



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 20. december 2017¹

Sag C-480/16

**Fidelity Funds
mod
Skatteministeriet,
Procesdeltager:
NN (L) SICAV**

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

»Præjudiciel forelæggelse – fri udveksling af tjenesteydelser – frie kapitalbevægelser – restriktioner – beskatning af udbytte udbetalt til institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) – udbytte udbetalt af selskaber, der er hjemmehørende i en medlemsstat, til institutter, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat – sammenlignelige situationer – bevarelse af sammenhængen i beskatningsordningen«

Indledning

1. Med nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse har Østre Landsret (Danmark) forelagt Domstolen et spørgsmål om, hvorvidt den danske lovgivning, som indrømmer institutter for kollektiv investering i værdipapirer (herefter »investeringsinstitutter«) med hjemsted i Danmark, der faktisk eller teknisk udlodder en minimumsudlodning til deres medlemmer, en fritagelse for kildeskat på udbytte, som udloddes af danske selskaber, mens investeringsinstitutter med hjemsted i andre medlemsstater ikke er omfattet af denne fritagelse, er forenelig med de frie kapitalbevægelser (artikel 56 EF, nu artikel 63 TEUF) og den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF, nu artikel 56 TEUF).

2. Spørgsmålet er rejst under en sag mellem på den ene side adskillige investeringsinstitutter som omhandlet i Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter)², der har hjemsted i Det Forenede Kongerige og Luxembourg, herunder Fidelity Funds, og på den anden side Skatteministeriet vedrørende krav om tilbagebetaling af indeholdt kildeskat på aktieudbytte udloddet til disse investeringsinstitutter af danske selskaber i perioden 2000-2009. Disse investeringsinstitutter har stillet krav om den pågældende tilbagebetaling

¹ – Originalsprog: fransk.

² – EFT 1985, L 375, s. 3. Ifølge fjerde betragtning til dette direktiv havde det til formål at indføre fælles minimumsbestemmelser for investeringsinstitutter i medlemsstaterne for så vidt angår deres godkendelse, tilsyn, struktur, aktiviteter samt de oplysninger, de skal offentliggøre (jf. dom af 11.9.2014, Gruslin, C-88/13, EU:C:2014:2205, præmis 33, og af 26.5.2016, NN (L) International, C-48/15, EU:C:2016:356, præmis 31). Direktiv 85/611 er blevet ændret flere gange, før det, med virkning fra den 1.7.2011, blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/65/EF af 13.7.2009 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) (EUT 2009, L 302, s. 32), med hvilket der blev foretaget en omarbejdelse.

med den begrundelse, at de burde være blevet indrømmet den skattefritagelse, som investeringsinstitutter, der er hjemmehørende i Danmark, er omfattet af. Den danske lovgivning indfører således en forskelsbehandling, som er i strid med de frie kapitalbevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser, der er sikret i EU-retten.

3. Det fremgår af den retlige ramme, som den forelæggende ret har redegjort for, at investeringsinstitutter, der er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark, i henhold til lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber mv. (herefter »selskabsskatteloven«) beskattes af hele deres indkomst i Danmark. Investeringsinstitutter mv., som ikke er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark, beskattes udelukkende af det udbytte, som de modtager fra danske selskaber, idet denne begrænsede skattepligt kun omfatter indtægter fra kilder i Danmark.

4. Efter kildeskattelovens § 65, stk. 1, skal der i forbindelse med enhver beslutning om udbetaling af udbytte, der træffes af danske selskaber, indeholdes kildeskat med en procentdel af det samlede udbytte, medmindre andet er fastsat. Den procentsats, som kildeskatten opkræves med, var 25% i 2000, mens den i perioden fra 2001-2009 har været 28%, medmindre der gælder en gunstigere bestemmelse i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Hvis den endelige beskatning er lavere end den procentsats, hvormed kildeskatten er opkrævet, kan instituttet kræve den for meget indeholdte skat tilbagebetalt.

5. Kildeskattelovens regler finder ligeledes anvendelse for danske investeringsinstitutter, og disse er derfor a priori undergivet de nævnte regler om beskatning af udbytte. Af kildeskattelovens § 65, stk. 8, fremgår det imidlertid, at den danske skatteminister kan fastsætte regler om, at indeholdelse af udbytteskat, jf. § 16 C i lov om påligningen af indkomstskat (herefter »ligningsloven«), ikke skal finde sted ved udbetaling til udloddende investeringsinstitutter (herefter »udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C«). Skatteministeren har ved den ministerielle bekendtgørelse, der præciserer ligningsloven (herefter »kildeskattebekendtgørelsen«), udnyttet denne bemyndigelse til at fritage udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C, der er hjemmehørende i Danmark, for enhver kildeskat.

6. Efter kildeskattebekendtgørelsens § 38 kan et investeringsinstitut få udstedt et udbyttefrikort og opnå fritagelse for kildebeskatning af udbytte på den betingelse, dels at der er tale om en forening mv. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 6 (og således hjemmehørende i Danmark), dels at det har status som udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C. Hjemmehørende investeringsinstitutter, der ikke opfylder betingelserne i ligningslovens § 16 C, er ikke fritaget for kildebeskatning af udbytte.

7. Det fremgår af ligningslovens § 16 C, hvad der forstås ved et »udloddende investerings[institut]«. I henhold til de indtil den 1. juni 2005 gældende regler var forudsætningen for, at et investeringsinstitut kunne kvalificeres som udloddende efter ligningslovens § 16 C, at instituttet foretog en udlodning, der mindst skulle udgøre et nærmere fastsat beløb (herefter »minimumsudlodning«). Minimumsudlodningen danner grundlag for beskatning af instituttets indkomst hos deltagerne.

8. Efter vedtagelsen af lov nr. 407 af 1. juni 2005 er det med virkning fra denne dato ikke længere en betingelse for at opnå status som udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C, at minimumsudlodningen faktisk udbetales til investorerne. Forudsætningen for at opnå denne status er fortsat, at instituttet skal opføre en minimumsudlodning, der beskattes hos dets medlemmer som kildeskat, der indeholdes af instituttet. Det fremgår af den forelæggende rets redegørelse med henvisning til forarbejderne til denne lov, at denne lovændring havde til formål at gøre det lettere for udenlandske investeringsinstitutter at opnå status som udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C, således at det ikke længere kræves, at disse institutter tilrettelægger deres

udlodningspolitik efter danske skatteregler, hvilket kan have interesse for de foreninger, hvor kun en mindre del af medlemmerne er danske. Det fremgår af de berørte parter indlæg, at visse investeringsinstitutter, som ikke er hjemmehørende i Danmark, har kunnet opfylde reglerne om minimumsudlodning i ligningslovens § 16 C.

9. Det skal endvidere bemærkes, at de nævnte regler er nærmere fastsat i ligningslovens § 16 C, stk. 2-6. I henhold til § 16 C, stk. 2, udgør minimumsudlodningen summen af indkomstårets indtægter og nettobeløb med fradrag for tab og udgifter. I medfør af ligningslovens § 16 C, stk. 3, indgår en lang række nærmere opregnede indtægter i beregningen, herunder renteindtægter, udbytte af aktier, gevinst på fordringer og finansielle kontrakter samt gevinst ved afståelse af aktier. I henhold til ligningslovens § 16 C, stk. 4 og 5, kan det udloddende investeringsinstitut fradrage skatterrelevante tab og administrationsudgifter.

10. Hvad denne lovgivning angår har Fidelity Funds og NN (L) SICAV gjort gældende, at de i sagens natur ikke kan opfylde den første betingelse om skattemæssigt hjemsted i Danmark for at opnå kildeskattefritagelse. Denne betingelse udgør en forskellig skattemæssig behandling af investeringsinstitutter på grundlag af deres domicilland og er ifølge disse parter i hovedsagen i strid med artikel 56 EF, idet den ikke kan retfærdiggøres i tvingende almene hensyn. For så vidt angår den anden betingelse om opgørelsen af en minimumsudlodning har Fidelity Funds og NN (L) SICAV præciseret, at de ikke har noget incitament til at opfylde den, da de på grund af den første betingelse under ingen omstændigheder kan gøre brug af den ordning, som gælder for udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C. Ifølge disse parter er denne anden betingelse i sig selv i strid med den frie udveksling af tjenesteydelser som sikret ved artikel 49 EF, da investeringsinstitutterne ikke er oprettet i henhold til lovgivningen i hver enkelt af de medlemsstater, hvor deres medlemmer kan have bopæl, men i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er hjemmehørende. Hvis hvert enkelt ikke-hjemmehørende investeringsinstitut skulle opfylde et sådant krav, ville den ved direktiv 85/611 gennemførte harmonisering og retten til fri udveksling af serviceydelser blive udhulet.

11. Da den forelæggende ret er af den opfattelse, at afgørelsen af tvisten i hovedsagen afhænger af en fortolkning af artikel 49 EF og 56 EF, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Udgør en beskatningsordning som den af hovedsagerne omhandlede, der indebærer, at udenlandske investeringsinstitutter omfattet af [...] direktiv 85/611 [...] kildebeskattes af udbytte fra danske selskaber, en tilsidesættelse af artikel 56 [EF] (artikel 63 TEUF) om kapitalens frie bevægelighed eller artikel 49 [EF] (artikel 56 TEUF) om den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis tilsvarende danske investeringsinstitutter kan opnå fritagelse for kildeskatten, enten fordi de faktisk udlodder en minimumsudlodning mod indeholdelse af kildeskat til deres medlemmer, eller teknisk skal opgøre en minimumsudlodning, hvoraf der skal indeholdes kildeskat i forhold til institutternes medlemmer?«

12. Fidelity Funds, NN (L) SICAB, den danske, tyske og nederlandske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg vedrørende dette spørgsmål. Disse procesdeltagere har desuden afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 5. oktober 2017.

Bedømmelse

13. Det skal indledningsvis bemærkes, at den forelæggende rets spørgsmål i modsætning til, hvad navnlig Fidelity Funds' argumenter for denne ret kunne lade formode, ikke vedrører fortolkningen af direktiv 85/611.

14. Som Domstolen fastslog i dom af 26. maj 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, præmis 32), er investeringsinstitutters afgiftspligt nemlig ikke omfattet af det område, der reguleres af dette direktiv, som ikke indeholder nogen bestemmelse herom. Ganske vist fastslog Domstolen i den samme dom, at artikel 44, stk. 3, i direktiv 85/611 krævede, at love og administrative bestemmelser, der fandt anvendelse i en medlemsstat på investeringsinstitutter, og som ikke var omfattet af det område, som dette direktiv regulerede, skulle anvendes uden forskelsbehandling, hvilket indebærer, at direktiv 85/611 ikke er til hinder for, at investeringsinstitutter, der markedsfører deres andele i en medlemsstat, pålægges en årlig afgift, forudsat at den anvendes uden forskelsbehandling³. Domstolen undersøgte dog logisk nok, hvorvidt opkrævningen af den i den nævnte sag omhandlede afgift, som blev pålagt investeringsinstitutter, udgjorde forskelsbehandling eller en hindring, i lyset af de ved traktaten sikrede frie bevægeligheder⁴. Det er derfor fuldt forståeligt, at den forelæggende ret vedrørende et tvivlsspørgsmål som det i hovedsagen omhandlede om, hvorvidt en lovgivning, der fastsætter en forskellig skattemæssig behandling mellem investeringsinstitutter på grundlag af et i international skatteret generelt samt af Domstolen anerkendt kriterium, nemlig de pågældende institutters skattemæssige hjemsted⁵, udelukkende spørger Domstolen om, hvorvidt en sådan lovgivning er forenelig med de frie kapitalbevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser.

15. Efter denne præcisering omfatter analysen af den forskellige skattemæssige behandling, som følger af den danske lovgivning, fire punkter, hvoraf kun de to sidste kræver en nærmere redegørelse. Mens der således ikke er tvivl om, at det er de frie kapitalbevægelser, som er relevante i den foreliggende sag (A), og at den danske lovgivning udgør en restriktion af denne frihed (B), er spørgsmålet, om situationen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter i Danmark kan sammenlignes (C), og spørgsmålet om begrundelserne for denne restriktion (D) imidlertid mere komplicerede, som det er fremgået af forhandlingerne for Domstolen.

A. Anvendelsen af de frie kapitalbevægelser

16. Som det fremgår af det præjudicielle spørgsmåls ordlyd, er den forelæggende ret i tvivl om, hvilken frihedsret der skal danne grundlag for bedømmelsen af den i hovedsagen omhandlede lovgivning. Den forelæggende ret er nærmere bestemt i tvivl om, hvorvidt den danske lovgivning er i strid med artikel 56 EF (nu artikel 63 TEUF) om de frie kapitalbevægelser eller med artikel 49 EF (nu artikel 56 TEUF) om den frie udveksling af tjenesteydelser.

17. Ifølge retspraksis er det for at afgøre, om en national lovgivning henhører under den ene eller den anden traktatfæstede grundlæggende frihed, nødvendigt at inddrage formålet med den pågældende lovgivning⁶.

18. Hvad dette angår vedrører den danske lovgivning ikke betingelserne for ikke-hjemmehørende investeringsinstitutters adgang til en medlemsstats marked, i det foreliggende tilfælde Kongeriget Danmark, men den skattemæssige behandling af disse institutters indkomst, som således direkte berører deres investeringer i Danmark. Efter min opfattelse kan det ud fra denne konstatering i sig selv allerede nu afvises, at princippet om fri udveksling af tjenesteydelser finder anvendelse.

3 – Dom af 26.5.2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, præmis 32 og 33).

4 – Dom af 26.5.2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, præmis 33).

5 – Det bemærkes, at situationen med hensyn til direkte skatter for hjemmehørende personer og ikke-hjemmehørende personer som udgangspunkt ikke er sammenlignelig. Jf. navnlig dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 31), af 22.12.2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, præmis 38), og af 24.2.2015, Grünewald (C-559/13, EU:C:2015:109, præmis 25), hvilket indebærer, at en forskelsbehandling mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skatteydere ikke som sådan kan anses for en forskelsbehandling i traktatens forstand (jf. navnlig dom af 22.12.2008, Truck Center, C-282/07, EU:C:2008:762, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

6 – Jf. bl.a. dom af 1.7.2010, Dijkman og Dijkman-Lavaleije (C-233/09, EU:C:2010:397, præmis 26), og af 21.5.2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, præmis 31).

19. I modsætning til den situation, der lå til grund for dom af 3. oktober 2006, Fidium Finanz (C-452/04, EU:C:2006:631, præmis 2 og 45-47), der drejede sig om de tyske myndigheders nedlæggelse af et forbud mod, at et schweizisk selskab ydede erhvervsmæssigt lån til tyske kunder, med den begrundelse, at det ikke havde den nødvendige godkendelse til at udøve denne aktivitet, og hvor Domstolen fastslog, at situationen var omfattet af anvendelsesområdet for princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser, indebærer den omstændighed, at den i hovedsagen omhandlede danske lovgivnings skattefritagelse ikke omfatter ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, som modtager udbytte udloddet af danske selskaber, ikke, at disse erhvervsdrivende er hindret adgang til det danske marked.

20. Det er korrekt, at anvendelsen af en sådan lovgivning kan gøre ikke-hjemmehørende investeringsinstitutters levering af finansielle tjenesteydelser til danske investorer mere byrdefuld end danske investeringsinstitutters tilsvarende levering under de samme omstændigheder⁷.

21. Selv om den afgift, som ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter pålægges i modsætning til hjemmehørende investeringsinstitutter, således kan indvirke på den frie udveksling af tjenesteydelser, idet denne forskel kan have virkning for de finansielle tjenester, som de førstnævnte udbyder i Danmark, forekommer denne frihed dog her sekundær i forhold til de frie kapitalbevægelser og kan under alle omstændigheder være knyttet hertil⁸.

22. For alle tilfældes skyld skal jeg tilføje, at det fremgår af sagsakterne og af de berørte parter indlæg, at Fidelity Funds' og NN (L) SICAV's andele i de danske selskaber er blevet erhvervet med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og udøve kontrol med den, hvorved alene de frie kapitalbevægelser, og ikke etableringsfriheden, synes at være relevant⁹.

23. Som den nederlandske regering og Kommissionen med rette har talt for, bør den i hovedsagen omhandlede lovgivning følgelig efter min opfattelse undersøges på grundlag af de frie kapitalbevægelser, som er sikret ved artikel 56 EF.

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

24. De foranstaltninger, der er forbudt ifølge artikel 56, stk. 1, EF i deres egenskab af restriktioner for kapitalbevægelserne, omfatter bl.a. sådanne foranstaltninger, som kan afholde ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en medlemsstat¹⁰.

25. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen i den foreliggende sag, blev udbytte udloddet af et hjemmehørende selskab til et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut i henhold til den danske lovgivning, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, i princippet pålagt en kildeskat på 25% i 2000, som blev forhøjet til 28% i perioden fra 2001-2009, medmindre der gjaldt en anden sats i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, mens sådant udbytte var fritaget for skat, når det blev udbetalt til et hjemmehørende investeringsinstitut, for så vidt

7 – Det bemærkes, at nationale foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser mindre interessant, udgør restriktioner for denne frihed. Jf. bl.a. dom af 18.10.2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

8 – Jf. i denne retning dom af 26.5.2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, præmis 41).

9 – Ifølge disse oplysninger har disse andele på intet tidspunkt i løbet af den i hovedsagen omhandlede periode oversteget 10% af de danske selskabers selskabskapital. Jf. vedrørende kriteriet for sondring mellem kapitalens frie bevægelighed og etableringsfriheden bl.a. dom af 14.9.2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687, præmis 30 og deri nævnte retspraksis).

10 – Jf. navnlig dom af 10.2.2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen (C-436/08 og C-437/08, EU:C:2011:61 præmis 50), af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 15), og af 26.5.2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, præmis 44).

som et sådant institut desuden opfyldte betingelserne for at blive kvalificeret som et udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C, dvs. at det indtil den 31. maj 2005 faktisk udloddede en minimumsudlodning til sine medlemmer eller fra den 1. juni 2005 teknisk opgjorde en sådan minimumsudlodning¹¹.

26. Følgelig var det kun de i Danmark hjemmehørende investeringsinstitutter, kvalificeret som udloddende institutter efter ligningslovens § 16 C, der var fritaget for skat, mens ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter automatisk var udelukket fra fritagelsen, også når udbytte modtaget af ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, som det synes at være tilfældet i hovedsagen, beskattes med en reduceret sats i henhold til en overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning, eller når de faktisk foretager eller teknisk opgør en minimumsudlodning til deres medlemmer, hvilket ikke synes at være tilfældet i hovedsagen.

27. En sådan forskellig skattemæssig behandling af udbytte, navnlig alt efter, hvor investeringsinstitutterne er hjemmehørende, kan på den ene side afholde ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter fra at foretage investeringer i selskaber, der er etableret i Danmark, og på den anden side afholde investorer, der er hjemmehørende i denne medlemsstat, fra at erhverve andele i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter¹².

28. Som den danske regering i øvrigt har medgivet, udgør en skatte Lovgivning som denne følgelig en restriktion for kapitalens frie bevægelighed, som i princippet er i strid med artikel 56 EF.

29. Den restriktion for de frie kapitalbevægelser, som er påvist ovenfor, kan imidlertid være tilladt i EU-retten, såfremt den forskelsbehandling, hvorpå den er baseret, i henhold til artikel 58, stk. 1, litra a), EF vedrører situationer, som ikke er objektivt sammenlignelige, eller er begrundet i tvingende almene hensyn¹³.

30. Som anført ovenfor skal der tages nærmere stilling til såvel de i hovedsagen omhandlede situationers sammenlignelighed som begrundelsen for den restriktion for kapitalbevægelserne, som den danske lovgivning medfører.

C. Spørgsmålet, om de i hovedsagen omhandlede situationer er sammenlignelige

31. Det bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt en grænseoverskridende situation kan sammenlignes med en national situation, skal vurderes under hensyntagen til det formål, der forfølges med de omhandlede nationale bestemmelser, og til formålet med og indholdet af de sidstnævnte¹⁴.

32. For så vidt angår formålene med den pågældende danske lovgivning fremgår det af den forelæggende rets redegørelse og af den danske regerings indlæg, at den dels har til formål at forebygge dobbeltbeskatning i form af kædebeskatning, når der foretages en investering gennem et investeringsinstitut, dels at sikre, at udbytte udloddet af danske selskaber ikke bliver unddraget dansk beskatningskompetence på grund af skattefritagelsen for hjemmehørende investeringsinstitutter og med sikkerhed undergives dansk beskatningskompetence én gang hos disse institutters medlemmer.

11 – Det skal bemærkes, at NN (L) SICAV har kritiseret den forelæggende rets bedømmelse og gjort gældende, at alle danske investeringsinstitutter i henhold til den danske lovgivning, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, er omfattet af kildeskattefritagelsen, og ikke kun de danske såkaldte udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C. Det er imidlertid ubestridt, at den forelæggende ret i forbindelse med anvendelsen af artikel 267 TEUF er eneansvarlig for at identificere og fortolke den gældende nationale ret, hvorfor det ikke tilkommer Domstolen at drage den forudsætning, som den forelæggende ret har baseret sig på, i tvivl. Jf. i denne retning dom af 14.6.2017, *Online Games m.fl.* (C-685/15, EU:C:2017:452, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

12 – Jf. i denne retning dom af 10.5.2012, *Santander Asset Management SGIIC m.fl.* (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 17), og af 10.4.2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 42).

13 – Jf. bl.a. dom af 10.4.2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

14 – Jf. dom af 2.6.2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

33. Hvad angår for det første formålet med hensyn til at forhindre kædebeskatning fremgår det ganske vist af retspraksis, at de hjemmehørende selskaber, skattepligtige eller modtagende aktionærer med hensyn til foranstaltninger, der er truffet af en medlemsstat med henblik på at forhindre eller formindske kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte udloddet af et hjemmehørende selskab, ikke nødvendigvis befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med situationen for de selskaber, skattepligtige eller modtagende aktionærer, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat¹⁵.

34. Fra det øjeblik en medlemsstat ensidigt eller gennem indgåelse af overenskomster ikke blot gør de hjemmehørende selskaber, skattepligtige eller aktionærer, men også de ikke-hjemmehørende selskaber, skattepligtige eller aktionærer indkomstskattepligtige af det udbytte, de modtager fra et hjemmehørende selskab, nærmer de ikke-hjemmehørendes situation sig imidlertid de hjemmehørendes situation¹⁶.

35. Det er denne stats udøvelse af sin beskatningskompetence, der uafhængigt af enhver beskatning i en anden medlemsstat i sig selv skaber risiko for kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning. I sådanne tilfælde skal den medlemsstat, hvor det udloddende selskab er hjemmehørende, i medfør af de mekanismer, der er fastsat i national ret for at forhindre eller mindske kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning, sikre, at de ikke-hjemmehørende selskaber, skattepligtige eller aktionærer får en behandling, der svarer til de hjemmehørende selskabers, skattepligtiges eller aktionærers, således at de ikke-hjemmehørende udbyttmodtagere ikke står over for en restriktion for de frie kapitalbevægelser, som i princippet er forbudt ved artikel 56 EF¹⁷.

36. Da Kongeriget Danmark i hovedsagen har valgt at udøve sin beskatningskompetence på udbytte, som danske selskaber har udloddet til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, er disse investeringsinstitutter følgelig i en situation, der er sammenlignelig med hjemmehørende investeringsinstitutters situation for så vidt angår risikoen for kædebeskatning af udbytte udloddet af danske selskaber.

37. For det andet kan der hvad angår formålet om at undergive de hjemmehørende investeringsinstitutters skattefritagelse en betingelse om, at beskatningen finder sted på medlemsniveau, rejses et spørgsmål om, hvorvidt der ved undersøgelsen af situationernes sammenlignelighed skal tages hensyn til deres medlemmers skattemæssige situation.

38. I denne henseende skal det bemærkes, at der i henhold til fast retspraksis ved bedømmelsen af forskellig behandling med hensyn til beskatning af udloddet udbytte alene skal tages hensyn til de sondringskriterier, der er fastsat i den omhandlede nationale lovgivning¹⁸.

39. Som allerede anført er den kildeskattefritagelse, der gælder for investeringsinstitutterne, underlagt to betingelser. For det første skal investeringsinstitutterne være hjemmehørende i Danmark. For det andet skulle disse institutter indtil den 31. maj 2005 foretage en minimumsudlodning til deres medlemmer mod indeholdelse af kildeskat. Fra den 1. juni 2005 blev dette krav ændret således, at der blot skulle foretages en teknisk opgørelse af minimumsudlodningen, som fortsat beskattes hos medlemmerne, idet investeringsinstituttet indeholder kildeskat heraf.

15 – Jf. bl.a. dom af 18.6.2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, præmis 42), af 20.10.2011, Kommissionen mod Tyskland (C-284/09, EU:C:2011:670, præmis 55), og af 25.10.2012, Kommissionen mod Belgien (C-387/11, EU:C:2012:670, præmis 48).

16 – Jf. i denne retning bl.a. dom af 18.6.2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, præmis 43), af 20.10.2011, Kommissionen mod Tyskland (C-284/09, EU:C:2011:670, præmis 56), af 25.10.2012, Kommissionen mod Belgien (C-387/11, EU:C:2012:670, præmis 49), og af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 67).

17 – Jf. i denne retning dom af 20.10.2011, Kommissionen mod Tyskland (C-284/09, EU:C:2011:670, præmis 57), af 25.10.2012, Kommissionen mod Belgien (C-387/11, EU:C:2012:670, præmis 50), og af 17.9.2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 68).

18 – Jf. dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 28), og af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 61).

40. Disse to karakteristika synes at adskille den danske lovgivning fra den franske lovgivning, der var omhandlet i dom af 10. maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286). I den nævnte dom undersøgte Domstolen således den objektive sammenlignelighed mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter i Frankrig og fastslog, at der ikke skulle tages hensyn til investeringsinstitutternes deltageres skattemæssige situation, for så vidt som den franske lovgivning kun var baseret på ét sondringskriterium, nemlig disse institutters hjemsted.

41. Henset til forskellen mellem den franske og den danske lovramme, som jeg har redegjort for, og i betragtning af, at de berørte parter bl.a. har drøftet, hvilke konsekvenser der i den foreliggende sag skal drages af dom af 10. maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286), er det besynderligt, at ingen af de tre regeringer, der har indgivet skriftlige indlæg, har fremsat det synspunkt, at undersøgelsen af situationernes sammenlignelighed bør inddrage investorernes skattemæssige situation. Mens den danske regering således, med henvisning til den nævnte dom, blot har begrundet denne lovgivning i hensynet til at bevare sammenhængen i beskatningsordningen og mere kortfattet i en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen¹⁹, har den tyske og den nederlandske regering koncentreret deres respektive bemærkninger vedrørende situationernes objektive sammenlignelighed om investeringsinstitutternes egenskab af investeringsorganer.

42. Fidelity Funds og NN (L) SICAV, samt i mindre udstrækning Kommissionen, har med synspunktet om, at det alene er investeringsinstitutternes situation og ikke deres medlemmers skattemæssige situation, der skal være genstand for en sammenligning, fremført den mest detaljerede begrundelse med hensyn til, på hvilket niveau undersøgelsen af situationernes sammenlignelighed skal foretages. NN (L) SICAV er nærmere bestemt af den opfattelse, at den danske lovgivning har fastlagt et sondringskriterium, som alene er baseret på det udbyttmodtagende investeringsinstituts hjemsted, og den skattefritagelse, som de hjemmehørende investeringsinstitutter er omfattet af, er ikke underlagt en betingelse om, at udloddet udbytte beskattes hos deres medlemmer. Den danske lovgivning foreskriver ingen sammenhæng mellem den skattemæssige behandling af indenlandsk udbytte, der modtages af helt almindelige (eller akkumulerende) investeringsinstitutter, og deres deltageres skattemæssige situation. Hvad angår de udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C, der foretager delvis udlodning af det udbytte, de modtager, tager den danske lovgivning heller ikke hensyn til den skattemæssige situation for deres deltagere. Kildebeskatningen af udbytte, der er udloddet til et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut, nedsættes således ikke, hvis det pågældende institut har medlemmer, som er hjemmehørende i Danmark, og hvis skattemæssige situation er sammenlignelig med situationen for et i Danmark hjemmehørende investeringsinstituts medlemmer. Kommissionen har desuden gjort gældende, at de hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter befinder sig i en sammenlignelig situation, selv hvis der i sammenligningen tages hensyn til beskatningen af medlemmerne. Endelig har Fidelity Funds tilføjet, at de ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter er omfattet af direktiv 85/611 og derfor skal sammenlignes med investeringsinstitutter, der er hjemmehørende i Danmark.

43. Af de nedenstående grunde er jeg selv af den opfattelse, at de i hovedsagen omhandlede situationer, uanset hvilken vinkel der skal anlægges ved undersøgelsen af sammenligneligheden, er objektivt sammenlignelige, hvorfor det i sidste ende skal analyseres, hvorvidt den danske lovgivning kan begrundes i navnlig hensynet til at bevare sammenhængen i beskatningsordningen.

44. For det første er jeg ikke enig i Fidelity Funds' argument om, at status som investeringsinstitut, der er underlagt direktiv 85/611, er tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter og danske investeringsinstitutter er objektivt sammenlignelige i henhold til den danske skattelovgivning. Ud over, at beskatningen af investeringsinstitutter, som anført ovenfor, ikke

¹⁹ – Jf. vedrørende disse begrundelser punkt 61-81 i dette forslag til afgørelse.

er omfattet af det område, som blev reguleret af direktiv 85/611²⁰, vedrører undersøgelsen af sammenlignelighed i lyset af de frie kapitalbevægelser ikke de pågældende erhvervsdrivendes retlige status, men deres situation set i forhold til den omhandlede skattelovgivning²¹. I øvrigt har Domstolen i en analyse af erhvervsdrivendes situationer allerede afvist, at investeringsinstituttets status er relevant, når denne ikke er omfattet af det eller de sonderingskriterier, hvorpå den gældende skattelovgivning er baseret²².

45. Endelig har de berørte parter med henblik på at fastslå, på hvilket niveau undersøgelsen af situationernes sammenlignelighed skal foretages, dvs. enten på investeringsinstitutniveau alene eller ligeledes på medlemsniveau, på Domstolens anmodning drøftet spørgsmålet, hvorvidt de to kriterier, som den nationale lovgivning er baseret på, er selvstændige eller uløseligt forbundne.

46. Skal dette spørgsmål besvares entydigt med, at kriteriet om investeringsinstituttets hjemsted er selvstændigt eller kan adskilles fra kriteriet vedrørende kravet om en (faktisk eller teknisk) minimumsudlodning, kan det nemlig pege stærkt i retning af, at den danske lovgivning i sidste ende ikke ligger så fjernt fra den franske lovgivning, der var genstand for den sag, som gav anledning til dom af 10. maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286), eller den polske lovgivning, som var genstand for den sag, der gav anledning til dom af 10. april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249). Domstolen har med andre ord fastslået, at for så vidt som disse to lovgivninger udelukkende eller hovedsagelig var baseret på de pågældende investeringsinstitutters hjemsted, skulle undersøgelsen af situationernes sammenlignelighed alene foretages i forhold til disse institutter²³.

47. Uanset NN (L) SICAV's kritik af den forelæggende rets angiveligt fejlagtige fortolkning af den danske lovgivning, som Domstolen ikke kan undersøge inden for rammerne af det retlige samarbejde, der er fastlagt i artikel 267 TEUF²⁴, er der i den foreliggende sag efter min opfattelse visse omstændigheder, der taler for, at kriteriet om investeringsinstituttets hjemsted ikke alene kan adskilles fra kriteriet om en (faktisk eller teknisk) minimumsudlodning, men også er mere tungtvejende end det sidstnævnte. Det skal således for det første bemærkes, at de to kriterier, som er gentaget i kildeskattebekendtgørelsens § 38, forekommer i to forskellige nationale lovgivninger²⁵. Endvidere har den danske regering i sine skriftlige indlæg anerkendt, at det andet kriterium, alt efter omstændighederne, kan anvendes uafhængigt af kriteriet om investeringsinstituttets hjemsted. For det andet er det, sådan som Fidelity Funds og NN (L) SICAV har gjort gældende, og den danske regering har anerkendt, kun danske investeringsinstitutter, der kan opfylde betingelsen om hjemsted i Danmark, mens visse ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter fuldt ud kan opfylde (og i praksis opfylder) det andet kriterium.

48. Under disse omstændigheder skal situationernes sammenlignelighed udelukkende undersøges ud fra det primære og afgørende kriterium i den danske lovgivning, dvs. investeringsinstituttets hjemsted, og det må således, i lighed med dom af 10. maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286), og af 10. april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 63 og 69), fastslås, at det alene er

20 – Jf. punkt 14 i dette forslag til afgørelse.

21 – Jf. i denne retning, analogt, vedrørende sammenligneligheden mellem situationen for et hjemmehørende aktieselskab efter finsk ret og situationen for et SICAV efter luxembourgsk ret, en juridisk form, som ikke er tilladt i finsk ret, som begge modtager udbytte af finsk oprindelse, dom af 18.6.2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, præmis 50-56).

22 – Jf. i denne retning dom af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 68).

23 – Jf. dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 32, 39 og 41), og af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 62, 63 og 68).

24 – Jf. herom fodnote 11 i dette forslag til afgørelse. Jeg vil således ikke i dette forslag til afgørelse beskæftige mig yderligere med den kritik, som NN (L) SICAV har fremført adskillige gange i deres indlæg og gentaget i retsmødet.

25 – Dvs. selskabsskatteloven og ligningsloven, jf. punkt 6 i dette forslag til afgørelse.

investeringsinstitutternes situation, alt efter om de er hjemmehørende i Danmark eller ikke, som skal sammenlignes, og at disse investeringsorganer i sidste ende befinder sig i objektivt sammenlignelige situationer for så vidt angår den skattemæssige behandling af udbytte, som de modtager fra danske selskaber.

49. Ikke desto mindre er den tankegang, der ligger til grund for den danske lovgivning, at hjemmehørende investeringsinstitutter kun indrømmes kildeskattefritagelse, hvis der samtidig finder en (faktisk eller teknisk) minimumsudlodning sted til deres medlemmer, mod indeholdelse af kildeskat. Kongeriget Danmark indrømmer således kun et dansk investeringsinstitut kildeskattefritagelse, hvis der ikke er tvivl om, at den kan udøve sin beskatningskompetence på udbyttet, som et sådant investeringsinstitut videreudlodder til sine medlemmer.

50. I modsætning til, hvad der var tilfældet i den situation, der lå til grund for dom af 10. maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286), og af 10. april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), foreskriver den danske lovgivning således, sådan som Kommissionen i øvrigt har medgivet i sine skriftlige indlæg, en sammenhæng mellem indrømmelsen af skattefritagelsen til de hjemmehørende investeringsinstitutter og deres medlemmers skattemæssige situation. Efter min opfattelse kan der derfor også tages hensyn til de sidstnævntes situation ved undersøgelsen af situationernes sammenlignelighed.

51. Den omstændighed, at der tages hensyn til investeringsinstitutternes medlemmers situation, indebærer imidlertid efter min opfattelse ikke, at situationerne betraget som helhed ikke er objektivt sammenlignelige, således at den forskelsbehandling, der følger af den danske lovgivning, er tilladt. Den danske lovgivning tager nemlig ikke fuldt ud hensyn til investeringsinstitutternes medlemmers situation, hvorved den forskelsbehandling, der følger af denne lakune²⁶, ikke kan begrundes i objektivt forskellige situationer.

52. I denne henseende bør medlemmernes skattemæssige situation efter min opfattelse undersøges ud fra tre forskellige synsvinkler. For det første er det muligt at sammenligne *hjemmehørende* medlemmers skattemæssige situation alt efter, om de investerer i et hjemmehørende eller et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut. For det andet kan sammenligningen vedrøre et hjemmehørende investeringsinstituts *hjemmehørende* medlems skattemæssige situation i forhold til et ikke-hjemmehørende investeringsinstituts *ikke-hjemmehørende* medlems skattemæssige situation. Endelig er det for det tredje også muligt at undersøge *ikke-hjemmehørende* medlemmers situationers sammenlignelighed alt efter, om de investerer i ikke-hjemmehørende eller hjemmehørende investeringsinstitutter²⁷.

53. For så vidt angår den første situation er der efter min opfattelse ingen objektiv forskel mellem danske medlemmer alt efter, om de investerer i et hjemmehørende eller et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut. Begge medlemmer henhører under Kongeriget Danmarks beskatningskompetence og bør i princippet behandles ens. Som den danske regering har medgivet, vil et dansk medlem, der investerer i et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut - som er underlagt kildeskat, selv om det kan kvalificeres som udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C - altid blive underlagt

26 – I dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286), afviste Domstolen den franske regerings argument om, at den nationale lovgivning også tog hensyn til deltagernes skattemæssige situation, og fastslog ikke kun, at denne lovgivning blot sondrede mellem investeringsinstitutterne alt efter, om de havde hjemsted i Frankrig eller ikke. I dommens præmis 31-38 undersøgte Domstolen således konkret, også for de udloddende investeringsinstitutters vedkommende, hvorvidt denne lovgivning reelt og fuldstændig tog hensyn til samtlige medlemmers skattemæssige situation, sådan som den franske regering gjorde gældende.

27 – Henset til formålet med den nationale lovgivning, som vedrører investeringsinstitutterne og deres medlemmer, er det efter min opfattelse derimod ikke relevant at sammenligne situationen for et ikke-hjemmehørende medlem i et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut, der modtager udbytte fra et dansk selskab, med situationen for en ikke-hjemmehørende investor, der modtager udbytte direkte fra danske selskaber.

kædebeskatning, mens et dansk medlem, som investerer i et hjemmehørende investeringsinstitut, der er kvalificeret som udloddende institut efter ligningslovens § 16 C og fritaget for kildeskat, imidlertid vil kunne fradrage den forskudsskat i form af indkomst- eller selskabsskat, som dette medlem i øvrigt skal erlægge.

54. Den anden situation, dvs. sammenligningen af et hjemmehørende investeringsinstituts hjemmehørende medlems skattemæssige situation med et ikke-hjemmehørende investeringsinstituts ikke-hjemmehørende medlems skattemæssige situation, fører efter min opfattelse til det samme resultat. På grundlag af den danske lovgivning befinder de to medlemmer sig i en objektivt sammenlignelig situation, da de investerer i investeringsinstitutter, som ikke videreudlodder udbytte modtaget fra danske selskaber.

55. Hvad angår ikke-hjemmehørende medlemmer af ikke-hjemmehørende udloddende investeringsinstitutter og hjemmehørende medlemmer af udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C med hjemsted i Danmark skal jeg bemærke, at Domstolen i dom af 17. september 2015, *Miljoen m.fl.* (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 74), vedrørende undersøgelsen af den objektive sammenlignelighed af den skattemæssige behandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skattepligtige i den medlemsstat, hvor udbyttet stammede fra, fastslog, at »når udbytteskat af en medlemsstat opkræves som kildeskat på udbytte, der er udloddet af selskaber, der har hjemsted i denne medlemsstat, skal sammenligningen mellem den skattemæssige behandling af en ikke-hjemmehørende skattepligtig og en hjemmehørende skattepligtig foretages i lyset af dels den udbytteskat, som den ikke-hjemmehørende skattepligtige skal erlægge, dels den indkomstskat eller selskabsskat, som skal erlægges af den hjemmehørende skattepligtige, og hvis beregningsgrundlag omfatter de indtægter, der hidrører fra de andele, som udbyttet stammer fra«. I forbindelse med anvendelsen af artikel 58, stk. 1, litra a), EF [nu artikel 65, stk. 1, litra a), TEUF] er det ifølge Domstolen således ikke tilstrækkeligt alene at tage hensyn til udbytteskatten, idet analysen skal omfatte den samlede beskatning, der vedrører fysiske personers indtægter eller selskabers overskud, der hidrører fra besiddelsen af andele i selskaber, der har hjemsted i en medlemsstat²⁸.

56. Når dette kriterium for sammenligningen af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skattepligtiges skattebyrde i den medlemsstat, hvor udbyttet stammer fra, anvendes på den foreliggende sag, indebærer det, at det ikke ville være korrekt blot at gøre opmærksom på, at ikke-hjemmehørende medlemmer af et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut, der kan kvalificeres som udloddende institut efter ligningslovens § 16 C, indirekte betaler kildeskat, som indeholdes af dette organ, mens medlemmerne af et dansk udloddende institut efter ligningslovens § 16 C direkte betaler forskudsskat, indeholdt af dette institut, hvilket har den konsekvens, at disse medlemmer ikke befinder sig i en objektivt sammenlignelig situation. Ifølge en samlet analyse vil den skat, som det ikke-hjemmehørende medlem erlægges, være endelig, mens det hjemmehørende medlem altid vil kunne fradrage den forskudsskat i form af indkomst- eller selskabsskat, som skal erlægges i Danmark.

57. Ganske vist henhører det ikke-hjemmehørende medlem under en anden medlemsstats beskatningskompetence hvad angår indkomstskat. Som hovedregel, og for så vidt som medlemmets bopælsmedlemsstat for at undgå dobbeltbeskatning anvender modregningsmetoden, kan kildeskatten af udbytte dog tilsyneladende ikke, eller i det mindste ikke fuldstændig, tilbagebetales eller modregnes i

28 – Jf. dom af 17.9.2015, *Miljoen m.fl.* (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 73). Såfremt der ikke blev taget hensyn til medlemmernes situation, ville ræsonnementet i denne dom efter min opfattelse også kunne anvendes vedrørende selve investeringsorganerne, idet den samlede skattebyrde er systematisk højere for de ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, der kan kvalificeres som udloddende selskaber efter ligningslovens § 16 C, i forhold til skattebyrden for de i Danmark hjemmehørende udloddende institutter efter ligningslovens § 16 C.

indkomst- eller selskabsskatten i denne medlemsstat²⁹. Under alle omstændigheder kan en medlemsstat, uafhængigt af en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst, ikke påberåbe sig, at der foreligger en fordel, som en anden medlemsstat ensidigt har indrømmet, med henblik på at undgå de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EF-traktaten³⁰.

58. Hvad endelig angår sammenligningen mellem ikke-hjemmehørende medlemmer, som investerer i et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut, der kan kvalificeres som udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C, og tilsvarende medlemmer, der investerer i et i Danmark hjemmehørende udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C, vil den første situation, sådan som Kommissionen har gjort gældende, altid være underlagt kildeskat, der opkræves hos det ikke-hjemmehørende investeringsinstitut og således pålægges det udloddede udbytte, uden at der tages hensyn til eventuelle omkostninger og tab, mens det medlem, der investerer i et i Danmark hjemmehørende udloddende investeringsinstitut efter ligningslovens § 16 C, vil være undergivet forskudsbeskatning, idet beskatningsgrundlaget vil vedrøre minimumsudlodningen, hvorfra instituttets tab og administrationsomkostninger ligeledes kan fratrækkes, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 2, 4 og 5. Den samlede skattebyrde vil således være mere fordelagtig for de sidstnævnte end for de førstnævnte, uden at den efter min opfattelse er begrundet i en objektiv forskel i situationer mellem alle disse ikke-hjemmehørende medlemmer set ud fra den medlemsstats synspunkt, hvorfra det udloddede udbytte hidrører.

59. Da den i hovedsagen omhandlede danske lovgivning efter min opfattelse ikke kan opretholdes med den begrundelse, at den finder anvendelse på objektivt forskellige situationer, skal denne lovgivning, for at kunne opretholdes, være begrundet i tvingende almene hensyn.

D. Spørgsmålet, om restriktionen er begrundet

60. Ifølge den danske og den nederlandske regering er den forskellige behandling, som følger af den danske lovgivning, begrundet i ønsket om for det første at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen og for det andet at bevare sammenhængen i beskatningsordningen. Jeg skal allerede her bemærke, at jeg ikke er overbevist af den første begrundelse, men snarere hælder til den opfattelse, at den danske ordning vil kunne begrundes i hensynet til at bevare sammenhængen i beskatningsordningen, idet den dog er uforholdsmæssig i forhold til dette formål.

1. En afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen

61. Den danske regering har gjort opmærksom på, at udenlandske investorer er begrænset (kilde)skattepligtige af den minimumsudlodning, der løbende opgøres af i Danmark hjemmehørende udloddende investeringsforeninger efter ligningslovens § 16 C, mens udenlandske investorers afkast fra tilsvarende ikke-hjemmehørende institutter ikke er omfattet af dansk beskatningskompetence – heller ikke hvis dette afkast hidrører fra institutternes investering i danske selskaber. Ifølge denne regering ville konsekvensen af at fritage ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter for kildeskat af udbytte

29 – Jf. i denne retning *R. Adema, UCITS and Taxation*, Kluwer Law International, Haag, 2009, s. 39-40, og *G. Hippert*, »The TFEU Eligibility of Non-EU Investment Funds Subjected to Discriminatory Dividend Withholding Taxes«, *EC Tax Review*, 2016-2, s. 82 (hvis betragtninger også vedrører en situation i Unionen). I dom af 20.5.2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, præmis 42-47 og 65), anerkendte Domstolen ligeledes, at et investeringsinstituts bopælsmedlemsstat kunne nægte at indrømme godtgørelse af kildeskat, der var indeholdt af udbytte udloddet til dette institut af selskaber, som var hjemmehørende i andre medlemsstater, i modsætning til situationen for et investeringsinstitut, som modtog udbytte fra selskaber i den pågældende medlemsstat eller andre medlemsstater, hvormed bopælsmedlemsstaten havde indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster, da den forskellige behandling var en følge af, at medlemsstaterne udøvede deres beskatningskompetence sideløbende med hinanden.

30 – Jf. bl.a. dom af 8.11.2007, *Amurta* (C-379/05, EU:C:2007:655, præmis 78), og af 17.9.2015, *Miljoen m.fl.* (C-10/14, C-14/14 og C-17/14, EU:C:2015:608, præmis 77).

udloddet fra danske selskaber være, at udenlandske investorer helt ville kunne undgå dansk beskatning af udbytte udloddet fra danske selskaber ved blot at investere i danske selskaber igennem et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut, hvilket ville bringe Danmarks ret til at udøve sin beskatningskompetence i forbindelse med virksomhed, der udøves på dets område, i fare.

62. Jeg er slet ikke overbevist af disse betragtninger.

63. Det er korrekt, at i henhold til fast retspraksis kan nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne bl.a. anerkendes, når den pågældende ordning har til formål at hindre former for adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dens område³¹.

64. Det følger imidlertid af en lige så fast retspraksis, at når en medlemsstat har valgt ikke at beskatte hjemmehørende investeringsinstitutter, der modtager indenlandsk udbytte, kan den ikke påberåbe sig nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne med henblik på at begrunde en beskatning af ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, der modtager sådant udbytte³².

65. Da Kongeriget Danmark i den foreliggende sag har valgt³³ ensidigt at fritage udbytte, som udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C med hjemsted i Danmark har modtaget, fra kildeskat, mens ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, herunder især investeringsinstitutter, som kan opfylde eller opfylder de i ligningslovens § 16 fastsatte udlodningsbetingelser, ikke er omfattet af denne fritagelse, kan den omstændighed, at kun ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter beskattes, ikke begrundes i formålet om ikke at bringe denne medlemsstats udøvelse af sin beskatningskompetence i fare.

66. Som følge heraf bør begrundelsen vedrørende en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne efter min opfattelse afvises.

2. Hensynet til at bevare sammenhængen i beskatningsordningen

67. Den danske, tyske og nederlandske regering har gjort gældende, at der er en direkte sammenhæng, i Domstolens praksis' forstand, mellem den indrømmede skattemæssige fordel i form af kildeskattefritagelsen for investeringsinstitutter og den udligning af fordelene, som sker, ved at investorerne løbende beskattes af instituttets overskud. Denne direkte sammenhæng bevares, selv om de beløb, som investeringsinstitutterne udlodder til investorerne, er lavere end det udbytte, der er fritaget for kildeskat. Det følger nemlig af dom af 20. maj 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289), og af 27. november 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659), at en direkte sammenhæng godt kan foreligge, selv om den skattefordel, der indrømmes ved en ordning, ikke bliver udlignet én-til-én, dvs. selv om det udbytte, der er blevet fritaget for kildeskat, videreudloddet i sin helhed. Ifølge den tyske regering bevares den direkte sammenhæng i øvrigt, selv om der er tale om to forskellige skattepligtige, hvilket fremgår af Domstolens praksis.

68. Fidelity Funds, NN (L) SICAV og Kommissionen er af den modsatte opfattelse. Det er for det første navnlig Kommissionens opfattelse, at det beskatningsgrundlag, der anvendes for et hjemmehørende investeringsinstituts investorer, ikke svarer til det beskatningsgrundlag, der anvendes i forbindelse med kildebeskatningen af udbytte udloddet til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter,

31 – Jf. bl.a. dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 47), og af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 98).

32 – Jf. dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 48), og af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 99).

33 – Jeg skal for alle tilfælde skyld gøre opmærksom på, at fritagelsen i hovedsagen af udloddende institutter efter ligningslovens § 16 C, der er hjemmehørende i Danmark, er resultat af den danske skatteministers valg (jf. punkt 6 i dette forslag til afgørelse).

og kildeskatten er ikke tilstrækkelig til at udligne de fordele, som hjemmehørende investeringsinstitutters investorer har i forhold til investorer i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. For det andet har Kommissionen bemærket, at en hjemmehørende person eller et hjemmehørende selskab i Danmark, som deltager i et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut, i Danmark beskattes af indkomsten fra det ikke-hjemmehørende investeringsinstitut, uanset at det pågældende institut allerede er undergivet kildeskat i Danmark af udbytte, som det modtager fra danske selskaber. Denne økonomiske dobbeltbeskatning opstår ikke for en i Danmark hjemmehørende person eller et selskab, der deltager i et hjemmehørende investeringsinstitut med status som udloddende institut efter ligningslovens § 16 C. Den fordel, som de pågældende hjemmehørende investeringsinstitutter nyder godt af, udlignes ikke af andre elementer i dansk lovgivning.

69. I denne henseende skal det bemærkes, at det er fast retspraksis, at for at bevarelsen af sammenhængen i en beskatningsordning kan begrunde en restriktion af en ret til fri bevægelighed, kræver det, at der fastslås en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattefordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning, idet den direkte karakter af denne sammenhæng skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning³⁴. Desuden kræver begrundelsen vedrørende bevarelsen af skattemæssig sammenhæng en undersøgelse i forhold til en og samme beskatningsordning³⁵.

70. I dom af 18. juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, præmis 73), af 10. maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 52), og af 10. april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 93), afviste Domstolen, at der forelå en direkte sammenhæng, med den begrundelse, at det ikke var en betingelse for den i disse sager omhandlede fritagelse for indeholdelse af kildeskat af udbytte, at det udbytte, som var oppebåret af de pågældende selskaber, investeringsfonde eller investeringsinstitutter, blev videreudloddet af disse, og at fritagelsen for kildeskatteindeholdelse kunne blive udlignet gennem beskatning hos indehaverne af andele i disse selskaber og institutter.

71. Som jeg har præciseret i andre forslag til afgørelse³⁶, udelukker Domstolen således ikke længere - hvilket de tre ovennævnte domme tydeligt illustrerer - at betingelsen om, at der skal være en direkte sammenhæng, kan være opfyldt, selv om fordelene og den bestemte skatteopkrævning, hvis formål er at udligne denne fordel, ikke vedrører en og samme skattepligtige.

72. Som jeg har påvist ovenfor, er den danske ordnings fritagelse af hjemmehørende investeringsinstitutter i modsætning til de nationale lovgivninger, der dannede grundlag for de ovenfor i punkt 70 i dette forslag til afgørelse nævnte domme, undergivet en betingelse om en (faktisk eller teknisk) minimumsudlodning til deres medlemmer, som skal erlægge forskudsskat, der opkræves i deres navn af de pågældende institutter. Den fordel i form af en kildeskattefritagelse, som de hjemmehørende investeringsinstitutter således indrømmes, udlignes således af beskatningen af det pågældende udbytte, som disse institutter videreudlodder, hos disses medlemmer.

73. Kommissionen har uden at have rejst grundlæggende tvivl om eksistensen af en direkte sammenhæng i det væsentlige gjort gældende, at den fordel, som indrømmes udloddende investeringsinstitutter efter ligningslovens § 16 C, der er hjemmehørende i Danmark, ikke fuldt og helt udlignes ved beskatningen hos deres medlemmer, hvorved sammenhængen i beskatningsordningen bringes i fare.

34 – Jf. bl.a. dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 51), og af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 92).

35 – Jf. dom af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 94).

36 – Jf. mine forslag til afgørelse Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:197, punkt 189), og Kommissionen mod Portugal (C-493/09, EU:C:2011:344, punkt 38).

74. Jeg gør imidlertid opmærksom på, at den betingelse, som Kommissionen har gjort gældende, nemlig at beskatningen fuldstændig skal udligne den indrømmede fordel, ikke fremgår af Domstolens praksis, og at Kommissionen i øvrigt ikke har lagt nogen præcedens i denne henseende til grund.

75. I realiteten, og mere generelt, fremgår det af denne retspraksis, at den påkrævede direkte sammenhæng mellem den indrømmede fordel og den bestemte skatteopkrævning snarere er af retlig karakter end resultat af et mere eller mindre nøjagtigt matematisk forhold mellem de to elementer. Denne tilgang er i øvrigt umiddelbart forståelig, eftersom spørgsmålet om, hvorvidt denne sammenhæng er direkte, som nævnt skal undersøges på baggrund af formålet med den nationale lovgivning. Der er således tale om en undersøgelse af den indre logik i forholdet mellem fordel og skatteopkrævningen snarere end en undersøgelse, der består i en udregning af den faktiske og a fortiori fulde udlignende effekt af denne opkrævning.

76. Domstolen har ganske vist fastslået, at der, for at der var tale om en sammenhæng, krævedes en »streng forbindelse« mellem fradragslementet, dvs. fordel, og skatteelementet³⁷.

77. Det skal imidlertid bemærkes, at denne præcisering i det væsentlige blev foretaget i sammenhænge, hvor det skulle betones, at det i de pågældende sager ikke var godtgjort, at der var en skattemæssig sammenhæng set i forhold til den enkelte beskatningsordning, men at sammenhængen var tilvejebragt andetsteds, nemlig i gensidigheden i de regler, som skulle anvendes i de kontraherende stater i dobbeltbeskatningsoverenskomster³⁸. Desuden tilkendegiver ingen af disse domme, at den nævnte »streng forbindelse« kræver en fuldstændig overensstemmelse mellem beløbet svarende til den indrømmede fordel og det skattebeløb, som skal udligne denne fordel.

78. For at restriktionen kan tillades, skal den imidlertid også være passende og forholdsmæssig i forhold til formålet om bevarelsen af sammenhængen i beskatningsordningen.

79. Hvad dette angår er jeg tilbøjelig til at medgive - som den danske regering har fremhævet - at den direkte sammenhæng mellem den skattemæssige fordel i form af kildeskattefritagelsen og udligningen heraf, der sker ved den løbende beskatning af det udloddede udbytte, ville forsvinde, hvis denne fordel også blev indrømmet de investeringsinstitutter, som ikke løbende udlodder deres overskud.

80. Idet Kongeriget Danmark har medgivet, at ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter frivilligt kan opfylde den danske lovgivnings betingelser vedrørende udlodning og således opnå gyldig kvalifikation som udloddende institutter efter ligningslovens § 16 C, kan jeg imidlertid, ligesom Kommissionen, ikke se, hvorfor disse institutter ikke kan være omfattet af kildeskattefritagelsen, når blot denne medlemsstats skattemyndigheder, med disse institutters fulde samarbejde, sikrer, at de sidstnævnte betaler skat, der svarer til den skat, som de danske udloddende institutter efter ligningslovens § 16 C skal indeholde, som forskudsskat, i den minimumsudlodning, der er beregnet i overensstemmelse med denne bestemmelse. Efter min opfattelse er en sådan foranstaltning mindre restriktiv end den nuværende ordning, uden at den berører betingelserne og den interne sammenhæng.

81. For så vidt som Fidelity Funds i de i hovedsagen omhandlede regnskabsår tilsyneladende ikke har forsøgt, end ikke midlertidigt, at opfylde kravene i ligningslovens § 16 C vedrørende en minimumsudlodning, kan der efter min opfattelse sandsynligvis ikke gives medhold i selskabets søgsmål, selv om den forelæggende rets spørgsmål skal besvares bekræftende.

37 – Jf. dom af 11.8.1995, Wielockx (C-80/94, EU:C:1995:271, præmis 24), af 3.10.2002, Danner (C-136/00, EU:C:2002:558, præmis 41), af 21.11.2002, X og Y (C-436/00, EU:C:2002:704, præmis 53), af 28.2.2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, præmis 39), og af 22.1.2009, STEKO Industriemontage (C-377/07, EU:C:2009:29, præmis 53).

38 – Jf. dom af 11.8.1995, Wielockx (C-80/94, EU:C:1995:271, præmis 24), af 3.10.2002, Danner (C-136/00, EU:C:2002:558, præmis 41), og af 21.11.2002, X og Y (C-436/00, EU:C:2002:704, præmis 53).

Forslag til afgørelse

82. På baggrund af alle de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det spørgsmål, som Østre Landsret (Danmark) har forelagt den til præjudiciel afgørelse, som følger:

»Artikel 56 EF (nu artikel 63 TEUF) skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats beskatningsordning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter institutter for kollektiv investering i værdipapirer, som er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, kan opnå fritagelse for kildeskat af udbytte, som de modtager fra hjemmehørende selskaber, enten fordi de faktisk udlodder en minimumsudlodning til deres medlemmer mod indeholdelse af kildeskat, eller fordi der teknisk opgøres en minimumsudlodning, som danner grundlag for indeholdelsen af kildeskat hos deres medlemmer, mens tilsvarende ikke-hjemmehørende institutter for kollektiv investering i værdipapirer pålægges kildeskat af udbytte udloddet af hjemmehørende selskaber.«