

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremsat den 10. september 2009¹**I — Indledning**

1. Hvis et selskab indrømmer ekstraordinære eller vederlagsfrie fordele til et selskab, der befinder sig i et afhængighedsforhold til det, kan dette påvirke beskatningsgrundlaget for de involverede. Det selskab, som indrømmer fordelene, opnår derved muligvis lavere indtægter eller kan indordne fordelene som driftsudgift og foretage et tilsvarende fradrag, således at selskabets skattebyrde mindskes. Det må derimod forventes, at ydelsen udvider beskatningsgrundlaget for modtageren.
2. Hvis de selskaber, der deltager i transaktionen, er hjemmehørende i forskellige medlemsstater, medfører det forhold, at der indrømmes en ekstraordinær eller vederlagsfri ydelse, derfor eventuelt, at der sker en forskydning af skattegrundlaget fra én stat til en anden.
3. Den belgiske ordning, der er blevet anvendt i hovedsagen, modvirker denne effekt. Ordningen går ud fra det såkaldte armlængdeprincip (*arm's length principle*) og foretager i skattemæssig henseende en korrektion for så vidt angår indrømmelse af de nævnte fordele, der foretages mellem selskaber, som befinder sig i et afhængighedsforhold til hinanden — dog for det meste kun, hvis det selskab, der begunstiges, har hjemsted i udlandet. Tribunal de première instance de Mons spørger derfor, om en sådan forskrift er forenelig med princippet om etableringsfrihed og frie kapitalbevægelser.
4. Det skal i denne forbindelse afklares, om en eventuel begrænsning af de grundlæggende friheder er begrundet. Hvad dette angår har de berørte medlemsstater og Kommissionen på den ene side henvist til, at der skal sikres en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne, og på den anden side til, at man skal bekæmpe misbrug. Den foreliggende sag giver derfor anledning til at undersøge forholdet mellem disse begrundelser nærmere.

1 — Originalsprog: tysk.

II — Retsforskrifter

kontraherende stat som et foretagende i
den anden kontraherende stat

A — OECD's modeloverenskomst

5. I artikel 9 i OECD's (Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling) modeloverenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter formuleres armslængdeprincippet således:

og der i noget af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser, der afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, kan enhver fortjeneste, som, hvis disse vilkår ikke havde foreligget, ville være tilfaldet et af disse foretagender, men som på grund af disse vilkår ikke er tilfaldet dette, medregnes til dette foretagendes fortjeneste og beskattes i overensstemmelse hermed.

»1. I tilfælde hvor

- a) et foretagende i en kontraherende stat direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i et foretagende i den anden kontraherende stat, eller
- b) samme personer direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i såvel et foretagende i en

2. I tilfælde hvor en kontraherende stat til fortjenesten for et foretagende i denne stat medregner — og i overensstemmelse hermed beskatter — fortjeneste, som et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet af i denne anden stat, og de således medregnede fortjenester er fortjenester, som ville være tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene mellem de to foretagender havde været de samme, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, skal denne anden stat foretage en dertil svarende regulering af det skattebeløb, som er beregnet der af fortjenesten. Ved reguleringen skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne aftale, og de kontraherende staters kompetente myndigheder skal om nødvendigt rådføre sig med hinanden.«

6. Medlemsstaterne i Det Europæiske Fællesskab har brugt bestemmelsen i artikel 9 i OECD's modeloverenskomst som forbillede for konvention 90/436/EØF af 23. juli 1990 om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud² (herefter »voldgiftskonventionen«). Denne konvention, der er støttet på EØF-traktatens artikel 220 (senere EF-traktatens artikel 220 og nu artikel 293 EF) har alle medlemsstater indgået eller tiltrådt³.

7. Ordlyden af voldgiftskonventionens artikel 4, stk. 1, er den samme som i artikel 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst. Hvis der som følge af en berigtigelse af overskud i henhold til voldgiftskonventionens artikel 4 opstår en dobbeltbeskatning, skal skattemyndighederne i de berørte medlemsstater på begæring af et involveret foretagende gennemføre en procedure med henblik på at opnå en gensidig aftale og i givet fald gennemføre en voldgiftsprocedure (voldgiftskonventionens artikel 6 og 7).

8. Artikel 26 i Code des impôts sur les revenus 1992 (lov om indkomstskat 1992, herefter »CIR 92«) lyder således:

»Med forbehold af bestemmelserne i artikel 54 skal de ekstraordinære eller vederlagsfrie fordele, som en virksomhed med hjemsted i Belgien indrømmer, indgå i foretagendets overskud, medmindre disse fordele indgår i fastsættelsen af modtagernes skattepligtige indkomst.

Uanset begrænsningen i stk. 1 indgår i virksomhedens overskud ekstraordinære eller vederlagsfrie fordele, som virksomheden indrømmer:

1. en skattepligtig som omhandlet i artikel 227, som virksomheden med hjemsted i Belgien befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til
2. en skattepligtig som omhandlet i artikel 227 eller et udenlandsk foretagende, der i medfør af lovgivningen i det land, hvor de har hjemsted, ikke er pålagt indkomstskat eller er underlagt en skatteordning, som er betydeligt mere fordelagtig end den skatteordning, som gælder for virksomheden med hjemsted i Belgien

2 — EFT L 225, s. 10.

3 — Jf. senest for så vidt angår Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse artikel 3 i akt om Republikken Bulgariens og Rumæniens tiltrædelsesvilkår samt om tilpasning af de traktater, som Den Europæiske Union bygger på (EFT 2005 L 157, s. 203), sammenholdt med Rådets afgørelse 2008/492/EF af 23.6.2008 om Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse af konventionen af 23.7.1990 om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EFT L 174, s. 1) og Rådets afgørelse 2008/493/EF af 23.6.2008 om ændring af bilag I til akten om Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse (EFT L 174, s. 6).

3. en skattepligtig som omhandlet i artikel 227, der har samme interesser som den i nr. 1 og 2 nævnte skattepligtige eller det i nr. 2 nævnte foretagende.«
11. Artikel 49, stk. 1, i CIR 92 lyder således:

9. I henhold til belgisk retspraksis anses en fordel som ekstraordinær, hvis den indrømmes i modsætning til, hvorledes en situation normalt udspiller sig, hvad der er normal brug eller normalt i lignende tilfælde. En fordel er vederlagsfri, hvis den indrømmes uden en tilsvarende forpligtelse eller modydelse⁴.

10. Artikel 227 i CIR 92 definerer ikke-hjemmehørende selskaber som følger:

»Udenlandske selskaber [...], som ikke har deres hjemsted eller hovedsæde i Belgien, eller hvis ledelse eller administration ikke har sæde i Belgien.«

»Som erhvervsmæssige udgifter kan fradrages de udgifter, som den skattepligtige har foretaget eller båret i beskatningsperioden med henblik på at opnå eller beholde skattepligtige indtægter, og som den pågældende kan påvise faktisk foreligger og svarer til det angivne beløb, idet den skattepligtige forelægger beviskraftig dokumentation eller, såfremt dette ikke er muligt, anvender andre bevismidler — bortset fra ed — der er tilladt i henhold til almindelig ret.

Udtrykket »udgifter, der er foretaget eller båret i beskatningsperioden« omfatter udgifter, der faktisk betales eller bæres i beskatningsperioden eller har fået karakter af utvivlsom og flydende gæld eller tab, og er bogført som sådanne.«

12. Artikel 79 i CIR 92 indskrænker muligheden for at fratrække tab hos modtageren af en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel:

»Der kan ikke foretages fradrag for erhvervsmæssige tab i den del af overskud eller indtægter, der hidrører fra ekstraordinære

⁴ — Jf. den belgiske forfatningsdomstols dom af 6.11.2008 (nr. 151/2008, *Moniteur Belge*, af 4.12.2008, s. 63824, B.4.2) og den belgiske kassationsdomstols dom af 10.4.2000, *Arresten van het Hof van Cassatie* 2000, 240, *Pasicrisie Belge* 2000, I, 240.

eller vederlagsfrie fordele, som den skattepligtige har modtaget, direkte eller indirekte, uanset i hvilken form eller på hvilken måde, fra et foretagende, som den skattepligtige befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til.«

2003 to ændringsmeddelelser vedrørende skatteåret 2001 og 2002. I disse meddelelser blev det blandt andet fastslået, at et beløb på 1 891 806 BEF (46 897 EUR) indgik i SGI's overskud i henhold til artikel 26 i CIR 92. Dette beløb svarer til renter på 5% p.a. af 37 836 113 BEF. SGI havde givet Recydem dette beløb som rentefrit lån.

13. Desuden udelukker artikel 207 i CIR 92, at der kan foretages andre fradrag i overskud, der hidrører fra ekstraordinære eller vederlagsfrie fordele.

III — Faktiske omstændigheder og præjudicielle spørgsmål

14. Société de Gestion Industrielle SA (SGI) er et belgisk holdingselskab, som driver virksomhed inden for metalindustrien. Selskabet har en kapitalandel på 65% i det franske aktieselskab Recydem og er bestyrelsesmedlem i Recydem. Det luxembourgske selskab Cobelpin SA er bestyrelsesmedlem og en af de administrerende direktører (administrateurs délégués) i SGI. Cobelpin ejer desuden 34% af aktierne i SGI. Den anden administrerende direktør i SGI er Domenico Leone. Domenico Leone er samtidig bestyrelsesmedlem i Cobelpin og Recydem.

15. Som resultat af en kontrol udstedte de belgiske skattemyndigheder den 13. oktober

16. Efter den forelæggende rets opfattelse anvendte myndighederne artikel 26 i CIR 92 korrekt, da de medregnede renterne. Der var navnlig ikke nogen økonomisk begrundelse for, at SGI gav Recydem det rentefrie lån. I den relevante periode befandt Recydem sig i en finansiell sikker position og havde overskud, hvorimod SGI var meget tynget af store lånoptagelser.

17. Skattemyndighederne afviste desuden det fradrag for bestyrelsesmedlemshonorarer på 350 000 LUF (8 676,00 EUR) om måneden, som Cobelpin havde modtaget for selskabets bestyrelsesarbejde i SGI. Ifølge skattemyndighederne opfyldte betalingerne ikke betingelserne for fradrag i henhold til artikel 49 i CIR 92, da de var åbenbart urimelige og helt uforholdsmæssige, henset til den økonomiske gevinst af ydelserne. Cobelpins repræsentant i bestyrelsen var ingen anden end Philippe Brilot, der i forvejen også personligt var bestyrelsesmedlem i SGI. Proceduren var en underskudsforretning, der kun havde til formål at undgå skat.

18. Den forelæggende ret anser heller ikke honoraret for at være omkostninger i forbindelse med arbejdet, der kan fradrages i henhold til artikel 49 i CIR 92. I henhold til artikel 26 i CIR 92 kan ekstraordinære fordele, som SGI har indrømmet Cobelpin, ikke fritages for skat og skal medregnes i SGI's eget overskud.

19. Efter at have gennemført en administrativ klage anlagde SGI sag for Tribunal de première instance de Mons med indsigelse mod skattefastsættelserne. Denne ret har ved kendelse af 19. juni 2007 anmodet om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Er artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF og i givet fald artikel 12 EF, til hinder for en medlemsstats lovgivning, der som den i hovedsagen omhandlede lovgivning indebærer, at en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel beskattes hos det hjemmehørende belgiske selskab, som har indrømmet denne fordel til et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, når det belgiske selskab befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til sidstnævnte selskab, hvorimod det hjemmehørende belgiske selskab under identiske omstændigheder ikke kan beskattes af en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel, der indrømmes et andet selskab med hjemsted i Belgien, når det belgiske selskab befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til dette selskab?

2) Er artikel 56 EF, sammenholdt med artikel 48 EF og i givet fald artikel 12 EF, til hinder for en medlemsstats lovgivning, der som den i hovedsagen omhandlede lovgivning indebærer, at en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel beskattes hos det hjemmehørende belgiske selskab, som har indrømmet denne fordel til et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, når det belgiske selskab befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til sidstnævnte selskab, hvorimod det hjemmehørende belgiske selskab under identiske omstændigheder ikke kan beskattes af en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel, der indrømmes et andet selskab med hjemsted i Belgien, når det belgiske selskab befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til dette selskab?»

20. Under proceduren for Domstolen har SGI, den belgiske, den tyske og den svenske regering samt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber afgivet skriftlige og mundtlige indlæg.

IV — Retlig bedømmelse

21. Med sine to spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om en national bestemmelse som artikel 26 i CIR 92 er forenelig med princippet om etableringsfrihed i artikel 43 EF og garantien for frie

kapitalbevægelser i artikel 56 EF — eventuelt sammenholdt med artikel 12 EF.

stol. Ifølge denne dom kan begge bestemmelser anvendes uafhængigt af hinanden ⁵.

22. Inden jeg kommer ind på disse spørgsmål, vil jeg gøre en kort bemærkning om de nationale bestemmelser, der skal anvendes i hovedsagen.

23. Efter den forelæggende rets opfattelse er artikel 26 i CIR 92 grundlaget for at medregne de udlånsrenter, som SGI har undladt at forlange, til dette selskabs indtægter og for at »reintegrere« de opskruede betalinger af bestyrelsesmedlemshonorar i SGI's indtægter. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen, at skattemyndighederne åbenbart ikke har anvendt artikel 26 i CIR 92 på SGI's betalinger af bestyrelsesmedlemshonorar til Cobelpin. Skattemyndighederne afviste derimod på grundlag af artikel 49 i CIR 92 at godkende fradraget af disse udbetalinger som driftsudgifter.

24. Den belgiske regering har redegjort for, at forholdet mellem de to bestemmelser er omtvistet i belgisk retspraksis og teori. Som svar på et spørgsmål fra Domstolen har den belgiske regering imidlertid henvist til en nyere dom fra den belgiske forfatningsdom-

25. Selv om Tribunal de première instance de Mons også er af den opfattelse, at betalingerne af bestyrelsesmedlemshonorar er helt opskruede og derfor ikke kan fradrages som driftsudgifter i henhold til artikel 49 i CIR 92, har den kun anmodet om en fortolkning af de grundlæggende friheder med henblik på artikel 26 i CIR 92. Det er derfor ikke nødvendigt at tage stilling til, hvilken betydning artikel 49 i CIR 92 måtte have, når der skal træffes afgørelse i hovedsagen ⁶.

A — Grundlæggende frihed, der skal anvendes

26. Det skal indledningsvis afklares, om både princippet om etableringsfrihed og princippet om de frie kapitalbevægelser skal anvendes i den foreliggende sag, eller hvilket af de to principper der skal undersøges med første prioritet.

5 — Dom af 6.11.2008, nævnt ovenfor i fodnote 4, B.10.3 og B.10.4. Denne dom vedrører imidlertid en ny affattelse af artikel 26 i CIR 92, der har været gældende siden den 1.1.2008. I denne affattelse fremhæves det nu udtrykkeligt, at bestemmelsen finder anvendelse, »uanset om artikel 49 skal anvendes«.

6 — Det skal blot i parentes bemærkes, at artikel 49 i CIR 92 i modsætning til artikel 26 i CIR 92 ikke fastlægger forskellige regler for henholdsvis udgifter, der foretages nationalt, og grænseoverskridende udgifter.

27. Da artikel 43 EF og artikel 56 EF er særlige bestemmelser om forbuddet mod forskelsbehandling som følge af nationalitet, er det imidlertid ikke nødvendigt også at anvende artikel 12 EF⁷.

28. I henhold til fast retspraksis skal man i første række inddrage formålet med den pågældende lovgivning, når det undersøges, hvilken grundlæggende frihed en national lovgivning henhører under⁸.

29. Vedrører de nationale bestemmelser kapitalbesiddelser, der giver indehaveren en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at den pågældende kan træffe afgørelse om dets drift, er det i første række etableringsfriheden, der finder anvendelse⁹. Domstolen har imidlertid ikke fastlagt nogen generel minimumstærskel for kapitalbesiddelse, der skal være overholdt, for at man kan

gå ud fra, at der er tale om en bestemmende indflydelse¹⁰.

30. Samtidig har Domstolen også indordnet lovgivning, der kun vedrører forbindelser inden for en koncern, således, at den »hovedsageligt« berører etableringsfriheden¹¹. Men Domstolen har heller ikke i denne sammenhæng defineret, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at flere foretagender skal anses for en gruppe.

31. Artikel 26, stk. 2, nr. 1, i CIR 92 gælder for fordele, som en virksomhed indrømmer en anden virksomhed, den befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til. Som den belgiske regering forespurgt herom har forklaret, behøver et afhængighedsforhold som omhandlet i denne bestemmelse imidlertid ikke nødvendigvis bero på en kapitalbesiddelse af en bestemt størrelse. Afhængighedsforholdet kan f.eks. også foreligge på grund af finansielle forbindelser eller som følge af afhængighed med henblik på bestemte råstoffer eller teknologi.

7 — Jf. i denne retning dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 38 og 39, af 11.10.2007, sag C-443/06, Hollmann, Sml. I, s. 8491, præmis 28 og 29, og af 17.1.2008, sag C-105/07, Lammers & Van Cleeff, Sml. I, s. 173, præmis 14.

8 — Jf. sammenfattende dom af 24.5.2007, sag C-157/07, Holböck, Sml. I, s. 4051, præmis 22, der henviser til dom af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 31-33, af 12.12.2006, sag C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Sml. I, s. 11673, præmis 37 og 38, og af 12.12.2006, sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Sml. I, s. 11753, præmis 36, samt af 13.3.2007, sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 26-34.

9 — Jf. dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 21, af 18.7.2007, sag C-231/05, Oy AA, Sml. I, s. 6373, præmis 20, af 2.10.2008, sag C-360/06, Heinrich Bauer Verlag, Sml. I, s. 7333, præmis 27, og af 22.12.2008, sag C-282/07, Truck Center, Sml. I, s. 10767, præmis 25.

10 — 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), som affattet ved Rådets direktiv 2003/123/EF af 22.12.2003 (EUT 2004 L 7, s. 41), har fra den 1.1.2009 fundet anvendelse, allerede hvis kapitalbesiddelsen udgør 10%.

11 — Dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 32, Oy AA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 23, og dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 33.

32. Under disse omstændigheder må man gå ud fra, at den pågældende nationale bestemmelse ganske vist typisk omfatter forhold, der henhører under etableringsfriheden. Et foretagende vil nemlig navnlig indrømme et andet foretagende ekstraordinære eller vederlagsfrie fordele, hvis det selv eller dets indehavere indirekte har en fordel af denne transaktion, f.eks. fordi virksomhedsgruppens samlede skattebyrde kan reduceres herved.

33. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at der også er andre grundlæggende friheder, som berøres. Det kan tænkes, at princippet om fri bevægelighed for varer og kapital eller princippet om fri udveksling af tjenesteydelser finder anvendelse, hvis fordelene indrømmes som følge af en særlig interesse i bestemte vareleverancer, finanstransaktioner eller andre ydelser, uden at den udgør en specifik modydelse inden for rammerne af konkrete forretninger.

34. Da artikel 26 i CIR 92 altså muligvis ikke alene regulerer tilfælde, hvor den skattepligtige gør brug af etableringsfriheden, er næste skridt at undersøge, hvorledes de faktiske omstændigheder i hovedsagen skal kvalificeres.

35. Det skal for så vidt konstateres, at både Cobelpins andel i SGI og SGI's andel i Recydem har et omfang, der giver dem en bestemmende indflydelse i de pågældende selskaber. Hertil kommer, at Cobelpin er bestyrelsesmedlem i SGI og i sin egenskab

heraf ligeledes har en afgørende indflydelse på ledelsen af denne virksomhed. Da begge de foretagender, der er forbundet med SGI, desuden har hjemsted i en anden medlemsstat end SGI — Recydem har hjemsted i Frankrig og Cobelpin i Luxembourg — skal de faktiske omstændigheder i første række undersøges ud fra artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF.

36. Det er i denne forbindelse ikke nødvendigt at tage stilling til, om der i en situation som den foreliggende ud over princippet om etableringsfrihed også kan anvendes princippet om frie kapitalbevægelser eller muligvis andre grundlæggende friheder¹².

37. En afklaring af konkurrenceforholdet mellem de grundlæggende friheder vil imidlertid kun påvirke afgørelsen af sagen, hvis den vedrører tredjelande, således at det udvidede anvendelsesområde for princippet om frie

12 — I en række afgørelser har Domstolen fastslået, at nationale bestemmelser ikke ud over at blive undersøgt på grundlag af princippet om etableringsfrihed også skal bedømmes ud fra artikel 56 EF, såfremt de restriktive virkninger for de frie kapitalbevægelser er uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring for etableringsfriheden (jf. dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). For nylig overførte Domstolen den samme løsning på det tilfælde, at anvendelsen af den nationale lovgivning ikke afhænger af, hvor stor en selskabsandel, der besiddes, men at den konkrete tvist i hovedsagen udelukkende angår andele, der giver en indflydelse på beslutningerne i det nævnte selskab (dom af 26.6.2008, sag C-284/06, *Burda*, Sml. I, s. 4571, præmis 71-74, og af 18.6.2009, sag C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, Sml. I, s. 5145, præmis 33). Det er tvivlsomt, om Domstolens angivelser skal forstås således, at princippet om de frie kapitalbevægelser altid træder i baggrunden, når der i den konkrete hovedsag foreligger ejerforhold, der gør, at princippet om etableringsfrihed skal anvendes (jf. herom også generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 9.7.2009 i sag C-182/08, *Glaxo Wellcome*, der endnu verserer, punkt 86 ff.).

kapitalbevægelser får betydning. I konstellationer, der udelukkende vedrører forhold inden for Fællesskabet, er det ikke nødvendigt at tage endelig stilling til spørgsmålet om forholdet mellem princippet om etableringsfrihed og de frie kapitalbevægelser, da bedømmelsen i henhold til de grundlæggende friheder i vidt omfang er identisk.

38. Den foreliggende sag vedrører ikke noget tredjeland. Da en undersøgelse ud fra bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser således ikke vil føre til noget andet resultat end en undersøgelse ud fra princippet om etableringsfrihed, skal jeg af procesøkonomiske årsager blot undersøge den foreliggende sag i lyset af sidstnævnte grundlæggende frihed.

B — Indskrænkning af etableringsfriheden

39. Retten til frit at etablere sig omfatter en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Det Europæiske Fællesskab, til at udøve virksomhed i den pågældende

medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur¹³.

40. Selv om traktatbestemmelserne om etableringsfriheden ifølge deres ordlyd skal sikre national behandling i værtsmedlemsstaten, indebærer de samtidig et forbud mod, at oprindelsesstaten hindrer eller gør det mindre attraktivt for en af dens statsborgere eller for et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, at etablere sig i en anden medlemsstat¹⁴.

41. I henhold til artikel 26, stk. 1, i CIR 92 skal en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel indgå i overskuddet for det foretagende, der har indrømmet fordelene. Dette gælder dog ikke, hvis fordelene indgår i fastsættelsen af modtagerens skattepligtige indkomst. Denne medregningsudelukkelse gælder imidlertid kun, hvis fordelene indrømmes et indenlandsk foretagende. Hvis det begunstigede selskab derimod har hjemsted i en anden medlemsstat og befinder sig i et afhængighedsforhold til det selskab, der indrømmer fordelene, giver artikel 26, stk. 2, nr. 1, i CIR 92 ikke mulighed for at undlade at medregne fordelene til sidstnævnte foretagendes overskud.

13 — Dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain ZN, Sml. I, s. 6161, præmis 35, og af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 30, samt dommen i sagen Aberdeen Property Fininvest Alpha, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 37.

14 — Jf. dom af 16.7.1998, sag C-264/96, ICI, Sml. I, s. 4695, præmis 21, Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 31, dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 42, og dom af 27.11.2008, sag C-418/07, Papillon, Sml. I, s. 8947, præmis 16.

42. Denne bestemmelse skelner således mellem, om et indenlandsk foretagende giver et foretagende med hjemsted i indlandet eller et foretagende med hjemsted i en anden medlemsstat, der befinder sig i et afhængighedsforhold til førstnævnte foretagende, en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel.

43. Den belgiske og den tyske regering har imidlertid anført, at lovgivningen, når den ses i en bredere sammenhæng, ikke medfører, at foretagenderne behandles dårligere, hvis der er tale om et grænseoverskridende forhold. Den ekstraordinære eller vederlagsfri fordel medregnes ganske vist ikke ved indenlandske konstellationer, såfremt fordelene indgår i fastsættelsen af modtagernes skattepligtige indkomst. Men den, der modtager fordelene, kan i henhold til artikel 79 og 207 i CIR 92 ikke modregne de pågældende indtægter med egne tab. Sådanne overskud beskattes således også i rent indenlandske forhold i samme tidsrum; det er blot ikke det selskab, der indrømmer fordelene, men derimod det, der modtager denne, som beskattes.

44. Den belgiske og den tyske regering har imidlertid ikke herved helt og fuldt modbevist, at lovgivningen behandler den situation, at der indrømmes en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel til et udenlandsk selskab, dårligere end tilsvarende transaktioner mellem indenlandske selskaber.

45. Det skal bemærkes, at de nævnte regeringer betragter virksomhedsgruppen under

ét og går ud fra, at det ikke gør nogen forskel, hvilket selskab inden for gruppen bestemte indkomster medregnes til, i det omfang forskydningen ikke kan medføre en forbedret udnyttelse af tab i koncernen. Såfremt de berørte selskaber ikke direkte eller indirekte ejer hinanden 100%, er denne betragtning imidlertid ikke nødvendigvis begrundet. Set ud fra et selskab X og dets aktionærsers synsvinkel kan det i høj grad gøre en forskel, om en ekstraordinær fordel, som X har indrømmet et andet selskab, medregnes til dets eget eller til det begunstigede selskabs overskud. Hvis der nemlig også er andre end X, der har kapitalandele i det begunstigede selskab, fordeles skattebyrden også på andre skuldre.

46. Selv hvis man går ud fra, at det i det foreliggende tilfælde er passende at betragte virksomhedsgruppen under ét, når man skal bedømme skattereglerne, indtræder der alligevel negative følger i grænseoverskridende tilfælde. Som SGI har fremhævet og den belgiske regering også har indrømmet, kan en overskudsberigtigelse i det land, hvor det selskab, som har indrømmet en ekstraordinær fordel, har hjemsted, nemlig medføre en dobbeltbeskatning af de samme indtægter.

47. Således blev f.eks. betalinger for bestyrelsesarbejde fra SGI til Cobelpin henregnet til SGI's overskud (eller ikke fradraget dets indtægter). Samtidig indgik de samme beta-

linger i beskatningsgrundlaget for Cobelpin og blev beskattet i Luxembourg¹⁵. Også hvad angår de fiktive renter fra lånet til Recydem er der fare for dobbeltbeskatning. Renterne blev medregnet i SGI's overskud. Men da Recydem rent faktisk ikke har betalt renterne, vil den franske statskasse ikke uden videre anerkende dem som driftsudgift.

48. Medlemsstaterne har ganske vist med rette henvist til, at dobbeltbeskatningen kan afhjælpes ved at anvende voldgiftskonventionen. Cobelpin og Recydem ville således ved at støtte sig til konventionen kunne forlange en berigtigelse af fastsættelsen af deres indtægter, der tager hensyn til den skattemæssige behandling i Belgien af de af SGI indrømmede fordele. Men proceduren til opnåelse af en gensidig aftale mellem de involverede skattemyndigheder, der i givet fald ville være nødvendig med henblik herpå, gennemføres kun på den skattepligtiges begæring og medfører således en yderligere administrativ byrde for denne. Desuden skal den skattepligtige forudfinansiere den dobbelt svarede skat under proceduren. Aftaleproceduren og en eventuel efterfølgende voldgiftsprocedure kan vare flere år, hvis de processuelle frister, der er opstillet i konventionen, udnyttes fuldt ud.

49. Faren for dobbeltbeskatning er derimod i vidt omfang udelukket ved tilsvarende forhold

i indlandet, da fordelene ikke medregnes, hvis den skattemæssigt inddrages hos modtageren¹⁶.

50. I det foreliggende tilfælde er den mulige dobbeltbeskatning af de samme indtægter heller ikke kun en konsekvens af, at to medlemsstater udøver deres beskatningskompetence sideløbende med hinanden, hvilket i henhold til Domstolens praksis på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke tilsidesætter de grundlæggende friheder¹⁷. Den mulige dobbeltbeskatning skyldes derimod én og samme medlemsstats forskellige skattemæssige behandling af forhold, der ligner hinanden.

51. Det ville i princippet stå i denne medlemsstats magt at udelukke faren for dobbeltbeskatning, ved at den også ved fordele, som et hjemmehørende selskab indrømmer et ikke-hjemmehørende selskab, undlader at foretage en berigtigelse af overskuddet, såfremt fordelene beskattes hos det begunstigede selskab. Staten ville så naturligvis skulle affinde sig med, at der sker en forskydning af skattegrundlaget til den stat, hvor det begun-

15 — Ifølge den forelæggende ret kunne Cobelpin ganske vist modregne disse indtægter med egne tab. Men dette ændrer ikke ved, at indtægterne var underlagt beskatning i Luxembourg og i hvert fald har mindsket tabsoverførslen til næste skatteår.

16 — Som følge af den nævnte nye affattelse af artikel 26 i CIR 92 (jf. ovenfor i fodnote 5), der giver mulighed for at anvende artikel 49 i CIR 92 parallelt, vil det nu også i tilfælde, som kun vedrører indlandet, kunne ske, at de samme indtægter beskattes flere gange; ifølge den belgiske forfatningsdomstol vil dette imidlertid skulle accepteres (jf. dom af 6.11.2008, nævnt ovenfor i fodnote 4). Den nye affattelse kan imidlertid ikke finde anvendelse *ratione temporis* i den foreliggende hovedsag.

17 — Jf. i denne retning dom af 14.11.2006, sag C-513/04, Kerckhaert og Morres, Sml. I, s. 10967, præmis 20, af 6.12.2007, sag C-298/05, Columbus Container Services, Sml. I, s. 10451, præmis 43 og 51, af 12.2.2009, sag C-67/08, Block, Sml. I, s. 883, præmis 28 og 31, og af 16.7.2009, sag C-128/08, Damseaux, Sml. I, s. 6823, præmis 35.

stigede selskab har sit hjemsted. Om fællesskabsretten rent faktisk forlanger dette, skal undersøges nedenfor i forbindelse med spørgsmålet, om den belgiske lovgivning er begrundet.

52. Som foreløbigt resultat må det konstateres, at en national bestemmelse som artikel 26 i CIR 92 som følge af den forskellige behandling af henholdsvis nationale og grænseoverskridende forhold kan indskrænke eller gøre det mindre attraktivt at oprette forretningssteder i en anden medlemsstat. Følgelig indskrænker bestemmelsen udøvelsen af etableringsfriheden, således som denne garanteres i artikel 43 EF.

C — *Begrundelse for begrænsningen*

53. En hindring for etableringsfriheden er kun tilladt, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn. I et sådant tilfælde kræves det desuden, at hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det¹⁸.

18 — Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 35, samt dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 47, i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 64, og i sagen Aberdeen Property Fininvest Alpha, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 57.

54. De involverede regeringer og Kommissionen er enige om, at en bestemmelse som artikel 26 i CIR 92 tjener til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne. Samtidig har disse parter henvist til hensynet til at bekæmpe skatteunddragelse ved at forhindre misbrug.

55. Den tyske regering har lagt størst vægt på det første hensyn og anført, at dette skal anvendes også uafhængigt af hensynet til bekæmpelse af misbrug. Rækkevidden af hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence må i hvert fald ikke indskrænkes ved, at man foretager en alt for streng undersøgelse af, om proportionalitetsprincippet er overholdt, svarende til den, Domstolen foretager ved spørgsmålet om bekæmpelse af misbrug.

1. Forholdet mellem hensynet til at sikre fordeling af beskatningskompetence og hensynet til at bekæmpe misbrug

56. I Marks & Spencer-dommen anerkendte Domstolen som bekendt, at opretholdelse af fordelingen af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne er et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en begrænsning af de grundlæggende friheder. Domstolen

udtalte oprindeligt, at følgende forhold er forbundet hermed: forhindring af dobbelt fradrag for underskud og bekæmpelse af risiko for skatteunddragelse¹⁹. I senere afgørelser har Domstolen også anerkendt, at nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen er en tilstrækkelig begrundelse, selv hvis ikke begge de nævnte yderligere forhold foreligger²⁰.

Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD) har udarbejdet²³.

57. Ved at anerkende dette hensyn har Domstolen taget i betragtning, at opkrævelse af direkte skatter henhører under medlemsstaternes kompetence²¹. Når der ikke er indført foranstaltninger med henblik på harmonisering på fællesskabsplan, har medlemsstaterne med henblik på at undgå dobbeltbeskatning kompetence til at fastlægge kriterierne for deres respektive beskatningsbeføjelser gennem dobbeltbeskatningsaftaler eller ensidige foranstaltninger²². Som Domstolen ligeledes har fastslået, er det i denne forbindelse ikke irrelevant, hvis medlemsstaterne støtter sig på international praksis og de modeloverenskomster, som

58. I andre tilfælde har Domstolen fremhævet hensynet til at forebygge skatteunddragelse. Herefter kan begrænsninger af de grundlæggende friheder med henblik på at forebygge skatteunddragelse være begrundet, når de specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning²⁴.

59. Sådanne konstruktioner, der er udtryk for misbrug, er altså blot en særlig form for indgreb i fordelingen af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne. Hvis der vælges kunstige arrangementer for at unddrage indtægter fra beskatning i en medlemsstat og i stedet lade dem være underlagt beskatning i en anden medlemsstat, er dette ikke udtryk for andet, end at den afbalancerede fordeling af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne bringes i fare²⁵. Når en sådan praksis bekæmpes, sker dette ikke blot for at forhindre skatteunddra-

19 — O.a.: Fodnote 19 har ingen betydning for den danske version af forslaget til afgørelse.

20 — Oy AA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 60, og dom af 15.5.2008, sag C-414/06, Lidl Belgium, Sml. I, s. 3601, præmis 40.

21 — Jf. Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 29, samt dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 40, i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 25, og i sagen Aberdeen Property Fininvest Alpha, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 24.

22 — Jf. dom af 12.5.1998, sag C-336/96, Gilly, Sml. I, s. 2793, præmis 24 og 30, og af 23.2.2006, sag C-513/03, Van Hiltten-Van der Heijden, Sml. I, s. 1957, præmis 47, samt dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 49, og Oy AA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 52.

23 — Gilly-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 31, van Hiltten-van der Heijden-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 48, og Lidl Belgium-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 22.

24 — Jf. navnlig dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 51, og i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 72.

25 — Jf. dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 56.

gelse men med det større formål at sikre medlemsstatens ret til at udøve sin beskatningskompetence for så vidt angår de aktiviteter, der gennemføres på dens område.

60. Dette betyder imidlertid ikke, at hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence altid kun finder anvendelse, hvis betingelserne for at anvende hensynet til bekæmpelse af misbrug også er opfyldt. Afhængigt af hvorledes de nationale bestemmelser, der skal undersøges, er udformet, og hvilket formål de har, kan hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen også være afgørende i sig selv eller i forbindelse med andre hensyn.

61. Det er altid nødvendigt at falde tilbage på kriteriet om et kunstigt arrangement, når grænseoverskridende forretninger fremstår således, at de følger normale økonomiske fremgangsmåder. I disse tilfælde er der en generel formodning om, at forretningen blev indgået inden for rammerne af en legitim udøvelse af etableringsfriheden²⁶. Kun hvis denne formodning gendrives, idet det påvises, at der ikke er nogen økonomisk realitet bag forretningen, sådan som den er udformet konkret, foreligger der en begrænsning af den afbalancerede fordeling af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne.

62. Bestemmelsen i artikel 26 i CIR 92 kræver, at der foretages en bedømmelse af de konkrete forretninger mellem foretagender, der befinder sig i et afhængighedsforhold til hinanden. Man skal anvende armslængdeprincippet og bedømme, om der er blevet aftalt normale vilkår eller derimod vilkår, der ikke er forståelige ud fra en økonomisk betragtning. I forbindelse med spørgsmålet, om en begrænsning af de grundlæggende friheder er begrundet, er det derfor nærliggende at begynde med at undersøge, om bestemmelsen tjener til at bekæmpe kunstige arrangementer, der vælges i skatteomgåelsesøjemed. Det næste skridt er at tage hensyn til, om det egentlige formål med bestemmelsen er at sikre fordelingen af beskatningskompetence.

63. Da bekæmpelse af misbrug i form af kunstige arrangementer, der tager sigte på skatteomgåelse, som nævnt henhører under hensynet til at sikre en afbalanceret beskatningskompetence, skal der i forbindelse med de pågældende hensyn heller ikke anvendes forskellig målestok, når det undersøges, om begrænsningen er forholdsmæssig. Nationale begrænsninger, der ikke kun omfatter misbrug men også regulære forretninger, er uforholdsmæssige, fordi de går længere, end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet. Hvis selskaber, der har hjemsted i forskellige medlemsstater, indgår forretninger, som indeholder normale økonomiske vilkår, berøres fordelingen af beskatningskompetence ikke heraf. Hvis en national bestemmelse alligevel lægger hindringer i vejen for indgåelse af sådanne forretninger, er den ligeledes uforholdsmæssig.

26 — Jf. i denne retning dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis, og *Lammers & Van Cleeff*-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 27.

2. Undersøgelse af begrundelsen

64. Det skal indledningsvis undersøges, om artikel 26 i CIR 92 er egnet til at opnå de formål, der forfølges.

65. Med henblik på at afgrænse konstruktioner, der undergraver fordelingen af beskatningskompetence, fra normale forretningsmetoder, er det afgørende i henhold til artikel 26 i CIR 92 for det første, at de involverede foretagender befinder sig i et afhængighedsforhold til hinanden, og for det andet, at den fordel, der indrømmes, er ekstraordinær og vederlagsfri. Hvis disse forudsætninger er opfyldt, henregnes fordelen til beskatningsgrundlaget for det selskab, der indrømmer den.

66. I hovedsagen har anvendelsen af bestemmelsen medført, at de renter på 5%, som SGI efter skattemyndighedernes vurdering kunne have opnået for lånet til Recydem, blev medregnet i SGI's indtægter. Betalingerne til Cobelpin for bestyrelsesarbejde blev ligeledes indregnet i beskatningsgrundlaget for SGI, da der ikke var nogen reel modydelse herfor fra Cobelpins side.

67. Den nationale bestemmelse støtter sig til artikel 9 i OECD's modeloverenskomst og voldgiftskonventionens artikel 4, hvorefter

der foretages en overskudsberigtigelse, hvis forretninger mellem forbundne foretagender ikke foregår på vilkår, der svarer til, hvad de ville have aftalt på armslængdevilkår.

68. I dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* anerkendte Domstolen principielt, at armslængdeprincippet er et egnet middel til at afgrænse kunstige arrangementer fra reelle økonomiske fremgangsmåder. I denne sag anførte Domstolen ordret følgende om de omtvistede bestemmelser vedrørende underkapitalisering²⁷:

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

27 — Dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 81. Jf. også *Lammers & Van Cleeff*-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 30.

69. Detaljerne i artikel 26 i CIR 92 afviger ganske vist fra artikel 9 i OECD's modeloverenskomst, der giver medlemsstaterne en objektiv orientering med henblik på fordelingen af beskatningskompetence. Artikel 26 i CIR 92 kræver således ikke som bevis på, at foretagenderne befinder sig i et afhængighedsforhold til hinanden, at der nødvendigvis foreligger en deltagelse i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i foretagendet. Desuden kræver artikel 26 i CIR 92 ikke udtrykkeligt, at der foretages en sammenligning med de vilkår, der ville være aftalt ved en tilsvarende forretning mellem uafhængige foretagender. De nationale retters fortolkning af udtrykket »ekstraordinær fordel« viser imidlertid tydeligt, at der næppe kan menes noget andet hermed²⁸.

70. Gennem udtrykket »direkte eller indirekte afhængighedsforhold« begrænses forholdet til at omfatte foretagender, der kan være interesseret i at indrømme hinanden atypiske forretningsvilkår i skatteomgåelsesøjemed. Udtrykket er ganske vist meget bredt. Men selv om Domstolen for så vidt angår fællesskabsretten har afgjort, at den skattepligtige, især når der er tale om bestemmelser af belastende økonomisk art, skal kunne få et nøjagtigt kendskab til de forpligtelser, der pålægges vedkommende²⁹, tilsidesætter bestemmelsen ikke retssikkerhedsprincippet. Bestemmelser, der skal forhindre misbrug, indeholder nemlig nødvendigvis ubestemte retsbegreber for derved at omfatte så mange tænkelige konstruktioner som muligt, der skabes i skatteomgåelsesøjemed. Desuden er indbyrdes afhængighed ikke det eneste afgørende kendetegn. Det afgørende er derimod først og fremmest, om der blev indrømmet

ekstraordinære eller vederlagsfrie fordele mellem de foretagender, der befinder sig i et afhængighedsforhold til hinanden.

71. På trods af disse afvigelser fra artikel 9 i OECD's modeloverenskomst og voldgiftskonventionens artikel 4 er artikel 26 i CIR 92 egnet til at nå målet om at forhindre kunstige konstruktioner, der er skabt i skatteomgåelsesøjemed.

72. Idet artikel 26 i CIR 92 udelukker, at foretagender, der befinder sig i et afhængighedsforhold til hinanden, indrømmer ekstraordinære eller vederlagsfrie fordele og på denne måde kan overføre overskud fra beskatningsgrundlaget for et indenlandsk selskab til beskatningsgrundlaget for et ikke-hjemmehørende selskab, sikrer bestemmelsen også en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence.

73. Sådanne fordele udgør faktisk en skjult overførsel af overskud mellem foretagender, der befinder sig i et afhængighedsforhold til hinanden. I Oy AA-dommen har Domstolen allerede fastslået, at ydelser mellem forbundne foretagender er i strid med den afbalancerede fordeling af beskatningskompetence. Hvis man anerkendte sådanne over-

28 — Jf. ovenfor under punkt 9 i dette forslag til afgørelse.

29 — Jf. dom af 21.2.2006, sag C-255/02, Halifax m.fl., Sml. I, s. 1609, præmis 72.

førsler i skattemæssig henseende, ville foretagender i en koncern uden at tage hensyn til, hvor overskuddet er indtjent, frit kunne vælge den medlemsstat, hvori beskatningen skulle ske³⁰.

74. Det skal imidlertid også undersøges, om disse retsregler ikke går længere, end hvad der er nødvendigt for at nå disse mål.

75. Hvad dette angår fremgår det for det første af dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, at man i forskrifter, der skal forhindre kunstige arrangementer ved hjælp af armslængdeprincippet, kun må nægte at anerkende sådanne konstruktioner i skattemæssig henseende, hvis og i det omfang de afviger fra det, som sådanne foretagender kunne være blevet enige om, hvis der havde været tale om fri konkurrence mellem foretagender, der ikke befinder sig i noget afhængighedsforhold til hinanden³¹. F.eks. må en usædvanligt lav eller høj pris for en ydelse mellem forbundne foretagender således ikke medføre, at forretningen som helhed ikke inddrages i skattemæssig henseende. Med henblik på skat skal sådanne priser derimod hæves eller sænkes til det normale niveau³².

30 — Jf. i denne retning *Oy AA-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 55 og 56, samt tilsvarende for så vidt angår overførsel af underskud *Marks & Spencer-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 45 og 46, og *Lidl Belgium-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 32.

31 — Dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 80, og *Lammers & Van Cleeff-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 29.

32 — Jf. i denne retning dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 83.

76. Det kan ganske vist ikke udledes helt klart af ordlyden af artikel 26 i CIR 92, at overskudsberigtigelsen faktisk er begrænset til, at ekstraordinære fordele justeres til normalt niveau. Men skattemyndighederne og retterne fortolker og anvender åbenbart bestemmelsen på denne måde. Størrelsen af de renter, som blev henregnet til SGI's indkomst, blev således fastsat ud fra de sædvanlige renter på markedet. Man må derfor, med forbehold for den forelæggende rets endelige afgørelse herom, gå ud fra, at bestemmelsen konkret anvendes sådan, at den overholder proportionalitetsprincippet.

77. For det andet skal bestemmelser om bekæmpelse af misbrug i alle tilfælde, hvor der er mistanke om, at der foreligger et kunstigt arrangement, give den skattepligtige adgang til at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået³³.

78. Artikel 26 i CIR 92 kræver, at der er indrømmet en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel. Bestemmelsen udelukker ikke, at den skattepligtige modbeviser en sådan bedømmelse fra skattemyndighedernes side. Den pågældende vil i så fald skulle påvise, at der faktisk er en reel økonomisk baggrund for

33 — Jf. i denne retning dommen i sagen *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 82, og kendelse af 23.4.2008, sag C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Sml. I, s. 2875, præmis 84.

den kritiserede forretning, og at denne også ville være blevet indgået på samme vilkår, hvis der havde været tale om en situation med fri konkurrence mellem uafhængige virksomheder.

ning, som kan sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence³⁵.

79. I det konkrete tilfælde fremgår det af forelæggelseskendelsen, at der ikke var nogen økonomisk begrundelse for, at SGI ydede et rentefrit lån til Recydem, da SGI selv var meget forgældet, og Recydem befandt sig i en sikker finansiel situation. Også hvad angår betalingerne til Cobelpin har SGI i henhold til den forelæggende rets redegørelse ikke kunnet påvise, at disse udgjorde en passende kompensation for bestyrelsesarbejde.

80. Det skal afslutningsvis bemærkes, at de ufordelagtige følger af overskudsberigtigelsen i henhold til artikel 26 i CIR 92 i vidt omfang ophæves ved, at det begunstigede foretagende under henvisning til voldgiftskonventionen kan gøre gældende, at der skal tages tilsvarende hensyn til denne berigtigelse i forbindelse med beskatningen af foretagendet. De yderligere byrder, der er forbundet hermed³⁴, skal accepteres, da det ikke kan ses, at der findes nogen mindre indgribende foranstalt-

81. Følgelig går en bestemmelse som artikel 26 i CIR 92 ikke længere, end hvad der er nødvendigt for at opretholde en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne og forebygge skatteomgåelse.

82. Dermed medfører en bestemmelse som artikel 26 i CIR 92 ganske vist en begrænsning af etableringsfriheden, sådan som denne sikres i artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF. En sådan bestemmelse er imidlertid begrundet ud fra hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne og forhindre skatteomgåelse.

34 — Jf. ovenfor under punkt 48.

35 — I voldgiftskonventionens bestemmelser går medlemsstaterne endda længere, end hvad fællesskabsretten kræver. I henhold til Domstolens praksis er en stat ved anvendelsen af sin skattelovgivning ikke forpligtet til at tage hensyn til eventuelle negative virkninger, der er en følge af særegenhederne ved en anden stats lovgivning, som finder anvendelse på et indenlandsk selskabs faste driftssted, der er beliggende på den anden stats område (jf. dom af 23.10.2008, sag C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, Sml. I, s. 8061, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

V — Forslag til afgørelse

83. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF, er ikke til hinder for en medlemsstats lovgivning, såsom artikel 26 i den belgiske Code des impôts sur les revenus 1992, der medfører, at en ekstraordinær eller vederlagsfri fordel beskattes hos et hjemmehørende selskab, når selskabet har indrømmet denne fordel til et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, og når det ikke-hjemmehørende selskab befinder sig i et direkte eller indirekte afhængighedsforhold til det hjemmehørende selskab, hvorimod det hjemmehørende selskab under identiske omstændigheder ikke kan beskattes af en sådan fordel, det indrømmer et andet indenlandsk selskab, der befinder sig i et afhængighedsforhold til dette selskab.«