



**DANSK BESKATNING AF UDENLANDSKE
FONDE I ET EU-RETTLIGT PERSPEKTIV**

Udarbejdet af:

Cecilie Dolberg Larsen

Studienummer: 2011-3981

Rune Engberg Christensen

Studienummer: 2011-4006

Vejleder: Thomas Rønfeldt

Specialeafhandling, Juridisk Institut, Aalborg Universitet

Indholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| 1. ABSTRACT | 3 |
| 2. FORKORTELSER | 5 |
| 3. INDLEDNING | 6 |
| 4. AFGRÆNSNING | 7 |
| 5. METODE | 7 |
| 6. DE CIVILRETLIGE KRAV TIL FONDE EFTER DANSK RET | 9 |
| 6.1. TYPER AF FONDE I DANSK RET | 10 |
| 6.1.2. DEN ALMINDELIGE FONDE | 11 |
| 6.1.2. DEN ERHVERVSDRIVENDE FOND | 11 |
| 7. FONDE I EU-RETEN | 13 |
| 7.1. ETABLERINGSFRIHEDEN I TEUF ART. 54, STK. 2 | 13 |
| 7.2. FONDE BESKYTTET AF TEUF ART. 54, STK. 2 | 14 |
| 7.3. BETINGELSEN OM "GEVINST FOR ØJE" | 15 |
| 7.4. ERHVERVSMÆSSIG AKTIVITET I FORHOLD TIL PASSIV KAPITALANBRINGELSE | 16 |
| 7.5. ERHVERVSMÆSSIG AKTIVITET I FORHOLD TIL FONDENS BRUTTOINDTÆGTER FRA DENNE AKTIVITET | 17 |
| 7.6. OPSAMLING | 19 |
| 7.7. EU-RETLIGE KRAV TIL ØKONOMISK AKTIVITET I SKATTERETLIG HENSEENDE | 20 |
| 7.7.1. ØKONOMISK AKTIVITET I EU-RETLIGE HENSEENDE | 20 |
| 7.7.2. C-196/04 – CADBURY SCHWEPPE | 20 |
| 7.7.3. C-347/04 – REWE | 22 |
| 7.7.4. C-524/04 TEST CLAIMANTS | 23 |
| 7.8. ØKONOMISK AKTIVITET I FORHOLD TIL FONDE | 24 |
| 8. KVALIFICERING AF UDENLANDSKE FONDE SOM SELVSTÆNDIGT SKATTESUBJEKT | 25 |
| 8.1. PRAKSIS, HVOR FONDE ANERKENDES SOM SELVSTÆNDIG SKATTESUBJEKT | 28 |
| 8.1.1. SKM2001.604H | 28 |
| 8.1.2. SKM2010.211SR | 29 |
| 8.1.3. SKM2011.75SR | 31 |
| 8.1.4. U2015.371H | 32 |
| 8.1.5. SAMMENFATNING | 32 |
| 8.2. PRAKSIS, HVOR FONDE IKKE ANERKENDES SOM SELVSTÆNDIG SKATTESUBJEKT | 33 |
| 8.2.1. SKM2005.67Ø | 33 |
| 8.2.2. SKM2010.675BR | 34 |
| 8.2.3. SKM2011.76SR | 35 |
| 8.2.4. SKM2011.835SR | 35 |
| 8.2.5. SKM2014.503SR | 36 |
| 8.2.6. SKM2015.458LSR | 36 |
| 8.2.7. SAMMENFATNING | 38 |
| 9. DANSK KVALIFICERING OG OMKVALIFICERING | 39 |
| 9.1. KVALIFICERING SOM SELVSTÆNDIGT SKATTESUBJEKT | 39 |
| 9.2. OMKVALIFICERING OG DEN SKATTERETLIGE KONSEKVENNS HERAF | 39 |

| | | |
|--------------|--|-----------|
| 9.2.1. | U2004.2397H JOHNSON HOLDING | 40 |
| 9.2.2. | U2007.736H FINWILL | 41 |
| 9.2.3. | C-321/05 KOFOED | 43 |
| 9.3. | CIVILRETTENS BETYDNING FOR DEN SKATTERETLIGE KVALIFIKATION | 46 |
| 9.4. | OMKVALIFICERING AF UDENLANDSKE FONDE I DANSK RET | 47 |
| 10. | RESTRIKTIONSFORBUDETS RÆKKEVIDDE | 48 |
| 10.1. | RET TEN TIL FRI ETABLERING INDEN FOR EU | 49 |
| 10.2. | ETABLERINGSFRIHEDEN UDVIDET TIL OGSÅ AT GÆLDE FOR SELSKABER | 49 |
| 10.2.1. | C-212/97 CENTROS | 51 |
| 10.2.2. | C-167/01 INSPIRE ART | 51 |
| 10.2.3. | C-208/00 ÜBERSEERING | 52 |
| 10.3. | GEBHARD-TESTEN: EN PRØVELSE AF RESTRIKTIONERS LOVLIGHED | 52 |
| 10.3.1. | ANVENDES UDEN FORSKELSBEHANDLING | 53 |
| 10.3.2. | BEGRUNDET I TVINGENDE ALMENE HENSYN | 54 |
| 10.3.3. | PROPORTIONALITETSPRINCIPPET | 55 |
| 11. | KONKLUSION | 58 |
| 12. | PERSPEKTIVERING | 60 |
| 13. | LITTERATURLISTE | 63 |
| | BØGER | 63 |
| | ARTIKLER | 64 |
| | BETÆNKNINGER | 64 |
| | DEN JURIDISKE VEJLEDNING | 64 |
| | DOMME | 64 |
| | LANDSSKATTERETS AFGØRELSER | 65 |
| | BINDENDE SVAR FRA SKATTERÅDET | 65 |
| | EU-DOMME | 65 |
| | ØVRIGE | 66 |

1. Abstract

This Master Thesis will focus on whether the Danish taxation of a settlor/beneficiary to a trust or foundation, legally established within another member state within the EU, is against the EU's regulations about free establishment.

In Danish Trust Law, a trust established within Denmark must fulfil a number of criteria within the Danish trust laws EFL and FL. The settlor must give up the trust's assets efficiently, irrevocable and definitive. The settlor or the beneficiary may not be able to reclaim the trust's assets. The trust must also have an independent board of directors. These criteria shall be fulfilled before the trust can be qualified as a trust in Denmark. An industrial foundation shall have a business activity either by running a business itself or by having the majority of the equity holding and the majority vote in another company.

The question is when a trust protected by the right of free establishment according to TFEU art. 49 and 54. There is no definition of a trust within the TFEU, therefore the wording of the articles is to be used instead. Art. 49 and 54 gives physical and juridical persons the right to establish companies and firms within another member state on the same terms as the national firms or companies. Also the company must be profit making, which means that non-profit making entities are not protected by the right to free establishment. The trust must therefore fulfil the member states trust law in order to be recognized as an independent foundation.

The Danish Customs and Tax Administrations and the Danish courts have in their rulings focused on the fact that foreign trusts must have an efficient, irrevocable and definitive renunciation of trust's assets in a way that the settlor/beneficiary cannot reclaim. Also the trustee of the trust must be independent, and the settlor/beneficiary must not have the power to choose or remove the trustee. If these criteria are fulfilled, the trust can be qualified as an independent tax subject.

If the trust does not fulfil the criteria in the Danish Law of foundations, the Danish Customs and Tax Administrations has been requalifying the trust from being an independent tax subject to becoming a transparent entity. If the trust is qualified as a transparent entity, then the settlor or the beneficiary would be taxed of the income of the trust. If the trust fulfils the criteria in the civil law in the member state, the Danish Customs and Tax Administration will still requalify the trust if they do not fulfil the Danish criteria for foreign trust. C-321/05 Kofoed and a number of Danish rulings states that if the company fulfil the civil law in the member

state, the Danish Customs and Tax Administration cannot just requalify it afterwards. The consequence of this requalification is that the settlor is personally taxed for the foundations income.

This requalification is made by the Danish government solely based on national law and without the involvement of the EU. This creates some problems because the national law is conflicting with the EU regulations. If the trust fulfils the criteria of TFEU art. 49 and 54, being profit making and having an economic activity then a national law must fulfil the criteria in the Gebhard-test. The Danish regulation does not fulfil the criteria in the Gebhard-test. The Danish practice in this area is found to be at conflict with the EU-law, because it makes an obstacle for people trying to establish themselves in another EU-country.

2. Forkortelser

| | |
|------|---|
| Art. | Artikel |
| EFL | lov om erhvervsdrivende fonde |
| FBL | lov om beskatning af fonde og visse foreninger |
| FL | lov om fonde og visse foreninger |
| RR | Revision & Regnskabsvæsen |
| SKM | Skatteretlige meddelelser |
| SU | Skat Udland |
| TEUF | Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde |
| TFEU | Treaty on the Functioning of the European Union |
| TfS | Tidsskrift for Skatter og afgifter |
| U | Ugeskrift for Retsvæsen |

3. Indledning

Den Europæiske Union er et samarbejde mellem medlemsstater inden for Europa. Det primære formål med samarbejdet er at sikre en række grundlæggende friheder, som tilsammen skal skabe et indre marked inden for Unionen. Det indre marked er blandt andet kendetegnet ved, at der er fri bevægelighed for varer, personer, kapital og selskaber. Medlemsstaterne må ikke opsætte restriktioner for den frie bevægelighed, og derved hindrer statsborgere fra andre medlemsstater i at gøre brug af deres traktatfæstede rettigheder. Den frie bevægelighed gør det muligt for fysiske- og juridiske personer at oprette selskaber i en hvilken som helst medlemsstat på samme vilkår som værtstatens egne statsborgere.

I forbindelse med medlemsskabet af Den Europæiske Union kan der opstå situationer, hvor medlemsstatens nationale lovgivning er i strid med EU-retten. EU-domstolen har kompetence til at afprøve, hvorvidt national lovgivning er fællesskabsstridigt. National lovgivning kan af EU-domstolen anses for værende fællesskabsstridig, når den gør det mindre attraktivt for medlemsstatens statsborgere samt statsborgere fra andre medlemsstater at udøve deres traktatfæstede friheder.

Danmark er som en del af Den Europæiske Union forpligtet til i forbindelse med vedtagelse af lovgivning og når der træffes afgørelser af domstole, nævn osv., at inddrage EU-retten, på de områder som er EU-retligt reguleret. Det er imidlertid ikke altid, at EU-retten inddrages i dansk lovgivning og praksis, hvilket kan medføre, at fysiske og juridiske personer opnår en forkert retsstilling end den, som de er berettiget til.

En række afgørelser og bindende svar viser, at SKAT i deres vurdering af en udenlandsk fond finder, at fonden ikke kan anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Fondene bliver underkendt selvom om den i hjemlandet opfylder de civilretlige krav, der stilles til fonde og herved både har retsevne og partsevne. I dansk retspraksis er der en række kriterier som en udenlandsk fond skal opfylde for at kunne anses for at være et selvstændigt skattesubjekt. Kriterierne svarer til de i lovgivningen opstillede regler i henholdsvis EFL og FL. De danske skattemyndigheder har i deres praksis valgt at stille samme betingelser til en dansk fond, som til en udenlandsk fond.

Specialet vil tage udgangspunkt i, hvad der skal til for at en udenlandsk fond kan kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Det vil ligeledes vurderes, hvorvidt de danske skattemyndigheder vilkårligt kan omkvalificere en fonds formue fra at tilhøre fonden til i

stedet at tilhøre stifteren/den begunstigedes egen formuesfære med den konsekvens, at denne skal beskattes personligt af formuens afkast. Det belyses yderligere, hvorvidt de danske skattemyndigheder kan stille yderligere betingelser til en udenlandsk fond. Fonden skal opfylde betingelser, som ikke er krævet efter lovgivningen i etableringsstaten men i stedet på baggrund af dansk praksis. De danske skattemyndigheder underkender en udenlandsk fond som selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret, såfremt den ikke opfylder kriterierne efter dansk praksis. Den udenlandske fond kvalificeres i stedet som en skattemæssig transparent enhed. Som følge af, at de danske skattemyndigheder foretager en omkvalificering alene på baggrund af egen praksis og uden inddragelse af EU-retten underkender de en anden medlemsstats lovgivning, hvilket er problematisk i forhold til opretholdelsen af det indre marked. Det gør det mindre attraktivt for danske statsborgere at etablere en fond i udlandet, hvis de danske skattemyndigheder alligevel omkvalificerer fonden således, at stifteren/den begunstigede bliver beskattet af fondens indtægter. Specialets kerne er den problemstilling som opstår når en fond lovligt etableres i en anden medlemsstat, og de danske myndigheder efterfølgende foretager en omkvalificering af fonden alene på baggrund af egen lovgivning og praksis.

Specialet vil undersøge, hvorvidt danske afgørelser samt bindende svar er i strid med TEUF art. 49 og 54 om retten til fri etablering, hvilket har ført til nedenstående problemformulering:

Er dansk beskatning af en stifter/begunstiget af en fond, stiftet lovligt i en anden medlemsstat inden for EU, i strid med EU's regler om fri etablering?

4. Afgrænsning

Specialet vil udelukkende tage udgangspunkt i fonde stiftet inden for EU/EØS, da fonde stiftet uden for ikke er omfattet af den EU-retlige beskyttelse af reglerne om fri etablering. Enkelte domme, hvor fonden er stiftet uden for EU/EØS vil blive inddraget i specialet. Dommene vil udelukkende blive anvendt til at belyse, hvilke krav udenlandske fonde skal opfylde for, at de danske skattemyndigheder vil kvalificeres dem som et selvstændigt skattesubjekt.

5. Metode

Emnet for specialet vil blive behandlet ud fra den retsdogmatiske metode. Metoden har til formål at finde frem til gældende ret, de lege lata, hvilket sker ved at beskrive, fortolke, analysere og systematisere gældende ret. Specialets emne er dansk beskatning af fonde i et EU-retligt perspektiv og behandlingen heraf vil derfor indeholde, retsområder som primært er

skabt gennem retspraksis. Specialet vil yderligere forsøge at beskrive hvorledes retstilstanden burde være, de lege ferenda, hvis EU-retten blev inddraget.

Når der arbejdes med EU-ret på traktatniveau vil inddragelsen af EU-domme være uundgåelig. EU-domstolen udgør en vigtig retskilde i forhold til fortolkning og udfyldning af traktatens bestemmelser. EU-domstolen har i deres fortolkning og udfyldning af traktaten gjort det overflødigt at gennemføre sekundære retsakter. EU-retten er således præget af domsfikseret retstradition, som typisk ses i Common Law lande, som USA.¹

Det samme gør sig gældende i dansk skatteret. Domstolen og skattemyndighederne har i Danmark en praksis skabt ret, hvilket blandt andet ses i skatteretlige fremstillinger, hvor der inddrages en lang række afgørelser og bindende svar. Dansk skatteret kan herved siges at have karakter af en dommerskabt ret, hvor afgørelser og bindende svar i høj grad udfylder og fortolker dansk skattelovgivning. Der vil i specialet inddrages en række domme på skatteområdet for at søge retstilstanden om udenlandsk fondsbeskatning belyst.

¹ Sørensen m.fl. (2010), s. 122ff

6. De civilretlige krav til fonde efter dansk ret

En fond er en selvejende institution. Fonde har specielle karakteristika, når den ses i sammenhæng med de resterende selskabstyper inden for selskabsretten. En fond er kendetegnet ved, at det alene er fonden selv, der har ejendomsretten til fondens formue. Formuen er henlagt under en selvstændig bestyrelse, som skal varetage nogle bestemte formål, der er fastsat i fondens vedtægter.² En fond har ingen ejer, og der er dermed heller ingen generalforsamling til at foretage beslutninger indadtil eller til at kontrollere fonden. Fonden har som følge af den manglende kontrol en tilsynsmyndighed, som fører tilsyn med fonden, denne kaldes fondsmyndigheden.³ For de almindelige fonde er det Civilstyrelsen, og for de erhvervsdrivende fonde er det Erhvervsstyrelsen, der agerer fondsmyndighed.

Begrebet fond har været anvendt i mange år inden fondslovenes indførelse. Ved indførelsen af lovene i dansk ret, fandt udvalget bag betænkning nr. 970/1982 om Fonde ikke tilstrækkeligt grundlag til at optage en definition af begrebet fond i lovene. I stedet lagde udvalget vægt på, at begrebet på baggrund af en årelang anvendelse i dansk ret var så indarbejdet, at der ikke var behov for en lovmæssig definition, hvor kravene til fonde var opstillet.⁴

Fondslovene bygger på retningslinjer, der er opstillet i Fondsudvalgets betænkning nr. 970/1982 om Fonde. I betænkningen starter Fondsudvalget i deres indledende almindelige synspunkter med at anføre, at:

”Betegnelsen fonde dækker over en kategori af institutioner, som har det fællestræk, at de er »selvejende«, idet ingen uden for fonden har ejendomsret til fondens formue.”⁵

Fælles for disse institutioner er, at ejendomsretten til institutionens formue ikke kan tilkomme nogen fysisk eller juridisk person uden for institutionen. På baggrund af en analyse og øvrige almindelige anerkendte retskilder, herunder særligt praksis og sædvane har udvalget fremhævet følgende karakteristika for en fond; 1) en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue – man taler her om, at stifteren skal ”krympe” sig, 2) et eller flere bestemte formål, 3) rådighedsbeføjelserne tilkommer en selvstændig ledelse, 4) der skal være tale om et selvstændigt retssubjekt, 5) ejendomsretten til fondens formue skal tilkomme fonden, og evt.

² Lyng Andersen, Lyng, s. 11

³ Werlauff (2015b) s. 170

⁴ Betænkning 970/1982, s. 43

⁵ Ibid., s. 27

6) tidsmæssig udstrækning.⁶ Kravene til fonde er sidenhen blevet indført i fondslovene ved lovændring nr. 734 af 25. juni 2014 om fonde og visse foreninger og ved lov nr. 712 af 25. juni 2014 om erhvervsdrivende fonde, således at der nu findes en legal definition af både den almindelige fond og den erhvervsdrivende fond.

Når ovenstående betingelser er opfyldt, er der stiftet en fond. Det kan diskuteres om der findes endnu en grundbetingelse i henhold til den tidsmæssige udstrækning. En fond er som udgangspunkt stiftet for evigheden, men en fond kan også være stiftet tidsbegrænset, hvor fonden udbetaler sin formue over et bestemt tidsrum. Det kan således bestemmes i fondens vedtægter, at fonden skal uddele sine aktiver over et nærmere bestemt tidsrum, jf. FL § 9, stk. 6. Ligeledes fremgår det forudsætningsvist, at hvis en fond er stiftet for et nærmere angivet tidsrum, kan bestyrelsen træffe beslutning om opløsning alene, jf. EFL § 107, stk. 2.⁷

En fond skal altid nystiftes, da den er selvejende og derfor hverken kan købes eller sælges.⁸ Retsvirkningen af, at en fond er stiftet er, at den opnår fondsretlig og fondsskatteretlig retssubjektivitet, og herved kan indgå forpligtelser og erhverve rettigheder som en juridisk person. Almindelige fonde skal ikke registreres for at opnå fonds- og fondsskatteretligt retssubjektivitet. Fondens vedtægter skal dog indsendes til Civilstyrelsen, samt til told- og skatteforvaltningen senest 3 måneder efter oprettelsen, jf. FL § 6, stk. 2. En erhvervsdrivende fond bliver først et fondsretligt retssubjekt, når den er registreret hos Erhvervsstyrelsen.⁹ Hvis en erhvervsdrivende fond ved fejl ikke bliver anmeldt til Erhvervsstyrelsen, fordi stifteren er af den overbevisning, at der er tale om en almindelig fond, opnår fonden ikke selvstændig retssubjektivitet. Den rette kvalificering af en fond er af afgørende betydning, da enhver som har indgået forpligtelser eller har et medansvar for indgået forpligtelser hæfter solidarisk, jf. EFL § 30, stk. 3.¹⁰

6.1. Typer af fonde i dansk ret

Den danske fondsret opererer overordnet med to typer af fonde i fondslovgivningen. Der findes den almindelige, ikke erhvervsdrivende fond, som omfattes og reguleres af fondsloven, FL. Derudover findes den erhvervsdrivende fond som omfattes og reguleres af erhvervsfondsloven, EFL.

⁶ Ibid., s. 43

⁷ Werlauff (2015b), s. 167 og 178

⁸ Ibid., s. 179

⁹ Werlauff (2015a), s. 112f

¹⁰ Werlauff (2015b), s. 180

6.1.2. Den almindelige fonde

Den legale definitionen af en fond findes i henholdsvis FL, for de almindelige fonde og EFL, for de erhvervsdrivende fonde. Ved en almindelig fond forstås, jf. FL § 1, stk. 2:

”Ved en fond forstås i denne lov en juridisk person, som besidder en formue der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue, til varetagelse af et eller flere i vedtægten bestemte formål, som skal kunne efterleves i en længere årrække, hvor rådighedsbeføjelserne over fonden tilkommer en i forhold til stifter selvstændig ledelse, og hvor ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue.”

Ved de almindelige fonde sondres der mellem familiefonde og almennyttige fonde. Familiefonde er karakteriseret ved, at en eller flere familier har ene- eller fortrinsret til legater fra fonden. De almennyttige fonde er derimod karakteriseret ved at have til formål at tilgodese almengørende sociale formål eller øvrige formål, som sædvanligvis anses for almennyttige. Herunder kan blandt andet nævnes støtte til uddannelsesmæssige, videnskabelige, kulturelle og sygdomsbekæmpende formål.¹¹

6.1.2. Den erhvervsdrivende fond

Den anden type fond som dansk fondsret beskæftiger sig med, er de erhvervsdrivende fonde. Ved en erhvervsdrivende fond forstås, jf. EFL § 1, stk. 2:

”Ved en erhvervsdrivende fond forstås i denne lov en juridisk person, som besidder en formue der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue til varetagelse af et eller flere i vedtægten bestemte formål, som skal kunne efterleves i en længere årrække, hvor rådighedsbeføjelserne over fonden tilkommer en i forhold til stifter selvstændig ledelse, hvor der udøves erhvervsaktivitet, jf. § 2, stk. 1 og 2, og hvor ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue.”

De to lovbestemte definitioner, af henholdsvis den almindelige fond og den erhvervsdrivende fond, er stort set identiske. Den eneste forskel er, at den erhvervsdrivende fond skal udøve erhvervsaktivitet for at blive omfattet og reguleret af bestemmelserne i EFL. Betingelserne

¹¹ Betænkning 970/1982 s. 28

for, at fonden er erhvervsdrivende findes i EFL § 2, stk. 1, nr. 1-3. For at opfylde betingelserne i nr. 1 og 2, skal fonden selv drive virksomheden, hvorfra den modtager vederlag enten for overdragelse af varer, immaterielle rettigheder, tjenesteydelser eller for salg og/eller udlejning af fast ejendom. Efter nr. 3 skal fonden have en forbindelse til et aktie- eller anpartsselskab svarende til den i selskabslovens § 7 angivne. Selskabslovens § 7 anfører, at fonden skal have bestemmende indflydelse over dattervirksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger. En fond vil herefter blive kvalificeret som erhvervsdrivende, hvis den opfylder kriterierne, jf. EFL § 2, stk. 1, nr. 1-3.

Selvom en fond opfylder betingelserne i EFL § 2, stk. 1, nr. 1-3, kan den alligevel falde uden for lovens anvendelsesområde hvis den erhvervsaktivitet som fonden udøver er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens formue. I tilfælde hvor fonden udøver virksomhed af begrænset omfang eller fondens bestemmende indflydelse i et aktie- eller anpartsselskab er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens samlede formue, vil fonden ikke blive anset som erhvervsdrivende, jf. EFL § 2, stk. 2.

Det fremgår ikke af EFL, hvad der skal forstås som begrænset erhvervsdrift eller hvad der udgør en uvæsentlig del af formuen. Bekendtgørelse nr. 1448/2014 om begrænset erhvervsdrift med hjemmel i EFL § 2, stk. 3, tager stilling til, hvornår erhvervsdriften anses som værende begrænset eller at udgøre en uvæsentlig del af fondens formue. Det følger således af bekendtgørelsen, at hvis en af følgende betingelser, jf. bekendtgørelsens § 1, nr. 1-3 er opfyldt anses erhvervsdriften for at være begrænset eller at udgøre en uvæsentlig del af fondens samlede formue:

- 1) Fondens erhvervmæssige bruttoindtægter udgør mindre end 250.000 kr.,*
- 2) fondens erhvervmæssige bruttoindtægter udgør mindre end 10 % af fondens samlede årlige indtægter, eller*
- 3) fondens erhvervmæssige aktiver udgør mindre end 10 % af fondens samlede aktiver.”*

Hvis den erhvervsdrivende fond ikke opfylder kriterierne i bekendtgørelsens § 1 i tre på hinanden følgende regnskabsår, anses den ikke længere for værende en erhvervsdrivende fond, jf. bekendtgørelsen om begrænset erhvervsdrift § 2. Fonden bliver herefter slettet fra registret for erhvervsdrivende fonde, og bliver i stedet anset som en almindelige fond omfattet af reg-

lerne i FL, jf. EFL § 125.

Ud over de to typer fonde, som lovene opererer med, findes en masse fonde med blandede formål, som både kan karakteriseres som erhvervsdrivende fonde eller som almindelig fonde afhængig af fondens formål og aktiviteter. Uanset hvilken type fond man har at gøre med vil kvalificeringen af den bero på en konkret vurdering ud fra de i lovene opstillede kriterier. Det er Erhvervsstyrelsen, der efterprøver om en fond er erhvervsdrivende eller ej.

7. Fonde i EU-retten

7.1. Etableringsfriheden i TEUF art. 54, stk. 2

Fonde stiftet i Danmark opnår fondsstatus, når de opfylder betingelserne i EFL og FL. Det er derimod ikke sikkert, at de af denne grund er beskyttet af etableringsreglerne i TEUF. Ordet fond bliver ikke anvendt i TEUF, som i stedet anvender begrebet: *selskaber*. Der anlægges en bred afgræsning af, hvilke selskaber, der er omfattet af bestemmelserne i TEUF. TEUF art. 54, stk. 2, angiver, at der ved selskaber forstås:

”Privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje”.

Ud fra ordlyden af bestemmelsen tyder det på, at alle selskabsformer er omfattet af bestemmelsen. Selskabet skal blot være en juridisk person, samt have retsevne i et vidst omfang. Det vil sige, at selskabet skal kunne optræde som part i retssager og indgå aftaler i eget navn. Art. 54 tager ydermere ikke højde for om, der er begrænset hæftelse eller ubegrænset hæftelse, hvorfor et interessantskab (I/S) vil være omfattet, selvom det ikke efter dansk ret har fuld retsevne.¹²

Det er ligeledes et krav, at selskabet skal have en vis erhvervmæssige aktivitet for at opnå beskyttelse. Et holdingselskab, som ikke selv har nogen aktivitet er dog stadig beskyttet, hvis dattervirksomheden har erhvervmæssige aktiviteter. Her vil der ske en afsmitning fra dattervirksomheden til holdningselskabet.¹³

¹² Sørensen m.fl., (2014), s. 552

¹³ Ibid., s. 558f

Det fremgår af TEUF art. 54, stk. 2, sidste led, at selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje, ikke er beskyttet af etableringsretten. Det vil sige, at organisationer og foreninger med rent ideelle formål, som kulturelle, politiske og religiøse, ikke er beskyttet af etableringsretten.¹⁴ Almindelige fonde, som ikke drives med ”gevinst for øje” kan f.eks. være en fond, hvori der er indskudt en sum penge i forbindelse med stiftelsen. Formuen uddeles herefter i henhold til fondens vedtægtsbestemte formål over en årrække, indtil fondens midler er udtømt og fonden opløses, jf. FL § 9, stk. 6. Fonden foretager ingen investeringer, men agerer kun som en slags pengetank, der uddeler en sum penge hvert år. En fond af denne type vil falde uden for TEUF art. 54, og vil derfor ikke, som være beskyttet af etableringsretten.

Ovenstående krav skal således være opfyldt for, at selskaber opnår den traktatfæstede beskyttelse i TEUF art. 54 om fri etablering.

7.2. Fonde beskyttet af TEUF art. 54, stk. 2

Det er diskuteret i litteraturen, hvorvidt fonde er beskyttet af etableringsretten. Lombardo skriver i sin artikel, at *non-profit making entitites* ikke er omfattet af ordlyden af art. 54, også selvom de har en økonomisk aktivitet. *Non-profit making entitites* omfatter hovedsagligt fonde and foreninger. Lombardo skriver, at andre forfattere vurderer, at *non-profit making entitites* burde være omfattet af bestemmelsen, såfremt de har en økonomisk aktivitet.¹⁵

I de to førende danske lærebøger om EU-ret (EU-retten¹⁶ og EU ret¹⁷) tages denne diskussion ikke op. Det er i stedet, som beskrevet i afsnittet over, en bred afgrænsning som anvendes i art. 54, hvor fonde kan falde ind under, hvis de opfylder ovennævnte betingelser. Ligeledes ses det ud fra den danske oversættelse af TEUF art. 54, at kun selskaber, som drives med gevinst for øje, der er omfattet. Spørgsmålet er om den danske oversættelse af TEUF art. 54, stk. 2, sidste led, er forskellig fra andre medlemsstaters oversættelse af bestemmelsen. Den engelske oversættelse af bestemmelsen er: *save for those which are non profit making*. Den tyske oversættelse er: mit *Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen*. Herved ses at både den danske, tyske og engelske oversættelse går på, at selskaber som ikke arbejder med gevinst for øje er undtaget. Fonde er således ikke undtaget såfremt deres formål er at skabe en gevinst og de har en erhvervsmæssig aktivitet. Lombardos påstand om, at fonde generelt set er undta-

¹⁴ Ibid., s. 555

¹⁵ Lombardo (2013), s. 245

¹⁶ Sørensen m.fl. (2014)

¹⁷ Neergaard & Nielsen (2010)

get fra bestemmelsen må på baggrund af ovenstående anses for ukorrekt, idet nogle fonde vil kunne opfylde betingelserne i art. 54, stk. 2 og herved opnå den traktatfæstede beskyttelse.

7.3. Betingelsen om ”gevinst for øje”

En fond skal som udgangspunkt drives med gevinst for øje, samt have en vis erhvervmæssig aktivitet for at være omfattet af artiklen i TEUF, og opnå den heriliggende traktatfæstede beskyttelse. Kravet om, at selskabet skal arbejde med ”gevinst for øje”, jf. TEUF art. 54, stk. 2, sidste led vil medføre, at erhvervsdrivende fonde, som omfattes af EFL vil være omfattet af artiklens ordlyd allerede fordi, at de opfylder betingelsen i EFL om at udøve erhvervsvirksomhed. Her er fondens formål netop at drive en form for virksomhed selv eller i egenskab af at være moderfond/holdingfond for en driftsvirksomhed.

Det er derimod langt fra alle almindelige fonde, som vil falde ind under artiklens beskyttelse. Der skal derfor foretages en konkret vurdering af, om en almindelig fond kan betragtes som drevet med gevinst for øje. Det skal vurderes hvor meget der skal til for, at en almindelig fond kan betragtes som drevet med ”gevinst for øje”, samt hvilken erhvervmæssig aktivitet, der er nok til, at den almindelige fond er omfattet af bestemmelsen. Det fremgår af FL § 10, at en fonds formue skal være anbragt efter bestemmelser fastsat af justitsministeren. I bekendtgørelse nr. 957/2013 om anbringelse og bestyrelse af fondes midler, som har hjemmel i FL § 10, er der fastsat nærmere regler herfor.

Det fremgår af bekendtgørelsens § 2, stk. 1, at en fonds midler skal anbringes forsvarligt og bedst muligt. Fonden skal herefter placere sin formue efter reglerne i §§ 5-13, hvilket blandt andet indebærer en placering af formuen i aktier og obligationer handlet på det regulerede marked, erhvervsobligationer og sparekassers bevis for garantikapital eller andelskassers bevis for andelskapital.

Hvis fonden ikke placerer sin formue efter reglerne i bekendtgørelsen skal det fremgå af fondens vedtægter, hvordan fondens formue så anbringes, jf. bekendtgørelse nr. 957/2013, § 2, stk. 3. En fond kan, som hovedregel kun udbetale årets overskud til det vedtægtsbestemte formål, jf. FL §§ 9, stk. 1 og 29, stk. 1. En fond er derfor afhængig af at generere et overskud af sine investeringer, ellers ville fonden ikke kunne uddele midler, og herved heller ikke være i stand til at opfylde sit vedtægtsbestemte formål. Derfor vil en del af de almindelige fonde være omfattet af FL, på baggrund af anbringelser af fondens formue som herefter bliver drevet med ”gevinst for øje”, da de er afhængige af at generere et overskud.

7.4. Erhvervsmæssig aktivitet i forhold til passiv kapitalanbringelse

Spørgsmålet er om fondens anbringelse af sin formue i aktier, obligationer osv. er nok til at fonden opfylder betingelsen om en vis erhvervsmæssig aktivitet. EU-domstolen har afsagt en række domme omkring passiv kapitalanbringelse og om hvorvidt denne aktivitet kan karakteriseres som økonomisk virksomhed i momsdirektivets forstand. I følgende afsnit vil EU-domstolens syn på økonomisk aktivitet blive fremhævet ved to afgørelser. Den ene af afgørelserne omhandler ikke eksplicit fondes aktiviteter, men da fonde ofte vil have en del af deres formue, hvis ikke det hele investeret, kan disse afgørelser bidrage til at belyse, hvilke forhold EU-domstolen tillægger vægt, når de kvalificerer noget som erhvervsmæssig/økonomisk aktivitet.¹⁸

Det følger af SKM2010.445.SKAT, at udlån, erhvervelse og afståelse af kapitalandele eller værdipapirer samt modtagelse af afkast heraf ikke udgør en økonomisk virksomhed. Det er tilfældet, hvis midlerne som investeres, er en del af selskabets egenkapital. Der vil her være tale om almindelig formueplacering og –forvaltning, som ikke udgør en økonomisk virksomhed i momsdirektivets forstand.

I dommen C-16/00 *Cibo Participations* i præmis 18 og 19, konkluderer domstolen, at hvis et holdingselskabs formål kun er at besidde kapitalandele i andre virksomheder uden at selskabet direkte eller indirekte griber ind i administrationen, skal det ikke betragtes som en økonomisk virksomhed. Selskabet må gerne udøve de rettigheder, som det har som følge af, at være aktionær, uden dette påvirker resultatet. I dommen C-155/94 *Wellcome Trust*, har domstolen i præmis 41 konkluderet, at økonomisk aktivitet ikke omfatter en fonds køb og salg af aktiver og værdipapirer i forbindelse med forvaltningen af den velgørende fonds formue.

Ud fra afgørelserne kan det sammenfattes at såfremt selskaber investerer i værdipapirer i investeringsøjemed uden direkte eller indirekte at gribe ind i administrationen, vil selskabets aktivitet ikke betragtes som en økonomisk aktivitet. En almindelig fond, som investerer i værdipapirer i forbindelse med forvaltningen af fondens formue, og hvor fonden hverken direkte eller indirekte griber ind i administrationen, vil ikke have den påkrævede økonomiske aktivitet, der skal til for at den EU-retligt vil være beskyttet.

Den modsatte situation er, hvor en fond køber og sælger værdipapirer på daglig eller ugentlig basis. I denne situation er den kapitalanbringelse som sker ikke længere passiv, men derimod

¹⁸ SKM2010.445.SKAT

en aktiv del af virksomhedens drift. Fonden vil her i stedet blive anset for at drive en virksomhed med køb og salg af værdipapirer og herved opfylde kriteriet om erhvervs-mæssig/økonomisk aktivitet. Fonde, der ellers vil være stiftet som almindelige fonde vil her gå fra at være omfattet af FL til i stedet at blive erhvervsdrivende efter EFL § 2, stk. 1, nr. 1.

Imellem disse situationer findes en gråzone, hvor fonden f.eks. anbringer den ene del af sin formue i 30-årige obligationer og venter på afkastet af dem, og den anden del af formuen investerer fonden i aktier, hvor den regelmæssigt optimerer sin portefølje. Her vil forvaltningen af fondens formue både ske aktivt og passivt. Spørgsmålet bliver derfor, hvor meget der præcist skal til for at en fonds kapitalforvaltning kan blive anset for en økonomisk aktivitet. EU-domstolen har endnu ikke givet retningslinjer for, hvor grænsen går. Det kan derfor ikke udledes af retspraksis, hvor meget der skal til for, at en fonds formueforvaltning anses for at være en økonomisk aktivitet. Det må dog antages, at fondens formue skal forvaltes ved en mere aktiv investering med formål om at opnå et større afkast end ved en passive forvaltning af fondens formue.

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at de almindelige fonde, som har en mere aktiv forvaltning af deres formue vil opnå beskyttelsen efter TEUF art. 54, da de herved vil opfylde kriteriet om økonomisk aktivitet, også selvom fonden ikke opfylder betingelserne for at blive omfattet af EFL efter dansk ret. Det kan dog forekomme, at fonden kan blive omfattet, selvom kapitalforvaltningen er passiv. Det kan f.eks. ske hvis fonden direkte eller indirekte griber ind i administrationen af datterselskabet. Denne indgriben vil udgøre en indirekte udøvelse af erhvervs-mæssig/økonomisk aktivitet, således at fonden vil opnå beskyttelse. Har fonden en passiv kapitalforvaltning og ligeledes ikke griber ind i administrationen af datterselskabet, vil fonden ikke kunne udnytte den traktatfæstede beskyttelse.

7.5. Erhvervs-mæssig aktivitet i forhold til fondens bruttoindtægter fra denne aktivitet

En fond kan udover at investere sin formue i værdipapirer, forvalte den ved køb og salg af varer, immaterielle rettigheder, tjenesteydelser og lignende, samt ved salg og udlejning af fast ejendom, jf. EFL § 2, stk. 1, nr. 1-2.

For at finde frem til om en almindelig fond vil opfylde betingelsen om erhvervs-mæssig aktivitet skal det undersøges, hvor stor en del af fondes samlede bruttoindtægter, som stammer fra fondens erhvervs-mæssige aktivitet. Det fremgår af bekendtgørelse nr. 1448/2014 om begrænset erhvervsdrift § 1, nr. 2, at såfremt en fonds erhvervs-mæssige bruttoindtægter udgør mindre end 10 % af fondens samlede indtægter, vil den ikke betragtes som erhvervsdrivende. I stedet

vil den blive kvalificeret som en almindelig fond.

Det skal således vurderes om en almindelig fond, som har erhvervmæssige bruttoindtægter der udgør mindre end 10 % af fondens samlede formue stadig vil kunne være beskyttet af etableringsreglerne. I situationen, hvor en fond har mere 90 % af den samlede indtægt fra passiv kapitalanbringelse og mindre end 10 % fra erhvervmæssig bruttoindtægter vil den erhvervmæssige bruttoindtægt udgøre en så uvæsentlig del af fondens samlede indtægt, at fonden ikke kvalificerer sig som erhvervsdrivende.

Det må formodes, at den erhvervmæssige aktivitet ikke udgør en stor nok del af fondens samlede beskæftigelse til, at fonden vil kunne anses for beskyttet af TEUF art. 54, idet det erhvervmæssige element ikke udgør en stort nok del af fondens samlede bruttoindtægter. Grænsen som er opstillet i bekendtgørelse nr. 1448/2014 om begrænset erhvervsdrift § 1, nr. 2 kan altså bruges som retningslinje for, hvornår en fond kan være omfattet af TEUF art. 54.

Hvis en fonds aktivitet består af at drive en virksomhed, vil fonden som udgangspunkt være erhvervsdrivende. Der er imidlertid et kriterium i bekendtgørelsens nr. 1448/2014 om begrænset erhvervsdrift § 1, nr. 1, at såfremt bruttoindtægten udgør mindre end kr. 250.000, så er fonden ikke erhvervsdrivende. Det skal vurderes, hvorvidt dette er nok til at opfylde betingelsen om erhvervmæssig aktivitet efter TEUF art. 54.

I U1999.516Ø blev det bekræftet, at hvis den erhvervmæssige karakter er af marginal karakter, kan retten til fri etablering ikke påberåbes. I afgørelsen havde en tysk arkitekt oprettet en dansk filial af sit tyske arkitektfirma. Formålet med virksomheden var at tilbyde arkitektydelser til danske kommuner og virksomheder. Kommunerne bekræftede, at arkitekten havde henvendt sig til dem med henblik på levering af ydelser, hvilket dog ikke havde resulteret i nogle opgaver. Arkitekten havde ligeledes haft møder med erhvervsfolk, hvilket kun resulterede i mindre leverancer til arkitektens byggerier i Tyskland. Aktiviteten som arkitekten udførte bar alene præg af generel orientering og medførte alene få leverancer set i forhold til den tidsmæssige udstrækning. Landsretten kom på baggrund heraf frem til, at den erhvervmæssige aktivitet, som arkitekten ydede, var af så begrænset karakter, at den ikke kunne anses for en reel forretningsaktivitet. Idet den erhvervmæssige aktivitet fandtes at være af marginal karakter, kunne retten til fri etablering efter TEUF art. 49 ikke påberåbes.

I tilfælde hvor en almindelig fond har bruttoindtægter under kr. 250.000, og dette udgør hele fondens samlede indtægt, skal det vurderes om denne aktivitet kan anses for at være af en så

marginal karakter at fonden ikke opnår den traktatfæstede beskyttelse. Den almindelig fond opfylder således betingelsen om at blive drevet med gevinst for øje, samt have en vis erhvervsmæssig aktivitet. Fonden falder uden for EFL, men kan formentlig stadig være omfattet af beskyttelsen i TEUF. Vurderingen af om fonden er omfattet af TEUF eller ej kan formentlig ikke foretages helt sort og hvidt, hvor det alene baseres på fondens bruttoindtægt. Der skal formentlig inddrages en række andre parametre i afgørelsen af om fonden kan anses for at være beskyttet af reglerne i TEUF. Der findes sandsynligvis en minimumsgrænse i TEUF, hvor fonde med en lav bruttoindtægt antageligt ikke vil kunne opnå beskyttelse.

7.6. Opsamling

En erhvervsdrivende fond, der opfylder kravet i EFL om at udøve erhvervsmæssig aktivitet vil ligeledes opfylde kriteriet i TEUF art. 54, stk. 2, idet formålet med fonden er at skabe et overskud, til uddeling i overensstemmelse med fondens vedtægtsbestemte formål. Erhvervsdriften vil således udøves med henblik på at skabe en gevinst, hvorfor kriteriet i TEUF art. 54, stk. 2, sidste led omkring gevinst for øje vil være opfyldt. Det understøttes yderligere af bekendtgørelse nr. 1448/2014 om begrænset erhvervsdrift § 1, som opstiller tre minimumskrav til graden af en erhvervsdrivende fonds erhvervsmæssige aktivitet. Erhvervsdrivende fonde vil som følge heraf være omfattet af den traktatfæstede beskyttelse i TEUF art. 54, allerede fordi de opfylder det erhvervsmæssige element som er påkrævet efter dansk ret, jf. EFL § 2, stk. 1.

Problematikken opstår i forbindelse med gruppen af almindelige fonde. Almindelige fonde drives ligeledes typisk med gevinst for øje da det er påkrævet efter bekendtgørelse nr. 957/2013 om anbringelse og bestyrelse af fondes midler § 2, at fonden skal anbringe sine midler forsvarligt og bedst muligt. Det kan ske ved at anbringe formuen i værdipapirer, obligationer mv. Formålet med at investere i værdipapirer er med henblik på at opnå et større afkast end den rente, der vil kunne opnås i banken. Anbringelsen vil herved ske med henblik på at opnå en gevinst af investeringen.

Praksis fra EU-domstolen konkluderer, at såfremt der er tale om passiv kapitalanbringelse, og der ikke foretages nogen indgriben, hverken direkte eller indirekte, i dattervirksomhedens administration, vil betingelsen om erhvervsmæssig aktivitet ikke være opfyldt. Kapitalanbringelsen i fonden skal således være en aktiv del af fondens formueforvaltning eller fonden skal gribe direkte eller indirekte ind i dattervirksomhedens administration eller gøre begge dele, for at betingelsen om erhvervsmæssig aktivitet kan anses for opfyldt.

Hvis bruttoindtægterne fra fondens erhvervsmæssige aktivitet udgør mindre end 10 % af de samlede bruttoindtægter vil fonden blive kvalificeret som en almindelige fond, jf. bekendtgørelse nr. 1448/2014 om begrænset erhvervsdrift § 1, nr. 2. I denne situation kommer den erhvervsmæssige aktivitet til at udgøre en uvæsentlig del af fondens samlede bruttoindtægter, hvorfor det må antages, at det erhvervsmæssige element udgør så lille en del af den samlede fonds aktivitet, at betingelsen om erhvervsmæssig aktivitet ikke kan anses for opfyldt.

En almindelig fond med en erhvervsmæssig bruttoindtægt på mindre end kr. 250.000, som ligeledes udgøre hele fonden samlede indtægt, vil formentlig kunne opnå beskyttelsen efter TEUF art. 54, da fonden her vil opfylde kriterierne om gevinst for øje samt have en vis erhvervsmæssig aktivitet. En præcis beløbsgrænse for, hvornår en fond vil være omfattet, kan formentlig ikke opstilles idet vurderingen sandsynligvis vil inddrage yderligere parametre ud over fondens bruttoindtægt. Det må antages at findes en minimumsgrænse i TEUF for, hvornår fonde/selskaber kan anses for omfattet af etableringsretten. Det må på baggrund heraf antages, at fonde med en lav indtægt formentlig ikke vil kunne opnå beskyttelse efter TEUF art. 54.

7.7. EU-retlige krav til økonomisk aktivitet i skatteretlig henseende

7.7.1. Økonomisk aktivitet i EU-retlige henseende

Hvis et selskab opfylder de traktatfæstede betingelser i TEUF art. 49 og 54, vil det som udgangspunkt være beskyttet af reglerne om fri etablering. Der er dog i EU-retlig henseende opstillet et yderligere krav om, at selskaber ligeledes skal opfylde betingelsen om at have en økonomisk aktivitet. Hvorledes en sådan økonomisk aktivitet EU-retligt skal forstås vil blive belyst i de tre følgende EU-domme C-196/04 Cadbury Schweppes, C-347/04 Rewe og C-524/04 Test Claimants.

7.7.2. C-196/04 – Cadbury Schweppes

Cadbury Schweppes PLC (herefter: *CS*) er et moderselskab i Cadbury Schweppes-koncernen, som er placeret i England. CS ejer Cadbury Schweppes Overseas Ltd. (herefter: *CSO*). CSO bliver beskattet af overskuddet i to af dettes datterselskab, som er placeret i Dublin, Irland. Dattervirksomhedernes opgave består i at rejse midler og stille dem til rådighed for Cadbury Schweppes-koncernens datterselskaber.

Storbritannien har i deres CFC-lovgivning, regler om, at et moderselskab med datterselskaber i udlandet sambeskattes, såfremt datterselskabet har betalt mindre end $\frac{3}{4}$ af den skat, som

skulle have været betalt i Storbritannien. Et moderselskab med hjemmehørende datterselskaber bliver ikke beskattet af datterselskabets løbende overskud og udbytte. Et moderselskab med et udenlandsk datterselskab vil blive beskattet af datterselskabets overskud, og ligeledes beskattes de af udbyttebetalinger med fradrag af den skat, datterselskabet har betalt i sit hjemland. Moderselskabet kan undgå CFC-beskatningen såfremt, at baggrunden for at etablere datterselskabet i et land med lav beskatning ikke er at opnå en skatnedsættelse.

EU-domstolen konstaterede derfor, at CFC-reglerne forskelsbehandlere moderselskaber med udenlandske dattervirksomheder placeret i lande med lav beskatning, i forhold til et moderselskab med hjemmehørende datterselskaber og et moderselskab med udenlandske datterselskaber, som har et tilsvarende skattniveau som Storbritannien.

Formålet med CFC-reglerne var at undgå, at undgå at selskaber spekulerede i at lave skatteunddragelse ved at placere datterselskaber i lande med lav beskatning. EU-domstolen kom frem til, at et datterselskaber gerne må drage fordel af en lav beskatning i en anden medlemsstat. Det er statueret i præmis 51, at værnsreglerne kun må finde anvendelse på rent kunstige arrangementer, hvor hensigten er at omgå medlemsstatens lovgivning. CFC-reglerne trådte kun i kraft, når dattervirksomheden har betalt mindre end $\frac{3}{4}$ af den skat, som skulle have været betalt i Storbritannien. CFC-reglerne rammer således alle selskaber både kunstige og ikke-kunstige arrangementer.

Domstolen godkender, at der kan være behov for værnsregler, hvor der spekuleres i at opnå en lavere beskatning i udlandet, reglerne må bare ikke gå videre end nødvendigt. Beskatning skal udelukkende ramme kunstige arrangementer. Hvis der foreligger en reel etablering vil CFC-beskatningen udgøre en restriktion i EU-retlig forstand. En reel etablering forudsætter, at der i datterselskabet udøves en økonomisk virksomhed ved hjælp af en fast indretning, og etableringen sker uden tidsbegrænsning. EU-domstolen statuerede i præmis 68, at et kunstigt arrangement vil være, hvor datterselskabet er et postkasseselskab eller skærmselskab, som ikke udgør en økonomisk realitet.

Domstolen kom frem til, at CFC-reglerne var i strid med etableringsreglerne i TEUF art. 49 og 54, såfremt de rammer datterselskaber, som udgør en økonomisk virksomhed. Det har her ingen betydning, at etableringen er begrundet i skatnedsættelse. Havde CFC-reglerne udelukkende ramt kunstige arrangementer, havde reglerne været forenelige med reglerne i TEUF

om fri etablering. Domstolen tager ikke stilling til, hvordan sagen skal afgøres, men udelukkende om CFC-reglerne var i strid med TEUF art. 49 og 54.

7.7.3. C-347/04 – Rewe

Dommen omhandler selskabet Rewe Zentralfinanz eG (herefter: *Rewe*), som er beliggende i Tyskland. Rewe er universalsuccessor til ITS Reisen GmbH (herefter: ITS). Rewe er moderselskab for et datterselskab i Holland, kaldet Kaufhof-Tourism Holdings (herefter: *KTH*). Rewe/ITS ejer 100 % af kapitalandelene i KTH. KTH ejer et holdingselskab, som ejer kapitalandele i selskaber i England og Spanien.

ITS valgte i 1993 og 1994 at afskrive på værdien af sine kapitalandele i KTH, som følge af en værdiberigtigelse af KTHs datterselskab og datterdatterselskaber. De tyske skattemyndigheder godkendte ikke, at afskrivningen blev anset som en driftsudgift i skattemæssig forstand, og kunne derfor ikke udgøre en negativ indtægt ved opgørelsen af Rewes skattepligtige indkomst.

Efter tysk ret kan et tysk selskab afskrive på værdien af et tysk datterselskab straks og uden begrænsning, ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for moderselskabet. Et tysk selskab med et udenlandsk datterselskab kan kun afskrive værdien, såfremt dattervirksomheden udøver en aktiv virksomhed. KTH har en passiv indkomst som følge af sin egenskab som holdingselskab, og derfor opfylder den ikke betingelsen. ITS/Rewe har en bestemmende indflydelse over KTH og dennes drift, som følge af, at det ejer 100 % af kapitalandele. Når denne betingelse er opfyldt, falder det inden for traktatens anvendelsesområde om retten til frit at etablere sig inden for EU.

EU-domstolen kommer frem til, at der ikke må ske en forskellige skattemæssig behandling af moderselskaber med hjemmehørende datterselskaber og moderselskaber med udenlandske datterselskaber. Der er tale om samme situation i begge tilfælde, da det er et moderselskab, som ønsker at få fradrag. En forskellige skattemæssig behandling må ikke være begrundet i, at medlemsstaten ikke kan udøve sin skattemæssige kompetence til at beskatte et udenlandsk selskab. Medlemsstaten må derfor ikke systematisk afvise at give et selskab en skattemæssig fordel som følge af, at de har etableret et selskab i en anden medlemsstat udelukkende fordi, at medlemsstaten ikke kan opnå skatteindtægter fra selskaber etableret i andre medlemsstater. En forskellige skattemæssig behandling udgør derfor en restriktion i forhold til TEUF art. 49 og 54 om retten til fri etablering. Rewe kunne derfor godt afskrive på værdien af KTH.

7.7.4. C-524/04 Test Claimants

Denne EU-dom omhandler reglerne om tynd kapitalisering. I forbindelse med en række sager, hvor den engelske regering (Commissioners of Inland Revenue) blev mødt af en række tilbagebetalingskrav fra forskellige koncerner, ønskede denne at spørge EU-domstolen hvorvidt de engelske regler om tynd kapitalisering var i strid med EU-retten. Herunder særligt de traktatfæstede rettigheder i TEUF art. 49 vedrørende etableringsfriheden, art. 56 vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser samt art. 63 vedrørende kapitalens frie bevægelighed. Derudover anmodede den engelske regering EU-domstolen om at redegøre for, hvilken betydning besvarelsen heraf ville have, såfremt medlemsstaten kunne godtgøre at situationen udgjorde et misbrug af rettighederne eller havde karakter af et kunstigt arrangement, som alene havde til formål at omgå skattelovgivningen i en medlemsstat.

I sagerne havde et ikke-hjemmehørende moderselskab givet et datterselskab etableret i England et lån. Lånet blev ydet af enten moderselskabet, som direkte eller indirekte ejede 75 % af ejerandelene i datterselskabet eller gennem et andet selskab, som moderselskabet direkte eller indirekte ejede 75 % af ejerandelene i. Tvisten angik i hovedsagen den engelske regerings regler vedrørende tynd kapitalisering, som begrænser rentefradrag ved et lån ydet af et ikke-hjemmehørende moderselskab. Den engelske regering ønskede herefter EU-domstolens fortolkning af hvorvidt TEUF art. 49, 56 og 63 var til hinder for, at lovgivningen i England begrænsede hjemmehørende selskabers mulighed for rentefradrag, især når der ikke var en fradragsbegrænsning, hvis moderselskabet var etableret i England. I dommen var det særligt konstruktioner, hvor en koncern søgte at nedbringe beskatningen af datterselskabets overskud gennem finansiering i selskabet via et lån ydet af et ikke-hjemmehørende moderselskab eller et andet selskab. Efterfølgende kunne datterselskabet overføre deres overskud tilbage til det långivende moderselskab i form af renter for det ydede lån. Renterne vil i sådan situation kunne fradrages i det skattepligtige overskud, hvorimod hvis renten i stedet blev anset for værende udbytte vil der ikke kunne opnås fradrag.

EU-domstolen kom frem til, at det udgjorde en restriktion efter TEUF art. 49, da det kun var datterselskaber med et ikke-hjemmehørende moderselskab, som får begrænset deres rentefradrag. For at restriktionen skal være gyldig skal den være baseret på en undersøgelse af objektive kriterier. Kriterierne skal kunne efterprøves for at afgøre om, der er tale om et kunstigt arrangement, hvor formålet udelukkende er at nedsætte beskatningen i selskabet. Den skattepligtige person skal dog have mulighed for at fremlægge bevis for, at transaktionen er forretningsmæssigt begrundet. EU-domstolen har ligeledes krævet, at kun den del af renteudgifter-

ne, som overstiger renter givet på armslængdevilkår vil kunne betragtes som udloddet overskud (udbytte).

7.8. Økonomisk aktivitet i forhold til fonde

Det kan ud fra de tre EU-domme udledes, at et selskab ikke kun skal opfylde de civilretlige betingelser i en medlemsstat for at blive beskyttet af TEUF art. 49 og 54. Selskaber skal ligeledes opfylde betingelsen omkring at have en økonomisk aktivitet. Medlemsstater må hverken direkte eller indirekte gennem national skattelovgivning diskriminere udenlandske selskaber. EU-retten stiller derfor visse krav til medlemsstaternes skattelovgivning, så de ikke strider imod de traktatfæstede frihedsrettigheder.

EU-domstolen undersøger i deres afgørelser, hvorvidt den nationale lovgivnings forskelsbehandling kan retfærdiggøres af saglige grunde. Det findes herefter, at en forskelsbehandling af udenlandske selskaber contra nationale selskaber er saglig i tilfælde, hvor der er tale om en kunstig situation eller en misbrugssituation. I Cadbury Schweppes ville England CFC beskatte udenlandske selskaber, såfremt at den i etableringslandet betalte skat udgjorde mindre end $\frac{3}{4}$ af den skat som de ellers ville skulle betale efter de engelske skatteregler. Det udgjorde en restriktion, såfremt datterselskabet ikke fandtes at have en reel økonomisk aktivitet, idet en sådan konstruktion måtte anses for at være et postkasseselskab/skærmselskab, som udelukkende er oprettet med henblik på opnåelse af en skattemæssig fordel. I Rewe ville Tyskland ikke anerkende, at et moderselskab var afskrivningsberettiget af en værdiberigtigelse af dennes datterselskab og datterdatterselskaber, når disse var oprettet i en anden medlemsstat, medmindre selskaberne havde en økonomisk aktivitet. Havde moderselskabet og datterselskabet derimod begge været hjemmehørende i Tyskland, havde moderselskabet været afskrivningsberettiget af værdiberigtigelsen. Det fandtes at være i strid med EU-retten, både fordi datterselskabet og datterdatterselskaberne havde en reel økonomisk aktivitet, samt at Tyskland ikke må forskelsbehandle selskaber etableret i anden medlemsstat. Idet det fandtes at være en reel økonomisk aktivitet, var der i sagen hverken tale om misbrug eller et kunstigt arrangementet.

I Test Claimants blev de engelske regler om tynd kapitalisering anset for at være i strid med EU-retten. EU-domstolen anførte, at sådanne regler kun kan accepteres, hvis de er baseret på en undersøgelse af objektive omstændigheder som kan efterprøves og herved afgøre om der er tale om et kunstigt arrangement samt indeholder muligheden for selskabet til at bevise den forretningsmæssige begrundelse for konstruktionen uden unødige administrative byrder.

Den EU-retlige retstilstand findes herefter at opstille ekstra krav til medlemsstaternes skattelovgivning, idet disse findes at være i strid med EU-retten, såfremt de diskriminerer udenlandske selskaber f.eks. gennem nationale afskrivningsregler og forskrifter om tynd kapitalisering. National skattelovgivning kan derimod godt forskelsbehandle udenlandske selskaber gennem værnsregler mod kunstige konstruktioner og situationer, hvor selskaber på anden måde findes at misbruge de traktatfæstede frihedsrettigheder til at opnå skattefordele, idet traktaten ikke beskytter sådanne situationer.

En udenlandsk fond skal udover at opfylde betingelserne, som er behandlet tidligere, også opfylde betingelsen om at have en økonomisk aktivitet for at være omfattet af etableringsfriheden i TEUF art. 54, stk. 2. Hvis stiftelsen af fonden i en anden medlemsstat ikke opfylder kriteriet om økonomisk aktivitet, vil konstruktion kunne blive anset for at udgøre et kunstigt arrangement eller et forsøg på unddragelse af national skattelovgivning og herved udgøre et misbrug af de traktatfæstede friheder. Det er f.eks. tilfældet, når en dansk statsborger stifter en fond i udlandet med det formål at undgå dansk beskatning.

Afgørende for bedømmelsen af, om der foreligger et kunstigt arrangement eller misbrug er om fonden kan løfte bevisbyrden for, at stiftelsen af denne i en anden medlemsstat, er sket på baggrund af forretningsmæssige årsager. Fondens kan blandt andet løfte denne bevisbyrde hvis den i værtsmedlemsstaten har en fast indretning, hvilket typisk indebærer, at der er ansat medarbejdere, eller at der er indsat en ledelse til at styre fonden. Den faste indretning opfyldes ved, at fonden har en uafhængig bestyrelse eller en trustee.

8. Kvalificering af udenlandske fonde som selvstændigt skattesubjekt

Når en fond stiftes skal den opfylde kriterierne i lovene for at blive anset for at være et selvstændigt ret- og skattesubjekt efter dansk ret. Hvis fonden ikke opfylder kriterierne, vil den ikke blive kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt, og formuen vil i stedet blive anset for at være en del af stifterens formuesfære. Når en dansk statsborger stifter en fond i udlandet, skal fonden ligeledes opfylde kravene opstillet i dansk praksis, da stifteren ellers ville blive anset for den reelle ejer af fondens formue, og herefter vil blive beskattet af indtægterne i fonden. Den skattemæssige vurdering sker på baggrund af en langvarig praksis som viser, at udenlandske trust efter dansk ret enten sammenlignes med danske fonde eller båndlagte kapi-

taler.¹⁹ Det skal her bemærkes, at en trust og en fond har hver deres særegen struktur. Hvor en fond udgør er retssubjekt, en juridisk person og hviler på en selskabsretlig baseret struktur, hviler en trust derimod på en kontraktbaseret struktur da der er tale om en administrationsaftale. En udenlandsk fond og trust kan være oprettet på to forskellige måder, som har afgørende skattemæssige konsekvenser i forhold til kvalificeringen efter dansk ret. Hvis fonden eller trusten er oprettet genkaldeligt, på engelsk ”revocable”, vil fondens/trustens midler ikke blive anset for at være effektivt udskilt fra stifterens formue, og derved definitivt indskudt i fonden. Den skattemæssige konsekvens heraf vil være, at trusten/fonden vil blive anset for at være skattemæssigt transparent, og stifteren vil hermed blive beskattet af de indtægter, som tilgår trusten/fonden.²⁰ Stifteren vil ligeledes blive beskattet såfremt landet, hvor fonden er stiftet, ikke har et lovgivningsmæssigt krav om effektiv udskillelse af formuen.²¹

Det fremgår af Den Juridiske Vejledning, hvordan endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen skal forstås. For at betingelsen om afkald kan anses for opfyldt, må stifteren ikke have kompetence til at påvirke fondens beslutningsmåde indadtil hverken formelt eller reelt. Kompetencen er hos fondens bestyrelse, council og i en trust hos trustens administrator, trustee. Både trustee og council udøver en ejers rådighed, men er forpligtet til at gøre dette med omhu og loyalitet.²² Betingelsen anses ligeledes ikke for opfyldt, såfremt det er muligt at flytte trusten til en anden jurisdiktion, hvor der ikke er krav om endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen. Kapitalen anses heller ikke for at være effektivt udskilt hvis stifteren eller en arving af trusten kan få trustee til at træde tilbage. Med uigenkaldeligt menes, at stifteren ikke kan tilbagekalde formuen, så den igen bliver en del af stifterens formuesfære.²³ Yderligere anerkendes en udenlandsk fond ikke, hvis den ikke opfylder de danske krav om en selvstændig bestyrelse.²⁴

Hvis der er givet endeligt og definitivt afkald på formuen skal det skattemæssigt undersøges, hvorvidt den udenlandske trust skal anses som værende en fond eller som båndlagt kapital. Den væsentlige betydning af denne kvalificering er, at en udbetaling fra en fond til en begunstiget skal beskattes som personlig indkomst, jf. personskattelovens § 3, stk. 1, hvorimod en

¹⁹ Den Juridiske Vejledning 2016-1 C.B.2.15.2. Beskatning af udenlandske trusts (fonde)

²⁰ Werlauff (2015b), s. 208ff

²¹ Pedersen m.fl. (2015), s. 668

²² Werlauff (2015b), s. 210

²³ Den Juridiske Vejledning 2016-1 C.B.2.15.3 Udenlandske Trusts (fonde) – stiftet/indskud 1. juli 2015 eller senere

²⁴ Den Juridiske Vejledning 2016-1 C.D.9.1.5.1 Udenlandske fonde

udbetaling fra en rentenydelsesret fra en båndlagt kapital beskattes som kapitalindkomst eller aktieindkomst afhængig af, hvor afkastet kommer fra.²⁵

Forskellen på båndlagt kapital og en fond kan ligeledes vurderes på, hvilken mulighed trustee har til at påvirke beslutninger i trusten. Trustee er den person, der forvalter trusten og har råderetten over trustens formuen. Det følger herefter, at hvis trustee har stor mulighed for at påvirke udbetalingerne, tidspunktet for udbetalingen, hvem modtageren af udbetalingen er, samt størrelsen på beløbet, vil dette tale for, at der er tale om en fond. Hvis trustee til gengæld kun virker som administrator, hvor alle forhold er fastlagt, skal trusten kvalificeres som en rentenydelsesret.²⁶

Hvis en person stifter eller indskyder aktiver i en udenlandsk fond, og denne person er fuldt skattepligtig til Danmark efter enten kildeskattelovens § 1 eller dødsboskiftelovens § 1, stk. 2, skal personen beskattet af formuen i trusten, jf. kildeskattelovens § 16 K, stk. 1. Det fremgår dog af ligningslovens § 16 k, stk. 4, nr. 1-4, at stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis:

- 1) *”Den skattepligtige godtgør, at det er en ufravigelig gyldighedsbetingelse for trustens eksistens, at der er givet endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen.*
- 2) *Den skattepligtige godtgør, at midlerne i trusten udelukkende anvendes i almenvelgørende eller på anden måde almennyttigt øjemed til fordel for en større kreds af personer.*
- 3) *Den skattepligtige godtgør, at midlerne i trusten udelukkende anvendes til pensionsformål for en større kreds af personer, som ikke er omfattet af boafgiftslovens § 1, stk. 2.*
- 4) *Den skattepligtige godtgør, at trusten er et investeringsselskab, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19.”*

Det vil sige, at såfremt den udenlandske trust opfylder en af ovenstående fire betingelser i ligningslovens § 16 K, stk. 4, vil stifter eller dødsbo/arving ikke blive skattepligtig af trustens formue. Ligningslovens § 16 K, finder anvendelse på fonde og trusts, som er stiftet eller hvor indskuddet er sket efter den 1. juni 2015 eller senere.²⁷ Der er her opstillet klare linjer i lig-

²⁵ Den Juridiske Vejledning 2016-1 C.B.2.15.2. Beskatning af udenlandske trusts (fonde)

²⁶ Den Juridiske Vejledning 2016-1 C.B.2.15.2. Beskatning af udenlandske trusts (fonde)

²⁷ Den Juridiske Vejledning 2016-1 C.B.2.15.3 Udenlandske Trusts (fonde) – stiftet/indskud 1. juli 2015 eller senere

ningsloven for, hvornår man som stifter af en udenlandsk trust vil kunne undgå at blive beskattet af dennes formue.

I følgende analyse vil fokus være på de elementer, som Skatteministeriet og domstolene tillægger vægt i deres vurdering og kvalificering af udenlandske fonde/trusts. Først og fremmest vurderes det hvorvidt fonden/trusten efter dansk ret udgør et selvstændigt skattesubjekt eller ej. Hvis betingelserne efter dansk ret ikke er opfyldt, og fonden ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, betragtes fondens formue som værende en del af stifterens formuesfære. Hvis betingelserne derimod er opfyldt, skal det vurderes hvad den udenlandske fond/trust ligner mest set i forhold til dansk skatteret. Her vil det ud fra en konkret vurdering i forhold til dansk skatterets praksis skulle afgøres, hvorledes den udenlandske fond/trust skal kvalificeres, da udenlandske fonde/trusts indholdsmæssigt varierer meget.²⁸

8.1. Praksis, hvor fonde anerkendes som selvstændig skattesubjekt

8.1.1. SKM2001.604H

Stifter underskriver i 1982 et stiftelsesdokument om oprettelse af fonden BAUTA, der skulle have hjemsted i Liechtenstein. Vedtægterne forelå alene som et ufærdigt udkast, og var endnu ikke underskrevet ved stifterens død. I stiftelsesdokumentet er formålet med fonden beskrevet, men uden angivelse af en bestyrelse og hvordan denne skal sammensættes. Det fremgik af stiftelsesdokumentet, at stifteren overdrog sin checkkonto og bogmanuskript til fonden. Overdragelsen skete ved at stifteren anmodede sparekassen om at overføre sit åbne depot, således at stifteren havde ene fuldmagt til at handle på fondens vegne.

Østre Landsret fandt, at oprettelsen af fonden alene hvilede på et underskrevet stiftelsesdokument. I stiftelsesdokumentet var det angivet, at fonden skulle have hjemsted i Liechtenstein, men stifteren havde ikke taget nogle skridt i forhold til at stifte fonden i Liechtenstein. Der forelå herefter alene et stiftelsesdokument med hensigt om at oprette en fond i Liechtenstein, men derimod ingen konkrete holdepunkter for, at dette rent praktisk var sat i gang under stifterens levende live. Fondens formål var kun skitseret i stiftelsesdokumenterne, men der var ikke taget stilling til, hvem der skulle udgøre fondens bestyrelse eller hvorledes denne skulle sammensættes.

Fondens vedtægter fandtes også at være mangelfulde. Ved stifterens død forelå vedtægterne alene som et udkast, som hverken var færdigt eller underskrevet. Sammenholdt hermed havde

²⁸ Den Juridiske Vejledning 2016-1 C.B.2.15.2. Beskatning af udenlandske trusts (fonde)

stifteren i levende live alene anmodet sin sparrekasse om at overdrage sit åbne depot og på en sådan måde, at stifteren stadig ville have haft ene fuldmagt til at råde over depotet.

Hvis disse omstændigheder sammenholdes med de på daværende tidspunkt gældende krav til en fond, findes det at hverken de formelle eller materielle krav værende opfyldt. Det kræves for det første at fondens formue definitiv og uigenkaldeligt er udskilt fra stifterens formue. Stifterens overdragelse af sin formue til fonden sker på en sådan måde, at stifteren bevarer ene fuldmagt over denne, hvilket medfører, at formuen ikke er uigenkaldeligt udskilt. Stifteren bevarer rådigheden over formuen, og den kan derfor ikke anses for at tilhøre fonden, men er derimod stadig en del af stifterens formuesfære. Derudover kan dokumenterne ikke anses for at opfylde kravene da der ikke er taget stilling til fondens bestyrelse. Det kræves nemlig at fondens formue skal være henlagt under en selvstændig ledelse til varetagelse af fondens formål.

Landsretten finder på baggrund af ovennævnte omstændigheder for det første, at fondens formue ikke kan anses for at være uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue. Dernæst finder landsretten på baggrund af de sparsomme dokumenter, der skulle danne fondens grundlag, og som ikke fandtes at opfylde de efter praksis stillede krav til en fond, at der ikke gyldigt var stiftet en fond i stifterens levende live.

Parterne valgte at indgå forlig i Højesteret. I Skatteministeriets kommentar til forliget, SKM2001.605.DEP, var universalarvingens livsarvings godkendelse af, at midlerne skulle tilfalde fonden, med til at tale for indgåelsen af forliget. Yderligere havde universalarvingen før sin død ikke gjort indsigelser mod, at der var tale om en formløs disposition, da han formentlig ikke var klar over, at fonden ikke var gyldigt stiftet. Af denne grund valgte Skatteministeriets at indgå forlig. Parternes forlig byggede på, at boets midler skulle indgå i en af boet stiftet fond, og således ikke i afdødes bo. Arveafgiften skulle herefter beregnes således at der ikke skulle beregnes boafgift af aktiver, som tilhørte fonden.

8.1.2. SKM2010.211SR

I dette bindende svar ønsker en dansk stifter, som er fuld skattepligtig til Danmark at etablere en trust i Cypern. Trusten etableres efter de cypriotiske regler i ”The International Trusts Law of Cypern.” Det følger af disse regler, at en trust skal nedlægges efter 99 år. Trustens stiftes ligeledes efter de gældende civilretlige regler i Cypern. De begunstigede til trustens formue er stifterens børn. Børnene skal efter vedtægter først modtage uddelinger fra de er fyldt 18 år.

Det er blevet fastslået i SKM2007.504SR, at den nødvendige adskillelse af fondens formue og stifterens formue stadig er opfyldt, såfremt de begunstigede er stifterens børn, de er myndige og over 18 år. Såfremt, at stifterens børn ikke er myndige og hjemmeboende, er der ikke sket den nødvendige adskillelse af formuen. I dette bindende svar kan de begunstigede, som er stifterens børn, først modtage udlodninger fra trusten, når de fylder 18 år, uanset at de flytter hjemmefra før de fylder 18 år. Der er derfor sket en definitiv/endelig udskillelse af kapitalen.

Trusten skal administreres af et uafhængigt administrationsselskab. Administrationsselskabet vil ligeledes fungere som trustee for fonden. Trustee er forpligtet til at følge trustkontrakten hvorfor trustee kun vil have en begrænset adgang til at styre trustens udlodninger. Hvis den oprindelige trustee bliver afsat eller dør, kan stifteren aldrig blive trustee for fonden. Stifteren får herved ikke indflydelse på trustens formue, hvorfor stifteren herved anses for at have givet endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen.

Stifteren af trusten er et dansk ejet anpartsselskab, som er ejet af de begunstigedes far. SKAT vurderer, at det ikke har nogen betydning om stifteren er en juridisk person eller fysisk person. Dog skal stifteren betale afgift af indskuddet i den udenlandske fond, svarende til 20 % af indskuddet. Det gælder kun for indskud som overstiger kr. 10.000 om året, jf. FBL § 3A, stk. 1. Det fremgår af bestemmelsen, at afgiften pålægges i tilfælde, hvor det land som trusten stiftes i, har en væsentligere lavere beskatning end hvad der følger af danske regler. Stifteren skal betale denne afgift i forbindelse med, at der indskydes midler i trusten, da beskatningen i Cypern er væsentlig lavere end den danske beskatning. Der vil ligeledes skulle betales samme afgift af fremtidige/efterfølgende indskud.

Trusten vil investere sin formue i forskellige værdipapirer, som ikke nærmere er defineret. Det er muligt, at nogle af værdipapirerne vil blive erhvervet fra stifteren eller dennes selskab. I så fald vil handlen ske på markedsvilkår, både når der er tale om børsnoteret aktier og unoteret aktier. Stifteren vil ikke efter trustens stiftelse have indflydelse på, hvad trusten foretager af investeringen ud over de som allerede fremgår af vedtægterne.

Skatterådet vurderer ud fra ovenstående, at stifteren har givet endeligt og uigenkaldeligt afkald på formuen. Trusten anses ligeledes for at blive styret af en uafhængig ledelse, samt at der først sker udbetaling til de begunstigede, når disse er fyldt 18 år og myndige. Trusten bliver på baggrund af dette vurderet som et selvstændigt skattesubjekt, hvor stifteren ikke skal beskattes af trustens løbende indtægter.

8.1.3. SKM2011.75SR

Dette bindende svar omhandlede en trust stiftet på Cypern. Stifterens ønske var at oprette en familiefond, og i den forbindelse anmodede stifteren Skatterådet om bindende svar på om trusten ville kunne anses for værende et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret, og om et udlån fra et af stifteren ejet dansk selskab til trusten skulle anses for at være et afgiftspligtigt indskud i trusten.

Skatterådet indleder deres vurdering med at fastslå at kvalifikationsspørgsmål i forhold til udenlandske fonde skal afgøres efter dansk ret, hvilket blandt andet udtrykkes i ligningsvejledningen. I ligningsvejledningen fremgår det, at fondsdannelser med hjemsted i udlandet skal opfylde samme krav, som danske fonde for at opnå selvstændig retssubjektivitet. På tidspunktet for Skatterådets afgivelse af det bindende svar var der endnu ikke indført en definition af fonde i dansk lovgivning. Grundlaget hvorpå en udenlandsk fond anderkendes som et selvstændigt retssubjekt efter dansk praksis, hviler på følgende fire krav som skal være opfyldt; særskilt formål, formue som er tilstrækkelig til at varetage formål, formuen skal være uigenkaldelig udskilt fra stifterens formue og rådighed og fonden skal have en selvstændig ledelse.

Skatterådet finder, ud fra en vurderingen af fondens fundats, at kravet om et særskilt formål er opfyldt, da fondens formål udførligt er beskrevet i fundatsen. Fonden anses yderligere for at opfylde kravet om tilstrækkelig kapital, da den forventes startet med en grundkapital på kr. 150.000 og yderligere finansieret ved ansvarlig lånekapital på kr. 5.000.000.

Det fremgår af fondens fundats, at det ikke er muligt at omgøre stiftelsen samt kapitalindskuddet, idet begge handlinger efter fundatsens ordlyd er ”irrevocable”. Kravet om, at fondens formue skal være uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue og rådighed, bliver på denne baggrund anset for at være opfyldt af Skatterådet. Fonden skal yderligere have en selvstændig ledelse for at kunne anses som et selvstændigt retssubjekt. Det følger af fundatsen, at ledelsen af fonden består af en udpeget Protector og Trustee. Begge er uafhængige af stifteren, og ligeledes ikke i familie med denne. Ledelsen skal forestå alle nødvendige dispositioner, uden indflydelse fra stifteren. Der indsættes en yderligere uafhængig Protector, som skal føre tilsyn med Trustee.

Skatterådet finder herefter, at den udenlandske trust opfylder betingelserne for at blive anerkendt som selvstændigt ret- og skattesubjekt. Trusten kan herefter sidestilles med en familiefond efter danske praksis. I forbindelse med afgivelsen af det bindende svar, bemærkede Skat-

terådet imidlertid, at kriterierne ikke blot skal være opfyldt ved stiftelsen, men at det ligeledes kræves at fonden under hele dens levetid lever op til de ovenstående krav. Dermed menes, at stifteren ikke blot ved stiftelsen og ifølge stiftelsesvedtægterne skal anses for at have givet afkald på fondens formue endeligt, effektivt og uigenkaldeligt. Stifteren skal under hele fondens eksistens kunne dokumentere, at fondens formue ikke blot formelt tilhører fonden, men også reelt ud fra den faktiske efterfølgende disponering kan anses for endeligt, effektivt og uigenkaldeligt udskilt.

8.1.4. U2015.371H

En stifter af en fond i Lichtenstein har indsat sin nevø og dennes familie, som begunstigede til fondens midler. Stifteren og dennes medstiftere er afgang ved døden. Nevøen og dennes familie er de eneste, som er indsat som begunstigede til udlodninger fra fonden. Dommen omhandler, hvorvidt nevøen har kunnet råde over fondens formue på en sådan måde, at han skulle beskattes af fondens indtægter.

Ud fra liechtensteinsk ret kan en stifter af en fond forbeholde sig retten til at råde over fondens midler. Retten kan i midlertidig ikke overføres til andre, heller ikke ved arv. Nevøen var ikke stifter af fonden, og kunne derfor ikke råde over fondens formue da retten til at råde ikke kunne overføres ved arv. Der er ligeledes ikke noget i vedtægterne, der taler for, at nevøen skulle kunne råde over formuen. Det er heller ikke godtgjort i sagen, at nevøen har arvet fonden. Højesteret ændrer Landsskatteretten og Landsrettens dom, idet de ikke finder det godtgjort, at nevøen skulle have rådet over fondens formue. Nevøen blev herefter ikke anset for at være rette indkomstmottager til afkastet af fondens formue, jf. statsskattelovens § 4.

8.1.5. Sammenfatning

Ifølge Den Juridiske Vejledning skal udenlandske fonde og trusts, for at blive anset som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk praksis, leve op til de krav som stilles til fonde efter danske retsregler. En udenlandsk fond skal således have en selvstændig bestyrelse, som er uafhængig af stifteren, samt have en formue som er effektiv, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens formue. Det må således ikke være muligt for stifteren at tilbagekalde formuen eller på anden måde udøve en ejers rådighed over denne. Såfremt det efter dansk ret findes, at der er givet effektiv, uigenkaldeligt og definitivt afkald på formue, vil en stifter ikke blive beskattet af fondens formue, jf. kildeskattelovens § 16 K, stk. 4, nr. 1, i tilfælde, hvor fonden er stiftet eller hvor indskuddet er foretaget efter den 1. juni 2015.

Det kan konkluderes ud fra ovenstående afgørelser og bindende svar, at Skatterådet og domstolen tillægger det afgørende betydning om fondens formue er effektivt og uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formuesfære. I SKM2001.604H ender Skatteministeriet med at indgå forlig, således at fondens formue ikke indgår i boet. Forliget må anses for at være meget vidtgående i forhold til de andre afgørelser hvor der stilles betydeligt højere krav til, at fondens formue kan anses for uigenkaldeligt udskilt.

Det kan ud fra de resterende afgørelser samt bindende svar sammenfattes, at for at stifteren af en trust eller fond ikke skal beskattes af fondens/trustens løbende indtægt, skal der være sket en effektiv, uigenkaldelig og definitiv udskillelse. Kravet til udskillelsen af formuen anses ikke for at være opfyldt, såfremt de begunstigede er stifterens børn under 18 år og hjemmeboende eller stifterens ægtefælle, da disse efter dansk ret sidestilles med stifteren.

Vurderingen af om kravet er opfyldt sker både ud fra en undersøgelse af fondens formelle grundlag således, at stifteren ikke har mulighed for at udøve en ejers rådighed efter bestemmelserne i fondens vedtægter, samt en undersøgelse af stifterens faktiske dispositioner. Stifteren må således under ingen omstændigheder have mulighed for at tilbagetage formuen, dette kan både ske indirekte eller direkte, hvor stifteren enten selv får midlerne eller har mulighed for at påvirke trustee/council beslutninger om uddelinger.

8.2. Praksis, hvor fonde ikke anerkendes som selvstændig skattesubjekt

Anden del af analysen vil behandle de domme og bindende svar, hvor fonden ikke opfylder betingelserne og derved ikke kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt. Der vil være fokus på, hvorfor fonden ikke bliver anset for værende et selvstændigt skattesubjekt, samt hvorledes stifteren/den begunstigede bliver beskattet af fondens indtægter som følge af, at fonden vil blive kvalificeret som skatteretligt transparent.

8.2.1. SKM2005.67Ø

En fond stiftes med hjemsted i Liechtenstein. Efter liechtensteinsk ret stilles der ikke krav om effektiv udskillelse af fondens formue. I fondens vedtægter var der mulighed for, at stifterne kunne udøve en ejers rådighed over formue. Stifterne fandtes ikke blot at have mulighed for at udøve en ejers råden, men faktisk også havde gjort brug af denne ret. Den ene af stifterne havde blandt andet forklaret, at begge havde haft fuldmagt til at disponere over fondens konti, købe og sælge værdipapirer, uddele legater og træffe beslutning om lån. Stifteren forklarede yderligere, at fondsbestyrelsens funktion alene bestod i kontrol af, at regnskabet var til stede,

samt et overordnet tilsyn med overholdelsen af fondens vedtægter. Stifterne træffede samtlige beslutninger om tildeling af lån og legater. De gav instruktioner til forvaltningsfirmaet Treuhand vedrørende forvaltningen af fondens midler, og kunne ikke redegøre for hvorledes 8 mio. kr. som blev overført til Danmark blev disponeret.

Den omstændighed, at stifterne ikke selv havde modtaget beløb fra fonden, da dette ikke var nødvendigt, på baggrund af deres egne gode indkomst- og formueforhold, ændrer ikke på, at de formelt havde mulighed for at råde over fondens midler. Derudover var det bestemt, at fondens formue ved en eventuel opløsning af fonden skulle føres tilbage til stifterne.

Landsretten finder på baggrund af ovenstående omstændigheder, at fonden ikke opfylder et af de grundlæggende krav til at blive anset som et selvstændigt skattesubjekt, nemlig at der er sket en effektiv og uigenkaldelig udskillelsen af fondskapitalen fra stifterens formuesfære. Fonden i Liechtenstein kunne herefter ikke anses for et selvstændigt skattesubjekt efter de danske regler.

8.2.2. SKM2010.675BR

Moderen til en dansk statsborger stifter tre trusts i USA. Herefter overfører den danske statsborger et antal aktier til hver af de tre trusts fra et dansk selskab. I forbindelse hermed opstår spørgsmålet om, hvorvidt der i forbindelse med denne overførsel af formuemidler er foretaget en gaveafståelse, som indebærer en afgiftspligt efter dansk ret. Vurderingen af om formueoverførslen af aktier til de tre trusts er afgiftspligtig eller ej afgøres ud fra en undersøgelse af om kravet til at formuen skal være effektiv, uigenkaldelig og definitiv udskilt fra gavegiverens formuesfære er opfyldt.

De tre trusts har hver indsat en trustforvalter, som udgøres af en "individual trustee" som også er gavegiveren, og en "corporate trustee", som er et pengeinstitut, som skal opfylde nærmere angivet betingelser. Den individuelle trustee er den danske statsborger. Gavegiver kan som individual trustee til hver en tid udskifte corporate trustee med et andet pengeinstitut, som opfylder de i vedtægterne beskrevne krav til corporate trustee. Denne beføjelse havde individual trustee gjort brug af. Det følger yderligere af vedtægterne, at trustforvalteren er tillagt de fulde beføjelser samt anden rådighed over formuegoderne. Trustforvalteren er yderligere i sin fulde ret til at foretage udbetalinger skønmæssigt til de begunstigede, som i øvrigt udgøres af gavegivers tre børn, hvoraf to er mindreårige og hjemmeboende.

Ud fra ovenstående momenter findes gavegiver ikke ved formueoverførslen af aktier at have udskilt de tre trusts formue fra sin egen formuesfære, således som det kræves efter dansk ret for at opnå selvstændig skattesubjektivitet. Der var således ikke tale om en gaveafståelse med deraf udløsende gaveafgift. De tre trusts formuer blev derimod anset for at være en del af gavegivers formuesfære således, at denne skulle beskattes som af ejer aktierne.

8.2.3. SKM2011.76SR

I dette bindende svar stifter en norsk statsborger, der har haft sin skattemæssige bopæl i England, en trust i New Zealand. Nordmanden er gift med en dansk statsborger, og ønsker af denne grund at bosætte sig i Danmark. Trusten er etableret som en ”irrevocable” trust, altså som en trust hvor det ikke er muligt for stifteren at tilbagekalde trustens formue. Stifteren er på trods af dette indsat som primært begunstiget i trusten. Det fremgår ligeledes, at formuen i tilfælde af trustens opløsning skal tilbageføres til ham. Det er et kriterium, at formuen er effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens formuesfære for, at trusten kan anses som et selvstændigt skattesubjekt. Trusten kan ikke sidestilles med en dansk fond, da stifteren ikke af Skatterådet findes at have givet afkald på sin formue. Af denne grund skal stifteren beskattes af trustens afkastet.

8.2.4. SKM2011.835SR

En moder har stiftet en trust i Jersey, og derefter indsat sin søn som begunstiget. Sønnen er engelsk statsborger, og gift med en dansk statsborger. Sønnen ønsker at bosætte sig i Danmark, og har i den forbindelse ønsket klarlagt, hvordan den skattemæssige stilling for fonden er. Der skal først ske uddelinger til sønnen fra han fylder 25 år. Trustee i trusten er tillagt fuld råderet over formuen og forvaltningen af denne under hensyntagen til trustens formål. Den begunstigedes rettigheder er kreditorbeskyttet, og ligeledes kan den begunstigede ikke sælge, overdrage eller råde over trustens midler. Der er tale om en irrevocable (uigenkaldelig) trust, hvor stifteren ikke kan forlange midler tilbageført til sig.

Ved den begunstigedes død skal midlerne fra trusten tilfalde den begunstigedes ægtefælle, børn m.v. Dog har den begunstigede ret til at vælge, hvem der skal have midler fra trusten. Den begunstigede kan altså bestemme, hvem trustens midler skal tildeles ved dennes død. Trusten anses på baggrund heraf for at være en båndlagt kapital med en rentenydelsesret, hvorfor trustens kapital må anses for at tilhøre den begunstigedes formuesfære. Af denne grund anses trusten for at være skatteretligt transparent, da båndlagt kapital ikke anses for at

udgøre et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Den begunstigede skal derfor beskattes af trustens afkast.

8.2.5. SKM2014.503SR

I dette bindende svar fra Skatterådet behandles spørgsmålet om en trust, stiftet i Californien, kan anses for et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Trusten er oprindeligt stiftet som en ”revocable” trust (genkaldelig) af den begunstigedes forældre. I forbindelse med stifternes død overgår trusten til at være ”irrevocable” (uigenkaldelig) for den begunstigede.

Der er to trustees i fonden, hvor den ene er den begunstigedes bror og den anden er U.S. Bank. Det fremgår af dokumentet ”Administration of Trust”, at U.S. Bank har vetoret i tilfælde af uoverensstemmelser mellem de to trustees. Vetoretten fremgår imidlertid ikke af trustens vedtægter, hvorfor SKAT når frem til, at U.S. Banks vetoret ikke med tilstrækkelig klarhed kan antages at have foreligget ved stiftelsen af trusten. Broderen har kompetence til at afsætte U.S. Bank i tilfælde af, at de ikke agerer hensigtsmæssigt i forhold til trusten. En amerikansk advokat udtaler senere, at broderen dog ikke har en sådan kompetence. Det fremgår også af et dokument fra den amerikanske advokat, at broderen kan træde tilbage som trustee. En tilbagetrædelse fra broderens side vil kunne ske på den begunstigedes foranledning, for at sikre denne en bedre skatteretlig behandling. Det fremgår ligeledes af et høringssvar, at broderen vil træde tilbage af hensyn til dansk civilret- og skatteretlig lovgivning, hvis det er nødvendigt. Grunden til at den begunstigede har en interesse i, at broderen fratræder sit post er, at trusten derved vil kunne anses som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.

Der findes således ikke at være givet effektivt, uigenkaldeligt og definitivt afkald på trustens formue, da trustens trustee ikke anses for uafhængig, idet den begunstigede kan få sin egen bror til at fratræde posten som trustee. På denne baggrund anses trusten for skattemæssigt at være transparent efter dansk ret, og den begunstigede skal derfor beskattes af de afkast, som trusten genererer.

8.2.6. SKM2015.458LSR

En fond stiftes med hjemsted i Holland. Stifter er på daværende tidspunkt bosat i England, men flytter i 2008 til ikke oplyst land. Fonden er en familiefond, som efter sit formål skal støtte stifterens efterkommere ved uddelingerr eller lån. Stifterens ægtefælle kan ikke modtage støtte fra fonden. Aktiviteten i fonden består af deltagelse i, finansiering af og administrering af selskaber, datterselskaber mv. I vedtægterne fremgår det, at fonden ikke har til at for-

mål at arbejde med gevinst for øje. Fonden er etableret uden tidsbegrænsning. Bestyrelsen i fonden har siden stiftelsen bestået af stifteren og dennes forældre.

Fonden blev stiftet i 1992 ved indskud af aktier fra et af stifteren 100 % ejede selskab. Selskabets aktivitet er investeringer i værdipapirer. Selskabet har hjemsted i Danmark. I maj 2007 foretager selskabet en udlodning af udbytte til fonden i Holland på kr. 61.000.000. Det fremgår af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, som er indgået mellem Danmark og Holland, at såfremt et selskab ejer mere end 10 % af aktiekapitalen i et andet selskab, skal der ikke ske beskatning af udbyttet. Selskabet indeholdte derfor ikke udbytteskat, da det opfyldte betingelsen i dobbeltbeskatningsoverenskomsten idet fonden ejede selskabet fuldt ud.

SKAT anerkender fonden for at være et selvstændigt retssubjekt, da fonden opfylder de civilretlige betingelser, som stilles til en fond i Holland. Stifteren har søgt rådgivning fra et hollandsk advokatfirma med speciale i fondsret, for at sikre, at fonden opfylder de civilretlige krav. Ligeledes er der efter hollandsk ret et krav om, at fondens formue skal være uigenkaldelig udskilt fra stifterens. SKAT anerkender dog ikke fonden som værende et selvstændigt skattesubjekt, idet fonden ikke opfylder betingelsen om effektiv udskillelse af formuen, da fonden ikke findes at have en uafhængig bestyrelse. Bestyrelsen i fonden består af stifteren og dennes forældre, hvorfor kravet efter dansk ret om, at minimum 1/3 af bestyrelsesmedlemmerne skal være uafhængige ikke anses for opfyldt.

Stifteren anfører, at der antageligt ikke findes nogen familiefond, hvor det ikke er familien, som har magten over fondsformuen. Det er derfor naturligt, at familien er velrepræsenteret i bestyrelsen. Stifteren skal ikke samtykke til alle beslutninger som træffes i fonde, besidder ikke vetoret i henhold til de beslutninger som træffes af bestyrelsen og har ikke kompetence til at udskifte bestyrelsesmedlemmer. Stifter finder på denne baggrund, at fondens formue er effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra dennes formuesfære, yderligere begrundet i, at en eventuel kommende ægtefælle ikke kan få udlodninger fra fonden.

SKAT har under sagen påstået, at det er muligt at lave en vedtægtsændring, hvorefter det vil være muligt for stifteren at få fondens midler tilbageført. Stifteren anfører hertil, at dette ikke er korrekt, da der efter dokumentation fra et hollandsk advokatfirma med speciale i fondsret, ikke kan foretages en sådan vedtægtsændring, da den vil udgøre en nullitet efter hollandsk ret. Stifteren mener derfor, at fondens formue er effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens formuesfære.

Landsskatteretten finder, at formuen ikke er effektivt udskilt fra stifterens formuesfære. Fondens anses derfor som skatteretligt transparent, hvorfor udlodningen fra selskabet til fonden skal beskattes hos stifteren. Stifteren var på tidspunktet for udlodningen bosat i England og det følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Storbritannien, at der skal indeholdes 15 % i udbytteskat. Idet udbyttet udbetales fra selskabet til fonden skulle selskabet have indeholdt pligtig udbytteskat af de kr. 61.000.000, svarende til kr. 9.150.000. Selskabet findes yderligere at have udvist forsømmelighed i forbindelse med udlodningen af udbyttet, da de anses for værende vidende om gældende regler, herunder pligten til at indeholde udbytteskat. Selskabet hæfter på baggrunde heraf for den skyldige udbytteskat på kr. 9.150.000, jf. kildeskatteloven § 69, stk. 1.

8.2.7. Sammenfatning

Ud fra ovenstående afgørelser og bindende svar kan det sammenfattes, at det afgørende i vurderingen af om en fond kvalificeres som et selvstændigt skatteretligt subjekt efter dansk ret er, hvorvidt fondens formue findes at være effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens formuesfære. Det vurderes især ud fra en bedømmelse af stifterens beføjelser og mulighed for at påvirke trustees/bestyrelsens beslutninger, således at fondens stifter reelt kan anses for at have rådigheden over fondens formue. Fondens formue skal være uigenkaldelig udskilt, således at det ikke er muligt for stifteren at få tilbageført midlerne fra fonden enten ved udlodninger eller ved fondens eventuelle opløsning.

Yderligere tillægger landsskatteretten det afgørende betydning, at en fond ikke opfylder kravet til en uafhængig bestyrelse. Efter dansk ret skal minimum 1/3 af bestyrelsesmedlemmerne være uafhængige. Det må heller ikke være muligt for stifteren, dennes ægtefælle eller mindreårige, hjemmeboende børn at være indsat som begunstigede i fonden.

Hvis fonden ikke bliver anset for værende et selvstændigt skattesubjekt, vil fonden i stedet blive anset for værende skatteretligt transparent, hvor stifteren eller den begunstigede vil blive anset for ejere af fondens formue, hvilket medfører, at de skal beskattes af fondens indtægter. Efter kildeskattelovens § 16 K er det den skattepligtige, der skal løfte bevisbyrden for, at fondens formuen er effektivt og uigenkaldeligt udskilt.

9. Dansk kvalificering og omkvalificering

9.1. Kvalificering som selvstændigt skattesubjekt

Det er SKAT, der oftest foretager kvalificeringen af en udenlandsk fond/trust. Det er herved SKAT eller Skatterådet, som i 1. instans afgør, hvorvidt fonden/trusten udgør et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. I den tidligere nævnte afgørelse U2015.458LSR opfyldte en hollandsk fond de hollandske civilretlige krav for fonde, og herved udgjorde et selvstændigt retssubjekt. Landsskatteretten anerkender i deres afgørelse fonden som et selvstændigt retssubjekt, men ikke som et selvstændigt skattesubjekt. Landsskatteretten underkender de hollandske fondsregler, da der ikke i den hollandske civilret er et krav om, at der skal være en uafhængig bestyrelse.

Efter de hollandske fondsregler stilles samme, hvis ikke strengere krav til en fond, herunder krav om effektiv, uigenkaldelig og definitiv udskilt formue, krav til registrering af fonden ved fondsmyndigheden, en legalitetsprøvelse af fonden og dennes vedtægter inden registrering samt et løbende tilsyn med fonden. De hollandske civilretlige regler må på baggrund heraf anses for lige så betryggende som de danske.²⁹ Landsskatteretten vurderer ikke de hollandske fondsregler for at stille samme krav, som der stilles efter dansk ret, hvorfor fonden underkendes som værende et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.

Landsskatteretten underkender i afgørelsen de hollandske civilretlige regler, idet de ikke vil anerkende fonden som et selvstændigt retssubjekt. Landsskatteretten omkvalificerer fonden fra at være et selvstændigt skattesubjekt til i stedet at være skatteretligt transparent. Spørgsmålet er bare, om Landsskatteretten kan foretage denne omkvalificering.

9.2. Omkvalificering og den skatteretlige konsekvens heraf

I det følgende afsnit undersøges dansk skatteretlig praksis, hvor skatteretten og civilretten er modstridende. I undersøgelsen heraf vil det inddrages, hvorvidt der i den skatteretlige vurdering sker en vilkårlig omkvalificering samt dennes skatteretlige konsekvens. Den danske skatteretlige praksis vil afslutningsvist blive vurderet i forhold til EU-retten, hvor det skal vurderes hvorvidt udenlandsk civilret skal inddrages i dansk skatterets kvalificering af en udenlandsk fond.

²⁹ RR.SM.2015.93

9.2.1. U2004.2397H Johnson Holding

I dommen havde et selskab ved skattefri aktieombytning stiftet et holdingselskab. I forbindelse hermed, ønskede holdingselskabet at få fradrag for udgifter til advokat og revisor i forbindelse med etableringen af holdingselskabet. Ligningslovens § 8 J hjemlede tidligere en fradragsret til udgifter afholdt til revisor og advokat i forbindelse med udvidelse af eksisterende erhvervsvirksomhed eller ved etablering af ny erhvervsvirksomhed.

De kommunale skattemyndigheder nægtede holdingselskabet fradragsret til de pågældende udgifter, da holdingselskabet kun ejer værdipapirer i datterselskabet og dermed ikke kan anses for at drive erhvervsvirksomhed ud fra bestemmelsens ordlyd. Det følger af statsskatteloven § 6, stk. 1, litra a, at retten til fradrag er betinget af, at udgiften er afholdt for at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten. Udgiften skal derfor være afholdt med henblik på at bevare den løbende indtægt i selskabet. Landsskatteretten finder, at holdingselskabets formål er at eje værdipapirer, og ikke at skabe en indkomstmæssig aktivitet. Ligeledes udgør holdingselskabet efter selskabslovene en erhvervsmæssig virksomhed, men selskabet formål er at eje værdipapirer i datterselskabet, hvorfor holdingselskabet ikke i skattemæssig forstand driver en erhvervsvirksomhed. Selve den erhvervsmæssige aktivitet foregår i datterselskabet, holdingselskabet driver kun aktivitet i form af at eje værdipapirerne i dattervirksomheden. Landsskatteretten finder derfor, at der ikke kan gives fradrag efter ligningslovens § 8 J og statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, da holdingselskabet ikke udøver en erhvervsmæssig virksomhed. Landsretten kommer frem til samme konklusion som Landsskatteretten.

Højesteret kommer frem til, at et aktie- eller anpartsselskab skal være erhvervsdrivende, jf. selskabslovene. Det selskabsretlige krav er opfyldt, såfremt selskabet ejer kapitalandele i dattervirksomheder. Derfor må holdingselskaber/moderselskaber anses for at drive erhvervsmæssige virksomhed også i skatteretlig forstand. Hverken oplysningerne om holdingselskabet, forarbejderne eller ordlyden til ligningslovens § 8 J giver Højesteret anledning til et andet udfald end at stiftelsen af holdingselskabet må anses for en etablering af en erhvervsvirksomhed. Holdingselskabet anses herefter for at være berettiget til fradrag for udgifter afholdt til revisor og advokat, både i forbindelse med løbende revision og regnskabsassistance samt etableringen af selskabet.

Det ses i dommen, at Højesteret tillægger det selskabsretlige begreb stor vægt, idet holdingselskabet efter selskabslovgivningen skal udgøre en erhvervsmæssig virksomhed. Der findes ikke hjemmel til at afskære holdingselskabet retten til fradrag, hverken i bestemmelsens ord-

lyd eller forarbejderne. Holdingselskabet kan i forbindelse med dets etablering på baggrund af ovenstående ikke nægtes adgang til fradrag for udgifterne til advokat og revisor i forbindelse med etableringen.

Dommen må således anses for at være udtryk for en retstilstand, hvor den skatteretlige kvalifikation af en erhvervsvirksomhed skal følge den selskabsretlige, medmindre andet fremgår af skattelovgivningen eller forarbejderne hertil. Det må som følge heraf antages at være fastslået i dansk ret, at skatteretten skal overholde civilretten, således at denne er styrende i forholdet mellem de to. Med undtagelse af tilfælde hvor modstridende forhold gør sig gældende, enten i lovgivningen, forarbejderne eller øvrige oplysninger i den konkrete sag.

9.2.2. U2007.736H FINWILL

Dommen omhandlede et dansk selskab, kaldet Finwill, der i over et år havde ejet 25 % af aktiekapitalen i Circuit Electric A/S (herefter kaldet: *Circuit*). I forbindelse med en kapitalnedsættelse i Circuit, afstår Finwill sine aktier til det udstedende selskab, Circuit. Der foretages efterfølgende en kapitalforhøjelse i form af en aktieemission i Circuit, som herefter tegnes af Hedeselskabet Miljø og Energi A/S (herefter kaldet: *HME*). Det var aftalt på forhånd, at HME skulle købe Finwills aktiepost i Circuit, som ikke selv havde tilstrækkelige midler til at foretage tilbagekøbet. Løsningen med en kapitalnedsættelse med efterfølgende kapitalforhøjelse medførte, at der ikke skete en ændring i aktiekapitalen eller egenkapitalen. Baggrunden for denne forhåndsaftale var et ønske hos Finwill om at undgå avancebeskatning ved salget.

Efter den tidligere aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 6 kunne en aktionær, som var et aktieselskab, afstå sine aktier skattefrit, såfremt denne havde ejet aktierne i 3 år eller mere. I den daværende ligningslovs § 16 B fulgte det, at hvis aktionæren afstår sine aktier til det udstedende selskab skulle afståelsessummen beskattes som udbytte. Det følger af den dagældende selskabsskatte-lovs § 13, stk. 1, nr. 2, at aktieudbytte er skattefrit, såfremt det udbytte modtagende selskab ejer minimum 25 % af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab, og har ejet dette i mere end 1 år.

Sammenspillet mellem disse bestemmelser medførte, at Finwill i forbindelse med deres aktieafståelse til Circuit opfyldte det selskabsretlige krav om et års ejertid, hvorefter udbytte kunne udloddes skattefrit. Finwill opfyldte ikke det skatteretlige krav, hvorefter der var krævet en ejertid på 3 år. Havde Finwill i stedet havde solgt aktierne direkte til HME, ville Finwill skulle beskattes af aktieavancen, da kravet om 3 års ejertid ikke var opfyldt.

Landsretten vurderer ud fra ovenstående, at overdragelsen selskabsretligt var gyldig. Landsretten finder imidlertid, at overdragelsen til det udstedende selskab ikke havde karakter af den i ligningslovens § 16 B anførte, da overdragelsen findes at være gennemført alene af den årsag at undgå avancebeskatning ved salget. Det findes at være tilfældet især med henvisning til, at overdragelsen skete med henblik på, at Circuit skulle overdrages til HME. Landretten kommer derfor til det resultat, at overdragelsen skal anses som et reelt salg mellem Finwill og HME således, at avancen var skattepligtig.

Det fulgte af dagældende aktieselskabslovs § 44a, stk. 1, nr. 2 og § 48b, nr. 1, at en ændring i ejerforholdene kan gennemføres ved en kapitalnedsættelse, hvor der efterfølgende sker en kapitalforhøjelse. I det Finwill tilbagesælger sine aktier, og HME tegner de tilbagesolgte aktier sker der en ændring i ejerforholdene, som efter bestemmelsens ordlyd er gyldig. Højesteret kommer således frem til at der selskabsretligt er sket en gyldig disposition.

På baggrund af en fortolkning af forarbejderne til ligningslovens § 16 B, finder Højesteret, at denne skal fortolkes overensstemmende med § 16 A. Idet ligningslovens § 16 A, efter forarbejderne omfatter enhver udlodning fra selskabet, herunder både indtjent overskud, indkomstskattefri formueforøgelser og kapital indskudt i selskabet, findes ligningslovens § 16 B på tilsvarende måde at skulle omfatte enhver afståelsessum fra selskabet. En afståelsessum fra selskabet, som i dette tilfælde stammer fra den kapital, der er indskudt i selskabet er derfor skattefri, når betingelserne i selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2 er opfyldt. Højesteret finder således, at afståelsessummen var omfattet af ligningslovens § 16 B og derfor var skattefri under forudsætning af, at selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2 var opfyldt.

Det fremgår af dommen at i tilfælde, hvor der selskabsretligt er hjemmel til at foretage en given disposition, skal dette ligeledes respekteres i skatteretten. I dommen er der hjemmel til at få skattefrit udbytte efter selskabslovgivningen.

I dommen ønsker skattemyndighederne at omkvalificere udbyttebeskatningen til i stedet at være en aktieavancebeskatning. En sådan omkvalificering kan i midlertidig ikke foretages, da der mangler hjemmel i skattelovgivningen. Skattemyndighederne kan således ikke omkvalificere en udbyttebeskatning til en avancebeskatning. Der fandtes herved ikke at være klar hjemmel i skattelovgivningen til, at udbyttet i stedet kunne beskattes som aktieavance. Den retlige konsekvens af dommen blev herefter, at det skatteretlige udbyttebegreb skal respektere

det civilretlige udbyttebegreb, og kan ikke tilfældigt omkvalificeres i den skatteretlige vurdering.

Der er efterfølgende gennemført en lovændring, således at bestemmelserne i aktieavancebeskatningsloven nu har forrang for udbyttereglerne. Det er således loven, der nu går ind og omkvalificerer et aktieudbytte til en aktieavance, såfremt selskabet opfylder betingelser for at modtage skattefrit udbytte. Det giver SKAT mulighed for fremadrettet at behandle lignende situationer, altså hvor der sker tilbagesalg til det udstedende selskab, som en aktieavance.³⁰

9.2.3. C-321/05 KOFOED

Østre Landsret indgav i C-321/05 en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af art. 8 og 11 i Rådets direktiv 90/434EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (herefter kaldet: *fusionsbeskatningsdirektivet*). Anmodningen kom sig af en indkomstbeskatningssag mellem Kofoed og Skatteministeriet i forbindelse med en aktieombytning.

Kofoed og Toft ejede hver 50 % af kapitalandele af Cosmopolit Holding ApS, hvor anparts-kapital udgjorde kr. 240.000. Den 26. oktober 1993 erhvervede de hver især en aktie af 1 IEP³¹ i et irsk kapitalselskab kaldet Dooralong Ltd. Der blev samtidigt foretaget en kapitalforhøjelse i Dooralong, hvor selskabet udstedte 21.000 nye aktier til en værdi af 1 IEP per aktie. Den 29. oktober 1993 foretog Kofoed og Toft en aktieombytning, hvor de byttede deres anparter i Cosmopolit Holding ApS med de nystiftede aktier i Dooralong. Kofoed og Toft ejede herefter hver 10.501 aktier i Dooralong, som ejede alle anparter i Cosmopolit Holding ApS. Den 1. november 1993 modtog Dooralong et udbytte på 2.742.616 IEP fra Cosmopolit Holding ApS. Den 3. november 1993 blev det på generalforsamlingen besluttet af Kofoed og Toft, at udlodde et udbytte fra Dooralong på 2.742.116 IEP.

I den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og Irland var der mulighed for at foretage udlodninger uden dansk beskatning. I dobbeltbeskatningsoverenskomsten skulle udbytte fra et irsk selskab alene beskattes i Irland og ikke i Danmark. Der var således tale om en exemptionslempelse, idet der kun skulle ske udbyttebeskatning i kildelandet og ikke i bopælslandet. Kofoed skulle som følge heraf ikke beskattes af udbyttet fra Dooralong i

³⁰ TfS 2007, 592

³¹ IEP = irske pund

Danmark, men alene i Irland.³² Skattemyndighederne mente ikke, at Kofoed kunne fritages for beskatning ved aktieombytningen i henhold til fusionsbeskatningsdirektivet, hvilket blev stadfæstet i den efterfølgende landsskatteretssag.

Skattemyndighederne var af den opfattelse, at der i forbindelse med aktieombytningen opstod en kontant udligningssum, som skulle beskattes som værende dette, og ikke skulle anses som udbytte. Den kontante udligningssum er en tillægsydelse i form af en pengeydelse. Pengeydelsen skal sammen med kapitalandelene i det erhvervede selskab, modsvare den værdi som kapitalandelene i det erhvervende selskab har. Pengeydelsen skal være bindende aftalt som tillæg til kapitalandelene, hvilket fremgår af fusionsbeskatningsdirektivets art. 2.³³ Østre Landsret ønskede ligeledes vurderet, hvorvidt der var tale om en aktieombytning i direktivets forstand. Disse spørgsmål, samt hvorvidt den samlede disposition kunne anses for et retssikkerhedsbrud blev af Østre Landsret forelagt for EU-domstolen.

I fusionsbeskatningsdirektivets art. 11 er der hjemmel til, at en medlemsstat kan afstå fra at anvende direktivet, såfremt aktieombytningen findes at have karakter af skattesvig eller skatteunddragelse.³⁴ Der er på tidspunktet for vurderingen ikke en national bestemmelse i dansk ret, som implementerer denne artikel, hvorfor det skal vurderes, hvorvidt art. 11, alligevel kan finde anvendelse i sagen.³⁵ Retssikkerhedsprincippet er imidlertid til hinder for, at en medlemsstat kan påberåbe sig et direktiv overfor borgerne, da direktiver i sig selv ikke kan skabe forpligtelser for borgerne.³⁶

Det er en nødvendig forudsætning for at kvalificere udbytte som en kontant udligningssum, at udbyttet er aftalt bindende på forhånd. I sagsakterne findes ingen indikationer, der tyder på, at udbyttet skulle udgøre en del af den modydelse som Dooralong skulle erlægge i forbindelse med overtagelsen af Cosmopolit. Der er således ikke noget, som forpligter Dooralong til at udbetale udbyttet, hvorfor udbyttet ikke kan anses som værende en kontant udligningssum.³⁷

EU-domstolen finder på baggrund af ovenstående omstændigheder, at den skete aktieombytning mellem Cosmopolit Holding ApS og Dooralong ikke kan omkvalificeres til at være en kontant udligningssum. Fusionsbeskatningsdirektivet giver således mulighed for at foretage

³² SKM2007.843DEP

³³ Præmis 28

³⁴ Præmis 37

³⁵ Præmis 40

³⁶ Præmis 42

³⁷ Præmis 33, 34 og 48

aktieombytningen, og dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Irland giver mulighed for at foretage dette skattefrit. Det udloddede udbytte skal således ikke indgå i beregningen af den kontante udligningssum.³⁸

Fusionsbeskatningsdirektivet har imidlertid en værnsbestemmelse mod retsmisbrug som fastslår at fællesskabsbestemmelserne ikke på svigagtig måde kan påberåbes af en borger, eller påberåbes såfremt det er med henblik på misbrug. I dette tilfælde vil det betyde, at såfremt Kofoeds beslutning om aktieombytning og senere udbytteudlodning er foretaget med det formål at undgå beskatning, vil bestemmelserne i fusionsbeskatningsdirektivet ikke kunne påberåbes.³⁹

EU-domstolen lod det herefter være op til dansk ret hvorvidt denne værnsbestemmelse kunne anses for at være tilstrækkelig præcis og klar implementeret i nationale bestemmelser, således at der kunne antages at gælde et forbud mod retsmisbrug, skatteunddragelse eller skattesvig, som kunne fortolkes i overensstemmelse med art. 11 i direktivet.⁴⁰

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Irland var til genforhandling og blev vedtaget den 7. november 1993. Efter den nye overenskomst var indsat en creditlempelse, således at udbytte udbetalt fra et irsk selskab til en fysisk person med bopæl i Danmark både kunne beskattes i Irland og i Danmark. Der vil herefter ikke kunne foretages en skattefri udlodning fra Irland.⁴¹ Kofoed påbegynder den 26. oktober 1993 med at foretage dispositioner i forbindelse med stiftelsen af Dooralong og aktieombytningen. Allerede 12 dage senere bliver det besluttet, at udlodning af udbytte skal beskattes efter den nye overenskomst. Idet disse handlinger foretages umiddelbart inden vedtagelsen af den nye dobbeltbeskatningsoverenskomst, taler dette hen mod et ønske om undgåelse af dansk beskatning. Det virker til, at Kofoed gennem forløbet har været bevidst omkring dobbeltbeskatningsoverenskomsten og den forestående ændring heraf. Kofoeds handlinger afspejler tydeligt et forsøg på at opnå den uhensigtsmæssige skattefordel, som den tidligere overenskomst gav mulighed for at opnå.

Det fremgår af EU-domstolens afgørelse at i tilfælde, hvor der tydeligvis mangler hjemmel i nationale lovgivning, kan myndigheder ikke gå ind og omkvalificere en transaktion.

³⁸ Præmis 48

³⁹ Præmis 38

⁴⁰ Præmis 46

⁴¹ SU 2007, 342

9.3. Civilrettens betydning for den skatteretlige kvalifikation

Skattemyndighederne forsøger i deres vurdering at omkvalificere et begivenhedsforløb, som faktisk er på én måde til skatteretligt at skulle betragtes på en anden måde. Civilrettens begreber er ofte lovfæstet og veletableret i dansk ret. Det fremgår af de tre førnævnte domme, at skattemyndighederne bliver bundet af den civile retlige lovgivning i tilfælde, hvor der ikke i skattelovgivningen findes hjemmel i lov, forarbejder eller andre konkrete holdepunkter for, at tilsidesætte den civile retlige retstilstand. Skatteretten skal derfor acceptere civilretten og kan således ikke fravige denne uden klar lovhjemmel, forarbejder eller andre holdepunkter. Skattemyndighederne forsøger i alle ovennævnte domme at omkvalificere en transaktion til noget andet end det reelt er.

Kravet om udtrykkelig lovhjemmel følger i øvrigt af legalitetsprincippet, hvorefter alle myndighedsbeslutninger skal have hjemmel i lov. Samme krav gælder inden for EU-retten, hvor det er retssikkerhedsprincippet, der finder anvendelse. Spørgsmålet er således om dansk ret skal respektere de øvrige EU-medlemsstaters civile retlige regler som følge af Danmark medlemskab af EU. SKAT tog dette spørgsmål op i SKM2015.458LSR, hvor de i deres afgørelse gør følgende gældende:

”SKAT finder ikke, at dette er tilstrækkeligt for, at fonden også kan anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt efter danske skatteregler. Den skattemæssige kvalifikation foretages således udelukkende på baggrund af de danske skatteregler. Det er i den forbindelse det sædvanlige udgangspunkt, at i Danmark gælder dansk skatteret og når der bortses fra EU-ret, har anden ret hverken forrang eller virker udfyldende i forhold til dansk ret. Selvom H2 opfylder betingelserne for at være et selvstændigt skattesubjekt i Holland, betyder dette derfor nødvendigvis ikke, at tilsvarende gælder i Danmark.”

SKAT mener altså ikke, at Danmark er bundet af et andet lands retsregler. I EU-dommene C-196/04 Cadbury Schweppes, C-347/04 Rewe og C-524/04 Test Claimants, som er gengivet i afsnit 7.7.2.-7.7.4., hvor EU-domstolen kom frem til, at medlemsstaterne gerne må opstille nationale skatteretlige restriktioner i form af CFC-beskatning, regler om tynd kapitalisering osv., hvis stiftelsen af et selskab i udlandet udgør et rent kunstigt arrangement uden nogen økonomisk aktivitet, eller er sket udelukkende med henblik på at undgå medlemsstatens nationale lovgivning. Et selskab må godt stiftes i udlandet med henblik på at opnå en skattefordel,

men ikke med det formål direkte at unddrage medlemsstaten ellers pligtig skat. EU-domstolen statuerer yderligere, at et rent kunstigt arrangement, som f.eks. postkasseselskaber og skærmselskaber, ikke er omfattet. De nationale lovbestemmelser, som EU-retligt kan udgøre en hindring skal for at kunne opretholdes være baseret på objektive kriterier, som skal kunne efterprøves.

Som citeret ovenfor skal Danmark respektere EU-retten. EU-retten giver statsborgere og juridiske personer mulighed for at etablere selskaber i andre medlemsstater, jf. TEUF art. 49 og 54. Skattemyndigheder i de forskellige medlemsstater kan således ikke bare vedtage lovgivning, som udgør en hindring for retten til fri etablering, hvilket igen ses i EU-dommene C-196/04 Cadbury Schweppes, C-347/04 Rewe og C-524/04 Test Claimants. Er stiftelsen i udlandet kunstig eller udtryk for misbrug af de EU-retlige rettigheder, vil situation ikke EU-retligt være beskyttet.

C-321/05 Kofoed kan anses for at være et kerneeksempel på en situation, hvor der kunne forelægge misbrug. Kofoed og Toft var klar over, at der var et hul i dobbeltoverenskomstbeskatningen, hvorefter udbytte var skattefrit. Ligeledes var de klar over, at der snart kom en ændring af overenskomsten, hvorfor de udnyttede denne mulighed til at undgå udbyttebeskatning. Her var der klart tale om et tilfælde af misbrug af en traktatfæstet rettighed, der ikke er beskyttet af EU-retten. Generaladvokaten har i forslaget til afgørelse anført, at der i sagen er indikationer på at situationen ville være omfattet af art. 11 i fusionsbeskatningsdirektivet. Fusionsbeskatningsdirektivets art. 11 mod misbrug var ikke implementeret i dansk ret, hvorfor denne bestemmelse ikke kunne påberåbes, og situationen blev derved omfattet af den EU-retlige beskyttelse.

9.4. Omkvalificering af udenlandske fonde i dansk ret

De danske myndigheder forsøger at omkvalificere udenlandske fonde fra at være et selvstændigt skattesubjekt til i stedet at være skatteretligt transparent. Ud fra dommene C-196/04 Cadbury Schweppes, C-347/04 Rewe og C-524/04 Test Claimants, vil denne omkvalificering alene kunne ske, såfremt der er tale om et kunstigt arrangement, eller at der er tale om misbrug, f.eks. er stifteren/den begunstigede ikke beskyttet, såfremt der er tale om et kunstigt arrangement, hvor fonden udelukkende er stiftet, fordi formuen bringes i skattely.

Omkvalificering kan ikke foretages, såfremt den udenlandske fond opfylder betingelserne i TEUF art. 49 og 54. Fonden skal således arbejde med gevinst for øje, have en vis erhvervs-

mæssig aktivitet, samt have en økonomisk aktivitet. Den økonomiske aktivitet indebærer, at der er foretaget en reel etablering med et forretningssted. Fonden/trusten vil typisk have en bestyrelse eller trustee til at varetage fondens/trustens interesser, hvorfor denne betingelse vil være opfyldt allerede som følge af dette.

I C-524/04 *Test Claimants* har EU-domstolen krævet, at medlemsstaten kun kan anvende de nationale regler som omfatter kunstige situationer for den del af renteudgifterne, som overstiger renter givet på armslængdevilkår. Det vil sige, at restriktionen alene kunne anvendes på den del af renteudgifterne som fandtes at være udloddet overskud (udbytte), idet det alene var denne del som ikke var EU-retligt beskyttet. EU-domstolen fastslår herved, at fordi noget er kunstigt, kan medlemsstaten ikke kvalificere hele arrangementet som værende kunstigt.

I dansk praksis er der opstillet objektive kriterier for hvornår en udenlandsk fond kan anses for et selvstændigt skattesubjekt. Disse kriterier kan ligeledes efterprøves. Kriterierne må imidlertid ikke være formuleret således at de rammer alle arrangementer, men skal derimod formuleres således at kun de rent kunstige i arrangementer rammes af restriktionen. Det blev blandt andet anført i *Test Claimants*, idet EU-domstolen anførte at medlemsstaten ikke kunne fratage datterselskabet hele fradraget for den samlet renteudgift, men alene kunne nægte fradrag for den del af renten som ansås for at overstige en aftalt rente på armslængdevilkår. En afgørelse som SKM2015.458LSR vil ud fra dette synspunkt være afgjort forkert, idet der hverken er tale om et kunstigt arrangement eller misbrug. Fonden alene falder på det danske krav om en uafhængig bestyrelse, selvom der i hollandsk fondsret er et krav om uigenkaldelig udskillelse af fondens formue. Ligeledes føres der i Holland et skarpt tilsyn med fonden og fondsmyndigheden har kompetencen til at afsætte bestyrelsesmedlemmer. Bestyrelsen kan derfor blive afsat, hvis de forsøger at påvirke fondens beslutninger til deres egen fordel. I den danske landsskatteretsafgørelse rammer dansk skattepraksis et forhold, der ikke er udtryk for misbrug eller et kunstigt arrangement, hvilket er i strid med EU-retten. Havde en del af fonden fremstået som kunstig, eller at en del af fondens indtægter fremstod som kunstige, ville det alene være denne del som de danske skattemyndigheder kunne omkvalificere.

10. Restriktionsforbuddets rækkevidde

Retten til frit at etablere sig inden for EU følger af TEUF art. 49 og 54. Medlemmer af EØS er ligeledes beskyttet af etableringsfriheden som følge af EØS-traktaten. Rettigheden indebærer både en ret til at etablere sig og en ret til at udøve virksomhed i en anden medlemsstat. Etable-

ringsretten beskytter ikke kun retten til primæretablering i en anden medlemsstat, men tillige retten til sekundæretablering blandt andet i form af stiftelse af et datterselskab eller filial i en anden medlemsstat.⁴² Som tidligere nævnt er alle selskaber, som arbejder med gevinst for øje beskyttet af den etableringsfrihed, der er tilsikret i TEUF. Det følger yderligere af art. 54, stk. 2, at selskaber skal forstås bredt således at også fonde, som arbejder med gevinst for øje er omfattet heraf. Det står således enhver frit for, at etablere et selskab i en anden medlemsstat under samme betingelser som gælder for denne medlemsstats selskaber.

10.1. Retten til fri etablering inden for EU

Det følger af art. 49, at enhver restriktion, der udgør en hindring for etableringsfriheden, er forbudt. Retten til frit at etablere sig gælder både for statsborgere af en medlemsstat samt juridiske personer i en medlemsstat, og indebærer at disse har ret til at etablere sig i en anden medlemsstat på samme vilkår, som denne medlemsstats egne borgere og juridiske personer. Medlemsstaterne må ikke opstille restriktioner, der kan udgøre en hindring for statsborgerens adgang til at etablere sig.

En statsborger eller en virksomhed kan være etableret i mere end en medlemsstat, hvilket følger af retten til sekundæretablering. Etableringsretten giver mulighed for enhver form for selvstændig virksomhed, oprettelse af virksomhed, virksomheds drift samt oprettelse af filialer, datterselskaber mv.⁴³ TEUF art. 49, stk. 2 sikrer at virksomheden ikke efterfølgende udsættes for diskrimination. Denne beskyttelse er især med hensyn til at sikre at konkurrencen i medlemsstaten sker på lige vilkår, for både indenlandske og udenlandske virksomheder.⁴⁴

10.2. Etableringsfriheden udvidet til også at gælde for selskaber

TEUF art. 54 fastslår, at selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og som har hjemsted inden for Unionen sidestilles med personer, og derved opnår samme beskyttelse. TEUF art. 54, stk. 2 definerer, hvad der efter traktaten forstås ved selskaber. Artikel er yderligere uddybet tidligere i nærværende fremstilling.

De danske skattemyndigheder foretager oftest den første bedømmelse af en udenlandsk fond/trust, og denne bedømmelse foretages ud fra national skattelovgivning og egen praksis. Her vurderer de danske skattemyndigheder, hvorvidt et udenlandsk selskab opfylder de krav som stilles for at blive anset for et selvstændigt rets- og skattesubjekt efter dansk ret. Udfaldet

⁴² Sørensen m.fl. (2014), s. 556

⁴³ Neergaard og Nielsen (2016), s. 120

⁴⁴ Ibid, s. 564f

af denne kvalifikation vil have den konsekvens, at den udenlandske fond enten anses for at være et selvstændigt rets- og skattesubjekt, eller efter dansk ret blive anset for at være skatteretligt transparent. Det følger af analysen af de tidligere gennemgåede domme og bindende svar, at denne afgørelse oftest falder på om der er sket en effektiv, uigenkaldelig og definitiv udskillelse af fondens formue fra stifterens. I afgørelserne hvor skattemyndighederne har fundet at dette er tilfældet, er den udenlandske fond/trust blevet anset for at være et selvstændigt rets- og skattesubjekt efter dansk ret.

Under analysen af de danske skattemyndigheders praksis fremgik det tydeligt at bedømmelsen af de udenlandske fonds/trusts alene skete på baggrund af dansk ret. Den omstændighed, at bedømmelsen af et forhold som indeholder et grænseoverskridende element, idet der er tale om en statsborger i et medlemsstat som ønsker at etablere virksomhed i en anden medlemsstat, alene sker ud fra et dansk perspektiv strider imidlertid mod det fællesskab som Danmark er den del af ved deres medlemskab af den Europæiske Union. Når de danske skattemyndigheder ikke tager højde for EU-retten i deres bedømmelse af grænseoverskridende forhold opstår der en risiko for, at dansk ret gør det mindre attraktivt at etablere en fond i anden medlemsstat, hvilket vil kunne udgøre en hindring efter EU-retten.

I følgende afsnit vil de centrale EU-domme omkring etableringsfrihed behandles. Dommene omhandler tilfælde, hvor EU-domstolen ved en efterprøvelse af den nationale lovgivning har fundet denne fællesskabsstridig, idet en medlemsstat frakendte en anden medlemsstat juridiske personer rettigheder som følge af en restriktion. En restriktion er en foranstaltning, der hindrer den frie bevægelighed.⁴⁵ Det følger af fast retspraksis indenfor EU, at hvor der er risiko for at nationale foranstaltninger hæmmer udøvelsen eller gør udøvelsen af de ved traktaten garanterede rettigheder mindre attraktivt, udgør dette en restriktion.⁴⁶ Det kan være tilfældet, hvis det er dyrere eller mere besværligt og herved gør retten til etableringsfrihed mindre attraktivt at udøve for statsborgere fra andre medlemsstater.⁴⁷

Der findes at være udviklet en masse forskellige restriktionsforbud og ikke et generelt restriktionsforbud. Faktum er, at en restriktion skal undersøges konkret i forhold til den enkelte traktatbestemmelser, da traktatbestemmelserne har udviklet sig forskelligt. EU-domstolens afgørelser kan således godt have en afsmittende effekt på retsstillingen på andre områder, men dette vil ikke altid være tilfældet. Restriktionsforbuddet kan på et overordnet plan siges at

⁴⁵ Sørensen m.fl. (2014), s. 266

⁴⁶ Neergaard og Nielsen (2016), s. 33

⁴⁷ Sørensen m.fl. (2014), s. 266

indeholde følgende momenter; 1) *Der skal foreligge en restriktion*, 2) *vurdering af om restriktionen kan begrundes i tvingende almene hensyn* og 3) *om foranstaltningen er proportional*.⁴⁸

10.2.1. C-212/97 Centros

Et dansk ægtepar stifter og registrerer et ”private limited company”, Centros Ltd., i England, som efter dansk ret anses for at være et udenlandsk anpartsselskab.⁴⁹ Efter engelsk ret stilles der på tidspunktet for stiftelsen ikke krav til en mindstekapital ved registreringen af et anpartsselskab. Efter stiftelsen af selskabet i England ønskede ægteparret at stifte en filial i Danmark. Filialen i Danmark skulle drive økonomisk virksomhed, mens selskabet i England ikke drev økonomisk virksomhed. Ægteparret havde specifikt valgt at etablere et selskab i England, da der ikke efter engelsk ret blev stillet krav til kapital ved primæretablering, som det ellers kendes efter dansk ret ved en primæretablering. Registreringen af filialen i Danmark blev nægtet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i Danmark med den begrundelse, at hele konstruktionen blev opfattet som en omgåelse af dansk ret. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fandt herefter, at det danske ægtepars stiftelse af det engelske selskab alene var med det formål at stifte et selskab i Danmark, som ikke skulle leve op til kravet om mindstekapital. På baggrund af dette fandtes det efter dansk ret at udgøre en omgåelse af mindstekapitalkravet. Det blev efterfølgende vurderet af EU-domstolen, at Danmarks nægtelse af registrering af filialen i Danmark udgjorde en hindring i TEUF art. 49 og art. 54’s forstand.

10.2.2. C-167/01 Inspire Art

Inspire Art Ltd. var et selskab stiftet i England. Selskabet, som havde en hollandsk direktør, ønskede at oprette en filial i Holland. Efter dagældende hollandske regler skulle en filial af et udenlandsk selskab opfylde yderligere krav end indenlandske filialer. Disse krav omfattede blandt andet et krav til det udenlandske selskab vedrørende mindstekapital, krav til selskabets ledelse mv. Det centrale i sagen var om hollandsk ret kunne stille krav om, at en udenlandsk filial skulle registreres i det hollandske Industri- og handelskammer som et formelt udenlandsk selskab (formeel buitenlandse vennootschap). Denne registrering indebar imidlertid en række automatiske retsvirkninger i form af de yderligere krav.⁵⁰ Det hollandske Industri- og handelskammer begrundede foranstaltningen blandt andet under hensyn til god handelsskik. EU-domstolen fandt, at de nationale selskabsretlige regler var i strid med fællesskabsretten, idet der var større krav til en udenlandsk filial modsat en indenlandsk filial, hvilket EU-retligt

⁴⁸ Ibid., s. 266

⁴⁹ Præmis 4

⁵⁰ Inspire Art, præmis 49

betragtes som en restriktion. Inspire Art. havde herefter ret til sekundæretablering i en anden medlemsstat som følge af etableringsfrihed, der er tilsikret ved traktatens art. 49 og art. 54.

10.2.3. C-208/00 Überseering

I sagen C-208/00 Überseering, havde et hollandsk selskab (Überseering) opkøbt en grund i Düsseldorf, Tyskland. På grunden var der et motel og en garage, som skulle renoveres. NCC forestod renovationen og i forbindelse hermed blev der konstateret mangler ved arbejdet. Der blev herefter anlagt sag om afhjælpning af mangler og erstatning for skader. Den tyske domstol (Oberlandesgericht) nåede frem til, at Überseering havde flyttet sit faktiske hovedsæde i Holland til nu at være i Düsseldorf, idet to tyske statsborgere havde erhvervet kapitalandelene i selskabet. Af denne grund fandtes Überseering efter tysk ret hverken at have rets- eller partsevne i Tyskland.

EU-domstolen kom i deres afgørelse frem til, at eftersom Tyskland ikke anerkendte Überseering som havende rets- og partsevne efter tysk ret, udgjorde dette en restriktion i forhold til etableringsretten som følger af TEUF art. 49 og 54. Überseering blev stiftet efter hollandsk ret, har sit faktiske hovedsæde i Holland, og har rets- og partsevne efter hollandsk ret. Überseering gør brug af den etableringsfrihed som er tilsikret ved TEUF, ved deres opkøb af grunden i Tyskland. De tyske domstole skal på baggrund heraf anerkende at Überseering har rets- og partsevne også efter hollandsk ret, jf. TEUF art. 49 og 54. Überseering findes således ikke at have fortabt sin rets- og partsevne fordi to tyske statsborgere har erhvervet selskabet.⁵¹

Det fremgår af EU-dommene, at domstolen foretager en prøvelse af hvorvidt foranstaltningen kan anses for at stride mod fællesskabsretten, samt hvorvidt den på trods af at være EU-stridig alligevel kan opretholdes, fordi den kan begrundes i tvingende almene hensyn. En ellers ulovlig foranstaltning kan således på trods af at være fællesskabsstridig, alligevel accepteres såfremt den består den EU-retlige test der er hjemlet i sag C-55/94 Gebhard.

10.3. GEBHARD-TESTEN: en prøvelse af restriktioners lovlighed

I EU-domstolens sag C-55/94 Gebhard blev EU-domstolen forelagt præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af TEUF art. 49 og direktivet 77/249/EØF om advokaters fri udveksling af tjenesteydelser. I sagen havde Reinhard Gebhard, en tysk Rechtsanwalt, der var bosat og drev juridisk rådgivningsvirksomhed i Italien, anvendt titlen avvocato. Advokatrådet i Milano havde nedlagt forbud mod, at Gebhard anvendte denne titel. Domstolen fandt, at art.

⁵¹ Præmis 82 og 95

49, stk. 2 medfører, at etableringsfriheden skal udøves på samme vilkår som etableringslandet har fastsat for medlemsstatens egne statsborgere. Etableringsfriheden kan således godt undergives krav, hvis disse er begrundet i samfundsmæssige hensyn og også gælder for medlemsstatens egne statsborgere. EU-domstolen fastlagde herved 4 betingelser som en medlemsstats restriktion skal opfylde for at blive accepteret. Medlemsstater må således gerne opstille restriktioner, såfremt at de opfylder de 4 betingelser i Gebhard-testen, jf. C-55/94 Gebhard:

”Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.”⁵²

Gældende ret opsummeres her af domstolen, som ens for hvad domstolen betegner som ”de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder”.⁵³ De 4 betingelser som efter Gebhard-testen skal være opfyldt behandles i følgende afsnit.

10.3.1. Anvendes uden forskelsbehandling

Det følger af første betingelse i Gebhard-testen, at restriktionen skal anvendes uden forskelsbehandling mellem egne statsborgere i medlemsstaten og udenlandske statsborgere fra andre medlemsstater. Det er efter dansk ret krævet, at fonden skal opfylde en række betingelser før den kan blive anset for at være et selvstændigt skattesubjekt. Både indenlandske og udenlandske fonde skal opfylde kriterierne om, at formuen skal være effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens/den begunstigedes formue, hvilket blandt andet bemærkes i de tidligere behandlet domme og bindende svar afgivet af de danske skattemyndigheder og domstole.

Det fremgår af de danske skattemyndigheders praksis, at kravene som stilles til en indenlandsk fond er identisk med de krav som stilles til en udenlandsk fond. De lovfæstede krav i EFL og FL skal således både være opfyldt af fonde stiftet i Danmark, som af fonde stiftet i en anden medlemsstat for at bliver anerkendt som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.

⁵² Præmis 37

⁵³ Neergaard og Nielsen (2016), s. 16

Disse krav findes ikke at anvendes med forskel for så vidt angår de udenlandske fonde som for indenlandske fonde, som udgangspunkt.

Den eneste forskel der indirekte kan siges at forelægge ved kravene er, at en indenlandsk fond automatisk opfylder den skatteretligt vurdering som et selvstændigt skattesubjekt allerede fordi den har bestået den civilretlige prøvelse ved registrering i Erhvervs- og selskabsstyrelsen. En udenlandsk fond, der opfylder de civilretlige kravene til en fond i en anden medlemsstat, bliver ikke automatisk anerkendt af de danske skattemyndigheder som værende et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Den udenlandske fond skal gennemgå endnu en prøvelse efter dansk skatteret. Kvalificeringen af den udenlandske fond, som foretages af de danske skattemyndigheder viser ud fra tidligere gennemgået praksis ofte at stille strengere krav til en fond end dansk civilret gør. Udenlandske fonde kommer herved til at skulle gennemgå en dobbelt prøvelse, idet de danske skattemyndigheder skal efterprøve andre medlemsstaters civilretlige kvalificeringen af en fond. Det kan medføre, at fonden ikke bliver anerkendt som værende en fond i dansk ret og dermed opnår den udenlandske fond ikke selvstændig skattesubjektivitet. Det kan herefter synes usikkert, hvorvidt de danske fondsregler og dertil knyttede skatteretlige praksis kan findes at være nationalitetsmæssig neutralt, idet de danske skattemyndigheder ikke anderkender andre medlemsstaters civilretlige kvalificering, men derimod går ind og foretager deres egen vurdering.

10.3.2. Begrundet i tvingende almene hensyn

Anden betingelse i Gebhard-testen indebærer en undersøgelse af om den nationale foranstaltning på trods af at være konstateret som en fællesskabsstridig foranstaltning, alligevel kan accepteres og anerkendes på grund af legitime hensyn. Der sondres her imellem traktatfæstede hensyn og ikke-traktatfæstede hensyn (domstolsskabte hensyn). De ikke traktatfæstede hensyn bliver også betegnet som ”tvingende almene hensyn” eller ”tvingende samfundsmæssige hensyn”.⁵⁴ Denne betegnelse spænder over en lang række forskellige hensyn, herunder f.eks. miljøhensyn, beskyttelse af god handelsskik og sikring af sammenhængen i en beskatningsordning mv.⁵⁵ Det er ikke muligt at give en udtømmende liste over de hensyn som accepteres og anerkendes, men som ikke er traktatfæstede, idet listen er uendelig. Selvom listen i princippet kan siges at være uendelig, findes der hensyn som EU-domstolen konsekvent har afvist at acceptere, herunder økonomiske hensyn og hensyn begrundet i administrative van-

⁵⁴ Sørensen m.fl. (2014), s. 266

⁵⁵ Neergaard og Nielsen (2010), s. 540

skeligheder.⁵⁶ Det er ligeledes fastslået ved flere EU-domme, herunder blandt andet i den tidligere nævnte afgørelse Cadbury Schweppes præmis 49, at hensynet til at undgå et tab af en skatteindtægt ikke findes at udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion.

Det ses tydeligt af tidligere gennemgået skattepraksis, at de danske skattemyndigheder hovedsageligt ser på om fonden opfylder kravet til at fondens formue skal være definitivt, uigenkaldeligt og effektivt udskilt fra stifterens/begunstigedes. Kravet gælder for såvel danske fonde, som udenlandske fonde og de danske skattemyndigheder behandler alle fonde ens med hensyn til prøvelsen af dette krav. Alle fonde skal således have en formue som er effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens formue for at blive anerkendt som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Stifteren/den begunstigede må ikke have mulighed for at råde over fondens formue, hverken direkte eller indirekte, idet dette vil udgøre en uhenigtsmæssig og uacceptabel selvåndlæggelse.⁵⁷ Det er flere gange påvist, at EU-domstolen afviser opnåelse af et skatteprovenu som et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion. Det er derimod reelt, at en medlemsstat ved indsættelsen af krav til en fond i egen lovgivning forsøger at varetage hensynet til kreditorbeskyttelsen, hvilket blandt andet er set fremført i de førnævnte EU-domme, Centros, Überseering og Inspire Art. Forebyggelsen af selvåndlæggelse er endnu ikke set fremført som et tvingende alment hensyn for EU-domstolen, men da hensynet i høj grad også indeholder et hensyn til kreditorbeskyttelsen må dette anses for at kunne udgøre et tvingende alment hensyn som kan begrunde en restriktion.

10.3.3. Proportionalitetsprincippet

EU-domstolen nævner som de sidste to betingelser i Gebhard-testen, at foranstaltningen skal være ”egnet” og ”ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet”. Disse to betingelser udgør netop proportionalitetsprincippet. Når Gebhard-testen udføres af EU-domstolen skal det som tidligere nævnt først og fremmest undersøges, hvorvidt der er tale om en restriktion, altså om den nationale foranstaltning udgør en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden. I bekræftende fald vil det yderligere skulle undersøges, hvorvidt denne restriktion kan begrundes i tvingende almene hensyn, således at den vil kunne opretholdes som acceptabel og anerkendelsesværdig. Hvis EU-domstolen kommer frem til, at den i udgangspunktet fællesskabsstridige foranstaltningen kan opretholdes skal det slutteligt vurderes hvor-

⁵⁶ Sørensen m.fl. (2014), s. 266

⁵⁷ Selvåndlæggelse: udtryk hvorved sædvaneligt forstås at en persons formue er unddraget dennes egne kreditorer, men stadig står til rådighed for personen selv.

vidt foranstaltningen er proportional. Det vil altså sige, at vurderingen af foranstaltningens proportionalitet i sidste ende kan få afgørende betydning for sagens udfald.⁵⁸

De danske skattemyndigheder stiller samme krav til udenlandske fonde som fremgår af EFL og FL. Især kravet om effektiv, uigenkaldeligt og definitiv udskillelse af fondens formue fra stifterens ses at have haft afgørende betydning for, hvorvidt de danske skattemyndigheder kvalificerede den udenlandske fond som et selvstændigt skattesubjekt. Denne udskillelse skal ligeledes ikke kun være opfyldt formelt, men også reelt idet stifteren/den begunstigede ikke må udøve en ejers råden over fondens formue hverken direkte eller indirekte. En udenlandsk fond kan kun stiftes lovligt i en anden medlemsstat såfremt den opfylder de civilretlige krav i denne medlemsstat. Der ses blandt andet et eksempel i de tidligere gennemgået domme og bindende svar fra SKAT, at en trust hvorefter den begunstigede kan få sin bror til at fratæde posten som trustee, ikke findes at være effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra den begunstigedes formue, hvorfor denne beskattes af trustens afkast. Derudover fremgår det endnu tydeligere af landskatterettens afgørelse vedrørende fonden i Holland, at denne heller ikke af de danske skattemyndigheder anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret, idet den ikke findes at opfylde betingelsen om en selvstændig bestyrelse. Begge udgør et eksempel på, at en fonds formue er effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifteren og begunstigedes formuer, men at fonden ikke kan anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt på baggrund af, at de ikke opfylder kravet om at bestyrelsen skal udgøres af minimum 1/3 uafhængige medlemmer.

Det kan imidlertid forekomme uproportionalt, at der efter dansk ret stilles krav til ledelsen i fonden som efter udenlandsk civilret er lovligt stiftet, og hvor fonden/trusten opfylder det væsentligste krav til en fond efter dansk ret – nemlig at fondens/trustens formue skal være effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens/begunstigedes formuesfære. Øget krav som dette til fondens ledelse respekterer ikke de øvrige medlemsstater civilretlige vurdering, kompetence og lovgivning, som i øvrigt står denne medlemsstat frit for at indrette som denne ønsker det, under hensyn til EU-retten. De danske skattemyndigheder kommer ved deres vurdering og kvalificering af den udenlandske fond til at anvende deres lovgivning på en restriktiv måde set i et EU-retligt perspektiv. Når man ser på anvendelsen af den danske skat-
telovgivning og praksis i forhold til proportionalitetsprincippet omkring nødvendighed i forhold til at nå målet, kan det yderligere forestå som ekstra indgribende foranstaltning at de

⁵⁸ Neergaard og Nielsen (2010), s. 544

danske skattemyndigheder foretager deres egen vurdering ud fra egen praksis og lovgivning med deraf følgende konsekvens, at stifteren/den begunstigede beskattes personligt af fondens indtægter. Målet er her at værne mod selvåndlæggelse og iagttage hensynet til kreditorerne, men da stifteren/den begunstigede ikke selv kan råde over fondens formue synes det indgribende, at midlet til at værne mod selvåndlæggende er en personlig beskatning af fondens indtægter hos stifteren/den begunstigede, da fonden efter dansk ret anses for værende skatteretligt transparent. Proportionalitetsprincippet har som tidligere nævnt set at være udslagsgivende i forhold til om en national foranstaltning som EU-retligt fandtes at udgøre en restriktion, alligevel kunne opretholdes og accepteres. Det er blandt andet set i de tidligere gennemgået EU-domme; Centros, Überseering og Inspire Art.

11. Konklusion

Nærværende afhandling indeholder en undersøgelse af, hvorvidt de danske skattemyndigheders praksis udgør en restriktion, når EU-retten inddrages i bedømmelsen. I de danske fonde-love, FL og EFL, opstilles en række krav til en fond, som skal være opfyldt for, at fonden efter dansk ret vil blive anerkendt som en fond. Den skal ifølge lovene have en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue, varetage et eller flere vedtægtsbestemte formål, have en selvstændig ledelse, samt for de erhvervsdrivende fonde skal der ligeledes udøves en erhvervsaktivitet. Det helt grundlæggende krav findes ud fra praksis at være kravet om, at fondens formue skal være effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt fra stifterens formue-sfære. Hvis stifteren eller de begunstigede i henhold til fondens vedtægter har mulighed for at råde over fondens formue, vil fonden ikke blive anerkendt som en fond efter dansk ret, og dermed heller ikke få retssubjektivitet. Den omstændighed, at fonden ikke bliver anerkendt som et selvstændigt retssubjekt medfører, at fonden ikke kan indgå forpligtelser eller opnå rettigheder.

Efter TEUF art. 49 og 54, er der opstillet en række kriterier, som fondene skal opfylde for at opnå den traktatmæssige beskyttelse. Fonden skal arbejde med gevinst for øje, have en vis erhvervsmæssig aktivitet og udgøre en økonomisk realitet for at være omfattet af beskyttelsen. Erhvervsdrivende fonde vil derfor altid være omfattet, da hovedformålet med fonden enten er at være moderfond eller selv have erhvervsmæssig aktivitet hvormed formålet vil være at opnå en gevinst. De almindelige fonde efter dansk ret kan ligeledes findes at være omfattet af beskyttelsen i TEUF, såfremt de opfylder kravet om at arbejde med gevinst for øje.

Danske fonde skal efter bekendtgørelse nr. 957/2013 om anbringelse og bestyrelse af fondens midler, anbringe dens midler forsvarligt og bedst muligt. Det indebærer at fonden skal anbringe dens midler i aktier, obligationer, erhvervsobligationer mv. Formålet med investeringerne er at forvalte fondens formue. Har fonden foretaget en passiv kapitalanbringelse, hvor fonden f.eks. har investeret i 30-årige statsobligationer vil fonden ikke kunne anses for at have en vis erhvervsmæssig aktivitet. Hvis fonden derimod på daglig eller ugentlig basis optimerer sin portefølje, vil fonden opfylde betingelsen om at have en vis erhvervsmæssig aktivitet.

Grænserne for hvor stor en del af fondens indtægter der skal stamme fra den erhvervsmæssige aktivitet er ikke defineret i traktaten. I dansk ret skal erhvervsdrivende fonde for at kunne kvalificeres som erhvervsdrivende overgår de i bekendtgørelse nr. 1448/2014 om begrænset er-

hvervsdrift, opstillede minimumskriterier. Kriterierne kan formentlig anvendes som retningslinje ved bedømmelsen af om fonden har nok erhvervmæssig aktivitet i forhold til den passive kapitalanbringelse, til at være omfattet af TEUF.

Ud over de krav, som stilles til en fond efter civilretten, skal fonden ligeledes efter dansk skatteret definitivt, uigenkaldelig og effektivt give afkald på de indskudte midler i fonden. Hvis stifteren ikke opfylder kravet om at have udskilt fondens formue effektivt, uigenkaldeligt og definitiv vil fonden ikke blive anerkendt som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk skatteret. Konsekvensen af den manglende anerkendelse vil være at en anden, typisk stifteren eller begunstigede vil blive betragtet som rette indkomstmotager af fondens indtægter og dermed skulle beskattes heraf. Fondens formue bliver herved transparent. Ifølge domstolens praksis skal skatteretten respektere civilretten. Skattemyndighederne kan ikke omkvalificerer uden at have lovhjemmel, hjemmel i forarbejderne eller andre holdepunkter, som gør, at der skal omkvalificeres, dette blev statueret i Johnson Holding, C-321/05 Kofoed og Finwill.

Det er de danske skattemyndigheder, som forestår prøvelsen af om en udenlandsk fond kan anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Det har ved en gennemgang af dansk skattepraksis vedrørende kvalifikationsspørgsmålet af en udenlandsk fond/trust vist sig, at vurderingen heraf alene foretages ud fra dansk skatteretlig praksis. De udenlandske fonde opfylder de civilretlige krav til fond i etableringslandet, men alligevel vælger de danske skattemyndigheder at omkvalificere dem fra at være et selvstændigt skattesubjekt i etableringslandet til at være skatteretligt transparent efter dansk ret. Det fremgår af EU-dommene Rewe, Test Claimant og Cadbury Schweppes, at medlemsstaterne kun kan opsættes skatteretlige restriktioner, såfremt der er tale om kunstige arrangementer eller der er tale om misbrug. Restriktionen skal bygge på objektive kriterier, der kun rammer de kunstige arrangementer eller misbrug. Såfremt de rammer andre arrangementer vil det udgøre en restriktion.

Hvis fonden opfylder betingelserne i TEUF om at arbejde med gevinst for øje, have en vis erhvervmæssig aktivitet og udgøre en økonomisk aktivitet, så kan skattemyndighederne ikke omkvalificer fonden medmindre der foreligger misbrug eller et kunstigt arrangement. Skattemyndighederne kan dog kun omkvalificere den del af fonden eller fondens indtægter, som udgør et kunstigt arrangement eller misbrug, jf. Cadbury Schweppes.

Ved en inddragelse af EU-retten og den EU-retlige test, som er statueret ved Gebhard sagen, findes dansk skatteretlig praksis at være i strid med den EU-retten og den heri liggende etab-

leringsfrihed. Den omstændighed at man går ind og omkvalificerer og beskatter stifteren personligt af fondens indtægter på trods af, at denne er afskåret fra at råde over eller modtage disse midler, findes at udgøre en uproportional restriktion for den frie etableringsret.

12. Perspektivering

Afgørelsen SKM2015.458LSR er anket til de almindelige domstole. Spørgsmålet er om domstolene vil tage højde for EU-retten i deres bedømmelse. Perspektiveringen vil indeholde en undersøgelse af hvorvidt domstolene i deres afgørelse burde komme frem til et andet resultat end Landsskatterettens såfremt EU-retten inddrages.

Fonden i Holland er en moderfond for et selskab i Danmark. Selskabet i Danmark ejes 100 % af fonden. Fondens driver ikke selv en aktivitet, men fungerer udelukkende som moderfond for det danske holdingselskab. Efter dansk ret vil en fond som denne kvalificeres som en erhvervsdrivende fond, jf. EFL § 2, stk. 1, nr. 3. Fondens opfylder dog ikke EFL § 1, stk. 2, idet fonden ikke har en selvstændig ledelse, da bestyrelsen i fonden består af stifteren og dennes forældre. Fondens anses herefter ikke for at opfylde de danske fondsregler og kan dermed heller ikke udgøre et selvstændigt retssubjekt i dansk ret.

Det skal vurderes, hvorvidt fonden stadig kan opnå beskyttelse efter reglerne om etableringsfrihed i TEUF art. 49 og 54. Den hollandske fond er gyldigt stiftet i Holland, og den opfylder de civilretlige krav til fonde i Holland, hvorfor fonden både har retsevne og partevne efter hollandsk ret. Dansk ret skal anerkende den hollandske fond, som havende både retsevne og partsevne i Danmark, jf. principper fra C-208/00 Überseering. SKAT og Landsskatteretten kommer dog frem til, at fonden ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, hvorfor stifteren bliver beskattet personligt af det afkast som generes i fonden.

Fonden skal yderligere opfylde betingelserne om, at arbejde med gevinst for øje, jf. TEUF art. 54, stk. 2, sidste led. Det fremgår af fondens vedtægter, at: *"The foundation does not aim at making profit"*. Fondens formål er efter vedtægterne ikke at arbejde med gevinst for øje. Fondens udøver dog en erhvervsmæssig aktivitet efter dansk ret, som følge af den afsmittende effekt fra datterselskabet i Danmark. Fondens opfylder på baggrund heraf det erhvervsmæssige element, som er påkrævet i EU-retten. Selskabet har i midlertidig udbetalt kr. 61.000.000 i udbytte til fonden. Med så stor en udlodning, virker det tvivlsomt, at fonden ikke skulle være stiftet med henblik på at skabe en gevinst. Fondens må herefter anses for at drive virksomhed med gevinst for øje, hvorfor den er beskyttet af etableringsreglerne i TEUF art. 49 og 54.

Fonden opfylder ligeledes kravet om økonomisk aktivitet, da fonden både har en reel etablering, samt opnår indtægter fra et datterselskab. Fonden er derfor ikke et kunstigt arrangement eller oprettet med henblik på misbrug.

De danske skattemyndigheder finder ikke, at fonden opfylder de danske kriterier til fonde, da den ikke opfylder betingelsen om at have en selvstændig ledelse, idet stifteren og begge forældre udgør bestyrelsen. Derfor findes formuen ikke for at være effektivt, uigenkaldeligt og definitivt udskilt. Det skal således vurderes, hvorvidt den restriktion SKAT og Landsskatteretten har sat op for den hollandske fond, vil kunne opfylde Gebhard-testen, idet fonden ikke anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt.

Det fremgår af Gebhard-testen at den nationale bestemmelse skal anvendes uden forskelsbehandling, for at kunne accepteres af EU-retten. Det er imidlertid et problem, at udenlandske fonde skal gennemgå en skatteretlig kvalificering og prøvelse, når danske fonde ikke skal. Danske fonde er allerede, fordi de er registreret ved en dansk fondsmyndighed kommet til eksistens som selvstændigt retssubjekt. Den retlige tilblivelse skal ligeledes accepteres af den danske skatteret. En udenlandsk fond, som opfylder en den anden medlemsstats civilretlige krav til en fond, bliver anerkendt som selvstændigt retssubjekt, men ikke skattesubjekt efter dansk ret. Dette kunne tale for en forskelsbehandling, som ikke medfører at den EU-retlige restriktion kan accepteres og opretholdes. De danske skattemyndigheder anses herefter ikke for at bestå første del af Gebhard-testen. For at en national bestemmelse skal bestå den EU-retlige test som er statueret ved Gebhard sagen, skal den bestå alle led. Det er derfor nok til at erklære bestemmelsen for EU-stridig at blot en af delene ikke består. For fuldstændighedens skyld er alle dele af Gebhard-testen prøvet.

Den anden del af Gebhard-testen er om restriktionen kan være begrundet i tvingende almene hensyn. Kravet til en selvstændig ledelse kunne meget vel bunde i et legitimt hensyn fra Danmarks side om at forebygge selvåndlæggelse og varetage et kreditorhensyn. I tilfælde hvor en stifters formue indskydes i en fond, hvor stifteren har kompetence til at råde over midlerne, vil disse midler være unddraget fra stifterens kreditorer, men stifteren vil bevare rådigheden over midlerne og kunne disponere over disse i fred for sine kreditorer. Afgørelsen findes i forhold til denne del af testen ikke at udgøre en hindring.

Restriktionen i afgørelsen skal til sidst efterprøves i forhold til proportionalitetsprincippet, altså hvorvidt om kravet til en selvstændig ledelse kan anses for at udgøre et egnet middel til

at forebygge selvåndlæggelse og varetage kreditorhensynet. Det må i den forbindelse bemærkes, at det er meget indgribende at beskatte stifteren personligt. Yderligere forekommer det unødvendigt og uproportionalt, at et udenlandsk fond skal opfylde præcist de samme krav som danske fonde, når fonden må anses for at opfylde kravet om effektivt, uigenkaldelig og definitiv udskillelse af fondens formue ved ligeså tilfredsstillende krav efter oprettelsesmedlemsstatens regler. Underkendelsen af den hollandske fond som selvstændigt skattesubjekt må herefter anses for at udgøre en uproportional hindring for etableringsfriheden, hvorfor denne ikke består sidste del af Gebhard-testen.

De danske regler findes herefter at udgøre en restriktion i EU-retlig henseende, idet disse ikke består Gebhard-testen. Havde Landsskatteretten i deres afgørelse omkring anerkendelse af den hollandske fond som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret, inddraget EU-retten og dennes test, havde de formentligt fundet at kravet til en udgjorde en restriktion i forhold til etableringsfriheden.

EU-kommissionen har i forbindelse med, at den har udarbejdet the Anti Tax Avoidance Package foreslået, at medlemsstaterne skal anerkende hinandens selskabskonstruktioner. Hvis direktiverne bliver indført, vil de danske myndigheder således skulle acceptere, at en udenlandsk fond er stiftet på andre vilkår end krævet efter dansk praksis, og stadig anerkende den som et selvstændigt skattesubjekt.

13. Litteraturliste

Bøger

Andersen (2010)

Andersen, Lennart Lyng: *Lærebog i fondsret*, 5. udgave, 2010, Thomson Reuters

Heje og Werlauff (2008)

Heje Mikkelsen, Jytte og Erik Werlauff: *Den erhvervsdrivende fond*, 1. udgave, 2008, Gjellerup/Gads Forlag

Neergaard og Nielsen (2010)

Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: *EU Ret*, 6. udgave, 2010, Thomson Reuters

Neergaard og Nielsen (2016)

Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: *EU Ret – Fri bevægelighed*, 2. udgave, 2016, Karnov Group

Pedersen m.fl. (2015)

Pedersen, Jan, m.fl.: *Skatteretten 2*, 7. udgave, 2015, Karnov Group

Sørensen m.fl. (2010)

Sørensen, Karsen Engsig og Poul Runge Nielsen.: *EU-Retten*, 5. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Sørensen m.fl. (2014)

Sørensen, Karsen Engsig, m.fl.: *EU-Retten*, 6. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Werlauff (2015a)

Werlauff, Erik: *Selskabsskatteret 2015/2016*, 17. udgave, 2015, Karnov Group

Citeret som: *Werlauff (2015)*

Werlauff (2015b)

Werlauff, Erik: *Valg af Virksomhedsform*, 1. Udgave, 2015, Werlauff Publishing A/S

Citeret som: *Werlauff (2015b)*

Artikler

Lombardo (2013)

Lombardo, Stefano: *Some Reflections on Freedom of Establishment of Non-profit Entities in the European Union*, European Business Organization Law Review, Volume 14, Issue 02, June 2013, pp. 225 - 263

RR.SM.2015.93 – Erik Werlauff: *Udenlandsk fond – skattesubjekt – rette indkomstmodtager – uigenkaldelig indskydelse af formue*

SU 2007, 342 – Jeppe R. Stokholm: *Kommentar til EF-Domstolens dom af 5/7 2007, Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet (sag C-321/05)*

TfS 2007, 592 – Thomas Rønfeldt og Erik Werlauff: *Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udligningssum*

Betænkninger

Betænkning nr. 970/1982 om Fonde

Den Juridiske Vejledning

2016-1, C.B.2.15.2. Beskatning af udenlandske trusts (fonde).

2016-1 C.B.2.15.3 Udenlandske Trusts (fonde) – stiftet/indskud 1. juli 2015 eller senere

2016-1 C.D.9.1.5.1 Udenlandske fonde

Domme

SKM2001.604H

SKM2005.67Ø

SKM2010.675BR

U1995.516Ø

U2004.2397H

U2007.736H

U2015.371H

Landsskatterets afgørelser

SKM2015.458LSR

Bindende svar fra Skatterådet

SKM2007.504SR

SKM2010.211SR

SKM2011.75SR

SKM2011.76SR

SKM2011.835SR

SKM2014.503SR

EU-domme

C-155/94 Gebhard

C-55/94 – Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

C-155/94 Wellcome Trust

C-155/94 – Wellcome Trust mod Commissioners of Customs & Excise

C-212/97 – Centros

C-212/97 – Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

C-16/99 – Cibo Participations

C-16/99 – Cibo Participations SA mod Directeur régional des impôts du Nord-Pas-de-Calais

C-208/00 – Überseering

C-208/00 – Überseering BV mod Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)

C-167/01 – Inspire Art.

C-167/01 – Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mod Inspire Art. Ltd.

C-196/04 – Cadbury Schweppes

C-196/04 - Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue

C-347/04 - Rewe

C-347/04 – Rewe Zentralfinanz eG mod Finanzamt Köln-Mitte

C-524/04 – Test Claimants

C-524/04 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mod Commissioners of Inland Revenue

C-432/05 - Kofoed

C-321/05 – Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet

Øvrige

SKM2001.605.DEP – Departementets afgørelse af 22. november 2001, j.nr. 15.97-78-375

SKM2007.843.DEP – Bekræftende til genmæle – skattefri ombytning af aktier i henhold til den i 1993 gældende regel i aktieavancebeskatningslovens § 13

SKM2010.445.SKAT – Lønsumsafgift - finansielle virksomheder - passiv kapitalanbringelse - praksisændring - genoptagelse - styresignal