

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

13. marts 2007^{*}

I sag C-524/04,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Det Forenede Kongerige), ved afgørelse af 21. december 2004, indgået til Domstolen den 31. december 2004, i sagen:

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation

mod

Commissioners of Inland Revenue,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts (refererende dommer), P. Kūris og E. Juhász

^{*} Processprog: engelsk.

samt dommerne J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann, J. Makarczyk, G. Arestis og A. Borg Barthet,

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 31. januar 2006,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation ved G. Aaronson, QC, og ved barristers P. Farmer og D. Cavender
- Det Forenede Kongeriges regering ved C. Jackson og C. Gibbs, som befuldmægtigede, bistået af D. Anderson, QC, og barristers D. Ewart og S. Stevens
- den tyske regering ved M. Lumma og U. Forsthoff, som befuldmægtigede

— den nederlandske regering ved D.J.M. de Grave, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R. Lyal, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 29. juni 2006,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF, 49 EF og 56 EF — 58 EF.
- ² Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en sag, anlagt af forskellige koncerner (herefter »sagsøgerne i hovedsagen«) mod Commissioners of Inland Revenue (Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder), vedrørende den skatte-

mæssige behandling af renter betalt af selskaber, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, som vederlag for lån fra et selskab i samme koncern (herefter det »koncernforbundne selskab«), der ikke er hjemmehørende i denne medlemsstat.

De nationale bestemmelser

- ³ De relevante bestemmelser i den gældende lovgivning i Det Forenede Kongerige findes i lov af 1988 om indkomst- og selskabsskat (Income and Corporation Taxes Act 1988, herefter »ICTA«), først i den udgave, der var gældende før 1995, derefter som ændret ved bl.a. finansloven for 1995 (Finance Act 1995) samt ved finansloven for 1998 (Finance Act 1998).

De nationale bestemmelser før ændringerne i 1995

- ⁴ I henhold til ICTA's section 209(2)(d) skal det beløb, hvormed et i Det Forenede Kongerige hjemmehørende selskabs rentebetaling overstiger, hvad der må anses for et rimeligt kommercielt afkast af det pågældende lån, anses for en udlodning af overskud fra dette selskab. Denne bestemmelse finder anvendelse, såvel når lånet er ydet af et selskab, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, som når det er ydet af et ikke-hjemmehørende selskab. Den del af rentebeløbet, der overstiger, hvad der må anses for et rimeligt kommercielt afkast, kan ikke fradrages i det låntagende selskabs skattepligtige overskud, idet dette beløb anses for udloddet overskud

(udbytte). Dette forhold indebærer, at det låntagende selskab skal foretage en forskudsbetaling af selskabsskat (advance corporation tax, herefter »ACT-skat«) i henhold til ICTA's section 14.

- 5 I henhold til ICTA's section 209(2)(e)(iv) og (v) anses renter, som ikke allerede anses for en udlodning af overskud i henhold til section 209(2)(d), og som betales af et selskab, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, til et ikke-hjemmehørende selskab, som tilhører den samme koncern, for en »udlodning af overskud«, selv om renterne svarer til et rimeligt kommercielt afkast af det pågældende lån. Denne regel finder anvendelse på lån, som et ikke-hjemmehørende selskab har ydet et hjemmehørende datterselskab, hvori det långivende selskab har en kapitalandel på mindst 75%, eller når et tredje, ikke-hjemmehørende selskab har en kapitalandel på mindst 75% i begge datterselskaber.
- 6 I henhold til ICTA's section 788(3) finder de ovennævnte nationale bestemmelser dog ikke anvendelse, hvis en konvention til undgåelse af dobbeltbeskatning (herefter »dobbeltbeskatningsoverenskomst«) udelukker deres anvendelse og samtidig sikrer, at renterne under visse omstændigheder kan fradrages i skatten. De dobbeltbeskatningsoverenskomster, som er indgået af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, kan opdeles i to kategorier i henhold til betingelserne for rentefradrag.
- 7 I henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne af den første kategori såsom dem, der er indgået med Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Spanien, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig og Japan, kan renterne fradrages, hvis rentebeløbet under hensyn til størrelsen af det pågældende lån svarer til, hvad der ville være aftalt, såfremt der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem parterne eller mellem parterne og tredjemand.

- 8 I henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne af den anden kategori, som f.eks. dem, der er indgået med Den Franske Republik, Irland, Den Italienske Republik, Kongeriget Nederlandene, Amerikas Forenede Stater og Det Schweiziske Forbund, rejses det mere generelle spørgsmål, om rentebeløbet af en eller anden grund overstiger, hvad der ville være aftalt, såfremt der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem parterne eller mellem parterne og tredjemand, herunder om selve lånets størrelse overstiger, hvad der ville være ydet, hvis den nævnte særlige forbindelse ikke havde foreligget.
- 9 I henhold til ICTA's section 808A, der er indført ved section 52 i finanslov nr. 2 for 1992 (Finance No 2 Act 1992), og som finder anvendelse på renter, der betales efter den 14. maj 1992, skal der for så vidt angår den anden kategori af dobbeltbeskatningsoverenskomster tages hensyn til alle relevante faktorer, herunder om lånet i det hele taget ville være ydet, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem betaleren og modtageren af renterne, og, hvis dette havde været tilfældet, hvor stort lånet ville have været, og hvilken rentesats der ville have været aftalt.

Lovændringerne i 1995

- 10 Finansloven for 1995, der i princippet finder anvendelse på rentebetalinger efter den 28. november 1994, ændrede ikke ICTA's section 209(2)(d). Section 209(2)(e)(iv) og (v) blev imidlertid erstattet af section 209(2)(da), hvorefter rentebetalinger mellem koncernforbundne selskaber, som oversteg, hvad der ville være betalt, såfremt der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem betaleren og modtageren af renterne, skulle behandles som »udloddet overskud«. Denne regel finder anvendelse på lån, som et selskab yder et andet selskab, hvori det långivende selskab har en kapitalandel på mindst 75%, eller når et tredje selskab har en kapitalandel på mindst 75% i begges datterselskaber.

- 11 I henhold til ICTA's section 212(1) og (3), som ændret, finder section 209(2)(da) imidlertid ikke anvendelse, hvis både betaleren og modtageren af renterne er selskabsskattepligtige i Det Forenede Kongerige.
- 12 ICTA's section 209(2)(da) suppleres af section 209(8A) — (8F). I ICTA's section 209(8B) angives de kriterier, på grundlag af hvilke en rentebetaling skal anses for udlodning af udbytte. ICTA's section 209(8A), sammenholdt med section 209(8D) — (8F), afgør, om selskaber kan anses for koncernforbundne ved vurderingen af størrelsen af deres låntagning på koncernplan.

Lovændringerne i 1998

- 13 Ved finansloven for 1998 blev tillæg 28AA indført, som indeholder regler vedrørende transfer pricing, som også finder anvendelse på rentebetalinger mellem selskaber. Transaktioner mellem to selskaber under fælles kontrol er omfattet af disse regler, såfremt de vilkår, hvorunder transaktionerne er udført, er anderledes, end de ville have været, såfremt disse selskaber ikke havde været under fælles kontrol, og når disse vilkår giver en af de berørte parter en potentiel skattemæssig fordel i Det Forenede Kongerige. Begrebet fælles kontrol omfatter såvel et selskabs direkte eller indirekte medbestemmelse hvad angår et andet selskabs ledelse, kontrol eller formue, som tredjemands direkte eller indirekte medbestemmelse hvad angår de pågældende to andre selskabers ledelse, kontrol eller formue.

- 14 Indtil ændringerne af reglerne i 2004 blev det antaget, at der ikke var nogen potentiel fordel som omhandlet i denne lovgivning, for en af de berørte parter, når den anden part i transaktionen også var skattepligtig i Det Forenede Kongerige, og en række andre betingelser var opfyldt.
- 15 I 2004 blev reglerne ændret således, at de finder anvendelse, selv hvis begge parter i transaktionen er skattepligtige i Det Forenede Kongerige.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 16 Twisten i hovedsagen henhører under en tvist af typen »group litigation« med hensyn til tynd kapitalisering (»Thin Cap Group Litigation«), der omfatter en række sager med påstand om tilbagebetaling og/eller godtgørelse anlagt af koncerner mod Commissioners of Inland Revenue ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, som følge af dom af 12. december 2002, Lankhorst-Hohorst (sag C-324/00, Sml. I, s. 11779).
- 17 Hver af de sager, den forelæggende ret har valgt som prøvesag med henblik på denne anmodning om præjudiciel afgørelse, vedrører et selskab, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, og hvori et ikke-hjemmehørende moderselskab har en direkte eller indirekte ejerandel på mindst 75%, og som er blevet ydet et lån enten af moderselskabet eller af et andet ikke-hjemmehørende selskab, hvori det samme moderselskab har en direkte eller indirekte ejerandel på 75%.

- 18 Det drejer sig på den ene side om lån ydet et selskab, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, af et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, og hvor begge disse selskaber tilhører samme koncern, hvis øverste moderselskab har hjemsted i sidstnævnte stat. Dette er tilfældet for visse af prøvesagerne, nemlig sagerne vedrørende Lafarge-koncernen og Volvo-koncernen, hvori det långivende selskab og moderselskabet har hjemsted i den samme medlemsstat, i de pågældende tilfælde henholdsvis Frankrig og Sverige.
- 19 Visse af disse prøvesager vedrører på den anden side et selskab, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, og som tilhører en koncern, hvis øverste moderselskab har hjemsted i et tredjeland, nemlig i Amerikas Forenede Stater, og som er ydet et lån af et andet selskab i samme koncern, der enten er hjemmehørende i en anden medlemsstat (hvilket er tilfældet i en type anmodninger fra Caterpillar-koncernen, vedrørende et lån, der er ydet af et långivende selskab med hjemsted i Irland), i et tredjeland (hvilket er tilfældet i en anden type anmodninger fra Caterpillar-koncernen, vedrørende et lån, der er ydet af et långivende selskab med hjemsted i Schweiz), eller i en anden medlemsstat, men som handler gennem en filial i et tredjeland (hvilket er tilfældet for PepsiCo-koncernen, hvori det långivende selskab har hjemsted i Luxembourg, selv om det handler gennem en filial i Schweiz).
- 20 Ifølge forelæggelseskendelsen har visse af de sagsøgende selskaber konverteret en del af disse lån til egenkapital med henblik på at undgå, at renter betalt af restgælden i henhold til den lovgivning, der var gældende i Det Forenede Kongerige, blev anset for udlodning af overskud. Visse af sagsøgerne i hovedsagen har indgået en aftale med Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder om, hvorledes denne lovgivning finder anvendelse, og hvori det nærmere er reguleret, hvorledes skattemyndighederne vil vurdere de lån, der ydes inden for koncernerne i de kommende år.
- 21 Som følge af Lankhorst-Hohorst-dommen har sagsøgerne i hovedsagen anlagt sager med påstand om tilbagebetaling og/eller godtgørelse vedrørende de skattemæssige

ulemper, der fulgte af, at Det Forenede Kongeriges lovgivning fandt anvendelse på dem, herunder bl.a. den yderligere selskabsskat, der er betalt som følge af Det Forenede Kongeriges skattemyndigheders beslutning om ikke at anerkende fradrag i deres skattepligtige overskud for rentebetalinger og/eller at begrænse et sådant fradrag, samt den yderligere skat, der fulgte af, at disse selskaber konverterede fremmedkapital til egenkapital.

- 22 På denne baggrund har High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

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

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

- a) finansieringslånet ikke ydes af det låntagende selskabs moderselskab, men af et andet selskab (herefter »det långivende selskab«) inden for den samme

koncern, som har samme direkte eller indirekte moderselskab som det låntagende selskab, og både det fælles moderselskab og det långivende selskab er hjemmehørende i andre medlemsstater end det låntagende selskabs medlemsstat?

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

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

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

- 3) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1 og 2, såfremt det kan godtgøres, at låntagningen udgjorde et misbrug af rettigheder eller indgik i et kunstigt arrangement, hvis formål var at omgå skattelovgivningen i det

låntagende selskabs medlemsstat? Hvilke retningslinjer finder Domstolen det i givet fald passende at give for, hvornår der i sager som den foreliggende er tale om et sådant misbrug eller et sådant kunstigt arrangement?

- 4) Såfremt der foreligger en hindring for de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande i artikel 56 EF's forstand, eksisterede denne da den 31. december 1993, således at artikel 57 EF finder anvendelse?

- 5) Såfremt der i en eller flere af de situationer, der henvises til i spørgsmål 1 og 2, er tale om en tilsidesættelse af artikel 43 EF, 49 EF eller 56 EF, og såfremt det låntagende selskab eller andre selskaber i samme koncern (herefter »sagsøgerne«) fremsætter følgende krav:
 - a) et krav om tilbagebetaling af den yderligere selskabsskat, som det låntagende selskab har betalt som følge af, at der ikke blev indrømmet fradrag for renter betalt til det långivende selskab i selskabets selskabsskattepligtige overskud, når disse rentebetalinger ville have givet ret til fradrag i det låntagende selskabs overskud, hvis det långivende selskab også havde været hjemmehørende i det låntagende selskabs medlemsstat

 - b) et krav om tilbagebetaling af den yderligere selskabsskat, som det låntagende selskab har betalt i tilfælde, hvor det fulde rentebeløb faktisk er betalt til det

långivende selskab, men hvor fradraget for renterne er blevet nedsat som følge af de nationale bestemmelser eller skattemyndighedernes anvendelse af disse

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

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

- e) et krav om tilbagebetaling eller godtgørelse af et beløb svarende til de tab — eller andre skattefradrag eller skattegodtgørelser — i det låntagende selskab (eller som er overført til dette af andre selskaber i samme koncern, som også er hjemmehørende i det låntagende selskabs medlemsstat), som det låntagende selskab har brugt til at udligne de ovenfor i punkt a), b) og c)

omhandlede yderligere selskabsskattetilsvær, men som ellers kunne have været anvendt på anden måde eller fremført

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

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

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

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

- j) et krav om tilbagebetaling eller godtgørelse for eventuelle skattetilsvær, som er opstået i det långivende selskab i det land, hvor det er hjemmehørende,

ved modtagelsen af beløb fra det låntagende selskab, der blev betragtet som renteindtægter, men som i henhold til de i spørgsmål 1 nævnte nationale bestemmelser er blevet anset for udlodninger

skal disse krav da i fællesskabsretlig henseende betragtes som

- krav om tilbagebetaling af uretmæssigt opkrævede beløb, der opstår som følge af og i tillæg til overtrædelsen af de ovennævnte fællesskabsbestemmelser, eller
 - krav om godtgørelse eller erstatning, eller
 - krav om betaling af et beløb svarende til en fordel, der uretmæssigt er blevet nægtet?
- 6) Såfremt en del af spørgsmål 5 besvares med, at kravene er krav om betaling af et beløb svarende til en fordel, der uretmæssigt er blevet nægtet,
- a) opstår sådanne krav da som en konsekvens af og som supplement til den ret, som følger af de ovennævnte fællesskabsbestemmelser, eller

b) skal alle eller nogle af de erstatningsbetingelser, der er fastsat i [dom af 5. marts 1996, Brasserie du pêcheur og Factortame (forenede sager C-46/93 og C-48/93, Sml. I, s. 1029)], være opfyldt, eller

c) skal andre betingelser være opfyldt?

7) Har det betydning, om de i spørgsmål 6 opregnede krav efter national ret fremsættes som krav om tilbagebetaling eller fremsættes eller skal fremsættes som erstatningskrav?

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

9) Kan der i princippet foreligge en direkte årsagsforbindelse (i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i [Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen]) mellem en overtrædelse af artikel 43 EF, 49 EF eller 56 EF og tab som omhandlet i spørgsmål 5(a)-(h), der hævdes at være forårsaget heraf? Hvilke retningslinjer,

om nogen, finder EF-Domstolen det i givet fald passende at give for, hvilke omstændigheder den nationale ret bør tage hensyn til ved vurderingen af, om der foreligger en sådan direkte årsagsforbindelse?

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

Om de præjudicielle spørgsmål

Om første og tredje spørgsmål

- ²³ Med første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF, 49 EF eller 56 EF er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, der for et hjemmehørende selskab indebærer begrænsninger af retten til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der er

hjemmehørende i en anden medlemsstat, når det hjemmehørende selskab ikke ville være undergivet sådanne begrænsninger, hvis renterne havde været betalt af et lån ydet af et moderselskab, der var hjemmehørende i den første medlemsstat.

24 Dette spørgsmål skal behandles sammen med tredje spørgsmål, hvormed den forelæggende ret nærmere bestemt ønsker oplyst, om det har betydning for besvarelsen af det første spørgsmål, såfremt det kan godtgøres, at låntagningen udgjorde et misbrug af rettigheder eller indgik i et kunstigt arrangement, hvis formål var at omgå skattelovgivningen i den medlemsstat, hvor det låntagende selskab er hjemmehørende.

25 Indledningsvis skal der henvises til, at selv om direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de dog udøve kompetencen under overholdelse af fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 37, af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 29, og af 12.12.2006, sag C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Sml. I, s. 11673, præmis 36).

Om de bestemmelser vedrørende fri bevægelighed, der finder anvendelse

26 For så vidt som den forelæggende ret har anmodet Domstolen om en fortolkning af såvel artikel 43 EF vedrørende etableringsfriheden og artikel 49 EF vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser som af artikel 56 EF vedrørende de frie kapitalbevægelser, skal det undersøges om en national lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, kan være omfattet af disse friheder.

- 27 I henhold til fast retspraksis er nationale bestemmelser, der finder anvendelse på det forhold, at en statsborger i den pågældende medlemsstat ejer en andel af kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, der giver ham mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift, omfattet af det materielle anvendelsesområde for EF-traktatens bestemmelser om etableringsfriheden (jf. i denne retning dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22, af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 37, og af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 31).
- 28 I det foreliggende tilfælde finder de omtvistede nationale bestemmelser, der, som generaladvokaten har anført i punkt 33 og 34 i forslaget til afgørelse, foreskriver, at renter, der af et hjemmehørende selskab (herefter »det låntagende selskab«) betales af et lån, som er ydet af et ikke-hjemmehørende selskab (herefter »det långivende selskab«), anses for udloddet overskud, kun anvendelse på situationer, hvor det långivende selskab har en vis indflydelse på det låntagende selskab eller selv er kontrolleret af et selskab, der har en sådan indflydelse.
- 29 Hvad for det første angår den lovgivning, der var gældende før ændringerne i 1998, fandt de relevante bestemmelse i ICTA anvendelse på lån, som et ikke-hjemmehørende selskab ydede et hjemmehørende datterselskab, hvori det långivende selskab havde en kapitalandel på mindst 75%, eller når et tredje, ikke-hjemmehørende selskab havde en kapitalandel på mindst 75% i begge selskaber.
- 30 Hvad for det andet angår ændringerne i 1998 finder den omtvistede lovgivning kun anvendelse, når de pågældende to selskaber er under fælles kontrol i den forstand, at

et af selskaberne har direkte eller indirekte medbestemmelse hvad angår det andet selskabs ledelse, kontrol eller formue, eller at tredjemand har direkte eller indirekte medbestemmelse hvad angår de pågældende to selskabers ledelse, kontrol eller formue.

31 En lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, som har til formål at modvirke, at et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab udstyrer hjemmehørende selskaber med tynd kapitalisering (»thin capitalisation«), vedrører, således som Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anført, kun de situationer, hvor det ikke-hjemmehørende selskab har en sådan kontrol over de andre koncernforbundne selskaber, at det har indflydelse på valget af finansieringen af de andre selskaber, navnlig om disse selskaber skal finansieres med lån eller med kapitalindskud.

32 Det følger endvidere af forelæggelsesafgørelsen, at de sager, der er valgt som prøvesager i forbindelse med tvisten for den forelæggende ret, vedrører datterselskaber, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, og som med mindst 75% direkte eller indirekte ejes af et ikke-hjemmehørende moderselskab eller et andet ikke-hjemmehørende selskab, som ligeledes med mindst 75% direkte eller indirekte ejes af et ikke-hjemmehørende moderselskab.

33 En lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, og som kun vedrører forbindelser inden for en koncern, berører hovedsagelig etableringsfriheden og skal derfor undersøges i henhold til artikel 43 EF (jf. i denne retning dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 32, og dom af 12.12.2006, sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Sml. I, s. 11753, præmis 118).

34 Under den antagelse, at denne lovgivning, således som sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, har restriktive virkninger for den frie udveksling af tjenesteydelser og for de frie kapitalbevægelser, er sådanne virkninger uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring for etableringsfriheden og kan ikke begrunde en undersøgelse af den nævnte lovgivning med hensyn til artikel 49 EF og 56 EF (jf. i denne retning dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 27, dommen i sagen Cadbury Scheppees og Cadbury Scheppees Overseas, præmis 33, og dom af 3.10.2006, sag C-452/04, Fidium Finanz, Sml. I, s. 9521, præmis 48 og 49).

35 De forelagte spørgsmål skal derfor alene besvares i lyset af artikel 43 EF.

Om der foreligger en hindring for etableringsfriheden

36 Den ret til frit at etablere sig, som medlemsstaternes statsborgere har i henhold til artikel 43 EF, og som indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder på de vilkår, som i etableringsmedlemsstatsens lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere, omfatter i henhold til artikel 48 EF en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Det Europæiske Fællesskab, til at udøve virksomhed i den pågældende medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur (jf. bl.a. dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain ZN, Sml. I, s. 6161, præmis 35, Marks & Spencer-dommen, præmis 30, og dommen i sagen Cadbury Scheppees og Cadbury Scheppees Overseas, præmis 41).

37 For så vidt angår selskaber tjener deres hjemsted, jf. artikel 48 EF, ligesom det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, til at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem. Hvis man anerkendte, at et datterselskabs etableringsmedlemsstat frit kunne gennemføre en forskellig behandling af dette datterselskab alene på grund af, at dets moderselskab har hjemsted i en anden medlemsstat, ville artikel 43 EF blive indholdsløs (jf. i denne retning dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 18, af 13.7.1993, sag C-330/91, Commerzbank, Sml. I, s. 4017, præmis 13, dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl., præmis 42, og Marks & Spencer-dommen, præmis 37). Etableringsfriheden skal således sikre national behandling i værtsmedlemsstaten, idet den forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af selskabers hjemsted (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 14, og Saint-Gobain ZN-dommen, præmis 35).

38 I den foreliggende sag foreskriver de nationale bestemmer om tynd kapitalisering, at renter, som et selskab betaler til et andet koncernforbundet selskab af et lån ydet af dette selskab, under visse omstændigheder skal anses for udlodning af overskud, således at det låntagende selskab ikke har adgang til at fradrage rentebetalingerne i det skattepligtige overskud.

39 Det fremgår af sagens akter, at den omstændighed, at rentebetalingerne til et koncernforbundet selskab anses for udlodning af overskud, kan gøre det låntagende selskabs skattebyrde tungere, ikke blot fordi det skattepligtige overskud ikke kan nedsættes med det til rentebetalingerne svarende beløb, men også fordi dette selskab, når renterne behandles som udlodning af overskud, kan blive pålagt at foretage en forskudsbetaling af selskabsskat på tidspunktet for denne transaktion.

- 40 Det bemærkes, at de nationale bestemmelser vedrørende tynd kapitalisering indfører en forskellig behandling af låntagende hjemmehørende selskaber afhængig af, om det långivende koncernforbundne selskab har hjemsted i eller uden for Det Forenede Kongerige.
- 41 Det er hvad på den ene side angår den nationale lovgivning, der var i kraft indtil 1995, korrekt, at et hjemmehørende selskabs rentebetalinger i princippet ansås for udlodning af overskud, for så vidt som de oversteg et rimeligt kommercielt vederlag for det pågældende lån, uanset om det långivende selskab var hjemmehørende eller ej. Når et hjemmehørende selskab betalte renter til et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab uden for tilfælde, der var omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som udelukkede anvendelsen af den nationale lovgivning, ansås disse renter imidlertid altid for udloddet overskud, selv hvis de svarede til et rimeligt kommercielt afkast af lånet.
- 42 Hvad på den anden side angår den nationale lovgivning, som denne fandt anvendelse mellem 1995 og 1998, var bestemmelsen om, at renter, der af et selskab betales til et andet koncernforbundet selskab, sidestilles med udlodning af overskud, når disse renter oversteg, hvad der ville være aftalt, såfremt der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem betaleren og modtageren af renterne, eller mellem disse parter og en tredjeperson ikke anvendelig, når såvel det låntagende som det långivende selskab var skattepligtige i Det Forenede Kongerige.
- 43 Tilsvarende i henhold til den lovgivning, der fandt anvendelse mellem 1998 og 2004, henhørte renter, betalt mellem koncernforbundne selskaber, under reglerne vedrørende transfer pricing, når de vedrørte en transaktion indgået på andre vilkår,

end de ville have været, såfremt disse selskaber ikke havde tilhørt samme koncern, og hvis de vilkår, der var aftalt i forbindelse med denne transaktion, havde givet en af de berørte parter en potentiel skattemæssig fordel i Det Forenede Kongerige. Det følger af denne lovgivning, at en sådan fordel ansås for ikke at foreligge, når visse betingelser var opfyldt, bl.a. den omstændighed, at den anden part i transaktionen også var skattepligtig i Det Forenede Kongerige.

44 For så vidt som et selskab er skattepligtigt i Det Forenede Kongerige, hvis det har hjemsted eller driver virksomhed i denne medlemsstat gennem en filial eller et agentur, indebar de bestemmelser, der fandt anvendelse mellem 1995 og 2004, væsentlige begrænsninger for lån ydet af ikke-hjemmehørende moderselskaber.

45 Heraf følger, at selv før 1995 og under alle omstændigheder mellem 1995 og 2004 var den skattemæssige stilling for et hjemmehørende låntagende selskab i tilfælde af, at dette selskab betalte renter af et lån ydet af et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab, mindre fordelagtig end stillingen for et låntagende hjemmehørende selskab, som havde modtaget et lån fra et hjemmehørende koncernforbundet selskab.

46 Hvad angår denne forskellige behandlings forenelighed med traktatens bestemmelser om etableringsfriheden har den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering for det første gjort gældende, at disse bestemmelser ikke finder anvendelse på en national lovgivning, der blot tilsigter at gennemføre beskatningskompetencen, således som den i overensstemmelse de internationalt anerkendte principper er fordelt i de dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er indgået af Det Forenede Kongerige.

- 47 Disse regeringer har herved henvist til det princip, hvorefter staterne kan fordele overskud i selskaber, som tilhører samme koncern, på grundlag af reglen om »armslængdeprincippet« eller om »armslængdesammenligningen«, der bl.a. er omhandlet i artikel 9 i Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udviklings (OECD's) modeloverenskomst vedrørende indkomst og formue. Den tyske regering har anført, at det långivende selskabs hjemstat ifølge denne regel kan beskatte de modtagne renter, hvis den pågældende transaktion svarer til en transaktion indgået mellem tredjemænd, hvorimod denne beføjelse i modsat fald tilkommer det låntagende selskabs hjemstat.
- 48 Hvad angår gennemførelsen af dette princip har Det Forenede Kongeriges regering anført, at flertallet af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som denne medlemsstat har indgået, indeholder en bestemmelse, hvorefter de respektive kompetente myndigheder kan foretage en supplerende tilpasning, hvorved enhver forhøjelse af det skattepligtige overskud i det låntagende selskabs hjemstat modsvares af en tilsvarende nedsættelse af det skattepligtige overskud i den stat, hvor det långivende selskab har hjemsted.
- 49 Herved bemærkes, at eftersom der ikke på fællesskabsplan er truffet foranstaltninger med henblik på at indføre ensartede eller harmoniserede regler, er medlemsstaterne fortsat kompetente til at fastlægge kriterierne for fordelingen af deres respektive beskatningsbeføjelser, enten gennem overenskomst eller på egen hånd, bl.a. for at afskaffe dobbeltbeskatning (dom af 12.5.1998, sag C-336/96, Gilly, Sml. I, s. 2793, præmis 24 og 30, af 7.9.2006, sag C-470/04, N, Sml. I, s. 7409, præmis 44, og af 14.11.2006, sag C-513/04, Kerckhaert og Morres, Sml. I, s. 10967, præmis 22 og 23). Det tilkommer i denne forbindelse medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger til at undgå dobbeltbeskatning ved bl.a. at anvende de kriterier for fordeling af kompetencen, som følges i den internationale praksis på skatteområdet, herunder den af OECD udarbejdede modelkonvention (jf. i denne retning Gillydommen, præmis 31, N-dommen, præmis 45, og Kerckhaert og Morres-dommen, præmis 23).

50 De nationale bestemmelser, der er tvist om i hovedsagen, foretager imidlertid ikke blot en fordeling af kompetencen mellem Det Forenede Kongerige og de lande, hvormed Det Forenede Kongerige har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster.

51 Da disse bestemmelser før lovændringerne i 1995 bestemte, at renter, som et hjemmehørende selskab betalte af et lån ydet af et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab, skulle anses for udlodning af overskud, medmindre andet var bestemt i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, afspejlede disse bestemmelser således et valg truffet på egen hånd af Det Forenede Kongeriges lovgiver. Det samme gælder før ændringerne i 1998 for renter betalt under sådanne omstændigheder, når de oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår, samt efter lovændringerne i 1998 for transaktioner indgået mellem to selskaber under fælles kontrol på andre vilkår end dem, der ville være anvendt, såfremt selskaberne ikke havde været under en sådan kontrol, bl.a. når disse vilkår gav en af de berørte parter en potentiel skattemæssig fordel med hensyn til den lovgivning, der var gældende i Det Forenede Kongerige.

52 Snarere end at søge at undgå dobbeltbeskatning af overskud skabt i Det Forenede Kongerige, afspejler disse bestemmelser, at denne medlemsstat har valgt at organisere sit skattesystem med henblik på at undgå, at sådanne overskud unddrages skat i nævnte stat ved hjælp af arrangementer, hvorved ikke-hjemmehørende koncernforbundne moderselskaber underkapitaliserer hjemmehørende datterselskaber. Som generaladvokaten har anført i punkt 55 og 56 i forslaget til afgørelse, afkræftes den omstændighed, at de bestemmelser, hvorefter visse renter betalt til ikke-hjemmehørende behandles som udlodning af overskud, er ensidige,

hverken af den omstændighed, at denne medlemsstat med henblik på indførelsen af en sådan behandling har fundet inspiration i internationalt anerkendte principper, eller af den omstændighed, at medlemsstaten for långivende selskaber, der er hjemmehørende i visse andre lande, har søgt at ledsage anvendelsen af den nationale lovgivning med dobbeltbeskatningsoverenskomster, som indeholder bestemmelser, der tilsigter at forebygge eller lempe den dobbeltbeskatning, der kan følge af en sådan behandling.

- 53 Selv hvis anvendelsen af de bestemmelser, der er tvist om i hovedsagen, i visse tilfælde blot gennemfører kriterier, der er fastsat i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, står det ikke desto mindre fast, at medlemsstaterne ved udøvelsen af beskatningskompetencen, som fordelt på denne måde, desuden er forpligtet til at overholde fællesskabsretten (jf. i denne retning Saint-Gobain ZN-dommen, præmis 58 og 59, og dom af 12.12.2002, sag C-385/00, de Groot, Sml. I, s. 11819, præmis 94) og særligt etableringsfriheden, således som sikret ved artikel 43 EF.

- 54 Hvad endelig angår den omstændighed, at den forhøjelse af det skattepligtige overskud, der følger af en omkvalificering af renter, i henhold til bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst kan kompenseres af en tilsvarende nedsættelse af det skattepligtige overskud i det långivende selskabs hjemstat, er det korrekt, at eftersom den beskatningsordning, der følger af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er en del af den retlige ramme, der finder anvendelse i hovedsagen, og ordningen er blevet fremstillet som sådan af den forelæggende ret, skal Domstolen tage hensyn til den med henblik på at give en fortolkning af fællesskabsretten, der kan anvendes af den nationale ret (jf. i denne retning dom af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, præmis 21, og af 19.1.2006, sag C-265/04, Bouanich, Sml. I, s. 923, præmis 51-55, samt dommen i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, præmis 71, og dom af 14.12.2006, sag C-170/05, Denavit International og Denavit France, Sml. I, s. 11949, præmis 45).

- 55 Det fremgår imidlertid ikke af sagen, at anvendelse af den gældende lovgivning i Det Forenede Kongerige, sammenholdt med de relevante bestemmelser i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, generelt giver mulighed for at neutralisere den forøgelse af skattebyrden, der følger af en justering af det låntagende selskabs skattepligtige overskud, når de renter, som et hjemmehørende selskab har betalt til et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab, anses for udlodning af overskud i henhold til denne nationale lovgivning. Sagsøgerne i hovedsagen deler herved ikke Det Forenede Kongeriges opfattelse, hvorefter den skattemæssige byrde, der skabes for en koncern ved anvendelsen af nationale bestemmelser om tynd kapitalisering, i henhold til de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som Det Forenede Kongerige har indgået med andre medlemsstater, samt ved anvendelse af konvention 90/436/EØF af 23. juli 1990 om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EFT L 225, s. 10) altid er blevet kompenseret med en tilsvarende fordel.
- 56 Selv hvis det forudsættes, at en skattemæssig fordel, der indrømmes i det långivende selskabs hjemstat, kan neutralisere den skattebyrde, der for det låntagende selskab følger af anvendelsen af lovgivningen i sidstnævntes hjemstat, fremgår det ikke af sagen, at enhver forøgelse af det låntagende selskabs skattepligtige overskud, som følger af behandlingen af rentebetalinger til et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab, i henhold til den gældende lovgivning i Det Forenede Kongerige, sammenholdt med de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som denne medlemsstat har indgået, neutraliseres ved indrømmelse af en skattemæssig fordel til sidstnævnte selskab i dettes hjemstat.
- 57 Det Forenede Kongerige har for det andet gjort gældende, at den forskellige behandling, der anvendes i den lovgivning, der er tvist om i hovedsagen, ikke udgør en direkte og sikker hindring for udøvelsen af etableringsfriheden, da den hverken har til formål eller til følge at gøre det mindre attraktivt for selskaber med hjemsted i andre medlemsstater at udøve retten til at etablere sig i Det Forenede Kongerige.

- 58 Snarere end at etablere en forskelsbehandling sondres der med den lovgivning, der gælder i Det Forenede Kongerige, ifølge nævnte regering og den tyske regering blot mellem situationer, der ikke kan sammenlignes. Disse regeringer har anført, at det således kun er i en grænseoverskridende kontekst, at en koncern ved at finansiere et datterselskab, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, med lånte midler snarere end med egenkapital, kan organisere en »overførsel af overskud« til en anden stat, hvor overskuddet beskattes med en lavere sats, hvorved det hjemmehørende datterselskabs overskud unddrages fra beskatning i Det Forenede Kongerige. Desuden er det kun et udenlandsk moderselskab, der vil kunne vælge at etablere sig i en stat, hvor renter beskattes med en særlig lav skattesats eller er skattefrie.
- 59 Hertil bemærkes for det første, at den forskelsbehandling, som datterselskaberne af ikke-hjemmehørende moderselskaber underlægges inden for rammerne af en lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, i forhold til datterselskaber af hjemmehørende moderselskaber, kan hindre etableringsfriheden, selv om en multinational koncerns situation i skattemæssig henseende ikke kan sammenlignes med situationen for en koncern, hvori alle selskaberne er hjemmehørende i den samme medlemsstat.
- 60 Ganske vist foreligger risikoen for, at finansieringen af et datterselskab inden for en koncern indrettes med henblik på at organisere en overførsel af overskuddet til en stat, hvor dette beskattes med en lavere sats, almindeligvis ikke, hvis samtlige de pågældende selskaber beskattes i den samme medlemsstat med samme skattesats. Dette udelukker imidlertid ikke, at de regler, der er vedtaget af en medlemsstat, og som specifikt berører situationen for multinationale koncerner, i visse tilfælde kan udgøre hindringer for de pågældende selskabers etableringsfrihed.
- 61 Det bemærkes for det andet, at en forskellig behandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter hvor deres moderselskabs hjemsted befinder sig, udgør en

hindring for etableringsfriheden, da den gør det mindre attraktivt for selskaber med hjemsted i andre medlemsstater at gøre brug af etableringsfriheden, idet de som følge heraf kan give afkald på et erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i den medlemsstat, der har truffet foranstaltningen (jf. Lankhorst-Hohorst-dommen, præmis 32).

⁶² I modsætning til hvad Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, er det tilstrækkeligt for, at en sådan lovgivning anses for en hindring for etableringsfriheden, at den kan hindre, at denne frihed udøves i en medlemsstat af selskaber med hjemsted i en anden medlemsstat, uden at det er nødvendig at godtgøre, at den pågældende lovgivning faktisk har haft som virkning, at visse af disse selskaber har givet afkald på et erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i den første medlemsstat.

⁶³ Heraf følger, at den forskelsbehandling, som hjemmehørende låntagende selskaber inden for rammerne af de nationale bestemmelser vedrørende tynd kapitalisering, der er tvist om i hovedsagen, underlægges, afhængig af det långivende koncernforbundne selskabs hjemsted, udgør en hindring for etableringsfriheden.

Om begrundelsen for hindringen for etableringsfriheden

⁶⁴ En sådan hindring vil kun være tilladt, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn. Hvis dette er tilfældet, kræves det desuden, at hindringen er egnet til at sikre

gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det (Marks & Spencer-dommen, præmis 35, samt dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 47).

- 65 Det Forenede Kongeriges regering har, støttet af den tyske regering, gjort gældende, at de nationale bestemmelser, der er tvist om i hovedsagen, er begrundet såvel i nødvendigheden af at sikre sammenhængen i beskatningssystemet som i nødvendigheden af at bekæmpe skatteunddragelse. Ifølge Det Forenede Kongeriges regering drejer det sig i realiteten om to sider af samme formål, der er at sikre, at der foreligger et rimeligt og sammenhængende skattesystem.

— Om nødvendigheden af at sikre sammenhængen i det nationale skattesystem

- 66 Hvad for det første angår nødvendigheden af at sikre sammenhængen i det nationale skattesystem har Det Forenede Kongeriges regering gjort gældende, at den nationale lovgivning ved at sikre, at »maskerede« udlodninger af udbytte beskattes én gang og inden for den rette skattejurisdiktion, med de dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er indgået, som mellemlid, sikrer, at den eventuelle forhøjelse af det skattepligtige overskud i Det Forenede Kongerige kompenseres med en tilsvarende nedsættelse af det långivende selskabs skattepligtige overskud i dettes hjemstat. I den sag, der gav anledning til Lankhorst-Hohorst-dommen, forelå der derimod ingen tilsvarende bestemmelse i den dobbeltbeskatningsoverenskomst, der var indgået mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Kongeriget Nederlandene.

- 67 Den tyske regering har anført, at når det låntagende selskab og det långivende selskab er hjemmehørende i samme medlemsstat, kompenseres den skattemæssige

fordel, som en rentebetaling giver anledning til, dvs. fradraget af renterne i det låntagende selskabs skattepligtige overskud, altid med en tilsvarende skattemæssig byrde hos det långivende selskab, dvs. beskatningen af de renter, der er modtaget. Den omstændighed, at en sådan kompensation ikke er sikret i en situation, hvor det långivende selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat, har ført medlemsstaterne til at fordele deres beskatningskompetence under hensyntagen til, om den pågældende transaktion er indgået under tilsvarende vilkår som dem, der ville finde anvendelse mellem to uafhængige selskaber.

⁶⁸ I denne henseende skal der henvises til, at Domstolen i præmis 28 i dom af 28. januar 1992, *Bachmann* (sag C-204/90, Sml. I, s. 249), henholdsvis præmis 21 i dom af samme dato, *Kommissionen mod Belgien* (sag C-300/90, Sml. I, s. 305), har anerkendt, at hensynet til at sikre sammenhængen i et skattesystem kan begrunde en begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten. For at et anbringende, der bygger på en sådan begrundelse, kan tages til følge, skal det dog være fastslået, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning (jf. i denne retning dom af 14.11.1995, sag C-484/93, *Svensson og Gustavsson*, Sml. I, s. 3955, præmis 18, *Manninen-dommen*, præmis 42, og dom af 23.2.2006, sag C-471/04, *Keller Holding*, Sml. I, s. 2107, præmis 40).

⁶⁹ Selv om det antages, at en skattemæssig fordel, der indrømmes i det långivende selskabs hjemstat, kan neutralisere den skattebyrde, der for det låntagende selskab følger af anvendelsen af lovgivningen i dettes hjemstat, har de regeringer, som har afgivet indlæg, som anført i denne doms præmis 55 og 56, ikke godtgjort, at enhver forhøjelse af det låntagende selskabs skattemæssige overskud som følge af omkvalificeringen af renter, der er betalt til et ikke-hjemmehørende, koncernforbundet selskab, bliver neutraliseret ved indrømmelse af en skattemæssig fordel for sidstnævnte selskab i dettes hjemstat i henhold til den lovgivning, der gælder i Det Forenede Kongerige, sammenholdt med de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som denne medlemsstat har indgået.

- 70 Under disse omstændigheder kan hindringen for etableringsfriheden som følge af de nationale bestemmelser, der er tvist om i hovedsagen, derfor ikke være begrundet i nødvendigheden af at sikre sammenhængen i det nationale skattesystem.

— Om hensynet til at forhindre misbrug

- 71 Hvad for det andet angår betragtningerne knyttet til bekæmpelse af skatteunddragelse har Det Forenede Kongeriges regering gjort gældende, at de nationale bestemmelser vedrørende tynd kapitalisering i modsætning til den tyske lovgivning, der var omhandlet i den sag, der gav anledning til Lankhorst-Hohorst-dommen, sigter på en særlig form for skatteunddragelse, der består i at oprette kunstige arrangementer, der har til formål at omgå skattelovgivningen i det låntagende selskabs hjemstat. De bestemmelser, der gælder i Det Forenede Kongerige, går ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, i den forstand, at de bygger på det internationalt anerkendte armslængdeprincip, og at kun den del af renterne, der overstiger, hvad der ville være betalt inden for rammerne af en transaktion, der er indgået på armslængdevilkår, i medfør af bestemmelserne anses for udlodning af overskud, og at de anvendes med smidighed, idet de bl.a. forskriver en procedure for forudgående kontrol.
- 72 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at en national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning (jf. i denne retning dom af 16.7.1998, sag C-264/96, ICI, Sml. I, s. 4695, præmis 26, Lankhorst-Hohorst-dommen, præmis 37, Marks & Spencer-dommen, præmis 57, samt dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 51).

- 73 Den omstændighed i sig selv, at et hjemmehørende selskab ydes et lån af et koncernforbundet selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, kan ikke 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 (jf. i denne retning dom af 26.9.2000, sag C-478/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7587, præmis 45, dommen i sagen X og Y, præmis 62, dom af 4.3.2004, sag C-334/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2229, præmis 27, samt dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 50).
- 74 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 (dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 55).
- 75 I lighed med de transaktioner, der er omhandlet i Marks & Spencer-dommens præmis 49, og hvorved overførsler af underskud inden for en koncern tilrettelægges således, at de henføres til selskaber, der har hjemsted i de medlemsstater, der anvender de højeste skattesatser, og hvor skatteværdien af underskuddene derfor er størst, kan den type transaktioner, der er beskrevet i foregående præmis, gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på deres område, og dermed bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare (dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 56).

- 76 Således som Det Forenede Kongeriges regering har anført, sigter en national lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, på den praksis med »tynd kapitalisering«, hvorved en koncern søger at nedbringe beskatningen af overskud skabt af et af dens datterselskaber ved at vælge at finansiere dette datterselskab med lån snarere end med egenkapital, hvorved dette datterselskab kan overføre overskud til et moderselskab i form af renter, der kan fradrages ved beregningen af dets skattepligtige overskud, og ikke i form af udbytte, som ikke kan fradrages. Når moderselskabet er hjemmehørende i en stat, hvor skattesatsen er lavere end den, der finder anvendelse i datterselskabets hjemstat, kan skattebyrden således overføres til en stat med en lavere beskatning.
- 77 Ved at foreskrive, at disse renter anses for udlodning af overskud, kan en sådan lovgivning forhindre foranstaltninger, der ikke har andet formål end at undgå den skat, der normalt skal betales af overskud, som optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område. Heraf følger, at en sådan lovgivning er egnet til at nå det mål, med henblik på hvilket den er blevet vedtaget.
- 78 Det skal yderligere undersøges, om lovgivningen ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.
- 79 Som Domstolen har fastslået i præmis 37 i Lankhorst-Hohorst-dommen, opfyldes dette krav ikke af en national lovgivning, der ikke specielt har til formål at udelukke, at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå denne lovgivning, kan give en skattefordel, men generelt tager sigte på enhver situation, i hvilken moderselskabet, uanset af hvilken grund, har hjemsted i en anden medlemsstat.

80 En medlemsstats lovgivning kan derimod være begrundet i hensynet til at forhindre misbrug, når den foreskriver, at et datterselskabs rentebetalinger til et moderselskab kun anses for udlodning af overskud, hvis og i det omfang de overstiger, hvad disse selskaber ville have aftalt på armslængdevilkår, dvs. de kommercielle vilkår, som sådanne selskaber kunne være blevet enige om, hvis de ikke havde tilhørt samme koncern.

81 Den omstændighed, at et ikke-hjemmehørende selskab har ydet et hjemmehørende selskab et lån på vilkår, der ikke svarer til, hvad de pågældende selskaber ville have aftalt på armslængdevilkår, udgør for den medlemsstat, hvori det låntagende selskab er hjemmehørende, en objektiv omstændighed, der kan efterprøves af tredjemand ved afgørelsen af, om den pågældende transaktion helt eller delvist udgør et rent kunstigt arrangement, hvis væsentlige formål er at omgå denne medlemsstats skattelovgivning. Det er herved relevant, hvorvidt lånet ikke ville være ydet, eller om det ville være ydet med et andet beløb eller en anden rentesats, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem de pågældende selskaber.

82 Som generaladvokaten har anført i punkt 67 i forslaget til afgørelse, skal en national lovgivning, som hviler på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves for at afgøre, om en transaktion er et rent kunstigt arrangement, der blot har skattemæssige formål, anses for ikke at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at forhindre misbrug, hvis den skattepligtige person for det første i hvert tilfælde, hvor det ikke kan udelukkes, at der foreligger et sådant arrangement, uden at være underlagt unødige administrative byrder har adgang til fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået.

- 83 For at en sådan lovgivning forbliver forenelig med proportionalitetsprincippet, er det for det andet afgørende, at det kun er den del af rentebetalingerne, der overstiger, hvad der ville være aftalt, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem parterne eller mellem parterne og tredjemand, som anses for udlodning af overskud.
- 84 Det fremgår i det foreliggende tilfælde af sagen, at den lovgivning, der var gældende i Det Forenede Kongerige indtil ændringerne i 1995, foreskrev, at et hjemmehørende datterselskabs rentebetalinger på et lån ydet af et ikke-hjemmehørende moderselskab i det hele ansås for udlodning af udbytte, uden at det blev vurderet, om lånet var i overensstemmelse med et relevant kriterium, såsom armslængdekriteriet, og uden nogen mulighed for dette datterselskab for at fremlægge dokumentation for de virkelige forretningsmæssige grunde, hvorpå dette lån byggede.
- 85 Det fremgår imidlertid også af sagen, at denne lovgivning ikke fandt anvendelse i tilfælde, hvor dens anvendelse var udelukket i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som sikrede, at de pågældende renter kunne fradrages i skatten, for så vidt som rentesatsen ikke oversteg, hvad der ville være aftalt på armslængdevilkår. I henhold til en sådan dobbeltbeskatningsoverenskomst ville det kun være den del af renterne, som oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår, der ville være anset for udlodning af overskud.
- 86 Selv om et skattesystem som det, der for de situationer, der henhører herunder, følger af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som Det Forenede Kongerige har indgået, ved første øjekast forekommer at være baseret på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves, hvorved det kan afgøres, om der

foreligger et rent kunstigt arrangement, der blot har et skattemæssigt formål, påhviler det, når det viser sig, at sagsøgerne i hovedsagen er omfattet af et sådant system, den forelæggende ret at afgøre, om systemet giver sagsøgerne adgang til at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde, hvorpå deres transaktioner hviler, uden at være underlagt unødige administrative byrder, i tilfælde hvor disse transaktioner ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i en dobbeltbeskatningsoverenskomst for vurderingen af transaktionernes forenelighed med armslængdeprincippet.

⁸⁷ Det samme gælder for de nationale bestemmelser, der var gældende efter lovændringerne i 1995 og 1998. Det er ubestridt, at omkvalificeringen i henhold til disse bestemmelser kun vedrørte den del af renterne, der oversteg, hvad der ville være betalt på armslængdevilkår. Selv om de vilkår, der er fastsat i de nævnte bestemmelser, ved første øjekast forekommer at kræve en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves for at afgøre, om der foreligger et rent kunstigt arrangement, der blot har et skattemæssigt formål, tilkommer det den forelæggende ret at afgøre, om disse bestemmelser giver den skattepligtige person adgang til i givet fald under de betingelser, der fremgår af foregående præmis, at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde, hvorpå disse transaktioner hvilede, når en transaktion ikke opfylder armslængdekriteriet.

⁸⁸ I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, kan det ikke — når alle eller en del af de renter, som et hjemmehørende selskab har betalt til et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab, af en medlemsstat anses for udlodning af overskud, efter at det er fastslået, at det drejer sig om et rent kunstigt arrangement, hvis formål er at omgå denne medlemsstats skattelovgivning — i den forbindelse kræves af denne medlemsstat, at den sikrer, at det andet selskabs hjemstedsstat foretager det nødvendige for at undgå, at den betaling, der anses for et udbytte, på koncernniveau beskattes som sådan såvel i den medlemsstat, hvori det første selskab er hjemmehørende, som i den medlemsstat, hvori det andet selskab er hjemmehørende.

- 89 I det omfang den medlemsstat, hvor det første selskab er hjemmehørende, i et sådant tilfælde lovligt kan behandle dette selskabs rentebetalinger som udlodning af overskud, påhviler det i princippet ikke denne stat at sikre, at overskuddet, der er udloddet til et ikke-hjemmehørende selskab, der er aktionær, ikke rammes af kædebeskatning (jf. i denne retning dommen i sagen *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, præmis 59 og 60).
- 90 Det er således kun, når en medlemsstat beslutter at udøve sin beskatningskompetence ikke blot over for det hjemmehørende datterselskab vedrørende det overskud, der er skabt i denne medlemsstat, men ligeledes over for det ikke-hjemmehørende modtagende selskab vedrørende indtægt, som dette selskab modtager fra dette datterselskab, at denne stat i medfør af de mekanismer, der er fastsat i national ret for at forhindre eller mindske »kædebeskatning«, skal sikre, at et ikke-hjemmehørende modtagende selskab får en behandling, der svarer til et hjemmehørende modtagende selskabs, således at det ikke-hjemmehørende modtagende selskab ikke står over for en restriktion for etableringsfriheden, som i princippet er forbudt ved artikel 43 EF (jf. i denne retning dommen i sagen *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, præmis 70, samt dommen i sagen *Denkavit Internationaal og Denkavit France*, præmis 37).
- 91 I øvrigt bemærkes, at medlemsstaterne, eftersom der ikke på fællesskabsplan er truffet foranstaltninger med henblik på at indføre ensartede eller harmoniserede regler, således som det er fastslået i denne doms præmis 49, fortsat er kompetente til at fastlægge kriterierne for fordelingen af deres respektive beskatningsbeføjelser, enten gennem overenskomst eller på egen hånd, bl.a. for at afskaffe dobbeltbeskatning.
- 92 Første og tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 43 EF er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, der for et hjemmehørende selskab indebærer

begrænsninger af retten til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, eller af et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som er kontrolleret af et sådant moderselskab, uden at underlægge et hjemmehørende selskab, der har lånt midler af et selskab, der ligeledes er hjemmehørende, en sådan restriktion, medmindre denne lovgivning på den ene side er baseret på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves, og hvorved det kan afgøres, om der foreligger et rent kunstigt arrangement, der blot har et skattemæssigt formål, idet den skattepligtige person i givet fald og uden at være underlagt unødige administrative byrder efter lovgivningen skal have adgang til at fremlægge beviser vedrørende de forretningsmæssige grunde, der ligger til grund for den pågældende transaktion, og den nævnte lovgivning på den anden side, såfremt det er fastslået, at der foreligger et sådant arrangement, kun behandler disse renter som udloddet overskud, i det omfang de overstiger, hvad der ville være aftalt på armslængdevilkår.

Om det andet spørgsmål

- ⁹³ Den forelæggende ret ønsker med det andet spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om besvarelsen af det første spørgsmål bliver anderledes, hvis finansieringslånet ikke ydes det hjemmehørende selskab af et moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, men:

- af et andet selskab inden for samme koncern, der ligesom moderselskabet i koncernen er hjemmehørende i en anden medlemsstat

- af et andet selskab inden for samme koncern, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, mens de selskaber, der er koncernforbundne med såvel det låntagende som det långivende selskab, er hjemmehørende i et tredjeland, eller

- af et andet selskab inden for samme koncern, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, men yder lånet via en filial, der er beliggende i et tredjeland, mens de selskaber, der er koncernforbundne med såvel det låntagende som det långivende selskab, er hjemmehørende i et tredjeland, eller

- af et andet selskab inden for samme koncern, der ligesom de selskaber, der er koncernforbundne med såvel det låntagende som det långivende selskab, er hjemmehørende i et tredjeland.

94 Herom bemærkes indledningsvis, at en national lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, der med hensyn til, hvorvidt et hjemmehørende datterselskabs rentebetalinger til et moderselskab anses for udlodning, anvender en forskellig behandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter hvor deres moderselskabs hjemsted befinder sig, som det er fastslået i denne doms præmis 61, hindrer etableringsfriheden, da den gør det mindre attraktivt for selskaber med hjemsted i andre medlemsstater at gøre brug af etableringsfriheden, idet de som følge heraf kan give afkald på et erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i den medlemsstat, der har truffet foranstaltningen.

95 Heraf følger, at en sådan lovgivning udgør en restriktion for etableringsfriheden, som i princippet er forbudt ved artikel 43 EF, såvel når det hjemmehørende låntagende

selskab modtager et lån fra et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, som direkte eller indirekte har en andel i det låntagende selskabs kapital, der giver det mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift, som når det låntagende selskab modtager et lån fra et andet ikke-hjemmehørende selskab, der uafhængigt af sit hjemsted selv er kontrolleret af et selskab, som er hjemmehørende i en anden medlemsstat og direkte eller indirekte har en sådan andel i det låntagende selskabs kapital.

- ⁹⁶ Besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål gælder således også for det tilfælde, der er nævnt i første led af det andet præjudicielle spørgsmål.

- ⁹⁷ Hvad angår de tilfælde, der er nævnt i andet, tredje og fjerde led af det andet præjudicielle spørgsmål, bemærkes, at artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF, således som det er fastslået i denne doms præmis 36, omfatter en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, til at udøve virksomhed i en anden medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur.

- ⁹⁸ Derfor kan anvendelsen af en national lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, ikke være omfattet af artikel 43 EF i en situation, hvor et hjemme-

hørende selskab ydes et lån af et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som ikke selv ejer en kontrollerende andel i det låntagende selskab, og når disse to selskaber direkte eller indirekte kontrolleres af et selskab, der er koncernforbundet med begge selskaber, og som er hjemmehørende i et tredjeland.

99 Når den medlemsstat, der har vedtaget denne lovgivning, i en sådan situation anser det låntagende selskabs rentebetalinger for udlodning af overskud, berører dette ikke det långivende selskabs etableringsfrihed, men udelukkende etableringsfriheden for det koncernforbundne selskab, der har en sådan kontrol over de pågældende to andre selskaber, at det har indflydelse på valget af finansieringen af disse selskaber. For så vidt som dette koncernforbundne selskab ikke har hjemsted i en medlemsstat som omhandlet i artikel 48 EF, finder artikel 43 EF ikke anvendelse.

100 Af samme grunde kan anvendelsen af denne lovgivning ikke være omfattet af artikel 43 EF i en situation, hvor såvel det långivende selskab som det selskab, der er koncernforbundet med såvel det långivende som det låntagende selskab, er hjemmehørende i et tredjeland, eller i en situation, hvor det långivende selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat og ikke selv kontrollerer det låntagende selskab, yder lånet via en filial i et tredjeland, og det selskab, der er koncernforbundet med såvel det långivende som det låntagende selskab, også er hjemmehørende i et tredjeland.

101 Hvad angår de andre traktatbestemmelser, som sagsøgerne i hovedsagen har påberåbt sig, bemærkes, at en lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, og som kun vedrører forbindelser inden for en koncern, således som fastslået i denne doms præmis 33 og 34, hovedsagelig berører etableringsfriheden. Under den

antagelse, at en sådan lovgivning har restriktive virkninger for den frie udveksling af tjenesteydelser og for de frie kapitalbevægelser, er sådanne virkninger uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring for etableringsfriheden og kan ikke begrunde en undersøgelse af den nævnte lovgivning med hensyn til artikel 49 EF og 56 EF.

- ¹⁰² Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at en medlemsstats lovgivning som den, der er omhandlet i det første spørgsmål, ikke er omfattet af artikel 43 EF, når den finder anvendelse i en situation, hvor et hjemmehørende selskab ydes et lån af et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat eller i et tredjeland, og som ikke selv kontrollerer det låntagende selskab, og når disse to selskaber direkte eller indirekte kontrolleres af et selskab, der er koncernforbundet med begge selskaber, og som er hjemmehørende i et tredjeland.

Om det fjerde spørgsmål

- ¹⁰³ Med fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om der — såfremt en lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande i artikel 56 EF's forstand — må antages at have eksisteret en sådan restriktion den 31. december 1993, således at artikel 57, stk. 1, EF finder anvendelse.
- ¹⁰⁴ Det bemærkes uden videre, at en lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, således som det fremgår af denne doms præmis 33, 34 og 101, skal undersøges i henhold til artikel 43 EF og ikke i henhold til artikel 56 EF.

105 Det er herefter uforlødent at besvare fjerde spørgsmål.

Om femte til tiende spørgsmål

106 Med femte til tiende spørgsmål, der skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret, for det tilfælde at de nationale foranstaltninger, der er omhandlet i de foregående spørgsmål, er uforenelige med fællesskabsretten, nærmere bestemt oplyst, om krav som dem, der er fremsat af sagsøgerne i hovedsagen med henblik på at råde bod på en sådan uforenelighed, skal anses for krav om tilbagebetaling af uretmæssigt opkrævede beløb eller krav på fordele, der er uretmæssigt er blevet nægtet, eller derimod for erstatningskrav. I sidstnævnte tilfælde ønsker retten oplyst, om de betingelser, der er fastsat i Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, skal være opfyldt, og om der i den forbindelse skal tages hensyn til den form, hvori sådanne krav i medfør af national ret skal fremsættes.

107 Hvad angår anvendelsen af betingelserne for, at en medlemsstat kan tilpligtes at erstatte det tab, der er forvoldt borgere på grund af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, ønsker den forelæggende ret oplyst, om Domstolen kan give retningslinjer angående betingelsen om en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten, samt betingelsen om årsagsforbindelse mellem overtrædelsen af den forpligtelse, der påhviler medlemsstaten, og de skadelidtes tab.

- 108 Endelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om der ved afgørelsen af, hvilke tab der skal erstattes eller godtgøres, kan tages hensyn til, om de skadelidte på passende måde har søgt at undgå tabene, navnlig ved sagsanlæg.
- 109 Herved bemærkes, at det ikke tilkommer Domstolen at foretage en retlig kvalifikation af søgsmål, som sagsøgerne i hovedsagen har anlagt ved den forelæggende ret. Det må i det konkrete tilfælde påhvile disse nærmere at præcisere søgsmålenes karakter og grundlag (søgsmål med påstand om tilbagebetaling eller med påstand om erstatning) under den forelæggende rets kontrol (jf. dommen i sagen Metallgesellschaft m.fl., præmis 81, og dommen i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, præmis 201).
- 110 Det følger ganske vist af fast retspraksis, at retten til at få tilbagebetalt afgifter, som en medlemsstat har opkrævet i strid med fællesskabsrettens bestemmelser, består som en konsekvens af og i tilslutning til de rettigheder, som borgerne er tillagt ved fællesskabsrettens bestemmelser efter den fortolkning, som Domstolen har givet af disse. Medlemsstaten er således som udgangspunkt forpligtet til at tilbagebetale afgifter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten (dommen i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, præmis 202 og den deri nævnte retspraksis).
- 111 Når der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser om tilbagesøgning af nationale afgifter, der er opkrævet med urette, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten

medfører for borgerne, men disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) (dommen i sagen *Test Claimants in the FII Group Litigation*, præmis 203 og den deri nævnte retspraksis).

- 112 I tilfælde, hvor en medlemsstat har opkrævet skatter i strid med fællesskabsrettens regler, har borgerne desuden ikke blot ret til tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette, men også af beløb, der er betalt til denne stat eller indeholdt af denne i direkte forbindelse med denne skat. Domstolen har således i præmis 87 og 88 i dommen i sagen *Metallgesellschaft m.fl.* fastslået, at dette også omfatter det tab, der følger af, at pengebeløb ikke har været til rådighed som følge af skatteopkrævningen i form af forskudsskat (dommen i sagen *Test Claimants in the FII Group Litigation*, præmis 205 og den deri nævnte retspraksis).

- 113 I modsætning til hvad sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, kan imidlertid hverken de lempelser eller andre skattemæssige fordele, som et hjemmehørende selskab har givet afkald på for fuldt ud at kunne modregne en skat, der er opkrævet med urette, i anden skat, der skulle betales, eller det tab, som et sådant selskab har lidt, fordi den koncern, som selskabet tilhører, for at nedsætte sin globale skattebyrde har fundet det nødvendigt at erstatte en finansiering ved egenkapital med fremmedkapital, eller udgifter, som selskaberne i denne koncern har afholdt for at indordne sig under den pågældende nationale lovgivning, kompenseres på grundlag af fællesskabsretten ved et søgsmål med påstand om tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette, eller af de beløb, der er betalt til den pågældende medlemsstat eller indeholdt af denne i direkte forbindelse med denne skat. Sådanne omkostninger beror på beslutninger truffet af selskaberne i denne koncern og kan derfor ikke i sig selv udgøre en uundgåelig konsekvens af Det Forenede Kongeriges beslutning om at anse visse rentebetalinger til ikke-hjemmehørende selskaber for udlodninger af overskud.

- 114 På denne baggrund påhviler det den nationale ret at fastslå, om de omkostninger, der er nævnt i foregående præmis, for de pågældende selskaber udgør finansielle tab, der er lidt som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der kan tilregnes den pågældende medlemsstat.
- 115 Uden at det dermed er udelukket, at staten kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser i henhold til national ret, har Domstolen fastslået, at der gælder tre betingelser for, at en medlemsstat kan tilpligtes at erstatte det tab, der er forvoldt borgere på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der kan tilregnes medlemsstaten, nemlig at den bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af den forpligtelse, som påhviler staten, og de skadelidtes tab (jf. *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*, præmis 51 og 66, dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Köbler, Sml. I, s. 10239, præmis 51 og 57, og dommen i sagen *Test Claimants in the FII Group Litigation*, præmis 209).
- 116 Det er i princippet de nationale retsinstanser, der skal anvende betingelserne for, at medlemsstaterne ifalder ansvar for tab, som borgerne er blevet påført på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, i overensstemmelse med de anvisninger, som Domstolen har givet herfor (dommen i sagen *Test Claimants in the FII Group Litigation*, præmis 210 og den deri nævnte retspraksis).
- 117 Det er i tvisten i hovedsagen åbenbart, at den første betingelse er opfyldt for så vidt angår artikel 43 EF. Denne bestemmelse tillægger nemlig borgerne rettigheder (jf.

Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 23 og 54, og dommen i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, præmis 211).

- 118 Hvad angår den anden betingelse bemærkes for det første, at en overtrædelse af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret, såfremt en medlemsstat under udøvelsen af sin kompetence til at udstede generelle retsakter åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser. For det andet bemærkes, at såfremt medlemsstaten på det tidspunkt, hvor den begik overtrædelsen, kun havde et stærkt begrænset eller intet skøn, kan selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse (dommen i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, præmis 212 og den deri nævnte retspraksis).
- 119 Med henblik på at afgøre, om der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, skal der tages hensyn til alle de relevante momenter, der er blevet forelagt den nationale ret. Der skal bl.a. lægges vægt på, hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om overtrædelsen er begået, eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, og den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten (dommen i sagen Test Claimants in the FII Group Litigation, præmis 213 og den deri nævnte retspraksis).
- 120 En overtrædelse af fællesskabsretten er under alle omstændigheder åbenbart kvalificeret, når den har været ved til trods for, at der er afsagt en dom, der fastslår

traktatbruddet, eller en dom i en præjudiciel sag, eller der foreligger en fast praksis ved Domstolen på det pågældende område, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse (dommen i sagen *Test Claimants in the FII Group Litigation*, præmis 214 og den deri nævnte retspraksis).

¹²¹ I den foreliggende sag skal den nationale ret med henblik på at vurdere, om en tilsidesættelse af artikel 43 EF, der er begået af den pågældende medlemsstat, var tilstrækkelig kvalificeret, tage hensyn til den omstændighed, at de konsekvenser, der på et område som direkte beskatning følger af den frie bevægelighed, der er sikret ved traktaten, kun gradvist er blevet klarlagt, bl.a. ved de principper, Domstolen har udviklet siden dommen af 28. januar 1986 i sagen *Kommissionen mod Frankrig*. Indtil *Lankhorst-Hohorst*-dommen var det spørgsmål, der er rejst i den foreliggende præjudicielle anmodning, endnu ikke blevet behandlet som sådant i Domstolens praksis.

¹²² Hvad angår den tredje betingelse, dvs. kravet om, at der er en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af den forpligtelse, som påhviler staten, og de skadelidtes tab, tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om det påståede tab er en tilstrækkeligt direkte følge af tilsidesættelsen af fællesskabsretten til, at staten er erstatningspligtig (dommen i sagen *Test Claimants in the FII Group Litigation*, præmis 218 og den deri nævnte retspraksis).

¹²³ Med det forbehold, at selve retten til erstatning følger direkte af fællesskabsretten, når disse betingelser er opfyldt, skal staten erstatte det forvoldte tab efter nationale erstatningsregler, idet betingelserne i de nationale lovgivninger for erstatning af tab dog ikke må være mindre fordelagtige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål

efter national ret, og ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning (dommen i sagen *Test Claimants in the FII Group Litigation*, præmis 219 og den deri nævnte retspraksis).

- 124 Specielt må det præciseres, at den nationale retsinstans ved afgørelsen af, hvilket tab der skal erstattes, kan undersøge, om den skadelidte på passende måde har søgt at undgå skaden eller begrænse dens omfang, og navnlig om skadelidte i rette tid har gjort brug af alle de retsmidler, der stod til hans disposition (*Brasserie du pêcheur* og *Factortame*-dommen, præmis 84).
- 125 Domstolen har herved i præmis 106 i dommen i sagen *Metallgesellschaft m.fl.* med hensyn til en skattelovgivning, hvorefter hjemmehørende datterselskaber af ikke-hjemmehørende moderselskaber nægtedes adgang til at være omfattet af koncernbeskatningsordningen, fastslået, at udøvelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens umiddelbart anvendelige bestemmelser tillægger borgerne, ville blive gjort umulig eller uforholdsmæssig vanskelig, hvis deres krav om tilbagebetaling eller deres krav om erstatning på grundlag af tilsidesættelse af fællesskabsretten ikke kunne imødekommes eller blev nedsat alene med den begrundelse, at de pågældende ikke havde anmodet om en beskatningsordning, som de ikke havde ret til efter den nationale lovgivning, med henblik på at anfægte skattemyndighedernes afslag ved hjælp af de bestående retsmidler og under påberåbelse af fællesskabsrettens forrang og direkte virkning.
- 126 Anvendelsen af bestemmelserne om etableringsfriheden ville ligeledes blive gjort umulig eller uforholdsmæssig vanskelig, hvis kravene om tilbagebetaling eller erstatning på grundlag af tilsidesættelse af disse bestemmelser ikke kunne imødekommes eller blev nedsat alene med den begrundelse, at de pågældende

selskaber ikke havde anmodet skattemyndighederne om at kunne betale renterne af lån fra et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab, uden at disse renter ansås for udlodning af overskud, når den nationale lov, i givet fald sammenholdt med relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, under de omtvistede omstændigheder foreskrev, at de ansås for udlodning.

- ¹²⁷ Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om anvendelsen af den nationale lovgivning, der er tvist om i hovedsagen, under alle omstændigheder ville have ført til, at sagsøgerne i hovedsagen havde fået afslag på deres anmodninger over for Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder, når det fremgår, at denne lovgivning, i givet fald sammenholdt med relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, ikke opfylder de betingelser, der er nævnt i denne doms præmis 92, og derfor udgør en restriktion for etableringsfriheden, som er forbudt ved artikel 43 EF.

- ¹²⁸ Femte til tiende spørgsmål skal derfor besvares således:

- Når der ingen fællesskabsretlige bestemmelser findes på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne, herunder kvalifikationen af de krav, der fremsættes af de skadelidte ved de nationale retsinstanser. Disse retsinstanser er imidlertid forpligtet til at sikre, at borgerne har en effektiv søgsmålsadgang, således at de kan opnå tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette, og af beløb, der er betalt til den pågældende medlemsstat eller indeholdt af denne i direkte forbindelse med denne skat. Hvad angår andre tab, som en person har lidt som følge af en

tilsidesættelse af fællesskabsretten, der kan tilregnes en medlemsstat, er medlemsstaten, under de betingelser, der fremgår af præmis 51 i *Brasserie du pêcheur* og *Factortame-dommen*, forpligtet til at erstatte det tab, der er forvoldt borgere, uden at dette udelukker, at staten i henhold til national ret kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser.

- Den forelæggende ret kan, når det fremgår, at lovgivningen i en medlemsstat udgør en hindring for etableringsfriheden, som er forbudt ved artikel 43 EF, ved afgørelsen af, hvilke tab der skal erstattes, undersøge, om de skadelidte på passende måde har søgt at undgå skaderne eller begrænse disses omfang, og navnlig om de skadelidte i rette tid har gjort brug af alle de retsmidler, der stod til deres disposition. For at undgå, at udøvelsen af de rettigheder, som artikel 43 EF tillægger borgerne, gøres umulig eller uforholdsmæssig vanskelig, kan den forelæggende ret imidlertid afgøre, om anvendelsen af denne lovgivning, i givet fald sammenholdt med relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, under alle omstændigheder ville have ført til, at sagsøgerne i hovedsagen havde fået afslag på deres anmodninger over for denne medlemsstats skattemyndigheder.

Om anmodningen om, at denne doms tidsmæssige virkninger begrænses

- ¹²⁹ Under retsmødet anmodede Det Forenede Kongeriges regering Domstolen om, i tilfælde af at den fortolker fællesskabsretten således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, at begrænse dommens tidsmæssige virkninger således, at begrænsningen også omfatter retssager, der er anlagt før datoen for dommens afsigelse. Regeringen anslår omkostningerne ved en fortolkning af fællesskabsretten, der går regeringen imod, til at være 300 mio. EUR.

- 130 Det bemærkes, at Det Forenede Kongeriges regering i den foreliggende sag ikke har anført, på hvilket grundlag den er nået til sin skønsmæssige opgørelse af virkningerne af denne dom, eller endog om dette beløb udelukkende vedrører de økonomiske konsekvenser i hovedsagen eller også de økonomiske konsekvenser, som denne dom har for andre sager.
- 131 Det beløb, som denne regering har fremført, bygger desuden på den forudsætning, at Domstolens besvarelse fører til, at alle de påstande, sagsøgerne i hovedsagen har nedlagt, tiltrædes i deres helhed, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
- 132 Domstolen har under disse omstændigheder ikke tilstrækkelige oplysninger til at undersøge Det Forenede Kongeriges regerings anmodning.
- 133 Der er derfor ikke anledning til at begrænse dommens tidsmæssige virkninger.

Sagens omkostninger

- 134 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 43 EF er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, der for et hjemmehørende selskab indebærer begrænsninger af retten til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, eller af et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som er kontrolleret af et sådant moderselskab, uden at underlægge et hjemmehørende selskab, der har lånt midler af et selskab, der ligeledes er hjemmehørende, en sådan restriktion, medmindre denne lovgivning på den ene side er baseret på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves, og hvorved det kan afgøres, om der foreligger et rent kunstigt arrangement, der blot har et skattemæssigt formål, idet den skattepligtige person i givet fald og uden at være underlagt unødige administrative byrder efter lovgivningen skal have adgang til at fremlægge beviser vedrørende de forretningsmæssige grunde, der ligger til grund for den pågældende transaktion, og den nævnte lovgivning på den anden side, såfremt det er fastslået, at der foreligger et sådant arrangement, kun behandler disse renter som udloddet overskud, i det omfang de overstiger, hvad der ville være aftalt på armslængdevilkår.
- 2) En medlemsstats lovgivning som den, der er omhandlet i det første spørgsmål, er ikke omfattet af artikel 43 EF, når den finder anvendelse i en situation, hvor et hjemmehørende selskab ydes et lån af et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat eller i et tredjeland, og som ikke selv kontrollerer det låntagende selskab, og når disse to selskaber direkte eller indirekte kontrolleres af et selskab, der er koncernforbundet med begge selskaber, og som er hjemmehørende i et tredjeland.
- 3) Når der ingen fællesskabsretlige bestemmelser findes på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de

kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne, herunder kvalifikationen af de krav, der fremsættes af de skadelidte ved de nationale retsinstanser. Disse retsinstanser er imidlertid forpligtet til at sikre, at borgerne har en effektiv søgsmålsadgang, således at de kan opnå tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette, og af beløb, der er betalt til den pågældende medlemsstat eller indeholdt af denne i direkte forbindelse med denne skat. Hvad angår andre tab, som en person har lidt som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der kan tilregnes en medlemsstat, er medlemsstaten, under de betingelser, der fremgår af præmis 51 i dom af 5. marts 1996, *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame-dommen* (forenede sager C-46/93 og C-48/93), forpligtet til at erstatte det tab, der er forvoldt borgere, uden at dette udelukker, at staten i henhold til national ret kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser.

Den forelæggende ret kan, når det fremgår, at lovgivningen i en medlemsstat udgør en hindring for etableringsfriheden, som er forbudt ved artikel 43 EF, ved afgørelsen af, hvilke tab der skal erstattes, undersøge, om de skadelidte på passende måde har søgt at undgå skaderne eller begrænse disses omfang, og navnlig om de skadelidte i rette tid har gjort brug af alle de retsmidler, der stod til deres disposition. For at undgå, at udøvelsen af de rettigheder, som artikel 43 EF tillægger borgerne, gøres umulig eller uforholdsmæssig vanskelig, kan den forelæggende ret imidlertid afgøre, om anvendelsen af denne lovgivning, i givet fald sammenholdt med relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, under alle omstændigheder ville have ført til, at sagsøgerne i hovedsagen havde fået afslag på deres anmodninger over for denne medlemsstats skattemyndigheder.

Underskrifter