

Kommentarer til udvalgte afgørelser Avancebeskatning ved afståelse af aktier i udenlandsk selskab, EU-retten og tredjelande (SKM2016.154.SR)

Af professor, ph.d. Anders Nørgaard Laursen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

1. Faktum

Et dansk aktieselskab (X A/S) havde i årene 2007-2010 løbende erhvervet 49 pct. af aktiekapitalen i et udenlandsk selskab (Y Ltd.). Det fremgik ikke af afgørelsen, hvor det udenlandske selskab var hjemmehørende (i afgørelsen angives blot "A-land"), men der fremgik dog det for sagen væsentlige, at A-land ikke var medlem af EU, og at Danmark ikke havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med A-land.

I 2013 besluttede X A/S at sælge aktierne i Y Ltd. Salget skete til det udenlandske selskab Z Holdings, som i forvejen ejede de resterende 51 pct. af Y Ltd. Det var om Z Holdings oplyst, at det var noteret på børsen i A-land, men at det var hjemmehørende i et andet land ("Bland"). Om salget af X A/S' aktier til Z Holdings fremgik det endvidere af afgørelsen, at det kunne lægges til grund, at der er tale om salg til en uafhængig tredjemand.

Spørgsmålet, som Skatterådet skulle besvare, lød: "Kan Skatterådet bekræfte, at avancen ved salg af aktier i Y (A-land) Ltd. er fritaget for beskatning hos X A/S?"

2. Aktierne i Y Ltd.

I SKM2016.154.SR var det afgørende for den skattemæssige behandling af X A/S' afståelse af aktierne i Y Ltd. i første omgang afgrænsningen mellem ABL §§ 8 og 9.

Efter ABL § 8 medregnes gevinst og tab ved afståelse af datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og skattefri porteføljeaktier ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

Henset til ejerandelen i Y Ltd. var det relevant at overveje, om aktierne kunne anses for datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 A. Som sådan defineres aktier, hvor moderselskabet ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, jf. ABL § 4 A, stk. 1, og da X A/S' ejerandel androg 49 pct., var denne betingelse opfyldt. Datterselskabsaktiedefinitionen indeholdt (og indeholder fortsat) også betingelser, som knyttede sig til datterselskabet forhold. I indkomståret 2013, som afgørelsen vedrørte, var definitionen som datterselskabsaktier betinget af, at datterselskabet:

1. Var omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h eller 3 a-5 b, eller
2. At beskatningen af udbytter fra datterselskabet frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Betingelse 1) gjaldt (og gælder fortsat) alene for de selskaber, som var hjemmehørende her i landet, jf. henvisningen til SEL § 1, mens betingelserne under 2) havde relevans for udenlandske selskaber, hvilket der konkret var tale om.

Da Y Ltd. som nævnt var hjemmehørende i A-land, som ikke var medlem af EU, skulle beskatningen af udbytter fra datterselskabet ikke frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU (moder-/datterselskabsdirektivet). Og da A-land heller ikke havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, skulle udbyttebeskatningen ikke frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i en sådan. Dagældende ABL § 4 A, stk. 2, udelukkede således, at aktierne kunne anses for datterselskabsaktier.

Aktiebesiddelsens i Y Ltd. kunne ej heller defineres som koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 B. Dette skyldtes, at X A/S og Y Ltd. ikke kunne sambeskattes, jf. SEL § 31 A, idet X A/S ikke kunne anses for moderselskab for Y Ltd., jf. SEL § 31 C. Y Ltd.s moderselskab måtte derimod være Z Holdings, som, jf. afsnit 1, måtte anses for en uafhængig tredjemand i forhold til X A/S.

Idet X A/S' ejerandel i Y Ltd. androg 49 pct., var det endvidere udelukket at definere aktierne som skattefri porteføljeaktier, idet definition som sådan fordrer en ejerandel på mindre end 10 pct. jf. ABL § 4 C, stk. 1.

De aktier, som X A/S ejede i Y Ltd., kunne således ikke indpasses under ABL §§ 4 A-4 C, og som sådan var avancen ikke skattefri i medfør af ABL § 8. Følgelig måtte avancen ved afståelse af aktierne skulle beskattes efter ABL § 9: Gevinst på aktier, der ikke er omfattet af ABL § 8, medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.(1)

Problemet (skattepligten) for X A/S opstod således, fordi ejerandelen i Y Ltd. lå i intervallet 10-50 pct.

Hvis X A/S havde ejet mindre end 10 pct. af aktierne i Y Ltd., ville aktierne skulle defineres som skattefri porteføljeaktier, jf. ABL § 4 C og kunne dermed afstås skattefrit, jf. ABL § 8. Hvis X A/S havde haft bestemmende indflydelse i Y Ltd., evt. ved at eje mere end 50 pct. af stemmerettighederne i Y Ltd., jf. SEL § 31 C, stk. 3, ville X A/S og Y Ltd. kunne sambeskattes, jf. SEL § 31 A. X A/S' aktier i Y Ltd. ville dermed kunne anses for koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 B, og ville kunne afstås skattefrit, jf. ABL § 8.

I intervallet 10-50 pct.s ejerandel, var det alene muligt at opnå skattefrihed ved afståelse af aktierne, såfremt disse kunne defineres som datterselskabsaktier. Men fordi dagældende ABL § 4 A, stk. 2 – i modsætning til ABL §§ 4 B og 4 C – indeholdt (og fortsat indeholder) en række betingelser til datterselskabet, som Y Ltd. ikke kunne opfylde, blev den realiserede avance skattepligtig for X A/S, jf. ABL § 9.

3. Sagens EU-retlige dimension

Det var allerede forudsat af spørger i beskrivelsen af de faktiske forhold, at aktierne i Y Ltd. efter ABL § 8 ikke kunne afstås skattefrit. Spørger gjorde imidlertid gældende, at det ville være i strid med EU-retten at gennemføre en beskatning af den ved salget realiserede avance.

Hvis Y Ltd. havde været et dansk aktieselskab, ville betingelsen i ABL § 4 A, stk. 2, have været opfyldt, hvormed aktierne kunne afstås skattefrit, jf. ABL § 8. Afgørende for, at afståelse af aktierne udløste beskatning, var altså alene af det faktum, at datterselskabet var hjemmehørende i udlandet. Ifølge spørger var dette udtryk for en forskelsbehandling af objektive sammenlignelige situationer (salg af aktier i et selskab hjemmehørende her i landet sammenlignet med salg af aktier i et udenlandsk selskab), og som sådan måtte de danske regler som udgangspunkt anses for at være i strid med EU-retten.

SKAT havde under sagen erklæret sig enig heri, hvilket skyldtes de seneste års udvikling i EU-domstolens praksis om afgrænsningen mellem art. 49 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) om etableringsfriheden og art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed. Der skal i det følgende redegøres herfor.

3.1 Etableringsfriheden, kapitalens fri bevægelighed og den indbyrdes afgrænsning

Selvom EU-medlemsstaterne i vid udstrækning har bevaret suveræniteten på området for de direkte skatter, hvor der kun i begrænset omfang er sket harmonisering, skal medlemsstaterne dog ved udøvelsen af den skattemæssige kompetence overholde EU-retten. Overholdelse af EU-retten fordrer bl.a., at medlemsstaterne ikke må opstille hindringer for de økonomiske frihedsrettigheder, som følger af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, herunder etableringsfriheden, jf. art. 49 TEUF samt kapitalens fri bevægelighed, jf. art. 63 TEUF.

I henhold til art. 49 TEUF er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på den anden medlemsstats område, herunder bl.a. ved at etablere datterselskaber i den anden medlemsstat. Rettighederne, som ifølge art. 49 TEUF gælder for "statsborgere i en medlemsstat", gælder tilsvarende for selskaber, jf. art. 54 TEUF.

Hvad angår kapitalens fri bevægelighed, følger det af art. 63, stk. 1 TEUF, at alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande er forbudt. Tilsvarende gælder for betalinger mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande, jf. art. 63, stk. 2 TEUF.

Som det ses, er forskellen på etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed ikke alene anvendelsesområdet, jf. straks neden for, men tillige beskyttelsens omfang. Hvor etableringsfriheden således alene gælder mellem medlemsstaterne, gælder kapitalens fri bevægelighed såvel for kapitalbevægelser og betalinger internt i EU som mellem en medlemsstat og et tredjeland.

Nationale regler om beskatning af aktieavance (på samme måde som udbyttebeskatningsregler) kan henføres under begge de nævnte frihedsrettigheder.(2) Det må dog antages, at aktiekøb *som udgangspunkt* skal anses for en kapitalbevægelse og som sådan i udgangspunktet omfattet af art. 63 TEUF(3), hvilket også blev lagt til grund af SKAT i SKM2016.154.SR. Idet sagen omhandlede salg af aktier i et datterselskab, som var beliggende i et tredjeland, ville skatteyderen dog kun være beskyttet af EU-retten, hvis sagsforholdet kunne henføres under art. 63 TEUF.

Den indbyrdes afgrænsning mellem art. 49 TEUF og art. 63 TEUF har i flere sager været prøvet af EU-domstolen, hvorfor der nu foreligger en nogenlunde fast skabelon for prøvelsen af, om en given national regel, som udgør en potentiel krænkelse af EU-retten, skal bedømmes efter art. 49 TEUF eller efter art. 63 TEUF.

I sagen C-251/98, *Baars*, fastlagde EU-domstolen principperne for den indbyrdes afgrænsning. EU-domstolen udtalte, at det afgørende moment for udøvelse af etableringsfriheden var, om skatteyderen var indehaver af en kapitalandel i et selskab, som gav ham "*en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at han kan træffe afgørelse om dets drift*".(4)

EU-domstolen har senere præciseret anvendelsen af dette kriterium. Hvor det afgørende tidligere var de *faktiske omstændigheder*, er det afgørende er nu tilsyneladende *formålet* med den regel, som udgør en potentiel krænkelse. Nationale skatteregler, der kun finder anvendelse på kapitalandele, som giver mulighed for at "*udøve en klar indflydelse på beslutningerne i et selskab og træffe afgørelse om dets drift*", henhører under anvendelsesområdet etableringsfriheden.(5) Afgørende er med andre ord, om en given retsregel har til *formål* at regulere beskatningen i tilfælde, hvor en skatteyder udøver kontrol. Ses der på dansk ret, må eksempelvis beskatningen af koncernselskabsaktier, jf. definitionen heraf i ABL § 4 B, være et eksempel på en regel, hvor formålet er beskatning af selskaber, som udøver kontrol med et andet selskab.

Det følger i modsætning hertil, at nationale bestemmelser, der finder anvendelse på "*kapitalandele erhvervet med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på et selskabs drift og kontrollen med det*", alene vurderes på baggrund af de frie kapitalbevægelser.(6) Et klart eksempel herpå er beskatning af skattefri koncernselskabsaktier, jf. definitionen i ABL § 4 C, stk. 1, hvorefter det afgørende er, at ejerandelen ikke overstiger 10 pct. I sin praksis har EU-domstolen fastslået, at en ejerandel på mindre end 10 pct. udelukker, at en aktionær kan udøve kontrol over datterselskabet.(7)

Afgørende for afgrænsningen mellem art. 49 TEUF og art. 63 TEUF er således i første omgang formålet med den nationale lovgivning.

I sagen C-35/11, *FII (2)*, fandt EU-domstolen lejlighed til yderligere at præcisere forholdet mellem art. 49 TEUF og art. 63 TEUF. I sagen gentog EU-domstolen indledningsvis, hvad der allerede var etableret praksis, nemlig at det afgørende moment ved valg mellem de to bestemmelser var formålet med den nationale lovgivning. EU-domstolen tilføjede herefter om den konkrete sag, at i det omfang formålet med den nationale lovgivning ikke gjorde det muligt at fastslå, om lovgivningen henhørte under art. 49 TEUF eller 63 TEUF, måtte der i stedet henses til de faktiske omstændigheder.(8) Konkret fandt EU-domstolen ikke overraskende, at en ejerandel på 100 pct. var tilstrækkeligt til at bedømme sagen under etableringsfriheden, idet kontrolbetingelsen utvivlsomt var opfyldt.(9)

I *FII (2)*-dommen gjorde EU-domstolen det dog umiddelbart efter disse betragtninger klart, at den konkrete ejerandel kun skulle tillægges betydning, *når begge selskaber var beliggende inden for EU*.(10) Hvad angik den situation, at det ene selskab (konkret et udbyttebetalende selskab) var hjemmehørende i et tredjeland, ville det være tilstrækkeligt at undersøge den nationale lovgivnings formål. De konkrete ejerforhold skulle i et sådan tilfælde ikke tillægges nogen betydning. Dermed var det klart, at såfremt formålet med den nationale lovgivning *kun* var at regulere beskatningen i tilfælde, hvor kontrolbetingelsen var opfyldt, ville forholdet henhøre under etableringsfriheden.

Efter denne konstatering sluttede EU-domstolen modsætningsvis for så vidt angik national lovgivning, som *ikke udelukkende* fandt anvendelse på situationer, hvor kontrolbetingelsen var opfyldt, og hvor datterselskabet var hjemmehørende et tredjeland. Her kunne det ikke udledes af formålet med lovgivningen, hvilken traktatbestemmelse, som skulle anvendes; men da de konkrete ejerforhold ikke skulle tillægges betydning, og da reglen *kun* fandt anvendelse, når kontrolbetingelsen var opfyldt, måtte forholdet skulle henføres under art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed.

Det blev efter *FII (2)*-dommen af afgørende betydning for afgrænsningen mellem art. 49 TEUF og art. 63 TEUF, ved hvilken ejerandel kontrolbetingelsen måtte anses for opfyldt. I dansk ret antog Skatteministeriet, at en ejerandel på mindst 10 pct. af kapitalen i et andet selskab måtte anses for at være en tilstrækkelig stor ejerandel til at kunne opfylde kontrolkriteriet.(11) Som sådan skulle aktieavancebeskatningslovens regler om beskatning af datterselskabsaktier, jf. definitionen heraf i ABL § 4 A, stk. 1, ikke henføres under art. 63 TEUF.

Senere praksis fra EU-domstolen har dog vist, at denne antagelse ikke holdt stik.

I sagen C-282/12, *Itelcar*, skulle EU-domstolen tage stilling til portugisiske rentefradragsbegrænsningsregler, som fandt anvendelse, når der var en "særlig forbindelse" mellem kreditor og debitor. I sagen havde et portugisisk selskab gæld til et selskab i et tredjeland og havde grundet den nævnte værnsregel mistet retten til at fradrage en del af sine renteudgifter. Til spørgsmålet om, hvorvidt det portugisiske selskab kunne påberåbe sig art. 63 TEUF, udtalte

EU-domstolen specifikt om en ejerandel på mindst 10 pct., at *“deltagelse af en sådan størrelse ikke nødvendigvis medfører, at indehaveren af en sådan deltagelse udøver en klar indflydelse på beslutningerne i det selskab, hvori han er aktionær”*.(12) Forholdet måtte derfor bedømmes under art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed, hvorfor skattemynderen var beskyttet af EU-retten, selvom kreditor var hjemmehørende i et tredjeland.

Med Itelcar-dommen stod det som nævnt klart, at nationale regler, som fandt anvendelse, når skattemynderen havde en ejerandel på mindst 10 pct. af kapitalen i et andet selskab, ikke dermed pr. definition skulle henføres til art. 49 TEUF. Allerede derfor måtte de danske regler om aktieavancebeskatning, jf. definitionen af datterselskabsaktier i ABL § 4 A, stk. 2, sammenholdt med ABL §§ 8 og 9, anses for at være problematiske i relation til EU-retten.(13) Den sidste tvivl om dette forhold blev fjernet med dommen i sag C-47/12, *Kronos*.(14) Dommen vedrørte tyske regler om lempelse for dobbeltbeskatning i forbindelse med modtagelse af udbytte (bl.a.) fra selskaber i tredjelande. Reglerne fandt anvendelse, når ejerandelen i datterselskabet androg mindst 10 pct.

Om hvorvidt art. 49 TEUF eller art. 63 TEUF skulle finde anvendelse, udtalte EU-domstolen i overensstemmelse med Itelcar-dommen, at en ejerandel på mindst 10 pct. ikke var ensbetydende med, at de tyske regler havde til formål kun at finde anvendelse i tilfælde, hvor kontrolbetingelsen var opfyldt. Dermed måtte forholdet skulle bedømmes i lyset af art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed.(15) Og i overensstemmelse med FII (2)-dommen blev de faktisk ejerandele ikke tillagt nogen betydning, uagtet at Kronos gennem hele den periode, som sagen vedrørte, ejede kapitalandele på ca. 93-100 pct. i de forskellige datterselskaber, der udbetalte udbyttet,(16) og dermed de facto måtte anses for at have kontrol med disse.

3.2 Lovforslag L123 2015/16

Skatterådets afgørelse er dateret den 15/3 2016, og afgørelsen er offentliggjort med SKM-nummer den 5/4 2016. Af afgørelsen fremgår det, at anmodningen om bindende svar havde været undergivet en *“langvarig behandling”* hos SKAT, og at parterne under behandlingen var nået til enighed om, at sagen måtte bedømmes under art. 63 TEUF. Under denne *“langvarige behandling”* var Skatterådet imidlertid blevet overhalet af Skatteministeriet, som den 23/2 2016 havde fremsat lovforslag L123.(17) Lovforslaget blev siden vedtaget som lov nr. 652 af 8/6 2016. I bemærkningerne til lovforslaget erkendte Skatteministeriet, at den dagældende datterselskabsaktiedefinition i ABL § 4 A, stk. 2, var i strid med EU-retten. Skatteministeriet henviste direkte til Kronos-dommen, jf. oven for i afsnit 3.1, som begrundelse for det ændrede syn på EU-rettens betydning for beskatning af datterselskabsaktier.(18) Det forekommer oplagt at læse sammenhængen mellem SKM2016.154.SR og L123 således, at det har været spørgers argumentation under drøftelserne med SKAT end Kronos-dommen (som ved fremsættelsen af L123 var halvandet år gammel), der havde motiveret skatteministeren til at ændre sit syn EU-rettens betydning for aktieavancebeskatningslovens regler om beskatning af datterselskabsaktier.

Uanset Skatteministeriets bevæggrunde fik fremsættelsen af L123 dog direkte betydning for udfaldet af SKM2016.154.SR. Med L123 blev ABL § 4 A, stk. 2, som nævnt ændret. Hvad angår ejerandele i udenlandske selskaber, fordrer datterselskabsaktiedefinitionen nu, at *“datterselskabet er et tilsvarende udenlandsk selskab”(19), der er selskabsskattepligtigt uden fritagelse i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, herunder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og den kompetente myndighed i denne stat skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en*

dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager”.

3.3 Den ændrede datterselskabsaktiedefinitions betydning for SKM2016.154.SR

Med den ændrede datterselskabsdefinition er de danske regler på området nu ifølge Skatteministeriet gjort EU-konforme.(20) Erkendelsen af, at den hidtidige definition i ABL § 4 A, stk. 2, således ikke var i overensstemmelse med EU-retten, førte imidlertid ikke til, at SKAT (eller Skatterådet) gav spørger medhold i SKM2016.154.SR.

Tvært imod opstod der under sagens behandling den lettere absurde situation, at SKAT med udgangspunkt i det ændringsforslag til ABL § 4 A, stk. 2, som var fremsat med L123, men endnu ikke vedtaget(!), kunne konstatere, at afståelse af de i sagen omhandlede aktier ej heller efter de (måske i fremtiden) ændrede regler kunne ske skattefrit.

Argumentationen var som følger.

Efter den ændrede datterselskabsaktiedefinition er det en betingelse, at datterselskabet er beliggende i et land, hvor den kompetente myndighed udveksler oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager. På det tidspunkt, da X A/S afhændede aktierne i Y Ltd. (den 28/3 2013), gjaldt der ikke nogen aftale om gensidig udveksling af oplysninger i skattesager mellem Danmark og A-land.

Hvor de danske regler om beskatning af avance ved afståelse af datterselskabsaktier såvel før som efter vedtagelsen af L123 måtte anses for at udgøre en restriktion for de frie kapitalbevægelser med tredjelande i strid med art. 63 TEUF, måtte denne restriktion dog – ifølge SKAT – være retfærdiggjort af tvingende almene hensyn, nemlig hensynet til en effektiv skattekontrol. Netop fraværet af en aftale om gensidig udveksling af oplysninger i skattesager mellem Danmark og A-land gjorde det umuligt for SKAT at kontrollere, at betingelserne for skattefrihed i øvrigt var opfyldte.

SKAT kunne til støtte for disse synspunkter henvise til bemærkninger til L123, som indeholdt en fortolkning af EU-domstolens praksis på området, jf. sag C-101/05, *Skatteverket*. SKAT havde endvidere henvist til sag C-48/11, *A Oy*.

I disse sager havde EU-domstolen accepteret, at hensynet til en effektiv skattekontrol kunne retfærdiggøre nationale regler med restriktiv virkning for tredjelande. I sag C-101/05, *Skatteverket*, fastslog EU-domstolen:

“når muligheden for i henhold til lovgivningen i en medlemsstat at opnå en skattefordel er afhængig af, at man opfylder nogle betingelser, hvis overholdelse kun kan kontrolleres ved, at der indhentes oplysninger fra et tredjelandets kompetente myndigheder, er det som udgangspunkt lovligt, at denne medlemsstat nægter at indrømme denne fordel, hvis det, bl.a. på grund af at dette tredjeland ikke er aftalemæssigt forpligtet til at afgive oplysninger, viser sig umuligt at indhente disse oplysninger fra tredjelandet.”(21)

Heroverfor gjorde spørger gældende, at SKAT dermed havde overset det meget væsentlige, at hensynet til en effektiv skattekontrol kun kunne retfærdiggøre en restriktion i det omfang, der virkelig var et kontrolbehov.

SKAT havde henvist til, at det dels ikke var muligt at indhente pålidelige og kontrollerbare oplysninger hos A-lands myndigheder vedrørende forhold så som strukturen i Y Ltd, herunder om der efter en dansk vurdering i det hele taget var tale om et selskab, om ejerforholdene i selskabet mv., dels at det kunne være nødvendigt at indhente oplysninger for at kontrollere, om datterselskabet var

undergivet selskabsskattepligt i A-land, herunder at der er tale om et selskabsskattesystem, der som det danske var indkomstbaseret, og at selskabet ikke var fritaget fra beskatning.

Spørger gjorde imod disse anbringender gældende, at SKAT opstillede "kunstige kontrolbehov".

Spørger påpegede for det første, at hensås der til beskatning af koncernselskabsaktier og skattefri porteføljeaktier, jf. ABL §§ 4 B, 4 C og 8, fandtes ingen tilsvarende betingelser om, at datterselskabet skulle være hjemmehørende i et land, hvor de kompetente myndigheder udvekslede oplysninger med SKAT. Herimod anførte SKAT, at det ikke kunne gøre nogen forskel, at lovgiver ikke havde valgt at opstille udveksling af oplysninger som betingelse for skattefrihed ved salg af sådanne aktier.

For det andet gjorde spørger gældende, at SKAT allerede var i besiddelse af alle de oplysninger om aktiebesiddelsen i Y Ltd., som måtte være nødvendig for at indrømme skattefritagelse for den realiserede aktieavance. Frem til afståelsestidspunktet var aktierne ejet af X A/S, og aktieavancen blev dermed realiseret af et dansk selskab, som var underlagt bogførings- og regnskabslovgivning her i landet.

Spørger henviste herefter til det paradoksale i, at SKAT skulle have et særligt kontrolbehov i forhold til en eventuel skattefritagelse af aktieavancen. Hvis avancen omvendt skulle beskattes hos X A/S (fordi det ifølge SKAT ikke var muligt at kontrollere oplysninger i udlandet), måtte SKAT jo have et tilsvarende kontrolbehov – som SKAT i så fald ville være nødsaget til at løse uden indhentelse af oplysninger fra myndighederne i A-land.

Endelig henviste spørger til, at alle relevante oplysninger fandtes på online på en af A-lands officielle websites, hvor oplysninger om indregistrerede selskaber kunne udsøges.

SKAT lod sig dog ikke overbevise af spørgers argumenter og indstillede til Skatterådet, at spørgsmålet om, hvorvidt X A/S aktier i Y Ltd. kunne afstås skattefrit, skulle besvaret benægtende. Skatterådet tiltrådte uden videre SKATs indstilling.

Spørger har efterfølgende påklaget sagen til Landsskatteretten.

5. Kommentarer

5.1 Generelt om kapitalens fri bevægelighed og tredjelände

Spørgsmålet om kapitalens fri bevægelighed har tidligere levet en skyggetilværelse sammenlignet med de øvrige frihedsrettigheder i EUF-traktaten, herunder navnlig etableringsfriheden og arbejdskraftens fri bevægelighed.(22) I de senere år er der imidlertid kommet øget fokus på bestemmelsen, hvilket skyldes dens virkning overfor tredjelände. Som sådan er SKM2016.154.SR udtryk for, at også danske skatteydere og deres rådgivere i stadigt stigende omfang bliver opmærksom på de muligheder, som ligger i art. 63 TEUF.

At art. 63 TEUF forbyder restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger mellem medlemsstaterne og tredjelände, stiller medlemsstaterne i en vanskelig position i forbindelse med forhandlinger om liberalisering af kapitalmarkeder med tredjelände: Hvorfor skulle tredjelände være interesserede i en *gensidig* kapitalmarkedsliberalisering, når en sådan liberaliseringsforpligtelse allerede påhviler EU-medlemslandene *unilateralt*?

Denne særdeles ugunstige forhandlingsposition, som eksistensen af art. 63 TEUF bringer medlemsstaterne i, blev i sag C-101/05, *Skatteverket*, påberåbt til støtte for en (for medlemsstaterne) mere lempelig fortolkning af art. 63 TEUF over for tredjelände.(23) Imod dette synspunkt konstaterede EU-domstolen, at liberaliseringen af kapitalbevægelser til og fra tredjelände utvivlsomt kunne forfølge andre formål end gennemførelsen af det indre marked, såsom at

skabe tillid til Euroen på de internationale finansmarkeder og at bevare "finanscentre af global betydning" i medlemsstaterne. Lakonisk tilføjede EU-domstolen imidlertid, at "*medlemsstaterne, ikke desto mindre ved udvidelsen [...] af princippet om frie kapitalbevægelser til at omfatte kapitalbevægelser mellem tredjelände og medlemsstaterne valgte at fastsætte dette princip i samme artikel og i samme vendinger for kapitalbevægelser, som finder sted inden for Fællesskabet, og kapitalbevægelser, som vedrører relationer til tredjelände*".(24) Eller udtrykt på jævnt dansk: medlemsstaterne ligger, som de har redt.

EU-domstolen er dog opmærksom på, at tredjeländsvirkningen af kapitalens fri bevægelighed har potentiel endog meget stor betydning for medlemsstaterne, og at anvendelsesområdet derfor ikke må strækkes for vidt. I C-47/12, *FII (2)*, udtale EU-domstolen:

"Eftersom traktaten ikke udvider etableringsfriheden til tredjelände, bør det undgås, at fortolkningen af artikel 63, stk. 1, TEUF for så vidt angår forbindelserne til tredjelände gør det muligt for erhvervsdrivende, som ikke er omfattet af det territoriale anvendelsesområde for etableringsfriheden, at drage fordel af denne frihed".(25)

I sin praksis har EU-domstolen således også accepteret, at der kan være en videre adgang til at begrunde en restriktion for kapitalens fri bevægelighed i relation til tredjelände, ligesom den har accepteret, at beskatning af kapitalbevægelser i relation til tredjelände ikke altid kan sammenlignes med beskatning af kapitalbevægelser mellem EU-medlemsstater.(26)

Praksis vidner altså om, at EU-domstolen er bevidst om de modstående hensyn, der knytter sig til kapitalens fri bevægelighed i forhold til tredjelände. På den ene side er det et uomtvisteligt faktum, at ordlyden af art. 63 TEUF ikke sonderer mellem behandlingen af kapitalbevægelser mellem medlemsstater internt i EU og mellem medlemsstater og tredjelände. På den anden side må der indrømmes medlemsstaterne et vist spillerum ved bedømmelsen af nationale (skatte)reglers evt. krænkelse af kapitalens fri bevægelighed i relation til tredjelände.

5.2 SKM2016.154.SR – det videre forløb

Som nævnt oven for er Skatterådets bindende svar blevet påklaget til Landsskatteretten.

Sagens stridspunkt er, om den restriktion for kapitalens fri bevægelighed, som den danske datterselskabsaktiedefinition utvivlsomt afføder, kan begrundes i hensynet til en effektiv skattekontrol.

På den ene side er det klart, at rent formelt kan en restriktion for kapitalens fri bevægelighed begrundes i hensynet til en effektiv skattekontrol, og ligeledes er det klart, at dette hensyn tillægges større vægt i forholdet mellem en EU-medlemsstat og et tredjeländ end i forholdet mellem to medlemsstater. Hvor der ingen aftale om informationsudveksling findes mellem de kompetente myndigheder i en medlemsstat og et givent tredjeländ, vil restriktioner kunne begrundes med hensynet til en effektiv skattekontrol.(27)

Hensynet til en effektiv skattekontrol kan imidlertid ikke anvendes som en "besværgelse", der uden videre kan begrunde restriktive foranstaltninger. Det påhviler den medlemsstat, der vil påberåbe sig hensynet til en effektiv skattekontrol, at redegøre for, hvorfor der konkret eksisterer et sådan beskyttelseshensyn.(28) Det følger også af EU-domstolens praksis, at hvor der intet kontrolbehov findes, kan hensynet ikke begrunde en restriktion, selvom der konkret ikke findes en aftale om informationsudveksling. Et eksempel herpå sås i sag C-377/07, *STEKO*. I sagen havde EU-retten fundet, at tyske regler om nægtelse af fradrag for kurstab hidrørende fra kapitalandele i bl.a. tredjelände udgjorde en restriktion for kapitalens fri bevægelighed. Den tyske regering gjorde gældende, at i relation til kurstab på kapitalandele i selskaber i tredjelände var

restriktionen begrundet i hensynet til en effektiv skattekontrol. Hertil bemærkede EU-domstolen kort, at i det omfang kurstabet (som var det, den tyske regering mente, det var nødvendigt at kontrollere størrelsen af) var en følge af kursfald på børserne, kunne hensynet til en effektiv skattekontrol ikke begrunde restriktionen.(29)

Det egentlige spørgsmål, som Landsskatteretten skal tage stilling til, er således, om der eksisterer et reelt kontrolbehov, som hævdet af SKAT og tiltrådt af Skatterådet. Er behovet for at kontrollere de skattemæssige forhold for Y Ltd., skattereglerne i A-land, ejerforholdet i Y Ltd. mv. reelle, kan den manglende informationsudvekslingsaftale mellem Danmark og A-land sandsynligvis begrunde restriktionen. Har spørger omvendt ret i argumentet om, at SKAT allerede har alle de relevante informationer, hvorfor der ikke er realitet bag kontrolbehovet, og at det derfor er uden betydning, at der ikke var nogen aftale om informationsudveksling mellem de kompetente myndigheder i Danmark og A-land, kan restriktionen ikke begrundes.

Et krav om informationsudvekslingsaftale er selvsagt kun relevant, hvis der består et kontrolbehov. Ifølge spørger var der intet kontrolbehov, da SKAT netop havde alle relevante informationer. Dette argument – og de dertil hørende yderligere anbringender, som spørger fremførte, jf. ovenfor i afsnit 3.3 – forekommer overbevisende, og det vil være vanskeligt for Landsskatteretten at bortse herfra. Spagfærdigt må det dog tilføjes, at kontrolbehovet vel består, såfremt SKAT ikke stoler på, at informationerne er retvisende.

I forlængelse heraf kan der henses til to sager, som ikke ses behandlet for Skatterådet: sag C-451/05, *ELISA* og sag C-72/09, *Établissements Rimbaud*.

De to sager omhandlede materielt de samme regler.(30) Efter fransk lovgivning blev udenlandske selskaber pålagt en afgift af værdien af en fast ejendom beliggende i Frankrig. Hvis selskaberne var hjemmehørende i Frankrig eller i et land, med hvilket Frankrig havde indgået en overenskomst om administrativ bistand til bekæmpelse af skattesvig og skatteunddragelse, blev der ikke pålagt nogen afgift, såfremt selskaberne årligt indsendte en række oplysninger til de franske myndigheder. Nærmere bestemt drejede det sig om beliggenheden, omfanget og værdien af de faste ejendomme, samt navn og adresse på deres medejere og antallet af hver af disses aktier eller andele.(31)

I *ELISA*-dommen var skatteyderen et selskab, som var hjemmehørende i Luxembourg. EU-domstolen havde fundet, at de franske regler var udtryk for en restriktion for kapitalens fri bevægelighed, hvilket den franske regering søgte at begrunde med henvisning til, at reglen var nødvendig for at hindre misbrug.

“Den franske regering har anført, at den omtvistede afgift har til formål at afskrække skattepligtige personer, som skal svare fransk formueskat, fra at unddrage sig denne beskatning ved at oprette selskaber, som bliver ejere af fast ejendom beliggende i Frankrig, i stater, som ikke med Den Franske Republik har indgået en overenskomst om administrativ bistand eller en overenskomst[.]”(32)

EU-domstolen accepterede den franske regerings argument om, at reglerne hindrede misbrug, og gik derfor videre til at undersøge, om reglerne var proportionelle.

Den franske regering havde henvist til, at reglerne var proportionelt indrettede som følge af de vanskeligheder, de franske skattemyndigheder havde med at bevise skattesvig, *“i mangel af troværdige oplysninger, der gør det muligt at kontrollere de oplysninger, som de skattepligtige personer afgiver i deres erklæringer”*.(33)

Sædvanligvis ville et sådan argument om kontrolvanskeligheder i forholdet mellem to medlemsstater blive afvist med henvisning til det på daværende tidspunkt gældende direktiv om gensidig bi-

stand i skattesager (77/799). Efter EU-domstolens faste praksis kan en medlemsstat således anmode den anden medlemsstats kompetente myndigheder om at fremskaffe alle oplysninger, der er nødvendige for at foretage en korrekt skatteansættelse. I sagen var anvendelsen af det pågældende direktiv af konkrete årsager dog begrænset, og de franske myndigheder var derfor afskåret fra at indhente oplysninger om skatteyderne fra myndighederne i Luxembourg. Dette forhold kunne dog ikke i sig selv begrunde restriktionen.

EU-domstolen henviste til, at de franske skattemyndigheder blot kunne afkræve den nødvendige information fra skatteyderen og gøre fritagelse for den omhandlede afgift betinget heraf. Det ville være i strid med EU-retten kategorisk at udelukke muligheden for, at skatteyderen kunne fremlægge dokumentation, på grundlag af hvilken de franske skattemyndigheder klart og præcist kunne kontrollere, at skatteyderen ikke forsøgte at unddrage sig eller omgå betalingen af skat.(34)

Da de franske regler ikke tillod denne mulighed, men rent kategorisk udelukkede at fritage udenlandske selskaber fra den omhandlede afgift, hvis der ikke var en aftale om informationsudvikling med det udenlandske selskabs domicilland, var reglerne i strid med kapitalens fri bevægelighed, jf. art. 63 TEUF.

Sagen C-72/09, *Établissements Rimbaud*, omhandlede som nævnt de materielt samme regler, men adskilte sig fra *ELISA*-dommen derved, at *Établissements Rimbaud SA* var hjemmehørende i Liechtenstein og altså dermed uden for EU.

I sagen gentog EU-domstolen sit ræsonnement fra *ELISA*-dommen og fandt, at de franske regler udgjorde en restriktion for kapitalens fri bevægelighed, jf. art. 63 TEUF samt art. 40 i Aftalen om det Europæiske Økonomiske Samarbejde (EØS-aftalen). Og ligeledes som i *ELISA*-dommen undersøgte EU-domstolen, om restriktionen kunne begrundes i hensynet til at bekæmpe skattesvig og hensynet til en effektiv skattekontrol.

Da det allerede var etableret med *ELISA*-dommen, at de franske regler var *egnede* til at bekæmpe misbrug, var det alene nødvendigt at undersøge, om reglerne var proportionelle. I den sammenhæng fandt EU-domstolen anledning til at udtale sig principielt om hensynet til en effektiv skattekontrol i forhold til tredjelande:

“Det bemærkes imidlertid, at den sag, som gav anledning til ELISA-dommen, vedrørte faktiske omstændigheder vedrørende medlemsstater i Unionen og ikke tredjelande. Som angivet [...] vedrører den besvarelse af de præjudicielle spørgsmål, som nævnte dom giver, derfor kun forholdet mellem Unionens medlemsstater.

Det bemærkes, at den retspraksis, som vedrører restriktioner for den frie bevægelighed inden for Unionen, ikke kan overføres uindskrænket til kapitalbevægelser mellem medlemsstater og tredjelande, eftersom sådanne bevægelser indgår i en anden retlig sammenhæng”.(35)

EU-domstolen indskærpede således, at *ELISA*-dommens resultat ikke uden videre kunne henføres ukritisk på forholdene i *Rimbaud*-dommen. Dette skyldtes netop, at *Rimbaud*-dommen vedrørte tredjelandforbindelser, og at kapitalbevægelser med tredjelande indgår i en anden retlig sammenhæng.

Konkret kunne EU-domstolen henvise til, at (det nu ophævede) direktiv om gensidig bistand (77/799) ikke var gældende for Liechtenstein som et tredjeland. EU-domstolen udtalte på den baggrund:

“I hovedsagen er det således umuligt for den franske skatteforvaltning fra myndighederne i Fyrstendømmet Liechtenstein at opnå de oplysninger, som er nødvendige for at kunne udøve en effektiv kontrol af de oplysninger, som de afgiftspligtige selskaber har afgivet.

Det følger heraf, at når muligheden for i henhold til en medlemsstats lovgivning at opnå en skattefordel er afhængig af, at man opfylder nogle betingelser, hvis overholdelse kun kan kontrolleres ved, at der indhentes oplysninger fra et de kompetente myndigheder i et tredjeland, der er medlem af EØS, er det som udgangspunkt lovligt, at denne medlemsstat nægter at indrømme denne fordel, hvis det, bl.a. på grund af at dette tredjeland ikke er aftalemæssigt forpligtet til at afgive oplysninger, viser sig umuligt at indhente disse oplysninger fra sidstnævnte.” (36)

Afgørende synes således ifølge EU-domstolen at være selve muligheden for (eller manglen på samme) at kontrollere de oplysninger, som er nødvendige for at foretage en korrekt skatteansættelse, herunder om betingelserne for en skattefritagelse er opfyldte.

I Rimbaud-dommen havde Kommissionen gjort gældende, at de franske skattemyndigheder vel blot kunne afkræve skatteyderen den nødvendige dokumentation for skattefritagelsen. Dermed ville Rimbaud-dommen være i overensstemmelse med resultatet af ELISA-dommen.

Også dette argument afviste EU-domstolen:

“Denne retspraksis [dvs. ELISA-dommen] finder imidlertid ikke anvendelse på den anderledes situation vedrørende et selskab, som er etableret i Fyrstendømmet Liechtenstein. Selv om de luxembourgske myndigheder i den situation, som var omhandlet i ELISA-dommen, i princippet ikke havde pligt til i medfør af artikel 8, stk. 1, i direktiv 77/799 at afgive oplysninger, er der imidlertid tale om helt andre retlige rammer”. (37)

Hvor Frankrig således i relation til skatteydere fra andre medlemsstater var forpligtet til at give skatteyderne mulighed for at dokumentere, at betingelserne for at opnå fritagelse for den omhandlede afgift var tilstede, fulgte der ikke en tilsvarende pligt i relation til skatteyder fra tredjelande. Bemærkelsesværdigt er det også, at EU-domstolen atter betoner de “helt andre retlige rammer”, som gør sig gældende i tredjelandsforhold, hvor det pågældende direktiv ikke finder anvendelse.

De to sager – og navnlig det forskellige udfald – synes at illustrere, at der tilsyneladende lægges stor vægt på det rent formelle fravær af muligheden for at efterprøve oplysninger om ejerforhold mv., når der er tale om kapitalbevægelser med et tredjeland. De nødvendige oplysninger for at undgå at blive pålagt den omhandlede afgift

i de to sager var bl.a. beliggenheden, omfanget og værdien af de faste ejendomme. Disse oplysninger er vel ikke helt anderledes end dem, som er nødvendige efter ABL § 4 A, stk. 2. Når det som i Rimbaud-dommen således var umuligt for de franske myndigheder at kontrollere oplysningernes rigtighed i mangel på en aftale om gensidig udveksling af oplysninger mellem de kompetente myndigheder, kunne restriktionen begrundes i hensynet til en effektiv skattekontrol. Idet SKAT tilsvarende ikke kunne kontrollere oplysningerne om ejerandel, skattemæssige forhold i A-land mv. i SKM2016.154.SR, da der ej heller eksisterede en informationsudvekslingsaftale mellem de kompetente myndigheder i Danmark og A-land, kan det vel næppe udelukkes, at Landsskatteretten vil lade sagen falde ud til SKATs fordel. (38)

Omvendt må det hævdes, at der også er momenter, som taler for det modsatte resultat.

Som påpeget af spørger i SKM2016.154.SR gælder det ikke som en betingelse for at opnå skattefrihed ved salg af koncernselskabsaktier eller skattefri porteføljeaktier, at ejerforhold mv. kan kontrolleres i henhold en aftale om gensidig udveksling af oplysninger med de kompetente myndigheder i et tredjeland. Dette forekommer arbitrært. Det er vanskeligt at forstå, at der i relation til datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 A, skulle være et *reelt* behov for under anvendelse af en gensidig aftale om informationsudveksling at kontrollere oplysningerne om datterselskabet, når der tilsyneladende ikke eksisterer et tilsvarende behov for så vidt angår koncernselskabsaktier og skattefri porteføljeaktier. Dette forhold kunne skabe en formodning for, at behovet derfor netop *ikke* er reelt. I så fald kan hensynet til en effektiv skattekontrol ikke begrunde den restriktive danske beskatningsordning, som skyldes definitionen af datterselskabsaktier i ABL § 4 A, stk. 2.

Samlet set synes der at være momenter, der taler for såvel som imod skatteyderens sag. Det bliver bl.a. derfor spændende at følge sagens videre færd, herunder ikke mindst, om EU-domstolen ad åre vil få lejlighed til at udtale sig om spørgsmålet. Første skridt på denne rejse mod Luxembourg kunne jo være, at Landsskatteretten gjorde brug af dens kompetence til at anmode EU-domstolen om en præjudiciel afgørelse, som er forudsat i forarbejderne til SFL § 40, (39) men som Landsskatteretten så vidt vides endnu ikke har gjort brug af.

- (1) Forudsat at der ikke er tale om næringsaktier, egne aktier eller aktier i investeringselskaber, jf. ABL §§ 10, 17 og 19.
- (2) Jf. Erik Banner-Voigt i SR-Skat 2016, s. 210 ff.
- (3) Jf. nærmere Jeppe R. Stokholm, EU Skatteret, 2008, s. 425 ff. og Ben J.M. Terra m.fl., European Tax Law, 6. udg. 2012, s. 71 ff.
- (4) Jf. C-251/98, *Baars*, præmis 22.
- (5) Jf. C-446/04, *FII (1)*, præmis 37 med yderligere henvisning til praksis. Om udviklingen i praksis se Erwin Nijkeuter og Maarten F. de Wilde i EC Tax Review 2013-5, s. 250 ff. (252).
- (6) Jf. C-436/08, *Haribo*, præmis 25.
- (7) Jf. C-168/11, *Becker*, præmis 29, og C-47/12, *Kronos*, præmis 33-34.
- (8) Jf. C-35/11, *FII (2)*, præmis 93-94.
- (9) Jf. C-35/11, *FII (2)*, præmis 95.
- (10) Jf. C-35/11, *FII (2)*, præmis 97-99.
- (11) Jf. Skatteministeriets kommentar til høringssvaret fra Advokatrådet til lovforslag L49 af 1/11 2012 (Skattefritagelse af avancer af selskabers noterede porteføljeaktier og forhøjelse af lønsumsafgiften for den finansielle sektor).
- (12) Jf. C-282/12, *Itelcar*, præmis 22.
- (13) Jf. Erik Banner-Voigt i SR-Skat 2016, s. 210 ff. og tilsvarende Martin Poulsen i SR-Skat 2016, s. 405 ff.
- (14) Det bemærkes, at Kronos-dommen (C-47/12) blev afsagt 11/9 2014 og dermed næsten et år efter Itelcar-dommen (C-282/12), som blev afgjort 3/10 2013, selvom sidstnævnte fik tildelt sagsnummer senere end Kronos-dommen.
- (15) Jf. C-47/12, *Kronos*, præmis 35-41.
- (16) Jf. C-47/12, *Kronos*, præmis 26.
- (17) Jf. herom Anders Nørgaard Laursen i SR-Skat 2016, s. 229 ff.
- (18) Jf. pkt. 9.2 i bemærkningerne til L123 af 23/2 2016.
- (19) Formuleringen "et tilsvarende udenlandsk selskab" henviser til, at selskabet skal svare til de danske selskaber, som er nævnt indledningsvis i ABL § 4 A, stk. 2, dvs. et selskab omfattet af er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h eller 3 a-5 b.
- (20) Jf. pkt. 2.2.2 i bemærkningerne til L123 af 23/2 2016.
- (21) Jf. C-101/05, *Skatteverket*, præmis 63. Tilsvarende fremgik af C-48/11, *A Oy*, præmis 36. Se også C-72/09, *Établissements Rimbaud*, præmis 44.
- (22) Jf. Ben J.M. Terra m.fl., European Tax Law, 6. udg. 2012, s. 72.
- (23) Jf. C-101/05, *Skatteverket*, præmis 29-30.
- (24) Jf. C-101/05, *Skatteverket*, præmis 31.
- (25) Jf. C-47/12, *FII (2)*, præmis 100. Om betydningen af denne principielle udtalelse se Philip Baker i Michael Lang m.fl. (red.), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2012, 2013, s. 246 f.
- (26) Jf. Ben J.M. Terra m.fl., European Tax Law, 6. udg. 2012, s. 75, og Daniël S. Smit i EC Tax Review 2012-5 s. 233 ff. (240 ff.).
- (27) Jf. Daniël S. Smit i EC Tax Review 2012-5 s. 233 ff. (243 med note 89).
- (28) Jf. C-521/07, *Kommissionen mod Holland*, præmis 49, og forenede sager C-338/11 ff., *Santander m.fl.*, præmis 54.
- (29) Jf. C-377/07, *STEKO*, præmis 55.
- (30) Jf. C-72/09, *Établissements Rimbaud*, præmis 14.
- (31) Jf. C-451/05, *ELISA*, præmis 7, og C-72/09, *Établissements Rimbaud*, præmis 7.
- (32) Jf. C-451/05, *ELISA*, præmis 84.
- (33) Jf. C-451/05, *ELISA*, præmis 90.
- (34) Jf. C-451/05, *ELISA*, præmis 95-98.
- (35) Jf. C-72/09, *Établissements Rimbaud*, præmis 39-40.
- (36) Jf. C-72/09, *Établissements Rimbaud*, præmis 43-44.
- (37) Jf. C-72/09, *Établissements Rimbaud*, præmis 46.
- (38) Til støtte for dette resultat taler også C-540/7, *Kommissionen mod Italien*, præmis 65-76. I sagen accepterede EU-domstolen italienske regler, hvorefter udbytte, som blev udloddet til aktionærer i tredjelande, blev behandlet mindre gunstigt end udbytte, der blev udloddet til hjemmehørende aktionærer. Den italienske regering havde gjort gældende, at reglerne var begrundet i hensynet til at bekæmpe skattesvig. EU-domstolen påpegede, at direktiv 77/799 om gensidig bistand på skatteområdet ikke fandt anvendelse i relation til tredjelande, og at der ikke på anden baggrund kunne finde udveksling af oplysninger sted mellem de kompetente myndigheder i Italien og hhv. Liechtenstein, Island og Norge. På den baggrund fandt EU-domstolen, at de restriktive italienske regler var begrundet i hensynet til at bekæmpe misbrug.
- (39) Jf. pkt. 4.14 og pkt. 12 i bemærkningerne til L110 af 24/2 2005. Se dog kritisk Jeppe R. Stokholm, EU Skatteret, 2008, s. 70 f.