



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 19. juli 2012¹

Sag C-35/11

**Test Claimants in the FII Group Litigation
mod
Commissioners of Inland Revenue
The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af High Court (England and Wales), Chancery Division
(Det Forenede Kongerige))

»Artikel 49 TEUF og 63 TEUF — selskabsskat — dommen i sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation — ligebehandling af udbytte af indenlandsk oprindelse og udbytte af udenlandsk oprindelse — skattesats, der skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af, om beskatningsniveauerne for udbytte af indenlandsk og udenlandsk oprindelse modsvarer hinanden — lovbestemte eller effektive satser — frie kapitalbevægelser — nationale regler, der gælder uafhængigt af kapitalandelens størrelse — indirekte skattebetaling — skat, som ikke er betalt af det udloddende selskab — skat opkrævet med urette — krav på tilbagebetaling eller erstatning — udbytte modtaget fra selskaber i tredjelande — datterselskaber, som det modtagende selskab udøver afgørende indflydelse over — anvendelse af artikel 63 TEUF«

Indhold

I	– Indledning	2
II	– Baggrunden for den foreliggende præjudicielle sag	3
III	– Baggrunden for forelæggelseskendelsen	5
IV	– Spørgsmål 1	6
	A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger	6
	B – Bedømmelse	7
	a) Indledning	7
	b) Forpligtelse til at yde en godtgørelse, der svarer til den lovbestemte sats i kildestaten	9

¹ — Originalsprog: engelsk.

c) Såvel den effektive som den nominelle sats	10
d) Den lovbestemte sats	12
e) Spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en restriktion, og hvorvidt den var begrundet	12
f) Konklusion	15
V – Spørgsmål 2	15
A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger	15
B – Bedømmelse	16
VI – Spørgsmål 3	17
A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger	17
B – Bedømmelse	18
VII – Spørgsmål 4	19
A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger	19
B – Bedømmelse	20
VIII – Spørgsmål 5	23
A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger	23
B – Bedømmelse	23
IX – Forslag til afgørelse	24

I – Indledning

1. Den 12. december 2006 traf Domstolen præjudiciel afgørelse i sag C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (herefter »den første FII-dom«)², hvori den bl.a. svarede på spørgsmålet³ om, hvorvidt Det Forenede Kongeriges selskabsskatteregler, hvorefter aktieudbytte blev behandlet forskelligt, alt efter om det blev udloddet af selskaber, der var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, eller af ikke-hjemmehørende selskaber, var forenelige med visse EU-retlige bestemmelser.

2. Hovedsagen verserer stadig ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (herefter »High Court«), der har besluttet at udsætte sagen endnu en gang og at forelægge Domstolen fem yderligere spørgsmål til præjudiciel afgørelse. Hensigten er dels at få præciseret Domstolens svar i den første FII-dom, dels at få vejledning om andre spørgsmål, der er opstået under den nationale retssag.

2 — Sml. I, s. 11753. Da sagen er baseret på den første FII-sag, forudsættes det, at læseren både har gjort sig bekendt med generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse og dommen.

3 — Forelæggelseskendelsen var rettet mod to emneområder og indeholdt ni spørgsmål i alt. De første fem spørgsmål vedrørte Det Forenede Kongeriges relevante materielle skattelovgivning. De sidste fire spørgsmål drejede sig om retsmidler og tidsmæssige aspekter.

3. Lempelse for økonomisk dobbeltbeskatning af selskaber (dvs. at den samme indkomst beskattes to gange hos to forskellige skattepligtige) har stor økonomisk betydning for grænseoverskridende aktiviteter og berører mange EU-virksomheder direkte. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse belyser en række problemer vedrørende samspillet mellem lovgivningen om det indre marked og national og international skattelovgivning, hvilket er et omdiskuteret emne⁴.

II – Baggrunden for den foreliggende præjudicielle sag

4. Tvisten drejer sig i det væsentlige om følgende. Den lovgivning, der var gældende i Det Forenede Kongerige i den relevante periode (1973-1999)⁵, havde hovedsageligt til formål og følge at lempe den økonomiske dobbeltbeskatning for aktionærer. Der fandtes to forskellige ordninger baseret på en fritagelsesmetode for udbytte af indenlandsk oprindelse og en modregningsmetode (eller godtgørelsesmetode) for udbytte af udenlandsk oprindelse. Fritagelsesmetoden indebar, at hjemmehørende selskaber, der modtog udbytte fra andre hjemmehørende selskaber, slap fuldstændig for at betale skat af udbyttet ud fra en formodning om, at det selskab, der havde udloddet udbyttet, allerede havde betalt selskabsskat. Efter modregningsmetoden gav udbytte udloddet af ikke-hjemmehørende selskaber, dvs. udbytte af udenlandsk oprindelse, dog kun anledning til en skattegodtgørelse for det selskab i Det Forenede Kongerige, der modtog udbyttet⁶.

5. Hovedsagen vedrører en tvist mellem sagsøgerne i en prøvesag (»Test Claimants«) vedrørende fritaget investeringsindkomst (»Franked Investment Income (FII) Group Litigation«) (herefter »sagsøgerne i hovedsagen« og »sagsøgerne«) på den ene side og Commissioners of Inland Revenue og the Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (herefter under ét »HMRC«) på den anden side.

6. I svaret på det første af de ni spørgsmål, der var genstand for den første FII-dom, fastslog Domstolen, at den nuværende artikel 49 TEUF og 63 TEUF⁷ ikke var til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, hvorefter udbytte, som et hjemmehørende selskab modtog fra et andet hjemmehørende selskab, var fritaget for selskabsskat, og hvorefter udbytte, som et hjemmehørende selskab modtog fra et ikke-hjemmehørende selskab (i hvilket det hjemmehørende selskab besad mindst 10% af stemmerettighederne), blev selskabsbeskattet, samtidig med at der i sidstnævnte tilfælde blev ydet en skattegodtgørelse for den skat, som det udloddende selskab faktisk havde betalt i den medlemsstat, hvor det var hjemmehørende⁸. Dette var dog betinget af, at

4 — En kort redegørelse for restriktioner for de grundlæggende friheder baseret på direkte skatter findes i V. Metzler, *The relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation*, i M. Lang m.fl. (red.), *Introduction to European Tax law on Direct taxation*, Linde, Wien, 2008, s. 35. Med hensyn til den generelle debat henvises bl.a. til S. Kingston, »A light in the darkness: recent developments in the ECJ's direct tax jurisprudence«, *Common Market Law Review*, 2007, s. 1321-1359, M. Graetz – A. Warren, »Dividend Taxation in Europe: When the ECJ makes tax policy«, *Common Market Law Review*, 2007, s. 1577-1623, og J. Snell, »Non-discriminatory Tax Obstacles in Community Law«, *International and Comparative Law Quarterly* 2007, s. 339.

5 — Den oprindelige ordning med forskudsbetaling af selskabsskat (»advance corporation tax«, herefter »ACT«) trådte i kraft i 1973. Den blev ændret fra den 1.7.1994, hvor der blev indført en ordning med udbytte på grundlag af udenlandsk indkomst (»foreign income dividend«, herefter »FID«). Den nationale lovgivning og hovedsagen er nærmere beskrevet i den første FII-dom, præmis 6-30, og generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse, punkt 2-22.

6 — Der blev ydet godtgørelse for eventuel kildeskat af udbyttet og – på visse betingelser – for den underliggende skat, som de ikke-hjemmehørende selskaber havde betalt af deres overskud i det land, hvor de var hjemmehørende.

7 — Af klarhedshensyn anvendes den nye nummerering af traktatens artikler i det følgende.

8 — Præmis 73 i den første FII-dom.

»den skattesats, der gælder for udbytte af udenlandsk oprindelse, ikke er højere end den skattesats, der gælder for udbytte af indenlandsk oprindelse, og skattegodtgørelsen mindst svarer til det beløb, der er betalt i den medlemsstat, hvor det udloddende selskab er hjemmehørende, op til et maksimum på det beløb, som beskattningen i den medlemsstat, hvor det udbyttmodtagende selskab er hjemmehørende, udgør«⁹.

7. Det er denne udtalelse, forelæggelsesafgørelsen er centreret om i den foreliggende sag. I dommens præmis 56 tilføjede Domstolen således følgende:

»[Det påhviler] den forelæggende ret at efterprøve, om skattesatsen faktisk er den samme, og om der kun er tale om forskellige beskatningsniveauer i visse tilfælde, på grund af en ændring af beskatningsgrundlaget som følge af visse ekstraordinære lempelser.«

8. Denne tilgang, som i princippet tillader, at der på samme tid anvendes to forskellige ordninger for behandling af indenlandsk og udenlandsk udbytteindkomst, blev bl.a. anvendt i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen og Accor-sagen¹⁰, der begge drejede sig om lempelse for økonomisk dobbeltbeskatning af udenlandsk udbytteindkomst som led i selskabsbeskatningen.

9. High Court har efter gennemgang af den første FII-dom besluttet at udsætte forhandlingerne i hovedsagen endnu en gang og ved kendelse af 15. december 2010 forelagt Domstolen følgende fem præjudicielle spørgsmål¹¹:

- »1) Omhandler henvisningerne til »skattesatsen« og »forskellige beskatningsniveauer« i præmis 56 i [den første FII-dom]:
 - a) udelukkende lovbestemte eller nominelle skattesatser, eller
 - b) såvel de faktisk betalte skattesatser som lovbestemte eller nominelle skattesatser, eller
 - c) har de nævnte begreber en anden betydning, og i givet fald hvilken?
- 2) Har det nogen betydning for Domstolens besvarelse af spørgsmål 2 og 4 i [den første FII-forelæggelse], hvis:
 - a) udenlandsk selskabsskat ikke (eller ikke fuldt ud) betales af det ikke-hjemmehørende selskab, der udbetaler udbytte til det hjemmehørende selskab, men dette udbytte udbetales på grundlag af overskud, der omfatter udbytte, som er betalt af førstnævnte selskabs direkte eller indirekte datterselskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, og som blev udbetalt på grundlag af overskud, der havde givet anledning til betaling af skat i denne medlemsstat, og/eller

9 — Præmis 73 i den første FII-dom; jf. også præmis 57 i den første FII-dom. I denne sætning i dommen tales der fejlagtigt om »den skattesats, der gælder for udbytte af indenlandsk oprindelse«, selv om High Court i sin afgørelse har bemærket, at udbytte af indenlandsk oprindelse ikke beskattes. Når der optræder en sådan fejl i den første FII-dom, mener jeg ikke, at dommen kan fortolkes objektivt.

10 — Dom af 10.2.2011, forenede sager C-436/08 og C-437/08, Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, Sml. I, s. 305, præmis 86, og af 15.9.2011, sag C-310/09, Accor, Sml. I, s. 8115, præmis 44.

11 — Jeg vil for en god ordens skyld tilføje, at High Courts oprindelige afgørelse af 27.11.2008 om fornyet forelæggelse for Domstolen kun indeholdt spørgsmål 2, 3 og 5 (jf. (2008) EWHC 2893 (Ch)). En del af denne afgørelse blev kæret, hvorefter Court of Appeal ved dom af 23.2.2010 (jf. (2010) EWCA Civ 103) tilføjede det første spørgsmål, og kæret igen til Supreme Court, der ved kendelse af 8.11.2010 tilføjede det fjerde spørgsmål. Alle de spørgsmål, der indgår i anmodningen om præjudiciel afgørelse, er anført i High Courts kendelse af 15.12.2010. Spørgsmålene er i den foreliggende sag blevet udvalgt efter en grundig national proces og efter omhyggelige og indgående overvejelser om de spørgsmål, som den nationale ret ønsker Domstolens afklaring af.

- b) forskudsskat (»ACT-skate«) ikke betales af det hjemmehørende selskab, der modtager udbytte fra et ikke-hjemmehørende selskab, men betales af dets direkte eller indirekte hjemmehørende moderselskab efter yderligere udlodning af overskud fra det modtagende selskab, der direkte eller indirekte omfatter udbyttet?
- 3) Har det selskab, der betaler ACT-skate, under de omstændigheder, der er beskrevet i spørgsmål 2, litra b), et krav på tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette (San Giorgio-dommen)¹², eller blot et krav på erstatning af tab (dommen i sagen Brasserie du Pêcheur og Factortame)¹³?
- 4) Når den omhandlede nationale lovgivning ikke udelukkende finder anvendelse på situationer, hvor moderselskabet udøver afgørende indflydelse over det udloddende selskab, kan et hjemmehørende selskab da påberåbe sig artikel 63 TEUF [...] for så vidt angår udbytte, der er modtaget fra et datterselskab, som det har afgørende indflydelse på, og som er hjemmehørende i en tredjestat?
- 5) Finder Domstolens besvarelse af spørgsmål 3 i [den første FII-forelæggelse] ligeledes anvendelse, hvor de ikke-hjemmehørende datterselskaber, til hvilke der ikke kan ske overførsel, ikke er skattepligtige i den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende?»

10. Der er indgivet skriftlige indlæg på vegne af sagsøgerne i hovedsagen, Det Forenede Kongeriges regering, den tyske regering (vedrørende det første og fjerde spørgsmål), den franske regering (vedrørende det første og fjerde spørgsmål), Irland (vedrørende det første spørgsmål), den nederlandske regering (vedrørende det fjerde spørgsmål) og Europa-Kommissionen. Der blev afholdt retsmøde den 7. februar 2012 med deltagelse af sagsøgerne i hovedsagen, Det Forenede Kongeriges regering, den tyske regering, Irland og Europa-Kommissionen.

III – Baggrunden for forelæggelseskendelsen

11. Formålet med følgende diagram er at vise de selskabsstrukturer, der ligger til grund for de præjudicielle spørgsmål:

Det Forenede Kongerige	
A	
B	
C	
D	F
E	G
Andre EU-medlemsstater	Ikke-medlemslande (tredjelande)

12. Diagrammet er opdelt i tre landegrupper, nemlig Det Forenede Kongerige, andre EU-medlemsstater og ikke-medlemslande (tredjelande). Det omfatter syv hierarkisk ordnede selskaber, som betegnes med bogstaverne A-F. Selskab A er det øverste moderselskab, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Selskab B og C er datterselskaber af A og hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Selskab D og E er datterselskaber af C og hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat. Selskab F og G er datterselskaber af C og hjemmehørende i et ikke-medlemsland¹⁴.

12 — Dom af 9.11.1983, sag 199/82, Sml. s. 3595.

13 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Sml. I, s. 1029.

14 — Selskab C, D og F kan i visse internationale skatteforhold optræde som »water's edge companies«, der benyttes til at kanalisere udbyttet til eller fra andre selskaber i koncernen.

13. I spørgsmål 1 sammenlignes begreberne »skattesats« og »forskellige beskatningsniveauer«. Det indebærer en sammenligning mellem beskatningen af udbytte med oprindelse i Det Forenede Kongerige (selskab B og/eller C) og udbytte med oprindelse i andre EU-medlemsstater (selskab D) og ikke-medlemslande (selskab F).

14. Spørgsmål 2, litra a) og b), i den foreliggende præjudicielle sag følger op på de svar, Domstolen gav på det andet og fjerde spørgsmål i den første FII-dom. De vedrører en situation, hvor selskab D, der er hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat, udbetaler udbytte til datterselskabet C, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige.

15. Den første FII-dom var i den henseende baseret på to antagelser, nemlig 1) at selskab D havde betalt selskabsskat i den medlemsstat, hvor det var hjemmehørende, og 2) at selskab C havde betalt selskabsskat i Det Forenede Kongerige ved forskudsbetaling af selskabsskat (ACT-skat).

16. Set i dette perspektiv er hensigten med spørgsmål 2, litra a), at få præciseret, om det har betydning for Domstolens svar, hvis det udloddende selskab D ikke selv havde betalt selskabsskat eller ikke havde betalt fuld selskabsskat i den medlemsstat, hvor det var hjemmehørende, og skatten var blevet betalt af selskab E, der befandt sig på et lavere niveau i koncernen, i denne eller en anden medlemsstat.

17. Med spørgsmål 2, litra b), ønskes det oplyst, om det gør nogen forskel, hvis selskab C ikke selv betalte selskabsskat i form af ACT-skat i Det Forenede Kongerige, og skatten blev betalt »højere oppe« i selskabshierarkiet (af selskab B eller A) i henhold til regler om koncernbeskatning.

18. Spørgsmål 3 vedrører spørgsmålet om, hvorvidt ACT-skat, der er betalt af A eller B i Det Forenede Kongerige, kan søges tilbagebetalt som led i en sag om tilbagesøgning af ulovligt opkrævet skat eller en sag om erstatning for tilsidesættelse af EU-retten.

19. Spørgsmål 4 vedrører udbytte, der udloddes fra tredjelande til selskaber i Det Forenede Kongerige. Det ønskes nærmere bestemt oplyst, om artikel 63 TEUF finder anvendelse på en situation, hvor selskab F, der er hjemmehørende i et tredjeland, udbetaler udbytte til C, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, og hvor C kan udøve afgørende indflydelse over F.

20. Det 5. og sidste spørgsmål går på, om selskab D og F kunne få overført ACT-skat, der var betalt af selskab A, B eller C i Det Forenede Kongerige, når selskab D og F ikke var selskabsskattepligtige i Det Forenede Kongerige.

IV – Spørgsmål 1

A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger

21. High Court har stillet spørgsmål 1 for at få klarlagt betydningen af begreberne »skattesats« og »forskellige beskatningsniveauer« i præmis 56 i den første FII-dom.

22. I den sag, der gav anledning til den første FII-dom, blev Domstolen anmodet om at oplyse, om den nuværende artikel 49 TEUF og 63 TEUF var til hinder for, at en medlemsstat anvendte bestemmelser, hvorefter udbytte, som et hjemmehørende selskab modtog fra andre hjemmehørende selskaber, var fritaget for selskabsskat, men hvorefter der skulle betales selskabsskat af udbytte, som blev modtaget fra selskaber, der var hjemmehørende i andre medlemsstater (med dobbeltbeskatningslempelse for eventuel kildeskat, som blev betalt af udbyttet, og – på visse betingelser – for den underliggende skat, som de ikke-hjemmehørende selskaber havde betalt af deres overskud i det land, hvor de var hjemmehørende).

23. Da sagens behandling blev genoptaget af High Court, var parterne uenige om fortolkningen af den første FII-dom og navnlig om fortolkningen af præmis 54-56 heri.

24. Sagsøgerne i hovedsagen gjorde gældende, at den nationale ret i præmis 56 i den første FII-dom¹⁵ blev pålagt at efterprøve, om fritagelsen for nationalt udloddet overskud kunne føre til en lavere faktisk skattebyrde end den skattebyrde, der opstod ved ydelse af indirekte skattegodtgørelse for udloddet overskud af udenlandsk oprindelse. De fremførte ekspertudtalelser for High Court for at vise, at det faktiske niveau for beskatning af hjemmehørende selskabers overskud i de fleste tilfælde var lavere end den lovbestemte sats. Det var derfor ikke kun tilfældet »under ganske særlige omstændigheder«, hvilket Det Forenede Kongeriges regering hævdede under den første FII-sag¹⁶. Dette blev ikke som sådan bestridt af HMRC. Det var snarere HMRC's opfattelse, at den nationale ret blot blev opfordret til at efterprøve, om der kun blev anvendt forskellige lovbestemte skattesatser under ganske usædvanlige omstændigheder, og ikke at undersøge de faktiske beskatningsniveauer.

25. High Court tiltrådte sagsøgernes fortolkning af dommen. Under appelsagen var opfattelsen delt hos Court of Appeal. To af dommerne tilsluttede sig HMRC's opfattelse, mens den tredje dommer tiltrådte High Courts afgørelse. I betragtning af denne uenighed besluttede Court of Appeal på ny at forelægge sagen for Domstolen med henblik på en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af de relevante præmisser i den første FII-dom. Denne afgørelse blev kæret til Supreme Court, der hjemviste sagen til High Court med henblik på præjudiciel forelæggelse for Domstolen.

26. Den tyske regering, Irland og Det Forenede Kongeriges regering har i deres indlæg for Domstolen anført, at henvisningerne til »skattesatsen« og »forskellige beskatningsniveauer« i præmis 56 i den første FII-dom udelukkende omhandler lovbestemte eller nominelle skattesatser. Sagsøgerne i hovedsagen hævder, at disse udtryk omhandler såvel de faktisk betalte skattesatser som lovbestemte eller nominelle skattesatser¹⁷. Kommissionen mener, at medlemsstaten skal beregne skattegodtgørelsen efter den nominelle skattesats, der gælder i kildestaten.

B – Bedømmelse

a) Indledning

27. I det følgende gives en kort gennemgang af de forskellige anskuelser, som generaladvokaten og Domstolen fremførte i den første FII-sag.

28. Generaladvokat Geelhoed fandt i den første FII-sag, at det i princippet kunne være foreneligt med traktaten at anvende to forskellige ordninger for lempelse af økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte. Efter en nærmere vurdering konkluderede han dog, at det uvægerligt ville medføre forskelsbehandling og være uforeneligt med traktaten at anvende én ordning for udbytte af indenlandsk oprindelse og en anden ordning for udbytte af udenlandsk oprindelse.

29. Dette hænger ifølge generaladvokaten sammen med, at »den godtgørelsesordning, som Det Forenede Kongerige anvender med henblik på lempelse af den økonomiske dobbeltbeskatning af udenlandsk udbytte, i visse tilfælde [kan] være mindre fordelagtig end den fritagelsesordning, som anvendes på indenlandsk udbytte. Fritagelsesordningen indebærer, at fordelene af underliggende selskabsskattefritagelser og fradrag i selskabsskatten kan videregives til det moderselskab, som

15 — Præmis 56 i den første FII-dom er citeret i punkt 7 i dette forslag til afgørelse.

16 — Præmis 55.

17 — Den franske regering er i store træk enig i dette, men dens konklusioner er ikke de samme, jf. fodnote 36 nedenfor.

modtager udbyttet, hvorimod godtgørelsesordningen ikke giver mulighed for at videregive disse fordele, da skatten af udbyttet suppleres op til den almindelige selskabsskattesats i Det Forenede Kongerige. I sådanne tilfælde kan dette ses som udtryk for, at Det Forenede Kongerige anvender en anden (lavere) skattesats på indenlandsk udbytte end den, det anvender på udenlandsk udbytte»¹⁸.

30. Dette har jeg to bemærkninger til. For det første er formålet med at anvende en modregningsordning for udbytte af udenlandsk oprindelse selvfølgelig at opnå det mål, som generaladvokat Geelhoed beskrev, nemlig at udligne den virkning, som en lavere effektiv skattesats i kildestaten har for beskatningen i hjemstaten. Det sikres ved, at man i hjemstaten beskatter differencen mellem den effektive sats i kildestaten og den sats¹⁹, der gælder for udbytte af udenlandsk oprindelse i hjemstaten.

31. Det synes for det andet at fremgå af forslaget til afgørelse, at generaladvokat Geelhoed ikke var uenig med Det Forenede Kongerige og Kommissionen i deres anbringende om, at begge ordninger fører til lempelse af økonomisk dobbeltbeskatning²⁰.

32. I den første FII-dom fastslog Domstolen imidlertid, at det kunne være foreneligt med traktaten at anvende to forskellige ordninger for lempelse af økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte af indenlandsk og udenlandsk oprindelse, forudsat at visse betingelser var opfyldt²¹. Domstolen er nu blevet anmodet om at præcisere sin afgørelse.

33. Generaladvokatens forslag til afgørelse ville efter min opfattelse have været mere på linje med Domstolens praksis vedrørende restriktioner for de grundlæggende friheder baseret på direkte skatter. Når der sideløbende anvendes to forskellige metoder til lempelse af økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte af indenlandsk og udenlandsk oprindelse, er det selvfølgelig ikke i overensstemmelse med princippet om kapitaleksportneutralitet²². Formålet med de to metoder er ikke det samme hvad angår muligheden for at videregive underliggende selskabsskattefritagelser og -fordele til aktionæren. Modregningsmetoden har til formål at undgå videregivelse, hvorimod fritagelsesmetoden sikrer videregivelse, for så vidt som der ikke sker yderligere beskatning for at supplere beskatningen af det udloddede udbytte op til de lovbestemte satser²³.

34. Da den manglende neutralitet skyldes de regler, der findes i den medlemsstat, hvor aktionæren bor, kan den desuden ikke anses for at være en direkte følge af forskelle mellem de forskellige medlemsstaters skatteregler²⁴.

18 — Punkt 50 i forslaget til afgørelse.

19 — High Court bemærkede i sin afgørelse af 27.11.2008, nævnt i fodnote 11 ovenfor, præmis 51, at moderselskabet i Det Forenede Kongerige ikke nødvendigvis betaler selskabsskat efter den lovbestemte sats af udbytte af udenlandsk oprindelse, fordi det sagtens kan have adgang til lempelser. Den effektive sats for udbytte af udenlandsk oprindelse kan med andre ord også være lavere end den lovbestemte sats, og den samlede skattebyrde vil ikke »altid« blive suppleret op til den almindelige sats i Det Forenede Kongerige, sådan som generaladvokat Geelhoed hævdede i sit forslag til afgørelse (punkt 50), nævnt i fodnote 2 ovenfor.

20 — Jf. punkt 48, sammenholdt med punkt 51, i forslaget til afgørelse.

21 — Præmis 56 i den første FII-dom, der er citeret i punkt 7 i dette forslag til afgørelse.

22 — Ved kapitaleksportneutralitet forstås en situation, »hvor investorerne beskattes på samme niveau af deres kapitalindkomst, uanset hvilket land indkomsten oppebæres i«. Omvendt menes der med kapitalimportneutralitet en situation, »hvor investeringerne i et land beskattes på samme niveau, uanset om de foretages af en indenlandsk eller udenlandsk investor«. Godtgørelsesmetoden illustrerer det førstnævnte princip, og fritagelsesmetoden illustrerer det sidstnævnte princip. Jf. B. Larking, *IBFD International Tax Glossary*, 5. oplag, Amsterdam, IBFD 2005.

23 — Dette er min fortolkning af det princip, der ligger til grund for bl.a. dom af 6.6.2000, sag C-35/98, Verkooijen, Sml. I, s. 4071, af 18.9.2003, sag C-168/01, Bosal, Sml. I, s. 9409, af 15.7.2004, sag C-315/02, Lenz, Sml. I, s. 7063, af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, og af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995.

24 — Jf. generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 12.12.2006, sag C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Sml. I, s. 11673, punkt 31-54, og i den første FII-sag, punkt 38, dom af 14.11.2006, sag C-513/04, Kerckhaert og Morres, Sml. I, s. 10967, præmis 20 og 22, og punkt 31 i generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i denne sag.

35. Den tilgang, som Domstolen valgte i den første FII-dom, er dog også blevet fulgt i efterfølgende sager²⁵. Jeg vil som følge heraf og af hensyn til retssikkerheden ikke foreslå, at Domstolen afviger fra denne retspraksis, som medlemsstaternes domstole, virksomheder og skattemyndigheder selvfølgelig har støttet sig på. Denne retspraksis kan dog ikke opretholdes, medmindre Domstolen erkender, at anvendelsen af den ovenfor nævnte blandede asymmetriske ordning resulterer i, at udbytte af udenlandsk oprindelse behandles mindre fordelagtigt. Årsagen er, at mulighederne for at videregive de skattefradrag, der gælder for det underliggende selskabsoverskud, til aktionæren, ikke er de samme²⁶.

36. Hvis Domstolen beslutter at tage denne forholdsvis nye retspraksis op til fornyet overvejelse, vil den bedste løsning dog være at følge den tilgang, som generaladvokat Geelhoed foreslog i den første FII-forelæggelse.

37. Jeg vil nu gennemgå de tre alternative fortolkninger, som High Court har opstillet i det første spørgsmål i forelæggelsesafgørelsen.

b) Forpligtelse til at yde en godtgørelse, der svarer til den lovbestemte sats i kildestaten

38. High Court ønsker hvad angår den tredje alternative fortolkning oplyst, om der med begreberne »skattesatsen« og »forskellige beskatningsniveauer«, som der henvises til i præmis 56 i den første FII-dom, menes andet end lovbestemte eller effektive skattesatser, og hvilken betydning disse begreber i givet fald har.

39. Det er kun Kommissionen, der mener, at det er tilfældet. Kommissionen har foreslået, at spørgsmål 1 besvares med, at medlemsstaten »skal sikre, at skattegodtgørelsen svarer til den lempelse, der gives for udbytte [af indenlandsk oprindelse], ved at beregne godtgørelsen efter den nominelle skattesats, der gælder i den stat, som udbyttet stammer fra«.

40. Kommissionens hensigt med dette forslag er at sikre formel ligebehandling og anvendelighed, samtidig med at der opnås et retfærdigt resultat. Man vil på den ene side kunne undgå systematisk at favorisere udenlandsk udbytte, der stammer fra kildestater med lave skattesatser. Det vil på den anden side ikke være nødvendigt systematisk at genberegne det udbytteudloddende udenlandske selskabs skattemæssige forpligtelse ud fra den fiktive skat, som selskabet skulle have betalt, hvis det var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Denne metode vil ifølge Kommissionen være mere i overensstemmelse med fritagelsen for udbytte af indenlandsk oprindelse.

41. Selv om Kommissionens forslag er både enkelt og elegant, mener jeg ikke, at Domstolen bør følge det, og det er der fire årsager til.

42. For det første er Kommissionens forslag ikke knyttet til den første FII-dom eller til de argumenter, som parterne støttede sig på i forbindelse med den første FII-forelæggelse, medmindre det ses som en forklaring af udtrykket »på tilsvarende måde« i svaret på det første præjudicielle spørgsmål i den første FII-dom. Kommissionens løsning må betragtes som et uafhængigt alternativ, som ikke har noget at gøre med de argumenter, der blev fremført i hovedsagen.

43. Hvis Kommissionens løsning blev valgt, ville det for det andet betyde, at der ifølge EU-retten kun fandtes én mulighed for at anvende modregningsmetoden til lempelse af den økonomiske dobbeltbeskatning af udbytte af udenlandsk oprindelse i et skattesystem, som fritager udbytte af indenlandsk oprindelse. Det ville svare til en retlig harmonisering af de skattemæssige bestemmelser på et område, der henhører under medlemsstaternes kompetence, selv om denne metode, hvilket

25 — Jf. punkt 8 ovenfor og fodnote 10.

26 — Jf. afsnit e) nedenfor (punkt 58 ff.).

Kommissionen også har indrømmet, ikke resulterer i generel ligebehandling i alle tilfælde, men foreslås på grund af sin gennemførlighed. Afvejningen af den ønskede grad af lighed og den administrative gennemførlighed bør efter sin natur overlades til den lovgivende magt og ikke til den dømmende magt²⁷.

44. For det tredje er løsningen ikke kapitaleksportneutral, hvis de effektive skattesatser i den medlemsstat, hvor udbyttedtageren er hjemmehørende, ligger tæt på den lovbestemte sats, hvorimod kildestaten har høje lovbestemte satser og lave effektive satser. Sagt på en anden måde vil den medlemsstat, hvor modtageren er hjemmehørende, være tvunget til at yde en skattegodtgørelse, som svarer til differencen mellem den effektive og den lovbestemte skattesats for det underliggende overskud i kildestaten, dvs. være tvunget til at yde skattegodtgørelse for en udenlandsk skat, som ikke er blevet betalt²⁸. Økonomisk set vil denne løsning nærmest kunne sidestilles med, at der i dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem industrialiserede lande og udviklingslande stilles krav om nedslag for fiktiv skat (»tax sparing credit«), da formålet også her vil være at overføre de lempelser og skattebeholdninger, der findes i kildestaten, til den beskatning, der sker i hjemlandet²⁹.

45. Jeg mener for det fjerde ikke, at denne løsning er logisk konsekvent. Som Kommissionen selv har påpeget, kan det være meget hensigtsmæssigt at anvende modregningsordningen på udbytte af udenlandsk oprindelse og fritage udbytte af indenlandsk oprindelse for at tage højde for forskelle i beskatningsniveauet i kildestaten og hjemstaten. Det er efter Kommissionens opfattelse legitimt, at en medlemsstat forsøger at sikre, at indtægter, herunder udbytte, der modtages af hjemmehørende selskaber, beskattes efter den sats, der er fastsat i dens egen lovgivning.

46. Set fra dette synspunkt ville det imidlertid ikke være konsekvent på den ene side at kræve, at den medlemsstat, hvor modtageren er hjemmehørende, ikke beskatter udbytte af udenlandsk oprindelse med hensyn til differencen mellem den effektive og lovbestemte skattesats i kildestaten, og på den anden side at tillade, at hjemstaten beskatter differencen mellem den (lavere) lovbestemte sats i kildestaten og den lovbestemte sats i hjemstaten. Det virker ikke logisk, at det kun er virkningen af de fradrag og fritagelser, der findes i kildestaten (og som er årsag til forskellen mellem den effektive sats og den lovbestemte sats i denne stat), der overføres til hjemstatens beskatning af aktionæren, men ikke virkningen af de lavere lovbestemte satser, der gælder i udlandet, når hjemstaten fritager udbytte af indenlandsk oprindelse.

c) Såvel den effektive som den nominelle sats

47. Sagsøgerne i hovedsagen fortolker den første FII-dom således, at der både skal tages hensyn til den lovbestemte og den effektive sats, når det afgøres, om der er forskel på beskatningsniveauet for udbytte af udenlandsk oprindelse og selskabsbeskatningen af det overskud, som ligger til grund for det indenlandske udbytte, da der reelt ikke betales skat af det sidstnævnte udbytte. Hvis en sådan forskel findes (eller den nationale ret fastslår, at den findes) og ikke er nogen undtagelse, følger det af denne fortolkning, at udbytte af udenlandsk oprindelse forskelsbehandles, hvilket resulterer i en restriktion for etableringsfriheden.

27 — Det skal indskydes, at denne løsning ikke er nævnt i Rådets direktiv 90/435/EØF af 23.7.1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (EFT L 225, s. 6).

28 — Det skal understreges, at Kommissionen i sit skriftlige indlæg råder en medlemsstat, der træffer en sådan foranstaltning, til at indsætte en beskyttelsesklausul, der begrænser dens anvendelsesområde til udbytte udloddet af et selskab, der er underlagt det almindelige skattesystem i kildestaten.

29 — Jf. vedrørende nedslag for fiktiv skat bl.a. T. Viherkenttä, *Tax incentives in developing countries and international taxation*, Deventer, Kluwer 1991, s. 140-177 og 206, og B. Terra og P. Wattel, *European Tax Law*, 6. oplag, Alphen an den Rijn, Wolters Kluwer, 2012, s. 215. Domstolen har senest hentydet til nedslag for fiktiv skat i dom af 8.12.2011, sag C-157/10, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Sml. I, s. 13023, præmis 35.

48. Begrebet lovbestemt eller nominel skattesats er tilstrækkelig klart set i forhold til denne præjudicielle sag. Det sigter til den procentsats, som en given skattepligtig indtægt beskattes med efter de gældende lovregler. I den foreliggende sag er der tale om to lovbestemte satser, nemlig Det Forenede Kongeriges sats for selskabsbeskatning af udbytte af udenlandsk oprindelse og Det Forenede Kongeriges sats for selskabsbeskatning af udloddende hjemmehørende selskabers underliggende overskud. Udbytte af indenlandsk oprindelse er fritaget for skat, og der findes derfor ingen lovbestemt sats for dette udbytte.

49. Begrebet effektiv sats er langt mindre entydigt³⁰. Det kan forstås som det faktiske niveau for beskatningen af en given indkomst eller et givet skattesubjekt, men det kan også forstås som et statistisk mål, der angiver, hvilken skattebyrde der påhviler visse former for virksomhed³¹.

50. Med begrebet effektiv skattesats, som High Court har anvendt, og med støtte fra sagsøgerne i hovedsagen, menes det skattebeløb, der faktisk er betalt, set i forhold til det regnskabsmæssige overskud. Det er tilsyneladende ubestridt mellem parterne og tiltrådt af High Court, at denne effektive sats kan være lavere end den lovbestemte sats på grund af lempelser og fradrag, der letter skattebyrden for et datterselskab, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Der er også enighed om, at det forekommer ofte og ikke kun »under ganske særlige omstændigheder«.

51. Det vil medføre store teoretiske og praktiske problemer at anvende den effektive skattesats i denne forstand ved sammenligningen af skattebyrden på udbytte af udenlandsk og indenlandsk oprindelse. Den effektive skattesats afhænger af de fradrag og fritagelser, der indvirker på beskatningsgrundlaget (såsom fremførte tab og koncernlempelser), og er derfor forskellig for hvert selskab og hvert regnskabsår.

52. Irland har herved med rette påpeget, at der ved skattemæssigt overskud forstås det regnskabsmæssige overskud som reguleret ved de krav, der er fastsat i den gældende lovgivning. Det er derfor højst usandsynligt, at det regnskabsmæssige overskud i det konkrete tilfælde vil falde sammen med det skattemæssige overskud. Irland har gjort gældende, at Domstolen ved afsigelsen af den første FII-dom, henset til de afgivne indlæg, var klar over, at den effektive skattesats ville afvige fra den lovbestemte skattesats, når der var forskel på det regnskabsmæssige overskud og det skattemæssige overskud, hvilket næsten altid er tilfældet. Det var netop sandsynligheden for, at den lovbestemte sats og den effektive sats ville være forskellige, der var årsag til, at generaladvokat Geelhoed konkluderede, at den nuværende artikel 49 TEUF og 63 TEUF var til hinder for, at fritagelses- og modregningsordningen anvendes samtidig³².

53. Det må konkluderes, at effektive skattesatser, som beregnes ud fra den selskabsskat, der faktisk er betalt af det regnskabsmæssige overskud, kun undtagelsesvis vil svare til de lovbestemte eller nominelle skattesatser, der finder anvendelse på det skattepligtige overskud. En sådan sammenligning ville heller ikke være mulig uden fuldt kendskab til de relevante skatteforhold for de selskaber, der skal sammenlignes, og deres aktiviteter.

54. Jeg mener derfor, at det som udgangspunkt ikke vil være meningsfuldt både at anvende den nominelle sats og den effektive sats. En sådan ordning vil være vanskelig eller ligefrem umulig at anvende objektivt.

30 — Den »effektive skattesats« er blevet defineret som »[d]en skattepligtiges faktiske skattetilsvær (eller et rimeligt skøn over dette tilsvær) udtrykt i procent af indkomstgrundlaget før skat og ikke i procent af den skattepligtige indkomst, dvs. en skattesats, hvor der ikke kun tages hensyn til den lovbestemte skattesats, men også til andre aspekter af skattesystemet, som har betydning for, hvor meget der betales i skat. Den effektive skattesats angiver den faktiske økonomiske skattebyrde i stedet for det kunstigt regulerede skattemæssige forhold mellem skattetilsvær og overskud mv.« (jf. Larking, nævnt i fodnote 22 ovenfor, s. 146).

31 — Effektive skattesatser er nærmere beskrevet i bl.a. G. Nicodème, Computing effective corporate tax rates: comparisons and results, Europa-Kommissionen, Economic paper, nr. 153, juni 2001 (http://europa.eu.int/economy_finance).

32 — Flertallet af Court of Appeals dommere (jf. bilag 3 til Court of Appeals dom af 23.2.2010, nævnt i fodnote 11 ovenfor) har anført, at Domstolen misforstod sagsøgernes argumenter, Det Forenede Kongeriges redegørelse og generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse, hvis det antages, at Domstolen reelt henviste til de effektive satser i den første FII-dom.

d) Den lovbestemte sats

55. Den tredje fortolkning af præmis 56 i den første FII-dom går ud på at anvende de lovbestemte eller nominelle skattesatser. Efter denne fortolkning henviste Domstolen til de lovbestemte skattesatser ved vurderingen af, hvilken virkning det havde både at anvende modregnings- og fritagelsesmetoden.

56. I betragtning af parternes bemærkninger og Domstolens afvisning af den løsning, generaladvokaten havde foreslået, synes det at være den mest plausible fortolkning af den første FII-dom. Den nationale ret vil således skulle undersøge, om det er korrekt, at der kun under særlige omstændigheder anvendes nominelle satser, som er lavere end den almindelige lovbestemte sats, ved den selskabsbeskatning af overskuddet, der danner grundlag for Det Forenede Kongeriges skatteordning for udbytte af indenlandsk oprindelse.

57. Selv om jeg har til hensigt at foreslå, at spørgsmål 1 besvares med, at Domstolen henviste til lovbestemte eller nominelle satser, vil jeg gerne uddybe det nærmere og belyse visse aspekter, som efter min opfattelse følger naturligt af dette svar.

e) Spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en restriktion, og hvorvidt den var begrundet

58. Jeg er som tidligere nævnt enig med generaladvokat Geelhoed i, at kombinationen af fritagelse for udbytte af indenlandsk oprindelse og godtgørelse for udbytte af udenlandsk oprindelse uvægerligt resulterer i, at udenlandsk udbytte behandles mindre fordelagtigt³³. Denne konklusion synes for Det Forenede Kongeriges vedkommende at være korrekt, uanset om sammenligningen udelukkende baseres på lovbestemte satser eller på en kombination af lovbestemte og effektive satser.

59. Hvis sammenligningen baseres på lovbestemte satser, er den mindre fordelagtige behandling af udbytte af udenlandsk oprindelse faktisk en systemisk følge af forskellen mellem de to metoder med hensyn til muligheden for at videregive de skattefordele, der er forbundet med den underliggende selskabsskat. Hvis sammenligningen baseres på en kombination af lovbestemte og effektive satser, er den mindre fordelagtige behandling af udbytte af udenlandsk oprindelse imidlertid en faktisk konstatering af, hvordan Det Forenede Kongeriges ordning fungerer i praksis, hvilket reelt ikke er omtvistet i hovedsagen.

60. For at kunne bistå den nationale ret på korrekt vis og undgå en tredje præjudiciel forelæggelse i forbindelse med hovedsagen bør Domstolen efter min mening tage stilling til, om den ovenfor beskrevne situation udgør en restriktion for etableringsfriheden, og om en sådan restriktion i givet fald er objektivt begrundet.

61. Hvis Domstolen svarer, at præmis 56 i den første FII-dom omhandler lovbestemte eller nominelle satser, og hvis de lovbestemte satser (undtagen i særlige tilfælde) er ens, efterlader det spørgsmålene om, hvorvidt udbytte af udenlandsk oprindelse behandles mindre fordelagtigt som en systemisk konsekvens af, at der i sammenlignelige situationer anvendes to forskellige regler, hvorvidt der er tale om en restriktion, og hvorvidt denne restriktion kan være begrundet. Hvis Domstolen vælger både at anvende de nominelle og de effektive satser, vil den nationale ret tilsvarende have behov for vejledning om, hvordan de effektive satser skal beregnes. Den nationale ret vil også have behov for at vide, om en forskel mellem de effektive satser altid udgør en restriktion, eller om der tillades en vis fleksibilitet i forhold til, hvornår en forskel anses for en restriktion. Spørgsmålet om begrundelse spiller også ind her.

33 — Punkt 50 i forslaget til afgørelse, nævnt i punkt 29 ovenfor.

62. Hvis det vurderes, at der foreligger en restriktion, skyldes det ikke, at en del af det udenlandske udbytte blev udsat for økonomisk dobbeltbeskatning, og udbytte af indenlandsk oprindelse ikke blev det³⁴. Restriktionen opstår, fordi en del af det overskud, der ligger til grund for udbytte af indenlandsk oprindelse, slet ikke beskattes, hvilket skyldes, at det udloddende selskabs effektive selskabsskattesats er lavere end den lovbestemte sats, og denne lempelse som følge af udbyttefritagelsen videregives til aktionærerne. Der er derfor reelt ikke tale om en sammenligning mellem økonomisk dobbeltbeskatning og engangsbeskatning, men mellem engangsbeskatning og delvis nulbeskatning. Set i forhold til lempelse af økonomisk dobbeltbeskatning er modregnings- og fritagelsesmetoden lige effektive.

63. Det næste spørgsmål er, om der foreligger en restriktion for etableringsfriheden, og om en sådan restriktion i givet fald kan være begrundet. Jeg har som tidligere nævnt forstået retspraksis forud for den første FII-dom således, at de nationale regler, der fandtes i Det Forenede Kongerige, skabte en restriktion i grænseoverskridende situationer, og at denne restriktion ikke var begrundet.

64. Med den første FII-dom og den efterfølgende retspraksis er en anden konklusion dog også blevet mulig.

65. Hvad angår porteføljeudbytte fastslog Domstolen udtrykkeligt i dommen i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, at formålet med at anvende modregningsmetoden er at bringe beskatningen af udbytte af udenlandsk oprindelse op på det nationale beskatningsniveau. Domstolen fandt, at »[a]nvendelsen af creditmetoden på udbytte fra ikke-hjemmehørende selskaber gør det [...] muligt at sikre, at udenlandsk og indenlandsk porteføljeudbytte belastes med samme skattebyrde, særligt når den stat, hvorfra udbyttet hidrører, anvender en lavere selskabsskattesats end den, der anvendes i den medlemsstat, hvor det udbyttmodtagende selskab har sit hjemsted. I et sådant tilfælde ville fritagelse af udbytte fra ikke-hjemmehørende selskaber favorisere de skattepligtige, der har investeret i udenlandske andele, i forhold til skattepligtige, der har investeret i indenlandske andele«³⁵.

66. Det kunne heraf udledes, at den medlemsstat, hvor modtageren er hjemmehørende, ikke behøver at viderebringe de skattefordele, der er fastsat i kildestatens skattelovgivning, til modtagerne af udbyttet, men lovligt kan udligne virkningen af disse fordele i sin egen beskatning. Selv om en medlemsstat, der tilstræber at undgå økonomisk dobbeltbeskatning på nationalt plan, skal tage hensyn til den skat, der er erlagt i udlandet, er denne medlemsstat med andre ord ikke forpligtet til at anerkende de skattefordele, der findes i andre kildestater.

67. Generaladvokat Kokott påpegede imidlertid i sit forslag til afgørelse i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, at det, når en medlemsstat har sat sig som mål at undgå dobbeltbeskatning af selskabsudbytte ved at fritage udbytte af indenlandsk oprindelse for selskabsskat, må antages, at det tilstræbte beskatningsniveau allerede er nået ved opkrævningen af selskabsskat hos det udloddende selskab. Da denne indre sammenhæng mellem fritagelse af aktionærerne og beskatning af selskabet i enkelte tilfælde kan mangle helt eller delvist, er det ikke det enkelte tilfælde, men en samlet betragtning af ordningen, der er afgørende ved undersøgelsen af, om der foreligger forskelsbehandling³⁶.

34 — I den første FII-dom blev det fastslået, at der forelå en restriktion for de frie kapitalbevægelser med hensyn til porteføljeinvesteringer, eftersom der ikke blev ydet skattegodtgørelse, hvilket resulterede i økonomisk dobbeltbeskatning.

35 — Dommens præmis 89.

36 — Jf. punkt 33, 34 og 39 i forslaget til afgørelse. Det svar, som den franske regering har foreslået i den foreliggende sag, kræver i det væsentlige, at den nationale ret undersøger ud fra de effektive skattesatser, der gælder for udloddende og modtagende selskaber i Det Forenede Kongerige, om den anvendte fritagelsesordning i virkeligheden ikke har til formål at lempe økonomisk dobbeltbeskatning eller kædebeskatning, men at gøre det muligt for de modtagende selskaber at få adgang til det udloddende selskabs skattefritagelser, som ikke er ekstraordinære.

68. Generaladvokat Kokott bemærkede videre, at den snævre sammenhæng mellem fritagelse af udbytte af indenlandsk oprindelse og beskatning af selskabet, som ligger til grund for en fritagelsesordning, ikke kan brydes af de almindelige muligheder for at lette skattebyrden såsom modregning af tab og koncernlempelse. Det kan kun fastslås, at et skattesystem ikke tjener til at ophæve en økonomisk dobbeltbeskatning, hvis det fremgår af en helhedsbetragtning af systemet, at der kun er en tilsyneladende sammenhæng mellem fritagelse og tidligere beskatning, eller det er klart, at der ikke er nogen sammenhæng³⁷.

69. Når fritagelsesmetoden anvendes i forbindelse med koncernbeskatning, sker det således efter princippet om, at der på systemisk plan opkræves en tilstrækkelig selskabsskat af det underliggende overskud. Den nationale lovgiver beslutter med andre ord at undgå en situation, hvor virkningerne af de skattefordele, som et selskab i koncernen nyder godt af, udlignes i forbindelse med beskatningen af selskaber højere oppe i koncernen.

70. Denne tilgang betyder således, at medlemsstaterne i mangel af harmonisering inden for EU hverken vil være forpligtet til at tage hensyn til den økonomiske virkning af kildestatens skattepolitiske valg i forbindelse med deres skattemæssige behandling af udbytte af udenlandsk oprindelse eller tvunget til at beskatte udbytte af indenlandsk oprindelse, som udloddes af overskud, der er blevet pålagt selskabsskat i henhold til de gældende skatteretlige bestemmelser. Medlemsstaterne vil i stedet have ret til at anvende deres skattepolitik med hensyn til lovbestemte satser og beskatningsgrundlag både for udbytte af udenlandsk oprindelse og udbytte af indenlandsk oprindelse³⁸. Den manglende kapitaleksportneutralitet og tilsvarende hindring for etableringsfriheden vil som følge heraf ikke udgøre en forbudt restriktion, såfremt der anvendes de samme nominelle skattesatser.

71. En sådan asymmetrisk beskatning er dog ikke en uundgåelig følge af den delte beskatningskompetence inden for EU. Den skyldes snarere de skattepolitiske valg, der træffes i den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Dette politiske valg indebærer således, at der fastsættes to skattepolitiske instrumenter, som hver for sig er i overensstemmelse med EU-retten, men som fører til forskelsbehandling, når de anvendes samtidig.

72. Det må konkluderes, at anvendelsen af en asymmetrisk blandet ordning som regel medfører, at udbytte af udenlandsk oprindelse behandles mindre fordelagtigt, uanset om der er tale om effektive eller lovbestemte satser. Efter den ovenfor skitserede tilgang er denne forskelsbehandling en følge af, at der på samme tid anvendes to lovlige skattepolitiske principper, som enten ikke udgør nogen restriktion eller udgør en begrundet restriktion. Det vil ganske rigtigt resultere i, at principperne for det indre marked anvendes mere fleksibelt på området for direkte skatter, end det normalt er tilfældet.

37 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, punkt 38.

38 — Kommissionen har med rette understreget, at den asymmetriske ordning medfører, at lempelser, der indrømmes i kildestaten, behandles anderledes end lignende lempelser, der indrømmes i hjemstaten. Det er dog også tænkeligt, at forskellen mellem de effektive og lovbestemte selskabsskattesatser i hjemstatens skattesystem udelukkende skyldes, at der på koncernniveau findes gunstige muligheder for at drage fordel af tab, som er lidt af de selskaber, der tilhører koncernen, hvorimod kildestaten fører en politik, hvor der indrømmes betydelige skattefordele for at tilgodese industrielle og regionalpolitiske hensyn.

f) Konklusion

73. Det første spørgsmål bør i lyset af det ovenfor anførte besvares med, at henvisningerne til »skattesatsen« og »forskellige beskatningsniveauer« i præmis 56 i den første FII-dom omhandler lovbestemte eller nominelle skattesatser. Dette svar lader som tidligere forklaret spørgsmålet om restriktionen og dens begrundelse stå åbent. Dette spørgsmål vil enten kunne afklares ud fra det svar, som generaladvokat Geelhoed foreslog i punkt 56 i sit forslag til afgørelse i den første FII-sag, hvilket er mit andet forslag, eller ved blot at fastslå, at den eksisterende asymmetriske blandede EU-retlige ordnings økonomiske konsekvenser er acceptable.

V – Spørgsmål 2

A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger

74. Med spørgsmål 2 anmodes om en præcisering af Domstolens besvarelse af det andet og fjerde spørgsmål i den første FII-forelæggelse vedrørende Det Forenede Kongeriges ordninger for forskudsbetaling af selskabsskat og udbytte af udenlandsk indkomst³⁹.

75. Domstolen fastslog i den første FII-dom som besvarelse af det andet spørgsmål, at den nuværende artikel 49 TEUF og 63 TEUF var til hinder for en medlemsstats lovgivning, som gjorde det muligt for et hjemmehørende selskab, der modtog udbytte fra et andet hjemmehørende selskab, at fratrække den ACT-skat, som det udloddende selskab havde betalt, i sin egen ACT-skat, hvorimod der i et tilfælde, hvor et hjemmehørende selskab modtog udbytte fra et ikke-hjemmehørende selskab, ikke kunne foretages et sådant fradrag af den tilsvarende selskabsskat af det udloddede overskud, som det udloddende selskab betalte i den medlemsstat, hvor det var hjemmehørende.

76. High Court har bemærket, at Domstolens besvarelse fokuserede på ACT-skat, som blev betalt af et hjemmehørende selskab, der direkte modtog et udbytte af udenlandsk oprindelse i tilfælde, hvor selskabsskatten blev betalt af det udloddende ikke-hjemmehørende selskab (det såkaldte »water's edge company« eller selskab D i diagrammet ovenfor⁴⁰). I praksis betalte »water's edge company« dog som oftest ikke skat i den stat, hvor det var hjemmehørende, af det overskud, hvoraf udbyttet blev udbetalt til dets moderselskab i Det Forenede Kongerige (selskab C i diagrammet) på grund af koncernens udbredte brug af mellemkommende internationale holdingselskaber, der kun betalte begrænset eller slet ingen skat af deres overskud.

77. Ved genoptagelsen af sagen for High Court hævdede HMRC, at Domstolens besvarelse af det andet spørgsmål i den første FII-forelæggelse alene omfattede det tilfælde, hvor »water's edge company« [selv] havde betalt selskabsskat i den stat, hvor det var hjemmehørende. Sagsøgerne i prøvesagen gjorde derimod gældende, at Domstolens dom fandt tilsvarende anvendelse, når udbyttet var udbetalt på grundlag af et overskud, som omfattede udbytte udbetalt af et datterselskab på lavere niveau, der var hjemmehørende i en anden medlemsstat, på grundlag af overskud, hvoraf der var svaret selskabsskat i denne stat (selskab E i diagrammet).

78. Det samme spørgsmål opstår i forbindelse med Domstolens besvarelse af det fjerde spørgsmål i den første FII-forelæggelse, hvor Domstolen fastslog, at den nuværende artikel 49 TEUF og 63 TEUF var til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, hvorefter hjemmehørende selskaber, som til deres aktionærer udloddede udbytte, der hidrørte fra udbytte af indenlandsk oprindelse, blev fritaget for ACT-skat, mens hjemmehørende moderselskaber, som til deres aktionærer udloddede udbytte af udenlandsk oprindelse, havde mulighed for at vælge FID-udbytteordningen. FID-udbytteordningen

39 — Jf. fodnote 5 ovenfor.

40 — Jf. punkt 11 ovenfor.

gjorde det for det første muligt for dem at få den ACT-skat, som de havde betalt, tilbagebetalt, men forpligtede dem til først at betale denne ACT-skat og efterfølgende kræve denne tilbagebetalt, og medførte for det andet, at aktionærerne mistede retten til den skattegodtgørelse, der var forbundet med udlodning af udbytte på grundlag af indenlandsk indkomst.

79. Sagsøgerne i prøvesagen og Kommissionen mener, at Domstolens besvarelse af det andet og fjerde spørgsmål i den første FII-dom finder anvendelse i de tilfælde, der er beskrevet i spørgsmål 2, litra a) og b). Det Forenede Kongeriges regering mener imidlertid, at dommen skal fortolkes således, at der i intet af de to tilfælde foreligger en tilsidesættelse af artikel 49 TEUF og 63 TEUF.

B – Bedømmelse

80. Jeg kan ikke umiddelbart se, hvorfor det skulle medføre en anden fortolkning end den, Domstolen gav i den første FII-dom, at det er et andet datterselskab, der betaler skatten (selskab D eller E i diagrammet ovenfor). Det retsprincip, som Domstolen baserede sig på i de relevante præmisser i den første FII-dom, var princippet om, at udbytte af udenlandsk og indenlandsk oprindelse ikke måtte behandles forskelligt i relation til Det Forenede Kongeriges lovgivnings formål om at undgå kædebeskatning⁴¹.

81. Den nationale ret ønsker i det væsentlige oplyst, om medlemsstaterne allerede var pålagt en lignende forpligtelse i henhold til traktatens bestemmelser uafhængigt af de situationer, der er omfattet af bestemmelserne i direktiv 90/435⁴², eftersom det synes klart, at direktiv 90/435 og navnlig de ændrede bestemmelser i betragtning af deres materielle og tidsmæssige anvendelsesområde ikke finder anvendelse.

82. På dette punkt tilslutter jeg mig Kommissionens vurdering. Kommissionen har anført, at et hjemmehørende selskab ifølge ACT-ordningen kunne udlodde udbytte til sine aktionærer uden at betale ACT-skat, i det omfang dette udbytte stammede fra udbytte, som det havde modtaget fra et hjemmehørende datterselskab. Udbytte, der hidrørte fra udbytte udbetalt af et udenlandsk datterselskab, var ikke fritaget for ACT-skat. Når der skulle betales ACT-skat i forbindelse med disse udlodninger, gik det med sikkerhed ud over likviditeten, hvilket ikke var tilfældet med de udlodninger, der hidrørte fra indenlandsk udbytte. Det resulterede i mange tilfælde i en ekstra skattebyrde for den udenlandske indkomst, som ikke forekom og heller ikke kunne forekomme for indenlandsk indkomst. Denne ekstra byrde svarede til økonomisk dobbeltbeskatning.

83. Det er vigtigt at huske på, at ACT-skatten bestod i forskudsbetaling af selskabsskat. Betaling af ACT-skat af udlodninger, der omfattede udenlandsk udbytte, var derfor kun berettiget, for så vidt som det udenlandske udbytte stammede fra overskud, der blev beskattet med en lavere sats end den, der var gældende i Det Forenede Kongerige.

41 — Jf. den første FII-dom, nævnt i fodnote 2 ovenfor, præmis 87.

42 — Det bør for fuldstændighedens skyld nævnes, at dette spørgsmål i en vis grad er reguleret ved artikel 4, stk. 1, i direktiv 90/435. I den oprindelige affattelse af artikel 4, stk. 1, andet led, i direktiv 90/435 var der således tale om den »del af datterselskabets skat, der vedrører dette overskud«. I 2003 foreslog Kommissionen imidlertid, at denne passage blev ændret til »den del af den af datterselskabet og ethvert datterselskab på lavere niveau betalte selskabsskat, der vedrører dette overskud«, jf. KOM(2003) 462, punkt 17-19. Rådet vedtog denne ændring ved direktiv 2003/123/EF, men tilføjede en betingelse med følgende ordlyd: »på den betingelse, at hvert selskab og dets datterselskab på lavere niveau opfylder kravene i artikel 2 og 3 på ethvert niveau« (jf. Rådets direktiv 2003/123/EF af 22.12.2003, EUT 2004 L 7, s. 41).

84. I det rent nationale scenario vil ACT-skatten blive betalt én gang enten af det hjemmehørende datterselskab i forbindelse med udlodningen af dettes overskud eller af moderselskabet i forbindelse med den endelige udlodning til de enkelte aktionærer. Den betalte ACT-skat modregnes senere i et af disse selskabers selskabsskattetilsvær. I det internationale scenario er der ikke noget grundlag for betaling af ACT-skat, eftersom der ikke skal betales selskabsskat i Det Forenede Kongerige (medmindre det sker for at udligne en eventuel forskel på satserne i Det Forenede Kongerige og kildestaten).

85. Som Domstolen bemærkede i præmis 87 i den første FII-dom, befinder et selskab, der modtager udbytte af udenlandsk oprindelse, sig i relation til formålet med den i hovedsagen omhandlede lovgivning om at undgå kædebeskatning i en situation, der er *sammenlignelig* med situationen for et selskab, der modtager udbytte af indenlandsk oprindelse, selv om kun det sidstnævnte selskab modtager udbytte, hvoraf der er betalt ACT-skat. Det er efter min opfattelse tilfældet, uanset om det modtager dette udbytte gennem et mellemkommende datterselskab.

86. Disse betragtninger gælder også for svaret på spørgsmål 2, litra b). Et hjemmehørende selskab, der modtager udbytte fra et udenlandsk selskab, bør ikke pålægges at betale ACT-skat, eftersom det ikke skal betale almindelig selskabsskat af dette udbytte (med forbehold af det tidligere nævnte udligningsbeløb). Det moderselskab, som det hjemmehørende selskab udlodder sit overskud, herunder det nævnte udbytte, til, skal heller ikke betale almindelig selskabsskat af den del af overskuddet, der svarer til dette udbytte, og der er derfor slet intet grundlag for at kræve, at det betaler ACT-skat.

87. Jeg foreslår som følge heraf, at spørgsmål 2 besvares med, at de to scenarier, der er anført i litra a) og b), ikke har betydning for Domstolens besvarelse af det andet og fjerde spørgsmål i den første FII-forelæggelse.

VI – Spørgsmål 3

A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger

88. Med spørgsmål 3 ønsker den nationale ret at få belyst, hvilke konsekvenser svaret på spørgsmål 2, litra b), vil kunne få. Den har derfor spurgt, om et moderselskab i Det Forenede Kongerige, som modtog udenlandsk udbytte indirekte gennem et hjemmehørende mellemkommende datterselskab, og som uretmæssigt er blevet afkrævet ACT-skat, har krav på tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette, eller blot et krav på erstatning under de betingelser, der er fastsat i dommen i sagen *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame*⁴³.

89. Den forelæggende ret har hertil bemærket, at det andet spørgsmål i den første FII-forelæggelse var baseret på et forenklet tilfælde, hvor ACT-skatten blev betalt af et selskab, der var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige (selskab C i diagrammet ovenfor), og som modtog udbytte direkte fra et ikke-hjemmehørende »water's edge«-datterselskab (selskab D i diagrammet). I praksis blev ACT-skatten dog betalt af det øverste hjemmehørende moderselskab (selskab A i diagrammet), som kunne være enten direkte eller indirekte moderselskab til det hjemmehørende selskab (selskab C i diagrammet), der faktisk modtog det udenlandske overskud⁴⁴.

43 — Nævnt ovenfor i fodnote 13.

44 — Jf. også Domstolens dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft m.fl.*, Sml. I, s. 1727.

90. Da sagen blev genoptaget for den nationale ret, anførte HMRC, at den ACT-skat, der blev betalt af det øverste moderselskab, var pålagt retmæssigt⁴⁵. Sagsøgerne i prøvesagen gjorde imidlertid gældende, at der under disse omstændigheder forelå en tilsidesættelse af EU-retten, uanset om det hjemmehørende selskab, der modtog udbytte fra et ikke-hjemmehørende selskab, selv havde betalt ACT-skatten, eller om det havde valgt en koncernbeskatningsordning med det resultat, at et hjemmehørende selskab, der befandt sig højere oppe i selskabsstrukturen, betalte ACT-skatten. De principper, som Domstolen har fastsat, kræver som følge heraf, at det selskab, der befinder sig højere oppe i selskabsstrukturen, og som faktisk har betalt ACT-skatten, råder over et retsmiddel med henblik på tilbagebetaling.

91. Kommissionen har anført, at det selskab, der betaler ACT-skatten, kun har krav på tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette. Det Forenede Kongeriges regering mener derimod, at hvis et hjemmehørende selskab, der har modtaget udbytte fra et ikke-hjemmehørende selskab, er blevet fritaget for ACT-skat, kan den ACT-skat, som dette selskabs direkte eller indirekte moderselskab har betalt efterfølgende, ikke gøres til genstand for et søgsmål i medfør af EU-retten med krav om tilbagebetaling af den uretmæssigt opkrævede skat.

B – Bedømmelse

92. Det følger ikke klart af det foreslåede svar på spørgsmål 2, litra b), i hvilket omfang spørgsmål 3 kræver et særskilt svar. Det er min opfattelse, at medlemsstaternes forpligtelse til at tilbagebetale skatter, der er opkrævet i strid med EU-retten, allerede er blevet indgående behandlet i den eksisterende retspraksis⁴⁶, medmindre der foreligger et nationalretligt spørgsmål, som ikke fremgår af forelæggelseskendelsen, og som Domstolen under alle omstændigheder ikke vil have kompetence til at besvare.

93. Det Forenede Kongeriges regering har i sit skriftlige indlæg anført, at regeringen – hvis Domstolen fastslår, at EU's lovgivning forbyder, at moderselskabet til et »water's edge company« i Det Forenede Kongerige pålægges ACT-skat – anerkender, at det moderselskab, der har betalt ACT-skatten, har et krav på tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette. Jeg mener som tidligere nævnt, at den besvarelse af det andet og fjerde spørgsmål, der blev givet i den første FII-dom, også bør gælde i den situation, der er beskrevet i spørgsmål 2, litra b), ovenfor.

94. Som Domstolen bemærkede i den første FII-dom, består »retten til at få tilbagebetalt afgifter, som en medlemsstat har opkrævet i strid med fællesskabsrettens bestemmelser, [...] 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«⁴⁷. Medlemsstaten er under disse omstændigheder forpligtet til at tilbagebetale afgifter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten.

95. Denne forpligtelse sigter mod at nå et bestemt resultat og skal opfyldes i henhold til national procesret og i overensstemmelse med ækvivalens- og effektivitetsprincippet⁴⁸. Det er imidlertid nødvendigt, at der i den nationale retsorden findes et effektivt retsmiddel, som gør det muligt for skatteyderen at tvinge medlemsstaten til at opfylde denne forpligtelse, dvs. til at tilbagebetale den ulovlige skat⁴⁹.

45 — Jf. punkt 83 ovenfor.

46 — Jf. bl.a. Metallgesellschaft-dommen og den første FII-dom.

47 — Præmis 202 i den første FII-dom, hvori San Giorgio-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 12 er citeret. Jf. også Accor-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 71.

48 — Dom af 8.9.2011, forenede sager C-89/10 og C-96/10, Q-Beef og Bosschaert, Sml. I, s. 7879, præmis 32, og af 6.9.2011, sag C-398/09, Lady & Kid m.fl., Sml. I, s. 7375, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis.

49 — Dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433, præmis 19.

96. Som Domstolen fastslog for nylig i Accor-dommen, tilkommer det desuden den forelæggende ret at bestemme, på hvilken måde en tilsidesættelse af forbuddet mod restriktioner for etableringsfriheden og de frie kapitalbevægelser i praksis skal afhjælpes⁵⁰.

97. I den første FII-dom bemærkede Domstolen desuden, at »i tilfælde, hvor en medlemsstat har opkrævet skatter i strid med fællesskabsrettens regler, har borgerne 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«, hvilket omfatter det likviditetstab, der er opstået som følge af forskudsskatten⁵¹. I den forbindelse fastslog Domstolen allerede i Metallgesellschaft-sagen, at »hvor tilsidesættelsen af fællesskabsretten ikke er en følge af, at selve skatten er betalt, men af, at den har skullet betales som en forskudsskat, udgør tilkendelse af rente »tilpasningen« af, hvad der er erlagt med urette, og må anses for nødvendig for at genoprette den ligebehandling, som traktatens artikel 52 tilsikrer«⁵².

98. Domstolen behandlede også spørgsmålet om erstatning i den første FII-dom. Jeg vil herved blot påpege, at den ulovlige beskatning også må anses for en handling, hvis kausale følger kan danne grundlag for et erstatningskrav i henhold til dommen i sagen Francovich m.fl.⁵³, som skal vurderes ud fra de betingelser, der er opstillet i dommen i sagen Brasserie du Pêcheur og Factortame, nævnt ovenfor i fodnote 13. Forpligtelsen til tilbagebetaling af den ulovlige skat og renterne er ikke underlagt disse betingelser. Denne forpligtelses retlige karakter fastlægges imidlertid i den nationale retsorden og ikke i EU-retten⁵⁴.

99. For så vidt som de moderselskaber, der er omhandlet i spørgsmål 2, litra b), er blevet tvunget til at betale ACT-skat i strid med de traktatfæstede grundlæggende friheder, har de derfor ret til tilbagebetaling af skatten og/eller godtgørelse af det likviditetstab, som de har lidt på grund af forskudsskatten. Medlemsstaten skal sikre, at dette resultat nås i den nationale retsorden. Den skal i den forbindelse anvende ækvivalens- og effektivitetsprincippet, som er fastsat i Domstolens praksis.

100. Retten til tilbagebetaling er ikke knyttet til retten til erstatning for det tab, der måtte opstå som følge af den ulovlige beskatning, jf. den første FII-doms præmis 207. Dette økonomiske tab kan godtgøres i henhold til dommen i sagen Francovich m.fl.

101. Det tredje spørgsmål bør derfor besvares med, at det selskab, der betaler ACT-skat, under de omstændigheder, der er beskrevet i spørgsmål 2, litra b), har et krav på tilbagebetaling af skat, der er opkrævet med urette, uden at skulle bevise, at betingelserne for, at medlemsstaten ifalder erstatningsansvar for tab, der er forårsaget af en overtrædelse af EU-retten, er opfyldt.

VII – Spørgsmål 4

A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger

102. Spørgsmål 4 vedrører udbytte, der modtages fra selskaber i tredjelande. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om et hjemmehørende selskab (f.eks. selskab C i diagrammet ovenfor) kan påberåbe sig artikel 63 TEUF for så vidt angår udbytte, der er modtaget fra et datterselskab, som det har afgørende indflydelse på, og som er hjemmehørende i et tredjeland (f.eks. selskab F i diagrammet).

50 — Accor-dommen, præmis 80.

51 — Jf. præmis 205 i den første FII-dom.

52 — Nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 87.

53 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357.

54 — Krav om håndhævelse af en sådan forpligtelse betegnes forskelligt i de nationale retssystemer (»condictio indebiti«, »répétition de l'indû«, »unjust enrichment«, »restitution« mv.).

103. High Court har bemærket, at dette problem ikke udtrykkeligt blev rejst over for Domstolen i den første FII-forelæggelse. Spørgsmålet vil opstå, hvis den nationale ret – i forlængelse af Domstolens besvarelse af spørgsmål 1 ovenfor – fastslår, at Det Forenede Kongeriges bestemmelser om beskatning af udbytte, som modtages fra selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, er i strid med artikel 49 TEUF eller 63 TEUF.

104. Det første spørgsmål i den første FII-forelæggelse drejede sig om udbytte, som modtages fra selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater. Da sagen blev genoptaget for High Court, gjorde sagsøgerne i hovedsagen gældende, at Det Forenede Kongeriges ordning i lyset af udviklingen i Domstolens praksis ligeledes var i strid med den nuværende artikel 63 TEUF, for så vidt som denne bestemmelse fandt anvendelse på udbytte modtaget fra datterselskaber, der var hjemmehørende i tredjelande. HMRC gjorde gældende, at artikel 63 TEUF ikke fandt anvendelse på situationer, hvor det hjemmehørende selskab havde afgørende indflydelse på beslutninger truffet af et selskab hjemmehørende i et tredjeland og var i stand til at træffe afgørelse om dets drift, eftersom en sådan situation udelukkende var omfattet af artikel 49 TEUF.

105. Sagsøgerne i hovedsagen og Kommissionen mener, at et hjemmehørende selskab i den ovenfor beskrevne situation kan påberåbe sig artikel 63 TEUF for så vidt angår udbytte, der er modtaget fra datterselskaber, som er hjemmehørende i tredjelande, og som det har afgørende indflydelse på. Det Forenede Kongeriges regering og den tyske, franske og nederlandske regering mener derimod ikke, at et hjemmehørende selskab kan påberåbe sig artikel 63 TEUF, da det kun er traktatens bestemmelser om etableringsfriheden, der finder anvendelse på sådanne kapitalandele, og disse bestemmelser ikke gælder i forhold til tredjelande.

B – Bedømmelse

106. Domstolen har gennemgået den skattemæssige behandling af indgående udbytte særskilt for henholdsvis medlemsstater og tredjelande.

107. Beskatning af indgående udbytte fra andre medlemsstater kan efter fast retspraksis henhøre under artikel 49 TEUF om etableringsfriheden og artikel 63 TEUF om de frie kapitalbevægelser⁵⁵. For at undersøge, om en national lovgivning henhører under den ene eller anden bestemmelse om fri bevægelighed, er det nødvendigt at inddrage formålet med den pågældende lovgivning⁵⁶.

108. Når en national lovgivning kun finder anvendelse på kapitalandele, der giver indehaveren en sådan indflydelse på beslutningerne i et selskab, at denne kan træffe afgørelse om dets drift, henhører den under bestemmelserne om etableringsfriheden⁵⁷. Nationale bestemmelser, der finder anvendelse på andele erhvervet med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den, dvs. porteføljeinvesteringer, skal alene undersøges på grundlag af de frie kapitalbevægelser⁵⁸.

55 — Jf. den første FII-dom, præmis 36, og dommen i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 33.

56 — Jf. dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 31-33, dom af 3.10.2006, sag C-452/04, Fidium Finanz, Sml. I, s. 9521, præmis 34 og 44-49, dommen i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 37 og 38, den første FII-dom, præmis 36, nævnt ovenfor i fodnote 10, og af 13.3.2007, sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 26-34, samt dommen i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 34. Jf. også Terra – Wattel, s. 77 og 78.

57 — Jf. dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22, den første FII-dom, præmis 37, dom af 21.10.2010, sag C-81/09, Idrima Tipou, Sml. I, s. 10161, præmis 47, samt dommen i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 35.

58 — Jf. den første FII-dom, præmis 38 og dom af 17.9.2009, sag C-182/08, Glaxo Wellcome, Sml. I, s. 8591, præmis 40 og 45-52.

109. Hvad angår den skattemæssige behandling af udbytte, der modtages fra tredjelande, er der indtil videre kun taget stilling til et aspekt af denne problematik i retspraksis. I den første FII-dom undersøgte Domstolen situationen for et selskab, som er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige og har modtaget udbytte fra et selskab, der har hjemsted i et tredjeland, på grundlag af en kapitalandel, der ikke giver det modtagende selskab en sådan indflydelse på beslutningerne i det udloddende selskab, at det kan træffe afgørelse om det udloddende selskabs drift. Domstolen fandt, at nationale foranstaltninger som de i hovedsagen omhandlede, var i strid med den nuværende artikel 63 TEUF⁵⁹.

110. Det skal i den foreliggende sag klarlægges, hvilken af traktatens bestemmelser der finder anvendelse på den skattemæssige behandling af udbytte, som stammer fra selskaber, der er hjemmehørende i tredjelande, og hvor kapitalandelene giver indehaveren en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at denne kan træffe afgørelse om dets drift, idet der tages hensyn til, at den omhandlede nationale lovgivning ikke udelukkende finder anvendelse på sådanne situationer.

111. De situationer, hvor indehaveren udøver en sådan indflydelse på et tredjelandsselskabs beslutninger, at denne kan træffe afgørelse om dets drift, kan groft sagt håndteres på to måder.

112. Den første mulighed er at sidestille dem med interne EU-anliggender. Når der udøves afgørende indflydelse over et selskab, der har hjemsted i et tredjeland, skal vurderingen med andre ord tage udgangspunkt i etableringsfriheden. Der vil altså ikke blive taget hensyn til kapitalens frie bevægelighed. Retten til frit at etablere sig gælder imidlertid ikke i relation til tredjelande⁶⁰, og situationen vil derfor ikke være omfattet af traktaten. De medlemsstater, der har afgivet indlæg i sagen, går ind for denne løsning.

113. Den anden mulighed er at fastslå, at sondringen mellem etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed kun er relevant i interne EU-anliggender. I forholdet til tredjelande er en sådan sondring hverken nødvendig eller påkrævet. Det vil betyde, at bestemmelserne om kapitalens frie bevægelighed i relation til tredjelande ikke kun gælder for porteføljeinvesteringer, men også for situationer, hvor der udøves afgørende indflydelse over det udbytteudloddende selskab i tredjelandet.

114. Med hensyn til den første mulighed skal det understreges, at Domstolen har opstillet kriterier for anvendelse af etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed i interne EU-forhold og gjort brug af disse kriterier. Når grænsen på 10% af stemmerettighederne overskrides i interne EU-anliggender, bevirker det ifølge retspraksis, at tyngdepunktet flyttes fra traktatens artikler om de frie kapitalbevægelser til artiklerne om etableringsfriheden.

115. I forholdet til tredjelande er det ikke nødvendigt og heller ikke muligt at fastsætte sådanne kriterier for anvendelsen af de to friheder, eftersom det kun er reglerne om kapitalens frie bevægelighed, der finder anvendelse. Traktaten indeholder ingen anden bestemmelse, der kan træde i stedet for artikel 63 TEUF i forholdet til tredjelande, når grænsen på 10% af stemmerettighederne er overskredet. Det kan endvidere ikke udledes af traktaten, at de frie kapitalbevægelser ikke skulle gælde i relation til tredjelande, når kapitalandelen er af en sådan størrelse, at der ikke er tale om en porteføljeinvestering⁶¹.

59 — Jf. den første FII-dom, præmis 38, 165 og 166.

60 — Generaladvokat Trstenjak har for nylig også forsvaret denne opfattelse. Se hendes forslag til afgørelse i sag C-31/11, Scheunemann, punkt 64.

61 — På det tidspunkt, hvor EF liberaliserede kapitalbevægelserne fuldt ud, ikke bare mellem medlemsstaterne, men også mellem medlemsstaterne og tredjelande, var det umuligt at forudsige, hvordan Domstolens praksis ville udvikle sig på området for direkte skatter.

116. Hvis den nationale regel anvendes uafhængigt af kapitalandelens størrelse, skal det ifølge retspraksis undersøges ud fra de faktiske omstændigheder, hvor tyngdepunktet for den pågældende restriktion ligger, dvs. hvilken frihed der begrænses. Det var denne tilgang, Domstolen valgte i den første FII-dom (jf. præmis 37 og 38). Det er nødvendigt at tage hensyn til formålet med den nationale lovgivning, og når den nationale foranstaltning ikke har større betydning for den anden frihed, er det tilstrækkeligt at undersøge den frihed, som den hovedsagelig påvirker⁶². Efter min opfattelse er en så pragmatisk tilgang dog ikke brugbar i det foreliggende tilfælde, hvor det præjudicielle spørgsmål fokuserer på andet end porteføljeinvesteringer, og bestemmelserne om etableringsfriheden ikke finder anvendelse.

117. Jeg mener derfor, at Domstolen bør svare, at en lovregel, hvorved en medlemsstat lempet den økonomiske dobbeltbeskatning af udbytte for alle kapitalandele uanset størrelse, i relation til tredjelande er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 63 TEUF.

118. Der er dog to andre problemstillinger at tage hensyn til.

119. For det første berører artikel 63 TEUF i henhold til artikel 64, stk. 1, TEUF ikke anvendelsen over for tredjelande af restriktioner, der eksisterede den 31. december 1993. De nationale bestemmelser, der er omtvistet i hovedsagen, fandtes tilsyneladende før denne dato. For så vidt som de nationale bestemmelser, der blev vedtaget efter den 31. december 1993, faktisk begrænsede den virkning, som reglerne om betaling af ACT-skat havde for selskaber med ikke-hjemmehørende datterselskaber, udgjorde de desuden ikke en ny restriktion⁶³. Det tilkommer den nationale ret at fastlægge dette.

120. Hvis Domstolen vælger den løsning, jeg foreslår, rejser det for det andet spørgsmålet om, hvorvidt det er begrundet at indføre en restriktion for de frie kapitalbevægelser i forbindelse med kontrollerende investeringer i tredjelandsselskaber.

121. Som Domstolen har bemærket, finder investeringer i tredjelande sted i en anden retlig sammenhæng end investeringer inden for EU, navnlig hvad angår det administrative samarbejde med skattemyndighederne. Det kan derfor ikke udelukkes, at en medlemsstat kan godtgøre, at en restriktion for kapitalbevægelser til eller fra tredjelande er begrundet i et bestemt forhold under omstændigheder, hvor dette forhold ikke kan udgøre en gyldig begrundelse for en restriktion for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes. Ifølge retspraksis kan tab af skatteindtægter dog ikke anses for et tvingende hensyn, der kan berettige en restriktion, og dette princip gælder også for indtægter fra tredjestater, selv om der ikke er gensidighed i forholdet mellem de udenlandske kildestater og hjemmemedlemsstaten⁶⁴.

122. Domstolen bør imidlertid være opmærksom på, at den fortolkning af anvendelsen af artikel 63 TEUF, som jeg foreslår, kan gøre medlemsstaterne mere sårbare over for skadelig skattekonkurrence fra tredjelande. Det vil navnlig være tilfældet, hvis det inden for rammerne af det første spørgsmål fastslås, at Det Forenede Kongerige skal fritage udbytte af udenlandsk oprindelse for skat, fordi det effektive beskatningsniveau bliver højere, når modregningsordningen anvendes for udbytte af udenlandsk oprindelse, end når fritagelsesordningen anvendes for udbytte af indenlandsk oprindelse⁶⁵. Domstolens fortolkning bør ikke i sidste instans resultere i, at etableringsfriheden ad bagvejen og ensidigt udvides til at omfatte tredjelande, hvilket naturligvis ikke var hensigten med traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

62 — Jf. fodnote 56 ovenfor.

63 — Jf. den første FII-dom, præmis 189-196.

64 — Jf. den første FII-dom, præmis 171, samt dommen i sagen Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, præmis 119-131 og den deri nævnte retspraksis, heriblandt dom af 28.10.2010, sag C-72/09, *Établissements Rimbaud*, Sml. I, s. 10659.

65 — Kommissionen har anført, at det, hvis udbytte, der modtages fra andre lande, hvor der er fastsat en lavere skattesats i lovgivningen, fritages for skat, vil betyde, at hjemmehørende selskaber kun beskattes med den lavere sats af den tilsvarende indkomst, hvilket vil resultere i en mere fordelagtig behandling af udenlandske investeringer.

123. Jeg foreslår i lyset af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer spørgsmål 4 med, at en lovregel, hvorved en medlemsstat lempet den økonomiske dobbeltbeskatning af udbytte for alle kapitalandele uanset størrelse, i relation til tredjelande er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 63 TEUF.

VIII – Spørgsmål 5

A – Spørgsmålet og de afgivne bemærkninger

124. Spørgsmål 5 vedrører overførsel af ACT-skat og refusion af ACT-skat på tværs af grænserne. Med dette spørgsmål søges en præcisering af Domstolens besvarelse af det tredje spørgsmål i den første FII-forelæggelse. Dette spørgsmål vedrørte de bestemmelser i Det Forenede Kongeriges ACT-lovgivning, hvorefter et hjemmehørende moderselskab (selskab A i diagrammet ovenfor) kunne overføre overskydende ACT-skat til sine *hjemmehørende* datterselskaber (selskab B og C i diagrammet ovenfor), således at ACT-skatten kunne modregnes i datterselskabernes skyldige selskabsskat. Det betød, at overskydende ACT-skat ikke kunne overføres til ikke-hjemmehørende datterselskaber, uanset om disse selskaber betalte selskabsskat i Det Forenede Kongerige, fordi de havde et fast driftssted dér.

125. Generaladvokat Geelhoed fastslog i forslaget til afgørelse i den første FII-sag, at der forelå en restriktion, som var i strid med den nuværende artikel 49 TEUF og 63 TEUF. Domstolen indledte imidlertid sine overvejelser vedrørende dette spørgsmål med i præmis 115 at bemærke, at »forhandlingerne for Domstolen [har] været begrænset til den omstændighed, at et hjemmehørende selskab ikke kan overføre overskydende ACT-skat til ikke-hjemmehørende datterselskaber med henblik på, at disse kan modregne den i den selskabsskat, som de skal betale i Det Forenede Kongerige vedrørende den virksomhed, der er udøvet i denne medlemsstat«. Domstolens besvarelse i præmis 139 var følgelig begrænset til dette spørgsmål og omfattede ikke det tilfælde, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab ikke blev pålagt selskabsskat i Det Forenede Kongerige.

126. Ved sagens genoptagelse for High Court gjorde sagsøgerne i hovedsagen gældende, at Domstolen havde misforstået deres standpunkt, da de under retsmødet havde fremhævet over for Domstolen, at der end ikke var mulighed for modregning af ACT-skat, når det udenlandske datterselskab drev virksomhed i Det Forenede Kongerige gennem en filial. Det var imidlertid ikke sagsøgernes hensigt at begrænse spørgsmålet til denne situation. High Court godtog denne forklaring og konkluderede, at denne misforståelse havde foranlediget Domstolen til at begrænse rækkevidden af sin besvarelse.

127. Sagsøgerne i hovedsagen har i deres indlæg gjort gældende, at Domstolens besvarelse af det tredje spørgsmål i den første FII-forelæggelse ligeledes finder anvendelse, når ikke-hjemmehørende datterselskaber, til hvilke der ikke kan ske overførsel, ikke beskattes af deres overskud i den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har anført, at Domstolens besvarelse af det tredje spørgsmål i den første FII-forelæggelse ikke finder anvendelse i en sådan situation.

B – Bedømmelse

128. Det er vigtigt at påpege, at det i den første FII-dom blev fastslået, at det i henhold til Det Forenede Kongeriges lovgivning var muligt at overføre overskydende ACT-skat til et hjemmehørende datterselskab med henblik på modregning i den selskabsskat, som dette datterselskab skulle betale i Det Forenede Kongerige. Lovgivningen tillod dog ikke, at ACT-skatten blev overført til et ikke-hjemmehørende datterselskab og modregnet i den selskabsskat, som dette selskab skulle betale i Det Forenede Kongerige. Domstolen fandt, at denne ordning udgjorde en skattefordel for hjemmehørende datterselskaber, som ikke-hjemmehørende datterselskaber var udelukket fra, og at der

derfor var tale om en restriktion for etableringsfriheden⁶⁶.

129. Det ser dog ikke ud til, at der er tale om forskelsbehandling, hvis det ikke-hjemmehørende datterselskab ikke er selskabsskattepligtigt i Det Forenede Kongerige. Hensigten med at overføre ACT-skatten er at gøre det muligt at modregne den overførte skat i den selskabsskat, der skal betales i Det Forenede Kongerige, da ACT-skatten udgør en forudbetaling af den almindelige selskabsskat i Det Forenede Kongerige. Når et selskab ikke er skattepligtigt i Det Forenede Kongerige, er der intet behov for at overføre og modregne ACT-skatten.

130. Hvis lovgivningen tillod, at et moderselskab i Det Forenede Kongerige overfører ACT-skat til et ikke-hjemmehørende datterselskab, der ikke er selskabsskattepligtigt i Det Forenede Kongerige, ville det indebære en fordel for en sådan koncern, som en rent indenlandsk koncern ikke kunne få del i. Kommissionen har med rette anført, at det ville gøre det muligt for en koncern at reducere sit skattetilsvær i Det Forenede Kongerige på uretmæssig vis og betyde, at Det Forenede Kongerige gik glip af skat på udbytte, som er skattepligtigt dér, hvis ikke-hjemmehørende selskaber, der ikke er skattepligtige i Det Forenede Kongerige, kunne få refunderet den overskydende ACT-skat.

131. Et datterselskab, der ikke er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, kan selvfølgelig være selskabsskattepligtigt i en anden medlemsstat. I så fald er det denne medlemsstat, der skal afgøre, om den økonomiske dobbeltbeskatning skal lempes, ved at den ACT-skat, der er betalt i Det Forenede Kongerige, modregnes i den selskabsskat, der skal betales i denne medlemsstat.

132. Jeg vil sammenfattende foreslå, at Domstolen besvarer spørgsmål 5 med, at Domstolens besvarelse af det tredje spørgsmål i den første FII-dom ikke finder anvendelse, når ikke-hjemmehørende datterselskaber, til hvilke der ikke kan ske overførsel, ikke er selskabsskattepligtige i Det Forenede Kongerige.

IX – Forslag til afgørelse

133. Jeg foreslår på dette grundlag Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, som følger:

- »1) Henvisningerne til »skattesatsen« og »forskellige beskatningsniveauer« i præmis 56 i Domstolens dom af 12. december 2006, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Sml. I, s. 11753, omhandler udelukkende lovbestemte eller nominelle skattesatser.

Jeg foreslår subsidiært, at Domstolen besvarer det første spørgsmål med, at artikel 49 TEUF og 63 TEUF er til hinder for, at en medlemsstat opretholder og anvender bestemmelser som de i sagen omhandlede, hvorefter udbytte, som et selskab, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, modtager fra andre hjemmehørende selskaber, er fritaget for selskabsskat, og hvorefter der skal betales selskabsskat af udbytte, som det hjemmehørende selskab modtager fra selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, med dobbeltbeskatningslempelse for eventuel kildeskat, som betales af udbyttet, og – på visse betingelser – for den underliggende skat, som de ikke-hjemmehørende selskaber har betalt af deres overskud i det land, hvor de er hjemmehørende.

⁶⁶ — Jf. den første FII-dom, præmis 132.

- 2) Det har ingen betydning for Domstolens besvarelse af det andet og fjerde spørgsmål i den præjudicielle forelæggelse i sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, hvis:
 - a) udenlandsk selskabsskat ikke (eller ikke fuldt ud) betales af det ikke-hjemmehørende selskab, der udbetaler udbytte til det hjemmehørende selskab, men dette udbytte udbetales på grundlag af overskud, der omfatter udbytte, som er betalt af førstnævnte selskabs direkte eller indirekte datterselskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, og som blev udbetalt på grundlag af overskud, der havde givet anledning til betaling af skat i denne medlemsstat, og/eller
 - b) forskudsbetaling af selskabsskat ikke foretages af det hjemmehørende selskab, der modtager udbytte fra et ikke-hjemmehørende selskab, men betales af dets direkte eller indirekte hjemmehørende moderselskab efter yderligere udlodning af overskud fra det modtagende selskab, der direkte eller indirekte omfatter udbyttet.
- 3) Det selskab, der betaler selskabsskat på forskud, har under de omstændigheder, der er beskrevet i spørgsmål 2, litra b), ovenfor, et krav på tilbagebetaling af skat, der er opkrævet med urette, uden at skulle bevise, at betingelserne for, at medlemsstaten ifalder erstatningsansvar for tab, der er forårsaget af overtrædelse af EU-retten, er opfyldt.
- 4) En lovregel, hvorved en medlemsstat lemper den økonomiske dobbeltbeskatning af udbytte for alle kapitalandele uanset størrelse, er i relation til tredjelande omfattet af anvendelsesområdet for artikel 63 TEUF.
- 5) Domstolens besvarelse af det tredje spørgsmål i den præjudicielle forelæggelse i sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, finder ikke anvendelse, når de ikke-hjemmehørende datterselskaber, til hvilke der ikke kan ske overførsel, ikke er selskabsskattepligtige i Det Forenede Kongerige.«