

DOM

Afsagt den 2. april 2019 af Østre Landsrets 13. afdeling
(landsdommerne John Mosegaard, Anne Birgitte Fisker og Niels Fenger).

13. afd. nr. B-232-10, B-233-10, B-234-10, B-235-10, B-921-12, B-922-12,
B-923-12, B-924-12, B-925-12 og B-926-12:

Fidelity Funds,

Fidelity Investment Funds,

Fidelity Institutional Funds og

Schroder International Selection Fund

(advokat Jakob Skaadstrup Andersen)

mod

Skatteministeriet

(advokat Søren Horsbøl Jensen)

Biintervenient NN (L) SICAV for sagsøgerne

(advokat Eduardo Vistisen)

Disse sager, der er anlagt dels ved Københavns Byret, dels ved Retten i Lyngby, er ved Københavns Byrets kendelse af 7. januar 2010 og Lyngby Rets kendelse af 12. marts 2012 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af henholdsvis retsplejelovens § 226, stk. 1, og retsplejelovens § 254, stk. 2.

Sagsøgeren, Fidelity Funds, har nedlagt følgende påstande:

Sag B-232-10

i. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at spørgsmål 3, 4 og 5 i Landsskatterettens kendelse af 27. maj 2009 skal besvares med ”Ja”.

ii. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at sagsøger skal have tilbagebetalt den udbytteskat, der blev indeholdt af sagsøgers udbytter fra aktier i danske selskaber i årene 2000-2009.

Sag B-925-12

Skatteministeriet tilpligtes at betale kr. 3.124.320 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Sag B-926-12

Skatteministeriet tilpligtes at betale kr. 5.341.912,05 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Sagsøgeren, Fidelity Institutional Funds, har nedlagt følgende påstande:

Sag B-233-10

i. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at spørgsmål 3, 4 og 5 i Landsskatterettens kendelse af 27. maj 2009 skal besvares med ”Ja”.

ii. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at sagsøger skal have tilbagebetalt den udbytteskat, der blev indeholdt af sagsøgers udbytter fra aktier i danske selskaber i årene 2000-2009.

Sag B-923-12

Skatteministeriet tilpligtes at betale kr. 529.340,85 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Sag B-924-12

Skatteministeriet tilpligtes at betale kr. 445.533,90 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Sagsøgeren, Fidelity Investment Funds, har nedlagt følgende påstande:

Sag B-234-10

i. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at spørgsmål 3, 4 og 5 i Landsskatterettens kendelse af 27. maj 2009 skal besvares med ”Ja”.

ii. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at sagsøger skal have tilbagebetalt den udbytteteskatt, der blev indeholdt af sagsøgers udbytter fra aktier i danske selskaber i årene 2000-2009.

Sag B-921-12

Skatteministeriet tilpligtes at betale kr. 3.481.640,93 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Sag B-922-12

Skatteministeriet tilpligtes at betale kr. 2.310.102,90 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Sagsøgeren i sag B-235-10, Schroder International Selection Fund, har nedlagt følgende påstande:

i. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at spørgsmål 3, 4 og 5 i Landsskatterettens kendelse af 27. maj 2009 skal besvares med ”Ja”.

ii. Skatteministeriet tilpligtes at anerkende, at sagsøger skal have tilbagebetalt den udbytteskat, der blev indeholdt af sagsøgers udbytter fra aktier i danske selskaber i årene 2000-2009.

Sagsøgte, Skatteministeriet, har over for alle sagsøgere påstået frifindelse.

Efter at EU-Domstolen ved dom af 21. juni 2018 (sag C-480/16, Fidelity Funds) besvarede et præjudicielt spørgsmål til brug for sagens afgørelse, har sagsøgerne – støttet af biintervenienten – anmodet landsretten om at forelægge yderligere præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. Disse spørgsmål gengives under dommens afsnit vedrørende parternes anbringender.

Over for sagsøgernes begæring om, at der stilles yderligere præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, har Skatteministeriet nedlagt påstand om, at begæringen ikke tages til følge.

Sagsfremstilling

Sagsøgerne er investeringsinstitutter for kollektive investeringer i værdipapirer, som defineret i rådsdirektiv 85/611 (UCITS-direktivet). De har alle har rejst krav om tilbagebetaling af de skatter, som danske selskaber har indeholdt af udbytter udloddet til dem i årene 2000-2009. Sagsøgerne bestrider ikke, at de foretagne kildebeskatninger isoleret set har haft hjemmel i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med kildeskattelovens § 65, stk. 1, men gør gældende, at beskatningen er sket i strid med TEF artikel 56 EF (nu TEUF artikel 63) om kapitalens frie bevægelighed. Endvidere har sagsøgerne nedlagt en række anerkendelsespåstande i relation til den stadfæstelse af forskellige bindende svar gående på samme problemstilling, som Landsskatteretten foretog i nogle af de skatteafgørelser, der er omfattet af sagen.

Sagsøgerne og disses dispositioner

Sagsøger Fidelity Funds er i den ved sag B-232-10 indbragte landsskatteretsafgørelse af 27. maj 2009 beskrevet som følger:

”Fidelity Funds (Fidelity) er et “open-ended investment company” etableret i Luxembourg som et såkaldt SICAV med forskellige aktieklasser. Det er et selskab med begrænset ansvar og variabel aktiekapital. Fidelity er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapirer, et såkaldt UCITS efter Rådets direktiv 85/611 EØF (UCITS-direktivet). Det svarer til en dansk investeringsforening, der er den danske betegnelse for investeringsinstitutter omfattet af UCITS-direktivet.

Fidelity er organiseret på en måde, der adskiller sig fra danske investeringsforeninger, der kun kan være organiseret i foreningsform. UCITS-direktivet omfatter også andre retsformer end tilladt i Danmark for at tage højde for de forskelligheder, der kan være i retsopfattelsen i de andre EU-stater. Investeringsinstitutterne kan være organiseret som selskaber med begrænset ansvar som eksempelvis i Luxembourg og Storbritannien.

I Luxembourg er Fidelity som et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til det danske Finanstilsyn. Det betyder bl.a., at udøvelse af aktiviteten kræver tilladelse, at Fidelity er underlagt strenge regler for, hvordan den daglige investeringsaktivitet kan foregå, og hvilke værdipapirer der kan investeres i, størrelsen på den enkelte investering i et enkelt selskab, finansiering af investeringerne, mulighed for låneoptagelse etc. Fidelity har et såkaldt EU pas, der medfører, at når det er godkendt i en EU stat, har Fidelity ret til at markedsføre sine aktiviteter i en anden EU stat.

Skattemæssigt i Luxembourg bliver Fidelity ikke beskattet af realiserede eller urealiserede kapitalgevinster, ligesom det heller ikke betaler udbytteskat.

Beskatningen sker i stedet hos aktionærerne forudsat, at disse er hjemmehørende i eller har et fast driftssted i Luxembourg.

Fidelity, som har investeret i aktier over hele verdenen, ejer aktier i adskillige danske børsnoterede selskaber og har modtaget udbytter på disse aktier i 2000 - 2005.

De danske børsnoterede selskaber har indeholdt udbytteskat på 28 % (25 % for 2000) ved udlodning af udbytter til Fidelity, siden reduceret til 15 % i henhold til artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. Det er under sagens behandling for Landsskatteretten oplyst, at udbytteskatten på 15 % for Fidelity for årene 2000-2005 svarer til ca. 23 mio. DKK.

Fidelity markedsfører ikke dets produkter i Danmark og har hverken meddelt overfor de danske skattemyndigheder, at den ønsker skattemæssig status som udloddende investeringsforening, eller tilpasset dets vedtægter til de regler, der var gældende for udloddende investeringsforeninger indtil indkomstår 2005.”

I de ved sagerne B-925-12 og B-926-12 anfægtede kendelser af 29. juli 2011 vedrørende indkomstårene 2006-2007 og 2008-2009 har Landsskatteretten i det væsentlige gentaget den ovenfor citerede beskrivelse af Fidelity Funds. Landsskatteretten har desuden i sine afgørelser vedrørende henholdsvis disse indkomstår tilføjet bl.a. følgende vedrørende Fidelity Funds aktiviteter i de nævnte to perioder:

”Fidelity, som har investeret i aktier over hele verdenen, ejer aktier i adskillige danske børsnoterede selskaber og har modtaget udbytter på disse aktier i [henholdsvis 2006-2007 og 2008 – 2009].

Aktieposterne har været porteføljeinvesteringer, hvorfor Fidelity ikke har ejet mere end 10 % af aktierne i de pågældende danske selskaber.

De danske børsnoterede selskaber har indeholdt udbytteskat på 28 % ved udlodning af udbytter til Fidelity, der siden er reduceret til 15 % i henhold til artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg.

Tilbagebetalingskravet for indkomstårene [henholdsvis 2006 og 2007 samt] 2008 og 2009 på [henholdsvis 3.124.320 kr. og] 5.341.912,05 kr. vedrører den del af udbytteskatterne, som ikke er blevet refunderet i overensstemmelse med artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Fidelity har ikke meddelt de danske skattemyndigheder, at Fidelity ønsker skattemæssig status som udloddende investeringsforening.”

Sagsøger Fidelity Institutional Fonds er i den ved sag B-233-10 indbragte landsskatteretskendelse af 27. maj 2009 beskrevet som følger:

”Fidelity Institutional Funds (Fidelity) er et “umbrella company” med variabel kapital og begrænset ansvar etableret i England og Wales. Det er organiseret med forskellige aktieklasser, der hver især udgør en forening med egne investeringer. Investor tegner aktier i den enkelte aktieklasse og er kun berettiget til at modtage afkast fra denne. Fidelity er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapirer, et såkaldt UCITS efter Rådets direktiv 85/611 EØF (UCITS-direktivet). Det svarer til en dansk investeringsforening, der er den danske betegnelse for investeringsinstitutter omfattet af UCITS-direktivet.

Fidelity er organiseret på en måde, der adskiller sig fra danske investeringsforeninger, der kun kan være organiseret i foreningsform. UCITS-direktivet omfatter også andre retsformer end tilladt i Danmark for at tage højde for de forskelligheder, der kan være i retsopfattelsen i de andre EU-stater. Investeringsinstitutterne kan være organiseret som selskaber med begrænset ansvar som eksempelvis i Storbritannien og Luxembourg.

I Storbritannien er Fidelity som et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til det danske Finanstilsyn. Det betyder bl.a., at udøvelse af aktiviteten kræver tilladelse, at Fidelity er underlagt strenge regler for, hvordan den daglige investeringsaktivitet kan foregå, og hvilke værdipapirer der kan investeres i, størrelsen på den enkelte investering i et enkelt selskab, finansiering af investeringerne, mulighed for låneoptagelse etc. Fidelity har et såkaldt EU pas, der medfører, at når det er godkendt i en EU stat, har Fidelity ret til at markedsføre sine aktiviteter i en anden EU stat.

Skattemæssigt i Storbritannien er Fidelity skattefri af realiserede kapitalgevinster ved afståelse af investeringer, ligesom det heller ikke beskattes af udbytter modtaget fra selskaber i Storbritannien. Kapitalgevinster eller -tab på finansielle kontrakter er ligeledes skattefri. Hvert enkelt aktieklasse/forening anses for et selvstændigt skatte-subjekt (ligesom en afdeling af en dansk investeringsforening), som beskattes med 20 % af andre former for indkomst efter fradrag for fradragsberettigede omkostninger. Beskatningen sker således generelt på aktionærniveau forudsat, at disse er hjemmehørende i Storbritannien.

Fidelity, som har investeret i aktier over hele verdenen, ejer aktier i adskillige danske børsnoterede selskaber og har modtaget udbytter på disse aktier i 2000 - 2005.

De danske børsnoterede selskaber har indeholdt udbytteskat på 28 % (25 % for 2000) ved udlodning af udbytter til Fidelity, siden reduceret til 15 % i henhold til artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Storbritannien. Det er under sagens behandling for Landsskatteretten oplyst, at udbytteskatten på 15 % for Fidelity for årene 2001-2005 svarer til ca. 3.3 mio. DKK.

Fidelity, som markedsfører dets produkter i Danmark, har hverken meddelt overfor de danske skattemyndigheder, at den ønsker skattemæssig status som

udloddende investeringsforening, eller tilpasset dets vedtægter til de regler, der var gældende for udloddende investeringsforeninger indtil indkomstår 2005.”

I den ved sag B-923-12 anfægtede landsskatteretskendelse af 29. juli 2011 vedrørende indkomstårene 2006-2007 har Landsskatteretten i det væsentlige gentaget denne beskrivelse af Fidelity Institutional Funds. Det samme gælder i den sag B-924-12 anfægtede landsskatteretskendelse af samme dato vedrørende indkomstårene 2008-2009. I sidstnævnte to kendelser har Landsskatteretten desuden tilføjet følgende vedrørende Fidelity Institutional Funds dispositioner for henholdsvis skatteårene 2006-2007 og 2008-2009:

”Fidelity, som har investeret i aktier over hele verdenen, ejer aktier i adskillige danske børsnoterede selskaber og har modtaget udbytter på disse aktier i [henholdsvis 2006-2007 og] 2008 - 2009.

Aktieposterne har været porteføljeinvesteringer, hvorfor Fidelity ikke har ejet mere end 10 % af aktierne i de pågældende danske selskaber.

De danske børsnoterede selskaber har indeholdt udbytteskat på 28 % ved udlodning af udbytter til Fidelity, der siden er reduceret til 15 % i henhold til artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Storbritannien.

Tilbagebetalingskravet for indkomstårene [henholdsvis 2006-2007 samt] 2008 og 2009 på [henholdsvis 529.340,85 kr. og] 445.533,90 kr. vedrører den del af udbytteskatterne, som ikke er blevet refunderet i overensstemmelse med artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Fidelity har ikke meddelt de danske skattemyndigheder, at Fidelity ønsker skattemæssig status som udloddende investeringsforening.”

Sagsøger Fidelity Investment Funds er i den ved sag B-234-10 anfægtede landsskatteretskendelse af 27. maj 2009 vedrørende indkomstårene 2000-2005 beskrevet som følger:

”Fidelity Investment Funds (Fidelity) er et “umbrella company” med variabel kapital og begrænset ansvar etableret i England og Wales. Det er organiseret med forskellige aktieklasser, der hver især udgør en forening med egne investeringer. Investor tegner aktier i den enkelte aktieklasser og er kun berettiget til at modtage afkast fra denne. Fidelity er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapirer, et såkaldt UCITS efter Rådets direktiv 85/611 EØF (UCITS-direktivet). Det svarer til en dansk investeringsforening, der er den danske betegnelse for investeringsinstitutter omfattet af UCITS-direktivet.

Fidelity er organiseret på en måde, der adskiller sig fra danske investeringsforeninger, der kun kan være organiseret i foreningsform. UCITS-direktivet omfatter også andre retsformer end tilladt i Danmark for at tage højde for de

forskelligheder, der kan være i retsopfattelsen i de andre EU-stater. Investeringsinstitutterne kan være organiseret som selskaber med begrænset ansvar som eksempelvis i Storbritannien og Luxembourg.

I Storbritannien er Fidelity som et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til det danske Finanstilsyn. Det betyder bl.a., at udøvelse af aktiviteten kræver tilladelse, at Fidelity er underlagt strenge regler for, hvordan den daglige investeringsaktivitet kan foregå, og hvilke værdipapirer der kan investeres i, størrelsen på den enkelte investering i et enkelt selskab, finansiering af investeringerne, mulighed for låneoptagelse etc. Fidelity har et såkaldt EU pas, der medfører, at når det er godkendt i en EU stat, har Fidelity ret til at markedsføre sine aktiviteter i en anden EU stat.

Skattemæssigt i Storbritannien er Fidelity skattefri af realiserede kapitalgevinster ved afståelse af investeringer, ligesom det heller ikke beskattes af udbytter modtaget fra selskaber i Storbritannien. Kapitalgevinster eller -tab på finansielle kontrakter er ligeledes skattefri. Hvert enkelt aktieklasse/forening anses for et selvstændigt skatte-subjekt (ligesom en afdeling af en dansk investeringsforening), som beskattes med 20 % af andre former for indkomst efter fradrag for fradragsberettigede omkostninger. Beskatningen sker således generelt på aktionærniveau forudsat, at disse er hjemmehørende i Storbritannien.

Fidelity, som har investeret i aktier over hele verdenen, ejer aktier i adskillige danske børsnoterede selskaber og har modtaget udbytter på disse aktier i 2000 - 2005.

De danske børsnoterede selskaber har indeholdt udbytteskat på 28 % (25 % for 2000) ved udlodning af udbytter til Fidelity, siden reduceret til 15 % i henhold til artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Storbritannien. Det er under sagens behandling for Landsskatteretten oplyst, at udbytteskatten på 15 % for Fidelity for årene 2001-2005 svarer til ca. 23,5 mio. DKK.

Fidelity markedsfører ikke dets produkter i Danmark og har hverken meddelt overfor de danske skattemyndigheder, at den ønsker skattemæssig status som udloddende investeringsforening, eller tilpasset dets vedtægter til de regler, der var gældende for udloddende investeringsforeninger indtil indkomstår 2005.”

Landsskatteretten har i det væsentlige gentaget denne beskrivelse af Fidelity Investment Funds i de ved sag B-921-12 og B-922-12 anfægtede landsskatteretskendelser af 29. juli 2011 vedrørende indkomstårene 2006-2007 og 2008-2009. I de to sidstnævnte kendelser er endvidere anført følgende om vedrørende denne forenings dispositioner i henholdsvis 2006-2007 og 2008-2009:

”Fidelity, som har investeret i aktier over hele verdenen, ejer aktier i adskillige danske børsnoterede selskaber og har modtaget udbytter på disse aktier i [henholdsvis 2006-2007 og] 2008 - 2009.

Aktieposterne har været porteføljeinvesteringer, hvorfor Fidelity ikke har ejet mere end 10 % af aktierne i de pågældende danske selskaber.

De danske børsnoterede selskaber har indeholdt udbytteskat på 28 % ved udlodning af udbytter til Fidelity, der siden er reduceret til 15 % i henhold til artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomst med Storbritannien.

Tilbagebetalingskravet for indkomstårene [henholdsvis 2006-2007 samt] 2008 og 2009 på [henholdsvis 3.481.640,93 kr. og] 2.310.102,90 kr. vedrører den del af udbytteskatterne, som ikke er blevet refunderet i overensstemmelse med artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Fidelity har ikke meddelt de danske skattemyndigheder, at Fidelity ønsker skattemæssig status som udloddende investeringsforening.”

Sagsøger Schroder International Selection Fund (herefter Schroder) er i den ved sag B-235-10 indbragte landsskatteretskendelse af 27. maj 2009 beskrevet følger:

”Schroder International Selection Fund (Schroder) er et “open-ended investment company” etableret i Luxembourg som et såkaldt SICAV med forskellige aktieklasser. Det er et selskab med begrænset ansvar og variabel aktiekapital. Schroder er et investeringsinstitut for kollektiv investering i værdipapirer, et såkaldt UCITS efter Rådets direktiv 85/611 EØF (UCITS-direktivet). Det svarer til en dansk investeringsforening, der er den danske betegnelse for investeringsinstitutter omfattet af UCITS-direktivet.

Schroder er organiseret på en måde, der adskiller sig fra danske investeringsforeninger, der kun kan være organiseret i foreningsform. UCITS-direktivet omfatter også andre retsformer end tilladt i Danmark for at tage højde for de forskelligheder, der kan være i retsopfattelsen i de andre EU-stater. Investeringsinstitutterne kan være organiseret som selskaber med begrænset ansvar som eksempelvis i Luxembourg og Storbritannien.

I Luxembourg er Schroder som et UCITS underlagt tilsyn fra en myndighed, der svarer til det danske Finanstilsyn. Det betyder bl.a., at udøvelse af aktiviteten kræver tilladelse, at Schroder er underlagt strenge regler for, hvordan den daglige investeringsaktivitet kan foregå, og hvilke værdipapirer der kan investeres i, størrelsen på den enkelte investering i et enkelt selskab, finansiering af investeringerne, mulighed for låneoptagelse etc. Schroder har et såkaldt EU pas, der medfører, at når det er godkendt i en EU stat, har Schroder ret til at markedsføre sine aktiviteter i en anden EU stat.

Skattemæssigt i Luxembourg bliver Schroder ikke beskattet af realiserede eller urealiserede kapitalgevinster, ligesom det heller ikke betaler udbytteskat.

Beskatningen sker i stedet hos aktionærene forudsat, at disse er hjemmehørende i eller har et fast driftssted i Luxembourg.

Schroder, som har investeret i aktier over hele verdenen, ejer aktier i adskillige danske børsnoterede selskaber og har modtaget udbytter på disse aktier i 2003 - 2005.

De danske børsnoterede selskaber har indeholdt udbytteskat på 28 % ved udlodning af udbytter til Schroder, siden reduceret til 15 % i henhold til artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. Det er under sagens behandling for Landsskatteretten oplyst, at udbytteskatten på 15 % for Schroder for årene 2003-2005 svarer til ca. 1 mio. DKK.

Schroder markedsfører ikke dets produkter i Danmark og har hverken meddelt overfor de danske skattemyndigheder, at den ønsker skattemæssig status som udloddende investeringsforening, eller tilpasset dets vedtægter til de regler, der var gældende for udloddende investeringsforeninger indtil indkomstår 2005.”

Der er mellem parterne enighed om, at ingen af sagsøgerne i perioden frem til den 1. juni 2005 foretog minimusudlodninger i overensstemmelse med reglerne i ligningslovens § 16 C, herunder at det ikke fremgik af sagsøgernes vedtægter, at de var forpligtede til at foretage sådanne udlodninger. Det er også enighed om, at ingen af sagsøgerne i tiden efter den 1. juni 2005 over for de danske skattemyndigheder opgjorde minimumsudlodninger i overensstemmelse med reglerne i ligningslovens § 16 C, ligesom sagsøgernes indkomst ikke blev beskattet hos medlemmerne efter reglerne for udloddende investeringsforeninger i ligningslovens forstand.

De i UK etablerede sagsøgere har for landsretten oplyst, at de har udloddet deres overskud hvert år, og at alle hjemmehørende investeringsinstitutter i henhold til selskabs- og skattelovgivningen i UK anses for at have udloddet al nettoinvesteringsindkomst, ligesom investorerne blev beskattet af det således opgjorte beløb i det år, hvor afkastet blev enten udloddet eller anset for udbetalt. De i Luxembourg hjemmehørende sagsøgere har gjort gældende, at de i al væsentlighed udloddede al nettoindkomst i de af sagen omhandlede indkomstår, og at der dermed skete løbende udlodning og beskatning af alt afkast svarende til den danske beskatningsordning. Skatteministeriet har bestridt disse oplysninger, og der har ikke for landsretten været bevisførelse herom.

Sagens administrative behandling

Alle sagsøgerne anmodede – på et ikke nærmere oplyst tidspunkt – Skatterådet om at afgive bindende svar på en række spørgsmål, der indholdsmæssigt var identiske, og som i forhold til sagsøgeren Fidelity Funds var formuleret som følger:

”Spørgsmål

1. Kan det bekræftes, at Fidelity Funds svarer til en dansk udloddende investeringsforening i relation til reglerne om undladelse af indeholdelse af udbytteskat, og at Fidelity Funds således er i stand til at modtage udbytter fra danske selskaber uden indeholdelse af dansk udbytteskat?
2. Kan det bekræftes, at Fidelity Funds er berettiget til at få tilbagebetalt udbytteskat betalt på de udbytter, der er modtaget i perioden 2000 - 2005 på aktier i danske selskaber?

Skulle disse spørgsmål blive besvaret benægtende, bedes følgende spørgsmål adresseret:

3. Kan det bekræftes, at de danske regler om udbytteskat diskriminerer Fidelity Funds, der er en udenlandsk investeringsforening, der virker på samme måde og under de samme regler som en dansk investeringsforening, hvorved principperne om kapitalens fri bevægelighed i Artikel 56 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab bliver krænket?
4. Kan det bekræftes, at Fidelity Funds er berettiget til at få refunderet den udbytteskat, der er blevet betalt på udbytter modtaget på aktier i danske selskaber i 2000 - 2005?
5. Kan det bekræftes, at Fidelity Funds er berettiget til at modtage udbytter uden dansk udbytteskat i 2006 og fremover?”

Ved afgørelser af 22. august 2006 besvarede Skatterådet alle fem spørgsmål benægtende for alle sagsøgerne. Herpå indbragte sagsøgerne Skatterådets svar på spørgsmålene 2-5 for Landsskatteretten. Ved afgørelser af 27. maj 2009 fandt Landsskatteretten, at det påklagede spørgsmål 2 var bortfaldet. Endvidere stadfæstede Landsskatteretten svarene ”nej” til spørgsmålene 3-5. Landsskatterettens afgørelser var indholdsmæssigt formuleret ens i forhold til alle sagsøgerne og lød som følger for så vidt angår sagsøger Fidelity Funds (afsnit, som alene består i at citere de relevante retsregler, er ikke medtaget):

”Ifølge sagens oplysninger har investeringsinstituttet Fidelity Funds (Fidelity), som er omfattet af direktiv 85/611/EØF, i årene 2000 - 2005 modtaget udbytter på aktier i danske børsnoterede selskaber, som ved udlodning til Fidelity har indeholdt udbytteskat på 28 % (25 % for 2000), jf. kildeskattelovens § 65, stk. 1, der

siden er blevet reduceret til 15 % i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten indgået mellem Danmark og Luxembourg.

Ved sagens afgørelse må det som udgangspunkt lægges til grund, at det er ubestridt, at beskatningen af Fidelity ved udlodningen af udbytter fra selskaber hjemmehørende i Danmark er sket i overensstemmelse med gældende regler herom, men at det anses at være i strid med reglerne om kapitalens fri bevægelighed i EF-traktatens art. 56, at Fidelity udbyttebeskattes med 15 %, medens en udloddende investeringsforening omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 6, kan modtage udbytter uden udbytteskat.

...

Der ses ikke ud fra sagens oplysninger at være grundlag for at tiltræde, at den forskellige behandling af udbytter fra her i landet hjemmehørende selskaber til hhv. det udenlandske investeringsinstitut Fidelity og en dansk udloddende investeringsforening indebærer en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.

Det er uomtvistet, at Fidelity ikke opfylder betingelserne for at kunne karakteriseres som en udloddende investeringsforening som defineret i ligningslovens § 16 C, herunder hverken før eller efter ændringen af bestemmelsen ved lov nr. 407/2005.

Videre må det lægges til grund, at et investeringsinstitut i Danmark, som tilsvarende ikke opfylder betingelserne for at kunne karakteriseres som en udloddende investeringsforening som defineret i ligningslovens § 16 C, men må anses som en akkumulerende investeringsforening omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 5 a (før og efter lov nr. 407/2005), eller som et investeringsselskab omfattet af selskabsskattelovens § 3, stk. 1, nr. 19 (efter lov nr. 407/2005), heller ikke kan få udloddet udbytter fra selskaber hjemmehørende her i landet uden indeholdelse af udbytteskat eller er skattefri af udbytter. Herunder beskattes en akkumulerende investeringsforening omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 5 a med udgangspunkt i de for selskaber almindeligt gældende regler, og investeringsselskaber omfattet af selskabsskattelovens § 3, stk. 1, nr. 19 beskattes af udbytter fra selskaber hjemmehørende her i landet med 15 %. Der er derfor ikke grundlag for at fastslå, at de danske skatteregler medfører en hårdere beskatning af Fidelity, end hvad der gælder for tilsvarende investeringsinstitutter hjemmehørende her i landet.

På baggrund heraf, samt da sagens oplysninger i øvrigt ikke giver grundlag for en ændret bedømmelse af sagen, tiltrædes det i overensstemmelse med Skatterådets opfattelse, at de danske regler om udbytteskat ikke kan anses at diskriminere Fidelity i relation til EF-traktatens art. 56 om kapitalens fri bevægelighed.

På det foreliggende er der ligeledes ikke anset at være anledning til præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen.

Skatterådets svar på spørgsmålene 3 – 5 stadfæstes derfor.”

Ved 6 kendelser af 29. juli 2011 traf Landsskatteretten i forhold til sagsøgerne Fidelity Funds, Fidelity Investment Funds og Fidelity Institutional Funds tilsvarende afgørelser for så vidt angår skatteårene 2006-2009. Landsskatterettens kendelser bestod i det væsentlige i en henvisning til de begrundelser, som Landsskatteretten havde givet i sine kendelser af 27. maj 2009 vedrørende skatteårene 2000-2005.

Sagsøgerne anlagde nærværende sager ved stævninger af 26. august 2009 og 28. oktober 2011.

De danske skatteregler i de relevante indkomstår

Investeringsforeningers skattepligt

Efter selskabsskattelovens § 1, nr. 5, litra a, er investeringsforeninger, der er hjemmehørende her i landet, skattepligtige til Danmark. Sådelt ”udloddende investeringsforeninger”, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 1, der var hjemmehørende her i landet, var dog i de relevante skatteår skattepligtige efter selskabslovens § 1, nr. 6.

Investeringsinstitutter mv., der har hjemsted i udlandet, er begrænset skattepligtige til Danmark i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Efter denne bestemmelse er udenlandske selskaber mv. skattepligtige af udbytter, som udenlandske selskaber mv. modtager fra danske selskaber. Den begrænsede skattepligt omfatter kun indtægter fra kilder i Danmark.

Udbytteskatten opkræves ved indeholdelse af kildeskatt, jf. kildeskattelovens § 65, der finder anvendelse for både danske investeringsinstitutter og udenlandske investeringsinstitutter. Efter denne bestemmelses stk. 1 skal der i forbindelse med enhver vedtagelse om udbetaling af udbytte af aktier eller andele i danske selskaber indeholdes en procentdel af det samlede udbytte, medmindre andet er fastsat. Den procentsats, som kildeskatten blev opkrævet med, har varieret i de for sagen relevante skatteår, men har i hele perioden været væsentligt over 15 %. Hvis den endelige beskatning var lavere end den procentsats, hvormed kildeskatten er opkrævet, kunne instituttet tilbagesøge den for meget indeholdte skat. For skattepligtige hjemmehørende i EU ville den endelige skat i praksis højst udgøre 15 %, således som det også var tilfældet for sagsøgerne i denne sag. Herudover kunne beskatningen være reduceret

yderligere i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og den stat, hvor instituttet er hjemmehørende.

Skatteministeren har i den såkaldte kildeskattebekendtgørelse med henvisning til bemyndigelsen i kildeskattelovens § 65, stk. 8, fastsat regler om, at indeholdelse af udbytteskat ikke skal finde sted ved udbetaling til de i selskabslovens § 1, stk. 1, nr. 6, nævnte foreninger mv., dvs. udloddende investeringsforeninger, jf. ligningslovens § 16 C, der er hjemmehørende i Danmark.

Kildeskattebekendtgørelsen har været ændret adskillige gange i de for denne sag relevante indkomstår. Efter samtlige relevante bekendtgørelser har et investeringsinstitut imidlertid kun kunnet opnå fritagelse fra kildebeskatning af udbytter, såfremt bl.a. følgende to betingelser var opfyldt:

For det første skulle der være tale om en forening mv. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 6, dvs. at foreningen skulle være hjemmehørende i Danmark, jf. § 38, nr. 3, i bekendtgørelse 734 af 10. oktober 1998, § 36, stk. 2, nr. 2, i bekendtgørelse nr. 852 af 15. oktober 2003, § 32, stk. 2, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 419 af 21. maj 2008 og § 31, stk. 2, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 1247 af 11. december 2009.

For det andet skulle den pågældende investeringsforening have status som udloddende investeringsforening efter de nedenfor omtalte regler i ligningslovens § 16 C. En i Danmark hjemmehørende investeringsforening, der ikke opfyldte betingelserne i ligningslovens § 16 C, var således ikke fritaget for kildebeskatning af udbytter.

En udloddende investeringsforening som omhandlet i ligningslovens § 16 C, der således ikke beskattedes af udbytteindtægter mv., kunne endvidere få udstedt et frikort, således danske selskaber, hvori foreningen måtte eje aktier, ikke skulle indeholde udbytteskat ved udbytteudlodningen til foreningen. Til gengæld var investeringsforeningen da pålagt at foretage en minimumsudlodning, der udløste en løbende beskatning af udbytter m.v. hos deltagerne.

Beskatning på investorniveau

I den for sagerne relevante periode blev danske private investorer i danske og udenlandske investeringsinstitutter beskattet af faktisk udloddet udbytte som enten kapitalindkomst eller aktieindkomst afhængigt af forskellige forhold. Danske private investorer i danske udloddende investeringsforeninger, som havde opnået udbyttefrikort efter ligningslovens § 16 C, blev beskattet af den opgjorte minimumsudlodning. Beskatningen heraf skete som aktieindkomst. Danske selskaber beskattedes af faktisk udloddet udbytte fra danske eller udenlandske investeringsinstitutter som almindelig selskabsindkomst. Ved investering i danske udloddende investeringsforeninger beskattedes danske selskaber af den opgjorte minimumsudlodning, jf. ligningslovens § 16.

Udenlandske privatpersoner og selskaber, der investerede i danske investeringsinstitutter, blev beskattet i henhold til reglerne i deres hjemland. Ved investering i danske udloddende investeringsforeninger, der efter ligningslovens § 16 C var fritaget for at betale udbytteskat af udbytte fra danske selskaber, var investeringsforeningen forpligtet til at indeholde udbytteskat af den beregnede minimumsudlodning.

Nærmere om kravene til at blive udloddende investeringsforening

I alle de for sagen relevante skatteår fastsatte ligningslovens § 16 C en række krav til, hvorledes minimumsudlodningen skulle fastsættes, og dermed også til, hvilke betingelser der skulle være opfyldt for, at en investeringsforening kunne blive kvalificeret som en udloddende investeringsforening i ligningslovens forstand.

Bestemmelsens regler for beregningen af minimumsudlodningen er blevet ændret flere gange i de for denne sag relevante indkomstår. I perioden 14. februar 2000 – 1. april 2003 havde § 16 C følgende formulering:

”§ 16 C. Ved udloddende investeringsforeninger forstås investeringsforeninger, der udsteder omsættelige beviser for medlemmernes indskud, og som inden fristen for indgivelse af selvangivelse for et indkomstår foretager en udlodning, der mindst skal udgøre det efter stk. 2-6 opgjorte beløb (minimumsudlodningen), og som iflg. deres vedtægter er forpligtet til at foretage en sådan udlodning. [...]

Stk. 2. Minimumsudlodningen udgør summen af indkomstårets indtægter og nettobeløb som nævnt i stk. 3 med fradrag for tab og udgifter efter stk. 4-6.

Stk. 3. I beregningen af minimumsudlodningen indgår følgende indtægter:

Indtjente renter fordelt over den periode, renteindtægten vedrører.

Indtjente udbytter efter § 16 A og afståelsessummer efter § 16 B, som ikke omfattes af nr. 9.

- 1) Gevinst på fordringer i fremmed valuta som omhandlet i kursgevinstlovens § 16.
- 2) Gevinst på fordringer, der ikke udstedes med en pålydende rente, der opfylder mindsterentekravet efter kursgevinstlovens § 38, jf. § 14.
- 3) Gevinst på finansielle kontrakter som omhandlet i kursgevinstlovens §§ 29-33 fratrukket tab på finansielle kontrakter efter reglerne i kursgevinstlovens § 31, stk. 2-4, og § 32, stk. 2 og 3.
- 4) Gevinst ved afståelse af aktier efter aktieavancebeskatningslovens § 2 fratrukket tab efter aktieavancebeskatningslovens § 2, stk. 2.
- 5) Gevinst ved afståelse af aktier efter aktieavancebeskatningslovens § 2 a uden særlig forhøjelse efter aktieavancebeskatningslovens § 6.
- 6) Gevinst efter aktieavancebeskatningslovens § 2 d, stk. 1, ved afståelse af beviser for indskud i investeringsforeninger.
- 9) Indtjente udbytter efter § 16 A og afståelsessummer efter § 16 B, som for skattepligtige personer ville være omfattet af personskattelovens § 4 a, stk. 1, nr. 1, 2, 5 eller 6.
- 10) Gevinst på fordringer, der udstedes med en pålydende rente, der opfylder mindsterentekravet efter kursgevinstlovens § 38, jf. § 14, fratrukket tab på sådanne fordringer. Dog kan tab alene fratrækkes, i det omfang tabene ikke overstiger gevinsterne.

Stk. 4. I det samlede nettobeløb efter stk. 3, nr. 1-8, fradrages tab på fordringer i fremmed valuta som omhandlet i kursgevinstlovens § 16 samt tab ved afståelse af beviser for indskud i investeringsforeninger, som for skattepligtige omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, ville have været fradragsberettigede efter aktieavancebeskatningslovens § 2 d, stk. 3. Et negativt beløb opgjort efter 1. pkt. kan fradrages i indtægter efter stk. 3, nr. 9. Et eventuelt overskydende negativt beløb kan herefter fradrages i nettobeløb efter stk. 3, nr. 10.

Stk. 5. Investeringsforeningen kan ved opgørelsen af minimumsudlodningen fradrage udgifter til administration, i det omfang udgifterne ikke overstiger et evt. positivt nettobeløb opgjort efter stk. 3 og 4. Fradraget efter 1. pkt. fordeles forholdsmæssigt mellem positive nettobeløb opgjort efter

- 1) stk. 3, nr. 1-8, nedsat efter stk. 4, 1. pkt.,
- 2) stk. 3, nr. 9, nedsat efter stk. 4, 2. pkt., og
- 3) stk. 3, nr. 10, nedsat efter stk. 4, 3. pkt.

Stk. 6. Er det samlede beløb, der opgøres til udlodning efter stk. 3 og 4, negativt, kan dette for investeringsforeningens fem efterfølgende indkomstår fradrages ved opgørelsen af de beløb, der skal udloddes efter stk. 3-5. Fradrag kan kun fremføres til et senere indkomstår, såfremt det ikke for et tidligere indkomstår kan rummes i det beløb, der skal udloddes. Fremførte fradrag fordeles efter reglerne i stk. 4 i det år, hvori fradrag foretages.

Stk. 7. Skattepligtige efter kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, der har erhvervet investeringsbeviser i en pengemarkedsforening, jf. lov om investeringsforeninger og specialforeninger § 2, stk. 2, nr. 2, kan nedsætte den førstkommande skattepligtige udlodning efter erhvervelsen med tab ved afståelse af beviset. Nedsættelsesadgangen efter 1. pkt. er betinget af, at investeringsbeviset afstås i det samme indkomstår, hvori den førstkommande udlodning efter erhvervelsen finder sted, og at investeringsbeviset er omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 2 d. Reglerne i 1. pkt. finder ikke anvendelse, såfremt tab ved afståelse af investeringsbeviset kan fradrages efter reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 2 d, stk. 3.

Stk. 8. Ved udstedelse af nye investeringsbeviser (emission) forøges de indtægter og udgifter, jf. stk. 3-6, indtil emissionstidspunktet, som skal tages i betragtning ved opgørelsen af en udloddende investeringsforenings udlodningspligt efter emissionen. Forøgelsen af de enkelte indtægter og udgifter sker efter forholdet mellem den pålydende værdi af alle andele efter emissionen og den pålydende værdi af alle andele inden emissionen.

Stk. 9. Ved indløsning af investeringsbeviser nedsættes de indtægter og udgifter, jf. stk. 3-6, indtil indløsningsstidspunktet, som skal tages i betragtning ved opgørelsen af en udloddende investeringsforenings udlodningspligt efter indløsningen. Nedsættelsen af de enkelte indtægter og udgifter sker efter forholdet mellem den pålydende værdi af alle andele efter indløsningen og den pålydende værdi af alle andele inden indløsningen.

Stk. 10. Beløb efter stk. 1, 5. pkt., samt tab, der kan fremføres til indtægt henholdsvis fradrag ved opgørelse af foreningens udlodningspligt, efter at emission eller indløsning har fundet sted, sidestilles ved anvendelse af stk. 8 og 9 med foreningens indtægter og udgifter, selv om de hidrører fra tidligere år.”

Ligningslovens § 16 C blev herefter ændret ved lov nr. 232 af 2. april 2003, lov nr. 407 af 1. juni 2005 og lov nr. 1414 af 21. december 2005.

I perioden 12. juni 2009 – 31. december 2009 lød § 16 C, som affattet ved lov nr. 525 af 12. juni 2009, som følger:

”§16 C. 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. En udloddende investeringsforening kan dog undlade at opgøre udlodningen, hvis minimumsudlodningen er mindre end 1 pct. af investeringsbevisets pålydende. En udloddende investeringsforening kan endvidere nedrunde minimumsudlodningen til nærmeste beløb, som er fuldt ud deleligt med 0,25 pct. af investeringsbevisets pålydende. Beløb, der som følge af nedrundeningen ikke skal medtages i minimumsudlodningen, fordeles forholdsmæssigt mellem de indkomstarter, hvoraf minimumsudlodningen opgøres. Beløb efter 2. og 3. pkt., der ikke skal medtages i minimumsudlodningen, overføres i stedet til minimumsudlodningen i det følgende år. Beløbene overføres til de indkomstarter, som de vedrører. En eventuel acontoudlodning opgøres altid som det faktisk udloddede beløb.

Stk. 2. Minimumsudlodningen udgør summen af indkomstårets indtægter og nettobeløb som nævnt i stk. 3 med fradrag for tab og udgifter efter stk. 4-6. Ved ophør af foreningens skattemæssige status som udloddende forening opgøres minimumsudlodningen for tiden fra indkomstårets begyndelse indtil ophørstidspunktet.

Stk.3. I beregningen af minimumsudlodningen indgår følgende indtægter:

- 1) Indtjente renter og løbende ydelser, begge fordelt over den periode, som indtægten vedrører, samt vederlag for udlån af værdipapirer.
- 2) Indtjente udbytter efter § 16 A fratrukket indeholdt udbytteskat og tillagt tilbagebetalt udbytteskat og afståelsessummer efter § 16 B samt låntagers betaling til långiver af dennes manglende udbytte ved aktieudlån, i det omfang de nævnte indtægter ikke er omfattet af nr. 9.
- 3) Gevinst på fordringer i fremmed valuta som omhandlet i kursgevinstlovens § 16.
- 4) Gevinst på fordringer, der ikke udstedes med en pålydende rente, der opfylder mindsterentekravet efter kursgevinstlovens § 38, jf. § 14, og gevinst på gæld omfattet af kursgevinstlovens § 6.
- 5) Gevinst på finansielle kontrakter som omhandlet i kursgevinstlovens §§ 29-33 fratrukket tab på finansielle kontrakter efter reglerne i kursgevinstlovens § 31, stk. 2-4, og § 32, stk. 2 og 3.

- 6) Gevinst fratrukket tab ved afståelse af aktier m.v. Gevinst og tab opgøres under anvendelse af aktieavancebeskatningslovens § 9, stk. 4, § 25, § 26, stk. 2-4 og 6, og § 43, stk. 3.
- 7) Gevinst på aktier opgjort efter aktieavancebeskatningslovens § 19 samt udbytter og afståelsessummer efter § 16 B vedrørende samme aktier.
- 8) Gevinst efter aktieavancebeskatningslovens § 22, stk. 1, ved afståelse af beviser for indskud i investeringsforeninger.
- 9) Indtjente udbytter efter § 16 A fratrukket indeholdt udbytteskat og tillagt tilbagebetalt udbytteskat og afståelsessummer efter § 16 B samt låntagers betaling til långiver af dennes manglende udbytte ved aktieudlån, i det omfang de nævnte indtægter for skattepligtige personer ville være omfattet af personskattelovens § 4 a, stk. 1, nr. 1 eller 2, uden at være omfattet af personskattelovens § 4 a, stk. 2.
- 10) Gevinst på fordringer, der udstedes med en pålydende rente, der opfylder mindsterentekravet efter kursgevinstlovens § 38, jf. § 14, fratrukket tab på sådanne fordringer. Dog kan tab alene fratrækkes, i det omfang tabene ikke overstiger gevinsterne.

Stk. 4. I det samlede nettobeløb efter stk. 3, nr. 1-5, 7 og 8, fradrages tab på fordringer i fremmed valuta som omhandlet i kursgevinstlovens § 16 og tab på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 19. For investeringsforeninger omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 8, gælder dette dog ikke tab på fordringer på selskaber, med hvilke et medlem af foreningen er koncernforbundet, jf. kursgevinstlovens § 4, når fordringen også er omfattet af kursgevinstlovens § 4. Endvidere fradrages tab ved afståelse af beviser for indskud i investeringsforeninger, som for skattepligtige omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, er fradragsberettiget efter aktieavancebeskatningslovens § 22, stk. 2. Et negativt beløb opgjort efter 1. pkt. kan fradrages i nettobeløb efter stk. 3, nr. 6. Et eventuelt overskydende beløb kan herefter fradrages i indtægter efter stk. 3, nr. 9. Et eventuelt overskydende negativt beløb kan herefter fradrages i nettobeløb efter stk. 3, nr. 10.

Stk. 5. Investeringsforeningen kan ved opgørelsen af minimumsudlodningen fradrage udgifter til administration, i det omfang udgifterne ikke overstiger et eventuelt positivt nettobeløb opgjort efter stk. 3 og 4. Fradraget efter 1. pkt. fordeles forholdsmæssigt mellem positive nettobeløb opgjort efter

- 1) stk. 3, nr. 1-5, 7 og 8, nedsat efter stk. 4, 1.-3. pkt.,
- 2) stk. 3, nr. 6, nedsat efter stk. 4, 4. pkt.,
- 3) stk. 3, nr. 9, nedsat efter stk. 4, 5. pkt.,
- 4) stk. 3, nr. 10, nedsat efter stk. 4, 6. pkt.

Stk. 6. Er det samlede beløb, der opgøres til udlodning efter stk. 3 og 4, negativt, kan dette for investeringsforeningens følgende indkomstår fradrages ved opgørelsen af de beløb, der skal udloddes efter stk. 3-5. Fradrag kan kun fremføres til et senere indkomstår, såfremt det ikke for et tidligere indkomstår kan rummes i det beløb, der skal udloddes. Fremførte fradrag fordeles efter reglerne i stk. 4 i det år, hvori fradrag foretages.

Stk. 7. Skattepligtige efter kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, der har erhvervet investeringsbeviser i en pengemarkedsforening, jf. lov om investeringsforeninger og specialforeninger § 2, stk. 2, nr. 2, kan nedsætte den førstkommande skattepligtige udlodning efter erhvervelsen med tab ved afståelse af beviset. Nedsættelsesadgangen efter 1. pkt. er betinget af, at investeringsbeviset afstås i det samme indkomstår, hvori den førstkommande udlodning efter erhvervelsen finder sted, og at investeringsbeviset er omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 22. Reglerne i 1. pkt. finder ikke anvendelse, såfremt tab ved afståelse af investeringsbeviset kan fradrages efter reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 22, stk. 2.

Stk. 8. Ved udstedelse af nye investeringsbeviser (emission) forøges de indtægter og udgifter, jf. stk. 3-6, indtil emissionstidspunktet, som skal tages i betragtning ved opgørelsen af en udloddende investeringsforenings udlodningspligt efter emissionen. Forøgelsen af de enkelte indtægter og udgifter sker efter forholdet mellem den pålydende værdi af alle andele efter emissionen og den pålydende værdi af alle andele inden emissionen. Forøgelse af tab sker dog ikke, såfremt foreningen er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 8, og har mindre end 8 medlemmer på tidspunktet, hvor tabet opstår. Koncernforbundne medlemmer, jf. kursgevinstlovens § 4, regnes i denne sammenhæng for et medlem.

Stk. 9. Ved indløsning af investeringsbeviser nedsættes de indtægter og udgifter, jf. stk. 3-6, indtil indløsningsstidspunktet, som skal tages i betragtning ved opgørelsen af en udloddende investeringsforenings udlodningspligt efter indløsningen. Nedsættelsen af de enkelte indtægter og udgifter sker efter forholdet mellem den pålydende værdi af alle andele efter indløsningen og den pålydende værdi af alle andele inden indløsningen.

Stk. 10. Beløb efter stk. 1, 5. pkt., samt tab, der kan fremføres til indtægt henholdsvis fradrag ved opgørelse af foreningens udlodningspligt, efter at emission eller indløsning har fundet sted, sidestilles ved anvendelse af stk. 8 og 9 med foreningens indtægter og udgifter, selv om de hidrører fra tidligere år.

Stk. 11. Valget i stk. 1 af skattemæssig status som udloddende forening skal være truffet inden det første år, som valget gælder for. I en nystiftet forening skal valget være truffet i forbindelse med stiftelsen, hvis det skal gælde fra første år. Oplysning om valget skal indsendes til told- og skatteforvaltningen senest den 31. december i det første år, som valget gælder for. Valget må ikke være tidsbegrænset i sin varighed eller betinget af ændringer i foreningens indkomstforhold. Valget kan kun træffes med virkning for hele indkomstår. Endvidere skal foreningen inden 2 måneder efter foreningens årlige godkendelse af regnskabet, dog senest 6 måneder efter udløbet af foreningens indkomstår,

indsende oplysning til told- og skatteforvaltningen om størrelsen af minimumsudlodningen og dens sammensætning, indsende oplysning om det faktisk udloddede beløb fordelt på indkomsttyper, jf. stk. 3, og indsende oplysning om sammensætningen af en eventuel difference, hvis det udloddede overstiger minimumsudlodningen, samt dokumentation for minimumsudlodningen og eventuelle merudloddede beløbs sammenhæng med foreningens indkomst i det år, som udlodningen hidrører fra. Skatteministeren fastsætter de nærmere regler om oplysningspligten og om den fornødne dokumentation.

Stk. 12. Hvis oplysninger eller dokumentation efter stk. 11 ikke indsendes rettidigt, eller der ikke gives rettidige og korrekte oplysninger om minimumsudlodning m.v. og disses sammensætning til medlemmernes værdipapircentral eller pengeinstitut m.v. her i landet, jf. skattekontrollovens § 10 A, og depositarer eller kontoførere i udlandet, jf. skattekontrollovens § 11 B, således at disse kan indsende rettidig indberetning, beskattes medlemmerne af gevinst og tab på investeringsbeviser i foreningen, der hidrører fra indkomstårene fra og med indkomståret forud for rettidig indsendelse af oplysninger efter 2. pkt. og de derefter følgende 4 indkomstår efter reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 19. Såfremt der mangler rettidige og korrekte oplysninger fra flere på hinanden følgende år som udloddende forening, fastholdes beskattningen efter aktieavancebeskatningslovens § 19 fra og med det første år, der mangler rettidige og korrekte oplysninger for, til og med 4 år efter det seneste år, der mangler rettidige og korrekte oplysninger for.

Stk. 13. Gevinst og tab på investeringsbeviser i foreningen, der hidrører fra indkomstårene fra og med det år, som valget gælder for, og de derefter følgende 4 indkomstår, beskattes ligeledes efter reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 19, hvis foreningen vælger skattemæssig status som investeringsselskab, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19. Et sådant valg kan ikke træffes med tilbagevirkende kraft for år, for hvilken fristen for rettidig indsendelse af oplysninger som nævnt i stk. 12 er overskredet.

Stk. 14. En udloddende investeringsforening kan i stedet for at opgøre minimumsudlodningen efter stk. 2 vælge at opgøre minimumsudlodningen som årets nettofortjeneste opgjort efter aktieavancebeskatningslovens § 23, stk. 2. Tab fra tidligere år kan ikke fremføres til nedsættelse af fortjeneste i senere år. § 16 C, stk. 1, 2.-4. pkt., gælder ikke. Beslutning om beskattning efter denne bestemmelse skal være truffet i forbindelse med foreningens stiftelse eller inden markedsføring her i landet. Hvis foreningen tidligere har været omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 5 a og 6, jf. lovbekendtgørelse nr. 111 af 19. februar 2004, skal beslutningen være truffet inden den 31. december 2006. Skatteministeren fastsætter de nærmere regler om oplysningspligt m.v. En beslutning om at ophøre med at være omfattet af nærværende bestemmelse kan først tillægges virkning fra begyndelsen af indkomståret efter, at beslutningen er taget. Foreningen kan ikke herefter igen vælge at opgøre minimumsudlodningen som nettofortjenesten.”

Indtil den 1. juni 2005 var ”udloddende investeringsforeninger” ifølge ligningslovens § 16 C, stk. 1, 1. pkt., defineret som investeringsforeninger, der udstedte omsættelige beviser for

medlemmernes indskud, og som inden for fristen for indgivelse af selvangivelse for et indkomstår foretog en udlodning, der mindst skulle udgøre et beløb opgjort efter de i bestemmelsens stk. 2-6 angivne principper, og som ifølge deres vedtægter var forpligtet til at foretage en sådan udlodning.

Ved lov nr. 407 af 1. juni 2005 blev begrebet ”udloddende investeringsforening” med virkning fra 1. juni 2005 ændret således, at dette begreb herefter blev defineret som en investeringsforening, der udstedte omsættelige beviser for medlemmernes indskud, og som opgjorde en ”minimumsudlodning”, der blev beskattet i overensstemmelse med, at foreningen havde valgt, at dens indkomst skulle beskattes hos medlemmerne efter reglerne om udloddende investeringsforeninger. Siden 1. juni 2005 har kvalifikationen som udloddende investeringsforening således ikke krævet, at der skete en effektiv udbetaling af udbytte.

Forudsætningen for at opnå status som udloddende investeringsforening var både før og efter lovændringen i 2005, at den udloddende investeringsforening skulle indeholde udbytteskat i forhold til deltagerne og foretage indberetning om disse forhold til skattemyndighederne, fra 2005 således at der var tale om en beskatning af den opgjorte minimumsudlodning. Denne minimumsudlodning udgjorde summen af indkomstårets indtægter og nettobeløb med fradrag for tab og udgifter, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 2. I beregningen indgik en lang række nærmere opregnede indtægter, herunder renteindtægter, udbytte af aktier, gevinst på fordringer og finansielle kontrakter samt gevinst ved afståelse af aktier, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 3. I dette beløb kunne den udloddende investeringsforening fradrage skatterrelevante tab og administrationsudgifter, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 4 og 5.

Det fremgår af pkt. 2 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 399 af 22. maj 1996, hvorved § 16 C blev indsat i ligningsloven, lovforslag nr. 117 af 6. december 2005, at grundprincippet bag opgørelsesreglerne var, at de udloddende investeringsforeninger så vidt muligt blev forpligtet til at udlodde (efter 1. juni 2005 opgøre) netop de indtægter og avancer, der ville være skattepligtige hos personer ved direkte investering, og således at foreningerne så vidt muligt kunne foretage fradrag i udlodningen for netop de tab, der ville være fradragsberettigede hos personer ved direkte investering. Endvidere fremgår følgende:

”Det foreslås præciseret, at der skal foretages sammenligning med de skatteregler, der ville have været gældende, hvis en privatperson havde foretaget tilsvarende

investeringer (persontransparens). Der foreslås i lyset heraf en række justeringer i transparensprincippet. Præciseringerne berører såvel reglerne om, hvilke indtægter, avancer og tab, der skal udloddes, som beskatningsregler vedrørende udlodningen.”

Endvidere fremgår følgende af de specielle bemærkninger til § 16 C, stk. 1, om det indtil 1. juni 2005 gældende krav til investeringsforeningens vedtægter:

”Baggrunden for, at investeringsforeningerne ikke kun skal foretage en udlodning af en vis størrelse, men også skal være vedtægtsmæssigt forpligtet dertil, er, at udlodning fra akkumulerende investeringsforeninger fortsat skattemæssigt bør behandles som aktieudbytte. Hvis man ikke fastholdt vedtægtskravet, ville udlodning fra en akkumulerende investeringsforening i et enkelt indkomstår blive beskattet efter reglerne om udloddende investeringsforeninger, såfremt udlodningen i dette indkomstår oversteg minimumsudlodningen efter ligningslovens § 16 C, stk. 2-6. Dette kunne – afhængigt af investeringernes sammensætning – medføre en skærpet beskatning.

Ved ovennævnte lov nr. 407 af 1. juni 2005 blev dette vedtægtskrav ophævet, ligesom opgørelsesreglerne i en række henseender blev ændret. I pkt. 3 i de almindelige bemærkninger til loven, lovforslag nr. 98 af 24. februar 2005, anføres herom bl.a.:

”Forslaget.

I dag opfylder udenlandske foreninger ofte ikke kravene til at være udloddende foreninger. Det kan skyldes, at de, i det omfang de har andet end danske kunder i afdelingen, formentlig ikke vil binde sig til en udbyttepolitik, der er afstemt efter danske skatteregler. De vil derfor ofte have status af akkumulerende foreninger. Det er ikke noget større problem, hvis den udenlandske forening er baseret på obligationer. Hvad enten obligationsindtægter i udenlandsk mønt giver sig udslag i en kursgevinst i en akkumulerende forening eller en udloddet indtægt i en udloddende forening, skal indtægten beskattes som kapitalindkomst. Forskellen i den skat, som de to regelsæt giver, er næppe markant stor.

Anderledes, hvis der f.eks. investeres i aktier. I den akkumulerende forening vil gevinster på aktier altid blive beskattet som kapitalindkomst. I den udloddende forening behøver fortjeneste efter tre år ikke at blive udloddet, men hvis den udloddes, er den aktieindkomst.

Der er derfor behov for, at en udenlandsk forening får lettere ved at få status som udloddende forening.

Behovet søges imødekommet på fire måder:

1. Der stilles ikke længere krav om, at det skal fremgå af vedtægterne, at foreningen skal være udloddende.

2. Hvis blot foreningen oplyser om den rigtige udlodning efter dansk skatteret, således at skatteyderen kan blive beskattet af den, er det ikke nødvendigt, at den rent faktisk også udbetales.
3. Det præciseres, hvor længe en forening bliver ramt af overtrædelser af betingelserne for at være udloddende.
4. Der lempes i reglerne for, hvor længe en udloddende forening bliver ramt af overtrædelser af betingelserne for at være aktiebaseret.

Ændringerne er ens for danske og udenlandske foreninger. Ændringerne betyder, at det bliver lettere for en forening at skifte fra akkumulerende forening til udloddende forening og tilbage igen. Det nødvendiggør, at der også indeholdes en kildeskat af udbytte til de danske udloddende foreninger, der dog kan tilbagesøges, når der er forsvarlig dokumentation for, at foreningen er udloddende.

Den foreslåede lovtækt åbner mulighed for, at indeholdelse kan undlades, hvis det findes forsvarligt, fordi foreningen må antages at kunne fastholde, at den er udloddende.

1. Der stilles ikke længere krav om, at det skal fremgå af vedtægterne, at foreningen skal være udloddende.

I stedet for at stille krav til vedtægterne er det nok, at foreningen meddeler de danske skattemyndigheder, at den ønsker at blive behandlet efter de danske skatteregler for udloddende foreninger.

...

2. Hvis blot foreningen oplyser om den rigtige udlodning efter dansk skatteret, således at skatteyderen kan blive beskattet af den, er det ikke nødvendigt, at den rent faktisk også udbetales.

Det foreslås, at det ikke længere er en betingelse, at foreningerne rent faktisk udbetaler det udlodningspligtige beløb, den såkaldte minimumsudlodning. Det er nok, at de oplyser det og specificerer det, så skattemyndighederne kan gennemføre beskatning af det rigtige beløb.

Det er i givet fald også minimumsudlodningen, som foreningen skal indeholde udbytteskat af, og ikke det faktiske beløb, der udbetales til medlemmet.

...

Det nye i forslaget er, at blot oplysningskravene m.v. vedrørende minimumsudlodningen m.v. overholdes, kan en forening, der er omfattet af direktivet om investeringsforeninger, UCITS-direktivet (85/611/EØF) undlade at udbetale hele udlodningen, selvom der ikke foretages et nyt indskud. Det vil typisk have interesse, når foreningen, således som det typisk er tilfældet med udenlandske investeringsforeninger, ikke er interesseret i at tilrettelægge sin udlodningspolitik efter danske skatteregler. Det kan f.eks. skyldes, at kun en mindre del af foreningens medlemmer er danske.

Hvis det sker uden stiftelse af nye medlemsandele, ændres der ikke ved, at det kun er den oprindelige medlemsandel, der anses for at foreligge, og at dennes

stiftelsestidspunkt ikke ændres. Medlemsandelens anskaffelsessum forhøjes dog med den ikke udbetalte minimumsudlodning, hvis skatteyderen til sin tid, når avancen gøres op, kan dokumentere, hvor stort det ikke udbetalte beløb var. Hvis en forening udbetaler mere end minimumsudlodningen, er det for meget udbetalte kapitalindkomst efter gældende ret. Det ændres der ikke ved.

3. Det præciseres, hvor længe en forening bliver ramt af overtrædelser af betingelserne for at være udloddende

Hvis meddelelse og specifikation m.v. af minimumsudlodningen ikke indsendes, vil foreningen som udgangspunkt blive behandlet efter reglerne for akkumulerende foreninger i det år, som meddelelse og specifikation vedrører, og i de følgende fire år.

Der har hidtil ikke været udtrykkelige regler om, hvorvidt en forening kan svinge frem og tilbage mellem udloddende og ikke udloddende. Det skyldes, at det har været et krav, at det skulle fremgå af vedtægterne, om en forening er udloddende. Dette krav ophæves af hensyn til de udenlandske foreninger. Til gengæld er det nødvendigt med den foreslåede femårsregel, der hindrer foreningerne i at skifte status alt efter, hvad der er skattemæssigt mest fordelagtigt.

4. Der lempes i reglerne for, hvor længe en udloddende forening bliver ramt af overtrædelser af betingelserne for at være aktiebaseret.

Der redegøres foran i afsnittet om gældende ret for, at en aktiebaseret forening kun må indeholde almindelige aktier. Den må ikke indeholde obligationer eller aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 2 a. Af hensyn til foreningernes afvikling af handel må en aktiebaseret forening dog gerne indeholde finansielle aktiver og kontanter indenfor en samlet ramme på 25 pct. af foreningens øvrige aktiemasse.

Foreningen skal føre et dagligt regnskab over, at grænserne ikke overskrides, som afleveres til skattemyndighederne. Hvis regnskabet ikke føres, eller hvis grænserne overskrides, anses foreningen ikke længere for aktiebaseret. ... ”

I den til lovforslaget medfølgende høringsoversigt anførtes bl.a. følgende:

”Fondsbørsen mener ikke, at forslaget vil føre til flere udenlandske foreninger, der markedsføres i Danmark. Fondsbørsen anfører således, at ingen udenlandske udloddende investeringsforeninger vil investere i administrative systemer eller afholde løbende driftsudgifter der kan håndtere dokumentationen til de danske skattemyndigheder. Især ikke i betragtning af, at det danske marked i international sammenhæng er et beskedent marked. Fondsbørsen mener, at der bør igangsættes et udredningsarbejde med henblik på at forenkle udlodningsforpligtelsen.”

Ministeriet anførte hertil følgende:

”De pligter, som de udenlandske foreninger påføres, er de samme som gælder for danske foreninger, og de er essentielle for, at reglerne kan fungere. De går ud på,

at indkomst, der efter danske regler kan være skattepligtig indkomst, skal oplyses. De går endvidere ud på, at der ikke må være andet end aktier i aktiebaserede foreninger. Det skyldes hensynet til avanceskatten. Man må ikke nøjes med at betale aktieavanceskat, hvis man sælger beviser i en forening, der kun består af skattepligtige obligationer.

At det danske marked måske er for lille, er der ikke noget at gøre ved.

Udlodningsreglerne er i princippet enkle. De går ud på, at indkomst, der kan være skattepligtig indkomst, skal udloddes eller oplyses, således at den kan komme til beskatning. De afspejler indkomstskattereglerne. Der er derfor ikke grundlag for at iværksætte et udredningsarbejde omkring udlodningsforpligtelsen.”

Af høringsoversigten fremgår tillige, at Foreningen af Statsautoriserede Revisorer havde anført følgende:

”Foreningen mener, at de danske regler om opgørelse af minimumsudlodningen m.v. er så komplicerede, at de må anses for en teknisk hindring for de udenlandske institutter på det danske marked.”

Ministeriet bemærkede hertil:

”Dette er urigtigt. De danske regler er lige lette og lige besværlige at overholde for såvel danske som udenlandske investeringsforeninger. Lovforslaget ophæver nogle formelle krav, som kan siges at være af mindre betydning, og som samtidig er en belastning for de udenlandske foreninger. Det reelle, nemlig at danske indehavere af beviser i udenlandske foreninger skal selvangive en indkomst efter danske regler, kan man ikke give køb på.”

Reglerne for udloddende investeringsforeninger er efter de for sagen relevante skatteår blevet ændret, herunder ved lov nr. 433 af 16. maj 2012, hvor betegnelsen udloddende investeringsforening blev ændret til ”investeringsinstitut med minimumsbeskatning”. Endvidere blev det hidtidige krav vedrørende opdeling af minimumsudlodningen i aktie- og kapitalindkomst afskaffet, da beskatningen af minimumsudlodningen i stedet blev baseret på, hvad foreningen primært investerede i. Samtidig ophævedes kravet om, at alle deltagere skulle bære samme forholdsmæssige andel af samtlige årets udgifter i instituttet. I pkt. 2-3 i de almindelige bemærkninger til det tilgrundliggende lovforslag (lovforslag nr. 95 af 29. februar 2012) anføres bl.a. følgende om de dagældende regler, der således fandt anvendelse på dele af de for denne sag relevante skatteår:

”Udloddende investeringsforeninger er kendetegnet ved, at beskatningen ikke sker på foreningsniveau men derimod løbende hos investorerne. Der skal derfor hvert

år foretages en opgørelse af foreningens indkomst, der danner grundlag for beskattningen hos investorerne. I dag skal foreningens indkomst opgøres efter et kompliceret regelsæt, hvor indkomsten skal fordeles på henholdsvis aktie- og kapitalindkomst afhængig af, hvilken type investering indkomsten hidrører fra.

Baggrunden for de eksisterende regler er, at investorerne så vidt muligt skal beskattes på samme måde, som hvis investeringen var foretaget direkte, herunder at indkomst, der hidrører fra aktier mv., beskattes som aktieindkomst og indkomst, der hidrører fra obligationer mv., beskattes som kapitalindkomst.

...

Det er en yderligere betingelse for, at der foreligger en udloddende investeringsforening, at beviserne i foreningen berettiger alle medlemmerne til samme forholdsmæssige andel af årets afkast af hvert enkelt aktiv og passiv i foreningen, og at medlemmerne skal bære samme andel af udgifterne i foreningen.

Denne betingelse betyder, at investeringsforeninger, der ønsker at være omfattet af reglerne for udloddende investeringsforeninger, ikke kan være opdelt i andelsklasser, hvor foreningens samlede nettoafkast fordeles skævt mellem de forskellige andelsklasser i foreningen.”

Præjudiciel forelæggelse og EU-Domstolens dom

Ved kendelse af 8. juni 2016 – der blev iværksat ved forelæggelseskendelse af 31. august 2016 – besluttede Østre Landsret at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen:

”Udgør en beskatning, som den af hovedsagerne omhandlede, der indebærer, at udenlandske investeringsinstitutter omfattet af Rådet direktiv 85/611/EØS (UCITS-direktivet) kildebeskattes af udbytter fra danske selskaber, en tilsidesættelse af artikel 56 TEF (artikel 63 TEUF) om kapitalens frie bevægelighed eller artikel 49 TEF (artikel 56 TEUF) om den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis tilsvarende danske investeringsinstitutter kan opnå fritagelse for kildeskatten, enten fordi de faktisk udlodder en minimumsudlodning med indeholdelse af kildeskat til deres medlemmer, eller teknisk skal opgøre en minimumsudlodning, hvoraf der skal indeholdes kildeskat i forhold til institutternes medlemmer?”

Landsretten bestemte samtidig, at der ikke skulle forelægges et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt EU-retten er til hinder for, at en medlemsstat stiller særlige nationale krav til kollektive investeringsinstitutters opgørelse og indberetning af indkomsten som betingelse for skattefritagelse. Landsretten afviste også at forelægge et yderligere præjudicielt spørgsmål, der i realiteten søgte en besvarelse af, om sagsøgerne – selv om de ikke opfyldte kravene om opgørelse og indberetning af minimumsudlodning efter dansk ret – ville have krav på

tilbagebetaling af den betalte kildeskat, såfremt den danske beskatningsordning var EU-stridig.

I sit forslag til afgørelse af 20. december 2017 fandt generaladvokat Mengozzi bl.a., at den forskellige skattemæssige behandling af udbytte alt efter, hvor investeringsinstitutterne var hjemmehørende, udgjorde en restriktion for de frie kapitalbevægelser. Ved vurderingen af, om restriktionen kunne være tilladt som følge af, at der var tale om situationer, der ikke var objektivt sammenlignelige, anførte generaladvokaten bl.a.:

”45. Endelig har de berørte parter med henblik på at fastslå, på hvilket niveau undersøgelsen af situationernes sammenlignelighed skal foretages, dvs. enten på investeringsniveau alene eller ligeledes på medlemsniveau, på Domstolens anmodning drøftet spørgsmålet, hvorvidt de to kriterier, som den nationale lovgivning er baseret på, er selvstændige eller uløseligt forbundne.

...

48. Under disse omstændigheder skal situationernes sammenlignelighed udelukkende undersøges ud fra det primære og afgørende kriterium i den danske lovgivning, dvs. investeringsinstituttets hjemsted, og det må således [...] fastslås, at det alene er investeringsinstitutternes situation, alt efter om de er hjemmehørende i Danmark eller ikke, som skal sammenlignes, og at disse investeringsorganer i sidste ende befinder sig i objektivt sammenlignelige situationer for så vidt angår den skattemæssige behandling af udbytte, som de modtager fra danske selskaber.”

Generaladvokaten konkluderede i præmis 59, at den danske lovgivning ikke kunne opretholdes med den begrundelse, at den fandt anvendelse på objektivt forskellige situationer, og i præmis 66, at forskelsbehandlingen ikke kunne begrundes i hensynet til afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt forskelsbehandlingen kunne begrundes i hensynet sammenhængen i den danske beskatningsordning, anførte generaladvokaten bl.a., at han var

”... tilbøjelig til at medgive - som den danske regering har fremhævet - at den direkte sammenhæng mellem den skattemæssige fordel i form af kildeskattefritagelsen og udligningen heraf, der sker ved den løbende beskatning af det udloddede udbytte, ville forsvinde, hvis denne fordel også blev indrømmet de investeringsinstitutter, som ikke løbende udlodder deres overskud.

80. I det Kongeriget Danmark har medgivet, at ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter frivilligt kan opfylde den danske lovgivnings betingelser vedrørende udlodning og således opnå gyldig kvalifikation som udloddende

institutter efter ligningslovens § 16 C, kan jeg imidlertid, ligesom Kommissionen, ikke se, hvorfor disse institutter ikke kan være omfattet af kildeskattefritagelsen, når blot denne medlemsstats skattemyndigheder, med disse institutters fulde samarbejde, sikrer, at de sidstnævnte betaler skat, der svarer til den skat, som de danske udloddende institutter efter ligningslovens § 16 C skal indeholde, som forskudsskat, i den minimumsudlodning, der er beregnet i overensstemmelse med denne bestemmelse. Efter min opfattelse er en sådan foranstaltning mindre restriktiv end den nuværende ordning, uden at den berører betingelserne og den interne sammenhæng.

81. For så vidt som Fidelity Funds i de i hovedsagen omhandlede regnskabsår tilsyneladende ikke har forsøgt, end ikke midlertidigt, at opfylde kravene i ligningslovens § 16 C vedrørende en minimumsudlodning, kan der efter min opfattelse sandsynligvis ikke gives medhold i selskabets søgsmål, selv om den forelæggende rets spørgsmål skal besvares bekræftende.”

Den 16. januar 2018 indgav sagsøgerne anmodning til EU-Domstolen om at genåbne den mundtlige forhandling, idet det blev gjort gældende, at generaladvokaten med sin bemærkning i pkt. 81 havde udtalt sig om en problemstilling, som ikke var forelagt i det præjudicielle spørgsmål. Endvidere fandt sagsøgerne, at bemærkningen baserede sig på en fejlagtig antagelse om omfanget og karakteren af kravene i ligningslovens § 16 C, herunder at de som ikke-hjemmehørende investeringsforeninger uden større besvær ville kunne opfylde kravene i ligningslovens § 16 C. Såfremt EU-Domstolen måtte beslutte ikke at genåbne forhandlingen, opfordrede sagsøgerne EU-Domstolen til i sin dom gøre det klart, at den havde afstået fra at tage stilling til kravene i § 16 C.

EU-Domstolen tog ikke anmodningen til følge og afsagde således dom uden at genåbne den mundtlige forhandling.

I sin dom af 21. juni 2018 bemærkede EU-Domstolen, at udbytter, som ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter modtog fra selskaber etableret i Danmark, blev pålagt kildeskat, hvorimod investeringsinstitutter, der var hjemmehørende i Danmark, kunne opnå fritagelse for kildeskat af disse udbytter på betingelse af, at de opfyldte betingelserne i ligningslovens § 16 C. EU-Domstolen udtalte herefter:

”44 En sådan forskellig behandling af udbytter kan på den ene side afholde ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter fra at foretage investeringer i selskaber, der er etableret i Danmark, og på den anden side afholde investorer, der er hjemmehørende i Danmark, fra at erhverve andele i ikke-hjemmehørende

investeringsinstitutter (dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl., C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 17).

45 Den i hovedsagerne omhandlede lovgivning udgør derfor en restriktion af de frie kapitalbevægelser, som i princippet er forbudt ved artikel 63 TEUF.”

EU-Domstolen fandt endvidere ligesom generaladvokaten, det forhold, at ”alene hjemmehørende investeringsinstitutter forbeholdes muligheden for at opnå kilde-skattefritagelse, ikke er begrundet i en objektiv forskel i situationen for disse investeringsinstitutter og situationen for dem, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Kongeriget Danmark” (præmis 63). EU-Domstolen udtalte herefter følgende:

”66 Det skal i første række undersøges, om den omstændighed, at en medlemsstat alene forbeholder hjemmehørende investeringsinstitutter muligheden for at opnå fritagelse for kildeskat af udbytter fra hjemmehørende selskaber kan begrundes i nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.

67 Den danske og den nederlandske regering har i denne henseende gjort gældende, at såfremt Kongeriget Danmark var forpligtet til at give kildeskattefritagelse af udbytter betalt til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, uden at denne medlemsstat kunne opkræve beskatning ved udlodningen til investorerne, ville dette betyde, at kildestaten for disse udbytter var tvunget til ikke at udøve sin beskatningskompetence over indtægter genereret på dets område.

68 Det forhold, at der opkræves skat af udbytter, og at ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter udelukkes fra at opnå den i hovedsagerne omhandlede fritagelse, gør det muligt at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og går ikke videre end nødvendigt, idet Kongeriget Danmark ikke opkræver skat af udbytter betalt til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter mere end én gang, og idet det ikke er muligt at overføre beskatningen til disse institutters udlodninger.

69 Det bemærkes i denne henseende, at opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne ganske vist kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan begrunde en restriktion af udøvelsen af fri bevægelighed inden for Den Europæiske Union (dom af 12.12.2013, Imfeld og Garcet, C-303/12, EU:C:2013:822, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).

70 En sådan begrundelse kan bl.a. anerkendes, når den pågældende ordning har til formål at hindre former for adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dens område (dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl., C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

71 Domstolen har imidlertid allerede fastslået, at når en medlemsstat har valgt – således som det er tilfældet i hovedsagerne – ikke at beskatte udbyttmodtagende hjemmehørende investeringsinstitutter af indenlandsk udbytte, kan den imidlertid ikke påberåbe sig nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne med henblik på at begrunde en beskatning af ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, der modtager sådant udbytte (dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl., C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

72 Udbytter, som ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter modtager fra selskaber, der er hjemmehørende i Danmark, har i øvrigt allerede været genstand for beskatning i Kongeriget Danmark som overskud hos det udloddende selskab.

73 Den omstændighed, at beskatningen af udbytter finder sted på investorniveau hos investorer i hjemmehørende investeringsinstitutter, kan ikke begrunde den i hovedsagerne omhandlede restriktion.

74 Som det er anført i denne doms præmis 61, har Kongeriget Danmark nemlig for det første beskatningskompetence over hjemmehørende investorer i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter.

75 En medlemsstats kildebeskatning af udbytter betalt til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter som følge af, at det ikke er muligt at indeholde skat af samtlige udlodninger, som disse institutter foretager, indebærer for det andet ikke, at former for adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dens område, hindres, men derimod, at den manglende beskatningskompetence, der følger af den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, udlignes.

76 Nødvendigheden af at opretholde en sådan fordeling kan derfor ikke påberåbes med henblik på at begrunde den i hovedsagerne omhandlede restriktion af de frie kapitalbevægelser.

77 Det skal i anden række efterprøves, om den restriktion, der følger af anvendelsen af den i hovedsagerne omhandlede skattelovgivning – således som det er gjort gældende af de regeringer, der har afgivet indlæg for Domstolen – kan begrundes i nødvendigheden af at sikre sammenhængen i den danske beskatningsordning.

78 Ifølge disse regeringer er der således en direkte sammenhæng mellem kildeskattefritagelsen for så vidt angår udbytter betalt til hjemmehørende investeringsinstitutter og disse investeringsinstitutters forpligtelse til at indeholde kildeskate af de udbytter, som de udlodder til deres investorer.

79 Det bemærkes i denne henseende, at Domstolen allerede har fastslået, at nødvendigheden af at bevare en sådan sammenhæng kan begrunde en lovgivning, som kan begrænse de grundlæggende friheder (dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl., C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

80 For at et anbringende, der er baseret på en sådan begrundelse, kan godtages, kræver det imidlertid ifølge fast retspraksis, at der fastslås en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattefordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning, idet den direkte karakter af denne sammenhæng skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning (dom af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl., C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

81 I denne henseende, og således som det er anført i denne doms præmis 29-31, kan et investeringsinstitut opnå fritagelse for kildeskat af udbytter fra et selskab, der er hjemmehørende i Danmark, på den betingelse, at det både selv er hjemmehørende i Danmark og foretager en minimumsudlodning eller opgør en minimumsudlodning, hvoraf der skal indeholdes kildeskat.

82 Som generaladvokaten har anført i punkt 72 i forslaget til afgørelse, er den danske ordnings fritagelse af investeringsinstitutter, der er hjemmehørende i Danmark, undergivet en betingelse om, at de foretager en minimumsudlodning, faktisk eller fiktiv, til deres investorer, som skal erlægge forskudsskat, der opkræves i deres navn af disse institutter. Den fordel i form af en kildeskattefritagelse, som investeringsinstitutter hjemmehørende i Danmark således indrømmes, udlignes i princippet af beskatningen af de udbytter, som disse institutter videreudlodder, hos disses medlemmer.

83 Det skal stadig efterprøves, om det forhold, at alene investeringsinstitutter hjemmehørende i Danmark forbeholdes muligheden for at opnå kildeskattefritagelse, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre sammenhængen i den i hovedsagerne omhandlede beskatningsordning.

84 Som generaladvokaten har anført i punkt 80 i forslaget til afgørelse, kan den interne sammenhæng i den i hovedsagerne omhandlede beskatningsordning opretholdes, hvis investeringsinstitutter, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Kongeriget Danmark, og som opfylder betingelserne i ligningslovens § 16 C, kunne opnå kildeskattefritagelse, når de danske skattemyndigheder, med disse institutters fulde samarbejde, sikrer, at de sidstnævnte betaler en skat, der svarer til den skat, som de udloddende investeringsforeninger, jf. ligningslovens § 16 C, der er hjemmehørende i Danmark, skal indeholde, som forskudsskat, i den minimumsudlodning, der er beregnet i overensstemmelse med denne bestemmelse. At give sådanne investeringsinstitutter mulighed for, under disse betingelser, at opnå denne fritagelse ville være en mindre restriktiv foranstaltning end den nuværende ordning.

85 At investeringsinstitutter, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat end Kongeriget Danmark, og som opfylder betingelserne i ligningslovens § 16 C, ikke gives muligheden for fritagelse for kildeskat fører desuden til en kædebeskatning af udbytter, der betales til investorer, som er hjemmehørende i Danmark, hvilket netop strider mod formålet med den nationale lovgivning.

86 Det må følgelig konstateres, at den restriktion, der følger af anvendelsen af den i hovedsagerne omhandlede skattelovgivning, ikke kan begrundes i nødvendigheden af at sikre sammenhængen i beskatningsordningen.

87 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 63 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning som den i hovedsagerne omhandlede, hvorefter udbytter, der udbetales af et selskab hjemmehørende i denne medlemsstat til ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, kildebeskattes, mens udbytter, der udbetales til investeringsinstitutter hjemmehørende i denne samme medlemsstat, kan opnå fritagelse for en sådan skat, forudsat at disse institutter foretager en minimumsudlodning til deres medlemmer eller teknisk opgør en minimumsudlodning og foretager indeholdelse af skat i denne faktiske eller fiktive minimumsudlodning i forhold til institutternes medlemmer.”

Procedure

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

Den danske skattemæssige konstruktion

Sagsøgerne har nærmere gjort gældende, at EU-Domstolen har afgjort, at der skal være lige adgang til kildeskattefritagelse for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, og at ordningen ikke må resultere i kædebeskatning af investorer i ikke-hjemmehørende institutter.

EU-Domstolen fandt kædebeskatningen af investorer i ikke-hjemmehørende institutter EU-stridig, jf. bl.a. dommens præmisser 84 og 85. Opretholdelse af kildebeskatningen er uforenelig hermed. Først kildebeskattes det ikke-hjemmehørende institut af udbyttet, og derefter beskattes investorerne ved udlodning fra instituttet. Hverken danske eller udenlandske investorer har mulighed for at få kredit i indkomstkatten for den danske kildekat, der pålægges det ikke-hjemmehørende institut af udbytter fra danske selskaber. Investorerne hjemlande er ikke forpligtet til at give kredit for andre skattesubjekters skatter, og de skatter, som sagsøgerne pålægges at betale til Danmark, kan ikke modregnes eller krediteres i investorerne indkomstskatter.

Det har aldrig været formålet med de anfægtede danske regler at afværge kædebeskatning for investorerne i ikke-hjemmehørende institutter. I stedet for, at forskelsbehandlingen skete åbenlyst på grundlag af hjemsted, havde man indført den særlige status udloddende investeringsforening. Der henvises herom navnlig til lovforslag nr. 98 af 24. februar 2005, bemærkningerne til forslaget § 9 om affattelse af selskabslovens § 1, stk. 1, nr. 5 a. EU-Dom-

stolen gennemskuede, hvad det reelle formål med kildeskatterne er, nemlig at sikre kildebeskatning af udbytter til ikke-hjemmehørende institutter, og EU-Domstolen konkluderede på dette grundlag, at den danske ordning ikke kunne begrundes i hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstater. EU-Domstolen fandt, at kildeskatten kompenserer for noget helt andet end kildeskattefritagelsen, nemlig Danmarks manglende kompetence til at beskatte udlodninger fra ikke-hjemmehørende institutter til udenlandske investorer. For et ikke-hjemmehørende investeringsinstitut er den danske ordning udtryk for, at Danmark uberettiget tiltager sig beskatningskompetence over for udenlandske investorer i det ikke-hjemmehørende investeringsinstitut ved at opkræve en udbytteskat af danske aktieudbytter til det udenlandske investeringsinstitut. EU-Domstolens vurdering af sammenlignelighed er baseret på en vurdering af de faktiske forhold og ikke på en vurdering af den danske skatteretlige kvalifikation som udloddende investeringsforening. EU-Domstolen fandt således, at sagsøgerne var sammenlignelige, fordi de i substansen var magen til danske udloddende fonde. At de ikke opfyldte – og ikke kunne opfylde – de specifikke betingelser som udloddende investeringsforeninger var uden betydning for EU-Domstolen.

EU-Domstolen fandt i forlængelse heraf, at udelukkelsen af ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter fra kildeskattefritagelse var diskriminerende i alle tilfælde og ikke kun i situationer, hvor det ikke-hjemmehørende institut opfyldte kravene i ligningslovens § 16 C. EU-Domstolen fandt således, at alle ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, uanset om de måtte have status som udloddende investeringsforening eller ej, kan sammenlignes med hjemmehørende investeringsinstitutter, jf. navnlig præmis 63.

Det er uberettiget, når Skatteministeriet har gjort gældende, at EU-Domstolen godkendte, at ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, som ikke opfyldte betingelserne i ligningslovens § 16 C, kunne nægtes kildeskattefritagelse. EU-Domstolen påpegede tværtimod, at Danmark kunne have indført en mindre restriktiv og dermed mere proportional ordning ved at give *alle* institutter adgang til kildeskattefritagelse på lige vilkår. Dommens præmis 84 afgrænser i den forbindelse ikke, hvilke situationer der er disproportionaler i forhold til reglerne om kapitalens frie bevægelighed. EU-Domstolen gav blot et tænkt eksempel på, hvorledes en mere proportional ordning kunne se ud. Endvidere gentog EU-Domstolen ikke generaladvokatens bemærkning i pkt. 81 i dennes forslag til afgørelse, og det må herefter lægges til grund, enten

at EU-Domstolen ikke var enig med generaladvokaten, eller at den har anset forholdet for at ligge uden for det præjudicielle spørgsmål.

Det er ikke muligt inden for rammerne af den eksisterende lovgivning at afhjælpe kædebeskatningen af investorer i ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter, da der mangler hjemmel til at nedsætte skatten eller til refusion af skatten ned til et beløb svarende til den skat, som investorer i danske hjemmehørende investeringsinstitutter belastes med. Det vil stride mod magtens tredeling, hvis domstolene indfører en skatteordning, således som Skatteministeriets anbringender lægger op til. Derfor er eneste legale mulighed for genopretning at tilbagebetale kildeskatterne fuldt ud. Alt andet vil stride mod legalitetsprincippet.

Heller ikke det system, som EU-Domstolen pegede på med fritagelse mod betaling af en frivillig skat af udlodninger til danske investorer beregnet som skatten af minimumsudlodningen, er muligt inden for rammerne af den eksisterende lovgivning. Den nuværende skatteordning er binær, idet kildeskatten enten er 0 eller 15%. Der er ingen mekanisme i den nugældende skattelovgivning, som sikrer, at de udenlandske institutter (eller deres investorer) kan blive kildeskattefritaget mod at betale en reduceret skat, og der er heller ingen mekanisme, der tillader refusion af en del af den betalte kildeskat ned til skatten for en minimumsudloddende forening.

Der er ligeledes ikke i gældende dansk skatteret hjemmel til den af Skatteministeriet anførte betragtning om, at sagsøgerne – i den situation, hvor de havde opfyldt betingelserne i ligningslovens § 16 C – alene ville have haft krav på tilbagebetaling af et beløb svarende til differencen mellem de faktisk indeholdte udbytteskatter og et beløb svarende til den skat, som en udloddende investeringsforening med hjemsted i Danmark skulle have indeholdt som udbytteskat i den minimumsudlodning, som investeringsforeningen i givet fald skulle have opgjort i medfør af ligningslovens § 16 C.

Betingelserne i kildeskattelovens § 16 C er i sig selv i strid med EU-retten

Sagsøgerne har herudover gjort gældende, at de med ligningslovens § 16 C opstillede krav for at kvalificere som en udloddende investeringsforening i selv udgør ulovlige restriktioner for de frie kapitalbevægelser i strid med TEUF artikel 63. Sagsøgerne har i den forbindelse anført, at EU-Domstolen ikke i sin præjudicielle dom foretog en vurdering af de enkelte vilkår i ligningslovens § 16 C. Tværtimod gjorde EU-Domstolen i præmis 85 det klart, at det var

unødvendigt at foretage en sådan vurdering, da betingelserne var irrelevante for ikke-hjemmehørende institutter at opfylde.

Der ikke er grundlag for at antage, at en investeringsforening ikke udlodder sit overskud, blot fordi det ikke opfylder de specifikke krav i ligningslovens § 16 C. Udenlandske investeringsforeninger er underlagt detaljerede nationale regler, hvor de er hjemmehørende, om udlodning, herunder om størrelse og frekvens med henblik på at sikre løbende beskatning. I både Storbritannien og Luxembourg bliver investeringsforeninger ikke beskattet af udbytte, idet beskatningen sker hos investorerne.

De EU-stridige elementer i § 16 C-kravene for at kunne opnå status som udloddende investeringsforening er, for det første, det indtil 1. juni 2015 gældende krav om, at det skulle fremgå af instituttets vedtægter, at instituttet havde valgt status som udloddende investeringsforening. Dette krav var disproportionalt, da det dels var unødvendigt og besværligt at opfylde, dels måtte opfyldes på et tidspunkt, hvor en investeringsforening endnu ikke vidste, om den ville komme til at eje aktier i danske selskaber eller have danske investorer.

For det andet gjorde det ligeledes indtil 1. juni 2005 gældende krav om *de facto* udlodning det i praksis så godt som umuligt for sagsøgerne at opnå status som udloddende investeringsforeninger, idet det ville være et administrativt særdeles vanskeligt for sagsøgerne at indrette deres udbyttepolitik efter reglerne i samtlige stater, hvori de investerede, og idet kravene i de forskellige stater kunne være uforenelige.

For det tredje udgjorde det en ulovlig restriktion for de frie kapitalbevægelser, at indkomstopgørelsen i alle de af sagen omhandlede indkomstår skulle ske efter danske skatteregler, herunder et krav om opdeling i kapitalindkomst og aktieindkomst. Reglerne om opgørelse er forskellige afhængigt af det pågældende land. For det fjerde kunne kravene vedrørende aktieklasser kun opfyldes af institutter, som var specifikt målrettet det danske marked, og som var etableret med henblik på at opfylde de danske krav, idet udenlandske institutter som regel har flere aktieklasser. Opfyldelse af denne regel krævede omstrukturering af investeringsinstitutternes selskabsretlige struktur. Forbuddet mod flere aktieklasser blev ophævet i 2012. I bemærkningerne til det til grund herfor liggende lovforslag nævnes det

udtrykkeligt, at kravet om kun én aktieklasser havde afholdt ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter fra at opgøre en minimumsudlodning. For det femte var kravene om overholdelse af placeringsregler og kontrol hermed byrdefulde at opfylde.

At kravene var nærmest umulige at opfylde fremgår også af, at ud af de formentlig flere tusinde ikke-hjemmehørende institutter, som foretog investeringer i danske aktier, opgjorde kun tre institutter en minimumsudlodning og kun tidligst fra 2009.

Kravene i ligningslovens § 16 C udgør derfor en restriktion, uanset om de i princippet måtte anses for at gælde for både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter. Der henvises herved navnlig til sag C-580/15, Van der Weegen, ECLI:EU:C:2017:429, og sag C-326/12, van Caster, ECLI:EU:C:2014:2269. Kravene kan endvidere ikke retfærdiggøres i tvingende almene hensyn, og således hverken i hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen eller i hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen, jf. herved EU-Domstolens præjudicielle svar, præmisserne 66-76 og 85-86.

Kravene i ligningslovens § 16 C er i det hele disproportional. Formålet bag ligningslovens § 16 C kan opnås ved langt mindre indgribende foranstaltninger. Der kunne f.eks. gælde et krav om, at instituttet skulle dokumentere, at det ikke opsamlede kapital, og denne dokumentationspligt kunne opfyldes ved at indlevere kopi af regnskabet, hvoraf ville fremgå, om årets overskud var blevet udloddet. Der er desuden disproportionalt at kræve opgørelse af globalindkomsten for at kunne beskatte eventuelle danske investorer af instituttets aktieudbytter fra Danmark. Det burde være tilstrækkeligt at tage hensyn til selvangivelser og indkomstopgørelser, som instituttet har udarbejdet i hjemlandet som grundlag for vurdering af kravenes opfyldelse. Det burde også være tilstrækkeligt at sikre, at instituttets indkomst er opgjort efter gængse og internationalt anerkendte regnskabsmæssige principper. Det er uretligt, når Skatteministeriet ikke sonderer mellem opfyldelse af de danske særlige krav i ligningslovens § 16 C og det at foretage udlodninger. Alle de sagsøgende investeringsinstitutter udlodder deres overskud.

Det kan i øvrigt ikke kræves, at sagsøgerne overholder betingelserne i ligningslovens § 16 C
Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at det under alle omstændigheder ikke kan bebrejdes dem, at de ikke foretog skridt til opfyldelse af kravene til opnåelse af en

kildeskattefritagelse efter § 16 C. Det EU-stridige hjemstedskrav indebar nemlig, at sagsøgerne ikke ville kunne have opnået kildeskattefritagelse, selv om de havde opfyldt ligningslovens § 16 C. Kravene i ligningslovens § 16 C har til formål at opveje kildeskattefritagelsen og er dermed udelukkende møntet på hjemmehørende investeringsforeninger. Bestemmelsen er således subsidiær i forhold til hjemstedskravet og dermed irrelevant og uvirksom for udenlandske investeringsforeninger. Ligningslovens § 16 C indeholder ikke materielle krav, der gælder uafhængigt af hjemstedskravet. At afskære tilbagesøgning med henvisning til, at sagsøgerne ikke opfyldte kravene i ligningslovens § 16 C i årene 2000-2009, svarer på den baggrund til at indføre nye krav med tilbagevirkende kraft. Det vil stride mod EU-retten at kræve opfyldelse af krav, hvis opfyldelse ikke efter den danske ordnings eget indhold ville kunne have ført til kildeskattefritagelse.

Hertil kommer, at retroaktiv håndhævelse af ligningslovens § 16 C vil efterlade sagsøgerne med en økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte i strid med EU-Domstolens dom. Den manglende mulighed for opnåelse af skattemæssig status som udloddende investeringsforening har desuden været egnet til at afholde ikke-hjemmehørende institutter fra at investere i aktier i danske selskaber og danske investorer fra at investere i ikke-hjemmehørende institutter. Denne afskrækkende effekt kan ikke repareres ved nu at give adgang til skattemæssig status som udloddende investeringsforening. Lige så umuligt er det retroaktivt at indføre bestemmelse i vedtægterne om valg af skattemæssig status som udloddende investeringsforening.

EU-Domstolen har fundet, at indeholdelse af kildeskat over for ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter er diskriminerende, og at kildeskatten således udgør en ulovlig skat. Det følger af EU-Domstolens retspraksis, at manglende opfyldelse af nationale krav for at opnå en skattefordel ikke kan bruges som begrundelse for nægtelse af tilbagebetaling, hvis skatteyderen ville være blevet nægtet skattefordelen uanset opfyldelse af kravene. Der henvises til EU-Domstolens dom i de forenede sager C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft*, ECLI:EU:C:2001:134. Ulovligt opkrævede skatter skal i henhold til EU-retten tilbagebetales. Tilbagebetaling kan kun nægtes, hvis tilbagebetaling ville medføre en ugrundet berigelse. Dette er ikke tilfældet i nærværende sag.

Præjudiciel forelæggelse

Sagsøgerne har gjort gældende, at landsretten på ny bør forelægge EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål vedrørende følgende problemstillinger:

1. Er det foreneligt med fællesskabsretten, herunder artikel 56 TEF (artikel 63 TEUF), for en medlemsstat at stille som betingelse for opnåelse af en særlig skattemæssig status, in casu status som udloddende investeringsforening, at et kollektivt investeringsinstitut overholder særlige nationale betingelser svarende til de i Danmark gældende krav, hvorved bemærkes, at ingen eller så godt som ingen ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter i praksis opfylder betingelserne?
2. Følger det af EU-retten, herunder princippet om EU-rettens effektive virkning, at indeholdte kildeskatter skal tilbagebetales til investeringsinstitutter hjemmehørende i andre medlemsstater, uanset disse ikke-hjemmehørende investeringsinstitutter ikke har opfyldt særlige betingelser i national lovgivning, når de alligevel ikke ville have kunnet opnå kildeskattefritagelse efter de nationale regler, selv om de havde opfyldt disse særlige betingelser i national lovgivning?

Til støtte for, at de to spørgsmål forelægges præjudicielt, har sagsøgerne anført bl.a., at forelæggelsespligt indtræder ved den blotte risiko for forkert anvendelse af EU-retten. Hvis tvivlen ikke kan udelukkes, skal der forelægges, ellers pådrager den nationale domstol staten et ansvar, hvis den har anvendt EU-retten forkert. I den konkrete sag er der en sådan risiko. Efter landsrettens kendelse af 8. juni 2016 har Hoge Raad, Holland, ved sag C-156/17 Köln-Aktiefonds Deka, forelagt – og efter EU-Domstolens præjudicielle dom i nærværende sag fastholdt – to spørgsmål vedrørende en medlemsstats pligt til at tilbagebetale udbytteskat i situationer, der har væsentlige lighedspunkter med den foreliggende tvist. Endvidere har byretten i Zeeland-West-Brabant, Holland, i en dom af 23. november 2018 anlagt en forståelse af EU-retten, der svarer til den, som sagsøgerne forfægter i nærværende sag. Endelig har EU-Domstolen efter landsrettens forelæggelseskendelse afsagt flere domme om betydningen af opfyldelse af nationale krav, ligesom en række medlemsstater har ændret deres skatteregler vedrørende investeringsinstitutter og udbytteskatter på udgående udbytter som følge af EU-Domstolens praksis. Det vil derfor stride mod *acte clair* doktrinen, såfremt landsretten uden forudgående dom fra EU-Domstolen afgør sagen med henvisning til, at sagsøgerne ikke opfyldte kravene i ligningslovens § 16 C.

NN (L) SICAV har til støtte for sagsøgernes påstand gjort gældende, at det følger af EU-Domstolens dom i nærværende sag, at Danmark udelukkende kan opkræve skat af udenlandske investeringsforeninger svarende til skatten af minimumsudlodningerne til de danske investorer. Også OECD's modeloverenskomst artikel 10, stk. 5, der genfindes i de relevante dobbeltbeskatningsoverenskomster med UK og Luxembourg, og SKATs juridiske vejledning 2019-1, pkt. CF.8.2.2.10.3.3, tilsiger dette.

Det vil stride mod det EU-retlige effektivitetsprincip at kræve, at de udenlandske investeringsforeninger oprindeligt havde opgjort en minimumsudlodning efter ligningslovens § 16 c. Der er kun relativt få danske investorer, hvis overhovedet nogen, i de udenlandske investeringsforeninger. Det vil derfor være uforholdsmæssigt, om de udenlandske investeringsforeninger skulle opgøre en minimumsudlodning for alle investorer, når minimumsudlodningen kun har betydning for de danske investorer.

NN (L) SICAV har herudover erklæret sig enig med sagsøgerne i, at flere af de dagældende betingelser i ligningslovens § 16 C for, at en investeringsforening kunne opnå status som udloddende investeringsforening, udgjorde en restriktion, at EU-Domstolen ikke har taget stilling hertil, og at Østre Landsret på den baggrund bør forelægge præjudicielle spørgsmål herom for EU-Domstolen.

Skatteministeriet har til støtte for sin frifindelsespåstand gjort gældende bl.a., at EU-Domstolen alene har underkendt kravet om, at en udloddende investeringsforening skal være hjemmehørende i Danmark. Bortset herfra har EU-Domstolen godkendt de danske regler.

Den danske skattemæssige konstruktion

EU-Domstolens præjudicielle dom skal forstås således, at den anfægtede beskatningsordning – hvorefter muligheden for kildeskattefritagelse alene er forbeholdt udloddende investeringsforeninger med hjemsted i Danmark – kun strider imod kapitalens frie bevægelighed, for så vidt som den samme mulighed ikke indrømmes udenlandske investeringsinstitutter, som dels opfylder betingelserne i ligningslovens § 16 C, dels betaler en skat, der svarer til den skat, som de hjemmehørende udloddende investeringsforeninger skal indeholde i den minimumsudlodning, der er beregnet i overensstemmelse med denne bestemmelse.

Det er med andre ord foreneligt med TEUFs regler om kapitalens frie bevægelighed, at udenlandske investeringsinstitutter, der ikke opfylder betingelserne i ligningslovens § 16 C, nægtes muligheden for at opnå kildeskattefritagelse. Kildeskattefritagelsen har hele tiden været uløseligt forbundet med, at foreningens medlemmer – danske såvel som udenlandske – løbende undergives dansk beskatning af investeringsforeningens overskud, derved at der indeholdes kildeskat af den (teknisk) opgjorte minimumsudlodning. Selve grundprincippet i denne ordning har EU-Domstolen ikke anfægtet.

I de perioder, som de rejste tilbagebetalingskrav angår, opfyldte ingen af sagsøgerne betingelserne i ligningslovens § 16 C for at kunne blive anset for en udloddende investeringsforening. Dels havde sagsøgerne i perioden frem til den 1. juni 2005 hverken foretaget minimumsudlodninger eller tilpasset deres vedtægter, så de havde været forpligtet til at foretage sådanne udlodninger. Dels havde sagsøgerne i perioden fra den 1. juni 2005 hverken opgjort minimumsudlodninger eller valgt, at foreningernes indkomst skulle beskattes hos medlemmerne efter reglerne for udloddende investeringsforeninger. Sagsøgerne har derfor ikke krav på få tilbagebetalt de indeholdte udbytteskatter og derved blive stillet som om, at de opfyldte betingelserne for en kildeskattefritagelse.

Det bestrides, at sagsøgerne i de relevante perioder har udloddet deres overskud hvert år. Det bestrides endvidere, at sagsøgerne, der har hjemsted i Storbritannien, i de relevante perioder har været underlag regler svarende til de danske regler for udloddende investeringsforeninger, ligesom det bestrides, at sagsøgerne, der har hjemsted i Luxembourg, i al væsentlighed udloddede al nettoindkomst i de i sagen omhandlede indkomstår, og at der dermed skete løbende udlodning og beskatning af alt afkast svarende til den danske beskatningsordning.

Betingelserne for at opfylde kildeskattelovens § 16 C er ikke EU-retsstridige

Der er ingen holdepunkter for, at betingelserne i ligningslovens § 16 C for at opnå status som udloddende investeringsforening skulle stride imod kapitalens frie bevægelighed. Reglerne om beskatning af investeringsforeninger m.v. er ikke blevet harmoniseret, og så længe det er tilfældet, kan medlemsstaterne indrette deres respektive lovgivninger, som de vil, når bare det nationale regelsæt ikke fører til forskelsbehandling af objektivt sammenlignelige situationer på grundlag af nationalitet.

Betingelserne i ligningslovens § 16 C for, at en investeringsforening kunne opnå status som udloddende investeringsforening, gjaldt uden forskel på, om investeringsforeningen var hjemmehørende her i landet eller i udlandet. Betingelserne udgjorde derfor ikke en restriktion for kapitalens frie bevægelighed. At medlemsstaterne hver især kan fastsætte egne regler for beskatningen, herunder for principperne for opgørelse af indkomst, har i sagens natur negative indvirkninger på eksempelvis kapitalens frie bevægelighed, men disse virkninger er ikke udtryk for ulovlige restriktioner i traktatens forstand. TEUF er således ikke til hinder for en håndhævelse af den anden grundlæggende betingelse for kildeskattefritagelsen, nemlig at investeringsinstituttet skulle opfylde betingelserne i ligningslovens § 16 C for at kunne anses for en udloddende investeringsforening.

EU-Domstolen var fuldt ud bekendt med sagsøgernes anbringende om, at der var vanskeligt for ikke-hjemmehørende institutter at opfylde kravene i ligningslovens § 16 C, herunder at de ikke havde noget incitament til at gøre dette, eftersom de allerede som følge af kravet om, at de skulle være hjemmehørende i Danmark, var afskåret for kildeskattefritagelse. Det fremgår desuden af dommens præmis 26, at EU-Domstolen også fandt, at den havde alle de oplysninger til rådighed, der var nødvendige for at afgøre sagen, herunder ”navnlig muligheden for – for et institut, der ikke er hjemmehørende i Danmark – at opgøre en minimumsudlodning efter danske regler, og at opnå kvalificering som udloddende investeringsforening, jf. ligningslovens § 16 C”. EU-Domstolens dom må på den baggrund forstås således, at EU-Domstolen har forholdt sig til reglerne i § 16 C, og at EU-Domstolen ikke fandt disse traktatstridige.

Det kan under de foreliggende omstændigheder kræves, at sagsøgerne overholder betingelserne i ligningslovens § 16 C

EU-retten indebærer ikke, at det ikke under de foreliggende omstændigheder kan kræves af sagsøgerne, at de tog skridt til opfyldelse af kravene til opnåelse af en kildeskattefritagelse efter § 16 C ud fra en betragtning om, at det EU-stridige hjemstedskrav indebar, at de under alle omstændigheder ikke ville have opnået kildeskattefritagelse.

Det forhold, at en i øvrigt lovlig beskatningsordning indeholder et traktatstridigt element, medfører ikke, at hele ordningen bliver ugyldig, men kun at de retsstridige elementer

tilsidesættes. Det gælder uanset, om det retsstridige element måtte have været bestemmende for de berørtes dispositioner. Der er derfor ikke noget til hinder for, at udenlandske investeringsforeninger, der ikke opfylder betingelserne i ligningslovens § 16 C, nægtes mulighed for at opnå kildeskattefritagelse. Legalitetsprincippet og grundlovens § 3 kan ikke føre til et andet resultat, da heller ikke disse regler og retsgrundsætninger afskærer, at myndighederne håndhæver retsgyldig lovgivning.

Endvidere er princippet om EU-rettens direkte virkning ikke til hinder for, at en medlemsstat håndhæver de elementer i den nationale lovgivning, som er forenelige med EU-retten. Også effektivitetsprincippet er uden relevans for sagen, da dette alene indebærer, at medlemsstaternes processuelle regler ikke i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at håndhæve de krav, som den skattepligtige måtte have i medfør af EU-retten. I de foreliggende sager er der ikke tale om, at Skatteministeriet støtter sin frifindelsepåstand på, at sagsøgerne skulle have forsømt at følge de processuelle regler, der gælder for fremsættelsen af krav om tilbagebetaling af skatter, der er opkrævet i strid med EU-retten. Der er derimod tale om, at sagsøgerne ikke opfyldte betingelserne i ligningslovens § 16 C, at de omhandlede kildebeskatninger er forenelige med EU-retten, og at der ikke kan blive tale om tilbagebetaling af skatterne, da de ikke er blevet opkrævet i strid med EU-retten.

Endelig har Skatteministeriet gjort gældende, at selv såfremt sagsøgerne havde opfyldt betingelserne i ligningslovens § 16 C, ville de alene have haft krav på tilbagebetaling af et beløb svarende til differencen mellem de faktisk indeholdte kildeskatter og en beregnet skat svarende til forskudsskatten af en minimumsudlodning.

Forny et præjudiciel forelæggelse

Skatteministeriet har gjort gældende, at der ikke er grundlag for en yderligere præjudiciel forelæggelse. Ministeriet har i den forbindelse bemærket, at landsretten ikke træffer afgørelse som sidste instans, og at der derfor ikke kan udledes en traktatmæssig pligt for landsretten til at forelægge præjudicielle spørgsmål. EU-Domstolens besvarelse af det allerede forelagte spørgsmål efterlader ingen rimelig tvivl om, at det vil være foreneligt med EU-retten at frifinde Skatteministeriet for de rejste tilbagebetalingskrav med den begrundelse, at sagsøgerne i de perioder, som tilbagebetalingskravene angår, ikke opfyldte betingelserne i ligningslovens § 16 C for at blive anset for udloddende investeringsforeninger. Hverken Hoge

Raads delvise opretholdelse af sin præjudicielle forelæggelse i sag C-156/17 eller den hollandske distriktsdomstols dom begrundes, at der foretages en ny præjudiciel forelæggelse.

Landsrettens begrundelse og resultat

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

Med EU-Domstolens præjudicielle dom af 21. juni 2018 blev det krav, der i de relevante år var fastsat i kildeskattebekendtgørelsen om, at en investeringsforening skulle være hjemmehørende i Danmark for, at foreningen kunne få udstedt udbyttefrikort og opnå fritagelse for kildebeskatning af udbytter, underkendt som værende i strid med TEUF artikel 63 om kapitalens frie bevægelighed.

Som redegjort for ovenfor under afsnittet om retsgrundlaget var det imidlertid tillige en betingelse for at kunne opnå fritagelse for kildebeskatning af udbytter, at investeringsforeningen opfyldte betingelserne for at kunne karakteriseres som en udloddende investeringsforening som defineret i ligningslovens § 16 C. Endvidere er de landskatteretskendelser, der foreligger til prøvelse i denne sag, hvorefter sagsøgerne ikke har krav på refusion af den udbytteskat, der er blevet betalt af udbytter udloddet til dem, tillige begrundet med, at sagsøgerne ”ikke opfylder betingelserne for at kunne karakteriseres som en udloddende investeringsforening som defineret i ligningslovens § 16 C, herunder hverken før eller efter ændringen af bestemmelsen ved lov nr. 407/2005”.

På denne baggrund har sagsøgerne anmodet om, at landsretten forelægger præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen om EU-lovmedholdeligheden af ligningslovens § 16 C, og om det forhold, at hjemstedskravet er underkendt af EU-Domstolen, i sig selv indebærer, at sagsøgerne har krav på tilbagebetaling af den indeholdte kildeskat, uanset at sagsøgerne ikke har opfyldt ligningslovens § 16 C.

Af de nedenfor anførte grunde finder landsretten, at EU-Domstolens besvarelse af de af sagsøgerne rejste spørgsmål ikke er nødvendig for at kunne afgøre parternes tvist.

Efter landsrettens opfattelse følger det af formuleringen af EU-Domstolens dom, herunder navnlig af dommens præmis 84 sammenholdt med den del af generaladvokatens forslag, som EU-Domstolen henviser til, at EU-Domstolen alene har fundet det traktatstridigt, at reglerne i ligningslovens § 16 C ikke har kunnet anvendes af investeringsinstitutter, der ikke er hjemmehørende i Danmark. Der er således på grundlag af EU-Domstolens besvarelse af det forelagte præjudicielle spørgsmål ikke holdepunkter for at statuere, at enhver ikke-hjemmehørende investeringsforening skal kunne opnå kildeskattefritagelse, uanset om investeringsforeningen svarer en skat, der svarer til den skat, som de danske udloddende institutter efter ligningslovens § 16 C skal indeholde, og uanset om investeringsforeningen indberetter sådanne oplysninger, der gør det muligt for de danske skattemyndigheder at foretage en korrekt beskatning af foreningens medlemmer.

Landsretten finder endvidere, at den kædebeskatning, der måtte følge af, at en investeringsforening – dansk eller udenlandsk – ikke opfylder betingelserne i ligningslovens § 16 C, ikke i sig selv strider mod EU-retten.

Det forhold, at en beskatningsordning indeholder et EU-retsstridigt element, bevirker ikke i sig selv, at den samlede beskatningsordning dermed skal tilsidesættes, jf. U 2011.2646 H. Det følger endvidere af EU-Domstolens faste praksis, at så længe foranstaltninger, der afskaffer en EU-retsstridig forskelsbehandling, ikke er vedtaget af den nationale lovgiver, skal overholdelsen af ligebehandlingsprincippet sikres ved, at personer tilhørende den kategori, som forskelsbehandles, indrømmes de samme rettigheder som de personer, der tilhører den privilegerede kategori, idet disse regler er de eneste, man kan henholde sig til, når EU-retten ikke er korrekt anvendt, jf. bl.a. sag C-187/15, Pöpperl, ECLI:EU:C:2016:550, præmis 46, sag C-406/15, Milkova, ECLI:EU:C:2017:198, præmis 66, og sag C-482/16, Stollwitzer, ECLI:EU:C:2018:180, præmis 30.

I den foreliggende situation indebærer dette som udgangspunkt, at sagsøgerne skal stilles på samme måde som hjemmehørende investeringsforeninger, og at de derfor kun har ret til kildeskattefritagelse under de betingelser, der gælder for hjemmehørende investeringsforeninger; betingelser som sagsøgerne ubestridt ikke har opfyldt.

EU-Domstolen var ikke forelagt et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt kravene for at opnå status som en udloddende investeringsforening efter ligningslovens § 16 C i sig selv udgjorde en restriktion i strid med TEUF artikel 63, og EU-Domstolen udtalte sig ikke i sin præjudicielle dom herom. Det kan endvidere ikke lægges til grund, at EU-Domstolen implicit skulle have forholdt sig til problemstillingen. EU-Domstolen har således i overensstemmelse med sin praksis undladt at behandle EU-retlige problemstillinger, som sagen i øvrigt måtte kunne give anledning til, men som den nationale retsinstans ikke har forelagt ved sit præjudicielle spørgsmål. Det bemærkes, at denne praksis også omfatter tilfælde, hvor parterne i hovedsagen, således som det til dels er tilfældet i nærværende sag, har anmodet EU-Domstolen herom, jf. bl.a. sag C-1/13, *Cartier*, ECLI:EU:C:2014:109, præmis 24-27, sag C-137/13, *Herbaria*, ECLI:EU:C:2014:2335, præmis 49-50, sag C-98/14, *Berlington Hungary*, ECLI:EU:C:2015:386, præmis 44-49, og sag C-283/14, *CM Eurologistik*, ECLI:EU:C:2016:57, præmis 43-46.

Landsretten finder, at ligningslovens § 16 C – bl.a. i relation til det indtil 2005 gældende krav til investeringsforeningens vedtægter – indeholder elementer, der udgør en restriktion for den frie udveksling af kapital efter TEUF artikel 63. Imidlertid varetager kravene i § 16 C det saglige formål at skaffe skattemyndighederne de fornødne oplysninger for at kunne foretage en korrekt beskatning af foreningens investorer. Efter EU-Domstolens faste praksis vil hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol kunne begrunde indskrænkninger i de rettigheder, der er sikret ved traktaten, idet en restriktiv foranstaltning dog skal overholde proportionalitetsprincippet og således være egnet til at nå det tilstræbte mål og ikke gå videre end nødvendigt for at nå målet, jf. bl.a. sag C-318/07, *Perche*, 2009.I, s. 359, præmis 52, med videre henvisninger. Det følger også af EU-Domstolens praksis, at proportionalitetsprincippet ikke er til hinder for, at medlemsstaternes skattemyndigheder i den forbindelse kræver, at den skattepligtige fremlægger de beviser, som er nødvendige for, at skattemyndighederne kan bedømme, om de i lovgivningen fastsatte betingelser for en skattefordel er opfyldt, jf. bl.a. sag C-416/17, *Kommissionen mod Frankrig*, ECLI:EU:C:2018:811, præmis 58-59, med videre henvisninger.

Sagsøgerne har for landsretten gjort gældende, at dette formål vil kunne opfyldes ved, at investeringsforeningerne afgiver andre og for dem mindre omfattende og administrativt byrdefulde oplysninger end foreskrevet i ligningslovens § 16 C, således som denne bestem-

melse var formuleret i de for sagen relevante skatteår. Skatteministeriet har ikke konkret forholdt sig til, om sådanne alternative oplysninger vil være tilstrækkelige.

Landsretten finder i lyset af EU-Domstolens domme i bl.a. sag C-262/09, Meilicke, EU:C:2011:438, præmis 42-48, og sag C-326/12, van Caster, ECLI:EU:C:2014:2269, præmis 45-58, ikke på forhånd at kunne udelukke, at EU-Domstolen vil finde, at elementer i ligningslovens § 16 C – bl.a. det indtil 2005 gældende krav til investeringsforeningens vedtægter – udgør en begrænsning af den frie udveksling af kapital efter TEUF artikel 63, der går videre end påkrævet for at sikre en effektiv skattekontrol og dermed skatteopkrævning.

I de foreliggende sager har sagsøgerne imidlertid ikke i de relevante skatteår indeholdt skat i forhold til deres medlemmer og har hverken for skattemyndighederne eller for landsretten fremlagt oplysninger, der specificerer de foretagne udlodninger. Sagsøgerne har desuden ikke nedlagt påstand om, at sagerne hjemvises med henblik på, at de på en anden måde end foreskrevet efter § 16 C søger at give skattemyndighederne de oplysninger, der er nødvendige for, at der kan foretages en korrekt beskatning af foreningernes medlemmer.

Således som sagen er forelagt, forudsætter en afgørelse af sagen derfor ikke en stillingtagen til, om EU-retten kræver, at en ikke-hjemmehørende investeringsforening skal gives mulighed for at afgive de oplysninger, der er nødvendige for ligningen, på en anden og for dem mindre byrdefuld måde end foreskrevet i ligningslovens § 16 C, således som denne bestemmelse var affattet i de relevante skatteår. Der er heller ikke anledning til at tage stilling til, om skattemyndighederne kan nægte tilbagebetaling af de betalte skatter for skatteårene 2000-2005, alene fordi sagsøgerne ikke opfyldte dagældende krav til deres vedtægters udformning. Landsretten skal alene tage stilling til, om EU-retten kræver, at sagsøgerne nyder de samme fordele som foreninger omfattet af § 16 C, uanset at de hverken opfylder betingelserne efter denne bestemmelse eller på anden måde har søgt at medvirke til, at de bag bestemmelsen liggende saglige formål vil kunne opfyldes.

Dette er efter landsrettens opfattelse ikke tilfældet.

Det forhold, at hjemstedskravet nu er underkendt af EU-Domstolen, indebærer hverken efter EU-retten eller efter dansk forvaltningsret, at sagsøgerne kan få tilbagebetalt den erlagte skat,

selv om de hverken opfyldte betingelserne i ligningslovens § 16 C eller søgte at medvirke til at opfylde de bag denne bestemmelse liggende saglige hensyn på en for dem mindre indgribende måde.

Allerede under sagens behandling ved de administrative myndigheder stod det klart, dels at sagsøgerne ikke opfyldte kravene i § 16 C, dels at dette forhold var en selvstændig grund til, at skattemyndighederne nægtede sagsøgerne at blive omfattet af ordningen med skattefritagelse. Det har således under hele sagsforløbet været sagsøgerne bekendt, at en eventuel underkendelse af kravet om, at en investeringsforening skulle være hjemmehørende i Danmark for at kunne opnå skattefritagelse, ikke i sig selv indebar, at skattemyndighederne da ville anerkende sagsøgernes ret hertil. Skatteministeriet har samtidig præciseret, at det ikke gøres gældende, at sagsøgerne har forsømt at følge de processuelle krav, der gælder for fremsættelsen af krav om tilbagebetaling af uberettiget opkrævede skatter. Endvidere har sagsøgerne som nævnt heller ikke for landsretten fremlagt oplysninger på anden måde end krævet efter ligningslovens § 16 C, der ville kunne danne grundlag for, at skattemyndighederne kan foretage en korrekt beskatning af deres medlemmer.

Sagens afgørelse nødvendiggør på den baggrund ikke, at landsretten indhenter EU-Domstolens vurdering af, om elementer i ligningslovens § 16 C er uforenelige med TEUF artikel 63 om kapitalens frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 267, 2. led. Der er endvidere ikke en sådan uklarhed om retstilstanden, at der er grundlag for at forelægge EU-Domstolen et spørgsmål om, hvorvidt underkendelsen af hjemstedskravet i sig selv indebærer, at sagsøgerne har krav på tilbagebetaling af den indeholdte kildeskat. Det bemærkes i øvrigt, at landsrettens dom i nærværende sag frit kan ankes af den tabende part til Højesteret, og at landsretten derfor ikke er omfattet reglerne om forelæggelsespligt i TEUF artikel 267, stk. 3. De af sagsøgerne anførte omstændigheder indebærer følgelig ikke, at landsretten har pligt til at forelægge EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål, men udgør alene momenter, som landsretten kan tage i betragtning i sit frie skøn over, hvorvidt landsretten finder at kunne træffe afgørelse i sagen uden yderligere vejledning fra EU-Domstolen, jf. sag C-544/16, *Marcandi*, ECLI:EU:C:2018:540, præmis 61-66.

Den indeholdte skat er således ikke sket uberettiget, og der er på denne baggrund ikke grundlag for at imødekomme de nedlagte påstande vedrørende tilbagebetaling, herunder

anerkendelsespåstandene vedrørende Landsskatterettens besvarelser af spørgsmål 4 og 5. For så vidt angår anerkendelsespåstanden vedrørende Landsskatterettens besvarelse af spørgsmål 3 om, at sagsøgerne er blevet udsat for diskrimination, bemærker landsretten, at kravet om hjemsted var diskriminerende. Det stillede spørgsmål indeholder imidlertid en forudsætning om, at sagsøgerne ”virker på samme måde og under de samme regler som en dansk investeringsforening”, som landsretten efter bevisførelsen og det ovenfor anførte ikke kan bekræfte. Landsretten tiltræder derfor Landsskatterettens benægtende besvarelse af spørgsmål 3.

Herefter frifindes Skatteministeriet i det hele.

Under hensyn til sagens baggrund, herunder at den anfægtede beskatningsordning indeholder EU-stridige elementer, skal ingen af parterne betale sagsomkostninger til den anden part. Biintervenient NN (L) SICAV skal bære sine egne omkostninger i sagen.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Skatteministeriet frifindes.

Ingen af parterne skal betales sagsomkostninger til den anden part.