen af nationale bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug, eller direktivets artikel 5, stk. 2, at den pågældende medlemsstat har vedtaget en specifik national bestemmelse til gennemførelse af direktivets artikel 5, eller at der i national ret findes almindelige bestemmelser eller grundsætninger om svig, misbrug og skatteunddragelse, der kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 5?

2.1) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende, kan selskabsskattelovens § 2, stk. 2, litra d, der foreskriver, at den begrænsede skattepligt af renteindtægter ikke omfatter »renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater«, da anses for en sådan specifik national bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 5?

3) Er en bestemmelse i en mellem to medlemsstater indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, der er udfærdiget i overensstemmelse med OECD's modeloverenskomst, hvorefter beskatningen af renter afhænger af, om rentemodtageren anses for den retmæssige ejer af renterne, en sådan overenskomstmæssig anti-misbrugsbestemmelse, som er omfattet af direktivets artikel 5?

4) Er en medlemsstat, der ikke vil anerkende, at et selskab i en anden medlemsstat er retmæssig ejer af renter, og som gør gældende, at selskabet i den anden medlemsstat er et såkaldt kunstigt gennemstrømningsselskab, forpligtet i medfør af direktiv 2003/49/EF eller artikel 10 EF til at oplyse, hvem medlemsstaten i så fald anser for at være retmæssige ejer?

5) Såfremt et i en medlemsstat hjemmehørende selskab (moderselskabet) konkret ikke anses for at være fritaget for kildeskat i medfør af direktiv 2003/49/EF vedrørende renter modtaget fra et i en anden medlemsstat hjemmehørende selskab (datterselskabet), og moderselskabet af den sidstnævnte medlemsstat anses som begrænset skattepligtigt i denne medlemsstat af de omhandlede renter, er artikel 43 EF, jf. artikel 48, da til hinder for en lovgivning, hvorefter den sidstnævnte medlemsstat pålægger den indeholdelsespligtige (datterselskabet) at betale morarenter i tilfælde af forsinket betaling af kildeskattekravet med en højere rentesats end den morarentesats, som den pågældende medlemsstat tillægger et krav på selskabsskat (der bl.a. omfatter renteindtægter), som er rejst over for et selskab, der er hjemmehørende i samme medlemsstat?

6) Såfremt et i en medlemsstat hjemmehørende selskab (moderselskabet) konkret ikke anses for at være fritaget for kildeskat i medfør af direktiv 2003/49/EF vedrørende renter modtaget fra et i en anden medlemsstat hjemmehørende selskab (datterselskabet), og moderselskabet af den sidstnævnte medlemsstat anses som det skattesubjekt, der er begrænset skattepligtigt i denne medlemsstat af de omhandlede renter, er artikel 43 EF, jf. artikel 48 (alternativt artikel 56 EF), da isoleret eller samlet set til hinder for en lovgivning,

   a) hvorefter den sidstnævnte medlemsstat pålægger rentebetaleren en pligt til at indeholde kildeskat af renterne og et ansvar over for det offentlige for ikke-indeholdt kildeskat, når en sådan indeholdelsespligt ikke gælder, hvor rentemodtageren er hjemmehørende i sidstnævnte medlemsstat?

   b) hvorefter et moderselskab i sidstnævnte medlemsstat ikke ville være blevet undergivet krav om aconto-betalinger af selskabsskat i de første to indkomstår, men først skulle betale selskabsskat på et betydeligt senere tidspunkt end forfaldstidspunktet for kildeskatter?

Ved besvarelsen af spørgsmål 7 anmodes EU-Domstolen om at inddrage besvarelsen af spørgsmål 6.«

33. Ved kendelse af 13. juli 2016 blev sagerne C-115/16, C-118/16 og C-119/16 forenet. I de forenede sager for Domstolen har N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Sverige, Den Italienske Republik, Kongeriget Nederlandene og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg vedrørende de præjudicielle spørgsmål. I retsmødet den 10. oktober 2017 – der også omfattede sag C-116/16, sag C-117/16 og sag C-299/16 – deltog N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Storhertugdømmet Luxembourg og Europa-Kommissionen.

V. Retlig bedømmelse

A. Definition af »retmæssig ejer« (spørgsmål 1-1.4)

34. Med de præjudicielle spørgsmål 1-1.4, der behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvordan begrebet »retmæssig ejer« i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, jf. samme direktivs artikel 1, stk. 4, skal fortolkes. Med henblik herpå skal begrebet »retmæssig ejer« som omhandlet i direktiv 2003/49 analyseres (1), og derefter skal det undersøges, hvilken indflydelse OECD's modeloverenskomst og kommentarerne hertil (herefter »OECD's kommentarer«) har på fortolkningen af dette begreb (2).

1. Begrebet »retmæssig ejer« som omhandlet i direktiv 2003/49 (spørgsmål 1 og 1.4)

35. Direktiv 2003/49 har til formål at sikre, at nationale og tværnationale transaktioner mellem associerede selskaber behandles skattemæssigt ens.

a) Princip: fordringshaver med hensyn til renter som retmæssig ejer

36. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, sammenholdt med direktivets anden til fjerde betragtning, har til formål at undgå juridisk dobbeltbeskatning af grænseoverskridende rentebetalinger, idet beskatning af renterne i kildestaten til skade for den retmæssige ejer af renterne forbydes. Denne bestemmelse vedrører således udelukkende den skatteretlige stilling for den, der er fordringshaver med hensyn til renterne [6].

37. Fordringshaver med hensyn til renter er den, som i henhold til de civilretlige bestemmelser har ret til renterne i eget navn. I så henseende fremgår det af Domstolens praksis, at den retmæssige ejer som omhandlet i direktiv 2003/49 som udgangspunkt er den, der civilretligt har ret til at kræve betaling af renter [7].

38. Artikel 1, stk. 4, i direktiv 2003/49 bekræfter dette. Denne bestemmelse udelukker, at en agent, mandatar eller bemyndiget signatar anses for den retmæssige ejer. For så vidt angår de i bestemmelsen nævnte personer gøres kravet enten ikke gældende i eget navn (hvilket gælder for en agent eller bemyndiget signatar) eller ganske vist i eget navn, men ikke for egen regning (hvilket gælder for en mandatar). Modsætningsvis kan det heraf udledes, at i de tilfælde, hvor rentemodtageren modtager renterne i eget navn og for egen regning (dvs. til eget brug), er denne også den retmæssige ejer.

39. Den forelæggende ret har oplyst, at der både mellem C Sverige II og C Danmark I og mellem C Sverige II og C Cayman Islands var indgået gyldige låneaftaler med samme ordlyd. De renter, som C Danmark I betaler til C Sverige II, modtages derfor af C Danmark I i selskabets eget navn. Dermed er det afgørende spørgsmål, om Sverige C II modtager disse renter for egen regning eller for fremmed regning. En person, der kan træffe afgørelse om anvendelsen af renterne alene og også bærer risikoen for tab alene, handler for egen regning. En person, der er knyttet til en tredjepart på en sådan måde, at denne tredjepart reelt bærer risikoen for tab (i den foreliggende sag renterne), handler derimod for fremmed regning.

6 – Dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 28).

7 – Dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 27): »Artikel 2, litra a), i direktiv 2003/49 definerer i denne henseende nævnte renter som »indkomst af gældsfordringer af enhver art«. Det er imidlertid kun den retmæssige ejer, som kan modtage renter, der udgør indkomst af sådanne gældsfordringer.«

b) Undtagelse: mandatar

40. Som det fremgår af artikel 1, stk. 4, i direktiv 2003/49, vil den retmæssige ejer i civilretlig forstand ikke være den retmæssige ejer i direktivets forstand, såfremt den pågældende kun handler som mandatar.

41. Der foreligger ikke et åbent mandat fra C Sverige II til C Cayman Islands eller det ultimative moderselskab (C USA). En mandatar får ganske vist formuerettigheder overdraget, men må kun gøre brug af disse i overensstemmelse med en mandataftale. Denne aftale indebærer, at mandatarens retlige magt udadtil er større end dennes retlige binding som betroet person indadtil i forholdet til mandanten. Det er først, såfremt der foreligger denne særlige binding, at mandataren ganske vist stadig handler i eget navn, men ikke længere for egen regning. En sådan binding ses imidlertid ikke at foreligge i dette tilfælde.

42. Hvorvidt der i det foreliggende tilfælde på grundlag af de involverede selskabers tilblivelseshistorie og tætte tilknytning ud fra en økonomisk betragtning eventuelt foreligger en form for skjult mandat fra C Sverige II til C Cayman Islands (eller måske også til C USA), kan kun fastslås af den forelæggende ret som led i en samlet bedømmelse. Domstolen kan dog til gengæld bidrage med formålstjenlige oplysninger.

43. En kontraktligt aftalt refinansiering hos en tredjepart på lignende vilkår og i en vis tidsmæssig sammenhæng som i det foreliggende tilfælde er ikke i sig selv tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der foreligger en binding i form af et mandat. Både i artikel 1, stk. 7, i direktiv 2003/49 og i fjerde betragtning til dette direktiv tages der udgangspunkt i en vis selskabsretlig integration, der i sig selv – dvs. isoleret betragtet – ikke kan have indflydelse på vurderingen af den retmæssige ejer. Dette understreges yderligere af femte betragtning til og artikel 4, stk. 2, i direktiv 2003/49, hvorefter der også i tilfælde af »en særlig forbindelse« mellem betaleren og den retmæssige ejer kun skal foretages en beløbsmæssig korrektion, mens der ikke sættes spørgsmålstegn ved egenskaben som betaler og retmæssig ejer. I så henseende er et mandat som omhandlet i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2003/49 mere vidtgående end en låneaftale mellem selskaber, der er associerede i henhold til selskabsretten.

44. Der skulle i givet fald foreligge en mere vidtgående binding i det indbyrdes forhold (dvs. i C Sverige II's forhold til C Sverige I eller til C Cayman Islands), der begrænser C Sverige II's beføjelser udadtil. I det foreliggende tilfælde er der så vidt ses ikke tegn på en sådan juridisk binding. En sådan binding foreligger i al fald ikke alene, fordi der til lånet anvendes egenkapital, eller fordi renterne tilskrives hovedstolen eller konverteres til egenkapital hos modtageren.

45. Det ville dog efter min opfattelse forholde sig anderledes, hvis f.eks. det svenske selskabs sædvanlige udgifter ikke måtte dækkes af renteindtægterne, men renterne udelukkende og i fuldt omfang skulle viderebetales. Det kunne eventuelt også forholde sig anderledes, hvis rentesatsen for refinansieringen og den modtagne rentesats er identiske, eller – som i det foreliggende tilfælde – hvis det indskudte selskab ikke selv har omkostninger, der skal betales af dets renteindtægter. Det ville ligeledes forholde sig anderledes, såfremt risikoen for, at selskabet med hjemsted i Danmark (C Danmark I) bliver insolvent, alene skal bæres af C Cayman Islands, idet det andet svenske selskabs (C Sverige I) identiske gæld til C Cayman Islands i så fald også bortfalder. Det er dog alene den forelæggende ret, der kan fastslå, om der findes holdepunkter herfor. Den identiske ordlyd af de to låneaftaler, der er nævnt i punkt 38, kan anses for et indicium for et skjult mandat. I denne sammenhæng skal det dog også tages i betragtning, at der ikke sker en »gennemstrømning« af renterne i egentlig forstand. Det er kun på grund af den svenske ordning for koncernbeskatning, at C Sverige I's renteudgifter modregnes i C Sverige II's renteindtægter. Dette er imidlertid som udgangspunkt ikke forbundet med en ændring af den civilretlige gæld. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om der derfor af en skatteretlig koncernbeskatningsordning rent faktisk kan udledes en antagelse om, at der foreligger en binding i form af et mandat.

46. Såfremt den forelæggende ret på grundlag af de samlede omstændigheder i det konkrete tilfælde lægger til grund, at der er tale om en sådan binding i form af et mandat, vil mandanten i henhold til ordlyden i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2003/49 være den retmæssige ejer som omhandlet i direktiv 2003/49.

c) Konklusion vedrørende spørgsmål 1 og 1.4

47. De præjudicielle spørgsmål 1 og 1.4 skal derfor besvares således, at et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som er indehaver af den gældsfordring, der skal forrentes, skal anses for retmæssig ejer som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49. Det forholder sig anderledes, såfremt den pågældende ikke handler i eget navn og for egen regning, men på grundlag af en (eventuelt skjult) binding i form af et mandat handler for en tredjepart for fremmed regning. I så fald skal tredjeparten anses for den retmæssige ejer. Dette skal vurderes af den forelæggende ret inden for rammerne af en samlet bedømmelse af alle omstændigheder.

2. Fortolkning på grundlag af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst? (spørgsmål 1.1-1.3)

48. Den forelæggende ret ønsker med spørgsmål 1.1-1.3 navnlig oplyst, om kommentarerne til OECD's modeloverenskomst også skal inddrages ved fortolkningen af begreberne i direktiv 2003/49, og, i bekræftende fald, om kommentarer til en modeloverenskomst, der er udarbejdet efter direktivets vedtagelse, også skal inddrages.

49. I de senere kommentarer til OECD's modeloverenskomst (f.eks. fra 2008, punkt 8 og 9) anses såkaldte gennemstrømningsselskaber normalt ikke for retmæssige ejere, hvis de – selv om de formelt er retmæssige ejere – i praksis har meget snævre beføjelser, som bevirker, at de med hensyn til de pågældende indtægter kun fungerer som mandatar eller forvalter, der handler for de interesserede parters regning.

50. OECD's modeloverenskomst er ikke bindende, multilaterale internationale konventioner, men derimod en international organisations ensidige akt i form af anbefalinger til dens medlemsstater. Også efter OECD's egen opfattelse er disse anbefalinger ikke bindende. Tværtimod skal medlemsstaterne ifølge OECD's procesreglement gennemgå dem med henblik på, om de finder det hensigtsmæssigt at følge dem [8]. Dette gælder så meget desto mere for de kommentarer, som OECD har udarbejdet hertil, og som i sidste ende blot indeholder retsopfattelser.

51. Ifølge fast retspraksis kan medlemsstaterne dog med hensyn til den fordeling af beskatningskompetencen, som påhviler dem, med fordel støtte sig på international praksis, således som den afspejles i modeloverenskomsterne [9]. Dette gælder også for muligheden for at støtte sig på den internationale retsopfattelse, der kan være afspejlet i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst.

8 – Rule 18, litra b), i OECD's procesreglement: »Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation«. Findes på https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf

9 – Dom af 15.5.2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, præmis 22), af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 49), af 7.9.2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, præmis 45), af 12.5.1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, præmis 31), og af 23.2.2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, præmis 48; jf. herom dog også dom af 16.5.2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 67).

52. Kommentarerne til OECD's modeloverenskomster kan dog ikke påvirke fortolkningen af et EU-direktiv direkte, selv om de anvendte begreber skulle være identiske. I så henseende gengiver disse kommentarer kun opfattelsen hos dem, der har udarbejdet OECD's modeloverenskomster, men ikke parlamentariske lovgiveres, eller endog EU-lovgivers, synspunkt. Højst for det tilfælde, at det fremgår af direktivets ordlyd og tilblivelseshistorie, at EU-lovgiver har støttet sig på ordlyden af en af OECD's modeloverenskomster og de (daværende) kommentarer til denne modeloverenskomst, kan en fortolkning i overensstemmelse hermed komme i betragtning.

53. Derfor har Domstolen også allerede fastslået, at en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, fortolket i lyset af OECD's kommentarer til den relevante modeloverenskomst, ikke kan indskrænke EU-retten [10]. Dette gælder navnlig for ændringer af OECD's modeloverenskomst og kommentarer, der fremkommer efter direktivets vedtagelse. I modsat fald ville de kontraherende stater i OECD kunne bestemme over fortolkningen af et EU-direktiv.

54. Eftersom OECD's kommentarer ikke har direkte bindende virkning, og da direktiv 2003/49 i artikel 1, stk. 4, sondrer på grundlag af, om kreditor modtager betalingerne til eget brug og ikke som mandatar, er det imidlertid denne sondring, der er det afgørende (EU-retlige) spørgsmål med hensyn til, om der kan antages at være tale om en retmæssig ejer som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49. Hvis der ikke er tale om et (eventuelt skjult) mandat, er indehaveren af det civilretlige krav også den retmæssige ejer i henhold til direktiv 2003/49. Når alt kommer til alt, er denne tilgang i overensstemmelse med de nyere kommentarer til OECD's modeloverenskomst.

55. Derfor kan de præjudicielle spørgsmål 1.1 og 1.2 besvares med, at begrebet »den retmæssige ejer« skal fortolkes selvstændigt i EU-retten og uafhængigt af artikel 11 i OECD's modeloverenskomst af 1977 og af senere affattelser. Dermed er det ufornødent at besvare spørgsmål 1.3.

B. Kriterier for en antagelse om misbrug (spørgsmål 4)

56. Den forelæggende ret ønsker med spørgsmål 4 nærmere bestemt oplyst, om et arrangement som det foreliggende, der bl.a. undgår en kildebeskatning i Danmark, kan antages at udgøre et misbrug som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2003/49, og om medlemsstaten er forpligtet til at oplyse, hvem medlemsstaten i så fald anser for at være retmæssige ejer.

57. Om der foreligger misbrug, afhænger herved af en samlet bedømmelse af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, som påhviler de kompetente nationale myndigheder og som skal være undergivet en retslig prøvelsesadgang [11]. Det tilkommer den forelæggende ret at foretage denne samlede bedømmelse [12]. Med henblik på vurderingen af, om transaktionerne finder sted som led i almindelige kommercielle transaktioner eller alene har til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i EU-retten [13], kan Domstolen dog give den forelæggende ret nyttig vejledning [14].

58. Med henblik herpå vil jeg først se nærmere på misbrugsbegrebet i EU-retten (punkt 1) og derefter undersøge kriterierne for, at der foreligger et misbrug i den konkrete sag (punkt 2).

10 – Dom af 19.1.2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, præmis 50 og 56).

11 – Dom af 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, præmis 41), og mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 60).

12 – Ligeledes dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 59), og af 20.6.2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, præmis 49).

13 – Dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 35), af 6.4.2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, præmis 20), af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 68 og 69), og af 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis); jf. også mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 57).

14 – Dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 34), af 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, præmis 56), og af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 77).

1. Misbrugsbegrebet i EU-retten

59. I henhold til artikel 5 i direktiv 2003/49 må medlemsstaterne ikke afskæres fra at træffe passende foranstaltninger til bekæmpelse af svig og misbrug (jf. også sjette betragtning).

60. Den fortolkning af begrebet »retmæssig ejer«, der er foreslået ovenfor (punkt 36 ff.), er ikke i modstrid med dette mål. Endvidere virkeliggøres netop sidstnævnte mål ikke primært via begrebet »retmæssig ejer« (navnlig udgør inddragelsen af en mandatar ikke nødvendigvis et misbrug), men gennem artikel 5 i direktiv 2003/49.

61. Denne bestemmelse udtrykker grundlæggende, hvad der også er anerkendt i fast retspraksis: EU-retten kan ikke lovligt påberåbes, hvis øjemedet er svig eller misbrug. Således kan anvendelsesområdet for en EU-retlig ordning ikke udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, dvs. transaktioner, som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i EU-retten [15].

62. Imidlertid indeholder direktiv 2003/49 ikke selv nogen definition af misbrug. Relevante holdepunkter følger dog af andre EU-direktiver. Som eksempel på, at der foreligger et sådant formål, nævnes i artikel 11, stk. 1, litra a), andet punktum, i fusionsdirektivet [16], at der ikke foreligger forsvarlige økonomiske betragtninger som grundlag for den pågældende transaktion. Endvidere definerer artikel 6 i direktivet om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse [17] (herefter »direktiv 2016/1164«) – der ikke finder anvendelse på de for hovedsagen relevante år – begrebet misbrug. Ifølge denne bestemmelse er det afgørende, om der foreligger arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret, og som ikke er reelle. I henhold til stk. 2 betragtes arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

63. Ikke mindst har Domstolen flere gange fastslået, at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område [18]. Som Domstolen i mellemtiden også flere gange har fastslået, er det med henblik herpå tilstrækkeligt, at opnåelse af en afgiftsfordel ikke er det eneste formål [19], men hovedformålet med det omhandlede arrangement [20].

15 – Dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 27), af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 38), af 6.4.2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, præmis 20), af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 35), af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 68 og 69), og af 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 24 med yderligere henvisninger), jf. herom også mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 57).

16 – Rådets direktiv 90/434/EØF af 23.7.1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (EFT 1990, L 225, s. 1).

17 – Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12.7.2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion (EUT 2016, L 193, s. 1).

18 – Dom af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 60), af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 35), af 18.6.2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, præmis 64), og af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 74); i lighed hermed dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 55).

19 – Således også dom af 20.6.2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, præmis 46), af 12.7.2012, J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, præmis 35), af 27.10.2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, præmis 51), og af 22.5.2008, Ampliscientifica og Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, præmis 28).

20 – For så vidt angår den indirekte skatteret: dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 53), af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 36), og af 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, præmis 45); inden for det såkaldte fusionsdirektivs anvendelsesområde tilsvarende: dom af 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, præmis 35 og 36).

64. Denne praksis fra Domstolen indeholder to elementer, der udgør gensidige forudsætninger. Dels udelukkes det på forhånd, at rent kunstige arrangementer, der reelt kun finder sted på papiret, anerkendes. Derudover er det af afgørende betydning, at der er tale om omgåelse af skattelovgivningen, der også kan opnås ved brug af arrangementer, der afspejler den økonomiske virkelighed. Sidstnævnte kategori er antageligt den hyppigst forekommende og er nu udtrykkeligt medtaget i den nye artikel 6 i direktiv 2016/1164. Domstolen har også selv i en nyere afgørelse blot anset den rent kunstige karakter for ét forhold, der kan godtgøre, at opnåelse af en afgiftsfordel udgør selve hovedformålet [21].

2. Kriterierne i den foreliggende sag

a) Spørgsmålet om et rent kunstigt arrangement

65. I den foreliggende sag kan det absolut antages, at der er tale om et rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet. De forhold, som den forelæggende ret har oplyst om, peger i denne retning. Således havde de to indskudte svenske selskaber (C Sverige II og C Sverige I) ingen ansatte, ingen særskilte kontorlokaler og ingen særskilte telefonnumre. Selskabernes post blev åbnet af de ansatte i et tredje selskab. Som følge heraf havde disse selskaber hverken personaleomkostninger eller lokaleomkostninger. Derudover har selskaberne heller ingen egen indkomst vedrørende formueforvaltningen. Dette virker alt sammen meget kunstigt. Under disse omstændigheder var en fysisk person for længst ophørt med at drive erhvervsmæssig virksomhed.

66. Selv om Domstolen for nylig har fastslået, at den kendsgerning, at et selskabs virksomhed kun består i forvaltningen af aktiver, og at indtægterne alene hidrører fra denne forvaltning, ikke medfører, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet [22], er der i den foreliggende sag dog tvivl om, hvorvidt de to selskabers aktiviteter alligevel kun finder sted på papiret. I det foreliggende tilfælde findes der jo ved en samlet betragtning end ikke indtægter fra formueforvaltningen.

67. I betragtning af, at navnlig formueforvaltende selskaber som sådan ikke har (og ikke kan have) mange aktiviteter, bør der imidlertid kun stilles ringe krav til dette kriterium. Hvis et gyldig stiftet selskab imidlertid end ikke råder over de nødvendige fysiske og personalemæssige ressourcer på stedet med henblik på selv at opfylde sit formål (her forvaltningen af en lånekontrakt) ved egen hjælp og heller ikke skal generere indkomst, der ville sætte det i stand hertil, kan der så absolut være tale om et rent fiktivt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet.

68. To juridiske personer, der er så passive, at enhver tænkelig deltagelse i retsforhold højst sker via tredjemænd, der ikke har nogen egne aktiviteter og som følge heraf heller ikke har nogen form for egne indtægter og egne omkostninger, kan efter min opfattelse så absolut betegnes som rent kunstige arrangementer.

b) Subsidiært: Ikke-skatteretlige grunde, der skal tages i betragtning

69. Derudover kan der – uanset denne vurdering af de faktiske omstændigheder og selv om der ikke er tale om et rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet – foreligge et skatteretligt arrangement, der udgør et misbrug, som ordlyden af den nye artikel 6 i direktiv 2016/1164 også viser. I så henseende kan andre kriterier, navnlig de ikke-skatteretlige grunde, der skal tages i betragtning, også være af afgørende betydning i det foreliggende tilfælde.

21 – Således udtrykkeligt dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 60).

22 – Dom af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 73).

70. I henhold til Domstolens praksis udgør den omstændighed, at et selskabs vedtægtsmæssige eller faktiske hjemsted stiftes i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning med det formål at benytte en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv misbrug [23]. Den omstændighed, at der i den i sagen foreliggende virksomhedstransaktion med udenlandske långivere også er inddraget selskaber fra Sverige, kan derfor ikke i sig selv føre til en antagelse om misbrug.

71. Når den skattepligtige person kan vælge mellem to muligheder, er vedkommende endvidere ikke forpligtet til at vælge den, der medfører betaling af den højeste skat; den pågældende har tværtimod ret til at vælge en sådan struktur for virksomhedsdriften, at dennes skattetilsvar reduceres [24]. Domstolen har endvidere anført, at de skattepligtige i almindelighed frit kan vælge de organisationsstrukturer og transaktionsformer, som de finder mest passende for deres økonomiske aktivitet, og med det formål at begrænse deres skattebyrde [25]. Alene den omstændighed, at der i det foreliggende tilfælde blev valgt en transaktionsstruktur, der ikke medfører den højeste skattebyrde (i den foreliggende sag en yderligere og endelig kildebeskatning), kan dermed heller ikke betegnes som misbrug.

72. Endvidere indebærer den omstændighed – bortset fra de tilfælde, hvor der er tale om rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet – at en unionsborger, hvad enten det er en fysisk eller juridisk person, har haft til hensigt at drage fordel af en fordelagtig skattelovgivning, der er gældende i en anden medlemsstat end den, hvori personen er hjemmehørende, endvidere ikke i sig selv, at personen fratages muligheden for at påberåbe sig traktatens bestemmelser [26]. Dermed kan en transaktionsstruktur – som den i sagen omhandlede – med inddragelse af en medlemsstat, der undlader kildebeskatning (som Sverige i det foreliggende tilfælde), ikke i sig selv anses for et misbrug.

73. I så henseende omfatter etableringsfriheden også valget af den medlemsstat, der giver den pågældende virksomhed de ud fra dennes synspunkt bedste skatteretlige rammer. Når dette princip gælder inden for momsretten, der i langt højere grad er harmoniseret [27], må det gælde så meget desto mere inden for det indkomstskatteretlige område, der ikke er harmoniseret i lige så høj grad, og hvor forskelle i de enkelte medlemsstaters beskatningsordninger [28] er tilsigtede ud fra et EU-retligt synspunkt eller bevidst accepteres fra politisk hold.

74. Derudover har Domstolen i lyset af de grundlæggende friheder, der også er relevante i den foreliggende sag, præciseret, at den omstændighed i sig selv, at et hjemmehørende selskab ydes et lån af et koncernforbundet selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om misbrug, og tjene som en begrundelse for en foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, som er sikret ved traktaten [29]. Følgelig er de forskellige låneforhold mellem moder-, datter- og datterdatterselskaber i det foreliggende tilfælde ikke i sig selv udtryk for misbrug.

23 – Jf. dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 40), af 30.9.2003, Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 96), og af 9.3.1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 27).

24 – Dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 42), af 22.12.2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, præmis 27), af 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, præmis 47), og af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 73).

25 – Dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 42), og af 22.12.2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, præmis 53).

26 – Dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 36), jf. i denne retning dom af 11.12.2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, præmis 71).

27 – Dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 42), og af 22.12.2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, præmis 53).

28 – Dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 36); om de EU-retligt tilladte forskelle i afgiftssatser endog inden for den harmoniserede afgiftsret ligeledes dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 39 og 40).

29 – Dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 73), og af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 50); jf. i denne retning dom af 4.3.2004, Kommissionen mod Frankrig (C-334/02, EU:C:2004:129, præmis 27), og af 26.9.2000, Kommissionen mod Belgien (C-478/98, EU:C:2000:497, præmis 45).

75. Endvidere har Domstolen præciseret, at skattefritagelsen af udbytte i henhold til EU-retten ikke afhænger af aktionærernes oprindelse eller af, hvor de er hjemmehørende, eftersom dette ikke spiller nogen rolle i moder-datterselskabsdirektivet [30]. I direktiv 2003/49 findes heller ingen sondring i så henseende. Den omstændighed, at ejeren af C Sverige II er et svensk selskab (C Sverige I) med et moderselskab på Cayman Islands (tredjeland), er derfor isoleret betragtet heller ikke udtryk for misbrug.

c) Omgåelse af lovgivningens formål

76. I den foreliggende sag vejer det dog tungere, at de egentlige investorer – i dette tilfælde C Cayman Islands – overvejende har deres hjemsted i visse tredjelande (som regel på visse mindre øer som i det foreliggende tilfælde på Cayman Islands, eller på Bermuda [31] eller Jersey [32]). Dette peger muligvis i sin helhed i retning af en usædvanlig fremgangsmåde, hvis økonomiske begrundelse ikke er umiddelbart indlysende.

77. I denne henseende kan hele arrangementet måske mindre på grund af »indskydelsen« af svenske selskaber og mere på grund af långivernes »etablering« i visse tredjelande anses for et arrangement, der udgør et misbrug. Her er formålet med arrangementet henholdsvis formålet med den omgåede skattelovgivning (i den foreliggende sag beskatningen i Danmark) særlig vigtigt.

1) Omgåelse af påligning af dansk indkomstskat?

78. I denne forbindelse skal det indledningsvis fastslås, at Danmark ikke blev frataget beskatningen af overskuddet i den operative koncern (C Danmark II). Dette overskud blev beskattet helt normalt i den stat, hvor selskabet var hjemmehørende (dvs. i Danmark).

79. Overskuddet i det i Danmark hjemmehørende ultimative moderselskab (C Danmark I) blev ligeledes fuldt beskattet i Danmark. Den omstændighed, at dette overskud blev formindsket som følge af rentebetalingerne til långiveren fra Sverige, er i overensstemmelse med en beskatning af den finansielle ydeevne og det forhold, at Danmark anerkender disse renter som driftsudgifter med det fulde beløb.

80. Der blev svaret skat af disse renter i Sverige som driftsindtægter for det svenske selskab. At C Sverige I's rentebetalinger til selskabets långiver (C Cayman Islands) på den anden side indgik som driftsudgifter i Sverige inden for rammerne af en beskatningsordning for koncerner, er også i Sverige i overensstemmelse med princippet om en beskatning af den finansielle ydeevne. Sverige beskattede i så henseende forskellen mellem de renter, der blev betalt fra Danmark, og de renter, der blev betalt til C Cayman Islands i tredjelandene. Eftersom de to rentebeløb var lige store, resterer der ikke et resultat, som skal beskattes.

81. De to svenske selskaber er alligevel ubegrænset skattepligtige i Sverige, hvor de skal svare selskabsskat af deres indkomst. Dermed er betingelserne i artikel 3, litra a), nr. iii), i direktiv 2003/49 opfyldt. Endvidere må det fastslås, at det ikke fremgår af nogen bestemmelse i direktiv 2003/49, at en faktisk beskatning af den retmæssige ejer (i den foreliggende sag det svenske selskab C Sverige II) med et bestemt beløb er en betingelse for fritagelsen. Hvis den retmæssige ejer i den stat, hvor denne er hjemmehørende, har driftsudgifter af en vis størrelse (eller fremførte underskud fra tidligere år), fører dette ganske vist ikke til en konkret beskatning, men den pågældende skattepligtige er alligevel

30 – Dom af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 66).

31 – Således i sag C-117/16.

32 – Således i sag C-299/16.

undergivet selskabsskatten. Det gælder også inden for rammerne af en koncernbeskatning. Dermed er selskabet omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2003/49, og dets renteindtægter beskattes herefter »i en medlemsstat«. Dette gælder også, hvor selskabsskattebyrden i den stat, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende, er lav, og kildebeskatning ikke finder sted.

82. En sådan eventuel reel lav beskatning eller ikke-beskatning er en konsekvens af den enkelte stats skattemæssige autonomi. Når en indbyrdes skattekonkurrence medlemsstaterne imellem inden for Unionen er tilladt i henhold til EU-retten på grund af den manglende harmonisering af indkomstskatterne, kan det ikke lægges en skattepligtig til last, at denne også i realiteten (dvs. ikke kun på papiret, jf. herom punkt 65 ff. ovenfor) rent faktisk gør brug af de fordele, der er forbundet med etablering i konkrete medlemsstater.

2) Forebyggelse af udnyttelse af grænseoverskridende informationsunderskud

83. Ved en nærmere betragtning er det »kun« kildebeskatningen af rentebetalingerne i Danmark, der undgås ved at indskyde de svenske selskaber. Som Domstolen dog allerede har fastslået, er det imidlertid egentlig modtageren af indtægterne (i dette tilfælde renterne), der beskattes ved en kildebeskatning [33]. Dette sker ved, at betaleren på udbetalingstidspunktet allerede ved kilden indeholder en del af indkomsten.

84. En kildebeskatning i den stat, hvor rentedebitor er hjemmehørende, udgør dermed ikke en selvstændig skatteform, men kun en særlig beskatningsteknik, der navnlig skal sikre en (mindste-)beskatning af rentemodtageren. Navnlig i tilfælde, der involverer udenlandske forhold, er det ikke altid sikret, at modtageren svarer behørig skat af sin indkomst. Som regel får den stat, hvor rentemodtageren er hjemmehørende, nemlig sjældent noget at vide om dennes indtægter fra udlandet, medmindre der – som det nu er tilfældet inden for Unionen – findes fungerende systemer til udveksling af oplysninger mellem skattemyndighederne.

85. To forudsætninger skal derfor være opfyldt, for at der er tale om en omgåelse af formålet med denne lovgivning (sikring af beskatningen af rentemodtageren), der udgør et misbrug. For det første skal Danmark som udgangspunkt have et skattekrav i forbindelse med en direkte udbetaling (herom nedenfor, punkt 90 ff.). For det andet skal der foreligge en risiko for, at disse indtægter ikke beskattes, fordi de ikke er undergivet beskatning i den egentlige modtagerstat.

86. Såfremt grunden til den valgte transaktionsstruktur er at betale renter til investorer via et tredjeland, for at de stater, hvor investorerne er hjemmehørende, ikke får oplysninger om deres indtægter, bør hele dette arrangement efter min opfattelse anses for et misbrug af rettigheder.

87. En sådan mistanke om misbrug kan på den anden side afkræftes, hvis fordringshaveren med hensyn til renterne, der er hjemmehørende i tredjelandet, svarer behørig skat af renterne eller stiller de relevante skatteoplysninger til rådighed for de stater, hvor fordringshaverens investorer er hjemmehørende, i forbindelse med en udlodning af udbytter til disse. En sådan virksomhedsstruktur ville i givet fald ikke underminere formålet om at hindre undgåelse af kildebeskatning (jf. ovenfor, punkt 84). Dette aspekt skal retten også inddrage i sin samlede betragtning.

33 – Dom af 24.6.2010, P. Ferrero og General Beverage Europe (C-338/08 og C-339/08, EU:C:2010:364, præmis 26 og 34), og af 26.6.2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, præmis 52).

d) Foreløbig konklusion

88. For så vidt angår undgåelse af kildebeskatning af rentebetalinger til långivere, der er hjemmehørende i tredjelande, kan der navnlig være tale om en undgåelse af beskatning af rentebeløbene hos de egentlige rentemodtagere (dvs. långiverne eller disse selskabsdeltagere). I den foreliggende sag kan der navnlig antages at foreligge et misbrug, såfremt den valgte virksomhedsstruktur tager sigte på at udnytte visse informationsunderskud mellem de involverede stater for at forhindre en effektiv beskatning af disse.

3. Oplysning om den egentlige retmæssige ejer

89. Endvidere ønsker den forelæggende ret oplyst, om en medlemsstat, der ikke vil anerkende, at modtageren af renterne også er den retmæssige ejer som omhandlet i direktiv 2003/49, med den begrundelse, at modtageren blot er et såkaldt kunstigt gennemstrømningsselskab, er forpligtet til at oplyse, hvem medlemsstaten anser for den egentlige retmæssige ejer. Dermed rejser den forelæggende ret nærmere bestemt spørgsmålet om, hvem der bærer bevisbyrden for, at der er tale om misbrug.

90. Misbrug af mulige lovlige arrangementer forudsætter, at der er valgt et legalt arrangement, som afviger fra det, der normalt vælges, og som fører til et mere fordelagtigt resultat end det »normale« arrangement. I det foreliggende tilfælde ville et direkte låneforhold mellem C Cayman Islands og sagsøgeren i hovedsagen (C Danmark I) være det »normale arrangement«.

91. Det er som udgangspunkt skattemyndigheden, der skal godtgøre, at den valgte fremgangsmåde er mere fordelagtig end det normale arrangement, idet den skattepligtige kan være forpligtet til at samarbejde i et vist omfang. Den skattepligtige kan imidlertid »i givet fald […] fremlægge beviser vedrørende de forretningsmæssige grunde, der ligger til grund for den pågældende transaktion« [34]. Hvis det deraf fremgår, at hovedformålet [35] ikke er at undgå skatter, der normalt ville skulle betales, kan den valgte fremgangsmåde ikke anses for misbrug i og med, at staten selv giver den skattepligtige mulighed for at gøre brug af dette arrangement.

92. Det følger endvidere af Domstolens praksis [36], at en antagelse om, at der foreligger misbrug, indebærer, at det fastslås, hvorledes situationen ville have set ud uden de omstændigheder, der udgjorde misbruget, og at denne omdefinerede situation derefter vurderes i forhold til de relevante bestemmelser i national ret og i EU-retten. Med henblik herpå skal det imidlertid stå klart, hvem der er den egentlige retmæssige ejer.

93. Dermed kan der ud fra et dansk synspunkt kun være tale om et misbrug som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2003/49, såfremt der ved en direkte udbetaling af renterne ville indtræde en tilsvarende beskatning i Danmark. Dette er imidlertid udelukket i henhold til dansk ret, hvis den egentlige rentemodtager, når man ser bort fra det mellemliggende selskab, også er en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat eller rentemodtageren er hjemmehørende i en stat, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Selv hvis C Cayman Islands blot er et såkaldt gennemstrømningsselskab, skal der i så henseende tages udgangspunkt i C USA. En betaling til dette selskab ville ikke være omfattet af en dansk kildebeskatning, og et misbrug er derfor udelukket.

34 – Dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 92).

35 – Dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 53), af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 36), og af 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, præmis 45).

36 – Dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 47), af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 52), og af 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, præmis 58).

94. Spørgsmål 4 kan derfor besvares således, at en medlemsstat, der ikke vil anerkende, at et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som renterne er betalt til, er den retmæssige ejer af renterne, med henblik på en antagelse om et misbrug som udgangspunkt skal oplyse, hvem der efter medlemsstatens opfattelse er den egentlige retmæssige ejer. Dette er nødvendigt for at kunne fastslå, hvorvidt der i det hele taget opnås et skatteretligt mere fordelagtigt resultat som følge af det arrangement, der kvalificeres som misbrug. Navnlig i tilfælde, der involverer udenlandske forhold, kan den skattepligtige dog være omfattet af en skærpet forpligtelse til at samarbejde.

C. Påberåbelse af artikel 5 i direktiv 2003/49 (spørgsmål 2-3)

95. Med spørgsmål 2, 2.1 og 3 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om (1) Danmark kan påberåbe sig artikel 5 i direktiv 2003/49 direkte med henblik på at nægte den skattepligtige skattefritagelsen. Såfremt dette ikke er tilfældet, skal det afklares, om (2) Danmark med den eksisterende nationale lovgivning alligevel har gennemført artikel 5 i direktiv 2003/49 i tilstrækkeligt omfang.

1. Ingen direkte anvendelse af et direktiv med henblik på at skabe forpligtelser for borgerne

96. Såfremt der på grundlag af de ovennævnte kriterier foreligger et misbrug som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2003/49, er det foreliggende tilfælde særegent derved, at dansk ret ikke indeholdt nogen specifik bestemmelse til gennemførelse af artikel 5 i direktiv 2003/49. Der fandtes – ifølge den forelæggende ret – heller ingen generel lovbestemmelse om hindring af misbrug. Navnlig sagsøgeren i hovedsagen er derfor af den opfattelse, at denne ikke kan nægtes den skattefritagelse, der følger af den nationale ret, selv hvis der antages at foreligge et misbrug.

97. Imidlertid er en ordret gentagelse af direktivets bestemmelser (her artikel 5 i direktiv 2003/49) i en udtrykkelig, specifik lovbestemmelse i national ret ikke altid nødvendig. Derimod kan det, afhængigt af direktivets indhold, være tilstrækkeligt til gennemførelse heraf, at der er fastlagt en generel retlig ramme, herunder almindelige forfatnings- eller forvaltningsretlige grundsætninger, hvis det derved på en tilstrækkeligt præcis og klar måde er sikret, at direktivet anvendes fuldt ud [37].

98. Under den præjudicielle sag har den forelæggende ret nævnt, at der findes to grundsætninger (den såkaldte realitetsgrundsætning og princippet om »rette indkomstmodtager«). Parterne er imidlertid enige om, at disse grundsætninger ikke er relevante i det foreliggende tilfælde, når renterne i realiteten formelt først blev betalt til de svenske selskaber.

99. Artikel 5 i direktiv 2003/49 giver dog medlemsstaterne lov til at bekæmpe misbrug på området. Dette er også i overensstemmelse med praksis i hele Unionen. Stort set alle medlemsstater har således udviklet visse instrumenter til bekæmpelse af retsmisbrug med henblik på skatteundgåelse [38]. Dermed hersker der også i de nationale beskatningsordninger enighed om, at anvendelsen af lovgivningen ikke kan gå så vidt, at erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner skal tolereres. Dette princip, der er anerkendt i hele Unionen [39], kommer nu også til udtryk i artikel 6 i direktiv 2016/1164.

37 – Jf. i denne retning fast retspraksis, bl.a. dom af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 44), af 6.4.2006, Kommissionen mod Østrig (C-428/04, EU:C:2006:238, præmis 99), og af 16.6.2005, Kommissionen mod Italien (C-456/03, EU:C:2005:388, præmis 51), samt mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 62).

38 – Medlemsstaterne har dels generelle bestemmelser til bekæmpelse af misbrug, f.eks. Forbundsrepublikken Tyskland med § 42 i Abgabenordnung (lov om afgifter), Luxembourg med § 6 i Steueranpassungsgesetz (lov om ændring af lov om skatter og afgifter), Belgien med artikel 344 § 1er i code des impôts sur les revenus (indkomstskatteloven), Sverige med artikel 2 i lov (1995:575) og Finland med artikel 28 i loven om proceduren for skatteopkrævning; dels findes der specielle ordninger (som i Danmark vedrørende afregningspriser i henhold til Ligningslovens § 2) eller generelle retsprincipper (i Forbundsrepublikken Tyskland eksempelvis princippet om den økonomiske betragtning, der bl.a. kan udledes af § 39 ff. i Abgabenordnung (lov om afgifter).

39 – Jf. bl.a. dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 27), af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 68), af 3.3.2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, præmis 32), af 14.12.2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 51), og af 23.3.2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, præmis 33).

100. I så henseende skal alle nationale regler, uanset om de er udstedt til gennemførelse af direktiv 2003/49 eller ikke, fortolkes og anvendes i overensstemmelse med dette generelle retsprincip og særligt ordlyden af og formålet med direktiv 2003/49 og dets artikel 5[40]. Det taler ikke imod en fortolkning af national ret i overensstemmelse med EU-retten, at den muligvis kan være til skade for den enkelte borger. En anvendelse gennem bestemmelser i national ret, dvs. en indirekte anvendelse af EU-retten, som er til skade for borgerne, er nemlig tilladt[41].

101. Kun en direkte anvendelse af artikel 5 i direktiv 2003/49 til skade for sagsøgeren ville – af hensyn til retssikkerheden[42] – være udelukket for de danske myndigheder. Således kan en medlemsstat ikke over for en borger påberåbe sig en direktivbestemmelse, som den ikke selv har gennemført[43]. Ifølge fast retspraksis kan et direktiv nemlig ikke i sig selv skabe forpligtelser for private og kan derfor ikke som sådant påberåbes over for sådanne[44]. Medlemsstaten ville i så fald selv udvise en adfærd, »der er udtryk for misbrug«. På den ene side ville medlemsstaten (selv om den havde mulighed for det) undlade at gennemføre et direktiv, der henvender sig til denne, og på den anden side påberåbe sig en mulighed for bekæmpelse af misbrug, der er indeholdt i det direktiv, der ikke er blevet gennemført.

102. Lige så lidt kan de kompetente myndigheder i hovedsagen over for borgerne direkte påberåbe sig det almindelige EU-retlige princip om, at retsmisbrug er forbudt. I al fald i de tilfælde, som er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2003/49, har et sådant princip fundet specifikt udtryk og er blevet konkretiseret i direktivets artikel 5, stk. 2[45]. Hvis man derudover tillod en direkte anvendelse af en almindelig retsgrundsætning, hvis indhold er langt mindre klart og præcist, ville der være fare for, at harmoniseringsformålet med direktiv 2003/49 – og ligeledes alle andre direktiver, der indeholder konkrete bestemmelser om bekæmpelse af misbrug (f.eks. artikel 6 i direktiv 2016/1164) – ville blive undermineret. Desuden ville det tidligere omtalte forbud mod en direkte anvendelse af ikke-gennemførte direktivbestemmelser til skade for borgerne herved også blive undermineret[46].

2. Ingen anvendelse af retspraksis vedrørende momsretten

103. Domstolens afgørelser[47] i sagen Schoenimport »Italmoda« Mariano Previti og i sagen Cussens m.fl. er ikke til hinder for en sådan tilgang. I disse afgørelser fastslog Domstolen, at princippet om forbud mod misbrug skal fortolkes således, at det – uanset om der findes en national foranstaltning, der giver dette princip virkning i den nationale retsorden – kan anvendes direkte med henblik på at nægte momsfritagelse, uden at retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning er til hinder herfor.

40 – Om nationale retters forpligtelse til at fortolke national ret direktivkonformt, jf. fast retspraksis, navnlig dom af 4.7.2006, Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443, præmis 108 ff.), af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 113 ff.), og af 10.4.1984, von Colson og Kamann (14/83, EU:C:1984:153, præmis 26).

41 – Dom af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 45), af 7.1.2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, præmis 57), af 14.7.1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 20, 25 og 26), og af 13.11.1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, præmis 6 og 8), samt mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 65).

42 – Således udtrykkeligt dom af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 42).

43 – Dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 49), af 21.9.2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, præmis 41), af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 42), og af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 21); jf. herom også mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 66).

44 – Dom af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 42), og mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 65); jf. f.eks. også dom af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 108 med yderligere henvisninger).

45 – Jf. mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 67) og dom af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 38 ff.). Tilsvarende også mit forslag til afgørelse Satakunnan Markkinapörssi og Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, punkt 103).

46 – Uklar i denne henseende er dom af 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 74-77); jf. herom allerede mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 67), præcis også dom af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 42).

47 – Dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881), og af 18.12.2014, Schoenimport »Italmoda« Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 og C-164/13, EU:C:2014:2455).

104. Begge disse afgørelser vedrørte imidlertid udelukkende momslovgivningen. Den adskiller sig fra det område, som nærværende sag omhandler. Momslovgivningen er for det første i langt større omfang harmoniseret gennem EU-retten og berører i langt videre udstrækning EU-retlige interesser som følge af den dermed forbundne finansiering af Unionen, end det er tilfældet med medlemsstaternes indkomstskattelovgivning.

105. For det andet forpligter EU-retten i henhold til artikel 325, stk. 1 og 2, TEUF medlemsstaterne til en (effektiv) opkrævning af moms [48], mens dette ikke er tilfældet på det indkomstskatteretlige område. Dertil kommer yderligere den omstændighed, at momsretten i særlig grad er sårbar over for svig, hvorfor der antagelig er behov for en særlig effektiv håndhævelse af afgiftskravene. I så henseende sondrer Domstolen selv i sin nyeste afgørelse mellem momsretten og den afledte EU-ret, der indeholder en udtrykkelig tilladelse til at bekæmpe misbrug [49]. Derfor kan en direkte anvendelse af artikel 5 i direktiv 2003/49 til skade for den skattepligtige ikke komme i betragtning [50].

3. Eksistensen af en national bestemmelse, der specifikt er rettet mod misbrug

106. Den forelæggende ret vil imidlertid skulle undersøge, om almindelige bestemmelser eller grundsætninger i national ret (herunder også principper udviklet i retspraksis), hvorefter der i skattemæssig henseende ikke skal tages hensyn til skinretshandler, eller hvorefter der gælder et forbud mod misbrug af visse skattefordele, ved en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten alligevel kan finde anvendelse på det foreliggende tilfælde.

107. For at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion ifølge Domstolens praksis være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område [51].

108. Af denne grund kan spørgsmål 2.1 og 3 besvares med, at hverken § 2, stk. 2, litra d, i den danske selskabsskattelov eller en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der for så vidt angår beskatningen af renter tager udgangspunkt i den retmæssige ejer, er tilstrækkelige til at kunne betragtes som gennemførelse af artikel 5 i direktiv 2003/49.

109. Dette kan dog skulle vurderes anderledes i Danmark i forbindelse med anvendelsen i overensstemmelse med EU-retten af den såkaldte realitetsgrundsætning og princippet om »rette indkomstmodtager«. Disse principper er netop udviklet med henblik på at håndtere den problemstilling, at civilretten giver mulighed for mange arrangementer, mens skatteretten beskatter økonomiske forhold. Derfor er disse retsprincipper netop specifikt rettet mod kunstige arrangementer eller borgernes retsmisbrug og udgør derfor principielt også et tilstrækkeligt specifikt retsgrundlag for en begrænsning af etableringsfriheden. Den omstændighed, der flere gange blev nævnt af sagsøgeren i hovedsagen i retsmødet, hvorefter Danmark ikke udtrykkeligt har gennemført artikel 5 i direktiv 2003/49, ville følgelig være uden betydning. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at foretage en nærmere vurdering af dette spørgsmål.

48 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 36 ff.), og af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 26).

49 – Således udtrykkeligt dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 28, 31 og 38).

50 – Således allerede Domstolen i dom af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 42).

51 – Dom af 18.6.2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, præmis 64), af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 55), og af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 74).

110. Den »realitetsgrundsætning«, der er udviklet i Danmark, fortolket på en måde, der er i overensstemmelse med EU-retten, kan derfor være tilstrækkelig som grundlag for at se bort fra rent fiktive arrangementer eller arrangementer, der udgør et misbrug – såfremt der er tale om sådanne (nærmere herom ovenfor under punkt 57 ff.) – ved beskatningen. »Realitetsgrundsætningen« forekommer mig endvidere ikke at være andet end en særlig form for den økonomiske betragtning, der formodentlig ligger til grund for de fleste af de enkelte medlemsstaters retsforskrifter til bekæmpelse af misbrug [52]. Dette understreges også på EU-retligt plan, f.eks. i artikel 6, stk. 2, i direktiv 2016/1164, hvorefter arrangementer ikke betragtes som reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at vurdere dette.

111. Hvis formålet med arrangementet er at forhindre en beskatning af fordringshaveren med hensyn til renterne (C Cayman Islands) eller dennes ejer (C USA), sker den reelle betaling ud fra en økonomisk betragtning til moderselskabet (C Cayman Islands) i et tredjeland på trods af den formelle betaling til det svenske selskab. Betalingen til det svenske selskab afspejler i så fald ikke den økonomiske, men kun den civilretlige (formelle) virkelighed. Dette gælder så meget mere, når der kan antages at foreligge et rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet (jf. herom punkt 65 ff. ovenfor).

D. Tilsidesættelse af grundlæggende frihedsrettigheder (spørgsmål 5 og 6)

112. Når det svenske selskab C Sverige II – som anført ovenfor under punkt 34 ff. – skal anses for retmæssig ejer, er det ikke nødvendigt at behandle den forelæggende rets spørgsmål 5 og 6.

113. Såfremt den forelæggende ret ved en fortolkning af de principper, der findes i den nationale ret, i overensstemmelse med EU-retten konkluderer, at der foreligger et arrangement, der udgør et misbrug, kan en kildebeskatning ganske vist eventuelt komme på tale. I så fald er spørgsmålet imidlertid alligevel ikke længere relevant i den foreliggende sag, eftersom denne beskatning er en følge af misbruget, og EU-retten ifølge Domstolens faste praksis ikke kan gøres gældende af borgerne med henblik på at muliggøre misbrug [53].

114. Såfremt C Cayman Islands imidlertid skal anses for den retmæssige ejer, uden at der skal antages at foreligge et arrangement, der udgør et misbrug, vil dette spørgsmål være relevant. I så henseende har Domstolen imidlertid også tidligere fastslået, at forskelsbehandlingen af inden- og udenlandske rentemodtagere som følge af forskellige beskatningsteknikker ikke vedrører sammenlignelige situationer [54]. Selv hvis dette skulle blive vurderet som sammenlignelige situationer, ville en begrænsning af den grundlæggende frihedsrettighed ifølge Domstolens praksis være begrundet, så længe den danske kildebeskatning af en rentemodtager, der er hjemmehørende i udlandet (her C Sverige II), ikke er højere end den danske selskabsbeskatning af en indenlandsk rentemodtager [55].

52 – I medlemsstaterne tages meget hyppigt udgangspunkt i det faktiske indhold af en retsakt eller en transaktion, således f.eks. i Finland, Ungarn, Irland, Italien, Litauen, Nederlandene, Portugal og Slovenien.

53 – Jf. blandt en række domme dom af 22.11.2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 27), af 21.2.2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 68), og af 14.12.2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

54 – Dom af 22.12.2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, præmis 41), bekræftet ved dom af 18.10.2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, præmis 26).

55 – Jf. dom af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 90), og af 18.10.2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, præmis 42 ff.).

115. Det samme gælder for en forskel i forrentningen eller påligningen af den skyldige danske selskabsskat hos rentemodtageren og en dansk forpligtelse til indeholdelse af kildeskat hos rentebetaleren. Disse situationer er ikke sammenlignelige, eftersom der i det ene tilfælde er tale om *egen* skyldig skat (selskabsskat), og der i det andet tilfælde på vegne af rentemodtageren indeholdes og indbetales en egentlig *fremmed* skat (dennes indkomst- eller selskabsskat). Forskelle i påligning og forretning følger af forskelle af teknisk karakter og med hensyn til en kildebeskatnings funktion (herom ovenfor, punkt 84).

VI. Forslag til afgørelse

116. Jeg foreslår således, at de præjudicielle spørgsmål fra Østre Landsret (Danmark) besvares som følger:

»1) Spørgsmål 1-1.4 skal besvares således, at et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som er indehaver af den gældsfordring, der skal forrentes, principielt skal anses for retmæssig ejer som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater. Det forholder sig anderledes, såfremt den pågældende ikke handler for egen regning, men for en tredjepart for fremmed regning.

Begrebet »retmæssig ejer« skal fortolkes selvstændigt i EU-retten og uafhængigt af kommentarerne til artikel 11 i OECD's modeloverenskomst af 1977 eller af senere affattelser.

2) Spørgsmål 2 skal besvares således, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig artikel 5 i direktiv 2003/49, hvis den pågældende stat ikke har gennemført denne bestemmelse.

3) Spørgsmål 3 skal besvares med, at hverken § 2, stk. 2, litra d, i den danske selskabsskattelov eller en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der svarer til artikel 11 i OECD's modeloverenskomst, kan betragtes som tilstrækkelig gennemførelse af artikel 5 i direktiv 2003/49. Dette er dog ikke til hinder for, at generelle principper og grundsætninger i national ret, der har som formål at gøre det muligt specifikt at gribe ind over for borgeres kunstige arrangementer eller retsmisbrug, kan fortolkes og anvendes i overensstemmelse med EU-retten.

4) Spørgsmål 4 skal besvares således, at en antagelse om misbrug afhænger af en samlet bedømmelse af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, som det tilkommer den nationale ret at foretage.

   a) Der kan foreligge et misbrug inden for skatteretten i tilfælde af rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet eller som hovedformål har at omgå en skat, der efter formålet med lovgivningen havde skullet betales. I denne forbindelse skal skattemyndigheden godtgøre, at der ville have foreligget et tilsvarende skattekrav, hvis arrangementet havde været reelt, mens den skattepligtige skal godtgøre, at der foreligger væsentlige ikke-skatteretlige grunde til det valgte arrangement.

   b) For så vidt angår undgåelse af kildebeskatning af rentebetalinger til kapitalfonde, der er hjemmehørende i tredjelande, kan der navnlig være tale om en undgåelse af beskatning af rentebeløbene hos de egentlige rentemodtagere (dvs. långiverne). I den foreliggende sag kan der navnlig antages at foreligge misbrug, såfremt den valgte virksomhedsstruktur har til formål at udnytte visse informationsunderskud mellem de berørte stater for at forhindre en effektiv beskatning af de egentlige rentemodtagere.

c) Endvidere skal en medlemsstat, der ikke vil anerkende, at et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, er den retmæssige ejer af renterne, med henblik på en antagelse om misbrug oplyse, hvem der er den egentlige retmæssige ejer. I tilfælde, der involverer udenlandske forhold, kan den skattepligtige dog være omfattet af en skærpet forpligtelse til at samarbejde.

5) Henset til ovenstående besvarelser af spørgsmål 1 og 4 er det ufornødent at besvare spørgsmål 5 og 6.«