

PROCESSKRIFT 1

Om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen

Den 1. maj 2020

I sagerne
ved Østre Landsrets 14. afd.

BS-20446/2018 Foreningen Kræv Licensmoms Tilbage
J.nr. 3188005 (Advokat Claus Holberg)

mod

Skatteministeriet
Nicolai Eigtveds Gade 28
1402 København K
(Advokat Bodil Søes Petersen)

Nærværende processkrift afgives som et fælles processkrift på vegne alle de nævnte sagsøgere. Skatteministeriets processkrift A giver anledning til følgende mærkninger.

AD SPØRGSMÅL 1

Sagsøgerne kan tiltræde, at spørgsmål 1 formuleres således:

Skal artikel 370, jf. bilag X, del A, nr. 2, i Rådets direktiv 2006/112/EF af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem fortolkes således, at bestemmelsen giver de omfattede medlemsstater mulighed for at lægge moms på en obligatorisk, lovpligtig medielicens, der navnlig anvendes til finansiering af et offentligt radio- og fjernsynsforetagendes ikke-kommercielle virksomhed, uanset at der ikke "foreligger levering af tjenesteydelser mod vederlag" som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1?

Ovennævnte formulering af spørgsmålet svarer i det væsentligste til Skatteministeriets eget forslag. Formuleringen indeholder dog den modifikation, at det i spørgsmålet præciseres, at den danske medielicens ”*navnlig anvendes*” til finansiering af offentlige radio- og fjernsynsforetagenders ikke-kommercielle virksomhed (understregningen er for at fremhæve her og skal ikke indgå i det endelige spørgsmål). Ordene ”*navnlig anvendes*” bør efter sagsøgernes opfattelse tilføjes, da det er et faktum, at medielicensen ikke udelukkende anvendes til finansiering af offentlige radio- og fjernsynsforetagenders ikke-kommercielle virksomhed.

Ved lov nr. 1208 af 27. december 1996 om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed blev § 61 ændret, så den fik følgende ordlyd:

§ 61, stk. 1: Størrelsen af afgifterne for opstillede radio- og fjernsynsmodtagere fastsættes for et eller flere år ad gangen af kulturministeren med tilslutning fra Folketingets Finansudvalg. Afgifterne opkræves af Danmarks Radio og fordeles efter ministerens nærmere bestemmelse til Danmarks Radio, TV 2 og eventuelle andre medierelaterede formål.

Siden 1996 har medielicensen således kunnet anvendes til andet end finansiering af Danmarks Radio og TV 2/de regionale TV 2-virksomheder og derved til andet end offentlige radio- og fjernsynsforetagenders ikke-kommercielle virksomhed. Ifølge forarbejderne er medielicensen blandt andet anvendt til finansiering af medieskoler. Formuleringen med ordene ”*navnlig anvendes*” er derfor i overensstemmelse med de faktiske omstændigheder.

AD SPØRGSMÅL 2

Supplerende spørgsmål

Sagsøgerne ønsker at stille følgende supplerende spørgsmål til EU-Domstolen:

Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Skal artikel 370, jf. bilag X, del A, nr. 2, i Rådets direktiv 2006/112/EF af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem fortolkes således, at en medlemsstats mulighed for at lægge moms på en obligatorisk, lovpligtig medielicens, som omhandlet i spørgsmål 1, kan opretholdes, hvis medlemsstaten efter ikrafttrædelsen den 1. januar 1978 af direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter (6. momsdirektiv) har udvidet licensordningen til dels at omfatte andre apparater end dem, der var omfattet den 1. januar 1978, og dels at finansiere andre formål, end den gjorde på denne dato?

Baggrund for spørgsmål 2

Baggrunden for spørgsmål 2 er, at den danske medielicensordning er blevet ændret, siden standstillbestemmelsen i artikel 370 (dengang sjette momsdirektivs artikel 28) blev vedtaget med ikrafttræden pr. 1. januar 1978. Den danske licensordning anno 1978 var således anderledes end medielicensordningen anno 2007, der er sagsperiodens begyndelse.

Der er mellem parterne enighed om, at formuleringen af spørgsmål 1 skal være, hvorvidt der lovligt kan lægges moms på en obligatorisk, lovpligtig *medielicens*. Sagsøgerne har forudsat, at besvarelsen heraf sker med udgangspunkt i den danske medielicensordning, således som den har været gældende siden 2007 (sagsperioden).

Skatteministeriet gør dog i duplikken gældende, at spørgsmål 1 skal besvares med udgangspunkt i de forudsætninger, der var gældende i 1978, herunder med udgangspunkt i den danske licensordning anno 1978. Det er blandt andet Skatteministeriets anbringende, at EU-retten fortolkede begrebet "*levering mod vederlag*" anderledes i 1978, end man gør i dag. Skatteministeriet har endvidere anført, at ændringen af ordlyden fra artikel 28 i sjette momsdirektiv til ordlyden i artikel 370 skyldtes udviklingen i EU-Domstolens praksis vedrørende begrebet "*levering mod vederlag*", der indebar, at den oprindelige forudsætning fra 1978 om, at licensbetalinger var omfattet af moms, ikke længere var opfyldt, da man i 2006 vedtog momssystemdirektivet (se duplikken side 2 midtfor).

Hvis EU-Domstolen giver Skatteministeriet medhold i, at begrebet "*levering mod vederlag*" blev fortolket anderledes i 1978, og der af den grund lovligt kan lægges moms på en medielicens, uanset at der efter nugældende praksis ikke længere foreligger "*levering mod vederlag*", og uanset at den gældende fortolkning af en EU-retlig regel har virkning fra reglens ikrafttræden, jf. sag C-441/14, Ajos, præmis 40, så vil det fortsat være et uafklaret fortolkningsspørgsmål, om artikel 370 hjemler adgang til at lægge moms på den danske licensordning anno 2007. Det skyldes, at Danmark siden 1978 har foretaget flere væsentlige ændringer i licensordningen, der efter sagsøgernes opfattelse isoleret set og i sig selv har medført, at betingelserne for anvendelse af standstill-bestemmelsen ikke længere kan anses for opfyldt, selv hvis de tidligere har været det. Det er således et selvstændigt fortolkningsspørgsmål, hvorvidt der lovligt kan pålægges moms af licensen efter gennemførelsen af disse ændringer. Afhængig af, hvordan EU-Domstolen besvarer spørgsmål 1, vil der være behov for selvstændigt at få afklaret, om artikel 370 lovligt giver mulighed for at lægge moms på medielicens anno 2007.

De relevante ændringer i den danske medielicensordning fra 1978 til 2007, der begrundes spørgsmål 2

I 1978 var den danske licensordning en apparatafgift, der udelukkende blev pålagt radio- og fjernsynsapparater og derved apparater, hvis eneste funktion var at modtage enten radio- eller fjernsynsudsendelser. I 1978 blev licensindtægterne endvidere 100% anvendt

til at finansiere DR's virksomhed, og DR havde eneret til at drive radio- og fjernsynsvirksomhed i Danmark. Der kunne derfor efter den dagældende licensordning som altovervejende hovedregel sættes lighedstegn mellem betalingen af licens til DR og besiddelsen af apparater, som kun kunne modtage radio- og fjernsynsudsendelser fra DR. Det kan derfor hævdes – hvilket jo også er Skatteministeriets anbringende – at efter forholdene i 1978 og ud fra de ovennævnte forudsætninger om den danske licensordning anno 1978 var der i realiteten en vis, om end ikke en nødvendig, sammenhæng mellem modtagelse af ydelser fra DR og betaling af licensafgiften.

Der er siden 1978 sket en liberalisering af tv-markedet i hele EU, som har betydet, at der i dag (og i sagsperioden) er langt flere tv-kanaler end i 1978, hvor DR var den eneste danske tv-kanal. Denne liberalisering har bevirket, at der ikke længere er den samme forbindelse mellem ejerskab til et fjernsynsapparat og modtagelse af licensfinansierede fjernsynsudsendelser fra de statslige public service-kanaler. I Danmark har liberaliseringen ført til en ophævelse af DR's monopol. Dette er sket dels ved etablering af TV 2 som en selvstændig tv-station (TV 2 finansieres i dag ikke længere af licensmidlerne) og dels ved, at der er givet adgang til at nedtage signaler fra udenlandske tv-stationer, herunder via parabolantener, samt foretage spredning af udenlandske tv-stationer i Danmark via antenneforeninger, kabel-tv m.v.

Liberaliseringen har betydet, at der heller ikke længere er den samme forbindelse mellem betalingen af licens til DR og modtagelsen af radio- og fjernsynsudsendelser fra DR, idet DR blot er en ud af mange tv-stationer, der kan modtages via fjernsynsapparatet, og pligten til at betale licens er netop gjort uafhængig af, hvad man anvender apparatet til, og om man som følge af antenneforholdene overhovedet kan modtage de licensfinansierede udsendelser.

Ophævelsen af DR's monopol og liberaliseringen af tv-markedet er dog ikke de eneste ændringer, der er sket siden 1978. Som anført er der i Danmark foretaget ændringer i den danske medielicensordning, der yderligere har fjernet sammenhængen mellem betalingen af licens til DR og modtagelsen af radio- og fjernsynsudsendelser fra DR.

For det første blev der i 1996 åbnet mulighed for, at licensmidlerne efter ministerens bestemmelse kunne anvendes til andre medierelaterede formål end til finansiering af Danmarks Radio og TV 2, jf. ovenfor om ændringen til § 61 ved lov nr. 1208 af 27. december 1996 om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed. Ifølge forarbejderne er medielicensen blandt andet anvendt til finansiering af medieskoler.

For det andet blev afgiften på fjernsynsapparater i 2007 udvidet til at omfatte alle apparater, der potentielt kan modtage levende billedprogrammer, jf. lov nr. 1569/2006 om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed. Ændringen indebar blandt andet, at

ejere af en computer eller en smartphone skulle betale licens til DR, uanset at de pågældende apparaters primære formål ikke var at modtage fjernsynsudsendelser, men derimod et helt andet.

Endelig blev for det tredje afgiften på radioapparater ophævet i 2013. Licensmidlerne anvendes dog fortsat til at finansiere radioudsendelser, selvom der ikke opkræves licens af radiomodtagere. I dag opkræves der kun licens af apparater, der kan modtage billedprogrammer.

De ovennævnte ændringer har samlet set og hver for sig yderligere ophævet sammenhængen mellem licensbetaling og modtagelse af radio- og fjernsynsudsendelser fra DR. De to førstnævnte ændringer er utvivlsomt udtryk for en udvidelse af den danske licensordning, og sagsøgerne gør derfor gældende, at Danmark af denne grund under alle omstændigheder ikke længere kan påberåbe sig, at licensordningen omfattes af undtagelsesbestemmelsen i artikel 370.

Bemærkninger til Skatteministeriets indsigelser mod spørgsmål 2

Skatteministeriet har protesteret mod, at EU-Domstolen forelægges spørgsmål 2 til bevarelse. Hertil bemærkes følgende.

For det første er det sagsøgernes anbringende, at selvom det i henhold til undtagelsesbestemmelsen i artikel 370 måtte være lovligt at lægge moms på en licensordning, der falder uden for momssystemet, er det en betingelse, at medlemsstaten ikke efterfølgende har foretaget ændringer i licensordningen på en sådan måde, at denne er udvidet og derved har fjernet sig fra direktivets formål. Dette følger af EU-Domstolens praksis om fortolkning af undtagelsesordninger. En stillingtagen til spørgsmål 2 vil derfor være relevant for bedømmelse af sagen, hvis EU-Domstolen besvarer spørgsmål 1 bekræftende.

Det bestrides, at spørgsmål 2 angår fortolkning af national ret, således som hævdet af Skatteministeriet. Spørgsmål 2 angår rammerne for anvendelsen af artikel 370, herunder i hvilket omfang en medlemsstat kan påberåbe sig overgangsbestemmelsen, når medlemsstaten efterfølgende har foretaget ændringer i licensordningen. Et sådant spørgsmål angår fortolkningen af en EU-retlig regel (overgangsbestemmelsen i artikel 370). EU-Domstolen har derfor kompetence til at besvare spørgsmål 2.

Således bemærkes følgende:

Artikel 370 er en undtagelsesbestemmelse, der tillader medlemsstaterne at opretholde særlige nationale undtagelsesordninger, der er ældre end direktivet, og som uden denne tilladelse ville være uforenelige med direktivet. EU-Domstolen har om undtagelserne i artikel 370 (sjette momsdirektiv artikel 28) generelt udtalt, at disse undtagelser kun er

tilladt i en overgangsperiode, og at de derfor skal fortolkes strengt. Der henvises til sag C-169/00, Kommissionen mod Finland, præmis 34, og sag C-240/05, Eurodental, præmis 52.

EU-Domstolen har endvidere fastslået, at medlemsstaterne kun har ret til at ændre en national undtagelsesordning, hvis der er tale om, at de gældende undtagelser herved begrænses eller reduceres derved, at undtagelsesordningen nærmer sig direktivets formål. Der henvises til sag C-460/07, Sandra Puffer, præmis 85, og sag C-36/99, Ideal Tourisme SA, præmis 32.

EU-Domstolen har endvidere fastslået, at det ikke er tilladt at foretage ændringer i en undtagelsesordning efter direktivets vedtagelse, hvis undtagelsesordningen herved udvides og derved fjerner sig fra direktivets formål. Der henvises til sag C-460/07, Sandra Puffer, præmis 86.

Af EU-Domstolens praksis fremgår endvidere, at en ny bestemmelse i det væsentligste skal være identisk med den tidligere lovgivning, for at undtagelsen gælder. En lovgivning, som hviler på andre principper end den tidligere lovgivning, og som indfører nye procedurer, kan ikke omfattes af direktivets undtagelsesbestemmelser. Der henvises til sag C-460/07, Sandra Puffer, præmis 87.

Det er sagsøgernes anbringende, at det netop er i strid med disse kriterier, at den danske licensordning i 2007 blev udvidet til at omfatte ethvert apparat, der potentielt kunne modtage levende billedprogrammer, herunder også smartphones og computere, når det primære formål med disse apparater netop ikke er at modtage fjernsynsudsendelser, men derimod et helt andet. I øvrigt var smartphones og computere i 2007 ikke helt så sofistikerede på videosiden, som de er i dag. Ikke desto mindre er det primære formål med sådanne apparater fortsat ikke modtagelse af fjernsynsudsendelser.

Skatteministeriet har gjort gældende, at den omtalte ændring er lovlig, idet licensen ikke har ændret karakter som apparatafgift. Skatteministeriet hævder, at det ligger inden for rammerne af artikel 370 at udvide grundlaget for licensordningen fra en afgift på fjernsynsapparater til en afgift på alle apparater, der potentielt kan modtage levende billedprogrammer, uanset at apparatets primære formål ikke er at modtage fjernsynsudsendelser. Skatteministeriet anfører endvidere, at ændringen var en nødvendig tilpasning til den teknologiske udvikling.

Efter sagsøgernes opfattelse er den omtalte ændring utvivlsomt en udvidelse, der har bevirket, at den danske licensordning herved har fjernet sig fra direktivets formål. Det skyldes allerede det forhold, at antallet af licensbetalere herved er blevet forøget, idet personer, som ikke ejer et fjernsynsapparat, og som ikke ønsker at modtage tv, herunder DR's fjernsynsudsendelser, men alene har erhvervet en smartphone for at benytte den som fx

mobiltelefon, nu også opkræves licens. En sådan ændring, hvorved licensordningens anvendelsesområde udvides, er derfor ikke i overensstemmelse med undtagelsesordningen i artikel 370. Det bestrides endvidere, at hensynet til at kunne tilpasse ordningen den teknologiske udvikling er et legitimt formål, der kan retfærdiggøre en sådan udvidelse af undtagelsesordningen.

Det henhører under EU-Domstolens kompetence at udtale sig om, hvorvidt det ligger inden for rammerne af artikel 370 at ændre en national undtagelsesordning, når konsekvensen er, at antallet af licensbetalere herved udvides, ligesom det henhører under EU-Domstolens kompetence at udtale sig om, hvorvidt tilpasningen af ordningen til den teknologiske udvikling er et legitimt hensyn, der kan begrunde en sådan udvidelse.

Det er endvidere sagsøgernes anbringende, at det strider mod såvel EU-Domstolens fastlagte kriterier som den direkte ordlyd af standstill-bestemmelsen, at licensordningen er blevet ændret derved, at indtægterne i dag også anvendes til at finansiere andre formål end ikke-kommerciel fjernsynsvirksomhed. En sådan ændring er også en udvidelse, der har bevirket, at den danske licensordning har fjernet sig fra direktivets formål. Det retfærdiggør ikke udvidelsen, at der er tale om medierelaterede formål, eller at midlerne, der er anvendt til andre formål, er af begrænset størrelse.

Det er sagsøgernes anbringende, at både ændringen i 1996, der åbnede for, at licensmidlerne kunne finansiere andre medierelaterede formål, og ændringen i 2013, hvorefter medielicensen fortsat finansierer radiovirksomhed, selvom der ikke længere opkræves afgift af radioapparater, men kun af apparater, der kan modtage levende billedprogrammer, yderligere har ophævet sammenhængen mellem betaling af licens og modtagelsen af de ydelser, som licensen finansierer. Ændringerne har derved ført til, at den danske licensordning har fjernet sig yderligere fra momsdirektivets formål og fra den grundlæggende betingelse om, at opkrævningen af moms forudsætter, at der er tale om "levering mod vederlag". Besvarelsen af dette spørgsmål henhører også under EU-Domstolens kompetence.

For det andet bemærkes, at Skatteministeriet gør gældende, at artikel 370 ikke er undergivet EU-Domstolens almindelige dynamiske fortolkningsstil. Ifølge Skatteministeriet har artikel 370 derimod karakter af en særlig tilladelse, der giver medlemsstaterne adgang til at opretholde status quo på særligt væsentlige områder. Hvorvidt Skatteministeriets udsagn er korrekt, er i sig selv et spørgsmål, der utvivlsomt henhører under EU-Domstolens kompetence og ikke under de nationale domstoles kompetence.

Sagsøgerne gør gældende, at artikel 370 skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens sædvanlige fortolkningsprincipper.

Endelig bemærkes, at netop fordi artikel 370 har karakter af en særlig tilladelse og undtagelsesbestemmelse, der giver medlemsstaterne ret til på specifikke, oplyste områder at opretholde status quo, bør det tilkomme EU-Domstolen at afgøre de specifikke rammer for tilladelsen/undtagelsesbestemmelsen, herunder for, i hvilket omfang en medlemsstat inden for disse rammer har adgang til at ændre status quo.

For det tredje gøres det gældende, at besvarelsen af spørgsmål 2 har en så tæt forbindelse til besvarelsen af spørgsmål 1, at det er helt naturligt at supplere den præjudicielle forelæggelse med spørgsmål 2 som et selvstændigt spørgsmål. Den fortolkningstvist, der ønskes afklaret med spørgsmål 2, angår også fortolkning af begrebet ”vederlag mod levering” og den rejste problemstilling, om og under hvilke omstændigheder der eventuelt og i givet fald kan opkræves moms af licensen, selvom der ikke foreligger ”vederlag mod levering”.

København, den 1. maj 2020

Claus Holberg