Samling af Afgørelser

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

Sag C-116/16

Skatteministeriet
mod

T Danmark

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (moder-/datterselskabsdirektivet) – nødvendigheden af en retmæssig ejer i forbindelse med udbetaling af udbytte – misbrug af mulige skatteretlige arrangementer – kriterierne for misbrug i forbindelse med undgåelse af kildebeskatning – betydning af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst for fortolkningen af et EU-direktiv – 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 og i sag C-117/16 skal Domstolen – i lighed med fire parallelle sager [2] om rente-/royaltydirektivet – tage stilling til, under hvilke omstændigheder et datterselskab, som har udloddet udbytte til sit moderselskab, kan nægtes den fritagelse for kildebeskatning, som følger af direktiv 90/435/EØF [3] (herefter »moder-/datterselskabsdirektivet«).

2. Sagens baggrund er en (planlagt) udlodning af udbytte til et luxembourgsk moderselskab. Dette moderselskabs moderselskab er ligeledes hjemmehørende i Luxembourg, mens kapitalandelene i sidstnævnte selskab ejes af flere kapitalfonde. Det er imidlertid uklart, hvor disse kapitalfonde er hjemmehørende. Skatteministeriet ønsker ikke at indrømme fritagelse for kildeskat, så længe det ikke står klart, hvad der i sidste ende vil ske med udbyttet.

3. I denne forbindelse ønsker den forelæggende ret navnlig oplyst, hvordan det EU-retlige forbud mod misbrug skal defineres, om forbuddet er direkte anvendeligt, samt hvordan det skal fastlægges, hvem der er udbyttets retmæssige ejer. I modsætning til rente-/royaltydirektivet henviser moder-/datterselskabsdirektivet imidlertid ikke til en »retmæssig ejer«.

4. Danmark anvender dog begrebet i den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst (herefter »dobbeltbeskatningsoverenskomsten«). Den forelæggende ret har derfor forelagt et spørgsmål om, hvem der skal fortolke dette begreb i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, og om der herved skal tages hensyn til senere kommentarer til OECD's modeloverenskomst.

1 – Originalsprog: tysk.

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

3 – Rådets direktiv af 23.7.1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (EFT 1990, L 225, s. 6), som i mellemtiden er blevet ophævet ved og erstattet af Rådets direktiv 2011/96/EU af 30.11.2011 (EUT 2011, L 345, s. 8).

5. Det egentlige afgørende spørgsmål er imidlertid, om det er afgørende for fritagelse for kildeskat inden for rammerne af moder-/datterselskabsdirektivet, hvilken anvendelse der i sidste ende foretages af udbyttet i en selskabsstruktur i flere niveauer, navnlig når disse koncernstrukturer også har til formål at minimere den endelige kildeskattebyrde af udbytteudlodninger inden for koncernen. Derved opstår igen spørgsmålet om, hvor og på hvilken måde grænsen skal trækkes mellem tilladte skattebetingede dispositioner og skattebetingede dispositioner, der ligeledes er tilladte, men som eventuelt udgør misbrug.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

6. Den EU-retlige ramme for sagen udgøres af moder-/datterselskabsdirektivet og artikel 49 TEUF, 54 TEUF og 63 TEUF.

7. Moder-/datterselskabsdirektivet skal i henhold til direktivets artikel 1, stk. 1, anvendes af hver medlemsstat på bl.a. overskud, som selskaber i denne medlemsstat modtager som udbytte fra deres datterselskaber i andre medlemsstater.

8. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1 bestemmer:

»1. Hver medlemsstat anvender dette direktiv:

– på overskud, som selskaber i denne medlemsstat modtager som udbytte fra deres datterselskaber i andre medlemsstater

– på overskud, som selskaber i denne medlemsstat udlodder til selskaber i andre medlemsstater, som de er datterselskaber af […]

2. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.«

9. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 4 bestemmer:

»1. Hvis et moderselskab eller dets faste driftssted som følge af moderselskabets forbindelse med sit datterselskab modtager overskud, der udloddes ved en anden lejlighed end i forbindelse med datterselskabets likvidation, skal moderselskabets stat og det faste driftssteds stat

– enten undlade at beskatte dette overskud eller

– beskatte dette overskud, men give moderselskabet og det faste driftssted tilladelse til fra det skyldige skattebeløb at trække den del af den af datterselskabet og ethvert datterselskab på lavere niveau betalte selskabsskat, der vedrører dette overskud, op til det tilsvarende skyldige skattebeløb, på den betingelse, at hvert selskab og dets datterselskab på lavere niveau opfylder kravene i artikel 2 og 3 på ethvert niveau.

2. Enhver medlemsstat bevarer imidlertid muligheden for at fastsætte, at udgifter i forbindelse med kapitalandelen og kapitaltab, der er et resultat af udlodningen af datterselskabets udbytte, ikke kan fradrages i moderselskabets skattepligtige overskud. Hvis forvaltningsudgifterne i forbindelse med kapitalandelen i dette tilfælde fastsættes til et fast beløb, kan dette faste beløb ikke overstige 5% af det udbytte, som datterselskabet udlodder. […]«

10. Moder-/datterselskabsdirektivet fastsætter følgende i artikel 5, stk. 1:

»1. Det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat.«

B. International ret

11. Den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst (herefter »dobbeltbeskatningsoverenskomsten«) af 17. november 1980 indeholder i artikel 10, stk. 1 og 2, følgende bestemmelse om fordelingen af beskatningsretten til udbytte:

»1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne anden stat.

2. Sådant udbytte kan imidlertid også beskattes i den kontraherende stat, hvori det selskab, der betaler udbyttet, er hjemmehørende, og i henhold til lovgivningen i denne stat, men den skat, der pålægges, må, såfremt modtageren er udbyttets retsmæssige ejer, ikke overstige:

a) 5% af bruttobeløbet af udbyttet, hvis den retsmæssige ejer er et selskab (bortset fra et interessentskab og et kommanditselskab), der direkte ejer mindst 25% af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet

b) 15% af bruttobeløbet af udbyttet i alle andre tilfælde.«

12. Det følger heraf, at kildestaten, her Danmark, kun kan beskatte udbytter, der betales til et moderselskab, der er hjemmehørende i Luxembourg, med en lav sats, såfremt moderselskabet er den »retmæssige ejer« af udbyttet. Begrebet »retmæssig ejer« er ikke defineret i overenskomsten.

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. Bestemmelsen om beskatning af hjemmehørende moderselskabers udbytter findes i selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, der for indkomståret 2011 fremgik af lovbekendtgørelse nr. 1376 af 7. december 2010 med senere ændringer:

»§ 13. Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke: […]

2) Udbytte, som de i § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i, 3 a-5 b, nævnte selskaber og foreninger mv. modtager af aktier eller andele i selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i og 3 a-5 b, eller selskaber hjemmehørende i udlandet. Dette gælder dog kun udbytter af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § § 4 A og 4 B. […]«

15. Reglerne om udenlandske selskabers begrænsede skattepligt af udbytter fremgår af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

16. Den begrænsede skattepligt i 2011 omfattede således ikke udbytte udloddet til et moderselskab, hvis beskatningen af udbyttet skal frafaldes eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

17. Foreligger der efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, begrænset skattepligt af udbytteindkomst fra Danmark, påhviler der efter den danske kildeskattelov[4] en pligt for det danske udbytteudloddende selskab til at indeholde kildeskat med 28%. I tilfælde af forsinket betaling af indeholdt kildeskat (ved begrænset skattepligt) opkræves der renter af skattekravet. Pligten til at betale morarenter påhviler den indeholdelsespligtige.

18. Der fandtes ikke i 2011 en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug. 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 skattemæssig henseende. Den »rette indkomstmodtager« er således den person, der er skattepligtig af den pågældende indkomst.

III. Tvisten i hovedsagen

20. Sagsøgeren i hovedsagen (T Danmark) er et dansk selskab, der som T Danmark-koncern er leverandør af visse tjenesteydelser i Danmark, og som for mere end 50%'s vedkommende ejes af N Luxembourg 2. De øvrige andele ejes af tusindevis af aktionærer.

21. N Luxembourg 2 er et i Luxembourg registreret selskab, der blev stiftet af N Luxembourg, som er hjemmehørende i Luxembourg. N Luxembourg (som ifølge N Luxembourg 2's oplysninger ejes af en række kapitalfonde) ejer over 99% af kapitalen i N Luxembourg 2. Den resterende del af kapitalen (mindre end 1%) ejes af N Luxembourg 3, som også er hjemmehørende i Luxembourg.

22. Ifølge et »Certificate of Residence« udstedt af skattemyndighederne i Luxembourg i foråret 2011 er N Luxembourg 2 et selskab, som er omfattet af anvendelsesområdet for moder-/datterselskabsdirektivet, som er hjemmehørende i Luxembourg, som faktisk ledes i Luxembourg, som også er selskabsskattepligtig i Luxembourg uden mulighed for fritagelse herfor, og som er den reelle ejer (»beneficial owner«) af udbytte, der udbetales til selskabet. Attesten er udarbejdet af skattemyndighederne i Luxembourg som svar på en henvendelse fra de danske skattemyndigheder.

23. T Danmark ønskede inden for rammerne af en anmodning om et bindende svar oplyst, om udbytte udloddet fra selskabet til N Luxembourg 2 var skattefrit i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, tredje punktum, og dermed fritaget for dansk kildeskat.

4 – Kildeskatteloven (lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14.11.2005).

24. Ved anmodningen om et bindende svar blev det oplyst, at T Danmark påtænkte at udlodde udbytte til N Luxembourg 2 i 3. kvartal 2011 svarende til en samlet udlodning på ca. 6 mia. danske kroner (DKK). Da N Luxembourg 2 er en selvstændig enhed med selvstændig ledelse og beslutningskompetence, kunne det i sagens natur ikke på forhånd og med sikkerhed vides, om og hvordan ledelsen i N Luxembourg 2 rent faktisk ville træffe beslutning om at disponere over det modtagne udbytte fra T Danmark.

25. Efter Skatteministeriets opfattelse kunne der ikke gives et bindende svar, hvis det ikke kunne oplyses, hvordan N Luxembourg 2 antoges at ville disponere over det modtagne udbytte fra T Danmark.

26. T Danmark oplyste derfor til Skatterådet, at det for det bindende svar kunne lægges til grund, at størstedelen af udbyttet ville blive udloddet som udbytte af N Luxembourg 2 til selskabets ejere N Luxembourg 3 og N Luxembourg. En mindre del af udbyttet (formentlig mellem 3% og 5%) antoges at ville blive anvendt af N Luxembourg 2, N Luxembourg 3 og N Luxembourg til betaling af omkostninger eller hensat til betaling af forventede omkostninger. Ansøgeren antog endvidere, at udbytte udloddet til N Luxembourg ville blive betalt (som udbytte og/eller renter og/eller afdrag på gæld) til de enkelte kapitalfonde og via disse ville blive overført til de ultimative investorer i kapitalfondene, men ansøgeren var ikke bekendt med, på hvilken måde sådanne overførsler ville finde sted, eller hvordan de ville blive behandlet skattemæssigt.

27. Skatterådet besvarede spørgsmålet i anmodningen om det bindende svar med »nej«. T Danmark påklagede det bindende svar til Landsskatteretten, som er den øverste administrative klageinstans, som ændrede besvarelsen af spørgsmålet til »ja«.

28. Skatteministeriet indbragte herefter Landsskatterettens kendelse for Østre Landsret (Danmark). Østre Landsret har nu besluttet at forelægge præjudicielle spørgsmål.

IV. Retsforhandlingerne ved Domstolen

29. Østre Landsret har forelagt følgende spørgsmål:

»1. Forudsætter en medlemsstats påberåbelse af direktivets artikel 1, stk. 2, om anvendelsen af interne bestemmelser, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug, at den pågældende medlemsstat har vedtaget en specifik national bestemmelse til gennemførelse af direktivets artikel 1, stk. 2, eller at der i national ret findes almindelige bestemmelser eller grundsætninger om svig og misbrug, der kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 1, stk. 2?

1.1. Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, kan selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, der foreskriver, at »det er en betingelse, at beskatningen af udbyttet skal frafaldes efter bestemmelserne i direktiv 90/435 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater«, da anses for en sådan specifik national bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 2?

2. Er en bestemmelse i en mellem to medlemsstater indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, der er udfærdiget i overensstemmelse med OECD's modeloverenskomst, hvorefter beskatningen af udloddet udbytte afhænger af, om udbyttemodtageren anses for den retmæssige ejer af udbyttet, en sådan overenskomstmæssig antimisbrugsbestemmelse, som er omfattet af direktivets artikel l, stk. 2?

3. Såfremt Domstolen besvarer spørgsmål 2 bekræftende, er det da overladt til de nationale domstole at fastlægge indholdet af begrebet »retmæssig ejer«, eller skal begrebet ved anvendelsen af direktiv 90/435 fortolkes således, at der skal anlægges en særlig EU-retlig forståelse af begrebet, der er undergivet EU-Domstolens prøvelse?

4. Såfremt Domstolen besvarer spørgsmål 2 bekræftende og spørgsmål 3 besvares således, at det ikke er overladt til de nationale domstole at fastlægge indholdet af begrebet »retmæssig ejer«, skal begrebet så fortolkes således, at et i en medlemsstat hjemmehørende selskab, der under omstændigheder som de i sagen foreliggende modtager udbytter fra et datterselskab i en anden medlemsstat, er »retmæssig ejer« af disse udbytter, således som dette begreb skal forstås efter EU-retten?

   a) Skal begrebet »retmæssig ejer« herefter forstås som det tilsvarende begreb i artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 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) (rente-/royaltydirektivet), jf. samme direktivs artikel 1, stk. 4?

   b) Skal begrebet fortolkes alene under inddragelse af kommentarerne til artikel 10 i modeloverenskomsten af 1977 (punkt 12), eller kan senere kommentarer inddrages ved fortolkningen, herunder de tilføjelser, der er foretaget i 2003 om »gennemstrømningsenheder«, og de tilføjelser, der er foretaget i 2014 om »kontraktuelle og juridiske forpligtelser«?

   c) Hvilken betydning har det for vurderingen af, om udbyttemodtageren må anses for »retmæssig ejer«, om udbyttemodtageren har haft en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at viderebetale udbyttet til en anden person?

   d) Hvilken betydning har det for vurderingen af, om udbyttemodtageren må anses for »retmæssig ejer«, at den forelæggende ret efter en bedømmelse af hovedsagens faktiske omstændigheder måtte finde, at modtageren – uden at have været bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne udbytter til en anden person – »substantielt« ikke havde rettighederne til at »bruge og nyde« udbytterne som anført i kommentarerne fra 2014 til modeloverenskomsten af 1977?

5. Såfremt det i sagen lægges til grund, at der foreligger »interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug«, jf. direktivets artikel 1, stk. 2, at et udbytte er udloddet fra et selskab (A) hjemmehørende i en medlemsstat til et moderselskab (B) i en anden medlemsstat og derfra er viderebetalt til dettes moderselskab (C), der er hjemmehørende uden for EU/EØS, og som igen har udloddet midlerne til sit moderselskab (D), der ligeledes er hjemmehørende uden for EU/EØS, at der ikke er indgået nogen dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem den førstnævnte stat og den stat, hvor C er hjemmehørende, at der mellem den førstnævnte stat og den stat, hvor D er hjemmehørende, er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og at den førstnævnte stat efter denne stats lovgivning derfor ikke ville have krav på kildeskat af udbytte udloddet fra A til D, såfremt D havde været den direkte ejer af A, foreligger der så et misbrug efter direktivet, der bevirker, at B ikke er beskyttet heraf?

6. Såfremt et i en medlemsstat hjemmehørende selskab (moderselskabet) konkret ikke anses for at være fritaget for kildeskat i medfør af artikel 1, stk. 2, i direktiv 90/435 vedrørende et udbytte modtaget fra et i en anden medlemsstat hjemmehørende selskab (datterselskabet), er artikel 49 TEUF, jf. artikel 54 TEUF, da til hinder for en lovgivning, hvorefter den sidstnævnte medlemsstat beskatter det i den anden medlemsstat hjemmehørende moderselskab af udbyttet, når den pågældende medlemsstat anser hjemmehørende moderselskaber under i øvrigt tilsvarende forhold for at være skattefritaget af sådanne udbytter?

7. Såfremt et i en medlemsstat hjemmehørende selskab (moderselskabet) konkret ikke anses for at være fritaget for kildeskat i medfør af artikel 1, stk. 2, i direktiv 90/435 vedrørende et udbytte modtaget fra et i en anden medlemsstat hjemmehørende selskab (datterselskabet), og moderselskabet af den sidstnævnte medlemsstat anses som begrænset skattepligtigt i denne medlemsstat af det omhandlede udbytte, er artikel 49 TEUF, jf. artikel 54 TEUF, 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, som er rejst over for et selskab, der er hjemmehørende i samme medlemsstat?

8. Såfremt Domstolen besvarer spørgsmål 2 bekræftende og spørgsmål 3 besvares således, at det ikke er overladt til de nationale domstole at fastlægge indholdet af begrebet »retmæssig ejer«, og såfremt et i en medlemsstat hjemmehørende selskab (moderselskabet) på det grundlag konkret ikke anses for at være fritaget for kildeskat i medfør af direktiv 90/435 vedrørende et udbytte modtaget fra et i en anden medlemsstat hjemmehørende selskab (datterselskabet), er sidstnævnte medlemsstat da forpligtet i medfør af direktiv 90/435 eller artikel 4, stk. 3, TEU til at oplyse, hvem medlemsstaten i så fald anser for at være retmæssig ejer?

9. Såfremt et i en medlemsstat hjemmehørende selskab (moderselskabet) konkret ikke anses for at være fritaget for kildeskat i medfør af direktiv 90/435 vedrørende et udbytte modtaget fra et i en anden medlemsstat hjemmehørende selskab (datterselskabet), er artikel 49 TEUF, jf. artikel 54 TEUF alternativt artikel 63 TEUF, da isoleret eller samlet set til hinder for en lovgivning

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

   b) hvorefter den sidstnævnte medlemsstat beregner sig en morarente af skyldig kildeskat?

   Ved besvarelsen af spørgsmål 9 anmodes EU-Domstolen om at inddrage besvarelsen af spørgsmål 6 og 7.

10. I en situation, hvor

    1. et i en medlemsstat hjemmehørende selskab (moderselskabet) opfylder betingelsen i direktiv 90/435 om at eje (i 2011) mindst 10% af aktiekapitalen i et i en anden medlemsstat hjemmehørende selskab (datterselskabet),

    2. moderselskabet konkret ikke anses for at være fritaget for kildeskat i medfør af artikel 1, stk. 2, i direktiv 90/435 vedrørende et af datterselskabet udloddet udbytte,

    3. moderselskabets (direkte eller indirekte) aktionær(er), der er hjemmehørende i et tredjeland, anses som de(n) retmæssige ejer(e) af det pågældende udbytte,

    4. de nævnte (direkte eller indirekte) aktionær(er) ligeledes opfylder det nævnte kapitalkrav,

    er artikel 63 TEUF da til hinder for en lovgivning, hvorefter den medlemsstat, hvori datterselskabet er beliggende, foretager en beskatning af det omhandlede udbytte, når den pågældende medlemsstat anser hjemmehørende selskaber, der opfylder kapitalkravet i direktiv 90/435, dvs. i indkomstårene 2011 ejer mindst 10% af aktiekapitalen i det udbytteudloddende selskab, for at være skattefritaget af et sådant udbytte?«

30. Ved kendelse af 13. juli 2016 blev sagerne C-116/16 og C-117/16 forenet. I den forenede sag for Domstolen har T Danmark, Y Denmark Aps, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, 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-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 – deltog T Danmark, Y Denmark Aps, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Storhertugdømmet Luxembourg og Europa-Kommissionen.

V. Retlig bedømmelse

A. Fastlæggelsen af udbyttemodtageren, såfremt der foreligger misbrug fra den skattepligtiges side (spørgsmål 1-5)

31. Blandt procesdeltagerne er det uomtvistet, at de omhandlede udbytteudlodninger principielt er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivets anvendelsesområde. Følgelig skulle Danmark som hjemstat for det udloddende selskab fritage udbyttet for kildeskat i henhold til direktivets artikel 5. Danmark er imidlertid af den opfattelse, at afslaget på at indrømme kildeskattefritagelse åbenbart er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2. Ifølge denne bestemmelse er direktivet ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.

32. Med de præjudicielle spørgsmål 1-5 ønsker den forelæggende ret ganske vist primært oplyst, om en medlemsstat kun kan påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, for at hindre svig og misbrug, såfremt den pågældende medlemsstat har vedtaget en national bestemmelse til gennemførelse af bestemmelsen (B.1), og, såfremt dette er tilfældet, om selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, eller en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som anvender begrebet retmæssig ejer, kan anses for at være en sådan tilstrækkelig gennemførelse (B.2). Hvis dette skulle være tilfældet, ønsker den forelæggende ret oplyst, hvem der skal fortolke begrebet retmæssig ejer, samt hvordan begrebet skal fortolkes.

33. Alle disse spørgsmål giver imidlertid alene mening, såfremt betingelserne i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, i det hele taget er opfyldt. Med henblik herpå skal der foreligge svig eller misbrug af kildeskattefritagelsen fra T Danmarks side i det foreliggende tilfælde. Spørgsmål 5 skal derfor besvares først.

34. I denne forbindelse anføres indledningsvis, at den forelæggende rets spørgsmål 5 ikke passer med de oplyste faktiske omstændigheder. Det udbyttemodtagende selskab N Luxembourg 2's moderselskab (N Luxembourg) er et selskab, der er hjemmehørende i Luxembourg, og ikke, således som det antydes i det præjudicielle spørgsmål, i et tredjeland. Om selskabsdeltagerne i dette »(moder)moderselskab« er hjemmehørende i tredjelande, og i givet fald hvilke af dem, kan heller ikke udledes af forelæggelsesafgørelsen. Allerede af denne grund er det egentlig umuligt at bedømme, om der foreligger misbrug. Domstolen kan dog ikke desto mindre give den forelæggende ret nogle nyttige oplysninger herom.

35. I det følgende vil der blive redegjort for betingelserne for at antage, at der foreligger misbrug, som er omfattet af anvendelsesområdet for moder-/datterselskabsdirektivet (2). Først skal rækkevidden af forbuddet mod kildebeskatning i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, stk. 1, undersøges nærmere (1).

1. Tankerne bag forbuddet mod kildebeskatning i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, stk. 1

36. Moder-/datterselskabsdirektivet har, således som det fremgår af tredje betragtning hertil, til formål ved indførelse af en fælles beskatningsordning at fjerne enhver forskelsbehandling af samarbejde mellem selskaber fra forskellige medlemsstater i forhold til samarbejde mellem selskaber fra samme medlemsstat og således lette sammenslutninger af selskaber på EU-plan. Direktivet tilsigter således at sikre en skattemæssig neutralitet for udlodning af udbytte fra et datterselskab med hjemsted i en medlemsstat til dets moderselskab med hjemsted i en anden medlemsstat [5].

37. I denne forbindelse overlader moder-/datterselskabsdirektivets artikel 4, stk. 1, det til medlemsstaterne at vælge mellem to ordninger, nemlig en fritagelsesordning og en modregningsordning. I overensstemmelse med syvende og niende betragtning til dette direktiv præciserer denne bestemmelse således, at hvis et moderselskab som følge af moderselskabets forbindelse med sit datterselskab modtager overskud, der udloddes ved en anden lejlighed end i forbindelse med datterselskabets likvidation, skal moderselskabets medlemsstat og det faste driftssteds medlemsstat enten undlade at beskatte dette overskud, i det omfang dette overskud ikke er fradragsberettiget for datterselskabet, og beskatte dette overskud, i det omfang dette overskud er fradragsberettiget for datterselskabet, eller beskatte dette overskud, men give moderselskabet tilladelse til fra det skyldige skattebeløb at trække den del af den af datterselskabet og ethvert datterselskab på lavere niveau betalte selskabsskat, der vedrører dette overskud, op til det tilsvarende skyldige skattebeløb [6].

38. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 4 har således til formål at undgå, at udlodninger af overskud, som et ikke-hjemmehørende datterselskab betaler til et hjemmehørende moderselskab, først beskattes hos datterselskabet i den stat, hvor det er hjemmehørende, og dernæst beskattes hos moderselskabet i den stat, hvor det er hjemmehørende [7].

39. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 4 vedrører økonomisk dobbeltbeskatning, eftersom udbytte som regel hidrører fra datterselskabets beskattede indtægter (dvs. indkomst, hvoraf der allerede er betalt selskabsskat i en medlemsstat) og indgår i moderselskabets indtægter (og derved igen pålægges selskabsskat i en anden medlemsstat). Inden for en større koncern afhænger skattebyrden dermed af antallet af niveauer inden for koncernen, hvilket i de fleste tilfælde har rent organisatoriske grunde. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 4 tager således også hensyn til den omstændighed, at antallet af juridiske personer kan vokse vilkårligt, uden at personkredsen bag og dermed også personkredsens overskud ændrer sig på baggrund af disse juridiske personers dispositioner.

40. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, stk. 1, fuldstændiggør dette formål, idet det udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, tillige fritages for kildeskat for at sikre skattemæssig neutralitet [8]. Direktivets artikel 5, stk. 1, opstiller for at undgå dobbeltbeskatning et princip om forbud mod kildebeskatning af det overskud, som et datterselskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, udlodder til sit moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat [9].

41. Ved at forbyde medlemsstaterne at foretage indeholdelse af kildeskat af det overskud, som et hjemmehørende datterselskab udlodder til sit ikke-hjemmehørende moderselskab, begrænser moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, stk. 1, medlemsstaternes kompetence med hensyn til beskatning af overskud udloddet af selskaber etableret på deres område til selskaber etableret i en

5 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 20), af 17.5.2017, AFEP m.fl. (C-365/16, EU:C:2017:378, præmis 21), og af 8.3.2017, Wereldhave Belgium m.fl. (C-448/15, EU:C:2017:180, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

6 – Dom af 17.5.2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379, præmis 71), af 17.5.2017, AFEP m.fl. (C-365/16, EU:C:2017:378, præmis 22), af 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 44).

7 – Dom af 17.5.2017, AFEP m.fl. (C-365/16, EU:C:2017:378, præmis 24).

8 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 21).

9 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 22), jf. i denne retning også: dom af 17.10.1996, Denkavit m.fl. (C-283/94, C-291/94 og C-292/94, EU:C:1996:387, præmis 22), og af 25.9.2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, præmis 83).

anden medlemsstat [10]. Medlemsstaterne kan derfor ikke ensidigt indføre begrænsninger og underlægge den fritagelse for kildeskat, der er fastsat ved nævnte artikel 5, stk. 1, forskellige betingelser [11]. Kravet om fritagelse for kildeskat er derfor ikke afhængigt af, at aktionærerne i moderselskabet er hjemmehørende i indlandet, eller at udbytteudlodderen redegør for udbyttemodtagerens videre anvendelse af udbyttet.

42. I moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, stk. 1, er der tale om at undgå en yderligere (nu snarere retlig) dobbeltbeskatning. Som Domstolen allerede har fastslået, er det reelt modtageren af indtægterne (i det foreliggende tilfælde udbytte), som bliver beskattet i forbindelse med kildebeskatning [12]. En kildebeskatning i den stat, hvor udbytteudlodderen er hjemmehørende, udgør dermed ikke en selvstændig skatteform, men kun en særlig beskatningsteknik. En kildebeskatning af den udloddende, som foretages af den stat, hvor den udloddende er hjemmehørende, og en »normal« beskatning af udbyttemodtageren, som foretages af den stat, hvor udbyttemodtageren er hjemmehørende, fører i sig selv til dobbeltbeskatning og sædvanligvis også til en mindre gunstig situation i forhold til samme tilfælde i indlandet.

43. Navnlig når der er tale om omfangsrige koncernstrukturer over flere landegrænser, ville den ovenfor nævnte kaskadevirkning blive mangedoblet uden en skattefritagelse på begge niveauer, såfremt der også samtidig ville blive pålagt kildeskat hver gang. Det er åbenbart, at der heri ligger en påvirkning af det indre marked.

44. Med henblik på at undgå en sådan kaskadevirkende økonomisk og retlig dobbeltbeskatning, er det imidlertid irrelevant, om udbyttemodtageren også er udbyttets »retmæssige ejer« eller noget lignende. Det er snarere afgørende, om udbytteudlodderen er blevet pålagt at betale selskabsskat, og om udbyttemodtageren skal betale selskabsskat af udbyttet på ny. Det samme gør sig gældende med henblik på forbuddet mod kildebeskatning. Det er i denne forbindelse afgørende, om udbytteindtægten er pålagt selskabsskat i hjemstaten. At dette er tilfældet i den foreliggende sag, er udtrykkeligt blevet bekræftet af de luxembourgske skattemyndigheder.

45. For så vidt giver det ganske god mening, at moder-/datterselskabsdirektivet (i modsætning til rente-/royaltydirektivet [13]) »kun« henviser til, at et datterselskab udlodder udbytte til sit moderselskab (fra en vis ejerandel). Eftersom udbytte – i modsætning til rentebetalinger – i princippet ikke udgør driftsudgifter, som formindsker overskuddet, er det også forståeligt, at moder-/datterselskabsdirektivet i henhold til sin ordlyd ikke opstiller yderligere materielle kriterier (såsom modtagelse af udbytte i eget navn og for egen regning eller lignende).

46. Retten til at modtage udbytte følger i sidste ende af den selskabsretlige egenskab som moderselskab, som kun kan ske i eget navn. Handlinger, der ikke foretages for egen regning, synes i dette tilfælde vanskelige at forestille sig. Det kan i hvert fald ikke udledes alene på baggrund af den omstændighed, at der findes et »(moder)moderselskab«. Følgelig er alle udbytteudlodninger, som et datterselskab foretager til sit moderselskab i en anden medlemsstat, i princippet omfattet, såfremt selskabet – hvilket i det foreliggende tilfælde er ubestridt – opfylder betingelserne i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 2.

47. Grænser herfor er alene fastsat i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, som fastsætter, at dette direktiv ikke er til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.

10 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 23), jf. i denne retning også dom af 1.10.2009, Gaz de France – Berliner Investissement (C-247/08, EU:C:2009:600, præmis 38).

11 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 24), kendelse af 4.6.2009, KBC Bank og Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 og C-499/07, EU:C:2009:339, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

12 – 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).

13 – Direktiv 2003/49.

2. Misbrugsbegrebet i EU-retten

48. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, afspejler det almindelige EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug, hvorefter ingen kan indrømmes rettigheder i henhold til EU's retssystem med henblik på at muliggøre svig eller misbrug [14]. Anvendelsen af en EU-retlig bestemmelse kan nemlig 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].

49. Bestemmelsens ordlyd giver herved ingen nærmere beskrivelse af den opfattelse af misbrug, som skal lægges til grund for den [16]. I sin egenskab af undtagelsesbestemmelse skal moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, imidlertid fortolkes snævert [17]. For så vidt angår foranstaltninger til at forhindre misbrug følger dette navnlig også af retssikkerhedsprincippet. Såfremt en borger formelt opfylder samtlige betingelser for at nyde godt af en rettighed, må det nemlig kun i særlige tilfælde være tilladt at nægte denne ret på grundlag af en misbrugsindsigelse.

50. Relevante holdepunkter med henblik på bedømmelsen af, om der foreligger misbrug, følger imidlertid af andre EU-direktiver. Som eksempel på, at der foreligger et sådant formål, nævnes i fusionsdirektivets [18] artikel 11, stk. 1, litra a), andet punktum, at der ikke foreligger forsvarlige økonomiske betragtninger som grundlag for den pågældende transaktion. Endvidere defineres begrebet misbrug i artikel 6 i direktivet om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse [19] (herefter »direktiv 2016/1164«), der ikke finder anvendelse på de for hovedsagen relevante år. 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.

14 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 26), generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:34, punkt 24).

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 – Jf. i modsætning hertil f.eks. artikel 15 i Rådets direktiv 2009/133/EF af 19.10.2009 (fusionsdirektivet, EUT 2009, L 310, s. 34).

17 – Jf. dom af 17.10.1996, Denkavit m.fl. (C-283/94, C-291/94 og C-292/94, EU:C:1996:387, præmis 27), af 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, præmis 38 og 39), af 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 37), af 11.12.2008, A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, præmis 31), af 20.5.2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, præmis 46), og af 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, præmis 44).

18 – 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).

19 – 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).

51. 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 [20]. Som Domstolen imidlertid også gentagne gange har fastslået, er det med henblik herpå tilstrækkeligt, såfremt arrangementet ikke udelukkende [21], men i det væsentlige, har til formål at opnå en skattefordel [22].

52. Denne praksis fra Domstolen indeholder således to elementer, der udgør gensidige forudsætninger. Dels udelukkes det på forhånd, at rent kunstige arrangementer, der reelt kun finder sted på papiret, anerkendes. Dels er det af afgørende betydning, at der er tale om omgåelse af skattelovgivningen, hvilket også kan være tilfældet, når der gøres brug af arrangementer, der afspejler den økonomiske virkelighed. Sidstnævnte kategori er antageligt den hyppigst forekommende og er nu også 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 [23].

53. 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 [24]. Det er ganske vist den forelæggende ret, der skal foretage denne samlede bedømmelse [25]. Med henblik på bedømmelsen af, om transaktionerne har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, eller alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i EU-retten [26], kan Domstolen imidlertid give den forelæggende ret nyttig vejledning [27].

3. Kriterierne i den foreliggende sag

a) Spørgsmålet om et rent kunstigt arrangement

54. Om det kan antages, at der er tale om et rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, har Domstolen ikke mulighed for at bedømme. For det første er de af den forelæggende ret fremlagte faktiske omstændigheder langt fra tilstrækkelige hertil. For det andet henhører bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder under den forelæggende ret. Domstolen kan alene bidrage med formålstjenlige oplysninger.

20 – 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), af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 74), i samme retning dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 55).

21 – Således 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).

22 – Vedrørende den indirekte skatteret jf. 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 anvendelsesområdet for fusionsdirektivet jf. i samme retning dom af 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, præmis 35 og 36).

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

24 – 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).

25 – I samme retning 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).

26 – 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), 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).

27 – 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).

55. Som Domstolen for nylig har fastslået, kan den omstændighed, at virksomheden kun består i forvaltningen af aktiver, og at indtægterne alene hidrører fra denne forvaltning, ikke medføre, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet [28]. I betragtning af, at navnlig formueforvaltende selskaber som sådan ikke har (og ikke kan have) mange aktiviteter, bør der kun stilles ringe krav til dette kriterium. Hvis der faktisk foreligger en gyldig stiftelse og selskabet reelt kan kontaktes på dets hjemsted og råder over de nødvendige fysiske og personalemæssige ressourcer på stedet med henblik på at opfylde sit formål, kan der ikke være tale om et fiktivt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet.

56. Heller ikke den omstændighed, at udbyttemodtageren videreudlodder udbyttet til sine aktionærer, kan begrunde en antagelse om, at der foreligger et kunstigt arrangement. Meningen med kapitalselskaber består i, at overskuddet af disses indtægter (herunder hører også indtægter fra kapitalaktiver såsom udbytte) på et eller andet tidspunkt udloddes til selskabsdeltagerne. At kildeskattefritagelsen i henhold til moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, stk. 1 (og muligvis også fritagelsen for udbyttebeskatning i henhold til moder-/datterselskabsdirektivets artikel 4) skulle afhænge af moderselskabets adfærd i forbindelse med udlodning, kan ikke udledes af moder-/datterselskabsdirektivet. Den ovenfor nævnte kaskadevirkning, som søges undgået ved direktivet (jf. ovenfor punkt 36 ff.), vil jo netop i særlig grad gøre sig gældende ved en videreudlodning.

57. Det samme gælder for den omstændighed, at selskabsdeltagerne i (moder)moderselskabet (kapitalfondene) muligvis er hjemmehørende i tredjelande. Som Domstolen også allerede har fastslået, kan den omstændighed alene, at det selskab, som modtager udbyttet, direkte eller indirekte kontrolleres af personer, som ikke er hjemmehørende i EU, ikke give anledning til en formodning om misbrug af kildeskattefritagelsen [29]. Den skattepligtige ville nemlig dermed systematisk blive pålagt at bevise, at motiverne ikke er skattemæssige, uden at myndigheden ville være forpligtet til at levere tilstrækkelige indicier for skatteunddragelse [30].

58. Nægtelsen af kildeskattefritagelsen ville således være støttet på en generel antagelse om, at der vil ske skatteunddragelse. En sådan antagelse er imidlertid ikke lovlig [31]. Der skal altid foretages en undersøgelse af det konkrete tilfælde på grundlag af objektive forhold, som kan efterprøves [32]. I den foreliggende sag fremgår det imidlertid ikke, at der er tale om et kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet. Den attest, som de luxembourgske skattemyndigheder har udstedt (jf. punkt 22), taler snarere imod, at der skulle foreligge et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet.

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

29 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 27 ff.).

30 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 28), og af 5.7.2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, præmis 55).

31 – Jf. dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 30), af 4.3.2004, Kommissionen mod Frankrig (C-334/02, EU:C:2004:129, præmis 27), af 9.11.2006, Kommissionen mod Belgien (C-433/04, EU:C:2006:702, præmis 35), af 28.10.2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, præmis 34), og af 5.7.2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

32 – Jf. dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 30), af 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, præmis 41 og 44), af 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 25), af 21.11.2002, X og Y (C-436/00, EU:C:2002:704, præmis 42), af 20.5.2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, præmis 44), og af 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, præmis 37).

59. Efter min opfattelse udelukker dette imidlertid ikke, at der alligevel kan foreligge et skatteretligt arrangement, der udgør et misbrug, som ordlyden af den nye artikel 6 i direktiv 2016/1164 også viser. I denne henseende har Domstolen vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet ligeledes allerede fastslået, at ejerkonstruktioner, der alene har til formål at opnå direktivbestemmelsernes skattefordele, udgør en form for misbrug [33]. For så vidt gælder det også for moder-/datterselskabsdirektivet, at der skal foreligge økonomiske grunde til arrangementet. Hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel uden relation til en økonomisk realitet er ikke beskyttet [34].

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

60. Dermed er andre kriterier, navnlig de ikke-skatteretlige grunde, der skal tages i betragtning, af afgørende betydning i det foreliggende tilfælde.

61. Ifølge 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 [35]. Alene den omstændighed, at der i kæden af ejerandele også er inddraget selskaber fra Luxembourg, kan derfor ikke føre til en antagelse om misbrug.

62. 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, men har tværtimod ret til at vælge en sådan struktur for virksomhedsdriften, at dennes skattetilsvar reduceres [36]. 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 for at begrænse deres skattebyrde [37]. 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.

63. 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, hvor personen er hjemmehørende, ikke i sig selv, at personen fratages muligheden for at påberåbe sig traktatens bestemmelser [38]. En transaktionsstruktur – som den i sagen omhandlede – med inddragelse af en medlemsstat, der undlader kildebeskatning, kan dermed ikke i sig selv anses for at udgøre misbrug.

33 – Jf. dom af 17.10.1996, Denkavit m.fl. (C-283/94, C-291/94 og C-292/94, EU:C:1996:387, præmis 31).

34 – Dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 26), jf. vedrørende fusionsdirektivet dom af 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, præmis 47), og af 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, præmis 34).

35 – 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).

36 – 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).

37 – 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).

38 – 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).

64. I denne 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 [39], 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 [40] er tilsigtede ud fra et EU-retligt synspunkt eller bevidst accepteres fra politisk hold.

65. Domstolen har endvidere fastslået, at den skattefritagelse af udbytte, der er fastsat i EU-retten, ikke afhænger af, hvorfra aktionærerne hidrører, eller hvor de er hjemmehørende, eftersom dette ikke spiller nogen rolle i moder-/datterselskabsdirektivet [41]. Den omstændighed, at aktionærerne i T Danmark er hjemmehørende i Luxembourg eller at aktionærerne i T Danmarks moderselskab er hjemmehørende i et tredjeland, er derfor isoleret betragtet heller ikke udtryk for misbrug.

c) Omgåelse af lovgivningens formål

66. Det ville eventuelt veje tungere, såfremt de endelige udbyttemodtagere – i dette tilfælde kapitalfondene, hvad enten de skal betragtes som skattetransparente eller ikke-skattetransparente – havde deres hjemsted i visse tredjelande (som regel på visse mindre øer såsom Cayman Islands [42], Bermuda [43] eller Jersey [44]), som er kendt for ikke at samarbejde med andre skattemyndigheder. Dette ville muligvis i sin helhed kunne pege i retning af en usædvanlig fremgangsmåde, hvis økonomiske begrundelse ikke er umiddelbart indlysende.

67. Der er imidlertid i det foreliggende tilfælde ingen oplysninger om, hvor aktionærerne i toppen af selskabsstrukturen (dvs. kapitalefondene) er hjemmehørende. Domstolen kan dog give den forelæggende ret nogle brugbare holdepunkter.

68. Hvis kapitalfondene faktisk er hjemmehørende i sådanne tredjelande, kunne hele arrangementet måske mindre på grund af »indskydelsen« af luxembourgske selskaber og mere på grund af kapitalfondenes »etablering« i visse tredjelande anses for et arrangement, der udgør et misbrug. Her er formålet med arrangementet og formålet med den omgåede skattelovgivning (i den foreliggende sag beskatningen i Danmark) særlig vigtigt.

1) Omgåelse af påligning af dansk indkomstskat?

69. Det skal indledningsvis fastslås, at Danmark ikke blev frataget beskatningen af overskuddet i det operative selskab (T Danmark). Dette overskud blev beskattet helt normalt i den stat, hvor selskabet var hjemmehørende (dvs. i Danmark). Udbyttet er således blevet pålagt dansk selskabsskat.

70. De to luxembourgske selskaber (moderselskabet og (moder)moderselskabet) er ubegrænset skattepligtige i Luxembourg, hvor de skal svare selskabsskat af deres indtægter. Dermed er betingelserne i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 2 opfyldt. Skattefritagelsen af udbyttet i Luxembourg er i overensstemmelse med direktivets formål og tager højde for, at der i tidligere led er betalt dansk selskabsskat.

39 – 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).

40 – Jf. 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).

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

42 – Således i sag C-119/16.

43 – Således i sag C-117/16.

44 – Således i sag C-299/16.

71. Den omstændighed, at Luxembourg ikke påligner kildeskat, når der udbetales udbytte til aktionærer i tredjelande, er i denne henseende uden relevans. Denne beslutning 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) rent faktisk gør brug af de fordele, der er forbundet med etablering i konkrete medlemsstater.

2) Forebyggelse af udnyttelse af grænseoverskridende informationsunderskud

72. Ved en nærmere betragtning er det »kun« kildebeskatningen af udbytteudbetalingerne i Danmark, der undgås ved at indskyde de luxembourgske selskaber. Som anført ovenfor (punkt 42) er det imidlertid reelt modtageren af indtægterne (i det foreliggende tilfælde udbytte), som bliver beskattet i forbindelse med kildebeskatning [45]. Dette sker ved, at den udbetalende på tidspunktet for udbetalingen allerede skal indeholde en del af indtægterne som kildeskat.

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

74. To betingelser skal derfor være opfyldt, for at der er tale om en omgåelse af formålet med denne lovgivning (sikring af beskatningen af udbyttemodtageren), der udgør et misbrug. For det første skal Danmark i det hele taget have et skattekrav i forbindelse med en direkte udbetaling (herom punkt 88 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.

75. Såfremt grunden til den valgte transaktionsstruktur er at udbetale udbytte 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.

76. En sådan mistanke om misbrug kan på den anden side afkræftes, hvis kapitalfondene stiller de relevante skatteoplysninger til rådighed for de stater, hvor investorerne er hjemmehørende, eller hvis de stater, hvor kapitalfondene er hjemmehørende, er i besiddelse af de pågældende oplysninger og videresender disse oplysninger til de relevante stater. En sådan virksomhedsstruktur ville i givet fald ikke underminere formålet om at hindre undgåelse af kildebeskatning (jf. ovenfor punkt 73). Dette aspekt skal retten også inddrage i sin samlede betragtning.

d) Forslag til afgørelse i forbindelse med spørgsmål 5

77. For så vidt angår undgåelse af kildebeskatning af udbytteudbetalinger til kapitalfonde, der er hjemmehørende i tredjelande, kan der navnlig være tale om en undgåelse af beskatning af udbyttet hos de egentlige modtagere (dvs. investorerne). I den foreliggende sag kan der navnlig antages at foreligge misbrug, såfremt den valgte virksomhedsstruktur tager sigte på at udnytte visse informationsunderskud mellem de involverede stater for at forhindre en effektiv beskatning af disse investorer. Dette er op til den forelæggende ret at bedømme.

45 – 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).

4. Fortolkning af moder-/datterselskabsdirektivet på grundlag af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst? (spørgsmål 3 og 4)

78. Den forelæggende ret ønsker med spørgsmål 3 og 4 bl.a. oplyst, om en nægtelse af at indrømme den i moder-/datterselskabsdirektivet indeholdte kildeskattefritagelse, der sker på grundlag af en folkeretlig overenskomst (dvs. en dobbeltbeskatningsoverenskomst), som Danmark har indgået med en anden stat, skal baseres på et grundlæggende EU-retligt princip, som er underlagt Domstolens prøvelse. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om kommentarerne til OECD's modeloverenskomst også skal inddrages ved en sådan fortolkning i overensstemmelse med EU-retten, og, i bekræftende fald, om kommentarer til modeloverenskomsten, der er udarbejdet efter direktivets vedtagelse, også skal inddrages.

79. I de senere kommentarer til OECD's modeloverenskomst anses såkaldte gennemstrømningsselskaber nemlig 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.

80. Såfremt en medlemsstat til ugunst for borgerne ønsker at indskrænke en skattefritagelse, der følger af EU-retten, skal denne indskrænkende regulering altid fortolkes på grundlag af EU-retten. For at kunne give den forelæggende ret et brugbart svar skal moder-/datterselskabsdirektivet derfor fortolkes. Med henblik på fortolkningen af EU-retten kan OECD's modeloverenskomst og kommentarerne hertil også inddrages.

81. OECD's modeloverenskomst er imidlertid ikke EU-ret, ligesom den ikke er bindende for Domstolen. OECD's modeloverenskomster er ikke bindende, multilaterale internationale konventioner, men derimod en international organisations ensidige retsakt 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 [46]. Dette gælder så meget desto mere for de kommentarer, som OECD har udarbejdet hertil, og som i sidste ende blot indeholder retsopfattelser.

82. Ifølge fast retspraksis kan medlemsstaterne imidlertid med hensyn til den fordeling af beskatningskompetencen, som påhviler dem, med fordel støtte sig på international praksis, således som den afspejles i modeloverenskomsterne [47]. Dette gælder også for muligheden for at støtte sig på den internationale retsopfattelse, der kan være afspejlet i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst.

83. Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst kan imidlertid ikke umiddelbart have indflydelse på fortolkningen af et EU-direktiv (og hermed heller ikke på en EU-konform fortolkning af national ret). I denne 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.

46 – 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

47 – 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), 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).

84. Domstolen har derfor 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 [48]. 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.

85. De præjudicielle spørgsmål 3 og 4 skal derfor besvares med, at moder-/datterselskabsdirektivet skal fortolkes selvstændigt i EU-retten og uafhængigt af artikel 10 i OECD's modeloverenskomst af 1977 og af senere affattelser.

86. Efterfølgende ønskes det endvidere oplyst, om udbyttemodtageren som omhandlet i moder-/datterselskabsdirektivet skal fortolkes på samme måde som den retmæssige ejer som omhandlet i rente-/royaltydirektivet. Dette spørgsmål kan ligeledes besvares benægtende, eftersom moder-/datterselskabsdirektivet som anført ovenfor (punkt 36) anvender en anden tilgang end rente-/royaltydirektivet og dermed bevidst undlader at anvende begrebet retmæssig ejer.

B. Oplysning om den egentlige udbyttemodtager (spørgsmål 8)

87. Med spørgsmål 8 ønsker den forelæggende ret oplyst, om en medlemsstat, der ikke vil anerkende, at modtageren af udbytte også er den begunstigede som omhandlet i moder-/datterselskabsdirektivet, med den begrundelse, at modtageren blot er et såkaldt kunstigt gennemstrømningsselskab, er forpligtet til at oplyse, hvem medlemsstaten anser for den egentlige modtager af udbyttet. Dermed rejser den forelæggende ret nærmere bestemt spørgsmålet om, hvem der bærer bevisbyrden for, at der er tale om misbrug.

88. 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 en direkte udbytteudlodning mellem kapitalfondene og sagsøgeren i hovedsagen være det »normale arrangement«. Dette »normale arrangement« skal endvidere medføre en højere beskatning.

89. Det er som udgangspunkt skattemyndigheden, der skal godtgøre, at den valgte fremgangsmåde er skatteretligt 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« [49]. Hvis det deraf fremgår, at hovedformålet [50] 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.

90. Det følger endvidere af Domstolens praksis [51], 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 udbyttemodtager.

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

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

50 – 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).

51 – 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).

91. Dermed kan der ud fra et dansk synspunkt kun være tale om et misbrug som omhandlet i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, såfremt der ved en direkte udbetaling af udbyttet ville indtræde en tilsvarende beskatning i Danmark. Dette er imidlertid udelukket i henhold til dansk ret, hvis den egentlige udbyttemodtager, når man ser bort fra det mellemliggende selskab, også er en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, eller udbyttemodtageren er hjemmehørende i en stat, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Såfremt kapitalfondene faktisk skal anses for skattetransparente selskaber, skal der i denne henseende tages udgangspunkt i de enkelte investorer for i det hele taget at kunne besvare dette spørgsmål.

92. Spørgsmål 8 skal derfor besvares således, at en medlemsstat, der ikke vil anerkende, at et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som udbyttet er betalt til, er udbyttemodtageren, med henblik på en antagelse om, at der foreligger misbrug, som udgangspunkt skal oplyse, hvem der efter medlemsstatens opfattelse er den egentlige udbyttemodtager. 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 moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 (spørgsmål 1, 1.1 og 2)

93. Med spørgsmål 1, 1.1 og 2 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om (1) Danmark kan påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, direkte med henblik på at nægte den skattepligtige den skattefritagelse, som er fastsat i samme direktivs artikel 5, stk. 1. Såfremt dette ikke er tilfældet, skal det afklares, om (2) Danmark med den eksisterende nationale lovgivning alligevel har gennemført moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, i tilstrækkeligt omfang.

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

94. Såfremt der på grundlag af de ovennævnte kriterier foreligger misbrug som omhandlet i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, er det foreliggende tilfælde særegent derved, at dansk ret ikke indeholdt nogen specifik bestemmelse til gennemførelse af bestemmelsen. Der fandtes – ifølge den forelæggende ret – heller ingen generel lovbestemmelse om hindring af misbrug. Visse procesdeltagere er derfor af den opfattelse, at der ikke kan nægtes dem den skattefritagelse, der følger af national ret, selv hvis der antages at foreligge misbrug.

95. En ordret gentagelse af direktivbestemmelser (her moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2) i en specifik lovbestemmelse i national ret er imidlertid 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 nationale forfatnings- eller forvaltningsretlige grundsætninger, hvis det derved på en tilstrækkeligt præcis og klar måde er sikret, at direktivet anvendes fuldt ud [52].

96. 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 udbyttet i realiteten formelt først blev betalt til de luxembourgske selskaber.

52 – 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).

97. Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, giver imidlertid medlemsstaterne lov til at bekæmpe misbrug på området. Dette er også i overensstemmelse med praksis i hele EU. Stort set alle medlemsstater har således udviklet visse instrumenter til bekæmpelse af retsmisbrug med henblik på skatteundgåelse [53]. 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 EU [54], kommer nu også til udtryk i artikel 6 i direktiv 2016/1164.

98. I denne henseende skal alle nationale regler, uanset om de er udstedt til gennemførelse af moder-/datterselskabsdirektivet eller ikke, fortolkes og anvendes i overensstemmelse med dette generelle retsprincip og særligt ordlyden af og formålet med moder-/datterselskabsdirektivet og dets artikel 1, stk. 2 [55]. 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 [56].

99. Kun en direkte anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, til skade for sagsøgeren ville – af hensyn til retssikkerheden [57] – være udelukket for de danske myndigheder. En medlemsstat kan således ikke over for en borger påberåbe sig en direktivbestemmelse, som den ikke selv har gennemført [58]. 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 [59]. 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 er rettet mod 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.

100. 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 moder-/datterselskabsdirektivet, har et sådant princip fundet specifikt udtryk og er blevet konkretiseret i direktivets artikel 1, stk. 2 [60]. 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 moder-/datterselskabsdirektivet – og ligeledes alle andre

53 – 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 § 2 i lov 1995:575 og Finland med § 28 i indkomstskatteloven; dels findes der særlige ordninger (som i Danmark vedrørende afregningspriser i henhold til ligningslovens § 2) eller generelle retsprincipper (i Forbundsrepublikken Tyskland f.eks. princippet om den økonomiske betragtning, der bl.a. kan udledes af § 39 ff. i Abgabenordnung (lov om afgifter)).

54 – 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).

55 – 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).

56 – 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).

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

58 – 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), af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 21), jf. også mit forslag til afgørelse Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 66).

59 – 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 og den deri nævnte retspraksis).

60 – 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, præmis 103).

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 [61].

2. Ingen anvendelse af retspraksis vedrørende momsretten

101. Domstolens afgørelser [62] 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.

102. 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.

103. For det andet forpligter EU-retten i henhold til artikel 325, stk. 1 og 2, TEUF medlemsstaterne til en (effektiv) opkrævning af moms [63], 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 denne henseende sondrer Domstolen selv i sin nyeste afgørelse mellem momsretten og den afledte EU-ret, der indeholder en udtrykkelig tilladelse til at bekæmpe misbrug [64]. Derfor kan en direkte anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, til skade for den skattepligtige ikke komme i betragtning [65].

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

104. 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.

105. 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 ganske vist 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 [66].

61 – 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).

62 – 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).

63 – 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).

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

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

66 – 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).

106. Af denne grund skal spørgsmål 1.1 og 2 besvares med, at hverken § 2, stk. 2, litra c, i den danske selskabsskattelov eller en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der for så vidt angår beskatningen af udloddet udbytte tager udgangspunkt i den retmæssige ejer, er tilstrækkelige til at kunne betragtes som gennemførelse af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2.

107. Dette kan imidlertid skulle undergives en anderledes vurdering i Danmark i forbindelse med anvendelsen af den såkaldte realitetsgrundsætning og princippet om »rette indkomstmodtager« i overensstemmelse med EU-retten. 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, at Danmark ikke udtrykkeligt har gennemført moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, vil følgelig være uden betydning. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at foretage en nærmere vurdering af dette spørgsmål.

108. 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 ved beskatningen at se bort fra rent fiktive arrangementer eller arrangementer, der udgør et misbrug – såfremt der er tale om sådanne (nærmere herom under punkt 53 ff.). »Realitetsgrundsætningen« forekommer mig 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[67]. 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.

109. Hvis formålet med arrangementet er at forhindre en beskatning af de egentlige investorer, sker den reelle udlodning ud fra en økonomisk betragtning til kapitalfondene henholdsvis deres investorer på trods af den formelle udlodning af udbytte til det luxembourgske moderselskab. Betalingen til det luxembourgske moderselskab afspejler i så fald ikke den økonomiske, men kun den civilretlige (formelle) virkelighed.

D. Tilsidesættelse af grundlæggende frihedsrettigheder (spørgsmål 6, 7, 9 og 10)

110. Eftersom der i det foreliggende tilfælde ikke er nogen holdepunkter for at antage, at forbuddet mod kildebeskatning i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5 ikke skulle finde anvendelse, er det ufornødent at behandle den forelæggende rets spørgsmål 6, 7, 9 og 10.

111. Såfremt den forelæggende ret ved en fortolkning af de principper, der findes i den nationale ret, i overensstemmelse med EU-retten alligevel måtte konkludere, at der foreligger et arrangement, der udgør et misbrug, kan en kildebeskatning ganske vist eventuelt komme på tale. I så fald er spørgsmålet imidlertid stadig ikke længere relevant i den foreliggende sag, eftersom denne beskatning er en følge af misbruget, og eftersom EU-retten ikke kan gøres gældende af borgerne med henblik på at muliggøre misbrug[68].

67 – 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.

68 – Jf. f.eks. 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 14.12.2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

112. Under alle omstændigheder har Domstolen imidlertid også tidligere fastslået, at forskelsbehandlingen af ind- og udenlandske rentemodtagere som følge af forskellige beskatningsteknikker ikke vedrører sammenlignelige situationer [69]. Det samme gælder for ind- og udenlandske udbyttemodtagere. 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 udbyttemodtager, der er hjemmehørende i udlandet, ikke er højere end den danske selskabsbeskatning af en indenlandsk udbyttemodtager [70].

113. Det samme gælder for en forskel i forrentningen eller påligningen af den skyldige danske selskabsskat hos udbyttemodtageren og en dansk forpligtelse til indeholdelse af kildeskat hos udbytteudbetaleren. 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 udbyttemodtageren indeholdes og indbetales en egentlig fremmed skat (dennes indkomst- eller selskabsskat). Forskelle i påligning og forrentning følger af forskelle af teknisk karakter og med hensyn til en kildebeskatnings funktion (herom punkt 73).

114. Vedrørende spørgsmål 10 bemærkes, at det omhandler en hypotetisk situation. Den forelæggende ret har hverken angivet, hvilken ejerandel T Danmarks (moder)moderselskabs (direkte eller indirekte) aktionærer råder over, eller oplyst, hvilke af disse aktionærer der er hjemmehørende i tredjelande. Af den beskrevne anmodning om et bindende svar fra T Danmark kan alene udledes, at en del af aktionærerne antageligt er hjemmehørende i De Forenede Stater. For så vidt angår ejerandelen er der dermed tale om hypotetiske faktiske omstændigheder. Domstolen skal imidlertid ikke besvare hypotetiske spørgsmål [71].

VI. Forslag til afgørelse

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

»1) Spørgsmål 1 skal besvares således, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, hvis den pågældende stat ikke har gennemført denne bestemmelse.

2) Spørgsmål 1.1 og 2 skal besvares med, at hverken § 2, stk. 2, litra c, i den danske selskabsskattelov eller en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der svarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst, kan betragtes som tilstrækkelig gennemførelse af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2. 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.

3) Spørgsmål 3 og 4 skal besvares med, at et moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, som modtager udbytte fra sit datterselskab, skal betragtes som den udbyttemodtager, der er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Begreberne i moder-/datterselskabsdirektivet skal undergives en selvstændig EU-retlig fortolkning i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet og uafhængigt af kommentarerne til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst af 1977 eller af senere affattelser.

69 – 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).

70 – 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.).

71 – Jf. bl.a. dom af 28.11.2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, præmis 44), og af 20.7.2017, Piscarreta Ricardo (C-416/16, EU:C:2017:574, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

4) Spørgsmål 5 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 gennem udbyttebetalinger via selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, til kapitalfonde, der er hjemmehørende i tredjelande, kan der navnlig være tale om en undgåelse af beskatning af udbyttet hos de egentlige udbyttemodtagere (dvs. investorerne). 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 udbyttemodtagere.

5) Spørgsmål 8 skal besvares således, at en medlemsstat, der ikke vil anerkende, at et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, er udbyttemodtageren, med henblik på en antagelse om misbrug skal oplyse, hvem der er den egentlige udbyttemodtager. I tilfælde, der involverer udenlandske forhold, kan den skattepligtige dog være omfattet af en skærpet forpligtelse til at samarbejde.

6) Henset til ovenstående besvarelser af spørgsmål 1 og 5 er det ufornødent at besvare spørgsmål 6, 7, 9 og 10.«