



Kandidatspeciale 2017

DET DANSKE FONDSBEGREB I EU- RETTLIG BELYSNING

Camilla Solnæs Jørgensen
Jeanette Kjer Christensen

Vejleder: Erik Werlauff



Titelblad

Projekttitel: Det danske fondsbegreb i EU-retlig belysning

English Title: The Danish Classification of a Foundation in the Light of EU Law

Uddannelse: Cand.merc.jur

Uddannelsessted: Aalborg Universitet

Vejleder: Erik Werlauff

Afleveringsdato: 10. maj 2017

Anslag: 155.345

Forfattere:

Camilla Solnæs Jørgensen
Studienummer: 2012-5791

Jeanette Kjer Christensen
Studienummer: 2012-5649

Indholdsfortegnelse

Forkortelser	4
1. Indledning	5
1.1 Problemformulering	6
1.2 Afgrænsning	6
1.3 Metode	7
2. Fondsbegrebet	11
2.1 De civilretlige krav til fonde	11
2.1.1 Den ikke-erhvervsdrivende fond	13
2.1.2 Den erhvervsdrivende fond	14
2.2 Den skatteretlige praksis og ny lovgivning	15
2.2.1 Praksis om anerkendelse eller forkastelse som selvstændigt skattesubjekt	16
2.2.2 Kriterier for henholdsvis anerkendelse og forkastelse	18
3. EU-rettens betydning for den nationale lovgivning	22
3.1 De relevante frihedsrettigheder	22
3.1.1 Etableringsretten	22
3.1.2 Kapitalens frie bevægelighed	24
3.1.3 Hindringer af frihedsrettighederne	26
3.2 Frihedsrettighedernes anvendelse i selskabsretlig sammenhæng	27
3.3 Frihedsrettighedernes anvendelse i skatteretlig sammenhæng	38
3.4 Samlet bedømmelse af frihedsrettighedernes rækkevidde	48
4. Fondes retssubjektivitet i lyset af EU-retten	52
4.1 Analyse af national praksis	52
4.1.1 SKM 2015.458 LSR	52
4.1.2 Inddragelse af EU-rettens regler om fri etablering	53
4.1.3 Sammenfatning	59
4.2 Konklusion	60
Summary	63
Litteraturliste	65

Forkortelser

Art.	Artikel
BR	Byretsdom
EU	Den Europæiske Union
EF	Det Europæiske Fællesskab
EFL	Lov om erhvervsdrivende fonde
EØS	Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde
FBL	Lov om beskatning af fonde og visse foreninger
FL	Lov om fonde og visse foreninger
H	Højesterets dom eller kendelse
LL	Lov om påligningen af indkomstskat til staten (ligningsloven)
LSR	Landsskatterettens dom eller kendelse
SKM	Skatteretlige Meddelelser
SpO	Skattepolitisk Oversigt
SR	Skatterådet
TEUF	Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
Ø	Østre Landsrets dom eller kendelse

1. Indledning

I Danmark er der en række civilretlige (*selskabsretlige*) betingelser, der skal være opfyldte, før en fond kan opnå selvstændighed som en juridisk person efter dansk ret. Det følger af lovgivningen, at en fond blandt andet uigenkaldeligt skal have udskilt sin formue fra stifterens formuesfære, ligesom fonden skal have en selvstændig bestyrelse, der er uafhængig af stifteren.

Igennem en langvarig praksis har de danske skattemyndigheder særligt lagt vægt på disse betingelser i vurderingen af, hvorledes en udenlandsk fond kan opnå anerkendelse som et selvstændigt skattesubjekt efter de danske fondsregler. Anerkendelsen af fondens selvstændighed har især betydning for stifteren, idet en underkendelse resulterer i, at stifteren i stedet beskattes af fondens indtægter.

Det er imidlertid problematisk, at Danmark ikke har iagttaget EU-retten i sin praksis, da anvendelsen af nationale regler på grænseoverskridende forhold kan udgøre en hindring heraf. En hindring, der skaber væsentlige ulemper for fondes mulighed for at etablere sig i andre medlemsstater, vil særligt være i strid med Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmådes regler om fri etablering og kapitalens frie bevægelighed. En hindring af disse to frihedsrettigheder kan dog opretholdes, såfremt den kan bestå den velkendte *Gebhard*-test.

Det vil i nærværende kandidatspeciale blive undersøgt, om den danske praksis faktisk udgør en hindring af EU-retten, og om den i bekræftende fald kan opretholdes, når særligt reglerne om fri etablering inddrages. Frihedsrettighedernes rækkevidde vil i den forbindelse blive undersøgt med henblik på at vurdere, hvordan skattemyndighederne kan opretholde en hindring i henholdsvis et selskabsretligt og skatteretligt perspektiv.

Særligt afgørelserne C-212/97, *Centros*, C-208/00, *Überseering* og C-167/01, *Inspire Art* har i fællesskab haft en afgørende betydning for etableringsrettens rækkevidde på det selskabsretlige område. I en skatteretlig sammenhæng er det derimod afgørelserne C-264/96, *ICI*, C-446/03, *Marks & Spencer* og C-196/04, *Cadbury Schweppes*, der især har haft betydning for, hvordan medlemsstaterne kan opretholde hindringer, der har til formål at modvirke skattesvig og skatteunddragelse samt for begrebet "rent kunstige arrangementer".

Til sidst vil det blive undersøgt, hvorledes den nationale praksis er i overensstemmelse med EU-retten på baggrund af den danske afgørelse *SKM 2015.458 LSR*. I denne afgørelse underkendte skattemyndighederne en hollandsk fond som selvstændigt skattesubjekt som følge af, at fonden ikke havde en selvstændig og uafhængig bestyrelse med den konsekvens, at fonden blev betragtet som en transparent enhed.

Afgørelsen har vist, hvor indgribende og uoverskuelige følger det har for stifteren, hvis fonden underkendes som selvstændigt skattesubjekt. Med afsæt i frihedsrettighederne og de omtalte afgørelser, leder det frem til følgende problemformulering.

1.1 Problemformulering

Er den danske skatteretlige praksis vedrørende fondes selvstændighed og betingelserne for, at kun fonden selv beskattes af fondens indtægter, i overensstemmelse med den primære EU-ret, særligt dennes regler om fri etableringsret, og herved særligt i relation til den treleddede efterprøvelse af tvingende almene hensyn, anvendelse uden forskelsbehandling og kravet om proportionalitet?

1.2 Afgrænsning

Kandidatspecialet vil tage udgangspunkt i den danske fondspraksis, og hvordan denne kan opretholdes i en EU-retlig sammenhæng. For at begrænse specialets omfang vil der ikke blive sondret yderligere mellem de forskellige typer af fonde. Det skyldes, at både almennyttige fonde og familiefonde kan have erhvervsmæssig aktivitet i EU-retlig forstand, og der vil dermed kun sondres mellem ikke-erhvervsdrivende og erhvervsdrivende fonde. Sondringen mellem de to sidstnævnte har især betydning i vurderingen af, hvorledes fonde er beskyttet af traktatens regler om fri etablering.

Eftersom kandidatspecialet hovedsageligt fokuserer på fonde, der er stiftet i andre medlemsstater, vil det ikke blive nærmere undersøgt, hvorledes fonde, der er stiftet i tredjelande, er beskyttet af EU-retten. Der vil i den forbindelse heller ikke blive sondret yderligere mellem fonde med hjemsted inden for EU eller EØS, idet etableringsretten og kapitalens frie bevægelighed ligeledes beskytter selskaber i EØS-lande på samme måde som selskaber med hjemsted inden for EU. De udenlandske fonde skal derfor forstås som fonde, der er stiftet *inden for* EU.

Af dansk retspraksis er det set, at der ofte sker en sammenblanding af begreberne *udenlandske trusts* og *fonde*. En trust kan hovedsageligt karakteriseres som værende en administrationsaftale mellem henholdsvis en settlor og en trustee, som i modsætning til en fond ikke kan betragtes som en juridisk person som følge af den kontraktbaserede struktur.¹ På grund af denne forveksling vil der ikke blive sondret yderligere mellem begreberne, men forskellen på trusts og fonde vil dog kort blive beskrevet for at kunne forklare fakta i de skatteretlige afgørelser. Kandidatspecialet vil derfor ikke skelne mellem trusts og fonde og vil således betragte begge begreber som en udenlandsk fond.

¹ Werlauff, Erik, Valg af virksomhedsform, 2015, s. 208

Der vil hovedsageligt blive fokuseret på hensynene til kreditorbeskyttelse samt skatteunddragelse og misbrug, da særligt disse hensyn har betydning for kandidatspecialets problemformulering. Det skal dog bemærkes, at der i afgørelserne fra Domstolen typisk gøres flere hensyn gældende, men særligt disse hensyn fremstår mere klart end de øvrige. Det betyder dermed, at hensynene til eksempelvis effektiv skattekontrol, fordeling af beskatningskompetence og dobbelt fradrag ikke vil spille en større rolle i vurderingen af, hvilke hensyn der kan opretholde en hindring af EU-retten.

I de skatteretlige afgørelser vil begrebet "rent kunstige arrangementer" (*wholly artificial arrangements*) blive introduceret. Det skal i den forbindelse bemærkes, at generaladvokaten anvender formuleringen "rent fiktive arrangementer" i modsætning til Domstolen, der i stedet omtaler dem som rent kunstige arrangementer. Som følge af denne forskel på de sproglige formuleringer, der må antages at dække de samme arrangementer, vil kandidatspecialet ikke sondre yderligere mellem disse, og de pågældende arrangementer vil blive omtalt som værende rent kunstige.

Det skal til sidst bemærkes, at princippet om rette indkomstmodtager ikke vil blive anvendt i sin tekniske og skatteretlige forstand. Begrebet vil således kun blive anvendt til at anskueliggøre konsekvenserne af en underkendelse af en fond som selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. EU-retligt findes begrebet "beneficial owner", der blandt andet har til formål at forhindre misbrug ved rent kunstige arrangementer, hvor selskabet alene har karakter af et gennemstrømningsselskab. Det betyder således, at et selskab ikke skattefrit kan udbetale til et andet selskab, der ikke er den reelle modtager heraf. Kandidatspecialet vil således kun omtale princippet om rette indkomstmodtager i snæver forstand, og hovedvægten vil derfor være på selve anerkendelsen af andre medlemsstaters lovgivning i et EU-retligt perspektiv.

1.3 Metode

For at besvare kandidatspecialets problemformulering vil der blive foretaget en systematisk gennemgang af den danske fondspraksis med henblik på en beskrivelse, analyse og fortolkning af denne i en EU-retlig belysning. Med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode vil skattemyndighedernes nuværende praksis blive nærmere beskrevet for at fastslå, hvilke betingelser der særligt lægges på i vurderingen af, om en given udenlandsk fond kan betragtes som et selvstændigt skattesubjekt eller ej.

Det vil ligeledes blive undersøgt, hvordan medlemsstaterne kan opretholde hindringer af EU-retten i et selskabsretligt og skatteretligt perspektiv ved inddragelse af afgørelser fra Domstolen.

Det overordnede formål med den retsdogmatiske analyse vil således være at anvende velkendte EU-retlige redskaber på problematikkerne omkring den danske fondspraksis. Der vil i nærværende afsnit blive redegjort for de i kandidatspecialet anvendte retskilder og sammenspillet mellem dem.

I kandidatspecialet vil der blive inddraget retskilder i form af den gældende lovgivning, danske og EU-retlige afgørelser samt juridisk litteratur på området.

Fondslovgivningen bygger på en afgrænsning af fondsbegrebet, som blev foretaget af Fondsudvalget i betænkning nr. 970/1982 på baggrund af en langvarig praksis og sædvane. Denne retssædvane er herefter blevet bekræftet og indarbejdet i de nuværende fondslove.

Lov om fonde og visse foreninger samt lov om erhvervsdrivende fonde vil først og fremmest blive inddraget, idet lovgivningen netop fastlægger de grundlæggende betingelser for fondes selvstændighed. Der vil ligeledes blive inddraget ændringer af henholdsvis ligningsloven og lov om beskatning af fonde og visse foreninger, fondsbeskatningsloven, med henblik på at fastslå, at de danske fondsregler tidligere har givet anledning til EU-retlige problemer og formentlig stadigvæk vil kunne betragtes som problematiske. Lovforslagene til ændringerne vil i den forbindelse blive bragt i spil som en del af fortolkningen.

Den skatteretlige bedømmelse af udenlandske fonde er som beskrevet fremkommet igennem en langvarig praksis, hvor de danske skattemyndigheder har anvendt det nationale fondsbegreb på fonde, der er stiftet i overensstemmelse med en anden medlemsstats lovgivning. Afgørelserne anvendes hovedsageligt til at fastslå, hvilke betingelser skattemyndighederne særligt holder for øje i bedømmelsen af fondes selvstændighed.

Den skatteretlige praksis har dannet grundlaget for Den Juridiske Vejledning *C.B.2.15.2 Beskatning af udenlandske trust (fonde)* i forhold til vurderingen af udenlandske fondes selvstændighed efter dansk ret. Det skal dog bemærkes, at Den Juridiske Vejledning ikke er bindende for hverken fysiske eller juridiske personer, idet der er tale om et cirkulære, der kun binder underordnede forvaltningsmyndigheder.² Det betyder således, at Den Juridiske Vejledning ikke i sig selv har en retskildeværdi på samme måde som lovgivningen men nærmere må betragtes som skattemyndighedernes rettesnor i forhold til, hvordan en udenlandsk fond skal bedømmes.

² Hansen, Lone L. og Erik Werlauff, Den juridiske metode – en introduktion, 2016, s. 163-165

Skattemyndighedernes kvalificering af udenlandske fonde kommer især til udtryk i de anvendte nationale afgørelser, der blandt andet omfatter bindende svar og afgørelser. Afgørelserne anvendes udelukkende til at vurdere, hvordan skattemyndighederne kvalificerer udenlandske fonde ud fra kravet om definitiv og effektiv udskillelse. Det skal i den forbindelse bemærkes, at de bindende svar kun er et udtryk for den administrative praksis og dermed ikke har samme retskildeværdi som de anvendte afgørelser fra domstolene, der har mulighed for at tilsidesætte skattemyndighedernes praksis. Der er samtidig en betydelig forskel på hvilken retsinstans, der har afsagt den pågældende afgørelse, da en afgørelse fra Højesteret vil have en væsentlig større retskildeværdi end en afgørelse afsagt af byretten.

EU-retten har som beskrevet i indledningen en afgørende betydning i forhold til anvendelsen af nationale regler på grænseoverskridende forhold som følge af frihedsbestemmelsernes diskriminations- og restriktionsforbud. Det er derfor nødvendigt at fastlægge, hvad der helt grundlæggende er omfattet af reglerne om fri etablering og kapitalens frie bevægelighed. Det skal i den forbindelse bemærkes, at de traktatfæstede frihedsrettigheder er omfattet af den primære EU-ret, hvorimod direktiverne er omfattet af den sekundære, og hovedsageligt førstnævnte vil have betydning i dette kandidatspeciale.

Som medlem af EU har Danmark pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med traktatens bestemmelser, ligesom Danmark har pligt til at implementere de udstedte direktiver ved lov. Konkret betyder det, at EU-retten igennem de traktatfæstede frihedsrettigheder og øvrige direktiver kan siges at have forrang for national ret. Af den grund er det nødvendigt, at Danmark iagttager EU-retten i bedømmelsen af udenlandske fondes selvstændighed.

EU-retten vil i dette kandidatspeciale blive anvendt til at undersøge, hvad der først og fremmest udgør en hindring af frihedsrettighederne, og hvordan medlemsstaterne kan opretholde en sådan hindring, når den treleddede vurdering tages i betragtning.

EU-domstolen har til opgave at fortolke traktaten, og afgørelserne kan således anvendes til at udfylde fortolkningen heraf. Særligt udvalgte afgørelser fra Domstolen vil blive anvendt til at undersøge rækkevidden af frihedsrettighederne i en selskabsretlig og skatteretlig sammenhæng med det formål at fastslå, hvorvidt den danske fondspraksis udgør en hindring af EU-retten, og hvordan den i bekræftende fald kan opretholdes.

Afgørelserne vil hovedsageligt blive inddraget med det formål at fastslå, hvordan de tvingende almene hensyn kan finde anvendelse på forholdet, og hvilken betydning proportionalitetsvurderingen har i et selskabsretligt og skatteretligt perspektiv. Det skal i den forbindelse bemærkes, at det hovedsageligt er EF-domstolen, der har afsagt de

anvendte afgørelser, men at der ikke vil sondret yderligere mellem, om det er EF- eller EU-domstolen, der har afsagt den pågældende afgørelse.

Kandidatspecialet vil ligeledes inddrage generaladvokatens forslag til afgørelse, der har haft stor betydning for forståelsen af afgørelserne. Forslagene indeholder typisk en mere dybdegående diskussion af de givne problemstillinger på baggrund af parternes anbringender end selve afgørelserne fra Domstolen. Det er dog vigtigt at holde for øje, at generaladvokatens forslag til afgørelse hverken har en bindende retsvirkning over for parterne eller EU-domstolen. Det betyder således, at EU-domstolen kan komme frem til en anden konklusion end generaladvokaten.³

Derudover vil juridisk litteratur blive anvendt i kandidatspecialet, som dog ikke i sig selv kan betragtes som en retskilde, men vil indgå som en del af forståelsen og argumentationen i specialet.⁴ Der vil hovedsageligt blive anvendt lærebøger og artikler til at belyse et allerede velkendt retsområde særligt i forhold til fondsbegrebet og anvendelsen af de traktatfæstede frihedsrettigheder.

³ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., EU-retten, 2014, s. 86

⁴ Hansen, Lone L. og Erik Werlauff, Den juridiske metode – en introduktion, 2016, s. 166

2. Fondsbegrebet

I den danske fondslovgivning er der opstillet en række civilretlige (*selskabsretlige*) betingelser, der skal være opfyldt, før en given fond kan opnå fondsretlig retssubjektivitet. Det vil i nærværende afsnit blive undersøgt, hvilke betingelser henholdsvis en erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende fond skal opfylde for at blive betragtet som et selvstændigt retssubjekt samt de danske skattemyndigheders praksis og vurdering af udenlandske fondes selvstændighed.

2.1 De civilretlige krav til fonde

En fond er en *selvejende* juridisk person, der er kendetegnet ved, at ingen fysisk eller juridisk person har ejendomsretten til fondens formue. Fondsbegrebet har udviklet sig igennem retspraksis, og på baggrund af denne har Fondsudvalget i betænkning nr. 970/1982 foretaget en afgrænsning af fondsbegrebet og opstillet de retlige betingelser for fonde som selvstændige retssubjekter. Der blev opstillet følgende karakteristika:

- 1) Fondens formue skal være uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue
- 2) Fonden skal have ét eller flere bestemte formål
- 3) Fonden skal have en selvstændig bestyrelse, der er uafhængig af stifteren
- 4) Ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue
- 5) Fonden skal være tidsubegrænset eller af længere varighed⁵

Disse karakteristika er sidenhen blevet indarbejdet i fondslovgivningen i henholdsvis lov om fonde og visse foreninger (herefter benævnt FL) og lov om erhvervsdrivende fonde (herefter benævnt EFL).

Eftersom fonden kan udtrykkes som selvejende, har den ingen ejerkreds, der kan føre tilsyn med fonden. Det er således den pågældende fondsmyndighed, der fører det nødvendige tilsyn. Fondsmyndigheden for ikke-erhvervsdrivende fonde er Civilstyrelsen, hvorimod det for erhvervsdrivende fonde er Erhvervsstyrelsen.

1) Fondens formue skal være uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue

For at en fond kan opnå anerkendelse som selvstændigt retssubjekt, skal fondens midler først og fremmest være definitivt og effektivt udskilt fra stifterens formue. Det er samtidig et udtryk for *krympereglen*, hvorefter stifteren skal lade sig "krympe" gennem

⁵ Betænkning nr. 970/1982, s. 43

fondsstiftelsen.⁶ Krympereglen har til hensigt at forhindre selvbåndlæggelse og udgør en toleddet betingelse, der består af, at stifteren uigenkaldeligt skal have overdraget formuen til fonden og samtidig være afskåret fra at få fondens midler tilbageført.⁷ Det betyder, at fonden ikke gyldigt kan stiftes, hvis stifteren reelt set har råderetten over formuen, selvom den udadtil fremstår som uden for stifterens formuesfære.

2) Fondens skal have ét eller flere bestemte formål

Fondens formål skal fremgå af vedtægterne, og det står stifteren relativt frit at vælge de formål, som fonden skal varetage. Der stilles ikke umiddelbart særlige krav til konkretiseringen af formålsangivelsen, og retspraksis har vist, at selv brede formålsangivelser accepteres, så længe bestyrelsen er afskåret fra at udvælge de pågældende formål. Stifteren har dog alligevel mulighed for at overlade bestyrelsen et betydeligt skøn ved brede formålsangivelser.⁸

3) Fondens skal have en selvstændig bestyrelse, der er uafhængig af stifteren

Det er en væsentlig betingelse for fondsstiftelsen, at bestyrelsen er selvstændig og uafhængig af stifteren. Det er ikke klart defineret i lovgivningen, hvornår der foreligger en selvstændig og uafhængig bestyrelse, og det vil derfor bero på en konkret vurdering. Retspraksis har tidligere vist, at betingelsen er opfyldt, såfremt ét medlem af bestyrelsen kan anses for at være selvstændig og uafhængig i forhold til stifteren.

Det følger af FL § 16, at stifterens ægtefælle og andre nærtstående ikke kan udgøre flertallet i bestyrelsen uden den pågældende fondsmyndigheds tilladelse. Fondens skal bestå af en bestyrelse på mindst tre personer. Det skal dog bemærkes, at kravet til antallet af uafhængige og selvstændige bestyrelsesmedlemmer formentlig vil være større, jo flere medlemmer, der er i bestyrelsen.

Betingelsen vil ikke være opfyldt, hvis stifteren skal give sit samtykke til bestyrelsens beslutninger eller har en vetoet over for disse. Det kan derimod besluttes, at stifteren skal give sit samtykke til visse beslutninger blandt andet ved vedtægtsændringer eller salg af fondens aktiver, som tidligere er indskudt af stifteren.⁹

4) Ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue

En fond er som tidligere beskrevet selvejende i den forstand, at ingen fysisk eller juridisk person har råderetten over fondens formue. Rådighedsbeføjelserne tilkommer i stedet

⁶ Mikkelsen, Jytte Heje og Erik Werlauff, Den erhvervsdrivende fond, 2008, s. 19

⁷ Andersen, Lennart Lynge, Karnovs noter til lov om fonde og visse foreninger § 1, stk. 2, note 4

⁸ Andersen, Lennart Lynge, Lærebog i Fondsret, 2010, s. 24-27

⁹ Andersen, Lennart Lynge, Lærebog i Fondsret, 2010, s. 27-29

en selvstændig bestyrelse, der skal være uafhængig af stifteren, og som har til opgave at varetage fondens formål. Bestyrelsen er forpligtet til at uddele fondens midler efter de i vedtægterne beskrevne uddelingsformål, således der ikke kan ske gyldige uddelinger til andre formål herunder hverken stifteren eller fondens bestyrelse. Det gælder både i fondens levetid og ved opløsning af fonden.

5) Fonden skal være tidsubegrænset eller af længere varighed

En fond skal som udgangspunkt være stiftet for evigheden. Det er dog i praksis accepteret, at fonden har en tidsmæssig udstrækning på mindst 10 år. Det betyder, at en fond ikke kan stiftes med henblik på enkeltstående aktiviteter eller begivenheder.¹⁰

2.1.1 Den ikke-erhvervsdrivende fond

Den ikke-erhvervsdrivende fond er reguleret i FL § 1, stk. 2, hvoraf det fremgår:

”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.”

Denne fondstype varetager bestemte ikke-erhvervsdrivende formål over en længere årrække og omfatter blandt andet den almennyttige fond og familiefonden.¹¹

Den almennyttige fond har til opgave at fremme almenvelgørende formål, der gavner den brede befolkning som eksempelvis miljøbeskyttelse og bæredygtig fremtid. Familiefonden tilgodeser derimod helt eller delvist medlemmerne af én eller flere familier. Formuen er derudover begrænset til de personer, der lever på stiftelsestidspunktet og til én ufødt generation til de pågældende medlemmer.¹² Det er således ikke muligt at foretage uddelinger til senere generationer.

Den almennyttige fond og familiefonden kan som udgangspunkt karakteriseres som almindelig ikke-erhvervsdrivende fonde, men det skal bemærkes, at begge ligeledes kan have erhvervmæssig aktivitet, der kan give de pågældende fonde karakter af en erhvervsdrivende fond.

¹⁰ Andersen, Lennart Lyng, Karnovs noter til lov om fonde og visse foreninger § 1, stk. 2, note 6

¹¹ Werlauff, Erik, Valg af virksomhedsform, 2015, s. 167

¹² Lov om fonde og visse foreninger § 7, stk. 1

Når den ikke-erhvervsdrivende fond er stiftet og opfylder ovenstående betingelser, vil den komme til fondsretlig eksistens og således blive betragtet som en selvstændig juridisk person. Det er dermed ikke en gyldighedsbetingelse, at fonden registreres ved Civilstyrelsen, men fonden skal dog indsende sine vedtægter samt bestyrelsens sammensætning til fondsmyndigheden inden tre måneder efter oprettelsen.

Det er vigtigt at vurdere, hvorvidt fonden er erhvervsdrivende eller ej, idet det har afgørende betydning for fondsstiftelsen og opnåelsen af retssubjektivitet.¹³ Konsekvensen af blot at antage, at fonden ikke er erhvervsdrivende, men den i virkeligheden kan kvalificeres sådan, er, at fonden kun kan bestå som selvstændigt retssubjekt ved en registrering hos Erhvervsstyrelsen. En fejlagtig kvalificering kan således medføre, at stifteren i stedet hæfter for fondens forpligtelser.¹⁴ Hvis der opstår tvivl om, hvorvidt fonden er erhvervsdrivende eller ej, er det Erhvervsstyrelsen, der afgør spørgsmålet herom.

2.1.2 Den erhvervsdrivende fond

Den erhvervsdrivende fond er reguleret i EFL § 1, stk. 2, hvoraf det fremgår:

”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.”

Ovenstående definition er stort set enslydende med definitionen i FL, men forskellen er dog, at den erhvervsdrivende fond skal udøve erhvervmæssig aktivitet i modsætning til den ikke-erhvervsdrivende fond. Det fremgår af EFL § 2, stk. 1, nr. 1-3, at fonden kan anses for at være erhvervsdrivende, når fonden 1) overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, som fonden modtager vederlag for, 2) udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom, eller 3) har samme forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med anden virksomhed, som er angivet i selskabslovens § 7.

Det betyder således, at fonden efter den sidste betingelse skal have en bestemmende indflydelse over en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger for at opnå karakter af en erhvervsdrivende fond.

¹³ Mikkelsen, Jytte Heje og Erik Werlauff, Den erhvervsdrivende fond, 2008, s. 30

¹⁴ Werlauff, Erik, Valg af virksomhedsform, 2015, s. 180

Fonden anses ikke for at være erhvervsdrivende, hvis der kun udøves erhvervmæssig virksomhed i et begrænset omfang, eller hvis denne kun omfatter en uvæsentlig del af fondens samlede formue i henhold til EFL § 2, stk. 2. Der er dermed tale om en *bagatelgrænse* for, hvor begrænset erhvervmæssig virksomhed fonden kan udøve, før der i stedet bliver tale om en ikke-erhvervsdrivende fond.¹⁵ Det gælder blandt andet i tilfælde, hvor fondens kapitalgrundlag hovedsageligt består af obligationer, pantebreve eller kapitalandele uden en bestemmende indflydelse.

Erhvervsstyrelsen har tidligere i sin praksis lagt vægt på tre *formodningsregler* ved vurderingen af, hvorvidt fondens erhvervsaktivitet har været af begrænset omfang eller har udgjort en uvæsentlig del af fondens samlede formue.¹⁶ Formodningsreglerne fremgår af bekendtgørelse nr. 1448 af 15/12/2014 om begrænset erhvervsdrift, der anfører, at erhvervsaktiviteten kan betragtes som af begrænset omfang eller som en uvæsentlig del af fondens samlede formue, hvis fonden opfylder de tre i bekendtgørelsen opstillede kriterier:

- 1) Fondens erhvervmæssige bruttoindtægter udgør mindre end 250.000 kr.,
- 2) Fondens erhvervmæssige bruttoindtægter udgør mindre end 10 pct. af fondens samlede årlige indtægter, eller
- 3) Fondens erhvervmæssige aktiver udgør mindre end 10 pct. af fondens samlede aktiver¹⁷

Det følger endvidere af bekendtgørelsens § 2, at hvis fonden ikke har opfyldt de tre ovenstående kriterier i tre på hinanden følgende regnskabsår, vil fonden ikke længere blive anset for at være en erhvervsdrivende fond.

2.2 Den skatteretlige praksis og ny lovgivning

Når en fond stiftes i overensstemmelse med ovenstående betingelser, vil fonden således bestå som et selvstændigt rets- og skattesubjekt. Det forholder sig dog anderledes, hvis der stiftes en udenlandsk fond, hvortil en eller flere personer er skattepligtige til Danmark, da skattemyndighederne foretager en konkret vurdering af fondens selvstændighed efter dansk ret.

Kvalificeringen af fonden har en afgørende betydning for stifteren, idet fonden, der ikke opfylder de danske krav, vil blive betragtet som en transparent enhed, hvormed stifteren

¹⁵ Mikkelsen, Jytte Heje og Erik Werlauff, Den erhvervsdrivende fond, 2008, s. 33

¹⁶ Kristensen, Lars H., Karnovs noter til lov om erhvervsdrivende fonde § 2, stk. 2, note 13

¹⁷ Bekendtgørelse nr. 1448 af 15/12/2014 § 1, stk. 1, nr. 1-3

i stedet beskattes af fondens indtægter. Den skattemæssige vurdering af udenlandske fonde fremgår ikke af fondslovgivningen, men beror i stedet på en langvarig praksis, der vil blive nærmere beskrevet i nærværende afsnit.¹⁸

2.2.1 Praksis om anerkendelse eller forkastelse som selvstændigt skattesubjekt

Det skal først og fremmest bemærkes, at der ofte sker en forveksling af begreberne udenlandske trusts og fonde. En trust er kendetegnet ved, at stifteren, der betegnes som *settlor*, betror trustens aktiver til en trustee, der forvalter disse aktiver til en eller flere begunstigede udpeget af stifteren. Efter *common law* har den udvalgte trustee ejendomsretten til trustens midler, men vedkommende kan kun råde over midlerne i overensstemmelse med stifterens instrukser.¹⁹

Der findes to variationer af trusts, hvoraf den ene er *revocable* og den anden *irrevocable*. Hvis trusten er revocable (på dansk genkaldelig) har stifteren mulighed for at få trustens midler tilbageført, i modsætning til en irrevocable trust, hvor formuen er uigenkaldelig udskilt fra stifterens formue

Det skal dog bemærkes, at det er op til de enkelte medlemsstater i EU at fastsætte den pågældende fondslovgivning, hvorfor der typisk vil være uoverensstemmelser mellem medlemsstaternes fondslovgivninger.

Det kan derfor være forvirrende at læse de danske afgørelser på grund af forvekslingen mellem begreberne trusts og fonde.

SKM 2001.604 H (TFS 2001.898)

Denne afgørelse handlede om, hvorvidt en arvelader gyldigt havde oprettet en fond og bindende overført midler hertil, og om fondens midler derfor skulle indgå i dødsboet. Den afdøde stifter havde underskrevet et stiftelsesdokument om oprettelse af en fond med hjemsted i Liechtenstein.

Fondens vedtægter fandtes alene i et ufærdigt udkast, som stifteren ikke havde fået underskrevet inden sin død. Fondens formål var beskrevet i stiftelsesdokumentet, men der var ikke givet oplysninger om sammensætningen af bestyrelsen. Af stiftelsesdokumentet fremgik det ligeledes, at den afdøde stifter havde overdraget sin checkkonto og et bogmanuskript til fonden.

¹⁸ Den Juridiske Vejledning C.B.2.15.2 *Beskatning af udenlandske trusts (fonde)*

¹⁹ Feldthusen, Rasmus Kristian, Afgivelse af formue til trusts, 2009, s. 179

Østre Landsret kom på den baggrund frem til, at der ikke var oprettet en fond i stifterens levetid, og at der ikke var sket definitiv og effektiv udskillelse af midlerne fra den afdødes formue. I Højesteret indgik parterne et forlig, hvor det blev besluttet, at dødsboets midler tilfaldt fonden.

SKM 2005.67 Ø (TFS 2005.144)

Afgørelsen handlede om danske stiftere, der havde oprettet en fond i overensstemmelse med den liechtensteinske lovgivning. Fondsbestyrelsens opgave bestod af kontrol med regnskabet, tilstedeværelse, overordnet tilsyn med fondens vedtægter samt varetagelse af den daglige drift. Stifterne kunne træffe samtlige beslutninger på vegne af fonden og kunne til enhver tid ændre de begunstige og omfanget af begunstigheden. Østre Landsret kom frem til, at fonden ikke kunne tildeles selvstændig skattesubjektivitet.

SKM 2010.211 SR (TFS 2010.520)

En dansk stifter anmodede skattemyndighederne om bindende svar om definitiv og effektiv udskillelse, idet stifteren ønskede at oprette en trust på Cypern i overensstemmelse med de cypriotiske regler. Trusten skulle stiftes som en uigenkaldelig trust med en tidsbegrænsning på 99 år, og et cypriotisk administrationselskab skulle indsættes som trustee.

Trusten skulle begunstige stifterens to børn, der begge var bosiddende i Danmark men med den begrænsning, at midlerne først kunne udloddes, når børnene var fyldt 18 år og dermed ikke længere var mindreårige. Det cypriotiske administrationselskab, som stifteren havde tænkt sig at indsætte som trustee, var både uafhængig af stifteren og de begunstige. Hvis administrationselskabet skulle afsættes som trustee, ville stifteren ikke kunne udpeges som administrator af fonden. Skatterådet bekræftede, at trusten kunne bestå som selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.

SKM 2010.675 BR (TFS 2011.33)

Afgørelsen handlede om en dansk gavegiver, der havde overdraget aktier til tre trusts i USA, der var stiftet til fordel for gavegiverens tre børn, hvoraf de to var mindreårige og hjemmeboende. De tre trusts var stiftet af gavegiverens mor, der havde indsat gavegiveren som trustee med beføjelse til at udskifte pengeinstituttet samt træffe beslutninger om formueforvaltningen og udbetalingen af beløb til de begunstige hjemmeboende børn.

Byretten kom frem til, at der ikke var foretaget en effektiv, reel og uigenkaldelig udskillelse, hvormed gavegiveren stadig måtte betragtes som ejer af aktierne.

SKM 2011.75 SR (TfS 2011.270)

I dette bindende svar ønskede en dansk skattepligtig person at stifte en trust på Cypren. Det fremgik af trustens vedtægter, at denne skulle stiftes som en irrevocable trust, og midlerne derfor ikke kunne føres tilbage til stifteren. Trusten skulle bestå af en selvstændig ledelse, der skulle udgøre en administrator som trustee og en Protector, der begge skulle være uafhængige af stifteren. Protectorens opgave ville være at føre tilsyn med administratoren. Skatterådet vurderede på den baggrund, at fonden kunne bestå som selvstændigt skattesubjekt.

SKM 2011.76 SR (TfS 2011.269)

En norsk statsborger, der havde intentioner om at flytte sin bopæl til Danmark, anmodede skattemyndighederne om et bindende svar om, hvorvidt vedkommende ville blive skattepligtig af trustens indtægter. Trusten blev etableret som en irrevocable trust, hvorfor fondens midler var uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue, ligesom stifteren ikke havde mulighed for at tilbagekalde kapitalen. Den norske stifter var dog indsat som den primært begunstigede, og ved opløsning af trusten ville midlerne tilfalde stifteren. Fonden kunne på den baggrund ikke betragtes som et selvstændigt skattesubjekt.

2.2.2 Kriterier for henholdsvis anerkendelse og forkastelse

Det fremgår af Den Juridiske Vejledning *C.B.2.15.2 Beskatning af udenlandske trust (fonde)*, at en udenlandsk fond anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt, når kapitalen både er *definitivt* og *effektivt* udskilt fra stifterens formuesfære. Det vil således blive undersøgt i ovenstående afgørelser, hvilke forhold skattemyndighederne særligt lægger vægt på i vurderingen.

I *SKM 2010.211 SR* blev trusten anerkendt som et selvstændigt skattesubjekt, idet Skatterådet især lagde vægt på, at trustens midler først ville blive udloddet til de begunstigede børn, når de var fyldt 18 år. Det blev samtidig vurderet, at stifteren ikke havde indflydelse på fondens aktiviteter eller øvrige udlodninger som følge af det uafhængige administrationsselskab. Skatterådet bemærkede på den baggrund, at der var sket den nødvendige udskillelse af midlerne. Trustens tidsbegrænsning havde ikke betydning for selve kvalificeringen.

Samme vurdering blev foretaget i *SKM 2011.75 SR*, hvor Skatterådet bekræftede, at der var tale om en selvstændig og uafhængig ledelse, og at stifteren ikke kunne råde over trustens formue. Det blev konkluderet, at formuen var uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formuesfære, idet fondsmidlerne ikke kunne føres tilbage til stifteren, hvorfor trusten kunne anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt.

Fonden i *SKM 2001.604 H* blev i første omgang ikke betragtet som gyldigt oprettet, idet stifteren hverken havde underskrevet stiftelsesdokumentet eller fremsendt sammensætningen af bestyrelsen inden sin død. Forliget i Højesteret viste, at anerkendelsen af en fond, der som udgangspunkt ikke var formelt stiftet, er temmelig bred.

I *SKM 2005.67 Ø* kom Østre Landsret frem til, at fonden ikke kunne bestå som selvstændigt skattesubjekt. Her blev der lagt vægt på, at lovgivningen i Liechtenstein ikke indeholder krav om definitiv og effektiv udskillelse, hvorfor stifterne som udgangspunkt havde haft en ejers råderet over fondskapitalen. Landsretten lagde dernæst vægt på, at stifterne kunne disponere over fondens konti, købe og sælge værdipapirer, uddele legater og træffe beslutninger om lån. Det blev derfor konkluderet, at fonden ikke kunne tildeles selvstændig skattesubjektivitet, idet formuen ikke var uigenkaldeligt udskilt fra stifternes formuer, og stifterne derfor havde en reel råderet over fondskapitalen.

Det var samme problemstilling i *SKM 2010.675 BR*, hvor en trustee som beskrevet havde beføjelse til at træffe beslutninger om formueforvaltningen og udbetalingen af beløb til de begunstigede. Byretten vurderede, at der ikke var sket en effektiv, reel og uigenkaldelig udskillelse.

I *SKM 2011.76 SR* var der i stedet tale om en stifter, der var indsat som den primært begunstigede, og som ville få midlerne tilbageført ved en eventuel opløsning af trusten. Skatterådet forkastede derfor trusten som et selvstændigt skattesubjekt, da der ikke var sket definitiv og effektiv udskillelse af midlerne fra stifterens formuesfære.

Sammenfattende kan det ses af ovenstående afgørelser, at der i vurderingen af *definitiv* og *effektiv* udskillelse særligt undersøges, om stifteren har mulighed for at omgøre stiftelsen og få midlerne tilbageført, samt om stifteren fortsat har en råderet over fondskapitalen. Det har endvidere betydning, om de begunstigede er stifterens umyndige børn, idet der er en formodning for, at begunstigelsen i stedet tilkommer stifteren.

Det ses af afgørelserne, at henholdsvis udenlandske fonde og trusts skal opfylde de danske civilretlige krav for at blive anerkendte som selvstændige skattesubjekter. Er dette ikke tilfældet, vil fonden som tidligere beskrevet blive anset for at være en transparent enhed, hvormed stifteren i stedet beskattes af fondens indtægter.

I yderste konsekvens er det illustreret i *UfR 1998.774 Ø* om Alex Friedmann, hvilken betydning kvalificeringen som selvstændigt skattesubjekt har for stifteren. Alex Friedmann havde stiftet en fond med hjemsted i Liechtenstein, som

skattemyndighederne tidligere havde accepteret som selvstændigt skattesubjekt. Da fonden efterfølgende havde stillet sikkerhed for Friedmanns personlige gæld, mistede fonden sin skattesubjektivitet, hvorefter både fondens formue og indtægter blev beskattet hos stifteren.

Det har hidtil været pålagt de danske skattemyndigheder at godtgøre, om formuen i en udenlandsk fond er endeligt og uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formuesfære. Det har dog været vanskeligt for skattemyndighederne at konstatere og bevise, at stifteren stadig har råderetten over fondens formue, hvorfor der i forbindelse med en skattelypakke i 2015 blev fremsat et lovforslag med henblik på bekæmpelse af skattely og aggressiv skatteplanlægning.²⁰

Med dette lovforslag blev der indsat en ny bestemmelse i ligningslovens (herefter benævnt LL) § 16 K.²¹ Efter denne bestemmelse er en person, der er ubegrænset skattepligtig til Danmark, og som har stiftet eller indskudt aktiver i en udenlandsk fond, skattepligtig af fondens indtægter, medmindre stifteren eller indskyderen er omfattet af en af de fire undtagelser i LL § 16 K, stk. 4. Indsættelsen af denne bestemmelse og især den første undtagelse har medført en *omvendt* bevisbyrde, hvorefter det ikke længere er skattemyndighederne men stifteren, der skal godtgøre, at den udenlandske fond er et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret for ikke at blive skattepligtig af fondens indtægter, jf. LL § 16 K, stk. 4, nr. 1.

En tilsvarende bevisbyrde findes i fondsbeskatningslovens (herefter benævnt FBL) § 3 A, der omfatter udenlandske fonde i lavbeskatningslande, hvor beskatningen er væsentlige lavere end efter de danske regler. Ifølge denne bestemmelse bliver indskyderen pålagt en indskudsafgift på 20 pct., medmindre indskyderen kan påvise, at midlerne i fonden anvendes til almenvælgørende eller almennyttige formål til fordel for en større kreds af personer, eller hvis stifteren er skattepligtig af fondens indtægter efter LL § 16 K. Det betyder således, at indskyderen ikke bliver pålagt en indskudsafgift, hvis fonden ikke anses for at være et selvstændigt skattesubjekt.

Det kan imidlertid være problematisk set i lyset af EU-retten at indsætte en omvendt bevisbyrde som i et værn mod skatteunddragelse, idet der stilles væsentligt større krav til en stifter af en udenlandsk fond end en stifter af en dansk fond.²²

Fondsbeskatningsloven er i løbet af 2016 igen blevet ændret ved lov nr. 651 af 8. juni 2016, hvormed fondes generelle konsolideringsfradrag blev nedsat fra 25 pct. til 4 pct.

²⁰ Lovforslag nr. 167 fremsat den 20. marts 2015, s. 6

²¹ Lov nr. 540 af den 29. april 2015

²² Dette vil blive nærmere beskrevet i afsnit 3.4 om frihedsrettighedernes rækkevidde

i FBL § 5, stk. 1. Konsolideringsfradraget har til formål at tilskynde uddelinger til almennyttige eller almenvælgørende formål og andre samfundsmæssige uddelinger. Det skal i den forbindelse bemærkes, at fradraget ikke kun er begrænset til almennyttige fonde men til alle uddelinger, der foretages i almennyttigt øjemed.

Lovændringen har medført, at fondes konsolideringsfradrag er blevet væsentligt forringet, idet der reelt set tidligere blev givet et fradrag på 125 pct. for uddelingerne, der nu er faldet til 104 pct.²³ Det betyder, at konsolideringsfradraget er et yderligere fradrag på 4 pct. foruden de 100 pct., der giver fonden mulighed for at eliminere beskatningen og samtidig opnå et *yderligere* fradrag. Fradraget kan dermed have karakter af ulovlig statsstøtte, idet der gives et yderligere fradrag til bestemte brancher. Konsolideringsfradraget kan derfor være problematisk EU-retligt.

Der er på nuværende tidspunkt fuld fradragsret for fondes uddelinger til ikke-almennyttige formål, såfremt modtageren heraf er skattepligtig til Danmark af uddelingen. Der blev fremsat lovforslag den 5. oktober 2016 om ændring af fondsbeskatningsloven angående fondes fradragsret, der har til formål at tilpasse fondsbeskatningen til EU-retten. Fradraget for ikke-almennyttige uddelinger til modtagere, der er skattepligtige til Danmark, kan betragtes som EU-stridig, eftersom der ikke gives samme fradrag til disse uddelinger til personer, der ikke er skattepligtige til Danmark.²⁴

Hvis lovforslaget vedtages som fremsat, vil det således ikke længere være muligt for fonde at få fradrag for de ikke-almennyttige uddelinger, men der i stedet vil være mulighed for, at modtageren af uddelingen kun skal medregne 80 pct. heraf i den skattepligtige indkomst, således de sidste 20 pct. vil være skattefrie.²⁵

²³ Lovforslag nr. 71 fremsat den 20. november 2015, s. 3

²⁴ Dette bliver gennemgået yderligere i afsnit 3.1.2 om kapitalens frie bevægelighed

²⁵ Lovforslag nr. 27 fremsat den 5. oktober 2016, side 3

3. EU-rettens betydning for den nationale lovgivning

Det er udgangspunktet efter dansk ret, at de nationale regler finder anvendelse på kvalificeringen af udenlandske fonde med hjemsted inden for EU ved at tilsidesætte den pågældende medlemsstats lovgivning. Det er imidlertid nødvendigt at iagttage de traktatfæstede frihedsrettigheder, da anvendelsen af nationale regler på grænseoverskridende forhold kan udgøre en hindring af fondes mulighed for at etablere sig eller frit modtage midler på tværs af medlemsstaterne. Det vil derfor blive undersøgt, om de danske skattemyndigheders underkendelse af udenlandske fonde som selvstændige skattesubjekter udgør en restriktion af henholdsvis etableringsretten og kapitalens frie bevægelighed.

3.1 De relevante frihedsrettigheder

For at undersøge hvordan udenlandske fonde er beskyttet af EU-retten, vil reglerne om fri etablering og kapitalens frie bevægelighed blive inddraget med henblik på at vurdere, hvordan disse frihedsrettigheder finder anvendelse. Frihedsrettighederne skal som et klart udgangspunkt respekteres af den nationale lovgivning herunder også på de uharmoniserede områder.

3.1.1 Etableringsretten

Etableringsretten er sikret i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter benævnt TEUF) art. 49 ved et forbud mod diskrimination grundet nationalitet samt et forbud mod restriktioner, der hindrer fysiske personer i frit at etablere sig i en anden medlemsstat herunder adgangen til at udøve erhvervmæssig virksomhed.

Den erhvervmæssige virksomhed omfatter den faktiske udøvelse af en økonomisk aktivitet ved hjælp af en fast indretning i en anden medlemsstat.²⁶ Det er derudover blevet slået fast, at en statsborger, der deltager i en anden medlemsstats økonomiske liv på en stabil og vedvarende måde, vil være omfattet af begrebet etablering.²⁷

Den etableringsretlige beskyttelse er med TEUF art. 54 udvidet til også at gælde for juridiske personer samt oprettelse af agenturer, filialer og datterselskaber på tværs af medlemsstaterne, der således nyder samme beskyttelse som fysiske personer. Det følger af bestemmelsens ordlyd, at der er få betingelser, som selskaber skal opfylde for at blive omfattet af etableringsretten. Der skal først og fremmest være tale om et

²⁶ C-438/05, *Viking Line*, præmis 70

²⁷ C-55/94, *Gebhard*, præmis 25

selskab, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og som dernæst har sit hovedkontor inden for EU.

Det fremgår endvidere af TEUF art. 54, stk. 2, at et selskab skal arbejde med gevinst for øje for at blive omfattet af frihedsbestemmelsen. Bestemmelsen indeholder en bred afgrænsning af de selskaber, der er omfattet af etableringsretten.²⁸

Fonde, der arbejder med gevinst for øje, kan derfor sidestilles med de selskaber, der er beskyttet af bestemmelsen. Det må umiddelbart antages, at de erhvervsdrivende fonde efter dansk ret opfylder betingelsen om erhvervsdrift i modsætning til ikke-erhvervsdrivende fonde. Betingelsen om erhvervsdrift er et selvstændigt begreb inden for EU-retten og kan omfatte andre typer af fonde end de erhvervsdrivende efter EFL. Det betyder således, at fonde, der efter dansk ret ikke er erhvervsdrivende, alligevel kan blive omfattet af etableringsretten, hvis de reelt set har en erhvervsdrift i EU-retlig forstand.

Der sondres imidlertid mellem primær og sekundær etablering. Den primære etablering dækker over de situationer, hvor et selskab enten stifter en ny virksomhed, køber en ny virksomhed eller flytter sin allerede eksisterende virksomhed til en anden medlemsstat.²⁹ I den primære etablering sondres der yderligere mellem oprindelig og efterfølgende primær etablering. Når selskabet enten stifter en ny virksomhed eller køber en virksomhed i anden medlemsstat, vil det være en oprindelig primær etablering. Hvis selskabet i stedet flytter sin allerede eksisterende virksomhed, vil det i stedet være en efterfølgende primær etablering. Igennem den sekundære etablering har selskabet mulighed for at etablere et agentur, en filial eller et datterselskab på tværs af grænserne.

Der har tidligere hersket et *hovedsædekriterie*, som har været anvendt til at bestemme selskabers nationalitet på baggrund af deres faktiske hjemsted. Hovedsædekriteriet har haft til formål at beskytte mod en omgåelse af national selskabslovgivning, men kriteriet har givet anledning til en række problemstillinger i forhold til grænseoverskridende etablering af selskaber. Det har blandt andet betydet, at udenlandske selskaber, der ønskede at flytte sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, er blevet nægtet anerkendelse som juridisk person, hvis selskabet ikke blev registreret i landet og samtidig opfyldte den nationale lovgivning.³⁰ Efter hovedsædekriteriets undergang er

²⁸ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., EU-retten, 2014, s. 552

²⁹ Rønfeldt, Thomas, Skatteværn og EU-frihed, 2010, s. 186

³⁰ Dette vil blive beskrevet senere i afsnit 3.2 om frihedsrettighedernes anvendelse i selskabsretlig sammenhæng

det nu *registreringskriteriet*, som fastlægger selskabers nationalitet på baggrund af den medlemsstat, hvor selskabet er registreret.

3.1.2 Kapitalens frie bevægelighed

Kapitalens frie bevægelighed er reguleret i TEUF art. 63, der beskytter kapitalbevægelserne mod restriktioner, der hindrer kapitalen i at kunne bevæge sig frit.

Frihedsbestemmelsen indeholder i sin ordlyd ikke et forbud mod diskrimination, men det følger af tidligere praksis, at bestemmelsen også omfatter et forbud mod herimod.³¹ Bestemmelsen har til formål at sikre, at kapitalen kan bevæge sig frit inden for EU og tredjelande med henblik på at beskytte det indre marked. Grundlæggende set er alle lovlige betalingsmidler omfattet af bestemmelsen herunder kontanter, checks, mønter samt arv, gaver og investering i fast ejendom.

Det er ikke udtømmende oplyst, hvad der skal forstås ved en kapitalbevægelighed, men nomenklaturen, der er et bilag til det nu ophævede direktiv 88/361, kapitalliberaliseringsdirektivet, kan anvendes som et fortolkningsbidrag hertil. Nomenklaturen indeholder en lang række eksempler på kapitalbevægeligheder, der er beskyttet af traktaten.

Det kan umiddelbart være svært at vurdere, om et givent område falder ind under etableringsretten eller kapitalens frie bevægelighed. Er der tvivl herom, vil det være formålet med den nationale bestemmelse, der får afgørende betydning for vurderingen.³² Afgrænsningen mellem de to frihedsrettigheder kan være svær at definere, men er der tale om en aktieerhvervelse, der giver en bestemmende indflydelse i et selskab, er det etableringsretten, der finder anvendelse.³³ Områder, der typisk vil falde ind under kapitalens frie bevægelighed, er eksempelvis minoritetsaktier, fradrag og kurstab. Kapitalens frie bevægelighed kan virke sekundær i forhold til etableringsretten, hvilket er set i C-298/05, *Columbus*.

C-298/05, *Columbus* handlede om et belgisk kommanditselskab, der var ejet af otte medlemmer af samme familie. Familiemedlemmerne varetog samme interesser og var repræsenteret af samme person på generalforsamlingen, hvorfor det blev vurderet, at etableringsretten ligeledes fandt anvendelse på dette forhold og ikke kun i de situationer, hvor der foreligger en bestemmende indflydelse.

³¹ C-423/98, *Albore*, præmis 16-17

³² Rønfeldt, Thomas, *Skatteværn og EU-frihed*, 2010, s. 281-282

³³ C-208/00, *Überseering*, præmis 77

Afgørelsen viser, at Domstolen først og fremmest vurderer, om etableringsretten kan anvendes på det givne forhold. Er dette ikke tilfældet vil det dernæst blive prøvet, om forholdet i stedet falder under kapitalens frie bevægelighed.³⁴ Reglerne herom kan således udtrykkes som en opsamlingsbestemmelse, der omfatter de situationer, der ikke falder under etableringsretten.

Kapitalens frie bevægelighed spiller en stadig større og selvstændig rolle og har blandt andet haft betydning for lovforslag nr. 27 om ændring af fondsbeskatningsloven, som tidligere er omtalt. Kommissionen anførte i en åbningskrivelse i 2008, at den nationale bestemmelse var i strid med kapitalens frie bevægelighed, idet der ikke blev givet fradrag for uddelinger til ikke-almennyttige formål til personer, der ikke var skattepligtige til Danmark.

Skatteministeriet anerkendte, at der var tale om en restriktion, men begrundede hindringen i tvingende almene hensyn, der tidligere havde været accepteret af Domstolen.³⁵ De bemærkede i forbindelse med åbningskrivelsen, at et generelt fradrag for uddelinger ville medføre en risiko for, at Danmark ikke ville kunne opretholde en beskatning af uddelinger til modtagere i andre medlemsstater. En lignende bestemmelse i østrigsk ret blev efterfølgende forelagt for Domstolen i C-589/13, *F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt*.

I C-589/13, *F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt* udbetalte en privat fond i Østrig et støttebeløb til henholdsvis en person, der var bosiddende i Belgien, og til en person, der var bosiddende i Tyskland. Ved uddelingen af støttebeløbet indeholdte fonden en kapitalindkomstskat, som de udenlandske modtagere skulle betale som kildeskat til de østrigske skattemyndigheder. Med udgangspunkt i dobbeltbeskatningsoverenskomsten anmodede de udenlandske modtagere skattemyndighederne om at få tilbagebetalt den kildeskat, der allerede var indbetalt. Derudover ønskede fonden at få fradrag for de støttebeløb, der var blevet uddelt til de udenlandske modtagere. De østrigske skattemyndigheder afviste fondens ønske om fradrag, idet der var sket en lempelse i kapitalindkomstskatten, eftersom modtagerne fik tilbagebetalt kildeskatten. Domstolen slog fast, at den østrigske bestemmelse, der begrænsede fondes fradragsret for uddeling af støttebeløb til modtagere, der ikke var skattepligtige til Østrig, udgjorde en hindring af kapitalens frie bevægelighed.

Lovforslag nr. 27 blev fremsat på baggrund af *F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt*, idet staten blev opmærksom på, at de nuværende regler om fradrag for uddeling til ikke-almennyttige formål, der er betinget af, at modtageren er skattepligtig til Danmark, er i strid med EU-retten.

³⁴ Rønfeldt, Thomas, *Skatteværn og EU-frihed*, 2010, s. 280

³⁵ Notat om Kommissionens åbningskrivelse af den 14. november 2008

Afgørelsen fra Domstolen har medført, at der er stillet forslag om, at der ikke længere skal kunne opnås fradrag for ikke-almennyttige uddelinger, hvad enten modtageren er skattepligtig til Danmark eller ej. Lovforslaget indeholder endvidere et *genialt* modtræk, der giver modtageren ret til kun at medregne 80 pct. af uddelingen i den skattepligtige indkomst, hvormed de resterende 20 pct. vil være skattefrie. Det betyder dermed, at fordelene flyttes fra fonden til modtageren af uddelingen, eftersom modtagerens skattepligtige indkomst til Danmark reduceres.

3.1.3 Hindringer af frihedsrettighederne

Etableringsretten og kapitalens frie bevægelighed indeholder begge som beskrevet et diskriminations- og restriktionsforbud. Traktaten indeholder derudover et forbud mod al forskelsbehandling inden for dennes anvendelsesområde i TEUF art. 18, der også kendetegnes som det generelle forbud mod diskrimination grundet nationalitet på tværs af medlemsstaterne. Bestemmelsen har som udgangspunkt ikke en selvstændig betydning, når en af traktatens specialbestemmelser om fri bevægelighed finder anvendelse.³⁶

Der sondres i praksis mellem en *direkte* og *indirekte* diskrimination. Den direkte diskrimination er et udtryk for, at en given medlemsstat stiller fysiske eller juridiske personer ringere end den pågældende medlemsstats egne som følge af deres nationalitet. Den indirekte diskrimination er omvendt et udtryk for de kriterier, som en medlemsstat opstiller, der udelukkende stiller fysiske eller juridiske personer fra andre medlemsstater ringere end de nationalt hjemmehørende.

Når det undersøges, om der foreligger en diskrimination, skal fysiske og juridiske personer i andre medlemsstater være i en sammenlignelig situation med de indenlandske. Forskelsbehandling omfatter både, når en medlemsstat enten behandler ens situationer forskelligt eller forskellige situationer ens.³⁷

Diskriminationsforbuddet kan kun anvendes ved forskelsbehandling som følge af nationalitet, hvorimod restriktionsforbuddet kan tilsidesætte enhver bestemmelse, der er egnet til at hindre den frie bevægelighed. Restriktionsforbuddet kan dermed siges at række videre end diskriminationsforbuddet.³⁸

³⁶ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., EU-retten, 2014, s. 261

³⁷ C-298/05, *Columbus*, præmis 41

³⁸ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., EU-retten, 2014, s. 251

Domstolen har tidligere slået fast, at en restriktion af etableringsretten indebærer alle foranstaltninger, der forbyder, medfører ulemper for eller gør udnyttelsen af etableringsretten mindre attraktivt.³⁹ En restriktion af kapitalens frie bevægelighed defineres derimod som foranstaltninger, der afholder ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i medlemsstaten, eller der afholder hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en anden medlemsstat.⁴⁰

Nationale bestemmelser, der udgør en diskrimination eller en restriktion, kan i visse tilfælde opretholdes, når de er begrundet i saglige hensyn. En direkte diskrimination kan kun retfærdiggøres af traktatfæstede undtagelser, hvorimod en indirekte diskrimination eller restriktion kan retfærdiggøres i den såkaldte *Gebhard*-test, der udspringer af afgørelsen C-55/94, *Gebhard*.⁴¹ *Gebhard*-testen består af følgende fire betingelser: 1) restriktionen skal være begrundet i tvingende almene hensyn, 2) restriktionen skal anvendes uden forskelsbehandling, 3) restriktionen skal være egnet, og 4) restriktionen må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål. De sidste to betingelser udgør i fællesskab proportionalitetsprincippet.

3.2 Frihedsrettighedernes anvendelse i selskabsretlig sammenhæng

For at fastslå frihedsrettighedernes rækkevidde i forhold til restriktionsforbuddet vil det i nærværende afsnit blive undersøgt, hvorledes en restriktion gyldigt kan opretholdes ved at bringe tre væsentlige afgørelser på det selskabsretlige område i spil. Afgørelserne har alle haft stor betydning for etableringsrettens udvikling samt hovedsædekriteriets undergang.

C-212/97, *Centros*

C-212/97, *Centros* handlede om det engelske selskab Centros Ltd (herefter benævnt Centros), der var registreret i henholdsvis England og Wales. Kapitalen var opdelt i to anparter, der ejedes af ægtefællerne Tonny og Marianne Bryde, som begge var danske statsborgere med bopæl i Danmark. Centros anmodede den daværende Erhvervs- og Selskabsstyrelse om at registrere en filial af Centros i Danmark. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviste denne registrering med den begrundelse, at Centros, som ikke havde drevet erhvervsmæssig virksomhed siden sin registrering, reelt set ikke søgte om at oprette en filial men i stedet selskabets hovedetablering i Danmark, hvorfor dette måtte anses for en omgåelse af de nationale selskabsregler.

³⁹ C-298/05, *Columbus*, præmis 34

⁴⁰ C-513/03, *Van Hilten-van der Heijden*, præmis 44

⁴¹ C-55/94, *Gebhard*, præmis 37

På daværende tidspunkt var reglerne således, at der ved oprettelsen af et dansk anpartsselskab skulle erlægges 200.000 kr. i indskudskapital. I modsætning til de danske regler indeholdte Det Forenede Kongeriges lovgivning intet krav om, at anpartsselskaberne skulle have en mindste selskabskapital, eller at denne skulle være indbetalt. Centros var stiftet med en indskudskapital på 100 GBP, som hverken var indbetalt eller stillet til rådighed for selskabet, hvorfor Centros altså var gyldigt stiftet i overensstemmelse med de engelske regler.

I C-212/97, *Centros* gjorde den daværende Erhvervs- og Selskabsstyrelse gældende, at der var tale om et rent nationalt anliggende, idet Centros hverken havde en faktisk eller vedvarende tilknytning til det økonomiske liv i Det Forenede Kongerige, samt at selskabsdeltagerne i øvrigt var danske statsborgere. Dermed mente Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at Centros ikke var beskyttet af etableringsretten.

Generaladvokaten bemærkede hertil, at Centros havde hjemsted i Det Forenede Kongerige og var stiftet i henhold til lovgivningen i England og Wales med et ønske om at oprette en filial i Danmark, hvorfor der var tale om en grænseoverskridende aktivitet, der var omfattet af den fri etableringsret. Det var generaladvokatens opfattelse, at der ikke kunne kræves yderligere betingelser opfyldt med hensyn til selskabsdeltagernes statsborgerskab eller med hensyn til det geografiske område, hvor selskabet udøvede virksomhed for at være omfattet af etableringsretten.⁴²

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gjorde gældende, at selskabskonstruktionen udelukkende var foretaget for at omgå de danske regler om kapitalkrav, og styrelsen bemærkede derfor, at der var tale om et misbrug af etableringsretten, hvormed Centros ikke kunne påberåbe sig denne i forbindelse med filialstiftelsen.

Det følger af Domstolens praksis, at en medlemsstat har ret til at opstille foranstaltninger til hindring for, at dens statsborgere gennem misbrug forsøger at unddrage sig national lovgivning. Ligeledes fremgår det af praksis, at unionsborgere ikke på svigagtig vis eller med henblik på misbrug kan gøre frihedsbestemmelserne gældende.⁴³

I den forbindelse bemærkede generaladvokaten, at traktaten udtrykkeligt giver ret til at etablere sig og frit vælge den retsform, der skal udøves virksomhed i. Generaladvokaten afviste af den grund, at der var tale om misbrug af etableringsretten og anførte derudover, at Centros ikke opnåede en uretmæssig fordel, der klart falder uden for formålet med frihedsrettigheden.

⁴² Forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola – C-212/97, *Centros*, pkt. 18

⁴³ C-212/97, *Centros*, præmis 24

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen begrundede restriktionen i, at kravet om mindstekapital havde til formål at styrke selskabernes soliditet med henblik på at beskytte både offentlige og private kreditorer. Et manglende kapitalkrav ville således medføre en risiko for større tab, såfremt Centros skulle blive erklæret insolvent. Generaladvokaten anførte hertil, at kapitalkravet ikke udgjorde et effektivt middel for kreditorbeskyttelsen, og risikoen for tab ikke kunne udgøre en virkelig og tilstrækkelig trussel mod kreditorerne. Kommissionen udtalte ligeledes:

"I relation til dette formål er det imidlertid en uforholdsmæssig foranstaltning blot at nægte sekundær etablering på grund af en formodning for forsæt til omgåelse af gældende regler. En sådan nægtelse kan ikke begrundes ud fra nogen af de hensyn, som er fastsat i traktatens artikel 56, der i øvrigt ikke omfatter økonomiske hensyn, og det må under alle omstændigheder forudsættes, at det godtgøres, at det udenlandske selskab har en svigagtig hensigt over for kreditorerne i Danmark."⁴⁴

Det blev gjort klart, at det i det hele taget er en uforholdsmæssig foranstaltning at nægte en etablering udelukkende på grund af en formodning for omgåelse af nationale regler. Det skal således kunne godtgøres, at selskabet har haft en svigagtig hensigt.

Hensynet til kreditorbeskyttelsen blev anerkendt som tvingende alment hensyn, men nægtelsen af registreringen blev ikke fundet proportionel af hverken generaladvokaten eller Domstolen. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påpegede i afgørelsen, at den økonomiske aktivitet i Centros var afgørende for deres accept af filialstiftelsen. Både generaladvokaten og Domstolen bemærkede, at selskabet stadig undgik de danske kapitalkrav, hvis der altså forelå økonomisk aktivitet i Centros, og kreditorerne således ikke opnåede en bedre beskyttelse.⁴⁵

Domstolen kom frem til, at nægtelsen af filialregistreringen var i strid med etableringsretten, idet restriktionen ikke var egnet og nødvendig til at opnå en kreditorbeskyttelse. Domstolen tilføjede samtidig, at det ikke kan udelukkes, at en sådan restriktion kan opretholdes, såfremt det kan bevises, at selskabet reelt har haft til hensigt at unddrage sine kreditorer.

Dernæst slog Domstolen fast, at det ikke i sig selv udgør et misbrug at etablere sig i en anden medlemsstat, der har en mindre byrdefuld lovgivning, hvad enten der er tale om proforma eller ej.⁴⁶ En lignende restriktion blev forsøgt opretholdt i C-208/00, *Überseering*.

⁴⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola – C-212/97, *Centros*, pkt. 10

⁴⁵ Forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola – C-212/97, *Centros*, pkt. 22 samt C-212/97, *Centros*, præmis 35

⁴⁶ C-212/97, *Centros*, præmis 27 og 39

C-208/00 – *Überseering*

I C-208/00, *Überseering* erhvervede et hollandsk selskab en grund i Tyskland, som selskabet anvendte til erhvervsformål. *Überseering* overlod renovationsarbejdet af en garagebygning og et motel, der befandt sig på grunden, til selskabet NCC. Efter arbejdets udførelse konstaterede *Überseering* mangler ved renovationsarbejdet og lagde efterfølgende sag an mod NCC med henblik på at få afhjulpet manglerne og erstattet de deraf følgende skader. Den tyske domstol afviste sagen, idet to tyske statsborgere i mellemtiden havde erhvervet samtlige anparter i *Überseering*. På den baggrund fandt den tyske domstol, at *Überseering* havde flyttet sit hovedsæde fra Holland til Tyskland og som følge deraf ikke opfyldte de tyske regler om mindstekapital, hvormed selskabet hverken havde rets- eller partsevne i Tyskland.

I *Überseering* blev det undersøgt, om EU-retten havde direkte indflydelse på nationale bestemmelser om selskabers status som juridiske personer. Efter tysk ret blev et selskabs retsevne afgjort på baggrund af det sted, hvor selskabet havde sit faktiske hovedsæde. På daværende tidspunkt ville et selskab, der gyldigt var stiftet i en anden medlemsstat og derefter flyttede sit faktiske hovedsæde til Tyskland, miste sin retsevne i Tyskland som følge af *hovedsædekriteriet*. For at *Überseering* kunne få retsevne og dermed være berettiget til at deltage i en retssag, skulle det lade sig opløse og stifte på ny i overensstemmelse med tysk ret.

NCC bemærkede, at foranstaltningen var forenelig med reglerne om den frie etableringsret, hvormed det ikke kunne udgøre en hindring heraf, at medlemsstaten nægtede at anerkende selskabet som en udenlandsk juridisk person, idet selskabet havde mulighed for at lade opløse og stifte på ny. Det var NCC's opfattelse, at kun retten til nystiftelse og sekundær etablering var beskyttet af etableringsretten.

Den italienske regering anførte i forlængelse heraf, at betingelserne for selskabers identitet som juridisk person ikke falder under etableringsretten i henhold til C-81/87, *Daily Mail & General Trust* og påpegede derudover, at hvis der er tilknytning til flere medlemsstater, skal det i hver enkelt medlemsstat fastlægges, hvornår et selskab er underlagt reglerne heri.

I C-81/87, *Daily Mail & General Trust* ønskede en engelsk avis at flytte sit hovedsæde til Holland, hvilket de engelske skatteregler ikke gav adgang til. Traktaten beskyttede på daværende tidspunkt ikke den efterfølgende primære etablering, hvorfor de engelske skatteregler ikke blev anset for at være en hindring af etableringsretten. Det skal bemærkes, at denne tilgang senere er blevet ændret.

Den tyske regering påberåbte ligeledes, at Domstolens argumentation i *Daily Mail & General Trust*, præmis 23-24, kunne overføres direkte til forholdet i *Überseering*,

således selskaber stiftet i overensstemmelse med national lovgivning ikke kunne opnå ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat og samtidig opretholde deres egenskab som juridisk person i den oprindelige medlemsstat.

Kommissionen bemærkede i den forbindelse, at *Daily Mail & General Trust* ikke kunne anvendes som grundlag til at vurdere, om Tyskland skulle anerkende *Überseering* som udenlandsk juridisk person, når selskabet var gyldigt stiftet efter hollandsk ret. Kommissionen begrundede sin udtalelse i, at forholdet i *Daily Mail & General Trust* ikke kunne sammenlignes med forholdet i *Überseering*, idet førstnævnte vedrørte forholdet mellem stiftelseslandet og et hjemmehørende selskab, hvorimod *Überseering* vedrørte en medlemsstats anerkendelse af et udenlandsk selskab.

På den baggrund argumenterede *Überseering* og Kommissionen for, at det i stedet skulle vurderes ud fra *Centros*, da afgørelsen angik en medlemsstats behandling af et udenlandsk selskab, der var stiftet i overensstemmelse med en anden medlemsstats lovgivning.

Generaladvokaten tilføjede i den forbindelse i sit forslag til afgørelse, at *Daily Mail & General Trust* var blevet afgjort på etableringsrettens daværende udviklingstrin og ikke kunne bringes i spil, idet retspraksis inden for området havde udviklet sig som følge af *Centros*.⁴⁷ Således vil et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning og ikke efterfølgende anerkendes i en anden medlemsstat, være omfattet af etableringsrettens nuværende udviklingstrin.

Domstolen bemærkede i sin afgørelse, at kravet om nystiftelse i Tyskland var en klar nægtelse og dermed en restriktion af etableringsretten.

Den tyske regering begrundede restriktionen i blandt andet hensynet til kreditorbeskyttelse, da kreditorernes retsstilling fremstod mere usikker, såfremt *Überseering* ikke opfyldte de nationale regler om mindstekapital. Regeringen påberåbte sig ligeledes hensynet til beskyttelsen af skattevæsenets interesser igennem en begrænsning af dobbeltbeskatning samt hensynet til minoritetsselskabsdeltagerne og lønmodtagerne. Generaladvokaten bemærkede i den forbindelse, at hensynene ikke var tilstrækkeligt belyst, hvorfor de ikke blev behandlet i forslaget til afgørelse.

Hensynet til kreditorbeskyttelse var allerede blevet anerkendt som tvingende alment hensyn i *Centros*, men både generaladvokaten og Domstolen stillede spørgsmålstejn ved, om kreditorerne opnåede en reel beskyttelse ved krav om mindstekapital.⁴⁸

⁴⁷ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo – C-208/00, *Überseering*, pkt. 27-30

⁴⁸ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo – C-208/00, *Überseering*, pkt. 50-54

Det blev endvidere bemærket, at en nægtelse af et udenlandsk selskabs partsevne i højere grad var et hensyn til Überseerings debitorer end kreditorer, idet selskabet ville miste muligheden for at anlægge sag mod eventuelle debitorer i Tyskland. Generaladvokaten konstaterede ydermere, at restriktionen ikke i sig selv var et udtryk for forskelsbehandling, da tyske selskaber, der flyttede deres hovedsæde til en anden medlemsstat, ville blive ligestillet med udenlandske selskaber.

I forbindelse med proportionalitetsvurderingen bemærkede generaladvokaten, at den tyske lovgivning udgjorde en alvorlig hindring af etableringsretten, idet domstolsprøvelse er en grundlæggende rettighed og desuden beskyttet i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Generaladvokaten udtalte efterfølgende:

”Som jeg konstaterede i forbindelse med undersøgelsen af foranstaltningens egnethed til at nå det tilstræbte formål, foreskriver den tyske retsorden, med henblik på en så alvorlig sanktion, slet ikke nogen konkret bedømmelse af risikoen. De retlige interesser, som foranstaltningen skal beskytte, eller rettere sagt den risiko, det indebærer for disse interesser, at et selskab ikke har sit hovedkontor i den stat, hvor det er stiftet, står ikke i forhold til rækkevidden af den pålagte sanktion.”⁴⁹

Udtalelsen viser, at medlemsstaterne skal være opmærksomme på proportionalitetsprincippet ved udformningen af foranstaltninger, og hvilke ulemper en sådan foranstaltning medfører. Beskyttelsen af kreditorer kan på ingen måder udtrykkes som forholdsmæssig i forhold til de konsekvenser, som det har for udenlandske selskaber at miste retten til domstolsprøvelse.

Domstolen fandt ligesom generaladvokaten, at foranstaltningen hverken var egnet eller nødvendig til at opnå det tilsigtede mål, og at en sådan hindring af udenlandske selskaber var en ren nægtelse af etableringsretten.

Domstolen bemærkede ydermere, at hensynet til kreditorbeskyttelse ikke kunne afvises at udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion under visse omstændigheder og på visse betingelser.⁵⁰ En anden afgørelse, der har haft en særlig betydning på det selskabsretlige område – og for hovedsædekriteriets fremtidige beståen – er C-161/01, *Inspire Art*.

⁴⁹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo – C-208/00, *Überseering*, pkt. 61

⁵⁰ C-208/00, *Überseering*, præmis 92

C-167/01, *Inspire Art*

C-167/01, *Inspire Art* handlede om selskabet Inspire Art Ltd (herefter benævnt Inspire Art), der blev stiftet i overensstemmelse med engelsk ret med hovedkontor i Det Forenede Kongerige. Inspire Art havde en filial i Amsterdam og var registreret hos Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam (herefter benævnt Handelskammeret), men uden at det var angivet, at det var et formelt udenlandsk selskab, som det på daværende tidspunkt var udtrykt i den hollandske lovgivning. Konsekvensen af registreringen som et formelt udenlandsk selskab var, at der var knyttet en række automatiske retsvirkninger og yderligere krav til et sådant selskab.

Ifølge den hollandske lovgivning Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (herefter benævnt WFBV) skulle et selskab, der var stiftet efter en anden medlemsstats lovgivning lade sig registrere som et formelt udenlandsk selskab i handelsregisteret for at komme til eksistens som selvstændigt retssubjekt. Ledelsen hæftede personligt og solidarisk i forbindelse med alle selskabets retshandler indtil registreringen, og hvis selskabet mistede sin mindstekapital.

Formålet med den hollandske lovgivning har været at begrænse brugen af udenlandske selskaber til rent hollandske foretagender og dermed beskytte selskabets medkontraahenter mod eventuelle tab.⁵¹

Den italienske regering bemærkede, at Inspire Art ikke udøvede nogen form for erhvervsvirksomhed i Det Forenede Kongerige, hvormed etableringen i Holland skulle betragtes som selskabets hovedetablering og ikke en filial. En tilsvarende opfattelse blev fremført af den tyske regering med den begrundelse, at etableringsretten ikke har til formål at begunstige postkasseselskaber, der ikke driver erhvervsvirksomhed i den medlemsstat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted.

Handelskammeret mente samtidig, at WFBV ikke begrænsede etableringsfriheden, idet lovgivningen ikke nægtede udenlandske selskaber at registrere sig i Holland, men blot tydeliggjorde selskabets egenskab som formelt udenlandsk selskab.⁵²

Kommission anførte med henvisning til *Centros*, at et selskab kan påberåbe sig etableringsretten, når selskabet er stiftet med henblik på at oprette en filial i en anden medlemsstat, hvorfra virksomheden helt eller delvist skal udøves, selvom der ikke foreligger en økonomisk aktivitet i medlemsstaten.

⁵¹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 8

⁵² Forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 26-29

Hertil bemærkede Inspire Art, at der var tale om en hindring af etableringsretten, da WFBV medførte en *mindre* attraktiv etablering i Holland for udenlandske selskaber blandt andet fordi, der blev stillet yderligere krav til disse heri.

Generaladvokaten gjorde det klart, at Inspire Art kunne påberåbe sig etableringsretten, da det for det første ikke var en betingelse for oprettelsen af en filial, at Inspire Art udøvede erhvervmæssig aktivitet. For det andet udelukkede det ikke muligheden for at påberåbe sig etableringsretten, at Inspire Art var oprettet med henblik på at omgå de hollandske regler. Ligesom det blev fastslået i *Centros* kunne etableringsretten dermed finde anvendelse på det givne forhold.⁵³

Handelskammeret henviste til et stigende antal af udenlandske postkasseselskaber og anså vedtagelsen af WFBV som nødvendig af hensyn til kreditorerne og bekæmpelse af svig. En stor del af de såkaldte udenlandske postkasseselskaber resulterede i konkurs, hvormed kreditorer havde svært ved at begrænse deres tab som følge af manglende mindstekapital. Handelskammeret tilføjede endvidere, at WFBV havde til hensigt at forhindre en *utilbørlig* anvendelse af udenlandske selskaber, der udelukkende drev virksomhed i Holland.⁵⁴

Restriktionen blev begrundet i hensynet til kreditorbeskyttelsen, idet registreringen som formelt udenlandsk selskab fungerede som en advarsel over for tredjemand, der på den måde blev bekendt med selskabets udenlandske forhold. Den hollandske regering understøttede restriktionen og anførte, at reglerne i WFBV havde til formål at hindre misbrug, som blev slået fast i *Centros*.

Hverken Inspire Art, den engelske regering eller Kommissionen mente, at foranstaltningen kunne opretholdes som følge af misbrug og påpegede, at det ikke i sig selv kan udgøre misbrug at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning i en anden medlemsstat.

I forhold til registreringen som formelt udenlandsk selskab, anførte Inspire Art og Kommissionen, at selskabet i forvejen anvendte betegnelsen Ltd. og på den måde tilkendegav, at de var stiftet i overensstemmelse med udenlandsk ret. Kommende forretningspartnere kunne som følge heraf undlade at indgå aftaler med et udenlandsk selskab, såfremt de ikke anså sikkerheden for at være tilstrækkelig.

⁵³ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 79-81

⁵⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 31-32

Generaladvokaten antog i samme forbindelse, at registreringen som formelt udenlandsk selskab ville gøre det mindre attraktivt at handle med sådanne selskaber, når de efter den hollandske lovgivning blev betragtet som mindre kreditværdige.

Et ekspertudvalg forelagde en beretning om mindstekapital som en sikring mod kreditorbeskyttelse til Kommissionen, hvoraf generaladvokaten citerede følgende:

”Ekspertudvalget konkluderer imidlertid, at disse bestemmelser om mindstekapital alene opfylder én funktion. De afholder den enkelte fra letfærdigt at stifte selskaber. De giver imidlertid alene en ringe beskyttelse af kreditorer mod uovervejede kapitalindskud og giver overhovedet ingen beskyttelse, såfremt kapitalen anvendes til tabsdækning.”⁵⁵

Med ekspertudvalgets beretning blev det slået fast ligesom i *Centros* og *Überseering*, at kravet om mindstekapital ikke var et *effektivt* middel til at sikre kreditorbeskyttelse. Det blev i samme forbindelse bemærket, at kreditorerne kunne sikres bedre igennem en solvensundersøgelse af selskabet.

Generaladvokaten tilføjede, at særligt ledelsesansvaret var et udtryk for forskelsbehandling, idet et hollandsk selskab kun blev pålagt personlig, ubegrænset og solidarisk hæftelse *indtil* registreringen af selskabet, hvorimod ledelsen i et udenlandsk selskab også hæftede *efter* registreringen, hvis selskabet mistede sin mindstekapital. Bestemmelsen om ledelsesansvar ramte dermed kun udenlandske selskaber, da der ikke fandtes en tilsvarende bestemmelse rettet mod de hjemmehørende selskaber.

Generaladvokaten anførte ydermere, at WFBV var uforholdsmæssig af flere årsager. Lovgivningen indeholdte ikke en klar definition af hvilke selskaber, der var omfattet, idet det blot var angivet, at selskaber, der udelukkende eller næsten udelukkende drev virksomhed i Holland, var omfattet uden nærmere at angive, hvor stor en procentdel af virksomheden, der skulle udøves for at være omfattet heraf.

En anden årsag skulle ses i den næsten *uoverskuelige risiko* og de *uberegnelige følger* ved ledelsens personlige, ubegrænsede og solidariske hæftelse, hvis selskabet mistede sin mindstekapital.⁵⁶ Alene den risiko gjorde det mindre attraktivt for udenlandske selskaber at drive virksomhed i Holland.

Domstolen var af samme opfattelse som generaladvokaten og konstaterede, at foranstaltningen hverken var egnet eller nødvendig til at beskytte kreditorerne, da de måtte betragtes som tilstrækkeligt oplyste ved selskabets betegnelse som Ltd. Det blev

⁵⁵ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 142

⁵⁶ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 151-153

endvidere bemærket, at opsættelsen af betingelser for filialstiftelse var i strid med etableringsretten, når selskabet var stiftet efter en anden medlemsstats ret.

Sammenfatning

Centros, *Überseering* og *Inspire Art* har alle haft stor betydning for hovedsædekriteriet. Domstolen tog første gang stilling til dette kriterie i *Daily Mail & General Trust*, hvor Domstolen accepterede, at hovedsædekriteriet kunne være i overensstemmelse med etableringsretten, idet EU-retten på daværende tidspunkt ikke beskyttede et selskabs mulighed for at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat. Konsekvensen heraf var, at den pågældende medlemsstat på daværende tidspunkt kunne hindre en primær etablering ved at nægte et selskab at flytte sit hovedsæde.

Centros gav omvendt anledning til tvivl om hovedsædekriteriets overensstemmelse med EU-retten, da Domstolen underkendte en ren registreringsnægtelse ved flytning af hovedsæde. I *Überseering* blev hovedsædekriteriet for alvor afprøvet, hvor det blev underkendt ved Domstolen med den begrundelse, at et selskab, der er registreret i overensstemmelse med en anden medlemsstats lovgivning skal anerkendes uden hensyntagen til hovedsædet.⁵⁷

Det fremgår klart af *Centros* og *Überseering* i forening, at hovedsædekriteriet er *uforenelig* med etableringsretten. *Inspire Art* bekræftede denne opfattelse, hvor generaladvokaten i sit forslag til afgørelse udtalte, at selvom Holland benyttede sig af registreringskriteriet, så havde den hollandske lovgivning samme effekt som det uforenelige hovedsædekriterie.

Domstolen fastslog igen, at selskaber, der er stiftet efter en anden medlemsstats lovgivning skal anerkendes i sin helhed og ikke kan underlægges yderligere betingelser. Det blev bemærket både i *Centros* og *Inspire Art*, at en anerkendelse af en sådan nægtelse vil medføre en *udhuling* af etableringsretten.⁵⁸ Det har medført et gensidigt *anerkendelsesprincip*, hvormed en medlemsstat ikke kan underkende en anden medlemsstats nationale regler. En medlemsstat kan dermed ikke frakende eller tilsidesætte et lovligt etableret udenlandsk selskabs realitet og rettigheder.

Fælles for *Centros*, *Überseering* og *Inspire Art* er, at de pågældende medlemsstater i afgørelserne forsøgte at begrunde hindringer af etableringsretten i en beskyttelse af kreditorerne. Kreditorbeskyttelsen blev anerkendt som tvingende alment hensyn, men det blev i alle tre afgørelser underkendt som følge af manglende proportionalitet.

⁵⁷ C-208/00, *Überseering*, præmis 82

⁵⁸ Forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola – C-212/97, *Centros*, pkt. 13 og forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 104

Der kan umiddelbart sondres mellem et hensyn til offentlige og private kreditorer. Private kreditorer har mulighed for i modsætning til offentlige kreditorer at undlade at indgå aftaler med udenlandske selskaber eller stille krav om de nødvendige garantier og andre sikkerhedsstillelser. Domstolen har dog udtalt i *Centros*, at offentlige kreditorer kan kræve samme sikkerhedsmæssige foranstaltninger i henhold til national lovgivning.⁵⁹ Det må antages, at offentlige kreditorer hverken nyder en bedre eller ringere beskyttelse end private kreditorer.

Centros, *Überseering* og *Inspire Art* har samtidig det til fælles, at hindringerne hverken blev fundet egnede eller nødvendige til at opnå de tilsigtede mål. Medlemsstaterne har typisk fastholdt, at de pågældende restriktioner var i overensstemmelse med de traktatfæstede frihedsrettigheder og derfor ikke har haft et større fokus på proportionalitetsprincippet. Det har samtidig betydet, at medlemsstaterne ikke har argumenteret yderligere for, hvordan restriktionerne egentlig kan opretholdes ved at betragte almene hensyn og foranstaltningernes øvrige saglighed og proportionalitet.

Afgørelserne kunne formentlig være faldet anderledes ud, hvis medlemsstaterne havde betragtet betingelserne for en opretholdelse, idet nægtelsen af restriktionerne har medført manglende argumenter for foranstaltningernes egnethed og nødvendighed.⁶⁰ Det må antages, at der stilles større krav til proportionaliteten, jo mere indgribende foranstaltningen er i etableringsretten.

Domstolen slog i *Centros* fast, at det ikke i sig selv kan udgøre misbrug at anvende en medlemsstats mindre byrdefulde lovgivning, hvilket ligeledes blev bekræftet i både *Überseering* og *Inspire Art*. Det vil sige, at det har været uden betydning for bedømmelsen, at et selskab etablerer sig i en anden medlemsstat for at undgå en national lovgivning.

Det blev endvidere slået fast, at medlemsstaterne skal kunne godtgøre, at der rent faktisk foreligger en svigagtig hensigt over for kreditorerne for at kunne opretholde en sådan hindring. En foranstaltning kan umiddelbart accepteres, hvis medlemsstaterne kan dokumentere et misbrug, men fælles for afgørelserne var, at medlemsstaterne hverken havde undersøgt eller i øvrigt godtgjort, at kreditorerne reelt set blev stillet dårligere.

I *Inspire Art* opfordrede den tyske regering Domstolen til at angive, hvordan medlemsstaterne kunne hindre etableringen af postkasseselskaber, som har været et

⁵⁹ Principperne i C-212/97, *Centros*, præmis 37

⁶⁰ Gulmann, Claus, Lidt om selskabers etableringsret i lyset af Centros- og Überseering-dommene, 2003, s. 895 ff.

udtryk for misbrug i de pågældende stater. Generaladvokaten afviste denne opfordring og bemærkede, at det er op til medlemsstaterne selv at drage de nødvendige konklusioner for at opretholde de omtalte restriktioner.⁶¹

Rækkevidden af etableringsretten er med de tre afgørelser udvidet betydeligt og senest set i C-411/03, *SEVIC*, der omhandlede en fusionsaftale mellem selskabet SEVIC og Security Vision. Fusionen blev afvist, idet den tyske lovgivning om omdannelse af selskaber kun omfattede fusioner mellem selskaber, der var hjemmehørende i Tyskland. Med denne afgørelse blev det slået fast ved Domstolen, at også grænseoverskridende fusioner er omfattet af etableringsretten.

Der blev dog ikke i de fire afgørelser taget stilling til de skattemæssige problematikker, der opstår, når selskaber etablerer sig i andre medlemsstater, hvor der kan opstå en risiko for, at selskabet opnår uretmæssige skattefordele. Generaladvokaten udtalte i *Überseering*, at det ikke nærmere var angivet, hvilke skattemæssige fordele selskabet kunne opnå ved at etablere sig i Tyskland, og der blev af den grund ikke taget yderligere stilling hertil. Restriktionsforbuddets rækkevidde på det *skatteretlige* område vil derfor blive gennemgået i følgende afsnit.

3.3 Frihedsrettighedernes anvendelse i skatteretlig sammenhæng

Det vil i nærværende afsnit blive undersøgt, hvordan medlemsstaterne kan opretholde hindringer, der har til formål til at modvirke skattesvig og skatteunddragelse. Afgørelserne C-264/96, *ICI*, C-446/03, *Marks & Spencer* og C-196/04, *Cadbury Schweppes* vil blive beskrevet med henblik på at fastslå restriktionsforbuddet rækkevidde, når frihedsrettighederne ses i en skatteretlig sammenhæng.

C-264/96, *ICI*

C-264/96, *ICI* handlede om selskabet Imperial Chemical Industries plc (herefter benævnt ICI), der ejede 49 pct. af Coopers Animal Health (Holdings) Ltd (herefter benævnt Holdings). De resterende 51 pct. var ejet af Wellcome Foundation Ltd (herefter benævnt WF). De to selskaber og holdingselskabet var alle stiftet og hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Aktiviteten i Holdings' virksomhed bestod udelukkende af at besidde aktierne i 23 datterselskaber, hvoraf 4 var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, 6 i andre medlemsstater og 13 i tredjelande.

Den nationale lovgivning gav adgang til skattefradrag for tab, som et datterselskab havde haft i koncernen. Datterselskabet Coopers Animal Health Ltd (herefter benævnt CAH), der

⁶¹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber – C-167/01, *Inspire Art*, pkt. 122-123

var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, havde lidt et tab, som ICI ønskede skattefradrag for. Skattevæsenet afslog dette med den begrundelse, at de fleste af Holdings' datterselskaber var hjemmehørende i tredjelande.

Generaladvokaten bemærkede i *ICI*, at direkte skatter som udgangspunkt ikke er omfattet af EU-retten, men at medlemsstaterne dog stadig skal respektere denne på det skatteretlige område. Det betyder, at medlemsstaterne selv har kompetencen til at udforme den nationale lovgivning vedrørende direkte skatter med det forbehold, at medlemsstaterne ikke må træffe foranstaltninger, der begrænser den frie bevægelighed.

Betingelsen om, at flertallet af datterselskaber skal være hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, er et udtryk for en hindring af etableringsretten, idet det som udgangspunkt må betragtes som mindre attraktivt at stifte datterselskaber uden for den pågældende medlemsstat.⁶²

Formålet med den nationale lovgivning var at modvirke stiftelse af udenlandske datterselskaber med henblik på at undgå en beskatning af visse aktiver eller indtægter. Det Forenede Kongerige gjorde gældende, at hvis der blev givet fradrag til selskaber, hvor flertallet af datterselskaberne ikke var hjemmehørende i medlemsstaten, ville det resultere i en mulighed for skatteflugt og dermed medføre et tab af skatteindtægter.

Det Forenede Kongerige anførte ydermere, at foranstaltningen ikke var et udtryk for en forskelsbehandling, idet der ikke var tale om sammenlignelige situationer. Generaladvokaten udtalte, at der netop skete en forskelsbehandling af hjemmehørende selskaber afhængig af, om de benyttede sig af rettigheden til at etablere datterselskaber i en anden medlemsstat eller ej.

Hvis det hjemmehørende selskab udelukkende eller hovedsageligt ejede kapitalandele i datterselskaber med hjemsted i Det Forenede Kongerige, kunne der opnås et skattefradrag, men dette blev omvendt nægtet, hvis det kun var et mindretal af datterselskaberne, der var hjemmehørende i medlemsstaten.⁶³

Det blev hertil bemærket, at der ikke fandtes traktatfæstede undtagelser, der kunne retfærdiggøre denne forskelsbehandling, ligesom foranstaltningen blev fundet af ren økonomisk karakter, hvorfor den ikke kunne begrunde en diskriminerende restriktion.

Generaladvokaten bemærkede, at selv hvis det blev antaget, at der ikke forelå en forskelsbehandling, ville foranstaltningen stadig ikke kunne opretholdes.

⁶² Forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro – C-264/96, *ICI*, pkt. 15-16

⁶³ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro – C-264/96, *ICI*, pkt. 21-22

Generaladvokaten undersøgte derefter hindringens saglighed ud fra almene hensyn og proportionalitet på trods af den allerede konstaterede forskelsbehandling.⁶⁴

Foranstaltningen blev forsøgt opretholdt ud fra et hensyn til sammenhængen i skattesystemet med henblik på at undgå skatteunddragelse. Det blev i den forbindelse bemærket af generaladvokaten, at der ikke nødvendigvis er større risiko for skatteunddragelse, hvis antallet af datterselskaber i andre medlemsstater er højere end antallet af hjemmehørende datterselskaber.

Det blev endvidere bemærket af Domstolen, at anerkendelsen af hensynet til sammenhængen i skattesystemet er afhængig af en direkte sammenhæng mellem det pågældende fradrag og beskatningen.

Der fandtes ikke at være en direkte sammenhæng mellem fradraget for det hjemmehørende datterselskab og den manglende beskatning af udenlandske datterselskaber, som kunne begrunde en nægtelse af fradrag på grund af den manglende beskatningskompetence.⁶⁵

Særligt har Domstolen udtalt følgende om hensynet til skatteunddragelse:

”Det bemærkes vedrørende argumentationen om risikoen for skatteunddragelse, at den i hovedsagen omtvistede lovgivning ikke specielt har til formål at udelukke, at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå Det Forenede Kongeriges skattelovgivning, kan give en skattefordel, men generelt tager sigte på enhver situation, i hvilken flertallet af en concerns datterselskaber af en eller anden grund er blevet etableret uden for Det Forenede Kongerige. Etableringen af et selskab uden for Det Forenede Kongerige indebærer imidlertid ikke i og for sig en skatteunddragelse, idet det pågældende selskab under alle omstændigheder er omfattet af skattelovgivningen i etableringsstaten.”⁶⁶

Udtalelsen viser, at hensynet til skatteunddragelse kobles sammen med begrebet om ”rent kunstige arrangementer” (*wholly artificial arrangements*), som ligeledes blev en betingelse for anvendelsen af selve hensynet.

Domstolen accepterede dermed, at en lovgivning, der har til *formål* at udelukke rent kunstige arrangementer med henblik på skatteunddragelse kan udgøre et tvingende alment hensyn. Det er vigtigt at holde fast i, at det ikke i sig selv udgør skatteunddragelse, at et selskab etablerer sig i en anden medlemsstat.

⁶⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro – C-264/96, *ICI*, pkt. 24

⁶⁵ C-264/96, *ICI*, præmis 29

⁶⁶ C-264/96, *ICI*, præmis 26

En lignende udgangsbegrænsning, der er kendetegnet ved en ugunstig behandling af selskaber, som benytter etableringsfriheden til at oprette datterselskaber i andre medlemsstater, blev ligeledes set i C-446/03, *Marks & Spencer*.

C-446/03, *Marks & Spencer*

I C-446/03, *Marks & Spencer* ønskede det britiske selskab Marks & Spencer (herefter benævnt M&S) at skille sig af med de underskudsgivende datterselskaber i blandt andet Frankrig, Belgien og Tyskland. Datterselskabet i Frankrig blev solgt til tredjemand, hvorimod driften blev indstillet i de øvrige datterselskaber herunder dem i Belgien og Tyskland.

Den britiske lovgivning Income and Corporation Taxes Act 1988 (herefter benævnt ICTA) gav adgang til koncernlempelse, hvorefter et underskudsgivende selskab i koncernen kunne afgive sit underskud til et andet selskab i koncernen, således at modtageren heraf kunne få fradrag i det optjente overskud. Koncernlempelsen blev nægtet M&S, idet de pågældende datterselskaber hverken var hjemmehørende eller udøvede erhvervsmæssig virksomhed i Det Forenede Kongerige.

Domstolen skulle herved tage stilling til, om etableringsretten var til hinder for Det Forenede Kongeriges bestemmelser om koncernlempelse, der gjorde overførslen af underskud i en koncern betinget af, at koncernens virksomheder var hjemmehørende eller udøvede erhvervsmæssig virksomhed i Det Forenede Kongerige.

Generaladvokaten bemærkede i den forbindelse, at en nægtelse af en skattefordel kan betragtes som en restriktion af etableringsretten, når denne medfører en særlig ulempe for moderselskabers etablering af datterselskaber på tværs af grænserne.

Det Forenede Kongerige gjorde gældende, at en nægtelse af fradrag for udenlandske selskaber var i overensstemmelse med territorialprincippet, da regeringen ikke kunne indrømme en skattefordel på et område, hvor de ikke har en beskatningsbeføjelse. Ifølge generaladvokaten var denne opfattelse et udtryk for en fejlagtig fortolkning af territorialprincippet.⁶⁷

Hertil bemærkede Domstolen, at den omstændighed, at Det Forenede Kongerige ikke kan beskatte overskuddet i ikke-hjemmehørende selskaber, ikke i sig selv kan begrunde en begrænsning af koncernlempelse.

Derudover anførte Domstolen, at en skatteydere bopæl som udgangspunkt kan begrunde en forskelsbehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skatteydere. Der skal dog i hver enkelt situation foretages en konkret vurdering af, om

⁶⁷ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Maduro – C-446/03, *Marks & Spencer*, pkt. 58-59

der foreligger objektive forhold, der kan begrunde, at en skattefordel kun gælder for hjemmehørende skatteydere. Hvis medlemsstaterne frit kunne forskelsbehandle udelukkende på grund af skatteydernes bopæl, ville etableringsretten således blive *indholdsløs*.⁶⁸

Det Forenede Kongerige begrundede hindringen i, at de ønskede at 1) sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, 2) modvirke risikoen for dobbelt fradrag for samme underskud, og 3) modvirke risikoen for skatteunddragelse.

Hvad angår hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, blev det af Domstolen bemærket, at en lavere skatteindtægt ikke kan retfærdiggøre en restriktion, som allerede er fastslået i tidligere praksis. Hensynet kan formentlig alligevel påberåbes, hvis skattefordelen medfører, at selskaberne frit kan bestemme, hvor underskuddet skal medregnes, da det vil bringe fordelingen af beskatningskompetencen i alvorlig fare.

Domstolen udtalte dernæst, at medlemsstaten kunne påberåbe sig hensynet til dobbelt fradrag, også kaldet *double dip*, idet der var en reel risiko herfor, som medlemsstaterne har ret til at værne sig mod.

Angående det sidste hensyn, bemærkede Domstolen, at der kan være en risiko for skatteunddragelse, hvis selskaberne selv kan vælge stedet, hvor underskuddet skal medregnes, eftersom det kan medføre, at selskaberne organiserer underskuddene i koncernen.⁶⁹

Domstolen udtalte, at de tre hensyn som helhed forfulgte legitime mål, der var forenelige med traktaten og samtidig udgjorde tvingende almene hensyn. Foranstaltningen blev til dels fundet proportionel, hvorefter medlemsstaten kunne nægte selskabet at medregne et underskud fra et ikke-hjemmehørende datterselskab, hvis alle mulighederne for at anvende underskuddet i den anden medlemsstat ikke var udtømt.⁷⁰

Det skal bemærkes, at Domstolen koblede hensynet til skatteunddragelse sammen med rent kunstige arrangementer i *ICI*, men ikke tog nærmere stilling hertil i *Marks & Spencer*. De rent kunstige arrangementer blev igen bragt i spil i C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁶⁸ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Maduro – C-446/03, *Marks & Spencer*, pkt. 37-40

⁶⁹ C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 42-49

⁷⁰ C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 59

C-196/04, Cadbury Schweppes

C-196/04, *Cadbury Schweppes* handlede om den britiske koncern Cadbury Schweppes, der med moderselskabet Cadbury Schweppes plc (herefter benævnt CS) hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, var sammensat af en række selskaber, der henholdsvis var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, andre medlemsstater samt tredjelande. Koncernen havde desuden to datterselskaber i Irland, Cadbury Schweppes Treasury Services (herefter benævnt CSTS) og Cadbury Schweppes Treasury International (herefter benævnt CSTI), som moderselskabet CS ejede direkte gennem en kæde af datterselskaber med selskabet Cadbury Schweppes Overseas Ltd. (herefter benævnt CSO) på toppen.

CSTS og CSTI, der begge var etableret i Center for Internationale Finansielle Tjenesteydelser i Dublin (herefter benævnt IFSC), blev på daværende tidspunkt beskattet med en skattesats på 10 pct. De to datterselskaber havde til formål at rejse midler og stille disse til rådighed for datterselskaber i Cadbury Schweppes-koncernen.

Efter Det Forenede Kongeriges CFC-lovgivning skulle moderselskaber med ikke-hjemmehørende datterselskaber medregne disse selskabers indkomst i den skattepligtige indkomst, hvis beskatningsniveauet i medlemsstaten, hvor datterselskaberne er hjemmehørende, er mindre end 3/4 af Det Forenede Kongeriges beskatningsniveau. Lovgivningen indeholdte nogle undtagelser heriblandt, hvis moderselskabet kunne godtgøre, at datterselskabet ikke var etableret af skattemæssige årsager. Etableringskæden medførte en fordelagtig beskatning, idet den pågældende beskatning, der var gældende for selskaber etableret i IFSC, blev betragtet som et lavt niveau i CFC-lovgivningens forstand.

Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder fandt derfor, at ingen af undtagelserne kunne anvendes på disse to datterselskaber for at undgå denne beskatning, hvorfor CSO blev derfor beskattet af overskuddet i CSTI. Det bemærkes, at det kun vedrørte CSTI, idet CSTS i regnskabsåret led et tab.

Det Forenede Kongerige anførte først og fremmest som argument for foranstaltningens gyldighed, at der ikke var tale om en forskelsbehandling, idet moderselskabet i Cadbury Schweppes-koncernen ikke endte med at betale en højere skat end det, som selskabet skulle have betalt, såfremt datterselskaberne havde været hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Den økonomiske effekt var således den samme i begge tilfælde.

Generaladvokaten bemærkede, at der var tale om en forskellig behandling af moderselskaber, der har etableret datterselskaber i medlemsstater med en enten mere fordelagtig eller mindre fordelagtig skattelovgivning. Denne behandling gjorde det ufordelagtigt for moderselskaber at etablere sig i andre medlemsstater med en mere fordelagtig skattelovgivning, hvormed der var tale om en hindring af etableringsretten.

En medlemsstat kan således ikke behandle selskaber anderledes på grund af skattesatsen i den pågældende medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.⁷¹

Medlemsstaten anførte dernæst, at formålet med lovgivningen var at opnå en skattneneutralitet og dermed undgå, at selskaberne overfører overskuddet fra moderselskabet til datterselskaber i lavbeskatningslande med henblik på at undgå en beskatning, der således kan udtrykkes som et økonomisk hensyn. Det er tidligere beskrevet i *ICI* og *Marks & Spencer*, at en hindring af etableringsretten ikke kan begrundes i et tab af skatteindtægter, da et rent økonomisk hensyn ikke kan anerkendes.

Det Forenede Kongerige begrundede endvidere foranstaltningen i hensynet til skatteunddragelse, hvor koncernen kunstigt overfører overskud. Generaladvokaten udtalte, at det ikke i sig selv udgør skatteunddragelse at anvende en mere fordelagtig skatteordning i en anden medlemsstat. Det blev endvidere bemærket, at selskaber gerne må tage beskatningsniveauet i betragtning, når de vælger den medlemsstat, som de ønsker at etablere sig i.⁷²

For at hindringen kan begrundes i skatteunddragelse skal det have det konkrete formål at udelukke en skattemæssig fordel som følge af rent kunstige arrangementer med henblik på at omgå den nationale lovgivning.

Generaladvokaten bemærkede i sit forslag til afgørelse, at særligt tre forhold skal undersøges i vurderingen af, om der foreligger et rent kunstigt arrangement: 1) datterselskabets oprettelse i værtsstaten, 2) den faktiske karakter af de tjenesteydelser, som leveres af datterselskabet til moderselskabet, og 3) den økonomiske værdi af tjenesteydelserne for moderselskabet.

I forhold til det første kriterie udtalte generaladvokaten:

”Det indebærer en undersøgelse af, om datterselskabet råder over lokaler, personale og det nødvendige udstyr til at udføre de tjenesteydelser, der leveres til moderselskabet, og som har medført en reduktion af den skat, som skal betales i oprindelsesstaten. Hvis dette ikke er tilfældet, synes disse tjenesteydelsers tilknytning til den pågældende stats skattekompetence at være et rent fiktivt arrangement, der har til formål at unddrage skat.”⁷³

⁷¹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger – C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt. 76-81

⁷² Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger – C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt. 50-53

⁷³ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger – C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt. 112

Det er dermed et spørgsmål om, hvorvidt datterselskabet reelt er etableret i medlemsstaten, eller om selskabet har karakter af et rent kunstigt arrangement, der har til formål at omgå national skattelovgivning.

Efter det andet kriterie vil datterselskabet også opnå en sådan karakter, hvis personalet ikke har kompetencen til at træffe de nødvendige beslutninger vedrørende udførelsen af tjenesteydelserne.

Det tredje og sidste kriterie vedrører i stedet, hvorvidt tjenesteydelserne har en økonomisk interesse for moderselskabet. Hvis tjenesteydelserne er uden nogen økonomisk betydning, kan det anses for at være en *ren* overførsel af overskud fra moderselskab til datterselskab.⁷⁴

Domstolen tog ligeledes stilling til definitionen på de rent kunstige arrangementer og vurderede, at der skal foreligge de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer i form af lokaler, personale og andet udstyr for at opretholde en drift, der kan kontrolleres af tredjemand.⁷⁵ Der blev ikke taget yderligere stilling til de to resterende kriterier, som generaladvokaten fremførte i sit forslag til afgørelse, men med denne udtalelse er Domstolen kommet et skridt nærmere på definitionen af et rent kunstigt arrangement.

Det blev anført af Irland, at der fandtes mindre restriktive foranstaltninger til at opnå det tilsigtede mål. De henviste blandt andet til Rådets direktiv 77/799, bistandsdirektivet, der giver medlemsstaterne mulighed for at udveksle informationer på tværs af grænserne.

Generaladvokaten bekræftede, at direktivet kan gøre det muligt at bekæmpe skatteunddragelse, men i det konkrete tilfælde var han ikke overbevist om, at direktivet var effektivt sammenlignet med den nationale CFC-lovgivning.⁷⁶

Irland gjorde endvidere gældende, at lovgivningen medførte en betydelig og uforholdsmæssig byrde for moderselskabet, der var hjemmehørende i Det Forenede Kongerige. Generaladvokaten mente imidlertid ikke, at der forelå en urimelig byrde, når der eksisterer en stærk formodning for skatteunddragelse, og at lovgivningen på forhånd har angivet de tilfælde, hvor selskaberne skal fremlægge bevis for, at datterselskaberne ikke er stiftet som led i skatteunddragelse.

⁷⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger – C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt. 111-114

⁷⁵ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 67

⁷⁶ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger – C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt. 134-136

Det følger af tidligere praksis, at medlemsstaterne ikke må opstille en generel formodning for misbrug og således udforme lovgivningen *abstraktpræventiv*. Det blev derfor anført af generaladvokaten i sit forslag til afgørelse, at det er vigtigt, at den pågældende formodning kan afkræftes. Det betyder samtidig, at medlemsstaterne skal foretage en konkret vurdering og altså ikke kan opstille en generel formodning for, at etablering i en anden medlemsstat er et udtryk for skatteunddragelse.

Domstolen kom ligesom generaladvokaten frem til, at det ikke i sig selv kan udgøre misbrug af etableringsretten at anvende en mere fordelagtig skattelovgivning. Det blev dog bemærket, at det kan udgøre misbrug, hvis selskaber opretter rent kunstige arrangementer med det formål at undgå en normalt skyldig skat.⁷⁷

Både generaladvokaten og Domstolen vurderede, at etableringsretten er til hinder for, at medlemsstaten medregner overskuddet i datterselskabet, medmindre der foreligger rent kunstige arrangementer. Foranstaltningen kan således ikke opretholdes, når der er objektive omstændigheder, der taler i mod et sådant arrangement.

De objektive omstændigheder, der skal tages i betragtning, er blandt andet, om selskabet *reelt* er etableret i medlemsstaten, om der *faktisk* bliver udøvet erhvervsmæssig virksomhed, og om det kan kontrolleres af tredjemand.⁷⁸

Sammenfatning

På baggrund af *ICI*, *Marks & Spencer* og *Cadbury Schweppes* er det blevet slået fast, at etableringsretten ligeledes beskytter de udgangsbegrænsninger, som medlemsstaterne har forsøgt at opstille i de tre afgørelser. Det betyder således, at medlemsstaterne hverken må forhindre eller gøre det mindre attraktivt for deres hjemmehørende selskaber at etablere sig i andre medlemsstater.

Fælles for de tre afgørelser er, at medlemsstaterne begrundede foranstaltningerne i hensynet til skatteunddragelse. I *ICI* blev hensynet koblet sammen med betingelsen om rent kunstige arrangementer. *Marks & Spencer* ændrede imidlertid denne betragtning, da hensynet til skatteunddragelse for første gang stod alene, uden at der var tale om et rent kunstigt arrangement. Med *Cadbury Schweppes* blev skatteunddragelse igen koblet sammen med rent kunstige arrangementer, hvor Domstolen udtalte:

”Heraf følger, at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger

⁷⁷ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 55

⁷⁸ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 75

på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.”⁷⁹

En national foranstaltning, der har til formål at hindre skatteunddragelse, kan dermed kun opretholdes, når den sigter på rent kunstige arrangementer, hvorfor *Marks & Spencer* må antages at være en undtagelse hertil.

Det blev ikke nærmere defineret i hverken *ICI* eller *Marks & Spencer*, hvad der skal forstås ved rent kunstige arrangementer, men med *Cadbury Schweppes* er Domstolen kommet tættere på en definition heraf. Domstolen vurderede som beskrevet i afgørelsen, at der skal foreligge de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer for at opretholde en drift i selskabet, der kan kontrolleres af tredjemand. Det betyder, at selskabet skal være uden økonomisk realitet og medføre, at selskabet undgår en normalt skyldig skat i hjemlandet.

Det er som tidligere beskrevet udgangspunktet, at direkte diskrimination kun kan retfærdiggøres ud fra traktatfæstede undtagelser. I hverken *ICI*, *Marks & Spencer* eller *Cadbury Schweppes* er der blevet foretaget en sondring mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. Hertil har generaladvokaten i sit forslag til afgørelse i *Cadbury Schweppes* bemærket, at der ikke foretages denne vurdering på det skatteretlige område, men der blot fastslås en forskelsbehandling uden yderligere sondring.

En forskelsbehandling i skatteretlig henseende udelukker derimod ikke, at foranstaltningen kan retfærdiggøres i tvingende almene hensyn.⁸⁰ Det må derfor antages, at man på det skatteretlige område har været nødt til at se igennem fingre med den direkte diskrimination, hvis der foreligger almene hensyn, der er tilstrækkeligt tvingende.

Når der ses bort fra, om der foreligger en diskrimination, kunne det være nærliggende at antage, at der stilles højere krav til henholdsvis de almene hensyn og proportionaliteten i foranstaltningen. Det er dog set i *Marks & Spencer*, at proportionalitetsvurderingen er blevet lempet, idet den pågældende lovgivning ikke udgjorde den *mindst* restriktive foranstaltning men alligevel lovligt kunne opretholdes i visse tilfælde.

I *Cadbury Schweppes* blev lovgivningen som udgangspunkt heller ikke fundet egnet eller nødvendig men kunne opretholdes med det forbehold, at der forelå et rent kunstigt

⁷⁹ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 55

⁸⁰ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger – C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt. 63-64

arrangement. Proportionalitetsvurderingen er til dels lempet på det skatteretlige område og bliver i højere grad vurderet ud fra et perspektiv om rent kunstige arrangementer.

3.4 Samlet bedømmelse af frihedsrettighedernes rækkevidde

De beskrevne afgørelser i ovenstående afsnit om frihedsrettighedernes anvendelse i henholdsvis en selskabsretlig og skatteretlig sammenhæng er alle blevet bedømt ud fra traktatens regler om fri etablering.

Som det tidligere er beskrevet, fungerer kapitalens frie bevægelighed som en opsamlingsbestemmelse for situationer, der ikke beskyttes af etableringsretten, og derfor er rækkevidden heraf ikke blevet nærmere undersøgt i kandidatspecialet.

I *SEVIC* opstod der tvivl om, hvorvidt det var reglerne om kapitalens frie bevægelighed eller den fri etableringsret, der skulle finde anvendelse på den grænseoverskridende fusion. Generaladvokaten var i sit forslag til afgørelse usikker på, om etableringsretten kunne bære det givne forhold og bemærkede, at forholdet ligeledes måtte vurderes ud fra kapitalens frie bevægelighed, der i så fald ville give den samme beskyttelse og dermed være til hinder for den nationale foranstaltning.⁸¹ Med en sådan bemærkning helgarderede generaladvokaten sig i sit forslag til afgørelse, såfremt etableringsretten ikke kunne finde anvendelse på forholdet. Som bekendt fandt Domstolen dog, at forholdet var omfattet af etableringsretten.

Etableringsretten er således med de ovenstående afgørelser udvidet til et forbud mod både ind- og udgangsbegrænsninger, der skal sikre, at medlemsstaterne hverken hindrer hjemmehørende selskaber i at etablere sig i andre medlemsstater eller opstiller hindringer for udenlandske selskabers etablering i værtsmedlemsstaten.

Domstolen har med C-20/92, *Hubbard* fastslået den såkaldte *Hubbard rule*, der betyder, at de traktatfæstede frihedsrettigheder skal have samme virkning på samtlige områder, hvormed etableringsretten skal have samme indvirkning på henholdsvis de selskabsretlige og skatteretlige hindringer.⁸² Det skal dog undersøges, om denne regel rent faktisk er reel, når særligt tre forhold herved tages i betragtning: 1) hovedsædekriteriet *kan* anerkendes *skatteretligt*, 2) direkte forskelsbehandling *kan* efter omstændighederne tillades *skatteretligt*, og 3) proportionalitetsvurderingen *kan* anses for lempet *skatteretligt*. Disse forhold vurderes anderledes – og mere klassisk EU-retligt – på det selskabsretlige område.

⁸¹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Tizzano - C-411/03, *SEVIC*, pkt. 74-75

⁸² C-20/92, *Hubbard*, præmis 19

Centros, *Überseering* og *Inspire Art* har alle bidraget til hovedsædekriteriets undergang selskabsretligt, men kriteriet anvendes stadig i skatteretlig henseende, idet det her fortsat har stor betydning, hvor selskabet har sin reelle økonomiske aktivitet. Hvis selskaberne ikke har en sådan reel aktivitet, vil der kunne foreligge rent kunstige arrangementer, som skatteretligt ikke kan accepteres. De rent kunstige arrangementer herunder de såkaldte postkasseselskaber kan dog stadig accepteres *selskabsretligt*, idet Domstolen har udtalt, at der kan stiftes selskaber på tværs af grænserne, selvom der er tale om rent proforma. Hvordan staten kan beskytte sig mod svig med videre, giver Domstolen opskrift på i blandt andet *Centros*.

Hvad der angår den direkte forskelsbehandling, er det set i de skatteretlige afgørelser, at Domstolen tillader foranstaltninger, der har en diskriminerende effekt, såfremt der foreligger tvingende almene hensyn, der kan begrunde disse. Det er ligeledes set i de omtalte afgørelser, at proportionalitetsprincippet nogle gange har større betydning selskabsretligt end skatteretligt. Det er tidligere antaget, at der selskabsretligt stilles større krav til proportionaliteten, jo mere indgribende foranstaltningen er i etableringsretten.

Skatteretligt er det dog set, at der kan slækkes på proportionaliteten ved for eksempel de rent kunstige arrangementer, når EU-domstolen tillader en lovgivning, der ikke udgør den *mindst* restriktive foranstaltning, når blot lovgivningen tager sigte på at hindre de rent kunstige arrangementer.

Det må derfor antages, at *Hubbard rule* ikke længere har fuld gyldighed, da etableringsretten på de omtalte områder ikke har samme indvirkning selskabsretligt og skatteretligt. *Hubbard rule* må derfor kun være et udtryk for, at etableringsretten skal have samme rækkevidde i selskabsretlig og skatteretlig sammenhæng, hvorfor begrebet *hindring* må fortolkes ens på begge områder.

Det skal i den sammenhæng bemærkes, at skatteretten som udgangspunkt skal respektere selskabsretten – forstået på den måde, at skatteretten ikke kan tilsidesætte selskabsretlige begreber – medmindre der foreligger konkrete holdepunkter eller motiver, der peger i retning af omgåelse eller misbrug.⁸³

Selvom det er blevet konstateret, at medlemsstaterne har ret til at opretholde foranstaltninger, der har til formål at bekæmpe misbrug, er det dog samtidig set, at medlemsstaternes lovgivning ikke må indeholde en generel *formodning* for misbrug eller gå ud over, hvad der er egnet og nødvendigt. Lovgivningen må ikke være

⁸³ Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff, *Skatteretlig virkning af selskabsretlige begreber*, 2004, s. 298-299

abstraktpræventiv. Den " [...] må ikke skyde gråspurve med kanoner, og den må slet ikke skyde alle gråspurve, just in case."⁸⁴ Med denne bemærkning må den nationale lovgivning hverken være for restriktiv i sin udformning eller tage sigte på, at alle selskabers etableringer i udlandet er udtryk for misbrug bare for en sikkerheds skyld.

Derudover kan det ikke i sig selv betragtes som misbrug, at et selskab etablerer sig i en anden medlemsstat med det formål at anvende en mere fordelagtig selskabs- eller skattelovgivning. Selskaberne må gerne gøre brug af etableringsretten og også herved tage skattemæssige og andre økonomiske hensyn i betragtning, men de må ikke misbruge etableringsretten til at oprette rent kunstige arrangementer uden økonomisk realitet for at undgå en normalt skyldig skat.

På trods af, at betegnelsen "rent kunstige arrangementer" (*wholly artificial arrangements*) er blevet defineret som selskaber uden de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer, der skal kunne kontrolleres af tredjemand, er det samtidig set, at arrangementerne også omfatter kunstige transaktioner med henblik på misbrug som set i C-321/05, *Kofoed*.

C-321/05, *Kofoed* handlede om Hans Markus Kofoed og Niels Toft, der i lige forhold ejede den samlede selskabskapital i Cosmopolit Holding ApS (herefter benævnt Cosmopolit). I 1993 erhvervede de begge kapitalandele i det irske selskab Dooralong Ltd (herefter benævnt Dooralong), hvorefter selskabskapitalen blev forhøjet. Kort efter lavede Kofoed og Toft en skattefri aktieombytning ved at ombytte alle deres kapitalandele i Cosmopolit med alle de nyudstedte kapitalandele i Dooralong.

Efterfølgende blev der udbetalt et skattefrit udbytte fra Cosmopolit til Dooralong, som dernæst udbetalte et skattefrit udbytte til Kofoed og Toft på baggrund af en daværende dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Irland og Danmark. De danske skattemyndigheder anerkendte ikke, at der var tale om en skattefri aktieombytning, da ombytningen udelukkende var foretaget med henblik på at få et udbytte skattefrit fra Cosmopolit til Kofoed og Toft. Hvis Cosmopolit havde udbetalt udbyttet direkte til Kofoed og Toft var de blevet beskattet heraf, hvilket de med omstruktureringen omgik. De danske skattemyndigheder anså derfor udbyttet som en kontant udligningssum i forbindelse med omstruktureringen, hvorfor denne ikke kunne foretages skattefrit.

Domstolen bemærkede i *Kofoed*, at transaktionen var et udtryk for misbrug med henblik på at opnå en skattebesparelse. Danmark havde dog ikke på daværende tidspunkt implementeret misbrugsbestemmelsen, der findes i Rådets direktiv 2009/133, fusionskattedirektivet, i dansk ret, og skattemyndighederne kunne derfor ikke hindre transaktionen. Derudover bemærkede Domstolen, at et udbytte ikke vilkårligt kunne omkvalificeres til en kontant udligningssum alene på grund af en eventuel svingagtig

⁸⁴ Werlauff, Erik, Om 'hindring', 'saglig' og 'nødvendig', 2016, s. 112

hensigt. Det blev dermed gjort klart, at et udbytte skal betragtes som et udbytte, og at medlemsstaterne ikke *vilkårligt* kan kvalificere det som noget andet.⁸⁵

Danmarks lovgivning har tidligere været i konflikt med EU-retten, og der er stadig en risiko herfor. Særligt de to ændringer af henholdsvis fondsbeskatningsloven og ligningsloven må som nævnt antagelig betragtes som EU-stridige. Lov nr. 540, hvor LL § 16 K blev indsat, har medført, at stifteren af en udenlandsk fond nu skal godtgøre, at fondens formue er definitivt og effektivt udskilt fra stifterens formuesfære.

Bestemmelsen medfører for det første, at det bliver mindre attraktivt at etablere sig i andre medlemsstater, idet stifteren af en udenlandsk fond pålægges yderligere betingelser end stifteren af en dansk fond.

For det andet opstiller Danmark en generel formodning for, at en udenlandsk fond oprettes som led i skatteunddragelse. Det er tidligere konstateret, at medlemsstaterne ikke kan opstille generelle formodninger for misbrug – det vil sige udforme loven abstraktpræventivt – og på den måde gøre det mindre attraktivt at etablere sig på tværs af grænserne.

Det er dog set, at sådanne foranstaltninger, der har til formål at hindre rent kunstige arrangementer, kan opretholdes, så længe lovgivningen kun rammer disse. Den omtalte bestemmelse må antages at opstille en generel formodning for misbrug og samtidig ramme for bredt. Dernæst indeholder bestemmelsen ikke en klar beskrivelse af, hvornår fondens formue kan betragtes som uigenkaldeligt udskilt.

Lov nr. 651 om fondes konsolideringsfradrag kan ligeledes betragtes som EU-stridig, idet fradraget har karakter af ulovlig statsstøtte, når der gives et yderligere fradrag til bestemte brancher. Nedsættelsen fra 25 pct. til 4 pct. ændrer dog ikke på fradragets karakter af ulovlig statsstøtte, og det vil formentlig kun være et spørgsmål om tid, før Kommissionen bliver opmærksom herpå.

Det vil i de følgende afsnit blive undersøgt, om den danske kvalificering af udenlandske fonde ligeledes kan betragtes som EU-stridig, særligt når reglerne om den fri etablering iagttages. Det skal sammenfattende konstateres, at etableringsrettens brede definition også omfatter fonde, der arbejder med gevinst øje, men at det ikke nødvendigvis kun omfatter erhvervsdrivende fonde efter dansk ret. Afgørende er, om fonden opfylder betingelsen om erhvervsdrift i EU-retlig forstand. Med denne bemærkning in mente vil det herefter blive nærmere undersøgt, hvordan det danske fondsbegreb kan opretholdes henholdsvis selskabsretligt og skatteretligt.

⁸⁵ C-321/05, *Kofoed*, præmis 31 og 48

4. Fondes retssubjektivitet i lyset af EU-retten

Efter dansk ret opnår en fond anerkendelse som juridisk person, når en række civilretlige (selskabsretlige) betingelser er opfyldte. Kvalificeringen af udenlandske fonde som selvstændige skattesubjekter har hidtil været vurderet ud fra de nationale fondsregler. Skattemyndighederne har således anvendt det danske fondsbegreb på udenlandske fonde og således tilsidesat andre medlemsstaters lovgivning. Der har dog ikke været praksis for at iagttage EU-retten i kvalificeringen.

Med inddragelse af *SKM 2015.458 LSR* vil det blive nærmere undersøgt, om den nationale praksis kan opretholdes, når særligt EU-rettens regler om fri etablering iagttages.

4.1 Analyse af national praksis

Den skattemæssige vurdering af de udenlandske fonde er beskrevet i Den Juridiske Vejledning *C.B.2.15.2 Beskatning af udenlandske trusts (fonde)*. Det følger heraf, at en udenlandsk fond kan betragtes som et selvstændigt skattesubjekt, når fondens formue er *definitivt* og *effektivt* udskilt fra stifterens formue. Fondens formue er definitivt og effektivt udskilt, når fondskapitalen ikke kan føres tilbage til stifteren, og stifteren samtidig er afskåret fra at råde over formuen.

Af tidligere praksis er det særligt set, at fonden skal have en selvstændig og uafhængig bestyrelse for at stifteren reelt set mister råderetten over fondskapitalen, der blandt andet er set i *SKM 2015.458 LSR*.

4.1.1 SKM 2015.458 LSR

SKM 2015.458 LSR handlede om den hollandske familiefond H2, der ejede det danske selskab H1 Holding A/S (herefter benævnt H1), som samtidig ejede de to holdingselskaber H3 Holding A/S og H4 A/S. Fondens bestyrelse bestod af den danske stifter A, der var bosiddende i Storbritannien, og dennes forældre. H2 havde til formål at " [...] participate in, to finance and administer companies, partnerships business enterprises and other business undertakings." Fonden har dog ikke til formål at generere profit og kan samtidig ikke støtte stifterens ægtefælle. I stedet kan fonden støtte stifterens eventuelle descendenter igennem tilskud eller lån. Det fremgår af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Holland, at et dansk selskab skattefrit kan udbetale et udbytte til et hollandsk selskab, der ejer mere end 10 pct. af selskabskapitalen i det førstnævnte selskab.

Den 24. maj 2007 udbetalte det danske selskab skattefrit et udbytte på 61.000.000 DKK til den hollandske fond i henhold til overenskomsten. De danske skattemyndigheder betragtede

ikke fonden som et selvstændigt skattesubjekt, hvorfor udbyttet i stedet blev anset for at være udbetalt til stifteren med den konsekvens, at der skulle indeholdes udbytteskat på 15 pct. efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Storbritannien. Hvordan udbyttet skulle betragtes, var således afhængig af fondens skattemæssige kvalifikation.

Skattemyndighederne mente ikke, at betingelsen om uigenkaldelig udskillelse var opfyldt i *SKM 2015.458 LSR*, idet bestyrelsen alene bestod af stifteren og dennes forældre. Det var uden betydning, at de tre bestyrelsesmedlemmer havde udpeget suppleanter, da de aldrig var indtrådt i bestyrelsen. Skattemyndighederne bemærkede dertil, at selv hvis bestyrelsen blev udvidet til maksimalt fem medlemmer, ville stifteren og dennes forældre stadig udgøre flertallet i bestyrelsen. Det skal bemærkes, at skattemyndighederne tidligere har accepteret, at blot ét medlem af bestyrelsen er uvildig og uafhængig af stifteren.

Skattemyndighederne var af den opfattelse, at det ikke kunne betragtes som tilstrækkeligt, at midlerne efter hollandsk ret ikke kunne føres tilbage til stifteren. Årsagen hertil skal findes i de danske regler med krav om selvstændig ledelse, der sikrer, at der sker en formel men også reel udskillelse af formuen. Fonden blev på baggrund heraf ikke betragtet som et selvstændigt skattesubjekt, der medførte, at selskabet ikke skattefrit kunne udbetale udbyttet.

Selskabet i Danmark delte imidlertid ikke denne opfattelse og nedlagde påstand om, at det måtte være tilstrækkeligt, at fondskapitalen var definitivt udskilt efter de hollandske fondsregler. Selvom familiemedlemmer udgjorde flertallet i fondens bestyrelsen, kunne der ikke ske gyldige uddelinger til hverken stifteren eller de øvrige familiemedlemmer. Det blev endvidere bemærket, at stifteren ikke havde kompetence til at nedlægge veto eller udskifte et bestyrelsesmedlem.

Landsskatteretten stadfæstede skattemyndighedernes afgørelse med henvisning til fondsbestyrelsens sammensætning. Det blev således konstateret, at fonden ikke kunne opnå anerkendelse som selvstændigt skattesubjekt uden deltagelse af uafhængige tredjemænd i bestyrelsen.

4.1.2 Inddragelse af EU-rettens regler om fri etablering

Som følge af fondens grænseoverskridende aktivitet er det relevant at inddrage EU-retten med henblik på at undersøge, om den danske praksis kan anses for at være i strid hermed.

Traktatens regler om fri etablering indeholder både et diskriminations- og restriktionsforbud, der gør det mindre attraktivt for fysiske og juridiske personer at etablere sig og udøve erhvervsmæssig virksomhed på tværs af medlemsstaterne.

Etableringsretten indeholder en bred afgrænsning af de omfattede juridiske personer. Det er dog en forudsætning, at selskaberne er stiftet i overensstemmelse med en anden medlemsstats lovgivning og har sit hovedkontor inden for EU. Det er endvidere en forudsætning, at selskaberne arbejder med gevinst for øje.

Det kan af ovenstående udledes, at fonde, der arbejder med gevinst for øje, vil opnå samme etableringsretlige beskyttelse som selskaber. Det afgørende er, om fondens aktivitet kan betegnes som erhvervsmæssig i *EU-retlig* forstand. Kan fonden ikke beskyttes af etableringsretten, vil kapitalens frie bevægelighed kunne finde anvendelse. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om aktiviteten i den hollandske fond kan betragtes som erhvervsmæssig.

Det fremgår af fondens vedtægter, at "The foundation does not aim at making profit", hvorfor fonden således ikke har haft have erhvervsmæssig aktivitet til formål. Da fonden fungerer som moderfond for det danske selskab, hvorfra der er en yderligere etableringskæde i form af to holdingselskaber, må fonden alligevel betragtes for at have erhvervsmæssig aktivitet i EU-retlig forstand. Den hollandske fond er således beskyttet af etableringsretten.

Det skal derfor undersøges nærmere, om den danske praksis udgør en hindring af etableringsretten.

Da stifteren af en udenlandsk fond kan risikere at blive personligt beskattet af fondens indtægter, vil det altid være mindre attraktivt at stifte fonde med hjemsted i andre medlemsstater. Den danske praksis må derfor betragtes som en hindring af EU-retten, idet omkvalificeringen af fonden medfører væsentlige ulemper for stifteren.

En hindring kan kun opretholdes, såfremt den kan bestå den såkaldte *Gebhard-test*, der opstiller følgende fire betingelser: 1) hindringen skal være begrundet i tvingende almene hensyn, 2) hindringen skal anvendes uden forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, 3) hindringen skal være egnet, og 4) hindringen må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det tilsigtede mål. De sidste to betingelser udgør i fællesskab proportionalitetsprincippet.

Hindringen skal være begrundet i tvingende almene hensyn

Det skal herefter undersøges, hvilke formål den danske praksis *egentlig* varetager, og om formålene kan begrundes i tvingende hensyn ud fra henholdsvis et selskabsretligt

og skatteretligt perspektiv. Alt efter hvordan formålene skal anskues, vil der være forskellige almene hensyn, der kan forsøge at begrunde den allerede konstaterede hindring.

Kravet om definitiv og effektiv udskillelse har blandt andet til formål at sikre, at stifteren både formelt og reelt set ikke har adgang til fondens formue, da der i så fald er en *formodning* for selvbåndlæggelse og skatteunddragelse. Det er et udtryk for selvbåndlæggelse, når stifteren har en fortsat råderet over fondens formue. Stifteren har således mulighed for at indskyde midler i fonden i ly for kreditorerne, mens midlerne stadig vil stå til stifterens rådighed.

Selvbåndlæggelsen udgør en del af hensynet til kreditorbeskyttelse, der tidligere er blevet anerkendt som tvingende alment hensyn i blandt andet *Centros*, *Überseering* og *Inspire Art*. Hindringerne i de tre omtalte afgørelser kunne ikke retfærdiggøres i hensynet som følge af en selskabslovgivning, der hverken var egnet eller nødvendig til at opnå det tilsigtede mål. Det må bemærkes, at hindringerne formentlig kunne opretholdes, hvis medlemsstaterne havde haft proportionalitetsprincippet in mente.

Da selvbåndlæggelsen har til hensigt at beskytte kreditorerne, må det formodes, at et hensyn hertil vil kunne anerkendes som tvingende alment hensyn ved Domstolen på baggrund af hensynet til kreditorbeskyttelsen.

Hindringen må ligeledes betragtes i et skatteretligt perspektiv, idet en fortsat råderet kan resultere i en omgåelse af en normalt skyldig skat. Det skal først og fremmest konstateres, at et hensyn til medlemsstatens skatteprovenu ikke kan opretholdes som følge af sin økonomiske karakter. Derfor må det formodes, at Danmark vil forsøge at begrunde foranstaltningen i hensynet til skatteunddragelse og misbrug, der blandt andet er blevet set i *ICI*, *Marks & Spencer* og *Cadbury Schweppes*.

Det blev i ovenstående afgørelser slået fast, at det ikke i sig selv kan udgøre misbrug at etablere sig i en anden medlemsstat med henblik på at udnytte en mere fordelagtig lovgivning. Medlemsstaterne har dog ret til at værne sig mod henholdsvis skatteunddragelse og misbrug med det forbehold, at lovgivningen ikke må udformes abstraktpræventiv og således ikke indeholde generelle formodninger for misbrug.

Danmark vil derfor kunne forsøge at begrunde foranstaltningen i henholdsvis hensynet til selvbåndlæggelse og kreditorbeskyttelse samt hensynet til skatteunddragelse og misbrug. Hvorvidt hindringen kan opretholdes vil herefter blive nærmere undersøgt.

Hindringen skal anvendes uden forskelsbehandling på baggrund af nationalitet

For at undersøge om der foreligger en forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, vil den danske fondslovgivning blive sammenlignet med udvalgte hollandske fondsregler. Den hollandske fondslovgivning findes i Burgerlijk Wetboek (på engelsk *Dutch Civil Code*) og er reguleret i lovgivningens 2. bog, kapitel 2.6.

Efter dansk ret opnår en fond anerkendelse som et selvstændigt retssubjekt, når fondsmidlerne er definitivt og effektivt udskilt fra stifterens formue. Det betyder således, at stifteren *uigenkaldeligt* skal have overdraget de indskudte midler til fonden og samtidig være afskåret fra at få midlerne tilbageført.

Ligesom i dansk ret definerer den hollandske fondslovgivning i artikel 2:285 en fond som en juridisk person uden ejere, der følger et eller flere bestemte formål. Det følger af bestemmelsens stk. 3:

“The objective (purpose) of a Foundation ('stichting') may not include the making of distributions to its founders (incorporators) or to those who are participating in its bodies or to others, except, as regards the latter, when these distributions are made for charitable (philanthropic) or social purposes.”

Det kan heraf udledes, at den hollandske lovgivning ligeledes indeholder et forbud mod uddelinger til både stifteren og ledelsen. Der kan dog undtagelsesvist foretages uddelinger til ledelsen, når det er i forbindelse med velgørende eller sociale formål.

Den hollandske lovgivning indeholder endvidere i artikel 2:289 et krav om, at fonden skal registreres ved Chamber of Commerce (på dansk *Handelskammeret*) for at kunne anerkendes som et selvstændigt retssubjekt. Konsekvensen af en manglende registrering vil være, at *ledelsen* i stedet hæfter for fondens eventuelle dispositioner, mens fonden stadig vil eksistere uden registreringen. Et lignende krav kan findes i dansk ret, hvor den erhvervsdrivende fond først kan betragtes som et selvstændigt retssubjekt, når denne registreres ved Erhvervsstyrelsen.

Selve vurderingen af, hvorvidt fonden er erhvervsdrivende eller ej, har stor betydning for fondens selvstændighed. En erhvervsdrivende fond kan ikke betragtes som et selvstændigt retssubjekt efter dansk ret, hvis denne ikke er registreret ved Erhvervsstyrelsen.

Handelskammeret fungerer som fondsmyndighed for de hollandske fonde på samme måde, som Erhvervsstyrelsen agerer fondsmyndighed for de erhvervsdrivende fonde.

Det fremgår ligeledes af den hollandske bestemmelse i artikel 2:297, stk. 1:

“Where there is serious doubt as to whether the law or the articles of incorporation are observed in good faith, the Public Prosecution Service of the District Court is authorized to request the Board of Directors of the Foundation to provide it with information.”

Hertil skal det bemærkes, at Erhvervsstyrelsen fører samme tilsyn med de erhvervsdrivende fonde og ligeledes har mulighed for at gribe ind med henblik på at få udleveret relevante oplysninger.

Af artikel 2:298 fremgår det dernæst, at Handelskammeret har kompetence til at afskedige og suspendere bestyrelsesmedlemmer, såfremt de har overtrådt fondens vedtægter eller på anden måde har handlet i strid med den hollandske lovgivning. Denne bestemmelse må formodes at være strengere efter hollandsk ret, idet Erhvervsstyrelsen ikke har kompetence til at suspendere bestyrelsesmedlemmer efter dansk ret.

Når de danske fondsregler sammenholdes med de udvalgte regler i Dutch Civil Code, må bestemmelserne konstateres at stemme overens med hinanden. Den hollandske fondslovgivning indeholder dog ikke krav om, at fonden skal bestå af en selvstændig og uafhængig bestyrelse, ligesom der heller ikke er krav om, at stifterens ægtefælle eller øvrige nærtstående ikke kan udgøre flertallet i bestyrelsen. Selvom den hollandske lovgivning ikke indeholder krav herom, er der *stadig* ikke mulighed for at foretage uddelinger til stifteren. Det må således formodes, at den hollandske fondslovgivning giver en ligeså betryggende beskyttelse som de danske regler.

Det skal dernæst konstateres, at den hollandske fond i *SKM 2015.458 LSR* har opnået status som selvstændigt retssubjekt som følge af registreringen ved Handelskammeret. Når en erhvervsdrivende fond efter dansk ret registreres ved Erhvervsstyrelsen, er skattemyndighederne afskåret fra at afprøve fondens eksistens som skattesubjekt, og myndighederne skal således respektere Erhvervsstyrelsens prøvelse af fondens selvstændighed. Det forholder sig dog anderledes i bedømmelsen af udenlandske fonde, idet skattemyndighederne ikke respekterer en tilsvarende udenlandsk prøvelse og registrering.

En hollandsk fond opnår selvstændighed efter en lignende prøvelse og registrering i Handelskammeret, der må antages at være af samme kvalitet som den, der foretages af Erhvervsstyrelsen. Derfor bør skattemyndighederne respektere prøvelsen i Handelskammeret på samme måde, som de skal respektere den danske.

Udadtil kan den danske praksis som udgangspunkt ikke betragtes som en forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, da skattemyndighederne kvalificerer alle

fonde som transparente enheder, når de ikke opfylder betingelserne om definitiv og effektiv udskillelse, hvad enten de har hjemsted i Danmark eller ej. Det er dog imidlertid ikke tilfældet, eftersom det er konstateret, at lovgivningerne i de to medlemsstater på mange punkter er identiske, hvorfor den hollandske fond må kunne sidestilles med en dansk fond.

Det må derfor konkluderes, at den danske praksis om udenlandske fonde ikke anvendes uden forskelsbehandling på baggrund af nationalitet. Den anden betingelse i Gebhard-testen er derfor ikke opfyldt.

Det forholder sig dog anderledes på det skatteretlige område, hvor det særligt er set i *ICI*, *Marks & Spencer* og *Cadbury Schweppes*, at Domstolen tillader foranstaltninger, der har en diskriminerende effekt, når der foreligger et tvingende alment hensyn, der kan begrunde forskelsbehandlingen.

Hindringen skal være egnet og nødvendig for at opnå det tilsigtede mål

Det skal til sidst undersøges, om hindringen er egnet og nødvendig til at opnå det tilsigtede mål. Selvom det er konstateret, at der foreligger en forskelsbehandling, som ikke kan accepteres i et *selskabsretligt* perspektiv, vil foranstaltningens proportionalitet alligevel blive undersøgt både *selskabsretligt* og *skatteretligt*.

Den danske praksis medfører først og fremmest væsentlige ulemper for stifteren, idet det bliver mindre attraktivt at stifte fonde på tværs af grænserne, når stifteren risikerer at blive personligt beskattet af fondens indtægter. Et lignende scenarie blev set i *Inspire Art*, hvor ledelsen i et udenlandsk selskab, der ikke opfyldte værtslandets selskabslovgivning, risikerede at hæfte personligt, ubegrænset og solidarisk for alle selskabets retshandler. Alene risikoen herfor betød, at foranstaltningen medførte en fuldstændig uoverskuelig risiko og uberegnelige følger for selskabets ledelse.

Det må ud fra denne betragtning antages, at konsekvenserne for stifteren af den hollandske fond udgør den samme uoverskuelige risiko og uberegnelige følger, når skattemyndighederne betragter den udenlandske fond som en transparent enhed. Det blev samtidig bemærket i *Inspire Art*, at der ikke kan opstilles yderligere betingelser til et udenlandsk selskabs anerkendelse som retssubjekt, når selskabet er gyldigt stiftet i overensstemmelse med en anden medlemsstats lovgivning.

Det må på den baggrund formodes, at den danske foranstaltning er for vidtgående i sin udstrækning og samtidig går ud over, hvad der er egnet og nødvendigt for at sikre kreditorerne mod selvåndlæggelse.

Det er dog set i *ICI, Marks & Spencer* og *Cadbury Schweppes*, at der kan slækkes på proportionaliteten i et skatteretligt perspektiv blandt andet som følge af de rent kunstige arrangementer (*wholly artificial arrangements*). Det er således set, at Domstolen kan tillade en lovgivning, der ikke udgør den *mindst* restriktive foranstaltning, så længe lovgivningen *kun* tager sigte på at hindre de rent kunstige arrangementer.

Domstolen definerede de rent kunstige arrangementer i *Cadbury Schweppes* som arrangementer, hvor der hverken foreligger de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer i form af lokaler, personale og udstyr til at opretholde en drift, der kan kontrolleres af tredjemand.

Det betyder således, at proportionalitetsvurderingen i *SKM 2015.458 LSR* kan lempes, hvis den hollandske fond kan anses for at være et rent kunstigt arrangement, der er stiftet med henblik på at undgå en normalt skyldig skat.

Der er dog intet, der tyder på, at fonden er oprettet med det formål at undgå en beskatning i Danmark, når der udbetales et udbytte skattefrit fra det danske selskab til den hollandske fond. Det skal dernæst bemærkes, at det er ganske uklart, hvornår der foreligger de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer for at opretholde en drift i en fond, der samtidig skal kunne kontrolleres af tredjemand.

Efter dansk ret skal fondens ledelse bestå af mindst tre bestyrelsesmedlemmer, som må antages at være tilstrækkeligt til at opfylde kravet om de nødvendige menneskelige ressourcer. Hvad angår de tekniske ressourcer bliver det dog mere svævende i forhold til, hvad fonden skal være i besiddelse af for at opretholde aktiviteten heri. Det må antages, at fonden i *SKM 2015.458 LSR* både har de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer, der allerede kontrolleres af Handelskammeret.

Det må af den grund konstateres, at fonden ikke kan anses for at være et rent kunstigt arrangement, når hindringen betragtes i en skatteretlig sammenhæng. Den danske foranstaltning kan derfor ikke opretholdes i hensynet til skatteunddragelse, og proportionalitetsvurderingen kan således ikke lempes.

4.1.3 Sammenfatning

Det kan sammenfattende konkluderes, at Landsskatterettens afgørelse i *SKM 2015.458 LSR* må betragtes som fejlagtig, når EU-rettens regler om fri etablering iagttages. Den danske omkvalificering er som beskrevet et udtryk for forskelsbehandling på baggrund af nationalitet som følge af, at skattemyndighederne tilsidesatte den hollandske fondslovgivning, der på mange punkter var identisk med den danske.

Det skal dog bemærkes, at selv hvis foranstaltningen ikke var et udtryk for forskelsbehandling, må den nationale kvalificering af udenlandske fonde ikke kunne betragtes som nødvendig, idet den hollandske fondslovgivning giver samme beskyttelse af kreditorerne som den danske.

Derudover kan det ikke betragtes som proportionelt at beskatte udbyttet fra det danske selskab alene af den grund, at fonden ikke har en selvstændig bestyrelse. Stifteren er allerede igennem hollandsk lovgivning afskåret fra at få fondsmidlerne udbetalt, hvilket bestyrelsens sammensætning ikke ændrer på. Det skal til sidst, at det ikke har haft betydning for skattemyndighedernes vurdering, om stifteren faktisk har rådet over fondens formue eller ej.

4.2 Konklusion

Det må først og fremmest bemærkes, at anvendelsen af nationale regler på grænseoverskridende forhold er problematisk, når EU-retten ikke yderligere iagttages.

Særligt reglerne om den fri etablering har betydning for oprettelsen af fonde på tværs af medlemsstaterne. Det er klart, at den nationale praksis udgør en hindring heraf, da det bliver mindre attraktivt at etablere en udenlandsk fond, når stifteren risikerer at blive beskattet af fondens indtægter.

For at vurdere hindringens saglighed og øvrige overensstemmelse med den treleddede *Gebhard*-test, må det undersøges, hvilke formål den nationale foranstaltning varetager i både et selskabsretligt og skatteretligt perspektiv.

Den danske fondspraksis har først og fremmest til formål at sikre, at stifteren afskæres fra at råde over fondsmidlerne med henblik på at modvirke selvåndlæggelse, hvor stifteren kan indskyde midler i fonden i ly for sine kreditorer. Det er tidligere antaget, at et hensyn til selvåndlæggelse vil kunne bestå som tvingende alment hensyn ved Domstolen som en del af hensynet til kreditorbeskyttelse.

Dernæst kan en fortsat råderet over fondsmidlerne medføre en risiko for omgåelse af en normalt skyldig skat i hjemlandet, hvorfor hensynet til skatteunddragelse og misbrug må kunne begrunde foranstaltningens saglighed.

Det må bemærkes, at den danske fondspraksis som udgangspunkt ikke er et udtryk for forskelsbehandling, da skattemyndighederne foretager samme omkvalificering på alle fonde, der ikke opfylder betingelserne om definitiv og effektiv udskillelse efter dansk ret.

Skattemyndighederne skal dog respektere den danske registrering af erhvervsdrivende fonde ved Erhvervsstyrelsen, der medfører, at fondene opnår status som selvstændige retssubjekter. Det betyder således, at foranstaltningen udelukkende anvendes på udenlandske fonde, idet skattemyndighederne ikke respekterer en tilsvarende udenlandsk registrering som set i *SKM 2015.458 LSR*, selvom der ikke foreligger en konkret mistanke om misbrug.

Foranstaltningen må derfor alligevel betragtes som en forskelsbehandling i national henseende, når skattemyndighederne ikke anerkender andre medlemsstaters tilsvarende fondslovgivning.

En forskelsbehandling kan som udgangspunkt ikke accepteres ved Domstolen, men tidligere praksis har vist, at en diskriminerende foranstaltning kan opretholdes, når der foreligger almene hensyn, der er tilstrækkeligt tvingende. Det er dog en forudsætning, at lovgivningen tager *klart* sigte på at ramme de rent kunstige arrangementer med det formål at modvirke skatteunddragelse.

En udenlandsk fond kan anses for at være kunstigt etableret, når fonden er stiftet uden økonomisk aktivitet med henblik på at undgå en normalt skyldig skat. Hvis der foreligger et rent kunstigt arrangement, vil der således kunne ses igennem fingre med forskelsbehandling. Det betyder samtidig, at proportionalitetsvurderingen kan lempes, idet Domstolen kan tillade en national lovgivning, der ikke udgør den *mindst* restriktive foranstaltning.

Lovgivningen må som beskrevet ikke være udformet abstraktpræventivt og skal derfor tage et klart sigte på kun at ramme de rent kunstige arrangementer for at kunne opretholdes ud fra et skatteretligt synspunkt. Det må dog konstateres, at den danske foranstaltning er et udtryk for en generel formodning for misbrug blandt andet som følge af, at skattemyndighederne ikke anerkender andre medlemsstaters nationale lovgivning, der må anses for at være lige så betryggende som de danske regler.

Den nationale praksis tager således ikke sigte på kun at ramme udenlandske fonde, hvor der er en konkret mistanke om, at fonden er stiftet med det formål at undgå en normalt skyldig skat. Foranstaltningen kan således ikke opretholdes ud fra et selskabsretligt eller skatteretligt perspektiv, idet hensynene til selvåndlæggelse og skatteunddragelse hverken kan begrunde en forskelsbehandling på baggrund af nationalitet eller retfærdiggøre en generel formodning for misbrug.

Antages det, at foranstaltningen anvendes uden forskelsbehandling, kan den stadig ikke retfærdiggøres ud fra et selskabsretligt perspektiv, idet foranstaltningen ikke kan betragtes som egnet og nødvendig som følge af de *væsentlige* ulemper

omkvalificeringen medfører. Samtidig må det bemærkes, at det ikke er proportionelt, når medlemsstaterne ikke anerkender andre medlemsstaters kompetence til at udforme egen national selskabslovgivning.

Konklusionen må være, at den danske fondspraksis er *for* restriktiv og således ikke kan opretholdes EU-retligt, når særligt reglerne om den fri etablering iagttages.

Det må imidlertid formodes, at der findes mindre restriktive foranstaltninger, der kan sikre mod stifterens fortsatte råderet over fondens formue med henblik på at unddrage kreditorerne og undgå en normalt skyldig skat.

Blandt andet Rådets direktiv 77/799, bistandsdirektivet, kan sikre et bedre samarbejde mellem medlemsstaterne på tværs af grænserne, når der foreligger en konkret mistanke om misbrug, eftersom der med direktivet er mulighed for at udveksle informationer med hinanden. Det skal samtidig bemærkes, at kreditorerne har mulighed for at sikre sig mod selvbåndlæggelse ved at kræve de nødvendige garantier og andre sikkerhedsstiftelser ved indgåelse af aftaler med stifteren af en udenlandsk fond.

Det vil på den baggrund kun være et spørgsmål om tid, før enten Kommissionen bliver opmærksom på den EU-stridige foranstaltning, eller der forelægges et præjudicielt spørgsmål ved Domstolen. Alt i alt må det dog konkluderes, at den danske fondspraksis ikke stemmer overens med traktatens bestemmelser om fri etablering og er for restriktiv i sin anvendelse.

Summary

In Denmark, a foundation must fulfil several criteria to achieve legal personality according to the Danish Foundation Laws. The national case law has shown that the tax authorities and courts for a long time have used the same criteria to qualify a foreign foundation as an independent entity for tax purposes in the same way as a Danish foundation. In the classification, the tax authorities and courts have especially focused on the requirement of an *irrevocable* transfer of property from the settlor to the foundation.

However, it is necessary to include the EU law in the classification of a foreign foundation especially the rules about free establishment in Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

The Danish classification of foreign foundations can be considered a restriction of the free establishment because of the significant consequences for the settlor of the foundation. If the foundation is not approved as an independent entity for tax purposes the settlor will be considered as the "beneficial owner" of the foundation's income.

It is possible to justify a restriction of EU law on the grounds of compelling reasons, no discrimination based on nationality and the principle of proportionality. This Master Thesis will first include an analysis of the range of the free establishment in the perspective of company law and tax law by including decisions from The Court of Justice of the European Union.

In the perspective of company law especially *Centros*, *Überseering* and *Inspire Art* will be included to establish that Member States in EU cannot refuse to register a company formed in accordance with the law of another Member State. From the decisions, it is also perceived that an establishment of a company in another Member State whose rules of company law seem the least restrictive cannot in itself constitute an abuse of the right of establishment.⁸⁶

To establish the range of the free establishment in the perspective of tax law, *ICI*, *Marks & Spencer* and *Cadbury Schweppes* will be included. According to those decisions the Member States have the right to maintain rules with the purpose to prevent *wholly artificial arrangements* whose purpose are to circumvent or escape national tax law even though it does not represent the least restrictive measures.⁸⁷

⁸⁶ C-212/97, *Centros*, præmis 27

⁸⁷ C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 57

At last, the Danish decision *SKM 2015.458 LSR* will be analysed to test whether the Danish classification of foreign foundations is a valid restriction in accordance with EU law or not.

Based on the decision and the range of the free establishment the Danish qualification will be a violation of the EU law as it is an unnecessarily restriction to fulfil its' purpose of avoiding the settlors' *self-restriction* and *tax avoidance*.

Litteraturliste

Bøger

Andersen, Lennart Lyngge: *Lærebog i Fondsret*, 5. udgave 2010, Thomson Reuters Professional

Hansen, Lone L. og Erik Werlauff: *Den juridiske metode – en introduktion*, 2. udgave 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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

Rønfeldt, Thomas: *Skatteværn og EU-Frihed*, 1. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6. Udgave 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Werlauff, Erik: *Valg af Virksomhedsform*, 1. udgave 2015, Werlauff Publishing

Artikler

Feldthusen, Rasmus Kristian: *Afgivelse af formue til trusts*, SpO 2009.179

Gulmann, Claus: *Lidt om selskabers etableringsret i lyset af Centros- og Überseering-dommene* i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 1. Udgave 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 895-906

Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff: *Skatteretlig virkning af selskabsretlige begreber - konsekvenser af en dom om begrebet »erhvervsdrivende«*, UfR 2004B.298

Werlauff, Erik: *Om 'Hindring', 'Saglig' og 'Nødvendig' – Et skatte- og EU-retligt eventyr fra H. C. Andersens hjemland*, SpO 2016.109

Lovgivning

National lovgivning

Betænkning af den 14. juli 1978 nr. 970/1982 om fonde

Bekendtgørelse af den 15. december 2014 nr. 1448 om begrænset erhvervsdrift

Lovbekendtgørelse af den 20. september 2012 nr. 938 om fonde og visse foreninger (fondsloven)

Lov af den 25. juni 2014 nr. 712 om erhvervsdrivende fonde

Lovforslag af den 20. marts 2015 nr. 167 om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love

Lov af den 29. april 2015 nr. 540 om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love

Lovbekendtgørelse af den 17. august 2015 nr. 961 om beskatning af fonde og visse foreninger (fondsbeskatningsloven)

Lovforslag af den 20. november 2015 nr. 71 om ændring af fondsbeskatningsloven, lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. og fusionskatteloven

Lov af den 8. juni 2016 nr. 651 om ændring af fondsbeskatningsloven

Lovbekendtgørelse af den 1. september 2016 nr. 1162 om påligningen af indkomstskat til staten (ligningsloven)

Lovforslag af den 5. oktober 2016 nr. 27 om ændring af fondsbeskatningsloven, ligningsloven og skattekontrolloven

Anden lovgivning

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Burgerlijk Wetboek 2. Bog, kapitel 2.6 (Dutch Civil Code)

Direktiver

Rådets direktiv 77/799/EØF af den 19. december 1977 om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetence myndigheder inden for området direkte skatter (bistandsdirektivet)

Rådets direktiv 88/361/EØF af den 24. juni 1988 om gennemførelse af Traktatens artikel 67 (kapitaliseringsdirektivet)

Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater (fusions-skattedirektivet)

Afgørelser

National praksis

UfR 1998.774 Ø

SKM 2001.604 H (TfS 2001.898)

SKM 2005.67 Ø (TfS 2005.144)

SKM 2010.211 SR (TfS 2010.520)

SKM 2010.675 BR (TfS 2011.33)

SKM 2011.75 SR (TfS 2011.270)

SKM 2011.76 SR (TfS 2011.269)

SKM 2015.458 LSR (TfS 2015.688)

Afgørelser fra EF- og EU-domstolen

C-81/87, Daily Mail & General Trust

The Queen mod H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC

C-20/92, Hubbard

Anthony Hubbard mod Peter Hamburger

C-55/94, Gebhard

Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

C-264/96, *ICI*

Imperial Chemical Industries plc (ICI) mod Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)

C-212/97, *Centros*

Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

C-423/98, *Albore*

Alfredo Albore

C-208/00, *Überseering*

Überseering BV mod Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)

C-167/01, *Inspire Art*

Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mod Inspire Art Ltd

C-411/03, *SEVIC*

SEVIC Systems AG

C-446/03, *Marks & Spencer*

Marks & Spencer plc mod David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)

C-513/03, *Van Hilten-van der Heijden*

Arvingerne efter M.E.A. van Hilten-van der Heijden mod Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen

C-196/04, *Cadbury Schweppes*

Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue

C-298/05, *Columbus*

Columbus Container Services BVBA & Co, mod Finanzamt Bielefeld-Innenstadt

C-321/05, *Kofoed*

Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet

C-438/05, *Viking Line*

International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union mod Viking Line ABP, OU Viking Line Eesti

C-589/13, *Eisenstadt*

F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt

Generaladvokatens forslag til afgørelse

C-264/96, *ICI* - Forslag til afgørelse fra generaladvokat Giuseppe Tesauro fremsat den 16. december 1997

C-212/97, *Centros* - Forslag til afgørelse fra generaladvokat Antonio la Pergola fremsat den 16. juli 1998

C-208/00, *Überseering* - Forslag til afgørelse fra generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 4. december 2001

C-167/01, *Inspire Art* - Forslag til afgørelse fra generaladvokat Siegbert Alber fremsat den 30. januar 2003

C-411/03, *SEVIC* - Forslag til afgørelse fra generaladvokat Antonio Tizzano fremsat den 7. juli 2005

C-446/03, *Marks & Spencer* - Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Poiares Maduro fremsat den 7. april 2005

C-196/04, *Cadbury Schweppes* - Forslag til afgørelse fra generaladvokat Philippe Léger fremsat den 2. maj 2006

Øvrig litteratur

Den Juridiske Vejledning *C.B.2.15.2 Beskatning af udenlandske trusts (fonde)*

Notat af den 14. november 2008 til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Skatteudvalg om Kommissionens åbningsskrivelse om danske fondsbeskatningsregler (Europaudvalget 2008-09, EEU alm. del Bilag 63)