

# Udbyttebeskatning i investeringsinstitutter

Den EU-retlige forenelighed mellem danske og udenlandske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning.

## Titelblad

**Uddannelse:** Juridisk institut, Erhvervsjura, Aalborg Universitet

**Dansk titel:** Udbyttebeskatning i investeringsinstitutter: Den EU-retlige forenelighed mellem danske og udenlandske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning.

**Engelsk titel:** Dividend taxation in UCITS: The EU-Judicial compatibility between danish and foreign UCITS with minimum taxation

**Afhandling:** Kandidatspeciale

**Fagområde:** Dansk- og international selskabsskatteret

**Omfang:** 159.492 anslag

**Vejleder:** Magnus Vagtborg

**Forfattere:** Louise Bach Albertsen      Studie nr.: 20165895

Heidi Düring Reinholt      Studie nr.: 20164530

**Dato:** 19. maj 2021

## Abstract

When a danish UCITS after ligningsloven § 16 C, invests in shares of danish companies, the dividend they receive are not taxable according to selskabsskatteloven § 1, stk. 1, nr. 5c. Instead, the profit gets taxed when the dividend is distributed to the participants of the UCITS. To make sure this taxation benefit gets cancelled out, the UCITS must submit a minimum income, which then is the basis of the taxation. If a non-danish UCITS invests in shares of danish companies, the dividend they receive are taxable. This makes a restrictive treatment between UCITS based in Denmark, and UCITS based outside Denmark. Such a restrictive treatment can be prohibited after the European Union law. It is established in case-law, that measures prohibited after the European Union law, include measures that discourage non-residents from making investments in a member state or measures that discourage member state's residents from making investments in other states. The danish law discourages UCITS from other states from making investments in Denmark, which means this is a prohibited restrictive treatment. However, it is possible that the national tax legislation is compatible with the EU law after all. This is the case if it can be justified by an overriding reason in the public interest. An overriding reason in the public interest can be the preservation of the coherence of the tax system. For a restriction to be justified in terms of preservation of the coherence of the tax system, it requires a direct link between the tax advantage and the offsetting of that advantage by a particular tax levy. Furthermore, that direct link has to be examined in the light of the objective pursued by the rules. The objective pursued by the danish rules, is a transparent taxation. the participants in the UCITS should be taxed, as if they made the investment directly. In the danish tax legislation the exemption of taxation on dividends is subject to the condition that the dividends received by the UCITS are distributed onward to the participants. Based on this the restriction in the danish tax legislation can be justified by the need to preserve the coherence of the tax system. If non-danish UCITS should have the tax advantage, it is reasonable that they should fulfil the same requirements in LL § 16 C, because if these requirements are not fulfilled, the tax advantage would not be cancelled out.

## Indholdsfortegnelse

<b>Titelblad</b> .....	<b>1</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>2</b>
<b>Forkortelser</b> .....	<b>5</b>
<b>1.0 Indledning</b> .....	<b>6</b>
1.1 Problemformulering.....	7
1.2 Afgrænsning .....	8
1.3 Metode .....	9
<b>3.0 Grundlaget for beskatning og et udbyttefrikort</b> .....	<b>11</b>
3.1 Intern ret .....	<b>11</b>
3.1.1 Ubegrænset skattepligt for investeringsinstitutter med minimumsbeskatning.....	12
3.1.2 Begrænset skattepligt for foreninger .....	13
3.1.3 Sammenligning af ubegrænset og begrænset skattepligtige.....	14
3.1.4 Skattemæssig kvalifikation af udenlandske enheder .....	15
3.1.5 Kildeskatteloven .....	19
3.1.6 Ligningslovens.....	20
3.1.6.1 Grundlaget for beskatning hos investorerne .....	23
3.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomst .....	<b>25</b>
3.3 Delkonklusion.....	<b>26</b>
<b>4.0 EU-rettens indflydelse på skatteretten</b> .....	<b>28</b>
4.1 EU og skatteretten .....	<b>29</b>
4.1.1 EU-rettens forrangprincip.....	29
4.1.2 EU-rettens direkte virkning .....	31
4.1.3 EU-Domstolens kompetencer.....	33
4.2 Delkonklusion.....	<b>34</b>
<b>5.0 EU-rettens frie bevægelighed</b> .....	<b>36</b>
5.1 Generelt om fri bevægelighed .....	<b>36</b>
5.2 Legitime hensyn .....	<b>37</b>
5.2.1 Traktatfæstede hensyn .....	37
5.2.2 Domstolsskabte hensyn .....	38
5.2.3 Proportionalitetsprincippet .....	38
5.3 Kapitalens frie bevægelighed .....	<b>38</b>
5.3.1 Hensynene i art. 65 TEUF .....	39
5.3.1.1 Artikel 65, stk. 1 TEUF .....	40
5.3.1.2 Artikel 65, stk. 3 TEUF .....	41
5.3.2 Tvingende almene hensyn .....	41
5.3.2.1 Sikring af skattebetalingen og en effektiv skattekontrol .....	41
5.3.2.2 Sammenhæng i beskatningsordningen .....	42
5.3.2.3 Sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence.....	43
5.4 Delkonklusion.....	<b>43</b>

<b>6.0 SKM2019.383.ØLR</b> .....	<b>45</b>
6.1 Lovgrundlaget.....	<b>45</b>
6.1.1 Selskabsskatteloven og ligningsloven .....	45
6.2 Sagens faktiske omstændigheder.....	<b>46</b>
6.2.1 Sagsøgerne.....	47
6.3 Præjudicielt spørgsmål forelagt EU-domstolen.....	<b>50</b>
6.3.1 Traktatfæstede hensyn .....	52
6.3.2 Sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen.....	53
6.3.3 Sikre sammenhæng i beskatningsordningen.....	54
6.3.4 EU-Domstolens afgørelse.....	55
6.4 Anbringender .....	<b>55</b>
6.5 Landsrettens afgørelsen .....	<b>57</b>
6.6 Delkonklusion.....	<b>58</b>
<b>7.0 Restriktioner i den danske lovgivning</b> .....	<b>60</b>
7.1 Selskabsskattelovens §§ 1 og 2 .....	<b>60</b>
7.1.1 Sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen.....	61
7.1.2 Sikre en effektiv skattekontrol.....	62
7.1.3 Sikre sammenhængen i beskatningsordningen .....	63
7.2 Ligningslovens § 16 C.....	<b>65</b>
7.2.2 Sikre sammenhængen i beskatningsordningen.....	69
7.2.3 Sikre en effektiv skattekontrol.....	69
7.2.4 Proportionalitetsprincippet .....	70
<b>8.0 Konklusion</b> .....	<b>72</b>
<b>9.0 Lovforslag nr. L 211</b> .....	<b>75</b>
9.1 Ændring af beskatningsreglerne .....	<b>75</b>
9.2 Lovforslaget sammenholdt med specialet .....	<b>75</b>
<b>10.0 Litteraturliste</b> .....	<b>77</b>
10.1 Bøger .....	<b>77</b>
10.2 Love og bekendtgørelser .....	<b>77</b>
10.3 Lovforslag.....	<b>78</b>
10.4 Traktater og direktiver .....	<b>78</b>
10.5 Domme .....	<b>79</b>
10.6 Den juridiske vejledning.....	<b>79</b>
10.7 Artikler.....	<b>80</b>
10.8 Hjemmesider.....	<b>80</b>

## Forkortelser

SEL: Selskabsskatteloven

LL: Ligningsloven

KSL: Kildeskatteloven

KSLBEK: Kildeskattebekendtgørelse

ABL: Aktieavancebeskatningsloven

FBL: Fondsbeskatningsloven

KGL: Kursgevinstloven

DBO: Dobbeltbeskatningsoverenskomst

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development

EU-Domstolen: Den Europæiske Unions domstol

TEU: Traktaten om Den Europæiske Unions

TEUF: Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

UCITS: Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities,  
på dansk kollektiv investering med henblik på investering i værdipapirer.

## 1.0 Indledning

Det fremgår af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 5c, at investeringsinstitutter med minimumsbeskatning er skattepligtige, hvis indtægten anses som erhvervmæssig virksomhed. I SEL § 1, stk. 4, er indtægt ved erhvervmæssig virksomhed defineret som indtægt ved næringsvirksomhed eller anden forretningsvirksomhed. Investeringsinstitutternes investering i aktier anses ikke som erhvervmæssig virksomhed, hvormed udbytteindtægter herfra ikke anses som indtægt ved erhvervmæssig virksomhed.<sup>1</sup> Dette medfører, at disse minimumsbeskattede investeringsinstitutter reelt er skattefrie.

Når disse investeringsinstitutter modtager udbytte fra et dansk selskab, skal dette selskab indeholde en kildeskat på 27 pct., jf. KSL § 65, stk. 1. Investeringsinstituttet kan efterfølgende tilbagesøge den indeholdte kildeskat, da de er skattefrie af udbytte.

Danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning kan efter kildeskattebekendtgørelsen § 31, stk. 2, få udstedt et udbyttefrikort. Dette udbyttefrikort betyder, at investeringsinstituttet undgår at skulle tilbagesøge den indeholdte kildeskat. Dette medfører en lempelse af administrationen både for skattemyndighederne og selskaberne.

En af betingelserne for at få udstedt et udbyttefrikort var, at investeringsinstituttet skulle være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, hvilket betyder, at investeringsinstituttet skulle være fuldt skattepligtigt til Danmark. Dette betyder, at udenlandske investeringsinstitutter reelt ikke kan få udstedt udbyttefrikort. Det er blevet fastlagt af EU-domstolen i sag, C-480/16, *Fidelity Funds*, at denne betingelse om hjemsted er i strid med art. 63 TEUF om kapitalens frie bevægelighed.

Den anden betingelse for at få udstedt udbyttefrikort er, at det skal være et investeringsinstitut med minimumsbeskatning efter ligningslovens § 16 C. Det er kendetegnet ved et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, at der udstedes omsættelige beviser for deltagerens indskud samt at beskatningen sker efter transparensprincippet, hvorfor beskatning af instituttets indkomst sker ved deltagerne.

---

<sup>1</sup> Analyse af beskatningen af investeringsinstitutter og deres investorer, side 68

Et dansk investeringsinstitut med minimumsbeskatning skal indeholde en kildeskat på 27 pct. af udlodninger af udbytte fra investeringsinstituttet, jf. KSL § 65, stk. 7. Der skal dog kun indeholdes 22 pct., hvis udbyttet udloddes til selskaber, der er skattepligtige her til landet, jf. KSL § 65, stk. 6. Det danske minimumsbeskattede investeringsinstitut er reelt skattefrit, men efter KSL § 65 bliver denne minimumsudlodning skattepligtig ved investoren. Dette sikrer, at der sker en løbende beskatning af investeringsinstituttets afkast ved deltagerne i investeringsinstituttet. Dette udligner instituttets fritagelse for udbytteskat, da udbyttet bliver beskattet ved videreudlodning til deltagerne.<sup>2</sup>

I denne forbindelse opstår der en problematik, hvis der er tale om et udenlandsk investeringsinstitut, der modtager udbytte fra et dansk selskab. Et udenlandsk investeringsinstitut er begrænset skattepligtig til Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Hvis et udenlandsk investeringsinstitut får udstedt udbyttefrikort, vil det udloddende danske selskab ikke skulle indeholde udbytteskatten. Når dette investeringsinstitut efterfølgende udlodder udbytte til dennes deltagere, vil Danmark ikke kunne kræve, at investeringsinstituttet skal indeholde skat for dette udbytte. Dermed vil instituttets eventuelle fritagelse for beskatning ikke kunne udlignes ved en beskatning af videreudlodning til instituttets deltagere.

Som nævnt er det blevet fastlagt af EU-domstolen, at betingelsen om hjemstedskrav er i strid med art. 63 TEUF. Det betyder, at der kan udstedes udbyttefrikort, hvis den anden betingelse er opfyldt, som er, at det skal være et investeringsinstitut med minimumsbeskatning efter LL § 16 C. I teorien vil udenlandske investeringsforeninger kunne opfylde kravene til at være omfattet af LL § 16 C og dermed blive kategoriseret som et investeringsinstitut med minimumsbeskatning. Dette vil da medføre, at en udenlandsk investeringsforening vil kunne få udstedt udbyttefrikort.

### 1.1 Problemformulering

På baggrund af ovenstående vil der i dette speciale undersøges, hvorvidt der i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c foreligger en restriktion. Ydermere vil det undersøges, om det reelt er muligt for udenlandske investeringsinstitutter at blive omfattet af LL § 16 C, eller om der indirekte ligger en restriktion i kravene til LL § 16 C. I forbindelse hermed vil det yderligere analyseres, hvorvidt sådanne restriktioner i så fald kan begrundes i tvingende almene hensyn.

---

<sup>2</sup> Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Skatteudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolenssag C-480/16, Fidelity Funds m.fl.



## 1.2 Afgrænsning

Specialet vil have udgangspunkt i selskabsskattelovens §§ 1 og 2, samt ligningslovens § 16 C for at udarbejde en besvarelse af problemformuleringen. Begrebet investeringsinstitut dækker over forskellige former for investeringsinstitutter. Dette speciale fokuserer alene på beskatning af investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, hvorfor beskatning af andre former for investeringsforeninger og investeringselskaber ikke vil blive behandlet dybdegående.

Der vil i dette speciale blive undersøgt, hvorvidt der foreligger en restriktion i SEL § 2. Der vil dog ikke blive taget udgangspunkt i datterselskabs- eller koncernselskabsaktier, hvorfor der ikke tages stilling til, hvorvidt skattepligten eventuelt skal frafalde eller nedsættes efter EU's direktiv 2011/96, også kaldet moder-/datterselskabsdirektivet.

I denne sammenhæng fremgår der af SEL § 2, stk. 1, litra c, 9. pkt. en værnregel, der sikrer, at udbyttet ikke er skattefrit, såfremt udbyttet fra det danske selskab er en videreudlodning, og det danske selskab ikke var retmæssig ejer. Dette vil ligeledes ikke blive behandlet.

Der vil i specialet være en kort gennemgang af principperne bag dobbeltbeskatningsoverenskomster, da det er væsentligt for international beskatning. Det vil dog ikke være hovedfokus i dette speciale, hvorfor der ikke vil være dybdegående behandling af dette område.

Specialet tager udgangspunkt i kapitalens frie bevægelighed, hvorfor det udelukkende er art. 63 og 65 TEUF, der bliver behandlet. Enkelte afgørelser fra EU-Domstolen er vedrørende etableringsfriheden i art. 49 TEUF og fri udveksling af tjenesteydelser i art. 56 TEUF, dette er dog blot for at belyse retstilstanden for kapitalens frie bevægelighed.

Når der skal ses på tvingende almene hensyn, vil der blive redegjort for både traktatfæstede og domstolsskabte hensyn. Der vil dog, når der skal tages stilling til, om en restriktion kan begrundes i tvingende almene hensyn kun blive set på de domstolsskabte. Der vil på baggrund af C-338/11, *Santander Asset Management SGIIC*, udelukkende blive set på de 3 hensyn, som påberåbes i denne afgørelse. Denne afgørelse minder om specialets problemstilling, hvorfor der ikke vil blive behandlet andre anerkendte hensyn.

### 1.3 Metode

Formålet med kandidatspecialet er at undersøge, hvorvidt der i SEL § 2, stk. 1, litra c, foreligger en restriktion. Ydermere undersøges det, om det reelt er muligt for udenlandske investeringsinstitutter at blive omfattet af LL § 16 C. For at undersøge denne problemstilling vil den gældende ret blive undersøgt, hvorfor det er den retsdogmatiske metode, der vil blive anvendt.

Formålet med den retsdogmatiske metode er at analysere og beskrive gældende ret. Den retsdogmatiske metode beskæftiger sig med det videnskabelige. Denne videnskab er ikke rettet mod at finde frem til konkrete løsninger af konkrete problemstillinger, men derimod at analysere og beskrive retstilstanden på området.<sup>3</sup> Hensigten med kandidatspecialet vil således ikke nødvendigvis være at finde en løsning til problemstillingen, men derimod forskning på retsområdet.<sup>4</sup>

Den retsdogmatiske metode anvendes som oftest til at håndtere en given problemstilling i samfundet. Til kandidatspecialet vil der udarbejdes en beskrivelse og analyse af retstilstanden for forholdene omkring SEL § 2 og LL § 16 C. Denne beskrivelse og analyse vil udarbejdes for at undersøge, om der indirekte ligger en restriktion i selskabsskattelovens § 2 og i kravene i LL § 16 C og dermed være i strid med art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed.

Den røde tråd gennem kandidatspecialet vil skabes ved, at der analyseres og beskrives gældende retsregler, ”*de lege lata*”.<sup>5</sup>

Retsdogmatikken er forbundet med rettens praktiske retsanvendelse, hvortil den metodiske tilgang kaldes ”*den juridiske metode*”. Denne metode er modsætningsvis rettet mod at finde løsninger til konkrete problemstillinger, som indebærer en blanding af jus og fakta, for at tage stilling til et konkret retligt problem. Denne metode er særegen og hænger sammen med det praktiske retsliv, hvor der sker en anvendelse af love, retspraksis, sædvaner, forholdets natur og retsgrundsætninger.<sup>6</sup>

Den juridiske metode og den retsdogmatiske metode kan fremstå som værende to forskellige metoder. Disse metoder er dog som udgangspunkt én og samme metode, der blot anvendes forskelligt af retsforskere og praktikere.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 1. udg., 2014, s.86ff

<sup>4</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 1. udg., 2014, s.202

<sup>5</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 1. udg., 2014, s 86

<sup>6</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 1. udg., 2014, s 87

<sup>7</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 1. udg., 2014, s 87

Til anvendelse af den retsdogmatiske metode, vil der blive taget udgangspunkt i traditionelle anerkendte og relevante retskilder.

Grundstenen i specialet er SEL § 2, stk. 1, litra c og LL § 16 C, idet disse bestemmelser er centrale for løsningen af problemstillingen. Der vil dog også bruges andre relevante love på området. Til fortolkning af lovene, vil der bl.a. blive brugt lovenes forarbejder, idet disse er mere detaljeret og giver en uddybende forståelse af baggrunden for loven, da der sker en fortolkning af lovgivers hensigt med de fortolkede regler. Forarbejderne er en hjælp til forståelsen af fortolkningen loven og er ikke en retskilde, idet disse ikke er bindende for borgerne.<sup>8</sup>

Inden for det skatteretlige område kan der ikke ske beskatning uden hjemmel, jf. Grundlovens § 43. På baggrund af dette vises det, at der er en forskel på retskildeværdien af de forskellige retskilder, idet nogle retskilder har forrang for andre. Hertil er det vigtigt at have det retskildemæssige hierarki for øje ved analysen.<sup>9</sup>

Der vil i specialet også blive anvendt retspraksis i form af domsafsigelser fra Landsskatteretten, Landsretten og EU-Domstolen. De forskellige retsinstanser har forskelligt præjudikatværdi. Jo højere instans, jo højere præjudikatværdi får en afgørelse. Såfremt der forelægger en afgørelse fra EU-Domstolen, vil denne tillægges højest præjudikatværdi frem for en Højesteretsafgørelse.<sup>10</sup> Det skal dog holdes for øje, at EU-retten har forrang for national ret, jf. forrangprincippet.

I specialet vil der blive benyttet både primære og sekundære kilder. De primære kilder i specialet udgør selskabsskatteloven, ligningsloven, dobbeltbeskatningsoverenskomst og den juridiske vejledning. De sekundære kilder udgør fagbøger og hjemmesider. Udgangspunktet i de sekundære kilder er, at de blot udgør en gengivelse og fortolkning af de primære kilder, hvilket kan medføre, at fagbøgerne peger læseren mod forfatterens subjektive holdning.

De primære retskilder, som anvendes i specialet, anses for at have en høj retskildeværdi. Sammenholdt med den kildekritiske tilgang anses de benyttede kilder for pålidelige.

---

<sup>8</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 1. udg., 2014, s 283

<sup>9</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Den juridiske løsning*, 1. udg. 2017, s. 17

<sup>10</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Den juridiske løsning*, 1. udg. 2017, s. 61

## 3.0 Grundlaget for beskatning og et udbyttefrikort

### 3.1 Intern ret

Beskatningsretten følger legalitetsprincippet, hvilket medfører, at der skal være hjemmel i lov, før end der kan ske beskatning. Ingen skat kan pålægges borger og selskaber uden hjemmel i lov, jf. Grundlovens § 43.

Der opstår situationer, hvor et selskab, en udgift eller en formue har tilknytning til både Danmark og et andet land. Der er i de danske retsregler, regler der regulerer disse situationer. Den mest væsentlige bestemmelse indenfor dette område er SL § 4 om globalindkomstprincippet, der er gældende i den danske skatteret. I SEL § 8, stk. 2 er der et territorialprincip for selskaber, der begrænser globalindkomstprincippet således, at indtægter og udgifter fra faste driftssteder i udlandet ikke skal medregnes i den skattepligtige indkomst.

Beskatningsretten for selskaber er grundlæggende fastlagt i SEL §§ 1 og 2.

SEL § 1 omhandler ubegrænset skattepligt for juridiske personer. I denne bestemmelse er det positivt oplyst, hvilke selskaber og foreninger, hjemmehørende her i landet, der er skattepligtige, jf. SEL § 1.

SEL § 2 omhandler begrænset skattepligt for juridiske personer. Det fremgår af denne bestemmelse, at selskaber og foreninger, der er hjemmehørende i udlandet, er begrænset skattepligtige til Danmark, såfremt de skattemæssigt kan kvalificeres efter SEL § 1, stk. 1.

Disse to bestemmelser kan ikke stå alene, da der vil være en række bestemmelser, der enten udvider eller indskrænker beskatningsretten, som er fastlagt i disse bestemmelser.

Ligningsloven og kildeskatteloven spiller en grundlæggende rolle i sammenhæng med selskabskatteloven. Ligningsloven indeholder specialbestemmelser på forskellige områder. Kildeskatteloven har større betydning for personer end for selskaber, da den fastlægger, hvilke personer og dødsboer der er skattepligtige her i landet. Derudover reguleres spørgsmålet om, hvorvidt et selskab har pligt til at indeholde kildeskat, jf. KSL § 65.

Udgangspunktet er, at udbytteskatten udgør 27 pct. for personinvestorer og 22 pct. for selskabsinvestorer, jf. KSL 65, stk. 1 og 6. Denne beskatningsprocent bliver dog nedsat til 15 pct., såfremt per-

sonen eller selskabet er hjemmehørende i et land, som udveksler oplysninger med de danske myndigheder, i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomster eller anden international aftale.<sup>11</sup>

### 3.1.1 Ubegrænset skattepligt for investeringsinstitutter med minimumsbeskatning

Det fremgår af SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, at et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. LL § 16 C, der er hjemmehørende i Danmark, er fuldt skattepligtig. I praksis betaler de dog ikke skat, men derimod beskattes instituttets indtægter ved investorerne.<sup>12</sup>

Det fremgår af bestemmelsen, at minimumsbeskattede investeringsinstitutter alene er skattepligtige af indtægt ved erhvervmæssig virksomhed og fortjeneste eller tab ved afhændelsen, afståelse eller opgivelse af formuegoder, som har haft en tilknytning til den erhvervmæssige virksomhed, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, 1. pkt. Det er i SEL § 1, stk. 4 defineret, hvad der forstås ved erhvervmæssig virksomhed. Det fremgår af bestemmelsen, at indtægt ved næringsvirksomhed eller anden forretningsvirksomhed anses for erhvervmæssig virksomhed. Det, at en forening ejer aktier, anses ikke alene som erhvervmæssig virksomhed.<sup>13</sup> Dette bliver illustreret i afgørelsen SKM.2007.399.LSR, der omhandler en forening, der ejer 60 pct. af et børsnoteret selskab. Det bliver i afgørelsen omtalt, at det fremgår af cirkulære nr. 136 af 7. november 1988, punkt 52-54, at indtægter i form af aktieudbytte og -avance, renteindtægter og kursgevinster, er skattefrie for foreninger, medmindre det er indtægt erhvervet ved næringsvirksomhed. Landsskatteretten lægger til grund for afgørelsen, at der ikke i ordlyden af selskabsskatteloven eller i forarbejderne til de omhandlede bestemmelser, er grundlag for at anse dette ejerskab af aktier for erhvervmæssig virksomhed. Ydermere fremgår det af forarbejder til selskabsskatteloven, at renteindtægter, udbytteindtægter samt gevinst på aktier ikke anses for indtægt ved erhvervmæssig virksomhed. Dette medfører, at investeringsinstitutter med minimumsbeskatning reelt er skattefrie.<sup>14</sup>

For at et investeringsinstitut kan være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, er det et krav, at der er mindst 8 medlemmer, jf. SEL § 1, stk. 7. Hertil kan der dog ske en undtagelse til kravet, såfremt der sker en effektiv markedsføring over for offentligheden eller større dele heraf med henblik på at bringe antallet af medlemmer op. Et minimumsbeskattet investeringsinstitut, der er omfattet af LL §

---

<sup>11</sup> FT 2018-19, L 114

<sup>12</sup> Analyse af beskatningen af investeringsinstitutter og deres investorer 68ff

<sup>13</sup> DJV: C.D.8.9.1.2.4.4

<sup>14</sup> FT 2018-19, L 114

16 C, med mindre end 8 medlemmer, som dermed ikke opfylder kravet i stk. 7, kan dog alligevel blive omfattet af § 1, stk. 1, nr. 5c. Dette er muligt, såfremt der i overensstemmelse med et vedtægtsmæssigt krav, alene bliver optaget medlemmer, som er juridiske personer og ingen af deltagerne i de juridiske personer beskattes direkte af indkomst fra investeringsinstituttet efter reglerne for fysiske personer. Ydermere skal eventuelle investeringsbeviser i overensstemmelse med et vedtægtsmæssigt krav herom lyde på navn, jf. SEL § 1, stk. 8.

Et investeringsinstitut, der er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, kan efter LL § 16 C, stk. 1, 2. pkt., vælge at blive beskattet af udbytte omfattet af LL § 16 A, stk. 1 og 2, der modtages fra selskaber hjemmehørende her i landet. Såfremt investeringsinstituttet har valgt dette, vil beskatningen af udbytte, der modtages af selskaber mv. der er hjemmehørende her i landet, ske med 15 pct., jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5c. Udbytte beskattes dog ikke, såfremt det er; udbytte af egne aktier, udbytte af aktier i investeringsinstituttets administrationsselskab, udbytte fra et investeringsselskab, jf. SEL § 3, stk. 1, nr. 19 og udbytte fra et andet investeringsinstitut, hvis dette har valgt beskatning af udbytter eller efter vedtægterne ikke kan investere i aktier eller andele i selskaber m.v., der er hjemmehørende her i landet, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, 3. pkt.

Ydermere skal der ej heller ske beskatning af udbytte, som modtages fra et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. ligningslovens § 16 C, der udelukkende investerer i fordringer, der er omfattet af kursgevinstloven, aktier i det administrationsselskab, der forestår investeringsinstituttets administration, afledte finansielle instrumenter efter Finanstilsynets regler herom og beviser i investeringsinstitutter med minimumsbeskatning omfattet af ligningslovens § 16 C, der udelukkende investerer i aktiver som nævnt i SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, 4. pkt.

Dette betyder, at investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, der har valgt at blive beskattet af danske aktieudbytter, efter LL § 16 C, stk. 1, 2. pkt., vil kunne investere i obligationsbaserede investeringsinstitutter med minimumsbeskatning uden at blive beskattet af det modtagne udbytte.<sup>15</sup>

### 3.1.2 Begrænset skattepligt for foreninger

Det fremgår af SEL § 2, stk. 1, litra c, at selskaber og foreninger som nævnt i SEL § 1, stk. 1, med hjemsted i udlandet, er skattepligtige til Danmark, hvis de oppebærer udbytte omfattet af LL § 16

---

<sup>15</sup> FT 2019-20, L 165

A, stk. 1 og 2. Dette betyder, at en udenlandsk forening er begrænset skattepligtig til Danmark, såfremt de i dansk skatteret anses som et selvstændigt skattesubjekt, der er sammenligneligt med de danske selskaber og foreninger i SEL § 1, stk. 1.

Skattepligten efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., omfatter ikke udbytte oppebåret fra investerings-selskaber, jf. § 3, stk. 1, nr. 19, eller fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, der efter LL § 16 C, stk. 1, 2. pkt. har valgt beskatning af udbytter, som modtages fra selskaber, der er hjemmehørende her i landet.

Udenlandske investeringsinstitutter kan efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. modtage udbytte fra obligationsbaserede investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, uden at blive beskattet heraf. Det fremgår af denne bestemmelse, at skattepligten efter § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt. ikke omfatter udbytte, som modtages fra et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. § 1, stk. 1, nr. 5c, der udelukkende investerer i fordringer omfattet af kursgevinstloven, aktier i det administrations-selskab, der forestår investeringsinstitutets administration, afledte finansielle instrumenter efter Finanstilsynets regler herom og beviser i investeringsinstitutter med minimumsbeskatning omfattet af LL § 16 C, der udelukkende investerer i aktiver som nævnt i nærværende punktum.

### 3.1.3 Sammenligning af ubegrænset og begrænset skattepligtige

Ud fra ovenstående kan det udledes, at det gælder for både udenlandske investeringsinstitutter samt investeringsinstitutter med minimumsbeskatning hjemmehørende her i landet, at der ikke sker beskatning af udbytter modtaget fra investeringsselskaber eller investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, der har valgt beskatning efter LL § 16 C, stk. 1, 2. pkt.

Der kan ligeledes ses en sammenhæng ved, at danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning kan modtage udbytte fra obligationsbaserede investeringsinstitutter uden at blive beskattet heraf, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, 4. pkt. Dette gælder ligeledes for udenlandske investeringsinstitutter, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt.

Der ligger dog en forskel i bestemmelserne, idet investeringsinstitutter efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, reelt ikke er skattepligtige, da udbytteindtægter ikke anses for erhvervsmæssig indtægt. Denne skat-

tefrihed findes ikke for begrænset skattepligtige investeringsinstitutter. Denne forskelsbehandling bliver behandlet yderligere i afsnit 7.1.

### 3.1.4 Skattemæssig kvalifikation af udenlandske enheder

Som nævnt afhænger den begrænsede skattepligt for udenlandske foreninger af, hvorvidt denne forening kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, der er sammenligneligt med de danske selskaber og foreninger i SEL § 1, stk. 1. Denne kvalifikation sker efter danske regler, en såkaldt *lex fori* tilgang, hvori SEL § 1 har en central rolle, da det er denne bestemmelse, der vurderes ud fra.<sup>16</sup> Dette medfører, at der foretages en konkret vurdering ud fra visse kriterier i hver enkelt sag, baseret på de faktiske forhold i sagen. Vurderingen foretages ud fra kriterier, der er udledt af praksis.<sup>17</sup>

Hvorvidt der er tale om et selskab eller forening efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2 eller nr. 6, vurderes ud fra en række kriterier. Disse kriterier skal som nævnt ses i en samlet vurdering af sagen, hvori både enhedens vedtægter samt dens konkrete virke er af væsentlig betydning i vurderingen.<sup>18</sup> Nedenfor fremgår henholdsvis kriterier der indikerer, at der er tale om et selvstændigt skattesubjekt og kriterier der indikerer, at det ikke er et selvstændigt skattesubjekt.

Kriterier der indikerer, at der er tale om et selvstændigt skattesubjekt efter § 1, stk. 1, nr. 2:

Ingen af deltagerne hæfter personligt, fordelingen af overskuddet sker i forhold til den af deltagerne indskudte kapital og det årlige overskud bliver fordelt på grundlag af den omsætning, men med en eventuel likvidationsudlodning baseres på kapitalens størrelse. Der vil i selskabet være selvstændige vedtægter, et særskilt regnskab og foreningsorganer, som med bindende virkning kan handle, også for de medlemmer, som ikke er med i ledelsen. Det er muligt at udvide medlemskredsen. Der foreligger bestemmelser om, hvad der skal ske med formuen ved det enkelte medlems udtræden eller ved enhedens opløsning. Indskudskapitalen kan enten være nominelt angivet til en bestemt størrelse, eller det kan være en vekslende indskudskapital.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> SU 2013,343 og Michelsen, Aage. M.fl.: *Lærebog om indkomstskat*, 17. udg. 2017, s. 831-832

<sup>17</sup> SU 2013,343

<sup>18</sup> DJV: C.D.1.1.12

<sup>19</sup> DJV: C.D.1.1.3



Kriterier der indikerer, at det ikke er et selvstændigt skattesubjekt efter § 1, stk. 1, nr. 2:

Fordelingen af både overskuddet og likvidationsprovenuet bliver foretaget på baggrund af omsætningen (kooperativ virksomhed). Der vil være én eller flere, som hæfter personligt og ingen fordeling af overskud finder sted i forhold til kapitalindskuddet. Overskuddet bliver anvendt til almenyttige eller almenvelgørende formål.<sup>20</sup>

Kriterier der indikerer, at det er et selvstændigt skattesubjekt efter § 1, stk. 1, nr. 6:

Den enkelte deltager hæfter kun med sit indskud (kontingent). Der er mange deltagere og deltagerkredsen skifter således, at nogle deltagere afløser andre. Sammenslutningen styres af foreningsorganer, det vil sige; generalforsamling/repræsentantskab og en valgt bestyrelse.

Der sker kun optagelse af nye deltagere (medlemmer) efter objektive kriterier, en eventuel medlemsadgang er helt fri. Såfremt en deltager udtræder, er det uden retslig betydning for sammenslutningens beståen og giver ikke den udtrædende krav på nogen del af dennes formue. Sammenslutningens overordnede formål er af ideel karakter. En eventuel erhvervmæssig virksomhed drives til fremme af det ideelle formål.<sup>21</sup>

Kriterier der indikerer, at det ikke er et selvstændigt skattesubjekt efter § 1, stk. 1 nr. 6:

Den enkelte deltager hæfter personligt og solidarisk for sammenslutningens forpligtelser, der er få deltagere og deltagerne er de samme under hele interessentskabets levetid. Såfremt der foretages væsentlige beslutninger, kræves det, at der er énstemmighed blandt deltagerne. Sker der optagelse af nye deltagere, vil dettes betragtes som stiftelse af et nyt interessentskab, dertil vil en deltagers udtræden blive betragtet som opløsning af det bestående og stiftelse af et nyt interessentskab. Den udtrædende deltager har intet krav på en ideel anpart af interessentskabets aktiver således, at opløsningen medfører skift, en formuerealisation. Sammenslutningen har et rent erhvervmæssigt formål.<sup>22</sup>

Kriterierne er opstillet efter, hvorvidt et dansk selskab eller forening er et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2 eller 6, og da kvalifikationen af udenlandske enheder foretages efter

---

<sup>20</sup> DJV: C.D.1.1.3

<sup>21</sup> DJV: C.D.1.1.12

<sup>22</sup> DJV: C.D.1.1.12

dansk ret, vil disse kriterier ligeledes finde anvendelse her. Nedenfor er det illustreret, hvorledes kriterierne anvendes i afgørelser.<sup>23</sup>

TfS 2013, 338 – SKM 2013.361.SR

Denne sag omhandler et dansk ApS, der vil formidle salg af ferieboliger i udlandet til danskere. Dette vil de gøre via et lokalt selskab, som skal stå som ejer af disse boliger. De lokale selskaber er henholdsvis et amerikansk LLC og et fransk SCI. Det ønskes derfor afklaret, hvorvidt disse enheder anses som skattemæssigt transparente enheder efter danske regler. Vurderingen laves ud fra vedtægter samt udtalelser fra selskabets advokat, hvori der fremgår en uddybning af nogle af de ovennævnte kriterier.

Det vurderes, at det amerikanske LLC er en skattemæssig transparent enhed. Der lægges i denne vurdering særligt vægt på, at der ikke er nogle bestemmelser om den indskudte kapital, der er ikke mulighed for at udvide medlemskredsen samt at én af deltagerne hæfter ubegrænset. Derudover lægges der særligt vægt på, at overskud fordeles under LLC'ets drift og ved eventuel likvidation mellem medlemmerne og medlemmernes ejerandele. Ydermere ledes selskabet af en manager og der er ikke etableret andre organer udover, hvad der svarer til generalforsamlinger. Selskabsformen har mere karakter som et sameje eller kommanditselskab og formuen ændres ikke ved udtræden.

Det franske SCI vurderes ligeledes at være skattemæssig transparent. Der er modsætningsvis ved denne enhed kriterier, der indikerer, at enheden er et selvstændigt skattesubjekt samt kriterier, der indikerer, at enheden ikke er et selvstændigt skattesubjekt. De kriterier der indikerer at enheden er et selvstændigt skattesubjekt er, at der er en fast indskudskapital, der udarbejdes særskilt regnskab, der er selvstændige vedtægter og fordeling af overskuddet sker i forhold til indskuddet. Ydermere at en deltager ved udtræden modtager betaling fra den person, der indtræder, samt at der ikke sker udlodning af SCI'ets formue i forbindelse med ejerskifte.

Derimod indikerer det, at enheden ikke er et selvstændigt skattesubjekt, at deltagerne hæfter personligt, da det er karakteristisk for selskaber, at ingen hæfter personligt. Ydermere er optagelsen af nye deltagere ikke fri og sker ikke efter objektive kriterier, da nye deltagere skal godkendes før overdragelse af anparterne. Ligeledes kan der ikke ske fri udtrædelse, da udtræden kræver tilladelse

---

<sup>23</sup> DJV: C.D.1.1.3

fra de øvrige anpartshavere. Selskabets levetid er fastsat til 99 år, men varigheden kan forlænges eller selskabet kan opløses inden. Derudover har direktøren ubegrænsede beføjelser til at drive og lede SCI'et og der er ikke etableret en bestyrelse. Der træffes kollektive beslutninger på generalforsamlinger eller ved skriftlig beslutning. Anpartshavere, der ikke er en del af ledelsen, kan bede ledelsen om at indkalde til generalforsamling når som helst.

Det er ud fra dette vurderet, at dette franske SCI ikke er et selvstændigt skattesubjekt og dermed en skattemæssig transparent enhed. Der er lagt særlig vægt på, at deltagerne hæfter personligt, der er få deltagere, levetiden er begrænset, medmindre medlemmerne beslutter andet, enheden ledes af en direktør og er uden bestyrelse, samt at der er begrænsninger i adgangen til at udskifte deltagerne.

TfS 2009, 658 – SKM 2009.298.SR

Denne sag omhandler en investeringsfond etableret i Luxembourg. Denne fond investerer udelukkende i værdipapirer og er i Luxembourg underlagt loven om forpligtelser for kollektive investeringer. Fonden administreres af et administrationsselskab og er et investeringsinstitut i henhold til Rådets direktiv 85/611/EØF. Det søges afklaret, hvorvidt denne fond skal anses som et selvstændigt skattesubjekt eller er skattemæssigt transparent.

Der udstedes omsættelige certifikater til investorerne, hvoraf alle har samme rettigheder. Investorerne hæfter kun for den indskudte kapital og overskud fordeles i forhold til den indskudte kapital. Såfremt der sker likvidation af fonden, vil likvidationsprovenu ligeledes blive fordelt i forhold til investorernes indskudte kapital. Ydermere er der ingen grænse for antallet af investorer, dog kan en investor under særlige omstændigheder blive nægtet at investere. Såfremt en investor ønsker at udtræde, har administrationsselskabet pligt til at indløse investorens certifikater til markedsprisen fratrukket et "redemption fee". Derudover aflægges der årsrapport samt halvårsrapport, disse skal revideres af en revisor der er udpeget af administrationsselskabet.

Det er ud fra en samlet vurdering blevet fastlagt, at denne fond skal anses for et selvstændigt skattesubjekt. Der er i denne vurdering lagt særlig vægt på, at der er begrænset hæftelse, overskuddet og likvidationsprovenu fordeles i forhold til indskudt kapital, der udstedes certifikater, der er omsættelige og har samme rettigheder, det er reguleret, hvad der sker ved et medlems udtræden, samt at der laves årsrapport.

### 3.1.5 Kildeskatteloven

Kildeskatteloven blev gennemført i 1969 og trådte i kraft i 1970. Formålet med udarbejdelsen af loven var at gennemføre en skatteordning, hvor de personlige skatter blev betalt i så nær tilknytning til erhvervelsen af den skattepligtige indkomst, som muligt.<sup>24</sup>

Ved indførelsen af denne lov blev der skabt en løbende skat, hvor det blev selskabernes pligt at foretage indeholdelse af skatten, hvorfor skatten kunne blive beskattet i så nær tilknytning til erhvervelsen som muligt. De skatter, der blev betalt på denne måde, skulle ses som en foreløbig skat eller forskudsskat, som skulle afgøres efter indkomstårets udløb.<sup>25</sup>

Efter lovforslagets regler i afsnit VI om indeholdelse af aktieudbytte for at formuer beskattes ved kilden, skal selskaber indeholde kildeskat af udbytte, som er omfattet af LL § 16 A. Indeholdelsespligten omfatter alle selskaber, der er skattepligtige efter § 1, stk. 1, nr. 1 og 2 i lovbekendtgørelse nr. 377 af 20. december 1961 om aktiebeskatning af aktieselskaber, det som i dag svarer til SEL § 1, selskaber der er hjemmehørende her i landet.<sup>26</sup>

Den løbende beskatning, som blev skabt tilbage i 1970, skabte en samtidighedsskat, som gjorde det lettere for borgerne og for myndighederne administrativt, samtidig med at beskatningen skete i så nær tilknytning til kilden af erhvervelse. Denne indeholdelsespligt betyder, at selskabet umiddelbart vil være ansvarlig for indeholdelsesbeløbet, såfremt selskabet undlader at indeholde denne kildeskat.<sup>27</sup>

Selskaber eller foreninger, der er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2, 2 e, 2 h, 4 og 5 a, der udbetaler eller tilgodeskriver udbytte af aktier, skal indeholde 27 pct. skat af det samlede udbytte, jf. KSL § 65, stk. 1, 1. pkt. Det er dog muligt for skatteministeren at fastsætte regler om, at der ikke skal indeholdes kildeskat af udbytter, der ikke skal medregnes ved opgørelsen af modtagerens skattepligtige indkomst, jf. KSL § 65, stk. 3, 1. pkt. Hertil er det i KSLBEK § 31, stk. 2 fastlagt at udbyttefrikort kan udstedes til investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, der er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5c. Et udbyttefrikort medfører, at et udloddende dansk selskab ikke skal indeholde 27

---

<sup>24</sup> FT 1965/66, side 78

<sup>25</sup> FT 1965/66, side 78

<sup>26</sup> FT 1965/66, side 233

<sup>27</sup> FT 1965/66, side 234

pct. skat af det samlede udbytte. EU-domstolen har fastslået, at kravet om at investeringsinstituttet skal være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, er i strid med kapitalens frie bevægelighed. Dette bliver behandlet yderligere i afsnit 6.3.

Såfremt der udbetales udbytte til selskaber, foreninger og fonde, som er skattepligtige efter SEL § 1, eller efter FBL, kan der indeholdes en udbytteskat på 22 pct., jf. KSL § 65, stk. 6.

### 3.1.6 Ligningslovens

Ligningsloven har eksisteret siden 1942, men LL § 16 C blev først indsat i loven ved lov nr. 399 af 22. maj 1996.<sup>28</sup> Bestemmelsen i LL § 16 C har siden 1996 været den grundlæggende bestemmelse om udloddende investeringsforeninger. Formålet med at indføre bestemmelsen i § 16 C var, at loven skulle præcisere og forenkle beskatningsreglerne, der vedrørte udloddende og kontoførende investeringsforeninger.<sup>29</sup>

Efter tidligere regler blev en udloddende investeringsforening defineret som en investeringsforening, der for medlemmernes indskud skal udstede omsættelige beviser, og de skulle være vedtægtsmæssigt forpligtet til at foretage årlige udlodninger af visse indtægter. Investeringsforeningen havde en udlodningsforpligtigelse, der har afgørende betydning for beskatningsreglerne. Når der sker udlodning fra udloddende investeringsforeninger, bliver disse beskattet efter transparensprincippet.<sup>30</sup>

I 2005 blev reglerne for udloddende investeringsforeninger ændret med det formål, at det skulle være lettere for udenlandske foreninger at få status som udloddende investeringsforening. Denne ændring indebar bl.a. en ændring af vedtægtskravet. Der var førhen et krav om, at det skulle fremgå af foreningens vedtægter, at de foretog årlige udlodninger, og dermed var en udloddende investeringsforening. Dette blev ændret således, at det fremover blot skulle meddeles til de danske skattemyndigheder, at foreningen ønsker at blive behandlet efter reglerne om udloddende investeringsforeninger. Ydermere bevirkede denne lovændring, at foreningerne ikke længere har pligt til faktisk at udbetale den opgjorte minimumsudlodning. Investeringsinstituttet kan herefter vælge en rent tek-

---

<sup>28</sup> Peytz, Henrik: *Ligningsloven med kommentar, Bind II, 2. udg. 2018, s. 2090*

<sup>29</sup> L 117, side 2694

<sup>30</sup> L 117, side 2694

nisk udlodning. Den opgjorte minimumsindkomst skal blot oplyses og specificeres til skattemyndighederne således, at der kan gennemføres beskatning af dette beløb.<sup>31</sup> Denne lovændring skete på baggrund af Lenz-dommen.<sup>32</sup>

I 2012 skete der en modernisering af betegnelserne, da begrebet udloddende investeringsforening ikke svarede til de reelle forhold. Som nævnt blev reglerne ændret således, at der ikke nødvendigvis skal ske en reel udbetaling af det udlodningspligtige beløb, hvorfor begrebet udloddende investeringsforening ikke er dækkende. Dermed ændres begrebet udloddende investeringsforening til investeringsinstitut med minimumsbeskatning.<sup>33</sup>

Investeringsinstitutter med minimumsbeskatning er kendetegnet ved, at beskatningen sker efter transparensprincippet, hvilket betyder, at beskatningen ikke sker ved instituttet, men hos deltagerne. Derfor skal investeringsinstitutter med minimumsbeskatning hvert år foretage en opgørelse af instituttets indkomst, som danner grundlag for, at der kan ske beskatning hos deltagerne.<sup>34</sup> Derudover kan det udledes af LL § 16 C, stk. 1, 1. pkt., at der beskattes efter transparensprincippet, da det fremgår, at det vælges, at instituttets indkomst skal beskattes hos deltagerne.

For at være omfattet af LL § 16 C og dermed blive kategoriseret som et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, skal instituttet som nævnt være en udloddende investeringsforening. Ydermere skal instituttets aktivmasse udelukkende være placeret i værdipapirer m.v. samt instituttets administrationsbygning, jf. LL § 16 C, stk. 1, 1. pkt.

Tidligere var reglerne således, at indkomsten skulle fordeles ud fra, hvilken type investering indkomsten kom fra. Indkomsten skulle således fordeles som enten aktieindkomst eller kapitalindkomst. Reglerne var lavet på baggrund af transparensprincippet således, at investorerne så vidt muligt skulle beskattes, som om de selv havde foretaget investeringen direkte. Denne fordeling var en mere kompliceret måde at opgøre beskatningen på, hvorfor det ved en lovændring blev forenklet og dermed også mere administrerbart for investeringsinstitutterne. Det var muligt at foretage denne forenkling på baggrund af en ændring af beskatningen af kapitalindkomst således, at beskatningen

---

<sup>31</sup> FT 2004-05 (2. Samling), L 98

<sup>32</sup> C-315/02

<sup>33</sup> FT 2011-12, L 95, s. 13

<sup>34</sup> FT 2011-12, L 95, s. 11

af aktieindkomst og kapitalindkomst blev mere ensartet, dermed ville der også fortsat holdes fast i transparensprincippet. Fordelingen af indkomsten blev forenklet ved, at beskatningen af minimumsudlodningen i stedet skulle baseres på, hvad instituttet primært investerer i – aktier eller obligationer. Beskatningen af minimumsudlodningen kom herefter til at svare til beskatningen af gevinst og tab på selve investeringsforeningsbeviset.<sup>35</sup>

Hvorvidt der er tale om en aktie- eller obligationsbaseret investeringsforening er defineret i henholdsvis ABL §§ 21, stk. 2 og 22, stk. 2. Det fremgår af ABL § 21, stk. 2, at et investeringsinstitut med minimumsbeskatning er aktiebaseret, såfremt 50 pct. eller mere af deres aktivmasse i løbet af indkomståret gennemsnitligt er placeret i værdipapirer m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven. Dette er med undtagelse af aktier omfattet af ABL § 19 C og investeringsbeviser omfattet af ABL § 22. Et obligationsbaseret investeringsinstitut er afgrænset negativt i forhold til de aktiebaserede. Det fremgår af ABL § 22, stk. 2, at et investeringsinstitut med minimumsbeskatning er obligationsbaseret, medmindre investeringsinstituttet opfylder betingelserne i § 21, stk. 2.

Denne lovændring skulle ydermere gøre det lettere for udenlandske investeringsinstitutter at kvalificere sig som investeringsinstitut med minimumsbeskatning og udbyde deres produkter til danske investorer, da indkomsten ikke længere skulle opdeles på indkomsttyper af hensyn til danske investorer.<sup>36</sup>

Det fremgår af LL § 16 C, stk. 2, at de udstedte beviser skal berettige alle deltagere til den samme forholdsmæssige andel af årets afkast af hvert enkelt aktiv eller passiv i instituttet. Dette medfører, at såfremt investeringsforeningen er opdelt i andelsklasser, hvori der er klassespecifikke aktiver eller passiver, vil investeringsforeningen i stedet blive omfattet af ABL § 19. Investeringsforeningen kan alligevel være minimumsbeskattet, såfremt forskellen alene består i, at administrationsomkostningerne skævdeles, hvilken valuta der anvendes eller at den ene andelsklasse udbetaler minimumsindkomsten og en anden andelsklasse blot er teknisk udbetalende.<sup>37</sup>

Såfremt et investeringsinstitut ønsker skattemæssig status som investeringsinstitut med minimumsbeskatning, skal valget være truffet inden det første indkomstår, som valget gælder for, jf. LL § 16

---

<sup>35</sup> FT 2011-12, L 95, s. 10-11

<sup>36</sup> FT 2011-12, L 95, s. 11

<sup>37</sup> DJV: C.D.1.1.10.8.1

C, stk. 10, 1. pkt. Valget har kun virkning for indkomstår, der påbegyndes efter, at der er indsendt meddelelse om valget til told- og skatteforvaltningen, jf. LL § 16 C, stk. 10, 3. pkt.

Hvis investeringsinstituttet er nyoprettet, skal valget træffes i forbindelse med oprettelsen, såfremt valget skal gælde fra første indkomstår, jf. LL § 16, stk. 10, 2. pkt. Hvis et nyoprettet investeringsinstitut indsender meddelelse til told- og skatteforvaltningen om valget af denne skattemæssige status senest 3 måneder efter oprettelsen, dog senest inden udløbet af det første indkomstår, som valget skal gælde for, kan valget få virkning tidligere end indkomståret, der påbegyndes efter meddelelsen er indsendt, jf. LL § 16 C, stk. 10, 4. pkt.

Det fremgår ydermere af § 16 C, stk. 10, 5. pkt., at investeringsinstituttet inden for samme tidsfrist, som lige nævnt, skal indsende meddelelse om, hvorvidt instituttet er aktiebaseret eller obligationsbaseret.

Investeringsinstituttet skal indsende oplysning om størrelsen af minimumsindkomsten samt dens sammensætning og oplyse differencen, såfremt det beløb, der faktisk henføres til deltagerne, overstiger minimumsindkomsten. Disse oplysninger skal indsendes til told- og skatteforvaltningen senest 2 måneder efter instituttets godkendelse af regnskabet, dog senest 6 måneder efter udløbet af instituttets indkomstår. Ydermere skal instituttet inden for samme tidsfrist indsende oplysning om minimumsindkomsten og eventuelle merbeløbs sammenhæng med instituttets indkomst i det år, minimumsindkomsten hidrører fra, jf. LL § 16 C, stk. 11.

Såfremt der ikke indsendes meddelelse eller oplysninger efter LL § 16 C, stk. 10 og 11 inden for den fastsatte tidsfrist, beskattes der efter reglerne i ABL §§ 19 A, 19 B eller 19 C. Deltagerne beskattes da af gevinst og tab på beviser i investeringsinstituttet, der hidrører fra indkomstårene fra og med indkomståret forud for den manglende rettidige indsendelse af oplysninger og de følgende fire indkomstår, jf. LL § 16 C, stk. 12.

#### *3.1.6.1 Grundlaget for beskatning hos investorerne*

Reglerne for hvorledes investeringsinstitutterne skal opgøre denne minimumsindkomst, som er grundlaget for, at der kan ske beskatning hos deltagerne, fremgår af LL § 16 C, stk. 3-8, jf. LL § 16 C, stk. 1, sidste pkt.



Det fremgår af LL § 16 C, stk. 3, at minimumsindkomsten udgør summen af indkomstårets indtægter med fradrag for tab og udgifter. Hvilke indtægter der indgår i minimumsindkomsten, fremgår af LL § 16 C, stk. 4, hvilke tab der indgår, fremgår af LL § 16 C, stk. 5 og hvilke udgifter der indgår, fremgår af LL § 16 C, stk. 6.

Ved minimumsindkomstens opgørelse indgår følgende indtægter; indtjente renter og løbende ydelser fordelt over den periode, som indtægten vedrører, vederlag for udlån af værdipapirer, indtjente udbytter efter LL § 16 A, gevinst på fordringer, jf. KGL § 14, stk. 1, i det omfang gevinsten ikke er omfattet af nr. 10. Derudover indgår gevinst på gæld omfattet af KGL § 6, gevinst på finansielle kontrakter omfattet af KGL § 29, gevinst ved afståelse af værdipapirer m.v., der er omfattet af ABL, dog ikke aktier m.v. omfattet af ABL §§ 19 A, 19 B eller 19 C, gevinst på aktier m.v. omfattet af ABL §§ 19 A, 19 B eller 19 C, beløb, der er fremført som følge af en nedrunding af minimumsindkomsten, jf. LL § 16 C, stk. 7, gevinst på fordringer i danske kroner, der er erhvervet før den 27. januar 2010 og som på erhvervelsestidspunktet opfyldte mindsterentekravet efter KGL § 38, fratrukket tab på sådanne fordringer. Dog kan tab alene fradrages i det omfang, tabene ikke overstiger gevinsterne.

De ovennævnte indtægter fratrækkes derefter følgende tab; tab og renteudgifter på fordringer omfattet af KGL § 14, stk. 1, bortset fra tab omfattet af stk. 4, nr. 10, og tab på fordringer i danske kroner, der er erhvervet før den 27. januar 2010, og som på erhvervelsestidspunktet ikke opfyldte mindsterentekravet efter KGL § 38, jf. lovbekendtgørelse nr. 1002 af 26. oktober 2009. Derudover fratrækkes tab på finansielle kontrakter omfattet af KGL § 29. Tabet opgøres efter KGL § 33, tab ved afståelse af værdipapirer m.v., der er omfattet af ABL, dog ikke aktier m.v. omfattet af ABL §§ 19 A, 19 B eller 19 C, tab på aktier m.v. omfattet af ABL §§ 19 A, 19 B eller 19 C. Derudover kan der fratrækkes en fremført negativ minimumsindkomst fra tidligere år, jf. LL § 16 C, stk. 8, og beløb der er anvendt til indløsning af beviser, i det omfang beløbet kan henføres til indtægter efter LL § 16 C, stk. 4, som nævnt ovenfor, der er erhvervet før eller som følge af indløsningen, jf. dog stk. 9.

Ydermere kan investeringsinstituttet fradrage udgifter til administration, såfremt de ikke overstiger et eventuelt positivt beløb, jf. LL § 16 C, stk. 6.

### 3.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomst

Dobbeltbeskatningsproblemer og andre skatteretlige problemer af internationale karakter opstår, når en indkomst, formue, arve eller gaveerhvervelse har en tilknytning til mere end ét land.<sup>38</sup>

Der er to former for dobbeltbeskatning; juridisk- og økonomisk dobbeltbeskatning. Den juridiske dobbeltbeskatning foreligger, når en person beskattes af den samme indkomst af to eller flere lande. Modsætningsvis er økonomisk dobbeltbeskatning, såfremt en indkomst bliver beskattet hos to forskellige skattesubjekter.<sup>39</sup> I forbindelse med økonomisk dobbeltbeskatning vil der i specialet også blive anvendt udtrykket kædebeskatning, idet der i afgørelser fra EU-Domstolen bliver anvendt begge udtryk.

Danmark har, sammen med en række lande, indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster for at undgå, at der sker disse dobbeltbeskatninger. Hovedformålet med at indgå disse DBO'er er, at landene vil undgå en dobbeltbeskatning, idet dette kan have den virkning, at det kan ødelægge det internationale handelssamkvem.<sup>40</sup>

En indgået DBO mellem to lande regulerer forholdet mellem landene, samt hvilket land der er henholdsvis domicilland og kildeland. Domicilland er det land, hvor modtageren er skattemæssigt hjemmehørende. Kildelandet er det land, hvor indtægten stammer fra. Der er forskellige måder, hvorpå beskatningsretten fordeles. Som udgangspunkt har domicillandet altid beskatningsretten til indkomsten. I nogle af bestemmelserne i en DBO vil kildelandet også være tillagt beskatningsret, men det er oftest afgrænset til visse typer af den pågældende indkomst og skatten vil oftest være begrænset til en bestemt procentsats.<sup>41</sup>

En indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst er folkeretlig og er bindende for de deltagende stater. Denne aftale har forrang i forhold til de nationale regler. De danske aftaler er implementeret som en del af den danske ret, og derfor kan den som udgangspunkt påberåbes af borgerne og selskaberne overfor skattemyndighederne. En DBO i dansk ret kan kun lempe beskatningen, den kan ikke udvi-

---

<sup>38</sup> Michelsen, Aage m.fl.: *International Skatteret*, 4. udg., 2017, s. 31

<sup>39</sup> DJV: C.F.8.1.1

<sup>40</sup> Michelsen, Aage m.fl.: *International Skatteret*, 4. udg., 2017, s. 31

<sup>41</sup> DJV: C.F.8.1.1

de den danske beskatning. Såfremt der opstår tvister i forbindelse med en DBO, er det Wienerkonventionens fortolkningsregler i art. 31-33, der anvendes til løsning af dobbeltbeskatningssagen.<sup>42</sup>

Forholdet mellem dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået af medlemsstaterne og medlemsstaternes EU-retlige forpligtelser, er et omdiskuteret emne. Hovedformålet med EU er at skabe et indre marked, og dette kan selve dobbeltbeskatningsbegrebet syntes at være i modstrid med. EU-retten og dobbeltbeskatningsoverenskomster har en fælles interesse; lettelse af det internationale handels-samkvem, men bestemmelserne i en DBO kan dog medføre en krænkelse af traktatens frihedsret-tigheder. I disse situationer vil EU-rettens forrangsprincip som udgangspunkt bevirke, at dobbeltbe-skatningsoverenskomsten skal vige for EU-retten.<sup>43</sup>

### 3.3 Delkonklusion

Grundlovens § 43 giver mulighed for, at der kan ske beskatning, såfremt der foreligger hjemmel i lov. Selskabsskatteoven udgør hjemlen for, at der kan ske beskatning af danske og udenlandske selskaber.

Investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, der er hjemmehørende i Danmark, er fuldt skatte-pligtige efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5c. De er dog kun skattepligtige af erhvervsmæssig indtægt, hvil- ket udbytteindtægter ikke anses for at være. Investeringsinstitutter med minimumsbeskatning er dermed reelt skattefrie.

Investeringsinstitutter, der ikke er hjemmehørende i Danmark, er skattepligtige af udbytter, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Denne skattepligt forudsætter, at de kan anses som et selvstændigt skattesub- jekt, der er sammenligneligt med danske selskaber og foreninger efter SEL § 1, stk. 1.

For at vurdere hvorvidt en udenlandsk enhed er et selvstændigt skattesubjekt, skal der foretages en konkret vurdering ud fra en række kriterier, der udledes af praksis, baseret på de faktiske forhold i sagen.

Når et investeringsinstitut modtager udbytte fra et selskab hjemmehørende i Danmark, har dette selskab pligt til at indeholde kildeskat, jf. KSL § 65, stk. 1, 1. pkt. Denne indeholdelsespligt kan dog undtages, såfremt investeringsinstituttet har fået udstedt et udbyttefrikort.

---

<sup>42</sup> DJV: C.F.9.1

<sup>43</sup> Michelsen, Aage m.fl.: *International Skatteret*, 4. udg., 2017, s. 119

For at kunne få udstedt et udbyttefrikort skal investeringsinstituttet være omfattet af LL § 16 C og dermed være et investeringsinstitut med minimumsbeskatning.

Grundlaget for, at indeholdelsespligten kan undtages, er, at investeringsinstitutter med minimumsbeskatning beskattes efter transparensprincippet. Derfor skal disse investeringsinstitutter opgøre og indsende en minimumsindkomst, der danner grundlag for, at der kan ske beskatning hos deltagerne.

Når udenlandske investeringsinstitutter modtager udbytte fra et selskab hjemmehørende i Danmark, opstår der dobbeltbeskatningsproblem, da indtægten har tilknytning til mere end ét land. Dette problem søges undgået ved dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvor formålet er at undgå, at der sker en dobbeltbeskatning.

## 4.0 EU-rettens indflydelse på skatteretten

EU blev oprettet efter afslutningen af 2. verdenskrig for at styrke samarbejdet mellem staterne både på regionalt- og på verdensplan, samt skabe fred og sikkerhed. For det første var ideen at styrke det økonomiske samarbejde. Grundstenen bag idéen var, at de lande, der handlede med hinanden, typisk blev økonomisk afhængige af hinanden. Derfor var dette et forsøg på at mindske sandsynligheden for fremtidige konflikter.<sup>44</sup> EU's grundlæggende værdier er fælles for alle medlemslandene. EU er opbygget på seks værdier. Disse mål og værdier er fastlagt i Lissabontraktaten og EU's Charter om grundlæggende rettigheder; *"respekt for den menneskelige værdighed, frihed, demokrati, ligestilling, retsstaten og respekt for menneskerettighederne, herunder rettigheder for personer, der tilhører mindretal"*, jf. art. 2 TEU.

Danmark har været medlem af det Europæiske fællesskab siden 1973. Danmark forpligtede sig dengang til at indrette den nationale lovgivning således, at den var i overensstemmelse med de dagældende regler i traktaterne og den fællesskabsretlige lovgivning. På denne måde blev det sikret, at alle medlemsstater var underlagt de samme forpligtigelser og rettigheder.<sup>45</sup>

Efter art. 3, stk. 3 TEU er der i den Europæiske Union oprettet et indre marked. Formålet med oprettelsen af det indre marked var at fremme fem mål; *"(1) en harmonisk udvikling af den økonomiske virksomhed i det indre marked som helhed, (2) en varig og afbalanceret ekspansion, (3) en øget stabilitet, (4) en hurtigere højnelse af levestandarden og (5) snævrere forbindelser mellem de Stater som det forener."*<sup>46</sup>

Det indre marked er et område, hvor der ingen indre forhindringer er for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital, jf. art. 26, stk. 1 og 2 TEUF. Oprettelsen og sikringen af det indre marked sker ved vedtagelse af foranstaltninger. Grunden til at disse foranstaltninger bliver vedtaget, er for at skabe en harmonisering mellem EU-retten og de nationale regler, da det oftest er de nationale regler, der skaber en hindring for den frie bevægelighed.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, side 37

<sup>45</sup> Rønfeldt, Thomas: *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udg., 2013, s. 29

<sup>46</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, side 59

<sup>47</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 705

## 4.1 EU og skatteretten

Som nævnt skal de nationale regler indrettes i overensstemmelse med EU-rettens frihedsrettigheder og den måde, hvorpå EU-Domstolen fortolker disse rettigheder. Udover EU-rettens frihedsrettigheder, skal medlemsstaterne også indrette regler, der er i overensstemmelse med de EU-retlige principper. Disse principper, som f.eks. forrangsprincippet og den direkte virkning, er alle blevet fastlagt af EU-Domstolen gennem tiden.<sup>48</sup> Allerede tilbage i midten af 1980'erne blev det af EU-domstolen i sagen 270/83, *Den franske skattesag (avoir fiscal)* påpeget, at selvom der ikke foreligger en harmonisering af skattereglerne i EU, har medlemsstaternes pligt til at udforme de nationale regler i overensstemmelse med reglerne om det indre marked. Det er dog ikke kun ved udformningen af nationale skatteregler, at der er forpligtelse til hensynene til EU-retten, men f.eks. også når medlemsstaterne indgår dobbeltbeskatningsoverenskomster.<sup>49</sup>

### 4.1.1 EU-rettens forrangprincip

Retskildemæssigt er det essentielt at få fremhævet rammerne af EU-rettens forrangsprincip, som bevirker, at EU-retten slår igennem på den nationale skatteret. Det er ikke tiltænkt, at der skal ske en gennemgang af alle de retskilder, der har en betydning for den internationale skatteret, men alene en analyse af forrangsprincippet, som har et styrende og bærende element for skatteretten.<sup>50</sup>

Allerede tilbage i 1960, før Danmarks indtrædelse i EU, blev det af EU-Domstolen fastlagt, at en direkte anvendelse af EU-ret har forrang for national ret. EU-Domstolen bemærkede:

*”Hvis Domstolen konstaterer, at en ved lov eller administrativ tilbleven retsakt, som hidrører fra myndighedernes i en medlemsstat, strider mod fællesskabsretten, er denne stat i medfør af EKSF-traktatens artikel 86 forpligtet til både at ophæve den pågældende retsakt og at råde bod på de ulovlige virkninger, den eventuelt har frembragt.”*<sup>51</sup>

Det blev i 1964, i sag 6/64, *Costa mod ENEL*, af EU-Domstolen fastslået, at EU-retten er en klasse for sig, og at denne har forrang for national ret.<sup>52</sup> EU-Domstolen forelagde følgende begrundelse:

---

<sup>48</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen Ruth: *EU-ret; Fri bevægelighed*, 3 udg., s. 31

<sup>49</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 786

<sup>50</sup> Rønfeldt, Thomas: *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udg., 2013, s. 26

<sup>51</sup> Sag 6/60, præmis 7.

<sup>52</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret; Fri bevægelighed*, 3 udg., s. 27

*”Af denne integration i hver medlemsstats retssystem af bestemmelser, som hidrører fra fællesskabsretskilden, og mere generelt af traktatens ordlyd og ånd følger det logisk, at medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, som de har accepteret på gensidig basis; en sådan foranstaltning vil således ikke kunne gøres gældende imod denne retsorden; hvis fællesskabsretten som følge af en senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af de i traktatens art. 5, stk. 2 omhandlede mål i fare og ville indebære en efter art. 7 forbudt forskelsbehandling;”<sup>53</sup>*

Efter disse afgørelser bliver det illustreret, at der er et særligt ønske om at skabe en harmonisering ved at sikre EU-rettens effektivitet og den ensartede anvendelse i medlemsstaterne. Såfremt der ikke foreligger denne forrang for EU-retten, ville der således ej heller foreligge en harmonisering, idet traktaterne og EU-retsakterne ville have forskellige virkninger i de forskellige medlemsstater. De ville i nogle medlemsstater være anvendelige, mens de i andre medlemsstater ville vige for modstridende nationale regler.<sup>54</sup> Såfremt der foreligger en afvigelse i medlemsstaternes retstilstand, vil dette kunne medføre, at der kan foreligge en forskelsbehandling, som er i strid med EU-fællesskabets mål og ånd. Udover at forrangsprincippet giver EU-rettens retsakter et stort anvendelsesområde, giver det også en større og bredere mulighed for at sikre det indre markeds effektivitet. Således vil EU-Domstolen altid tillægge EU-retten forrang for national ret, såfremt tvisten skal løses ved EU-Domstolen.<sup>55</sup>

Forrangsprincippet bevirker, at traktater og EU-retsakter, som gælder direkte for medlemsstaternes nationale ret, har forrang for bestemmelserne i national ret, jf. sag C-26/62, *Van Gend en Loos*. Dette bevirker, at modstridende national ret skal være uvirksom, hvortil de nationale domstole skal undlade at anvende disse retsregler for derved at skabe en normharmonisering. Det er dog ikke fastlagt af EU-domstolen, at den nationale modstridende regel er ugyldig.<sup>56</sup>

Når der er tale om nationale beskatningsregler, har de givet anledning til forholdsmæssigt mange sager. Når skatteregler bliver lavet, bliver det oftest gjort i territorial kontekst, hvilket også medfører, at reglerne typisk indeholder diskriminerende eller restriktive elementer. Beskatningsområdet er

---

<sup>53</sup> Sag 6/64

<sup>54</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 175

<sup>55</sup> Rønfeldt, Thomas: *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udg., 2013, s. 29

<sup>56</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, side 225

vanskeligt, men også et relevant område vedrørende kapitalens frie bevægelighed. Når sager vedrørende nationale beskatningsregler kommer for EU-domstolen, følger det af retspraksis, at kompetencerne vedrørende den direkte beskatning henhører til de enkelte medlemsstater, men at reglerne skal overholde EU-retten.<sup>57</sup>

#### 4.1.2 EU-rettens direkte virkning

EU-rettens direkte virkning er sammen med forrangsprincippet et af EU-rettens grundlæggende principper. Den direkte virkning er stadfæstet af EU-Domstolen i *Van Gend en Loos*, og princippet medfører, at privatpersoner, hvilket omfatter statsborgere og selskaber, direkte kan påberåbe sig en EU-lovregel ved nationale- eller EU-retsinstanser.<sup>58</sup>

Såfremt en EU-retlig regel har direkte virkning, vil det påhvile de nationale dommere og administrative myndigheder at skabe en EU-konform fortolkning. Dermed sikrer princippet om den direkte virkning anvendeligheden og effektiviteten af EU-retten i medlemsstaterne. I tilfælde hvor dette ikke er muligt, vil det påhvile dommerne at tilsidesætte de nationale retsregler.<sup>59</sup>

Der sondres mellem to former for direkte virkning; *den vertikale virkning* og *den horisontale virkning*. Formålet med denne sondring er at afgøre, hvem der er pligtsubjekt, og dermed hvem EU-reglerne forpligter. Der er tale om den direkte vertikale virkning, såfremt en bestemmelse direkte forpligter myndighederne overfor borgerne, det er dermed medlemsstaterne, der er pligtsubjekt. Hvis der derimod er tale om den horisontale direkte virkning, er det private borgere, der er pligtsubjekt, og spørgsmålet angår relationer mellem borgerne og selskaberne indbyrdes.<sup>60</sup>

Dette speciale vil derfor tage udgangspunkt i den direkte vertikale virkning, da det omhandler selskaber, der støtter ret overfor de offentlige myndigheder.

En af hovedbetingelserne for at andre EU-regler, udover EU-forordninger, kan få en direkte virkning i den nationale ret, er, at der er tale om klare og præcise regler. Det blev i *Van Gend en Loos* fastlagt af EU-Domstolen, at en traktatbestemmelse i TEU og TEUF har direkte vertikal virkning, såfremt bestemmelsen er præcis og ubetinget.<sup>61</sup> EU-domstolene har i en række afgørelser gennem

---

<sup>57</sup> Ulla Neergaard og Nielsen Ruth: *EU-ret; Fri bevægelighed, 3 udg.*, s. 205

<sup>58</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547>

<sup>59</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg.*, 2020, side 210

<sup>60</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg.*, 2020, side 211

<sup>61</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg.*, 2020, side 212



tiden fastlagt, hvilke artikler i TEUF der er klare og præcise. Dette gælder f.eks. for artikel 18 TEUF; *forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet*, hvilket blev fastlagt i sag C-415/13, *Bosman*. Ydermere gælder det for artikel 63 og 64 TEUF; *fri bevægelighed for kapital og betalinger*, hvilket blev fastlagt i de forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, *Sanz de Lera*.<sup>62</sup>

Såfremt der opstår tvist om, hvorvidt en national foranstaltning er i strid med TEU og TEUF, vil det være relevant at fastslå, om en traktatbestemmelse har direkte virkning, for at fastlægge om en privatperson har rettighederne til at påberåbe sig denne bestemmelse. I den skatteretlige sammenhæng kan EU-Domstolen tilsidesætte de nationale skatteregler, såfremt de er modstridende med f.eks. artikel 63 TEUF. Dette er muligt, da det er fastslået af EU-Domstolen, at traktatens frihedsrettigheder er direkte anvendelige traktatbestemmelser.<sup>63</sup>

Forordninger har hjemmel i art. 288 TEUF og har direkte virkning. Efter art. 288 TEUF er en EU-forordning almengyldig. Det er en bindende EU-retsakt, som umiddelbart gælder i alle medlemsstater. Disse forordninger må ikke inkorporeres i den nationale ret, da disse skal anvendes i deres EU-retlige form.<sup>64</sup>

Direktiver er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til. Det overlades til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen, jf. art. 288 TEUF. I den vertikale relation forpligter et direktiv myndighederne, såfremt de er klare og præcise. Det kræves dog, at direktivet er implementeret rettidigt og korrekt i national ret, førend de kan have direkte virkning. Såfremt det viser sig, at et direktiv ikke er implementeret rettidigt og/eller korrekt, kan disse dog alligevel have direkte virkning. Dette fastslog EU-Domstolen i sag C-41/74, *van Duyn*, hvor det blev lagt til grund, at i tilfælde, hvor medlemsstaterne gennem et direktiv er pålagt en bestemt fremgangsmåde, vil nyttevirkningen af denne direktivbestemmelse formindskes, såfremt denne ikke kan påberåbes af privatpersoner under retssager, jf. *van Duyn, præmis 12*.

På denne måde sikres det, at medlemsstaterne ikke slipper for de forpligtelser, som er pålagt efter et direktiv, såfremt der sker en for sen eller forkert implementering af direktivbestemmelsen. Der-

---

<sup>62</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 212ff*

<sup>63</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 221*

<sup>64</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 216*

ved ender en sådan direktivbestemmelse med at have direkte virkning. Det er dog kun muligt at konstatere, at en direktivbestemmelse har direkte virkning såfremt, at implementeringsfristen er overskredet.<sup>65</sup>

#### 4.1.3 EU-Domstolens kompetencer

På baggrund af den manglende harmonisering af skattereglerne i EU er det traktatens frihedsrettigheder, der bliver anvendt inden for området om direkte skatter. Udviklingen for traktatens frihedsrettigheder bliver skabt på domstoleniveau, hvor det således er EU-Domstolen, der fortolker traktatens bestemmelser. Der er gennem tiden set en udvikling af EU-Domstolens fortolkning af traktatens artikel 49, etableringsfriheden, artikel 56 om fri udveksling af tjenesteydelser og artikel 63 om kapitalens frie bevægelighed.<sup>66</sup> EU-Domstolen har derved en enestående og afgørende kompetence til at træffe afgørelser om de direkte skatter, og der bliver hvert år truffet mange afgørelser om direkte skatter.<sup>67</sup>

EU-Domstolen er en forfatningsdomstol, som skal sikre, at traktaten, der er fællesskabets forfatning, bliver overholdt. Forfatningsdomstolen kan føre kontrol med EU's egne institutioners lovgivning, men også med medlemsstaternes lovgivning. Ydermere føres der kontrol, når der sker en praktisk håndhævelse af den nationale lovgivning. Som en del af den funktion EU-Domstolen besidder, sikres der en effektiv retsbeskyttelse af fællesskabets målsætninger, samt borgerne og virksomhedernes grundlæggende frihedsrettigheder sikres over for både EU, men også overfor medlemsstaterne.<sup>68</sup>

Både EU-Domstolens praksis og den nationale domstol er i en løbende udvikling. Denne udvikling hænger udtrykkeligt sammen med EU-Domstolens tilgang til fortolkning af traktater og den nationale lovgivning.<sup>69</sup>

Udgangspunktet for EU-Domstolens fortolkning er en ordlydsfortolkning, hvortil de mange forskellige autentiske sproglige versioner skal tages i betragtning, såfremt der foreligger fortolkningstvivel.

---

<sup>65</sup> Rønfeldt, Thomas: *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udg., 2013, s. 34

<sup>66</sup> Rønfeldt, Thomas: *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udg., 2013, s. 23

<sup>67</sup> Rønfeldt, Thomas: *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udg., 2013, s. 25

<sup>68</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, side 88

<sup>69</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, side 88

Sammen med ordlydsfortolkning anvender EU-Domstolen også EU's mål, idet disse mål har en stor retlig betydning. EU-retten skal fortolkes teleologisk, hvorved EU-domstolen forsøger at anvende en bestemmelse, som mest effektivt kan realisere dens målsætning. Traktatens formålsbestemmelser bruges som et hjælpemiddel til fortolkning for at forstå reglens sammenhæng med andre regler.<sup>70</sup> Formålsfortolkning har fået en plads i EU-Domstolens praksis, hvilket betyder, at EU-Domstolen er en retsskabende virksomhed, som ofte medfører at EU-reglerne begrænser medlemsstaterne i at have nationale bestemmelser, der strider mod EU's målsætninger. Dette sikrer, at de traktatsikrede rettigheder om den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital bliver fortolket udvidende, hvor de traktatmæssige undtagelsesbestemmelser altid bliver fortolket indskrænkende.<sup>71</sup>

EU-retten er et dynamisk retssystem, der er præget af forandring og udvikling i sammenspil med subsidiaritetsprincippet som skal anvendes i lyset af traktatens målsætninger. EU-rettens fortolkningsstil er dynamisk, hvilket medfører, at EU's rammer kan udvides, såfremt omstændighederne kræver det, eller indskrænkes, når den ikke længere er berettiget. EU-rettens dynamiske fortolkning kommer til udtryk ved, at EU-Domstolen ofte begrundes sine afgørelser med henvisninger til, at det ene eller andet må antages eller ikke kan antage på "fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin".<sup>72</sup>

Det, at EU-Domstolen anvender dynamisk fortolkning til at vurdere, hvorvidt medlemsstaterne udfører deres skatteretlige kompetence som værende i overensstemmelse med traktaten, er også et udtryk for en negativ harmonisering/integration, men denne negative harmonisering er nødvendig for at fjerne de nationale foranstaltninger, der kan hindre den effektive virkning af EU's frihedsrettigheder i det indre marked.<sup>73</sup>

## 4.2 Delkonklusion

Der er i EU oprettet et indre marked, der skal fremme en række fælles mål. I dette indre marked er målet, at der ikke er hindringer for den frie bevægelighed. Dette mål søger EU at nå ved at skabe harmonisering mellem EU-retten og de nationale regler.

---

<sup>70</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, side 131ff

<sup>71</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 108

<sup>72</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, s. 135

<sup>73</sup> Stokholm, Jeppe R.: *EU Skatteret*, 1. udg., 2008, s. 102

Medlemsstaterne har forpligtet sig til at udforme nationale skatteregler i overensstemmelse med reglerne om den frie bevægelighed, selvom der ikke foreligger en harmonisering af skattereglerne i EU.

Forrangsprincippet har en essentiel betydning for de nationale skatteregler, da der på denne måde forsøges at skabe en harmonisering for den frie bevægelighed. Der vil kunne skabes en forskelsbehandling, såfremt der er afvigelser i medlemsstaternes retstilstand. Forrangsprincippet betyder, at traktater og EU-retsakter, som gælder direkte for medlemsstaternes nationale ret, har forrang for de nationale bestemmelser. Såfremt en regel er i strid med EU-retten, bliver denne regel ikke ugyldig, de nationale domstole skal dog undlade at anvende disse modstridende regler.

I tilknytning til forrangsprincippet har princippet om direkte virkning stor betydning for EU-retten. I tilfælde, hvor en bestemmelse direkte forpligter myndighederne overfor borgerne, har den direkte vertikal virkning, hvormed det er medlemsstaterne, der er pligtssubjekt. Ved tvister er det relevant at fastslå, hvorvidt en traktatbestemmelse har direkte virkning for at fastlægge om en privatperson kan påberåbe sig denne bestemmelse. EU-Domstolen kan i denne sammenhæng tilside-sætte nationale skatteregler, såfremt disse strider mod den frie bevægelighed, da det er fastslået, at traktatens frihedsrettigheder har direkte virkning.

Der er ikke sket en harmonisering af skattereglerne i EU, hvorfor traktatens frihedsrettigheder bliver anvendt på dette område. EU-Domstolen fortolker traktatens bestemmelser, hvilket medfører en udvikling af disse frihedsrettigheder. Når EU-Domstolen fortolker traktatens bestemmelser, tages der udgangspunkt i en ordlydsfortolkning, hvortil de mange forskellige autentiske sproglige versioner skal tages i betragtning, såfremt der foreligger en fortolkningstvivil. Dertil fortolkes bestemmelserne også efter EU's mål, hvorved de forsøger at anvende den bestemmelse, som mest effektivt kan realisere denne målsætning. For at sikre at EU's målsætninger overholdes, anvender EU-Domstolen også formålsfortolkning.

Retssystemet i EU er præget af forandring og udvikling, dermed er fortolkningsstilen dynamisk, hvilket medfører, at rammerne kan udvides eller indskrænkes. Denne dynamiske fortolkning medfører en usikkerhed i forhold til fortolkningen af EU-bestemmelserne, hvilket skaber en negativ harmonisering. Dette er dog nødvendigt for ikke at skabe en hindring af den frie bevægelighed.

## 5.0 EU-rettens frie bevægelighed

### 5.1 Generelt om fri bevægelighed

Formålet med oprettelsen af EU var at skabe et indre marked, hvor alle hindringer for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital skulle fjernes. Reglerne om den frie bevægelighed er forbundet med reglerne mod diskrimination der opstår på baggrund af nationalitet, samt restriktioner, som bl.a. kan opstå i art. 63 TEUF om kapitalens frie bevægelighed.<sup>74</sup>

De regler, der gælder for den frie bevægelighed nu, blev implementeret ved Maastricht-traktaten, der blev underskrevet i 1992. Kapitalens frie bevægelighed er et af de essentielle elementer af det indre marked i EU. Oprettelsen af traktaten medførte, at alle hindringer på tværs af landegrænserne blev forbudt.<sup>75</sup> Oprindelsen med reglerne om fri bevægelighed var, at der blev skabt et diskriminations- og restriktionsforbud.

Diskriminationsforbuddet er udgangspunktet, som blev oprettet for at kunne opretholde de seks mål og værdier, som TEU bygger på. Der må ikke ske en forskelsbehandling, som ikke kan retfærdiggøres ved enten traktatfæstede eller domsstolsskabte hensyn. Diskriminationsforbuddet bliver i almindelighed anset for at være ét element af lighedsprincippet, som af EU-Domstolen er fastslået, at der ved siden af det generelle diskriminationsforbud også gælder et lighedsprincip. Efter lighedsprincippet må ensartede situationer ikke behandles forskelligt. Nogle former for diskrimination bliver anset som moralsk eller etisk uacceptabel, dette vil typisk være, hvis der sker diskrimination på baggrund af f.eks. anden etnisk baggrund eller køn. De fleste diskriminationsforbud sker dog for at beskytte suveræne staters interesse.<sup>76</sup> Ved anvendelsen af diskriminationsforbuddet sondres der mellem direkte og indirekte diskrimination.

Ved direkte diskrimination pålægges fysiske eller juridiske personer fra andre medlemsstater f.eks. strengere regler. Ved den direkte diskrimination sker der forskelsbehandling på baggrund af nationalitets- eller oprindelseskrav.<sup>77</sup>

Indirekte diskrimination foreligger, når der sker forskelsbehandling på baggrund af tilsyneladende nationalitetsneutrale kriterier, som derfor vil føre til forskellige virkninger for de forskellige na-

---

<sup>74</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 59*

<sup>75</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 449*

<sup>76</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 288*

<sup>77</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 289*

tionalitetsgrupper, dette kan f.eks. være i tilfælde, hvor der foreligger et sprog- eller bopælskrav. Den indirekte diskrimination kan foreligge, såfremt det er mere byrdefuldt for udenlandske statsborgere eller selskaber at overholde de nationale foranstaltninger, end det er for de indenlandske statsborgere eller selskaber, og det ikke kan retfærdiggøres ved et legitimt formål.<sup>78</sup>

Restriktionsforbuddet er i princippet det samme som diskriminationsforbuddet, men er lidt bredere dækkende, idet restriktionsforbuddet dækker alle begrænsninger og hindringer, der opstilles for det indre marked. Restriktionsforbuddet har fokus på, om der i det hele taget sker en begrænsning i den generelle samhandel.<sup>79</sup> ”Det fremgår midlertidigt af fast retspraksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved EF-traktaten, sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende...”,<sup>80</sup> udgør en restriktion.

## 5.2 Legitime hensyn

Når det skal vurderes, om en national foranstaltning udgør en restriktion og dermed en hindring for de centrale bestemmelser om den frie bevægelighed, skal der tages stilling til, om den nationale foranstaltning kan opretholdes på baggrund af legitime hensyn.

En national foranstaltning kan indeholde en forskelsbehandling, der er i strid med den frie bevægelighed, men vil alligevel kunne opretholdes på baggrund af legitime hensyn. Disse hensyn kan opdeles i to kategorier; *traktatfæstede hensyn* og *domstoleskabte hensyn*.<sup>81</sup>

### 5.2.1 Traktatfæstede hensyn

En diskrimination eller restriktion kan opretholdes af legitime hensyn, der er fastsat i traktaten. Det er af EU-Domstolen blevet fremhævet, at de traktatfæstede hensyn skal fortolkes indskrænkende samt, at listen er udtømmende. For kapitalens frie bevægelighed er det traktatfæstede hensyn fastlagt i artikel 65 TEUF. Dette bliver behandlet nærmere nedenfor.

---

<sup>78</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 289*

<sup>79</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 290*

<sup>80</sup> C-150/04, præmis 46

<sup>81</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 295ff*

### 5.2.2 Domstolsskabte hensyn

Derudover kan en diskrimination eller restriktion begrundes med legitime hensyn, der er fastsat af domstolen. De domstolsskabte hensyn er anderledes end de traktatfæstede hensyn, idet domstolen kan tilføje hensyn alt efter, hvad medlemsstaterne påberåber sig. Det er flere gange antaget, at EU-Domstolen gør brug af og introducere flere hensyn i praksis, fordi det ville opløse virkningerne i den ellers meget udvidende fortolkning af forbudsbestemmelserne. Ud fra praksis kan det ses, at det kun er fantasien, der sætter grænser for, hvilke hensyn medlemsstaterne har forsøgt at påberåbe sig, det kan f.eks. være hensyn som; *”forbrugerbeskyttelse, sammenhæng i skattesystemet, den finansielle sektors omdømme og miljøbeskyttelse”*. Ofte bliver hensynene anerkendt af EU-Domstolen, men de er forbeholdne over for de økonomiske eller administrative hensyn. De hensyn, der bliver skabt af domstolene, anses for at være selvstændige i den forstand, at de ikke er tiltænkt at udgøre en udvidende fortolkning af de traktatfæstede hensyn.<sup>82</sup>

### 5.2.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet indebærer, at foranstaltninger, der er underlagt princippet, ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt for at nå formålet med foranstaltningen. Derudover må der ej heller være misforhold mellem formålet med foranstaltningen og de midler, der vælges for at realisere formålet.<sup>83</sup>

Proportionalitetsprincippet blev fastslået af EU-Domstol som værende et almindeligt EU-retligt princip.<sup>84</sup> Ved underskrivelsen af Maastricht-traktaten i 1992, blev proportionalitetsprincippet delvist traktatfæstet i den daværende art. 5 EF. Princippet er nu traktatfæstet i art. 5, stk. 1 og 4 TEU.

## 5.3 Kapitalens frie bevægelighed

I Lissabon traktatens kapitel 4 findes reglerne om frie bevægelighed for kapital og betalinger, hvor art. 63 TEUF er hovedreglen. Denne bestemmelse er formuleret således:

*”Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjeland forbudt”* samt *”inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for*

---

<sup>82</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret; Fri bevægelighed, 3 udg., s. 71*

<sup>83</sup> Neergaard, Ulla og Ruth, Nielsen: *EU-ret, 8. udg., 2020, side 194*

<sup>84</sup> Sag 11/70

*betalinger mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt”*

Reglerne om kapitalens frie bevægelighed er som nævnt en af de fire af traktatens frihedsrettigheder, som det indre marked bygger på. Efter art. 26, stk. 2 TEUF, er det indre marked blevet oprettet, hvilket indebærer et område uden indre grænser, med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Et af målene med det indre marked var, at der blev etableret et egentligt fælles finansielt marked, som ville tillade, at virksomhederne kunne tiltrække investeringer fra hele EU.<sup>85</sup>

I TEUF findes der ingen definition af udtrykket kapitalbevægelser eller betalinger, som anvendes i art. 63 TEUF. Der blev vedtaget direktiv 88/361 om kapitalens fri bevægelige (*dengang TEØF art. 67*), hvortil der blev lavet et bilag med en nomenklatur, hvor kapitalbevægelser blev tydeliggjort.<sup>86</sup>

På denne baggrund antages det, at kapitalbevægelser omfatter alle overførsler, som ikke udgør en modydelse i forbindelse med et varekøb eller en tjenesteydelse. Modsætningsvist antages det, at betalinger er overførsler, som udgør en modydelse i forbindelse med et varekøb eller en tjenesteydelse. Sondringen har betydning i forhold til, om det er art. 63, stk. 1 om kapitalbevægelser eller stk. 2 om betalinger som skal påberåbes og citeres.<sup>87</sup>

Såfremt en national foranstaltning kan karakteriseres som en restriktion, er udgangspunktet, at foranstaltningen er i strid med art. 63 TEUF. Dertil findes der dog en række undtagelsesbestemmelser. Der fremgår af art. 65, regler for hvornår kapitalens frie bevægelighed kan begrænses, jf. art. 65, stk. 1 TEUF. Derudover kan hindringer også retfærdiggøres i de hensyn, som er anerkendt af EU-domstolen i praksis.<sup>88</sup> Disse to undtagelsessituationer vil være relevante for specialet, hvorfor det de to der er fokus på.

### 5.3.1 Hensynene i art. 65 TEUF

Efter den almindelige undtagelsesbestemmelse i art. 65 TEUF, er det udtrykkeligt bestemt, at bestemmelserne i art. 63 TEUF ikke begrænser medlemsstaternes ret til at anvende og træffe beslutninger. På baggrund af denne regel har medlemsstaterne ret til at fastsætte regler på skatte- og af-

---

<sup>85</sup> Hvidbog; *Gennemførelse af det interne marked, KOM (85) 310 s. 32 ff.*

<sup>86</sup> Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af Traktatens artikel 67

<sup>87</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten, 6 udg., 2014, s. 679ff*

<sup>88</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten, 6 udg., 2014, s. 687*



giftsområdet, da dette område er tæt knyttet til deres suverænitet. Undtagelsesbestemmelserne i art. 65, stk. 1 TEUF skal dog læses med det forbehold, at der sættes en grænse for, hvor langt undtagelserne kan strække.<sup>89</sup>

#### 5.3.1.1 Artikel 65, stk. 1 TEUF

Efter bestemmelsen i art. 65, stk. 1 TEUF griber artikel 63 ikke ind i medlemsstaternes ret til:

*“a) at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sondrer imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret*

*b) at træffe de nødvendige foranstaltninger for at hindre overtrædelser af deres nationale ret og forskrifter, især på skatte- og afgiftsområdet og i forbindelse med tilsynet med finansielle institutioner...”<sup>90</sup>*

National skattelovgivning, der sondrer mellem skatteydere

Såfremt en medlemsstat vil påberåbe sig artikel 65, stk. 1, litra a TEUF, er det essentielt, at skatteyderens situation objektivt er sammenlignelige. Foreligger der situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, vil art. 65, stk. 1, litra a TEUF finde anvendelse. Såfremt situationerne er sammenlignelige, skal det vurderes, om forskelsbehandlingen kan begrundes af tvingende almene hensyn. Ydermere skal det vurderes, hvorvidt foranstaltningerne overholder proportionalitetsprincippet, hvorefter foranstaltningen ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt for at kunne tilgodese hensynet.<sup>91</sup>

Nødvendige foranstaltninger

Artikel 65, stk. 1, litra b TEUF indeholder hensyn, der gør det muligt at træffe de nødvendige foranstaltninger for bl.a. at hindre overtrædelse af medlemsstaternes nationale ret og forskrifter, især på skatte- og afgiftsområdet og i forbindelse med tilsynet af finansielle institutioner. På denne baggrund er det muligt for medlemsstaterne at opstille hindringer, såfremt de har til formål at sikre et effektivt fiskalt tilsyn, eller det er til for at bekæmpe ulovlige aktiviteter, f.eks. skatteunddragelse.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 688

<sup>90</sup> Artikel 65, stk. 1, litra a og b TEUF.

<sup>91</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 689

<sup>92</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 689

Dette hensyn er som det eneste relevant for specialet, hvorfor de andre to hensyn i TEUF art. 65, stk. 1, litra b ikke vil blive gennemgået.

#### 5.3.1.2 Artikel 65, stk. 3 TEUF

Undtagelsesbestemmelsen i art. 65, stk. 1 TEUF er dog begrænset af stk. 3 og lyder som følgende:

*“De foranstaltninger og fremgangsmåder, der er nævnt i stk. 1 og 2, må ikke udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger, som defineret i artikel 63.”<sup>93</sup>*

Artikel 65, stk. 1 skal dermed ikke forstås således at enhver skattelovgivning, der indebærer en sondring mellem skatteydere med hensyn til det sted deres kapital er investeret, uden videre kan anses for forenelig med traktaten. Der må således ske en sondring mellem forskelsbehandling, der er tilladt efter art. 65, stk. 1 og vilkårlig forskelsbehandling, der er forbudt efter art. 65, stk. 3.<sup>94</sup>

#### 5.3.2 Tvingende almene hensyn

Som det tidligere er nævnt, har de nyere skatteregler givet anledning til mange sager for at undersøge om skattereglerne er forenelige med art. 63 TEUF. Det er i flere afgørelser fundet, at de nationale foranstaltninger udgjorde en restriktion efter art. 63 TEUF, men at disse kunne begrundes med tvingende almene hensyn.<sup>95</sup>

##### 5.3.2.1 Sikring af skattebetalingen og en effektiv skattekontrol

Sag C-334/02, *kommissionen mod Frankrig*, omhandler fysiske personer, der oppebærer indtægter i form af renter og andet afkast. De kan i tilfælde, hvor skyldneren er hjemmehørende eller etableret i Frankrig vælge, at dette beskattes i form af indeholdelse. Dette medvirker, at indtægterne eller afkastet, som indeholdelsen finder anvendelse på, fritages fra indkomstbeskatningen.<sup>96</sup>

EU-Domstolen fandt, at den nationale foranstaltning udgjorde en restriktion, idet det udgør en hindring for at rejse kapital fra Frankrig. Skattemæssigt behandles ikke-hjemmehørende selskabers afkast mindre fordelagtigt, end afkast der stammer fra et selskab, der er hjemmehørende i Frankrig.

---

<sup>93</sup> Artikel 65, stk. 3 TEUF.

<sup>94</sup> C-315/02, præmis 26 og 27

<sup>95</sup> Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU-ret*, 8. udg., 2020, side 482

<sup>96</sup> C-334/02, præmis 2

Dette resulterer i, at ikke-hjemmehørende selskabers kontrakter bliver mindre attraktive for investorer, der er hjemmehørende i Frankrig end kontrakter, der er opnået med selskaber der er hjemmehørende i Frankrig.<sup>97</sup> Hertil blev det undersøgt om denne nationale foranstaltning kunne begrundes i nødvendigheden af at sikre skattebetalingen og en effektiv skattekontrol. Det er tidligere og bliver også i denne sag anerkendt som værende et gyldigt hensyn, men det får i afgørelsen ikke handlekraft, idet proportionalitetsprincippet ikke blev fundet overholdt. Såfremt en national retsforordning fuldstændigt udelukker grænseoverskridende transaktioner fra national behandling, er det i særdeleshed vigtigt, at proportionalitetsprincippet overholdes.<sup>98</sup>

EU-Domstolen konstaterer, at den franske regering ikke har begrundet den omhandlede foranstaltning, idet der findes mindre restriktive løsninger, hvor de samme behov for kontrol kunne opfyldes, samt det ikke vil være til skade for balancen i den omhandlede skatteordning.<sup>99</sup>

#### *5.3.2.2 Sammenhæng i beskatningsordningen*

EU-Domstolen har fundet, at hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen også kan begrunde en forskelsbehandling. I sag C-377/07, *STEKO*, anmærkede EU-Domstolen at for at sådan et begrundelsesargument kan vurderes, skal det være godtgjort, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning. Derudover skal den direkte karakter af den sammenhæng være fastslået under hensynet til det formål, der forfølges med den pågældende beskatningsordning ved en streng sammenhæng mellem den skattepligtiges adgang til fradrag og beskatning.<sup>100</sup> Sagen omhandler *STEKO*, som er et anpartsselskab med hjemsted i Tyskland. Dette selskab ejer kapitalandele i ikke-hjemmehørende selskaber. Der sker et kursfald på disse kapitalandele og der er i tysk lov en bestemmelse, der giver ret til at fradrage et beløb, som svarer til den indtægtsnedgang, der følger et sådant kursfald. Dog kunne *STEKO* ikke få dette fradrag for den indtægtsnedgang, der er forbundet med kapitalandele i ikke-hjemmehørende selskaber.

Domstolen finder, at dette udgør en restriktion af kapitalens frie bevægelighed. Den tyske regering er af den opfattelse, at denne restriktion kan begrundes i sammenhængen i beskatningsordningen. Såfremt et selskab havde afstået kapitalandele i et ikke-hjemmehørende selskab og realiseret en

---

<sup>97</sup> C-334/02, præmis 24

<sup>98</sup> C-334/02, præmis 28

<sup>99</sup> C-334/02, præmis 30

<sup>100</sup> C-377/07, præmis 52 og 53

fortjeneste, ville dette være fritaget for selskabsskat, dog ville et tilsvarende tab ikke kunne medregnes i denne skat. Hvis et selskab havde realiseret en fortjeneste ved afståelse af kapitalandele i et hjemmehørende selskab derimod, da er denne fortjeneste skattepligtig, hvilket bliver kompenseret af, at et tab kan indgå i beskatningsgrundlaget. Dette, mener den tyske regering, udgør en sådan sammenhæng i beskatningsordningen, der kan begrunde en restriktion.

### 5.3.2.3 Sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence

EU-Domstolen accepterede i sag C-446/03, *Marks & Spencer*, at det var muligt for medlemsstaterne at påberåbe sig hensynet at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence. Ved dette hensyn vil EU-Domstolen som udgangspunkt ikke blande sig i, hvorledes medlemsstaterne gennem en DBO har valgt at fordele beskatningskompetencen.<sup>101</sup>

Sagen omhandler regler om koncernlempelse. EU-Domstolen konstaterer, at de engelske regler er i overensstemmelse med territorialprincippet, men at dette ikke var nok til at begrunde, at det ikke var muligt at opnå lempelse for alle. Hertil accepterede EU-Domstolen, at det var muligt for medlemsstaterne at opstille regler for, at behandling af underskud skal følge de regler, som gælder for behandling af overskud. Hvis dette ikke var muligt for medlemsstaterne, ville det være muligt for selskaberne frit at vælge, om der skal tages hensyn til underskud i den ene eller anden medlemsstat. På denne måde ville den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen være i alvorlig fare. Derudover accepterede EU-Domstolen, at der var risiko for dobbeltfradrag og at dette hensyn også kunne imødegå skatteunddragelse<sup>102</sup>. På denne baggrund var det muligt for den engelske regering at begrunde en restriktion med hensynet om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen.

## 5.4 Delkonklusion

Diskriminations- og restriktionsforbuddet blev oprettet for at kunne opretholde de seks mål og værdier som TEU bygger på. Der må kun ske forskelsbehandling, såfremt denne kan retfærdiggøres ved enten traktatfæstede eller domsstolsskabte hensyn.

De traktatfæstede hensyn skal fortolkes indskrænkende og listen er udtømmende. Derimod kan Domstolen tilføje legitime hensyn, som skabes i praksis. Domstolen er dog forbeholden overfor

---

<sup>101</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: *EU-retten*, 6 udg., 2014, s. 832

<sup>102</sup> C-446/03

økonomiske eller administrative hensyn. De domstolsskabte hensyn anses for værende selvstændige, da de ikke skal udgøre en udvidende fortolkning af de traktatfæstede hensyn.

For at en diskrimination eller restriktion kan begrundes, skal den ydermere overholde proportionalitetsprincippet. Foranstaltningen må dermed ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at nå målet.

Artikel 63 TEUF er formuleret således, at alle restriktioner mellem medlemsstaterne indbyrdes eller mellem medlemsstaterne og tredjelande, er i strid med den frie bevægelighed. Det vurderes først, hvorvidt en eventuel restriktion i så fald kan begrundes efter art. 65 TEUF.

En restriktion kan begrundes efter art. 65, såfremt skatteydernes situation ikke er objektivt sammenlignelige. Ydermere indeholder art. 65 et hensyn, der gør det muligt at træffe nødvendige foranstaltninger for at hindre overtrædelse af national ret og forskrifter, hvilket er særligt relevant på skatte- og afgiftsområdet. Dette medfører, at en restriktion legitimt kan begrundes, såfremt foranstaltningen har til formål at sikre et effektivt fiskalt hensyn eller bekæmpe ulovlige aktiviteter.

Ydermere kan en restriktion som nævnt begrundes i domstolsskabte tvingende almene hensyn. De mest relevante for skatte- og afgiftsområdet er hensynet til at sikre skattebetalingen og en effektiv skattekontrol, at sikre sammenhængen i beskatningsordningen samt at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen.

## 6.0 SKM2019.383.ØLR

Sagen starter ved Skatterådet i Danmark. De udenlandske investeringsinstitutter klager over Skatterådets bindende svar, som medfører, at den henvises til Landsskatteretten. Sagen ender i Byretten, men Byretten henviser til Østre Landsret, idet sagerne er af principiel karakter. Under sagens forløb beslutter Østre Landsret at udsætte sagen og forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål. Hvor den efterfølgende igen blev behandlet i Østre Landsret. Sagen er behandlet af Landsrettens 13. afdeling under sagsnr. B-232-10.

Dommen er anket og forventes for Højesteret midt juni 2021.

### 6.1 Lovgrundlaget

#### 6.1.1 Selskabsskatteloven og ligningsloven

I henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 5a er investeringsforeninger, der er hjemmehørende her i landet, skattepligtige til Danmark. Investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, jf. LL § 16 C, stk. 1, der var hjemmehørende her i landet, var i sagens relevante skatteår skattepligtige efter SEL § 1, stk. 1, nr. 6, som er den nuværende SEL § 1, stk. 1, nr. 5c. I dette afsnit vil bestemmelsen fremover blive omtalt som SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, som er den nuværende bestemmelse.

Investeringsinstitutter mv. som har hjemsted i udlandet, er begrænset skattepligtige til Danmark i medfør af SEL § 2, stk. 1, litra c. Denne bestemmelse medfører, at udenlandske selskaber mv. er skattepligtige af udbytter, som oppebæres fra danske selskaber. Den begrænsede skattepligt omfatter således kun indtægter fra kilder i Danmark.

Udbytteskatten bliver efter KSL § 65 opkrævet ved at der foretages en indeholdelse af kildeskatten. Denne indeholdelse finder anvendelse for både danske investeringsinstitutter og udenlandske investeringsinstitutter. Der er dog af skatteministeren, i kildeskattebekendtgørelsen med hjemmel i KSL § 65, stk. 8, blevet fastsat regler om, at kildeskatteindeholdelsen ikke skal finde sted i visse situationer. Dette er tilfældet såfremt, der foreligger udbytteudbetaling til de i SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, nævnte foreninger, hvilket er investeringsforeninger med minimumsbeskatning, jf. LL § 16 C, der er hjemmehørende i Danmark. Der er to altovervejende betingelser for at opnå fritagelse fra kildebeskatning af udbytte, der skal være opfyldt: For det først skal der være tale om en forening mv., som er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, hvilket ville sige, at foreningen skal være hjemmehørende i Danmark. For det andet skal investeringsforeningen have status som minimumsbeskattet investe-

ringsinstitut efter reglerne i LL § 16 C. Et dansk hjemmehørende investeringsinstitut, der ikke opfylder kravene i LL § 16 C, vil således ej heller være fritaget for kildebeskatning af udbytte.

Investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, jf. LL § 16 C, der ikke er skattepligtige af udbytteindtægter, kan således få udstedt et udbyttefrikort. Dette medfører, at danske selskaber, hvori investeringsinstituttet med minimumsbeskatning ejer aktier, ikke har pligt til at indeholde kildeskatten ved udbytteudlodningen til investeringsinstituttet.

Baggrunden for dette er, at investeringsinstituttet med minimumsbeskatning til gengæld er pålagt at opgøre en minimumsindkomst, hvilket medfører, at der udløses en løbende beskatning af udbytte ved investeringsinstituttets deltagere.

Beskatning på investorniveau foregår således, at danske private investorer i danske eller udenlandske investeringsinstitutter bliver beskattet af det faktiske udloddede udbytte, enten som kapitalindkomst eller aktieindkomst. Danske private investorer i danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, jf. LL § 16 C, som havde opnået et udbyttefrikort, blev således beskattet af den opgjorte minimumsindkomst. Denne beskatning skete herefter som aktieindkomst.

Danske selskaber beskattes af det faktiske udloddede udbytte fra danske eller udenlandske investeringsinstitutter, som almindeligt selskabsindkomst, mens investering i danske minimumsbeskattede investeringsinstitutter beskattes af den opgjorte minimumsudlodning, jf. LL § 16.

Udenlandske selskaber og privatpersoner, som investerer i danske investeringsinstitutter, vil blive beskattet i forhold til reglerne i deres hjemland. Såfremt de foretog investering i danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, jf. LL § 16 C, som var fritaget for beskatning af udbytte skat fra danske selskaber, var investeringsforeningen således forpligtet til at indeholde udbytteskat af den beregnede minimumsindkomst.

## 6.2 Sagens faktiske omstændigheder

Sagen omhandler en række udenlandske kollektive investeringsinstitutter, der alle er et såkaldt UCITS, som er defineret i Rådets direktiv 85/611. Investeringsinstitutterne har investeret i danske selskaber, hvorfra der er modtaget udloddede udbytte. De danske selskaber har ved udbetaling af udbyttet indeholdt en kildeskat. Investeringsinstitutterne har rejst krav om tilbagebetaling af det indeholdte beløb af udbyttet, som blev udloddede i årene 2000-2009. Det bestrides ikke fra sagsøgers side, at der har været hjemmel til denne kildebeskatning i SEL § 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med

KSL § 65, stk. 1. Det gøres dog gældende, at denne beskatning er sket i strid med art. 63 TEUF om kapitalens frie bevægelighed.

Ydermere har sagsøgerne nedlagt en række anerkendelsespåstande i relation til den stadfæstelse af en række bindende svar, som er angående samme problemstilling, som Landsskatteretten foretog i nogle skatteafgørelser, der er omfattet af sagen.

### 6.2.1 Sagsøgerne

#### Sagsøger A

Sagsøger A er i sagen B-232-10, af Landsskatteretten beskrevet som “open-ended investment company”, der er etableret i Luxembourg, som et såkaldt SICAV med forskellige andelsklasser. Det er et selskab med begrænset ansvar og variabel aktiekapital. A er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapir, der svarer til en dansk investeringsforening.

I Luxembourg er et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til Finanstilsynet. Skattemæssigt i Luxembourg bliver A ikke beskattet af realiseret eller urealiseret kapitalgevinster, samtidig med de ej heller betaler udbytteskat. Beskatningen udløses ved aktionærene forudsat, at aktionærene er hjemmehørende i eller har et fast driftssted i Luxembourg.

De danske selskaber, hvori A har investeret, har indeholdt en udbytteskat på henholdsvis 28 pct. og 25 pct. (*25 pct. var den gældende procentsats for år 2000*) af udbytte udloddet i årene 2000-2005. Denne udbytteskat er dog sidenhen blevet reduceret til 15 pct. grundet art. 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg.

A markedsfører ikke dets produkter i Danmark, derudover har A ej heller meddelt til de danske skattemyndigheder, at A ønsker en skattemæssig status som investeringsinstitut med minimumsbeskatning eller tilpasset investeringsforeningens vedtægter efter de regler, som var gældende frem til indkomståret 2005.

Sagerne B-925-12 og B-926-12 vedrører indkomstårene 2006-2007 og 2008-2009, hvor det samme bliver beskrevet om sagsøger A.



## Sagsøger A Institutional Fonds

Sagsøger A Institutional Fonds, herefter kaldes C, er i sagen B-232-10 af Landsskatteretten beskrevet som et “umbrella company” med variabel kapital og begrænset ansvar, som er etableret i England og Wales. C er organiseret således, at der er forskellige andelsklasser, hvor investorer tegner aktier i de enkelte andelsklasser, og de er kun berettiget til at modtage afkastet fra denne andelsklasse. C er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapir, der svarer til en dansk investeringsforening.

I Storbritannien er et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til Finanstilsynet. Skattemæssigt i Storbritannien er C skattefri af realiserede kapitalgevinster ved afståelse af udbytter modtaget af selskaber i Storbritannien. Kapitalgevinster eller –tab på finansielle kontrakter er også skattefrie. Hver enkelt aktieklasse eller forening bliver anset for at være et selvstændigt skattesubjekt, ligesom en afdeling af en dansk investeringsforening, som bliver beskattet med 20 pct. af andre former for indkomst efter fradrag for fradragsberettigede omkostninger. Beskatningen sker på denne baggrund på aktionærniveau, såfremt aktionærerne er hjemmehørende i Storbritannien.

De danske selskaber, hvori C har investeret, har indeholdt en udbytteskat på henholdsvis 28 pct. og 25 pct. (*25 pct. var den gældende procentsats for år 2000*) af udbytte udloddet i årene 2000-2005. Denne udbytteskat er dog sidenhen blevet reduceret til 15 pct. grundet art. 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Storbritannien.

C markedsfører dets produkter i Danmark, men har hverken meddelt til de danske skattemyndigheder, at C ønsker en skattemæssig status som investeringsinstitut med minimumsbeskatning eller tilpasset investeringsforeningens vedtægter efter de regler, som var gældende frem til indkomståret 2005.

Sagerne B-923-12 og B-924-12 vedrører indkomstårene 2006-2007 og 2008-2009, hvor det samme bliver beskrevet om sagsøger C.

## Sagsøger B

Sagsøger B er i sagen B-232-10, af Landsskatteretten beskrevet som “umbrella company” med variabel kapital og begrænset ansvar, som er etableret i England og Wales. B er organiseret således, at der er forskellige andelsklasser, hvor investorer tegner aktier i de enkelte andelsklasser, og de er

kun berettiget til at modtage afkastet fra denne andelsklasse. B er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapir, der svarer til en dansk investeringsforening.

I Storbritannien er et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til Finanstilsynet. Skattemæssigt i Storbritannien er B skattefri af realiserede kapitalgevinster ved afståelse af udbytter modtaget af selskaber i Storbritannien. Kapitalgevinster eller –tab på finansielle kontrakter er også skattefrie. Hver enkelt aktieklasse eller forening bliver anset for at være et selvstændigt skattesubjekt, ligesom en afdeling af en dansk investeringsforening, som bliver beskattet med 20 pct. af andre former for indkomst efter fradrag for fradragsberettigede omkostninger. Beskatningen sker på denne baggrund på aktionærniveau, såfremt aktionærerne er hjemmehørende i Storbritannien.

De danske selskaber, hvori B har investeret, har indeholdt en udbytteskat på henholdsvis 28 pct. og 25 pct. (*25 pct. var den gældende procentsats for år 2000*) af udbytte udloddet i årene 2000-2005. Denne udbytteskat er dog sidenhen blevet reduceret til 15 pct., grundet art. 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Storbritannien.

B markedsfører ikke dets produkter i Danmark, har hverken meddelt til de danske skattemyndigheder, at B ønsker en skattemæssig status som investeringsinstitut med minimumsbeskatning, eller tilpasset investeringsforeningens vedtægter efter de regler, som var gældende frem til indkomståret 2005.

Sagerne B-921-12 og B-922-12 vedrører indkomstårene 2006-2007 og 2008-2009, hvor det samme bliver beskrevet om sagsøger C.

#### Sagsøger D

Sagsøger D er i sagen B-232-10, af Landsskatteretten beskrevet som “open-ended investment company”, der er etableret i Luxembourg, som et såkaldt SICAV med forskellige andelsklasser. Det er et selskab med begrænset ansvar og variabel aktiekapital. D er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapir, der svarer til en dansk investeringsforening.

I Luxembourg er et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til Finanstilsynet. Skattemæssigt i Luxembourg bliver D ikke beskattet af realiseret eller urealiseret kapitalgevinster, samtidig med de ej heller betaler udbytteskat. Beskatningen udløses ved aktionærerne forudsat, at aktionærerne er hjemmehørende i eller har et fast driftssted i Luxembourg.

De danske selskaber, hvori D har investeret, har indeholdt en udbytteskat på 28 pct. af udbytte udloddet i årene 2003-2005. Denne udbytteskat er dog sidenhen blevet reduceret til 15 pct., grundet art. 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg.

D markedsfører ikke dets produkter i Danmark, derudover har D ej heller meddelt til de danske skattemyndigheder, at D ønsker en skattemæssig status som investeringsinstitut med minimumsbeskatning, eller tilpasset investeringsforeningens vedtægter efter de regler, som var gældende frem til indkomståret 2005.

Der er enighed blandt alle sagsøgerne, at ingen af dem i perioden frem til 2005 foretog en minimumsudlodning i overensstemmelse med reglerne i LL § 16 C. Derudover er der også enighed om, at ingen af sagsøgerne i perioden efter 2005 overførte de danske skattemyndigheder opgjorde en minimumsudlodning i overensstemmelse med reglerne i LL § 16 C.

De i Storbritannien hjemmehørende sagsøgere oplyser til Landsskatteretten, at de har udloddet deres overskud hvert år, og at alle de hjemmehørende investeringsinstitutter i henhold til selskabs- og skattelovgivningen i Storbritannien anses for at have udloddet al nettoindkomst.

De i Luxembourg hjemmehørende sagsøgere har gjort det gældende, at de udloddede al nettoindkomst i de i sagens omtalte indkomstår, og der dermed skete en løbende udlodning og beskatning af afkastet, svarende til den danske beskatningsordning.

Dette er bestridt af de danske skattemyndigheder.

### 6.3 Præjudicielt spørgsmål forelagt EU-domstolen.

Til brug for sagens afgørelse blev et præjudicielt spørgsmål forelagt EU-domstolen. Dette præjudicielle spørgsmål tog EU-domstolen stilling til i sag C-480/16, *Fidelity Funds*.

Det præjudicielle spørgsmål lyder som følger:

*“Udgør en beskatningsordning, som den af hovedsagerne omhandlende, der indebærer, at udenlandske investeringsinstitutter omfattes af Rådets direktiv 85/611/EØS (UCITS direktivet) kildebeskattes af udbytter fra danske selskaber, en tilsidesættelse af artikel 63 TEUF om kapitalens frie bevægelighed eller artikel 56 TEUF om den frie udveksling af tjenesteydel-*

*ser, hvis tilsvarende danske investeringsinstitutter kan opnå fritagelse for kildeskatten, enten fordi de faktisk udlodder en minimumsudlodning mod indeholdelse af kildeskat til deres medlemmer, eller teknisk skal opgøre en minimumsudlodning, hvoraf der skal indeholdes kildeskat i forhold til institutternes medlemmer?”<sup>103</sup>*

Det præjudicielle spørgsmål er forelagt både i forhold til artikel 63 og 56 TEUF, hvormed det skal afgøres hvorledes, samt i hvilket omfang den nationale lovgivning kan påvirke udøvelsen af den frie udveksling og de frie kapitalbevægelser. Ved denne vurdering følger det af retspraksis, at formålet med den pågældende lovgivning skal inddrages. Da genstanden for den nationale lovgivning er den skattemæssige behandling af udbytter modtaget af investeringsinstitutterne, må det konstateres, at situationen falder under kapitalens frie bevægelighed. Det vurderes, at lovgivningens virkning i forhold til den frie udveksling af tjenesteydelser er en uundgåelig konsekvens af den skattemæssige behandling af udbytter, der modtages af et investeringsinstitut, som ikke er hjemmehørende i Danmark, og dette kan ikke begrunde en undersøgelse af den frie udveksling af tjenesteydelser. Der tages dermed kun stilling til, hvorvidt der foreligger en restriktion, der er i strid med artikel 63 TEUF om kapitalens frie bevægelighed.

Hvorvidt foranstaltninger udgør en restriktion af kapitalens frie bevægelighed, er fastslået i retspraksis. Det følger heraf, at foranstaltninger, der eventuelt vil afholde ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en medlemsstat, vil udgøre en restriktion. Derudover vil det ligeledes udgøre en restriktion såfremt foranstaltningen, kan afholde personer, der er hjemmehørende i denne medlemsstat, fra at foretage investeringer i andre stater.

Der foreligger her en forskelsbehandling, da udbytter, som ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter modtager fra danske selskaber, pålægges en kildeskat, hvorimod investeringsinstitutter, der er hjemmehørende i Danmark, kan opnå fritagelse for denne kildeskat, såfremt de opfylder betingelserne i LL § 16 C. Det fastslås, at denne forskelsbehandling af udbytter, der foreligger i denne sag, både kan afholde ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter fra at foretage investeringer i danske selskaber, og ligeledes afholde investorer, der er hjemmehørende i Danmark, fra at investere i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. Dermed udgør den danske lovgivning en restriktion af kapitalens frie bevægelighed.

---

<sup>103</sup> C-480/16, s. 6

Som udgangspunkt er alle restriktioner af kapitalens frie bevægelighed forbudt efter artikel 63 TEUF. Der findes dog en undtagelse til dette i artikel 65 TEUF, hvor det fremgår af stk. 1, litra a, at artikel 63 ikke griber ind i medlemsstaternes ret til at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sonderer mellem skatteydere, hvis situation er forskellig, enten i forhold til deres bopælssted eller det sted, hvor deres kapital er investeret. Denne undtagelse er endvidere begrænset ved artikel 65, stk. 3, hvoraf det fremgår, at nationale bestemmelser ikke må udgøre vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af kapitalens frie bevægelighed.

Der sondres dermed mellem, hvorvidt forskelsbehandlingen er tilladt efter artikel 65, stk. 1, litra a, eller er forbudt efter artikel 65, stk. 3. Det er fastslået i retspraksis, at en national skattelovgivning kan anses for at være forenelig med kapitalens frie bevægelighed, såfremt forskelsbehandlingen vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige eller kan begrundes i tvingende almene hensyn.

### 6.3.1 Traktatfæstede hensyn

Når det skal vurderes, hvorvidt forskelsbehandlingen vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, sker denne vurdering efter domstolens praksis. Det følger af denne praksis, at situationen skal vurderes ud fra formålet med genstanden for samt indholdet af de nationale bestemmelser.

Som nævnt er formålet med denne lovgivning at beskatte efter transparensprincippet, hvormed det søges, at investeringer via investeringsinstitutter beskattes på samme vis, som hvis investeringen var foretaget direkte. Dette formål afværger således en økonomisk dobbeltbeskatning, der ellers ville forekomme, såfremt udbytte blev beskattet både på foreningsniveau og hos investorerne. Derudover har denne lovgivning til formål at sikre, at udbytte fra selskaber i Danmark med sikkerhed bliver underlagt dansk beskatningskompetence én gang.

Lovgivning, der søger at forhindre eller formindske kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning, giver ikke nødvendigvis en situation, hvor de modtagende hjemmehørende selskabers situation er sammenlignelig med de modtagende ikke-hjemmehørende selskabers, dette følger af Domstolens praksis. Situationen vil dog nærme sig en sammenlignelig situation, når en medlemsstat enten ensidigt eller gennem overenskomst gør både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende sel-

skaber indkomstskattepligtige af den indkomst, de oppebærer fra et hjemmehørende selskab. Det er således statens udøvelse af beskatningskompetencen, der i sig selv skaber risiko for kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning. Denne stat skal sikre, at de ikke-hjemmehørende selskaber får samme behandling som de hjemmehørende, således at der ikke sker en restriktion.

Det vurderes, at de investeringsinstitutter, der ikke er hjemmehørende i Danmark, er i en sammenlignelig situation med hjemmehørende investeringsinstitutter, hvad angår risikoen for økonomisk dobbeltbeskatning. Dette vurderes ud fra det faktum, at Danmark har valgt at udøve beskatningskompetencen og gøre både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber indkomstskattepligtige af den indkomst de oppebærer fra et hjemmehørende selskab.

Det andet formål med lovgivningen, hvor det søges at sikre, at udbytte fra selskaber i Danmark bliver underlagt dansk beskatning, anses ligeledes at være en objektivt sammenlignelig situation. Dette vurderes på baggrund af, at et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut kan have investorer, der er hjemmehørende i Danmark, hvormed Danmark kan beskatte dennes indtægter. Det faktum, at Danmark ikke kan beskatte ikke-hjemmehørende investorer af udbytte fra ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, udgør ikke en objektiv forskel i situationerne, da dette er en logisk følge af valget af at forskyde beskatningen til deltageren.

Forskelsbehandlingen er ud fra en vurdering af formålet med lovgivningen, anset at vedrøre situationer der er objektivt sammenlignelige, hvorfor behandlingen ikke er forenelig med kapitalens frie bevægelighed. Det er dermed fastslået, at forskelsbehandlingen udgør en restriktion af artikel 63 TEUF. Denne restriktion kan dog være tilladt, såfremt den kan begrundes i tvingende almene hensyn, hvis den er egentlig til at sikre gennemførelsen af det mål, som den forfølger og ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at nå målet.

### 6.3.2 Sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen

Først undersøges det, hvorvidt denne forskelsbehandling kan begrundes i nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. EU-Domstolen bemærker, at opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen kan udgøre et tvingende alment hensyn. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis en ordning har til formål at hindre adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence af virksomhed, der udøves på dennes område.

EU-Domstolen fastslår dog, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen med henblik på at begrunde beskatning af ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, der modtager udbytte fra et i Danmark hjemmehørende selskab, når de har valgt ikke at beskatte hjemmehørende investeringsinstitutter, der ligeledes modtager et sådant udbytte. Ydermere bemærkes det at udbytte, der udloddes til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, har været genstand for beskatning i Danmark som overskud hos det udloddende selskab, der er hjemmehørende i Danmark.

Det faktum, at beskatningen finder sted hos deltagerne i hjemmehørende investeringsinstitutter, kan ikke begrunde denne restriktion, da Danmark for det første, som nævnt, har beskatningskompetence over hjemmehørende investorer i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. For det andet hindrer denne medlemsstats kildebeskatning af udbytter til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter ikke adfærd, som kan gøre indgreb i dennes ret til at udøve sin beskatningskompetence. Derimod udlignes den manglende beskatningskompetence, der følger af den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. Dermed kan nødvendigheden af at opretholde en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen ikke begrunde denne restriktion af kapitalens frie bevægelighed.

### 6.3.3 Sikre sammenhæng i beskatningsordningen

Det undersøges herefter, hvorvidt denne restriktion kan begrundes i nødvendigheden af at sikre sammenhængen i den danske beskatningsordning. Det er fastslået af EU-Domstolen, at en sådan nødvendighed af at bevare sammenhængen kan begrunde en retmæssig restriktion. Dette kræver efter retspraksis, at der kan fastslås en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattefordel og udligningen af denne fordel. Denne direkte karakter af sammenhængen skal vurderes under hensyn til formålet med den pågældende lovgivning.

Der er i denne sag sammenhæng ved, at et dansk hjemmehørende investeringsinstitut kan opnå fritagelse for kildeskat af udbytter fra et selskab, der ligeledes er hjemmehørende i Danmark. Denne fritagelse er betinget af, at investeringsinstituttet foretager eller opgør en minimumsudlodning, hvoraf der skal indeholdes kildeskat. Dermed udlignes denne fritagelse, da beskatningen af udbyttet sker hos deltagerne ved investeringsinstituttets videreudlodning. Det skal dog efterprøves, hvorvidt det går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre sammenhængen, at det udelukkende er investeringsinstitutter hjemmehørende i Danmark der har denne mulighed for at opnå kildeskattefritagelse.

Generaladvokaten har i forslaget til afgørelse anført, at den interne sammenhæng i beskatningsordningen kan opretholdes, hvis ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter ligeledes kunne opnå kildeskattefritagelse, såfremt de opfylder betingelserne i LL § 16 C. Sammenhængen vil kunne sikres ved, at de danske skattemyndigheder i samarbejde med investeringsinstitutterne sikrer, at disse investeringsinstitutter bliver beskattet på samme niveau svarende til den skat, de hjemmehørende investeringsinstitutter skal indeholde i dennes minimumsudlodning. Dette vil være en mindre restriktiv foranstaltning end den nuværende.

Ydermere bemærkes det, at det fører til en kædebeskatning af udbytter, der betales til investorer hjemmehørende i Danmark, når ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, der opfylder betingelserne i LL § 16 C, ikke har mulighed for at opnå kildeskattefritagelse. En sådan kædebeskatning strider mod formålet med den nationale lovgivning.

Det konstateres dermed, at denne restriktion ikke kan begrundes i nødvendigheden af at sikre sammenhængen i beskatningsordningen.

#### 6.3.4 EU-Domstolens afgørelse

Det præjudicielle spørgsmål skal dermed besvares med, at denne lovgivning udgør en restriktion efter artikel 63 TEUF, samt at restriktionen ikke kan begrundes i tvingende almene hensyn. Hjemstedskravet i kildeskattebekendtgørelsen er altså ikke foreneligt med EU-retten, da dette udgør en restriktion af kapitalens frie bevægelighed.

#### 6.4 Anbringender

Sagsøgerne har blandt andet gjort gældende, at Skatteministeriet skal anerkende, at spørgsmålene 3, 4 og 5 i Landsskatterettens kendelse af 27. Maj 2009 bliver besvaret med "ja". Spørgsmålene lyder som følgende:

*"3. Kan det bekræftes, at de danske regler om udbytteskat diskriminerer H1, der er en udenlandsk investeringsforening, der virker på samme måde og under de samme regler som en dansk investeringsforening, hvorved principperne om kapitalens fri bevægelighed i Artikel 56 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab bliver krænket?"*

*"4. Kan det bekræftes, at H1 er berettiget til at få refunderet den udbytteskat, der er blevet betalt på udbytter modtaget på aktier i danske selskaber i 2000-2005?"*

*"5. Kan det bekræftes, at H1 er berettiget til at modtage udbytter uden dansk udbytteskat i 2006 og fremover?"*



Ydermere skal Skatteministeriet anerkende, at sagsøgerne skal have tilbagebetalt den udbytteskat, der er indeholdt af sagsøgers udbytte fra aktier i danske selskaber i årene 2000-2009.

Skatteministeriet som sagsøgte, har påstået frifindelse.

Sagsøgerne har gjort gældende, at det efter EU-Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål nu drejer sig om betydningen af, at sagsøgerne ikke har opfyldt kravene i LL § 16 C.

Det er ydermere af sagsøgerne blevet gjort gældende, at EU-Domstolen har afgjort, at der skal være lige adgang til kildefritagelse for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, og at ordningen ikke må medføre en kædebeskatning for investorer i ikke-hjemmehørende institutter.

Sagsøgerne gør også gældende, at Landsretten på ny bør forelægge EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål vedrørende; *”1. Er det foreneligt med fællesskabsretten, herunder artikel 63 TEUF, for en medlemsstat at stille som betingelse for opnåelse af en særlig skattemæssig status, in casu status som udloddende investeringsforening, at et kollektivt investeringsinstitut overholder særlige nationale betingelser svarende til de i Danmark, gældende krav, hvorved bemærkes, at ingen eller så godt som ingen ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter i praksis opfylder betingelserne.”*<sup>104</sup> *”2. Følger det af EU-retten, herunder princippet om EU-rettens effektive virkning, at indeholdte kildeskatter skal tilbagebetales til investeringsinstitutter hjemmehørende i andre medlemsstater, uanset disse ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter ikke har opfyldt særlige betingelser i national lovgivning, når de alligevel ikke ville have kunne opnå kildeskattefritagelse efter de nationale regler, selvom de havde opfyldt disse særlige betingelser i national lovgivning.”*<sup>105</sup>

Skatteministeriet har hertil gjort gældende, at der ikke er grundlag for en yderligere præjudiciel forelæggelse. Skatteministeriet bemærker hertil, at Landsretten ikke træffer afgørelse som sidste instans, og at der derfor ikke kan udledes en traktatmæssig pligt for landsretten til at forelægge præjudicielle spørgsmål.

---

<sup>104</sup> SKM2019.383.ØLR, side 14

<sup>105</sup> SKM2019.383.ØLR, side 14

## 6.5 Landsrettens afgørelsen

Sagen angår i realiteten spørgsmålet om, hvorvidt de sagsøgende udenlandske investeringsinstitutter kan kræve tilbagebetaling af de skatter, som danske virksomheder har indeholdt af udbytter, der er udloddet til sagsøgerne i årene 2000-2009.

EU-Domstolens præjudicielle dom har bevirket, at det ikke længere er et krav for at opnå kildeskattefritagelse, at investeringsforeningen skulle være hjemmehørende i Danmark, idet dette var i strid med art. 63 TEUF om kapitalens frie bevægelighed. Der foreligger nu kun et krav om, at investeringsinstituttet skal være et minimumsbeskattet investeringsinstitut, som defineret i LL § 16 C.

Efter Landsrettens opfattelse af EU-Domstolens besvarelse sammenholdt med generaladvokatens forslag finder Landsretten, at EU-Domstolen alene har fundet det traktatstridigt, at reglerne i LL § 16 C er lavet således, at den ikke har kunne anvendes af ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. Landsretten finder efter EU-Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål ikke, at der er holdepunkter for at statuere, at alle ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter skal kunne opnå kildeskattefritagelse. Dette er uanset, at investeringsforeningen svarer en skat, som er tilsvarende den skat, de danske udloddende investeringsinstitutter efter LL § 16 C skal indeholde, og uanset om investeringsforeningen indberetter de nødvendige oplysninger, som gør, at det er muligt for de danske skattemyndigheder at foretage en korrekt beskatning af foreningens medlemmer. Det forhold, at en beskatningsordning indeholder ét EU-retsstridigt element, vil ikke bevirke, at den samlede beskatningsordning skal tilsidesættes.

I denne situation indebærer det, at udenlandske investeringsinstitutter som udgangspunkt skal ligestilles med hjemmehørende investeringsinstitutter. De har derfor kun ret til kildefritagelse, såfremt de opfylder betingelserne i LL § 16 C på samme vis som hjemmehørende investeringsforeninger. Disse betingelser har sagsøgerne ubestridt ikke opfyldt.

Landsretten har ikke forlagt endnu et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen med den begrundelse, at Landsretten alene skal tage stilling til, hvorvidt sagsøgerne nyder de samme fordele som investeringsinstitutter omfattet af LL § 16 C uanset, at de ikke opfylder betingelserne.

Landsretten finder, at de vedtægtsmæssige krav i LL § 16 C, der var gældende frem til 2005, indeholdte elementer, der udgjorde en restriktion for kapitalens frie bevægelighed efter art. 63 TEUF.

Dertil sikrer kravene i LL § 16 C det saglige formål, at skattemyndighederne kan skaffe de fornødne oplysninger for at kunne foretage en korrekt beskatning af foreningens investorer.

Det er af EU-Domstolens faste praksis fastslået, at hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol kunne begrunde indskrænkninger i de rettigheder, der er sikret ved traktaten, dog skal en restriktiv foranstaltning overholde proportionalitetsprincippet. Derudover følger det også af EU-Domstolens praksis, at proportionalitetsprincippet ikke må hindre, at medlemsstaternes skattemyndigheder kræver, at den skattepligtige forelægger beviser, som er nødvendige for, at skattemyndighederne kan bedømme, om de i lovgivningen fastsatte betingelser er opfyldt.

Således som sagen er forelagt, forudsættes en afgørelse af sagen ikke en stillingtagen til, om EU-retten kræver, at ikke-hjemmehørende investeringsforeninger skal gives mulighed for at afgive oplysninger, der er nødvendige for ligningen på en anden og for dem mindre byrdefuld måde end foreskrevet i LL § 16 C.

Landsretten skal da kun tage stilling til, hvorvidt sagsøgerne, efter EU-retten, har ret til de samme fordele som foreninger, der er omfattet af LL § 16 C uanset, at de hverken opfylder disse betingelser eller har søgt at medvirke til at de saglige formål, der ligger bag bestemmelsen, vil kunne opfyldes.

Landsretten finder ikke den indeholdte skat at være sket uberettiget, og på denne baggrund findes der ikke grundlag for at imødegå de nedlagte påstande vedrørende tilbagebetaling, herunder anerkendelsesspørgsmål vedrørende Landsskatterettens besvarelse af spørgsmål 4 og 5. Vedrørende spørgsmål 3 om, at sagsøgerne var blevet udsat for diskrimination, bemærker Landsretten, at hjemstedskravet var diskriminerende. Landsretten tiltræder dog alligevel Landsskatterettens benægtelse af spørgsmålet, fordi det stillede spørgsmål indeholder imidlertid en forudsætning om, at sagsøgerne "virker på samme måde og under de samme regler som en dansk investeringsforening."

Herefter frifindes Skatteministeriet i det hele.

## 6.6 Delkonklusion

For at afgøre sagen blev et præjudicielt spørgsmål forelagt EU-domstolen. Som udgangspunkt er alle restriktioner af kapitalens frie bevægelighed forbudt efter art. 63 TEUF. Dette kan dog undtages såfremt art. 65 TEUF finder anvendelse.

Formålet med den danske lovgivning er, at der sker beskatning efter transparensprincippet for at undgå en økonomisk dobbeltbeskatning, samt at sikre at udbytte fra selskaber i Danmark med sikkerhed bliver underlagt dansk beskatningskompetence én gang. Ud fra disse formål vurderes det, at der foreligger objektivt sammenlignelige situationer, hvorfor det konstateres, at forskellen udgør en restriktion.

Hertil undersøges det yderligere, hvorvidt denne restriktion kan begrundes i tvingende almene hensyn. Det undersøges, hvorvidt restriktionen kan begrundes i nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne eller i nødvendigheden af at sikre sammenhængen i den danske beskatningsordning. Det fastslås, at denne restriktion ikke kan begrundes i nogle af de nævnte tvingende almene hensyn, hvorfor hjemstedskravet i kildeskattebekendtgørelsen dermed ikke er foreneligt med EU-retten.

Efter EU-Domstolens præjudicielle dom er det således ikke længere et krav, at investeringsforeningen er hjemmehørende i Danmark for at opnå kildeskattefritagelse. Der foreligger efterfølgende kun kravet om, at investeringsinstituttet skal være et minimumsbeskattede investeringsinstitut, som defineret i LL § 16 C.

Landsretten finder ikke, at sagsøgerne har opfyldt kravene i LL § 16 C, hvorfor den indeholdte skat ikke findes at være sket uberettiget. Herefter bliver Skatteministeriet frifundet.

## 7.0 Restriktioner i den danske lovgivning

### 7.1 Selskabsskatteovens §§ 1 og 2

Det fremgår af afsnit 3.1.1 og 3.1.2, at danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning reelt kan modtage udbytte skattefrit, da de kun er skattepligtige af erhvervsmæssig indkomst, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5c. Dette er ikke tilfældet for udenlandske investeringsinstitutter, da de er skattepligtige af udbytte omfattet af LL § 16 A, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c.

Der foreligger en forskelsbehandling, som kan udgøre en restriktion.

Det fremgår af afgørelsen C-338/11, *Santander Asset Management SGIIC*, at det følger af fast retspraksis, at en restriktion, der er forbudt efter art. 63, stk. 1, TEUF, omfatter foranstaltninger, som kan afholde ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en medlemsstat, eller som kan afholde personer, der er hjemmehørende i denne stat fra at foretage investeringer i andre medlemsstater. Denne sag omhandler investeringsinstitutter fra Belgien, Tyskland, Spanien og USA, som har investeret i aktier i franske selskaber og dermed modtager udbytte fra Frankrig.

Det bliver i sagen afgjort, om den nationale lovgivning i Frankrig udgør en skattemæssig forskelsbehandling, som er til ugunst for ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter.

I denne sag fastlægger EU-Domstolen, at den omhandlede lovgivning i Frankrig udgør en restriktion af kapitalens frie bevægelighed. Dette fastlægges, da udbytte fra hjemmehørende selskaber, der udloddes til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, beskattes ved indeholdelse af kildeskat, mens et sådant udbytte ikke beskattes ved udbetaling til et hjemmehørende investeringsinstitut. Dette anses som en restriktion, da denne skattemæssige behandling kan afholde ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter fra at foretage investeringer i selskaber i Frankrig, ydermere kan det afholde investorer, der er hjemmehørende i Frankrig, fra at investere i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter.<sup>106</sup>

Den ovenfor nævnte sag kan sammenlignes med problemstillingen i dette speciale, da de franske investeringsselskaber er fritaget for selskabsskat af fortjeneste, der er opnået inden for rammerne af deres vedtægtsmæssige formål. Dette kan sammenlignes med, at investeringsinstitutter efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, kun er skattepligtige af erhvervsmæssig indtægt, hvilket udbytte ikke anses for at være. Der ligger dog en forskel i sondringskriteriet for, hvilken skattemæssig behandling der finder

---

<sup>106</sup> C-338/11, præmis 15-17

anvendelse. I *Santander* sagen er det investeringsinstituttets vedtægter, der er sondringskriterium for, hvilken skattemæssig behandling der finder anvendelse. I den danske lovgivning skal investeringsinstituttet være omfattet af LL § 16 C for at få denne skattefrihed efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5c. Dette indebærer som nævnt, at investeringsinstituttet skal opføre en minimumsindkomst, som deltagerne beskattes på baggrund af, hvormed det søges, at beskatningen sker på samme vis, som hvis der var foretaget en direkte investering. Dermed er det, i den danske lovgivning, den skattemæssige situation for deltagerne i investeringsinstituttet, der er sondringskriterium for, hvilken skattemæssig behandling der finder anvendelse.

Når investeringsinstitutter, der ikke er hjemmehørende i Danmark, bliver beskattet ved indeholdelse af kildeskat, kan det afholde investorer hjemmehørende i Danmark fra at investere i udenlandske investeringsinstitutter. Ydermere er det mindre attraktivt for ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter at investere i selskaber, der er hjemmehørende i Danmark. Dette medfører, at der foreligger en restriktion, som er forbudt efter art. 63, stk. 1, TEUF, da investeringsinstitutter hjemmehørende i Danmark bliver bedre stillet.

Det skal herefter undersøges, om denne restriktion kan begrundes i tvingende almene hensyn. I *Santander* sagen, påberåber den Franske regering sig; nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, sikre en effektiv skattekontrol samt at sikre sammenhængen i beskatningsordningen. Som nævnt kan sagen sammenlignes med problemstillingen i specialet, hvorfor der også vil blive taget udgangspunkt i disse hensyn.

#### 7.1.1 Sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen

Det er efter C-379/05, *Amurta*, fastslået, at såfremt en medlemsstat har valgt, at der ikke skal ske beskatning af udbyttmodtagende hjemmehørende investeringsinstitutter af det indenlandske udbytte, kan denne medlemsstat således ej heller påberåbe sig nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne med henblik på at begrunde beskatning af ikke-hjemmehørende selskaber, der modtager udbytte.<sup>107</sup>

Efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, kan hjemmehørende investeringsinstitutter med minimumsbeskatning modtage udbytte skattefrit. Derimod er dette ikke tilfældet for ikke-hjemmehørende investe-

---

<sup>107</sup> C-379/05, præmis 59

ringsinstitutter, hvormed beskatningen i denne situation ikke vil kunne begrundes i nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen.

### 7.1.2 Sikre en effektiv skattekontrol

Domstolen har fastslået, at hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol kan begrunde en restriktion af de traktatfæstede friheder. I *Santander* bemærkes det, at det dog ikke kan begrunde en beskatning, som specifikt og udelukkende rammer ikke-hjemmehørende.<sup>108</sup>

Dette er dog ikke tilfældet i denne situation, da heller ikke alle danske investeringsinstitutter kan modtage udbytte skattefrit. Det er alene investeringsinstitutter med minimumsbeskatning efter LL § 16 C, som har denne skattefordel.

I sagen C-334/02, *Kommissionen mod Frankrig*, fastslår EU-Domstolen, at på trods af at det kan være vanskeligt at kontrollere, hvorvidt ikke-hjemmehørende overholder betingelser for anvendelse af en bestemt indeholdsessats, er dette rent administrative ulemper. Generaladvokaten har i forslaget til afgørelsen understreget, at sådanne rent administrative ulemper ikke er tilstrækkelige til at begrunde en restriktion. Det fastslås i denne forbindelse, at der findes mindre restriktive løsninger, som fortsat vil kunne opfylde behovet for skattekontrol.

Det må antages, at den danske skatteordning har en mindre restriktiv løsning i form af LL § 16 C. Såfremt et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut opfylder kravene i LL § 16 C, og dermed også opgiver en minimumsindkomst til de danske skattemyndigheder, kan der ske beskatning på baggrund af denne. Denne løsning vil da være mindre restriktiv, og på samme tid kan det opfylde behovet for skattekontrol.

I forlængelse heraf afgav generaladvokaten forslag til afgørelse, i sag C-315/02, *Lenz*, hvori det fremgår, at der for udenlandske selskaber kunne fastsættes en form for "frivillig betaling" til skatteforvaltningen, der muliggjorde en endelig beskatning af indtægterne, hvorved en restriktion dermed kunne ophæves. Efter denne afgørelse blev ligningsloven ændret således, at det blev gjort lettere for udenlandske investeringsinstitutter at opfylde kravene i LL § 16 C. Dermed må det antages, at Danmark i princippet har givet mulighed for at udenlandske investeringsinstitutter kan have en form for "frivillig betaling" ved, at de skal indberette en minimumsindkomst såfremt, de vil være et investeringsinstitut med minimumsbeskatning.

---

<sup>108</sup> C-338/11, *præmis 49*

### 7.1.3 Sikre sammenhængen i beskatningsordningen

Efter fast retspraksis er det fastslået, at nødvendigheden af at sikre sammenhængen i beskatningsordningen kan udgøre et tvingende almene hensyn. I C-300/90, *Kommissionen mod Belgien*, fastslår EU-Domstolen, at de belgiske bestemmelser indeholder en sammenhæng mellem fradragsretten for præmier og skattepligten for de beløb, der bliver udbetalt af forsikringsselskaberne.<sup>109</sup>

Således vil det kunne retfærdiggøres, at hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen kan begrænse de grundlæggende friheder. Det bliver i afgørelsen C-484/93, *Svensson og Gustafson*, på baggrund af *Bachmann*-dommen og *Kommissionen mod Belgien* fastslået, at hensynet til at opretholde sammenhæng i beskatningsordningen er betinget af, at der er direkte sammenhæng mellem den pågældende skattefordel der opnås og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning.<sup>110</sup>

I *Kommissionen mod Belgien* findes denne direkte sammenhæng mellem fradragsretten for præmier og skattepligten for de beløb, der udbetales af forsikringsselskaberne. Det, der udbetales fra forsikringsselskabet, er således skattefrit såfremt, der ikke er givet fradrag for præmierne, der er indbetalt til disse forsikringsselskaber. Det tab, der følger af fradraget for forsikringspræmier, bliver da udlignet af beskatningen af de beløb, der udbetales af forsikringsselskaberne. Dermed kræver sammenhængen i denne beskatningsordning, at såfremt der skal anerkendes fradrag for forsikringspræmier, der er betalt i en anden medlemsstat, skal Belgien kunne beskatte de beløb, der udbetales af forsikringsselskaberne.

I sagen *Svensson og Gustafson* kan der efter en lov i Luxembourg gives et rentetilskud til lån i forbindelse med opførelse, erhvervelse eller forbedring af bolig. Dette rentetilskud ydes dog kun til personer, som har optaget lån i et kreditinstitut, der har tilladelse til at drive virksomhed i Luxembourg. Dette betyder, at lånet skal være ved et pengeinstitut, der er hjemmehørende, har et datterselskab eller en filial i Luxembourg, hvilket udgør en restriktion. EU-Domstolen finder ikke, at der ligger en direkte sammenhæng mellem ydelsen af rentetilskuddene til låntagerne og finansieringen af denne tilskudsordning gennem beskatningen af kreditinstitutterne. Dermed kan denne beskatningsordning ikke begrundes i hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen.

---

<sup>109</sup> C-300/90, præmis 14

<sup>110</sup> C-318/07, præmis 54 og C-300/90, præmis 14



Ydermere fremgår det af fast retspraksis, at denne direkte karakter af sammenhængen skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning. Dette kommer bl.a. til udtryk i sagen C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*. I denne sag påberåber den finske regering nødvendigheden af at bevare sammenhængen i beskatningsordningen. Denne beskatningsordning er baseret på det princip, at fritagelsen for kildebeskatning af udbytte modtaget af et hjemmehørende selskab eller investeringsfond bliver opvejet af beskatning ved den fysiske person, af dennes tilsvarende indtægter.<sup>111</sup> EU-Domstolen lægger til grund, at denne beskatningsordning ikke stiller som en betingelse for kildeskattefritagelse af udbytte, at dette udbytte skal videreudloddes. Derudover er det ikke en betingelse, at beskatningen af dette udbytte hos aktionærerne skal opveje kildeskattefritagelsen.<sup>112</sup> Dermed er der ikke direkte sammenhæng under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning.

Grundlaget for, at investeringsinstitutter kan modtage udbytte fra selskaber hjemmehørende i Danmark skattefrit efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5c, er, at de efter LL § 16 C er et investeringsinstitut med minimumsbeskatning. Denne skattefrihed afhænger derfor af, at investeringsinstituttet er påkrævet at indberette en minimumsindkomst, som deltagerne derefter kan blive beskattet på baggrund af. I LL § 16 C, stk. 4, nr. 3 fremgår det, at minimumsindkomsten skal indeholde indtjeningen af udbytter efter LL § 16 A, fratrukket indeholdt udbytteskat og tillagt tilbagebetalt udbytteskat og låntagers betaling til långiver af dennes manglende udbytte ved aktieudlån. På baggrund af denne regel bliver deltagerne i investeringsinstituttet med minimumsbeskatning beskattet efter transparensprincippet. Som tidligere nævnt har investeringsinstituttet ikke pligt til at udlodde udbyttet, men kan vælge en rent teknisk udlodning. Herved forbliver udbyttet i investeringsinstituttet, men deltagerne skal ved den skattepligtige opgørelse medregne den udlodning, som ellers ville være udloddet til dem.

Formålet med den danske beskatningsordning er som nævnt at beskatte efter transparensprincippet. Dermed bliver denne skattefrihed for investeringsinstitutterne opvejet af beskatningen hos deltagerne, også selvom der sker en teknisk udlodning. Dette er modsat *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, hvor det lægges til grund, at beskatningsordningen ikke er betinget af en videreudlodning. Den danske beskatningsordning er således i princippet ikke betinget af en videreudlodning, men ved opgørelse af minimumsindkomsten bliver deltagerne beskattet på samme vis, som hvis der var sket en faktisk udlodning.

---

<sup>111</sup> C-303/07, Præmis 61

<sup>112</sup> C-303/07, Præmis 73

På denne måde er det muligt for de danske skattemyndigheder at udligne skattefritagelsen. Dette er udtryk for en direkte sammenhæng i beskatningsordningen på samme vis som i *Kommissionen mod Belgien*, da skattefriheden for investeringsinstitutterne er afhængig af beskatning ved deltagerne. Ligeledes vil sammenhængen i beskatningsordningen kræve, at en eventuel skattefrihed for udenlandske investeringsinstitutter skal kunne udlignes ved, at Danmark skal kunne beskatte det udbytte der udloddes til deltagerne.

I tilfælde, hvor et dansk hjemmehørende investeringsinstitut ikke opfylder kravene efter LL § 16 C, vil dette investeringsinstitut være skattepligtigt enten som akkumulerende investeringsselskab efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5a eller som investeringsselskab efter ABL § 19. Dette forhold underbygger argumentet om sammenhængen i beskatningsordningen, da det ikke er alle hjemmehørende investeringsinstitutter, der modtager udbytte skattefrit.

Generaladvokaten har i sit forslag til afgørelse i sagen C-480/16, *Fidelity Funds*, kommenteret på sammenhængen i den danske beskatningsordning. Det fremgår her, at betingelsen om direkte sammenhæng kan være opfyldt, også når fordelene og den bestemte skatteopkrævning, hvis formål er at udligne denne fordel, ikke vedrører en og samme skattepligtige. Dette er bl.a. illustreret i *Santander Asset Management SGIIC* og *Aberdeen Property Fininvest Alpha*. Generaladvokaten påpeger ligeledes, at den danske beskatningsordning er undergivet en betingelse om, faktisk eller teknisk minimumsudlodning til deltagerne, som skal betale en forskudsskat, der opkræves af investeringsinstitutterne i deltagerens navn. Denne betingelse findes modsætningsvist ikke i de nationale lovgivninger, der danner grundlag for de to nævnte afgørelser. Generaladvokaten er dermed tilbøjelig til at medgive, at den direkte sammenhæng i den danske beskatningsordning vil forsvinde, såfremt denne fordel ligeledes indrømmes til investeringsinstitutter, der ikke løbende udlodder deres overskud.

Det må herefter konstateres, at sammenhængen i beskatningsordningen ikke bevares, såfremt der indrømmes skattefrihed for udbytte udloddet til udenlandske investeringsinstitutter, medmindre disse investeringsinstitutter på samme vis som danske opfylder kravene i LL § 16 C.

## 7.2 Ligningslovens § 16 C

Det fremgår af afsnit 3.1.6, at investeringsinstitutter skal opfylde kravene i LL § 16 C for at kunne blive kategoriseret som et investeringsinstitut med minimumsbeskatning. Disse krav kan opfyldes

af både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. Ud fra dette kan det konstateres, at der ikke foreligger en direkte restriktion i LL § 16 C.

Sagerne C-580/15, *Van der Weegen* og C-326/12, *Van Caster*, bliver anvendt for at illustrere, hvorvidt opstillede betingelser kan udgøre en restriktion, selvom disse betingelser gælder for både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende. Disse afgørelser bliver anvendt, da det er disse afgørelser, som sagsøgerne i SKM2019.383.ØLR påberåber sig.

Det fremgår af sagen *Van der Weegen*, at en national lovgivning kan udgøre en restriktion, uanset at bestemmelsen er gældende for både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende. En sådan lovgivning kan udgøre en restriktion, såfremt den alene forbeholder enheder, der opfylder visse betingelser, muligheden for at udnytte en fordel således, at andre sammenlignelige enheder der ikke opfylder disse krav, fratages at udnytte denne fordel.<sup>113</sup>

Denne sag omhandler, hvorvidt en skattefritagelse for beskatning af renter på opsparingsordninger er i strid med de traktatfæstede friheder. Den pågældende opsparingsordning skal opfylde visse betingelser for, at indskyderen kan drage fordel af denne skattefritagelse. Dette gælder både for kreditinstitutter, der er hjemmehørende i Belgien og ikke-hjemmehørende kreditinstitutter. Kreditinstitutter, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, skal således opfylde kriterier fastlagt af denne anden medlemsstat, tilsvarende de kriterier Belgien har fastlagt for hjemmehørende kreditinstitutter. EU-Domstolen fastslår, at denne nationale lovgivning udgør en restriktion, uanset at den anvendes uden forskel på afkast fra opsparingskonti i hjemmehørende kreditinstitutter og kreditinstitutter fra andre medlemsstater. Det anses at udgøre en restriktion, da det kan medføre, at belgiske statsborgere afholdes fra at have opsparingskonti i kreditinstitutter i andre medlemsstater, da renter herfra ikke omfattes af denne skattefritagelse medmindre, at disse kreditinstitutter opfylder opstillede betingelser.

I forlængelse heraf fremgår det i sag *Van Caster*, at investeringsfonde efter tysk lovgivning er undergivet tre forskellige beskatningsordninger alt efter, hvilken måde investeringsfonden opfylder betingelser fastsat i den tyske lov. Det bliver i denne sag fremlagt, at forpligtelserne til at opfylde betingelserne i en sådan lovgivning sandsynligvis ikke vil blive opfyldt, såfremt investeringsinstituttet ikke aktivt driver virksomhed på det pågældende marked. Generaladvokaten påtaler dette yderligere ved at bemærke, at det ikke burde være umuligt for store internationale virksomheder at

---

<sup>113</sup> C-580/15, præmis 29

opfylde sådanne betingelser. Modsat er der ikke tvivl om, at udenlandske investeringsforeninger, som ikke eller kun i ringe grad henvender sig til det relevante marked, ikke vil have interesse i at opfylde disse betingelser.<sup>114</sup>

For at være kvalificeret som et investeringsinstitut med minimumsbeskatning efter LL § 16 C skal det være en udloddende investeringsforening, aktivmassen skal udelukkende være investeret i værdipapirer, investeringsinstituttet skal oplyse, hvorvidt det er aktie- eller obligationsbaseret, investeringsinstituttet må ikke være opdelt i andelsklasser med klassespecifikke aktiver eller passiver og investeringsinstituttet skal opgøre og indsende instituttets minimumsindkomst. Som nævnt skal disse betingelser opfyldes af både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter for at blive kvalificeret som investeringsinstitut med minimumsbeskatning.

Efter afgørelsen *Van Der Weegen* er det konstateret, at det alligevel kan udgøre en restriktion, da det alene er investeringsinstitutter, der opfylder disse betingelser, der kan udnytte de skattemæssige fordele der medfølger.

Det kan ud fra afgørelsen *Van Caster* argumenteres, at disse krav udgør en restriktion, da investeringsinstitutter, der ikke er hjemmehørende i Danmark, ikke vil have interesse i at opfylde disse betingelser. Dette vil da kunne afholde investorer i Danmark fra at investere i investeringsinstitutter udenfor Danmark.

På baggrund af disse to afgørelser må det konstateres, at kravene i LL § 16 C udgør en restriktion efter art. 63, stk. 1, TEUF. Det skal herefter undersøges, hvorvidt denne restriktion kan begrundes i tvingende almene hensyn.

### 7.2.1 Sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen

I sagen C-446/03, *Marks & Spencer*, blev det første gang af EU-Domstolen fastslået, at en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kan statuere som et tvingende alment hensyn.<sup>115</sup>

Sagen omhandler en koncernlempelsesordning, hvor et hjemmehørende moderselskab udelukkes fra muligheden for at fradrage underskud fra et datterselskab i en anden medlemsstat. Denne udelukkelse anses at udgøre en restriktion af etableringsfriheden. Beskatningskompetencen tilkommer

---

<sup>114</sup> C-326/12, præmis 33-37

<sup>115</sup> C-446/03, præmis 46

medlemsstaten, hvori datterselskabet er hjemmehørende og udøver sin økonomiske virksomhed. Det vil således bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i alvorlig fare, såfremt det er muligt for selskaberne selv at vælge, om der skal tages hensyn til deres underskud i deres etableringsmedlemsstat eller i en anden medlemsstat. Der vil være risiko for dobbelt fradrag for underskud, som vil kunne hindres ved en regel, der udelukker lempelse for disse underskud. Ydermere skabes der risiko for skatteunddragelse, såfremt denne regel ikke forelå.

Efter det blev fastlagt i *Marks & Spencer*, at hensynet til at fastholde en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen kan anses som et tvingende alment hensyn, blev dette hensyn yderligere udvidet i sagen C-196/04, *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*.

Denne sag omhandler en skatteordning, hvorefter overskud beskattes med en lav skattesats. Cadbury Schweppes har to datterselskaber, der er oprettet med det formål, at overskud fra den interne finansieringsvirksomhed i koncernen kunne beskattes efter denne skatteordning. Skattemyndighederne fandt dog, at betingelserne efter denne lovgivning ikke var opfyldt af disse datterselskaber. Det fremgår, at transaktioner, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, men består af rent kunstige arrangementer, kan gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på deres område, hvilket dermed vil bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen i fare. Lovgivningen i denne sag anses at være egnet til at modvirke foranstaltninger, der har til formål at undgå den normale skat af overskud, hvorfor denne restriktion kan begrundes i hensynet til at sikre fordelingen af beskatningskompetencen. For at denne restriktion er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, skal denne skattemæssige foranstaltning dog undlades, såfremt det fremgår, at selskabet reelt er etableret og udøver økonomisk virksomhed, og altså ikke blot er et rent kunstigt arrangement.

Der kan udledes ud fra *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, at nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen kan anerkendes, når den omhandlende lovgivning har til formål at modvirke foranstaltninger, der kan gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dennes område.

Som nævnt er formålet med kravene i LL § 16 C at beskatte efter transparensprincippet. Denne bestemmelse har ikke til formål at modvirke foranstaltninger, der kan gøre indgreb i medlemssta-

ternes ret til at udøve deres beskatningskompetence. Dermed kan betingelserne i LL § 16 C ikke betragtes med hensyn til fordelingen af beskatningskompetencen.

### 7.2.2 Sikre sammenhængen i beskatningsordningen

I sagerne C-204/90, *Bachmann* og C-300/90, *Kommissionen mod Belgien*, bliver det af EU-Domstolen fastslået, at foranstaltninger på området for direkte skatter kan begrundes med hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen, uanset om det udgør en indirekte diskrimination eller restriktion for de traktatfæstede frihedsrettigheder.<sup>116</sup>

Sagen *Bachmann* omhandler, hvorvidt præmier til forsikringer kan fradrages. Det fremgår af den belgiske lovgivning, at kun præmier, der er indbetalt i Belgien, kan fradrages her. Domstolen fastslår, at der ved denne beskatningsordning foreligger en sammenhæng, da det provenutab, der følger et fradrag, udlignes af beskatningen af de beløb, der udbetales af forsikringsselskabet. I tilfælde, hvor der ikke er givet fradrag, vil sådanne beløb være skattefrie. Hvis sammenhængen i beskatningsordningen skal fastholdes, kræver det, at medlemsstaten kan beskatte de beløb der udbetales for, at der kan anerkendes fradrag for præmier betalt i en anden medlemsstat.

Ligningslovens § 16 C skal sammenlæses med SEL § 1, stk. 1, nr. 5c og § 2, stk. 1, litra c, hvorfor der ikke kan argumenteres for at sikre sammenhængen i beskatningsordningen uden at se på sammenhængen mellem disse bestemmelser. Dermed vil argumentet for dette hensyn være sammenfaldende med det, beskrevet i afsnit 7.1.3, da kravene i LL § 16 C er en nødvendighed for, at der kan udloddes udbytte til investeringsinstitutter med minimumsbeskatning skattefrit.

### 7.2.3 Sikre en effektiv skattekontrol

I sagen C-318/07, *Persche*, fremgår det, at såfremt der er behov for at sikre en effektiv skattekontrol, kan dette udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion.

Sagen omhandler *Persche*, der er hjemmehørende i Tyskland, der har givet en naturaliegave til et center, der både er alderdomshjem og børnehjem i Portugal. Efter tysk ret kan der opnås fradrag for gaver, der er givet til almennyttige institutioner. *Persche* bliver nægtet fradrag for denne udgift efter tysk ret, da modtageren ikke er etableret i Tyskland, og da der ikke var fremlagt kvittering i den foreskrevne form. Denne lovgivning udgør en restriktion, da muligheden for fradrag kan have be-

---

<sup>116</sup> C-204/90, præmis 21 og C-300/90, præmis 14

tydning for giverens adfærd og kan dermed påvirke de tyske skattepligtige til ikke at give gaver til institutioner i andre medlemsstater.

Hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol kan ikke begrunde en restriktion, såfremt skattepligtige i andre medlemsstater på forhånd udelukkes fra at kunne oplyse relevant dokumentation. Skatteyderne skal således have mulighed for at fremlægge relevant dokumentation, som skattemyndighederne i beskatningsstaten klart og præcist kan kontrollere, uanset hvilken medlemsstat skatteyderen er fra.<sup>117</sup> Det er fastslået af EU-Domstolen, at skattemyndighederne har ret til at kræve, at der fremlægges de nødvendige dokumenter. Denne ret strider ikke mod proportionalitetsprincippet, hvorfor et krav om dokumentation kan være et middel til at sikre en effektiv skattekontrol.<sup>118</sup>

LL § 16 C indeholder ikke en restriktion, hvor investeringsinstitutter fra andre medlemsstater udelukkes fra at fremlægge de relevante oplysninger, der er nødvendige for at kunne kategoriseres som et investeringsinstitut med minimumsbeskatning. Skatteyderne har derfor mulighed for at oplyse denne dokumentation således, at investeringsinstitutter, der ikke er hjemmehørende i Danmark, kan kategoriseres som et investeringsinstitut med minimumsbeskatning. Ud fra denne betragtning vil en restriktion i LL § 16 C kunne begrundes i behovet for at sikre en effektiv skattekontrol.

#### 7.2.4 Proportionalitetsprincippet

Er det fundet, at en restriktion kan begrundes i et tvingende alment hensyn, skal lovgivningen ydermere overholde proportionalitetsprincippet. Dette betyder, at beskatningsordningen skal være egnet til at nå det tilstræbte mål og ikke må være mere vidtgående end nødvendigt for at nå målet.

Som nævnt i afsnit 3.1.6 er der flere gange foretaget ændringer i LL § 16 C, der generelt har haft til formål at gøre det mere enkelt for udenlandske investeringsinstitutter at opfylde betingelserne. Betingelserne blev bl.a. forenklet, da vedtægtskravet blev fjernet, hvilket medførte, at det blev lettere for investeringsinstitutter at foretage valget om at blive kvalificeret som et minimumsbeskattet investeringsinstitut. Efter vedtægtskravet er fjernet, skal det blot oplyses til de danske skattemyndigheder, at det ønskes at have status som investeringsinstitut med minimumsbeskatning. Dette er en fordel for udenlandske investeringsinstitutter, da de på denne måde har nemmere ved at vælge dette alt efter, hvor aktive de er på det danske marked.

---

<sup>117</sup> C-318/07, præmis 52 og 53

<sup>118</sup> C-318/07, præmis 54

Ved denne lovændring blev det yderligere ændret, at investeringsinstitutterne ikke nødvendigvis skal udbetale det udlodningspligtige beløb. Det skal herefter blot oplyses og specificeres, således skattemyndighederne kan gennemføre beskatning. Denne ændring blev ligeledes lavet for at imødekomme udenlandske investeringsforeninger, da de typisk ikke er interesseret i at tilrettelægge deres udlodningspolitik efter danske skatteregler.

Ydermere er opgørelsen af minimumsindkomsten blevet forenklet således, at indkomsten ikke skal fordeles som aktie- eller kapitalindkomst. Efter denne ændring skal beskatningen baseres på, hvad instituttet primært investerer i. Investeringsinstituttet skal dermed oplyse, hvorvidt det er et aktie- eller obligationsbaseret institut. Dette skulle bl.a. lette den administrative byrde for investeringsinstitutterne, hvilket også skulle imødekomme de udenlandske investeringsinstitutter.

Med disse ændringer har de danske lovgivere forsøgt at imødekomme de ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter flere gange. Dermed tilsigter lovgiver at overholde proportionalitetsprincippet ved at forenkle betingelserne.

Såfremt de nuværende betingelser bliver forenklet eller fjernet, vil sammenhængen i beskatningsordningen ikke fungere optimalt i og med, at den skattefordel, der opnås, ikke bliver udlignet. Når et udenlandsk investeringsinstitut udlodder udbytte til deres deltagere, har Danmark ikke den nødvendige hjemmel til at kræve, at investeringsinstituttet skal indeholde skat for dette udbytte. Derfor er de nuværende krav nødvendige, da det danner grundlaget for beskatningen ved deltagerne og kravene er ikke mere vidtgående end nødvendigt for at nå målet.

Den danske skatteordning er ikke udelukkende rent administrative ulempe, idet der i LL § 16 C er opstillet mindre restriktive løsninger, hvor det på samme tid er muligt at opfylde behovet for skattekontrol. De danske myndigheder giver investeringsinstitutter mulighed for at foretage en "frivillig betaling" ved at opgøre og indberette en minimumsindkomst. Denne frivillige betaling er fremhævet som et middel til at ophæve en restriktion, hvorfor det må anses ikke at gå videre end, hvad der er nødvendigt for at nå målet med beskatningsordningen.



## 8.0 Konklusion

I sagen C-480/16, *Fidelity Funds*, blev der af EU-Domstolen taget stilling til, hvorvidt der i den danske lovgivning forelå en restriktion. Det blev i sagen fastlagt, at der forelå en forskelsbehandling, da udbytter som ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter modtager fra danske selskaber, pålægges en kildeskat. Investeringsinstitutter, der er hjemmehørende i Danmark, kan derimod opnå fritagelse for denne kildeskat, såfremt de opfylder betingelserne i LL § 16 C. Det blev hertil vurderet, at denne restriktion ikke kunne begrundes i tvingende almene hensyn, hvilket medførte, at hjemstedskravet i kildeskatteteknologien ikke er foreneligt med EU-retten.

EU-Domstolens præjudicielle dom har bevirket, at det ikke længere er et krav for at opnå kildeskattefritagelse, at investeringsforeningen er hjemmehørende i Danmark. Det er nu udelukkende kravet om, at investeringsinstituttet skal være et minimumsbeskattet investeringsinstitut, som defineret i LL § 16 C, der skal være opfyldt.

Det konstateres, at der foreligger en restriktion i SEL § 2, stk. 1, litra c, da det kan afholde investorer hjemmehørende i Danmark fra at investere i udenlandske investeringsinstitutter, når disse investeringsinstitutter bliver beskattet ved indeholdelse af kildeskat. Derudover vil det være mindre attraktivt for ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter at investere i selskaber, der er hjemmehørende i Danmark. Disse foranstaltninger udgør, efter fast retspraksis, en restriktion af kapitalens frie bevægelighed efter art. 63, stk. 1, TEUF.

Kravene i LL § 16 C udgør ydermere en restriktion på trods af, at de kan opfyldes af både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. En sådan foranstaltning udgør en restriktion, da det alene er investeringsinstitutter, der opfylder kravene, der kan udnytte de skattemæssige fordele, der medfølger. Derudover vil det kunne afholde investorer i Danmark fra at investere i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, da disse institutter ikke vil have interesse i at opfylde disse krav.

EU-rettens forrangsprincip har en essentiel betydning for de nationale skatteregler, idet princippet medfører, at traktater og EU-retsakter har forrang for de nationale bestemmelser. Forrangsprincippet bevirker dermed, at de nationale bestemmelser skal vige for de EU bestemte bestemmelser, medmindre en restriktion kan begrundes i traktatfæstede- eller domstolsskabe hensyn.

Restriktionerne i SEL § 2, stk. 1, litra c og LL § 16 C kan ikke begrundes i hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen. Restriktionen i SEL § 2, stk. 1, litra c, kan ikke begrundes i dette hensyn, da der ikke sker beskatning af udbyttmodtagende hjemmehørende investeringsinstitutter af udbytte fra hjemmehørende selskaber. I sådanne tilfælde kan en medlemsstat ikke påberåbe sig dette hensyn.

Restriktionen i LL § 16 C kan ydermere ikke begrundes i dette hensyn, da dette hensyn kan anerkendes, når lovgivningen har til formål at modvirke foranstaltninger, der kan gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dennes område. Formålet med foranstaltningen i LL § 16 C er at beskatte efter transparensprincippet, hvorfor dette hensyn ikke kan anvendes.

Restriktionerne kan dog begrundes i hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol. Det fremgår af retspraksis, at rent administrative ulemper i forhold til at kontrollere, hvorvidt ikke-hjemmehørende overholder betingelser for anvendelse af en bestemt indeholdsessats ikke kan begrunde en restriktion. Der vil være mindre restriktive løsninger end helt at udelukke ikke-hjemmehørende fra en skattefordel, der alligevel vil kunne opfylde behovet for skattekontrol. En sådan mindre restriktiv løsning findes i LL § 16 C. Hvis ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter beskattes efter den opgjorte minimumsindkomst efter LL § 16 C, da vil behovet for skattekontrol være opfyldt, og dette vil være mindre restriktivt end en fuldstændig udelukkelse fra denne skattefordel.

Ydermere fremgår det af retspraksis, at hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol ikke kan begrunde en restriktion, såfremt skattepligtige i andre medlemsstater på forhånd udelukkes fra at oplyse relevant dokumentation. Dette er ikke tilfældet, da kravene i LL § 16 C kan opfyldes af både hjemmehørende- og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. Dermed har skatteyderne i andre medlemsstater mulighed for at oplyse relevant dokumentation, der således medfører, at ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter kan kategoriseres som et investeringsinstitut med minimumsbeskatning.

Slutteligt vurderes det, hvorvidt restriktionerne kan begrundes i hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen. Dette hensyn kan begrunde en restriktion, såfremt der foreligger en direkte sammenhæng mellem den skattefordel, der opnås, og udligningen heraf ved en bestemt skatteopkrævning. Denne direkte karakter skal ydermere vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning. Skattefriheden i den danske beskatningsordning er betinget af, at

der er tale om et investeringsinstitut med minimumsbeskatning efter LL § 16 C. Formålet med denne beskatningsordning er at beskatte efter transparensprincippet, hvorfor skattefriheden for investeringsinstitutterne bliver opvejet af beskatningen hos deltagerne. I den danske beskatningsordning er det dermed en betingelse, at der sker videreudlodning enten faktisk eller teknisk. Det har ikke betydning, at den pågældende skattefordel og den skatteopkrævning, der har til formål at udligne denne fordel, ikke vedrører en og samme skattepligtige. Der kan på trods af dette godt være en direkte sammenhæng i beskatningsordningen. På denne baggrund foreligger der en direkte sammenhæng mellem skattefordelen og den skatteopkrævning der udligner fordelene, når dette vurderes under hensyn til formålet med lovgivningen. Restriktionen i den danske beskatningsordning kan dermed begrundes i hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen.

Når det er vurderet, at restriktionen kan begrundes i hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol og hensynet til at sikre sammenhæng i beskatningsordningen, skal denne beskatningsordning ydermere være egnet til at nå det tilstræbte mål og må ikke være mere vidtgående end nødvendigt for at nå målet. Der er flere gange gennem tiden foretaget lovændringer i den danske lovgivning for at imødegå og overholde proportionalitetsprincippet ved at forenkle betingelserne. De nuværende krav anses at være en forudsætning for at opretholde sammenhængen i beskatningsordningen. Kravene er ydermere ikke mere vidtgående end nødvendigt for at nå det tilstræbte mål, hvilket er en transparent beskatning. En yderligere forenkling af kravene i LL § 16 C vil derfor ikke være nødvendig og vil samtidig kunne bringe sammenhængen i beskatningsordningen i fare.

## 9.0 Lovforslag nr. L 211

Der blev den 14. april 2021 fremsat et lovforslag om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love. Da lovforslaget er fremsat sent i forløbet, er det ikke taget i betragtning under analysen af problemstillingen. Lovforslaget bliver blot anvendt som et oplæg til diskussionspunkter i forhold til konklusionen i dette speciale.

Formålet med lovændringen er at ændre en række skatteregler vedrørende foreninger og investeringsinstitutter for at skabe en ligestilling mellem danske og udenlandske investeringsinstitutter. Ændringen er foreslået på baggrund af sag C-480/16, *Fidelity Funds*, med henblik på at løse et EU-retligt problem og sikre at reglerne er i overensstemmelse med EU-retten.<sup>119</sup> Dette EU-retlige problem, som lovgiver forsøger at løse, er ikke i overensstemmelse med, hvad der konkluderes i dette speciale.

### 9.1 Ændring af beskatningsreglerne

Det bliver i lovforslaget foreslået, at reglerne om skattepligten for danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning ændres. Ændringen vil medføre, at alle danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning vil være skattepligtige af udbytte fra danske aktier. På baggrund af disse lovændringer vil det således ikke være muligt for danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning at oppebærer udbytte skattefrit. Skattefritagelsen vil blive fjernet, og danske investeringsinstitutter med minimumsbeskatning vil blive beskattet med 15 pct. af det modtagne udbytte, hvilket svarer til beskatningsreglerne for udenlandske investeringsinstitutter.<sup>120</sup>

### 9.2 Lovforslaget sammenholdt med specialet

I dette speciale konkluderes det, at restriktionen, der foreligger i forskellen mellem beskatningen af danske og udenlandske investeringsinstitutter, kan begrundes i tvingende almene hensyn. Dette er tilfældet, såfremt udenlandske investeringsinstitutter gives den samme mulighed for skattefrihed, hvis de på samme vis som danske opfylder betingelserne i LL § 16 C. Dette lovforslag søger at skabe en ligestilling mellem danske og udenlandske investeringsinstitutter. På baggrund af dette speciale vil en sådan ligestilling formentlig kunne opnås uden at fjerne skattefriheden og på samme tid være i overensstemmelse med EU-retten.

---

<sup>119</sup> Lovforslag nr. L 211, s. 7

<sup>120</sup> Lovforslag nr. L 211, s. 11

Det fremgår af lovforslaget, at EU-Domstolen i *Fidelity Funds* har fastslået, at de danske regler om udbyttebeskatning af investeringsinstitutter er i strid med art. 63 TEUF.<sup>121</sup> Dette stilles der dog kritiske spørgsmål til, da denne sag forholder sig til, hvorvidt hjemstedskravet i kildeskattebekendtgørelsens § 31, stk. 2, er i strid med kapitalens frie bevægelighed. Det er tvivlsomt, hvorvidt der i sagen tages stilling til de danske regler mere overordnet. I den efterfølgende Østre Landsrets dom bliver det pointeret, at der ikke for EU-Domstolen er forelagt spørgsmål om, hvorvidt kravene i LL § 16 C udgør en restriktion, samt at EU-Domstolen ikke implicit har forholdt sig til dette spørgsmål. Ydermere skal det bemærkes, at sagen er anket til Højesteret, hvorfor der ikke er taget endeligt stilling til retstilstanden.

I praksis vil lovændringen medføre, at udbytte fra danske aktier vil blive beskattet på to niveauer. På første niveau vil udbyttet blive beskattet med 15 pct., når det udloddes til investeringsinstituttet, derefter vil udbyttet på næste niveau blive beskattet med 27 pct., når instituttet videre udlodder til deltagerne.<sup>122</sup>

Formålet med den nuværende danske beskatningsordning er at beskatte efter transparensprincippet. Dette formål vil ikke kunne opretholdes, såfremt de danske aktier vil blive beskattet på to niveauer, da dette vil indebære en hårdere beskatning, hvis der er investeret gennem et investeringsinstitut.

---

<sup>121</sup> Lovforslag nr. L 211, s. 7

<sup>122</sup> Lovforslag nr. L 211, s. 17

## 10.0 Litteraturliste

### 10.1 Bøger

Engsig Sørensen, Karsten., Runge Nielsen, Poul. & Hartig Danielsen, Jens. (2014). EU-Retten (6. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Michelsen, Aage., Askholt, Steen., Bolander, Jane., Madsen, Liselotte., Nørgaard Laursen, Anders. & Langhave Jeppesen, Inge. (2017). Lærebog om indkomstskat (17. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Michelsen, Aage., Nørgaard Laursen, Anders. & Svendgaard Dalgas, Anja. (2017). International skatteret (4. udg.). Karnov Group.

Munk-Hansen, Carsten. (2014). Retsvidenskabsteori. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Munk-Hansen, Carsten. (2017). Den juridiske løsning: Introduktion til den juridiske metode. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Neergaard, Ulla. & Nielsen, Ruth. (2020). EU-Ret (8. udg.). Karnov Group.

Neergaard, Ulla. & Nielsen, Ruth. (2018). EU-ret: Fri bevægelighed (3. udg.). Karnov Group.

Peytz, Henrik. (2020). Selskabsskatteloven: med kommentarer (Bd. 1). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

R. Stokholm, Jeppe. (2008). EU Skatteret. Forlaget Thomson.

Rønfeldt, Thomas. (2013). Europæisk Skatteret I: Misbrug og andre legitime hensyn. Karnov Group.

### 10.2 Love og bekendtgørelser

LBKG 2021-02-22 nr. 251: Selskabsskatteloven

LBKG 2019-08-08 nr. 806: Ligningsloven

LBKG 2016-01-29 nr. 117: Kildeskatteloven

LBKG 2021-01-29 nr. 172: Aktieavancebeskatningsloven

LBKG 2021-04-20 nr. 700: Fondsbeskatningsloven

BEK nr. 499 af 27/03/2015: Kildeskattebekendtgørelse

### 10.3 Lovforslag

Forslag til lov om opkrævning af indkomst- og formueskat for personer (kildeskat), fremsat den 6. oktober 1965 - Folketingstidende 1965/66, Tillæg A spalte 1-2608 - Spalte 75/76 - 77/78 af 2607/2608

Lovforslag nr. L 117. Fremsat den 6. december 1995

Lovforslag nr. L 98, 2. samling 2004-05, fremsat d. 24. februar 2005, forslag til lov om ændring af forskellige skattelove

Lovforslag nr. L 95, samling 2011-12, fremsat d. 29. februar 2012, forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, ligningsloven, personskatteloven og forskellige andre love

Lovforslag nr. L 144, samling 2018-19, fremsat d. 20. november 2018, forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, kildeskatteloven, ligningsloven og forskellige andre love

Lovforslag nr. L 165, samling 2019-20, fremsat d. 31. marts 2020, forslag til lov om ændring af aktiesparekontoloven, kildeskatteloven, selskabsskatteloven og skatteindberetningsloven

Lovforslag nr. L 211, samling 2020-21, fremsat d. 14. april 2021, forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love

### 10.4 Traktater og direktiver

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

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

## 10.5 Domme

C-6/60, *Humble*

C-26/62, *Van Gend en Loos*

C-6/64, *Costa mod ENEL*

C-41/74, *van D*

C-300/90, *Kommissionen mod Belgien*

C-204/90, *Bachmann*

C-484/93, *Svensson og Gustafson*

C-163/94, *Sanz de Lera*

C-315/02, *Lenz*

C-334/02, *kommissionen mod Frankrig*

C-446/03, *Marks & Spencer*

C-196/04, *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas.*

C-379/05, *Amurta*

C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*

C-318/07, *Persche*

C-377/07, *STEKO*

C-415/13, *Bosman*

C-338/11, *Santander Asset Management SGIIC*

C-326/12, *Van Caster*

C-580/15, *Van der Weegen*

C-480/16, *Fidelity Funds*

SKM2019.383.ØLR

TfS 2013, 338 – SKM 2013.361.SR

TfS 2009, 658 – SKM 2009.298.SR

## 10.6 Den juridiske vejledning

DJV: 2021-1, C.D.8.9.1.2.4.4

DJV: 2021-1, C.D.1.1.12

DJV: 2021-1, C.D.1.1.3



DJV: 2021-1, C.D.1.1.10.8.1

DJV: 2021-1, C.F.8.1.1

DJV: 2021-1, C.F.9.1

### 10.7 Artikler

Bundgaard, Jakob. & Bonde Jensen, Steffen. (2013). SU 2013, 343: Kvalifikationen af udenlandske enheder – forsøg på systematisering af nyere praksis. Karnov.

Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber, Gennemførelse af det interne marked, Hvidbog fra Kommissionen til Det europæiske Råd (Milano, den 28.-29. juni 1985), KOM (85) 310 s. 32 ff.

Notat 24. januar, J.nr. 09-0217746, SAU, Alm.del 2016-17, bilag 103: Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Skatteudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-480/16, Fidelity Funds m.fl.

Skatteministeriet. (2015). SAU Alm.del 2015-16, bilag 44: Analyse af beskatningen af investeringsinstitutter og deres investorer

(Rapport udgivet af Skatteministeriet - <https://www.skm.dk/aktuelt/publikationer/rapporter/analyse-af-beskatningen-af-investeringsinstitutter-og-deres-investorer/> )

### 10.8 Hjemmesider

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547>