

Processkrift A om forelæg- gelse

Til

Østre Landsret, 14. afdeling

I sagsnr. BS-20446/2018-OLR: Foreningen Kræv Licensmoms Tilbage
mod
Skatteministeriet

Sagsøgernes udkast til forelæggelseskendelse giver anledning til en række bemærkninger fra Skatteministeriets side, som i dag er fremsendt til sagsøgeren udenretligt. Det af sagsøgerne i udkastet til forelæggelseskendelse foreslåede – nye – spørgsmål 2 samt sagsøgernes ændrede forslag til formulering af spørgsmål 1 giver imidlertid anledning til bemærkninger fra Skatteministeriets side, der kræver Østre Landsrets inddragelse.

I duplikken tiltrådte Skatteministeriet sagsøgernes anmodning om præjudiciel forelæggelse af et spørgsmål vedrørende fortolkningen af momssystemdirektivets artikel 370, og Skatteministeriet foreslog på baggrund af sagsøgernes 3 forskellige forslag til spørgsmål om fortolkningen af artikel 370 følgende fælles spørgsmål:

KØBENHAVN
VESTER FARIMAGSGADE 23
DK-1606 KØBENHAVN V

AARHUS
ÅBOULEVARDEN 49
DK-8000 AARHUS C

T +45 33 15 20 10
@ MAIL@KAMMERADVOKATEN.DK
W WWW.KAMMERADVOKATEN.DK

”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 til finansiering af et offentligt radio- og fjernsynsforetagendes ikke-kommercielle virksomhed, uanset at der ikke foreligger ”levering af ydelser mod vederlag” som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1.”

Sagsøgerne fremkom ikke med bemærkninger vedrørende denne formulering af et spørgsmål til EU-Domstolen. Den 25. marts 2019 besluttede Østre Landsret ”på det foreliggende og i overensstemmelse med parternes enighed at forelægge præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af art. 370 for EU-Domstolen.”

Sagsøgerne har imidlertid i deres udkast til forelæggelseskendelse formuleret følgende to spørgsmål:

1. *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 er til hinder for, at medlemsstater – der er omfattet af artikel 370 – lægger moms på en obligatorisk, lovpligtig medielicens, der navnlig anvendes til finansiering af offentlige radio- og fjernsynsforetagendes ikke-kommercielle virksomhed, og som ikke er udtryk for levering af tjenesteydelser mod vederlag som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, idet medielicensen opkræves af besiddelsen af et licenspligtigt apparat? (mine understregninger)*

Hvis EU-Domstolen besvarer spørgsmål 1 benægtende, anmodes Domstolen om at besvare følgende præjudicielle spørgsmål:

2. *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, bortfalder, hvis medlemsstaten efter ikrafttrædelsen den 1. januar 1978 af direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977, Rådets sjette direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter - Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (6. momsdirektiv), har ændret licensordningen, således at licensordningen dels er udvidet til at omfatte andre apparater end dem, der var omfattet den 1. januar 1978, dels er indskrænket til ikke at omfatte apparater, der var omfattet på denne dato, dels er udvidet til også at finansiere andre formål, end den gjorde på denne dato?*

Skatteministeriet protesterer mod præjudiciel forelæggelse af spørgsmål 2 og kan i øvrigt ikke tiltræde den ændrede formulering af spørgsmål 1.

1. AD SPØRGSMÅL 2

Sagsøgernes foreslåede spørgsmål 2 er et helt nyt spørgsmål, der ikke tidligere har været behandlet i skriftvekslingen om, hvorvidt der skal ske præjudiciel forelæggelse, og som derfor heller ikke indgik i grundlaget for Østre Landsrets beslutning af 25. marts 2019.

Det foreslåede spørgsmål 2 angår, om den danske lovgivning vedrørende moms på licens er ændret på en sådan måde, at Danmark ikke længere kan påberåbe sig bemyndigelsesbestemmelsen i momssystemdirektivets artikel 370 i relation til offentlige radio- og fjernsynsforetagenders ikke-kommercielle virksomhed.

Det er Skatteministeriets opfattelse, at besvarelsen af dette spørgsmål henhører under de danske domstole, og at spørgsmålet derfor ikke skal forelægges præjudicielt for EU-Domstolen.

Det følger af TEUF artikel 267, stk. 1, at EU-Domstolen blandt andet har kompetence til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retsakter, herunder direktiver.

EU-Domstolen har allerede i en række domme vedrørende overgangsbestemmelser og nationale undtagelsesordninger fastlagt kriterierne for, hvornår ændringer i en national undtagelsesordning er i overensstemmelse med EU-retlige overgangsregler, herunder momssystemdirektivets artikel 370. EU-Domstolen har også allerede i flere sager specifikt udtalt sig om, hvilke kriterier, der skal tillægges vægt ved vurderingen af, om særlige nationale ordninger er i overensstemmelse med specifikke overgangs- eller standstillbestemmelser i momssystemdirektivet (tidligere 6. momsdirektiv).

Det fremgår af denne praksis, at artikel 370 (ligesom andre lignende standstillbestemmelser) tillader medlemsstater at opretholde særlige nationale undtagelsesordninger, der er ældre end momsdirektivet, og som uden denne tilladelse ville være uforenelig med direktivet (jf. eksempelvis sag C-240/05, Eurodental Sarl, pr. 51).

Praksis viser også, at ændringer i den nationale undtagelsesordning ikke automatisk er i strid med standstillbestemmelsen, idet denne ikke er til hinder for, at den nationale undtagelsesordning begrænses og i øvrigt nærmer sig den harmoniserede momsordnings formål (jf. eksempelvis sag C-36/99, Ideal Tourisme, pr. 32). Derimod må medlemsstaterne ikke indføre eller genindføre en ny afgiftsordning (jf. sag C-240/05, Eurodental Sarl, pr. 55), ligesom rækkevidden af de gældende undtagelsesordninger ikke må udvides, idet ændringerne ikke må føre til, at den nationale undtagelsesordning (yderligere) fjerner sig fra direktivets formål.

I den situation, hvor lovgivningen erstattes af nye regler, er det afgørende for, om de nye nationale regler også er tilladte efter standstillbestemmelsen, at disse nye regler i det væsentligste er identiske med den tidligere gældende lovgivning, eller at de nye regler alene lemper eller fjerner en hindring i den tidligere lovgivning for den afgiftspligtiges rettigheder efter fællesskabsretten. Derimod kan en lovgivning, der hviler på andre principper end den tidligere lovgivning, eller som indfører nye procedurer, ikke betragtes som en lovlig erstatning for den tidligere nationale undtagelsesordning, uanset om der med den gamle og den nye lovgivning i det væsentlige opnås samme resultat. Det er således ikke tilladt at ændre de juridiske rammer for den nationale undtagelsesordning (jf. eksempelvis sag C-460/07, Sandra Puffer, pr. 87 og 93, sag C-157/05, Holböck, pr. 42-43, samt sag C-302/97, Klaus Konle, pr. 53).

EU-Domstolen har altså igennem en række domme vedrørende overgangsbestemmelser og nationale undtagelsesordninger allerede fastlagt kriterierne for, hvornår ændringer i en national undtagelsesordning er i overensstemmelse med EU-retlige overgangsregler, herunder momssystemdirektivets artikel 370.

Derimod har EU-Domstolen inden for rammerne af en præjudiciel forelæggelse efter TEUF artikel 267 ikke kompetence til at fortolke national ret eller at anvende Domstolens fortolkningsresultat konkret på den nationale sag for derved at afgøre, om nationale bestemmelser er forenelige med EU-retten (jf. eksempelvis C-424/97, Haim, pr. 55-56 og de forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl, pr. 36-38).

I overensstemmelse med denne generelle fordeling af kompetence mellem EU-Domstolen og de nationale domstole fremgår det specifikt af EU-Domstolens domme vedrørende ændringer i nationale undtagelsesordninger, at det henhører under de nationale domstoles kompetence at fortolke national lovgivning med henblik på at fastlægge indholdet heraf på den relevante skæringsdato samt at fastlægge de konkrete faktiske omstændigheder for derved at afgøre, om de nationale ændringer har ført til en udvidelse af den nationale undtagelsesordning i strid med standstillbestemmelsen (jf. eksempelvis C-124/12, AES-3C Martiza East 1 og C-414/07, Magoora).

Der er i EU-Domstolens praksis eksempler på, at Domstolen på trods af denne kompetencefordeling foretager en vurdering af, om der er tale om en lovlig ændring af den nationale undtagelsesordning, såfremt Domstolen bliver forelagt et spørgsmål herom (jf. eksempelvis C-409/99, Metropol og Michael Stadler, pr. 47, og de forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl, pr. 37.).

I alle disse sager henviser Domstolen imidlertid til, at vurderingen af ændringerne i den nationale undtagelsesordning kan foretages på grundlag af den fortolkning af national ret, som er gengivet i forelæggelsesbeslutningen af den forelæggende ret. Dommene er således udtryk for, at de nationale domstole som led i formuleringen af spørgsmål og begrundelsen for at foretage den præjudicielle forelæggelse allerede har foretaget en analyse af den nationale lovgivning, og at EU-Domstolen baseret på de nationale

domstoles analyse og fortolkning af national ret er i stand til at foretage vurderingen af ændringernes betydning.

Det foreslåede spørgsmål 2 beskriver reelt ikke en fortolkningstvivil vedrørende momssystemdirektivets artikel 370. Spørgsmålet indeholder derimod reelt blot en anmodning til EU-Domstolen om at tage stilling til, om ændringerne af den danske licensordning siden ikrafttrædelsen af 6. momsdirektiv har ført til en ændring af den nationale undtagelsesordning i strid med standstillbestemmelsen.

Sagsøgernes synspunkt i relation til det foreslåede spørgsmål 2 er, at der med de løbende ændringer af den danske licensordning, navnlig i forbindelse med overgangen fra en radio- og fjernsynslicens til en medielicens, i forbindelse med ophævelsen af DR's monopol, og som følge af at licensen i dag også fordeles til andre institutioner end DR, er sket en ændring af den danske undtagelsesordning om moms på licens, som ikke ligger inden for direktivets artikel 370.

Det er Skatteministeriets opfattelse, at de omtalte ændringer ikke ændrede licensen karakter som apparatgift eller det overordnede formål med licensopkrævningen – nemlig at finansiere ikke-kommerciel public servicevirksomhed. Den danske licensordning – og dermed licensbetalingerne der pålægges moms – hviler på de samme hensyn og principper, som var gældende ved ikrafttrædelsen af 6. momsdirektiv i 1978. Danmark har siden 1967 opkrævet moms af licensen på grundlag af den uændrede formulering i momsloven om ”radio- og fjernsynsudsendelser”. Skatteministeriet er således ikke enig i, at der er sket en ændring af den danske undtagelsesordning ud over rammerne for direktivets artikel 370.

Særligt for så vidt angår overgangen til medielicens er det som tidligere anført ministeriets opfattelse, at der er tale om en nødvendig tilpasning til den teknologiske udvikling, der ikke havde til formål at udvide antallet af licensbetalere, og at denne ændring ikke går ud over, hvad der er mulighed for at ændre inden for rammerne af direktivets artikel 370.

Særligt for så vidt angår den omstændighed, at en mindre del af licensen i dag fordeles til andre institutioner end DR, bemærkes det, at hverken artikel 370 eller den danske undtagelsesordning efter sin ordlyd eller sit formål forudsætter, at den momspligtige radio- og fjernsynsvirksomhed skal varetages i den monopolkonstruktion, som var gældende i 1978. Ophævelsen af DR's monopol inden for public-service radio- og fjernsynsvirksomhed med den konsekvens, at andre end DR i dag modtager en mindre del af den samlede licens, har derfor ikke karakter af en udvidelse af den danske undtagelsesordning. Licensmidlerne går (også) i dag til offentlige radio- og tv-foretagenders ikke-kommercielle virksomhed eller til finansiering af støttefunktioner og formål, som er en nødvendig eller naturlig del af ”offentlige radio- og tv-foretagenders ikke-kommercielle virksomhed”, som i fornødent omfang er undergivet public serviceforpligtelser eller regulering i øvrigt, og som i dag blot gennemføres i en anden organisering end i DR for at sikre mediepluralisme og alsidighed.

Disse hensyn til mediepluralisme og alsidighed, der er helt centrale i den EU-retlige regulering af offentlig radio- og fjernsynsvirksomhed, jf. herved den protokol nr. 29 om offentlig radio- og tv-virksomhed i medlemsstaterne, der er knyttet som bilag til EU- og EUF-traktaten, og som generaladvokaten henviser udtrykkeligt til i sit forslag til afgørelse i sagen om den tjekkiske radiolicens, C-11/15, *Český rozhlas*, pkt. 32, er bærende i den danske public-service-definition, jf. radio- og fjernsynslovens § 10, der grundlæggende beskriver de samme hensyn som den tilsvarende bestemmelse i § 7 i loven, der gjaldt i 1978.

Licensen anvendes således stadig til finansiering af offentlige radio- og tv-foretagenders ikke-kommercielle virksomhed, jf. moms-systemdirektivets bilag X, del A, nr. 2, jf. artikel 370.

Vurderingen af sagsøgernes anbringender og synspunkter til støtte for, at den danske licensordning er ændret på en måde, der - under anvendelse af de af EU-Domstolen opstillede kriterier - fører til, at standstill-bestemmelsen i artikel 370 ikke længere kan påberåbes, beror på en konkret bedømmelse af de faktiske og retlige konsekvenser af de forskelligartede ændringer i den danske licensordning, der er gennemført siden 1978. Det tilkommer derfor Østre Landsret, på baggrund af de kriterier der kan udledes af EU-Domstolens praksis, at fortolke og fastlægge indholdet og retsvirkningerne af national ret, herunder de omhandlede lovændringer, for derved som led i den konkrete subsumption at afgøre, om der er foretaget ændringer af den nationale licensordning, der afskærer Danmark muligheden for at påberåbe sig artikel 370.

Skatteministeriet protesterer på den baggrund mod, at der sker præjudiciel forelæggelse af det foreslåede spørgsmål 2.

Skatteministeriet protesterer i den forbindelse også specifikt mod formuleringen af spørgsmålet. Det anføres således i spørgsmålet, at licensordningen er *udvidet* til at omfatte andre apparater og til at finansiere *andre formål*, end den gjorde i 1978. Som det fremgår ovenfor, er ministeriet ikke enig i, at den danske ordning om moms på licens er *udvidet*, eller at den ændrede fordeling af midlerne mellem flere aktører indebærer, at licensen medgår til finansiering af andre *formål* end tilfældet var det i 1978. Disse konklusioner kan under alle omstændigheder ikke lægges til grund i formuleringen af et eventuelt spørgsmål uden en forudgående procedure for landsretten om, hvorvidt der efter landsrettens opfattelse er grundlag for sådanne konklusioner.

2. AD SPØRGSMÅL 1

Skatteministeriet kan heller ikke tilslutte sig den ændrede formulering af spørgsmål 1.

Som spørgsmål 1 er formuleret nu, ønskes der svar på, om artikel 370 ”*er til hinder for*” den nuværende nationale undtagelsesordning om moms på licens.

Efter Skatteministeriets opfattelse savner denne formulering af spørgsmålet mening. Der er mellem parterne enighed om, at der ikke foreligger en ”levering af ydelser mod vederlag” som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, og at artikel 2, der fastlægger momssystemets almindelige anvendelsesområde, derfor som udgangspunkt *er til hinder for*, at der lægges moms på den danske licens. Tvistepunktet i sagen – og dermed det spørgsmål, som EU-Domstolen bør tage stilling til – er på den baggrund, om direktivets artikel 370 *giver mulighed for* på trods heraf at lægge moms på licensen. Hvis bestemmelsen ikke udgør en sådan særlig hjemmel for Danmark, kan der ikke lægges moms på den danske licens. Dette vil imidlertid være fordi, direktivets artikel 2 om momssystemets almindelige anvendelsesområde hindrer det, og fordi artikel 370 ikke ændrer herved. Det er derfor efter Skatteministeriets opfattelse hverken meningsfuldt eller rammende at spørge om, hvorvidt artikel 370 *er til hinder for*, at der lægges moms på licensen.

Skatteministeriets fastholder derfor, at EU-Domstolen skal spørges om, hvorvidt artikel 370 *giver mulighed for* – alternativt *indeholder hjemmel til* – at der lægges moms på den danske licens.

Derudover har sagsøgerne tilføjet ”*navnlig*” til spørgsmålet, således at det nu af spørgsmålet fremgår, at licensen navnlig anvendes til finansiering af offentlige radio- og fjernsynsforetagenders ikke-kommercielle virksomhed, hvori nødvendigvis ligger, at licensen også anvendes til andre formål. Som beskrevet ovenfor er det - naturligvis - Skatteministeriets opfattelse, at licensmidlerne fortsat finansierer *offentlige radio- og fjernsynsforetagenders ikke-kommercielle virksomhed*, sådan som dette begreb i momssystemdirektivets bilag X, del A, nr. 2, skal forstås.

Momssystemdirektivets artikel 370, jf. bilag X, del A, nr. 2, omfatter ”*offentlige radio- og fjernsynsforetagenders ikke-kommercielle virksomhed*”, og det er derfor en forudsætning for anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen, at de danske licensmidler, som under påberåbelse af artikel 370 er pålagt moms, er medgået til finansiering af virksomhed af denne karakter. Skatteministeriet kan derfor ikke acceptere, at det i spørgsmålets formulering forudsættes, at dette ikke – fuldt ud – er tilfældet, og Skatteministeriet protesterer derfor mod tilføjelsen af ”*navnlig*” til spørgsmålet.

Før parternes uenighed angående det nærmere omfang og indhold af de præjudicielle spørgsmål – særligt uenigheden vedrørende spørgsmål 2 – er afgjort af Østre Landsret, er det efter Skatteministeriets

opfattelse ikke muligt at færdiggøre arbejdet med det fælles udkast til forelæggelseskendelse, idet indholdet heraf afhænger af, hvilke spørgsmål der stilles.

København, den 23. januar 2020

Bodil Søes Petersen
Partner, Advokat (H)