

Sag C-537/20

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

21. oktober 2020

Forelæggende ret:

Bundesfinanzhof (Tyskland)

Afgørelse af:

18. december 2019

Sagsøger og revisionsappellant:

L Fund

Sagsøgt og revisionsindstævnt:

Finanzamt D

Hovedsagens genstand

Særlig ejendomsfond – selskabsskat – sontring mellem nationale og udenlandske særlige ejendomsfonde – kun de nationale særlige ejendomsfonde fritaget for selskabsskat – forskellig behandling – begrundelse

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

Præjudicielt spørgsmål

Er artikel 56 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (nu: artikel 63 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde) til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter nationale særlige ejendomsfonde, som udelukkende har udenlandske investorer, er fritaget for selskabsskat, mens udenlandske særlige ejendomsfonde, som udelukkende har udenlandske

investorer, er underlagt begrænset selskabsskattepligt med hensyn til de lejeindtægter, de modtager på det nationale område?

Anførte EU-retlige forskrifter

Artikel 63 TEUF

Anførte nationale forskrifter

Körperschaftssteuergesetz (KStG) (lov om selskabsskat), navnlig § 1, stk. 1, nr. 5 og § 2, nr. 1

Investmentsteuergesetz von 2004 (InvStG 2004) (lov af 2004 om beskatning af investeringer), navnlig § 4, stk. 2, syvende punktum, § 11, stk. 1, første og andet punktum og § 15, stk. 2, andet punktum

Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés (luxembourgsk lov af 13. februar 2007 om særlige investeringsfonde)

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Sagsøgeren er en investeringsfond for kollektive investeringer (fonds commun de placement), som har form af en særlig investeringsfond (fonds d'investissement spécialisé), og som er etableret i 2008 i henhold til den luxembourgiske lov af 13. februar 2007 om særlige investeringsfonde og er underlagt tilsynet med investering i Luxembourg (Commission de Surveillance du Secteur Financier, herefter »CSSF«). Hverken selskabets hjemsted eller ledelse befinder sig i Tyskland.
- 2 En særlig investeringsfond er en udelt helhed af aktiver, som er godkendt af CSSF, og som er struktureret i henhold til princippet om risikospredning, og som administreres af et administrationselskab på vegne af investorkredsen. Investorenes hæftelse er begrænset til deres indskud, og investorenes rettigheder repræsenteres ved deres kapitalandele (jf. artikel 4 i den luxembourgiske lov af 13. februar 2007 om særlige investeringsfonde). En sådan fond har ikke status som juridisk person.
- 3 Som særlig investeringsfond er sagsøgeren ikke underlagt beskatning i Luxembourg, bortset fra den skat på kapitaltransaktioner, som skal betales af de privatretlige selskaber og handelsselskaber, og den tegningsskat, der er fastsat i artikel 68 i den luxembourgiske lov af 13. februar 2007 om særlige investeringsfonde. De udlodninger, som sagsøgeren har foretaget, er ikke underlagt kildebeskatning i Luxembourg og beskattes ikke for så vidt angår ikke-hjemmehørende personer (jf. artikel 66 i den luxembourgiske lov af 13. februar 2007 om særlige investeringsfonde).

- 4 Sagsøgeren blev i første omgang stiftet som en lukket ejendomsfond for en periode af ti år uden børsnotering.
- 5 Ved sagsøgerens ophør afvikles alle investeringer i fast ejendom, som ikke allerede er afviklet, og salgsprovenuet udloddes til deltagerne. Administrationsselskabet må ikke udlodde hele eller en del af porteføljen til deltagerne i form af en ikke-kontant udlodning. Deltagerne har følgelig heller intet krav på en ikke-kontant udlodning. Før sagsøgerens kontraktlige ophør har deltagerne ikke lov til at forlange indløsning af deres kapitalandele.
- 6 Sagsøgeren har to institutionelle investorer, som hverken har hjemsted eller ledelse i Tyskland. Fonden forvaltes af et managementselskab. I den forbindelse er der tale om et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i Luxembourg, som blev stiftet den 25. marts 2008 i henhold til luxembourgsk ret og er registreret i det luxembourgske handels- og selskabsregister, og som er godkendt af CSSF. Managementselskabets formål er at organisere, administrere og lede fonden.
- 7 Ved kontrakt af 31. marts 2008/1. april 2008 erhvervede managementselskabet en ejendomsportefølje i eget navn, idet selskabet dog handlede som administrationsselskab for sagsøgerens regning. Nærmere bestemt er der tale om 1 241 ejendomme i Tyskland, som blev udlejet efter erhvervelsen og senere delvist solgt.
- 8 I årene 2008 til 2010 modtog sagsøgeren indtægter fra udlejningen og salget af enkelte af de nævnte ejendomme.
- 9 I juli 2013 indsendte sagsøgeren selskabsskatteangivelser for perioderne 2008 til 2010 baseret på en begrænset selskabsskattepligt. Samtidig gjorde sagsøgeren dog opmærksom på, at denne efter sin retsopfattelse ikke var underlagt tysk selskabsskat.
- 10 Sagsøgte derimod gik ud fra den begrænsede selskabsskattepligt og opkrævede selskabsskat. Finanzgericht Münster (domstolen i skatte- og afgiftsretlige sager i Münster), som sagen blev indbragt for, stadfæstede i sin dom af 20. april 2017 om frifindelse Finanzamts retsopfattelse. Sagsøgeren indgav derefter revisionsappel til Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager).

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 11 Ifølge national ret ville revisionsappellen være ugrundet. Den forelæggende ret har først anført nogle bemærkninger vedrørende beskatningen af udenlandske investeringsfonde og har præciseret, at udenlandske investeringsfonde kun er underlagt – ubegrænset eller begrænset – selskabsskattepligt, såfremt de ud fra deres økonomiske og juridiske struktur – uanset om de i givet fald i henhold til udenlandsk ret er juridiske personer – svarer til et tysk selskabsskattesubjekt. Ifølge den forelæggende rets faste praksis svarer investeringsfonde til en »anden formålsbunden privatretlig formue« som omhandlet i § 1, stk. 1, nr. 5, i lov om

selskabsskat og er afhængigt af deres hjemsted eller stedet for deres forretningsledelse ubegrænset eller begrænset selskabsskattepligtige.

- 12 Med henblik på beskatningen sondres der i den nationale skattelovgivning mellem udenlandske og nationale fonde og mellem investeringsforeninger, der modtager midler fra offentligheden og særlige fonde.
- 13 Beskatningen af en national fond er reguleret i lov om beskatning af investeringer. Beskatningen er generelt kendetegnet ved, at fonden anses for at være en formålsbunden privatretlig formue som omhandlet i § 1, stk. 1, nr. 5, i lov om selskabsskat, og dermed som et selskabsskattesubjekt, men at fonden som selskabsskattesubjekt er fritaget for selskabsskat (§ 11, stk. 1, første og andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer). Denne skattefritagelse er systematisk forbundet med beskatningen af investorerne. Med fondens skattefritagelse og den tilsvarende beskatning af investorerne gennemførtes det såkaldte gennemsigtighedsprincip, hvorefter der finder en engangsbeskatning sted på investorniveau. I denne forbindelse behandles fondsinvestoren som en direkte investor. For at sikre beskatningen af investorerne indeholdes der kildeskat på fondsniveau (§ 7 i lov af 2004 om beskatning af investeringer).
- 14 I forbindelse med beskatning af en særlig fond følger lovgiver ligeledes gennemsigtighedsprincippet. Den nationale særlige fond fritages derfor for selskabsskat i medfør af § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer, og beskatningen sker på investorniveau. Den særlige fond adskiller sig fra en investeringsforening, der modtager midler fra offentligheden, idet der i sidstnævnte deltager et ubestemt antal forskellige investorer, mens det i den særlige fond udelukkende er ikke-fysiske personer, der må være investorer (såkaldte institutionelle investorer). Ofte har særlige fonde kun en eller meget få institutionelle investorer, som reelt kan udøve indflydelse på investeringsbeslutningerne.
- 15 Når der er tale om en national særlig ejendomsfond, finder en beskatning af indtægterne fra ejendommene heller ikke sted på fondsniveau, men på investorniveau. Lovgiver har dermed også på området for særlige ejendomsfonde gennemført gennemsigtighedsprincippet. Har den nationale særlige ejendomsfond udenlandske investorer, henregnes fondens nationale lejeindtægter direkte (forholdsmæssigt) til den udenlandske investor som dennes egne, begrænset skattepligtige indtægter. For at sikre beskatningen af de udenlandske investorer er der på fondsniveau pligt til at indeholde kildeskat (§ 15, stk. 2, fjerde punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer). Med gennemsigtighedsprincippet og pligten til at indeholde kildeskat sikrer den tyske lovgiver sin kompetence til at beskatte indkomst fra indenlandske ejendomme i sin egenskab af at være den stat, hvori ejendommen er beliggende.
- 16 Lovgiver har gennemført gennemsigtighedsprincippet for at modvirke, at udenlandske (stor-)investorer gives mulighed for at opnå uberettigede skattefordele på området for faste ejendomme. En sådan investor ville nemlig

have været begrænset skattepligtig i forbindelse med en direkte investering i nationale ejendomme. Denne skattepligt ville den pågældende uden større vanskeligheder have kunnet omgå ved at investere via en særlig ejendomsfond.

- 17 Som følge heraf er en udenlandsk særlig ejendomsfond ikke fritaget for selskabsskat (§ 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer). Den direkte anvendelse af denne fritagelse på sagsøgeren er ikke mulig på grund af bestemmelsens entydige ordlyd, hvorefter kun nationale investeringsfonde er fritaget for selskabsskat. En analog anvendelse af § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer er udelukket, fordi der ikke foreligger en utilsigtet lakune i bestemmelserne. Lovgiver har bevidst sondret mellem nationale og udenlandske investeringsfonde.
- 18 Denne lovgivning medfører, at den udenlandske særlige ejendomsfond selv skal sørge for beskatning af sine indtægter fra udlejning af de ejendomme, der er beliggende i Tyskland. Der sker i den forbindelse i øvrigt ikke beskatning – og dermed dobbeltbeskatning af lejeindtægterne – af den udenlandske særlige ejendomsfonds udenlandske investorer, eftersom den nationale lovgivning, der finder anvendelse i hovedsagen, ikke fastsætter skattepligt for den udenlandske særlige ejendomsfonds udenlandske investorer for så vidt angår de udlodninger, de modtager fra fonden.
- 19 Den forelæggende ret har dog været i tvivl om, hvorvidt udelukkelsen af sagsøgeren fra skattefritagelsen i henhold til § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer, er forenelig med EU-retten, navnlig den frie bevægelighed for kapital (artikel 63 TEUF).
- 20 Den har henvist til Domstolens dom af 10. maj 2012, Santander Asset Management SGIC m.fl. (C-338/11-C-347/11, EU:C:2012:286), af 10. april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), og af 21. juni 2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480), som retten dog ikke har anset for at være relevante. I det foreliggende tilfælde sikrer pålæggelsen af den begrænsede selskabsskattepligt for så vidt angår de lejeindtægter, sagsøgeren modtager, nemlig, at disse indtægter engangsbeskattes med national udbytteskat i henhold til det internationalt sædvanlige beliggenhedsprincip. Når der er tale om en sammenlignelig, hjemmehørende særlig ejendomsfond, sikres engangsbeskatningen af de nationale lejeindtægter ved beskatningen af de begrænset selskabsskattepligtige investorer. Dermed underkastes ejendomsinvesteringen i sidste ende den samme skattebyrde, og det er spørgsmålet, om ikke-hjemmehørende fonde ved, at der ikke indrømmes skattefrihed i henhold til § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer faktisk afholdes fra at investere i nationale ejendomme.
- 21 Desuden har den forelæggende ret anset det for lidet sandsynligt, at nationale investorer faktisk afholdes fra at erhverve kapitalandele i udenlandske fonde, som ikke er fritaget for skat, men er begrænset selskabsskattepligtige. Ved denne gruppe investorer ville der ganske vist ud over beskatningen på den begrænset

selskabsskattepligtige udenlandske fonds niveau også skulle medregnes udbytteskat for de ubegrænset selskabsskattepligtige investorer, som modtager fondsudlodningerne. Denne dobbeltbeskatning ophæves dog ved muligheden for modregning i henhold til § 4, stk. 2, syvende punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer. Det er derimod af større betydning, at en investeringsforening, der modtager midler fra offentligheden, adskiller sig klart fra en særlig fond. I sidstnævnte tilfælde udnytter en snævert afgrænset kreds af institutionelle investorer eller måske endda en enkelt investor en sådan fond som et investeringsredskab til at foretage sin planlagte investering i et bestemt investeringsobjekt. Når der foreligger en sådan eksklusivitet for så vidt angår investorkredsen, kan en hensyntagen til potentielle nationale institutionelle investorer ved undersøgelsen af, om den grundlæggende frihed begrænses, forekomme at være en rent teoretisk mulighed og dermed en mulighed, der kan ses bort fra.

- 22 Spørgsmålet er endvidere, om den forskellig behandling, som § 11, stk. 1, første og andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer medfører, vedrører situationer, der er objektivt sammenlignelige. I ovennævnte praksis har Domstolen ved vurderingen af sammenligneligheden alene lagt vægt på fondsniveauet, har ikke taget hensyn til investorernes skattemæssige situation og har hver gang anerkendt, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende fonde kan sammenlignes.
- 23 Domstolen har dog også fastslået, at når lovgivningen undergiver fondens skattefritagelse den betingelse, at hele fondens overskud skal udloddes til dens deltagere, således at skatte trykket på investeringsafkast via disse fonde tilnærmes skatte trykket på private investorers direkte investeringer, kan der ved undersøgelsen af sammenligneligheden ses bort fra fondsniveauet og undtagelsesvist også tages hensyn til investorernes skattemæssige situation (jf. dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl., C-338/11-C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 40). I det foreliggende tilfælde har den tyske lovgiver ganske vist ikke fingeret en sådan fuldstændig udlodning, men den direkte henføring af lejeindtægterne til de udenlandske investorer, som følger af § 15, stk. 2, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer, og den udtrykkelige pålæggelse af begrænset selskabsskattepligt for disse indtægter går langt ud over virkningen af en (fingeret) fuldstændig udlodning. Den giver på særlig vis udtryk for, at fondens skattemæssige situation kun spiller en rolle i det omfang, der er tale om dennes kvalificering som særlig ejendomsfond, men at der i øvrigt altid skal tages hensyn til investorernes situation. Da det for så vidt angår beskatningen af ejendomsindtægterne således ikke er fondsniveauet, der er afgørende, men hvor investorerne er hjemmehørende, kan dette tale mod, at situationerne kan sammenlignes.
- 24 Desuden er det tvivlsomt, om tvingende almene hensyn kan begrunde ordningen i § 11, stk. 1, i lov af 2004 om beskatning af investeringer. I hver af de tre ovennævnte domme fastslog Domstolen, at en medlemsstat, som har besluttet sig for ikke at beskatte hjemmehørende fonde, som modtager udbytte af national

oprindelse, ikke kan påberåbe sig nødvendigheden af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne som begrundelse for beskatningen af ikke-hjemmehørende fonde, som har sådanne indtægter.

- 25 Dette synes umiddelbart at tale for, at den skattefritagelse, som i § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer indrømmes hjemmehørende fonde, ikke kan begrundes ved påberåbelse af iagttagelsen af den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. I den henseende kan sagens retlige og faktiske særlige omstændigheder dog også resultere i en anden vurdering.
- 26 Ved at give afslag på skattefritagelse i henhold til § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer og ved pålægge sagsøgeren som ikke-hjemmehørende særlig ejendomsfond begrænset selskabsskattepligt for de nationale lejeindtægter, udøver den tyske lovgiver sin beskatningskompetence som den stat, hvori ejendommen er beliggende. Også artikel 6, stk. 1, i modeloverenskomsten fra Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD) giver den stat, hvori ejendommen er beliggende, beskatningskompetencen for så vidt angår indtægter fra fast ejendom. I de sager, som Domstolen har afgjort, spillede arten af fondens indtægter også en rolle ved undersøgelsen af begrundelsen, i det omfang Domstolen henviste til, at de indtægter fra udbytte, som fonden modtog, allerede havde været genstand for udbyttebeskatning på det udloddende kapital selskabs niveau ([dom] af 21.6.2018, Fidelity Funds m.fl., C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 72). En sådan forudgående beskatning foreligger ikke ved de lejeindtægter, som sagsøgeren har modtaget.
- 27 Når der er tale om en udenlandsk fond med udenlandske investorer skal der tages hensyn til, at det ikke kan sikres, at den stat, i hvilken ejendommen er beliggende, har beskatningskompetencen for så vidt angår de nationale lejeindtægter, hvis ikke der sker beskatning på fondsniveau. En hjemmehørende fond kan nemlig forpligtes til at indeholde kildekat, hvorved det kan sikres, at de udenlandske investorer beskattes. Dette er imidlertid ikke muligt, når der er tale om en ikke-hjemmehørende fond. Til forskel fra indtægter fra udbytte finder der endvidere ingen (forudgående) beskatning af lejeindtægterne sted.
- 28 Endelig kan udelukkelsen af sagsøgeren fra skattefritagelsen i henhold til § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer være begrundet i hensynet til at bevare sammenhængen i beskatningsordningen.
- 29 Ifølge Domstolens praksis vedrørende fonde kan et argument, der er baseret på denne begrundelse, kun gives medhold, hvis der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og dennes udligning gennem en bestemt beskatning, idet den direkte karakter af denne sammenhæng skal vurderes under hensyntagen til det mål, der forfølges med den omhandlede lovgivning.

- 30 En sådan direkte sammenhæng kan i en sag som den foreliggende bestå i, at den nationale særlige ejendomsfonds skattefritagelse udlignes af den direkte beskatning af de udenlandske institutionelle investorer.
- 31 Det skal dernæst undersøges, om afslaget på skattefritagelse for en udenlandsk særlig ejendomsfond går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre sammenhængen i den tyske investeringsbeskatningsordning.
- 32 Overfører man Domstolens argumentation i dommen af 21. juni 2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 84) til den tyske beskatningsordning, ville det være afgørende, at de ikke-hjemmehørende investeringsfonde, som får afslag på skattefritagelse i henhold til § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer), og som derfor skal betale tysk selskabsskat, dokumenterer, at de betaler en skat, der svarer til den tyske selskabsskat. Efter den forelæggende rets opfattelse kan denne dokumentation imidlertid ikke fremlægges i en sag som denne, for sagsøgeren er som luxemburgsk særlig ejendomsfond for så vidt angår de lejeindtægter, som denne modtager i Tyskland, hverken underlagt (egen) udbytteskat eller en pligt til at indeholde kildeskat i Luxembourg.
- 33 Desuden fastslog Domstolen i dom af 21. juni 2018, Fidelity Funds m.fl. (C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 85), at afslaget på den danske fritagelse for kildeskat over for de fonde, der ikke er hjemmehørende i Danmark, fører til en kædebeskatning af udbytter, der betales til investorer, som er hjemmehørende i Danmark, hvilket strider mod formålet med den nationale lovgivning.
- 34 Overfører man også denne argumentation til det tyske beskatningssystem for forhold, ville det være afgørende, om afslaget på selskabsskattefritagelse i henhold til § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer over for de fonde, der ikke er hjemmehørende i Tyskland, fører til en kædebeskatning af udbytter, der betales til de investorer, som er hjemmehørende i Tyskland. Men i denne sammenhæng skal der igen henvises til de retlige og faktiske særlige omstændigheder i den foreliggende sag. Dels ville dobbeltbeskatningen, når der er tale om imaginære nationale investorer, bortfalde via den modregningsmulighed, der er hjemlet i § 4, stk. 2, syvende punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer. Dels er sagsøgeren som udenlandsk fond ganske vist udelukket fra fritagelsen for selskabsbeskatning i henhold til § 11, stk. 1, andet punktum, i lov af 2004 om beskatning af investeringer, men denne har slet ingen investorer, der er hjemmehørende i Tyskland, for hvilke der kunne ske kædebeskatning af udbytte fra ejendommene (i første omgang på fondsniveau, derefter på investorniveau). Dennes virksomhed som lukket særlig fond har heller ikke til formål at tiltrække sådanne investorer. Bag en sådan fond står der nemlig typisk et afgrænset antal af nogle få institutionelle investorer med sammenfaldende interesser, som udnytter fonden som redskab til deres egne investeringer.