

Aalborg Universitet
Juridisk Institut
Erhvervsjurastudiet

Skatteret
Speciale
2009

SUCCESSION og RESTRIKTION

Familiesuccession og tilbagesuccession set i lyset af fællesskabsrettens frie kapitalbevægelser

Pedersen & Pedersen

SUCCESSION og RESTRIKTION

Familiesuccession og tilbagesuccession set i lyset af fællesskabsrettens frie kapitalbevægelser

SUCCESSION and RESTRICTION

Fiscal succession and backwards succession between members of the same family, in the light of EU's free movement of capital.

Pedersen & Pedersen

**Aalborg Universitet
Det Samfundsvidenskabelige Fakultet
Juridisk Institut
Erhvervsjurastudiet**

**Speciale
Skatteret og selskabsskatteret
Succession og Restriktion
Familiesuccession og tilbagesuccession set i lyset af fællesskabsrettens frie kapitalbevægelser**

Afleveret den 28. maj 2009

**Vejleder
Professor, dr.jur. Erik Werlauff**

Udarbejdet af

**Tanja Pedersen
20042835**

**Magnus Christian Pedersen
20042838**

Indhold

Indhold	4
Forord	6
Forkortelser og forklaringer	7
1.0 Indledning	8
1.1 Metode og systematik	10
2.0 Retskilder	12
2.1 Danske retskilder	12
2.2 Danske skatteretlige retskilder	15
2.3 Folkerettens retskilder	19
2.4 EU-rettens retskilder	21
2.4.1 EU-rettens virkning i national (dansk) ret	25
2.4.2 EU-rettens skatteretlige virkning	27
2.5 Ret og pligt	31
3.0 Afståelse eller succession	33
4.0 Familiesuccession	38
4.1 Familiesuccession – virksomheder ejet på aktier	38
4.1.1 Krav til succession ved overdragelse af aktier	38
4.1.2 Skattemæssige konsekvenser	42
4.1.3 Gaveafgift og skattepligt ved eventuel gave ved succession	44
5.0 Tilbagesuccession	49
5.1 Lovens formål	51
5.1.1 Lovens anvendelighed	52
6.0 Succession med grænseoverskridende elementer	54
6.1 Begrænset skattepligt med aktier i fast driftssted	55
6.1.1 Næringsbegrebet	56
6.1.2 Aktiers tilknytning til det faste driftssted	56
6.1.3 Teoretisk diskussion om et fast driftssteds evne til at eje anlægsaktier	59
6.2 Begrænset skattepligt med tilvalg af ubegrænset skattepligt for aktier i fast driftssted	65
6.3 Ubegrænset skattepligtig med hjemmehør i en fremmed stat	66
6.4 Ubegrænset skattepligtig med hjemmehør i fremmed stat og særlig aktiebeskatning	67
7.0 ABL § 34, stk. 3 og Fællesskabsretten	70
7.1 Aktieavancebeskatningsloven § 34, stk. 3 som restriktion ifølge art. 56 EF	78
7.2 Restriktion begrundet i art 58 EF	81
7.3 Almene hensyn	84

7.4 <i>Proportionalitet</i>	86
7.4.1 <i>Fraflytning</i>	87
7.4.2 <i>Ændring af Aktieavancebeskatningsloven</i>	89
8.0 International tilbagesuccession	92
9.0 Sammenfatning og konklusion	101
9.1 <i>Konklusion</i>	103
9.2 <i>Perspektivering</i>	104
10.0 Summary	106
Litteraturliste	107
<i>Domme/Afgørelser</i>	108
Nationale	108
Internationale	108
<i>Artikler</i>	109
Nationale	109
Internationale	109

Figurer

Figur 1 Personkredsen i ABL § 34	39
Figur 2 Successionens skattemæssige konsekvens	42
Figur 3 Tilbagesuccession	51
Figur 4 Grænseoverskridende succession og tilbagesuccession	94
Figur 5 Økonomisk dobbeltbeskatning ved tilbagesuccession	95
Figur 6 Resultat ved ændring af værdiansættelse ved tilbagesuccession	99

Forord

Dette speciale er blevet udarbejdet i perioden februar – maj 2009 i forbindelse med afslutning af Cand.Merc.Jur studiet ved Aalborg Universitet. Specialet markerer afslutning af et stort kapitel i vores uddannelsesmæssige udvikling og afspejler endvidere vores store interesse for international skatteret. Interessen til kerneområdet i dette speciale opstod til dels ud fra undervisningen i selskabsskatteret, generationsskifte og de ud fra de projektarbejder, som er udarbejdet i studietiden.

Flere personer har været behjælpelige med udarbejdelsen af dette speciale. Der skal dog særligt lyde en tak til følgende personer.

Tak til

Erik Werlauff for særdeles nærværende, aktiv og kyndig vejledning.

Herudover tak til

Michael Serup og Thomas Rønfeldt, som har været hjælpsomme og imødekommene ved diskussion af problemstillingerne.

Forkortelser og forklaringer

ABL	Aktieavancebeskatningsloven (LBK nr. 171 af 06/03/2009)
APL	Anpartsselskabsloven (LBK nr. 650 af 15/06/2006)
AL	Aktieselskabsloven (LBK nr. 649 af 15/06/2006)
BOA	Boafgiftsloven (LBK nr. 1159 af 4/10/2007)
Cir	Cirkulære
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
DSKL	Dødsbøbeskatningsloven (LBK nr. 908 af 28/08/2006)
EU	Den Europæiske Union
FBL	Fondsbeskatningsloven (LBK nr. 1192 af 11/10/2007)
FN	Forenede Nationer
FUSL	Fusionskatteloven (LBK nr. 1286 af 08/11/2007)
GRL	Grundloven (LOV nr. 169 af 05/06/1953)
H	Afgørelse fra Højesteret
KSL	Kildeskatteloven (LBK nr. 1086 af 14/11/2005)
L	Lovforslag
LBK	Lovbekendtgørelse
LR	Ligningsrådet
LSR	Landsskatteretten
MDBO	OECD's Modeloverenskomst til indgåelse af dobbeltbeskatningsaftaler
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
PSL	Personskatteloven (LBK nr. 959 af 19/09/2006)
RR	Revision og Regnskabsvæsen
RR.SM	Revision og Regnskabsvæsen skattemæssige meddelelser
SEL	Selskabsskatteloven (LBK nr. 272 af 03/04/2009)
SL	Statsskatteloven (LOV nr. 149 af 10/04/1922)
SKM	Skatteministeriet
SPO	Skattepolitisk Oversigt
SR	Skatterådet
SR-Skat	Skatteinformation fra de statsautoriserede revisorer
SU	Skat Udland
TfS	Tidsskrift for Skat
V	Afgørelse fra Vestre Landsret
VOL (1)	Lov om skattefri virksomhedsomdanning (LBK nr. 1166 af 2/10/2007)
VOL (2)	Lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (LBK nr. 710 af 20/08/2002)
VUL	Vurderingsloven (LBK nr. 740 af 3/09/2002)
Ø	Afgørelse fra Østre Landsret

Overdrager I tilfælde hvor aktier/aktiver overdrages med succession benævnes den overdragende/sælgende part "overdrager". I visse tilfælde anvendes benævnelsen "senior" også. I situationer, hvor tilbagesuccession anvendes kan "junior" også være overdrager.

Erhverver I tilfælde, hvor aktier/aktiver overdrages med succession benævnes den modtagende/købende part "erhverver". I visse tilfælde anvendes benævnelsen "junior" også. I situationer hvor tilbagesuccession anvendes, kan "senior" også være erhverver.

1.0 Indledning

Fra 1. januar 2009 blev det med Lov nr. 532 af 17. juni 2008 muligt at foretage overdragelse af aktier med succession til den tidligere ejer af aktierne, såfremt disse i første omgang var blevet overdraget med succession. Naturligvis kræver situationen, at der opfyldes nogle objektive krav i forbindelse med successionen, men dette nye tiltag markerer en væsentlig ændring i, hvad retning et generationsskifte skal gå. Det har almindeligt været antaget, at generationsskifte af en virksomhed er en proces, hvor de yngre kræfter afløser de gamle og hermed sikrer, at virksomheden fortsat kan leve videre i bedste velgående og i familiens eje. For at sikre denne overdragelse ikke bliver en for hård økonomisk belastning for erhverver af virksomheden, er der mulighed for at foretage denne overdragelse med succession og herved lade erhververen indtræde i overdragerens skattemæssige stilling, hvad angår tid, sum og hensigt.

Naturligvis kan dette være en mere omstændelig proces end, hvad ovenstående giver udtryk for, men princippet om at familieejede virksomheder skal have mulighed for at gennemføre effektive generationsskifte i levende live er noget, som ligger højt på den politiske dagsorden. Der er indgået en særlig aftale¹ i regeringen om, at generationsskifte i levende live skal kunne ske på lignende vilkår som ved død, hvor der med de seneste lovændringer er blevet lempet væsentligt i kravene til at foretage overdragelse af aktier med succession og dermed er der ved at være en forholdsvis ensartet behandling af de to situationer.

En af de nye bestemmelser medfører en helt ny mulighed i et skatteregime, som ellers er fast forankret hvad angår retning og målsætning. Derfor kræver bestemmelsen en nærmere undersøgelse af dens indhold. Denne undersøgelse vil ikke alene koncentrere sig om de rent nationale aspekter i bestemmelsen, da Danmark i stigende grad – ligesom resten af EU's medlemsstater, skal sørge for, at lovgivningen er udformet således, at den er konform med de principper, som opstilles af det Europæiske Fællesskab.

Det er ikke utænkeligt, at senior i Danmark har et barn, som er bosat i en anden medlemsstat, og der påtænkes at foretage en overdragelse af aktier via reglerne om succession. Der er allerede i reglerne taget højde for denne mulighed ved, at junior (som erhverver) skal opfylde

¹ Som et led i aftalen om finansloven for 2008 har regeringspartierne (Venstre og Det Konservative Folkeparti), Dansk Folkeparti og Ny Alliance indgået aftale om "Mere ensartet beskatning af generationsskifte i levende live og ved død" (Bemærkninger til L 167-2 2007/08 (Lov 532 2008))

nogle bestemte betingelser for, at denne overdragelse kan gennemføres. Disse betingelser involverer tilstedeværelsen af et fast driftssted, som aktierne skal tilknyttes i al den stund junior opholder sig i udlandet, da der fokuseres på, at beskatningsretten til aktierne skal forblive i Danmark. Disse tilknytningskriterier kræver også en nærmere undersøgelse, da de virker til at være ganske indgribende i forhold til den retspraksis, som ellers foreligger på området. Set i lyset af EF-Domstolens mange sager om den frie etableringsret og kapitalens frie bevægelighed, kan det undre forfatterne, at man fra Danmarks side ønsker at opretholde en bestemmelse om tilknytningskriterier, som er med til at sikre Danmark beskatningsretten på aktier, som efterfølgende ejes af en person i en anden medlemsstat, når dette naturligt lægger op til en vurdering af om denne bestemmelse udgør en restriktion af fællesskabsretten.

Dermed fremstår dette regelsæt nu relativt paradoksalt, da man ønsker at smidiggøre reglerne om generationsskifte, men samtidig vælger at fastholde bestemmelsen om tilknytningskriterierne. Så længe overdragelserne udelukkende foregår internt i Danmark, så er reglerne umiddelbart anvendelige. Men så snart aktierne ønskes overdraget til en person i en anden medlemsstat, så kræves det, at beskatningsretten ikke forsvinder fra Danmark. Det kan synes, at der ikke er politisk vilje til at slippe det provenu, som man måtte gå glip af ved at lade aktierne glide ud af dansk beskatning ved en grænseoverskridende overdragelse med succession, men som visse sager ved EF-Domstolen har vist, er det noget man bør indstille sig på vil ske fremover. I den særlige situation, hvor der overdrages aktier med succession, skal hele provenuet naturligvis ikke overgå til beskatning i den anden medlemsstat, blot fordi personen indtræder i tid, sum og hensigt. Dette ville medføre et alt for anvendeligt redskab til at udøve skatteunddragelse i Danmark. Der må derimod findes en mere anvendelig løsning.

Tingenes tilstand bliver ikke mindre kompliceret ved nu at oprette en generel regel, hvor aktierne kan overdrages tilbage til oprindelige overdrager. Hvis denne situation skulle opstå i et grænseoverskridende tilfælde, bliver spørgsmålet om reglen reelt er anvendelig. Dette bliver en todelt diskussion, eftersom reglen i øjeblikket reelt godt kan have virkning. På grund af de tilknytningskriterier, som opstilles ved grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession, er der risiko for, at reglerne aldrig kommer til anvendelse. På den anden side, hvad betyder det så, hvis reglerne om tilknytningskriterierne ændres således, at de kommer til at være i overensstemmelse med EU-retten? Forbliver tilbagesuccessionsreglen anvendelig og med hvilke fordele og ulemper for generationsskiftet?

Dermed er grundlaget lagt for at påbegynde undersøgelsen af ovennævnte bestemmelser, som findes i Aktieavancebeskatningsloven §§ 34 og 35 A. Herefter vil der blive redegjort for specialets opbygning, metode og systematik.

1.1 Metode og systematik

Specialet vil på følgende måde blive gennemgået, hvorved der først bliver gjort rede for sammenspillet imellem dansk ret, folkeret og den europæiske fællesskabsret. Dernæst vil der blive sat fokus på den indflydelse EU-retten og folkeretten har på dansk ret, herunder hvordan den danske retskildelære skal fortolkes i forhold til de internationale retskilder. Til trods for at EU-retten sammenlignet med dansk ret er et forholdsvist nyt retssystem², har EU-retten ydet stor indflydelse på dansk ret og de øvrige retssystemer i EU. Dette er både set i forbindelse med indholdet af enkelte regler eller regelsæt og ligeledes i forbindelse med retsteoretiske, retskildemæssige og retsdogmatiske spørgsmål, hvorfor det er vigtigt for læseren, at vide forholdet mellem disse retskilder, da problemstillingen vil blive belyst ud fra både dansk og international(e) lov og retskilder.

Efterfølgende vil der blive redegjort de lege lata for de danske generationsskifteregler, således der efterfølgende kan ske en sondring mellem det faktum, at der sker et generationsskifte af aktier og at der sker en afståelse af aktier. Dernæst vil der blive opsummeret hvilke kriterier, der er opstillet for, at et generationsskifte kan ske i Danmark. Problemstillingen opstår (måske) som nævnt i de tilfælde, hvor der sker et generationsskifte af aktier over grænsen, hvorfor der vil blive diskuteret i afsnit 6.0, hvorledes de opstillede kriterier for at kunne gennemføre et generationsskifte af aktier over grænsen er anvendelige. Der vil endvidere blive lagt vægt på hvorledes danske forfattere og fællesskabsretten diskuterer, hvordan et fast driftssted kan opfylde de opstillede generationsskifte regler, og om det overhovedet er muligt at lave et generationsskifte over grænsen.

De danske generationsskifteregler opstiller i ABL § 34, stk. 3 to situationer, der på hver sin måde giver forfatterne grundlag for at analysere, hvorvidt denne paragraf er i strid med principperne om kapitalens frie bevægelighed i EF-traktatens³ art. 56 EF. Der vil i specialets analysedel blive anvendt den traditionelle retsdogmatisk metode, hvor det ud fra de fællesskabsretlige regler,

² Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 26

³ Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-Traktaten også kaldet Rom-traktaten)

retskilder og EF-Domstolens afgørelser vil blive påset, om den danske generationsskifteregel ABL § 34, stk. 3 er i strid med fællesskabsretten og dermed udgør en restriktion. Dernæst vil der gennem en test, som minder om "Gebhard-testen" blive analyseret, hvorvidt restriktionen for den frie bevægelse kan anvendes uden forskelsbehandling i medfør af, at den er proportionel, opfylder målet med mindst mulige midler eller kan begrundes i tvingende almene hensyn. I dette afsnit vil der slutteligt komme retspolitiske udtalelser, der munder ud i forfatterens bud på de lege feranda, og i forbindelse hermed vil der således blive gennemgået yderligere lovgivning, der understøtter dette.

Da problemstillingen er rettet mod de nye generationsskifteregler med særligt henblik på de nye regler om tilbagesuccession, vil det blive analyseret om denne nye regel er mulig at gennemføre for overdragelse af aktier over grænsen med den nuværende lovgivning og med det forslag forfatterne har opstillet. Endvidere vil der blive gransket i, om den nye regel fører til en økonomisk dobbeltbeskatning af aktierne. Denne analyse vil blive foretaget ud fra danske såvel som internationale retskilder. Slutteligt vil ovenstående analyse blive sammenfattet under en og samme konklusion. Der vil blive sammenfattet løbende dog uden, at dette skal anses for at være den endelige konklusion.

Følgende emner, som også hører under det generelle emne generationsskifte og omstrukturering, vil ikke blive berørt i større omfang end det er nødvendigt for forståelsen. Således vil emner som omstrukturering, faktisk internt generationsskifte af den personligt ejede virksomhed (KSL § 33 C) og fast driftssted som begreb ikke nærmere være genstand for behandling, da der ikke omfangsmæssigt og tidsmæssigt ikke er resurser til at gennemgå dette på respektabel vis. Herudover vil generationsskifte til nære medarbejdere heller ikke være omfattet af området, som specialet omhandler.

Der vil i specialet blive anvendt almindelig, juridisk terminologi. Henvvisninger i både tekst og fodnoter til afgørelser og domme fra både nationale såvel som internationale organer og domstole er gengivet i overensstemmelse med de registre, hvor de er opført.

2.0 Retskilder

Internationale skatteretlige problemstillinger kan være reguleret af flere retskilder. Således er der mulighed for at dansk ret, folkeret og europæisk ret yder indvirkning på løsningen af internationale skatteretlige problemstillinger og derfor er det nødvendigt at placere disse kilder i forhold til hinanden. Navnlig vigtigt er det at udlede, hvilken ret og pligt, der følger af de enkelte retskilder således, at konklusionerne fundet i dette speciale er mulige at basere gældende ret på. Relevante retskilder vil blive gennemgået systematisk startende med de danske retskilder efterfulgt af folkerettens kilder og slutteligt de EU-retlige retskilder. Da problemstillingerne i specialet i det væsentligste vil koncentrere sig om grænseoverskridende overdragelser af aktier med succession, kan det allerede nu begrundes, hvorfor den følgende gennemgang er relevant. Retskilderne på dette område har ofte til hensigt at løse problemstillinger vedrørende juridisk dobbeltbeskatning, men i forlængelse heraf rejses spørgsmålet, om retskilderne er dækkende og harmoniserer med hinanden. Men inden vi når så langt, skal de fundamentale principper om retskildernes placering i forhold til hinanden være på plads.

2.1 Danske retskilder

Retskilderne i Danmark og den danske juridiske metode har været igennem en lang udvikling for at nå dertil, hvor de er nu. Retskilder er det materiale, som indeholder fragmenter af normer, der leder til gældende ret. Alt det materiale, der kan antages at være retligt relevant, kan siges at være en retskilde.⁴ Ved at anvende den rette juridiske metode på de relevante kilder kan formålet og funktionen af kilden afdækkes, og derved kan gældende ret afdækkes.⁵

Som ofte udgør en større sammensætning af retskilder vejen til gældende ret, hvor sammenslutningen af normfragmenter danner en større sammenhæng og – i sidste ende – den fuldstændige retlige norm.⁶ Som udgangspunkt skal retskilder anvendes i harmoni med hinanden og er at betragte som sideordnede, hvilket dog ofte i praksis viser sig svært, eftersom nogle kilder tillægges mere betydning end andre. I skatteretten er, som det vil fremgå, den mest fremtrædende retskilde lovgivningen, som i mange tilfælde overskygger andre retskilder på

⁴ Blume, 2007, s. 185

⁵ Blume, 2007, s. 185

⁶ Blume, 2007, s. 185

området. Men ideen er, at alle kilder skal kunne bidrage med den afgørende brik i puslespillet.⁷ Der eksisterer ikke noget fast hierarki af retskilderne, men dette er ikke ensbetydende med, at der på bestemte områder på grund af faglig tradition eksisterer en ulighed imellem retskilderne.⁸ Som det vil vise sig i nedenstående, er anvendelsen af retskilderne i den danske skatteret også præget af flere typer af kilder, som hver især bidrager med deres brik til gældende ret. Ligeledes vil det fremgå, at skatterettens kilder også er præget af at være ramt af det, som Aage Michelsen⁹ kalder retskildepolycentri. Før skatterettens kilder undersøges nærmere, kommer her først en generel introduktion til de forskellige typer af retskilder, der findes i national ret.

Retskilderne i Danmark inddeles i overensstemmelse med Alf Ross¹⁰ variant af realistisk retsteori i fire hovedgrupper: lovgivning, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur.¹¹ Retskilderne er at betragte som direktiver, der benyttes for at finde de normer der afgør en retstvist. Retskilderne er således faktorer, der faktisk øver indflydelse på formuleringen af den regel, der afgør retstvisten. Retskilderne er således de direktiver, der følges af domstolen, og undersøgelsen af retskilderne har til formål at afdække den måde, hvorpå landets domstole går frem i deres søgen efter de normer, hvorpå afgørelsen baseres.¹²

Efter den traditionelle retsrealistiske opfattelse indgår retskilderne i Danmark som sagt ikke i et hierarki. Dog må retskilden *lovgivning*, være mere objektiveret end præjudikater og retssædvaner. Den grad af objektivering findes i, hvorledes den pågældende retskilde præsenterer retsanvenderen for en færdigformuleret retsregel til direkte anvendelse for retstvisten eller i den grad, hvor retskilden kun udbyder retsanvenderen et materiale til at udforme en regel.¹³ De højt objektiverede retskilder så som lovgivning og præjudikater, stiller retsanvenderen mindre frit i forhold til de lavt objektiverede retskilder som for eksempel forholdets natur. På det skatteretlige område er Grundloven § 43 en højt objektiveret retskilde, hvilket følger af legalitetsprincippet, som efterfølgende medfører, at skattelove generelt udgør nogle af de højest objektiverede retskilder på området.

⁷ Blume, 2007, s. 186

⁸ Blume, 2007, s. 186

⁹ Professor ved Handelshøjskolen i Aarhus (f. 1940)

¹⁰ Professor ved Kbh. Universitet (f. 1899, d. 1979)

¹¹ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 43

¹² Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 43

¹³ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 71

Inden for retskildetyperen *lovgivning* er der dog tale om et retshierarki, hvor nogle typer af lovgivning har forrang for andre. I det danske lovgivningshierarki har den danske grundlov forrang for de almindelige love i det danske retssystem. Denne forrang i lovgivningen kommer blandt andet af fortolkningsprincippet *lex superior*. *Lex superior* er et af de tre fortolkningsprincipper (endvidere *lex specialis* og *lex posterior*), vi har i dansk ret. Da der kan forekomme regelkrydsning i praksis, og de forskellige love er udformet ud fra forskellige systematiske kriterier og kan derfor risikere at overlape hinanden, uden at være afstemt efter hinanden, kan der tages udgangspunkt i at løse disse lovmodsigelser i de tre fortolkningsprincipper.¹⁴ *Lex superior*-princippet indebærer, at en højere lov går forud for en lavere lov, for eksempel hvor en lov har forrang for en bekendtgørelse. *Lex specialis* anvendes i de tilfælde, hvor en speciel regel går forud for en generel regel. Mange love består af hovedregler og undtagelser, hvor det normalt er oplagt, at undtagelsen går forud for hovedreglen jævnfør *lex specialis*. Det tredje fortolkningsprincip *lex posterior* består i, at en yngre regel går forud for en ældre regel, for eksempel ny vedtaget lovgivning går forud for ældre lovgivning og ligeledes gælder dette princip for retspraksis.¹⁵ I det danske retssystem er rangen for anvendelse af lovgivning og retsfor skrifter således:

1. Grundloven
2. Almindelig lovgivning
3. Bekendtgørelser
4. Cirkulærer
5. Administrative retsakter
6. Vejledninger

Grundloven og de almindelige love er bindende for såvel staten som for borgerne og har forrang for andre retskilder og fortolkningsbidrag i den nationale lovgivning. Bekendtgørelser er derimod administrative forskrifter, der er rettet mod borgerne og kan både skabe rettigheder og pligter for disse. Vigtigt er det at bemærke om bekendtgørelser, at der som altovervejende hovedregel ikke kan udstedes bekendtgørelser uden hjemmel i lov eller i en EF-forordning.¹⁶

Modsat bekendtgørelser er cirkulærer interne tjenestebefalinger, som en overordnet offentlig myndighed udsteder til en underordnet. Cirkulærer indeholder for eksempel gengivelse af

¹⁴ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 223

¹⁵ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 227

¹⁶ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 90

lovtekster, forarbejder samt gode råd eller instrukser om lovens fortolkning til den pågældende myndighed. Cirkulærer kan udsendes uden udtrykkelig hjemmel i lov, dog har det alene virkning i medfør af over- og underordningsforholdet i det administrative hierarki.¹⁷ Cirkulærer er kun forpligtende for den underordnede myndighed, der skal adlyde tjenestebefalinger fra en overordnet myndighed, og derved er der ingen forpligtelser for hverken borgerne eller virksomhederne. Borgere og virksomheder har dog en indirekte interesse i at kende cirkulærene, idet de herigennem kan forudse, hvordan de underordnede myndigheder vil agere.

Forvaltningen udsteder administrative retsakter i form af konkrete enkeltafgørelser overfor borgere og virksomheder – såkaldte forvaltningsakter. Disse er bindende for såvel adressaten som for udstederen. Ligeledes udsteder de nationale myndigheder en lang række vejledninger, der bygger på regler og love. Vejledningerne er ikke bindende for borgere og virksomheder, men kan blive det, hvis de er lavet på baggrund af hjemmel i lov.¹⁸ På det skatteretlige område er det særligt ligningsvejledningen, som indtager denne position som en vejledning for myndighederne til ligning af indkomst.

2.2 Danske skatteretlige retskilder

Som nævnt ovenfor består danske retskilder af lovgivning, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur. Dansk skatteret har imidlertid 8 retskildegrupper: Retsforskrifter, lovforarbejder, internationale retskilder¹⁹, administrativ praksis, ombudsmandens afgørelser, retspraksis samt retssædvaner og forholdets natur.²⁰ Med så mange kilder kan der let opstå retskildepolycentri, hvilket særligt giver sig udslag i, at der findes forskelligt retskildemateriale til forskellige retsanvendere.²¹ Aage Michelsen opremser (ikke udtømmende) en række kilder i sin artikel²² forud for sin tiltrædelsesforelæsning på Handelshøjskolen i Aarhus, hvor det fremgår, hvor omfattende retskildemængden på det skatteretlige område er. Aage Michelsen anfører at: *"Retskildepolycentriopfattelsen bryder med forestillingen om rettens enhed i flere henseender. Her skal nævnes, at retskildepolycentri er karakteriseret ved, at retskilderne produceres af flere regelproducenter og ikke nødvendigvis med domstolenes normanvendelse*

¹⁷ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 91

¹⁸ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 93

¹⁹ EU-ret, folkeret og menneskerettigheder

²⁰ Dam m.fl., Almen, 2008, s. 49

²¹ Michelsen m.fl., 2007, s. 100 samt Michelsen i SR-Skat 1996 p. 183 ff. retskildepolycentri i skatteretten

²² SR.1996.0183

som det samlede element. Det er tillige karakteristisk for et retskildepolycentrisk retssystem, at de enkelte retskilder har forskellig rækkevidde og varierende betydning for forskellige adressater: Domstole, forvaltningsmyndigheder og borgere i staten.” Gældende dansk skatteret er baseret på en mængde af forskellige retskilder, som tilsyneladende kan have forskellige adressater. Det kan derfor være svært at gennemskue, hvad der reelt er udtryk for gældende dansk ret og herunder rækkevidden af de enkelte retskilder. Problemet bliver ikke mindre af, at man inddrager internationale retskilder såsom, da der på samme måde på dette område også er diskussion om, hvilke retskilder, der reelt kan tillægges vægt ved afgørelsen af internationale skatteretlige tvister. På trods af denne formodede retskildepolycentri synes der dog i overvejende grad at være en etableret en systematisk juridisk metode på skatterettens område.

Af helt grundlæggende retskilder findes Grundlovens § 43, hvormed ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden, at det sker ved lov. Bestemmelsen suppleres af GRL § 46, som hjemler opkrævningen af skatter via finanslov eller midlertidig bevillingslov, som begge kræver vedtagelse i Folketinget.²³ GRL § 43 indeholder tillige et delegationsforbud af lovgivningskompetencen, hvis omfang til stadighed ikke har været muligt at fastlægge fuldstændigt.²⁴ For dette speciale er diskussionen om delegationsforbuddets rækkevidde i forhold til de af Danmark indgående dobbeltbeskatningsoverenskomster relevant, men ikke et problem, som vil blive yderligere berørt. Det skal dog pointeres at overenskomsterne, som er indgået af Danmark med fremmede stater er sket med henblik på ophævelse af dobbeltbeskatning, hvilket medfører, at indholdet i en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke kan fungere som hjemmel til beskatning – også kendt som *den gyldne regel*.²⁵ GRL § 43 anses, på trods af delegationsforbuddet, ikke for at være til hinder for udstedelsen af bekendtgørelser, cirkulærer og meddelelser fra SKAT, så længe de kun vedrører iværksættelse eller nærmere forståelse af regler eller anvendelsen af skattelovgivningen.²⁶

Skatterettens oftest vigtigste kilde er lovgivningen.²⁷ Dette skyldes i høj grad kravet om, at skatter udelukkende kan pålægges ved lov, som følger af GRL § 43, hvor skattelovgivningen, og afgørelserne truffet herefter, ifølge det forvaltningsretlige legalitetsprincip skal have hjemmel i -

²³ Dam m.fl. Almen, 2008, s. 49

²⁴ Winther-Sørensen, 2000, s. 48 samt Dam m.fl., Almen, 2008, s. 49

²⁵ For nærmere diskussion af delegationsforbuddets rækkevidde se Niels Winther-Sørensen beskatning af international erhvervsindkomst, 2000

²⁶ Dam m.fl., Almen, 2008, s. 54

²⁷ Michelsen m.fl., 2007, s. 109 samt Dam m.fl., Almen, 2008, s. 55

og ikke må stride imod - loven.²⁸ Lovgivningen vedtages på baggrund af nogle motiver, som udgøres af lovens forarbejder, udvalgsarbejde og bemærkninger til lovforslaget.²⁹ Disse har afgørende indflydelse ved fortolkning af loven ved prøvelse for domstolene.

Foruden lovene findes der en række andre skrevne retskilder, som omfatter myndighedernes administrative forskrifter. Der findes to forskellige administrative forskrifter, som har væsentligt forskellige anvendelsesområder. Der findes bekendtgørelser, som er anordninger, der har hjemmel i lov og henvender sig til både skatteyderne, skattemyndighederne, Landsskatteretten og domstolene. Derudover forholder det sig anderledes med de generelle tjenestebefalinger, som er meddelelser fra SKAT, cirkulærer og vejledninger såsom Ligningsvejledningen.³⁰ Cirkulærer og Ligningsvejledning antages kun at være bindende for myndighederne og dermed ikke for skatteyderne, Landsskatteretten og Domstolene i almindelighed. Der er herved risiko for, at der opstår retskildepolycentri i og med at disse kilder anvendes forskelligt af henholdsvis kommunale instanser og skatteankenævn.³¹ Kombineres dette med den manglende bindende virkning over for de dømmende myndigheder, så er disse retskilder i fare for at blive tilsidesat ved eventuel prøvelse og dermed giver de ikke altid det endegyldige svar for skatteyderen.

Domspraksis på skatteområdet er omfattende og yderst specialiseret. Domstolenes rolle er at sikre, at lovene håndhæves i forhold til den retstilstand, der var tiltænkt og som fremadrettet ønskes. Forarbejder er derfor ofte set anvendt til fortolkning af en bestemmelses indhold og formål. Herudover er præjudikater, afsagt af domstolene, bindende for ligningsmyndighederne og kan derfor tilsidesætte administrativ praksis.³² Ved anvendelsen af internationale retskilder såsom dobbeltbeskatningsoverenskomster er det almindeligt antaget i dansk ret jævnfør TfS.1996.532.H, at disse inddrages som retskilde ved afgørelsen af en tvist. I dette tilfælde angik sagen blandt andet undersøgelsen af om der forelå et fast driftssted, som hjemles i medfør af enten SEL § 2, stk. 1, litra a eller KSL § 2, stk. 1, nr. 4, hvor der i begge tilfælde ikke gives nogen nærmere forklaring på, hvordan begrebet skal fortolkes. Således blev DBO'en inddraget som udfyldende fortolkning. Af Cirkulære nr. 136 af 7/11 1988 pkt. 15 fremgår det dog, at et fast

²⁸ Michelsen m.fl., 2007, s. 109 samt Dam m.fl., Almen, 2008, s. 55

²⁹ Michelsen m.fl., 2007, s. 109

³⁰ Michelsen m.fl., 2007, s. 110

³¹ SR.1996.0183

³² Michelsen m.fl., 2007, s. 114

driftssted er begrænset skattepligtigt til Danmark og at vurderingen af, om der foreligger et fast driftssted skal ske på baggrund af begrebet i OECD's Modeloverenskomst art. 5. Herved blev ikke alene den pågældende DBO i den enkelte tvist retskilde, men også Modeloverenskomsten kan dermed anvendes som fortolkning. Til spørgsmålet om kommentarerne til Modeloverenskomsten er mulige at anvende i dansk retspraksis findes svaret i TfS.1993.7.H (dissens), hvor kommentarerne til Modeloverenskomsten anvendes af højesteretsdommerne i præmisserne til afgørelsen. Interessant er det at se, at kommentarerne til Modeloverenskomsten også finder anvendelse på DBO'er indgået før disse blev trykt (DK-USA 1948). Dermed har kommentarerne i nogle tilfælde retskildeværdi, men disse er vanskelige at indplacere som egentlig retskilde, da det til stadighed er et omdiskuteret emne i den internationale skatteret.³³ Det må blot konstateres at de danske domstole i sin praksis i for eksempel TfS.1992.291.Ø, TfS.1993.7.H og TfS.1996.715.Ø har anvendt kommentarerne til fortolkning af retstvister. Endvidere ses det i introduktionen til OECD's Modeloverenskomst punkt 29, at kommentarerne er skabt og tiltrådt af medlemslandenes udsendte eksperter, samt at kommentarerne løbende holdes ajourført, og dermed må de være til stor hjælp i forbindelse med fortolkning af tvister, der bunder i de enkelte overenskomster.³⁴

Ligningsvejledningens retskildeværdi findes i nogle tilfælde at gøre sig gældende i Højesteret. I for eksempel TfS.2007.264.H (dissens) er den administrative praksis forud for sagen med til at bære resultatet på dommen, da ligningsvejledningen er med til at bekræfte, at praksis på området er som det i loven beskrevet. Almindelige love anvendes i stor udstrækning i skatteretten og der er ikke tvivl om deres retskildemæssige betydning. Dette fremgår af formel lovs princip og i det hele taget legalitetsprincippet, som følger af GRL § 43.

Foruden love og administrative forskrifter har Danmark også vedgået en række traktater og konventioner, som yder indflydelse på skatteretten. EU-retten har længe været anset for at spille en mindre rolle, hvilket for så vidt er korrekt, hvad angår direkte retsakter. Det er lykkedes at harmonisere reglerne for skatten på en række områder.³⁵

På trods af denne sporadiske harmonisering af (selskabs)skatteretten er det fast antaget i EU-retlig retspraksis, at en stats skattesystem ikke må udgøre en diskrimination til skade for

³³ Winther-Sørensen, 2008, s. 74

³⁴ Winther-Sørensen, 2008, s. 75

³⁵ Dam m.fl., Almen, 2008, s. 60

personer eller selskaber fra andre unionsstater. Dette følger af Traktatens diskriminationsforbud i art. 12 (sekundært) og videre i etableringsreglerne i art. 43 med flere (primære) som gennemgås nærmere nedenfor.³⁶

2.3 Folkerettens retskilder

Siden Danmark blev medlem af EU, har dette også betydet medlemskab af folkeretssamfundet ad to veje. Dels direkte som national stat, og dels indirekte gennem EU, der også er et folkeretssubjekt.³⁷ De traditionelle folkeretlige kildetyper er navnlig traktater og folkeretlig soft law, hvilket benyttes til eksternt brug og endvidere i betydeligt og stigende omfang til at regulere nationalstatens interne retsorden.³⁸ Særligt kan fremhæves traktater som den internationale menneskeretsbeskyttelse (EMRK) og den internationale købelov (CISG) som eksempler på folkeret, der har fået stigende betydning for de forskellige staters nationale lovgivninger i de senere år.

Der kendes ikke en autoritativ fastsat regulering i folkeretten svarende til lovgivning i national ret og for eksempel som forordninger og direktiver fastsat i EU-retten det vil sige, at traktater som udgangspunkt ikke opfattes som lov i de nationale stater. Traktater er derimod aftaler imellem kontraherende stater i folkeretligt regi. Ofte bruges betegnelsen konventioner eller overenskomst også om disse aftaler. Ifølge Traktatkonventionens art. 2 bestemmes, at en traktat i konventionen betegner en mellemfolkelig aftale afsluttet i skriftlig form mellem stater og er undergivet folkerettens regler.³⁹

Når Danmark som folkeretligt medlem indgår traktater, kan det i visse tilfælde tilvejebringes umiddelbart ved forhandling og aftale imellem de kompetente organer (ministre eller repræsentanter for DK). Traktaten skal derefter ratificeres af det kompetente nationale organ – her Folketinget, for at staten bliver folkeretligt forpligtet af traktaten – det vil sige, at Danmark ikke bliver forpligtet af folkeretten, medmindre vi selv ønsker det. Herudaf ses også, at Danmark ikke blot vilkårligt tiltræder traktater, der ikke har været mulige at yde indflydelse på. Danmark er både repræsenteret i Europakommissionen og Europa Parlamentet og får via vor valgte

³⁶ Werlauff, 2008/09, s. 45

³⁷ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 146

³⁸ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 147

³⁹ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 149

delegerede indflydelse på udarbejdelse af folkerettens traktater samt EU-fællesskabets forordninger og direktiver.

Internationale organisationer såsom FN og OECD har i et vist omfang udarbejdet modeloverenskomster, der på visse retsområder benyttes som skabelon ved indgåelse af traktater. Dette er særligt anvendt i skatteretten, hvor OECD's Modeloverenskomst for dobbeltbeskatningsoverenskomster normalt danner udgangspunktet for Danmarks indgåelse af DBO'er. DBO'er er som sagt udtryk for folkeretlige forpligtelser, der binder staterne som sådanne. De er indgået med FN-modelkonventionen eller med OECD-modellen som forbilleder, eller snarere som en tjekliste for staternes indbyrdes forhandlinger på skatteområdet.⁴⁰ DBO'erne udgør ikke i sig selv hjemmel for beskatning. Det skal gennemføres i dansk skatteret i form af lovbestemmelser, som ud fra legalitetsprincippet træffer bestemmelse om beskatning jævnfør GRL § 43. Dette kaldes den gyldne regel, og den er ikke ophævet eller ændret, uanset at der nu udstedes en lov i hvert tilfælde, hvor Danmark tiltræder eller ændrer en DBO.⁴¹ Dette betyder, at en skatteyder kan undlade at påberåbe en DBO, idet sådan en overenskomst kun kan lempe en beskatning, men aldrig indføre en beskatningsadgang, der ikke har hjemmel i den nationale skattelovgivning, jævnfør TfS.2003.167.LSR. Der kan derfor opstå en situation, hvor en DBO i sig selv fører til, at der skal ske beskatning, men hvor den relevante danske lovgivning ikke fører til skattepligt, og i sådanne tilfælde, vil den nationale lov gå forud for DBO'en og regulerer situationen således, at der ikke opstår skattepligt for dispositionen.⁴² OECD-Modeloverenskomsten og de konkrete overenskomster mellem staterne gælder både for fysiske og juridiske personer. Det er vigtigt at præcisere, at dobbeltbeskatningsoverenskomster udelukkende anvendes i situationer, hvor juridisk dobbeltbeskatning opstår. Den juridiske dobbeltbeskatning består i, at samme person (juridisk eller fysisk) bliver beskattet af samme indkomst i flere forskellige stater. Overenskomsterne dækker ikke såkaldt økonomisk dobbeltbeskatning, hvor eksempelvis et aktivs samme kapitalgevinst beskattes flere gange ved forskellige personer. Dermed er DBO'ers værdi som retskilde også bundet op på, at de finder anvendelse i den pågældende situation.

Skulle det komme til tvist imellem de to stater om fortolkning af de indgåede DBO'er anvendes principperne i Wienertraktatkonventionen om fortolkning af sådanne (art. 31-33). Herudover

⁴⁰ Werlauff, 2008/09, s. 39

⁴¹ Werlauff, 2008/09, s. 40 samt Winther-Sørensen, 2000, s. 48

⁴² Werlauff, 2008/09, s. 40

indeholder Traktatkonventionen regler om nationale forbehold i henhold til traktater og deres indhold. Et forbehold er en ensidig erklæring fremsat i forbindelse med undertegnelse, ratifikation eller ikrafttræden af en traktat med det formål at modificere dens virkninger over for den stat, der tager forbehold. Efter Traktatkonventionens art. 19 kan der tages forbehold, medmindre traktaten særligt udelukker det, eller foreskriver, at kun bestemte forbehold kan tages, eller at forbeholdet er i strid med traktatens formål. Den folkeretlige accept af ensidige forbehold er ikke at genfinde i EU-retten.⁴³

Til trods for at have status som selvstændigt folkeretssubjekt, og derved have mulighed for ikke at ville underlægge sig eventuelle traktater eller måske tage forbehold for betingelser i disse, er Danmark blevet folkeretligt begrænset ved indgåelse af medlemskabet af EU.

2.4 EU-rettens retskilder

EU-retten indeholder ligesom national ret en lang række retskilder, der er medvirkende til at afgøre eventuelt opståede retstvister. Den sekundære og afledede fællesskabsret er blevet til ved EU-institutionernes virksomhed, hvor at EU-kommissionen har initiativmonopol i EU's lovgivningsproces, og hvor bindende sekundærregulering vedtages af Rådet og Parlamentet efter en fælles beslutning. Der foregår derfor hele tiden løbende arbejde med at forenkle og forbedre kvaliteten af den sekundære regulering. Art. 249 EF indeholder en ikke-udtømmende opregning af de fem typer retsakter, der er inden for den sekundære regulering:

- forordninger
- direktiver
- beslutninger
- henstillinger og udtalelser

Forordninger, direktiver og beslutninger er bindende retsakter, hvor henstillinger og udtalelser ikke er bindende retsakter for medlemslandene. Dog er der, som det vil vise sig i det følgende, forskellig proces i forbindelse med virkning og anvendelse af disse retsakter.

Forordninger er almen gyldige retskilder, da de er bindende for medlemsstaterne i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat for de enkelte borgere og

⁴³ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 150

virksomheder. På de områder hvor der er hjemmel til at udstede forordninger, er der tale om en faktisk suverænitetssafgivelse fra medlemsstaterne til EU. At en forordning er almenyldig betyder, at den ikke retter sig til en bestemt given adressat, men finder anvendelse for alle i objektivt bestemte situationer, det vil sige for alle medlemsstater, deres borgere og virksomheder.⁴⁴ Så snart forordninger er offentliggjort i EU-tidende, bliver de bindende for medlemsstaterne.

EU's direktiver binder medlemsstaterne, hvad angår det tilsigtede mål med direktivet, men det binder ikke medlemsstaten til en bestemt form eller midler, der skal anvendes for at nå det pågældende mål. Modsat forordninger forudsætter direktiver, at medlemsstaterne inkorporerer direktiverne i national lov, sædvanligvis inden for en bestemt tidsfrist. Dog udelukkes det ikke at direktivet har virkning, hvis den pågældende medlemsstat ikke har fået inkorporeret direktivet til tiden, dette vil ikke komme medlemsstatens borgere og virksomheder til skade.⁴⁵ Et direktiv kan fremstå som et minimumsdirektiv. Det vil sige, at dets bestemmelser blot udtrykker den "mindste" fælles standard, men afskærer ikke medlemsstaterne fra at fastsætte strengere eller videregående regler for dets borgere. Modsat er der tale om et maksimumsdirektiv, hvor der som for forordninger ikke kan ske eventuelle nationale afvigelser fra direktivet.⁴⁶ Direktiverne træder ligeledes som forordninger i kraft, når de er blevet offentliggjort overfor medlemsstaterne. De nationale domstole skal således følge direktiverne ved fortolkningen af national ret, selvom der er tale om direktiver, der ikke har direkte virkning for private. EU-rettens direkte virkning vil blive gennemgået senere i afsnittet.

En beslutning er i alle enkeltheder bindende for den, der angives som adressat. Adressaten kan enten være enkeltpersoner (også virksomheder) i medlemslandene eller et eller flere af disse. Derved adskiller beslutninger sig fra forordninger, hvor der her er tale om retsakter, der er direkte rettet mod enkeltpersoner eller grupper, hvor forordninger har virkning for hele medlemsstaten. En EU-retlig beslutning kan sammenholdes parallelt med vore nationale forvaltningsafgørelser, hvorfor beslutninger ikke kan medføre nogen transformation af national ret.⁴⁷ Henstillinger og udtalelser er ikke bindende retsakter og indholdsmæssigt er det svært at adskille de to retsakter fra hinanden. Henstillingsformen anvendes oftest, når initiativet til

⁴⁴ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 130

⁴⁵ Wegner, 2000, s. 208

⁴⁶ Wegner, 2000, s. 209

⁴⁷ Wegner, 2000, s. 211 samt Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 131

tilkendegivelsen udgår fra udstederen, hvorimod udtalelser benyttes, såfremt der reageres på henvendelser udefra, for eksempel fra en medlemsstat. Adressaterne er netop oftest medlemsstater, men kan også være andre fællesskabsorganer, for eksempel Parlamentet. Den udstedende myndighed vil oftest være Rådet eller Kommissionen. Henstillinger og udtalelser kan blandt andet være fra EU-kommissionen, der redegør for hvilke aftaler, der efter Kommissionens opfattelse falder udenfor art. 81 på det konkurrenceretlige område.⁴⁸ Som omtalt ovenfor er forordninger, direktiver og beslutninger bindende retsakter for medlemsstaterne. Der skal dog skelnes mellem de tre retsakters umiddelbare anvendelighed, idet nogle af retsakterne er umiddelbart anvendelige og har direkte virkning overfor medlemslandene.

Forordninger er efter art. 249 EF umiddelbart anvendelige i medlemslandene, da de ikke skal inkorporeres i national lovgivning. Modsat er direktiver ikke umiddelbart anvendelige, da de kræver inkorporation i den nationale lovgivning. Man overlader form og midler for indførelsen af direktiverne – som nævnt ovenfor – til de nationale myndigheder, og derved bliver direktivet anvendeligt i det øjeblik de nationale myndigheder har fået inkorporeret direktivet fuldstændigt og nøjagtigt efter de forpligtelser, direktivet pålægger medlemslandene.⁴⁹ Man kunne således antage, at de nationale myndigheder kunne trække inkorporeringen af direktiver i langdrag, således at borgere og virksomheder ikke ville kunne støtte ret på direktiverne, indtil de var indført i national lovgivning. Dog er der opsat to værn for denne misligholdelse. Der er altid sat en tidsfrist for indførelsen af direktiver i national lov, og når de nationale myndigheder ikke at få dette indført, så vil der tilfalde medlemsstaten en bøde for manglende inkorporation. Endvidere vil borgere og virksomheder godt kunne støtte ret på direktivet, da et direktiv kan tænkes at have direkte virkning.

Spørgsmålet om fællesskabsrettens direkte virkning i medlemslandene angår mulighederne for ved nationale domstole at gøre rettigheder og pligter gældende, som støttes på fællesskabsretten og dennes retskilder.⁵⁰ Spørgsmålet kan have virkning i vertikale (retstvist mellem borger og nationale myndighed) og horisontale (retstvister borgere imellem) henseender.

⁴⁸ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 132

⁴⁹ Wegner, 2000, s. 228

⁵⁰ Wegner, 2000, s. 228

På traktatmæssigt niveau er det fastslået ved Sag 26/62 Van Gend en Loos, hvor EF-domstolen udtaler: *"(...)målet for EØF-traktaten er, at oprette et fællesmarked, hvis funktion direkte berører de retsundergivne i Fællesskabet, indebærer, at denne traktat udgør mere end en aftale, som blot skaber gensidige forpligtelser mellem de kontraherende stater(...)"*. Endvidere tilføjte EF-domstolen: *"(...)som tjener til at sikre en ensartet fortolkning af traktaten ved de nationale retter, at staterne har anerkendt, at fællesskabsretten har en gyldighed, som deres statsborgere kan påberåbe sig for disse retter."* Det fremgår her af EF-domstolens udtalelse, at det ikke kun er de nationale myndigheder fællesskabsretten gælder for, men endvidere at disses borgere skal have mulighed for at støtte ret på traktaterne. Det fremgår af dommen, at traktatbestemmelser under visse betingelser må antages at kunne hjemle borgere i medlemslandene rettigheder over disse, som uden videre lader sig håndhæve ved nationale domstole.⁵¹ Domstolen lægger specielt vægt på, at den pågældende traktatbestemmelse er så klar og præcis, at den er egnet til direkte anvendelse ved en national domstol. Derved slår EF-domstolen fast, at traktater får direkte virkning for medlemslandene.

Hvad angår forordninger, så er disse umiddelbart gældende og skal ikke inkorporeres i national lovgivning, hvorfor forordninger utvivlsomt opfylder betingelserne for direkte virkning, og vil således både vertikalt og horisontalt uden videre kunne begrunde rettigheder og forpligtelser for borgerne.⁵² Eftersom direktiver efter art. 249 ikke er umiddelbart anvendelige, må det antages at direktiver heller ikke kan tillægges direkte virkning. Dog er denne antagelse efter EF-domstolens praksis uholdbar.⁵³ I Becker saml. 1982/53, hvor det ikke var lykkedes Tyskland at få inkorporeret et direktiv inden for den satte tidsfrist, og en borger forsøgte at støtte ret på det, lagde Domstolen vægt på, at medlemsstaterne har påtaget sig en forpligtelse til at inkorporere direktivets tilsigtede mening og inden tidsfristens udløb. I mangel af den rettidige indførelse af direktivet, kunne medlemsstaten således ikke fratage sine borgere rettigheder, hvorfor borgeren kunne støtte ret på direktivet. Domstolen har påvist, at ikke rettidigt eller gennemførte direktivbestemmelser kan tillægges direkte virkning i pligtmæssig retning, hvad enten der er tale om vertikale eller horisontale forhold. Denne virkning har i den forbindelse medført, at medlemsstaterne ikke kan profitere deres egne forsømmelser.⁵⁴

⁵¹ Wegner, 2000, s. 230

⁵² Wegner, 2000, s. 231

⁵³ Wegner, 2000, s. 231

⁵⁴ Wegner, 2000, s. 233

Beslutninger er adresseret til en eller flere medlemsstater og kan være af direktivlignende karakter, derved kan beslutninger tillægges direkte virkning under betingelser, der svarer til dem, der gælder efter EF-domstolens praksis om direktiver. Hvad angår beslutninger, der er rettet mod privat personer eller virksomheder, giver det ingen mening at snakke om direkte virkning, da en sådan beslutning fastslår efter sin beskaffenhed, hvad der er bindende fællesskabsret i forhold til adressaten, jævnfør art. 249.⁵⁵

2.4.1 EU-rettens virkning i national (dansk) ret

Kompetencefordelingen imellem EU-niveau og det nationale niveau styres af principper om kompetencetildeling, subsidiaritetsprincippet og ikke mindst proportionalitetsprincippet jævnfør art. 5 EF. Dette betyder, at EU-institutionerne ikke kan udstede bindende retsakter uden hjemmel, og endvidere har EU kun kompetence til at gøre noget på et givet område, hvis EU har fået tildelt denne kompetence jævnfør legalitetsprincippet. Subsidiaritetsprincippet indebærer jævnfør art. 5 EF, at EU på de områder, der ikke hører ind under dets enekompetence, kun kan handle hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke kan opfyldes tilstrækkeligt af medlemslandene, og på grund af den påtænkte handlingens omfang og virkning, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan end nationalt.⁵⁶

Det Europæiske fællesskabs handlinger skal ligeledes udformes så enkelt som muligt. Dette vil sige, at fællesskabet kun skal lovgive, i det omfang det er nødvendigt, jævnfør art. 5 EF. Efter EU-Domstolens praksis er det ved afgørelsen af, om en fællesskabsbestemmelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet afgørende, om den forfølger et lovligt mål, at de midler der benyttes er egnede til at virkeliggøre det tilstræbte mål og til sidst, at det ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre dette.

Udviklingen af EU og fællesskabet medfører hele tiden ændringer i betydningen og indholdet af danske retskilder og disses indbyrdes vægt gennem integration af EU-ret og folkeret i dansk lovgivning. Grundet de krav EU-retten stiller om implementering af direktiver, bliver dansk ret mere og mere svag i retskilde sammenhæng.⁵⁷ På det nationale plan synes dommerskabt ret og retsprincipper at vinde mere frem som nyskabende retskilder, hvor almindelig lovgivning og

⁵⁵ Wegner, 2000, s. 234

⁵⁶ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 124-125

⁵⁷ Nielsen og Tvarnø, 2008, s. 45

forarbejder får faldende betydning som skabelse til ny lovgivning. Til trods for at dansk lovgivning og dets forarbejder stiger i omfang, består indholdet af regler, som Danmark har forpligtet sig til at følge i forhold til EU, ud fra princippet om EU-rettens forrang og pligten til konform fortolkning af EU-retten.

I en af de mest betydningsfulde afgørelser truffet af EF-domstolen (Costa/Enel, Sag 6/64) fastslår domstolen fællesskabsrettens betydning. Det fremgår af præmisserne, at *"(...)hvis fællesskabsretten som følge af senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af de (...) omhandlede mål i fare og ville indebære en forbudt forskelsbehandling(...)"*. Det fremgår af citatet, at den fællesskabsretlige retsorden ikke betragtes som adskilt fra den nationale, at den fællesskabsretlige retsorden antages at have absolut karakter og derfor kan begrunde og udstede rettigheder og forpligtelser overfor medlemsstaterne og deres borgere og gør derfor, at fællesskabsretten gør krav på forrang i forhold til national lov.⁵⁸ Forrangen begrundes således i Sag 6/64 med, at den er et korrelativ til integration af fællesskabets kilder i national ret, dels med at medlemslandene ikke ensidigt kan sætte sig ud over et system, de på gensidig basis frivilligt er gået ind i.⁵⁹

I det omfang fællesskabsretlige regler har direkte virkning, er der mulighed for, at der kan opstå konflikter med modstridende nationale regler. Konflikten kan principielt foreligge på alle trin i regelhierarkiet og både i forbindelse med ældre som yngre nationale regler. Konflikterne forelægges nødvendigvis for de nationale myndigheder, men i sidste instans er det de nationale domstole, der må finde den retlige løsning. I EF-domstolens praksis har det længe været fastslået, at de fællesskabsretlige regler med direkte virkning har forrang for eventuelt modstridende nationale regler, jævnfør Sag 6/64 Costa/Enel.⁶⁰ Set i et fællesskabsretligt perspektiv indebærer fællesskabsrettens forrang herefter i særdeleshed:

- at en fællesskabsregel med direkte virkning fortrænger en modstridende national regel uanset dennes rang i den nationale retsorden
- at kravet om forrang retter sig mod både den ældre og yngre nationale regel
- at forrangen indebærer, at modstridende nationale regler skal tilsidesættes som uanvendelige

⁵⁸ Wegner, 2000, s. 226

⁵⁹ Nielsen og Tvarnø, 2000, s. 138

⁶⁰ Wegner, 2000, s. 243

- at det er den nationale domstol i den konkrete sag, i hvilken konfliktspørgsmålet umiddelbart foreligger, der har ret og pligt til at konstatere den nationale regels uanvendelighed.⁶¹

2.4.2 EU-rettens skatteretlige virkning

Danmark har tiltrådt mange traktater og inkorporeret mange direktiver fra EU-retten, som der har haft virkning på adskillige områder i national lovgivning. Særligt er inkorporeringen af EU-rettens direktiver på skatteområdet blevet mere omfattende i nyere tid, da EU-fællesskabet selv har sat større fokus på harmonisering af medlemsstaternes skatteregler. Mens harmonisering af reglerne om de indirekte skatter (afgifter) er fremskreden, er der kun i begrænset omfang gennemført en harmonisering af de direkte skatter.⁶² Denne forskel begrundes i, at selve harmoniseringen af indirekte skatter (afgifter) var forudsat i traktaten, mens det først var på et senere tidspunkt, at man blev opmærksom på, at realiseringen af det internationale marked på det fællesskabsretlige plan også forudsatte en vis harmonisering særligt af medlemsstaternes nationale selskabsskatteregler.⁶³ Der blev herefter sat fokus på, at de nationale regler også skulle indrettes i overensstemmelse med traktatens almindelige regler. EF-Domstolen har i en lang række afgørelser taget stilling til, hvilke skatteregler der kan udgøre en hindring for den frie bevægelighed i fællesskabsretten. I forbindelse hermed undersøger Domstolen først, om der foreligger en direkte eller skjult forskelsbehandling, og derefter om der måtte være en saglig begrundelse til denne forskelsbehandling. I skattesager er der ofte fokus på, om skatteyderne er i sammenlignelige situationer, og hvis dette er tilfældet, vil der være tale om diskrimination af disse. Ligeledes anvender Domstolen restriktionsforbuddet til at vurdere de nationale skatteregler og konstatere om der findes en forskelsbehandling af skatteyderne, der udgør en hindring.⁶⁴ Et af de skatteretlige områder, hvor der findes mange afgørelser, der afgør om national lovgivning forskelsbehandler medlemsstaternes skatteydere, er art. 43 EF og 48 EF om den frie etableringsret. Dette fremgår blandt andet af C-9/02 Du Saillant, hvor en fransk statsborger forlader Frankrig for at bosætte sig i Belgien, og i denne forbindelse bliver skattepligtig af en ikke realiseret avance på en aktiepost. Ved fraflytning fra Frankrig bliver en person skattepligtig af den fortjeneste, der kan konstateres ved en aktiepost. Dog bliver der givet henstand med betalingen, hvis skatteyderen anmoder herom, og forudsat at der stilles

⁶¹ Wegner, 2000, s. 245

⁶² Engsig og Runge, 2008, s. 809

⁶³ Engsig og Runge, 2008, s. 809

⁶⁴ Engsig og Runge, 2008, s. 811

sikkerhed for den skattepligtige betaling. Domstolen understregede i denne sag, at selv en sådan hindring var i strid med art. 43 EF om den frie etableringsret, jævnfør præmis 43. Hindringen i denne sag bestod således i, at den skattepligtige blev stillet ufordelagtigt i forhold til en person, der beholder sin bopæl i Frankrig, idet hans aktier blev betragtet som realiseret. Selvom der blev givet henstand, så krævede denne henstand en sikkerhed, hvilket havde en restriktiv virkning.

Art. 43 EF omfatter både fysiske som juridiske personer. I sag 270/83 Avoir Fiscal (den franske skattesag), blev der kun ydet en skattegodtgørelse til personer og selskaber, der havde bopæl eller hjemsted i Frankrig. I og med at en række tyske selskaber havde oprettet filialer i Frankrig, kunne disse ikke opnå en skattegodtgørelse, da selskaberne ikke var "hjemmehørende" og derved fuldt skattepligtige til Frankrig. Domstolen lagde i denne sag vægt på, at de franske skatteregler ikke kunne sondre imellem begrænset og ubegrænset skattepligt, hvorfor der ligeledes ikke kunne sondres imellem hjemmehørende selskaber og filialer af udenlandske selskaber, jævnfør præmis 20. De franske skatteregler var derfor en hindring for den frie etableringsfrihed.⁶⁵ Domstolen har afsagt en række lignende sager, hvor den har fastholdt, at faste driftsteder skal beskattes på samme måde som hjemmehørende selskaber. Det er således fastslået, at disse skal have samme muligheder for fradrag, jævnfør C-254/97 Baxter, skal underlægges samme beskatning, når de modtager udbytte fra udenlandske selskaber jævnfør C-307/97 Saint Gobain samt beskattes med samme skatterate jævnfør C-311/97 Royal Bank of Scotland. Det ses af ovenstående domme, at EF-domstolen via præjudicielle afgørelser har sat en række retningslinjer for, hvorledes medlemsstaterne kan benytte sig af fællesskabsretten og dens muligheder for at etablere sig rundt om i EU, men endvidere har Domstolen sat begrænsninger for medlemsstaterne og deres nationale forskelsbehandling af udenlandske personer og selskaber.

I de fleste afgørelser har medlemsstaterne begrundet deres nationale lovgivning med, at dette er et hensyn til sammenhængen i de nationale skattesystemer – altså at sikre sig et skatteprovenu. I de fleste tilfælde finder Domstolen ikke at denne sammenhæng kan opretholdes, da et skatteprovenu ikke anses som et tvingende alment hensyn.⁶⁶

⁶⁵ Engsig og Runge, 2008, s. 825

⁶⁶ Se til eksempel C-150/04 kommissionen mod Danmark og C-436/00 X og Y.

Domstolen har dog accepteret, at hensynet til sammenhængen i de nationale skattesystemer kan begrunde en forskelsbehandling. Dette hensyn blev taget i afgørelsen C-204/90 Bachman, hvor en tysk statsborger flyttede til Belgien for at arbejde der. Mens han havde boet i Tyskland, havde han oprettet en syge- og invaliditetsforsikring samt en livsforsikring i et tysk forsikringselskab. Efter belgisk skatteret, kan der kun gives fradrag for forsikringspræmier, der er oprettet i et belgisk forsikringselskab. De belgiske myndigheder begrundede forskelsbehandlingen i, at det var umuligt at kontrollere om en belgisk skatteyder havde betalt præmier til et udenlandsk forsikringselskab. Det fremgik endvidere af den belgiske lovgivning, at hvor der ikke var givet fradrag for præmierne, var de senere udbetalinger skattefrie. Domstolen fandt disse begrundelser og varetagelse af skattesammenhæng for saglige, efter at have prøvet om der eksisterede muligheder for, at medlemsstatens sikkerhed for senere at kunne beskatte udbetalinger fra udenlandske forsikringer og derved give fradrag for indbetalte præmier. Domstolen nåede frem til, at dette ikke var muligt, hvorfor denne hindring for tjenesteydernes frie bevægelighed måtte accepteres som sagligt begrundet.⁶⁷ Domstolen har herved påvist, at der godt kan være tale om, at medlemsstaterne kan begrunde en hindring i hensynet til skattesammenhæng, men at denne begrundelse ikke kan løses med andre midler. Fællesskabet har som sagt åbnet for mange muligheder af etablering rundt om i EU, og giver medlemsstaterne lov til at benytte de forskellige fordele medlemsstaterne giver, blandt andet når det kommer til skattesatser. Som det fremgår af C-212/97 Centros, bliver Englands kapitalindskud for deres anpartsselskaber udnyttet, da det er væsentligt mindre end det danske kapitalindskud. På den måde opretter et dansk ægtepar et engelsk ApS og opretter derefter en dansk filial, hvor de ønsker at drive virksomhed. Dette strider ikke imod fællesskabsretten, det er blot en reel udnyttelse af fællesskabets muligheder. Til trods for de mange muligheder har Domstolen opstillet visse kriterier for udnyttelse af fællesskabsretten. Hvis en virksomhed har reelle aktiviteter i et andet land, kan det forhold at disse aktiviteter underkastes skat i etableringslandet og ikke i oprindelseslandet, ikke begrunde forholdsregler. Medlemslandene kan derfor alene gribe ind for rent kunstige arrangementer. Det fremgår af C-196/04 Cadbury Schweppes, hvorledes et kunstigt arrangement skal defineres. Domstolen slog fast, at et datterselskab, der er etableret i en anden medlemsstat, drager fordel af en lav beskatning, ikke er grund nok til, at en medlemsstat kan træffe modforanstaltninger. Værnsregler kan alene være begrundet, hvis de sigter specifikt på rent kunstige arrangementer, der har til hensigt at omgå den pågældendes stats lovgivning, jævnfør præmis 51. For at vurdere hvornår der er tale

⁶⁷ Engsig og Runge, 2008, s. 837

om kunstige arrangementer, må man se på det formål som etableringsreglerne forfølger. Det vil sige, foreligger der en reel etablering, kan der ikke gribes ind, men foreligger der en fiktiv etablering, hvor datterselskabet blot er en postkasse eller et såkaldt skærm-selskab, så har medlemsstaten ret til at gribe ind, jævnfør præmis 68 i C-196/04.

I 1990 fik Fusionsdirektivet (90/434/EØF) virkning og gjorde det nu muligt for medlemsstaterne at foretage fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktiver over grænsen. Formålet bestod i at skabe harmonisering og derved indføre konkurrencemæssige neutrale skatteregler således, at grænseoverskridende aktiviteter ikke stilles dårligere end transaktioner og samarbejde mellem selskaber hjemmehørende i samme medlemsstat.⁶⁸ Målsætningen for at sikre neutrale skatteregler for grænseoverskridende aktiviteter vil naturligt fokusere på afskaffelsen af dobbeltbeskatning af grænseoverskridende aktiviteter. Tages udgangspunktet for eksempel i grænseoverskridende fusioner, medfører dette ingen form for skat på kapitalvinding af de aktiver, der overføres som et led i fusionen. Direktivet regulerer alene grænseoverskridende transaktioner, men det er naturligt, at medlemsstaterne overvejer, om der er ikke bør gælde de samme regler nationalt. Denne løsning har man valgt i Danmark og ligeledes i en række andre medlemsstater. I C-28/95 A. Leur Bloem fik Domstolen for første gang muligheden for at fortolke direktivet. Leur Bloem var eneste selskabsdeltager og direktør i to hollandske ApS'er. Han ville lave en aktieombytning, hvor de to ApS'er ville blive underlagt et tredje ApS – et holding selskab. Han fik dog afslag fra skattemyndighederne, da de ikke mente, at transaktionen havde til formål at lave en varig sammenslutning af virksomhederne i de to oprindelige selskaber. Det var herved første gang EF-Domstolen skulle tage stilling til en problemstilling, der var af ren national karakter. Da de hollandske skatteregler ikke sondrede mellem nationale og grænseoverskridende transaktioner, fandt Domstolen sig kompetent til at træffe afgørelse i tvisten. Sagens kerne bestod i hvorledes det hollandske afslag var i strid med art. 11, stk. 1 litra a, der kun tillod afslag, hvis formålet med transaktionen var skattesvig eller skatteunddragelse. Da Holland ikke havde implementeret art. 11 korrekt og endvidere havde opstillet en række generelle betingelser for at opnå skattefritagelse, men at de hollandske myndigheders opstillede betingelser altid indikerede at der forelå skattesvig eller unddragelse af samme. Domstolen fandt således, at der ikke var tale om skattesvig eller skatteunddragelse ved, at Leur Bloem ville sikre sambeskatning for sine anpartsselskaber. Denne afgørelse har stor betydning for dansk national ret, idet reguleringen af nationale transaktioner er så tæt knyttet

⁶⁸ Engsig og Runge, 2008, s. 859

til direktivets regler, at det kan forventes fremover, at Domstolen i overensstemmelse med Leur Bloem vil besvare forelæggelser i nationale retstvister.⁶⁹

Det må kunne udledes af ovenstående domme, at EU-retten har stor indvirkning på dansk (selskabs)skatteret og endvidere på udviklingen af de nationale skatteretlige regler. Det er i ovenstående afsnit påvist, hvor bredt et område EU-retten spænder over for at nå en vis harmonisering på det fællesskatteretlige område. Det Europæiske fællesskab har åbnet mange muligheder for dets medlemsstater i og med, der er sket en harmonisering af det internationale fællesskab og dets marked, der gør det nemmere for medlemsstaterne at handle, etablere og benytte sig af de muligheder de forskellige medlemslande har at byde på. Hvorvidt det kan konstateres, at medlemsstaterne er underlagt EU-rettens retskilder, må følge af nedenstående afsnit.

2.5 Ret og pligt

Det følger umiddelbart af afsnittene ovenfor, at såvel skatteyderen som myndighederne er bundet i større eller mindre grad af den lovgivning og anvendelse, der sker af de danske skatteretlige kilder. Herudover er der en naturlig påvirkning af retskilderne i forhold til de traktater, Danmark har vedgået med andre lande. Disse traktater har som beskrevet ovenfor også en væsentlig indflydelse på, hvad gældende ret i Danmark på det skatteretlige område er. Senere i specialet vil der blive draget konklusioner, som ikke alene støtter ret på danske retskilder, men også internationale retskilder.

Konklusionerne vedrørende lovens effekt i grænseoverskridende tilfælde vil dog yderligere skulle betragtes ud fra flere retskilder end blot de rent danske. Dette skyldes som nævnt ovenfor, at Danmark og dets lovgivning i mange tilfælde også er underlagt bestemmelser i konventioner og traktater i folke- og fællesskabsretligt regi. Som nævnt er det muligt at støtte ret på de eksterne retskilder, når forholdene taler derfor, hvilket har været prøvet ved blandt andet EF-Domstolen og de nationale domstole. Dermed vil konklusionerne vedrørende de grænseoverskridende elementer i problemstillingen også antages at give udtryk for gældende ret, eftersom principperne om forrang og direkte virkning bevirker, at disse retskilder yder indflydelse på national ret. Dog vil sådanne konklusioner kræve argumentationer af særlig

⁶⁹ Engsig og Runge, 2008, s. 864

grundig karakter, da visse forfatter, nationale som internationale⁷⁰, er af den opfattelse at det overherredømme, som følger af EU-retten er noget, som medlemsstaterne i den kommende fremtid er modvillige til at indordne sig under. Således findes der meget sandhed i citatet: "(...)the Community has been created by and for the member states, not the member states for the community",⁷¹ hvor det klart udtrykkes, at Fællesskabet er oprettet af og for medlemsstaterne og ikke omvendt.

Til trods for disse holdninger har EU-retten dog vist sig at have haft en væsentlig indflydelse på stort set alle retsområder, hvilket typisk er fremkommet ved muligheden jævnfør art. 234 om præjudiciel forelæggelse, hvis afgørelser har ført til mange ændringer af national lovgivning (ABL, FUSL, SEL med flere). Ikke blot de af Danmark anlagte sager, men også andre af medlemsstaternes præjudicielle forelæggelser har haft indflydelse i deres kapacitet som sekundær retskilde til at harmonisere det indre marked i EU.

Ret og pligt i forhold til de konklusioner, som fremkommer af dette speciale vil være baseret på gældende ret i både nationale og internationale forhold og vil derfor kunne yde deres bidrag til at komme den gældende ret for dette område nærmere. Hvor det måtte være nødvendigt genoptages diskussionen om retskildernes indflydelse og virkning i forhold til den enkelte problemstilling. Hermed er grundlaget for anvendelse af de danske og internationale retskilder lagt for videre analyse af problemstillingen vedrørende familie- og tilbagesuccession over grænsen i EU.

⁷⁰ Klaus Vogel, Johan Brandt, Sjibring Cnossen og Aage Michelsen

⁷¹ 34 European Economic review, 1990, Sjibring Cnossen

3.0 Afståelse eller succession

I dansk skatteret er det jævnfør SL § 5, litra a et fast princip, at salg af den skattepligtiges ejendele først beskattes, når aktiverne er solgt. På samme tid indeholder bestemmelsen også et princip om, at den skattepligtige ikke skal medregne formueforøgelser eller –forringelser på et aktiv, der ikke anses for at være solgt.⁷² Som modsætning finder successionsprincippet i skatteretten anvendelse ved, at der netop ikke sker realisation af en kapitalgevinst i det tilfælde, der foreligger en overdragelse af et aktiv imellem to retssubjekter, hvorved ejendomsretten overgår.⁷³ I følgende afsnit undersøges, hvorledes sondringen imellem afståelse og succession afgøres med særlig vægt på både den danske og internationale hjemmel, der ligger til grund for successionsprincippet.

SL § 5, litra a, bruger alene formuleringen ”salg”, men i andre love er der også tale om begreber som afståelse, afhændelse, opgivelse, frigørelse, indfrielse mv., hvilket alle dækker over samme handling, nemlig salget af et aktiv, som kan vise sig at medføre skattepligt for subjektet, der har ejet det.⁷⁴ Salget i SL § 5, litra a beskriver den begivenhed, som ved at skabe ret og pligt imellem to subjekter, udløser en skattepligt. I skatteretten omtales denne begivenhed også som tidspunktet for retserhvervelse. Retserhvervelsen, hviler på de obligationsretlige regler⁷⁵ hvor der, alt afhængig af aftalesituation, kan være forskel på, hvornår dette tidspunkt opstår. Ligeledes ses det, at de enkelte kapitalgevinstbeskatningslove ikke understøtter det tinglige ejendomsretsbegreb i hverken disses formulering eller forarbejder.⁷⁶ Særligt for aktier findes det ovenstående princip ligeledes i ABL § 1, hvor gevinst og tab ved afståelse af aktier medregnes ved opgørelsen af den skattepligtiges indkomst efter reglerne i denne lov. Hvad der menes med afståelse er defineret i lovens § 30 som salg, bytte, bortfald og andre former for afhændelse. I stk. 2 til denne bestemmelse dækker afståelse også situationer, hvor gevinst og tab opgøres efter lagerprincippet. Bestemmelsen blev indført ved L 78 (2005/06) – ligeledes - uden bemærkninger til, at afståelsesbegrebet skulle forstås anderledes, men ej heller om det skal forstås i forhold til hidtidig praksis. Dermed kan denne indførsel ses som en kodificering.⁷⁷ Som afståelse medregnes også de tilfælde, hvor blandt andet aktier har skiftet identitet ved

⁷² Bille, 2006, s. 85

⁷³ Bille, 2006, s. 78

⁷⁴ Michelsen m.fl., 2007, s. 420

⁷⁵ Vinther, 2004, s. 30

⁷⁶ Vinther, 2004 s. 42

⁷⁷ Bille, 2006, s. 81

ændring i udbyttet eller stemmeandel ved for eksempel en generalforsamling. Som illustration ses Tfs.2003.229.LR og Tfs.2003.314.LR, hvor ændringen i aktierne ifølge det bindende svar ikke skabte så store ændringer, da det drejede sig om nytegning af en ny aktiegruppe (B-aktier). Omvendt var resultatet i Tfs.1989.7.LR (Støvsugersagen), hvor ændringen af de omhandlede aktier var så tilstrækkeligt omfattende, at det medførte, at aktierne kunne anses for at være afstået. Dermed skal ordet "salg" i SL og dermed også "afståelse" i ABL fortolkes til at omfatte alle former for endelig og bindende realisation med overdragelse af aktivet fra et skattesubjekt til et andet, hvor der ikke foreligger undtagelser i for eksempel anden lovgivning.⁷⁸

Succession er i ABL § 34 at forstå som en overdragelse af aktier, hvor overdragelsen er underlagt en række betingelser og sker til en nærmere bestemt personkreds, hvilket resulterer i, at der ikke sker afståelsesbeskatning hos overdrageren af aktierne. Princippet i ABL § 34 bygger på samme princip som KSL § 33 C således, at der hos overdrageren ikke udløses afståelsesbeskatning og at erhververen samtidig indtræder i overdragerens skattemæssige position i forhold til de aktier, som overdrages.⁷⁹ Bestemmelsen blev indsat på baggrund af L 51 1988/89 og skulle fremme muligheden for, at yngre generationer skulle overtage ejerskabet og fortsætte driften af familievirksomheder ejet på aktier uden, at dette blev blokeret af skattemæssige forhold.⁸⁰ Om den nærmere hjemmel til generationsskifte ved overdragelse af aktier henvises til afsnit 4.0.

Successionsreglerne finder bred anvendelse i dansk (selskabs)skatteret, men fremtræder ikke altid i ens udformning og anvendelsen af dem er ligeledes ikke ensrettet. Som ofte vil en succession være valgfri, idet det er op til parterne at aftale, om overdragelsen skal ske ved succession eller ej. Særligt overdragelse fra en død person til dødsbo undsiger sig dette, da overdragelsen i dette tilfælde sker obligatorisk og automatisk med succession jævnfør DSKL § 20, KSL §§ 26 A, stk. 2 og 26 B.⁸¹ Foruden de umiddelbare regler om succession som et led i familieforetagendets videreførelse, findes der også en mængde af muligheder for succession i

⁷⁸ Michelsen m.fl., 2007, s. 420

⁷⁹ Halling-Overgaard, 2007, s. 55

⁸⁰ Halling-Overgaard, 2007, s. 55

⁸¹ Michelsen m.fl., 2007, s. 623

levende live indenfor selskabsskatteretten, som især anvendes i forbindelse med omstruktureringer.⁸²

En væsentlig type af omdannelse, som også er mulig at foretage med skattemæssig succession er den, hvor den personligt drevne virksomhed omdannes til et kapitalselskab såsom ApS eller A/S. Denne type omdannelse er skattemæssigt hjemlet i VOL (Lov om skattefri virksomhedsomdannelse), hvor udelukkende den skattemæssige succession har sin hjemmel. Herudover er spørgsmålet om universalsuccession, som ikke er hjemlet i VOL og derfor skal der foretages meddelelse til virksomhedens kreditorer ved sikringsakten denuntiation før end, virksomheden kan betragtes som fuldstændigt omdannet. Der foreligger en lang række tilfælde, hvor den selskabsretlige og skatteretlige succession ikke er sammenfaldende.⁸³ Således er der i generationsskifte, hvor en virksomhed overdrages, ikke automatisk civilretlig succession for overdragerens kontrahenter.⁸⁴ Dermed er overdragerens kontrahenter ikke forpligtiget til at lade deres aftale fortsætte uændret hos erhververen.⁸⁵ Der ville således være tale om et tvunget debtorskifte.⁸⁶ Da der således ikke er tale om civilretlig succession i disse tilfælde vil erhverver skulle rette henvendelse til kontrahenterne og anmode om at fortsætte samarbejdet eller om muligt anmode om fornyelse af aftalen.⁸⁷ Der skal med andre ord hjemmel til at foretage ovennævnte civilretlige succession. Findes der ikke hjemmel til universalsuccessionen må der selskabsretligt være tale om en likvidation og i skatteretten vil transaktionen blive behandlet som en afståelse.⁸⁸ Det har i senere litterær diskussion været debatteret, om der er sammenfald imellem det skatteretlige og selskabsretlige fusionsbegreb.⁸⁹ Det var indledningsvist påstanden i SPO.2008.241, at en fusion kunne gennemføres *således, at et selskab med begrænset ansvar kan gennemføre en likvidation efterfulgt af en overførsel af selskabets aktiver og gæld til et aktieselskab under anvendelse af reglerne om skattefri fusion i fusionskatteloven, uanset en sådan fremgangsmåde ikke udgør en fusion i selskabsretlig forstand.*⁹⁰ Denne teori bliver dog fejlet af bordet med en henvisning til, at der i forarbejderne til loven ikke er grundlag for at antage, at dette er muligt. Særligt skal det nævnes, at påstanden

⁸² Michelsen m.fl., 2007, s. 622

⁸³ Werlauff, 2008/09, s. 550

⁸⁴ Werlauff, 2008/09, s. 550

⁸⁵ Werlauff, 2008/09, s. 550

⁸⁶ TFS.2003.575.H

⁸⁷ Werlauff, 2008/09, s. 550

⁸⁸ Werlauff, 2008/09, s. 551

⁸⁹ SPO.2008.241 samt SPO.2008.353

⁹⁰ SPO.2008.353, s. 1

bygger på et grundlag, hvor der ikke er taget højde for ændringen i Fusionskattelovens begreb "sammenslutning" til "fusion", som skete i 1975. Det fremgår udtrykkeligt i forarbejderne til loven, at fusionsbegrebet er fuldstændigt sammenfaldende med begrebet i Aktieselskabsloven. Af diskussionen ses endnu engang tydeliggørelsen af, at de civilretlige begreber genanvendes i og styrer skatteretten. Dette understreger også, at succession udtrykkeligt skal være hjemlet både skatteretligt og civilretligt for at kunne gennemføres. Det ene medfører ikke det andet. I nogle tilfælde findes der at være hjemmel til at foretage både den selskabsretlige og skatteretlige succession. Dette vil typisk forekomme ved lovregulerede fusioner, spaltninger og selskabsomdannelser.⁹¹ Succession i omstruktureringstilfælde, hvor der er tale om selvstændige juridiske personer, som også er selvstændige skattesubjekter i overensstemmelse med SEL eller FBL, er et helt område, som kunne gøres til genstand for en selvstændig behandling. Principperne vil kun blive berørt i det omfang, det støtter redegørelsen for forskellene imellem afståelse og succession i dansk skatteret.

Omstruktureringer er ofte noget, som virksomheder i deres levetid vil blive udsat for i forbindelse med eventuelt frasalg eller tilkøb af afdelinger, optimering af udbyttestruktur, flytning af afdeling til udlandet eller andre begrundelser, som medfører overvejelser, der involverer succession. Foruden den skattemæssige succession finder også bestemmelser om succession anvendelse i forbindelse med omstruktureringer. Som eksempel kan nævnes kravet i VOL (Lov om Lønmodtagers retstilling ved virksomhedsoverdragelse) § 2, stk. 1, hvorved at erhververen indtræder i nogle af de forpligtelser den overdragede virksomhed havde overfor dens ansatte i forhold til den mulige kollektive overenskomst eller aftaler, løn- og arbejdsforhold på et generelt plan og individuelle løn- og ansættelsesvilkår. Således sker der på overdragelsestidspunktet automatisk debtorskifte, hvorved den erhvervende virksomhed indtræder i alle (gælds)forhold som måtte forekomme fremadrettet i forhold til de ansatte.⁹²

Den første danske fusionskattelov blev vedtaget i 1967 og havde til hensigt at fjerne skattemæssige blokader, hvor det ud fra strukturelle begrundelser var nødvendigt at skabe koncentrationer i det danske erhvervsliv ved hjælp af fusioner. Fusionerne var dengang kun tilladt at foretage vandret og krævede tilladelse fra SKAT at gennemføre.⁹³ En fusion var, ligesom nu, anset for at være en likvidation af et selskab (det ophørende), hvorefter at det

⁹¹ Werlauff, 2008/09, s. 550

⁹² Von Eyben m.fl., 2005, s. 36

⁹³ Michelsen m.fl., 2007, s. 924

fortsættende selskab (det modtagende) indtrådte i det indskydende selskabs sted.⁹⁴ Loven blev siden ændret i en liberaliserende retning og i 1990 blev direktiv 90/434/EØF vedtaget. Direktivet, som blev indført ved lov i Danmark i 1992, medbragte en fælles beskatningsordning for fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier.⁹⁵ Fusionsreglerne i Danmark var næsten allerede på højde med kravene i direktivet, men for de andre områder betød dette en udvidet adgang til skattemæssig succession. Direktivet gav mulighed for grænseoverskridende transaktioner, hvilket skulle kunne ske med succession, da ophørsbeskatning ville være for byrdefuld at gennemføre i de fleste tilfælde, således at dispositionen reelt ville blive droppet.⁹⁶ Danmark gjorde, på trods af kravet om, at det var internationale transaktioner, som var omfattet af direktivet, en indsats ud af at tilrette de danske regler i overensstemmelse med direktivet. Danmark har senest i 2007⁹⁷ indført regler omhandlende spaltning således, der nu eksisterer to spor: Det direktivstyrede og det danske spor, hvor der i sidstnævnte er indført en række krav - med væsentlige faldgrupper - til transaktionen, som til gengæld giver mulighed for spaltning uden tilladelse fra myndighederne.⁹⁸ Det væsentlige i denne forbindelse er, at princippet om succession i skattetransaktioner også er et begreb, som kan forventes at skulle fortsætte på det EU-retlige niveau såvel som på det danske. Motiverne til anvendelsen af successionsprincipperne bunder i nogen grad på samme måde som de danske, i et ønske om at give mulighed for en erhvervsvirksomhed at kunne foretage disse transaktioner uden, at de hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler. Successionsbestemmelserne i direktivets afsnit 2 bunder (ligesom de danske) i en generel fritagelse af skat, som er opstået på baggrund af en eventuelt opstået kapitalvinding, der ellers ville have været udløst ved almindelig afståelse.

Succession er en væsentlig faktor i forbindelse med videresalg af en familieejet virksomhed som et led i et generationsskifte. Herefter følger en nærmere gennemgang af kravene til at foretage sådan en overdragelse.

⁹⁴ Michelsen m.fl., 2007, s. 924

⁹⁵ Michelsen m.fl., 2007, s. 924

⁹⁶ Werlauff, 2008/09, s. 479

⁹⁷ Lov nr. 343 af 18. april 2007 på grundlag af L 110 og endvidere relation til direktiv 90/434

⁹⁸ Werlauff, 2008/09, s. 486

4.0 Familiesuccession

4.1 Familiesuccession – virksomheder ejet på aktier

Reglerne om familiesuccession, som i dag findes i ABL § 34, blev oprindeligt indsat ved lov nr. 763 af 14. december 1988 på baggrund af L 51 88-89. Siden er loven ændret på en række områder, hvor bestemmelserne vedrørende overdragelse af aktier med succession løbende er blevet liberaliseret i et forsøg på at gøre generationsskifte til en mere enkel proces.⁹⁹ Med vedtagelsen af lov nr. 532 af 17. juni 2008 med virkning fra 1. januar 2009 er der nu indført et helt nyt princip om tilbagesuccession. Tilbagesuccession er et nyt princip i ABL, som ikke før har været muligt. ABL § 35 A hjemler overdragelse af aktier til en tidligere ejer, hvor overdragelsen før er sket med succession indenfor en 5-årig periode. Da bestemmelsen er ny og helt central i problemstillingen henvises der til gennemgangen af denne i afsnit 5.0 og følgende afsnit.

Den grundlæggende mulighed fra KSL § 33 C om, at overdrage aktiver (her aktier) uden, at det medfører beskatning hos overdrageren, og erhververen samtidig indtræder i overdragerens skattemæssige position, er bevaret i hele perioden for lovens virke. Formålet med indsættelsen af bestemmelsen var at sikre familieejede virksomheder, som ejes på aktier ligeledes kan overdrages med succession ved et generationsskifte.¹⁰⁰ Med seneste lovændring på baggrund af L 181 2007/2 er der indført yderligere muligheder i forbindelse med succession. Før der kan tages fat på disse nye muligheder, er det nødvendigt at kende de grundlæggende krav til overdragelse af aktier med succession til familiemedlemmer, som ABL § 34 opstiller.

4.1.1 Krav til succession ved overdragelse af aktier

ABL § 34, stk. 1 opstiller en række krav til gennemførelsen af overdragelse af aktier med succession jævnfør ABL § 34, stk. 2. Afsnittet vil bære præg af den ændring som følger med vedtagelsen af lov nr. 532 af 17. juni 2006 med virkning fra 1. januar 2009 (herefter: Ændringsloven), da mange af de grundlæggende krav til succession også er blevet berørt. Ændringsloven har løsnet grebet om kravene til overdragelse af aktier med succession væsentligt. Særligt kan nævnes: 1) udvidelse af personkredsen, som kan anvende reglerne, 2)

⁹⁹ Halling-Overgaard, 2007, s. 55

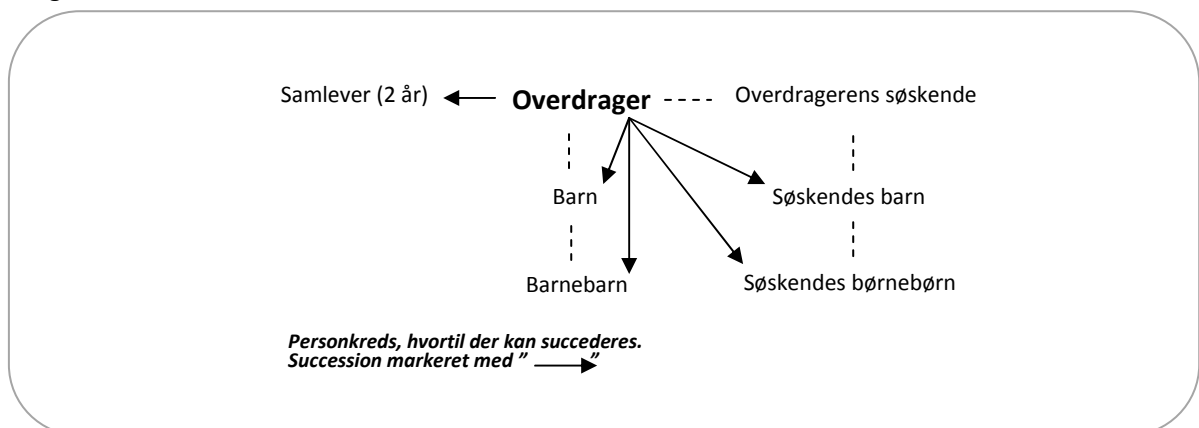
¹⁰⁰ Halling-Overgaard, 2007, s. 55

færre krav til typen af aktier, som overdrages, 3) mængden (stemmeandel/ejerandel) af aktier, som kræves overdraget. Herefter følger en gennemgang af kravene til overdragelse med succession, som de fremstår efter 1. januar 2009.

4.1.1.1 Personkreds

Personkredsen, der kan overdrages til, omfatter: børn, børnebørn, søskendes børn eller søskendes børnebørn. Stedbarns- og adoptivforhold er sidestillet med naturligt slægtskabsforhold, hvilket betyder, at der ikke gøres forskel på et biologisk barn og et sted- eller adoptivbarn. Foruden førnævnte personer har det siden 1. januar 2009 været muligt at overdrage til en samlever, som opfylder betingelserne i BOA § 22, stk. 1 litra d. Dette omfatter personer med fælles bopæl i de sidste 2 år og personer, som har haft fælles bopæl i en sammenhængende periode på mindst 2 år, hvor den fælles bopæl er ophørt på grund af institutionsanbringelse herunder i en ældrebolig.

Figur 1 Personkredsen i ABL § 34



Indtil lov 532 af 17. juni 2006 var det et helt naturligt princip i generationsskifte med succession, at generationsskiftet skete i nedadgående retning. Med indførelsen af § 35 A er det blevet muligt at overdrage aktier, som tidligere er overdraget med succession, tilbage til den oprindelige ejer – også med succession. Der vil blive foretaget en nærmere gennemgang af disse nye muligheder i forbindelse med succession i opadgående familieretning i afsnit 5.0 nedenfor.

Om personkredsen i § 34, stk. 1 nr. 1 kan siges, at den er udtømmende og magen til personkredsen i KSL § 33 C, da denne også er blevet berørt af Ændringsloven. Herudover er der i ABL § 34, stk. 3 krav om at:

- 1) Hvis erhververen på grund af sit hjemsted ikke er (ubegrænset) skattepligtig til Danmark efter KSL § 1 gælder reglerne om succession kun, hvis aktierne efter overdragelsen indgår i en virksomhed, som er (begrænset) skattepligtig for erhververen efter KSL § 2, stk. 1, nr. 4.
eller
- 2) Hvis erhververen er (ubegrænset) skattepligtig til Danmark efter KSL § 1, men i henhold til en DBO må anses for at være hjemmehørende i en fremmed stat, Grønland eller Færøerne, gælder reglerne om succession kun, hvis Danmark efter overdragelsen jævnfør samme DBO har beskatningsretten til den virksomhed som aktierne indgår i.

Med andre ord er der i kravene til succession også indbygget et værn for at undgå, at den latente skattepligt skulle forsvinde ved succession over grænsen. Den latente skattepligt ville forsvinde, hvis personen der succederes til er ude af dansk skattepligt, hvilket ville medføre, at når aktierne sælges til tredjemand, så ville Danmark ikke længere have mulighed for at beskatte gevinsten. Dermed kommer den latente skattebyrde senest til beskatning ved erhververens afståelse, medmindre denne også kan anvende reglerne om succession.¹⁰¹

4.1.1.2 Aktierne

Alle aktietyper er som udgangspunkt omfattet af successionsreglerne. Dette følger af ABL § 1, som bekendtgør, at gevinst og tab ved afståelse af aktier medregnes i den skattepligtige indkomst. Herudover finder lovens regler om aktier også anvendelse på anparter, andelsbeviser, omsættelige investeringsforeningsbeviser, lignende værdipapirer, konvertible obligationer og andre konvertible værdipapirer. Desuden beskattes visse tegningsretter også efter ABL.

Aktierne, der overdrages må ikke jævnfør ABL § 34, stk. 1, nr. 5 være omfattet af ABL § 19, hvilket betyder, at aktier og investeringsbeviser udstedt af investeringsselskaber ikke kan overdrages med succession. Herudover er der i ABL § 34, stk. 5 en undtagelse i forhold til at overdrage aktier omfattet af ABL §§ 17 og 18, som omfatter henholdsvis næringsaktier og

¹⁰¹ Halling-Overgaard, 2007, s. 56

andele i andelsforeninger. Undtagelserne knyttede sig mest til tilstanden før 1. januar 2009, da de blandt andet undsagde kravet om, at aktierne skulle være hovedaktionæraktier (behandles nedenfor).¹⁰² Hertil kommer der i ABL § 34, stk. 5, 2. pkt. yderligere en lempelse, som medfører, at overdragelse af aktier i selskaber, som driver næring ved køb og salg af aktier eller ved finansieringsvirksomhed ikke skal opfylde ABL § 34, stk. 1 nr. 4 – også kendt som ”pengetanksreglen”.

Før ændringsloven skulle de overdragne aktier være henholdsvis hovedaktionæraktier jævnfør ABL § 34, stk. 1 nr. 2, som henviser til definitionen i ABL § 4, og herudover var det et krav, at de overdragne aktier i den enkelte overdragelse skulle udgøre 15 % af stemmевærdien jævnfør ABL § 34, stk. 1 nr. 3. Med ændringsloven er der nu ikke længere krav om, at aktierne skal være hovedaktionæraktier (Ændringslov § 1, nr. 2) og kravet om 15 % stemmeandel er reduceret til blot at være 1 % af aktie- eller anpartskapitalen (Ændringslov § 1, nr. 3).

4.1.1.3 Virksomheden – ikke ”pengetank”

ABL § 34, stk. 1, nr. 4 giver en nærmere definition på, hvilken type virksomhed, der skal drives før overdragelse med succession kan gennemføres. Selskabet må i overvejende grad ikke beskæftige sig med udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter, værdipapirer eller lignende jævnfør ABL § 34, stk. 6. Alt hvad der i forbindelse med bortforpagtning af fast ejendom falder under definitionen af benyttelse til gartneri, planteskole, frugtplantage eller skovbrug jævnfør Vurderingslovens § 33, stk. 1 eller stk. 7 anses ikke for udlejning af fast ejendom. ABL § 34, stk. 6 fastsætter, at et selskabs virksomhed i overvejende grad anses for at være udlejning af fast ejendom, når mindst 75 %¹⁰³ af selskabets indtægter opgjort som gennemsnit af de seneste tre regnskabsår stammer fra denne type aktivitet. Herudover er selskabets virksomhed også betragtet som værende overvejende udlejning, hvis selskabets udlejningsejendomme, værdipapirer eller lignende på et overdragelsestidspunkt eller opgjort som et gennemsnit af de seneste tre år udgør minimum 75 % af selskabets samlede aktiver.¹⁰⁴

¹⁰² Halling-Overgaard, 2007, s. 57

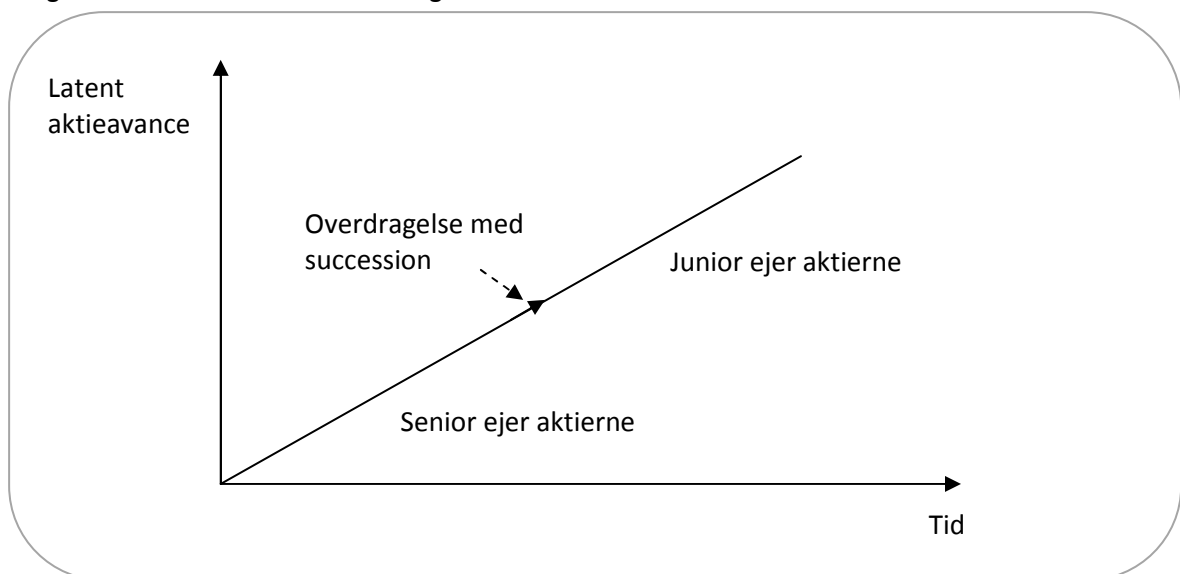
¹⁰³ Indført ved lov nr. 83 af 15. december 2006

¹⁰⁴ Halling-Overgaard, 2007, s. 59

4.1.2 Skattemæssige konsekvenser

Ved overdragelse af aktier med succession er der visse fordele og ulemper, der skal tages højde for. Der er både tale om skatteretlige konsekvenser for overdrager som for erhverver. Som nævnt ovenfor i afsnit 3.0, er udgangspunktet for en fysisk persons afståelse af aktier, at enhver afståelse vil medføre beskatning af en eventuel avance i medfør af aktieavancebeskatningslovens almindelige regler. Ved overdragelse af aktier med succession er konsekvensen for overdrageren ved at anvende ABL § 34, at overdragelsen ikke vil udløse nogen form for beskatning for overdrageren. Dog er det vigtigt at have for øje, at der kun kan ske succession, såfremt der kan konstateres en avance. Det vil sige, at der ikke kan succederes, hvis der konstateres et tab jævnfør ABL § 34, stk. 4.¹⁰⁵ Hvis overdrager kun succederer en del af den samlede aktiepost, og har overdrageren erhvervet aktierne på forskellige tidspunkter til forskellige anskaffelsessummer, vil opgørelsen over, hvilke anskaffelsestidspunkter og anskaffelsessummer overdrageren har på den resterende aktieportefølje, følge udgangspunktet i ABL § 26, stk. 6.

Figur 2 Successionens skattemæssige konsekvens



Figuren illustrerer den skattemæssige konsekvens ved overdragelse af aktier med succession.

Idet overdrager ikke bliver beskattet af den fortjeneste, der kan konstateres ved et eventuelt salg af aktier, indtræder erhverver i overdragerens skattemæssige stilling jævnfør ABL § 34, stk.

¹⁰⁵ Halling-Overgaard, 2007, s. 63

2, 2. pkt. Erhververen anses for at have succederet i de overdragne aktier på de samme tidspunkter og til de samme anskaffelsessummer som overdrageren og indtræder derfor fuldt ud i den latente skat, der hviler på aktierne. Succession medfører endvidere, at erhverver indtræder i overdragers næringshensigt. Det vil sige, hvis overdrager har erhvervet aktierne som led i sin næringsvej, vil erhververen indtræde i overdragers skattemæssige stilling, og vil derfor blive næringsbeskattet ved afståelse. Erhverver er således indtrådt i overdragers sum, tid og hensigt, når der sker succession.¹⁰⁶ Det fremgår af forarbejderne til lov nr. 763 af 14. december 1988, at succession er tidsbegrænset, således at erhververen ikke på et senere tidspunkt ville kunne afkræfte næring. Endvidere fremgår det af ABL § 34, stk. 2, 3. pkt., at indtræden i overdragerens skattemæssige stilling gælder, uanset hvornår aktierne afstås.

I ABL § 34, stk. 4 jævnfør KSL § 33 C, stk. 4 er der opstillet en vænsregel. I de tilfælde erhververen har et tab, jævnfør ABL § 13 eller § 14, vil erhververen ikke kunne fratække dette underskud i en eventuel fortjeneste ved overdragelse af aktierne. Denne vænsregel strider imod det almindelige udgangspunkt i ABL § 13 og § 14, men beskytter mod at en forælder overdrager en aktiepost til et barn, der herefter sælger den videre til tredjemand, og hvor overdragelsen alene har haft det formål at udnytte barnets tab på aktier.¹⁰⁷

Når der sker succession imellem interesseforbundne parter, er det specielt vigtigt at handle på armlængdevilkår. Dette forstås som den aktuelle handelspris, der kan fås på markedet imellem ikke interesseforbundne parter. Hvis der ikke handles på armlængdevilkår, kan der som følge heraf være tale om, at der sker overdragelse ikke blot på successionsbetingelser, men ligeledes at der sker overdragelse af en gave. En sådan gave kan være skattepligtig for erhverver. Bliver der ikke handlet på armlængdevilkår, vil skattemyndighederne i kraft af Ligningslovens § 2, stk. 1, nr. 1 kunne gå ind og regulere, at den skattepligtige ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter. Dette vil sige, at erhverver vil blive beskattet af den sum af handelsprisen, der ikke svarer til den markedspris en uafhængig tredjemand, skulle betale for samme aktiver. Herudover ville der også kunne opstå risiko for at den del, som svarer til underprisen, bliver betragtet som værende givet som gave og skal dermed afgiftspålægges og

¹⁰⁶ Halling-Overgaard, 2007, s. 64

¹⁰⁷ Halling-Overgaard, 2007, s. 64

endog indkomstbeskattes, hvis ikke der er tale om en overdragelse indenfor personkredsen i BOA § 22.

4.1.3 Gaveafgift og skattepligt ved eventuel gave ved succession

En overdragelse med succession kan enten berigtiges ved, at erhververen betaler fuldt vederlag for aktierne eller ved, at erhververen modtager aktierne som gave. Som det oftest er tilfældet, er der tale om en kombination af ovenstående muligheder. Oftest når der sker overdragelse af aktier med succession, blandes det forhold til tider sammen med spørgsmålet om vederlaget for aktierne. Baggrunden for dette skyldes, at erhververen overtager en latent skatteforpligtelse og derfor vil det ofte kræve, at der ved fastsættelsen af vederlaget for aktierne tages højde for den latente skatteforpligtelse. Dog anerkendes dette ikke (som udgangspunkt) skatteretligt, og såfremt at parterne har nedsat værdien af aktierne med et beløb svarende til den latente skatteforpligtelse, vil dette beløb anses som værende en gave til erhververen.¹⁰⁸

Når der er tale om succession mellem interesseforbundne parter, og der ydes en gave imellem disse, bliver det til tider også svært at vurdere handelsprisen for aktierne. Som udgangspunkt er en subjektiv værdiansættelse relativ snæver at gennemføre, hvorfor den praktiske hovedregel må være, at der foretages en objektiv værdiansættelse ud fra aktiernes værdi i handel ogandel på tidspunktet, hvor ydelsen erlægges. Det vil sige, til den værdi aktierne vil kunne indbringe ved salg til uafhængig tredjemand i fri handel.¹⁰⁹ Da der netop er tale om et generelt interessefællesskab, vil denne vurdering ofte være vanskeliggjort af, at den pågældende ydelse (her aktier) ikke har været udbudt til omsætning i fri handel. Der vil derfor i visse tilfælde være behov for en høj grad af skønsudøvelse.¹¹⁰ Det må i almindelighed kræves som betingelse for at kunne statuere en skatteretlig gave, at den formuefordel, der gives til erhververen, kan betragtes som en realiseret indkomst hos denne i overensstemmelse med det almindelige skatteretlige indkomstbegreb. Indkomst- og gavebeskatning kan således alene ske hos det skattesubjekt, der har modtaget gaven.¹¹¹

¹⁰⁸ Halling-Overgaard, 2007, s. 45-46

¹⁰⁹ Serup, 2004, s. 272

¹¹⁰ Serup, 2004, s. 273

¹¹¹ Serup, 2004, s. 273

4.1.3.1 Gave

I de tilfælde, hvor der ydes en gave i forbindelse med en overdragelse af aktier i medfør af ABL § 34, vil modtageren blive afgifts- eller skattepligtig af værdien af den modtagne gave. Om erhververen bliver afgifts- eller skattepligtig afhænger af, jævnfør ovenstående, om erhververen er omfattet af den personkreds, der er nævnt i BOA § 22. Sammenholdes den personkreds, der er omfattet af BOA § 22, med den kreds, der er omfattet af ABL § 34, medfører dette, at børn, børnebørn, stedbørn, sammenlever og forældre, der i forbindelse med overdragelse af en virksomhed med succession, modtager en gave, og skal derved betale en gaveafgift på 15 % af gaven, hvis denne overstiger et grundbeløb på kr. 58.700¹¹² jævnfør BOA § 22, stk. 1 og 23, stk. 1. Såfremt der ydes en gave i successionsforhold til søskende og søskendes børn i medfør af ABL § 34, vil de ifalde skattepligt, da de ikke er omfattet af personkredsen i BOA § 22. Søskendes og søskendes børn skal derfor medregne denne gave til den skattepligtige indkomst jævnfør PSL § 3.¹¹³

4.1.3.2 Passivpost

Overdrages en aktiepost med succession jævnfør ABL § 34, og ydes der en gave mellem overdrager og erhverver i den forbindelse, er der mulighed for at opgøre en passivpost i medfør af KSL § 33 D, til udligningen af gavemodtagerens eventuelle fremtidige skattetilsvær.¹¹⁴ Princippet om modregning med en sådan passivpost er reelt udtryk for, at man ved gaveafgiftsberegningen anerkender, at gavemodtager i successionstilfælde yder delvist vederlag for erhvervelsen ved overtagelse af overdragerens skattetilsvær på det pågældende aktiv. Den praktiske konsekvens af reglen er, at der ved overdragelse med succession altid bør foretages reduktion af overdragelsessummen med (mindst) et beløb, der svarer til den beregnede passivpost.¹¹⁵ Succession indebærer som udgangspunkt ikke en skatteeliminering, men alene en skatteudskydelse indtil erhververens egne efterfølgende dispositioner udløser almindelig realisationsbeskatning eller erhverver selv overdrager aktierne på ny via succession til næste generation. Overtagelsen af den til aktivernes knyttede skatteforpligtelse, må som udgangspunkt behandles som en gæld på tilsvarende måde, som erhververens overtagelse af behæftede aktiver i øvrigt.¹¹⁶ Dette førte til, at der ved Lov nr. 1119 1994 blev indført regler i KSL § 33 D om beregning af passivposter ved overdragelse af aktiver omfattet af KSL § 33 C og

¹¹² www.skat.dk (satser og beløbsgrænser)

¹¹³ Halling-Overgaard, 2007, s. 66

¹¹⁴ Halling-Overgaard, 2007, s. 66 samt Serup, 2004, s. 287

¹¹⁵ Serup, 2004, s. 287

¹¹⁶ Serup, 2004, s. 341

ABL § 11 (nuværende § 34). Bestemmelsen giver således hjemmel til, at den beregnede passivpost svarende til den del af successionsoverdragelsen kan berigtiges vederlagsfrit uden skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser. Eftersom begrundelsen for passivposten er, at erhververen overtager en gældsforpligtelse, er den tilsvarende nedsættelse af købesummen ikke en vederlagsfri formuefordel. Derved kan passivposten ikke kvalificeres som en skatte- og afgiftsfri gave, da der reelt er tale om en gældsovertagelse. Da adgangen til fastsættelse af en passivpost gælder såvel i relation til gaveafgiftsberegning i BOA og i relation til skattepligt efter SL § 4, litra c, kan der ikke blive tale om beregning af passivpost i de tilfælde, hvor der ikke ydes en gave i forbindelse med succession.¹¹⁷

4.1.3.3 Beregningsgrundlaget

Passivposten beregnes efter KSL § 33 D som en procentdel af den skattepligtige fortjeneste, som ville være fremkommet, hvis overdrageren/gavegiveren havde solgt det pågældende aktiv i handel og vandel på tidspunktet for successionen jævnfør KSL § 33 D, stk. 2.¹¹⁸ Indtræder erhververen i overdragerens skattemæssige stilling i forhold til en fast ejendom, beregnes passivposten udelukkende på grundlag af den eller de gevinster, hvori der indtrædes. Passivpost vedrørende fast ejendom vil ikke yderligere blive behandlet.

Som allerede nævnt er det vanskeligt at værdiansætte den skatteforpligtelse, der overtages af erhververen og derved at lave en entydig opgørelse af den rigtige passivpost i det enkelte tilfælde. Der er jo tale om en gældsforpligtelse, der kun bliver aktuel, såfremt erhververen afstår det pågældende aktiv igen, og i så fald vil dette ske efter de på afståelsestidspunktets gældende regler. Erhververen kan derved, alt efter tidspunktet for afståelsen, opnå en skatteforpligtelse der er stærkt reduceret, uændret eller eventuelt opnå eliminering af skatteforpligtelsen.¹¹⁹ Samtidig med at succession har fordele for erhverver, har overdragelsen ligeledes den ulempe for erhverver ved, at denne indtræder i overdragerens skattemæssige stilling og derved også overdragerens afskrivningsgrundlag. Erhververen får derved et forringet afskrivningsgrundlag (eller en lavere skattemæssig anskaffelsessum) i forhold til en erhvervelse uden succession, hvilket medfører reducerede skattemæssige afskrivninger og dermed øgede skattebetalinger i årene fremover. Disse ulemper har resulteret i, at der ud fra en gennemsnitsbetragtning er fastsat en objektiveret passivpost, hvis størrelse afhænger af

¹¹⁷ Serup, 2004, s. 342

¹¹⁸ Serup, 2004, s. 342

¹¹⁹ Serup, 2004, s. 343

karaktern af de aktiver, der bliver succederet i. Det fremgår af KSL § 33 D, stk. 3, at passivposten udgør 30 % af den efter stk. 2 beregnede fortjeneste, der ikke ville være aktieindkomst. Passivposten af den efter stk. 2 beregnede fortjeneste, der ville være aktieindkomst, udgør 20 %, hvis fortjenesten vedrører unoterede aktier og 12,5 % hvis fortjenesten vedrører børsnoterede aktier.

KSL § 33 D medfører således, at i de tilfælde hvor der sker ydelse af en gave i forbindelse med en overdragelse af aktieposter efter ABL § 34, skal der i tilknytning til opgørelse af aktiverne i gaveopgørelsen optages passivposter til udligning af eventuelle fremtidige skattetilsvare vedrørende disse aktiver. Hvis gaven er indkomstskattepligtig for modtageren, vil KSL § 33 D medføre, at gavens værdi efter SL § 4, litra c reduceres.¹²⁰

Spørgsmålet om fastsættelse af handelsprisen og derved spørgsmålet om umiddelbar gave i successionsforhold, blev i TfS.2008.1429.LSR behandlet ud fra reglerne i KSL § 33 C og D. Sagen omhandlede et vognmandsfirma, der ønskede at afhænde virksomheden til højestbydende, hvilket viste sig at være en søn af en af ejerne, der ønskede at overtage virksomheden til videredrift. I og med at successionsreglerne i KSL § 33 C kunne benyttes, var det mest fordelagtigt for overdragerne at overdrage virksomheden til sønnen i stedet for salg til tredjemand. I denne sag ønskede hverken faderen eller de to onkler, at give en gave i forbindelse med overdragelsen, de ønskede blot at få mest muligt ud af afhændelsen af virksomheden. De anmodede om bindende svar fra Skatterådet vedrørende successionen og reglerne herfor. Skatterådet fandt, at de overdragne aktiver skal prisfastsættes, idet afståelse skal ske til værdien i handel og vandel, altså til det beløb som aktiverne kunne indbringe ved salg på det åbne marked. Det vil sige, at erhverver skal enten have tildelt en gave for at anvende KSL § 33 D (passivposter) og få en udskudt skattepost eller betale fuld markedspris for virksomheden. Dog finder Landskatteretten jævnfør KSL § 33 C, at markedsværdien af en virksomhed reduceres, når købet skal overtages med skattemæssig succession, og denne reduktion i markedsprisen ikke har karakter af gave i skatteretlig forstand. Landsskatteretten lægger især vægt på formålsfortolkningen til successionsreglerne, idet disse har til formål at lette et generationsskifte ved at fritage parterne for at skulle finansiere betaling for den latente skattebyrde. Dette formål vil jo blive modarbejdet, hvis der stilles krav om, at erhververen skal

¹²⁰ Halling-Overgaard, 2007, s. 66

finansiere betaling af den udskudte skat til overdrageren for ikke at blive gavebeskattet. Det fremgår endvidere af forarbejderne, at det er helt almindeligt og en skatteretlig acceptabel prismekanisme, at salgsprisen for et aktiv reduceres, hvis erhververen friholder overdrageren for beskatning. Denne prismekanisme udgør således ikke en gavmildhedsbestemt gavefordel, og der er ikke støtte for hverken i forarbejderne eller i successionsreglerne i KSL § 33 eller ABL § 34, at prisreduktion grundet den latente skattebyrde, automatisk skal gøres til genstand for gavebeskatning, som Skatterådet i denne afgørelse finder. Landskatteretten finder således – modsat Skatterådet, at de overdragne aktiver, der er omfattet af successionen, skal værdiansættes til handelsværdien under hensyntagen til den udskudte skatteforpligtelse. I kommentar¹²¹ til afgørelsen henviser Michael Serup¹²² til at en uafhængig tredjemand, som skal overtage den latente skatteforpligtelse også vil kunne forlange et nedslag i prisen svarende nogenlunde til denne forpligtelse. Som Serup understreger, er det skattemæssige gavebegreb baseret på, at overdragelsesprisen er lavere end prisen ved en markedsmæssig successionsoverdragelse.

Derved har Landsskatteretten påvist, at det ikke kun er nødvendigt at beregne en passivpost i de tilfælde, hvor der er tale om et faktisk gaveforhold imellem parterne, men også hvor der er tale om en overtagelse af den latente skattepligt, hvor der blandt andet er tale om overdragelse af indestående på konto for opsparet underskud.

Det skal slutteligt bemærkes, at der foreligger usikkerhed om til hvilken kurs den latente skattepligt skal værdiansættes til, da denne jo er en eventualforpligtelse. Dog konkluderes det, at kurs 100 er den så at sige ”rette” kurs, eftersom det ikke skal komme køber til ugunst, at det blot er en eventualforpligtelse, som overtages. Dette er også i tråd med forarbejderne og hensigten med loven, hvor det er ønsket at skabe lavere priser og dermed lavere finansieringsbehov i forbindelse med overdragelse af virksomhed som et led i generationsskifte. Da KSL §§ 33 C og D også gælder for overdragelse jævnfør ABL § 34, må denne afgørelse ligeledes kunne anvendes på overdragelser med succession for aktier.

¹²¹ Bech Bruun Nyhedsbrev nr. 9 2008 s. 3

¹²² Cand.jur og Partner ved Bech-Bruun

5.0 Tilbagesuccession

Bestemmelsen § 35 A, som er indført ved lov nr. 532 2008, vil herefter blive gennemgået, således indholdet og rækkevidden af bestemmelsen kan være genstand for yderligere fortolkning senere i specialet.

§ 35 A indleder med at undsige § 34, stk. 1, nr. 1 med formuleringen: "*§ 34, bortset fra stk. 1, nr. 1, finder tilsvarende anvendelse*". Indholdet af § 34, stk. 1, nr. 1 er "den oprindelige" modtagerkreds til aktierne, som nu igen skal overdrages med succession. I dette tilfælde, hvor overdragelsen skal ske i modsat retning (opad), er det naturligt at fjerne kravet om, at erhververen skal være enten børn, børnebørn, søskende, søskendes børn med flere, da dette ellers ville umuliggøre transaktionen.

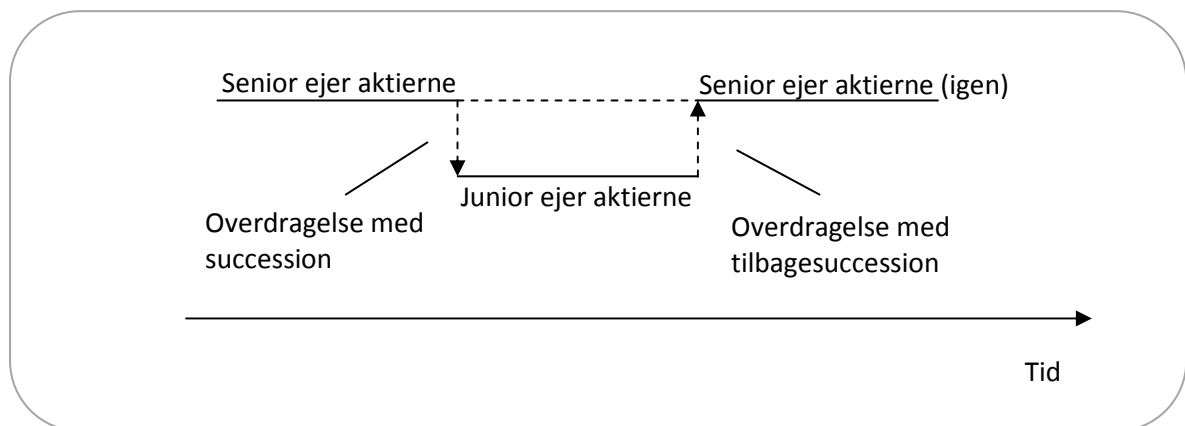
Med formuleringen: "*ved overdragelse af aktier til en tidligere ejer*" hjemles således den opadgående retning i aktieoverdragelse med succession. Endnu et følgende krav er, at: "*overdragelsen til den tidligere ejer sker, inden for de første 5 år efter at overdrageren har erhvervet aktierne.*" Hermed bliver successionsmuligheden tidsmæssigt begrænset til at skulle finde sted indenfor de første fem år, hvor overdragelsen er sket. Bestemmelsen må skulle forstås således, at tidskravet gælder overdragelse af den enkelte aktie og ikke hele selskabet. Skulle et selskab i form af en større portion aktier være overdraget successivt over en længere periode, som overstiger fem år er det kun de aktier, som er overdraget indenfor fem år, der er mulige at overdrage tilbage med succession. Aktier, som har været ejet af erhververen i mere end fem år, som er overdraget med succession kan således ikke overdrages tilbage til oprindelige overdrager med succession. Denne fortolkning støttes på, det nu meget lempeligere krav om, at kun 1 % af aktiekapitalen skal overdrages for, at man kan anvende successionsreglerne og yderligere, at en fuldstændig overdragelse af et selskab sagtens kan ske over en periode, som overstiger fem år. I sådan en successiv overdragelse bør det være muligt at overdrage den del af aktierne, som er modtaget indenfor fem år, imens den resterende del, som er overdraget for mere end fem år siden, skal sælges "tilbage" med en regulær afståelsesbeskatning. Aktie- og anpartsselskaber er underlagt kravet om førelse af aktie- eller anpartsbog, jævnfør AL § 26 og APL § 17, hvor der stilles krav til, at der til enhver tid kan findes en opdateret liste over selskabets ejere. Hermed er det muligt at identificere enkelte

overdragelser og femårskravet kan anvendes på den enkelte aktie. Femårskravet bør altså gælde på den enkelte aktie, som overdrages.

Bestemmelsen i 1. pkt. om at overdragelsen skal ske *til en tidligere ejer* giver i første omgang en bred mulighed, da der reelt er tale om alle foregående ejere af aktien, men denne mulighed indskrænkes væsentligt i 2. pkt.: *"Det er en betingelse, at overdrageren erhvervede aktierne fra den tidligere ejer, og at overdrageren indtrådte i den tidligere ejers skattemæssige stilling ved erhvervelsen."* Denne formulering afgrænser umiddelbart modtagerne (de tidligere ejere) til personer, som har overdraget de pågældende aktier til (nu) overdrageren med succession. At de er overdraget med succession ligger i formuleringen, *at overdrageren indtrådte i den tidligere ejers skattemæssige stilling*. Dermed kan overdragelse af aktier til den tidligere ejer med succession udelukkende ske til den oprindelige ejer, som står umiddelbart før overdrageren af aktien. Skal aktien sælges videre i tilbagegående retning er dette en ny situation, hvor de involverede parter igen skal opfylde kravene i bestemmelsen for, at det kan lade sig gøre med succession.

Det fremgår implicit af formuleringen i bestemmelsen, at den tid, sum og hensigt den oprindelige ejer lader sig indtræde i ved tilbagesuccession er den, som den oprindelige erhverver (nu overdrager) ligeledes lod sig indtræde i ved første overdragelse. Dette følger af, at § 35 A hjemler anvendelse af § 34, stk. 2, som indeholder følgende bestemmelser: *"Erhververen indtræder i overdragerens skattemæssige stilling ved overdragelsen."* og videre: *"(...)behandles aktierne som anskaffet for den anskaffelsessum og på det tidspunkt, som de blev anskaffet til af overdrageren."* Da begge overdragelser – både i nedadgående og opadgående retning, har været hjemlet i denne bestemmelse betyder det, at den oprindelige overdrager (gen)indtræder i sin oprindelige ejertid, -sum og -hensigt ved *"tilbageoverdragelsen"*.

Figur 3 Tilbagesuccession



Figuren illustrerer, hvordan senior ved tilbagesuccession genindtræder i sin egen oprindelige tid, sum og hensigt samt i juniors tid, sum og hensigt.

Som figuren illustrerer, er aktierne for nogen tid erhvervet af junior, men i al den tid de ejes, er det seniors ejertid, der er gældende ved en afståelse til personer uden for successionskredsen. I det øjeblik senior får aktierne tilbage via en § 35 A overdragelse, er aktierne stadigvæk overtaget med samme tid, sum og hensigt, hvilket medfører, at aktien reelt ikke anses for at have været ejet af junior undervejs, da dette ikke har haft nogen skattemæssige konsekvenser. Bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse ved en tidligere ejers erhvervelse af aktier fra et dødsbo. Men disse tilfælde ligger ikke indenfor problemstillingen af dette speciale og vil derfor ikke blive undersøgt yderligere.

5.1 Lovens formål

Loven er blevet til ved lovforslag L 167 2007-08, 2. samling som et led i aftale imellem regeringspartierne, Dansk Folkeparti og Ny Alliance om: *"Mere ensartet beskatning af generationsskifte i levende live og ved død"*. Denne aftale er indgået på baggrund af, at betingelserne for overdragelse af aktieselskaber har været mere gunstige ved død end ved overdragelse i levende live. Lovforslaget har da også helt klart haft til hensigt at gøre sådanne overdragelser væsentligt nemmere ved at ændre de førnævnte betingelser om hovedaktionæraktier og overdragelsesprocent. Ved at fjerne kravet om overdrageren skal være hovedaktionær og samtidig ændre kravet fra, at der skal overdrages 15 % af stemmевærdien til blot 1 % af aktiekapitalen, har man skabt en situation, hvor overdragelse af aktier i levende live er ens i forhold til overdragelse af aktier ved død, hvilket modsvarer bestemmelsen i DBSL § 29,

stk. 3, 3. pkt. En tydeliggørelse af ændringen ses i spørgsmål 9 til Skatteministeren under udvalgsbehandlingen, hvor Skatteministeren fremhæver, at det nu også er muligt for en person med 10 % af aktiekapitalen (med 10 % af stemmeretten) i et børsnoteret selskab at overdrage disse ligeligt til sine 10 børnebørn med succession. Skatteministeren går så langt som at kalde de nye muligheder for overdragelser for ”spændende”. Det er da også en spændende mulighed, da 15 % ejerskab af stemmeværdien i et børsnoteret selskab ofte har været en rettighed reserveret for de få og velhavende. Nu, hvor kravet er sat ned til 1 % er der sandsynlighed for, at en større del af ejerkredsen – dog stadig formentlig en begrænset kreds, kan opfylde kravet og dermed kan overdrage deres aktier med succession til næste led i generationen.

Særligt om ændringen i ABL, hvor det nu er muligt at succedere tilbage til tidligere ejere præciseres det i bemærkningerne, hvad formålet har været med bestemmelsen. Reglen er indsat af hensyn til de tilfælde, hvor der hos den modtagende part indtræder uforudsete hændelser som sygdom eller andre uheldige omstændigheder, som bevirker at det er bedst at få virksomheden tilbage på de oprindelige ejers hænder. Dog forenkles kravet i lovforslaget til at være en generel mulighed, hvor der ikke stilles krav om begrundelse. Der kræves blot, at overdragelsen sker inden for to år og at det sker med succession. Kravet om to år ændres til fem år ved forslag fra Skatteministeren.¹²³ Ved samme forslag bliver også muligheden for, at en samlever kunne være modtager i generationsskiftet foreslået, hvilket også blev en del af den endelige lov.

Interessant bliver det at se, hvor langt myndighederne og domstolene vil gå i fortolkning af denne bestemmelse og dens forarbejder, hvor en overdragelse er sket uden, at det har været på grund af uforudsete hændelser såsom sygdom, der har ligget til grund for den. Det kunne tænkes, at der i tilfælde, hvor overdragelsen bærer præg af skattespekulation, at myndighederne og siden hen domstolene ville nægte overdragelsen med henvisning til lovens oprindelige formål.

5.1.1 Lovens anvendelighed

Som Aktieavancebeskatningsloven fremstår i dag, vil en rent intern overdragelse af aktier med tilbagesuccession kunne gennemføres uden at det medfører hindringer. I sagens natur ville tilbagesuccessionen blot være endnu en overdragelse i en række af overdragelser af de

¹²³ L 167 – bilag 6 til 2. behandling

pågældende aktier og derved er der ikke grund til at tro, at denne ekstra overdragelse med (tilbage)succession ville være mere vanskelig end den oprindelige overdragelse med succession.

Anvendes tilbagesuccessionsreglerne i stedet på tilfælde, hvor aktierne er overdraget grænseoverskridende – og dermed bliver beskattet i et af den udenlandske persons faste driftssted her i landet, ville dette medføre at aktierne ville blive afstået med succession fra det faste driftssted. På grund af ABL § 34, stk. 3 tilknytningskriterier ville situationen være den samme som ved en rent intern (tilbage)overdragelse, da beskatningsretten på aktierne er forblevet i Danmark. Den eneste ændring er at salget ville skulle henføres til det faste driftssted som en skattefri afståelse, da dette er en skattemæssig transparent enhed.

Umiddelbart giver ABL § 35 A ikke anledning til at kritisere bestemmelsens indhold og anvendelighed, men der vil blive foretaget en analyse af ABL § 34, stk. 3, som muligvis medfører konsekvensændringer til ABL § 35 A. Muligvis kræver resultatet af analysen ikke en decideret ændring af bestemmelsen, men måske skal ABL § 35 A betragtes i et større perspektiv end hvad man kan formode, der er sket ved lovens behandling.

6.0 Succession med grænseoverskridende elementer

Grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession som et led i et generationsskifte er for så vidt muligt at foretage jævnfør bestemmelsen ABL § 34, stk. 3. Bestemmelsen opstiller en række betingelser for, at overdragelsen kan finde sted grænseoverskridende, hvor den gennemgående betingelse er, at beskatningsretten til den latente aktieavance efter overdragelsen, stadig skal tilkomme Danmark.

ABL § 34, stk. 3 opstiller umiddelbart to situationer af grænseoverskridende overdragelser med hver deres kriterier for gennemførelse. Bestemmelsen blev oprindeligt indført som § 11, stk. 3¹²⁴ ved L 51 1988/89 (Lov nr. 763 1988) og ændret til sin nuværende ordlyd med L 67 2002/03 (Lov nr. 394 2003). De nævnte lovforslag vedrører begge den nu ophævede Aktieavancebeskatningslov. Med L 78 2005/06 (lov nr. 1413 2005) blev den nuværende Aktieavancebeskatningslov indført. Denne indeholder den tidligere § 11, stk. 6 som nu findes under § 34, stk. 3 og har samme ordlyd, hvilket også fremgår af lovforslagets bemærkninger. Da reglerne om overdragelse med succession over grænsen blev indført, var det med det formål, at den endelige fortjeneste ikke skulle kunne undrages dansk beskatning. Princippet medførte et krav om, man ikke skulle kunne overdrage til *"udlændinge"* medmindre, at disse var skattepligtige her til landet efter KSL § 1. Hvis ikke dette var tilfældet ville overdragelse med succession ikke være mulig. Der blev ligeledes indført regler, som umuliggjorde, at førnævnte regel kunne omgås ved at lade overdragelsen ske til personer, der boede i Danmark, men som ikke var omfattet af de danske fraflytningsbeskatningsregler for at undgå tabet af beskatning på den endelige gevinst. Dette blev løst ved altid at lade personer i sådanne situationer omfatte af reglerne om fraflytningsbeskatning i den tidligere ABL § 13 a. Som nævnt har bestemmelsen udviklet sig på området med overdragelse af aktier, men også på området omkring til- og fraflytningsbeskatning har ABL gennemgået en række ændringer. Sidstnævnte område har særligt været præget af udviklingen på det EU-retlige område.

Kerneelementerne for at Danmark kan beholde beskatningsretten ligger i, at aktierne enten tilknyttes et her i landet beliggende fast driftssted jævnfør KSL § 2, stk. 1, nr. 4, 6. og 7. pkt. eller, at ejeren vælger at lade aktierne beskattes ubegrænset efter KSL § 1 jævnfør KSL § 2, stk. 1, nr. 4, 9. pkt. Hermed synes det interne hjemmelsgrundlag at være på plads for, at Danmark kan

¹²⁴ stk. 3 bliver til stk. 6 ved lov 1219 af 27. december 1996 ved L 88 1996/97 afskaffelse af formueskatten

bevare beskatningsretten til aktierne. Dog vil det oftest være således, at personer, der er begrænset skattepligtige som personer i Danmark, kan være subjekt for ubegrænset skattepligt i en anden stat. Dermed vil der være risiko for, at der opstår dobbeltbeskatning, som skulle forsøges løst efter en imellem staterne indgået DBO eller interne lempelsesregler. Det må påmindes, at kravet i ABL § 34, stk. 3 var, at Danmark, i tilfælde hvor der var sket ophør af skattepligt efter KSL § 1 i medfør af DBO, skulle have beskatningsretten på aktierne.

Er den skattepligtige ikke på grund af sit hjemsted skattepligtig til Danmark, er der i ABL § 34, stk. 3 et krav om, at aktierne efter overdragelsen indgår i en virksomhed, som er skattepligtig for erhververen efter KSL § 2, stk. 1 nr. 4. I denne bestemmelse er der henholdsvis hjemmel til at beskatte en virksomhed med fast driftssted i Danmark og yderligere en særbestemmelse i forhold til ABL § 34, 35 og 35 A, hvor det af den skattepligtige kan vælges, at beskatningsretten til aktierne efter overdragelsen fortsat er hos Danmark. Beskatningsretten for aktierne sidestilles med en KSL § 1 beskatning. Denne del af ABL § 34, stk. 3 sigter særligt de tilfælde, hvor erhververen ikke har bopæl eller i nogen anden forstand er skattepligtig til Danmark efter KSL § 1.

6.1 Begrænset skattepligt med aktier i fast driftssted

Som første mulighed i KSL § 2, stk. 1, nr. 4 kan det tænkes, at erhververen udøver erhverv med fast driftssted i Danmark. Dette var også en del af begrundelsen for at indføre bestemmelsen i sin nuværende form, hvilket fremgår af bemærkningerne til lovforslaget.¹²⁵ Ved at lade de erhvervede aktier være en del af dette faste driftssted ville kravet om, at beskatningsretten fortsat skulle være i Danmark være opfyldt. Der har dog imellem teoretikere, lovgivningsmagten og administrativ praksis været en vis uenighed om, hvorvidt aktier reelt kan tilknyttes og blive beskattet i et fast driftssted.

Før denne diskussion, om et fast driftssteds evne til at eje aktier, tages, vil der nedenfor blive gennemgået næringsbegrebet, og endvidere hvordan et fast driftssted statueres, da dette er relevant for forståelse af problematikken vedrørende et fast driftssted og dets evne til at eje aktier.

¹²⁵ L 67 2002/03 nr. 13

6.1.1 Næringsbegrebet

ABL § 17, som svarer til den tidligere ABL § 3, giver hjemmel til: *"hvis den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af aktier, medregnes gevinst og tab ved afståelse af aktier, som er erhvervet som led i denne næringsvej, ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst"*. Der gives dermed i loven ikke nogen nærmere definition på, hvad begrebet næring indeholder. I bemærkningerne til lovforslaget L 78 2005/06 beskrives handelsnæring som det tilfælde, at den skattepligtige har det som erhverv at drive handel med aktier og lignende værdipapirer. Dette gælder uanset om, der er tale om hovederhverv eller bierhverv. Som særlig betingelse for næringsaktier stilles, at de er erhvervet med henblik på videresalg og med henblik på videresalg med gevinst. Et vigtigt moment i vurderingen er omfanget af handel med aktier, som skal være af en vis størrelse og indeholde en systematisk karakter. I vurderingen tages også hensyn til momenter såsom aktiernes omsætningshastighed, omsætningens størrelse, herunder salgsvancernes eller dispositionernes vægt i den skattepligtiges økonomi, samt den regelmæssighed købene og salgene har haft. Som et sidste led kan der i vurderingen af om, en person driver næring ved handel med aktier, lægges vægt på hvilken anden type beskæftigelse personen ellers måtte have. Som eksempel på en beskæftigelse der forøger sandsynligheden for, at der er tale om næring, er et ansættelsesforhold, i hvilket personen handler med aktier for arbejdsgivers regning og risiko. Praksis på området omfatter særligt domme om selskaber, men enkelte tilfælde hvor personer driver næring ved handel af aktier findes også. TFS.1997.472.H, TFS.1993.531.H og TFS.1993.305.V omhandler alle tilfælde, hvor personer, som har anden ansættelse, der også vedrører handel med værdipapirer eller lignende, på baggrund af dette ifalder bestemmelsen om næringsaktier.

Næringsaktier beskattes som personlig indkomst jævnfør PSL § 3, stk. 1. Gevinsten opgøres enten efter realisationsprincippet med gennemsnitsmetoden i ABL § 26 eller den skattepligtige kan én gang for alle vælge lagerbeskatningsmetoden i ABL § 23, stk. 2. Er lagerbeskatning valgt kan der ikke gås tilbage til realisationsprincippet.

6.1.2 Aktiers tilknytning til det faste driftssted

Den interne hjemmel til beskatning af faste driftssteder findes i KSL § 1, stk. 2, nr. 4 og ligeledes i SEL § 2, stk. 1 litra a, hvor dette positivt nævnes: *"(...)udøver et erhverv med fast driftssted her i landet(...)"*. KSL § 2, stk. 1, pkt. 4, hjemler begrænset skattepligt for personer, som udøver erhverv gennem fast driftssted. Det fremgår af Cir. 136 af 7/11 1988 pkt. 15, at indtægter fra

fast driftssted medfører begrænset skattepligt. Det faste driftssted beskrives kort som: "(...) *et fast forretningssted, hvor et foretagendes virksomhed udøves helt eller delvis i den hensigt at opnå fortjeneste*". Ved afgrænsningen af dette henvises der efterfølgende til OECD's Modeloverenskomst art. 5. Kravene, til hvornår der foreligger fast driftssted i MDBO art. 5, omfatter et forretningssted, hvor et foretagendes virksomhed helt eller delvist udøves. Et fast driftssted anses ikke for at være hjemmehørende i det land, hvor det er beliggende, men i det land, hvor hovedforetagendet er beliggende – det vil sige der hvor selve driften og ledelsen har hovedsæde.

Som eksempel på hvilken form for virksomhed der statuerer et fast driftssted, opstilles en ikke udtømt liste i art. 5, stk. 2 MDBO. Som eksempler nævnes: en filial, et sted hvor foretagendet ledes, et kontor, en fabrik, et værksted og hvor naturforekomster udvindes (for eksempel kulbrinter). Herudover kan visse bygnings-, anlægs eller installationsarbejder i sig selv medføre et fast driftssted, hvis dette opretholdes i mere end 12 måneder. Der skal dog altid tages højde for den pågældende DBO, da kravene til hvornår der opstår fast driftssted kan variere i de enkelte overenskomster.

For at der kan være tale om fast driftssted, så skal dette være af fast og varig karakter. Selve forretningsstedet skal være fast og der skal ske erhvervsudøvelse gennem forretningsstedet. Den første betingelse der er afgørende for, om der er tale om et fast driftssted og derved begrænset skattepligt, er, hvorledes der udøves økonomisk virksomhed af en bestemt art jævnfør art. 5.¹²⁶ Hvis en virksomhed kun opkøber varer eller for eksempel virker som varelager for hovedforetagendet, så kan der ikke være tale om fast driftssted.

Den anden betingelse for, at der kan ske beskatning af det faste driftssted, er således jævnfør SEL § 2, stk. 1, litra a, at selve virksomheden drives fra et "forretningssted". Udtrykket forretningssted dækker alle lokaler, indretninger eller installationer, der benyttes til at udøve foretagendets virksomhed, hvad enten de udelukkende bruges til dette formål eller ej. Et forretningssted kan også eksistere, hvor der ingen lokaler hverken findes eller er nødvendige til udøvelsen af foretagendets virksomhed, men hvor driftsstedet blot har et vist areal til rådighed. Det har ingen betydning for statueringen af det faste driftssted om der er tale om eje eller leje af lokaler, det er selve udøvelsen af virksomheden der er afgørende.

¹²⁶ Michelsen, 2003, s. 236

Forretningsstedet skal som den sidste betingelse være "fast". Det følger af OECD's kommentarer til art. 5, at der skal være en forbindelse mellem forretningsstedet og en bestemt lokalitet, desuden skal der ligeledes være tale om, at forretningsstedet har en vis grad af varighed, for at der kan være tale om begrænset skattepligt af et fast driftssted – man kan således konstatere, at der skal være tale om permanens og prokura.¹²⁷

Det faste driftssted anses ved beskatning som værende en transparent enhed jævnfør globalindkomstprincippet. Et fast driftssted er ikke en selvstændig juridisk enhed, hvorfor det faste driftssted er afhængigt af et hovedforetagende juridisk set. Et fast driftssted kan binde sit hovedforetagende (i dette tilfælde en fysisk person) ved aftaler og har ingen selvstændig partsevne, hvorfor et fast driftssted ikke kan opstå uden et hovedforetagende som bagvedliggende juridisk eller fysisk person.

Et fast driftssted bliver dog tildelt en vis selvstændighedsfiktion, hvorledes det faste driftssted kan blive beskattet af de indtægter og udgifter, der direkte kan henføres til det faste driftssted. Det må formodes, at der kan opstå et fast driftssted ved, at der udøves erhverv i forbindelse med køb og salg af næringsaktier. Dog har administrativ praksis¹²⁸ vist det svært at få anerkendt denne retsstilling. Hvorvidt et fast driftssted har evne til at eje aktier har tilnærmelsesvist været genstand for et bindende svar¹²⁹, hvor en sambeskatning med et fast driftssted som hovedforetagende blev godkendt. Det er dog fastslået af international retspraksis i C-307/97 Saint Gobain samt med ændringen til 90/434 (03/123), at filialer (faste driftssteder) har evnen til at eje aktier. C-307/97 omhandler en filial i Tyskland, som ikke kunne få samme tre typer skattemæssige fordele som hjemmehørende selskaber. Filialen Saint-Gobain er begrænset skattepligtig i Tyskland, da hverken selskabets hjemsted eller ledelse befinder sig i Tyskland. Den begrænsede skattepligt gælder såvel for indtægter, der oppebæres i Tyskland, som for det faste driftssteds formue (præmis 5). Baggrunden for sagen for den nationale ret er, at Finanzamt nægtede at indrømme Saint-Gobain nogle skattemæssige fordele vedrørende beskatning af udbytte af kapitalandele i udenlandske kapitalselskaber, idet disse fordele var forbeholdt selskaber, der var ubegrænset skattepligtige i Tyskland. Saint Gobain ejede i flere forskellige selskaber en del af disses kapital i form af aktier. Idet EF-Domstolen ikke nægter et ikke-hjemmehørende kapitalselskabs udenlandske filial samme fordele vedrørende beskatning

¹²⁷ Werlauff, 2008/09, s. 130

¹²⁸ Tfs.2002.15.LR

¹²⁹ Tfs.2004.667.LR

og udbytte af kapitalandele, som et hjemmehørende datterselskab, viser EF-Domstolen ikke blot, at der ikke må ske en forskelsbehandling af selskabstyper, men også hvorledes det er muligt for faste driftssteder at eje aktier. I denne dom omhandler hovedproblematikken således ikke, hvilke aktietyper, der kan henføres til et fast driftssted, men derimod om sådan en forskelsbehandling er i strid med den frie etableringsret jævnfør art. 43 EF. Det fremgår dog af dommen, at den udenlandske filial ejer kapitalandele i tre forskellige selskaber, men der bliver ikke yderligere kommenteret om disse er ejet som led i næring eller ej.

Det må dog antages, at Compagnie de Saint Gobain ikke har ejet aktierne som led i næring, men derimod har ejet anlægsaktier med henblik på at få et rentabelt udbytte af disse aktier. Det er nu med international praksis vist, at et fast driftssted kan eje aktier. Hvorvidt et dansk fast driftssted kan tilegne sig evnen at eje aktier, vil fremgå af nedenstående diskussion.

6.1.3 Teoretisk diskussion om et fast driftsstedes evne til at eje anlægsaktier

I SKM.2001.493.LR blev der anlagt forespørgsel for ligningsrådet, om hvorvidt to udenlandske fondes investorer, der udøver erhverv gennem et dansk K/S, hvis formål er at investere kapital i nystartede biotekselskaber, er at betragte som værende et fast driftssted og derved bliver begrænset skattepligtig til Danmark jævnfør KSL § 2, stk. 1, nr. 4. De amerikanske investorer i US-fondene forudsættes alle at være skattemæssigt hjemmehørende i USA, hvorfor den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsaftale finder anvendelse. Efter intern dansk lovgivning og Modeloverenskomstens art. 5 og art. 7 MDBO, skal følgende to betingelser jævnfør ovenstående afsnit 6.1.2 være opfyldt, for at investorerne er begrænset skattepligtige til Danmark. Der skal udøves en erhvervsvirksomhed, og der skal være fast driftssted i Danmark. Betingelserne skal være opfyldt efter både intern dansk lovgivning og overenskomsten, da indholdet af begreberne i de to regelsæt ikke nødvendigvis er identiske jævnfør den gyldne regel. Investorerne forudsættes endvidere ikke at have anden personlig eller økonomisk tilknytning til Danmark end den påtænkte investering i K/S'et.

I de danske skattepligtsregler anvendes begrebet "udøver et erhverv", hvilket er synonymt med at udøve "erhvervsvirksomhed". Der findes i dansk skatteret ikke en alment gældende definition af, hvad der skal anses for "erhvervsvirksomhed", hvorfor afgrænsningen må fastlægges ved at

sammenholde afgrænsningen i skattelovgivningens forskellige relationer.¹³⁰ Efter Aktieavancebeskatningsloven sondres der mellem nærings- og anlægsaktier. Aktier anses som næringsaktier, hvis aktionæren har som erhverv at handle med aktier og lignende værdipapirer, og de afståede aktier tillige er erhvervet med videresalg for øje, jævnfør ovenstående afsnit 6.1.1. Det kan heraf konkluderes, at hvis aktierne anses som anlægsaktier, kan det kun skyldes, at aktionæren i skattemæssig henseende ikke anses at udøve erhvervsvirksomhed med handel med aktier ("handelsnæring").

Ligningsrådet kunne derfor konkludere, at K/S'et efter intern dansk skatteret ikke ansås for at udøve erhvervsvirksomhed med køb og salg af aktier, da selskabet ikke havde andre aktiviteter end at erhverve sig anlægsaktier. Derved kunne K/S'et ikke fastslås at være et fast driftssted tilknyttet til Danmark, hvorfor investorerne ikke kunne være begrænset skattepligtige til Danmark efter KSL § 2. stk. 1, nr. 4.

Efter denne afgørelse, blev der blandt teoretikere stor diskussion om, hvorvidt det er muligt for faste driftssteder at eje anlægsaktier. Flere af teoretikerne fandt det ærgerligt, at ligningsrådet ikke tog den vigtigste diskussion op i deres afgørelse om ventureselskaber, nemlig om det er muligt for faste driftssteder at eje anlægsaktier. Endvidere er den kraftige diskussion en konsekvens af, at Told- og Skattestyrelsen meddelte i TfS.2002.80, at praksis fra og med 1. maj 2002 ville blive ændret, således at anlægsaktier herefter principielt godt kunne henføres til et fast driftssted i Danmark. Diskussionen kulminerede med, at skatteministeren med lovforslag L 206 af 22/5 2002 foreslog en detaljeret lovgivning om anlægsaktier og faste driftssteder. Lovforslaget blev ligeledes skubbet til næste høring, hvilket betød at lovforslaget først blev taget op i 2. samling og blev til L 67 2002/03. Lovforslaget vil efterfølgende blive nærmere uddybet i afsnittet nedenfor.

Ifølge Aage Michelsen blandt flere¹³¹ er det fast antaget, at der til det faste driftsstedes indkomst kun kan henføres indkomst ved erhvervsvirksomhed, dette vil sige, hvad der rettelig er erhvervet af det faste driftssted.¹³² Dette er i overensstemmelse med OECD's art. 7, stk. 2, der ligeledes anfører, at et fast driftssted kun kan beskattes af den del, der kan henføres til det faste driftssted. I kommentarerne til OECD's Modeloverenskomst art. 7, stk. 2 gives der i pkt. 14 det

¹³⁰ Winther-Sørensen s, 2000, s. 132

¹³¹ Jan Pedersen

¹³² Michelsen, 2003, s. 249

synspunkt, at de fortjenester, der skal henføres til et fast driftssted, er sådanne, som det faste driftssted ville have opnået, hvis det handlede med tredjemand, det vil sige på armslængde vilkår. Art. 7 opstiller derfor en betingelse for, hvilken form for fortjeneste der kan beskattes af det faste driftssted.

Ifølge Aage Michelsen i RR SM.2002.2 sidestilles fraflytning til udlandet med et salg jævnfør ABL § 13 a. Beskatning finder imidlertid ikke sted, såfremt aktierne kan henføres til erhvervsaktiverne tilhørende et fast driftssted i Danmark. Ophører aktierne med at være en del af det faste driftssteds erhvervsaktiver, for eksempel fordi næringsaktier skifter karakter til anlægsaktier, vil der på dette tidspunkt ske avancebeskatning, jævnfør ABL § 13 a, stk. 2. Aage Michelsen er endvidere af den herskende opfattelse, at i den skatteretlige teori kan, anlægsaktier ikke anses for erhvervsaktiver, hvorfor for eksempel successionsreglerne i KSL § 33 C og ABL § 34 ikke kan finde anvendelse på sådanne aktier.¹³³ Aage Michelsen henholder sig til den administrative praksis, der er i overensstemmelse med hans opfattelse af faste driftssteds evne til at eje anlægsaktier. I forbindelse med gennemførelsen af ABL § 13 a i februar 1987 blev Skattedepartementet spurgt om, hvilke aktier der vil være omfattet af ABL § 13 a, stk. 2, om aktier hørende til fraflytterens faste driftssted i Danmark, således at der ikke vil finde avancebeskatning sted som følge af fraflytningen. Skattedepartementet svarede, at bestemmelsen omfatter såkaldte næringsaktier.

Som følge af ovenstående udtaler Aage Michelsen sig deslige om ligningsrådets afgørelse SKM.2001.493.LR. Aage Michelsen udtaler, at der ikke kan være nogen tvivl om rigtigheden af Ligningsrådets afgørelse. Når der henses til, at der ikke gælder nogen dispositionsmaksime for Ligningsrådet som en administrativ myndighed, ville det måske have været rimeligt, om Ligningsrådet havde taget stilling til det i sagen mest interessante og mest relevante spørgsmål, om hvorvidt anlægsaktier kan henføres til et fast driftssted.

Der kan efter Aage Michelsens mening ikke være nogen tvivl om, at svaret bør være benægtende, da KSL § 2, stk. 1, litra d, og SEL § 2, stk. 1, litra a (nuværende KSL § 2, stk. 1, nr. 4 og SEL § 2, stk. 1, litra d), kun giver hjemmel til at beskatte indtægter, der kan kvalificeres som erhvervsindkomst, samt kapitalgevinster ved salg af aktiver, hvis afkast beskattes som erhvervsindkomst.

¹³³ RR.SM.2002.2, s. 2

Der er således ingen tvivl at spore i Aage Michelsens synspunkter, at der skal sondres mellem nærings- og anlægsaktier. Endvidere fastslår han, at lovgivningen på daværende tidspunkt ikke tillod, at anlægsaktier kunne henføres og derved ejes af faste driftssteder.

Til modsvar herfor er der flere forfattere, heriblandt Niels Winther-Sørensen¹³⁴, der ikke deler samme opfattelse af, at der skal sondres mellem nærings- og anlægsaktier. Niels Winther-Sørensen anfører i SU.2002.370, hvorledes han mener retstilstanden burde være og giver en anden fortolkning af hvilke aktiver, der kan henføres til et fast driftssted. Ved opgørelsen af et fast driftssteds indkomst anvendes som altovervejende hovedregel den direkte metode. Ifølge den direkte metode skal indkomsten opgøres ud fra en fiktion om, at det faste driftssted er et selvstændigt uafhængigt foretagende. Ud fra dansk lovgivning har sondringen mellem næring og ikke-næring i statskatteloven som udgangspunkt alene betydning for beskattningen af kapitalgevinster og –tab. Det løbende afkast fra aktiver er således efter SL § 4 skattepligtigt uafhængigt af, om der er tale om afkast fra næringsaktiver eller ej. Niels Winther-Sørensen mener således, at det faste driftssted skal opgøres efter den direkte metode, og der skal henføres de aktiver, der er tilknyttet det faste driftssted uden, at der er tale om sondring mellem nærings- og ikke-næringsaktiver. Niels Winther-Sørensen fremfører endvidere, at der jo heller ikke sker en sondring mellem næring og ikke-næring ved vurderingen af afskrivninger på driftsmidler og bygninger, der er tilknyttet et fast driftssted.¹³⁵ Niels Winther-Sørensen lægger ligeledes stor vægt på ordlyden af art. 7 og art. 13, stk. 2 i OECD's Modeloverenskomst, idet han mener, at disse artikler heller ikke støtter en sondring mellem nærings- og ikke-næringsaktiver. Heller ikke kommentarerne til Modeloverenskomsten indeholder belæg for en sådan påstand. Derimod er der både i art. 7 og art. 14 i MDBO klart forudsat, at både afskrivninger og kapitalgevinster på aktiver, som ikke er erhvervet med henblik på videresalg, kan henføres til et fast driftssted. Niels Winther-Sørensen finder det på denne baggrund overordentligt vanskeligt at argumentere for, at anlægsaktiver, og herved anlægsaktier, allerede på grund af deres karakter skal holdes ude af indkomstopgørelsen for et fast driftssted, når selve driftsstedsindkomsten skal opgøres i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

¹³⁴ Professor, dr. jur (tidligere ansat ved Handelshøjskolen i København)

¹³⁵ SU 2002.370, s. 2

Niels Winther-Sørensen fandt således, at der ikke kunne sondres mellem næringsaktier og anlægsaktier allerede før lovforslaget L 206 22/5 2002 blev fremsat, som følge af den administrative retspraksis og endvidere af international praksis jævnfør C-307/97 Saint Gobain.

I forbindelse med den teoretiske diskussion var der et lovforslag under udarbejdelse, der skulle give hjemmel til, at et fast driftssted kunne eje anlægsaktier. Lovforslaget blev skubbet til efter folketingets sommerferie og blev genoptaget som lovforslag L 67 2002/03. Loven blev vedtaget som Lov 394 2003 og fik retskraft med tilbagevirkende kraft indtil 1/1 2002. I og med der har været en del usikkerhed om, hvilke aktier - ejet af et udenlandsk selskab - der har en sådan tilknytning til det faste driftssted i Danmark, at de er omfattet af det faste driftssteds skattepligt. Formålet med dette lovforslag er blandt andet at skabe en afklaring ved at lovfæste tidligere praksis, uden at der derved skabes skærper i forhold til den nuværende praksis. Det foreslås i lovforslaget, at den hidtidige praksis fra før maj 2002 lovfæstes, således at kun næringsaktier som udgangspunkt er tilknyttet faste driftssteder. Dog indføres det endvidere, at ejeren af det faste driftssted kan dog ved ophør af fuld dansk skattepligt vælge at lade de ikke-næringsaktier, som var omfattet af praksisændringen, være tilknyttet det faste driftssted. Herved kan skatteydere undgå fraflytningsbeskatning efter aktieavancebeskatningslovens § 13 a, idet aktier fortsat er omfattet af dansk skattepligt. Senere fortjenester, tab eller udbytter vedrørende aktier, som er tilknyttet det faste driftssted, beskattes derved hos det faste driftssted. Modtager det personligt ejede faste driftssted ikke-næringsaktier, som omtalt ovenfor, efter aktieavancebeskatningslovens § 11 eller § 11 A (nuværende ABL §§ 34, 35 og 35A) (succession ved aktieoverdragelse i levende live) eller dødsboskattelovens §§ 36 - 38 (succession fra dødsbo), så vil det faste driftssted kunne vælge, at aktierne fortsat skal omfattes af dansk skattepligt og succedere i henholdsvis overdragerens og boets skattemæssige stilling.

I 2004 kommer der ny retspraksis vedrørende ovenstående diskussion. I Tfs.2004.667.LR giver ligningsrådet en udenlandsk ejet filial, som i afgørelsen sidestilles med et fast driftssted, beliggende i Danmark, lov til at lade sig sambeskatte med driftsstedets datterselskaber. Ved at tillade et fast driftssted at lade sig sambeskatte med dets datterselskaber må dette sidestilles med, at der er sket en praksisændring i national ret, idet et fast driftssted nu kan eje anlægsaktier (her to tilhørende datterselskaber). Ligningsrådet lagde vægt på, at kunne filialen ikke blive sambeskattet med dets datterselskaber, ville dette være en diskrimination og derved et brud på den frie etableringsret jævnfør art. 43 EF.

Kritisk hertil forholder Aage Michelsen sig i RR.2004.258, hvor han giver udtryk for, at han finder det overraskende, at Ligningsrådet kan komme med sådan en afgørelse, idet han mener, at lov 394 af 28. maj 2003 præciserer i KSL § 1, stk. 2, litra d, at det kun er næringsaktier der kan allokeres til et fast driftssted. Ifølge sambeskatningsreglerne i SEL § 31, stk. 5 (dagældende) er der åbnet op for, at faste driftssteder kan statuere moderselskab for udenlandske og indenlandske datterselskaber, hvis aktierne i datterselskabet kan henføres til det faste driftssted. Aage Michelsen genoptager ovenstående diskussion fra år 2002, og henviser igen til, at der ikke bliver præciseret, hvorledes *tilknyttet det faste driftssted* skal forstås og henviser igen til, at det ikke bliver præciseret af lovgiver i forarbejderne.

På nuværende tidspunkt må det kunne fastslås ud fra lovændringen i 2003, at anlægsaktier godt kan henføres til et fast driftssted, så længe der positivt vælges ubegrænset skattepligt til Danmark af det faste driftssted. Ligeledes er der fremsat et nyt lovforslag¹³⁶ af skatteministeriet til høring, hvor af det fremgår, at skatteministeriet foreslår en ændring af reglen om skattepligt af aktier for selskaber, der udøver erhverv med fast driftssted i Danmark – begrænset skattepligt af aktier. Det foreslås således, at den begrænsede skattepligt udvides til også at omfatte porteføljeaktier, der er tilknyttet det faste driftssted. Efter de gældende regler omfatter den begrænsede skattepligt alene næringsaktier. Der ses imidlertid ikke at være nogen begrundelse for at undtage udenlandske selskaber for skattepligt af porteføljeaktier, når de er tilknyttet et fast driftssted i Danmark. Desuden vil den skattemæssige behandling af næringsaktier og porteføljeaktier med forslaget have så store lighedspunkter, at de også i forhold til den begrænsede skattepligt bør behandles ens. Skatteministeriet er derved kommet frem til den konklusion, at der ikke bør være forskelsbehandling af aktietyperne, og derved bør et fast driftssted kunne eje anlægsaktier på samme vis som det kan eje næringsaktier. Dette følger godt i tråd med ændring til direktiv 90/435, hvor der i præambelens art. 1, nr. 1 anerkendes mulighed for at faste driftssteder kan eje aktier. Det fremgår endvidere af Skatteministeriets lovforslag, at porteføljeaktierne (herunder anlægsaktier) stadigvæk skal være tilknyttet et fast driftssted, hvorfor det stadigvæk er relevant i forbindelse med overdragelse ved succession, at vurdere de to muligheder ABL § 34, stk. 3 opstiller. Nedenstående afsnit vil belyse, hvilke valg der kan opstå ved at skulle overdrage aktier med succession, i de tilfælde, hvor der ikke er tale om rene næringsaktier.

¹³⁶ J. nr. 2009-511-0038 1. udkast (og senere L 202 2009)

6.2 Begrænset skattepligt med tilvalg af ubegrænset skattepligt for aktier i fast driftssted

Med vedtagelsen af L 67 2002/03 blev det fastslået i lov, hvilke aktier der kan tilknyttes til et fast driftssted og der blev ligeledes tilføjet en mulighed for at træffe et valg om, at beskatningen af aktier efter overdragelsen skal opgøres efter reglerne i KSL § 1 ved overdragelser hjemlet i ABL §§ 34, 35 og 35 A. Valget blev indført således, at diskussionen om hvorvidt anlægsaktier også kunne tilknyttes til det faste driftssted, kunne undgås fremover. Erhverver fik dermed valget om at lade anlægsaktier beskattes i det faste driftssted. Dette konkluderes ud fra bemærkningerne til L 67, hvor bestemmelsen i ABL § 34, stk. 3 fik sin nuværende formulering, som henviser til at aktierne efter bestemmelsen skal tilknyttes til det faste driftssted for at kunne holde beskatningsretten på avancen i Danmark. Dette var en mild lempelse af reglen, som tidligere var en ren afskæring for udlændinge for at kunne modtage aktier med succession.

Ved at lade erhverver få mulighed for at vælge at lade aktierne indgå i det faste driftssted, uanset om deres status ikke er næring, så har lovgiver gjort det væsentligt nemmere at opfylde kravene i ABL § 34, stk. 3. Dermed er det erhverver, som positivt beslutter, at Danmark skal beholde beskatningsretten på aktierne. Overdragelsen af aktierne kan nu ske med succession, hvor erhververen ikke er omfattet KSL § 1.

Ved positivt at lade aktierne beskattes, som ved beskatning efter KSL § 1, forbliver erhververen stadig begrænset skattepligtig til Danmark blot med den modifikation, at aktierne bevidst indgår i det faste driftssted uanset deres type. Beskatning i tilfælde af afståelse uden succession vil dermed skulle opgøres efter principperne i ABL. Eftersom erhververen er indtrådt i overdragerens skattemæssige stilling, vil afståelse betyde beskatning af al latent gevinst på aktierne siden overdragerens erhvervelse. Skatteretligt er aktierne ejet af det faste driftssted, men da det faste driftssted er transparent, skal aktierne reelt betragtes som værende ejet af personen i udlandet. Dette får indflydelse ved en afståelse, da det kan medføre dobbeltbeskatning, fordi avancen beskattes i henholdsvis Danmark og i den stat, hvor personen yderligere er skattepligtig til. Hvorledes denne dobbeltbeskatning skal løses følger nedenfor, hvor anden halvdel af ABL § 34, stk. 3 undersøges.

6.3 Ubegrænset skattepligtig med hjemmehør i en fremmed stat

Hvis erhververen er skattepligtig jævnfør KSL § 1, men på grund af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med en fremmed stat, Grønland eller Færøerne er hjemmehørende der, skal samme DBO tildele beskatningsretten på aktierne efter overdragelsen til Danmark for, at overdragelsen kan foretages med succession. Dette følger ligeledes af ABL § 34, stk. 3. Situationen minder om ovenstående blot med den forskel, at erhververen som udgangspunkt er ubegrænset skattepligtig til Danmark. Foruden at være skattepligtig til Danmark skal erhververen også være skattepligtig til en fremmed stat, Færøerne eller Grønland således, at der er tale om, at erhververen er domicileret i en af disse. Art 4, som afgør skattemæssigt hjemmehør, fungerer kun i de tilfælde, hvor der er tale om dobbeltdomicil. Hvis erhververen ikke længere er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark, er beskatningsretten til indkomster og avancer underlagt den fordeling, som foretages af den enkelte DBO. Dermed er avancen for videre afståelse af aktierne altså skattepligtig for erhververen i Danmark som følge af skattepligt jævnfør KSL § 1, men beskatningsretten på denne afståelse skal ligeledes tildeles Danmark i medfør af DBO'en, før kravet i ABL § 34, stk. 3 er opfyldt.

Beskatningsret til afståelse af aktier vil være at betragte som en avance på et formuegode i DBO regi. Dermed skal fordelingen af beskatningsretten findes i art. 13, som regulerer dette. Da aktierne allerede er en del af den ubegrænsede skattepligt skal der ikke, som i KSL § 2, stk. 1, nr. 4, foretages et valg om, hvorvidt aktierne indgår i et fast driftssted. Derimod skal aktierne blot jævnfør MDBO art. 13 være skattepligtige til Danmark. Definitionen på formuegoder er i art. 13, jævnfør kommentarerne til Modeloverenskomsten, bredt defineret eftersom dette er et område, som afviger væsentligt fra stat til stat.¹³⁷ Det generelle princip i art. 13 er, at beskatningsretten til formuegodet tilfalder den stat, hvori godet befinder sig.¹³⁸ Henholdsvis art. 13, stk. 2 og stk. 4 indeholder bestemmelser om afståelse af aktier.

Art. 13, stk. 2 tildeler beskatningsretten, hvor aktier afstås som en del af aktiverne i erhvervsformuen i et fast driftssted. Art. 13, stk. 2 forudsætter, at aktierne er en del af den rørlige formue i det faste driftssted. Der gives som eksempel ethvert formuegode - ikke fast ejendom, hvilket blandt andet kan omfatte goodwill og licenser.¹³⁹ Det understreges også, at art. 13 ikke er baseret på *force of attraction* princippet, hvor alle formuegevinster, der opstår fra

¹³⁷ OECD kommentarer til MDBO art 13, pkt. 1

¹³⁸ OECD MDBO art. 13, stk. 1

¹³⁹ OECD kommentarer til MDBO art 13, pkt. 24

kilder på en stats territorium, skal være undergivet beskatning i henhold til statens nationale lovgivning, hvis den der afhænder har et fast driftssted på statens territorium. For diskussion om hvorvidt aktier kan blive en del af erhvervsformuen i et fast driftssted se ovenfor. Er situationen imidlertid den, at aktierne efter overdragelsen reelt kan betragtes som en del af erhvervsformuen i et fast driftssted beliggende i Danmark, så vil fordelingen af beskatningsretten ved afståelse af disse føre til, at Danmark kan beskatte en eventuel avance. Dermed er kravet i ABL § 34, stk. 3 opfyldt.

6.4 Ubegrænset skattepligtig med hjemmehør i fremmed stat og særlig aktiebeskatning

Er erhververens skattemæssige position som beskrevet ovenfor, kan art. 13, stk. 4 eventuelt også anvendes til at tildele beskatningsretten til Danmark. Art 13, stk. 4 kan reelt anvendes på aktier, som ikke er placeret i et fast driftssted, da fordelingen af beskatningsretten afhænger af om over 50 % af værdierne i aktierne består direkte eller indirekte af fast ejendom. Hvis erhververen således er skattepligtig jævnfør KSL § 1, men på grund af en DBO er hjemmehørende i en anden stat, kan afhændelse af aktier i Danmark altså fortsat beskattes såfremt mere end 50 % af værdierne i aktierne udgøres direkte eller indirekte af fast ejendom. Hvis dette sker som et led i en succession hjemlet i ABL § 34, stk. 3 skal der dog tages højde for stk. 6 i samme bestemmelse, hvilket også er kendt som pengetank-reglen. ABL § 34, stk. 6 begrænser aktiernes værdi til maksimalt at bestå af passive kapitalanbringelser for 75 %. Dermed opstår en situation, hvor aktier, hvis værdi direkte eller indirekte består af mere end 50 % og højst 75 % fast ejendom, kan overdrages med succession til en person i udlandet, som i øvrigt opfylder betingelserne i ABL § 34.

Herefter opstår spørgsmålet om bemærkningerne til loven om, at aktierne skal tilknyttes et fast driftssted for at hindre skatteflugt, også skal gælde i situationer som den, der lige er beskrevet. Svaret på spørgsmålet må formodes at være ja, da dette er et så specifikt tilfælde af omgåelse, at det næppe har været formålet med bestemmelsen at hjemle sådanne. Selv om det umiddelbart giver en løsning på problemet, at Danmark efter overdragelsen skal have beskatningsretten til aktierne, når de afhændes, så er der med art. 13, stk. 4 den usikkerhed for Danmarks vedkommende, at imens aktierne ejes af en person i udlandet, så kan værdierne ændres ved for eksempel en forøgelse af goodwill, som gør at procentdelen af fast ejendom falder til under 50 %. Dermed ville avancebeskatningen glide ud af Danmark og formålet med

ABL § 34, stk. 3 er således ikke overholdt. På trods af ovenstående er erhververen stadigvæk skattepligtig jævnfør KSL § 1, hvilket betyder at han ikke umiddelbart har mulighed for at træffe valg jævnfør KSL § 2, stk. 1, nr. 4, 9. pkt. om, at aktierne skal indgå i det faste driftssted. Men da fordeling af beskatningsretten på aktierne afhænger af DBO'en kræver det, at aktierne kan beskattes i Danmark jævnfør art. 13, stk. 2 (fast driftssted) eller stk. 4 (ejendomme udgør mere end 50 %).

Da ABL § 34, stk. 3 kræver, at aktierne skal indgå i et fast driftssted, må der også ligge et krav om, at dette faste driftssted reelt eksisterer eller ved tildeling af aktierne oprettes. Et krav til faste driftssteder er som nævnt, at der reelt foregår en forretningsvirksomhed, som kan betegnes som værende fast. Herudover skal det faste driftssted være i stand til at binde hovedforetagendet i juridisk bindende aftaler. Såfremt et fast driftssted udelukkende skulle udgøres af alene de overdragne aktier, er det svært for forfatterne at se, hvorledes dette skulle føre til opståen af et fast driftssted, hvor der ikke er tale om handel med aktier som et led i næring. Hertil ses også SKM.2001.493.LR (TfS.2002.15.LR) og det i dansk ret almindeligt antaget princip om, at faste driftssteder ikke kan eje anlægsaktier. Sidstnævnte er dog modificeret på baggrund af afgørelser fra EF-Domstolen. Det må dog uanset udviklingen konstateres, at der ikke kan opstå et fast driftssted udelukkende ved ejerskab af anlægsaktier. Dermed stiller dette et krav for erhververen, at denne i forvejen skal have et fast driftssted i Danmark for at kunne overtage aktierne med succession.

ABL § 34 hjemler ikke kun overdragelse med succession indenfor nationale grænser, men kan ligeledes ved hjælp af ABL § 34, stk. 3 gøre det muligt at lave generationsskifte af familieejede virksomheder på aktier over grænsen. ABL § 34, stk. 3 opstiller to valgmuligheder for, at der kan ske overdragelse af aktier med succession, hvorved begge muligheder indeholder det faktum, at Danmark fortsat vil have beskatningsretten til eventuelle avancer på aktierne. ABL § 34, stk. 3 stiller et gennemgående kriterium for, at grænseoverskridende overdragelse af aktier kan lade sig gøre. Den fremtidige erhverver skal være tilknyttet Danmark enten ved at være personligt begrænset skattepligtig gennem et fast driftssted beliggende i Danmark eller ved at lade aktierne, der er henført til et dansk fast driftssted, være ubegrænset skattepligtig til Danmark. Det må herudaf kunne konkluderes, at der ikke kan ske grænseoverskridende overdragelse med succession, hvis erhverver ikke er tilknyttet et fast driftssted. Dette tilknytningskriterium er opstillet med det formål, at bibeholde den danske beskatningsret ligegyldigt hvem der

modtager dem, og uanset hvorhen aktierne bliver succederet til. I forhold til at overdrage aktier med succession imellem to danske parter, er situationen hvor overdragelsen sker til en udlænding eller en dansk udenlandsk bosat person væsentligt mere kompliceret end en rent dansk overdragelse. Situationen, hvor det kan lade sig gøre, er så specifik og kræver tilstedeværelsen af et fast driftssted, som ikke alene kan udgøres af de overdragne anlægsaktier hvilket gør, at denne metode typisk aldrig vil fremstå som den mest attraktive metode til at overdrage ejerskabet af familievirksomheden over grænsen. Antallet af virksomheder der er ejet på aktier, må formodes siden indførelsen af 90/435 at forekomme i en holdingstruktur således at udbyttet fra datterselskabet, som værende driftsselskab, skattefrit kan udloddes til moderselskabet. Ved iagttagelse af L 202 2009 er der lagt op til at sondringen om 10 % ejerskab af aktierne i et datterselskab får endnu mere indflydelse end tidligere, da der også er lagt op til at kravet om 3 års ejerskab i ABL § 9 fjernes helt, således at skattefrie avancer opnås såfremt, der ejes mere end 10 % af aktierne i datterselskab, når de afhændes. Det skal således bemærkes, at der ved overgangen fra 10 % ejerskab til en mindre mængde sker et identitetsskifte, således at salget af de resterende aktier vil være skattepligtigt for moderselskabet. Dette leder til at tro, at de fleste familievirksomheder i Danmark er organiseret i en holdingstruktur med en pengetank i øverste led. Da det jævnfør ABL § 34, stk. 6 ikke er muligt at foretage overdragelse af denne type selskab med succession er der alligevel behov for en omstrukturering inden generationsskiftet kan gennemføres. Således ville det allerede være hensigtsmæssigt at tage højde for de muligheder, der ligger i at foretage generationsskifte ved anvendelse af omstruktureringer frem for at sælge aktier med succession.

Rent praktisk giver ABL § 34, stk. 3 grund til en mængde overvejelser i hvorledes de reelt er anvendelige til at foretage et grænseoverskridende generationsskifte. Der er til stadighed holdt fast fra lovgivers side i kravet til, at beskatningsretten til aktierne og deres latente avancer skal forblive i Danmark efter grænseoverskridende overdragelse. Dette medfører en række problemer, som med det grænseoverskridende element således bliver en EU-retlig problemstilling, da nu også EF-traktaten går ind og finder anvendelse. Dette betyder, at ikke nok med at dansk ret skal påses i overdragelsen, nu skal EU-retten også respekteres. Følgende vil således bestå af en gennemgang om, hvorvidt de danske tilknytningskriterier er i overensstemmelse med EU-retten.

7.0 ABL § 34, stk. 3 og Fællesskabsretten

I det følgende afsnit vil ABL § 34, stk. 3, blive genstand for behandling i en EU-retlig belysning, for at afdække om de danske generationsskifteregler, og de kriterier der opstilles for en grænseoverskridende overdragelse med succession er i strid med principperne i EF-traktaten og EF-Domstolens retspraksis.

Som udgangspunkt er der tale om, at aktier bliver overdraget fra en fysisk person i én medlemsstat til en anden fysisk person i en anden medlemsstat. Der er civilretligt tale om en overdragelse, hvor erhververen opnår juridisk ejerskab over aktierne, men i skatteretten anses aktierne (efter erhververens eget valg) at være ejet af et i Danmark beliggende fast driftssted. Er der i EU-retlig forstand dermed sket en grænseoverskridende overdragelse af aktierne kunne man herefter spørge. Ja, er det naturlige svar på dette spørgsmål eftersom kravet i ABL § 34, stk. 3 er, at blot beskatningsretten til aktien forbliver i Danmark ved det danske faste driftssted, hvis indtægt opgøres efter en fiktion. Almindeligt antaget er det også, at civilretten styrer skatteretten og derfor er det den fysiske, grænseoverskridende overdragelse af aktierne, som er genstand for videre diskussion. Ved gennemførelse af direktiv 88/361/EØF blev området for kapitalens frie bevægelighed harmoniseret. Senere kom reglerne i art. 56-60 som blev formuleret på baggrund af reglerne i direktivet – dog med visse udvidelser.¹⁴⁰ I bilag 1 til direktivet blev opstillet en nomenklatur, hvor værdipapirer figurerer under punkt XII. (Ind- og udførelse af formueværdier), A. Værdipapirer. Da aktier som bekendt er både værdipapirer og i øvrigt anerkendt som betalingsmidler må reglerne om kapitalens frie bevægelighed også dække situationen i ABL § 34, stk. 3. Overdragelse af aktier mellem kontraherende stater vil ikke kunne falde ind under tjenesteydelsens, varernes eller etableringsrettens frie bevægelighed. Området for kapitalens frie bevægelighed har også været præget af megen praksis fra EF-domstolen og der vil i det følgende blive vist eksempler som er med til at understrege, hvorfor problemstillingen vedrørende ABL § 34, stk. 3 er berettiget til at blive analyseret ud fra disse principper.

Kapitalens fri bevægelighed udgør en integreret del af det indre internationale marked, idet handel med varer, tjenesteydelser og etablering af virksomheder alle forudsætter, at der kan ske grænseoverskridende kapitaloverførsler. Et af målene med etableringen af det indre marked

¹⁴⁰ Engsig og Runge, 2008, s. 674

er, at etablere et fælles europæisk finansielt marked som tillader, at virksomheder kan trække investeringer fra i hele EU.¹⁴¹ Dette kræver dog, at medlemsstaterne afskaffer de forskelle og restriktioner, der i dag forefindes på det finansielle marked og derved fremadrettet fører en stringent linje, for at sikre der ikke sker diskrimination af kapitalens fri bevægelighed. Der er en snæver forbindelse mellem kapitalens fri bevægelighed og så de øvrige traktatsikrede friheder, idet varernes fri bevægelighed og den fri udveksling af tjenesteydelser ikke kunne realiseres, hvis medlemsstaterne frit kunne lægge hindringer i vejen for den betaling, der ledsager sådanne køb. Endvidere ville etableringsretten ikke kunne realiseres, hvis der ikke kunne ske kapitaloverførsler i forbindelse med opstart af en virksomhed i udlandet.

Art. 56 EF beskytter overførsler af alle lovlige betalingsmidler, dette vil sige, både kontanter, ihændeleverchecks samt guldmønter. Yderligere kan visse aktiver have status som betalingsmiddel, for eksempel værdipapirer, diamanter, antikviteter og lignende. Ligeledes omfatter kapitalbevægelser ifølge bilag 1 til 1988-direktivet både arv og gaver, hvilket EF-Domstolen har fastslået i C-513/03 Hiltten-van der Heijden, hvor modtagelse af arv var at betragte som omfattet af art. 56 EF.

Som udgangspunkt er det ligegyldigt, hvordan selve overførslen finder sted, så længe der sker en grænseoverskridende kapitaltilførsel, idet rent interne overførsler i overensstemmelse med Domstolens praksis falder udenfor traktatens anvendelsesområde. Det afgørende krav er således, om kapitalen passerer grænsen og ikke om overførslen sker mellem to personer bosat i forskellige lande.¹⁴² Ligeledes skal der sondres mellem en kapitaloverførsel og en decideret betaling, idet en betaling ikke i sig selv udgør en kapitalbevægelse i traktatens forstand. Kapitalbevægelser er overførsler, som udgør investeringer eller for eksempel overførsler i forbindelse med lånoptagelse, arv eller gaver. Omvendt er betalinger overførsler, som udgør en modydelse i form af varekøb eller tjenesteydelser, eller som udgør rente, dividende eller leje. Tidligere kunne der opstå et afgrænsningsproblem i forholdet mellem reglerne om varernes fri bevægelighed og kapitalens fri bevægelighed, idet det kan være vanskeligt at fastslå, om det der overføres er en vare eller kapital. Domstolen har dog taget stilling til dette afgrænsningsproblem i Sag 7/78 Thompson, der vedrørte engelsk lovgivning, der forbød import og eksport af guldmønter og sølvmønter. Domstolen trak i denne afgørelse en skarp linje

¹⁴¹ Engsig og Runge, 2008, s. 672

¹⁴² Engsig og Runge, 2008, s. 678

mellem varer og betalingsmidler - derved kapital og hvad der kan være omfattet herunder. Domstolen fastslog, at sydafrikanske Krugerrands var omfattet af kapitalreglerne, da de stadig kunne benyttes som et legalt betalingsmiddel, mens ældre sølvmonter, der ikke længere var at betragte som et lovligt betalingsmiddel, måtte betragtes som en vare. Aktier der overdrages med succession, må ikke kunne betragtes som en vare, da der som sådan ikke sker en modydelse, men der er derimod tale om et legalt betalingsmiddel, hvilket blandt andet ses i forbindelse med fusionering af selskaber, hvor aktionærer bliver vederlagt med aktier i det modtagende selskab.¹⁴³

For at ABL § 34, stk. 3 kan bedømmes efter art. 56 EF, må aktierne endvidere udgøre en kapitalbevægelse og ikke kun et betalingsmiddel. I C-222/97 Trummer blev en investering i fast ejendom som kaution, andre garantier og panterettigheder anset for værende omfattet af art. 56 EF, idet en panterettighed i fast ejendom til dels er uadskilleligt knyttet til realisering af en investering i fast ejendom, derfor falder ind under begrebet "kapitaloverførsel" jævnfør nomenklaturens afsnit II og IX, hvorfor den tillige er omfattet af art. 56 EF som forbyder restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande (præmis 24). Endvidere ses det af C-35/98 Verkooijen, at aktieudbytte fra selskaber, der har hjemsted i en anden medlemsstat, udgør en kapitalbevægelse i artikel 1 i direktiv 88/361's forstand. Selv om traktaten ikke i denne henseende definerer begrebet kapitalbevægelser, indeholder bilag I til direktiv 88/361 en liste, der ikke er udtømmende, over de transaktioner, der udgør kapitalbevægelser i direktivets artikel 1's forstand.

Selv hvis modtagelse af udbytte ikke udtrykkeligt er nævnt i nomenklaturen i bilag I til direktivet som "kapitalbevægelse", forudsætter denne modtagelse nødvendigvis altid erhvervelse af kapitalinteresser i nye eller bestående virksomheder, som anført i nomenklaturens afsnit I, nr. 2. For så vidt som det i hovedsagen omhandlede selskab, der udlodder udbytte, har hjemsted i en anden medlemsstat end Holland og er børsnoteret, kan en hollandsk statsborgers modtagelse af aktieudbytte fra dette selskab desuden også være forbundet med "valutaindlændinges erhvervelse af børsnoterede udenlandske værdipapirer" som omhandlet i nomenklaturens afsnit III, nr. 2. En sådan transaktion er således uadskilleligt forbundet med en kapitalbevægelse.

¹⁴³ Werlauff. 2008/09, s. 466

Derfor henhører den omstændighed, at en medlemsstats statsborger, der bor i denne medlemsstat, modtager aktieudbytte fra et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, under direktiv 88/361 og er derfor omfattet af art. 56 EF jævnfør præmis 29 og 30. Ligeledes ses det i C-265/04 Margaretha Bouanich, hvorledes tilbagekøb af netop aktier ifølge Domstolen også er at betragte som kapital efter art. 56 EF, da tilbagesalg af aktier til det udstedende selskab udgør en kapitalbevægelse som omhandlet i artikel 1 i Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 og i nomenklaturen for kapitalbevægelser i direktivets bilag I. Denne nomenklatur har bevaret sin vejledende værdi, hvad angår definitionen af begrebet "kapitalbevægelser" (jævnfør sag C-452/01, Ospelt og Schlössle Weissenberg, præmis 7). En sådan transaktion er derfor omfattet af anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne om de frie kapitalbevægelser (C-265/04, præmis 29).

Succession af aktier i medfør af ABL § 34, stk. 3, må jævnfør ovenstående kunne betragtes som værende kapital og omfattet af den fri kapitalbevægelse i art. 56 EF. I denne situation er der tale om, at aktierne overdrages fra Danmark og over grænsen til erhverver, der er bosiddende i en kontraherende stat. Derved er kravet om grænseoverskridende aktivitet opfyldt. Endvidere må det kunne udledes af ovenstående domme, der både i C-35/98 Verkooijen og C-265/04 Margaretha Bouanich omhandler aktier, hvad enten det er tilbagekøb af disse eller det er udbytte fra aktier, så er de omfattet af art. 56 EF, idet aktier er omfattet af nomenklaturen for kapitalbevægelser i direktivets bilag I. Overdragelse af aktier med succession må således være omfattet af de frie kapitalbevægelser jævnfør art. 56 EF. Ligeledes understøttes dette af C-513/03 Hilten-van der Heijden, hvor det fastslås i præmis 40, at arv er at betragte som værende kapitalbevægelser af personlig karakter, hvilket er anført i bilag 1 til direktiv 88/361. Generaladvokaten anfører i dennes pkt. 53, at "kapital af personlig karakter" omhandler navnlig transaktioner, hvorved en persons formue overføres helt eller delvist, enten ved at personen er i live, eller efter personen er afdøet ved døden. Idet overdragelse af aktier med succession er overdragelse af en persons formue helt eller delvist, må overdragelse af aktier over grænsen kunne bedømmes efter art. 56 EF.

Om ABL § 34, stk. 3 strider imod de frie kapital bevægelser skal efterfølgende prøves. Art. 56 EF forbyder alle restriktioner på kapitalbevægelser og betalinger som medlemslandene eventuelt opstiller. Domstolen har ikke udviklet en fast test i lighed med Gebhard-testen, når den frie etableringsret (art. 43 og 48) prøves, men har dog i flere sager formuleret restriktionsforbuddet

på samme måde som i Gebhard-testen.¹⁴⁴ Dette vil sige, at Domstolen undersøger om de nationale regler er diskriminerende og er dette ikke tilfældet, så skal det undersøges om restriktionerne kan begrundes i almene hensyn og ligeledes om proportionalitetsprincippet og kravet om at anvende de mindst indgribende midler for at nå målet er opfyldt. Dette er blandt andet udtrykt i C-452/01 Ospelt, præmis 34. En restriktion omfatter enhver hindring, som kan afholde en person fra at "investere" og derved anvendes det samme brede restriktionsbegreb, som benyttes af de andre etableringsfriheder. Det er ikke kun hindringer, der rammer kapitalbevægelsen i sig selv, der udgør restriktioner, men også de hindringer der rammer de aktiviteter, der er uadskilleligt tilknyttet til selve kapitalbevægelsen, vil udgøre en sådan restriktion. Art. 56 EF fokuserer både på hindringer, der opstilles af oprindelseslandet og i den kontraherende stat, hvor overførslen sker til. Dog er det ofte hindringer, der er opstillet af oprindelseslandet, der udgør en hindring for art. 56 EF. Hindringer kan have karakter af et egentligt forbud, et bebyrdende krav, opstillede kriterier og regler der afskærer og regulerer i forhold til udenlandske investeringer. Endvidere kan medlemsstaternes skatteregler og tilskudsordninger være af en sådan karakter, at de virker hindrende for kapitalbevægelser og betalinger. Særligt er disse regler restriktive, hvis de fjerner incitamentet til at foretage investeringer eller anbringelser i udlandet, hvilket blandt andet fremgår af C-35/98 Verkooijen, hvor udbytte fra udenlandske selskaber blev hårdere beskattet end udbytte fra et indenlandsk selskab, hvilket udgjorde en restriktiv virkning af de nationale regler.

En restriktion kan dog begrundes i almene hensyn eller i en af de traktatbestemte undtagelsesbestemmelser. Der er tilknyttet flere undtagelsesbestemmelser til art. 56 EF, dog vil der kun blive fokuseret på de undtagelser, der er indeholdte i art. 58 EF. Art. 58, stk. 1 har den effekt, at den ikke lader art. 56 EF at gribe ind i medlemsstaternes ret til, at anvende de relevante bestemmelser i medlemsstaternes skattelovgivning, der sondrer mellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til bopæl eller hvor skatteyderens kapital er investeret. Ligeledes giver art. 58 EF medlemsstaterne retten til at træffe de nødvendige foranstaltninger, som hindrer overtrædelse af national ret især på skatte- og afgiftsområdet, så længe foranstaltningerne er truffet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhed. Efter ordlyden tillader art. 58, stk. 1, at medlemslandenes skatteregler kan sondre mellem skatteydere efter bopælssted eller efter det sted, hvor skatteyderen har kapital investeret. Dermed synes nationale skatteregler frit at kunne forskelsbehandle ubegrænset og begrænset skattepligtige

¹⁴⁴ Engsig og Runge, 2008, s. 681

og endvidere forskelsbehandle beskatningen af interne investeringer i forhold til udenlandske investeringer. Dette stemmer dårligt i overensstemmelse med Domstolens praksis vedrørende medlemsstaternes nationale skatteregler. Derfor er der opstillet i art. 58, stk. 3 en sikkerhedsforanstaltning, hvorefter medlemsstaterne efter stk. 1 ikke må benytte midler, der udgør vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af kapitalens frie bevægelighed jævnfør art. 56 EF. Domstolen er således ikke tvunget til at acceptere regelsæt fra medlemslandene af, der rammer grænseoverskridende overførsler, mens indenlandske transaktioner udelades fra disse regelsæt. Art. 58, stk. 1, litra a og b er således ikke et "smuthul" for medlemsstaterne til at lave foranstaltninger, der diskriminerer skatteyderen. Disse bestemmelser får kun betydning i det omfang, medlemsstaterne på en ikke-diskriminerende måde sonderer efter, hvor skatteyderens bopæl eller investering finder sted.

Det må undersøges ud fra retspraksis, om den danske grænseoverskridende generationsskifteregel ABL § 34, stk. 3 udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser, idet forfatterne undres over de opstillede kriterier for grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession, når der ikke er opstillet sådanne kriterier for rent indenlandske transaktioner. De danske regler vedrørende aktieoverdragelse med succession i levende live er med lov nr. 532 2008 (Lovforslag 167) blevet lempet således, at de er sammenfaldende med reglerne for overdragelse af aktier fra et dødsbo. Det har været formålet med loven at få disse situationer til at ligne hinanden. Dermed bliver EF-Domstolens sager, der vedrører arv og særlige afgifter/beskatning i forbindelse med grænseoverskridende arv relevante, da overdragelse i levende live og død nu er sammenfaldende.

I C-11/07 Eckelkamp bliver der sat spørgsmålstegn ved de belgiske arveregler, og hvorvidt de strider imod art. 56 EF. Den præjudicielle anmodning blev fremsat som led i en sag mellem arvinger efter en tysk statsborger og de belgiske myndigheder, om hvorvidt der kunne ske fradrag for ejerskifteafgifter af en ejendom for arvtagerne, for en ejendom der er beliggende i Belgien, men ejet af en tysk statsborger, når arvelader ved sin død var bosiddende i en anden medlemsstat end beliggenhedsstaten for ejendommen. Striden er opstået ved, at Belgien giver fradrag for gæld, der er påhæftet ejendommen, såfremt arvelader ved sin død var bosiddende i beliggenhedsstaten, men ikke i tilfælde hvor arvelader ved sin død var bosiddende i en anden medlemsstat. Domstolen lægger stor vægt på, at når de nationale bestemmelser fastsætter værdien af en fast ejendom med henblik på beregning af en afgift, der skal opkræves af arvinger

i tilfælde af død, så kan dette afholde en person, der har bopæl i en anden medlemsstat, fra at købe en fast ejendom, der er beliggende i en kontraherende medlemsstat. Ligeledes lægger Domstolen vægt på, at dette kan formindske værdien af arven efter en person, der har bopæl i en anden medlemsstat end den, hvor ejendommen er beliggende (præmis 43). Domstolen benytter ligeledes tidligere retspraksis for at understrege, at de foranstaltninger der er modstridende med art. 56 EF, fordi de udgør restriktioner for kapitalbevægelserne, omfatter også foranstaltninger, som medfører en formindskelse af værdien af den arv, som tilkommer en arvtager med bopæl i en anden medlemsstat, end hvor de pågældende arveaktiver befinder sig, og derved pålægger disse aktiver arveafgift.¹⁴⁵ I denne sag bliver der pålagt ejendommen en højere ejerskifteafgift for arvtagerne, da arvelader ikke var bosiddende i Belgien. Havde arvelader været bosiddende i Belgien på dødstidspunktet, ville ejerskifteafgiften have været lavere, hvorfor Domstolen finder, at de belgiske regler har den virkning, at de frie kapitalbevægelser begrænses, idet værdien af arven af en fast ejendom bliver forringet. Idet den belgiske lovgivning giver fradragsret for visse former for gæld, der er pålagt ejendommen og derved gør arvelader afhængig af at have bopæl i beliggenhedsstaten på dødstidspunktet, vil den større skattemæssige byrde som der pålægges arvtagerne efter ikke-hjemmehørende personer, således udgøre en restriktion for de frie kapitalbevægelser efter art. 56 EF.

Til trods for Domstolen finder de belgiske arveregler restriktive som udgangspunkt, så skal Domstolen undersøge om reglerne falder ind under art. 58, stk. 1, litra a og b. Undtagelsen i art. 58, stk. 1, litra a er således begrænset i medfør af traktatens art. 58, stk. 3, som fastsætter, at de i stk. 1 omtalte nationale bestemmelser ikke må udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger som defineret i art. 56 EF. Dette vil sige, at de belgiske arveregler ikke må gå videre end nødvendigt for at virkeliggøre det mål, som forfølges med den omhandlede lovgivning. Domstolen skal således sondre mellem om de belgiske regler udøver forskellig behandling, som er tilladt efter art. 58, stk. 1 eller om der sker en vilkårlig forskelsbehandling af arvtagerne. For at de belgiske regler kan opretholdes efter art. 58, stk. 1, er det nødvendigt, at den forskellige behandling vedrører situationer, som ikke er objektivt sammenlignelige eller at reglerne kan begrundes i et tvingende alment hensyn (præmis 59). Domstolen finder følgende, at den situation som arvingerne befinder sig i, kan sammenlignes med situationen for enhver anden arving, hvis arv omfatter en fast ejendom beliggende i Belgien, som falder i arv efter en person,

¹⁴⁵ Hilten-van der Heijden præmis 44, Jäger præmis 31 og Eckelkamp præmis 44

der ved sin død var bosiddende i denne medlemsstat.¹⁴⁶ Domstolen gør gældende, at både arvinger efter personer der henholdsvis er hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ved deres død, er i den belgiske lovgivning anset for at være arveafgiftspligtige og/eller ejerskifteafgiftspligtige af fast ejendom beliggende i Belgien. Det er derfor alene ved fradrag for gæld i ejendommen efter ikke-hjemmehørende personer, der bliver gjort en forskelsbehandling af arvingerne. Domstolen lægger stor vægt på, at når den nationale lovgiver (Belgien) behandler arv til disse to persongrupper ens, med undtagelse af fradrag for gæld, så har lovgiver anerkendt, at disse persongrupper ikke befinder sig i en objektivt forskellig situation, som kan begrunde en forskellig behandling af disse (præmis 63).

Domstolen finder således, at de belgiske arveregler under alle omstændigheder udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser jævnfør art. 56, stk. 1, idet fradrag for gæld, der hviler på en fast ejendom, gøres betinget af, at arvelader på dødstidspunktet var bosiddende i den stat, hvori den faste ejendom er beliggende (præmis 54). Endvidere kunne disse regler ikke begrundes i art. 58, stk. 1, men blev derimod begrænset af værnsreglen i art. 58, stk. 3, da der blev fundet, at arvinger til hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende er at betragte som værende ens, og derved skete der en vilkårlig forskelsbehandling af disse.

Domstolen finder således i ovenstående afgørelse, at det netop er tilknytningskriteriet for den hjemmehørende afdøde, der gør den store forskel. De belgiske myndigheder opstiller et tilknytningskriterium om, at den arvelader på dødstidspunktet skal være bosiddende i Belgien. De danske generationsskifteregler opstiller ligeledes, alt afhængig af situationen, tilknytningskriterier i ABL § 34, stk. 3. Som nævnt ovenfor i afsnit 6.0 skal der for ikke-hjemmehørende erhverver ved grænseoverskridende overdragelse af aktier være tilknyttet et fast driftssted. Dette tilknytningskriterium er ikke tillagt erhververen, hvis denne er bosiddende i Danmark. Det er vigtigt at have for øje, at det er den grænseoverskridende flytning af aktierne, der udgør en kapitalbevægelse, men som nævnt ovenfor, så er det ikke kun hindringer, der rammer kapitalbevægelsen i sig selv, der udgør restriktioner, men også de hindringer der rammer de aktiviteter, der er uadskilleligt tilknyttet til selve kapitalbevægelsen vil udgøre en sådan restriktion. Dette opstillede tilknytningskriterium, må siges at være uadskilleligt tilknyttet selve kapitalbevægelsen, hvorfor ABL § 34, stk. 3 må kunne prøves efter art. 56 EF.

¹⁴⁶ Eckelkamp præmis 61 og Jäger præmis 44

7.1 Aktieavancebeskatningsloven § 34, stk. 3 som restriktion ifølge art. 56 EF

Art. 56 EF om kapitalens frie bevægelse i EU og tredjelande er på baggrund af tidligere udredning dén artikel, som grænseoverskridende overdragelse af aktier vil skulle prøves under. Derfor er det naturligt at anvende EF-Domstolens metode, som angives i den praksis, der ligger på området ved prøvelse om, hvorvidt ABL § 34, stk. 3 udgør en restriktion for kapitalens frie bevægelighed. Det er allerede fastslået, at en grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession ikke udgør en rent intern situation, hvilket er afgørende for, om Traktatens principper kan anvendes, hvilket også er et krav, som EF-Domstolen kræver opfyldt for at pådømme sagen.¹⁴⁷ Da aktierne som nævnt rent fysisk skifter ejermand ved en gensidig bebyrdende aftale, betragtes dette som en kapitalbevægelse, der foregår grænseoverskridende.

For at afgøre om ABL § 34, stk. 3 udgør en restriktion, må det materielle indhold af bestemmelsen undersøges og derudaf konkluderes om, der sker diskrimination som følge af, at ABL § 34, stk. 3 opstiller hindringer for visse borgere og dermed udgør en restriktion for disse. Domstolen har som ofte fokus på, at restriktionen medfører et værditab for en nærmere afgrænset person eller personkreds.¹⁴⁸ Dermed skal ABL § 34, stk. 3 altså kunne fungere uden, at det deraf følger, at personer, som anvender denne bestemmelse frem for bestemmelserne i samme paragraf om rent nationale overdragelser af aktier med succession, ikke stilles i en ringere økonomisk situation grundet overdragelsen sker grænseoverskridende.

I en national overdragelse af aktier med succession stilles som nævnt en række objektive betingelser til blandt andet familieforhold, størrelsen af aktiekapital som overdrages, virksomhedens kapitalstruktur og at aktierne ikke må indgå som et led i næring ved køb og salg af aktier. Disse samme betingelser stilles ligeledes for aktier, som ønskes overdraget grænseoverskridende via en ABL § 34, stk. 3 overdragelse. Dermed er der indledningsvist ikke forskel i de objektive krav til overdragelsen. I og med at der ikke forskelsbehandles på hjemmehørende og ikke-hjemmehørende personer, må disse være betragtet som sidestillet i alle henseender.¹⁴⁹

¹⁴⁷ C-256/06, Jäger, præmis 26

¹⁴⁸ C-11/07, Eckelkamp, præmis 43 og 44

¹⁴⁹ C-11/07, Eckelkamp, præmis 63

Til forskel for situationen, hvor to danske personer agerer henholdsvis overdrager og erhverver, er der yderligere krav involveret ved en overdragelse imellem en dansk overdrager og en udenlandsk erhverver. Udenlandsk erhverver skal i denne henseende forstås, som en person, der er skattepligtig til en anden stat end Danmark.

Der foreligger i ABL § 34, stk. 3 to overordnede situationer, som gør grænseoverskridende aktieoverdragelse med succession mulig. Den første er tilfældet, hvor en person som følge af overdragelsen af aktierne bliver begrænset skattepligtig til Danmark jævnfør KSL § 2, stk. 1, nr. 4. Om det specifikke indhold af denne form for skattepligt ses ovenfor i afsnit 6.0. Grundlæggende for denne situation er, at den udenlandske erhverver kræves at have et fast driftssted i Danmark, hvortil aktierne kan henføres. Da der allerede er redegjort for, at der ikke opstår et fast driftssted alene ved erhvervelsen af aktier, betyder dette, at den udenlandske erhverver på forhånd skal have et fast driftssted eller ved overdragelsen af aktierne på anden vis være i stand til at oprette et sådant. Ses denne situation i forhold til den rent interne overdragelse, er der væsentligt forskel på de to overdragelser. Der er som sagt ingen krav for den rent danske erhverver skal henføre aktierne til et fast driftssted og det må deraf formodes, at den danske erhverver har langt færre omkostninger forbundet med erhvervelsen. Herudover er der i Danmark pligt til at indlevere selvangivelse for faste driftssteder, hvilket er en byrde, som vil blive pålagt den udenlandske erhverver for det danske faste driftssted. Praksis fra EF-Domstolen har vist, at også sådanne byrder kan udgøre en restriktion i forbindelse med den frie etableringsret (C-9/02 Du Saillant). Eftersom EF-Domstolen tidligere har tillagt dette faktum vægt, må det også kunne have en betydning for de situationer, som beskrives her. Da det at tilknytte aktier til et fast driftssted må formodes at medføre en række negative økonomiske konsekvenser for den udenlandske erhverver, må der foreløbigt kunne konstateres en grad af forskelsbehandling, som virker hindrende for den udenlandske erhverver og kan medføre, at han ikke ønsker at modtage aktierne ved succession.

Kravet, om at aktierne efter overdragelsen skal være tilknyttet til det faste driftssted, stammer fra Aktieavancebeskatningslovens oprindelse, hvor det har været og stadig er et fast princip, at ubeskattet avance optjent i Danmark ikke skal kunne forlade landet uden, at det medfører beskatning. Således forhindrer ABL § 34, stk. 3 altså en reel overdragelse af aktier, hvor også beskatningsretten til aktien overdrages. Dette skal naturligvis ses i forhold til det faktum, at aktien er overdraget med succession og derfor er hele den latente skattepligt overdraget til

erhververen, hvilket gør situationen om manglende evne for Danmark til at beskatte denne latente avance sværere eftersom, der nu er tale om en erhverver i udlandet. På trods af dette er det stadig nødvendigt at sammenligne med, hvad der sker i den rent nationale overdragelse med succession. Her er der ikke et skærpet krav om, at aktierne skal falde under dansk beskatning, da det ligger implicit i bestemmelsen. Dermed er der i begge krav om, at aktiernes latente beskatning efter overdragelsen kan beskattes i Danmark ved afhændelse til tredjemand, men ABL § 34, stk. 3 opstiller dog flere hindringer og økonomiske byrder for de børn, som erhverver aktierne som udlændinge.

Den anden situation i ABL § 34, stk. 3 opstår, når erhververen er omfattet af KSL § 1, men på grund af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med en fremmed stat, Grønland eller Færøerne bliver betragtet som skattemæssigt hjemmehørende dér. I sådanne tilfælde skal samme DBO tildele Danmark beskatningsretten til aktierne. Der er tidligere redegjort for, hvordan dette kan ske og konklusionen er, at der skal være tale om enten, at aktierne udgør en del af erhvervsformuen i et fast driftssted eller, at aktiernes aktiver udgør mere end 50 % fast ejendom i Danmark. Generelt tildeles beskatningsretten på aktier den stat, hvori personen, som ejer dem, er hjemmehørende.

På samme måde som ovenfor betyder kravet om, at aktierne skal beskattes som en del af erhvervsformuen i et fast driftssted, at dette kan medføre en hindring for at modtage aktierne i og med, der i forvejen skal foreligge et fast driftssted eller, at erhverver er nødsaget til at oprette et sådant. Det gentages, at aktier alene ikke kan udgøre et fast driftssted og derfor kræver det, at erhverver har en anden virksomhed med et fast driftssted i Danmark, som aktierne kan henføres til. Ligeledes vil der i denne situation være tale om, at der skal oprettes en selvangivelse for erhververen, men dette er i nogen grad en mindre hindring, eftersom personen i forvejen på grund af sin KSL § 1 tilstand er forpligtet til at indlevere selvangivelse.

Som nævnt kan aktier, hvor mere end 50 % af aktiverne består af fast ejendom beliggende i Danmark, beskattes i Danmark og dermed er ABL § 34, stk. 3 opfyldt. Situationen er til dels abstrakt og forekommer usandsynlig, da de danske regler også tager højde for kapitalstrukturen i virksomheden. Med andre ord skal aktierne indeholde 50 – 75 % ejendomme for, at ovenstående skulle kunne lade sig gøre. Skete den tilsvarende overdragelse internt i Danmark ville kravet om ejerskab af minimum 50 % fast ejendomme i Danmark ikke spille nogen rolle, da

de nationale regler blot opstiller et loft for passive kapitalanbringelser på max 75 %. Dermed er der endnu en situation, hvor den danske erhverver stilles i en langt mere fordelagtig situation end den udenlandske.

På baggrund af ovenstående argumenter må det konkluderes, at ABL § 34, stk. 3 udgør en restriktion for kapitalens frie bevægelighed. Denne konklusion begrundes med, at to ens overdragelser behandles forskelligt ud fra den ene forskel, at overdragelsen sker grænseoverskridende frem for internt i Danmark. Dermed fører restriktionen til en diskrimination, hvilket ikke er tilladt indenfor EU. Herefter må det undersøges om art. 58, stk. 1 i sammenhæng med stk. 3 kan begrunde denne forskelsbehandling. Denne undersøgelse vil ligeledes fokusere på, om restriktionen kan anses for at være et tvingende alment hensyn. I forlængelse af dette vil det blive analyseret, om de nationale regler er egnet til at forfølge målet og om dette kunne gøres ved et mindre indgribende middel. Som nævnt foretages der ikke en decideret "Gebhard-test", men praksis på området har anvendt lignende metoder ved afgørelsen af disse punkter.

7.2 Restriktion begrundet i art 58 EF

Som udgangspunkt giver art. 58, stk. 1, litra a mulighed for medlemsstaterne til at forskelsbehandle imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælsland eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret. Art. 58, stk. 1, litra a er ved flere afgørelser blevet understreget som værende en artikel, der skal fortolkes strengt og indskrænkende.¹⁵⁰ I tæt sammenhæng til art. 58, stk. 1, litra a følger art. 58, stk. 3, som ligeledes indskrænker muligheden for anvendelsen af art. 58, stk. 1, litra a, eftersom den forbyder, at tiltag efter art. 58, stk. 1, litra a må være et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning til den frie bevægelighed af kapital i art. 56 EF.¹⁵¹

I det tilfælde, at en til Danmark begrænset skattepligtig person ønsker at modtage aktier med succession fra en ubegrænset skattepligtig, kræves der i medfør af KSL § 2, stk. 1, litra a, 9. pkt., at den begrænset skattepligtige enten kan eller vælger at lade sig beskatte af aktierne som om, han var ubegrænset skattepligtig til Danmark ved at disse skal indgå i et fast driftssted. Hvis overdragelsen sker til personer, som er ubegrænset skattepligtige til Danmark, som i øvrigt

¹⁵⁰ C-319/02, Petri Manninen, præmis 28, C-11/07, Eckelkamp, præmis 57, C-256/06, Jäger, præmis 40

¹⁵¹ C-11/07, Eckelkamp, præmis 58

opfylder kravene i ABL § 34 uden, at de på grund af bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst er hjemmehørende i en fremmed stat, Grønland eller Færøerne, vil der ikke blive stillet krav om at træffe lignende valg.

Dette skatteregime bygger på Aktieavancebeskatningslovens oprindelige krav om, at ingen avancer skal slippe ubeskattet ud af landet. Følges princippet i art. 58, stk. 1, litra a, er det i orden for medlemsstaterne at gøre, hvad der er nødvendigt for at opretholde sammenhængen i deres beskatningsordning. Sammenhængen i beskatningsordenen er en begrundelse for et værnsmiddel, der ofte påberåbes, men sjældent accepteres af domstolen. Dog har en række sager¹⁵² vist rækkevidden af dette værn. I nogle af sagerne kommer princippet om sammenhængen af beskatningsordenen til udtryk via den proportionalitetsbedømmelse, der finder sted. Inden for rammerne af art. 56 EF og 58 EF findes der en ligeledes række afgørelser, hvor dette ligeledes har været prøvet. Dette ses blandt andet i C-256/06 Jäger, C-11/07 Eckelkamp, C-513/03 Hilden-Van Der Heijden, C-265/04 Margaretha Bouanich, C-35/98 Verkooijen, C-319/02 Petri Manninen, C-43/07 Arens Sikken og C-315/02 Anneliese Lenz.

ABL § 34, stk. 3 sonderer imellem forskellige skatteborgere på baggrund af deres bopæl, hvilket umiddelbart er i overensstemmelse med art. 58, stk. 1, litra a. Dog har EF-Domstolen ved flere lejligheder påvist, at denne praksis skal udføres med varsomhed. Således fremgår det af C-11/07 Eckelkamp præmis 57: *"Artikel 58 EF skal som en undtagelse til det grundlæggende princip om de frie kapitalbevægelser fortolkes indskrænkende. Denne bestemmelse kan derfor ikke fortolkes således, at enhver skattelovgivning, som sonderer mellem de afgiftspligtige alt afhængig af det sted, hvor de er bosat, eller den medlemsstat, i hvilken de investerer deres kapital, uden videre er forenelig med traktaten"*. Samme princip fremgår af C-256/06 Jäger præmis 40: *"Denne bestemmelse kan derfor ikke fortolkes således, at enhver skattelovgivning, som sonderer mellem de afgiftspligtige alt afhængig af det sted, hvor de er bosat, eller den medlemsstat, i hvilken de investerer deres kapital, uden videre er forenelig med traktaten."* Ligeledes blev princippet udmøntet i præmis 26 i C-315/02 Anneliese Lenz, som drejede sig om forskelsbehandling af beskatning på udbytter fra aktier begrundet i Anneliese Lenz' bopæl. I sammen doms præmis 27 fastslås af Domstolen: *"en national skattelovgivning som den her omhandlede, der sonderer mellem kapitalindtægter, der hidrører fra selskaber, der er hjemmehørende i den berørte*

¹⁵² C-204/90 Bachmann, C-300/90 Kommissionen mod Belgien, C-446/03 Marks & Spencer, C-414/06 Lidl, C-196/04 Cadbury Schweppes

medlemsstat, og sådanne, der hidrører fra en anden medlemsstat, kun er forenelig med traktatens bestemmelser om de frie kapitalbevægelser, såfremt forskelsbehandlingen vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller som er begrundet i tvingende almene hensyn, såsom nødvendigheden af at bevare sammenhængen i beskatningsordningen, bekæmpelse af skatteunddragelse og skattekontrollens effektivitet". Dette princip er gentaget i C-35/98 Verkooijen, præmis 44, C-11/07 Eckelkamp, præmis 58 og C-256/06 Jäger, præmis 41.

Dermed synes rækkevidden af art. 58, stk. 1, litra a at være afdækket og det vil nu prøves om ABL § 34, stk. 3 kan begrundes med denne undtagelse. Umiddelbart gør ABL § 34, stk. 3 forskel imellem skatteydere på baggrund af deres bopæl, eftersom der kræves yderligere tilknytning for personer, der ikke er bosat i Danmark eller som på baggrund af en dobbeltbeskatningsoverenskomst er hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland. Denne forskelsbehandling er der i traktaten umiddelbart hjemmel til at gennemføre, dog skal dette påses under art. 58, stk. 3.

EF-Domstolen påviser i C-11/07 Eckelkamp, præmis 63, at når der sker sammenligning af skattesubjekter hvorved, at de behandles ens i overdragelse af aktier med succession, så kan en enkelt forskel i vilkårene ikke begrunde en forskellig behandling, da nærmere regler og vilkår for den nævnte beskatning ikke befinder sig i en objektivt forskellig situation. Som påvist er kravene, lige indtil at overdragelsen af aktier skal ske over grænsen, ens. Der forlanges samme familiære status, samme mængde kapitaloverdragelse og den samme kapitalstruktur i virksomheden. Den skelsættende forskel opstår ved, at der forlanges, at beskatningsretten tilkommer Danmark efter grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession.

EF-Domstolen har i sin fortolkning af vilkårlig forskelsbehandling eller skjult begrænsning på objektive sammenlignelige situationer, hvor der har været tendens til at give skatte- og afgiftsmæssig fordel udelukkende på baggrund af bopæl og national placering af kapital, ikke kunnet begrunde medlemslandenes restriktioner i art. 58, stk. 1, når der er tale om objektive sammenlignelige situationer. Ligeledes er situationen med ABL § 34, stk. 3, sammenlignet med de øvrige bestemmelser i ABL § 34, som giver den danske bosatte overdrager og erhverver fordel over for den udenlandske erhverver. Derfor må det konkluderes at ABL § 34, stk. 3 indeholder bestemmelser, som vilkårligt forskelsbehandler objektive sammenlignelige situationer, hvilket er i strid med den frie etableringsret.

7.3 Almene hensyn

Før indførelsen af art. 58 EF var det almindeligt antaget af EF-Domstolen, at tiltag der gør forskel imellem skatteydere, var i overensstemmelse med EU-retten, såfremt de kunne begrundes i tvingende almene hensyn.¹⁵³ Et almindeligt anerkendt alment hensyn er at sikre sammenhængen i beskatningsordningen.¹⁵⁴ Hermed må ABL § 34, stk. 3 også undersøges for, om denne bestemmelse er med til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen i Danmark.

Da overdragelsen af aktier sker med succession, er det altovervejende princip, at beskatningen af en eventuel avance først finder sted, når erhverver sælger aktierne til en tredjemand. Ved at tillade denne type overdragelse grænseoverskridende opstår der reelt en risiko for, at Danmark mister beskatningsretten på den avance, som er optjent i Danmark. Derfor har det altovervejende princip i ABL § 34, stk. 3 også altid været at sikre beskatningsretten til disse avancer vil tilkomme Danmark.

Omkring sammenhængen af beskatningsordningen har domspraksis ved EF-Domstolen vist, at det er muligt at opretholde en restriktiv lovgivning, såfremt denne kan begrundes med at sikre sammenhængen i beskatningsordningen. Det følger dog af Domstolens praksis, at disse restriktioner skal være proportionelle og egnede til at følge de mål, der søges.

C-300/90 Kommissionen mod Belgien og C-204/90 Bachmann er sager, hvor sammenhængen i beskatningsordningen anvendes til at begrunde den restriktion, som prøves ved domstolen. I disse sager var problemstillingen, at borgere i de enkelte medlemsstater ønskede at få fradrag for indbetalinger på pensionsopsparinger og livsforsikringer i andre medlemsstater. Da fradraget givet af de pågældende medlemsstater var afhængigt af, at der senere kunne ske beskatning af udbetalingen på samme ordning, kunne den restriktive ordning opretholdes med henvisning til, at det ville betyde et brud på sammenhængen i beskatningsordningen, hvis sådanne fradrag ville blive indrømmet.

I C-484/93 Svensson og Gustavson, C-136/00 Danner, C-154/04 Kommissionen mod Danmark blev argumentet om sammenhæng i beskatningsordningen afvist som værende gyldigt argument for at pålægge restriktioner for borgerne i medlemsstaterne. Der er argumenteret for

¹⁵³ C-35/98, Verkooijen, præmis 43

¹⁵⁴ Sag C-204/90 Bachmann

at restriktioner kan opretholdes på grund af, at medlemsstaten ønsker at sikre sammenhængen i beskatningsordningen, kræver en skatteordning med en strengt logisk sammenhæng.¹⁵⁵ Således er argumentet om sammenhæng i beskatningsordningen ikke blevet til dét universalmiddel som måske håbet af medlemsstaterne efter blandt andet C-204/90 Bachmann.

Ligeledes har det på området for juridiske personers frie etablering været grænser forbundet med sammenhængen i de enkelte landes beskatningsorden. Således kan ses C-446/03 Marks and Spencer og C-414/06 Lidl, hvor en beskatningsorden i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet er med til at sikre at medlemsstaternes beskatningskompetence ikke udhules. Dette efterlader spørgsmålet om, hvor vidt ABL § 34, stk. 3 kan begrundes ud fra sammenhængen i beskatningsordningen.

Henset til argumentationen i C-204/90 Bachmann og C-300/90 Kommissionen mod Belgien, hvor fradrag givet på ét tidspunkt skal kunne begrundes i en sammenhængende beskatning på et senere tidspunkt, vil ABL 34, stk. 3 medføre et lignende problem. Ved at lade aktier overdrage til en anden medlemsstat med succession opstår der reel risiko for, at den latente gevinst, som er optjent på aktierne, aldrig kommer til beskatning i Danmark. Således ville det være oplagt at argumentere for, at den skattemæssige fordel som gives til overdrager, ligeledes skal komme til beskatning ved erhververs overdragelse. Dette er der reelt ingen garanti for vil ske, da erhverver principielt kan være ude af dansk beskatning medmindre, der foreligger et tilknytningskriterium, hvilket er tilfældet i denne situation. Havde tilknytningskriteriet ikke eksisteret kunne denne type overdragelse (særligt efter at kravene til overdragelsen er lempet til 1 % af aktiekapitalen) være et middel til at få aktier med en høj latent gevinst overdraget til en person bosiddende i et lavt beskattet land.

Derfor synes argumentationen umiddelbart at pege hen imod, at restriktionen kan begrundes i det almene hensyn, som er at bevare sammenhængen i den danske beskatningsordning. Det må dog erindres, at der reelt ikke sker beskatning ved overdragelse af aktierne eftersom, der ikke konstateres afståelse ved overdragelse med succession. Således er der reelt ikke nogen gevinst til beskatning og det virker derfor omsonst at anvende argumentationen om at bevare sammenhængen i beskatningsordningen, når der reelt ikke finder nogen beskatning sted. Således er der ikke den samme symmetri i tilfældet, hvor aktier overdrages med succession,

¹⁵⁵ Engsig og Runge, 2008, s. 839 f.

som der er ved indbetaling til pensionsopsparing med fradrag mod senere beskatning af den samme indbetaling ved dens udbetaling (Bachmann). I tilfældet, hvor aktierne overdrages med succession sker der heller ej afståelse, hvilket også er med til at distancere situationen til de situationer, hvor sammenhængen i beskatningsordningen skal opretholdes. Dermed kan der ikke siges, at være den symmetri i ABL § 34, stk. 3 der gør, at restriktionen kan begrundes i tvingende almene hensyn. Herefter vil det ligeledes blive undersøgt om ABL § 34, stk. 3 er egnet til at opnå det mål, som tilstræbes og om dette sker proportionelt – altså med det mindst mulige indgreb for borgeren.

7.4 Proportionalitet

Når erhverver indtræder i overdragers tid, sum og hensigt, svarer det reelt til, at der ikke er sket afståelse. Sker overdragelsen grænseoverskridende er det konkluderet, at dette involverer en restriktiv bestemmelse. Dermed kan Danmark ikke forlange, at beskatningsretten på aktierne efter overdragelsen fortsat er tildelt Danmark. Således bliver situationen, hvor aktier overdrages grænseoverskridende, og hvor beskatningsretten til aktierne samtidig forlader Danmark, at sidestille med en fraflytning jævnfør ABL § 38. Dermed er der reelt ingen forskel på den situation, hvor senior selv vælger at fraflytte landet og indtræde i ABL § 38 og på den situation, hvor aktierne overdrages grænseoverskridende med succession, hvor erhverver indtræder i aktiernes tid, sum og hensigt. Fraflytningstidspunktet må da være på det tidspunkt, hvor erhverver indtræder i overdragers skattemæssige stilling, hvad aktierne angår.

EF-Domstolens praksis vedrørende fraflytningsbeskatning (Exit Taxation) i blandt andet C-9/02 Du Saillant forhindrer medlemsstaterne i at have en lovgivning, som besværliggør fraflytning fra en medlemsstat til en anden som følge af en beskatning. Således er der i sagens præmis 60 udtalt af Domstolen, at tab af skatteindtægter efter fast retspraksis ikke kan anvendes som et tvingende alment hensyn, når det direkte strider imod en grundlæggende frihed i traktaten. Sagen omhandlede en fransk bosiddende person, som ved at flytte til Belgien blev antaget som havende afstået sine aktier i Frankrig. I Frankrig eksisterer en henstandsordning, men denne er betinget af, at der på betryggende vis stilles sikkerhed for den latente skat. Dette finder Domstolen, at være i strid med den frie etableringsret og restriktionen kan endvidere ikke begrundes i sammenhængen i skatteordningen (præmis 62). Dommen har i øvrigt ført til en ændring af de danske fraflytningsbeskatningsbestemmelser (ABL §§ 38-39 b), hvor der nu også

kan opnås henstand uden sikkerhedsstillelse ved flytning inden for Fællesskabet. Reglerne er siden blevet ændret flere gange.

Således vil det i de tilfælde, hvor en dansk person har oparbejdet en latent skattebyrde på aktier og vælger at fraflytte til et andet EU-land, medføre en fraflytningsbeskatning jævnfør ABL § 38, kan der som nævnt, i overensstemmelse med EF-Domstolens praksis, stilles henstand for den latente skattebyrde. Sikkerhedsstillelsen kan ske med de aktier, som anses for at være afstået og disse vil komme til beskatning i tilfælde af at personen vælger at afhænde aktierne efterfølgende. Den eneste forskel imellem de to opstillede situationer er, at ved succession er erhverver påkrævet at være fortsat skattepligtig af aktierne til Danmark, hvilket er blevet vist som udelukkende værende muligt via et fast driftssted. At lade aktier være tilknyttet et fast driftssted er et langt mere vidtgående krav end blot at lade dem undergå en fraflytningsbeskatning med efterfølgende henstand.

Dette bringer os frem til at konkludere, at ABL § 34, stk. 3 ikke er en egnet bestemmelse til at forfølge det mål, som søges. Der kunne med få midler ændres i lovgivningen således, at de to situationer ville ligne hinanden og dermed ville bestemmelsen i ABL § 34, stk. 3 også blive proportionel. I stedet for at opretholde beskatningen på aktierne via et tilknytningskriterium ville det være langt mere simpelt og fordelagtigt at lade de aktier, som er overdraget med succession, indgå i fraflytningsreglerne jævnfør ABL § 38.

7.4.1 Fraflytning

ABL § 38 medfører, at aktier, som Danmark mister beskatningsretten til, skal betragtes som afstået ved beskatningsrettens ophør. Der skal med andre ord være tale om en fraflytning, hvor dansk skattepligt ophører, fordi personen ikke længere er skattepligtig efter KSL § 1 jævnfør KSL § 10 eller ved, at personen på grund af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med en fremmed stat, Færøerne eller Grønland bliver betragtet som værende hjemmehørende dér. KSL og ABL afviger en smule fra hinanden ved, at fraflytning i KSL § 10 statueres ved ophør af beskatning efter KSL § 1 eller ved, at personen på grund af en DBO bliver hjemmehørende i en anden stat. ABL § 38 tager højde for den lidt bredere situation, hvor personer, som af aktierne kun er skattepligtige efter KSL § 2, reelt ikke er at betragte som værende fraflyttet. Det er dog tidligere påvist, at denne situation sjældent må kunne forventes at fremkomme i praksis.

Bliver en person omfattet af fraflytningsreglerne i ABL § 38, er det muligt jævnfør ABL § 38, stk. 5 at få henstand for den latente skattebyrde, der kan forekomme på de aktier, som anses for at være afstået. Hvis fraflytning sker til et land uden for EU eller det Nordiske samarbejde kræves der på betryggende vis stillet sikkerhed for den latente skattebyrde jævnfør ABL § 39, stk. 3. Dermed vil en erhverver, som modtager aktier ved en grænseoverskridende overdragelse med succession være nødsaget til at lade sig beskatte som fraflytter og har efterfølgende mulighed for at få henstand med den latente skattebyrde, hvilket kræver indlevering af selvangivelse og en beholdningsoversigt og de aktier, som indgår i henstanden jævnfør ABL §§ 39, stk. 2 og 39 a, stk. 1.

ABL § 34, stk. 3 overdragelser er særskilt nævnt i ABL § 38, stk. 3 og falder derfor udenfor undtagelsen om, at personen, som fraflytter, skal have været skattepligtig efter Kildeskattelovens § 1 eller § 2 af aktiegevinster i en eller flere perioder på i alt mindst 7 år inden for de seneste 10 år før skattepligtsophøret. Ligeledes er overdragelser, som omfatter aktier til en værdi på under kr. 100.000 også undtaget fraflytningsbeskatning jævnfør ABL § 38, stk. 2.

Gevinsten på aktierne opgøres jævnfør ABL § 38, stk. 4 efter ABL §§ 23 – 29 og § 47 (hovedaktionærnedslag), som anvender realisationsprincippet ved beregning af gevinsten. Er der tale om hovedaktionæraktier jævnfør ABL § 4 giver § 47 adgang til at foretage et nedslag i værdien, hvilket ikke nærmere skal behandles i denne opgave.

Det følger endvidere af ABL § 24, stk. 1, at tab og gevinster skal opgøres efter gennemsnitsmetoden i ABL § 26, stk. 1. Gennemsnitsmetoden indebærer, at man ved forskellige anskaffelsesværdier på den samme aktie "puljer" disse med en middeltkurs, som anvendes til beregning af anskaffelsessum ved salg af disse aktier. Dette ville i praksis betyde, at værdien af aktier, som ønskes overdraget, skal opgøres som var de handlet imellem uafhængige parter og på baggrund af denne værdiansættelse ville den latente skattebyrde fremkomme. Dette er en proces, som alligevel skal gennemgås, når aktier overdrages jævnfør ABL § 34. Den fremkomne skattebyrde ville på samme måde som ved en fraflytning blive registreret hos erhververen, som nu er underlagt en henstandsbeskatning til Danmark. Dermed bliver situationen magen til den, der forekommer, hvis en person blot havde valgt at fraflytte landet med sine aktier. Derfor ville vores forslag til ændring af dette skatteregime involverer en ændring af ABL §§ 34 og 38.

7.4.2 Ændring af Aktieavancebeskatningsloven

ABL § 34, stk. 3 skulle ændres således, at tilknytningskriterierne bliver fjernet mod, at der bliver indsat en bestemmelse, som medfører, at grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession bliver omfattet af reglerne om fraflytning. Herudover ville ABL § 38 skulle indeholde en opsamlingsbestemmelse, som sikrer, at alle overdragelser, som sker i henhold til ABL § 34, stk. 3 altid ville skulle betragtes som et fraflytningstilfælde. Bestemmelserne kunne måske affattes således:

ABL § 34, stk. 3 ændres til:

Hvis erhververen på grund af sit hjemsted ikke er skattepligtig af aktierne her til landet efter kildeskattelovens §§ 1 og 2, gælder stk. 2 kun i det omfang, at aktierne, der overdrages, anses for at være omfattet af § 38 på tidspunktet for den grænseoverskridende overdragelse.

Hvis erhververen er skattepligtig her til landet efter kildeskattelovens § 1, men i henhold til bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med en fremmed stat, Færøerne eller Grønland må anses for hjemmehørende dér, gælder stk. 2 kun, i det omfang, at aktierne, der overdrages, anses for at være omfattet af § 38 på tidspunktet for den grænseoverskridende overdragelse.

ABL § 38 stk. 3 får en tilføjelse:

Reglerne i stk. 1 gælder kun for personer, der har været skattepligtige efter kildeskattelovens § 1 eller § 2 af aktiegevinster i en eller flere perioder på i alt mindst 7 år inden for de seneste 10 år før skattepligtsophøret. Reglerne i stk. 1 gælder dog også, hvis aktierne er erhvervet fra den skattepligtiges ægtefælle og denne opfylder betingelserne i 1. pkt. Endvidere gælder reglerne for personer, der ved erhvervelse af aktier efter §§ 34, 35 og 35 A er indtrådt i overdragerens skattemæssige stilling, og for aktier, der er erhvervet ved en skattefri virksomhedsomdannelse, hvor den personligt ejede virksomhed er erhvervet ved succession. *Overdragelser, som sker i medfør af § 34, stk. 3 til personer, som ikke er eller har været skattepligtige af aktiegevinster efter kildeskatteloven §§ 1 og 2 eller som på baggrund af bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, må betragtes som hjemmehørende dér, er også omfattet af stk. 1.*

Disse udtryk for de lege ferenda vil formentlig medføre flere hensigtsmæssige vilkår for at overdrage aktier med succession grænseoverskridende.

Situationen bliver nu den, at der ikke gøres forskel på en indenlandsk og udenlandsk erhverver, da dette er at sidestille med tilfældet, hvor den indenlandske erhverver medtager aktierne, han har modtaget ved succession over grænsen og ligeledes ville være omfattet af fraflytningsreglerne i ABL § 38. Dermed har den udenlandske erhverver nu på samme vilkår som den indenlandske erhverver, hvilket i øvrigt er i overensstemmelse med EU-retten, mulighed for at kunne modtage aktier med succession. Dette åbner også op for at den udenlandske erhverver kan modtage den latente skattebyrde uden, at aktierne skal indgå i et fast driftssted, hvilket gør overdragelsen væsentligt nemmere – både økonomisk og administrativt. Der forlanges på lige fod med et almindeligt fraflytningstilfælde en selvangivelse, hvor der anmodes om henstand for aktiebeskatning, hvilket også kræver, at der indleveres en beholdningsoversigt over de aktier henstanden vedrører.

Formålet med ABL § 34, stk. 3 har siden sin oprindelse (ABL § 11) været, at Danmark ikke skulle miste latent skat på aktieavance i de tilfælde, hvor aktierne ville glide ud af dansk beskatning. Målet med bestemmelsen har været at holde beskatningsretten til denne avance i Danmark. Forslaget sikrer, at Danmark beholder beskatningsretten til den avance, som er optjent i al den stund, at aktierne har været underlagt dansk beskatning. Dermed bevares beskatningsretten i Danmark og formålet, henset til den påvirkning som EU-retten har haft på national ret, er stadig intakt. Dermed ville der nu være en tilstand, hvor den indenlandske og udenlandske erhverver sidestilles i alle henseender ved overdragelse af aktier med succession.

Hermed er den fundne restriktion i ABL § 34, stk. 3 via et forslag om et mindre indgreb ved disse typer af overdragelser gjort egnet til at forfølge det mål, som bestemmelsen opstiller. Med denne forholdsvis enkle ændring gøres bestemmelsen proportionel og bringer forholdene i overensstemmelse med EU-retten.

Ændringen af de to bestemmelser løser ikke problemet fuldstændigt, da de nye fraflytningsbeskatningsregler¹⁵⁶, i henholdsvis SU.2009.157 og SU.2009.158, beskyldes af Jane

¹⁵⁶ Lov nr. 906 af 12/09/2008, L 187

Bolander¹⁵⁷ og Jens Ravnkilde¹⁵⁸ for at være i strid med EU-retten. Begge forfattere er af den overbevisning, at fraflytningsreglerne før 2008 var i overensstemmelse med de principper, som fulgte af C-09/02 Du Salliant og C-470/04 N, hvor reglerne om henstandsbeskatning med sikkerhedsstillelse blev betragtet som værende en restriktion for den frie etableringsret. Men med de seneste ændringer til de nye fraflytningsbeskatningsregler opstår der en situation, hvor der igen er risiko for at det at fraflytte landet er belagt med restriktioner. For at ovennævnte løsningsforslag skal kunne være i overensstemmelse med EU-retten, kræver det ligeledes, at fraflytningsreglerne også bringes i overensstemmelse med EU-retten.

De to problemstillinger må holdes adskilt og skulle det vise sig, at de nye fraflytningsbeskatningsregler reelt udgør en restriktion for den frie etablering, så må dette løses særskilt i overensstemmelse med EU-retten. Dette ændrer dog ikke på det løsningsforslag til henholdsvis ABL §§ 34, stk. 3 og 38, stk. 3, som gives ovenfor, da forslaget sikrer, at aktier kan overdrages til en udenlandsk erhverver uden, at overdragelsen kræver oprettelse af et fast driftssted i Danmark og dermed ikke udgør en restriktion for kapitalens frie bevægelighed.

¹⁵⁷ Professor, ph.d. ved Syddansk Univesitet

¹⁵⁸ Advokat, dr. phil. Steffensen Advokatfirma

8.0 International tilbagesuccession

Tidligere i specialet er der redegjort for indførelsen og formålet med de nye danske regler om tilbagesuccession, som har haft virkning siden 1. januar 2009. Som de danske generationsskifteregler er i dag, er der ved rene danske overdragelser, hvor både erhverver og overdrager begge er skattepligtige til Danmark af aktieavancer, umiddelbart ingen forskel på at overdrage aktier fra senior til junior og herefter lade dem gå tilbage igen med succession. Overdragelsen fra junior til senior er principielt blot endnu en overdragelse med succession, men overdragelsen kan fremstå uordinær, eftersom denne overdragelse går imod den almindelige retning i generationsskifte.

I tilfældet hvor erhverver opfylder ABL § 34, stk. 3, vil en efterfølgende tilbagesuccession medføre, at aktierne afstås fra det faste driftssted, som om de er en del af erhvervsformuen. Dette ville gælde uanset om erhverver i første omgang (før han selv bliver overdrager) var skattepligtig efter KSL § 2, stk. 1, nr. 4 eller på baggrund af en DBO med fremmed stat, Grønland eller Færøerne var hjemmehørende dér og Danmark således efter samme DBO fik tilkendt beskatningsretten på aktierne. Herved er problemet om dobbeltbeskatning på forhånd løst og vil således ikke blive aktuelt, da det ligger implicit i tilknytningskravene i ABL § 34, stk. 3. Afgørelsen af hvilken stat, som har ret til at beskatte aktieavancen skal findes i den pågældende DBO's art. 13, stk. 2.

Ændres Aktieavancebeskatningsloven som tidligere foreslået ville det medføre, at den danske beskatningsret får ende ved en grænseoverskridende overdragelse. Beskatningsretten på den allerede oparbejdede avance opretholdes via en henstandsordning. Dermed vil den stat, som erhverver er bosiddende i kunne tage aktierne ind til en anskaffelsessum og ved senere afståelse ville staten kunne beskatte den avance, som eventuelt er oparbejdet i perioden, hvor beskatningsretten til aktierne har befundet sig i denne nye stat. Ved salg af aktierne til tredjemand kommer således både den beskatning, som er oppebåret i Danmark jævnfør ABL § 39 a, stk. 2 og den beskatning, som er oppebåret i den nye stat til realisation i hver sin stat.

I tilfælde hvor junior ejer aktierne i en periode på under 5 år og herefter ønsker at anvende reglerne i ABL § 35 A til at overdrage aktierne tilbage med succession, så kræver det, at junior i det hele taget er omfattet af dansk beskatning. Med de foreslåede lovændringer kan der opstå situationer, hvor junior ikke er skattepligtig til Danmark efter hverken KSL §§ 1 eller 2 og

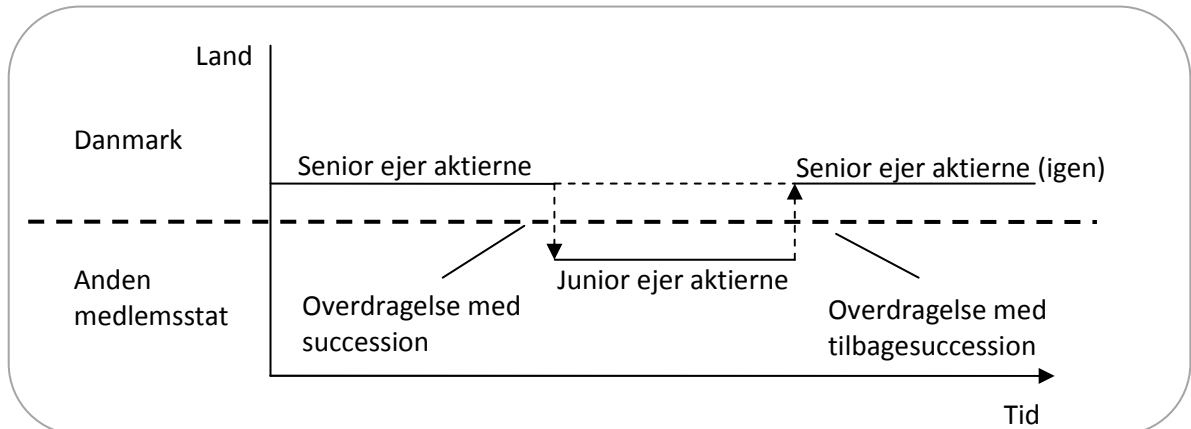
dermed heller ikke er skattepligtig af et eventuelt salg af aktierne. Dermed bliver adgangen til at anvende ABL § 35 A udelukket, fordi ABL regulerer opgørelsen af tab og gevinst på aktier ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Den skattepligtige indkomst opgøres efter principperne i PSL, som indledningsvist kræver, at personen er skattepligtig til Danmark. Da der kan findes eksempler, hvor der i udgangspunktet ikke eksisterer nogen hjemmel til beskatning af junior i udlandet, ville det være et brud imod GRL § 43 og dermed legalitetsprincippet i skatteretten ved at lade reglerne i ABL § 35 A anvende på sådanne situationer. Således ville et forsøg på at sælge aktierne tilbage til senior med succession blive betragtet som en afståelse til tredjemand og henstandsbeskatningen ville komme til realisation hos junior.

Det må dog antages at situationen, hvor junior uden skattemæssig tilknytning til Danmark, på lige fod med en fraflytter¹⁵⁹ kan anses for på ny at få skattemæssigt hjemsted i Danmark. Junior er ved den tidligere grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession oprindeligt indtrådt i seniors skattemæssige tid, sum og hensigt og er derved at betragte som værende tidligere skattepligtig til Danmark – og nu fraflyttet. På samme vilkår som der gives for at tidligere skattepligtige med henstandsbeskatning til at indtræde i skattepligten på ny, må ABL § 35 A på samme måde kunne anvendes af junior til at statuere tilbageflytning – blot ved overdragelse af aktier med succession til senior. Dermed må det konstateres, at tilbagesuccessionsreglerne i ABL § 35 A også kan anvendes af den udenlandske erhverver, uden at denne tidligere har haft egentlig skattemæssig tilknytning til Danmark.

Sker der det, at aktierne forbliver i en henstandsordning under hele perioden for aktiernes ophold hos en ejer (junior) i udlandet og de herefter returneres til senior ved brug af henholdsvis ABL §§ 35 A og 39 B, er der risiko for, at der kan opstå økonomisk dobbeltbeskatning.

¹⁵⁹ ABL § 39 b

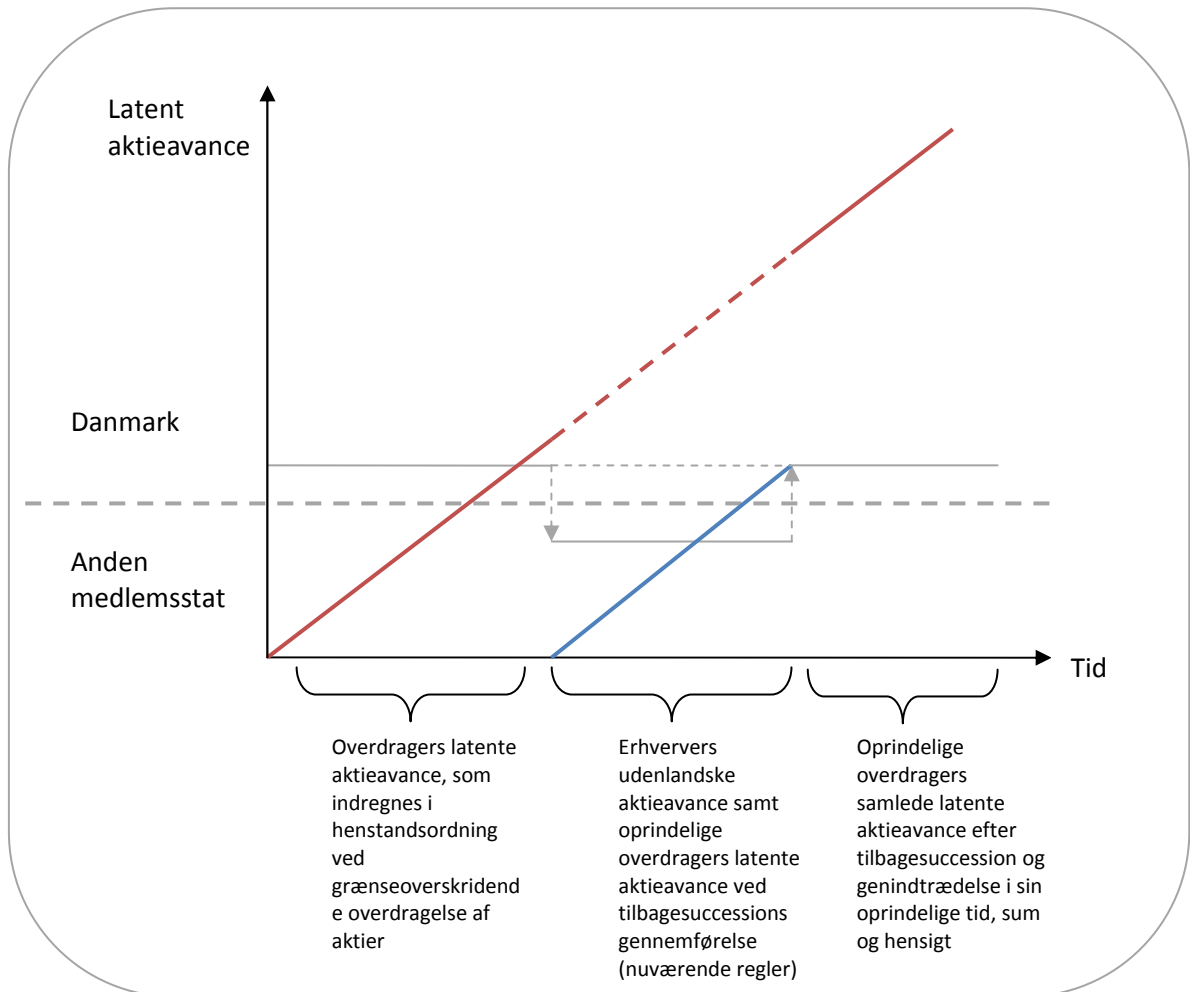
Figur 4 Grænseoverskridende succession og tilbagesuccession



Figuren illustrerer, hvordan senior i en grænseoverskridende tilbagesuccession genindtræder i sin oprindelige tid, sum og hensigt samt i juniors tid, sum og hensigt.

Denne økonomiske dobbeltbeskatning opstår som følge af, at junior i udlandet bliver beskattet af avancen på aktierne og i samme periode, hvor denne aktieavance er optjent, bliver senior beskattet ved sin senere afståelse af aktierne som følge af, at han genindtræder i tid, sum og hensigt på aktierne. Ved at genindtræde i aktiernes tid, sum og hensigt fjernes også den henstandssaldo, som blev givet ved fraflytning (succession over grænsen) og da aktierne nu ikke længere i skatteretligt henseende har været i udlandet, bliver de beskattet fra seniors oprindelige ejertid, hvilket ligger før tidspunktet for successionen. Dette betyder, at den periode som junior beskattes af i udlandet, vil senior ligeledes blive beskattet af i Danmark. Dermed er der opstået en situation, hvor to subjekter er skattepligtige af samme gevinst i to forskellige stater.

Figur 5 Økonomisk dobbeltbeskatning ved tilbagesuccession



Figuren illustrerer hvordan, der kan forekomme økonomisk dobbeltbeskatning i tilfælde hvor aktier overdrages grænseoverskridende med succession og tilbagesuccession.

Da der er tale om økonomisk dobbeltbeskatning, hvor det er to subjekter, der beskattes hver især af det samme aktivs avance i samme tidsrum, kan principperne fra dobbeltbeskatningsoverenskomsterne ikke anvendes, da disse udelukkende regulerer juridisk dobbeltbeskatning af subjekter jævnfør MDBO art. 3, stk. 1 a): "udtrykket person omfatter en fysisk person(...)". Dermed må der findes andre muligheder for at få løst denne type af dobbeltbeskatning. En mulighed kunne være den fælles aftaleprocedure, som findes i MDBO art. 25. Denne artikel kan anvendes i tilfælde, hvor situationen ikke er omfattet de almindelige bestemmelser i en DBO eller situationer, som slet ikke er omfattet af en DBO. Art. 25 giver personer adgang til at indbringe deres sager for landets kompetente myndigheder, som herefter skal forsøge at løse dobbeltbeskatningen med myndighederne i den kontraherende stat. Myndighederne er kun forpligtet til at forsøge at løse disse problemer og dermed ikke

tvunget til at nå en løsning. Dermed er muligheden i art. 25 en usikker og utilstrækkelig løsning på det økonomiske dobbeltbeskatningsproblem.

Økonomisk dobbeltbeskatning er ikke ukendt i international skatteret. Særligt har transfer pricing problemstillinger og de korrektioner, som foretages på baggrund heraf ofte ført til økonomisk dobbeltbeskatning. Den særlige EF-Voldgiftskonvention (90/436/EØF) blev indført med det formål at lette denne procedure og herved undgå økonomisk dobbeltbeskatning. Konventionen har dog begrænset rækkevidde ved kun at omfatte regulering af overskud imellem forbundne foretagender og for henførelse af overskud til et fast driftssted.¹⁶⁰ Dermed synes EF-Voldgiftskonventionen på grund af dens indhold ikke at kunne anvendes materielt i de tilfælde, hvor to fysiske personer beskattes af den samme gevinst i to forskellige stater. Endvidere kan principperne for anvendelse af EF-Voldgiftskonvention i art. 4 ikke siges at være opfyldt, idet de fysiske personer ikke er at betragte som et foretagende, der har direkte eller indirekte del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i en kontraherende stat.

Herudover findes også Direktivet om gensidig bistand (77/799/EØF), hvor formålet ifølge præambelen er at undgå skattesvig og skatteunddragelse, der rækker ud over medlemsstaternes grænser. Medlemsstaterne har herefter pligt til at udveksle oplysninger med hinanden for at få en korrekt skatteansættelse af indkomst- og formueskat og derved hjælpe hinanden til ikke at blive ofre for skatteunddragelse eller skattesvig. Man vil formentlig ikke kunne gå så langt som at slutte modsætningsvist og herved også forpligte staterne til sikre borgerne således, at de ikke bliver ofre for økonomisk dobbeltbeskatning. Principielt sker der en korrekt skattemæssig behandling af de to personer hver især med den eneste komplikation, at de begge er skattepligtige af samme gevinst.

Dette er dog ikke en holdbar situation, da denne risiko kan afholde folk fra at anvende reglerne i ABL §§ 34, stk. 3 og 35 A og derved undgå at foretage generationsskifte til en person bosat i en anden medlemsstat end Danmark. Formålet med ABL § 35 A var ved dens tilblivelse, at den blandt andet skulle fungere som et sikkerhedsnet i tilfælde af junior blev syg eller på anden måde ikke kunne varetage virksomhedens tarv. Dermed virker det paradoksalt, at det medfører risiko for økonomisk dobbeltbeskatning ved at bringe reglerne i overensstemmelse med EU-retten. Det er til stadighed Regeringens ønske at gøre generationsskifte og videreførelse af

¹⁶⁰ Engsig og Runge, 2008, s. 868

erhvervsaktiviteter smidige og på lignende vilkår med generationsskifte ved død. For at disse nye regler om tilbagesuccession kan fungere over grænsen kræver det, at man også vil tage højde for de komplikationer de måtte medføre – såsom økonomisk dobbeltbeskatning.

Når beskatningsretten til en aktie henholdsvis forlader eller tilkommer Danmark sker det ud fra principperne i ABL §§ 37 og 38. Som tidligere foreslået vil en grænseoverskridende overdragelse af aktier i medfør af ABL § 34, stk. 3 skulle behandles, som om der var tale om en fraflytning jævnfør ABL § 38, hvor der efter § 38, stk. 5 er mulighed for at opnå henstand med den latente skattebyrde. Dette må stå urørt, da det ved denne overdragelse stadig er usikkert om aktierne ønskes returneret til senior (og dermed Danmark) inden for de næste fem år. Ergo må det være principperne i ABL § 39 B jævnfør § 37, som skal kunne håndtere situationen, hvor der opstår økonomisk dobbeltbeskatning som følge af, at aktiernes gevinst ved returnering til senior i Danmark er beskattet i udlandet hos junior.

ABL § 39 B henviser til, at ABL § 37 finder anvendelse på aktier, som indgik i en beholdningsoversigt på fraflytningstidspunktet, som personen stadig ejer på tidspunktet, hvor personen på ny bliver skattemæssigt hjemmehørende i Danmark. Da der er tale om flere på hinanden følgende overdragelser med succession, vil dette blive sidestillet med, at aktierne skattemæssigt har været ejet af samme person i hele tidsforløbet. Er der på tidspunktet for tilflytning stadig en henstandssaldo, skal der i aktiernes handelsværdi ske nedsættelse med det laveste af de to følgende beløb:

- 1) Det resterende skattebeløb, der indgår på henstandssaldoen på tilflytningstidspunktet, omregnet til indkomstgrundlag baseret på reglerne i personskattelovens § 8 a.
- 2) Den samlede nettogevinst på de aktier, som personen ejer på tilflytningstidspunktet, opgjort på grundlag af handelsværdien på tilflytningstidspunktet og den anskaffelsessum, der indgik ved beregningen efter § 38, stk. 4.

Aktier, som ikke i forvejen er underlagt dansk beskatning, anses for anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt til handelsværdien på tilflytningstidspunktet jævnfør ABL § 37 med henvisning til KSL § 9. Aktierne i dette tilfælde kan ikke siges at være underlagt dansk beskatning, da denne forsvandt jævnfør ABL § 38 ved fraflytning til en anden medlemsstat. Dermed må ABL § 37 også kunne finde anvendelse.

KSL § 9 gentager, at ved en persons indtræden i fuld dansk skattepligt jævnfør KSL § 1 eller på grund af en DBO, skal aktiver og passiver, som ikke i forvejen er omfattet af dansk beskatning, anses for at være anskaffet på anskaffelsestidspunktet til handelsværdien på tilflytningstidspunktet. Dette modificeres dog ved, at alle afskrivningsberettigede aktiver anses for at være anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt til den faktiske anskaffelsessum dog afskrevet maksimalt efter danske regler indtil tilflytningstidspunktet.

Dermed skal der jævnfør ABL § 39 B og ABL § 37 jævnfør KSL § 9 ske en værdiansættelse for, at aktierne igen skal kunne blive omfattet af dansk beskatning.¹⁶¹ Da der som ofte i disse tilfælde vil være tale om noterede aktier, som muligvis kun er omsat en gang tidligere, sker denne værdiansættelse som ofte på baggrund af værdien af de aktiver, som ligger i virksomheden. Det skal dog antages i medfør af KSL § 9, at aktiverne er anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt, og de anses for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum afskrevet maksimalt efter danske regler indtil tilflytningstidspunktet. Dog skal aktiverne anses for erhvervet til handelsværdien på tilflytningstidspunktet, såfremt handelsværdien er mindre end den beregnede værdi.

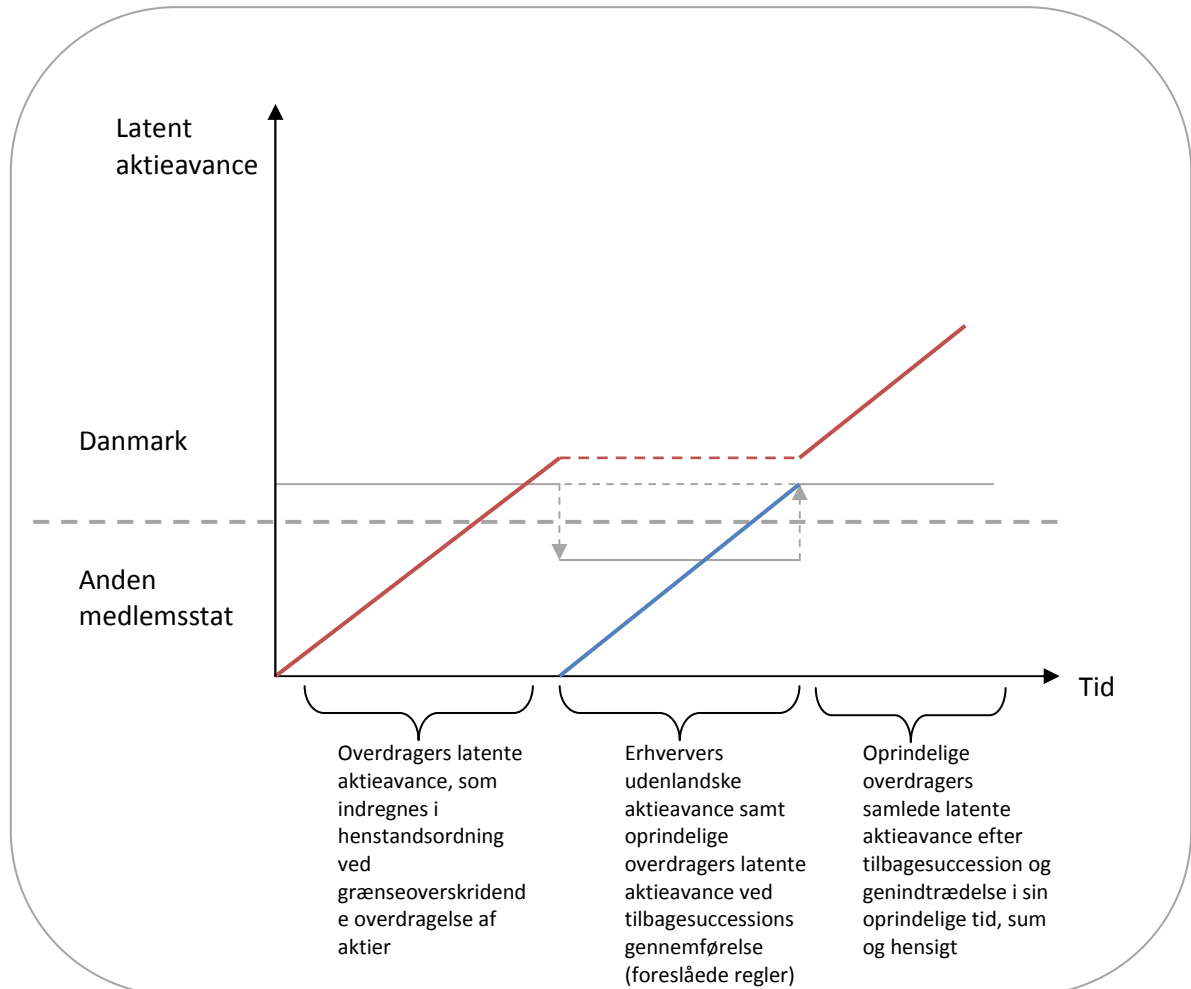
Indgangsværdien af aktierne bliver således beregnet efter en længere række parametre, som til sidst angiver denne skattemæssige værdi af aktierne. I denne beregning kunne der i de særprægede situationer, hvor der er tale om grænseoverskridende tilbageoverdragelse jævnfør ABL § 35 A, være et krav om at tillægge den værdistigning til aktiernes skattemæssige værdi, som oparbejdet i den anden medlemsstat. Værdien, som tillægges, skulle afspejle den nettoskat, som er betalt i udlandet, ved at skulle omregnes til det indkomstgrundlag, som under de nuværende danske regler i PSL § 8 a ville medføre en tilsvarende beskatning i Danmark. Herved ville den beskatning, som har fundet sted i udlandet blive elimineret i værdiansættelsen i Danmark, hvorfor senior kun ville blive beskattet af den værditilvækst, som er sket, imens aktierne har været i Danmark.

Det ville betyde, at Danmark formentlig skulle give afkald på noget skatteprovenu, men samtidig ville dette betyde en praksis, hvor Danmark ikke opstiller hindringer for at disse nye bestemmelser rent faktisk kan anvendes uden risiko for, at man lider tab i forbindelse med anden dårligdom, der kræver at aktierne overdrages tilbage til senior. Alternativt ville Danmark

¹⁶¹ Se Ligningsvejledning S.G.2.4 og S.G.2.4.6.2 (særligt om noterede aktier)

alligevel ikke opnå et højere provenu, da junior kan tænkes at sælge aktierne videre til tredjemand eller andre, hvor salget ikke er omfattet af de danske successionsregler og dermed sker der blot det, at henstandsbeskatningen kommer til betaling.

Figur 6 Resultat ved ændring af værdiansættelse ved tilbagesuccession



Figuren illustrerer hvordan, den økonomiske dobbeltbeskatning ville kunne undgås via ny værdiansættelse af aktierne tilbagesuccession i tilfælde hvor disse overdrages grænseoverskridende.

Det er den 26. november 2008 lykkedes De Faste Repræsentanternes Komité at nå til enighed om teksten til udkastet til Rådets resolution om samordning inden for fraflytterbeskatning. Denne resolution er udarbejdet på baggrund af to meddelelser fra Kommissionen den 19. december 2006, som med udgangspunkt i C-9/02 Du Saillant anmoder Fællesskabet om at få klare linier omkring fraflytningsbeskatning ved både fysiske og juridiske personers fraflytning. Med andre ord er der i EU i øjeblikket ikke symmetri i, hvordan henholdsvis fraflytning og tilflytning behandles af medlemsstaterne. Der er via Domstolens praksis skabt nogle overordnede principper for, hvilke regler der må gælde i disse situationer og hvor indgribende de må være.

Men det er først nu, at der egentligt er vedtaget en resolution på området, som skal sikre symmetri ved flytning imellem medlemsstaterne. Særligt er det at bemærke i resolutionen, at den i punkt C og D under "opfordringer" tager hånd om problemstillingen ved værdiansættelse af aktiver, som flyttes over grænsen. Ifølge resolutionen ønskes en tilstand, hvor exitværdier skal være lig med indgangsværdier. Kan dette ikke opnås, skal tvisten bilægges til løsning ved hjælp af en passende procedure. Denne resolution kunne være med til at bringe de ovennævnte forhold om risiko for økonomisk dobbeltbeskatning af veje. Resolutionens indhold minder meget om de principper, som ønskes tillagt i værdiansættelsen af aktier jævnfør ABL § 39 B og KSL § 9, hvor der skal tages højde for den værdi, som den fremmede stat har valgt at tillægge aktien ved exit og dermed også, hvilken avance der er blevet beskattet i den fremmede stat.

9.0 Sammenfatning og konklusion

De nye regler indenfor overdragelse af aktier med succession er blevet løst væsentligt i forhold til, hvem der kan anvende reglerne. Dette skyldes blandt andet at kravet om, at der skal overdrages minimum 15 % af den stemmeberettigede aktiekapital, nu er ændret til kun at være 1 % af aktiekapitalen. Herudover er personkredsen udvidet til også at omfatte papirløse samlevere og tidligere ejere af aktierne. De tidligere ejere skal inden for fem år have overdraget aktierne med succession til den nuværende ejer. Herudover er der heller ikke længere krav om, at overdrager skal være hovedaktionær jævnfør ABL § 4. Dermed må reglerne siges at have fået en væsentlig lempelse, som fremadrettet burde gøre det nemmere at foretage generationsskifte af familievirksomheden, som er ejet på aktier.

Praksis på området for overdragelse af aktier med succession er sparsom og nogle gange sker det, at principperne, som anvendes i ABL § 34, bliver reguleret i sager, som vedrører KSL § 33 C, da denne bestemmelse også i nogen grad¹⁶² gælder i tilfælde, hvor ABL § 34 anvendes. Således endte Tfs.2008.1429.LSR med et modsat resultat af SKAT's og Skatterådets opfattelse af anvendelsen af KSL § 33 C og D om beregning af passivposter og efterfølgende gavebetragtning. KSL § 33 D kan ikke længere siges at være hjemmel til beregning af en fikseret gavebeskatning. Dette afhænger nu af sammenspillet imellem KSL § 33 C, som virker ved at værdiansætte virksomheden ud fra et markedsmæssigt synspunkt og KSL § 33 D, som reelt først kan anvendes, når det er konstateret, at der foreligger en gave. Ifølge Landsskatteretten forekommer dette først i det tilfælde, hvor overdragelsesprisen er mindre end prisen ved en markedsmæssig successionsoverdragelse. Således skal der altså ske en værdiansættelse af den udskudte skat, som kan resultere i at den overtages til en lavere kurs, hvilket nu ikke fører til en automatisk gavebeskatning, hvilket ellers har været tilfældet tidligere. Principperne i denne afgørelse må formodes også at kunne anvendes ved en markedsmæssig værdiansættelse af aktier, som overdrages med succession.

En særlig nyhed siden 1. januar 2009 er reglerne om tilbagesuccession. Disse regler medfører nu, at aktier, som inden for fem år er overdraget med succession, kan overdrages tilbage til den oprindelige overdrager. Reglerne blev foreslået som et værn i de tilfælde, hvor erhverver

¹⁶² ABL § 34, stk. 4; KSL § 33 C, stk. 3, 4, 7, 8 og 13, finder tilsvarende anvendelse på aktier

pådrager sig sygdom, dør eller i tilfælde af, at der opstår andre uheldige omstændigheder. Dog er bestemmelsen indført som en generel regel.

På trods af de mange lempelige tiltag i ABL § 34 er der ikke ændret i ABL § 34, stk. 3, som indeholder tilknytningskriterierne for udenlandske erhververe ved grænseoverskridende overdragelse af aktier med succession. Det har vist sig, at der er flere problemer ved at skulle opfylde ABL § 34, stk. 3. En af de største hindringer har været det faste driftssteds evne til at eje aktier og spørgsmålet om, hvorledes et fast driftssted alene kan opstå på baggrund af, at det ejer aktier. Umiddelbart er der i dansk ret ikke direkte hjemmel til at lade anlægsaktier eje af et fast driftssted. Dog har praksis både nationalt og internationalt gjort op med dette og senest med L 202, som forventes vedtaget som et led i forårspakken, bliver der nu i SEL § 2, stk. 1, litra a mulighed for at lade aktier beskatte i et fast driftssted som en del af anlægskapitalen. Til trods for, at der nu også foreligger hjemmel for, at det faste driftssted kan eje anlægsaktier og lade dem beskatte i det faste driftssted, så løser det stadigvæk ikke problematikken omkring, at et fast driftssted ikke alene kan opstå på baggrund af aktiebesiddelser jævnfør SKM.2001.493.LR¹⁶³.

På trods af EF-Domstolens mangeårige praksis vedrørende evnen til, at medlemsstater kan pålægge restriktioner i forbindelse med grænseoverskridende overdragelse af kapital, opretholder ABL § 34, stk. 3 til stadighed tilknytningskriterierne, som udelukkende bunder i ønsket om at bevare beskatningsretten til urealiserede avancer på aktier i Danmark. Kriterierne i ABL § 34, stk. 3 er blevet prøvet i forhold til, om de udgør en restriktion for kapitalens frie bevægelighed, hvilket menes at være tilfældet. Herudover findes der ikke i undtagelserne, hverken de i traktaten opførte eller ud fra begrundelse i tvingende almene hensyn, belæg for at opretholde restriktionen. Desuden opfylder tilknytningskriterierne ikke kravet om at være det mindst mulige middel for at nå det mål som søges.

I et forsøg på at indrette de danske regler om grænseoverskridende aktieoverdragelse med succession er der søgt inspiration i sager om til- og fraflytning imellem forskellige medlemsstater. Dette har ført til et løsningsforslag, som fjerner tilknytningskriterierne og erstatter dem med en henstandsordning for den latente avancebeskatning, som findes i

¹⁶³ Tfs.2002.15.LR

Aktieavancebeskatningslovens fraflytningsbeskatningsregler, som allerede er i overensstemmelse med EU-retten.

En uheldig konsekvens ved at lade ABL § 34, stk. 3 ændre til en fraflytningsituation i overensstemmelse med EU-retten er, at der ved tilbagesuccession risikerer at opstå økonomisk dobbeltbeskatning. Det er forsøgt at finde løsninger til dette ved at anvende dobbeltbeskatningsoverenskomster, EF-Voldgiftskonventionen og Direktiv om gensidig bistand dog uden, at disse kan garantere nogen effektiv løsningsmodel. Således må løsningen findes i intern hjemmel ved at tage højde for aktiernes ind- og udgangsværdier i de respektive lande. Ved at lade intern dansk hjemmel tage højde for værditilvæksten i udlandet i selve værdiansættelsen på tilflytningstidspunktet undgår man en situation, hvor både overdrager og erhverver beskattes af samme avance i hver sin stat.

9.1 Konklusion

På baggrund af ovenstående analyser kan følgende konkluderes.

ABL § 34, stk. 3 udgør ifølge art. 56 EF en restriktion på kapitalens frie bevægelighed, idet den begrænser muligheden for at overdrage aktier over grænsen ved at pålægge krav om, at beskatningsretten til aktierne fortsat skal være i Danmark efter overdragelsen. Da dette udelukkende kan ske ved at anbringe aktierne i et fast driftssted opstilles der derved et krav, som er byrde for erhververen både retligt og økonomisk. Alene tilknytningskriterier kan afholde en udenlandsk erhverver fra at ville modtage aktier, som overdrages med succession.

Restriktionen kan ikke begrundes i de særlige undtagelser i art. 58 EF, hvorefter medlemsstaterne må indrette deres skattesystemer således, at de forskelsbehandler personer på baggrund af deres bopælsland eller ved at tage hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret. Det er gennem retspraksis fra EF-Domstolen påvist, at disse undtagelser skal fortolkes indskrænkende og kun kan anvendes i det tilfælde, hvor det sker uden vilkårlig objektiv forskelsbehandling. Da den danske lovgiver i udgangspunktet sidestiller alle personer – indenlandske som udenlandske, som ønsker at overdrage aktier med succession, kan der ikke efterfølgende ske en vilkårlig forskelsbehandling af disse personer. Dette kan ikke siges at være tilfældet med ABL § 34, stk. 3, idet dette er en generel regel, som rammer alle udenlandske erhververe, hvorfor den ikke kan begrundes i art. 58 EF. Restriktionen kan heller ikke begrundes

i tvingende almene hensyn, hvor der særligt er sket prøve af, om bestemmelsen kan opretholdes for at sikre sammenhængen i beskatningsordenen. Herudover er bestemmelsen ABL § 34, stk. 3 heller ikke egnet til at opfylde det mål, som søges med mindst mulige indgribende midler. Formålet med bestemmelsen er at sikre Danmark beskatningsretten på de urealiserede avancer, som måtte ligge på aktierne. Med EF-Domstolens praksis har dette vist sig i tilfælde, som vedrører grænseoverskridende bevægelser, at være et område, som skal behandles som et fraflytningstilfælde, hvor der kan oprettes en henstandsbeskatning. ABL § 34, stk. 3 bør fjernes og i stedet erstattes med forslaget om fraflytningsbeskatning i afsnit 7.4.2.

Tilbagesuccession er som det forholder sig nu umiddelbar anvendelig i grænseoverskridende situationer, men ved at fjerne restriktionen i ABL § 34, stk. 3 får det den uheldige konsekvens, at tilbagesuccession i grænseoverskridende tilfælde kan medføre økonomisk dobbeltbeskatning. Hertil er det nødvendigt at ændre reglerne for, hvordan aktier værdiansættes ved særligt tilflytning af denne karakter. Der skal tages højde for den værditilvækst og den beskatning, som kan finde sted i udlandet. Dette er også hvad teksten i forslaget¹⁶⁴ til resolution på området for exit taxation peger hen imod. Dermed skal man fremadrettet være mere forberedt på, at overdragelse af kapital i form af aktier bliver en proces, som kræver opmærksomhed fra begge landes myndigheder i forbindelse med den skattemæssige værdiansættelse.

9.2 Perspektivering

Lempelsen af ABL § 34 er et kærkomment tiltag, da det søger at smidiggøre videreførelsen af de danske virksomheder, som er ejet på aktier. Ved at lade bestemmelserne drage i retningen af de lempeligere regler om overdragelse ved død, sendes også et signal fra lovgiver om, at man ønsker at hjælpe de mange virksomhedsejere, som skal foretage generationsskifte i levende live inden for en nærmere årrække. Dermed øges incitamentet også for at lade de yngre kræfter overtage tids nok til, at senior kan nå at få et otium uden, at dette skal medføre uhensigtsmæssigheder i forhold til at vente til seniors naturlige afgang.

Reglerne om generationsskifte ved grænseoverskridende overdragelse af aktier kræver absolut et nærmere eftersyn for at kunne fungere i overensstemmelse med EU-retten. Som det ser ud nu hersker der megen tvivl hos forfatterne om reglerne overhovedet er anvendelige grænseoverskridende. Ved at følge løsningsforslagene i dette speciale synes man i hvert fald at

¹⁶⁴ 16412/08 (Note fra Generalsekretariatet 26. november 2008)

være nærmere en tilstand, hvor de danske regler er konforme med EU-retten i højere grad end hvad tilfældet er i dag.

Konformiteten har selvfølgelig en pris, som kommer til udtryk ved, at Danmark nu ikke længere får mulighed for at beskatte eventuelle avancer, som måtte være oparbejdet i udlandet. Dette er dog ikke noget nyt, da princippet allerede er gældende for fraflytningstilfælde jævnfør ABL § 38. Herudover vil prisen også være, at man i tilbagesuccessionstilfælde er nødt til at tage højde for en eventuel værditilvækst og beskatning af samme, der er oppebåret i udlandet for at sikre, at der ikke opstår økonomisk dobbeltbeskatning. Dette er som før nævnt også under behandling i EU. EU arbejder på at gøre denne form for exit taxation til standard, så derfor må det forventes at blive almindelig retspraksis i den kommende tid.

På et helt overordnet niveau kan man stille spørgsmålstejn ved om reglerne i ABL § 34 overhovedet er egnet til at blive anvendt i praksis, når det tages i betragtning, at de fleste familieejede virksomheder på aktier må formodes at være struktureret med et holdingselskab, som ejer de respektive driftsselskaber. I disse tilfælde finder reglerne i ABL § 34 ikke anvendelse og det ville kræve en forudgående omstrukturering, før reglerne ville kunne anvendes. Der er på dette område set mange andre mulige løsninger til generationsskiftet, som ikke anvender reglerne i ABL § 34 og man kan derfor stille spørgsmålet, om ikke også generationsskifte af holdingselskabet skulle være en reel mulighed? Dette ville kræve en fjernelse af "Pengetanksreglen" og i øjeblikket vurderes dette ikke at være en løsning, som kan få politisk opbakning, da det ville afskære staten fra at beskatte disse pengetanke ved seniors død, da man må formode, at de ville blive overdraget inden døden indtræder for at undgå for eksempel arveafgift.

10.0 Summary

This thesis seeks to unveil the consequences of recent changes in Danish legislation regarding successive conveyance of the family business on shares. The new rules in the Share Premium Taxation Act (Aktieavancebeskatningsloven) eases the possibility for the older generation to convey the shares of the family business on to the younger generation. Furthermore the new rules also impose the possibility to make this successive conveyance in a backward motion, which is a brand new initiative. However, the rules of international successive conveyance of shares still impose the same demands as they have done since their origin. The demands aim to maintain the taxation right of any latent profit on the shares in Denmark. According to this thesis the demands impose a restriction according to the principles of free capital movement in the EU community law. Therefore a solution to this matter is sought by changing the demands so that this taxation regime will be in accordance with the principles of the community law. However, changing the demands will affect the new rules of backwards successive conveyance of shares in the way that it might impose the risk of double economic taxation. In an attempt to minimize this risk a proposal is made to change the principles of valuation of shares when they enter Denmark.

Litteraturliste

Titel	Forfattere	Forlag	Udgave	År	Type
Primær litteratur					
EU-Retten	Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	4.	2008	Bog
Generationsskifte	Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	2.	2007	Bog
Retskilder og Retsteorier	Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	2.	2008	Bog
Juridisk Metode	Morten Wegener	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	3.	2000	Bog
OECD's Modeloverenskomst 2008	Niels Winther-Sørensen	Magnus Informatik	3.	2008	Bog
Aktie- og Anpartsselskabsret	Paul Krüger Andersen	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	10.	2008	Bog
Selskabsskatteret 2008/09	Erik Werlauff	Thomson	10.	2008	Bog
Generationsskifte og Omstrukturering	Michael Serup	Thomson	2.	2004	Bog
Dansk og International Koncernret og Koncerskatteret	Erik Werlauff & Nikolaj Vinther	Thomson	1. +tillæg	2005.	Bog
Skattemæssig Succession	Jane K. Bille	Thomson	1.	2006	Bog
International Skatteret	Aage Michelsen	Thomson	3.	2003	Bog
Europæisering af Dansk ret	Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	1.	2008	Bog
Lærebog om Indkomstskat	Aage Michelsen m.fl.	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	12.	2007	Bog
Skatteret Almen del	Henrik Dam m.fl.	Magnus Informatik	9.	2008	Bog
Skatteret Speciel del	Henrik Dam m.fl.	Magnus Informatik	8.	2008	Bog
EU-Selskabsret	Erik Werlauff	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	3.	2002	Bog
Civilrettens styring af skatteretten	Nikolaj Vinther	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	1.	2004	Bog
Beskatning af International Erhvervsindkomst	Niels Winther-Sørensen	Thomson	1.	2000	Bog
Rettens veje og vildveje	Peter Blume	Jurist- og Økonomiforbundets Forlag	1.	2007	Bog

Sekundær litteratur					
Generationsskifte	Jesper Rasmussen & Jesper Møller-Andersen	Thomson Reuters	1.	2008	Bog
Lærebog i Obligationsret II	Bo Von Eyben, Peter Mortensen og Ivan Sørensen	Thomson	2.	2005	Bog
EU-Rettens påvirkning af dansk ret	Søren Dosenrode	Systime	1.	2002	Bog

Domme/Afgørelser

Nationale

TfS.1989.7.LR
 TfS.1992.291.Ø
 TfS.1993.7.H
 TfS.1993.305.V
 TfS.1993.531.H
 TfS.1996.532.H
 TfS.1996.715.Ø
 TfS.1997.472.H
 TfS.2002.15.LR
 TfS.2003.167.LSR
 TfS.2003.229.LR
 TfS.2003.314.LR
 TfS.2003.575.H
 TfS.2004.667.LR
 TfS.2007.264.H
 TfS.2008.1429.LSR
 SKM.2001.493.LR

Internationale

Sag 26/62 Van Gend en Loos
 sag 6/64 Costa/Enel
 sag 7/78 Thompson
 Becker saml. 1982/53
 sag 270/83 Avoir Fiscal
 C-204/90 Bachman
 C-300/90 Kommissionen mod Belgien
 C-484/93 Svensson og Gustavson
 C-28/95 A. Leur Bloem
 C-212/97 Centros
 C-222/97 Trummer
 C-254/97 Baxter
 C-307/97 Saint Gobain
 C-311/97 Royal Bank of Scotland
 C-35/98 Verkooijen
 C-136/00 Danner

C-436/00 X og Y
C-452/01, Ospelt og Schlössle Weissenberg
C-9/02 Du Saillant
C-315/02 Anneliese Lenz
C-319/02, Petri Manninen
C-446/03 Marks & Spencer
C-513/03 Hilten-van der Heijden
C-150/04 Kommissionen mod Danmark
C-196/04 Cadbury Schweppes
C-265/04 Margaretha Bouanich
C-256/06, Jäger
C-414/06 Lidl
C-11/07 Eckelkamp
C-43/07 Arens Sikken

Artikler

Nationale

SR.1996.0183
SPO.2008.241
SPO.2008.353
SU.2002.370
SU.2009.157
SU.2009.158
Bech Bruun Nyhedsbrev nr. 9 2008 s. 3
RR SM.2002.2
RR.2004.258

Internationale

34 European Economic review, 1990, Sjibring Crossen