

# Kommentarer til udvalgte afgørelser - Skattemæssig kvalifikation af en udenlandsk fond, dobbeltbeskatningsoverenskomstbeskyttelse og EU-retten (SKM2017.539.VLR)

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

## 1. Introduktion

Fonde, der er omfattet af lov om fonde og visse foreninger (fondsloven) eller af lov om erhvervsdrivende fonde (erhvervsfondsloven), beskattes – medmindre fonden er undtaget fra disse love – efter reglerne i fondsbeskatningsloven, jf. FBL § 1, stk. 1, nr. 1. Med henvisningen til fondsloven og erhvervsfondsloven er det klart, at der er tale om fonde, som er undergivet dansk fondsregulering.

Udenlandske fonde (og andre selvejende institutioner) er selv sagt ikke underlagt danske fondsregler og beskattes ej heller efter fondsbeskatningsloven, med mindre den udenlandske fond har ledelsens sæde her i landet, jf. FBL § 1, stk. 1, nr. 4. Fondsbegrebet i FBL § 1, stk. 1, nr. 4, er afgrænset efter samme retningslinjer, som gælder for danske fonde. En udenlandsk fond med ledelsens sæde her i landet er således kun skattepligtig efter fondsbeskatningslovens regler, hvis den opfylder samme betingelser som gælder for en dansk fond, dvs. 1) fonden skal have en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue, 2) fonden skal være af varig karakter, 3) fonden skal have et eller flere bestemte formål, og 4) fonden skal have en ledelse, der er selvstændig i forhold til stifteren.(1)

For udenlandske fonde (og lign. udenlandske institutioner, fx stiftung, trust, anstalt mv.), som ikke har ledelsens sæde her i landet, gælder tilsvarende, at fonden mv. skal opfylde de samme betingelser for at blive anset for et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.(2) Dette har betydning i relation til eksempelvis selskabsskatteovens regler om begrænset skattepligt, idet en fond, der anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt, kan omfattes af reglerne om begrænset skattepligt, såfremt fonden erhverver indkomst fra danske kilder i form af fx udbytte fra danske selskaber, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Tilsvarende har kvalifikationen betydning for anvendelsen af LL § 16 K, da denne bestemmelse kun finder anvendelse på udenlandske fonde, som kan kvalificeres som et udenlandsk skattesubjekt.(3) Kan fonden ikke kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, vil fondens stifter efter praksis i stedet udpeges som rette indkomstmodtager af den indkomst, som fonden oppebærer.

Den skattemæssige kvalifikation af udenlandske fonde og lign. har således vidtrækkende konsekvenser, og det er derfor ikke overraskende, at spørgsmålet herom ofte tiltrækker sig opmærksomhed i praksis og i litteraturen.(4) I 2015 afsagde Landsskatteretten en kendelse om den skattemæssige kvalifikation af en fond, der var stiftet i Holland, jf. SKM2015.458.LSR. Kendelsen blev indbragt for domstolene af skattemyndigheden, og Vestre Landsret har nu afsagt dom i sagen, jf. dom af 3. juli 2017, offentliggjort som SKM2017.539.VLR.

Foruden den skattemæssige kvalifikation af fonden blev for landsretten også inddraget det principielle spørgsmål om adgangen til overenskomstbeskyttelse for fonde, som efter dansk ret betragtes som transparente. Ligeledes gjorde spørgsmålet om, hvorvidt det var i strid med EU-retten, at den udenlandske skattemæssige kvalifikation af en fond ikke lægges til grund for den skattemæssige kvalifikation af fonden efter dansk ret. Som sådan omhandler SKM2017.539.VLR en række væsentlige spørgsmål, som knytter sig til den skattemæssige kvalifikation af udenlandske fonde. Disse spørgsmål skal omtales nærmere i det følgende.

## 2. Faktum og sagens forløb

En fysisk person (NN) havde i 1971 arvet en større post B-aktier i et dansk selskab (G1), som oprindeligt var stiftet af hans farfar. Aktierne var båndlagt indtil 1986, hvor NN fyldte 25 år. A-aktierne i selskabet var ejet af NNs far.

I begyndelsen af 1990'erne blev det besluttet, at NN skulle sælge nogle af aktierne og indskyde resten i et nystiftet dansk holdingselskab (H1). Som led i handlingsplanen skulle der endvidere stiftes en hollandsk fond (H2), som aktierne i holdingselskabet skulle overdrages til vederlagsfrit. Transaktionerne blev gennemført i 1992. Fondens bestyrelse bestod fra stiftelsestidspunktet af NN og dennes forældre.

Om fonden – en såkaldt “stichting” – fremgik det, at den ikke var selskabsskattepligtig til Holland, hvilket de hollandske myndigheder havde bekræftet i 1995 og genbekræftet i 2006 i forbindelse med fondens opkøb af en kapitalandel i et selskab med hjemsted på Cypern.

I 2007 udloddede det danske holdingselskab 61 mio. kr. i udbytte til fonden, som blev deklareret og indberettet til SKAT. Skattemyndigheden var på dette tidspunkt (siden 1996) bosiddende og skattemæssigt hjemmehørende i England.

I december 2011 indkaldte SKAT materiale fra holdingselskabet som led i et projekt, hvor SKAT var i gang med at undersøge, om der skulle indeholdes kildeskat af udbytter, der var deklareret til udenlandske moderselskaber. Den 8. maj 2012 traf SKAT afgørelse om, at holdingselskabet skulle have indeholdt 9.150.000 kr. i udbytte, dvs. med en indeholdelsesprocent på 15, jf. § 1, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1442 af 20. december 2005 om indeholdelse af udbytte og royaltyskat. Dette blev begrundet med, at fonden i Holland efter dansk ret måtte anses for transparent, hvorfor stifteren af fonden måtte anses for rette indkomstmodtager af udbyttet.

Selskabet påklagede afgørelsen til Landsskatteretten og påstod, at det ikke havde haft pligt til at indeholde kildeskat på udlodningen. Påstanden blev bl.a. støttet på, at fonden ikke var transparent efter dansk ret og derfor måtte anses for rette indkomstmodtager af udbyttet. Fondens opfyldt desuden betingelserne for skattefrihed i dagældende SEL § 2, stk. 1, litra c, idet Danmark i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Holland var forpligtet til at fratage beskatningsretten til udbyttet. Følgelig var der ikke pligt til at indeholde kildeskat på udlodningen, jf. dagældende KSL § 65, stk. 5.

Landsskatteretten stadfæstede ved kendelse af 5. maj 2015 SKATs afgørelse, jf. SKM2015.458.LSR.(5) Landsskatteretten fandt således, at det udbytteudloddende selskab burde have indeholdt kildeskat, jf. dagældende KSL § 65, og at selskabet ved at undlade indeholdelse hæftede for den mangle kildeskat, jf. KSL § 69. Endelig fandt Landsskatteretten, at kravet ikke var forældet.

Skattemyndigheden indbragte kendelsen for retten i Viborg den 4. august 2015, som efterfølgende ved kendelse af 29. februar 2016 blev henvist til behandling ved Vestre Landsret, jf. retsplejelovens § 226, stk. 1.

### 3. Vestre Landsrets dom – SKM2017.539.VLR

For landsretten hade sagsøgerne (det danske holdingselskab og fonden i Holland) nedlagt påstand om, at der skulle ske tilbagebetaling af skattebeløbet, 9.150.000 kr., samt de påløbne renter indtil betalingstidspunktet, i alt 14.838.800 kr. med procesrente fra den 21. maj 2012.

Tilsyneladende er der imidlertid en fejl i den talmæssige opgørelse. Det var ubestridt, at skattebeløbet udgjorde 9.150.000 kr. Om de påløbne renter fremgik af Landsskatterettens kendelse, SKM2015.458. LSR, følgende:

*Kildeskatten udgør 9.150.000 kr. Derudover udgør tilskrevne renter heraf 5.233.800 kr. Dette giver i alt 14.838.800 kr.*

Som den opmærksomme læser sikkert allerede har opdaget, er 9.150.000 kr. plus 5.233.800 kr. imidlertid ikke 14.838.800 kr., men 14.383.800 kr. Det er udvist, om der rent faktisk var betalt 455.000 kr. for meget i skat og rente, eller om der blot er tale om en trykfejl.

Skatteministeriet havde på sin side påstået frifindelse over for begge sagsøgere og afvisning for så vidt angik fonden i Holland.

På det materielle plan omhandlede sagen, hvorvidt udbyttet overhovedet var skattepligtigt her til landet. I den henseende var tre forhold afgørende for sagens udfald:

1. Var fonden i Holland at betragte som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret?
2. Kunne fonden påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Holland?
3. Var det i strid med EU-rettens bestemmelser om etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed ikke at anerkende fonden som et selvstændigt skattesubjekt og følgelig beskatte udbytteudlodningen? Disse tre momenter ved sagen skal behandles nærmere nedenfor i afsnit 4.

Såfremt udbyttet var skattepligtigt her til landet, var det endvidere omtvistet, om det danske holdingselskab hæftede for skatten i medfør af KSL § 69. Landsretten gav Skatteministeriet medhold i frifindelsepåstanden(6) og fandt, at selskabet hæftede for den manglende skattebetaling, jf. KSL § 69, idet selskabet ved ikke at have indeholdt udbytteskat fandtes at have handlet forsømmeligt. Landsretten påpegede, at det udbyttebetalende selskab var bekendt med de faktiske forhold på udbetalingstidspunktet, hvilket var afgørende for forsømmelighedsvurderingen.

Dommen er anket til Højesteret.

## 4. Kommentarer

### 4.1 Fonden som et selvstændigt skattesubjekt og princippet om rette indkomstmodtager

Hvor det var ubestridt, at der i 2007 var udloddet 9.150.000 kr. i udbytte fra det danske holdingselskab, H1, var der derimod ikke enighed om, hvem der havde modtaget udbyttet, dvs. hvem der var rette indkomstmodtager af udbyttet.

Afgørelsen af dette spørgsmål måtte i første omgang bero på, hvem der i civile retlige henseende besad de aktier, som udbyttet knytter sig til.(7) I sagen var det ubestridt, at fonden var lovligt stiftet efter hollandske fondsregler, og i overensstemmelse hermed lagde landsretten til grund, at fonden i civilretlig henseende var modtager af udbyttet. Som udgangspunkt måtte fonden dermed også være rette indkomstmodtager af udbyttet.

Status som rette indkomstmodtager var dog yderligere betinget af, at fonden kunne betragtes som et selvstændigt skattesubjekt. Var dette ikke tilfældet, måtte rette indkomstmodtager være fondens

stifter (NN), der på tidspunktet for udlodningen af udbyttet i 2007 var bosiddende og skattemæssigt hjemmehørende i England.

Som nævnt indledningsvis har den skattemæssige kvalifikation af udenlandske fonde og lign. enheder (trust, anstalt mv.) gennem tiden hyppigt givet anledning til vanskeligheder. Det er den almindelige antagelse, at den skattemæssige kvalifikation af udenlandske enheder skal ske på baggrund af danske skatteretlige kriterier og uafhængigt af den udenlandske kvalifikation, jf. bl.a. SKM2005.67.ØLR og SKM2015.9.HR.

I overensstemmelse hermed havde kammeradvokaten på Skatteministeriets vegne da også gjort gældende, at det fulgte af fast og langvarig praksis i dansk skatteret, at en fond kun kunne anses for et selvstændigt skattesubjekt, hvis fondskapitalen var effektivt og uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue. Endvidere blev det påpeget, at ved bedømmelsen af, om der var sket den fornødne udskillelse, var det et ufravigeligt krav, at der var en i forhold til stifteren selvstændig fondsledelse med mindst ét uafhængigt medlem.(8) Dette kriterium var i sagen ikke opfyldt, idet fondens bestyrelse bestod af stifteren og dennes forældre.

Sagsøgerne havde omvendt gjort gældende, at Skatteministeriet ikke kunne nægte at anerkende en udenlandsk fonds retssubjektivitet under henvisning til manglende iagttagelse af danske fondsregler. Selvom fonden efter dansk ret ikke ville opnå retssubjektivitet, var det uomtvisteligt, at fonden efter hollandsk ret var anerkendt som et selvstændigt retssubjekt.

Landsretten afgjorde kortfattet spørgsmålet til Skatteministeriets fordel og fastslog, at skatteretssubjektiviteten for en udenlandsk fond måtte afgøres efter dansk skatteret, hvorefter fonden kun kunne anses for et selvstændigt skattesubjekt, hvis fondskapitalen var effektivt og uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue, herunder at det var et krav i den forbindelse, at der i fondens bestyrelse sad mindst ét medlem, som var uafhængigt af stifteren. Idet fondens bestyrelse bestod af stifteren og dennes forældre – såvel på stiftelsestidspunktet som på tidspunktet for udlodningen af udbyttet i 2007 – var denne betingelse ikke opfyldt.

Rette indkomstmodtager var således ikke fonden, men stifteren.

Henset til praksis på området er landsrettens dom ikke overraskende for så vidt angår den skattemæssige kvalifikation af fonden. Sagsøgernes anbringender vedr. pligten til at anerkende fondens retssubjektivitet synes også navnlig at skulle gåde jorden for sagsøgernes øvrige anbringender om, at beskattningen af udbyttet skulle frafaldes som følge af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, jf. straks nedenfor, samt at beskattningen ville være i strid med EU-retten, jf. afsnit 4.3.

### 4.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomstsbeskyttelse

Efter den dagældende SEL § 2, stk. 1, litra c, var udbytte, som blev udloddet til et udenlandsk selskab (eller en udenlandsk fond), skattefrit, hvis en række betingelser var opfyldt, herunder bl.a., at beskattningen af udbyttet skulle frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor moderselskabet (fonden) var hjemmehørende.

Idet stifteren (og ikke fonden) var udpeget som rette indkomstmodtager af udbyttet, var selskabsskattelovens bestemmelser imidlertid uden betydning, og udbyttet kunne følgelig ikke modtages skattefrit i medfør af SEL § 2, stk. 1, litra c, uanset om betingelserne i bestemmelsen i øvrigt var opfyldt. Konsekvensen af, at stifteren (en fysisk person) var udpeget som rette indkomstmodtager, var, at spørgsmålet om begrænset skattepligt måtte afgøres på baggrund af KSL § 2, stk. 1, nr. 6. Landsskatteretten havde i overensstemmelse hermed lagt til grund, at stifteren kunne påberåbe sig den dansk-engelske

dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorfor udbyttebeskatningen (og indeholdelsesforpligtelsen) var begrænset til 15 pct.

Et herfra afvigende spørgsmål var imidlertid, om fonden kunne anses for retmæssig ejer af udbyttet i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Holland. Efter dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10, stk. 3, kunne Danmark som kildeland nemlig ikke beskatte udbytte, som blev udloddet fra et dansk selskab til et selskab, der var hjemmehørende i Holland, såfremt selskabet i Holland besad mindst 10 pct. af kapitalen i det udbyttebetalende selskab. Fonden i Holland ejede 100 pct. af aktierne i det danske selskab, og som sådan var betingelsen opfyldt. Afgørende var herefter, om fonden i Holland kunne påberåbe sig beskyttelse efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Det kunne i den forbindelse overvejes, om en enhed, som efter dansk opfattelse er transparent, overhovedet kan påberåbe sig en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Spørgsmålet har været omdiskuteret som følge af skatterådsafgørelsen SKM2008.491.SR. Sagen omhandlede et dansk selskab, som udloddede udbytte til et islandsk selskab. Dette selskab var transparent efter dansk opfattelse, men et selvstændigt skattesubjekt i domicillandet (Island); følgelig var der tale om et hybridt selskab. Skatterådet anerkendte i sagen, at det hybride selskab kunne påberåbe sig den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Afgørelsen er i litteraturen blevet kritiseret under henvisning til, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke kunne finde anvendelse på et hybridt selskab, som var transparent efter dansk opfattelse, idet selskabet ikke var rette indkomstmottager af det modtagne udbytte, samt at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke fandt anvendelse i en situation, hvor der ikke forelå dobbeltbeskatning.(9)

Den i litteraturen rejste kritik af SKM2008.491.SR kan ikke tiltrædes. Art. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne angiver, hvem overenskomsten skal finde anvendelse på. Det vil derfor være i strid med art. 1 at opstille yderligere betingelser for anvendelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten; et hybridt selskab, som efter dansk opfattelse er transparent, har således som udgangspunkt krav på overenskomstbeskyttelse, såfremt det betragtes som en hjemmehørende person i den anden kontraherende stat.(10) Ligeledes kan anvendelsen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke bero på, om der de facto er konstateret dobbeltbeskatning. I så vil der ikke være behov for særlige bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne om fx subsidiær beskatningsret for at undgå dobbelt ikke-beskatning.

Det bemærkes, at synspunktet om, at en transparent enhed (fonden) ikke kan påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten, ikke forfægtes i SKM2017.539.VLR, hvilket antyder, at Skatteministeriet tilsyneladende ikke deler den i litteraturen rejste kritik af SKM2008.491.SR.(11)

Som nævnt må adgangen til dobbeltbeskatningsoverenskomsten alene afgøres efter art. 1.(12) Efter den dansk-hollandske overenskomstens art. 1 fremgik det (i overensstemmelse med art. 1 i OECD's modeloverenskomst(13)):

*Denne overenskomst skal finde anvendelse på personer, der er hjemmehørende i en af eller i begge staterne.*

Spørgsmålet var herefter dels, om fonden kunne anses for at være en "person" i overenskomstens forstand, dels – i bekræftende fald – om personen kunne anses for at være hjemmehørende i en af (eller i begge) de kontraherende stater.

Efter overenskomsten var "en person" bl.a. defineret som "et selskab", som atter var defineret som "enhver juridisk person eller enhver sammenslutning, der i skattemæssig henseende behandles som en juridisk person", jf. art. 3, stk. 1, litra e, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten. De i overenskomsten anvendte

definitioner på "person" og "selskab" svarer til definitionerne, som anvendes i art. 3, stk. 1, litra a og b, i OECD's modeloverenskomst. Af kommentarerne hertil fremgår det, at begrebet skal fortolkes bredt, samt at "en stiftelse ("foundation", "Stiftung") [vil] kunne falde ind under betydningen af en person." Det fremgår også, at transparente enheder så som et interessentskab kan anses for en person i overenskomstens forstand.(14) Som sådan var der næppe tvivl om, at fonden (stichtingen) måtte betragtes som en "person" i overenskomstens forstand, hvilket også synes uomtvistet i dommen.

Omtvistet var det derimod, om fonden kunne betragtes som en "hjemmehørende person".

Udtrykket "*en person, der er hjemmehørende i en af staterne*" var i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 4, stk. 1, defineret som:

*"enhver person, som i henhold til lovgivningen i denne stat er skattepligtig der på grund af hjemsted, bopæl, ledelsens sæde eller ethvert andet kriterium af lignende karakter. Dog omfatter udtrykket ikke en person, som er skattepligtig til den pågældende stat udelukkende af indkomst fra kilder i denne stat, eller formue, der befinder sig der".*

Dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 4, stk. 1, svarede til samme bestemmelse i OECD's modeloverenskomst. Om en person skal anses for hjemmehørende i en kontraherende stat, afgøres ud fra intern ret.(15)

Det var klart, at fonden naturligvis ikke var hjemmehørende i Danmark, idet fonden ingen tilknytning havde her til landet (og i øvrigt blev betragtet som transparent). Hvad angik Holland, var sagen straks mere usikker. Det fremgik således, at fonden i princippet var omfattet af reglerne om selskabsbeskatning ("wet op de vennootschapsbelasting" af 1969) og derfor kunne betragtes som et skattesubjekt. For den type af fonde, som der konkret var tale om (stichting), gjaldt der imidlertid den særlige bestemmelse i den hollandske selskabsskattelov, at fonden kun skulle svare selskabsskat, i det omfang fonden drev erhvervmæssig virksomhed. Som nævnt i afsnit 2 havde de hollandske myndigheder ved to lejligheder bekræftet, at dette ikke var tilfældet, hvorfor fonden ikke var objektivt skattepligtig til Holland.

I hvilket omfang, en person skal være skattepligtig i en kontraherende stat for at kunne betragtes som hjemmehørende i den pågældende stat, er en klassisk problemstilling i international skatteret. Diskussionens kerne er, hvorvidt art. 4, stk. 1, alene indeholder et krav om, at personen skal være globalt skattepligtig til den pågældende stat ud fra et rent principielt synspunkt (subjektiv skattepligt), eller om det tillige kan kræves, at der rent faktisk er betalt skat i den pågældende stat (objektiv skattepligt).(16) Efter de fleste landes opfattelse, herunder Danmarks, synes subjektiv skattepligt at være en tilstrækkelig betingelse, og efter dansk ret vil eksempelvis de skattesubjekter, som er objektivt fritaget for beskatning, jf. SEL § 3, anses for at være en "hjemmehørende person" i de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.(17)

Efter hollandsk praksis blev skattepligtsbetingelsen imidlertid tilsyneladende fortolket som indeholdende et krav om såvel subjektiv som objektiv skattepligt, jf. en hollandsk højesteretsdom fra 4. december 2009 (07/10383). I denne dom blev en hollandsk forening ("vereniging") ikke anset for at være en hjemmehørende person i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Holland og USA. Foreningen var ganske vist omfattet af den hollandske selskabsskattelov, men blev kun beskattet i det omfang, foreningen drev en erhvervmæssig virksomhed. Af den grund fandt den hollandske højesteret, at foreningen ikke var en "hjemmehørende person" i overenskomstens forstand.

Dommen blev i litteraturen udlagt på den måde, at skattepligtsbetingelsen i art. 4, stk. 1, efter hollandsk praksis fordrede såvel subjektiv som objektiv skattepligt.(18) Og idet der tilsyneladende gjaldt de samme regler for en fond som for en forening, lagde landsretten til grund, at en hollandsk fond ej heller kunne betragtes som en i Holland hjemmehørende person i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Holland. Som sådan var fonden ikke hjemmehørende i en kontraherende stat, jf. overenskomstens art. 1, hvorfor dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke fandt anvendelse. Skattefriheden på udbyttet kunne dermed ikke støttes på art. 10, stk. 3, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Som nævnt er SKM2017.539.VLR anket til Højesteret. Der skal derfor gøres nogle få bemærkninger om øvrige forhold, som givetvis vil blive belyst yderligere for Højesteret.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at den omtalte hollandske højesteretsdom fra 2009 i litteraturen var genstand for megen kritik, hvilket også fremgår af SKM2017.539.VLR.(19) Et kritikpunkt, som dog ikke er nævnt i dommen, er fremført af en førende hollandsk teoretiker, som hævder, at dommen muligvis var konkret begrundet i ordlyden af den hollandsk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Som sådan er dommen ikke nødvendigvis udtryk for, hvordan skattepligtsbetingelsen generelt fortolkes i hollandsk ret.(20) Det må forventes, at afdækningen af dette spørgsmål vil få stor betydning for sagens udfald under anken for Højesteret.

Et andet forhold, som heller ikke blev behandlet for landsretten, er betydningen af, at skattepligtsbetingelsen efter dansk ret fortolkes anderledes end i Holland. Som nævnt er opfattelsen i dansk ret, at art. 4, stk. 1, alene indeholder et krav om, at et selskab skal være subjektivt skattepligtig til den pågældende stat. Jens Wittendorff har i den forbindelse rejst spørgsmålet, om Danmark efter en konkret vurdering skal anse et udenlandsk selskab for at være omfattet af en dansk dobbeltbeskatningsoverenskomst, selvom den anden kontraherende stat er uenig heri, idet selskabet er objektivt skattefritaget i den anden stat.(21) Lægges det af Wittendorff forfægtede synspunkt til grund, vil fonden i Holland skulle anses for at være en hjemmehørende person i Holland, og udbyttet vil dermed være skattefrit, jf. overenskomstens art. 10, stk. 3.

### 4.3 EU-retten

For landsretten blev det – i modsætning til for Landsskatteretten – gjort gældende, at det var i strid med EU-rettens bestemmelser om etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed, jf. art. 49 TEUF og 63 TEUF henholdsvis, ikke at anerkende fonden som et selvstændigt skattesubjekt.(22)

Sagsøgerne hævdede for landsretten, at ved ikke at anerkende fonden som et selvstændigt skattesubjekt under henvisning til, at fonden ikke opfyldte de krav, som efter dansk praksis blev stillet til fonde, og den deraf følgende beskatning af stifteren, gjorde det mindre attraktivt at etablere en sådan fond samt at have kapitalbevægelser mellem fonden og dens datterselskab i Danmark. Under henvisning til de selskabsretlige domme C-212/97, *Centros*, C-208/00, *Überseering* og C-167/01, *Inspire Art*, gjorde sagsøgerne gældende, at anerkendelse af udenlandske retsformer (konkret en stiftning) ikke i henhold til EU-retten kunne være betinget af, at den udenlandske fond overholdt danske fondsretlige betingelser. På den baggrund anmodede sagsøgerne om, at sagen blev henvist til EU-domstolen som en præjudiciel forelæggelse.

Skatteministeriet havde herimod gjort gældende, at de principper, der kunne udledes af de domme, som sagsøgerne havde henvist til, ikke vedrørte direkte skatter, men derimod selskabsret. Endvidere gjorde Skatteministeriet gældende, at der på området for de direkte

skatter alene kunne udledes et forbud mod forskelsbehandling af objektivt sammenlignelige situationer af art. 49 TEUF (etableringsfriheden) og 63 TEUF (kapitalens fri bevægelighed). At fonden ikke blev anset for et selvstændigt skattesubjekt var ikke en følge af, at fonden var stiftet i Holland, men derimod en følge af, at en tilsvarende dansk fond heller ikke ville blive anset for et selvstændigt skattesubjekt. Der var således ingen forskelsbehandling af objektivt sammenlignelige situationer og følgelig heller intet brud på EU-retten. Skatteministeriet havde til støtte for sine anbringelser henvist til C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee Seniorenheimstatt*, C-1(23)/11, *A Oy*, C-388/14, *Timac Agro*, C-589/13, *F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt* og C-318/07, *Hein Persche*.

Landsretten afviste anmodningen om en præjudiciel forelæggelse og fandt, at den gennemførte beskatning ikke var i strid med EU-retten. Landsretten henviste til, at kriterierne til fastlæggelse af en fonden var de samme, uanset om der var tale om en dansk eller en udenlandsk fond, og der var således ikke tale om en forskelsbehandling af objektivt sammenlignelige situationer.

Også på dette punkt rejser dommen et yderst vigtigt og teoretisk vanskeligt spørgsmål: i hvilket omfang tvinger EU-retten de enkelte medlemsstater til at anerkende kvalifikationen af udenlandske retsformer?

På den ene side er det korrekt, som påpeget af sagsøgerne, at der af praksis vedr. etableringsfriheden på selskabsrettens område kan udledes et krav om, at medlemsstaterne skal anerkende selskaber, som er lovligt etableret i andre medlemsstater. Det kunne derfor hævdes, at såfremt en udenlandsk fond opfylder betingelserne i dens stiftelsesstat til at kunne anerkendes som et selvstændigt rets- og skattesubjekt, vil det være i strid med EU-retten, såfremt de øvrige medlemsstater ikke accepterede kvalifikationen i såvel civilretlig som skatteretlig henseende.

På den anden side synes det omvendt klart – hvilket synspunkt også kammeradvokaten på Skatteministeriets vegne forfægtede – at der næppe af EU-domstolens praksis kan udledes et krav om, at medlemsstaterne skal anerkende den *skatteretlige* kvalifikation af selskaber og fonde mv., som er etableret i andre medlemsstater. Det fremgår af helt fast praksis, jf. bl.a. den praksis, som Skatteministeriet henviste til for landsretten, at EU-medlemsstaterne er forpligtet til ikke at forskelsbehandle situationer, som er objektivt sammenlignelige. Det ligger således i selve terminologien, at vurderingen af, hvorvidt der foreligger et brud på EU-retten, tager afsæt i en sammenligning.(24)

Navnlig illustrativ er i forbindelse med udbyttebeskatning sag C-247/08, *Gaz de France*. Dommen vedrørte et tysk datterselskab, som i 1999 udloddede udbytte til dets franske moderselskab. I sagen havde de tyske myndigheder afvist, at udbyttet kunne udloddes skattefrit, da det franske moderselskab var etableret i Frankrig som et "*société par actions simplifiée*", hvilken selskabsform på dette tidspunkt ikke var omfattet af dagældende moder-/datterselskabsdirektiv (90/435). EU-domstolen udtalte, at som sådan kunne selskabet ikke nyde beskyttelse under direktivet. Om pligten til at undgå dobbeltbeskatning ved udlodning af udbytter mellem selskaber i to medlemsstater udtalte EU-domstolen imidlertid:

*Selv om denne forpligtelse ifølge direktiv 90/435 kun påhviler medlemsstaterne for så vidt angår udlodning af udbytte modtaget af selskaber, som er selskaber i direktivets forstand, er det tilstrækkeligt at bemærke, at direktivet ikke tillader medlemsstaterne at behandle udbytte udloddet til selskaber i andre medlemsstater, som ikke falder ind under dets anvendelsesområde, mindre fordelagtigt end udbytte udloddet til sammenlignelige selskaber*

etableret på den pågældende medlemsstats område.(25) (mine understregninger)

Af præmissen fremgår det således tydeligt, at en medlemsstat er forpligtet til at behandle udbytte, som udloddes til selskaber i andre medlemsstater (uden for direktivets anvendelsesområde) på samme måde som udbytte til sammenlignelige hjemmehørende selskaber. Kun i det omfang, en udenlandsk aktionær var sammenlignelig med en hjemmehørende aktionær, var medlemsstaten (Tyskland) forpligtet til at yde ligebehandling. Det væsentlige er således, at EU-domstolen netop *ikke* pålagde Tyskland at undersøge, hvordan den pågældende selskabsform blev skattemæssigt kvalificeret i etableringsstaten (Frankrig) og at lægge denne kvalifikation til grund.

Et tilsvarende resultat kan udledes af sag C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*. I sagen ville udbytte til et investeringsselskab i Luxembourg af typen "Sociétés d'investissement à Capital Variable" (SICAV), blive begrænset skattepligtigt til Finland. Selskaber af typen SICAV var ikke omfattet af dagældende moder-/datterselskabsdirektiv (90/435).

EU-domstolen fastslog, at det forhold, at selskabsformen SICAV ikke var kendt i finsk ret, ikke i sig selv kunne begrunde, at udbytte til et sådan selskab skulle beskattes, jf. dommens præmis 50. Den italienske og den finske regering havde i deres indlæg argumenteret for, at et SICAV i Luxembourg ikke kunne sammenlignes med et finsk aktieselskab (eller en finsk investeringsfond), som kunne modtage udbytte fra finske selskaber skattefrit. Den finske regering henviste til, at et SICAV ikke var selskabsskattepligtigt i Luxembourg, men alene blev beskattet med 0,01 pct. af dets kapital, jf. præmis 46. I forlængelse heraf havde den italienske regering henvist til, at et SICAV:

*[...] grundlæggende udgør en gennemsigtig organisation, som gennem kollektiv administration har til formål at forøge værdien af hver enkelt selskabsdeltagers indskud, [og] som sådan ikke kan sammenlignes med et almindeligt selskab. Den specielle karakter af et sådant selskab gør det berettiget, at det fritages for indkomstbeskatning i etableringsstaten. Det er i realiteten kun hver enkelt selskabsdeltagers indkomst, der skal tages i betragtning.(26)*

Hvad den finske og den italienske regering i realiteten gjorde gældende var, at et SICAV reelt ikke blev behandlet som et selvstændigt skattesubjekt i etableringsstaten, Luxembourg, hvorfor Finland ikke var forpligtet til at behandle et SICAV på samme måde som et finsk aktieselskab.

EU-domstolen fandt imidlertid, at det var i strid med EU-retten at beskatte udbytte, som blev udloddet til et luxembourgsk SICAV. EU-domstolen henviste bl.a. til, at når et SICAV efter finsk ret blev behandlet som et selvstændigt skattesubjekt og i overensstemmelse hermed undergivet en begrænset skattepligt af udbytte, som det modtog fra finske selskaber, var et SICAV efter finske regler bragt i en situation, som kunne sammenlignes med situationen for finske aktieselskaber. Følgelig var det i strid med EU-retten at pålægge en kildeskat ved udlodning af udbytte fra finske selskaber, når finske aktieselskaber ikke blev udsat for en tilsvarende beskatning.(27) Igen betones altså, at det er sammenligningen med hjemmehørende selskabsformer, der er afgørende, og ikke etableringsstatens kvalifikation. Finland kunne ikke anse et udenlandsk selskab for at være et selvstændigt skattesubjekt og udøve beskatningsret over det og samtidig hævde, at selskabet ikke kunne sammenlignes med et finsk aktieselskab, fordi et SICAV i realiteten var transparent i Luxembourg, jf. den finske og den italienske regerings indlæg i sagen.

Det må på den baggrund antages, at i det omfang en udenlandsk fond ikke er sammenlignelig med en dansk fond (fordi den udenlandske fond ikke opfylder de krav om uafhængighed mv.,

der stilles til en dansk fond), vil der ikke af EU-retten følge et krav om, at en udbytteudlodning til en udenlandsk fond skal beskattes på samme måde som udlodning af udbytte til en dansk fond. Situationerne er ikke objektivt sammenlignelige.

At EU-retten ikke indeholder en pligt til at anerkende etableringslandets skattemæssige kvalifikation af selskabers og fondes mv. skattesubjektivitet følger endvidere eksplicit (om end noget subtilt) af sag C-298/05, *Columbus Container Services*.

Sagen omhandlede et belgisk kommanditselskab, Columbus, som var hjemmehørende i Belgien. Selskabet var ejet (direkte og indirekte) af otte fysiske personer, som var hjemmehørende i Tyskland. Columbus blev efter tysk ret behandlet som et personselskab, men blev efter de dagældende belgiske regler om "koordinationscentre" behandlet som et selvstændigt skattesubjekt og underlagt særdeles favorable skattevilkår.(28) Da Columbus var kvalificeret som transparent efter tysk ret, blev indkomsten derfra medregnet til den skattepligtige indkomst hos de tyske selskabsdeltagere. Efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten var Belgien tillagt beskatningsretten til indkomsten (Columbus udgjorde et fast driftssted i Belgien), og Tyskland var i medfør af overenskomsten forpligtet til at lempe for dobbeltbeskatning efter exemptionmetoden. De særlige vilkår, der gjaldt i medfør af reglerne om koordinationscentre, medførte imidlertid, at Columbus blev betragtet som "lavt beskattet" efter tysk ret, og følgelig fandt en særlig bestemmelse i tysk ret anvendelse, hvorefter der – uanset dobbeltbeskatningsoverenskomsten – skulle lempes efter creditmetoden.

I sagen havde skatteyderne bl.a. gjort gældende, at lempelse efter creditmetoden fremførte exemptionmetoden medførte en forøgelse af skattebyrden med ca. 53 pct. Hertil konstaterede EU-domstolen blot, at deltagerne i Columbus ikke blev beskattet hårdere, end tilfældet ville have været, såfremt Columbus havde været et personselskab etableret i Tyskland. Idet der ikke var nogen forskelsbehandling af objektivet sammenlignelige situationer, var der ej heller et brud på EU-retten.(29)

To forhold ved dommen skal fremhæves her.

For det første er det klart, at EU-domstolen sammenligninger den skattemæssige behandling af deltagerne i Columbus som et personselskab etableret i Belgien med deltagerne i et personselskab etableret i Tyskland. Sammenligningen foretages uden på nogen måde at skele til, at selskabet efter belgisk ret blev betragtet som et selvstændigt skattesubjekt. Dette understreger, at Tyskland under anvendelse af sine nationale skatteregler ikke var forpligtet til at lægge kvalifikationen i det land, hvor selskabet var etableret, til grund.

For det andet skal det understreges, at EU-domstolen var fuldt ud bevidst om, at Tyskland helt generelt beskattede deltagerne i et personselskab uden hensyntagen til, om personselskabet var etableret i en anden medlemsstat, og uanset om selskabet var kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt i den anden medlemsstat.(30) Under den mundtlige procedure stillede en af dommerne parterne spørgsmålet, om Tyskland var forpligtet til at lægge etableringslandets (Belgiens) skattemæssige kvalifikation til grund. Alle sagens parter, herunder EU-kommissionen, var enige om, at der ikke gjaldt en sådan forpligtelse.(31)

I international teori er der i overensstemmelse hermed gjort gældende, at medlemsstaterne har bevaret suveræniteten til at anvende egne kriterier til skatteretligt at kvalificere udenlandske selskabsformer, fonde mv., så længe kriterierne anvendes uden forskelsbehandling. Der er derimod ingen pligt til at lægge den udenlandske kvalifikation til grund.(32) De evt. uheldige konsekvenser, dette medfører for skatteyderen, må betegnes som en "disparitet": det følger således af EU-domstolens praksis, at de

enkelte medlemsstater ikke er forpligtet til at tilpasse deres eget skattesystem til de forskellige beskatningssystemer i de andre medlemsstater med henblik på at fjerne enhver ufordelagtighed, der måtte være forbundet med grænseoverskridende etableringer.<sup>(33)</sup> Medlemsstaterne er alene forpligtet til ikke at behandle objektivt sammenlignelige situationer forskelligt.

Det må derfor hævdes, at Vestre Landsrets dom er korrekt for så vidt angår spørgsmålet om en evt. restriktion for etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed; der følger af EU-retten ingen pligt til at overtage den skattemæssige kvalifikation af fonden i Holland ved beskatning her i landet.

- (1) Jf. cirk. nr. 82 af 29. maj 1997, pkt. 2.2. Se også lovforslag L 114 af 15. januar 2014 (ændring af lov om fonde og visse foreninger) pkt. 3.1.1.1.
- (2) Jf. cirk. nr. 82 af 29. maj 1997, pkt. 9.2.2. At kvalifikationen sker efter danske regler følger også af forarbejderne til LL § 16 K, jf. L 167 af 20. februar 2015 (pkt. 3.1.1. og bemærkningerne til § 1, nr. 3). Se også Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 17. udg. 2017, s. 832.
- (3) Jf. Aage Michelsen i RR 2016 SM 12 med kritik af SKM2016.84.SR.
- (4) Fra praksis kan bl.a. henvises til TfS 1988, 199 LSR, TfS 1994, 605 LSR, SKM2005.67.ØLR, SKM2012.95.HR og SKM2015.9.HR samt omtalen af praksis i Skatterådets årsberetning 2014 (Maj 2015), s. 26 ff. Fra litteraturen kan henvises til bl.a. Thøger Nielsen i TfS 1989, 213, Aage Michelsen i RR 1992 SM 247 ff., samme i RR 2005 SM 149 ff., samme i RR 2016 SM 12, Erik Werlauff i U 1997B, s. 96 ff., samme i RR 2015/12 SM 93 ff., samme i Selskabsskatteret 2017/18, 19. udg. 2017, s. 114 ff. og Jakob Bundgaard, Skatteret & civilret, 2006, s. 638 ff.
- (5) Jf. om landsskatteretskendelsen Erik Werlauff i RR 2015/12 SM 93 ff. og samme i EU-ret & Menneskeret 2015/4 s. 200 ff.
- (6) Afvisningspåstanden over for fonden i Holland blev derimod ikke taget til følge. Afvisningspåstanden var begrundet med, at fonden ikke var adressat for SKATs afgørelse (det var derimod holdingselskab og skatteyderen i England) og derfor ikke var rette sagsøger, jf. retsplejelovens § 255, stk. 1. Idet fonden ubestridt måtte anses for civilretlige modtager af udbyttet, fandt landsretten, at fonden havde den fornødne retlige interesse i at få prøvet sin påstand. Spørgsmålet skal ikke forfølges yderligere.
- (7) Jf. Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 17. udg. 2017, s. 673 ff. Se også Henrik Dam, Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, 2003, s. 327 ff. og 335 ff., Nikolaj Vinther, Civilrettens styring af skatteretten, 2004, s. 85 f. Martin Poulsen i SU 2009, 278, Jens Wittendorff, TfS 2015, 572 og Anders Nørsgaard Laursen i RR 2016 SM 8.
- (8) Der var i den sammenhæng henvist til betænkning nr. 970 af 1982 om fonde. En tilsvarende betingelse om bestyrelsens uafhængighed fremgår med vedtagelse af lov nr. 724 af 25. juni 2014 og lov nr. 712 af 25. juni 2014 udtrykkeligt af hhv. fondslovens § 1, stk. 2 og erhvervsfondslovens § 1, stk. 2. Dette krav fortolkes imidlertid efter disse lovændringer mere restriktivt, således at der nu (tilsyneladende i overensstemmelse med Erhvervsstyrelsens praksis på området for erhvervsdrivende fonde) stilles krav om, at mindst 1/3 af fondes bestyrelsesmedlemmer skal være uafhængige af stifteren, jf. lovforslag L 114 af 15. januar 2014 (pkt. 3.1.1.2.2).
- (9) Jf. Lena Engdahl i SU 2008, 314 og i samme retning Jane Bolander og Steffen Sværke i Cahiers de Droit Fiscal International, 99b 2014, s. 292 f. og Aage Michelsen i RR 2016 SM 3, men anderledes Jakob Bundgaard og Morten Reinholdt Nielsen i SU 2008, 313.
- (10) Jf. herved også Niels Winther-Sørensen i SU 2000, 236 og samme, Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 182 f.
- (11) Konkret må det dog fortsat hævdes, at SKM2008.491.SR næppe er korrekt. Deltagerne i det hybride selskab var ligesom det udbytteudloddende selskab hjemmehørende i Danmark, dvs. i kildelandet. I en sådan situation er kildelandets beskatningsret ikke begrænset af overenskomsten, jf. pkt. 6.1 i kommentarerne til art. 1, som tilsyneladende overses af Skatterådet. Resultatet forekommer da også at være i strid med anbefalingerne i OECD's Partnershiprapport fra 1999, pkt. 124-129 (eksempel 16), jf. også Jane Bolander og Steffen Sværke i Cahiers de Droit Fiscal International, 99b 2014, s. 292 f. Det skal bemærkes, at efter 2017-opdateringen af OECD's modeloverenskomst følger det af art. 1, stk. 2, at domicillandets kvalifikation skal lægges til grund. Tilsvarende følger art. 3, stk. 1, i Det multilaterale instrument.
- (12) Jf. også Jesper Barenfeld, Taxation of Cross-Border Partnerships, 2005, s. 150 ff.
- (13) OECD's modeloverenskomst er grundlæggende ændret på en række områder ved den seneste opdatering, som blev godkendt den 21. november 2017. Der tages ikke højde for disse ændringer, og de følgende henvisninger til OECD's modeloverenskomst med kommentarer er til 2014-versionen.
- (14) Jf. pkt. 2 i kommentarerne til art. 3 i OECD's modeloverenskomst.
- (15) Jf. pkt. 8 og pkt. 8.6 i kommentarerne til art. 4 i OECD's modeloverenskomst.
- (16) Jf. pkt. 8.6 og 8.7 i kommentarerne til art. 4 i OECD's modeloverenskomst.
- (17) Jf. TfS 2000, 394 DEP og hertil Jens Wittendorff i SR-Skat 2001, s. 125 ff. samt Aage Michelsen m.fl., International skatteret, 4. udg. 2017, s. 224. Se også Den juridiske vejledning 2017-2 C.F.8.2.2.4.2.1.
- (18) Jf. Roland Ismer og Katarina Riemer i Ekkehart Reimer og Alexander Rust (red.), Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4. udg. 2015, s. 246 (m.no 24 med note 47).
- (19) I SKM2017.539.VLR henvises specifikt til Arnaud de Graaf og Frank P.G. Pötgens i Intertax 2011/4 s. 167 ff. For yderligere kritik se Joanna Wheeler i World Tax Journal 2011/2, s. 247 ff. (252).
- (20) Jf. Erik C.C.M. Kemmerens opfattelse gengivet af D.S. Smit og C.A.T. Peters i Intertax 2011/4 s. 223 ff. (224).
- (21) Jf. Jens Wittendorff i SR-Skat 2001, s. 125 ff.
- (22) Inddragelsen af EU-retten var muligvis sket under inspiration af Erik Werlauffs kommentar til netop landsskatteretskendelsen i sagen, jf. RR 2015/12 SM 93.
- (23) Jf. herved også Erik Werlauff i U 1999B, s. 163 ff., samme i RR 2015/12 SM 93 ff. samme i EU-ret & Menneskeret 2015/4 s. 200 ff., Erik Werlauff og Nikolaj Vinther i SU 2003, 386 og Jeppe R. Stokholm, EU Skatteret, 2008, s. 341 ff. Synspunkterne er i teorien imødegået af Lennart Lyngé Andersen, Fra stiftelse til fond, 2002, s. 150, og Aage Michelsen i RR 2005/5 SM 149 ff.
- (24) Jf. Niels Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udg. 2013, s. 517 ff. og Aage Michelsen m.fl., International skatteret, 4. udg. 2017, s. 608 ff.
- (25) Jf. C-247/08, *Gaz de France*, præmis 59.
- (26) Jf. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, præmis 47.
- (27) Jf. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, præmis 51-54.
- (28) Den belgiske ordning med koordinationscentre blev senere fundet at være i strid med EU-rettens statsstøtteforbud, jf. forenede sager C-182/03 og 217/03, *Belgien mod Kommissionen*.
- (29) Jf. C-298/05, *Columbus Container Services*, præmis 40 og i same retning præmis 50-54.
- (30) Jf. C-298/05, *Columbus Container Services*, præmis 5 og nærmere Gijs Fibbe, EC Law Aspects of Hybrid Entities, 2009, s. 167 ff.
- (31) Jf. G.K. (Gijs) Fibbe og A.J.A. (Ton) Stevens i EC Tax Review 2017-3 s. 153 ff. (154 med note 15).
- (32) Jf. Gijs Fibbe, EC Law Aspects of Hybrid Entities, 2009, s. 175 f. og G.K. (Gijs) Fibbe og A.J.A. (Ton) Stevens i EC Tax Review 2017-3 s. 153 ff. (154 med note 15).
- (33) Jf. eksempelvis C-686/13, *X AB*, præmis 33. Se også Aage Michelsen m.fl., International skatteret, 4. udg. 2017, s. 610 f.