

Professor lic.jur. Søren Friis Hansen
Juridisk Institut, Syddansk Universitet
Campusvej 55
5230 Odense M
Tlf. 65 50 30 78, e-mail: sth@sam.sdu.dk

Investeringsforeningsrådet
Amaliegade 31
1256 København K
Att. Jens Jørgen Holm Møller

Skatteudvalget
SAU alm. del - Bilag 23
Offentligt

cc. Dansk Aktionærforening
Postboks 77
2840 Holte
Att. Claus Silfverberg

København den 3. november 2006

Kære Jens Jørgen Holm Møller,

Tak for Deres brev af 17. oktober 2006.

Af Deres brev fremgår det, at De er uenig med den fortolkning, af EF-domstolens afgørelse af 14. september 2006 i sag C-386/04, Centro di Musicologia Walther Stauffer, som jeg har givet udtryk for.

Jeg forstår Deres brev på den måde, at det er Deres opfattelse, at investor bosiddende i Danmark, som udgangspunkt har ret til at få behandlet beviser i en udloddende investeringsforening, hvis vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende i en anden EU- eller EØS-stat, efter de danske skatteretlige regler for udloddende investeringsforeninger, men at denne ret kun gælder i de tilfælde, hvor foreningen har valgt at iagttage samtlige skatteretlige regler i den danske lovgivning, der gælder for udloddende investeringsforeninger, herunder særligt bestemmelserne i ligningslovens § 16 C om opgørelse af en skattepligtig minimumsudlodning, valg af status, samt rettidig indberetning og dokumentation.

Deres opfattelse har støtte i Skatterådets bindende svar af 22. august 2006, jf. SKM2006.588SR. Skatterådet tiltrådte den af SKAT afgivne indstilling. Det fremgik af denne indstilling, at et investeringsinstitut hjemmehørende i Storbritannien ikke kunne anses for en udloddende investeringsforening ved anvendelse af dansk skatteret, eftersom instituttet ikke havde valgt at efterleve bestemmelserne i ligningslovens § 16 C. Spørgsmålet i sagen var, om det pågældende institut var berettiget til at modtage udbytte uden indeholdelse af udbytteskat. Dette fandt Skatterådet således ikke, at det i Storbritannien hjemmehørende investeringsinstitut var.

Indledende bemærkninger

Lad mig straks slå fast, at Deres opfattelse ikke er udtryk for gældende fællesskabsret.

Indledningsvis bemærkes, at det er uomtvistet, at EF-traktatens Artikel 56 finder anvendelse, hvis en i Danmark bosiddende investor erhverver beviser i en investeringsforening eller tilsvarende institut, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat. Det er ligeledes uomtvistet, at selvom skatteretlige regler hører under medlemsstaternes kompetence, så skal medlemsstaternes under udøvelse af deres kompetence på dette område overholde fællesskabsretten, og at fællesskabsretten har forrang for national ret.

Konsekvensen af Deres opfattelse ville være, at et investeringsinstitut, der ønsker at udbyde sine investeringsbeviser til salg i eksempelvis fem forskellige medlemsstater, skulle iagttage samtlige retlige bestemmelser gældende for den pågældende type af investeringsinstitutter, der gælder i samtlige disse fem medlemsstater.

Umiddelbart kan det konstateres, at det må have formodningen mod sig, at en sådan regel, der i øvrigt reelt ville forhindre, at Deres medlemmer blev udsat for nogen form for konkurrence fra udenlandske investeringsinstitutter, skulle være forenelig med de gældende regler angående kapitalens fri bevægelighed (jf. Artikel 56 EF), i det indre marked, jf. EF-traktatens artikel 14, stk. 2, samt Artikel 3, stk.1, litra c.

Fortolkningen af Domstolens dom i sag C-386/04, Centro di Musicologia Walther Stauffer

Det er korrekt, at min udtalelse er sket med særlig henvisning til EF-domstolens dom af 14. september 2006 i sag C-386/04, Centro di Musicologia Walther Stauffer. Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt en almennyttig fond hjemmehørende i Italien, som havde aktiver placeret i Tyskland, havde krav på at kunne anvende tyske skatteregler gældende for tyske almennyttige fonde. Domstolen konkluderede, at det forhold, at Tyskland nægtede en udenlandsk almennyttig fond adgang til et skattemæssigt fradrag, der tilkom tilsvarende nationale almennyttige fonde, indebar en restriktion i forhold til EF-traktatens Artikel 56.

Domstolen anførte hertil, jf. dommens præmis 40-42:

"40 Når en institution, der er anerkendt som almennyttig i en medlemsstat, også opfylder de betingelser, der er fastsat herfor i lovgivningen i en anden medlemsstat, og har til formål at varetage sådanne almene interesser – hvilket det tilkommer de nationale myndigheder, herunder domstolene, i den sidstnævnte stat at vurdere – kan myndighederne i denne medlemsstat dog ikke nægte institutionen retten til ligebehandling alene med den begrundelse, at den ikke er etableret på dens område.

41 Den forelæggende ret har under hovedsagen udtalt, at institutionen inden for det omtvistede skatteår varetog almennyttige formål i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i AO's §§ 51-68, og at den også opfyldte de vedtægtsmæssige betingelser for at være fritaget for selskabsskat i henhold til KStG's § 5, stk. 1, nr. 9, første punktum."

Selv om afgørelsen angår en almennyttig fond, er det uden videre klart, at afgørelsen har tilsvarende betydning for, om en udloddende investeringsforening hjemmehørende i en medlemsstat har krav på skattemæssig ligebehandling med udloddende investeringsforeninger, der er hjemmehørende i andre medlemsstater. Tilsvarende gælder, at en investor bosiddende i eksempelvis Danmark kan påberåbe sig dommen over for de danske skattemyndigheder, såfremt hans investering i en udloddende investeringsforening hjemmehørende i en anden medlemsstat ikke ligestilles med investeringer i danske udloddende investeringsforeninger.

De fortolker i Deres brev tilsyneladende præmis 40 på den måde, at ordet "*betingelser*" skulle henvise til samtlige materielle bestemmelser i eksempelvis den danske lovgivning der omhandler udloddende investeringsforeninger, idet De herved henviser til SKAGEN-fondene, der har valgt at opfylde de danske regler.

Deres fortolkning af dommens præmis 40 er imidlertid ikke udtryk for gældende fællesskabsret.

Dette kan allerede udledes af dommens præmis 41, hvoraf det fremgår, at termen 'betingelse' alene knytter sig til definitionen af selve begrebet 'almennyttig'. Denne udlægning bekræftes endvidere af andre sproglige versioner af dommens præmis 40, jf. således den tyske version, der taler om forudsætningen for at være anerkendt som en 'almennyttig fond' ("*gemeinnützig anerkannte Stiftung*"), men altså ikke om overholdelse af samtlige materielle regler for almennyttige fonde i Tyskland:

"Gleichwohl können, wenn eine in einem Mitgliedstaat als gemeinnützig anerkannte Stiftung auch die dafür nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt und ihr Ziel die Förderung identischer Interessen der Allgemeinheit ist, was die nationalen Stellen des letztgenannten Staates einschließlich der Gerichte zu beurteilen haben, die Stellen dieses Mitgliedstaats dieser Stiftung das Recht auf Gleichbehandlung nicht allein aus dem Grund verwehren, dass sie nicht im Inland niedergelassen ist".

Endnu mere tydeligt bliver dette i den engelske version af dommens præmis 40, der udtrykkeligt alene taler om, at en fond, der ønsker at blive anerkendt som 'almennyttig' i skatteretlig henseende i en anden medlemsstat, skal opfylde de forudsætninger der er opstillet for at fastlægge institutionens **status** som almennyttig, jf. særligt: "**Charitable status**" og: "*for that purpose*" (altså med henblik på fastlæggelse af "**charitable status**") (mine fremhævelser):

*"Nevertheless, the fact remains that where a foundation recognised as having **charitable status** in one Member State also satisfies the **requirements imposed for that purpose** by the law of another Member State and where its object is to promote the very same interests of the general public, which it is a matter for the national authorities of that other State, including its courts, to determine, the authorities of that Member State cannot deny that foundation the right to equal treatment solely on the ground that it is not established in its territory."*

Det fremgår således udtrykkeligt af den engelske tekst, at det er **fondens status** som almennyttig, der er afgørende for kravet om ligebehandling, og altså ikke, om fonden konkret iagttager samtlige de krav, der gælder for almennyttige fonde i tysk ret.

Det kan således konkluderes, at Deres fortolkning af præmis 40, hvorefter Domstolen skulle opstille et krav om, at skattemæssig ligebehandling af tilsvarende udenlandske institutter mv., forudsætter iagttagelse af samtlige nationale materielle krav, der gælder for den pågældende type af investeringsinstitutter, klart går videre, end der er dækning for i Domstolens dom.

Betingelser for tilkendelse af status som udloddende investeringsforening i dansk ret

I forhold til spørgsmålet om skatteretlig behandling af investeringsinstitutter hjemmehørende i andre medlemsstater betyder dommens præmis 40 derimod, at et en i Danmark bosiddende investor i et udloddende investeringsinstitut hjemmehørende i en anden medlemsstat har krav på at investeringen behandles efter de danske skatteretlige regler, der gælder for udloddende investeringsforeninger, såfremt det udenlandske institut i henhold til de forudsætninger, der gælder herom i dansk ret, kan anses for at være anerkendt som havende **status som en udloddende investeringsforening**.

Disse betingelser fremgår af ligningslovens § 16 C, stk. 1, 1. pkt., som affattet ved lov nr. 407 af 1. juni 2005:

»Ved en udloddende investeringsforening forstås en investeringsforening, der udsteder omsættelige beviser for medlemmernes indskud, og som opgør en minimumsudlodning, der beskattes i overensstemmelse med, at foreningen har valgt, at foreningens indkomst skal beskattes hos medlemmerne efter reglerne for udloddende foreninger.«

Det grundlæggende formål bag de danske skatteregler om udloddende investeringsforeninger er angivet i bemærkningerne til lov nr. 536 af 28. december 1979, jf. Folketingstidende 1979/80 A, sp. 663-664:

"Investeringsforeninger, der ifølge vedtægterne er forpligtet til at udlodde renter og udbytter inden for fristen for selvangivelse, vil efter forslaget fortsat være fritaget for skattepligt, hvorimod medlemmerne løbende vil blive beskattet af udloddede beløb. Når fristen for udlodning af renter og udbytter forslås fastsat til fristen for indgivelse af selvangivelse, skyldes det netop, at skattefrihed for foreningen kun skal foreligge, hvor indtjente renter og udbytter løbende underkastes beskatning hos medlemmerne. Kursgevinster, som disse foreninger opnår på værdipapirbeholdningen, vil ligeledes fortsat være skattefri for foreningen og først komme til beskatning ved medlemmernes afhændelse af certifikaterne, og da efter samme regler, som gælder for aktier."

Afgørende for, at en investeringsforening kan tilkendes status som udloddende efter dansk ret (og dermed skattefrihed) er således alene, at indtjente renter og udbytter løbende underkastes beskatning hos medlemmerne, og at der med henblik på en sådan beskatning foretages en opgørelse af den skattepligtige indkomst for disse som følge af medlemskabet af foreningen.

Det fællesskabsretlige restriktionsforbud

Deres fortolkning af Domstolens dom er tilsyneladende tillige baseret på den fejlslutning, at en national foranstaltning under alle omstændigheder er i overensstemmelse med fællesskabsretten, såfremt foranstaltningen blot finder anvendelse på alle udenlandske investeringsinstitutter uden hensyn til disses nationalitet.

Jeg skal i denne forbindelse henlede Deres opmærksomhed på, at det er EF-domstolens faste praksis, at der for så vidt angår bestemmelserne i EF-traktatens artikler 39, 43, 49 og 56, gælder såvel et forbud mod foranstaltninger, hvorved der gøres forskelsbehandling under henvisning til nationalitet (diskriminationsforbuddet), som et forbud mod nationale foranstaltninger, *der, uden at der gøres forskel på grundlag af nationalitet, indebærer, at det bliver mindre attraktivt at udøve en af de ved EF-traktaten sikrede frihedsrettigheder* (restriktionsforbuddet).

Jeg skal i denne henseende eksempelvis henvise til Domstolens dom af 19. januar 2006 i sag C-265/04, Bouanich, jf. dommens præmis 30-35 (min fremhævelse):

- "30 Artikel 56 EF forbyder alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne med forbehold af de begrundelser, der er fastsat i artikel 58 EF.*
- 31 For at besvare det første spørgsmål skal det først og fremmest afgøres, om den omstændighed, at en medlemsstat i forbindelse med tilbagekøb af aktier nægter at indrømme ikke-hjemmehørende aktionærer adgang til fradrag for erhvervsomkostningerne ved disse aktier, udgør en restriktion for kapitalbevægelserne.*
- 32 I denne forbindelse bemærkes, at 1970-loven undergiver aktionærer, der har erhvervet aktier i et selskab med hjemsted i Sverige, forskellige bestemmelser, afhængigt af, om de har bopæl i Sverige eller andetsteds. Således har en aktionær, der har bopæl i Sverige, ret til ved tilbagekøb af aktier i forbindelse med nedsættelse af aktiekapitalen at fratække erhvervsomkostningerne ved nævnte aktier, mens dette ikke er muligt for en ikke-hjemmehørende aktionær. Fradragsretten udgør således en skattefordel, der udelukkende er forbeholdt hjemmehørende aktionærer.*
- 33 Det er ubestridt, at en sådan skattefordel udgør en lettelse af skattebyrden for de personer, der har ret hertil, således at ikke-hjemmehørende aktionærer, som ikke har ret til denne fordel, beskattes hårdere og dermed befinder sig i en mindre fordelagtig situation end hjemmehørende aktionærer.*
- 34 Det bemærkes, således som generaladvokaten har anført i punkt 33 og 34 i forslaget til afgørelse, at en sådan ordning gør grænseoverskridende kapitalinvestering mindre attraktiv, dels ved at gøre det mindre interessant for investorer, der ikke har bopæl i Sverige, at købe aktier i selskaber, der har hjemsted i Sverige, dels ved som følge heraf at begrænse mulighederne for svenske selskaber for at tilvejebringe kapital fra investorer, der ikke har bopæl i Sverige.*
- 35 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at det forhold, at aktionærer, der ikke er hjemmehørende, i forbindelse med tilbagekøb af aktier nægtes adgang til fradrag for*

erhvervelsesomkostningerne ved disse, udgør en restriktion for kapitalbevægelserne i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56 EF."

Det turde være unødvendigt at føre nærmere dokumentation for, at et dansk krav om, at en dansk investor i en udloddende investeringsforening hjemmehørende i en anden medlemsstat kun har krav på skattemæssig ligebehandling med investering i en dansk udloddende investeringsforening, såfremt foreningen har valgt at opfylde samtlige materielle danske regler, der gælder for udloddende foreninger, vil indebære betydelige omkostninger og praktiske vanskeligheder for foreningen.

Det er derfor uden videre klart, at en sådan foranstaltning indebærer en restriktion for kapitalens fri bevægelighed, og at foranstaltningen derfor kun kan anses for lovlig i relation til Artikel 56 EF, såfremt den kan retfærdiggøres i henhold til de af EF-domstolen opstillede kriterier for retfærdiggørelse af restriktive nationale foranstaltninger.

Retfærdiggørelse af den konstaterede restriktion

For så vidt angår spørgsmålet om retfærdiggørelse af den konstaterede restriktion, skal jeg eksempelvis henvise til Domstolens dom af 7. september 2004, i sag C-319/02, Manninen, præmis 29:

"29 Der skal således sondres mellem forskellig behandling, der er tilladt efter artikel 58, stk. 1, litra a), EF, og vilkårlig forskelsbehandling, der er forbudt efter samme artikels stk. 3. Det fremgår af retspraksis, at national skattelovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der for en i den pågældende medlemsstat fuldt skattepligtig persons vedkommende sondres mellem indkomst fra indenlandsk og udenlandsk udbytte, kun kan anses for forenelige med traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed for kapital, hvis den forskellige behandling vedrører situationer, som ikke er objektivt sammenlignelige eller er begrundet i tvingende almene hensyn, herunder hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen (Verkooijen-dommen, præmis 43). Herudover må den forskellige behandling af forskellige kategorier af udbytte for at være berettiget ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, der forfølges med den omhandlede lovgivning."

En skattemæssig forskelsbehandling mellem investeringer i danske og udenlandske investeringsforeninger er ikke tilladt i henhold til Artikel 58, stk. 1, EF. En foranstaltning, hvorefter investeringer i udloddende investeringsforeninger hjemmehørende i andre medlemsstater kun i skattemæssig henseende ligebehandles med investeringer i udloddende investeringsforeninger hjemmehørende i Danmark, hvis den udenlandske forening (der jf. ovenfor forudsættes at opfylde de danske betingelser for at opnå status som en udloddende forening, og som derfor befinder sig i en objektivt sammenlignelig situation), har valgt at opfylde samtlige materielle danske krav for udloddende foreninger, er således kun forenelig med Artikel 56 EF, hvis:

- Foranstaltningen er begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, og
- Foranstaltningen ikke går udover, hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, der forfølges.

Det fremgår hverken af Deres brev af 17. oktober d.å. eller af Skatterådets bindende svar, jf. SKM2006.588SR, at der skulle foreligge tvingende samfundsmæssigt hensyn, som kan retfærdiggøre, at udloddende investeringsforeninger hjemmehørende i andre medlemsstater skal opfylde samtlige de materielle regler, der gælder for danske udloddende investeringsforeninger.

Allerede fordi der således ikke foreligger et tvingende samfundsmæssigt hensyn som kan retfærdiggøre en foranstaltning, hvorefter udloddende investeringsforeninger hjemmehørende i andre medlemsstater pålægges at iagttage samtlige danske materielle regler, der gælder for udloddende foreninger, er en sådan foranstaltning uforenelig med EF-traktatens Artikel 56.

Jeg skal afslutningsvis særligt henvide til, at det udtrykkeligt fremgår af Domstolens dom i sag C-386/04, jf. dommens præmis 48, at enhver medlemsstat er berettiget til at anvende foranstaltninger, som giver den mulighed for at foretage en klar og præcis kontrol af, om institutionen opfylder betingelserne for skattefritagelse i den nationale lovgivning, og til at kontrollere dens faktiske drift, f.eks. på grundlag af de fremlagte årsregnskaber og en årsberetning.

Det bemærkes i denne henseende særligt, at hvis Danmark opstiller en generel regel om, at udenlandske investeringsinstitutter skatteretlig henseende kun har krav på at blive ligebehandlet med tilsvarende danske institutter, hvis det udenlandske institut vælger at opfylde samtlige materielle danske regler for den pågældende type af institutter, *så afskæres det udenlandske institut (eller den danske investor) på forhånd fuldstændig fra at føre relevant dokumentation for, om betingelserne i dansk ret for at tilkendes status som, eksempelvis en udloddende investeringsforening kan anses for at være opfyldt i kraft af de regler, som instituttet er underlagt i sit hjemland eller i kraft af de for instituttet gældende vedtægter.*

Det følger af Domstolens faste praksis, at en national foranstaltning, der fuldstændig afskærer den skattepligtige fra at forelægge relevant bevis for, at de betingelser, der stilles i national ret allerede er opfyldt i kraft af de relevante regler, der finder anvendelse i en anden medlemsstat, ikke kan begrundes i hensynet til effektiv skattekontrol. Jeg skal her blot henvide til EF-domstolens dom af 14. september 2006 i sag C-386/04, Centro di Musicologia Walther Stauffer, jf. præmis 49 (min fremhævelse);

"49 I den forbindelse bemærkes, at der intet er til hinder for, at de pågældende skattemyndigheder over for den almennyttige institution, der rejser krav om skattefritagelse, stiller som betingelse, at de fremlægger en relevant dokumentation, der giver dem mulighed for at foretage den nødvendige kontrol. I øvrigt kan en national ordning, som fuldstændig afskærer den skattepligtige fra at fremlægge sådant bevis, ikke begrundes i hensynet til en effektiv skattekontrol (jf. i denne retning dommen i sagen Laboratoires Fournier, præmis 25).

Sammenfatning

Jeg skal afslutningsvis sammenfatte mine konklusioner som følger:

- Deres fortolkning af præmis 40 i Domstolens dom i sag C-386/04, hvorefter skattemæssig ligebehandling med et tilsvarende investeringsinstitut hjemmehørende i en anden medlemsstat forudsætter, at det udenlandske institut vælger at iagttage samtlige danske materielle regler, der gælder for den pågældende type af investeringsinstitutter, går videre end der er dækning for i Domstolens dom.
- En person bosiddende i Danmark, der har investeret i et investeringsinstitut hjemmehørende i en anden medlemsstat, der er objektivt sammenligneligt med en dansk udloddende investeringsforening, har således krav på at investeringen efter dansk skatteret behandles efter de danske regler for udloddende investeringsforeninger, såfremt det udenlandske institut opfylder de betingelser, der er fastsat i dansk lovgivning, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 1., 1. pkt.
- Ordet "betingelser", jf. Domstolens dom i sag C-386/04, præmis 40, betyder i denne sammenhæng blot, at det udenlandske institut skal opfylde de **forudsætninger** ("Vorraussetzungen", "requirements"), som er opstillet i dansk ret med henblik på at anerkende, at instituttet anerkendes som havende **status** som udloddende investeringsforening ("*imposed for that purpose*").
- Et generelt krav om, at udloddende investeringsforeninger hjemmehørende i andre medlemsstater skal opfylde samtlige materielle krav, der stilles til disse efter dansk ret, indebærer i øvrigt utvivlsomt en restriktion i forhold til EF-traktatens Artikel 56.
- Da der ikke foreligger et tvingende samfundsmæssigt hensyn, som kan retfærdiggøre en sådan national foranstaltning, er det klart, at danske skattemyndigheders håndhævelse af en sådan foranstaltning vil være i strid med gældende fællesskabsret.
- Danske skattemyndigheder er berettiget til at stille krav, som gør det muligt at kontrollere, om det udenlandske institut faktisk opfylder betingelserne i dansk lovgivning, og som gør det muligt at fastlægge indkomstgrundlaget for en i Danmark bosiddende investor i det pågældende institut, samt at foretage den i så henseende nødvendige kontrol.
- Et generelt krav om iagttagelse af samtlige danske regler for udloddende investeringsforeninger kan ikke retfærdiggøres med henvisning til kravet om effektiv skattekontrol, fordi en medlemsstat, der opstiller et generelt krav om iagttagelse af samtlige nationale materielle krav for den pågældende type institutter, derved fuldstændigt afskærer et investeringsinstitut hjemmehørende i en anden medlemsstat (eller en investor bosiddende i medlemsstaten) fra at føre relevant dokumentation for, at det pågældende institut faktisk opfylder de

nationale forudsætninger, der opstilles for at opnå status som udloddende investeringsforening i medlemsstaten.

- Den nugældende danske praksis, således som denne er kommet til udtryk i SKM2006.588SR, er således uforenelig med EF-traktatens artikel 56.
- Danske myndigheder og domstole er derfor i henhold til EF-traktatens Artikel 10, retligt forpligtet til at ændre denne praksis.

Såfremt De måtte have kommentarer eller spørgsmål i denne anledning, står jeg naturligvis til disposition.

Med venlig hilsen

Søren Friis Hansen