

Aalborg Universitet

Danske værnsregler mod omgåelse af udbyttebeskatning

Udarbejdet af:

Daniel Sonne Strandbech,

Studienummer: 20103198

Underskrift: _____

Jesper Nygaard Ovesen,

Studienummer: 20103190

Underskrift: _____

Antal anslag: 163.704

Antal sider: 68,2

Vejleder: Thomas Rønfeldt

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING	3
2. PROBLEMFELT	3
3. PROBLEMFORMULERING	4
4. AFGRÆNSNING	5
5. METODE OG LÆSEVEJLEDNING	6
6. BETINGELSER FOR SKATTEFRIE UDBYTTEUDLODNINGER	9
7. SELSKABSSKATTELOVEN § 2, STK. 1, LITRA C, 7. OG 8. PKT.	11
7.1. GENNEMSTRØMNING OG RETMÆSSIG EJER I RETSPRAKSIS	11
7.2. FORSLAG TIL LOV OM ÆNDRING AF KILDESKATTELOVEN OG SELSKABSSKATTELOVEN NR. L 10	15
7.3. DELKONKLUSION – SEL § 2, SKT. 1, LITRA C, 7. OG 8. PKT.	17
8. AKTIEAVANCEBESKATNINGSLOVEN § 4 A	19
8.1. FORHOLDET IMELLEM SEL § 2, STK. 1, LITRA C, 7. OG 8. PKT. OG ABL § 4 A, STK. 3, 2. PKT.	21
8.2. MELLEMLHOLDINGSSELSKABETS PRIMÆRE FUNKTION – 1. BETINGELSE	23
8.3. REEL ØKONOMISK VIRKSOMHED – 2. BETINGELSE	24
8.3.1. Retstilstand for reel økonomisk virksomhed	25
8.4. MELLEMLHOLDINGSSELSKABETS EJERSKAB AF DATTERSELSKABET – 3. BETINGELSE	27
8.5. OPTAGET TIL HANDEL PÅ ET REGULERET MARKED M.V. – 4. BETINGELSE	29
8.6. MAJORITETSTEST – 5. BETINGELSE	29
8.6.1. Led-for-led-vurdering	30
8.6.1.1. Led-for-led-vurdering ved flere mellemholdingselskaber	30
8.6.1.2. De endelige subjekter for majoritetstesten	32
8.6.1.3. Mellemholdingselskabets flerleddet funktion	33
8.6.2. Medregning af direkte og indirekte ejerandele	34
8.6.2.1. Isoleret eller bred bedømmelse	34
8.6.2.2. Sideordnede selskaber	35
8.6.2.3. Egne aktier	36
8.6.3. Fysiske personer og mellemholdingreglen	37
8.6.4. Statusskifte ved forskellige dispositioner	37
8.6.4.1. Udenlandske selskabsaktionærer og tilflytning til Danmark	38
8.6.4.2. Udenlandsk mellemholdingselskab	39
8.6.4.3. Superaktionærreglen	40
8.6.4.4. Skattemæssige konsekvenser ved statusskifte	41
8.7. INDEHOLDELSE AF KILDESKAT	42
8.7.1. Fremrykning af beskatningstidspunktet	44
8.8. DELKONKLUSION – ABL § 4 A, STK. 3, 2. PKT., NR. 1-5	45
9. EU-DOMSTOLEN OG RENT KUNSTIGE KONSTRUKTIONER	48
9.1. ØKONOMISK AKTIVITET	48
9.2. RENT KUNSTIGE KONSTRUKTIONER	49

10. EU-RETEN OG DE DANSKE VÆRNSREGLER MOD MELLEMHOLDINGSELSKABER OG GENNEMSTRØMNING	57
10.1. EU-RETEN OG SEL § 2, STK. 1, LITRA C, 7. OG 8. PKT.....	57
10.2. EU-RETEN OG ABL § 4 A, STK. 3, 2. PKT., NR. 1-5 (MELLEMHOLDINGREGLER)	61
11. KONKLUSION	65
12. SUMMARY	68
13. LITTERATURLISTE	69

1. Indledning

I 2009 blev der som led i Forårspakken 2.0 ved lov nr. 525 af 12. juni vedtaget betydelige ændringer, der medfører, at indirekte ejede datterselskabsaktier i visse tilfælde omkvalificeres til at være porteføljeaktier direkte ejet af de ultimative danske selskabsaktionærer, der puljer deres investering i et mellemholdingselskab. Således blev der i rækken af danske værnsregler indført en mellemholdingregel, der modvirker holdingkonstruktioner, ”omvendte juletræer”, som under tidligere regelsæt ved forholdsvist lave ejerandele gav mulighed for at kunne modtage skattefri udbytter fra underliggende selskaber i koncernen.¹ De nye regler medfører således, at der i mange tilfælde fremover vil ske en distancering mellem mellemholdingselskabet i en civilretlig kontekst og mellemholdingselskabet i en skatteretlig kontekst, hvor der i sidstnævnte tilfælde vil være tale om en omkvalificering fra den faktiske til den reelle udbyttmodtager.

I 2012 blev der på baggrund af lovforslag L 10 ved lov nr. 2012, 1254 vedtaget yderligere en dansk værnsregel, som finder anvendelse på tilfælde, hvor der ikke er tale om danske selskabsaktionærer men derimod udenlandske selskabsaktionærer. Således blev der til den rette danske indkomstmodtager suppleret et gennemstrømnings- samt et retmæssigt ejer-begreb, der omfatter tilfælde, som ikke omfattes af mellemholdingreglens anvendelsesområde, omend de supplerende begreber tidligere var blevet benyttet af de danske domstole. Således ses der en kritisk stillingtagen hos lovgiver mod brugen af mellemholdingselskaber og brugen af selskaber, der udelukkende fungerer som gennemstrømningsselskaber.

2. Problemfelt

Dette speciale vil redegøre for de to værnsregler i selskabsskatteloven (herefter SEL) § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. samt i aktieavancebeskatningslovens (herefter ABL) § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5. Dette vil blive gjort ved at redegøre for forarbejder, betænkninger og noter for derved at illustrere værnsreglernes anvendelsesområde. Behandlingen af de to værnsregler vil dog adskille sig fra hinanden. ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 vil blive belyst og analyseret ved at foretage en kritisk analyse af forskellige selskabskonstruktioner for at belyse fortolkningsusikkerheder forbundet hermed, hvorimod SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. vil blive analyseret ved hjælp af retspraksis.

Derudover vil værnsreglerne blive analyseret og diskuteret i en EU-retlig kontekst. Således vil speciallets EU-retlige udgangspunkt være de sammenlignelige situationer, hvor medlemsstaterne forsøger at ”se-igennem” selskaber. Denne analyse vil udelukkende basere sig på retspraksis samt rets-

¹ Svendgaard Dalgas, Anja; SR2009.263, s. 1

principper fra EU-retten, da EU-retten ikke direkte har taget stilling til de danske skatteretlige værneregler omhandlende ”retmæssig ejer” samt ”omvendte juletræer”. Specialet vil på denne baggrund besvare nedenstående problemformulering.

3. Problemformulering

Hvorledes værner Danmark sig imod selskabers omgåelse af udbyttebeskatning, og hvilke eventuelle problemstillinger er forbundet med disse?

Hvorledes vil EU-retten anskue disse værnereglers funktion sat i forhold til EU-retspraksis?

4. Afgrænsning

Specialet vil ikke behandle ABL § 4 B om koncernselskabsaktier. Grunden til dette er, at bestemmelsen i stort omfang omhandler samme situationer, som det er tilfældet i ABL § 4 A. 10 pct.'s ejerkravet i ABL § 4 A, stk. 1 er erstattet af ”bestemmende indflydelse”, og stk. 2 henviser blot til ABL § 4 A, stk. 3. Således prioriteres en dybdegående behandling af ABL § 4 A fremfor ABL § 4 B.

Specialet vil ikke behandle beskatningsreglerne for de enkelte typer af aktiegrupper, der følger af ABL § 10 (egne aktier), ABL § 17 (næringsaktier), ABL § 8 (datter- og koncernselskabsaktier) og ABL § 9 (porteføljeaktier). Således vil specialet blot konstatere, at der er et beskatningsgrundlag tilstede i forbindelse med en omkvalificering fra datterselskabsaktier til porteføljeaktier, men ikke uddybe, hvorledes og med hvilken hjemmel beskatning skal foretages. Ligeledes vil hverken lagerbeskatning eller realisationsbeskatning behandles.

Specialet vil ikke behandle tilfælde, hvor der på ingen måder er intern hjemmel i Danmark til at foretage aktieavancebeskatning ved udenlandske aktionærers afståelse af porteføljeaktier i danske selskaber, medmindre disse kan henføres til et fast driftssted i Danmark, jf. således SEL § 2 modsætningsvist. Således tager specialet ikke stilling til, hvorvidt der i tilfælde med udenlandske aktionærer foretages en domicilbeskatning i aktionærernes domicilland.

Specialet vil ikke behandle CFC-beskatning. Specialet anerkender, at udbyttebeskatning udgør en delmængde af CFC-indkomst, men vil blot behandle udbytte. Således vil problemfeltet ikke indeholde elementer som renter, visse royalties, aktieavancer, indtægter ved finansiel leasing og andre finansielle indkomster, da dette ikke er genstand for behandlingen.

Specialet vil ikke behandle tilfælde, hvor der sker en afståelse af kapitalandele, en likvidation af selskaber inden for koncernstrukturen samt tilfælde, hvor investeringer sker i fast ejendom.

5. Metode og læsevejledning

Specialet anvender den retsdogmatiske metode til at beskrive, analysere og fortolke gældende ret inden for området for de danske værnsregler i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. samt ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5. I forbindelse med disse vil specialet fremhæve og analysere forskellige problemstillinger forbundet hermed. Derudover vil de to danske værnsregler blive sat i en EU-retlig kontekst for at besvare, hvorvidt disse overholder gældende betingelser. I den forbindelse skal det bemærkes, at den nationale metode anvender bestemmelsesens ordlyd, forarbejder og bemærkninger til belysning af den enkelte bestemmelse, hvor den EU-retlige metode, common law, i langt højere grad er traktatbaseret, hvoraf følger, at retstilstanden udledes af retspraksis. Der udarbejdes således på traktatniveau en række rammebestemmelser, der udfyldes af retspraksis på området. Således vil det i specialet kunne ses ved analysen af de to danske værnsregler anvender bestemmelsesens ordlyd, bemærkninger og forarbejder, hvor specialet ved belysningen af værnsreglernes overholdelse af EU-rettens krav til medlemsstaternes værnsregler anvender retspraksis for lignende tilfælde.

Specialet vil i **afsnit 6** indlede med en beskrivelse af de betingelser, der gør sig gældende for skattefrihed for udbytteudlodninger. Afsnittets primære retlige udgangspunkt vil derfor være SEL § 2, stk. 1, litra c, 3-5. pkt. samt SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Disse vil blive beskrevet med baggrund i bestemmelsesens forarbejder og betænkninger, hvorunder der vil blive henvist til bestemmelsesens betingelser for anvendelse. Dette vil tjene som en kontekstspecificering, der skal danne en baggrund for og en forståelse af, hvorfor selskaber ønsker at blive omfattet af ovenstående bestemmelser og hvorfor Danmark ønsker at værne mod dette.

Som led i besvarelsen af problemformuleringen vil der i **afsnit 7** blive foretaget en dybere stillingtagen til SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt., og gennemstrømnings- og retmæssig ejer-begrebet, samt det bagvedliggende lovforslag, L 10, som udgør et danske værn mod omgåelse af den i specialet tidligere statueret skattefrihed for udbytteudlodninger. Således vil dette forme et grundlag for specialets videre udarbejdelse ved en beskrivelse af, hvorledes Danmark anser gennemstrømnings- og retmæssig ejer-begrebet, samt hvilke retskilder Danmark selv anvender for at underbygge egen stillingtagen til de ovenfor nævnte begreber. Hertil analyseres tre domme, hvor begreberne netop anvendes i en dansk intern retspraksis. Dette skal ses som en uddybning af den teoretiske begrebsforståelse samt statuere, at hverken teorien eller retspraksis kan stå alene, når det skal sættes i en EU-retlig kontekst. Denne analyse vil således danne et diskussionselement for derved senere i spe-

ciallet at kunne analysere og fortolke, hvorledes netop denne danske værnsregel skal anses i en EU-retlig kontekst.

Afsnit 8 vil indeholde en analyse af den danske værnsregel i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5. Afsnittets indledende del vil dog først beskrive ABL § 4 A, stk. 1, som en betingelse for den tidligere statuering af skattefrihed for udbytteudlodninger. Således betinger ABL § 4 A, stk. 1, jf. SEL §§ 2, stk. 1, litra c, 3.-5. pkt. og 13, stk. 1, nr. 2, skattefriheden for udbytteudlodninger af, at definitionen af datterselskabsaktier er opfyldt, hvilket indebærer et ejerkrav på minimum 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet. Det bliver i afsnit 7 om skattefrihed henvist til denne betingelse, men betingelsen uddybes først i afsnit 9, da det vurderes, at dette i højere grad er læservenligt.

ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 indeholder som omtalt en værnsregel mod omgåelse af 10 pct.-ejerkravet. Denne værnsregel omtales i specialet som mellemholdingreglen. Af mellemholdingreglen fremgår en række betingelser, som kumulativt skal være opfyldt for, at denne værnsregel kan gøres gældende. Betingelserne vil blive behandlet enkeltvis og i numerisk, kronologisk rækkefølge. Til disse betingelser knytter sig en række danske interne skatteretlige problemstillinger, som specialet vil belyse og analysere. Udgangspunktet for dette vil derfor dels være betænkningerne/forarbejderne til ABL § 4 A samt en række teoretikers stillingtagen til problemstillingerne. Specialet vil i dette afsnit illustrere en række forskellige selskabskonstruktioner, som er specifikt egnet til at beskrive den relevante problemstilling. Disse illustrationer skal derfor være med til at give en visualisering af og forståelse for de danskinterne problemstillinger samt eventuelle problemstillinger i forbindelse med EU-retten.

Når værnsreglerne anskues fra et skatteretligt synspunkt fremgår det, at der i begge tilfælde er tale om situationer, hvor Danmark ønsker at "se"-igennem et givent selskab for derved at placere beskatningen hos de ultimative selskabsaktionærer. Det forsøges således skatteretligt at kende selskabet gennemsigtigt, om end dette ikke er tilfældet rent civilretligt. For at kunne analysere de danske anvendte værnsreglers overensstemmelse med EU-retten, vil specialet i **afsnit 9** yderligere tage stilling til det EU-retlige begreb "rent kunstige konstruktioner." Dette begrebs omfang og betydning vil blive belyst via en analyse af EU-retspraksis. I disse tilfælde er der ligeledes tale om, at en række medlemsstater forsøger at "se"-igennem et selskab, om end "rent kunstige konstruktioner" også indeholder andre specifikke situationer, hvilke dog ikke vil være relevante i forbindelse med dette speciales problemfelt. Således vil specialet anvende relevante EU-retlige krav til medlemssta-

ternes indretning af værnsregler mod tilfælde, hvor disse medlemsstater forsøger at værne om sit beskatningsgrundlag. Formålet med dette afsnit vil efterfølgende være, at anvende dette til sammenligning med dansk intern skatteret, for derved at teste om de omtalte værnsregler vil kunne accepteres i en EU-retlig kontekst.

For at besvare specialets problemformulering vil der i **afsnit 10** ydermere blive taget stilling til, hvorledes de danske værnsregler vil blive anset i en EU-retlig kontekst. Dette afsnit vil således holde resultaterne i henholdsvis afsnit 7 og 8 op imod resultaterne i afsnit 9 for at kunne afgøre, hvorvidt de danske værnsregler imod skattefrie udbytteudlodninger er i overensstemmelse med EU-retten.

Specialet vil til sidst i **afsnit 11** konkludere, hvilke konsekvenser eventuelle problemstillinger i forbindelse med de to omtalte værnsregler indeholder, samt hvorledes EU-retten vil anskue disse værnsreglers funktion sat i forhold til EU-retspraksis.

6. Betingelser for skattefrie udbytteudlodninger

Danske regler om udbyttebeskatning i selskabsskattelovens SEL §§ 2 og 13 indeholder to tilfælde, hvor udbytteudlodninger er skattefrie. Således gælder det efter selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, at udbytter af datterselskabsaktier udbetalt til moderselskaber er skattefrie. SEL § 13, stk. 1, nr. 2 omhandler danske selskaber samt faste driftssteders modtagelse af udbytter af datterselskabsaktier. Der er derfor i SEL § 13, stk. 1, nr. 2's tilfælde tale om de *indgående* udbytters skattefrihed. Det er ved danske selskabers modtagelse af udbytter fra danske datterselskaber et krav, at det udbyttegivende selskab skal være pålagt selskabsbeskatning efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2, nr. 2, litra e eller 2, litra f. SEL § 13, stk. 1, nr. 2 omfatter endvidere kun datterselskabsaktier efter ABL § 4 A, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1, 2. pkt. Det er ligeledes et krav, at datterselskabet skal være hjemmehørende i EU, EØS, på Færøerne, i Grønland eller en stat, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Således sikres det, at datterselskabet i sin domicilstat er pålagt en national beskatning, som enten er baseret på EU's moder-/datterselskabsdirektiv eller dog en indirekte accept af Danmark gennem en foreliggende dobbeltbeskatningsoverenskomst. Skattefriheden er herved et udtryk for en international indkomstdeling, som ikke virker hindrende for danske selskabers etablering af datterselskabet i udlandet.²

Beskatningen og heraf den eventuelle skattefrihed af danske datterselskabers udbetalte udbytte til moderselskaber med hjemsted i et andet land end Danmark behandles af SEL § 2, stk. 1, litra c. Dette er også betegnet *udgående* udbytter. Danmark ses derfor som kildeland for så vidt angår udbytter, der udbetales herfra. Således beskriver SEL § 2, stk. 1, litra c, 3.-5. pkt. skattefriheden for denne kildelandsbeskatning i forbindelse med udgående udbytter til et andet EU-land.³ Skattefriheden for datterselskabsaktier efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 3.-5. pkt. er, som det er tilfældet for SEL § 13, stk. 1, betinget af, at disse opfylder kravene i aktieavancebeskatningslovens (herefter ABL) § 4 A.^{4,5}

Tanken bag skattefri udbyttebetalinger for datterselskabsaktier udspringer fra direktiv 2011/96/EU (Moder-/datterselskabsdirektivet). Formålet bag dette er at sikre en harmoniseret behandling af koncernforbundne selskaber på tværs af landegrænser inden for EU og EØS-lande. Der søges altså en ligebehandling af koncernforbundne selskaber med henblik på at sikre det indre marked.

² Pedersen, Jan m.fl.: "Skatteretten 2", s. 422

³ LBKG 2012-11-14 nr. 1082

⁴ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 3.-5. pkt.

⁵ Jf. afsnit 8.

Ud fra ovenstående redegørelse af henholdsvis SEL § 2, stk. 1, litra c samt SEL § 13, stk. 1, nr. 2 kan det nu konstateres, at indgående og udgående udbytter under de beskrevne betingelser er skattefrie. Ovenstående gennemgang danner således et grundlag for at besvare første del af specialets problemstilling. Disse ovenfor nævnte betingelser kan foranledige selskaber til at oprette specielle konstruktioner, der ikke har et egentlig driftsmæssigt formål andet end blot at opnå skattefrihed. Mod sådanne specielle selskabskonstruktioner forsøger Danmark at beskytte sit beskatningsgrundlag. Således vil nedenstående afsnit 7 og afsnit 8 indeholde en redegørelse samt analyse af de to værnsregler, der tager sigte på at beskytte Danmarks beskatningsgrundlag i de situationer, hvor der er tilfælde af gennemstrømning samt de tilfælde hvor 10 pct.-ejerkravet forsøges omgået.

7. Selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt.

SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. omfatter tilfælde, hvor skattemyndighederne ønsker at ”se igennem” et selskab for derved at placere udbyttebeskatningen hos de ultimative aktionærer. En situation kan beskrives som værende gennemstrømning, hvorved forstås, at et selskab (moderselskabet) i et land, altså oprindelseslandet, etablerer et mellemholdingselskab beliggende i mellemholdinglandet, altså Danmark i dette speciales tilfælde, der ikke har andet formål end at investere i datterselskaber beliggende i datterselskabslandet. Således forsøger selskabsaktionærerne at udnytte en favorabel DBO eller Moder-/datterselskabsdirektivet for derved at omgå datterselskabslandets kilde-landsbeskatning ved oprettelse af et mellemholdingselskab.

Det skal bemærkes, at der i nærværende situation er anvendt begrebet, mellemholdingselskab. Dette vil ligeledes være tilfældet gennem resten af specialet. Endvidere er tilfældet, at hverken ordlyden i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. samt fortolkningsbidrag i L 10 bidrager med en redegørelse for, hvilket subjekt der bestemmer værnsreglens anvendelse. Således er det usikkert, om værnsreglen bliver udløst af et mellemholdingselskab som selskabsform eller af en (udbytte-)transaktion, hvor udbyttet bliver videreudloddet til et moderselskab. Således er der usikkerhed om, hvorvidt et givent selskab ud over et mellemholdingselskab for eksempel et datter- eller moderselskab kan blive omfattet af værnsreglen.⁶

Landsskatteretten samt Østrelandsret har ved forskellige lejligheder forsøgt at tage stilling til begrebet før L 10 blev vedtaget, hvilket nedenstående domme vil behandle. Det skal altså bemærkes, at tidspunktet for domstolenes stillingtagen ligger forud for L 10, hvorfor nedenstående afgørelser ikke beror på en vurdering af de ændringer, som er tilføjet med L 10, men derimod den DBO, der er indgået landene imellem. For en korrekt tidsmæssig og kronologisk opbygning af specialet vil en gennemgang af L 10 blive behandlet efter nedenstående domspraksis med de ændringer, som følger deraf.

7.1. Gennemstrømning og retmæssig ejer i retspraksis

I **SKM.2010.729.LSR** købte en række kapitalfonde et dansk selskab (H1 A/S) igennem et luxembourgsk holdingselskab (G1 s.a.r.l). Kapitalfondene ejede yderligere et selskab (G2 A/S). Selskabet G2 A/S tilbød ejerne af selskabet G3 A/S at opkøbe G3 A/S med henblik på, at G2 A/S skulle fungere som holdingselskab for selskabet. Siden dets stiftelse har G2 A/S ingen aktivitet haft. For at

⁶ Fortolkningsusikkerheden på dette område vil blive behandlet yderligere ud fra et nationalt synspunkt i afsnit 7.3, samt ud fra et EU-retligt synspunkt i afsnit 10.1.

finansiere købet af G3 A/S indgik G2 A/S tre låneaftaler. Dagen efter købet af G3 A/S blev H1 A/S stiftet af kapitalfondene. I forbindelse hermed blev G2 A/S apportindskudt således, at G2 A/S skulle fungere som et helejet datterselskab af H1 A/S. Alle de af kapitalfonden ejede aktier i H1 A/S blev herefter indskudt i G1 A/S, som indskød samtlige aktiver og passiver (heraf aktierne i H1 A/S) i G4 S.a.r.l. Det blev herefter på en generalforsamling i H1 A/S besluttet at udbetale udbytte til G4 S.a.r.l. Udbyttet blev samme dag lånt til H1 A/S som et konvertibelt lån og et ikke konvertibelt lån. Samme dag forhøjede H1 A/S aktiekapitalen i G2 A/S ved en kontantindbetaling. Det konvertible lån blev ultimo samme år konverteret til aktier i H1 A/S. Medio det efterfølgende år blev det ikke-konvertible lån konverteret til aktiekapital i H1 A/S. Spørgsmålet var således om G2 A/S kunne anses som gennemstrømningsselskab for derved at kunne beskatte udbyttet hos det ultimative moderselskab.

Landsskatterettens udgangspunkt for afgørelsen skal findes i selve pengestrømmen. Selskabet lægger til grund for sin argumentation, at udbyttebetalingen ikke er kommet selskabsaktionærerne til gode.⁷ Der er derved ikke sket en egentlig strøm af udbyttebetalingen. Som det fremgår af sagens faktiske omstændigheder ovenfor, er betalingen konverteret til henholdsvis et konvertibelt samt et ikke-konvertibelt lån. Betalingen er derfor ikke viderekanaliseret til selskabets bagvedliggende ejere men placeret og konverteret i holdingselskabet. Landsskatteretten har tidligere taget stilling til samme problem vedrørende samme gruppe selskaber. Her lagde Landskatteretten vægt på, at udbyttet ikke blev viderekanaliseret til moderselskabet eller dets aktionærer, men derimod blev i selskabet og anvendt til udlån. Landsskatterettens vurderinger lægger herved op til, at det ikke er selve selskabets aktivitet, som er afgørende for vurderingen, men selve pengestrømmen. Dette konstateres ud fra det faktum, at det fremgår af sagens faktiske omstændigheder, at selskabet G2 A/S ingen aktivitet har. Det er for sagen her, som nævnt, uden betydning, men mere afgørende er netop pengestrømmen, som ikke sker.

Det kan derfor konstateres at udbyttebetalingen skal komme de ultimative selskabsaktionærer til gode, før der kan være tale om en egentlig gennemstrømning. Der kan således ikke foretages en omkvalificering af den retmæssige ejer til de ultimative selskabsaktionærer. Selskabets aktivitetsniveau er herved ikke afgørende for situationen, hvorfor det må konstateres, at aktivitetsniveauet, som udgangspunkt ikke kan tillægges særlig stor betydning taget denne dom i betragtning.

⁷ For en mere dybdegående gennemgang se SKM.2010.729.LSR

Anderledes er dog udfaldet i **SKM.2011.485.LSR**. Sagens omstændigheder indebærer et dansk selskab (H1 ApS), som siden 2005 har været øverste moderselskab. Ultimo 2004 sker et skift af moderselskab, da det før havde været H6 ApS, som havde været moderselskab. H6 ApS var direkte ejet af H4 Ltd., Cayman Islands, som havde ydet lån til H6 ApS. Ultimo 2004 gennemførtes omstruktureringen ved indskud af to svenske selskaber (H2 AB og H3 AB) imellem H1 ApS og H6 ApS og H4 Ltd. H2 stiftede herefter H1 ApS, hvorefter H4 Ltd. overførte anparterne i H6 ApS til H2 AB som et ubetinget aktionærtilskud. Lånene fra H4 Ltd. til H6 ApS med tilskrevne renter blev også overført til H2 AB. Efterfølgende afstod H4 Ltd. aktierne i H2 AB til H3 AB mod at opnå to nye gældsbreve i H3 AB. H2 AB konverterede gældsbrevet mod H6 ApS til anparter, hvorefter aktierne i H6 ApS blev solgt til selskabet for 2 nye gældsfordringer. I denne sag lægger Landsskatteretten i modsætning til ovenstående dom vægt på selskaberne H2 AB og H3 AB's substans og aktivitet. Således ønsker de danske myndigheder, at se igennem H2 AB og H3 AB for at placere beskattningen hos H4 Ltd. Der henvises heri til OECD-rapporten "*Double taxation conventions and the use of conduit companies*" hvoraf det fremgår, at selskabet ikke må have så snævre beføjelser, at det bliver en nullitet.⁸ Landsskatteretten gør derved gældende, at ingen af selskaberne ved etablering havde anden aktivitet end holdingaktivitet, hvorfor det må antages, at selskaberne havde så snævre eller ingen beføjelser, at det må antages at være en nullitet. Der kan her konstateres to problemstillinger i Landsskatterettens argumentation. Det første problem opstår af det faktum, at Landsskatteretten slet ikke tager stilling til selve pengestrømmen, men blot lægger vægt på selskabets aktivitet. Landsskatteretten vurderer derved ikke, hvem der får gavn af udbyttet/rentebetalingen, men blot at H2 AB og H3 AB må være gennemstrømningsselskaber, fordi de udøver holdingvirksomhed. Der sker derved et skred i retspraksis, hvorfor det kan være svært at gennemskue, hvad der egentlig statuerer gennemstrømning. Det andet problem opstår ved, at landskatteretten foretager et direkte angreb på holdingvirksomhed og sidestiller dette med gennemstrømning. Problemet ved sammenligning mellem holdingvirksomhed og gennemstrømning bliver, at selskaber, der udelukkende udøver holdingvirksomhed altid vil blive ramt af en gennemstrømningsvurdering, hvilket som udgangspunkt vil være i strid med EU-rettens etableringsfrihed.⁹ Landsskatteretten konkluderer derfor i dommen, at det faktum, at H2 AB og H3 AB udelukkende udøver holdingvirksomhed må betyde, at der er tale om et gennemstrømningsselskab, hvorfor der skal ses igennem H2 AB og H3 AB.

⁸ Double taxation conventions and the use of conduit companies, s. 8

⁹ Se hertil TEUF art. 54, der foreskriver, at et selskab omfattes af etableringsfriheden, såfremt det er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis det vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for EU.

Østrelandsret falder dog tilbage på Landsskatterettens vurdering fra SKM.2010.729.LSR i **SKM.2012.121.ØLR**. Af sagens faktiske omstændigheder fremgår det, at en række kapitalfonde i 2005 købte H2.1 A/S. H2 fremsatte i 2005 et frivilligt betinget købstilbud til H2.1 A/S om at opkøbe selskabet, hvorefter H2 A/S skulle fungere som holdingselskab for H2.1 A/S. H2 A/S har ikke haft nogen aktivitet siden stiftelsen. Inden tilbuddet til H2.1 A/S blev afgivet, underskrev H2 A/S tre aftaler om kreditfaciliteter, der var nødvendige for at opkøbe H2.1 A/S. Umiddelbart inden købstilbuddet blev accepteret blev H1.X stiftet af K1, hvorefter H2 A/S blev apportindskudt, således at H2 vil blive et helejet datterselskab af H1.X. På samme tid som apportindskuddet indskød den bagvedliggende ejerstruktur (K1 og K2) alle deres aktier i selskabet i KH S.a.r.l, hvorefter alle aktiver og passiver i KH S.a.r.l blev indskudt mod vederlag i H1 S.a.r.l. På generalforsamlingen i H1.X efter omstruktureringen blev det besluttet at udbetale udbytte til moderselskabet H1 S.a.r.l. Samtidig ydede H1 S.a.r.l to lån til H1.X på et beløb svarende til udbyttebetalingen. Myndighederne ønsker således at afprøve aktiviteten i mellemholdingselskabet for at kunne kende dette gennemsigtigt.

Østrelandsret gør i sin begrundelse gældende, at idet udbyttebetalingen ikke er viderekanaliseret, kan der ikke være tale om gennemstrømning. Det må således antages, at udbyttebetalingen skal være ført videre eller være bestemt til at blive ført videre, hvilket Østrelandsret udleder fra OECD's modeloverenskomst.¹⁰ Østrelandsrets afgørelse falder derfor tilbage på Landsskatterettens argumentation fra SKM.2010.729.LSR, som netop tager udgangspunkt i, at betalingen skal være ført videre, før der kan være tale om gennemstrømning. Østrelandsret tilføjer, at såfremt udbyttebetalingen med sikkerhed er bestemt til at blive videreført, vil der derfor også være tale om gennemstrømning.¹¹

Ud fra de tre ovenstående domme kan det konstateres, at der sker en skævvridning i retspraksis på området vedrørende gennemstrømningsselskaber og retmæssig ejer-begrebet. SKM.2010.729.LSR og SKM2012.121.ØLR lægger begge vægt på, at der ikke er sket en viderestrømning af selskabets udbyttebetaling – altså en transaktion, hvilket betyder, at selskaberne i disse domme ikke kan antages at være gennemstrømningsselskaber. Anderledes ses det i SKM.2011.485.LSR, hvor der slet ikke tages stilling til selve transaktionen, men blot konstateres, at der er tale om, at selskaberne udelukkende driver holdingvirksomhed, hvorfor der så må være tale om gennemstrømning, hvilket må anses som værende et angreb mod holdingstrukturen. Nedenfor vil myndighedernes forsøg på at

¹⁰ For nærmere uddybning se SKM.2012.121.ØLR

¹¹ For nærmere uddybning se SKM.2012.121.ØLR

skabe en enslydende tilstand på området for gennemstrømning blive gennemgået, for derved at give et billede af, hvorledes lovgiver konkret forsøger at fastlægge gennemstrømningsbegrebet.

7.2. Forslag til lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven nr. L10

Med lovforslag L 10 vedtaget som lov nr. 2012, 1254 søges det hindret, at Danmark anvendes som et skattely i forhold til andre lande. Dette formål er specificeret i tilføjelsen af 7. og 8. pkt. i SEL § 2, stk. 1, litra c. Hvad der skal forstås ved og altså definitionen af skattely bidrager L 10 ikke med, og specialet forholder sig således kritisk over for angivelsen af dette formål. Med det in mente vil specialet arbejde med en forståelse af skattely som defineret i OECD-rapporten ”*Harmful Tax Competition*”. Rapporten definerer skattely ud fra fire overordnede forudsætninger; ”*No or only nominal taxes, Lack of effective exchange of information, Lack of transparency, No substantial activity*”.¹²

Med inddragelsen af L 10 i specialet skitseres for det første hvilke bevæggrunde, der ligger til grund for den overordnede værnsregel mod gennemstrømning og omgåelse af udbyttebeskatning, ligesom inddragelsen bidrager med lovgivers stillingtagen til og anvendelse af begrebet; gennemstrømnings-selskaber og det heraf afledte retmæssig ejer-begreb.

Om end specialet ikke dybdegående vil beskrive OECD’s modeloverenskomst, skal det af hensyn til behandlingen af de omtalte værnsreglers overensstemmelse med EU-retten senere i specialet bemærkes, at L 10 i langt overvejende grad er baseret på rammebestemmelserne for OECD’s modeloverenskomster. Således forsøger lovgiver på baggrund af OECD’s modeloverenskomster at retfærdiggøre værnsreglernes udformning også i et EU-retligt regi på trods af, at dette selvsagt ikke er muligt. Selvom reglerne også forsøges anvendt i EU-retlige sammenhænge, anføres det i bemærkningerne til L 10, at lovforslaget ikke indeholder EU-retlige aspekter.¹³

Af bemærkningernes indledning til lovforslaget fremgår det, at det der forstås ved gennemstrømningssituationer er, at et selskab (moderselskabet) i et fremmed land, altså oprindelseslandet etablerer et dansk selskab (mellemholdingselskab), som ikke har andet formål end at investere i selskaber (datterselskaber) i et andet fremmed land, altså datterselskabslandet. Moderselskabet i oprindelseslandet modtager i så fald udbytter fra datterselskaberne i datterselskabslandene gennem et dansk mellemholdingselskab, mellemholdinglandet, med det formål at nedsætte den beskatning, som datterselskabslandet ville gennemføre, hvis udbyttet blev betalt direkte.¹⁴ Således søger moderselskabet

¹² OECD-rapport ”*Harmful Tax Competition*,” s. 24

¹³ L 10/2012, afsnit 10. Forholdet til EU-retten, se specialet afsnit 10.1.

¹⁴ L 10/2012, afsnit 1. Indledning

at blive omfattet af den fritagelse fra kildelandsbeskatning, som Moder-/datterselskabsdirektivet sikrer. Derved ses, at moderselskabet i oprindelseslandet forsøger at opnå de fordele, som gælder efter en DBO eller Moder-/datterselskabsdirektivet, som moderselskabet i oprindelseslandet ikke selv ville kunne opnå ved direkte udbyttebetaling fra datterselskabslandet til oprindelseslandet. Det danske gennemstrømningsselskab modtager altså udbytte, som er optjent af et datterselskab i datterselskabslandet, og videreudlodder udbyttet til moderselskabet i oprindelseslandet. Denne tilføjelse til SEL § 2, stk. 1, litra c, bygger på en tanke om, at koncernforbundne selskaber skal beskattes af udbytte, som er modtaget direkte eller indirekte af datterselskabsaktier eller koncernforbundne aktier, såfremt det kan konstateres, at selskabet ikke er retmæssig ejer af det modtagne udbytte, hvilket vil betyde, at selskabet i sådanne tilfælde vil blive anset som gennemstrømningsselskab.

Ud fra de danske skattemyndigheders synspunkt er grunden til, at gennemstrømningsselskaber er et skatteretligt problem, at de nuværende danske skatteregler gør, at Danmark ikke har en direkte lov-hjemlet mulighed for at beskatte udbytteudlodningen, som føres ind i det danske selskab. Altså medførte de daværende skatteregler, at Danmark ikke kunne beskatte det danske gennemstrømningsselskab af udbyttet fra datterselskabslandet, jf. SEL § 13, ligesom Danmark heller ikke beskatter videreudlodningen til oprindelseslandet, hvis dette selskab er hjemmehørende i et land, der er medlem af EU eller har en DBO med Danmark.¹⁵ Således søges det hindret, at Danmark anvendes som et skattely.

Ændringen, som følger af L 10, medfører, at den i specialet før omtalte fritagelse fra begrænset skattepligt af udbytter fra et dansk selskab efter SEL § 2, stk. 1, litra c 3-5. pkt., ikke gælder, hvor det danske selskab ikke er retmæssig ejer af det modtagne (indgående) udbytte, som ønskes videreudlodnet til det land (udgående) udbytte, som Danmark har indgået en DBO med. I så fald skal udbyttet beskattes som udgangspunkt med 27 pct., som dog nedsættes til den procentsats, der er aftalt i DBO'en med det land, hvor det selskab, der modtager udbyttet, er hjemmehørende, dog også her under forudsætning af, at dette selskab er retmæssig ejer af udbyttet.¹⁶

Spørgsmålet er således, hvad der nærmere skal forstås ved et gennemstrømningsselskab. Det er SKAT, der afgør, om det danske selskab er retmæssig ejer af udbyttet. Ifølge bemærkningerne skal der ved afgørelsen lægges vægt på de faktiske forhold i den enkelte sag, hvor der ses på, om det danske mellemholdingselskab er etableret af moderselskabet i investorlandet med henblik på at opnå fordele efter en DBO eller Moder-/datterselskabsdirektivet, som moderselskabet i investorlandet

¹⁵ L 10/2012, afsnit 2.2. Gennemstrømningsselskaber

¹⁶ L 10/2012, afsnit 3.2.2 Lovforslaget

ikke ville kunne opnå selv, og om moderselskabet i investorlandet udøver en kontrol over det danske mellemholdingselskab, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner.¹⁷

Det skal således bemærkes, at SKAT ikke kan opstille generelle betingelser for, hvornår der er tale om et gennemstrømningsselskab, men at vurderingen skal bero på en hensynsafvejning af forholdene i den enkelte situation. Hertil kan der dog indtages en kritisk holdning, da den omtalte forståelse ved gennemstrømningsselskaber i bemærkningernes indledning er af generel karakter og til forveksling minder om virksomhed udøvet af holdingselskaber. Altså kan det ses som et direkte angreb mod holdingselskaber.

7.3. Delkonklusion – SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt.

Det fremgår således, at det er nødvendigt at vurdere det formodede gennemstrømningsselskabs grad af kontrol. SKAT er af den opfattelse, at hvis selskabet i det fremmede land på forhånd har bestemt gennemstrømningsselskabets aktivitet i en sådan grad, at det går ud over, hvad der er forventeligt, kan der ikke være tale om et selskab med selvstændig økonomisk aktivitet, hvorfor dette ville være at karakterisere som gennemstrømning, hvad enten der sker en gennemstrømning eller ej. Det er blandt andet også gældende i den førømtalte retspraksis (SKM.2012.121.ØLR), hvor Østrelandsret netop fortolkede modeloverenskomsten til også at omfatte tilfælde, hvor betalingen i forvejen er bestemt til at strømme videre. Dette betyder, at såfremt gennemstrømningsselskabet ikke har kontrol over hvilke beslutninger, som skal træffes og de derved ikke har mulighed for at råde over det udbytte, som er modtaget fra selskabet i en anden medlemsstat, er der tale om et gennemstrømningsselskab.

Af ovenstående kan det udledes, at anvendelsen af værnsreglen i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. på nærværende tidspunkt, både afhænger af selskabet som subjekt samt udbyttebetalingen som transaktion. Således må den danske værnsregel anses som et carte blanche til SKAT.

Reglens betydning vil være, at et mellemholdingselskab i nogle situationer vil blive ramt af værnsreglen på grund af mellemholdingselskabets status som subjekt samtidig med, at et selskab i andre situationer vil blive omfattet af værnsreglen på grund af en konkret transaktion.

Dette indebærer, at et mellemholdingselskab med økonomisk aktivitet i nogle situationer kan blive ramt af værnsreglen grundet transaktionen vedrørende udbytteudlodningen. Således kan det medføre, at et moder- eller datterselskab med en delaktivitet inden for aktiebesiddelse i tilfælde, hvor et

¹⁷ L 10/2012, afsnit 3.2.2 Lovforslaget

sådan selskab videreudlodder udbytte, kan være omfattet af værnsreglen på trods af, at selskabet har anden aktivitet end aktiebesiddelse.

Såfremt der omvendt ikke sker en videre udlodning af det modtagne udbytte vil værnsreglens anvendelse afhænge af selskabets substans. Dette er tilfældet såfremt selskabet for eksempel ingen råderet har over det modtagne udbytte.

Således er der vægtige argumenter for, at værnsreglen ikke blot finder anvendelse på mellemløbselskaber, men også på eksempelvis datterselskaber med anden aktivitet end ejerskab af aktier som resultat af, at transaktionen bliver inddraget som vurderingselement.

8. Aktieavancebeskatningsloven § 4 A

Det er angivet i foregående afsnit, at ABL § 4 A, stk. 1 udgør en af betingelserne for skattefrie udbytteudlodninger, således henvises der hertil i SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt. samt SEL § 13, stk. 1, nr. 2, 2. pkt.

ABL § 4 A er indsat ved lov nr. 2009, 525 i skattereformen fra 2010 i forbindelse med ændringer i reglerne for selskabers aktieafståelser. Ønsket med indsættelsen af disse bestemmelser er, at det er aktiens karakter og ikke ejertiden på 3 år, som er afgørende for de skattemæssige konsekvenser i forbindelse med aktieafståelse. Det er således afgørende for beskattningen, at der er tale om afståelse af egne aktier (jf. ABL § 10), næringsaktier (jf. ABL § 17), datterselskabsaktier (jf. ABL § 8) eller porteføljeaktier (jf. ABL § 9).¹⁸ Der er således tale om en klassificeringsregel, der klassificerer en aktiebeholdning, hvorefter denne klassificering danner grundlag for den videreskattemæssige behandling. Der skete endvidere en harmonisering af behandlingen af selskabers aktieavancer og – udbytter, sidstnævnte som specialet omhandler. Afgørende for begges vedkommende er nu, hvorvidt en ejerandel er over eller under 10 pct. Samtidig blev der indført en værnsregel, der skal forhindre, at der etableres pyramidestrukturer (omvendte juletræer) med det formål, at aktionærerne via personlige holdingselskaber kan modtage skattefrit udbytte på grund af en indirekte ejerandel på minimum 10 pct., selvom hver aktionær reelt ejer mindre end 10 pct. af det underliggende datterselskab.¹⁹ Denne værnsregel blev dog efter L 2009, 525 udsat for kritik, hvorfor der med L84 blev foretaget enkelte ændringer for at imødegå de problemstillinger, som loven indeholdte.

Skattefriheden for datterselskabsaktier efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. samt SEL § 13, stk. 1, nr. 2, 2. pkt. betinges af, at definitionen og betingelserne i ABL § 4 A, stk. 1 og 2 er opfyldte. Således er det en betingelse efter stk. 2, at det omhandlede datterselskab enten er omfattet af 1) SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d – 2 h og 3 a – 5 b, 2) direktiv 2011/96/EU eller 3) en DBO med hvilken stat, hvori datterselskabet er hjemmehørende. Definitionen af datterselskaber som betingelse i stk. 1 karakteriseres ved det omtalte krav om ejerskab på mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet. Således øges incitamentet til at sikre, at det pågældende selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det underliggende selskab. Kravet om en aktiebesiddelse på 10 pct. eller mere skal fortolkes i overensstemmelse med 10 pct.-kravet i SEL § 13, stk. 1, nr. 2, om skattefrit datterselskabsudbytte, eller i overensstemmelse med 10 pct.-kravet i Moder-/datterselskabsdirektivet som beskrevet ovenfor. Det

¹⁸ LBKG 2015-01-17 nr. 92, note 13

¹⁹ Lytken, Poul Erik m.fl.: TfS 2009, 1123, s. 1

er herefter alene direkte ejerskab, der tæller med ved opgørelsen af, om aktiebesiddelsen udgør 10 pct. eller mere.²⁰

ABL § 4 A, stk. 3 indeholder et værn mod selskabernes omgåelse af ovenstående 10 pct.-ejerkrav ved specielle selskabskonstruktioner, kaldet ”omvendte juletræer”, netop for at sikre, at der ikke etableres puljeinvesteringer i fælles holdingselskaber for at omgå kravet på 10 pct. af aktiekapitalen. Disse selskabskonstruktioner forsøges således anvendt i tilfælde, hvor ejerandelene i eksempelvis datterselskaber ikke er nok til udbetaling af skattefrit udbytte, hvorfor der indsættes et fælles holdingselskab. Således medfører stk. 3, at datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af de af mellemholdingselskabets direkte og indirekte aktionærer, såfremt betingelserne i nr. 1-5 er opfyldt, hvorfor værnsreglen i stk. 3 herefter benævnes, mellemholdingreglen.²¹ Ved direkte og indirekte aktionærer forstås selskaber som omfattet af enten SEL § 1, § 2, stk. 1, litra a eller §§ 31 A eller 32, FBL § 1 eller LL § 16 H. Baggrunden herfor er ifølge forarbejderne, at der allerede findes et værn i de tilfælde, hvor aktierne i mellemholdingselskabet ejes af *udenlandske* selskaber, som ikke er aktiernes retmæssige ejere (beneficial owner).²² Således behandles denne situation af den i specialet tidligere behandlet SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt.²³

Såfremt mellemholdingreglen finder anvendelse, indebærer dette, at aktierne, uanset indsættelsen af et mellemliggende selskab, skal beskattes som porteføljeaktier (efter de almindelige regler om aktieavance- og udbyttebeskatning i ABL og LL §§ 16 A-B), hvis aktierne ved direkte ejerskab havde været porteføljeaktier. I denne sammenhæng er det vigtigt at notere sig, at behandlingen af de aktier, der for de øverste danske selskabsaktionærer anses for ejet direkte, afhænger af den indirekte ejerandel. Dette betyder, at selvom mellemholdingreglen finder anvendelse og der sker en omkvalificering, er dette ikke tilfældet for de selskabsaktionærer, der indirekte har en ejerandel på 10 pct. eller derover.

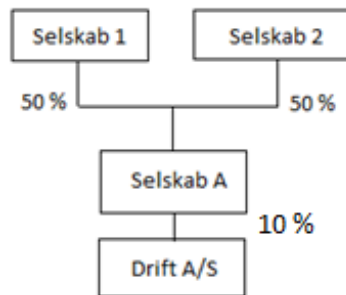
Af ovenstående fremgår det, at der sker en distancering af den civilretlige anerkendelse af selskabet og den skatteretlige anerkendelse af selskabet. Et typeeksempel i anvendelsen af mellemholdingreglen kan skitseres ved nedenstående:

²⁰ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 14

²¹ Werlauff, Erik: ”Selskabsskatteret 2013/14”, s. 219

²² Lauritsen, Henrik Stig: TfS 2009, 833, s. 8

²³ Jf. afsnit 8.1



I ovenstående eksempel 1 ville Selskab 1 og Selskab 2 ved et direkte ejerskab af Drifts A/S alene eje 5 pct., og de har derfor sammen etableret Selskab A for på den måde at opnå, at der i hver ejerstreng er en ejerandel på mindst 10 pct. Forudsat at Selskab A opfylder de øvrige betingelser (som vil blive gennemgået nedenfor), vil Selskab A blive anset for et mellemholdingselskab med den konsekvens, at aktierne i Drift A/S anses for ejet direkte af Selskab 1 og Selskab 2. Herved vil aktierne omklassificeres til porteføljeaktier, idet den direkte ejerandel er 5 pct., hvorfor en udbytteudlodning vil være skattepligtig.

Nedenstående vil tjene som en kort beskrivelse af, hvorledes ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt. nr. 1-5, finder anvendelse i forhold til SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. Således vil de to værnsreglers anvendelsesområder blive fastlagt.

Efterfølgende vil afsnit 8.1 indeholde en beskrivelse af betingelserne for anvendelse af værnsreglen ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5. Det er væsentligt at bemærke, at disse betingelser er kumulative. Således forstås, at hvis blot én af betingelserne ”svigter”, er selskabet ikke et mellemholdingselskab og udbyttet er således skattefrit, såfremt betingelserne herfor tillige er opfyldte.²⁴

8.1. Forholdet imellem SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. og ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt.

Ovenstående gennemgang indeholder to værnsregler, der er relevante for dette speciale. Værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3 blev med skattereformen i 2010 indsat ved L 2009, 525 med det formål at undgå, at 10 pct. ejerkravet omgås ved, at der konstrueres specielle selskabskonstruktioner, ofte benævnt omvendte juletræer.

SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. blev vedtaget på baggrund af lovforslag L 10 vedtaget som lov nr. 2012, 1254 og omhandler et generelt gennemstrømningsbegreb, som umiddelbart finder anvendelse på alle situationer, hvor mellemholdingselskabet i Danmark ikke er retmæssig ejer.

²⁴ Lauritsen, Henrik Stig: TfS 2009, 833, s. 7

Det kan ud fra ovenstående overvejes, hvorvidt der mellem de to værnregler opstilles et *lex specialis contra et lex generalis*-forhold. Umiddelbart synes forholdet at være opstillet på baggrund af, at der efter vedtagelsen af ABL § 4 A, stk. 3 har været et ønske om, at tildele SKAT flere muligheder for værn mod disse selskabskonstruktioner i en lovgivning, der skulle sikre, at der ikke blev opstillet kunstige konstruktioner med det formål at undgå udbyttebeskatning og altså blive omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt. Derudover udtaler Skatteministeren på baggrund af en *early warning* fremsat i juli 2012,²⁵ at der er blevet gjort opmærksom på huller i den daværende lovgivning, som vil blive lukket. Således forsøges værnet udbygget med vedtagelsen af SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. og altså indførelsen af et generelt forbud mod gennemstrømningssituationer, der ikke direkte og specifikt søger at hindre omgåelsen af 10 pct.-kravet i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1 men derudover søger at hindre alle situationer, hvor et dansk selskab ikke er retmæssig ejer. Af en anonymiseret kopi af den omtalte *early warning* fremgår en situation, hvor udbytter fra danske selskaber (datterselskaber) til udenlandske selskaber (moderselskaber), der ikke er beskyttet af EU's moder-/datterselskabsdirektiv eller en DBO, er omfattet af den begrænset skattepligt, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, og det udloddende datterselskab har i medfør af kildeskatteloven § 65 pligt til at indeholde en kildekat på 28 pct. Denne situation kan dog omgås, hvis der før udbytteudlodningen etableres et dansk holdingselskab, for eksempel ved apportindskud kombineret med skattefri aktieombytning mod kontantvederlag på et beløb svarende til det forventede udbytte fra det allerede eksisterende danske datterselskab. Således kan der ske skattefri udbytteudlodning fra det danske datterselskab til det danske holdingselskab efterfulgt af afregning af gæld på samme størrelse som udbyttet til det udenlandske moderselskab. En sådan situation vil umiddelbart blive omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt.

Således foretages en udvidelse af det danske værn mod omgåelse af fritagelsen for udbyttebeskatning efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., da ABL § 4 A, stk. 3 ikke vil kunne finde anvendelse i ovenstående situation, da denne ikke finder anvendelse på gennemstrømningssituationer, der indebærer en omkvalificering af udbyttebetaling til for eksempel rentebetalinger eller afdrag på gæld. Således kan de to værnregler anses som værende supplerende til hinanden. Dermed kan forholdet imellem de to værnregler anskues som værende den situation, at ABL § 4 A udgør en delmængde af det totale anvendelsesområde reguleret af SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. Dette skal forstås således, at de to værnregler finder anvendelse på den situation, at der foregår en likviditetsgennem-

²⁵ For nærmere uddybning se betænkning til ”Forslag til lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven”, af 5. december 2012, s. 12, spg. 29 & 32

strømning gennem et selskab oprettet med det ene formål at undgå eller reducere beskatningsgrundlaget som eksemplificeret tidligere i dette afsnit. Dog fremgår forskellen i anvendelsesområdet af, hvorvidt moderselskabets selskabsaktionærer er skattepligtige til Danmark eller til et andet land. Således fremgår det, at værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3 begrænses til den situation, hvor mellemholdingselskabets selskabsaktionærer er skattepligtige til Danmark.²⁶ Baggrunden for dette er, at der allerede efter de daværende regler findes et værn i SEL § 2, stk. 1, litra c, i de tilfælde, hvor udbytterne udloddes til udenlandske selskaber, som ikke er udbyttets retsmæssige ejer (beneficial owner). Der skal med andre ord ske kildebeskatning, såfremt selskabsaktionærerne i et udenlandsk selskab ikke frafaldes eller nedsættes efter Moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en DBO i henhold til SEL § 2, stk. c, 7. og 8. pkt.

Nedenstående vil blandt andet med baggrund i eksempler på selskabskonstruktioner indeholde en analyse af, på hvilke koncernkonstruktioner ABL § 4 A finder anvendelse. Endvidere vil afsnittet indeholde en stillingtagen til, hvorvidt sådanne konstruktioner i så fald falder ind under det generelle forbud mod gennemstrømning.

8.2. Mellemholdingselskabets primære funktion – 1. betingelse

Værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3 finder kun anvendelse, såfremt mellemholdingselskabets primære funktion er at eje datterselskabsaktier. Mellemholdingselskabet skal således i ikke uvæsentligt omfang have anden aktivitet end ejerskabet af datterselskabsaktier.²⁷ Såfremt betingelsen ikke er opfyldt, vil der ikke kunne ses igennem mellemholdingselskabet med det resultat, at der kan udloddes skattefrit udbytte fra datterselskabet til mellemholdingselskabet. Hvad der skal forstås ved; *”i ikke uvæsentligt omfang,”* beror ifølge Skatteministeren på en konkret vurdering og bemærker således, at det ikke er muligt at angive et præcist forhold mellem værdien af aktier og andre aktiver.²⁸ Det vil ifølge Skatteministeren være åbenbart, hvad der er et selskabs primære funktion, og i denne vurdering kan det indgå, om der er tale om aktivt ejerskab vedrørende de pågældende andre aktiver, eller om der fortrinsvis er tale om kapitalanbringelse.²⁹ Der skal ved vurderingen lægges vægt på de faktiske/reelle forhold, og det er derfor ikke i sig selv tilstrækkeligt, at mellemholdingselskabet efter vedtægterne har andet formål end ejerskab af datterselskabsaktier, hvis dette rent praktisk ikke er tilfældet. Såfremt det primære formål er ejerskab af porteføljeaktier og ejerskabet af datterselskabs-

²⁶ L 202/2009, bilag 41, s. 9

²⁷ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 18

²⁸ L 202/2009, bilag 41, s. 20

²⁹ Lauritsen, Henrik Stig: TfS 2009, 833, s. 9

aktier kun er en sekundær funktion, medfører dette altså, at betingelsen ikke er opfyldt, hvorfor værnereglen ikke finder anvendelse. Det fremgår således ikke præcist, hvad der skal til for at ejerskabet af datterselskabsaktier ikke er et selskabs primære funktion, om end det angives, at der ved vurderingen af, om et selskabs primære funktion er ejerskab af porteføljeaktier kan lægges vægt på, om aktiviteten vedrørende porteføljeaktier er større end aktiviteten vedrørende datterselskabsaktier samt volumen og afkastet af de to beholdninger.³⁰ Mellemholdingreglen betinges ikke at, at mellemholdingselskabet udelukkende eller delvist har som funktion, at visse personer skal have medejerskab af koncernen, eller at mellemholdingselskabet har som funktion at optage og servicere gæld til finansiering af købet af aktierne i datterselskabet.³¹ Således fremgår begrebet; primær funktion som værende udefineret og elastisk, hvorfor der kan opstå stor usikkerhed ved den skattemæssige behandling af forskellige selskabskonstruktioner.³² Dertil kommer, at betingelsen typisk retter sig mod et mellemholdingselskab, der ikke har andre aktiviteter end besiddelse af aktier i et datterselskab.³³

8.3. Reel økonomisk virksomhed – 2. betingelse

ABL § 4, stk. 3, 2. pkt., nr. 2 anfører, at mellemholdingreglen kun finder anvendelse, såfremt selskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed. Dette afsnit skal derfor klarlægge, dels hvordan lovgiver mener, at begrebet ”reel økonomisk virksomhed” skal forstås, samt hvorledes begrebet bliver anvendt i retspraksis.

For at der kan være tale om reel økonomisk virksomhed, skal moderselskabet udøve en eller anden form for erhvervsvirksomhed, som har en direkte tilknytning til aktiebesiddelsen.³⁴ Dog skal det erindres jf. 1. betingelse, at den direkte tilknytning ikke primært må have med datterselskabsaktier at gøre. Ligeledes skal det bemærkes, at det ikke er tilstrækkeligt blot at eje aktier, selvom det er tilstrækkeligt til, at selskabet anses for at være erhvervsdrivende.³⁵ Det fremgår ikke, hvad der skal forstås ved en erhvervsvirksomhed, som knytter sig direkte til aktiebesiddelsen, hvorfor dette må være en konkret vurdering, som beror på det enkelte tilfælde. Udover ovennævnte stilles der ligeledes krav til selskabets fysiske indretning. Som elementer i selskabets fysiske indretning opstilles tre punkter; lokaler, personale og udstyr.³⁶ Dette har til formål at værne imod de såkaldte ”postkasse-”

³⁰ L 202/2009, bilag 41, s. 20

³¹ L 202/2009, bilag 41, s. 21

³² Jf. spørgsmålet stillet af Foreningen for Statsautoriserede Revisorer, L 202/2009, bilag 41, s. 7

³³ Bastian, Kaspar, m.fl.: Ufs.2009.4007, s. 2

³⁴ L 2012, 591 § 3, stk. 1, nr. 2, note 19

³⁵ L 202/2009, bilag 41, s. 24

³⁶ L 2012 591 § 3, stk. 1, nr. 2, note 19

og ”skærmselskaber”, således forstås selskaber, der hverken har lokaler, personale eller udstyr.³⁷ Kravet til selskabets fysiske indretning må bero på en konkret vurdering. Der fremgår således ikke en egentlig beskrivelse i lovteksten eller de tilhørende forarbejder, hvad der skal forstås ved de tre omtalte punkter. Baggrunden for denne tanke, er ifølge lovgiver, at det at eje aktier ikke i sig selv kan anses for at være økonomisk virksomhed, hvorfor der skal noget mere til, inden der kan være tale om reel økonomisk virksomhed.

I sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, foretager EU-Domstolen en vurdering af selskabets substans i sin afgørelse. I forbindelse med denne afgørelse må det anses som værende paradoksalt, at Domstolen ikke foretager nogen egentligt afgrænsning af definitionen af reel økonomisk virksomhed i forbindelse med denne substanstest.³⁸ Specialets ovenstående bemærkning om, at der ikke gives nogen endegyldig definition af, hvad der skal forstås ved de ovennævnte punkter, som indgår i vurdering af, om der er tale om reel økonomisk virksomhed, er således ej heller fastlagt af EU-Domstolen.

Således fremgår denne betingelse, som det også var tilfældet for værnreglens 1. betingelse, som værende udefineret i selve lovteksten, hvorfor den kan karakteriseres som værende elastisk.³⁹ Som det er tilfældet for første betingelse, kan værnreglen anskues som værende et angreb på mellemholdingstrukturen. Dette afvises dog af Skatteministeriet, at værnreglen hindrer oprettelsen af mellemholdingselskaber, hvortil det anføres, at det blot er et krav for skattemæssig anerkendelse af mellemholdingselskabets aktiebesiddelse, at det udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.

Nedenstående vil indeholde en analyse af ”reel økonomisk virksomhed” som kumulativ bestemmelse i ABL § 4 A, stk. 3. Der vil derfor blive foretaget en analyse af, hvorledes ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2 finder anvendelse i retspraksis for nærmere at bestemme den elastiske betingelses indhold.

8.3.1. Retstilstand for reel økonomisk virksomhed

Ovenstående gennemgang illustrerer således udgangspunktet for begrebet, reel økonomisk virksomhed anført som 2. betingelse i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt. Udgangspunktet for at statuere reel økonomisk virksomhed er, at der skal udøves en indflydelse på det underliggende datterselskab. Det er i følge SKAT’s gennemgang i **SKM.2010.263.SR** ikke nok, at muligheden for at udøve indflydelse er tilstede - indflydelsen skal aktivt ydes. Sagen omhandler selskabet, Spørger A/S, der beskæftiger sig med investering i andre selskaber i form af tilføjelse af kapital samt at bidrage med

³⁷ Møller Nielsen, Henrik: SR.2009, 201, s. 7

³⁸ Lauritsen, Henrik Stig, TfS 2009, 833, s. 9

³⁹ Jf. spørgsmålet stillet af Foreningen for Statsautoriserede Revisorer, L 202/2009, bilag 41, s. 7

stor viden og erfaring til den daglige drift. Selskabet har en faktisk fysisk indretning i form af kontorlokaler til udførelse af sit arbejde. Ydermere er der ansat kvalificeret personale til at varetage bestyrelses- og direktionsopgaverne i datterselskaberne, hvorfor disse bidrager til diskussionen af aktuelle og strategiske problemstillinger. Disse funktioner outsources således ikke, hvilket der lægges vægt på af Skatterådet. Således skal der for statueringen af faktisk økonomisk realitet udøves en faktisk indflydelse, hvilket indebærer, at selskabet ikke omfattes af værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3, hvorfor der kan ske skattefri udbytteudlodning, såfremt de yderligere betingelser herfor er opfyldte. Endvidere fremgår det af bilag 41 til L 202 2008/09, at der skal være tale om ansat personale til at varetage aktiviteten. Dette er tilfældet i SKM.2010.263.SR, men ikke i **SKM.2010.410.SR**. Forskellen på disse to situationer er, at der i SKM.2010.263.SR er tale om et aflønnet forhold i forbindelse med de ansatte, hvilket ikke er tilfældet i SKM.2010.410.SR. I sidstnævnte sag er der tale om to investorer, som varetager aktiviteten i datterselskabet, men ikke bliver aflønnet for arbejdet. Det kan derfor konstateres, at de ansatte skal aflønnes for det arbejde, som de udfører, såfremt der skal være tale om reel økonomisk virksomhed. SKAT anfører i SKM.2010.410.SR, at der ikke er andre ansatte end de to investorer i selskabet, C ApS. Dette kunne indikere, at SKAT lægger op til, at der skal være et vist minimum antal ansatte inden der kan være tale om reel økonomisk virksomhed. Dog tages der i det bindende svar ikke stilling til, hvor mange ansatte, der skal være. I SKM.2011.485.LSR kommenteres der netop på kravet til antal ansatte. Heri er en betragtning om, at selskabets aktivitet ikke ville være anderledes, såfremt der er 0, 1 eller 1000 tusind ansatte. Denne betragtning må umiddelbart også synes at kunne anvendes i ovennævnte situation. Selskabet C ApS' aktivitet kan ikke antages at ændre sig, blot fordi der ansættes flere medarbejdere. Specialet vil derfor som udgangspunkt ikke kunne støtte op om en argumentation, der beror på antal ansatte i selskabet. Kravet til de ansatte tages der yderligere stilling til i førnævnte SKM.2010.263.SR, hvor en hensynsafvejning af personalets kompetencer tages op. Det fremgår heraf, at de ansatte skal være kompetente til at varetage arbejdsopgaverne.

Baggrunden for selve aktiviteten som betingelse for udøvelse af reel økonomisk virksomhed gøres til genstand i **SKM.2011.14.SR**. Sagen omhandler selskabet, A ApS med tre selskabsdeltager henholdsvis B, C og D. B og C udøver aktiv forvaltning med A ApS' investering i A sro. D er direktør i A sro og varetager den daglige ledelse i A sro på foranledning af A ApS. Det fremgår af sagens faktiske omstændigheder, at B er bestyrelsesformand i A ApS samt arbejdende bestyrelsesmedlem i A sro. B's arbejdsopgaver er rent strategiske og består i koordination af A sro og dennes datterselskaber. C er også bestyrelsesmedlem i A ApS og i A sro. C varetager konsulentopgaver for A sro. I sa-

gen anføres det, at grænsen imellem at varetage sine egne interesser som investor og varetage selskabets interesser som ansat er meget flydende, da begge udgangspunkter er at skabe værditilvækst. Det kan herved udledes, at for at kunne konstatere reel økonomisk virksomhed, skal der være tale om, at investor ikke arbejder for egen skyld, men for selskabets skyld. Denne betragtning synes umiddelbart vanskelig at tage stilling til i og med, at det ikke umiddelbart vil fremgå af arbejdets udførelse. Betragtning skal dog tages med i vurdering af reel økonomisk virksomhed.

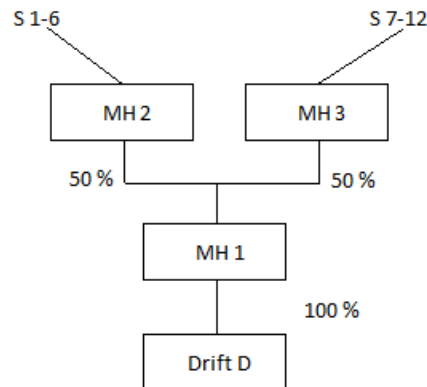
Således indebærer en virksomheds udøvelse af reel økonomisk virksomhed, at denne rent faktisk skal udøve den pågældende aktivitet. Derudover skal selskabet have aflønnet kvalificeret personale vedrørende selskabets faktiske aktivitet, samtidig med at antallet af personale er i overensstemmelse med den krævede arbejdsomængde, hvorfor personalet endvidere skal være i besiddelse af relevante og fyldestgørende kompetencer. Såfremt dette er tilfældet, vil værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3 ikke kunne finde anvendelse, hvorfor der vil kunne udloddes skattefrit udbytte, såfremt der yderligere betingelser herfor er opfyldte.

8.4. Mellemløbselskabets ejerskab af datterselskabet – 3. betingelse

Af mellemløbslovens 3. betingelse følger det, at værnsreglen kun finder anvendelse, såfremt selskabsaktionærerne øger ejerandelen i et underliggende selskab ved at gå sammen om at eje aktierne gennem et fælles holdingselskab.⁴⁰ Det må anses som logisk, at der ingen idé er i at indskyde et mellemløbselskab med hensyn til at modtage skattefrie aktieavancer, såfremt et mellemløbselskab allerede ejer 100 pct. af det underliggende selskab. Således forøger aktionærerne i holdingselskabet ikke ejerandelen i det underliggende selskab ved at eje aktierne via et holdingselskab, hvorfor ejerandelen i holdingselskabet som i det underliggende selskab vil være ens. Mellemløbslovens anvendelse kan skitseres ved følgende eksempel 2:⁴¹

⁴⁰ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 20

⁴¹ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 20



Af 3. betingelse følger det således, at mellemholdingreglen først finder anvendelse i leddet mellem MH1 og MH2/MH3. Værnsreglen finder omvendt ikke anvendelse i leddet mellem Drift D og MH1, da der i dette led er 100 pct. ejerskab. Konsekvensen af værnsreglen bliver således, at mellemholdingreglen ikke finder anvendelse på udbytteudlodning mellem Drift D og MH1, hvorfor reglen skal afprøves på udlodningen fra MH1 til MH2/MH3.⁴² Det skal derfor undersøges, hvorvidt MH2 og MH3 hver især udøver primært ejerskab af datterselskabsaktier,⁴³ om MH2 og MH3 udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen i MH1,⁴⁴ om MH2 henholdsvis MH3 ejer alle aktierne i MH1, om MH2's og MH3's er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet,⁴⁵ samt om mere end 50 pct. af aktiekapitalen i MH1 direkte eller indirekte ejes af skattepligtige selskaber, der ikke ville kunne modtage udbytter skattefrit fra MH1 ved direkte ejerskab.⁴⁶ Såfremt disse betingelser er opfyldte, afhænger beskattningen af, hvorvidt selskabsaktionærerne S1-12's indirekte ejerandel opfylder 10 pct.-ejerkravet.

Andet led i 3. betingelse indeholder dog en undtagelse til ovenstående tilfælde, hvorefter værnsreglen ikke finder anvendelse i det omfang mellemholdingselskabet ejer aktiekapitalen i driftsselskabet med 100 pct. Således fraviges dette udgangspunkt i tilfælde, hvor det er driftsselskabet, der er beliggende uden for EU i et land med hvilket, Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Som resultat heraf vil et udbytte være skattepligtigt. Det vil altså sige, at såfremt tilfældet er, at fire aktionærer, der er hjemmehørende i Danmark, opretter et dansk mellemholdingselskab og puljer hver deres aktiebesiddelse på 25 pct. i dette således, at det danske mellemholdingselskab i alt ejer 100 pct. af kapitalandelene i et datterselskab beliggende i et land uden for EU med hvilket Danmark

⁴² Jf. afsnit 8.6.1.1

⁴³ Jf. afsnit 8.2

⁴⁴ Jf. afsnit 8.3

⁴⁵ Jf. afsnit 8.5

⁴⁶ Jf. afsnit 8.6

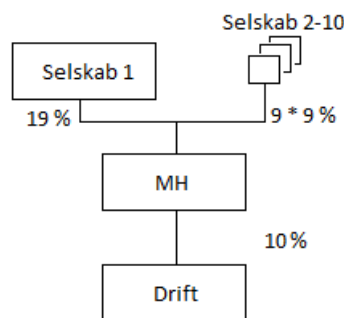
ikke har en DBO med, så vil de være skattepligtige af udbytter og avancer efter mellemholdingreglen. Dette medfører således, at skattepligten ikke kan undgås ved at oprette et mellemholdingselskab, der ejer alle aktierne i et datterselskab og som derved reelt ville medføre, at mellemholdingreglen ikke ville kunne finde anvendelse, såfremt undtagelsesbestemmelsen ikke var tilstede.⁴⁷

8.5. Optaget til handel på et reguleret marked m.v. – 4. betingelse

4. kumulative betingelse opregnet i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 4 medfører, at såfremt aktierne i moderselskabet er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet finder mellemholdingreglen ikke anvendelse. Baggrunden for denne betingelse synes at skulle findes i, at mellemholdingselskabet ikke antages at være indskudt udelukkende af skattemæssige grunde, hvis mellemholdingselskabet er børsnoteret m.v.⁴⁸

8.6. Majoritetstest – 5. betingelse

Det er ligeledes en betingelse for mellemholdingreglens anvendelse, at mere end 50 pct. af aktiekapitalen i moderselskabet ejes direkte eller indirekte af selskaber omfattet af SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, der ikke ville kunne modtage udbytter skattefrit ved direkte ejerskab af aktierne, hvis værnsreglen skal kunne finde anvendelse. Ved direkte ejerskab forstås selskabsaktionærers ejerskab af et datterselskab uden mellemlid som for eksempel mellemholdingselskaber. Endvidere forstås indirekte ejerskab som selskabsaktionærers ejerskab af et datterselskab via et mellemholdingselskab.



Således finder mellemholdingreglen ikke anvendelse i eksempel 3, hvor et mellemholdingselskab, MH, ejer 10 pct. af aktiekapitalen i et driftsselskab, D, og hvor aktierne i MH ejes dels af et selskab, der ejer 19 pct. og dels af ni selskabsaktionærer, der hver ejer 9 pct. af aktiekapitalen. Således følger det, at det alene er 19 pct. af aktiekapitalen i MH, der ejes af en selskabsaktionær, der umiddelbart opfylder betingelsen for at modtage skattefrit udbytte fra MH. De øvrige selskabsaktionærer kan med en ejerandel på 9 pct. ikke modtage udbytte fra D uden beskatning, hvorfor MH ikke kan siges

⁴⁷ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 21

⁴⁸ Bastian, Kaspar, m.fl.: UfS.2009.4007, s. 6

at eksistere med henblik på at undgå udbyttebeskatningen fra disse selskaber.⁴⁹ Kravet om, at minimum 50 pct. af aktiekapitalen skal være ejet direkte eller indirekte af selskaber, der opfylder bestemmelsens betingelse i 1. pkt., og som ikke alene ville kunne modtage udbytter skattefrit ved direkte ejerskab af aktierne i det enkelte datterselskab, er altså ikke opfyldt, hvorfor mellemholdingsreglen i dette tilfælde ikke finder anvendelse. Således skal det bemærkes, at der i relation til denne betingelse er tale om en 50 pct.'s vurderingsgrænse i forholdet mellem selskabsaktionærerne og mellemholdingselskabet, hvor der i forbindelse med definitionen af datterselskabsaktier og den deraf afledte skattefrihed for udbytteudlodning er tale om et direkte og/eller indirekte 10 pct.'s ejerkrav i forholdet mellem de endelige selskabsaktionærer omfattet af ABL § 4 A og det udbytteudlodende datterselskab.

Det kan derved slutes, at det fra lovgivers side vurderes, at der i de tilfælde, hvor selskaber, der ikke vil kunne modtage skattefrit udbytte (eller avancer), ejer 50 pct. eller mere af aktiekapitalen i et mellemholdingselskab, er tale om, at der er en anden hensigt bag selskabet end blot at opnå skattefrit udbytte, hvorfor værnsreglen ikke finder anvendelse.

Nedenfor vil følge en gennemgang og analyse af forskellige koncernstrukturer for at behandle de fortolkningsproblemer, som ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 5 medfører.

8.6.1. Led-for-led-vurdering

Det følger af forarbejderne, at det ved vurderingen af, om værnsreglen kan finde anvendelse, skal anlægges en selvstændig led-for-led-vurdering. Således følger det, at: *"... det skal vurderes, at værnsreglen finder anvendelse i hvert led..."*⁵⁰ Såfremt betingelserne for værnsreglen ikke er opfyldt i ét led, skal testen foretages i leddet ovenover og så videre. Dette vil blive illustreret ved gennemgang af eksempler i de følgende afsnit.

8.6.1.1. Led-for-led-vurdering ved flere mellemholdingselskaber

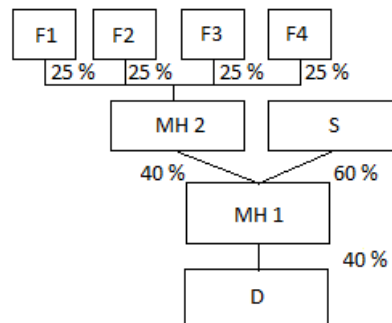
Det fremgår imidlertid ikke, hvorvidt led-for-led-vurderingen skal foretages i forhold til det nederste driftsselskab i koncernen eller kun med indirekte kvalificerende ejerskabsreference til det mellemholdingselskab, som netop er blevet "blåstemplet",⁵¹ jf. illustrationen nedenfor. Resultatet af vurderingen bliver ikke nødvendigvis den samme, såfremt denne foretages med udgangspunkt i et mellemholdingselskab eller med udgangspunkt i det nederste driftsselskab, hvorfor dette i praksis

⁴⁹ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 22

⁵⁰ L 202/2009, bilag 41, s. 9

⁵¹ Bastian, Kaspar m.fl.: UFS.2009.4007, s. 3

kan få helt afgørende betydning for, om udbytte kan udloddes skattefrit, hvilket kan illustreres med følgende eksempel 4:⁵²



Det forudsættes, at S og F1-F4 er ejet af fysiske personer, ligesom der i eksemplet forudsættes, at de øvrige betingelser i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-4 er opfyldte. Således følger det af ovenstående eksempel, at S, der ejer 60 pct. af aktiekapitalen i MH1, vil kunne modtage skattefrit udbytte fra D, hvis selskabet havde ejet aktierne i D direkte, det følger af, at 60 pct. af 40 pct. udgør en indirekte ejerandel på 24 pct. Således ejes MH1 af mere end 50 pct., der vil kunne modtage skattefrit udbytte ved en direkte ejerandel i D, hvorfor der ikke skal ses bort fra MH1. Ved led-for-led-vurderingen er spørgsmålet efterfølgende, hvorvidt der skal ses bort fra MH2 som følge af, at MH2's aktiebesiddelse i MH1 ikke kan anses som datterselskabsaktier. Formålet med dette eksempel er som skrevet, om testen vedrørende indirekte kvalificerende ejerskabsreference skal foretages i forhold til F1-F4's indirekte ejerandel i MH1 eller om testen skal foretages i forhold til D. Såfremt testen foretages i forhold til D vil F1-F4 blot eje 4 pct. (25 pct. af 40 pct. af 40 pct.) af aktierne i D, hvorfor der skal ses igennem MH2 med det resultat, at der ikke kan udloddes skattefrit udbytte. Skal testen derimod foretages i forhold til det netop blåstemplet MH1, vil F1-F4's ejerandel udgøre 10 pct. (25 pct. af 40 pct.), hvorfor dette opfylder den indirekte kvalificerende ejerskabsreference på 10 pct. i ABL § 4 A, stk. 1. Således vil F1-F4 kunne modtage skattefrit udbytte fra D igennem MH1 og MH2.

Det angives ikke i forarbejderne eller i bestemmelsens ordlyd, hvorvidt ejerskabsreferencen skal udgøres af det nederste driftsselskab eller det netop blåstemplet mellemholdingselskab. Dog anføres det i UfS.2009.4007, at det følger af den konsekvente brug af ordene; moderselskab (dvs. mellemholdingselskab) og datterselskab, at det naturlige er, at led-for-led-vurderingen kun skal foretages i forhold til det selskab, der netop er blevet blåstemplet, altså MH1 i ovenstående eksempel, og ikke i forhold til det nederste driftsselskab i koncernen.⁵³

⁵² Bastian, Kaspar m.fl.: UFS.2009.4007, s. 3

⁵³ Bastian, Kaspar m.fl.: UFS.2009.4007, s. 3

I SR.2009.263⁵⁴ anføres det, at det synes uklart, hvorledes værnsreglen mod holdingselskaber finder anvendelse, såfremt et enkelt af de mellemliggende holdingselskaber i en holdingstruktur bestående af flere led af mellemholdingselskaber har andre primære funktioner end aktiebesiddelse af datterselskabsaktier, eller såfremt de udøver anden reel økonomisk virksomhed vedrørende disse. På baggrund af ovenstående eksempel må det endvidere kunne udledes, at såfremt tilfældet skulle være, at et enkelt holdingselskab i en flerleddet holdingstruktur skulle have anden primær funktion end ejerskab af datterselskabsaktier, udøve reel økonomisk virksomhed eller være et børsnoteret selskab, så må majoritetstesten skulle foretages i forhold til dette ”blåstemplet” selskab og ikke i forhold til koncernens datterselskab.

8.6.1.2. De endelige subjekter for majoritetstesten

I koncernstrukturer med mere end tre lag af selskaber følger det af forarbejderne, at der skal ses igennem til de øverste selskabsaktionærer, som umiddelbart opfylder kravene i § 4 A, når det skal bedømmes, om det potentielle moderselskab kan modtage skattefrie udbytter fra datterselskabet/porteføljeselskabet.⁵⁵ Altså skal der, uanset antallet af holdingselskabsled uden reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen, ses igennem til de øverste ultimative danske selskabsaktionærer. Dette kan illustreres ved at ændre ejerandelene i ovenstående eksempel 4.⁵⁶ Såfremt S nu kun ejer 40 pct. af MH1 og MH2 nu ejer 60 pct. skal F1-F4 ikke længere anses for at eje datterselskabsaktier i D. Dette følger af, at F1-F4 hver indirekte ejer 6 pct. (25 pct. af 60 pct. af 40 pct.) af aktiekapitalen i D, og at mere end 50 pct. af aktiekapitalen i MH1 derfor ejes af aktionærer, der ikke ville kunne modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab i D – altså uden indsættelsen af et mellemholdingselskab. Det forhold, at MH2 ejer mere end 50 pct. af aktierne i MH1, og derfor i sig selv umiddelbart opfylder betingelserne for skattefrit udbytte fra D, og at F1-F4 indirekte ejer mere end 10 pct. (15 pct.) af aktiekapitalen i MH1, friholder dermed ikke F1-F4 fra at blive ramt af værnsreglen i relation til D. F1-F4 og S skal derfor anses for at eje aktier i D direkte. Således skal F1-F4 beskattes af porteføljeaktier, hvorimod S kan modtage udbytteudlodning skattefrit, idet S indirekte ejer 16 pct. af D.⁵⁷

⁵⁴ Svendgaard Dalgas, Anja: SR.2009.263, s. 4

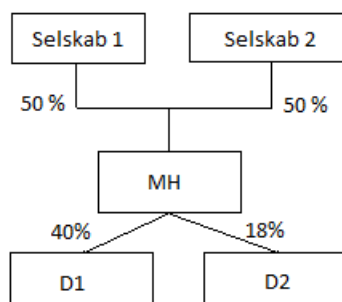
⁵⁵ L 202/2009, bilag 41, s. 9

⁵⁶ L 202/2009, bilag 41, s. 16-19

⁵⁷ L 202/2009, bilag 41, s. 19

8.6.1.3. Mellemlholdingselskabets flerleddet funktion

Som det er tilfældet ved flere mellemlholdingselskaber og vurderingen om muligheden for at opnå skattefrit udbytte, som skal foretages på hver eneste enhed (led-for-led-vurdering), så skal vurderingen af muligheden for at opnå skattefrit udbytte også foretages på hvert enkelt datterselskab. Således kan det forekomme, at der i relation til et datterselskab skal ses bort fra mellemlholdingselskabet, mens der i relation til et andet datterselskab ikke skal ses bort fra mellemlholdingselskabet. Dette kan skyldes indirekte ejerforhold, men det kan også skyldes, at mellemlholdingselskabet udøver reel økonomisk virksomhed,⁵⁸ vedrørende det ene, men ikke det andet datterselskab.⁵⁹



Ud fra ovenstående eksempel 5 medfører ejerandelen på 40 pct. af D1, at disse ikke skal anses for ejet direkte af de to selskabsaktionærer, idet de begge indirekte ejer mere end 10 pct. af aktiekapitalen i D1. Derimod skal aktierne i D2 anses for ejet direkte af de to selskabsaktionærer, idet de ved direkte ejerskab kun vil eje 9 pct. af aktierne i D2. Således vil der kunne udloddes skattefrit udbytte fra D1 igennem MH til Selskab 1 og 2, men ikke fra D2 igennem MH og til Selskab 1 og 2.⁶⁰

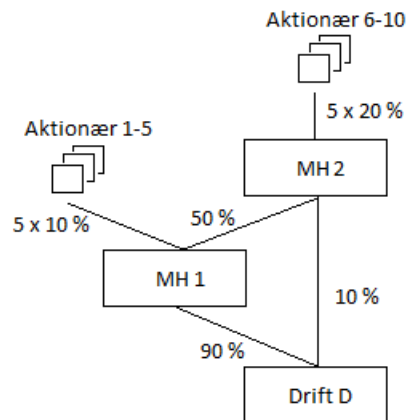
⁵⁸ Jf. afsnit 8.3

⁵⁹ Bastian, Kaspar m.fl.: UFS.2009.4007, s. 4

⁶⁰ L 202/2009, bilag 43, s. 9

8.6.2. Medregning af direkte og indirekte ejerandele

8.6.2.1. Isoleret eller bred bedømmelse



Som det ses af ovenstående eksempel ⁶¹ vil aktionærerne 6-10 ikke kunne modtage skattefrit udbytte ved et direkte ejerskab af Drift D, da ejerandelen således blot vil være 2 pct. (20 pct. af 10 pct.). Ej heller vil disse aktionærer kunne modtage skattefrit udbytte ved en isoleret beregning af deres indirekte ejerandel af Drift D gennem MH1, som vil medføre, at de hver blot vil besidde 9 pct. (20 pct. af 50 pct. af 90 pct.) af aktiekapitalen. Således vil der ikke ske en opfyldelse af 10 pct. ejerkravet i ABL § 4 A, stk. 1. Imidlertid følger det af lovteksten, at: *”Datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af de af moderselskabets (mellemholdingselskabets) direkte og indirekte aktionærer”*.⁶² Således skal der i bedømmelsen af 10 pct. ejerkravet medtages både indirekte og direkte ejerandele. Derved ejer aktionærerne 6-10 11 pct. (9 pct. + 2 pct.) af ejerandelene i Drift D, hvorfor disse vil kunne modtage skattefrit udbytte. Interessant for aktionærerne 1-5 er imidlertid, at dette medfører, at der ikke skal ses igennem MH1, da aktionærerne 6-10 i MH2 repræsenterer en andel på 50 pct. af aktiekapitalen i MH1.⁶³ Således medfører inddragelsen af såvel direkte som indirekte ejerandele og opfyldelsen af 10 pct. ejerkravet, at betingelsen i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 5 ikke er opfyldt, da der ikke er mere end 50 pct. af aktiekapitalen der ejes af selskaber, som ikke vil kunne modtage udbytter skattefrit, hvorfor værnsreglen ikke vil kunne finde anvendelse og således vil aktionærerne 1-5 kunne modtage skattefrit udbytte. Det ses således, at både indirekte og direkte aktiebesiddelser kan puljes ved majoritetstesten, hvorved dette giver selskaberne en bredere forudsætning for ikke at blive omfattet af mellemholdingreglen. Endvidere må det bemærkes, at skattebehandlingen af aktionærerne 1-5 afhænger af forhold, som disse ikke har indflydelse på. I ovenstående

⁶¹ Lytken, Poul Erik: TfS 2010, 288, s. 1

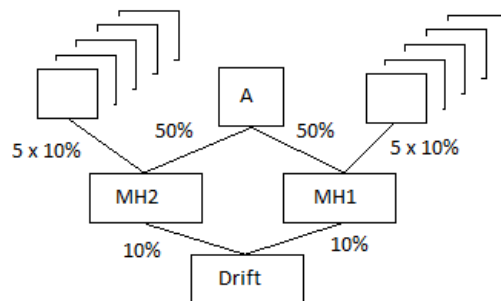
⁶² Lytken, Poul Erik: TfS 2010, 288, s. 2

⁶³ For yderligere uddybning se Svendgaard Dalgas, Anja: SR.2009.263, s. 4, fig. 6, som udarbejdet på baggrund af skatteudvalget, L 202/09, bilag 41, s. 27

de tilfælde medfører det fordele for den første aktionærgruppe men tilfældet og konsekvensen kan i andre situationer være anderledes.⁶⁴

8.6.2.2. Sideordnede selskaber

I ovenstående eksempel 6 er der tale om et tilfælde, hvor mellemholdingselskaberne ikke kan anses for at være sideordnede. Dog betyder strukturen, som ovenfor anført, at aktionærerne 1-5 ikke skal beskattes, og der skal således ikke ses igennem MH1, da aktionærerne 6-10's direkte og indirekte ejerandele overstiger 10 pct.-ejerkravet. Samme effekt er der tale om i tilfælde, hvor en struktur involverer sideordnede mellemholdingselskaber. Ved sideordnede selskaber forstås, at to mellemholdingselskaber besidder samme ejerandel i et driftsselskab.



I eksempel 7⁶⁵ ejer selskab A indirekte 5 pct. af drift igennem MH1 og 5 pct. igennem MH2. Dette betyder, at A's samlede indirekte ejerandel er på 10 pct., hvorfor A herefter vil kunne modtage skattefrit udbytte. Det interessante i dette tilfælde er, at A ved at eje 50 pct. af aktiekapitalen i hhv. MH1 og MH2 medfører, at begge mellemholdingselskaber ikke rammes af værnsreglen, hvorfor de resterende ultimative selskabsaktionærer kan modtage skattefrit udbytte. Der ses herved et tilfælde, hvor to forskellige aktionærgrupper tilknyttet hvert sit mellemholdingselskab drager en skattemæssig fordel netop på grund af selskab A, også selvom disse på ingen måde er knyttet sammen.

Skattefriheden i begge de ovenfor nævnte tilfælde er dog helt grundlæggende bestemt af, at ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 5 ikke er opfyldt. I tilfælde, hvor et selskab direkte og indirekte ejer mere end 10 pct. af aktiekapitalen i drift vil der først og fremmest være tale om, at dette selskab kan modtage skattefrit udbytte. For at der i sådanne tilfælde skal være tale om, at mellemholdingselskabet ikke skal anses for at være transparent, skal et eller flere selskaber, som kan modtage skattefrit udbytte, jf. ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5, eje 50 pct. eller mere af aktiekapitalen af mellemholdingselskabet. Det samme gør sig gældende, såfremt enten MH1 og MH2 udøver anden primær virksomhed end ejerskab af datterselskabsaktier, udøver reel økonomisk virksomhed, ikke øger sin ejerandel eller er

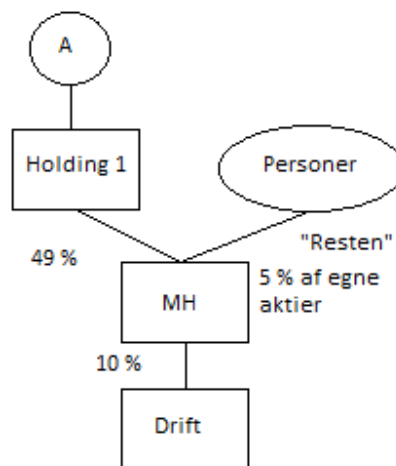
⁶⁴ Se afsnit 8.6.4.3.

⁶⁵ Lytken, Poul Erik: TfS.2010.288, s. 3

børsnoteret. Er dette ikke tilfældet, vil der blive tale om en situation, hvor en eller flere selskabs-ejer(e) kan modtage skattefrit udbytte igennem sin sammenlagte ejerandel og en eller flere selskabsejer(e), som ikke kan modtage skattefrit udbytte, da mellemholdingselskabet bliver transparent, som omtalt ovenfor.⁶⁶

8.6.2.3. Egne aktier

Spørgsmålet herefter er, hvorledes mellemholdingselskabets egne aktier skal indgå i vurdering af direkte og indirekte aktier. Når betegnelsen egne aktier anvendes, indebærer dette, at mellemholdingselskabet ejer aktier i sig selv. Spørgsmålet bliver behandlet i L 202/09, bilag 57, hvoraf det fremgår, at egne aktier skal medregnes i den indirekte aktiebesiddelse, hvorfor egne aktier derfor må indgå i den samlede ejerandel.



Ovenstående eksempel 8⁶⁷ illustrerer, hvorledes egne aktier anvendes i sammenhængen mellem direkte og indirekte aktier. Holding 1 ejer direkte 49 pct. af aktierne i MH samt 2,45 pct. (49 pct. af 5 pct.) af aktierne indirekte i MH, hvilket vil sige, at Holding 1 samlet ejer 51,45 pct. af aktierne i MH. Værnsreglen finder således anvendelse efter ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 5 i dette tilfælde, da MH ejes af over 50 pct. selskabsaktionærer, der ikke ville kunne opnå skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af Drift. Således skal Holding 1 anses for at eje 5,145 pct. af aktierne indirekte i drift. Ovenfor anførte eksempel er derved med til at understrege vigtigheden af at medregne egne aktier for derved at kunne give et billede af den samlede ejerandel.

⁶⁶ For nærmere uddybning og illustration se Lytken, Poul Erik: TfS 2009, 1123, s. 4, eks. 5

⁶⁷ Bastian, Kaspar, m.fl.: UfS.2009.4007, s. 5

8.6.3. Fysiske personer og mellemholdingreglen

Som tidligere beskrevet er subjekterne for værnreglens anvendelsesområde selskaber omfattet af SEL § 1, § 2 stk. 1, litra a, eller §§ 31 A eller 32. Heraf fremgår det, at selskaber, fonde og foreninger m.fl. er omfattet af SEL, hvorfor disse ydermere er omfattet af værnreglen i ABL § 4 A, stk. 3. Dette betyder, at fysiske personer er undtaget fra at blive omfattet af værnreglen. Formålet med værnreglen har således aldrig været at ramme fysiske personer, men de selskaber, som vælger at pulje deres aktiebesiddelser i mellemholdingselskaber. Beskatningen er fortsat sikret ved en direkte beskatning af den fysiske persons gevinster, hvorfor beskatningsretten aldrig er i fare.

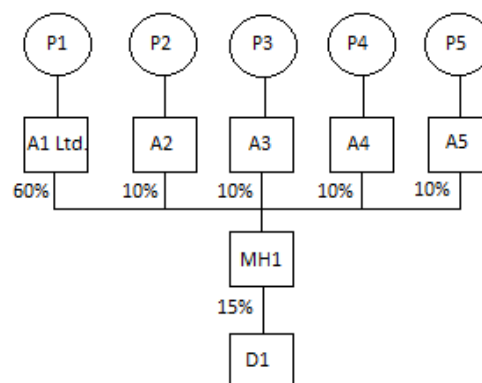
Konsekvensen af, at den fysiske person ikke anses for at være omfattet af værnreglen er yderligere, at denne ikke skal anses for at eje aktierne direkte i driftsselskabet. Den fysiske person vil således først blive beskattet af udbytteudlodningen, når dette beløb videreudloddet fra mellemholdingselskabet. Spørgsmålet er herefter, hvorledes ovenstående passer ind i en sammenhæng med betingelsen i ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5. Således fremgår det af bestemmelsen, at hele strukturen ikke er omfattet såfremt 50 pct. eller mere af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet er ejet af et selskab, der ville kunne modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af datterselskabet. Hvis dette også er udgangspunktet for fysiske personer, altså at en eller flere fysiske personer ejer 50 pct. eller mere af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet, må det antages, at koncernstrukturen ej heller er omfattet. Dette synspunkt tager udgangspunkt i, at mellemholdingselskabets aktiekapital er ejet af fysiske personer, som, uanset om mellemholdingselskabet eksisterer eller ej, ikke kan modtage skattefrit udbytte. Der er derfor ingen skattemæssig begrundelse for at oprette mellemholdingselskabet.

8.6.4. Statusskifte ved forskellige dispositioner

Endnu en af de problemstillinger der opstår, når fokus lægges på ABL § 4 A, stk. 3, 5. betingelse er, hvilke skattemæssige konsekvenser et evt. statusskifte vil få for de aktionærer, som ingen indflydelse har på beslutningen, der vedrører statusskifte. Som det vil fremgå nedenfor er det altså ikke uden konsekvens for de ultimative selskabsaktionærer, at en aktionær skifter status fra at besidde datterselskabsaktier til at besidde porteføljeaktier. Nedenstående vil primært fokusere på de situationer, hvor der er tale om flytning over landegrænser samt de situationer, hvor en aktionær ændrer status fra at være superaktionær til at blive anset for indirekte at eje porteføljeaktier i datterselskabet. Problemstilling her vil derved primært være en analyse af, hvilke konsekvenser et statusskifte har på de enkelte selskabsaktionærer.

8.6.4.1. Udenlandske selskabsaktionærer og tilflytning til Danmark

Værnsreglen finder anvendelse, såfremt mere end 50 pct. af aktiekapitalen ejes af danske selskabsaktionærer eller udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark, der ikke vil kunne modtage skattefrit udbytte ved en direkte besiddelse på 10 pct. af aktiekapitalen i et datterselskab. Værnsreglen finder derfor ikke anvendelse, såfremt mere end 50 pct. af mellemholdingselskabets aktionærer er udenlandske aktionærer. Der er derfor ikke tale om en vurdering, der beror på en stillingtagen til værnsreglen og dennes betingelser, men blot en konstatering af, at behandlingen af en given konstruktion i et tilfælde, hvor mere end 50 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet er ejet af udenlandske aktionærer, falder uden for værnsreglens anvendelsesområde. Grunden til, at behandlingen af udenlandske selskabsaktionærer ikke er omfattet af værnsreglens anvendelsesområde er behandlet i L 202, bilag 43. I bemærkningerne hertil er det anført, at der ikke har været behov for at tage stilling til udenlandske aktionærer i forbindelse med ABL § 4 A, stk. 3, da der i forvejen er taget stilling til udbyttebetalingen i forbindelse med retmæssig ejer-begrebet.^{68,69} Der er derfor her tale om et tilfælde, hvor ABL § 4 A ikke behøver at værne mod en given situation, da Skatteministeren er af den opfattelse, at der i dansk lovgivning i forvejen har taget stilling til sådanne situationer, hvorfor udenlandske selskaber ikke omfattes af anvendelsesområdet. Problemstillingen på dette område opstår imidlertid i forbindelse med følgende eksempel 9:⁷⁰



I ovenstående eksempel er P1 og A1 Ltd. placeret i udlandet. Ud fra ovenstående gennemgang betyder dette, at værnsreglen ikke finder anvendelse på koncernstrukturen i og med, at mere end 50 pct. af mellemholdingselskabets aktiekapital er ejet af et selskab, der ikke er omfattet af SEL § 1, § 2, stk. 1, litra a. For strukturen vil dette som udgangspunkt betyde, at A2-5 ville kunne modtage skattefrit udbytte, da strukturen slet ikke er omfattet af værnsreglen i og med, at mere en 50 pct. af

⁶⁸ For nærmere uddybning se: L 202/09 – Bilag 43, s. 8, afsnittet ”Bemærkninger til nr. 1”

⁶⁹ Se afsnit 8.1

⁷⁰ Svendgaard Dalgas, Anja: SR.2009.263, fig. 4, s. 4

MH1 er ejet af selskabsaktionærer, der ikke er omfattet af mellemholdingreglens anvendelsesområde. Problemet vedrørende ovenstående eksempel opstår i den situation, hvor A1 Ltd. flytter til Danmark. Såfremt dette er tilfældet er der tale om, at A1 Ltd. opfattes som indirekte at eje 9 pct. (60 pct. af 15 pct.) af aktiekapitalen i D1. Herefter vil A1 Ltd. ikke længere kunne modtage skattefrit udbytte, da A1 ikke indirekte ejer mere end 10 pct. af aktiekapitalen. Resultatet af A1's flytning over landegrænsen vil være, at samtlige andre aktionærer, som før ansås for at have datterselskabsaktier nu vil blive anset for at eje porteføljeaktier og dermed være skattepligtig af evt. udbetalt udbytte. Det synes her ikke hensigtsmæssigt, at en gruppe aktionærer kan skifte status fra at eje datterselskabsaktier til at eje porteføljeaktier, uden selv at kunne have indflydelse på situationen.

8.6.4.2. Udenlandsk mellemholdingselskab

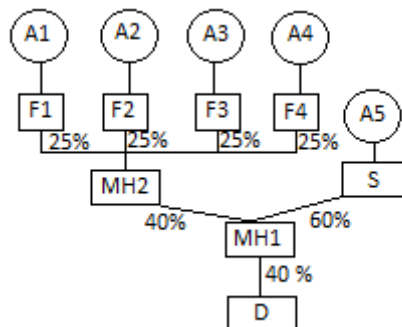
I L 202/2009, bilag 41 fremgår en situation med et udenlandsk mellemholdingselskab, hvor både aktionærer og datterselskab har hjemsted i Danmark. Specialet forudsætter i denne situation, at mellemholdingselskabet har hjemsted i et andet EU-land. Problemstilling her beror på, at mellemholdingselskabets domicilstat anerkender selskabets eksistens både civilretligt såvel som skatteretligt. Mellemholdingselskabet er i denne situation beskyttet af Moder-/datterselskabsdirektivet, hvorfor Danmark som udgangspunkt ikke kan se igennem selskabet og derved placere beskatningen hos de ultimative selskabsaktionærer. Skatteministeren kommenterer dog: ” *Det gør ingen forskel for anvendelsen af værnsreglen, hvis mellemholdingselskaberne MH1 eller MH2 er hjemmehørende i udlandet. Mellemholdingselskaberne er uden reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen i D. Danmark er derfor ikke forpligtiget – hverken efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne eller EU-retten – til at anerkende deres aktiebesiddelse.* ”⁷¹ Dette må dog anses som en klar fejlfortolkning af EU-retten og Moder-/datterselskabsdirektivet. Af Moder-/datterselskabsdirektivets art. 2, jf. bilaget fremgår en opremsning af de selskabstyper, der er omfattet af beskyttelseshensynet i direktivet. Dette betyder, at såfremt selskabet med hjemsted i en anden medlemsstat opfylder de krav til selskabsdannelse og struktur, der netop behandles i direktivets art. 2, kan Danmark ikke uden videre tilsidesætte selskabet. Det skal dog hertil kommenteres, at der af direktivets art. 1, stk. 2 fremgår, at medlemslandene har mulighed for at hindre svig eller misbrug, hvorfor en stillingtagen til den EU-retlige retspraksis er nødvendig. Således vil en bedømmelse af selskabet i en anden medlemsstat ikke bero på danske internretlige skatteregler, men på EU-lovgivning.⁷²

⁷¹ L 202/2009, bilag 41, s. 19

⁷² Jf. afsnit 10.2.

8.6.4.3. Superaktionærreglen

Som det tidligere er omtalt i afsnittet vil værnsreglen ikke ramme en struktur, hvori en af aktionærerne ejer 50 pct. eller mere af aktiekapitalen og som vil kunne modtage skattefrit udbytte. Dette kan illustreres ved, at tre holdingselskaber ejer hhv. 20 pct., 20 pct. og 60 pct. af aktiekapitalen i et mellemholdingselskab, der yderligere ejer 40 pct. af aktiekapitalen i et datterselskab. I dette tilfælde er der tale om, at Holding 1 og 2 hver ejer indirekte 8 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet. Holding 3 ejer 24 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, hvorfor Holding 3 kan modtage skattefrit udbytte. I og med, at Holding 3 ejer 60 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet og Holding 3 ydermere ville kunne modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab, bliver koncernstrukturen derved ikke omfattet. Holding 1 og 2 vil derfor opleve, at deres aktiekapital skifter status fra at være porteføljeaktier til datterselskabsaktier med muligheden for skattefri udbytteudlodning til følge. Denne situation bliver også betegnet superaktionærreglen, da Holding 3 formår, at "trække" Holding 1 og 2 med i "det gode selskab".⁷³ Det skal dog herefter illustreres, at statusskiftet også kan ske fra datterselskabsaktier til porteføljeaktier, som omvendt medfører, at udlodningen af udbytte bliver skattepligtig. Dette illustreres med nedenstående eksempel 10:⁷⁴

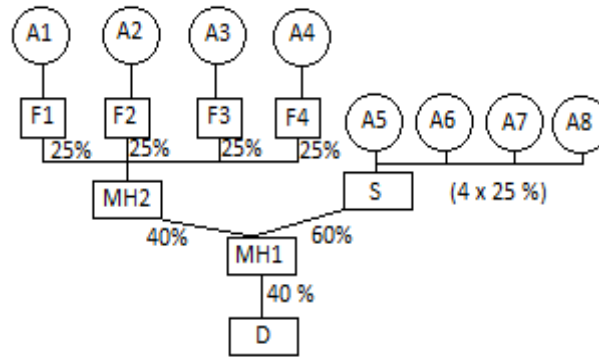


I eksemplet ejer S indirekte 24 pct. af D og F1-4 ejer indirekte 4 pct. af D. Værnsreglen finder i ovenstående tilfælde ikke anvendelse, da selskabsaktionær S, som kan modtage skattefrit udbytte, ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen i MH1, hvorfor ABL § 4 A, stk. 3, 5. betingelse ikke er opfyldt. Superaktionærreglen er derfor gældende i dette tilfælde, og F1-4's aktier bliver kvalificeret som datterselskabsaktier. Hvis der i eksemplet sker en skattefri ophørsspaltning af S, vil strukturen i eksemplet komme til at se således ud:⁷⁵

⁷³ Jf. Bastian, Kaspar m.fl.: Ufs2009.4007, s. 3

⁷⁴ Jf. Bastian, Kaspar m.fl.: Ufs2009.4007, s. 5

⁷⁵ Jf. Bastian, Kaspar m.fl.: Ufs2009.4007, s. 5



I ovenstående eksempel 11 er der tale om, at aktierne i MH1 er indirekte ejet af selskaber, der ikke i sig selv opfylder betingelserne for at kunne modtage skattefrit udbytte. Konsekvensen ved strukturændringen er, at samtlige selskabsejere omklassificeres fra at ejer datterselskabsaktier til nu at eje porteføljeaktier. Igen kan der henledes til situationer, hvor et statusskifte sker for selskabsaktionærer, som ingen indflydelse har på beslutningen om spaltningen af et selskab. Såfremt A5 vælger at foretage en skattefri ophørsspaltning og dermed overdrager en del af sin aktiebesiddelse i MH1 til andre selskabsdeltagere, betyder det, at hele strukturen er omfattet af værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3, 5. betingelse, hvorfor ingen selskabsdeltagere kan modtage skattefrit udbytte.

8.6.4.4. Skattemæssige konsekvenser ved statusskifte

Ud fra ovenstående gennemgang af ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5, skal det bemærkes, at betingelsens skarpe opdeling af et ejerkrav på over/under 50 pct. medfører, at enkelte aktionærers dispositioner kan have store og vidtrækkende følgevirkninger for et mellemholdingselskabs øvrige aktionærer. Således kan én enkelt aktionærs afståelse i forbindelse med almindelig afhændelse af kapitalandele, konkurs, dødsfald, fusion og så videre betyde alvorlige skattemæssige konsekvenser for den resterende aktionærgruppe, idet afhændelsen kan resultere i, at mere end 50 pct. af aktierne herefter ejes af aktionærer, der ikke vil kunne modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af et datterselskab. Således kan der til alle tider foregå en sporadisk omkvalificering af en aktionærgruppes kapitalandele afhængigt af én persons dispositioner. Dette må anføres som værende en u hensigtsmæssig virkning taget bestemmelsens formål i betragtning. Således opstår der en problemstilling, da en skatteyder ikke bør kunne beskattes som følge af en anden skatteydere disposition, og dette værende på trods af, at det er foregået uden, at den pågældende på noget tidspunkt har haft indflydelse på dispositionen eller accepteret denne.⁷⁶ Dette stiller ligeledes uforholdsmæssigt store krav til den enkelte aktionærs underretning om andre foretagne dispositioner inden for koncernen, og det må

⁷⁶ L 202/2009, bilag 41, s. 27

således antages at være tæt på umuligt for minoritetsaktionærer at yde en sådan påkrævet kontrol og have en sådan indsigt i de omtalte dispositioner.

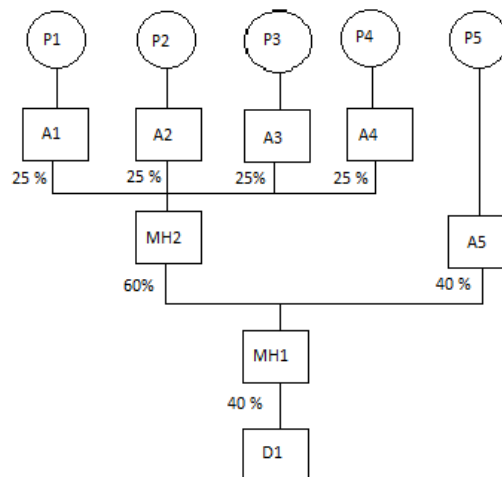
Skatteministeren synes ikke at se yderligere problematikker ved en sådan situation og henfører således blot til, at mellemholdingreglen og 5. betingelse er ”indsat for at målrette den til de tilfælde, hvor flertallet af aktionærene har en interesse i mellemholdingselskabets eksistens af skattemæssige årsager”. Derudover erindrer Skatteministeren om, at der jo er yderligere betingelser der ligeledes skal være opfyldt. Således må Skatteministerens svar implicit indeholde en tilkendegivelse af, at problematikken er forholdsmæssigt afstemt og altså proportional med mellemholdingreglens overordnede formål, om end denne tilkendegivelse ikke synes at være korrekt. Således må denne betingelse på baggrund af den anførte problematik anses for at ramme bredere end formålet tilsigter, da tilfældet er, at selvom et mellemholdingselskab udøver reel økonomisk virksomhed med andet end primært ejerskab af datterselskabsaktier, så vil det kunne falde på/blive omfattet af mellemholdingreglen på baggrund af én enkelt aktionærs individuelle dispositioner foretaget på baggrund af egne interesser men med vidtrækkende konsekvenser for flertallets fælles interesser.

8.7. Indeholdelse af kildeskat

I nærværende del af specialet forudsættes det, at de etablerede mellemholdingselskaber udøver primær aktivitet ved ejerskab af datterselskabsaktier og samtidig ikke udøver anden reel økonomisk virksomhed. Derudover øger selskabsaktionærene deres indirekte ejerandele i datterselskabet ved oprettelse af mellemholdingselskabet ligesom kapitalandelene i mellemholdingselskabet ikke er optaget til handel på et reguleret marked. Derudover forudsættes det, at over 50 pct. af selskabsaktionærene ikke ville kunne modtage skattefrie udbytteudlodninger ved direkte ejerskab i datterselskabet.

I forbindelse med udlodning af udbytte skal der indeholdes kildeskat på den del af udbyttet, som kan henføres til de selskabsaktionærs ejerandel, der ikke opfylder betingelserne for at kunne modtage skattefrit udbytte – altså en forholdsmæssig indeholdelse af kildeskat, jf. kildeskattelovens § 65. Dette medførte tidligere en problemstilling, da der i en koncernstruktur er tale om selskabsejere med porteføljeaktier samt selskabsejere med datterselskabsaktier. Dette problem vil blive illustreret af eksempel 12 nedenfor.⁷⁷

⁷⁷ Svendgaard Dalgas, Anja: SR.2009.263, s. 8.



Af ovenstående eksempel fremgår det, at selskab A1-4 ikke kan modtage skattefrit udbytte, hvorfor disse selskaber således ejer porteføljeaktier (25 pct. af 60 pct. af 40 pct. = 6 pct.). Ydermere fremgår det af eksemplet, at A5 i dette tilfælde kan modtage skattefrit udbytte, da A5 netop indirekte ejer 16 pct. (40 pct. af 40 pct.) af aktiekapitalen i D1. Udlodder D1 i dette tilfælde 1 mio. kr. til MH1, skal der betales kildeskat af de 600 t.kr. af udlodningen, hvilket svarer til en kildeskat på 150 t.kr. for selskab A1-4 hver især. MH1, der anses for at være den civilretlige modtager af udbytteudlodningen fra D1, modtager således netto 850 t.kr. I sig selv lyder dette ikke til at være et problem, men hvis udgangspunktet for A5 er skattefrihed opstår problemet i, at A5 ikke får adgang til den fulde udbytteudlodning, som A5 ellers ville kunne have fået. A5 modtager således i dette tilfælde 40 pct. af 850 t.kr., altså 340 t.kr. og ikke 40 pct. af 1 mio. kr., svarende til 400 t.kr. Problemet opstår i og med, at A5 betaler for en del af udbyttebeskatningen, som ellers skulle pålægges A1-4, selvom A5 indledningsvist skulle modtage et skattefrit udbytte.⁷⁸ Det synes uhensigtsmæssigt, at et selskab, som ellers ville kunne modtage skattefrit udbytte rammes af en udbyttebeskatning som følge af, at andre selskabsaktionærer ikke opfylder betingelserne for skattefrihed.

Forklaringen på ovenstående situationer ligger i den forskelsbehandling, som udøves over for mellemholdingselskabets ultimative aktionærer. Det ligger altså i selve sondringen mellem datterselskabs- og porteføljeaktier. Ydermere kan der henvises til den grundlæggende sondring imellem den civilretlige og den skatteretlige modtager af udbyttet, samt sammenhængen med driftsselskabets pligt til at indeholde kildeskat af den forholdsmæssige del, som vedrører porteføljeaktionærerne.

Endvidere blev der ved L84⁷⁹ taget stilling til problemet samt udarbejdet en løsning. I ABL § 4 A, blev der indsat stk. 6, som medfører, at selskabsaktionærerne A1-4 i ovenstående eksempel 12 for-

⁷⁸ Svendgaard Dalgas, Anja: SR.2009.263, s. 8.

⁷⁹ L 84/2011

pligtiges til betaling af et beløb svarende til skatteværdien af deres andel af det udloddede udbytte til MH1.⁸⁰ Dette betyder, at MH1 således har den fulde udbyttebetaling til rådighed i forbindelse med udbetalingen af det skattefrie udbytte til ovenstående A5.

8.7.1. Fremrykning af beskatningstidspunktet

Såfremt betingelserne i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 er opfyldte, medfører dette, at datterselskabsaktier anses for direkte ejet af moderselskabets selskabsaktionærer omfattet af selskabsskatte-lovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra a. Således gennemføres der en omkvalificering af disse selskabsaktionærens ejerskab fra at være datterselskabsaktier til at være porteføljeaktier, hvorfor disse udbytteudlodninger er skattepligtige. Dette medfører endvidere, at driftsselskabet skal indeholde forholds-mæssig kildeskat ved udlodning fra et datterselskab til et mellemholdingselskab vedrørende de sel-skaber, der i medfør af værnsreglen ejer porteføljeaktier som netop beskrevet i foregående afsnit. Imidlertid vil der kunne forekomme en situation, hvor selskabsaktionærer bliver beskattet af udbyt-te, som de ikke rent faktisk er i besiddelse af. Dette vil være tilfældet, såfremt det modtagende mel-lemholdingselskab ikke videreudlodder udbyttet med det samme. Således vil selskabsaktionærene skattemæssigt blive anset for at have modtaget udbyttet på trods af, at dette fysisk befinder sig i det modtagende mellemholdingselskab. Således kan konsekvensen af mellemholdingreglens anvendelse foruden en omkvalificering af ejerandele tillige være, at der sker en fremrykning af beskatningstids-punktet i forhold til tidspunktet for den faktiske udlodning af udbyttet.⁸¹ Dette kan endvidere med-føre en likviditetsmæssig ulempe for de ultimative selskabsaktionærer.

Ligeledes kan der opstå en problemstilling i de tilfælde, hvor der ikke sker en videreudlodning af udbyttet med det samme, og hvor selskabsaktionærene sælger sine ejerandele til nye selskabsaktio-nærer. I sådanne tilfælde er der intet til hinder for, at det beskattede udbytte i mellemholdingselska-bet kan være skattepligtigt for de nye aktionærer, hvis deres aktieandele tillige er porteføljeaktier uanset, at dette udbytte altså tidligere er blevet beskattet hos de tidligere aktionærer i medfør af ABL § 4 A, stk. 3. Således opstår der en situation med en reel dobbeltbeskatning af samme værdi-tilvækst i driftsselskabet.⁸²

⁸⁰ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 25

⁸¹ Bastian, Kaspar, m.fl.: Ufs.2009.4007, s. 6

⁸² Bastian, Kaspar, m.fl.: Ufs.2009.4007, s. 6

8.8. Delkonklusion – ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5

I medfør af SEL §§ 2, stk. 1, litra c og 13, stk. 1, nr. 2 gælder der skattefrihed for henholdsvis indgående og udgående udbytteudlodning, såfremt visse betingelser er opfyldte. Således gælder der som hovedbetingelse et 10 pct. ejerkrav defineret i og altså med henvisning til ABL § 4 A, stk. 1. For ikke at udsætte det danske beskatningsgrundlag for omgåelse ved at pulje selskabsaktionærernes ejerandele i et mellemholdingselskab for på den måde at omgå 10 pct. ejerkravet, blev der dog indsat en national værnsregel, ABL § 4 A, stk. 3 – altså mellemholdingreglen. Mellemholdingreglen finder imidlertid kun anvendelse på situationer, hvor de ultimative selskabsaktionærer er hjemmehørende i Danmark. Såfremt udbytteudlodningen foretages over danske grænser til et andet EU-land eller et tredjeland, bliver disse omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt.

Mellemholdingreglen blev efter L 2009, 525 udsat for kritik, hvorfor der med L84 blev foretaget enkelte ændringer for at imødegå de problemstillinger, som loven indeholdte. Imidlertid er der i dette speciale blevet analyseret flere problemstillinger i forbindelse med den nugældende mellemholdingregel. Disse problemstillinger har endnu ikke været til prøvelse hos de danske domstole. Således udtaler Skatteministeren i flere forbindelser, at disse problemstillinger må anses som værende uundgåelige samt være en logisk følgevirkning af værnsreglen, hvorfor disse således står proportionelt med værnsreglens formål.

På trods heraf må det dog anses for højst kritisabelt, når der sker en fremrykning af beskatningstidspunktet for selskabsaktionærer, der ikke nødvendigvis er kommet i besiddelse af udbyttet på beskatningstidspunktet. Således medfører mellemholdingreglen, at der bliver set igennem mellemholdingselskabet i skatteretlig henseende, som om mellemholdingselskabet ikke eksisterer. Hvis udbyttet udloddes til de samme selskabsaktionærer, medfører fremrykningen af beskatningstidspunktet højst en likviditetsmæssig ulempe for disse. Derimod vil fremrykningen af beskatningstidspunktet i tilfælde, hvor den ultimative selskabsaktionærkreds ændres, være en højst uheldig følgevirkning af mellemholdingreglen, da der i sådanne tilfælde vil ske en reel dobbeltbeskatning af udlodningen hos de tidligere og nuværende selskabsaktionærer. Ifølge Skatteministeren er dette en uhjælpelig og acceptabel følgevirkning, om end en sådan situation vil kunne afhjælpes ved blot at udskyde udbyttebeskatningen til det tidspunkt, hvor denne rent faktisk bliver udloddet og modtaget af de ultimative selskabsaktionær. Såfremt udbyttet imidlertid ikke udloddes og beskatningen således undgås, må dette anses som værende en konsekvens af, at mellemholdingselskabet anvender de likvide midler i virksomheden, hvilket vil kunne være et tegn på, at der udøves reel økonomisk virksomhed.

Ligeledes må det anses som problematisk, at dispositioner foretaget af enkelte storaktionærer vil kunne få alvorlige skattemæssige konsekvenser for de resterende ultimative selskabsaktionærer. Således vil en ejerandel kunne skifte status sporadisk fra den ene dag til den anden, hvorfor dette vil kunne medføre en unødvendig administrativ og i sidste ende økonomisk byrde. Ligeledes opstilles der i forbindelse med analysen af superaktionærer en sådan konsekvens for de resterende ultimative selskabsaktionærers status. En superaktionær vil ”trække” andre ultimative selskabsaktionærer med i ”det gode selskab”, hvilket således medfører, at et mellemholdingselskab ikke rammes af mellemholdingreglen, som illustreret ved eksempel 10. Modsat vil dispositioner foretaget af en superaktionær kunne medføre, at en hel koncernstruktur vil blive ramt af mellemholdingreglen. Således vil dispositioner foretaget af enkelte aktionærer kunne medføre store konsekvenser for andre, da dispositioner som udlodning af udbytte vil gå fra at være skattefrie datterselskabsaktier til at være skattepligtige porteføljeaktier. Dette vil ligeledes være en konsekvens af en selskabsaktionærs tilflytning fra et andet land til Danmark, som illustreret ved eksempel 9.

Såfremt det er mellemholdingselskabet og ikke en selskabsaktionær, der er placeret i et andet EU-land, vil dette såfremt betingelserne i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt. nr. 1-5 er opfyldt, medføre, at det udenlandske mellemholdingselskab bliver anset for gennemsigtigt, hvorfor danske selskabsaktionærer vil blive beskattet direkte af udbytteudlodninger fra datterselskabet. Ifølge Skatteministeren indebærer dette ikke et problem, da Danmark ikke på dette område er underlagt bestemmelser fra EU eller nogle DBO'er. Som omtalt tidligere i specialet, vil det udenlandske mellemholdingselskab, som ellers er etableret i overensstemmelse med domicillandets samt de EU-retlige regler, ikke blive anset for at være etableret i overensstemmelse med danske regler, hvorfor de danske myndigheder ønsker at se igennem selskabet. Dette er en højst kritisabel tilkendegivelse fra Skatteministeren, da netop dansk intern ret skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. Der er derfor intet belæg for at se igennem et selskab, som ellers er accepteret EU-retligt, blot fordi Danmark ikke ønsker at anerkende dets eksistens.⁸³

Såfremt situationen omhandler et datterselskab med hjemsted i et EU-land, et mellemholdingselskab i Danmark samt et moderselskab i et tredjeland med hvem Danmark har indgået en DBO, omfatter ABL § 4 A, ifølge Skatteministeren ikke denne. I dette tilfælde omfattes koncernstrukturen af retmæssig ejer-begrebet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt.

⁸³ Se afsnit 8.6.4.2.

Der er derfor både for SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. og ABL § 4 A, stk. 3, nr. 1-5 tale om værnsregler, hvormed de danske skattemyndigheder ønsker at se igennem til de ultimative selskabsaktionærer. Specialet herefter vil derfor sætte de situationer, hvor der efter dansk ret skal ses igennem til de ultimative selskabsaktionærer, i en EU-retlig sammenhæng og derved teste, om de danske værnsregler kan anses for at være i overensstemmelse med EU-retten.

9. EU-Domstolen og rent kunstige konstruktioner

Dette kapitel vil undersøge og analysere, hvorledes EU-Domstolen tager stilling til rent kunstige konstruktioner. Det skal som udgangspunkt bemærkes, at rent kunstige konstruktioner ikke nødvendigvis korresponderer fuldstændigt med gennemstrømningsbegrebet, altså situationen, hvor det udbytte modtagne mellemholdingselskab ikke er retmæssig ejer af udbyttet fra det udloddende datterselskab. Begrundelsen for, at specialet behandler rent kunstige konstruktioner er, at EU-retten endnu ikke har taget stilling til begreberne gennemstrømningsselskab og retmæssig ejer, skønt der i henholdsvis Rente-/royaltydirektivet samt Moder-/datterselskabsdirektivet er omtalt disse begreber. Derfor vil der blive taget udgangspunkt i det, der EU-retligt ligger gennemstrømningsselskabsbegrebet nærmest – altså rent kunstige konstruktioner. Specialet vil derfor fremadrettet tage stilling til de situationer, hvor EU-retten ønsker at ”se igennem” selskaber nærmere bestemt, hvornår der er tale om noget rent kunstigt, samt hvornår der ikke vil være tale om noget rent kunstigt.

Således vil specialet først analysere EU-Domstolens stillingtagen til rent kunstige konstruktioner for derved at danne et sammenligningsgrundlag til de danske værneregler angående mellemholdingselskaber og tilfælde, hvor disse udelukkende fungerer som et gennemstrømningsselskab.

9.1. Økonomisk aktivitet

Et af de elementer, der skal tages stilling til, når det skal vurderes, om der er tale om en rent kunstig konstruktion er, om der er tale om faktisk økonomisk aktivitet. Dette er et begreb EU-Domstolen første gang tog stilling til i sag **C-221/89, Factortame**, præmis 20. Indledningsvist skal det bemærkes, at sagen omhandler en ændring af det britiske fiskerireglement omhandlende ”Quota Hopping”, som skal sikre, at de britiske fiskekvoter ikke vil blive ”udplyndret” af skibe, som sejler under andet flag end britisk. Af dommen fremgår det, at: ” *I denne forbindelse bemærkes, at begrebet etablering som omhandlet i Traktatens artikel 52 ff. omfatter den faktiske udøvelse af en økonomisk aktivitet ved hjælp af en fast indretning i en anden medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum.* ”⁸⁴ Begrebet bliver derfor anvendt til at definere, hvornår selskaberne kan anvende den traktatsikrede etableringsret. Spørgsmålet er efterfølgende; hvornår er der tale om fast indretning? Registreringen af et fartøj er ikke nødvendigvis nok til at statuere etablering, når fartøjet ikke anvendes til økonomisk aktivitet.⁸⁵ Når fartøjet er et middel til den faktiske økonomiske aktivitet og derved indretningen, kan registreringen ikke adskilles fra etableringen. Dette betyder, at når der er tale om registrering efter sagens faktiske omstændigheder kan registreringen, såfremt der er tale om faktisk økonomisk

⁸⁴ Jf. præmis 20

⁸⁵ Jf. præmis 21-22

aktivitet ikke adskilles fra etableringen. For at sætte EU-Domstolens udtalelse lidt på spidsen, så skal der være tale om en faktisk, fysisk tilstedeværelse i medlemsstaten.

Samme princip blev gjort gældende i sag **C-246/89, *Kommissionen mod England***. Sagen omhandlede endnu en gang de britiske registreringsregler vedrørende fiskerifartøjer. Af sagen fremgår det, at: ” ... *begrebet etablering som omhandlet i Traktatens artikel 52 ff. omfatter den faktiske udøvelse af en økonomisk aktivitet ved hjælp af en fast indretning i en anden medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum.* ”⁸⁶ I sagen benyttes ordret den samme definition af faktisk økonomisk aktivitet, som det ses i sag C-221/89, *Factortame*, hvorfor det må antages, at det er en generel opfattelse, at faktisk økonomisk aktivitet er nødvendigt for, at der grundlæggende kan være tale om etablering i værtsmedlemsstaten. Det kan derfor konstateres, at for overhovedet at kunne tale om etablering i en værtsmedlemsstat, skal der være tale om faktisk økonomisk aktivitet.

Kravet til faktisk økonomisk aktivitet kan til en vis grad sidestilles med kravene, som fremgår af henholdsvis OECD's modeloverenskomst såvel som L 10. Af disse fremgår det, som tidligere nævnt i specialet, at for at der ikke skal være tale om gennemstrømning, skal selskabet have en sådan grad af kontrol med sig selv og betalingerne, at der ikke kan slås tvivl om selskabets faktiske eksistens. Der kan derfor tales for, at kravet om ”selvkontrol” kan sammenlignes med udøvelse af faktisk økonomisk aktivitet. Det er ifølge EU-Domstolen i sag C-221/89, *Factortame* og sag C-246/89, *Kommissionen mod England* ikke nok med registrering, men der skal være en faktisk økonomisk aktivitet tilstede for at statuere tilstedeværelse i værtsmedlemsstaten, hvilket som nævnt kan sammenlignes med kravet om faktisk kontrol.

Indledningsvist tog EU-Domstolen således ikke stilling til omfanget af den faktiske indretning, men blot at der skulle være tale om en fysisk tilstedeværelse. Dette udgør således en grundlæggende betingelse for, at der kan foretages en vurdering af, hvorvidt der er tale om omfanget af den faktiske indretning. Dette adskiller sig således fra reel økonomisk virksomhed i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. og ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 2 i og med, at der i den forbindelse er tale om indretningens karakter fremfor, om der er en faktisk indretning tilstede.

9.2. Rent kunstige konstruktioner

Dette afsnit vil bidrage med EU-Domstolens stillingtagen til rent kunstige konstruktioner samt medlemsstaternes muligheder for opstilling af værnsregler i forbindelse hermed.

⁸⁶ Jf. præmis 21

Spørgsmålet omhandlende rent kunstige konstruktioner er blandt andet blevet rejst i sag **C-264/96, ICI**, der omhandler selskabet Imperial Chemical Industries (ICI), som ønskede at anvende et fradrag for driftstab i et datterselskab af et holdingselskab som ICI var medejer af. Holdingselskabets aktivitet er udelukkende at eje aktier i 23 selskaber. ICI ønskede derved at fradrage driftstab i deres skattepligtige overskud med et beløb svarende til 49 pct., altså ejerandelen. Englands myndigheder ville ikke tillade dette med henvisning til, at Holding ikke er et holdingselskab, jf. Section 258, subsection 5, litra b). England argumenterer for, at værnereglen skal sikre, at der ikke udelukkende oprettes selskaber i udlandet med henblik på at undgå beskatning i England.⁸⁷ Argumentation indikerer således, at bestemmelsen skal sættes i kontekst med rent kunstige konstruktioner. Selskaberne skal derved ikke have mulighed for at oprette selskaber i udlandet udelukkende med henblik på skatteunddragelse. Der tilføjes dog, at: *"Det bemærkes vedrørende argumentationen om risikoen for skatteunddragelse, at den i hovedsagen omtvistede lovgivning ikke specielt har til formål at udelukke, at rent kunstige konstruktioner... men generelt tager sigte på enhver situation."*⁸⁸ Dette betyder, at Section 258, subsection 5, litra b) ikke tager sigte på direkte og udelukkende at opstille hindringer for rent kunstige konstruktioner, men bestemmelsen vil tillige ramme de generelle situationer, hvor engelske selskaber opretter datterselskaber i et andet medlemsland. Den risiko, som er tilknyttet forklaringen i Section 258, subsection 5, litra b), kan ikke tilknyttes spørgsmålet, om flertallet af datterselskaberne har hjemsted i England, men risikoen kan også opstå, hvis der bare eksisterer et udenlandsk etableret selskab. Det kan derfor konstateres, at England ved Section 258, subsection 5, litra b) ikke kun fjerner risikoen ved en situation med et overtal af udenlandske datterselskaber, men også ved situationer, hvor holdingselskabet kun ejer aktier i et enkelt udenlandsk datterselskab. Endvidere anfører EU-Domstolen, at: *... traktatens artikel 52 er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, der for selskaber med hjemsted i denne medlemsstat, der deltager i et konsortium og derigennem ejer et holdingselskab og udnytter deres ret til fri etablering til gennem dette holdingselskab at stifte datterselskaber i andre medlemsstater, bestemmer, at et skattefradrag kun kan opnås, såfremt selskabets virksomhed udelukkende eller hovedsagelig består i at eje aktier i datterselskaber med hjemsted i den pågældende medlemsstat."*⁸⁹ Etableringsretten er derfor til hinder for, at England kan opstille den hindring, som opstilles i Section 258, subsection 5, litra b). Således må Section 258, subsection 5, litra b) anses for værende en generel bestemmelse. EU-Domstolen er derfor af den overbevisning, at for at kunne tilsidesætte en af frihedsrettighederne, skal bestemmel-

⁸⁷ Jf. sag C-264/96, ICI, præmis 25

⁸⁸ Jf. sag C-264/96, ICI, præmis 26

⁸⁹ Jf. sag C-264/96, ICI, præmis 30

sen være tilsigtet direkte at værne imod skatteunddragelse og i dette tilfælde rent kunstige konstruktioner.

For at støtte op omkring denne opfattelse, kan der henvises til sag **C-9/02, *Du Saillant***. Sagen omhandler franske regler vedrørende fiktiv afståelsesbeskatning ved fraflytning. I sagen forsøgte den franske regering at påberåbe sig værn imod rent kunstige konstruktioner. Argumentationen gik på, at den franske stat ønskede at beskytte sig imod tilfælde, hvor fysiske eller juridiske personer flyttede ud af Frankrig med aktiekapital uden at denne blev beskattet. Præmis 24 i sag C-9/02, *Du Saillant*, bekræfter EU-Domstolens præmis 26 i sag C-264/96, *ICI*, omhandlende bestemmelser, der sigter på at værne imod rent kunstige konstruktioner. EU-Domstolen udtaler netop i sag C-264/96, *ICI*, at bestemmelser, som ikke sigter direkte på at værne imod rent kunstige konstruktioner, men derimod sigter på at ramme alle tilfælde, hvor udenlandske selskaber er involveret, ikke kan oprettholdes. I sag C-9/02, *Du Saillant*, udtaler EU-Domstolen: ”... *At en lovgivning, der specifikt har til formål at udelukke, at rent kunstige konstruktioner, hvis formål er, at omgå skattelovgivningen, kan give en skattefordel, kan opfylde et tvingende alment hensyn.*”⁹⁰ Denne udtalelse fra EU-Domstolen er en positiv afgrænsning af medlemslandenes værnsmuligheder. I sag C-264/96, *ICI*, afgrænser EU-Domstolen bestemmelser til ikke at må være for generelle. I sag C-9/02, *Du Saillant*, anfører EU-Domstolen dertil, at bestemmelser, som sigter på at værne mod rent kunstige konstruktioner, kan anses for at være et værn mod tvingende almene hensyn. EU-Domstolen vurderer derfor, at såfremt der er tale om en bestemmelse, som specifikt tilsigter at værne imod rent kunstige konstruktioner, er der tale om et tvingende alment hensyn. Rent kunstige konstruktioner er derfor ifølge EU-Domstolen et tvingende alment hensyn, hvorfor det er muligt for medlemslandene at værne sig imod disse former for konstruktioner.

Således har specialet indtil videre fastlåst, at et dansk mellemholdingselskab skal opfylde kriterierne for et faktisk, fysisk tilstedeværelse. Når en sådan tilstedeværelse er statueret, er det endvidere muligt for en medlemsstat at opstille værn imod, at et sådan mellemholdingselskab fungerer som en rent kunstig konstruktion. Det kan derfor udledes, at det for Danmarks vedkommende er muligt at værne sig imod gennemstrømningsenheder og samtidig være ”beskyttet” af EU-Domstolens retspraksis. Dog må sådanne værnsregler ikke være generelle og sporadiske ramme samtlige selskaber.

⁹⁰ Jf. præmis 24

Spørgsmålet omhandlende rent kunstige konstruktioner og kravene til koncernstruktur er ydermere rejst i sag **C-196/04, Cadbury Schweppes**. Sagen omhandler tilfælde, hvor udbytte, der udloddes til et hjemmehørende moderselskab af et udenlandsk datterselskab, beskattes hos det hjemmehørende selskab.⁹¹ Det fremgår af sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, at der i forbindelse med de engelske CFC-regler stilles krav om, at selskaberne skal kunne godtgøre, at det ikke var hovedformålet eller et af hovedformålene med eksistensen, at undgå beskatning.⁹² Dette henleder til en diskussion omkring formålet med oprettelsen af CFC-selskabskonstruktion. Brugen af de almindelige frihedsrettigheder, i dette tilfælde etableringsfriheden, bliver derfor holdt op imod formålet med oprettelsen af selskabet. EU-Domstolen kommenterer i første instans, at: *"Ganske vist kan en medlemsstats statsborgere ikke gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøge at unddrage sig deres egen nationale lovgivning. De kan ikke på svigagtig vis eller med henblik på misbrug gøre fællesskabsbestemmelserne gældende."*⁹³ Dette betyder, at det i sagens tilfælde ikke er muligt for Cadbury Schweppes, at oprette selskabet udelukkende for at undgå at betale skat. EU-Domstolen tilføjer dog at det faktum, at en fysisk eller juridisk statsborger har haft til hensigt at drage fordel af en fordelagtig skattelovgivning, ikke i sig selv giver grund til mistanke om misbrug af hverken værtsmedlemsstatens skattelovgivning ej heller fællesskabsrettens bestemmelser.⁹⁴ Det kan ikke kræves, at selskabet beviser, at hovedformålet eller et af hovedformålene er at blive underlagt en mere fordelagtig beskatning. Det må derimod antages at være tilladt at have det omtalte formål.⁹⁵ Det kan konstateres, at alene det faktum, at en oprettelse af et selskab i en anden medlemsstat med det formål at drage fordel af lovgivningen, ikke i sig selv er nok til tale om misbrug af fællesskabsrettens friheder.⁹⁶ Det fastlås derfor endeligt, at: *"... CS i det foreliggende tilfælde har besluttet at oprette CSTS og CSTI i IFSC med det erklærede formål at drage fordel af den fordelagtige skatteordning, som opnås med en sådan etablering, ikke i sig selv udgør misbrug."*⁹⁷

Herefter skal det klarlægges, hvorledes ovenstående skal sættes i kontekst med tilgangen til rent kunstige konstruktioner. Det er tidligere i afsnittet behandlet, hvorledes EU-Domstolen ser på medlemsstaternes mulighed for at værne sig imod rent kunstige konstruktioner. EU-Domstolen fastholder, at selvom der ikke ved et formål om at indgå under en mere fordelagtig beskatning kan statue-

⁹¹ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 4

⁹² Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 11

⁹³ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 35

⁹⁴ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 36

⁹⁵ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 36

⁹⁶ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 37

⁹⁷ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 38

res rent kunstig konstruktion, kan medlemsstaterne ved bestemmelser, som specifikt sigter på rent kunstige konstruktioner, stadigvæk beskytte sig.⁹⁸ Fysiske eller juridiske statsborgere skal have mulighed for at deltage i det økonomiske liv og drage fordel heraf.⁹⁹ Set i sammenhæng med rent kunstige konstruktioner er der dog ikke mulighed for at oprette et selskab uden faktisk økonomisk aktivitet med henblik på at opnå skattemæssige fordele heraf. EU-Domstolen kommenterer som følge af ovenstående, at såfremt CFC-selskabet udøver faktisk økonomisk virksomhed udelukker dette, at der i sagens tilfælde kan være tale om et rent kunstigt arrangement, hvorfor Cadbury Schweppes vil være beskyttet af etableringsfriheden.¹⁰⁰ Der skal derfor være tale om, at der udøves faktisk økonomisk aktivitet og derved også etablering.

Den faktiske økonomiske aktivitet og etablering skal kunne efterprøves af tredjemand.¹⁰¹ Det være sig ”lokaler, personale og udstyr.” Dette giver derved et indblik i, hvorledes EU-Domstolen mener, at der skal statueres faktisk etablering. Der gives dog ikke en nærmere beskrivelse af omfanget af henholdsvis lokaler, personale og udstyr, blot at disse punkter skal indgå i vurderingen. Konklusionen på dommen bliver derfor, at etableringsretten som udgangspunkt er til hinder for beskatningsgrundlaget opsat af medlemsstaten i forbindelse med CFC-beskatningen. Dette skal dog ses i kontekst med, at der ikke må være tale om et rent kunstigt arrangement, som har til formål at misbruge fællesskabsrettens friheder. EU-Domstolen udtaler dog, at der i sagen ikke kan være tale om et rent kunstigt arrangement i og med, at det vurderes, at CFC-selskabet har faktisk økonomisk virksomhed.

Sag **C-347/04, Rewe Zentralfinanz**, vedrører rent kunstige konstruktioner over for etableringsretten. Ifølge sagens faktiske omstændigheder er der tale om en begrænsning af tyske moderselskabers mulighed for at få fradrag for driftstab hos udenlandske datterselskaber. Af den tyske EStG § 2a, stk. 1 og 2 fremgår det, at moderselskabet er fuldt skattepligtig i Tyskland af overskud fra udenlandske datterselskaber. Dog har moderselskabet begrænset fradragsmuligheder for tab i datterselskabet underlagt visse betingelser, hvilket ikke ville være tilfældet, såfremt datterselskabet var hjemmehørende i Tyskland. Forskellen fra de tidligere domme, som har omhandlet formålet om at værne imod rent kunstige konstruktioner er, at der i den tyske EStG er indført en fradragsmulighed, såfremt datterselskabet udøver faktisk økonomisk aktivitet. I ovenstående domme, har EU-Domstolen fast-

⁹⁸ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 51

⁹⁹ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 53

¹⁰⁰ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Præmis 61

¹⁰¹ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes* præmis 67

holdt, at såfremt en bestemmelse skal kunne anses for at værne imod tvingende almene hensyn (i specialets tilfælde; rent kunstige konstruktioner) er det nødvendigt, at bestemmelsen er specifik til sit formål og altså ikke sigter på at ramme enhver situation. På trods heraf vurderes det af EU-Domstolen, at uanset tilføjelsen af rent kunstige konstruktioner i bestemmelsen, vil Rewe Zentralfinanz altså blive stillet ringere end et moderselskab med et indenlandsk datter- eller datterdatterselskab,¹⁰² hvilket kan anses for at være en begrænsning i etableringsretten.¹⁰³

Begrænsningen af Rewe Zentralfinanz's etableringsmuligheder, kan kun gøres gældende, såfremt det er begrundet i tvingende almene hensyn, eller et legitimt mål efter traktaten.¹⁰⁴ Som fastslået i blandt andet sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, kan værn imod rent kunstige konstruktioner karakteriseres som et tvingende alment hensyn, såfremt bestemmelsen ikke sigter på at ramme alle tilfælde, men specifikt rent kunstige konstruktioner. Den tyske regering er i sagens tilfælde ikke enig med EU-Domstolen i kravet om, at medlemsstaternes bestemmelser skal være specifikt bestemt på rent kunstige konstruktioner. Den tyske regering udtaler endvidere: ” ... *At Domstolens praksis på området efter regeringens opfattelse bør opblødes, idet kravet vedrørende specifikke formål om bekæmpelse af rent kunstige konstruktioner forekommer regeringen for restriktivt. Den tyske regering finder, at det er nødvendigt at tillade medlemsstaterne at træffe generelle principielle foranstaltninger til bekæmpelse af skatteunddragelse og at vedtage abstrakte og generelle bestemmelser, der bygger på type-tilfælde.* ”¹⁰⁵ Til denne udtalelse kommenterer EU-Domstolen blot, at: ” ... *Den omstændighed alene, at skattemyndighederne i en medlemsstat inden for en given økonomisk sektor såsom turistsektoren har fastslået væsentlige og vedvarende tab lidt af udenlandske datterselskaber af moderselskaber, der er hjemmehørende i denne stat, ikke er tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at der foreligger rent kunstige konstruktioner...* ”¹⁰⁶ Kommentaren i præmis 51 er en afgørelsesspecifik tilgang, som tager udgangspunkt i sagens faktiske omstændigheder. EU-Domstolen kommenterer, at alene den grund, at der i den omtalte sektor ofte kan konstateres tab på driften, kan medlemsstaterne ikke af den grund tale om rent kunstige konstruktioner. Dette er i overensstemmelse med den opfattelse, som EU-Domstolen har angivet i de tidligere omtalte domme. Af disse fremgår det, at EU-Domstolen ikke på nogen måde accepterer generelle bestemmelser, hvorfor den tyske regerings kommentar i præmis 50 ikke kan tiltrædes. EU-Domstolen er derved af den opfattelse, at: ”*I det foreliggende tilfælde kan en bestemmelse såsom § 2a, stk. 1, nr. 3, litra a), i EStG 1990, der generelt*

¹⁰² Jf. sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, præmis 30

¹⁰³ Jf. sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, præmis 31

¹⁰⁴ Jf. sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, præmis 37

¹⁰⁵ Jf. sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, præmis 50

¹⁰⁶ Jf. sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, præmis 51

vedrører enhver hensyntagen til den lavere delværdi af en kapitalandel, når datterselskaber, der ejes af et moderselskab med hjemsted i Tyskland, af en hvilken som helst grund er blevet etableret i andre medlemsstater, ikke uden at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det mål, som den angiveligt forfølger, anses for begrundet i risikoen for skatteunddragelse. En sådan bestemmelse har ikke som specifikt formål at udelukke, rent kunstige konstruktioner... ”¹⁰⁷ Det er derfor, ifølge EU-Domstolen, klart, at den tyske lovgivning går ud over hvad der er nødvendigt for at værne imod rent kunstige konstruktioner, hvorfor bestemmelsen må anses som en generel bestemmelse.

Sammenfattende kan det konstateres, at EU-Domstolen anser rent kunstige konstruktioner for værende et tvingende alment hensyn. Dette betyder, at EU-Domstolen tillader, at medlemslandene ved egen lovgivning indfører værnsregler for derved at sikre eget beskatningsgrundlag. Det fremgår dog af analysen af dommene ovenfor, at EU-Domstolen stiller krav til, hvorledes medlemslandene skal indrette sin lovgivning. Ifølge Domstolen er det således ikke tilladt for medlemslandene, at udforme bestemmelserne som generelle således, at de vil ramme en hver grænseoverskridende situation, som det blandt andet er anført i sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, samt sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*. I sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, konstaterer Domstolen, at de engelske CFC-regler, som udgangspunkt går ud over, hvad der må anses som proportionelt. De engelske CFC-beskatningsregler bygger på et princip omkring, at hovedformålet eller et af formålene med oprettelsen af selskabet er at undgå beskatning, hvilket EU-Domstolen ikke kan acceptere. De nationale bestemmelser må derfor ikke indeholde et element af, hvilket formål oprettelsen af datterselskabet har. Dette skal dog ses i kontekst med præmis 61, som i sagens tilfælde endegyldigt tager stilling til spørgsmålet vedrørende faktisk økonomisk aktivitet, som indledningsvist blev rejst i sag C-221/89, *Factortame*. Der bliver derved, ved afgørelsen i sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, lagt vægt på det faktum, at CFC-selskabet har en faktisk økonomisk aktivitet, hvorfor der ikke kan være tale om et rent kunstigt arrangement. Den tyske regering løber ind i et lignende problem i Sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, hvor EU-Domstolen finder, at den tyske forskelsbehandling omhandlende situationer, hvor et indenlandsk moderselskab med et udenlandsk datterselskab stilles ringere i en situation, hvor der skal indrømmes fradrag for tab ved afskrivninger på værdien af kapitalandele, end et moderselskab med et indenlandsk datterselskab. Domstolen vurderer også her, at den tyske EStG ikke er proportionel til formålet, da EStG § 2a, stk. 1 er sammensat med udgangspunkt i, at turistsektoren er bygget op om en underskudsbetragtning. EStG § 2a, stk. 1 vil derfor ramme en hel sek-

¹⁰⁷ Jf. sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, præmis 52

tor, hvorfor den ikke er proportionel til formålet. EU-Domstolen anerkender derfor medlemslandenes ret til og mulighed for at tage stilling til rent kunstige konstruktioner som et tvingende alment hensyn, så længe der er tale om bestemmelser, der er specifikt egnet til formålet.

Således medfører ovenstående afsnit, at de danske værnsregler i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. med baggrund i L 10 og ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5, ikke må have karakter af at være generelle bestemmelser, der rammer mellemholdingselskaber, som rent faktisk udøver en økonomisk aktivitet.

10. EU-retten og de danske værnsregler mod mellemholdingselskaber og gennemstrømning

Dette afsnit vil indeholde en analyse af, hvorvidt de beskrevne værnsregler i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. og ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 er forenelig med EU-retten. Fælles for analysen af de to værnsregler er, at der ikke er blevet taget stilling til dette på EU-plan. Således vil udgangspunktet for analysen af overensstemmelsen mellem betingelser og krav opstillet af EU-retten blive foretaget med udgangspunkt i det EU-retlige tvingende almene hensyn, rent kunstige konstruktioner. Rent kunstige konstruktioner anvendes i dette speciales kontekst i de tilfælde, hvor disse konstruktioner optræder med karakteristika af de situationer, som de danske værnsregler tager udgangspunkt i. Således benytter specialet disse betingelser og krav i situationer, hvor Danmark som medlemsstat ønsker at se igennem et selskab for at statuere gennemstrømning og således for at placere udbyttebetalingen hos de ultimative selskabsaktionærer.

10.1. EU-retten og SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt.

Det er tidligere i specialet kort blevet beskrevet, at L 10 i langt overvejende grad er baseret på rammebestemmelserne fra OECD's modeloverenskomster, om end dette ikke dybdegående er blevet behandlet. Således bemærkes det, at L 10 må anses for værende foreneligt med modeloverenskomsten, blandt andet grundet det faktum, at der i L 10 flere gange henvises direkte til denne. Det forsøges herved at retfærdiggøre værnsreglernes udformning og karakter også i et EU-retligt regi på trods af, at dette ikke er muligt.¹⁰⁸ I midlertidig anføres det i bemærkningerne til L 10, at lovforslaget ikke indeholder EU-retlige aspekter.¹⁰⁹ Således synes det selvmodsigende, at lovgiver med L 10 baserer værnsregler på OECD's modeloverenskomst samtidig med, at det i noterne til den af lovforslaget afledte bestemmelse i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. anføres, at disse finder anvendelse på udbyttebetalinger over Danmarks grænser¹¹⁰ på trods af, at det i lovforslaget fastslås, at dette ikke indeholder EU-retlige aspekter og problemstillinger, hvorfor dette ikke kan være i strid med disse. Således må begrundelsen for fremlæggelsen af lovforslaget, L 10, anses for at have ændret karakter efter vedtagelsen af dette med en anderledes anvendelse i forbindelse med SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. til følge. Dette må anses som værende højst problematisk, da lovgiver begrundet og beskriver en bestemmelse på én måde men anvender den på en anden måde.

¹⁰⁸ For denne konklusion se TfS 2011, 403

¹⁰⁹ L 10/2012, afsnit 10. Forholdet til EU-retten

¹¹⁰ Se afsnit 7.2.

I og med at værnreglen i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. ikke kan begrundes på baggrund af OECD's modeloverenskomst, vil specialet herefter sammenligne værnreglen med EU-retten for herved at teste, om denne er forenelig hermed.

Af ovenstående afsnit fremgår det, at EU-retten anser rent kunstige konstruktioner som et tvingende alment hensyn, hvorfor det kan gøres gældende, at medlemslandene skal have muligheden for at beskytte sin beskatningskompetence mod disse. Af ovenstående gennemgang fremgår det ligeledes, at landene ikke må gå udover, hvad der er nødvendigt for at ramme disse rent kunstige konstruktioner, hvilket vil sige, at bestemmelsen skal være specifikt egnet til formålet og ikke må ramme alle situationer.

Indledningsvist omtaler L 10 en gennemstrømningsinvestering som en investering betalt til et selskab uden reel økonomisk virksomhed. Dette kunne således være tilfældet i en situation, hvor fritagelsen fra begrænset skattepligt af udbytter fra et dansk selskab (mellemholdingselskabet) efter SEL § 2, stk. 1, litra c, ikke gælder som konsekvens af, at beskatningen skal nedsættes efter en dansk DBO med det land, hvor udbyttemodtageren (moderselskabet) er hjemmehørende, såfremt det udloddede udbytte hidrører fra udbytte, som det danske udbytteudloddende mellemholdingselskab selv har modtaget fra et udenlandsk datterselskab under omstændigheder, hvor det danske mellemholdingselskab ikke er retmæssig ejer af udbyttet. Betragtningen vedrørende reel økonomisk virksomhed må endvidere anses som værende forenelig med EU-retten. Der kan i denne forbindelse blandt andet henvises til ovenstående gennemgang af sagerne C-221/89, *Factortame*, samt C-196/04, *Cadbury Schweppes*, hvor der tages stilling til faktisk økonomisk aktivitet. Af sagerne fremgår det, at det kun er muligt at anvende fælleskabsrettens bestemmelser, såfremt der er tale om, at der ydes faktisk økonomisk aktivitet. Ydermere fremgår det heraf, at der stilles krav til denne faktiske økonomiske aktivitet i form af selve indretningen af selskabet. Det fremgår dog ikke af retspraksis, hvor omfattende dette krav er, blot at det eksisterer.

Det må ydermere følge heraf, at L 10 vurderer, at det at et selskabs aktivitet udelukkende består i at føre investeringer videre under en mere fordelagtig beskatning vil blive karakteriseret som gennemstrømning. Denne tilkendegivelse stemmer imidlertid ikke overens med EU-retten, da det vil betyde, at selskaber, hvis aktivitet er at finansiere andre selskaber, som udgangspunkt vil blive anset for at være et gennemstrømningsselskab. Denne type aktivitet ses typisk ved holdingselskaber, hvorfor L 10 synes at ramme holdingstrukturen frem for udelukkende tilfælde, hvor der er tale om, at der

slet ingen aktivitet er. L 10 siger derved, at selvom der eksisterer en aktivitet i form af videreførelse af kapital, kan denne specifikke type af aktivitet ikke accepteres også på trods af, at videreførelsen af kapitalen måske sker til et land, der ikke har en fordelagtig beskatning. En sådan betragtning afviser EU-Domstolen i sag C-264/96, *ICI*, hvor det anføres, at traktatens artikel 52 er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, der for selskaber med hjemsted i denne medlemsstat udnytter deres ret til fri etablering gennem sådan et holdingselskab ved at stifte datterselskaber i andre medlemsstater og som hovedsageligt ejer aktier i datterselskaber med hjemsted i den pågældende medlemsstat. Der kan i forbindelse med spørgsmålet vedrørende kravet til aktivitet derfor argumenteres for, at L 10 ikke kan anses for værende specifikt egnet til formålet. L 10 og den deraf afledte SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. kan ikke på dette område anses for værende forenelig med fællesskabsretten.

På baggrund af dette kan det ligeledes være interessant, hvorvidt Danmark kan opstille krav om fysisk substans. EU-Domstolen accepterer et krav om fysisk substans, men tager ikke stilling til omfanget heraf. Der er i dansk retspraksis taget stilling til, hvor omfangsrig kravet til substansen i mellemholdingselskabet er.¹¹¹ Heri blev det anført af sagsøger, at selskabets aktivitet ikke ville ændre sig såfremt der var 0, 1 eller 1000 ansatte. Det må derfor blive anset for at være et angreb på holdingstrukturen, såfremt der stilles krav til antal ansatte i og med, at holdingselskabets aktivitet afhænger af den enkelte situation. Holdingselskabet kan altså sagtens have en økonomisk aktivitet uden mere end 1 ansat. Et sådan angreb på holdingstrukturen er ifølge sag C-264/96, *ICI*, ikke forenelig med EU-retspraksis.

For så vidt angår diskussionen om, hvorvidt værnsreglen i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. har en bestemt selskabsform som subjekt eller har en bestemt transaktion som subjekt, må det på baggrund af ovenstående slutes, at transaktionen ikke må anvendes som udsalgsgivende vurderingselement for statueringen af gennemstrømning. Således vil det være i strid med EU-retten, at et selskab der har fysisk substans, for eksempel et datterselskab med anden aktivitet end ejerskab af aktier, samtidig med, at dette selskab ved ejerskab af aktier modtager en udbyttebetaling der videreudloddet til et moderselskab, kendes gennemsigtigt. Det er således selskabets fysiske substans, der er afgørende for, hvorvidt dette kendes gennemsigtigt og ikke den givne transaktion, der afgør dette. Således er det ej heller mellemholdingselskabet som selskabsform, der er bestemmende for værnsreglens anvendelse men derimod, hvorvidt et selskab, det værende sig et mellemholdingselskab

¹¹¹ Se afsnit 7.1

udelukkende med aktiebesiddelse som aktivitet, et datterselskab med anden aktivitet ud over aktiebesiddelse eller et helt tredje, har en fysisk substans, som bestemt i EU-retten.¹¹²

Derudover indebærer L 10 en formålsfortolkning i forbindelse med selskabernes ageren for så vidt angår om det modtagne udbytte er bestemt til videreudlodning. Dette betyder, at formålet med oprettelsen af selskabet er en af de faktorer, der skal tages i betragtning, når det skal vurderes, om der er tale om gennemstrømning. En sådan betingelse afviser EU-Domstolen som afgørende vurderingselement, om end det stadig er en del af vurderingen.¹¹³ Heri anføres det, at hovedformålet eller et af formålene med stiftelsen af selskabet ikke i sig selv kan statuere rent kunstigt konstruktioner, hvorfor en sådan betragtning umiddelbart i sin selvstændige egenskab ikke er anvendelig. L 10 kan derfor heller ikke anses for værende forenelig med fællesskabsretten i forbindelse med formålet med stiftelsen af selskabet.

L 10 opstiller endvidere selskabets grad af selvkontrol som et vurderingsparameter i forbindelse med, om et selskab er et gennemstrømningsselskab. Dette synes umiddelbart ikke at være en diskussion, som er foretaget i EU-retten. Således henviser EU-retten blot til, at der skal være tale om faktisk økonomisk aktivitet i forbindelse med etablering, jf. sag C-221/89, *Factortame*. L 10 henviser til, at selskabet skal have kontrol over egen økonomisk aktivitet, hvis der ikke skal være tale om et gennemstrømningsselskab. Der ses således en umiddelbar uoverensstemmelse mellem dansk ret og EU-ret, da det kan tænkes, at et mellemholdingselskab med fysisk substans vil kunne blive kendt gennemsigtigt efter dansk ret, såfremt selskabet har få eller ingen beføjelser, hvilket er i uoverensstemmelse med EU-retten.

Selvom det konstateres, at EU-retten ikke har taget stilling til to af hovedelementerne i L 10 gøres det dog for specialets vedkommende gældende, at L 10 må anses som værende for generel i sin tilgang til at statuere gennemstrømning i forhold til, hvad EU-retten sandsynligvis vil acceptere. Betænkningerne til L 10 synes at ramme bredere, end hvad der kan karakteriseres som gennemstrømningsenhed i og med, at selskaber hvis faktiske økonomiske aktivitet er at finansiere andre selskaber, for eksempel et holdingselskab, også ville blive karakteriseret som et skattepligtigt gennemstrømningsselskab. SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. medfører derved, at der kan være tale om gennemstrømning selvom der i forbindelse med en given aktivitet i EU-retten vil blive skelnet imel-

¹¹² Jf. Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 67

¹¹³ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 36

lem aktivitet og ikke-aktivitet ved det grundlæggende spørgsmål om etablering. Således vil et holdingselskab, der opfylder et EU-retligt krav om aktivitet efter dansk ret, kunne blive anset som værende et gennemstrømningsselskab. Det vurderes derved, at EU-retten ikke, som udgangspunkt, ville kunne acceptere L 10 grundet dennes generelle karakter samt en umiddelbar uoverensstemmelse i spørgsmålet vedrørende typen af aktivitet.

10.2. EU-retten og ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 (mellemholdingreglen)

I forbindelse med analysen af mellemholdingreglens **1. betingelse**; primær funktion anføres det, at bestemmelsen synes udefineret og elastisk. Dette synes at tale for, at der i denne forbindelse skal foretages en individuel bedømmelse af de aktuelle situationer, hvilket i denne henseende betyder, at EU-rettens forbud mod generelle bestemmelser efterkommes. Imidlertid kan en udefineret og elastisk bestemmelse ”gå begge veje” hvormed menes, at den sporadisk kan ramme alle selskaber, hvad enten de har ejerskab af datterselskabsaktier som primær aktivitet eller ej. Således har selskaberne ikke en egentlig retningslinje for, hvad der skal forstås ved primær funktion, hvilket må anses for værende problematisk.

Derudover lægger formuleringen, primær funktion op til, at såfremt værdien af datterselskabsaktier er større end 50 pct. af holdingselskabets totale aktiviteter, så vil holdingselskabet opfylde mellemholdingreglens 1. betingelse. En sådan formulering indeholder generelle elementer, der kan medføre, at et holdingselskabs porteføljesammensætning kan risikeres udelukkende at blive styret af skattemæssige hensyn, hvilket kan tilsidesætte holdingselskabets faktiske økonomiske aktivitet og altså ageren på markedet. Således skal det bemærkes, at en substanstest i dansk henseende er bestemt af, at graden af aktiviteten skal være primær, hvilket altså kan betyde en grænse på 50 pct. Ved vurderingen af holdingselskabets primære funktion fremgår det dog af forarbejderne, at der skal lægges vægt på de faktiske/reelle forhold. Dette korresponderer således ikke med specialets ovenstående tilkendegivelse, og der synes således at være modsigelsestendenser i bestemmelsen. Det er endvidere problematisk at udføre en analyse af de faktiske/reelle forhold i situationer, hvor værdien af datterselskabsaktier er en smule større en eksempelvis holdingselskabets værdi af porteføljeaktiesammensætningen. Det skal dog erindres, at det er muligt for medlemslandene at opstille sådanne hindringer, blot at disse hindringer er specifikt egnet til formålet.

I forbindelse med den faktiske/reelle analyse i forarbejderne anføres det, at det ikke er tilstrækkeligt at mellemholdingselskabet efter vedtægterne har andet formål end ejerskab af datterselskabsaktier, hvis dette rent praktisk ikke er tilfældet. Dette er således i fin overensstemmelse med EU-retten, jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

Som tidligere anført er der i en række sager taget stilling, hvorledes mellemholdingreglens **2. betingelse** vedrørende reel økonomisk virksomhed skal benyttes. Heraf fremgår en række punkter, som mellemholdingselskabet skal opfylde, før der kan være tale om reel økonomisk virksomhed. Disse punkter er; personale, lokaler og udstyr. Dette stemmer som udgangspunkt overens med det omtalte krav i sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 67. EU-Domstolen begrundet denne betragtning i, at det skal være muligt for tredjemand at teste selskabets eksistens. EU-Domstolen omtaler dog ikke, i hvilket omfang reel økonomisk virksomhed skal forstås, blot at det skal være muligt for tredjemand at teste. Dette er dog ikke tilfældet internt dansk ret, som netop specificerer kravene til personale, lokaler og udstyr. Det fremgår af SKM.2010.263.SR, at personalet skal være kvalificeret til at udøve arbejdet, som knytter sig til den daglige drift. Lokalerne og udstyret skal ydermere være indrettet på en sådan måde, at personalet kan udføre arbejdet, som knytter sig til den daglige drift. Dette er ikke krav, som EU-Domstolen synes at omtale, hvorfor der ikke kan gives en endegyldig sammenligning af de omtalte tilfælde. Det kan dog konstateres, at der er en sammenhæng mellem kravene i og med, at den reelle økonomiske aktivitet knytter sig til de samme punkter i begge tilfælde. Derfor vil ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 2, som udgangspunkt være i overensstemmelse med EU-retten, hvorfor dette ikke giver anledning til problemstillinger. Det skal dog pointeres, at der af noterne til ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., 2. betingelse¹¹⁴ fremgår et krav om, at den reelle økonomiske virksomhed som skal udøves, skal være i tilknytning til aktiebesiddelsen. Der må dog ikke være tale om, at den reelle økonomiske virksomhed udelukkende består i at eje aktier.¹¹⁵ EU-Domstolen tager som udgangspunkt ikke stilling til karakteren af den reelle økonomiske virksomhed, blot at denne skal være målbar for tredjemand, samt et krav om en fysisk tilstedeværelse. Hvis et holdingselskab ejer datterselskabsaktier, men den reelle økonomiske virksomhed knytter sig til andet end netop disse datterselskabsaktier, vil det betyde, at selskabet vedrørende sit ejerskab vil blive gennemsigtigt og beskatning vil derved blive placeret hos de ultimative aktionærer. Dette må anses for at være i strid med EU-retten, da et selskab med sin fysiske tilstedeværelse og deltagelse i det daglige økonomiske liv efter EU-retten vil anses for at udøve reel økonomisk virksomhed, men ikke efter dansk intern skatteret. Dette underbygges af sag C-264/96, *ICI*, hvori det bestemmes, at et selskab godt kan have aktiebesiddelse som primært formål, blot at selskabet har en fysisk substans.

¹¹⁴ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 19

¹¹⁵ LBKG 2015-01-17, nr. 92, note 19

Det blev tidligere i specialet under **5. betingelse** i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt. anført at udenlandske moderselskabers tilflytning eller stiftelse af fast driftssted i Danmark vil kunne få stor indflydelse på en hel koncernstruktur. Således er det oven for i specialet anført, at såfremt et udenlandsk moderselskab flytter til Danmark eller ønsker at oprette et fast driftssted med henblik på, at eje aktier i mellemholdingselskabet, kan dette betyde, at værnreglen på baggrund af 5. betingelse finder anvendelse, hvorfor aktiekapitalen skifter status fra at være datterselskabsaktier til at være porteføljeaktier. Dette kan anses som et indirekte indgreb i den frie etableringsret, hvilket på traktatniveau må anses som værende en hindring. Om denne hindring kan accepteres af EU-Domstolen afhænger af, hvorvidt hindringen kan anses som værende et tvingende alment, der lever op til proportionalitetsvurderingen.

Ydermere synes der at foreligge en problemstilling i den situation, hvor et mellemholdingselskab er beliggende i en anden medlemsstat. Som ovenfor behandlet udtaler Skatteministeren, at det ingen betydning har for anvendelsen af værnreglen, om mellemholdingselskabet er beliggende i en anden medlemsstat. Så længe mellemholdingselskabet ingen økonomisk aktivitet har, er Danmark ikke forpligtet til at anerkende selskabet. Dette må dog, som tidligere nævnt, anses som en fejlfortolkning af EU-retten, da Danmark ikke har mulighed for at underkende selskabers eksistens, såfremt disse er stiftet i overensstemmelse med Moder-/datterselskabsdirektivet. ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 5 er derfor i strid med EU-retten, hvad udenlandske mellemholdingselskaber angår. Således kan problemstillingen illustreres ved sag C-264/96, *ICI*. EU-Domstolen anfører implicit i denne sag, at finansiell virksomhed kan anses som faktisk økonomisk aktivitet. Dette betyder, at såfremt et selskab opfylder EU-rettens krav til stiftelse og indretning kan Danmark ikke underkende dets eksistens. Dette kan være tilfældet, hvor substansen ifølge EU-retten etableres blot ved 1 ansat. EU-retten tager som nævnt ikke stilling til omfanget af substansen, blot at dette skal være målbart for tredje mand. Således kunne det forestilles, at EU-retten ville acceptere et selskab med en enkelt ansat, hvilket Danmark må anses for at være uenig med EU-retten i.

Ovenstående vidner om, at den danske værnregel i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 kan indeholde en række EU-retlige problematikker. Således fremgår det af 1. betingelse, at en mængdebestemmelse som *primær* statuerer en forudbestemt grænse på 50 pct., hvilket kan udgøre et kompromis med det EU-retlige forbud mod generelle bestemmelser. Dog synes bestemmelsen i den henseende at være modstridende i kravet om, at der skal foretages en faktisk og reel prøvelse, hvilket i den forbindelse er i overensstemmelse med kravene i EU-retten.

Ligeledes kan der anføres en problematik vedrørende ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 2. Som udgangspunkt er det efter EU-retten muligt at opstille krav som knytter sig til selskabets substans (personale, lokaler og udstyr), jf. Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Problematikken opstår imidlertid ved krav om, at den reelle økonomiske virksomhed, som skal udøves skal være i tilknytning til aktiebesiddelsen. Dog må aktiviteten ikke udelukkende bestå i at eje aktier. Dette går videre end hvad der er bestemt i EU-retten. Således anføres det i sag C-264/96, *ICI*, at et selskabs økonomiske aktivitet godt kan bestå i aktiebesiddelse, blot dette har en fysisk substans. Endvidere synes ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 5 at indeholde et indirekte indgreb i den frie etableringsret, da værnsregel vil kunne afholde udenlandske selskabsaktionærer fra at flytte til Danmark. Dette er dog ikke behandlet af EU-retten på nuværende tidspunkt, hvorfor der ikke kan gives et endegyldigt svar på, om hindringen er et tvingende alment hensyn. Derudover synes det kritisabelt, at Skatteministeren tilkendegiver, at Danmark ikke er bundet af EU-rettens godkendelse af forskellige selskabsformer. Dermed kan der opstå den situation, at de danske myndigheder kender et udenlandsk mellemholdingselskab gennemsigtigt på trods af, at mellemholdingselskabet efter EU-retten er en godkendt etableringsform.

11. Konklusion

Dette speciale behandler de danske værnsregler i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. samt ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5. Disse værnsregler er vedtaget i dansk skatteret for at hindre oprettelsen af specielle koncernstrukturer, hvis formål udelukkende er at blive omfattet af reglerne SEL §§ 2, stk. 1, litra c og 13, stk. 1, nr. 2, som på baggrund af Moder-/datterselskabsdirektivet sikrer skattefrie udbytteudlodninger ved et ejerkrav på minimum 10 pct.

Det blev i behandlingen af gennemstrømningsbegrebet i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. anført, at subjektet for værnsreglen indeholder forskellige problemstillinger. Således kan der opstå situationer på baggrund af Landsskatterettens samt Østrelandsrets resultater i SKM.2010.729.LSR, SKM.2011.485.LSR og SKM.2012.121.ØLR, hvor et selskab har fysisk substans, for eksempel et datterselskab med anden aktivitet end ejerskab af aktier, samtidig med, at dette selskab ved ejerskab af aktier modtager en udbyttebetaling, der efterfølgende videreudloddes til et moderselskab. Således er der vægtige argumenter for, at værnsreglen ikke blot finder anvendelse på mellemholdingselskaber, men også på eksempelvis datterselskaber, der videreudlodder modtagne udbytter samtidig med, at dette har anden aktivitet end ejerskab af aktier som resultat af, at transaktionen bliver inddraget som vurderingselement. Det kan derved slutes, at i den omvendte situation, hvor et selskab ingen økonomisk aktivitet har, men der ej heller sker en videreudlodning af det modtagne udbytte opstår der en usikkerhed om, hvorvidt reglen finder anvendelse, da der ikke sker en videreudlodning og der heller ikke er tale om faktisk økonomisk aktivitet.

Det blev i specialet i forbindelse med rent kunstige konstruktioner fastslået, at en gyldig etableringsform blot består i en fysisk tilstedeværelse, som er målbar for tredjemand. Således gør EU-retten i sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, gældende, at et selskab blot skal have personale, lokaler og udstyr for at blive anset for ikke at være gennemsigtigt. Dette betyder, at transaktionen EU-retligt ikke indgår i vurderingen af, om der er tale om gennemstrømning, hvorfor dette ikke umiddelbart synes anvendeligt i dansk intern skatteret. Dette betyder endvidere, at angrebet på holdingstrukturen i forbindelse med L10 og altså SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. ej heller kan accepteres af EU-retten, da Danmark netop gør gældende, at finansiell virksomhed ikke kan anses for en reel økonomisk virksomhed. EU-retten fastslår i forbindelse med afgørelsen i sag C-264/96, *ICI*, at et selskab, hvis aktivitet udelukkende består i at eje aktier, kan anses for at udøve reel økonomisk virksomhed, så længe denne har en fysisk tilstedeværelse og at denne tilstedeværelse er målbar for tredjemand. Danmark kan derfor ikke angribe holdingstrukturen og dermed den aktivitet forbundet hermed, da denne netop er accepteret af EU-retten.

Ligeledes kan det ikke kræves, at selskabet beviser, at hovedformålet eller et af hovedformålene er at blive underlagt en mere fordelagtig beskatning. Det må derimod antages at være tilladt at have det omtalte formål, jf. C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

Dermed kan det konkluderes, at SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. ikke anses for at være i overensstemmelse med EU-retten.

Ved analysen af ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 blev der anført problematikker vedrørende fremrykning af beskatningstidspunktet og den deraf følgende likviditetsmæssige ulempe samt risikoen for dobbeltbeskatning. Dette blev af Skatteministeren anført som en uhjælpelig og acceptabel følgevirkning. Dog må dette anses for værende højst problematisk.

Endvidere opstår der et problem ved dispositioner foretaget af enkelte aktionærer. Som illustreret ovenfor kan en disposition foretaget af en enkelt ultimativ selskabsaktionær betyde, at de resterende selskabsaktionærers aktiebesiddelser omkvalificeres fra datterselskabsaktier til porteføljeaktier, hvilket medfører udbyttebeskatning. Der er her tale om dispositioner, med hvilke de resterende selskabsaktionærer ikke har indflydelse på, hvilket i sagens natur er problematisk. Det må dog anses som en naturlig og uundgåelig følgevirkning i og med, at selskabsaktionærerne med en indirekte ejerandel på mindre end 10 pct. må være forberedt på, at deres ejerandel ikke i alle situationer kan sikre dem skattefrit udbytteudlodning.

Ligeledes vil der ske en omkvalificering af aktiebesiddelser i forbindelse med udenlandske selskabsaktionærers tilflytning til Danmark, såfremt disse ejer mere end 50 pct. af selskabskapitalen i mellemholdingselskabet. Således vil en enkelt disposition, i dette tilfælde tilflytning, kunne medføre en omkvalificering af de resterende danske selskabsaktionærers kapitalandele fra værende datterselskabs- til porteføljeaktier. Dette kan udtrykke en hindring for den traktathjemlet frie bevægelighed inden for EU, da en tilflytning i sådan et tilfælde vil kunne resultere i en udbyttebeskatning.

Som det er blevet beskrevet ovenfor, kan et medlemsland ikke kende et selskab gennemsigtigt, såfremt dette selskab udøver reel økonomisk virksomhed samtidig med, at dette har en fysisk tilstedeværelse og at denne tilstedeværelse er målbar for tredjemand. Således må Skatteministerens udtalelse om, at kendelsen om gennemsigtighed af et udenlandsk mellemholdingselskab ikke indebærer en stillingtagen til EU-retlige principper, da Danmark ikke på dette område er underlagt bestemmelser fra EU eller nogle DBO'er, være fejllantaget. Som omtalt tidligere i specialet, vil det udenlandske mellemholdingselskab, som ellers er etableret i overensstemmelse med domicillandets samt de EU-retlige regler, ikke blive anset for at være etableret i overensstemmelse med danske regler, hvorfor

de danske myndigheder således ønsker at se igennem selskabet. Dette er en højst kritisabel tilkendegivelse fra Skatteministeren, da netop dansk intern ret skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. Der er derfor intet belæg for at se igennem et selskab, som ellers er accepteret EU-retligt, blot fordi Danmark ikke ønsker at anerkende dets eksistens.

Det kan derfor slutteligt konkluderes på problemformuleringen; ” **Hvorledes værner Danmark sig imod selskabers omgåelse af udbyttebeskatning og hvilke eventuelle problemstillinger er forbundet med disse? Hvorledes vil EU-retten anskue disse værnsreglers funktion sat i forhold til EU-retspraksis**” at Danmark værner sig imod omgåelse af udbyttebeskatning ved SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. Denne værnsregel finder anvendelse på situationer, hvor der er tale om, at det udbyttemodtagende selskab ikke er retmæssig ejer. Dette er dog ikke foreneligt med EU-retten, hvorfor SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. i sin nuværende form ikke vil blive accepteret af EU-retten.

Ydermere værner Danmark sig ved mellemholdingreglen i ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5, som sikrer mod omgåelse af selskabskonstruktioner, der sigter imod ikke at blive omfattet af udbyttebeskatning ved opfyldelse af 10 pct.-ejerkravet. ABL § 4 A, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-5 indeholder en række problemstillinger. Det skal dog pointeres, at problemstillingerne forbundet hermed kan forsvares i og med, at betingelserne er kumulative. De enkelte betingelser synes i deres selvstændighed at indeholde problemstillinger, blandt andet når disse sættes i en EU-retlig kontekst. I situationer hvor mellemholdingselskabet er placeret i en anden medlemsstat end Danmark synes værnsreglen ikke at kunne accepteres, da et udenlandsk selskab etableret i overensstemmelse med gældende EU-retlige regler ikke kan kendes gennemsigtigt af Danmark. Det er dog usikkert, hvorvidt EU-retten kan acceptere de danske internretlige problemstillinger, da EU-Domstolen ikke har taget stilling til lignende tilfælde. Dog taler en accept af reglen for, at de fem betingelser er kumulative, om end de indeholder betydelige problemstillinger.

12. Summary

The initial position of this project is the limited tax liability described in SEL § 2. 1, point c, 1st clause. Companies however have the possibility to be included in the tax exemption in SEL §§ 2. 1, point c, 3rd-5th section. and 13. 1, nos. 2, as long as the company is the “beneficial owner” of the dividend as well as meeting the requirements of ABL § 4 A, paragraph 1. Based on this initial position the focus of this project will be the protection against companies’ circumvention of dividend taxation.

The Danish law revolving around the meaning of the legal term “beneficial owner” (SEL § 2. 1, point c, 7th and 8th section) will initially be described. The reason for this is to analyze what the Danish taxation authorities mean when they use the term “beneficial owner” and show how the term is used in cases. Given the subject of this thesis, this will be used to conclude whether or not the Danish authorities’ interpretation of the term will meet the standards of the EU. As shown in the project, “beneficial owner” is a term, which is loosely used. This means that the company structures, facing this term, are not able to identify situations where one of the companies will be labeled as a conduit company. “Beneficial owner” is based in OECD-law and not EU-law which imposes a direct problem, because Denmark has to ensure that Danish law first and foremost follows EU and not OECD. This will also be used when comparing Danish law to EU law. As the project will conclude the Danish understanding and usage of “Beneficial owner” will probably not be accepted by the EU because this set of rules is constructed in a way that will include holding companies in general. As shown in section – where EU cases revolving around conduit companies, it is acceptable for members of the EU to try and block conduit companies, because blocking conduit companies is seen as justified by imperative reasons in the public interest. However, the rules have to be specifically designed to block conduit companies and by those standards, they cannot be vague in their description. This project will conclude that the Danish rule on conduit companies are too vague in its description and usage as it is not clear whether or not it is the transaction or the substance of the company that is decisive.

Furthermore this project will not only put “Beneficial owner” in to an EU-law context, but also use the “Anti-clustering”-rules in ABL § 4 A, paragraph. 3, 2nd paragraph, nos. 1-5. This is done by describing the legislative process behind making these rules, and analyzing the problems that occur when imposing this rigid set of rules. Some of the problems with “Anti-clustering”-rules will be used in testing whether or not these rules are acceptable by the EU. This project will conclude that the Danish “Anti-clustering” rules contains some internal legal problems.

13. Litteraturliste

Tidsskriftsartikel:

TfS:

Lauritsen, H. S. (2009). Selskabers aktieavancer efter skattereformen, TfS 2009, 833

Lytken, P. E. m.fl. (2009). Omvendte juletræer og pyramider, TfS 2009, 1123

Lytken, P. E., m.fl. (2010). Omvendte juletræer og pyramider – del 2, TfS 2010, 288

Rønfeldt, T. (2011). Retsmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer, TfS 2011,403

UfS:

Bastian, K., m.fl. (2009). De nye regler om ”Anti-clustering”, UfS 2009.4007

SR:

Møller Nielsen, H. (2009). Skattereformen og aktiebeskatningen, SR.2009.0201

Svendgaard Dalgas, A. (2009). Mellemløbselskaber – endnu et kompliceret regelsæt i dansk selskabsskatteret, SR.2009.263

Lovtekster:

LBKG 2012-11-14 nr. 1082

LBKG 2015-01-17 nr. 92

Lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven, nr. L 10

Betænkning afgivet af skatteudvalget, 5. december 2012, L10 forslag til lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven

Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love, L 84/2011

Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love, L 202/2009

Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love, L 202/2009, bilag 41

Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love, L 202/2009, Bilag 43

Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love, L 202/2009, Bilag 57

TEUF

Moder-/datterselskabsdirektivet

Bøger:

Pedersen, Jan m.fl. (2013). Skatteretten 2. København: Karnov Group Denmark A/S (6. Udgave/1.oplag).

Werlauff, Erik (2013). Selskabsskatteret 2013/14. København: Karnov Group Denmark A/S (15. Udgave/1.oplag)

Rapporter:

OECD (2012), “R(6). Double taxation conventions and the use of conduit companies”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 (Full Version)*, OECD Publishing.

OECD (1998), “Harmful Tax Competitions – An Emerging Global Issue”, OECD Publishing

Domme:

SKM.2010.263.SR, j.nr. 09-196184, Skatterådet

SKM.2010.410.SR, j. nr. 10-041246, Skatterådet

SKM.2010.729.LSR, sagsnr. 09-01483, Landsskatteretten

SKM.2011.14.SR, j.nr. 10-030339, Skatterådet

SKM.2011.485.LSR, sagsnr. 09-03189, Landsskatteretten

SKM.2012.121.ØLR, sagsnr. 14. afdeling, B-2152-10, Østrelandsret

EU-rets domme:

Sag C-221/89, *factortame*

Sag C-246/89, *Kommissionen mod England*

Sag C-264/96, *ICI*

Sag C-9/02, *Du Saillant*

Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*

Sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*