

EU-skatteret

Aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3 – En analyse af hvorvidt mellemholdingreglen gyldigt kan håndhæves i overensstemmelse med EU-retten

Udarbejdet af:

Mikael Bønlykke

Dan Bastholm

Kandidatspeciale, Juridisk Institut, Aalborg Universitet

Titelblad

Kandidatspeciale: Aalborg Universitet

Studie: Jura

Retsområde: EU-skatte ret

Vejleder: Charlotte Sørensen

Dansk titel: Aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3 – En analyse af hvorvidt mellemholdingreglen gyldigt kan håndhæves i overensstemmelse med EU-retten

Engelsk titel: Aktieavancebeskatningslovens § 4 A, subsection 3 – An analysis of whether the intermediate holding company rule can be enforced in concordance with EU law

Antal sider: 74

Antal anslag: 145.397

Afleveringsdato: 10. maj 2017

Studienr: 20123629

Mikael Bønlykke _____

Studienr: 20123693

Dan Bastholm _____

Indholdsfortegnelse

Del I	3
1.1 Abstract	3
1.2 Indledning	5
1.3 Problemformulering	7
1.4 Afgrænsning	7
1.5 Metode	8
Del II	13
2.1 ABL § 4 A – Indledning	13
2.2 ABL § 4 A – Udbyttebegrebet og skattefrie datterselskabsaktier	14
2.2.1 ABL § 4 A, stk. 1 – 10 procents-ejerkravet	16
2.2.2 ABL § 4 A, stk. 2 – Datterselskaber omfattet af stk. 1	18
2.3 ABL § 4 A, stk. 3 – Indledning til mellemholdingreglen	20
2.3.1 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 1 – Mellemholdingselskabets primære funktion	22
2.3.2 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2 – Ikke reel økonomisk virksomhed	26
2.3.3 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 3 – Ikke helejet datterselskab	32
2.3.4 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 4 – Unoterede aktier	34
2.3.5 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5 – Majoritetskravet	34
2.4 ABL § 4 A, stk. 4 – Beskatning af den øverste aktionær	40
2.5 ABL § 4 A, stk. 5 – Kapitalandele med udbyttepræferencer	41
2.6 LL §§ 3, stk. 1 og 2 – Generalklausulen mod misbrug (omgåelsesklausulen)	43
2.7 Opsummering af mellemholdingreglen	46
Del III	47
3.1 Moder-/datterselskabsdirektivet – Indledning	47
3.1.1 Art. 1, stk. 2 og 3: Misbrugsbestemmelsen	48
3.1.2 Art. 1, stk. 4: Hjemmelsgrundlaget for mellemholdingreglen	52
3.2 Misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler	53
3.2.1 Efterfølgende transaktion	55
3.2.2 Rent kunstige konstruktioner	56
3.3 Opsummering af MDD, misbrugsbegrebet og generelle værnsregler	62
Del IV	64
4.1 Konklusion	64
4.2 Litteraturliste	69

Del I

1.1 Abstract

The purpose of this master's thesis is to determine whether the Danish intermediate holding company rule in aktieavancebeskatningslovens § 4 A, subsection 3 is in concordance with the parent subsidiary Directive's article 1 (2), including the concept of abuse and the injunction against general Anti-Abuse rules, as defined by the Court of Justice of the European Union.

Denmark has implemented the parent subsidiary Directive, which states that dividends and other profit distributions paid by subsidiary companies to their parent companies are exempted from taxation at the level of the parent company. This tax exemption occurs regardless of whether the two companies are located in different EU Member States. The parent company is required a minimum shareholding of 10 percent of the subsidiary company in order to be tax exempted, when receiving dividends and other profit distributions from the subsidiary company.

The Danish anti-avoidance rule in aktieavancebeskatningsloven (Act on Taxation of Share Capital Gains) § 4 A, subsection 3 has been created in order to prevent circumvention of the minimum shareholding requirement by companies by compounding their shares in a united parent company.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 A, subsection 3 is quite ambiguous in regards to determining when a parent company is subjected to the rule. This has led to considerable confusion and uncertainty for the parent companies. This thesis has sought to clarify the intermediate holding company rule by explaining in detail, under which conditions parent companies are subjected to the rule.

It is necessary to examine the concept of abuse and the injunction against general Anti-Abuse rules, as defined by the Court of Justice of the European Union, in order to determine whether the Danish intermediate holding company rule is in concordance with the parent subsidiary Directive's article 1 (2). The Court of Justice of the European Union

has through its rulings determined that EU member states can enforce legislative rules, combating abuse of EU rights when they specifically target wholly artificial arrangements. The parent subsidiary Directive also warrants that EU member states can enforce such legislative rules.

The thesis shows that the main concern regarding the intermediate holding company rule is:

It seems that the intermediate holding company rule is too opaque to be in concordance with the EU principle of being a legislative rule that specifically targets wholly artificial arrangements. The intermediate holding company rule therefore also targets companies that are not wholly artificial. This defeats the objective of tax exemption as stated in the parent subsidiary Directive. If the intermediate holding company rule should be tried by the Court of Justice of the European Union it is assumed, that the majority rule in § 4 A, subsection 3, number 5 especially will be found not to be in concordance with the injunction against general Anti-Abuse rules.

1.2 Indledning

I de seneste år er der inden for EU-retten, sket en øget internationalisering af selskabernes etableringsformer. Dette har været en medvirkende faktor til øget fokus på harmonisering, af de selskabsskatteretlige regler inden for EU. Det har vist sig svært at gennemføre harmonisering af de direkte skatter, da det kræves, at medlemsstaterne skal vedtage reglerne med enstemmighed, jf. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF) art. 115. Dette har indtil nu vist sig, som en nærmest uoverkommelig opgave for det EU-retlige samarbejde. Medlemslandene har dog formået at blive enige om vedtagelsen af tre direktiver med betydning for de direkte skatter, nemlig rente-/royaltydirektivet (RRD),¹ fusionsskattedirektivet² (FSD) og moder-/datterselskabsdirektivet (MDD).³ Særligt har MDD relevans i forhold til, hvorvidt direktivets art. 1, stk. 4 udgør hjemmelsgrundlaget for mellemholdingreglen i aktieavancebeskatningslovens (ABL) § 4 A, stk. 3.

EU's indre marked er kendetegnet ved frihedsrettighederne som de er udformet i TEUF, herunder etableringsfrihed, samt fri bevægelighed for varer, kapital, personer, tjenesteydelser, samt etableringsretten.⁴ Disse frihedsrettigheder sættes under pres, da visse medlemsstater forsøger at tiltrække selskaber via lav selskabsbeskatning, og andre medlemsstater opstiller restriktive værnsregler der skal modvirke misbrug af EU-rettens fordele. Den skattemæssige konkurrence har medført, at selskabsskatterne på det indre marked, løbende er blevet sænket til fordel for internationale koncernstrukturer.⁵ Den primære årsag til denne skattekonkurrence er, at medlemsstaterne selv har kompetencen til at udforme deres regler vedrørende direkte beskatning, dog under iagttagelse af fællesskabsrettens principper og regler.⁶

Både som følge af den skattemæssige konkurrence, og som følge af selskabernes forsøg på misbrug, skattesvig og skatteunddragelse, forsøger medlemsstaterne konstant at modvirke selskabernes forsøg på at undgå beskatning. Som en naturlig konsekvens heraf,

¹ Direktiv 2003/49/EF

² Direktiv 2009/133/EF

³ Direktiv 2011/96/EU

⁴ Koeber Schmidt m.fl. (2015), s. 223

⁵ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 11

⁶ C-311/97, præmis 19

gennemførte Danmark i 2009 *Forårspakke 2.0* ved lov nr. 525 af 12. juni 2009. Formålet med loven var at skabe harmonisering af beskatningen af selskabers udbytter og avancer,⁷ samt neutralitet mellem aktieavancebeskatning og udbyttebeskatning. Efter indførelsen af forårspakke 2.0 skal der sondres mellem flere aktieklasser i form af næringsaktier, egne aktier, datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og porteføljeaktier. For så vidt gælder de tre sidstnævnte aktieklasser, er gevinst og tab ikke skattepligtig, såfremt den pågældende aktionær ejer mindst 10 pct. af selskabskapitalen, eller kan udøve bestemmende indflydelse i selskabet, jf. selskabsskattelovens (SEL) § 13, stk. 1, nr. 2 og ABL § 8.

Selskaber har med henblik på at omgå 10 procentkravet forsøgt at oprette selskabskonstruktioner, hvori der indsættes et mellemholdingselskab mellem en gruppe af aktionærer og datterselskabet. Derved opnår ejerne af datterselskabet, via omvendte juletræskonstruktioner, skattefrihed for udbytteudlodninger, som betales fra datterselskabet til mellemholdingselskabet. Fra lovgivers side blev man klar over, at reglerne om skattefrihed i forbindelse med ejerskabet af datterselskabsaktier, kunne misbruges gennem sådanne konstruktioner. Derfor blev mellemholdingreglen i ABL § 4 A, stk. 3 indført, hvorefter sådanne selskabskonstruktioner ikke anerkendes. I de tilfælde hvor aktionærer omfattes af mellemholdingreglen, medfører det at beskatningen flyttes fra mellemholdingselskabet til aktionærerne umiddelbart over datterselskabet.

Skatterådet har i SKM2011.12.SR udtalt, at det ”... ikke **kan** bekræfte, at et udenlandsk selskab ikke kan anses for at være et mellemholdingselskab jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3” (egen fremhævelse). Det kan dermed antages, at mellemholdingreglen også finder anvendelse på udenlandske mellemholdingselskaber. Mellemholdingreglen har derfor stor indvirkning på, hvorledes en grænseoverskridende moder-/datterselskabskonstruktion udformes, da selskabsinvestorer kan risikere at blive skattepligtige i de tilfælde, hvor udenlandske mellemholdingselskaber modtager udbytter fra danske datterselskaber.⁸

Mellemholdingreglen set i et EU-retligt perspektiv, er kun sparsomt behandlet i praksis og den juridiske litteratur. Da mellemholdingreglen har karakter af en abstraktpræventiv værnsregel, er det usikkert, hvorvidt EU-Domstolen vil anerkende den danske håndhævelse

⁷ Forårspakke 2.0 (2009), s. 23

⁸ Skat Udland, April 2010, Jakob Bundgaard, s. 258

af reglen.⁹ Netop derfor vil nærværende speciale, indeholde en undersøgelse af, hvorvidt mellemholdingreglen er i overensstemmelse med misbrugsbestemmelsen i MDD, herunder misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler som fortolket af EU-Domstolen.

1.3 Problemformulering

Er anvendelsen af mellemholdingreglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3 i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2, herunder misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler som fortolket af EU-Domstolen?

1.4 Afgrænsning

Formålet med specialet, er at undersøge hvorvidt mellemholdingreglen er i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, herunder misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler som fortolket af EU-Domstolen.

Specialet har særligt fokus på ABL § 4 A, stk. 3 hvorfor denne bestemmelse udgør omdrejningspunktet for undersøgelsen. Herudover udgør EU-Domstolens praksis vedrørende nationale værnsregler, til bekæmpelse af misbrug gennem rent kunstige konstruktioner, et væsentligt element af undersøgelsen. Ligningslovens (LL) § 3, og MDDs misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2, inddrages hvor de er særligt relevante. Specialet vil udelukkende omhandle datterselskabsaktier, selvom mellemholdingreglen også omfatter koncernselskabsaktier. Næringsaktier, jf. ABL § 19 er ikke medtaget, da disse er skattepligtige uanset om aktionæren ejer 10 pct. eller ej.

Da mellemholdingreglen ikke omfatter fysiske personer, vil specialet kun i begrænset omfang inddrage sådanne problemstillinger. Dette er eksempelvis tilfældet, hvor kapitalandele er tillagt udbyttepræferencer med henblik på omgåelse af

⁹ Werlauff, Erik (2016/17), s. 227

mellemløbsreglen. Da det vil være relativt omfattende at fastlægge udbyttebegrebet, er der alene foretaget en begrænset gennemgang af hvad begrebet omfatter, herunder undersøges ikke maskeret udbyttebetalinger og lignende.

Udenlandske selskabsaktionærer, uden fast driftssted i Danmark behandles ikke, da mellemløbsreglen ikke omfatter sådanne aktionærer. Disse vil i stedet kunne være omfattet af reglerne om sambeskatning, som heller ikke inddrages. Herudover undlades en undersøgelse af beneficial ownership-reglerne, samt egentlig skatteberegning af selskabsdeltagere.

Det kan tænkes at mellemløbsreglen, kan forsøges omgået via skattefrie omstruktureringer, fusioner og spaltninger. Sådanne forsøg på omgåelse, behandles ikke i nærværende speciale. Dog inddrages både tænkte og faktiske selskabskonstruktioner, som kædes sammen med den redegørende del af specialet. Undersøgelsen af sådanne konstruktioner er ikke udtømmende, da det ikke vil kunne lade sig gøre at beskrive alle tænkelige selskabskonstruktioner.

1.5 Metode

Formålet med specialet er at undersøge om anvendelsen af mellemløbsreglen på udenlandske mellemløbselskaber er i overensstemmelse med MDDs misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2, herunder misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler som fortolket af EU-Domstolen.

Fortolkninger af ABL §§ 4 A, stk. 1-5, MDDs art. 1, stk. 2, samt EU-Domstolens praksis, udgør derfor kernen af specialets undersøgelse. Da der skal være sammenhæng mellem specialets konklusion og reglerne praktiske anvendelse, skal der benyttes samme metode, som anvendes i det praktiske retsliv.¹⁰ Specialet vil derfor gennem den retsdogmatiske metode beskrive, fortolke, analysere og systematisere gældende ret i forhold til, hvorvidt der er overensstemmelse mellem dansk ret og EU-ret, i forhold til mellemløbsreglen i ABL § 4 A, stk. 3, samt MDDs art. 1, stk. 2. Princippet om EU-rettens forrang frem for

¹⁰ Munk-Hansen, Carsten (2011), s. 95

national ret, er styrende for besvarelsen af specialets problemformulering. Som en naturlig konsekvens heraf, vil specialet inddrage nationale retskilder såvel som EU-retskilder.

Da det sjældent er tilstrækkeligt at undersøge én enkelt retskilde, er flere retskilder blevet sammenholdt med hinanden med henblik på at give en uddybende fortolkning af retsreglen. De mange forskellige retskilder gør det nødvendigt at systematisere og rangere disse retskilder i forhold til hinanden. De skrevne retskilder er udformet af lovgiver, og dermed har de krav på efterlevelse. De uskrevne retskilder har ikke krav på efterlevelse, men kan udgøre fortolkningsbidrag med henblik på at præcisere og nuancere hvad der kan udledes af lovbestemmelserne.¹¹ Fortolkningsbidrag fra den retsdogmatiske litteratur, samt relevante fagartikler er inddraget i det omfang, at forfatterne er anerkendte inden for det pågældende retsområde, og i det omfang forfatterens juridiske argumentation understøtter specialets undersøgelse af problemformuleringen. Lovreglerne i ABL § 4 A er løbende blevet ændret de seneste år, da retstillingen til stadighed bliver mere kompleks og udvikler sig parallelt med samfundsudviklingen. På denne baggrund er der foretaget en vurdering af den retskildemæssige værdi af litteraturen, samt artikler der ligger tidsmæssigt forud for ændringerne i lovbestemmelserne. De kilder der er inddraget, og som ligger forud for den nyere lovgivning, vurderes derfor, som værende aktuelle fortolkningsbidrag. For at besvare specialets problemformulering, må de relevante retskilder først indkredses og forstås førend der kan tages stilling til, hvorvidt de skal finde anvendelse. Hernæst er undersøgt i hvilken kontekst retskilderne er skabt og hvad formålet er med dem.

I de tilfælde hvor der er tale om en skreven retsregel, er der taget udgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Da det skrevne sprog ofte kan fortolkes flertydigt, kan det i praksis være vanskeligt at udlede meningen af en skreven retsregel.¹² I de tilfælde hvor en ordlydsfortolkning er fundet utilstrækkelig, er reglen derfor blevet fortolket i forhold til den sammenhæng den indgår i. Da ordlyds- eller kontekstfortolkning ikke altid udgør fyldestgørende fortolkningselementer, er forarbejder samt lovgivers hensigt med reglerne flere steder blevet inddraget til undersøgelsen af reglerne. Der er tilsyneladende forskellige meninger om, hvor stor vægt forarbejder skal tillægges som retskilde. På trods af denne

¹¹ Munk-Hansen, Carsten (2011), s. 122

¹² Munk-Hansen, Carsten (2011), s. 137

uenighed, udgør forarbejder dog stadig et gyldigt bidrag til forståelsen af retsforskriften,¹³ hvorfor denne uenighed ikke tillægges større betydning.

Til fortolkning af mellemholdingreglens anvendelsesområde, er der inddraget efterarbejder i form af høringsvar fra skatteministeren og svar fra Skatteudvalget. Det karakteristiske ved efterarbejder, er at de indeholder tilkendegivelser fra lovgivningsmagten, som fremsættes efter lovens vedtagelse, hvorfor de ikke er udtryk for lovgivers oprindelige formål med mellemholdingreglen. Der er i praksis ikke enighed om hvor stor grad af fortolkningsmæssig værdi efterarbejder tillægges.¹⁴ Det lader dog til at Højesteret har accepteret efterarbejder som en retskilde,¹⁵ hvorfor de også inddrages som gyldige fortolkningsbidrag i specialet.

I del II redegøres og analyseres ABL §§ 4 A, stk. 1-5 med henblik på fastlæggelsen af bestemmelsens anvendelsesområde. Bestemmelserne i stk. 1 og 2 inddrages, da de definerer datterselskabsaktier. Stk. 3 indeholder mellemholdingreglen, som er omdrejningspunktet for besvarelsen af specialets problemformulering, hvorfor bestemmelsen behandles særligt dybdegående. Stk. 4 inddrages, da bestemmelsen fastslår konsekvensen af at være omfattet af mellemholdingreglen, og stk. 5 inddrages i vurderingen, da bestemmelsen fungerer som værnsregel mod omgåelse af mellemholdingreglen. Da ordlyden af lovbestemmelserne i ABL §§ 4 A, stk. 1-5 fremstår relativt uklare, er der søgt afklaring i bestemmelsernes forarbejder og ligningsvejledninger samt bindende svar fra SKAT. Retspraksis udgør traditionelt gyldige fortolkningsbidrag til fastlæggelsen af gældende dansk ret – *de lege lata*. Dog er dansk retspraksis kun inddraget i begrænset omfang, da de skatteretslige problemstillinger vedrørende ABL §§ 4 A, stk. 1-5 primært er blevet behandlet i det administrative skattesystem. Den danske retspraksis i specialet er derfor hovedsageligt erstattet af skattemyndighedernes vejledninger samt bindende svar. De bindende svar og ligningsvejledninger udgør skattemyndighedernes fortolkning af de pågældende regler, og er derfor ikke bindende for domstolene og Landsskatteretten. Dog udgør disse retskilder fortolkningsbidrag, som domstolene i praksis

¹³ Blume, Peter (2006), s. 57

¹⁴ Munk-Hansen, Carsten (2011), s. 140-141

¹⁵ U.2002.828.H

inddrager,¹⁶ hvorfor de også udgør gyldige fortolkningsbidrag til besvarelsen af specialets problemformulering.

LL §§ 3, stk. 1 og 2 inddrages også i specialets del II, da bestemmelserne implementerer misbrugsbestemmelsen i MDDs art. 1, stk. 2. Inddragelsen af LL §§ 3, stk. 1 og 2 sker da det er nødvendigt at fastslå, hvorvidt bestemmelserne får indflydelse på vurderingen af om mellemholdingreglen er i overensstemmelse med MDD.

Del III indledes med en analyse af MDDs misbrugsbestemmelse. Analysen sker med henblik på at undersøge hvorvidt mellemholdingreglen efter en formålsfortolkning kan bringes ind under MDDs anvendelsesområde, for derefter at undersøge hvorvidt mellemholdingreglen er i overensstemmelse med misbrugsbrugsbestemmelsen i MDD. Analysen af misbrugsbestemmelsen i art. 1, stk. 2 foretages på baggrund af forskellige sproglige versioner. Indholdet af de sproglige versioner sammenholdes med EU-Domstolens praksis vedrørende misbrugsbegrebet, for at kunne fastslå under hvilke tilfælde medlemsstaterne har mulighed for at skabe og opretholde nationale værnsregler mod misbrug. Dette skyldes at samtlige medlemsstaters nationalsprog udgør officielle EU- og arbejdssprog, hvilket indebærer at alle sproglige versioner af MDD er lige autentiske.¹⁷ Da engelsk og tysk udgør to af hovedsprogene i EU, inddrages disse versioner af MDDs misbrugsbestemmelse, til sammenligning med den danske version af misbrugsbestemmelsen.

Misbrugsbestemmelsen i MDD indførte i 2015 en ny og generel misbrugsbestemmelse, hvorfor ændringsdirektivet 2015/121 er inddraget. Til fortolkning heraf inddrages Europa-Kommissionens henstillinger samt Rådets forslag til ændring af MDD. Da henstillinger og forslag er *soft law*, udgør de ikke bindende retskilder for EU-Domstolen. På trods af dette kan de medvirke til at klarlægge, hvordan misbrugsbestemmelsen skal fortolkes. Til støtte for undersøgelsen, inddrages endvidere relevant juridisk faglitteratur, samt motiver fra direktivets præambel.

For at kunne fastlægge direktivets anvendelsesområde i forhold til misbrug, er det nødvendigt først at fastlægge, hvorledes EU-Domstolen har fortolket misbrug i forhold til etableringsretten, som den gælder i den primære EU-ret. Fastlæggelsen af

¹⁶ Michelsen, Aage mfl. (2015), s. 137 og 138

¹⁷ Blume, Peter (2006), s. 187-188

misbrugsbegrebet sker dermed gennem en analyse af EU-Domstolens praksis støttet af dansk juridisk litteratur. EU-Domstolen inddrager ikke i samme omfang forarbejderne, som de danske domstole gør.¹⁸ EU-Domstolen tager i stedet udgangspunkt i præamblernes formål, hvorefter en given regel skal fortolkes, så den bidrager til opnåelsen af EU-rettens formål. Undervejs inddrages generaladvokaternes forslag til afgørelse, da disse kan udgøre yderligere fortolkningsbidrag.

I afsnit IV afrundes der med en sammenfatning af ovenstående analyser af henholdsvis danske retskilder og EU-retskilder, hvori der konkluderes på specialets problemstilling.

¹⁸ Ibid., s. 187

Del II

2.1 ABL § 4 A – Indledning

I del II foretages en redegørelse samt analyse af ABL §§ 4 A, stk. 1-5, der alle skal være opfyldt førend et selskab er omfattet af mellemholdingreglen. Denne gennemgang af reglerne foretages med henblik på at fastlægge, hvorledes mellemholdingreglen anvendes i praksis, samt en efterfølgende vurdering af reglens overensstemmelse med MDD, herunder misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler.

Baggrunden for ABL § 4 A skal findes i *Forårspakken 2.0*.¹⁹ Loven gennemførte en harmonisering af de danske regler vedrørende den skattemæssige behandling af henholdsvis aktieudbytter og aktieavancer. Den overordnede hensigt med Forårspakken 2.0 var at skabe økonomisk vækst, samt give virksomheder og borgere mere klarhed om skatten, hvilket skulle skabe et attraktivt investeringsklima.²⁰ Formålet med de nye aktieregler var at sikre en mere enkel og ensartet beskatning af aktieudbytter og aktieavancer.²¹ Dette er i overensstemmelse med EU's ønske, om at skabe overensstemmelse mellem medlemsstaternes skatteregler vedrørende aktieudbytte, samt andre udlodninger foretaget mellem moder- og datterselskaber inden for EU. Dette ses af MDD, som fritager udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og afskaffer dobbeltbeskatning på moderselskabets niveau.²² Det er dog overladt til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen, jf. TEUF art. 288 (3). Det kan ikke udledes af forarbejderne til forårspakken 2.0, at hensigten med de nye regler skulle være at gennemføre en harmonisering i forhold til EU-retten. SEL § 13, stk. 1, nr. 2 har dog gennemført MDDs bestemmelser om skattefrit udbytte.

Ved udformning af reglerne i ABL § 4 A, blev der fra lovgivers side lagt vægt på, at koncerner fremover skulle undgå dobbeltbeskatning af selskabsindkomsten i flere led. Med

¹⁹ Forårspakke 2.0 (2009)

²⁰ L 202 2008/09, møde nr. 85. torsdag d. 30.04.2009, indlæg 2

²¹ 2008/1 SF.L L 202 og L 203

²² 2011/96/EU, tredje betragtning

de nye regler, er alle udbytter og avancer til selskaber og fonde af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier nu gjort skattefrie uanset ejertid. Andre aktiebesiddelser beskattes fuldt ud uanset ejertid.²³ Skattefriheden gælder desuden udlodning i form af kapitalnedsættelse, jf. LL § 16 A.

Nedenfor gennemgås ABL §§ 4 A, stk. 1 og 2, med henblik på at fastslå udbyttebegrebet, samt hvornår et moderselskab besidder datterselskabsaktier.

2.2 ABL § 4 A – Udbyttebegrebet og skattefrie datterselskabsaktier

Afsnit 2.2 - 2.2.2 indeholder en analyse af udbyttebegrebet og skattefrie datterselskabsaktier, som skal give læseren en forståelse for, hvor bredt begrebet datterselskabsaktier kan defineres.

Konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer, jf. ABL § 4 A, stk. 7, udgør ikke datterselskabsaktier. Den skattemæssige konsekvens af dette bliver, at disse aktier i stedet behandles som porteføljeaktier.²⁴ Udbytte af datterselskabsaktier er skattefrit, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Det får dermed skattemæssige konsekvenser for ejerne, at deres aktier bliver vurderet som værende datterselskabsaktier.

Udbyttebegrebet er ikke defineret i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 hvorfor begrebet må fastlægges ved andre fortolkningsbidrag. Det skatteretslige udbyttebegreb er traditionelt et bredt begreb, der omfatter flere forskellige former for betaling foretaget mellem to selskaber.²⁵ Mere konkret udgør udbytter som hovedregel et udbytte af et selskabs overskud, værdiforøgelse, likvidationsprovenu samt realisation af aktiver, som det på generalforsamlingen er blevet besluttet at udlodde til dets aktionærer. Såfremt et selskab modtager et sådant udbytte, medregnes dette som hovedregel til aktieindkomsten, jf. LL § 16 A. Dette kan tale for, at udbyttebegrebet i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 bør fortolkes i overensstemmelse med LL § 16 A. Endvidere fremgår det af SKATs vejledning,²⁶ at der gælder et generelt udbyttebegreb inden for skatteretten. Efter denne vejledning omfatter

²³ 2008/1 LF 202

²⁴ Banner-Voigt, Erik og Underbjerg Poulsen, Preben (2013), s. 122.

²⁵ Pedersen, Jan m.fl. (2015), s. 427 ff.

²⁶ C.B.3.1 2017-1

udbytte alt, ”... hvad selskabet udlodder til sine aktionærer eller andelshavere, uanset i hvilken form udlodningen finder sted. Det er uden betydning om udlodningen fra selskabet hidrører fra årets overskud, værdiforøgelse eller realisation af aktiver og omfatter også udbetaling af likvidationsprovenu”.

Den brede definition af udbyttebegrebet bliver ikke mere gennemskuelig ved, at statsskattelovens (SSL) § 4, litra e også indeholder et udbyttebegreb. Herefter udgør udbyttebegrebet, udbytte af aktie og andelsbeviser hvad enten udbetalingen sker som dividende, som udlodning ved selskabets likvidation eller lignende eller ved udstedelse af friaktier. Der findes ikke støtte for en analog fortolkning i forarbejderne til SEL § 13, stk. 1, som skulle muliggøre, at begreberne i LL § 16 A og SSL § 4, litra e skal fortolkes i overensstemmelse med hinanden. En sådan analog fortolkning vil i øvrigt kræve klar lovhjemmel da der, jf. grundlovens (GRL) § 43 fastslås, at ” Ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov”. Til støtte herfor har Aage Michelsen anført, at analogifortolkninger er vanskeligt foreneligt med GRL § 43 og legalitetsprincippet, hvorfor sådanne fortolkninger sjældent anvendes.²⁷ Da der således hverken er støtte i forarbejderne og en analog fortolkning i øvrigt vil være i strid med GRL § 43, vil udbyttebegrebet ikke kunne fastlægges ved en analog fortolkning.

Det kan i stedet overvejes, hvorvidt det er muligt, at fastlægge indholdet af udbyttebegrebet ud fra en formålsfortolkning af LL § 16 A og SSL § 4.²⁸ SEL § 13, stk. 1, nr. 2 har gennemført MDDs bestemmelser om skattefrit udbytte. Derfor skal formålet med bestemmelsen fortolkes i overensstemmelse med formålet med MDD. Som ovenfor nævnt, fremgår det af direktivets tredje betragtning, at ”Formålet med dette direktiv er at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau”. Det fremgår ikke af direktivet, hvad udbyttebegrebet nærmere indeholder, hvorfor der må søges nærmere støtte i EU-Domstolens praksis. En sådan undersøgelse ligger dog ud over dette speciales rammer. Det må dog med rimelighed antages, at udbyttebegrebet udgør et bredt begreb, da dette vil stemme overens med MDDs formål og samtidig sikre de skattefrie udbytteudbetalinger mellem datterselskaber og moderselskaber.

²⁷ Michelsen, Aage mfl. (2015), s.136 ff.

²⁸ Ibid., s. 138

Det fremgår af forarbejderne til lov nr. 525 af 12. juni 2009, at det er en betingelse for, at være omfattet af skattefriheden, at de danske datterselskaber er hjemhørende i Danmark.²⁹ Det fremgår ikke af forarbejderne, hvad der skal forstås ved at være hjemhørende i Danmark. Efter SEL § 1, stk. 1 er selskaber hjemhørende i Danmark, såfremt de er registreret her i landet - *registreringskriteriet*. Indtil sagen TfS.2007.264.H, var det uafklaret, hvad en sådan registrering indebar for at opfylde registreringskriteriet. Der var tvivl om, hvorvidt (1) ledelsen skulle have sæde her i landet, eller (2) hvorvidt registrering var tilstrækkeligt, eller (3) hvorvidt der skulle gælde et dobbeltkrav om, at både ledelsen skulle have sæde og selskabet skulle være registreret her i landet. Det blev med afgørelsen fastslået, at der alene gælder et krav om registrering her i landet, førend kravet om at være hjemhørende er opfyldt. Med henblik på at opnå skattefrihed for datterselskabsaktieudbytter må det derfor formodes, at det er tilstrækkeligt for at være hjemmehørende i Danmark, at selskabet er registreret, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Retsstillingen syntes ikke fuldstændig sikker, da afgørelsen er afsagt med dissens, hvor mindretallet mente, at der skulle gælde et dobbelt tilknytningskrav, hvortil det krævedes, at selskabet både skulle være registreret og have ledelsessæde i Danmark. Dissensen kan indikere, at retsopfattelsen måske vil ændre sig i fremtiden.³⁰

2.2.1 ABL § 4 A, stk. 1 – 10 procents-ejerkravet

Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 525 af 12. juni 2009, da reglerne om afståelse af selskabers aktier blev ændret. Ved en eventuel skattefrihed, lægges der nu ikke længere vægt på ejertiden af aktierne, men der sondres i stedet mellem aktiernes karakter af henholdsvis egne aktier, næringsaktier, datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier eller porteføljeaktier.

ABL § 4 A, stk. 1 har følgende ordlyd: *”Ved datterselskabsaktier forstås aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, jf. dog stk. 2, 3 og 7”*.

²⁹ 2008/1 LSF 202

³⁰ Munk-Hansen, Carsten (2011), s. 164-165

Der gælder et krav om direkte ejerskab i forhold til aktiebesiddelsen på de 10 pct.³¹ Indirekte ejerskab gennem et eller flere mellemliggende selskaber, er derfor ikke omfattet af reglen.³² Omfattet af reglen er også aktier, hvortil selskabskapitalen ikke er indbetalt fuldt ud,³³ hvilket er i overensstemmelse med høringsvaret til advokatpartnerselskabet Bent Stamer.³⁴ Endvidere er datterselskabets beholdning af egne aktier ikke grundlag for begningen af 10 procentkravet, hvorfor de ikke er omfattet af reglen.³⁵ Kravet om at aktierne skal ejes af et selskab medfører, at fysiske personer ikke er omfattet af reglen.

Begrebet datterselskabsaktier skal forstås, som værende aktier og/eller anparter, der ejes af et selskab, hvor ejerbesiddelsen udgør mindst 10 pct. af datterselskabets aktie- eller anpartskapital, undtaget er dog aktier omfattet af ABL § 4 A, stk. 2, 3 og 7. Kravet om de 10 pct. må forstås, som værende et *de jure*-mæssigt krav, hvorefter der alene gælder et krav om faktisk besiddelse af 10 pct. af aktierne. Den *de facto*-mæssige kontrol/indflydelse ved eksempelvis stemmerettigheder, varetagelse af daglig ledelse, samt mulighed for udpegelse af ledelse har dermed ingen betydning ved opgørelsen af de 10 pct. Efter en nærmere undersøgelse af 10 procentkravet kan det fastslås, at reglen ikke tager hensyn til, hvorvidt en aktionær er i besiddelse af aktier fra forskellige aktieklasser med eventuelle forskellige udbytterettigheder. En vurdering af hensigtsmæssigheden ved denne manglende sondring, ligger ud over dette speciales undersøgelse, hvorfor problemstillingen ikke behandles nærmere.

Da selskabskonstruktioner kan sammensættes på utallige måder, kan et moderselskab opnå besiddelse af aktierne i et datterselskab på et tilsvarende antal måder. Derved vil 10 procentkravet kunne opnås på forskellige måder, hvilket vil kunne skabe tvivl ved beregningen af om 10 procentkravet er opfyldt. 10 procentkravet har dermed en uhensigtsmæssig virkning, da selskaber kan være i tvivl om, hvorvidt de opfylder betingelsen. Skatteministeren svarede i 2011, at begrebet datterselskabsaktier skal forstås således: ” *Datterselskabsaktier er defineret i aktieavancebeskatningslovens § 4 A. Datterselskabsaktier er aktiebesiddelser, hvori et selskab ejer 10 pct. eller mere af aktierne*

³¹ SKM2010.203.DEP

³² Banner-Voigt, Erik og Underbjerg Poulsen, Preben (2013), s. 123

³³ Ibid.

³⁴ L 202 2008/09, bilag 2, s. 1

³⁵ Peytz, Henrik (2015), s. 182

i et andet selskab".³⁶ Svaret giver ikke en dybere forståelse af begrebet datterselskabsaktier, og da der ikke er yderligere fortolkningsbidrag i forarbejderne, må en nærmere definition søges i andre retskilder. Henrik Peytz mener, at 10 procentkravet skal fortolkes i overensstemmelse med SEL § 13, stk., 1, nr. 2.³⁷ Problemet ved en sådan fortolkning er, at SEL § 13, stk., 1, nr. 2 blot henviser til definitionen i ABL § 4 A, hvorfor dette ikke udgør et nyttigt fortolkningsbidrag. Hertil skal bemærkes, at også SKATs vejledning vedrørende fortolkningen af SEL § 13, stk., 1, nr. 2 fastslår, at begrebet datterselskabsaktier skal forstås i overensstemmelse med begrebet datterselskabsaktier, som det fremgår af ABL § 4 A. Som det ses af fortolkningsbidragene udgør de en cirkelslutning, da retskilderne blot henviser til hinanden uden en nærmere definition af begrebet datterselskabsaktier. De danske retskilder udgør dermed et begrænset bidrag til fortolkningen af begrebet datterselskabsaktier. Det formodes at begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med 10 procentkravet i MDDs art. 3, som det tilkommer EU-Domstolen at fastlægge omfanget af. En sådan fortolkning understøttes af princippet om EU-rettens forrang, hvorefter nationale regler skal være i overensstemmelse med, eller som minimum fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.

2.2.2 ABL § 4 A, stk. 2 – Datterselskaber omfattet af stk. 1

Bestemmelsen blev senest ændret ved lov nr. 652 af 8. juni 2016, hvori definitionen af datterselskabsaktier blev ændret. Det er nu ikke længere en betingelse, at beskatningen af udbytter fra udenlandske datterselskaber skal frafalde eller nedsættes efter MDD eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO).³⁸

Det følger af ABL § 4 A, stk. 2, at: *"Det er en betingelse efter stk. 1, at datterselskabet er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h eller 3 a-5 b, eller at datterselskabet er et tilsvarende udenlandsk selskab, der er selskabsskattepligtigt uden fritagelse i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, herunder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og den kompetente myndighed i denne stat skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst,*

³⁶ Skatteudvalget 2010-11 (1. samling) L 194, s. 2

³⁷ Peytz, Henrik (2015), s. 182

³⁸ Karnov, note 15 til LBK nr. 1148 af 29/08/2016

en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager”.

Det er en betingelse for at blive defineret som datterselskabsaktier, at datterselskabet falder under definitionen i SEL §§ 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b. Skattepligtige efter SEL §§ 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b er: aktie- og anpartsselskaber, andre selskaber med begrænset hæftelse, sparekasser, andelskasser, foreninger oprettet i henhold til § 207 i lov om finansiel virksomhed, DSB, forsyningsselskaber samt kommuner der driver sådanne, visse brugsforeninger samt foreninger der fremmer medlemmernes fælles erhvervsmæssige interesser, visse investeringsforeninger samt fonde og foreninger som nævnt i §§ 214-216 i lov om finansiel virksomhed samt KommuneKredit og Dansk Eksportfinansieringsfond. Tilsvarende er udenlandske datterselskaber, der er selskabsskattepligtig uden fritagelse i dets hjemhørende stat omfattet af stk. 1, såfremt skattemyndighederne i datterselskabets hjemland efter aftale udveksler oplysninger med de danske skattemyndigheder. Aktier fra datterselskaber hjemhørende i lande, der ikke udveksler skatteoplysninger med Danmark, er således ikke omfattet af begrebet datterselskabsaktier. Disse aktier kan i visse tilfælde, i stedet kvalificeres som koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 B.³⁹ Det er endvidere en naturlig følge af reglens formulering, at skattefrie enheder og selskaber, der kun beskattes af en procentdel af formuen, ikke er omfattet af begrebet datterselskabsaktier.⁴⁰ Undtaget er endvidere investeringsbeviser i skattefrie investeringsforeninger, samt andele i selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3, samt andele i foreninger som har erhvervsmæssig indkomst, henhørende under SEL § 1, stk. 1, nr. 6.⁴¹

For så vidt angår danske datterselskaber omfattet af reglen, fremgår det af opremsningen i SEL § 1, nr. 1 m.fl., hvem der konkret er omfattet af reglen. Det vurderes derfor, at danske selskaber ikke vil have vanskelighed ved at vurdere, hvorvidt de er omfattet af SEL § 1, nr. 1 m.fl. Derimod kan det tænkes, at udenlandske selskaber kan have svært ved at vurdere om reglerne i deres hjemland er tilsvarende reglerne i SEL § 1, nr. 1 m.fl. Dette kan skyldes, at de udenlandske regler eksempelvis hverken har samme ordlyd, har samme formål eller håndhæves i overensstemmelse med SEL § 1, nr. 1 m.fl. En eventuel

³⁹ Banner-Voigt, Erik og Underbjerg Poulsen, Preben (2013), s. 124

⁴⁰ Peytz, Henrik (2015), s. 184

⁴¹ Karnov, note 15 til LBK nr. 1148 af 29/08/2016

anledning til tvivl kan dog imødegås ved, at det udenlandske selskab indhenter bindende svar fra SKAT, jf. skatteforvaltningslovens § 21, stk. 1.

Da en komparativ analyse, af henholdsvis de danske og udenlandske skatteregler, vurderes at være ret omfattende, kan det ikke med sikkerhed fastslås, at SKAT kan afgive bindende svar inden for den normale svartid på tre måneder.⁴² Samlet set kan disse forhold tænkes at medføre, at udenlandske selskaber vil afholde sig fra at investere i danske selskaber, med henblik på at opnå skattefrie udbyttebetalinger fra datterselskaber. I kravet om at det udenlandske selskab skal være skattepligtig, ligger et krav om subjektiv skattepligt i hjemstaten i forhold til dets hjemstats selskabsskatteretlige regler. Herudover gælder et objektivt skattekrav, hvorefter selskabets indkomst skal være skattepligtig indkomst efter hjemstatens skatteregler. Det kan derfor med rimelighed formodes, at det ikke er tilstrækkeligt, at selskabet har en skatteprocent på nul, da kravet indebærer en fritagelse for selskabsskat i hjemstaten.

2.3 ABL § 4 A, stk. 3 – Indledning til mellemholdingreglen

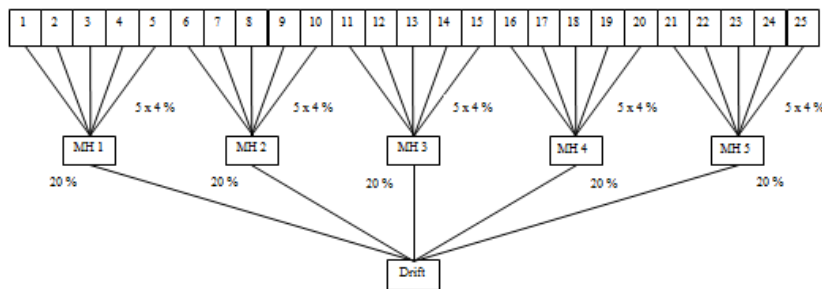
I afsnit 2.3 til 2.3.5 analyseres mellemholdingreglen, jf. ABL §§ 4 A, stk. 3, nr. 1-5, med henblik på at fastlægge kriterierne for, hvornår et selskab er omfattet af mellemholdingreglen. Dette sker med henblik på efterfølgende, at vurdere hvorvidt mellemholdingreglen er i overensstemmelse med MDDs misbrugsbestemmelse og derefter misbrugsbegrebet samt forbuddet mod generelle værnsregler.

ABL § 4 A, stk. 3 indeholder den såkaldte *mellemholdingregel*, hvorefter udbytter fra datterselskabsaktier, under visse omstændigheder ikke kan modtages skattefrit. Formålet med mellemholdingreglen er, at sikre mod omgåelse af 10 procentkravet via omvendte juletræs konstruktioner.⁴³ Et eksempel på en sådan omgåelse, kan ses i figur 1. 25 selskaber ejer hver 4 pct. af aktierne i datterselskabet Drift. Efterfølgende indskyder ejerne

⁴² <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2242235> – d. 30. april 2017

⁴³ Skatteudvalget 2010-11, bilag 20 til L 84, s. 4

5 mellemholdingselskaber mellem sig og Drift. Dermed er der 5 deltagere i hvert enkelt mellemholdingselskab, som hvert ejer 20 pct. af Drift.⁴⁴



* Figur 1

Konsekvensen af at være omfattet af mellemholdingreglen er, at direkte og indirekte selskabsaktionærer bliver skattepligtige af udbyttebetalingen fra datterselskabet. For at blive kvalificeret som datterselskabsaktier, der kan omfattes af mellemholdingreglen, skal mellemholdingselskabet være selskabsskattepligtig og eje mindst 10 pct. af aktiekapitalen i ethvert led mellem aktionæren og mellemholdingselskabet. Udenlandske datterselskaber skal enten, ikke være selskabsskattepligtige, eller være fritaget for selskabsskat i hjemstaten, og hjemstatens skattemyndigheder skal udveksle skatteoplysninger med skattemyndighederne i Danmark.

ABL § 4 A, stk. 3 har følgende ordlyd: *”Datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af de af moderselskabets (mellemholdingselskabets) direkte og indirekte aktionærer, som er omfattet af selskabsskatteovens § 1, § 2, stk. 1, litra a, eller §§ 31 A eller 32, fondsbeskatningslovens § 1 eller ligningslovens § 16 H, og som i ethvert led mellem aktionæren og mellemholdingselskabet ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det underliggende selskab. Det gælder dog kun, hvis følgende betingelser alle er opfyldt”*:

Mellemholdingreglen medfører derfor, at der skal foretages en konkret vurdering af følgende fem betingelser, som gennemgås i afsnit 2.3.1-2.3.5. De fem betingelser er ret

⁴⁴ Banner-Voigt, Erik og Underbjerg Poulsen, Preben (2013), s. 127 og Peytz, Henrik (2015), s. 185

komplerede, men det kan kort sagt siges at følgende fem betingelser alle skal være opfyldt, førend mellemholdingreglen finder anvendelse:

1. Mellemholdingselskabets primære funktion skal være det blotte ejerskab af datterselskabsaktier.
2. Mellemholdingselskabet udøver ikke reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen i datterselskabet.
3. Mellemholdingselskabet må ikke eje 100 pct. af aktierne i datterselskabet.
4. Aktierne i mellemholdingselskabets må ikke være optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet.
5. Mere end 50 pct. af aktierne i mellemholdingselskabet skal direkte eller indirekte ejes af aktionærer, som ikke vil kunne modtage datterselskabsudbytter skattefrit ved direkte ejerskab.

2.3.1 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 1 – Mellemholdingselskabets primære funktion

Den første betingelse der skal opfyldes for at være omfattet af mellemholdingreglen er fastsat i stk. 3, nr. 1, som har følgende ordlyd: ”*Mellemholdingselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. § 4 B*”.

For at være omfattet af reglen, skal mellemholdingselskabets primære funktion være at eje datterselskabsaktier i ét eller flere datterselskaber eller koncernselskaber.⁴⁵ Daværende skatteminister Kristian Jensen udtalte i 2009, at: ”*Ved vurderingen af mellemholdingselskabets funktion lægges der vægt på de faktiske/reelle forhold. Det skal vurderes, hvad der reelt er mellemholdingselskabets primære funktion*”.⁴⁶ Skatteministerens udtalelser lægger således op til, at skattemyndighederne skal anlægge en konkret vurdering af de faktiske forhold fra sag til sag, førend der kan træffes en korrekt

⁴⁵ Peytz, Henrik (2015), s. 193

⁴⁶ Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202, s. 20

afgørelse på et tilstrækkeligt oplyst grundlag. Dette er også i overensstemmelse med skatteministerens senere udtalelse,⁴⁷ samt de almindelige forvaltningsretlige principper.⁴⁸

Der er i praksis tilsyneladende enighed om, at bevisbyrden for at dokumentere en henholdsvis skattemæssig fordel eller ulempe, påhviler enten myndigheden eller skatteyderen.⁴⁹ Det syntes ikke helt afklaret, hvor stor grad af sikkerhed et bevis skal tillægges, førend det kan inddrages i skattemyndighedernes vurdering af sagen. Bestemmelsens ordlyd er meget bredt formuleret, og det kan virke usikkert, hvad kravet *primære funktion* indebærer. I denne sammenhæng er det værd at bemærke, at skatteministeren har udtalt, at det ved ligningen alene skal kunne *sandsynliggøres*, at selskabets primære funktion er andet end ejerskab af koncernselskabsaktier og datterselskabsaktier.⁵⁰ Sandsynliggørelsen af hvorvidt selskabets primære funktion er andet end det blotte ejerskab af koncernselskabsaktier og/eller datterselskabsaktier afhænger af, hvorvidt skattemyndighederne kan fremskaffe tilstrækkelige oplysninger i sagen. Disse oplysninger vil kunne indhentes på grundlag af selskabets oplysnings- og dokumentationspligt.⁵¹

I de tilfælde hvor det kan sandsynliggøres, at moderselskabet primære aktivitet ikke udgør ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, vil moderselskabet derfor ikke være omfattet af mellemholdingreglen. Som element i beviset, kan det tillægges særlig betydning, såfremt mellemholdingselskabet forlanger en bestyrelsespost i datterselskabet i forbindelse med ejerskabet af datterselskabsaktierne.⁵²

Vedtægter og formål

Ved vurderingen af et selskabs primære funktion inddrager skattemyndighederne ofte en vurdering af selskabets formål og vision, som det fremgår af dets vedtægter, sammenholdt med den faktiske udøvede aktivitet samt selskabets levetid. Dette ses blandt andet af

⁴⁷ Skatteudvalget 2008-09, bilag 58 til L 202, s. 3

⁴⁸ Bønsing, Sten (2013), s. 145

⁴⁹ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 130 og Bønsing, Sten (2013), s. 144

⁵⁰ Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202, s. 20-21

⁵¹ Pedersen, Jan m.fl., Skatteretten 4 (2013), s. 76

⁵² SKM2010.33.SR

Skatterådets bindende svar af 15. december 2009.⁵³ Da der skal anlægges en konkret vurdering fra sag til sag medfører dette, at en fortolkning af et kapitalselskabs vedtægter, ikke altid kan fastlægge mellemholdingselskabets primære funktion.⁵⁴ Vedtægter udgør en aftale mellem selskabsdeltagere, hvori selskabets formål beskrives, jf. kapitalselskabslovens (KSL) § 28. Det forekommer derfor rimeligt at inddrage et selskabs vedtægter ved vurderingen af den primære aktivitet, da vedtægterne har en styrende funktion for ledelsen af selskabet. Der er dog ingen garanti for, at ledelsen faktisk driver selskabet i overensstemmelse med vedtægterne. Dette kombineret med at vedtægterne løbende kan ændres, jf. KSL, §§ 106 og 107, gør at vedtægter alene bør udgøre et mindre fortolkningsselement i forhold til den primære aktivitet. En vurdering af et selskabs faktiske aktivitet, bør derfor altid have forrang fremfor et selskabs vedtægter.

Størrelsen af investeringen

Der kan ved vurdering af et selskabs primære funktion, vedrørende ejerskab af henholdsvis porteføljeaktier og datterselskabsaktier, blandt andet ses på om selskabets aktivitet vedrørende porteføljeaktier er større end datterselskabsaktier. Denne betragtning vil kunne inddrage volumen samt afkastet af investeringen.⁵⁵ Derudover kan der ved vurderingen inddrages værdien af datterselskabsaktierne i forhold til andre aktiver. Det tillægges særlig betydning, hvis moderselskabet har en aktiv rolle i forbindelse med ejerskabet af datterselskabet.⁵⁶ Såfremt ejerskabet af aktierne i datterselskabet blot udgør en kapitalanbringelse, uden egentligt aktivt ejerskab, vil der ikke foreligge reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.⁵⁷

Krav om aktivt ejerskab syntes rimeligt, da en passiv investering i et datterselskab vil udgøre en kapitalanbringelse, der ikke har fokus på udviklingen af datterselskabet, men blot har fokus på graden af afkastet. Det er dog ikke tilstrækkeligt, at et selskab har et aktivt ejerskab, da der også stilles krav om at aktiviteten har et bestemt omfang. Hvad dette omfang mere præcist indebærer behandles i afsnit 2.3.2. Men for så vidt angår størrelsen af

⁵³ SKM2009.796.SR og SKM2010.33.SR

⁵⁴ Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202, s. 20

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ SKM2011.14.SR

⁵⁷ Skatteudvalget 2008-09, bilag 58 til 202, s. 3

investeringen, bør hovedvægten af datterselskabets aktivitet udgøre aktivt ejerskab af datterselskabsaktier. Ved denne undersøgelse inddrages en vurdering af selskabets aktiebeholdning, hvor der som ovenfor nævnt lægges vægt på henholdsvis afkast og volumen af investeringen. En sådan vurdering er dog ikke helt uproblematisk, da et selskabs afkast kan variere betydeligt alt efter givne samfundskonjunkturer. Porteføljeaktier kan eksempelvis i visse perioder give et større afkast end datterselskabsaktier, uanset at porteføljeinvesteringen er mindre - og omvendt. Det fremgår hverken af lovens ordlyd eller af forarbejderne, hvorvidt der ved vurderingen af afkastets størrelse skal ses på resultatet før eller efter skattebetalingen. Dette medfører yderligere usikkerhed ved vurderingen, da det eksempelvis kan tænkes, at et selskab har investeret i henholdsvis datterselskabsaktier og porteføljeaktier. I følgende tænkte eksempel, har selskabet investeret 100 mio. kr. i datterselskabsaktier og 10 mio. kr. i porteføljeaktier. Problemet opstår såfremt investeringen i porteføljeaktier giver et positivt afkast efter skattebetalingen, og datterselskabsaktierne intet afkast giver. Såfremt der kun skulle lægges vægt på afkastet vil dette medføre, at selskabets primære funktion måske kunne vurderes, som værende ejerskab af porteføljeaktier. Det vil derfor kunne give et upræcist billede, såfremt afkastet blev tillagt afgørende bevismæssig værdi. For så vidt angår volumen af en investering, er det ikke unormalt, at selskabers aktiebeholdninger varierer over en given periode. Investeringer er sjældent statiske og flyttes ofte rundt, alt efter hvor det største afkast kan tænkes opnået. Det kan derfor eksempelvis tænkes, at et selskabs aktiebeholdning i visse perioder udgør en større andel af porteføljeaktier, og i en anden periode udgør en større andel af datterselskabsaktier.

Som det fremgår af ovenstående, kan der ved vurderingen af selskabets investeringer være stor grad af usikkerhed forbundet med vurderingen af henholdsvis afkastet og volumen. Det fremgår ikke af ordlyden i stk. 3, nr. 1, hvordan kriterierne skal vægtes i forhold til hinanden. Det forudsættes dog, at en sådan vurdering lægger inden for skattemyndighedernes mulighed for at foretage den frie bevisbedømmelse.⁵⁸

⁵⁸ Bønsing, Sten (2013), s.144

2.3.2 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2 – Ikke reel økonomisk virksomhed

Anden betingelse for at være omfattet af mellemholdingreglen findes i stk. 3, nr. 2 og indebærer, at *”Mellemløbselskabet udøver ikke reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen”*.

Betingelsen i nr. 2 indebærer, at der skal opfyldes en række forskellige krav. I forbindelse med fortolkningen af reglen, har skatteministeren udtalt, at *” Det er nødvendigt, at den reelle økonomiske virksomhed vedrører holdingselskabets funktion som aktiebesidder, som jo er holdingselskabets primære funktion – ellers ville kravet kunne omgås ved at lade mellemholdingselskabet have reel økonomisk virksomhed vedrørende en sekundær funktion, der intet har med aktiebesiddelsen at gøre”*.⁵⁹ Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (FSR) udtrykte i forbindelse med lovforarbejderne bekymring vedrørende forståelsen af bestemmelsen. Bekymringen skyldes, at selskaber og deres aktionærer oplevede en væsentlig usikkerhed angående indholdet af reglen, og dermed risikerede at blive nægtet fordelene i MDD.⁶⁰

FSRs bekymring forekommer rimeligt begrundet, da hverken ordlyd eller forarbejder giver en nærmere vejledning til forståelsen af bestemmelsen. Begrebet *reel økonomisk aktivitet* blev fastslået af EU-Domstolen i C-196/04, Cadbury Schweppes. Dette begreb tager dog ikke hensyn til kravet i ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2 om, at der udøves *reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen*, altså en konkret vurdering af selskabets specifikke virksomhed vedrørende dets primære og sekundære aktiviteter. Det antages dog, at *reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen*, som minimum kan rumme begrebet *reel økonomisk aktivitet* som fastlagt i C-196/04 Cadbury Schweppes. Dermed vil der være tale om en rent kunstig konstruktion i de tilfælde, hvor selskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen. Som det fremgår af nedenstående, er flere krav knyttet til denne vurdering, end tilfældet er ved EU-Domstolens prøvelse af om der er tale om en rent kunstig konstruktion.

⁵⁹ Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202, s. 8

⁶⁰ Ibid., s. 21-24

Egne fysiske lokaler

Den økonomiske aktivitet vedrørende aktiebesiddelsen i datterselskabet, skal drives fra *egne fysiske lokaler*, med dertilhørende ansat personale. Det antages, at begrebet *egne fysiske lokaler*, både omfatter lejede lokaler samt lokaler selskabet selv ejer. Skattemyndighedernes praksis er overensstemmende med EU-Domstolens praksis, hvorfor et mellemholdingselskab ikke kan opfylde betingelsen om egne fysiske lokaler, såfremt mellemholdingselskabet blot udgør et såkaldt postkasse- eller skærmselskab, uden anden aktivitet end den blotte aktiebesiddelse.⁶¹ Det kan med rimelighed fastslås, at skattemyndighederne alene lægger vægt på rådigheden af fysiske lokaler, samt afholdelse af driftsomkostningerne hertil.⁶²

Dette forekommer som en rimelig praksis, da en indskrænket fortolkning af reglen, hvorved der skulle gælde et krav om faktisk ejerskab og rådighed af egne fysiske lokaler ville medføre, at mange selskaber vil opfylde betingelsen i nr. 2, da det er almindeligt forekommende, at selskaber lejer lokaler. Det ses hverken af C-196/04 Cadbury Schweppes eller af dansk praksis, at der lægges vægt på lokalernes størrelse, den tidsmæssige længde af en eventuel lejekontrakt, eller omfanget af driftsomkostningerne. Det essentielle ved bestemmelsens formål må derimod være, at selskabet har en fysisk eksistens, hvilket understøttes af EU-Domstolens afgørelse i Cadbury Schweppes-sagen, der stillede krav om, at den fysiske eksistens i form af udstyr, personale og lokaler, skal kunne kontrolleres af tredjemand.⁶³

Krav til ledelsen og personalet – erfaring, intensitet og kompetencer

I praksis har skattemyndighederne ved flere lejligheder inddraget en vurdering af ledelsens og personalets erfaring, samt arbejdsindsats og kompetencer vedrørende de driftsmæssige aspekter af aktiebesiddelsen. Personalet der varetager de administrative opgaver vedrørende mellemholdingselskabets forvaltning af datterselskabsaktierne, kan i praksis enten foretages af ledelsen, i form af en direktør eller et bestyrelsesmedlem i datterselskabet, eller almindeligt ansat administrativt personale i mellemholdingselskabet.

⁶¹ C-341/04, præmis 35

⁶² SKM2011.342.SR

⁶³ C-196/04, præmis 67

Det ses i flere sager, at et medlem af ledelsen i moderselskabet også har en ledelsesmæssig funktion i datterselskabet. Dette gælder både bestyrelsesposter såvel som direktionsposter. Den aktive arbejdsindsats kan eksempelvis bestå i aktiv rådgivning samt sparring fra moderselskabets ledelse.⁶⁴ I SKM2010.263.SR havde holdingselskabet ingen bestyrelsespost i datterselskabet, men modtog i stedet de samme informationer, som datterselskabets bestyrelse modtog. Dette anså SKAT som værende utilstrækkeligt i forhold til at yde indflydelse på ledelsen i selskabet. Derfor kan det siges, at der gælder et krav om, at holdingselskabet skal have en aktiv indflydelse på ledelsen af datterselskabet. Derudover vil det ikke være tilstrækkeligt, at outsource de administrative opgaver til anden side.⁶⁵

Kravet om relevant uddannelse, erfaring og intensitet var omdrejningspunktet i SKM2011.14.SR. I sagen var B og C bestyrelsesmedlemmer i både moderselskabet og det underliggende datterselskab. B og C havde, en for arbejdet relevant uddannelse, og arbejdsopgaverne bestod i at varetage moderselskabets A ApS overordnede strategiske kapitalinteresser i datterselskabet A sro. Arbejdet indebar, at B og C skulle koordinere A sro's overordnede aktiviteter samt sro's datterselskaber. B skulle i forbindelse med arbejdet rejse til Slovakiet ca. 15 gange om året, i en varighed af 1-2 døgn per gang. C skulle rejse til Slovakiet ca. 20-25 gange om året, i en varighed af 2-3 døgn per gang. Skatterådet fandt, at der forelå en betydelig arbejdsindsats i forbindelse med aktiebesiddelsen samt, at både B og C havde en stor faglig indsigt, hvorfor der forelå reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen i A sro. Det fremgår af afgørelsen, at ledelsen skal have de fornødne ledelsesmæssige kompetencer til udøvelsen af den faktiske virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen, og derudover udføre det faktiske arbejde. Det tillægges derfor særlig positiv betydning, såfremt ledelsen har den til arbejdet krævede uddannelse samt erfaring inden for det pågældende erhverv. Der gælder derfor en forudsætning om, at der drives en reel og forsvarlig virksomhed i selskabet. I de tilfælde, hvor ledelsen ikke har de nødvendige kompetencer, vil dette kunne indikere, at ejerskabet af datterselskabet blot udgør en kapitalanbringelse uden en egentlig drift i datterselskabet, hvilket ikke udgør reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.

⁶⁴ SKM2011.342.SR og SKM2010.33.SR

⁶⁵ Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202, s. 25

Med afsæt i ovenstående afgørelse SKM2011.14.SR kan det med rimelighed fastslås, at SKAT lægger særlig vægt på, at mellemholdingselskabets ledelse har de fornødne kvalifikationer til udførelsen af den aktivitet, der udøves i datterselskabet, samt er i løbende kontakt med datterselskabets ledelse, hvorigennem der udøves indflydelse på datterselskabets drift. Det kan være svært at vurdere, hvor stor en grad af indflydelse mellemholdingselskabets ledelse skal udøve på datterselskabet. I praksis kan et datterselskab formodentligt i sig selv drives udmærket på trods af, at et udpeget medlem af ledelsen ikke skulle være i besiddelse af de fornødne ledelsesmæssige kvalifikationer. Dette indikerer dog intet i forhold til, hvorvidt der drives reel økonomisk virksomhed vedrørende mellemholdingselskabets aktiebesiddelse i datterselskabet. Hvis mellemholdingselskabet eksempelvis udpeger en person, der skal deltage i ledelsen af datterselskabet, som ikke har de fornødne kvalifikationer, vil skattemyndighederne sandsynligvis vurdere, at der ikke drives reel økonomisk virksomhed vedrørende mellemholdingselskabets aktiebesiddelse i datterselskabet.

En sådan vurdering syntes problematisk, da der eksempelvis kan tænkes en konstruktion, hvor mellemholdingselskabet har udpeget en person (P) til ledelsen i datterselskabet, som ikke har de fornødne ledelsesmæssige kvalifikationer, men hvor mellemholdingselskabets ledelse yder en aktiv indflydelse på P's ledelsesmæssige arbejde i datterselskabet. Såfremt ledelsen i mellemholdingselskabet kan godtgøre at besidde tilstrækkelige kompetencer, såfremt de selv var en del af ledelsen i datterselskabet, må det være tilstrækkeligt at kunne instruere P gennem løbende dialog og compliance-funktioner. Dette vil stemme overens med kravet om, at arbejdet i datterselskabet skal ske gennem en aktiv arbejdsindsats i henholdsvis bestyrelse og/eller direktion.⁶⁶ Skattemyndighederne har da også ved flere lejligheder lagt på vægt fordelingen af arbejdsopgaverne i de pågældende moder- og datterselskabers ledelse. Gyldigheden af en konstruktion, hvori P er udpeget til datterselskabets ledelse, og ikke besidder de fornødne ledelsesmæssige kompetencer, må være betinget af, at P alene kan foretage ledelsesmæssige beslutninger efter instruktion fra mellemholdingselskabet. Det forekommer dog usikkert, hvorvidt skattemyndighederne vil acceptere en sådan konstruktion i praksis.

⁶⁶ SKM 2011.342.SR

Lønnet personale

Ved skattemyndighedernes svar samt afgørelser lægges der vægt på, hvorvidt den ansatte ledelse i mellemholdingselskabet er henholdsvis lønnet eller ulønnet ansat til varetagelsen af de administrative opgaver vedrørende aktiviteten i datterselskabet. I de tilfælde, hvor mellemholdingselskabets udpegede ledelse i datterselskabet er ulønnet, er der en, i øvrigt rimelig, formodning for, at mellemholdingselskabets aktivitet i datterselskabet ikke udgør andet end den blotte aktiemæssige besiddelse. I de tilfælde, hvor ledelsen i datterselskabet er lønnet af mellemholdingselskabet, tillægges dette modsat en positiv betydning i forhold til vurderingen af, hvorvidt der drives reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.⁶⁷ Der syntes ikke at være nævneværdige problematikker ved, at inddrage en eventuel aflønning, som et moment ved afgørelsen af hvorvidt der foreligger reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.

Sekundær aktivitet

Det kan på baggrund af det ovenstående konstateres, at der skal anlægges en substansbetragtning af selskabets økonomiske virksomhed, hvorfor den blotte ejerbesiddelse af datterselskabsaktierne kan indikere, at der blot er tale om en passiv investering i form af en kapitalanbringelse med det formål at opnå afkast på investeringen. Dette udgør ikke en reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.⁶⁸ Det er endvidere ikke muligt for selskaber, at omgå kravet om reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen, ved at oprette en sekundær virksomhed der er af mindre omfang end aktiebesiddelsen.⁶⁹

Reel økonomisk virksomhed i forhold til selskabsretten

ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2 er særlig interessant i forhold til SKM.2004.297HR, Johnson Holding-sagen, hvori det blev vurderet, hvorvidt et holdingselskab drev erhvervmæssig virksomhed i henholdsvis en selskabs- og skatteretlig forstand. Sagen har medført en vis usikkerhed om, hvorledes regelkonflikter mellem henholdsvis selskabsrettens og

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Banner-Voigt, Erik og Underbjerg Poulsen, Preben (2013), s. 131 og Peytz, Henrik (2015), s. 196

⁶⁹ Skatteudvalget 2008-09 bilag 41 til L 202, s. 24

skatterettens begreber skal fortolkes.⁷⁰ Sagen analyseres kort med henblik på at vurdere, hvorvidt der er sammenhæng mellem begreberne *erhvervsmæssig virksomhed* og *reel økonomisk virksomhed*.

Twisten i sagen angik, hvorvidt et nystiftet holdingselskab kunne foretage visse fradrag i forbindelse med stiftelsen af selskabet. Højesteret undersøgte først selskabslovgivningen, og kom frem til at et holdingselskab ifølge disse regler, udøver erhvervsmæssig virksomhed. Herefter fastslog Højesteret, at holdingselskaber også skattemæssigt anses som erhvervsdrivende, med de pligter og rettigheder dette indebærer. Skatteministeren har efterfølgende udtalt, at selskabets reelle økonomiske virksomhed skal vedrøre aktiebesiddelsen, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt blot at eje aktierne, selvom ejerskabet af aktierne er tilstrækkeligt til, at selskabet betragtes som erhvervsdrivende.⁷¹

Det følger af ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2, at aktionærer er direkte ejere, såfremt mellemholdingselskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen. Johnson Holding-sagen fastslog derimod, at holdingselskaber er erhvervsdrivende i en skattemæssig kontekst. Det kan hverken efter en ordlydsfortolkning eller formålsfortolkning fastslås, at det er hensigten med ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2, at regulere/vurdere, hvorvidt et selskab er erhvervsdrivende. Formålet med stk. 3, nr. 2 er at sikre mod omgåelse af 10 procentkravet, hvorfor reglen ikke er i strid med Johnson Holding-sagens resultat om, at et holdingselskab generelt er erhvervsdrivende i skattemæssig henseende. Det må derfor vurderes, at Johnson Holding-sagen ikke er i strid med ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2. Johnson Holding-sagen har dermed ikke betydning for anvendelsen eller fortolkningen af reglen om reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen i ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2. Det er dog værd at have in mente, at Johnson Holding-sagen er afsagt med dissens ved Højesteret. Dette medfører, at retstilstanden på nuværende tidspunkt ikke forekommer fuldstændig sikker, hvilket ikke ændrer på afgørelsens præjudikatværdi. Dissensen kan dog indikere en tendens mod en fremtidig ændring af retsopfattelsen.⁷²

⁷⁰ Hansen Friis, Søren og Krenchel, Jens Valdemar (2014), s. 44 ff.

⁷¹ Skatteudvalget 2008-09 bilag 41 til L 202, s. 24

⁷² Munk-Hansen, Carsten (2011), s. 164-165

2.3.3 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 3 – Ikke helejet datterselskab

Tredje betingelse i mellemholdingreglen fremgår af stk. 3, nr. 3.: *”Mellemholdingselskabet ejer ikke hele aktiekapitalen i datterselskabet, eller mellemholdingselskabet ejer hele aktiekapitalen i et datterselskab, som ikke er selskabsskattepligtigt eller er fritaget for selskabsskattepligt i Danmark eller udlandet, eller som er hjemmehørende i en stat, hvor den kompetente myndighed ikke skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager”*.

Bestemmelsen blev ændret ved lov nr. 652 af 8. juni 2016. Der foreligger på nuværende tidspunkt kun sparsom retspraksis og litteratur, der kan bidrage til beskrivelse af reglens anvendelsesfunktion.

Såfremt holdingselskabet ejer hele aktiekapitalen i et datterselskab, anses datterselskabsaktierne ikke for at være direkte ejet af holdingselskabets aktionærer. Dette skyldes, at mellemholdingreglen skal værne mod, at aktionærer omgår 10 procentkravet ved, at pulje deres aktier i omvendte juletræskonstruktioner. I de tilfælde, hvor mellemholdingselskabet ejer det underliggende selskab med 100 pct. af selskabskapitalen, kan mellemholdingselskabet derfor ikke øge ejerandelen ved at pulje aktierne i et mellemholdingselskab.⁷³ For at være omfattet af mellemholdingreglen, skal mellemholdingselskabet derfor som hovedregel eje mindre end 100 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet.

Der gælder dog følgende to undtagelser til hovedreglen: **For det første**, er et mellemholdingselskab omfattet af mellemholdingreglen i de tilfælde, hvor mellemholdingselskabet ejer 100 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, og samtidig ikke er selskabsskattepligtigt, eller er fritaget for selskabsskattepligt i Danmark eller udlandet. **For det andet**, er mellemholdingselskabet omfattet af mellemholdingreglen, såfremt det ejer hele aktiekapitalen i datterselskabet, og er hjemmehørende i en stat uden for Danmark,

⁷³ Peytz, Henrik (2015), s. 201

der ikke udveksler skatteoplysninger efter en DBO, international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager.

Det er usikkert, hvad begrebet *udveksling af skatteoplysninger* omfatter. Bestemmelsen er dog så bredt formuleret, at udveksling af skatteoplysninger må omfatte stort set alle skatteoplysninger, der *efter aftale* udveksles mellem to stater. Det kan tænkes, at de danske skattemyndigheder kan komme i besiddelse af et selskabs skatteoplysninger fra et andet land, uden at disse oplysninger fremskaffes på baggrund af en bilateral aftale. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt dette kan defineres som værende en *udveksling af skatteoplysninger* efter aftale mellem to stater. Som følge af legalitetsprincippet, kræves udtrykkelig lovhjemmel i forhold til myndigheders afgørelser, herunder gælder begrænsningen i GRL § 43.⁷⁴ Det forekommer derfor usikkert, hvorvidt rene tilfældighedsfund og lignende af et selskabs skatteoplysninger er omfattet af bestemmelsens rækkevidde.

For at sikre den effektive håndhævelse af EU-samarbejdet, er Danmark forpligtiget til at overholde direktivet om administrativt samarbejde på beskatningsområdet,⁷⁵ samt inddrivelsesdirektivet,⁷⁶ hvilket taler for at udveksling af oplysninger efter disse direktiver bør være omfattet af begrebet *udveksling af skatteoplysninger*, uanset dette ikke fremgår af bestemmelsens ordlyd. Begrebet *udveksling af skatteoplysninger*, må omfatte udveksling af skatteoplysninger efter aftale mellem Danmark og en udenlandsk stat. Disse oplysninger omfatter alle relevante skatteoplysninger til brug for den administrative skattebehandling af selskabet. Der må naturligvis være begrænsninger i hvilke oplysninger, der gyldigt kan udveksles og ligges til grund i en skattesag. Oplysninger der er irrelevante og særlig bebyrdende (ikke økonomisk) for skatteyderen, bør derfor ikke indgå i vurderingen af, hvorvidt der er udvekslet skatteoplysninger. Eksempelvis vil erhvervshemmeligheder og rent private oplysninger uden relevans for skattesagen være undtaget, hvilket er i overensstemmelse med de almindelige forvaltningsretlige principper.⁷⁷

⁷⁴ Bønsing, Sten (2013), s. 286

⁷⁵ Direktiv 2011/16/EU

⁷⁶ Direktiv 2010/24/EU

⁷⁷ Bønsing, Sten (2013), s. 145

2.3.4 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 4 – Unoterede aktier

Mellemholdingreglens fjerde betingelse fremgår af stk. 3, nr. 4. Bestemmelsens ordlyd er som følger: *”Aktierne i mellemholdingselskabet er ikke optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet”*.

Mellemholdingselskaber er ikke omfattet af mellemholdingreglen, såfremt dets aktier kan handles på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet. Der skal sondres mellem henholdsvis begreberne *reguleret marked* og *multilateral handelsfacilitet*. Et reguleret marked udgør den primære markedsplads, hvorpå multilaterale handelsfaciliteter udbyder køb og salg af finansielle instrumenter. Nasdaq OMX Copenhagen A/S driver den primære markedsplads i Danmark. Herpå agerer eksempelvis First North, som formidler køb og salg af finansielle instrumenter.⁷⁸ Værdipapirhandelslovens (VPL) § 16, stk. 1, der implementerer MiFID-direktivets art. 4 stk. 1, nr. 14, indeholder en definition af et reguleret marked.⁷⁹ For en oversigt over de regulerede markeder, henholdsvis inden for og uden for EU/EØS, skal der henvises til SKATs vejledning.⁸⁰ Det følger af vejledningen, at en *Over The Counter-børs* (OTC) ikke er et reguleret marked. En OTC er kendetegnet ved, at markedet er decentraliseret uden en fysisk lokation. Mellemholdingselskabet vil derfor være omfattet af betingelsen i nr. 4, såfremt aktierne handles mellem markedsdeltagere uden om en offentligt reguleret børs.

2.3.5 ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5 – Majoritetskravet

I stk. 3, nr. 5 findes mellemholdingreglens femte betingelse: *”Mere end 50 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet ejes direkte eller indirekte af selskaber m.v. som nævnt i 1. pkt., som ikke ville kunne modtage udbytter skattefrit ved direkte ejerskab af aktierne i det enkelte datterselskab”*.

⁷⁸ Banner-Voigt, Erik og Underbjerg Poulsen, Preben (2013), s. 51 og 133

⁷⁹ Direktiv 2004/39/EF

⁸⁰ C.B.2.1.1.20 Forklaring af et reguleret marked

Det har i praksis vist sig at være ganske svært at håndtere 50 procentreglen - *majoritetsbestemmelsen*, og herunder hvordan reglen om henholdsvis direkte og indirekte ejerskab skal anvendes.⁸¹ Bestemmelsen blev senest ændret med lov nr. 254 af 30. marts 2011, hvori reglerne blev præciseret for udenlandske selskabsaktionærer. De nye regler medfører, at der ved vurdering af majoritetsbestemmelsen skal medregnes udenlandske selskabsaktionærers aktiebeholdninger, såfremt de sambeskattes, jf. SEL § 31 A eller CFC-beskattes, jf. SEL § 32, eller LL § 16 H. Herudover gælder, at såfremt aktierne er tillagt udbyttepræferencer, skal beregningen af majoritetsbestemmelsen foretages efter reglen i ABL § 4 A, stk. 5.

Mellemholdingreglen finder kun anvendelse i tilfælde, hvor den/de øverste aktionærer ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det umiddelbart underliggende selskab - også betegnet som *moder-/datterselskabsforholdet*. Ifølge nr. 5 gælder endvidere, at selskabsaktionærerne skal eje mere end 50 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet. Ejerskabet på de 50 pct. kan enten opnås ved direkte eller indirekte ejerskab. Herudover skal disse aktionærer ikke kunne modtage skattefrie udbyttebetalinger ved direkte ejerskab af datterselskabsaktierne.

Mere end 50 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet ejes direkte eller indirekte af selskaber omfattet af ABL § 4 A, stk. 3, 1. pkt.

Den første vurdering der skal foretages efter bestemmelsen er, hvorvidt mere end 50 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet ejes direkte eller indirekte af selskaber omfattet af ABL § 4 A, stk. 3, 1. pkt.

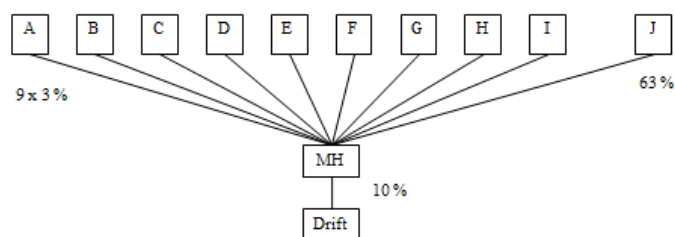
Da reglerne som ovenfor nævnt er svære at håndtere, har SKAT ved adskillige lejligheder afgivet bindende svar vedrørende fortolkningen af reglen. Som et eksempel på hvorledes majoritetsbestemmelsen kan give anledning til misforståelser, er Skatterådets bindende svar af 15. december 2009 af særlig relevans.⁸² Det spørgende selskab A ApS havde investeret mere end 50 pct. af sine aktiver i andet end datterselskabsaktier. A ApS påtænkte

⁸¹ SKM2009.796.SR, SKM2015.199.SR, SKM2010.361.SR, SKM 2010.654.SR, SKM2010.410.SR, SKM2010.631.SR, SKM2010.538.SR, SKM2010.35.SR, SKM2010.65.SR, SKM2010.4.SR, SKM2010.36.SR, SKM2011.725.SR, SKM2009.718.SR og SKM2010.10.SR

⁸² SKM 2009.796.SR

fremadrettet, at investere i datterselskabsaktier, dog således at selskabets investeringer i datter- og koncernselskabsaktier altid ville udgøre mindre end 50 pct. af A ApS samlede aktiver. A ApS var i tvivl om, hvorvidt selskabet var omfattet af værnsreglen på trods af, at dets investering i datterselskabsaktier udgjorde mindre end 50 pct. af dets samlede aktiver. Skatterådet udtalte, at lovforarbejderne ikke indeholdt en henvisning til en sådan 50 procentregel, hvorefter et selskab ikke skulle være omfattet af værnsreglen såfremt det pågældende selskab har investeret mere end 50 pct. af dets aktiver i andet end datter- og koncernselskabsaktier. Skatterådet fastslog, at der i stedet skal foretages en konkret vurdering af mellemholdingselskabets primære funktion, samt faktiske og reelle forhold. I samme forbindelse nævnte Skatterådet, at der kan inddrages en vurdering af selskabets aktivitet vedrørende henholdsvis datterselskabsaktier og porteføljeaktier, samt disse aktiers volumen og afkast.⁸³

Nedenfor i figurerne 2 og 3 gennemgås to forskellige selskabskonstruktioner med henblik på at klarlægge, under hvilke betingelser majoritetskravet kan siges at være opfyldt. I figur 2 ses en selskabskonstruktion, hvori selskab J opfylder betingelsen i nr. 5, idet selskab J ejer 63 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet MH og derigennem 6,3 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet Drift.



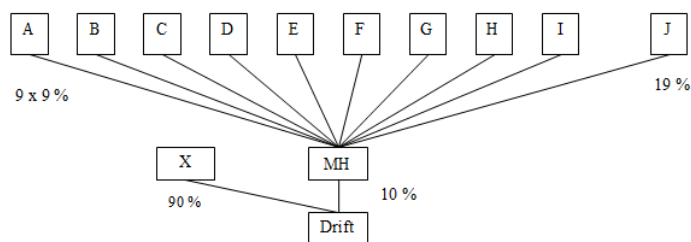
* Figur 2

Mellemholdingreglen medfører, at aktierne i datterselskabet skal anses for direkte ejet af moderselskabets aktionærer. Dette medfører, at selskaberne A-I anses for at eje aktierne i datterselskabet Drift direkte. Dette på trods af, at det alene er selskab J, der opfylder 50

⁸³ Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202, s. 20

procentkravet. Det er selskaberne A-I, der anses som direkte aktionærer i Drift, og ikke A-I's moderselskabsaktionærer. Skatterådet har tidligere bekræftet, at der ved vurderingen af hvorvidt mere end 50 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet ejes direkte eller indirekte, skal medregnes både direkte samt indirekte ejerandele i eventuelle holdingselskaber.⁸⁴

I figur 3 fremgår et eksempel, hvor Skatteministeriet fastslår, at betingelserne i nr. 5 ikke er opfyldt.⁸⁵ I eksemplet er det kun selskab J, der ejer 10 pct. eller mere af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet MH, og derfor ville kunne modtage skattefrit udbytte fra MH. Bestemmelsens nr. 5 kræver, at mere end 50 pct. af aktionærerne i mellemholdingselskabet umiddelbart opfylder betingelsen for at kunne modtage skattefrie udbytter fra mellemholdingselskabet. Dette krav er ikke opfyldt, da ingen aktionærer ejer mere end 50 pct. af MH.



* Figur 3

Som det ses af figur 2 og 3, vil selskabsaktionærerne ikke være omfattet af reglen i stk. 3, nr. 5 i de tilfælde, hvor de ejer mindre end 50 pct. af selskabskapitalen i mellemholdingselskabet.

Som konsekvens af reglen i nr. 5, vil der eksempelvis kunne opstå tilfælde, hvorved en aktionær (A) i mellemholdingselskabet oprindeligt har 40 pct. af selskabskapitalen, og ingen andre aktionærer har mere end 50 pct. af selskabskapitalen. Ingen af mellemholdingselskabets aktionærer vil derfor være omfattet af nr. 5. Problemet opstår efterfølgende, såfremt A senere opkøber 11 pct. af selskabskapitalen i mellemholdingselskabet, og derved opnår en ejerbesiddelse på 51 pct. Herved vil alle aktionærer i mellemholdingselskabet blive omfattet af majoritetskravet i nr. 5. Således får

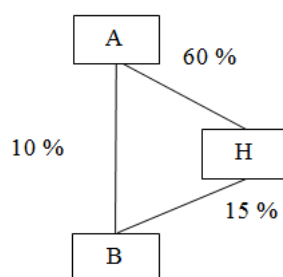
⁸⁴ SKM 2010.361.SR og SKM 2010.10.SR

⁸⁵ SKM 2010.203.DEP, eksempel F

en enkelt aktionærs dispositioner skattemæssige konsekvenser for de øvrige aktionærer, hvilket ikke forekommer hensigtsmæssigt.

Ikke muligt at modtage skattefrie udbytter ved direkte ejerskab af aktierne i det enkelte datterselskab

Der skal ved den anden vurdering i bestemmelsens nr. 5 undersøges om moderselskabet ejer mindst 10 pct. af selskabskapitalen i datterselskabet. Som følge af stk. 3, nr. 5 skal mere end 50 pct. af selskabskapitalen i mellemholdingselskabet ejes af selskaber, der direkte eller indirekte kan modtage skattefrit udbytte fra det udloddende datterselskab. Nedenfor i figur 4 fremgår et eksempel, hvori betingelsen om at kunne opnå skattefrie udbytter ikke er opfyldt.⁸⁶ Selskab A ejer 60 pct. af selskabskapitalen i holdingselskabet H. Holdingselskabet ejer 15 pct. af selskabskapitalen i selskab B. A ejer dermed indirekte 9 pct. af selskabskapitalen i B. Herudover ejer A ved direkte ejerskab 10 pct. af selskabskapitalen i B.



* Figur 4

Der skal ved vurdering af, hvorvidt selskabet kan modtage skattefrit udbytte fra datterselskabet B, foretages en konkret vurdering af det enkelte led selskaberne imellem. For at afgøre hvorvidt selskabsstrukturen er omfattet af værnsreglen, skal der med andre ord foretages en vurdering nede fra og op, samt led for led.⁸⁷ Denne vurdering foretages nede fra datterselskabet B og op gennem selskabskonstruktionen. Selskab A har ved

⁸⁶ Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202, s.27

⁸⁷ Ibid., s. 9

direkte ejerskab 10 pct. af selskabskapitalen i datterselskab B, og kan derfor modtage skattefrit udbytte, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. A ejer yderligere, via holdingselskabet, indirekte 9 pct. i B. Ved at sammenlægge de 9 pct. med de 10 pct., vil A kunne siges at eje 19 pct. i B, såfremt hele selskabskapitalen var ejet direkte. Dette medfører, at A skattefrit vil kunne modtage udbyttet for de 19 pct. i alt. Da A dermed kan modtage skattefrit udbytte for både datterselskabet B samt fra holdingselskabet, vil A ikke være omfattet af bestemmelsen i nr. 5. Aktierne skal i følge reglen ses i forhold til de øverste selskabsaktionærs samlede aktiebesiddelse i driftselskabet/datterselskabet.⁸⁸ I ovenstående tilfælde medfører dette, at A's samlede besiddelse i datterselskabet B udgør 19 pct. Ved opgørelsen af kravet i stk. 3, nr. 5 medregnes således både den direkte samt indirekte ejerbesiddelse af selskabskapitalen i mellemholdingselskabet. Herudover gælder, at et holdingselskab samlet set kan opnå skattefrihed for datterselskabsudbytter gennem flere selskabsled, blot holdingselskabet gennem ét enkelt led opfylder 10 procentkravet.

Opsummerende kan det på baggrund af ovenstående siges, at der tilsyneladende kan være visse fortolkningsmæssige udfordringer vedrørende stk. 3, nr. 5. Selskabskonstruktioner kan etableres på mange forskellige måder, og derfor er det langt fra samme vurdering, der skal foretages fra sag til sag. Dette kan i sig selv skabe tvivl om, hvorvidt selskabet er omfattet af bestemmelsen. Den manglende vejledning i bestemmelsens ordlyd gør blot reglerne mindre gennemskuelige, og det fremgår eksempelvis kun af forarbejderne, at vurderinger skal foretages nedefra og op gennem selskabskonstruktionen. Skattemyndighederne har dog forsøgt at imødekomme usikkerheden via fortolkningsbidrag i eksempelvis bindende svar. Der har tidligere været tvivl om beregning af det direkte og indirekte 10 procentkrav. Der bør ikke længere være tvivl om, hvordan dette krav beregnes, da det som nævnt i figur 4 kan forekomme som en relativ simpel beregning. Den største uforudsigelighed for selskaber kan være vurderingen af, om majoritetskravet er opfyldt eller senere bliver opfyldt ved, at en aktionær gennem erhvervelsen af nye kapitalandele kommer over 50 procentgrænsen, og derved alene er skyld i at alle andre aktionærer omfattes af bestemmelsen. Selskabskonstruktioner foretages i stigende grad med grænseoverskridende aktiviteter og etableringer, hvilket har medført en større kompleksitet i selskabskonstruktionerne. Dette bør ikke kunne legitimere skatteregler, der rammer så vilkårligt som eksempelvis ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5, da det forekommer

⁸⁸ SKM2009.718.SR

uhensigtsmæssigt i forhold til retssikkerheden, at selskaber ikke kan forudsige de skattemæssige konsekvenser af andre aktionærs fremtidige dispositioner.

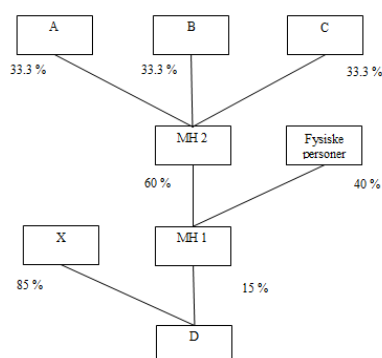
2.4 ABL § 4 A, stk. 4 – Beskatning af den øverste aktionær

Bestemmelsen i stk. 4 blev indsat ved lov nr. 254 af 30. marts 2011. Bestemmelsen præciserer, at de øverste selskabsaktionærer bliver anset som skattepligtige, såfremt de er omfattet af mellemholdingreglen. Bestemmelsen har følgende ordlyd: *”Hvis de samme aktier som følge af stk. 3 ejes direkte af flere selskabsaktionærer omfattet af stk. 3, 1. pkt., anses aktierne for ejet direkte af den øverste aktionær”*.

Såfremt selskabskapitalen i datterselskabet ejes direkte af flere selskabsaktionærer, anses kapitalandelene som værende direkte ejet af de øverste selskabsaktionærer. Vurderingen af det direkte ejerskab af kapitalandelene i datterselskabet skal foretages i overensstemmelse med ABL § 4 A, stk. 3, 1. pkt. Direkte ejerskab forudsætter derfor, at moderselskabets aktionærer er omfattet af SEL §§ 1, 2, stk. 1, litra a, eller 31 A eller 32, fondsbeskatningslovens (FBL) § 1 eller LL § 16 H, og som i ethvert led mellem aktionæren og mellemholdingselskabet ejer mindst 10 pct. af selskabskapitalen i det underliggende selskab.

I figur 5 gives et eksempel på mellemholdingreglens anvendelse i forhold til stk. 4.⁸⁹ MH 1 der er mellemholdingselskab, ejer 15 pct. af selskabskapitalen i driftselskabet D. Herudover ejer X de resterende 85 pct. af selskabskapitalen i D. 40 pct. af selskabskapitalen i MH 1 ejes af personlige aktionærer. De resterende 60 pct. af selskabskapitalen i MH 1 ejes af mellemholdingselskabet MH 2. Selskabsaktionærene A, B og C ejer hver 33,3 pct. af selskabskapitalen i MH 2.

⁸⁹ Skatteudvalget 2010-11, bilag 2 til L 84, s. 36



* Figur 5

Som konsekvens af reglen i stk. 4, bortfalder MH 2's direkte ejerskab af selskabskapitalen i D. Selskabsaktionærene A, B og C anses derfor som værende direkte ejere af 3 pct. af selskabskapitalen i D. Konsekvensen ved at ifalde direkte ejerskab er dermed, at selskabsaktionærene bliver direkte beskattet af udbyttebetalingen fra drift til mellemholdingselskabet.

2.5 ABL § 4 A, stk. 5 – Kapitalandele med udbyttepræferencer

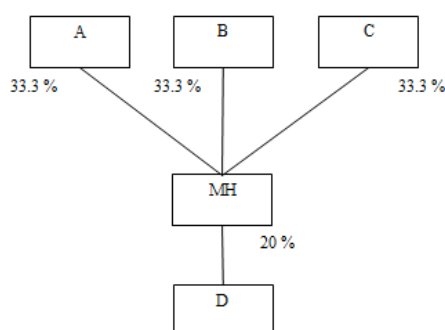
Ved lov nr. 254 af 30. marts 2011 blev stk. 5 indsat i § 4 A. Reglen i stk. 5 er indført med henblik på at hindre en omgåelse af mellemholdingreglen i § 4 A, stk. 3, ved aftale om udbytteskævdning.⁹⁰ Bestemmelsen har følgende ordlyd: ”Hvis aktierne ejet af selskabsaktionærer som nævnt i stk. 3, nr. 5, er tillagt udbyttepræference, medregnes følgende aktiebesiddelser i mellemholdingselskabet ved opgørelsen i stk. 3, nr. 5:

- 1) Aktiebesiddelser tilhørende personlige aktionærer med bestemmende indflydelse, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6, i selskabsaktionæren.
- 2) Aktiebesiddelser tilhørende personer, der er nærtstående til de personlige aktionærer, jf. ligningslovens § 16 H.
- 3) Porteføljeaktiebesiddelser tilhørende selskaber m.v., hvorover personkredsen nævnt i nr. 1 og 2 har bestemmende indflydelse, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6.

⁹⁰ Ibid., s. 36-37

4) Porteføljeaktiebesiddelser tilhørende fonde m.v. stiftet af personkredsen nævnt i nr. 1 og 2, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6”.

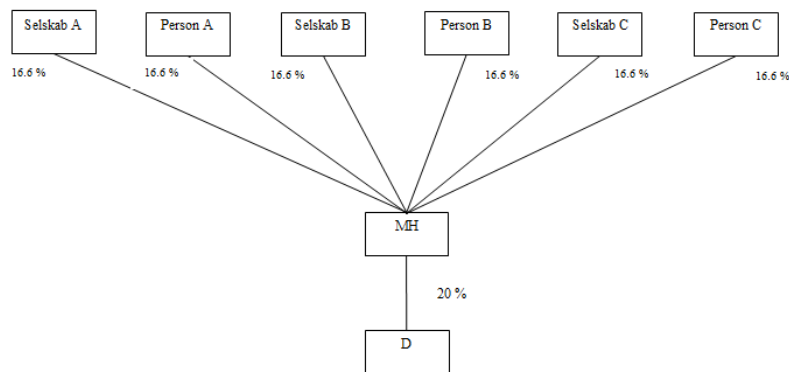
Af figurerne 6 og 7 fremgår eksempler, hvorved mellemholdingreglen ville kunne omgås, såfremt stk. 5 ikke værnede mod omgåelseskonstruktioner.⁹¹ Figur 6 viser en selskabskonstruktion, hvor mellemholdingselskabet MH ejer 20 pct. af selskabskapitalen i driftselskabet D. MH ejes af selskaberne A, B og C, der hver ejer 33,3 pct. af selskabskapitalen i MH. Herved ejer selskaberne A, B og C hver 6,6 pct. af selskabskapitalen direkte i D.



* Figur 6

Såfremt stk. 5 ikke værnede mod omgåelse af mellemholdingreglen, ville man kunne opdele selskabskapitalen i selskaberne A, B og C i to aktieklasser. Herefter kunne de personlige aktionærer i A, B og C eje 50 pct. af selskabskapitalen i mellemholdingselskabet MH, uden at have ret til udbytte i MH. Dette vil medføre, at selskaberne A, B og C ejer den resterende selskabskapital i MH og er tillagt udbytterettighederne, i modsætning til de personlige aktionærer. Som det fremgår af figur 7 vil dette medføre følgende konstruktion.

⁹¹ Ibid.



* Figur 7

Herved ejes 50 pct. af selskabskapitalen i MH af selskaber. For at være omfattet af mellemholdingreglen er det en forudsætning, jf. § 4 A, stk. 3, nr. 5, at mere end 50 pct. af selskabskapitalen i mellemholdingselskabet ejes af *selskaber*, der er skattepligtige, og som ikke ville kunne modtage skattefrit udbytte fra driftselskabet.

Sådanne omgåelseskonstruktioner med udbytteskævdeling kan som følge af § 4 A, stk. 5 ikke lade sig gøre, da fysiske personers aktiebesiddelser medregnes, såfremt disse personer har bestemmende indflydelse i selskaber, der direkte eller indirekte ejer mellemholdingselskabet. Hertil medregnes også aktiebesiddelser fra disse fysiske personers selskaber samt nærtstående. Bestemmelsen i stk. 5 understøtter skattemyndighedernes mulighed for at anlægge en realitetsbetragtning af selskabskonstruktionen. Da selskabskonstruktionernes formelle iklædning ikke anerkendes, sikres mellemholdingreglens effektive funktion. Det forekommer på denne baggrund rimeligt, at skattemyndighederne har mulighed for at tilsidesætte en sådan konstruktion.

2.6 LL §§ 3, stk. 1 og 2 – Generalklausulen mod misbrug (omgåelsesklausulen)

Bestemmelserne i LL §§ 3, stk. 1 og 2 implementerer misbrugsbestemmelsen fra MDDs artikel 1, stk. 2, hvorfor bestemmelsen har relevans for nærværende speciales problemformulering.

LL § 3 er indsat ved lov nr. 540 af 29. april 2015, og fungerer som en omgåelsesklausul virkende mod misbrug af fordelene i henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet, fusionsskattedirektivet og de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. LL § 3, stk. 1 har følgende ordlyd: ”**Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater og direktiv 2009/133/EF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater som implementeret i dansk lovgivning, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele**”. (egen fremhævning).

LL § 3, stk. 2 indeholder en uddybende forklaring til bestemmelsens stk. 1.: ”Ved anvendelsen af stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed”.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at omgåelsesklausulen skal have størst mulig effektivitet, hvorfor reglen både skal imødegå et arrangement i dets helhed, der ikke er reelt, eller enkelte dele af arrangementet der ikke er reelle. En sådan vurdering vil samtidig opfylde proportionalitetsprincippet samt de almindelige krav om objektivitet.⁹²

Den konstante udvikling inden for skatteretten har medført, at selskaber til stadighed forsøger at optimere deres skattebetaling. Som følge af udviklingen kan være vanskeligt at fastslå, hvornår et selskab foretager lovlig skatteplanlægning eller, hvornår et arrangement udgør misbrug af skattereglerne. Det kan derfor være svært for skatteydere såvel som skattemyndigheder at fastslå, hvornår et arrangement er baseret på *velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed*.

⁹² L 167 af 20. marts 2015 – fremsat af Benny Engelbrecht

Den danske omgåelsesklausul er bredt udformet, da den virker som omgåelsesklausul for tre forskellige direktiver. På trods af dette indeholder omgåelsesklausulen en (tæt på) ordret implementering af misbrugsbestemmelsen i MDD. Ved vurderingen af hvorvidt et arrangement udgør misbrug, bør bestemmelserne i LL §§ 3, stk. 1 og 2 derfor fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis vedrørende misbrug af skattefordele, som eksempelvis i sag C-196/04 Cadbury Schweppes. Der vil derfor foreligge misbrug i de tilfælde, hvor et arrangement eller en serie af arrangementer søger at opnå en uberettiget skattefordel, der er i strid med direktivernes formål om undgåelse af dobbeltbeskatning samt dobbelt ikke-beskatning. LL §§ 3, stk. 1 og 2 medfører derfor, at selskaber bliver vurderet som kunstige konstruktioner og som værende skattepligtige i de tilfælde, hvor selskaberne er struktureret på en sådan måde, at de ud af til synes at opfylde de formelle betingelser for opnåelse af eventuelle skattefordele, mens de reelt kun er etableret med henblik på opnåelsen af skattefordelen, og dermed ikke afspejler den reelle økonomisk virkelighed.

ABL § 4 A, stk. 3 har indført den såkaldte mellemholdingregel, der regulerer misbrug af fordelene ved skattefri udbyttebetalinger fra datterselskaber til moderselskaber, hvilket tilsyneladende efterlader et begrænset anvendelsesområde for LL §§ 3, stk. 1 og 2 i forhold til skattefriheden for datterselskabsudbytter, jf. MDDs artikel 1, stk. 2. Det forudsættes på baggrund heraf, at LL §§ 3, stk. 1 og 2 alene har virkning som en generalklausul, der skal modvirke misbrug af direktivernes fordele.

Uanset om mellemholdingreglen skal fortolkes i overensstemmelse med LL §§ 3, stk. 1 og 2, er det som følger i afsnit 3.1.2 rimeligt at antage, at mellemholdingreglen har hjemmelsgrundlag i MDDs art. 1, stk. 4. Anvendelsen samt fortolkningen af mellemholdingreglen skal derfor være i overensstemmelse med EU-rettens almindelige misbrugsprincip samt EU-Domstolens praksis vedrørende misbrug og samtidig overholde betingelsen om ikke at have karakter af en generel værnsregel. Det forudsættes derfor, at give samme fortolkningsresultat, uanset om mellemholdingreglen skal fortolkes i overensstemmelse med LL §§ 3, stk. 1 og 2 eller misbrugsbestemmelsen i MDD. En nærmere vurdering af reglernes indbyrdes forhold ligger uden for dette speciales rammer, hvorfor problemstillingen ikke forfølges nærmere.

2.7 Opsummering af mellemholdingreglen

Sammenfattende kan det fastslås, at mellemholdingreglen umiddelbart syntes at virke som en generel værnsregel, da selskaber omfattes af reglen, blot de objektive konstaterbare betingelser i ABL § 4 A, stk. 3 er til stede. Det kan dog i praksis være svært at fastslå hvornår sådanne betingelser er til stede, da bestemmelsen grundet dens uklarhed, giver anledning til en række tvivlsspørgsmål.

Der er særlige tvivlsspørgsmål vedrørende begreberne *primære funktion* og *reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen*. Denne usikkerhed forekommer u hensigtsmæssig, da selskaber ikke på forhånd, vil kunne forudse deres skattemæssige retsstilling. I tvivlstilfælde er det som hovedregel skattemyndighederne, der skal belyse sagen tilstrækkeligt, førend de træffer afgørelse. Der kan dog forekomme særlige tilfælde, hvor det er mest rimeligt, at det er mellemholdingselskabet der selv skal belyse sagen. Det må antages at dette alene gælder tilfælde, hvor mellemholdingselskabet ikke burde have vanskeligheder, ved at føre en sådan dokumentation. Uanset dette bør mellemholdingselskabets aktionærer altid have mulighed for at kunne dokumentere at der tale om en reel konstruktion.⁹³ Selskaberne vil i tvivlstilfælde kunne indhente bindende svar fra SKAT. Det antages at EU-Domstolen ikke vil acceptere lange sagsbehandlingstider, da dette muligvis vil udgøre en restriktion i forhold til etableringsretten. Slutteligt skal det bemærkes, at mellemholdingreglen kan få en u hensigtsmæssig virkning i de tilfælde, hvor en enkelt aktionær gennem opkøb af aktier opnår en ejerbesiddelse på mere end 50 pct. i mellemholdingselskabet, hvilket medfører at de øvrige aktionærer bliver omfattet af mellemholdingreglen.

⁹³ C-254/97, præmis 19

Del III

3.1 Moder-/datterselskabsdirektivet – Indledning

I del III redegøres og analyseres misbrugsbestemmelsen i MDDs art. 1, stk. 2. Herefter undersøges, hvorvidt MDDs art. 1, stk. 4 kan udgøre det EU-retlige hjemmelsgrundlag for mellemholdingreglen. Herefter inddrages EU-Domstolens praksis vedrørende nationale værnsregler der skal bekæmpe misbrug af EU-rettens fordele. Del III udgør dermed en væsentlig forudsætning for besvarelsen af specialets problemformulering: *Er anvendelsen af mellemholdingreglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3 i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2, herunder misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler som fortolket af EU-Domstolen?*

MDD udgør harmoniserede skatteregler, som sikrer en ensartet beskatningsordning for moder- og datterselskaber i Den Europæiske Union. Det er hensigten med direktivet, at fritage moderselskaber for dobbeltbeskatning samt betaling af kildeskat i forhold til udbyttebetalinger fra datterselskaber.⁹⁴ For så vidt angår reglerne om skattefrie datterselskabsudbytter, jf. MDD, er dette implementeret i dansk ret i bestemmelserne i SEL §§ 2, stk. 1, litra c, og 13, stk. 1, nr. 2, samt kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6.

EU's medlemsstater har i mange år forsøgt at skabe værnsregler mod selskabskonstruktioner, der misbruger rettighederne i den primære og sekundære EU-ret. Det kan imidlertid være uklart, hvornår der er tale om lovlig skatteplanlægning eller ulovlig misbrug, samt begrebernes anvendelse og styrke.⁹⁵ Uanset denne uklarhed gælder der et misbrugsbegreb, både som et EU-retligt grundprincip og et lovgivet princip.⁹⁶ Det EU-retlige grundprincip om misbrug udspringer af EU-Domstolens praksis, hvoraf der gælder et EU-retligt misbrugsbegreb, som giver medlemsstater mulighed for at værne mod

⁹⁴ Direktiv 2015/121, præambel 1

⁹⁵ Rønfeldt (2015), s. 167

⁹⁶ Ibid., s. 169

ulovlig misbrug af skattefordele. Det lovgivet misbrugsbegreb findes i rente og royaltidirektivet, fusionsskattedirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet.

I afsnittet nedenfor analyseres MDDs art. 1, stk. 2, med henblik på at fastslå misbrugsbestemmelsens anvendelsesområde, samt hvorvidt der gælder en fortolkningsforpligtigelse i forhold til EU-Domstolens afgørelser. Efterfølgende vurderes det i afsnit 3.1.2, hvorvidt mellemholdingreglen i ABL § 4 A, stk. 3 kan antages, at have hjemmel i MDDs art. 1, stk. 4. I afsnit 3.2 analyseres EU-Domstolens praksis i forhold til misbrug, hvorefter der opsummeres i afsnit 3.3.

3.1.1 Art. 1, stk. 2 og 3: Misbrugsbestemmelsen

Misbrugsbestemmelsen i MDDs art. 1, stk. 2 skal sikre mod, at direktivets fordele ikke udnyttes gennem misbrug og samtidig sikre større sammenhæng i anvendelsen af misbrugsregler i de forskellige medlemsstater.⁹⁷ Misbrugsbestemmelsen medfører, at de danske skattemyndigheder kun kan nægte en skattefordel, der opnås i Danmark. I de tilfælde hvor misbruget medfører en fordel i en anden medlemsstat, har de danske skattemyndigheder derfor ingen beføjelser.

Den tidligere misbrugsbestemmelse i direktiv 2011/96/EU var uklar, og skabte anledning til forvirring for både skatteydere og skattemyndigheder, hvilket skabte smuthuller i de forskellige nationale skattesystemer. Med henblik på at skabe en fælles standard for bekæmpelse af misbrug, blev der i 2015 vedtaget en ændring af misbrugsbestemmelsen,⁹⁸ så den nu har følgende ordlyd: *"I direktiv 2011/96/EU erstattes artikel 1, stk. 2, af følgende stykker:*

»2. Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med dette direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

⁹⁷ Direktiv 2015/121, præambel 5

⁹⁸ 52013PC0814

Det ses af stk. 2, at der er fire betingelser der skal være opfyldt førend en medlemsstat gyldigt kan nægte fordelene i MDD. De fire betingelser gennemgås umiddelbart nedenfor.

For det første skal der være tale om et arrangement eller en serie af arrangementer. Det fremgår hverken af bestemmelsens ordlyd eller af præamblen, hvad der skal forstå ved arrangement eller serie af arrangementer. Europa-Kommissionen har i dens henstilling af 6. december 2012 om *aggressiv skatteplanlægning/General Anti-Abuse Rule*, fortolket begrebet *arrangement* som: ”*enhver transaktion, plan, handling, operation, aftale, tildeling, forståelse, løfte, tilsagn eller begivenhed*”. Samt at ”*Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele*”.⁹⁹

Med henblik på, at fastlægge begreberne *arrangement eller serie af arrangementer*, kan der søges fortolkningsbidrag i henholdsvis den engelske og tyske udgave af MDDs misbrugsbestemmelse. Efter en oversættelse af den engelske version kan det konstateres, at den er sammenlignelig med den danske version, da de engelske begreber ikke kan tillægges en anden betydning i forhold til den danske version. Derimod kan den tyske version af MDDs art. 1, stk. 2 udgør et relevant fortolkningsbidrag, da ordlyden efter en oversættelse er anderledes end den danske. Den tyske version fastslår, at der skal foretages en vurdering af alle relevante faktiske omstændigheder. Det interessante i denne sammenhæng er, at den tyske udgave forekommer mere præcis i forhold til, hvilke selskabskonstruktioner, der kan være omfattet af bestemmelsen i forhold til det danske begreb *arrangement*. Den tyske version bruger ikke begrebet *arrangement*, men anvender i stedet ordet *Gestaltung*, som kan forstås som design, sekvens eller rækkefølge. I begrebet design ligger, at noget er skabt (arrangementet) ud fra tekniske overvejelser, hvor der kan siges at være en hensigt med at opnå en uberettiget fordel via misbrug af MDD. Med hensyn til ordene sekvens/rækkefølge indikerer de, at der kan være tale om misbrug, såfremt et nyt arrangement er skabt efter et oprindeligt arrangement.

Det kan på baggrund af ovenstående antages, at begrebet *arrangement* skal fortolkes synonymt med begrebet *design, sekvens og rækkefølge*. Heri ligger, at et arrangement skal være skabt ud fra skattemæssige overvejelser, og indgå i en større sammenhæng af selskaber med henblik på uberettiget at opnå en skattefordel i strid med formålet i MDD.

⁹⁹ Kommissionens henstilling af 6. december 2012, om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU), pkt. 4.3

For det andet skal arrangementet have som hovedformål eller et af hovedformålene at opnå en skattefordel. Begrebet *skattefordel* udgør et vidt begreb, som både vil kunne indeholde lovlig skatteplanlægning samt ulovlig skatteunddragelse. Det kan dog med rimelighed antages, at lovlig skatteplanlægning ikke er omfattet af reglen, da det vil modvirke formålet med MDD. Europa-Kommissionen har udtalt, at: *”Der skal ses bort fra et kunstigt arrangement eller en kunstig serie arrangementer, som er tilrettelagt med det hovedformål at undgå beskatning, og som medfører en skattefordel. Skattemæssigt skal myndighederne behandle disse arrangementer ud fra deres reelle økonomiske indhold”*.¹⁰⁰ Det kan derfor antages, at begrebet skattefordel må fortolkes som indeholdende et krav om, at et kunstigt arrangement uden reelt forretningsmæssigt indhold, skal skabe en *uberettiget* skattefordel, der virker mod formålet med MDD. Der skal derfor anlægges en helhedsvurdering af selskabets økonomiske realitet, herunder om selskabet alene er et postkasse- eller skærmselskab.

For det tredje skal skattefordelen stride mod indholdet af eller formålet med MDD, som er at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud fra datterselskaber, for kildeskat og dobbeltbeskatning. Heri ligger et krav om misbrug af skattefordelene i MDD gennem ikke-reelle/kunstige konstruktioner. Det fremgår ikke af præamblen, om der skal ligges vægt på skatteyderens subjektive hensigt. Det vil også i praksis være svært, at fastslå hvornår en skatteyder har til hensigt at opnå en uberettiget skattefordel. Det vil derfor være u hensigtsmæssigt, såfremt det skulle vurderes fra sag til sag, hvad der er skatteyderens intention med et givet arrangement. Det kan dog tænkes, at skatteyderens subjektive hensigt kan bevises gennem indicier, som var tilfældet i EU-Domstolens afgørelse i Kofoed-sagen.¹⁰¹ Europa-Kommissionen har udtalt, at der ved vurderingen alene skal anlægges en objektiv betragtning af, hvorvidt arrangementet hindrer de ellers gældende skatteregler i at finde anvendelse. Det antages derfor, at der ved vurderingen af om skattefordelen strider mod indholdet af eller formålet med MDD, må ligges afgørende vægt på de objektivt konstaterbare omstændigheder i den enkelte sag.

For det fjerde må arrangementet ikke være reelt i forhold til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Der skal ved den fjerde betingelse anlægges en helhedsvurdering, hvor substansen af arrangementet undersøges. Det forekommer ikke helt sikkert, hvordan

¹⁰⁰ Ibid., pkt. 4.2

¹⁰¹ C-321/05

begrebet *reelt/reelle* skal fortolkes. Den tyske version af art. 1, stk. 2 anvender ikke begrebet *reelt/reelle*. I stedet anvendes ordet *unangemessene*, som kan betyde uhensigtsmæssig, urimelig eller uforholdsmæssig. Det uhensigts- og uforholdsmæssige kunne indikere, at et arrangement ikke er reelt såfremt der opnås en skattefordel, som ikke står mål med arrangementets faktiske omstændigheder. Såfremt ordet *unangemessene* skal tolkes som *urimeligt* kan dette indikere, at det vil være urimeligt, såfremt en uberettiget fordel opnås i strid med formålet med MDD. Det kan tænkes, at *reelt/reelle* samt *unangemessene* skal fortolkes synonymt med begrebet *rent kunstig konstruktion*, som det er fastlagt af EU-Domstolen. Til støtte for en sådan fortolkning er det værd at bemærke, at Europa-Kommissionen har udtalt, at kunstige arrangementer skal behandles ud fra deres reelle økonomiske indhold.¹⁰²

Ved vurderingen af arrangementet skal det forretningsmæssige/økonomiske indhold undersøges, herunder hvorvidt arrangementets hovedformål eller et af hovedformålene er at undgå beskatning. Dette er nærmere præciseret i art. 1, stk. 3 der fastslår, at: *"Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele"*, samt at: *"... arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed"*. Det forekommer derfor rimeligt, at der ved vurderingen af et arrangements realitet skal anlægges en konkret vurdering af alle arrangementets aspekter. Herved sikres at det EU-retlige proportionalitetskrav opfyldes.

Det må påhvile den enkelte medlemsstats skattemyndigheder samt domstole at fastlægge, hvorvidt de fire betingelser opfyldes fra sag til sag. Der kan derfor opstå forskellige fortolkninger i medlemsstaterne, hvilket kan medføre usikkerhed for både skatteyderne og skattemyndighederne. Det vil dog i sidste ende være EU-Domstolen, der skal tage stilling til, hvorvidt sådanne fortolkninger er i overensstemmelse med EU-retten.

I de tilfælde hvor et selskab via et ikke-reelt arrangement opnår en uberettiget skattefordel på baggrund af MDD, foreligger der misbrug af direktivets fordele. For så vidt angår misbrugsbegrebet har Rådet udtalt, at det ikke må fortolkes mere vidtgående end det almindelige misbrugsprincip, som fastlagt af EU-Domstolen.¹⁰³ Dette kan tolkes som, at

¹⁰² Kommissionens henstilling af 6. december 2012, om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU), pkt. 4.2

¹⁰³ 52013PC0814, s. 6

der ikke gives medlemsstaterne en fri adgang til en udvidet fortolkning af misbrugsbegrebet, hvilket også er i overensstemmelse med Martin Poulsen betragtninger.¹⁰⁴ Europa-Kommissionen har i forbindelse med ændringen af MDD udtalt, at personer og selskaber ikke via misbrug og svig må drage fordel af EU-rettighederne. Dette skal afspejles af medlemsstaternes lovgivning. Europa-Kommissionen udtalte endvidere, at EU-Domstolens praksis vedrørende misbrug af fordelene i direktiverne skal ligges til grund ved fastlæggelsen af misbrugsbegrebet, hvorefter sagerne C-352/08 Zwijnenburg, C-321/05 Kofoed og C-126/10 Foggia vedrørende fusionsskattedirektivet, har særlig relevans.¹⁰⁵

Det kan derfor med rimelighed formodes, at EU-Domstolens praksis udgør den øverste grænse for, hvad misbrugsbegrebet kan omfatte. Dette er også i overensstemmelse med Rådets udtalelse om, at den gamle misbrugsbestemmelse skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis om misbrug, hvorfor den nye misbrugsbestemmelse også bør fortolkes i overensstemmelse med denne praksis.¹⁰⁶ Den prøvelse som EU-Domstolen foretager ved gyldighedsvurderingen af nationale misbrugsbestemmelser er en vurdering af, om disse er uforenelige med de grundlæggende friheder i traktaten.¹⁰⁷ For så vidt angår misbrug og forenelighed med traktatens frihedsrettigheder, som fortolket af EU-Domstolen, vil dette blive gennemgået i afsnit 3.2.

3.1.2 Art. 1, stk. 4: Hjemmelsgrundlaget for mellemholdingreglen

I dette afsnit skal det vurderes om MDDs art. 1, stk. 4 udgør det EU-retlige hjemmelsgrundlag for mellemholdingreglen i ABL § 4 A, stk. 3.

MDDs art. 1, stk. 2 indeholder en generel misbrugsbestemmelse, som er skabt med henblik på at indføre en minimumsharmonisering i forhold til værnsregler mod misbrug af MDD. Man har fra EU's side indset, at der stadig er behov for at regulere misbrug mere konkret på nationalt plan. I MDDs art. 1, stk. 4, er der derfor mulighed for, at medlemsstaterne kan

¹⁰⁴ SR.2015.0097, s. 3

¹⁰⁵ 52013SC0474, pkt. 2

¹⁰⁶ 52013PC0814, pkt. 3

¹⁰⁷ Ibid.

skabe samt håndhæve nationale værnsregler. Bestemmelsens ordlyd er som følger: ”*Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug*”.

Ved vurdering af om mellemholdingreglen kan siges at have hjemmel i art. 1, stk. 4, skal det undersøges om mellemholdingreglen udgør en intern bestemmelse, der er *nødvendig* for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug, jf. MDD art. 1, stk. 4. Mellemholdingreglen udgør en intern bestemmelse, hvis formål er at værne mod omgåelse af 10 pct. ejerkravet i forhold til at kunne opnå skattefrie udbytter af datterselskabsaktier, gennem omvendte juletræskonstruktioner. Det forudsættes, at omvendte juletræskonstruktioner kan rummes i begreberne *skatteunddragelse, skattesvig og misbrug*, hvorfor mellemholdingreglen tilsyneladende opfylder de umiddelbare betingelser for at kunne have hjemmel i MDD art. 1, stk. 4. Det kan derfor fastslås, at mellemholdingreglen har hjemmel i MDDs art. 1, stk. 4, og dermed skal fortolkes samt håndhæves i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, herunder særligt domstolens praksis i forhold til direktiverne.

3.2 Misbrugsbegrebet og forbuddet mod generelle værnsregler

EU-Domstolens praksis vedrørende misbrugsbegrebet inddrages, da det skal vurderes om mellemholdingreglen er i overensstemmelse med MDDs misbrugsbestemmelse, som skal fortolkes i overensstemmelse med misbrugsbegrebet, som fortolket gennem EU-Domstolens praksis. I afsnit 3.2-3.2.2 undersøges endvidere, i hvilke tilfælde nationale værnsregler gyldigt kan håndhæves af medlemsstaterne, herunder en vurdering af henholdsvis generelle og specifikke værnsregler.

EU-Domstolens praksis har vist, at medlemsstaterne gyldigt kan begrunde en sådan restriktion af de frie bevægeligheder i et forsøg på at sikre mod skatteunddragelse.¹⁰⁸ Medlemsstaterne kan derfor iværksætte nationale værnsregler, der skal hindre, at en given selskabskonstruktion misbruger EU-rettens frihedsrettigheder, via en kunstig konstruktion, der blot er oprettet med henblik på at undgå den normalt skyldige skattebetaling.

¹⁰⁸ Eks. C-264/96, præmis 26 og C-196/04, præmis 71 og 73

Gyldigheden af nationale værneregler er dog betinget af, at lovgivningen opfylder det almindelige proportionalitetsprincip.¹⁰⁹

EU-Domstolen anvender i dens afgørelser begreberne skatteunddragelse, skattesvig og almindeligt misbrug af traktatens rettigheder.¹¹⁰ EU-Domstolen har ikke taget stilling til, hvorvidt begreberne har samme retslige indhold og virkning, men det antages dog, at begreberne er identiske.¹¹¹ I de tilfælde hvor et af begreberne anvendes nedenfor, skal det derfor have i erindring, at begreberne har samme indhold. Som det fremgår af afsnit 3.1, er det svært at fastsætte rammerne for, hvornår der er tale om lovlig skatteplanlægning eller ulovlig misbrug. Det kan siges, at der gælder et generelt misbrugsprincip, hvorefter der er forbud mod misbrug af frihedsrettighederne i TEUF. Herudover gælder der et misbrugsprincip, som udspringer af direktivernes misbrugsbestemmelser. Uanset denne formelle opdeling af misbrugsprincippet, er det dog EU-Domstolen, som gennem dens praksis fastlægger begrebets nærmere indhold. På trods af dette, er misbrugsbegrebets omfang ikke endeligt afklaret af EU-Domstolen, hvilket har medført en udbredt usikkerhed.¹¹² Thomas Rønfeldt har foretaget en grundig undersøgelse af misbrugsbegrebet, hvorefter to betingelser skal være opfyldt, førend der er tale om misbrug.¹¹³ **For det første** gælder ”... at en transaktion, før den kan være udtryk for misbrug, for det første skal ske efterfølgende, det vil sige, at der eksempelvis ”skydes” et selskab ind mellem to eksisterende selskaber, eller mellem fysiske personer og et selskab, som set i sag C-321/05, Hans Markus Kofoed... ” **For det andet** ”... skal den efterfølgende transaktion være kunstig... som eksempelvis var til prøvelse i C-196/04, Cadbury Schweppes”.

I afsnit 3.2.1 behandles den første betingelse, som kræver at der skal være sket en efterfølgende transaktion. Herefter gennemgås anden betingelse i afsnit 3.2.2, hvorefter transaktionen skal være kunstig.

¹⁰⁹ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 172

¹¹⁰ C-524/04, C-321/05 og C-436/00

¹¹¹ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 179

¹¹² Eks. SR.2015.0097 af Martin Poulsen, s. 1 og Stokholm, Jeppe (2008), s. 95 ff.

¹¹³ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 206

3.2.1 Efterfølgende transaktion

I de tilfælde hvor EU-Domstolen er kommet frem til, at der foreligger misbrug, er der sket en efterfølgende transaktion. I visse tilfælde er dette sket via indskydelse af et selskab mellem fysiske personer og et selskab. Et godt eksempel på dette ses i Kofoed-sagen, der omhandlede fusionsskattedirektivet.¹¹⁴ Hans Markus Kofoed og Niels Toft (K og T) ejede hele selskabskapitalen i det danske selskab Cosmopolit. K og T stiftede det irske selskab Dooralong d. 26. oktober 1993, og tre dage senere foretog de ombytning af anparterne i Cosmopolit med de nyudstedte aktier i Dooralong. Aktieombytningen medførte, at Dooralong blev mellemholdingselskab og derved opnåede K og T en nedsættelse af skattebetalingen ved den senere udlodning d. 3. november 1993. EU-Domstolen fastslog, at der forelå misbrug, da der ikke var en forretningsmæssig begrundelse for ombytningen, andet end at opnå en skattebesparelse.

Den nære sammenhæng mellem tidspunkterne for ombytning og udlodning i Kofoed-sagen indikerede, at etableringen/transaktionen alene havde til hensigt at undgå skattebetaling. Det samme resultat nåede generaladvokat Kokott frem til i sit forslag til afgørelse i sagen. K og T foretog ombytning og udlodning, kort tid inden den danske dobbeltbeskatningsoverenskomst med Irland skulle ændres med henblik på at lukke skattehullet. I den sammenhæng er det særligt værd at bemærke, at Kokott lagde vægt på, at K og T tilsyneladende var bevidste om, at skattehullet ville blive lukket, hvilket kunne tyde på misbrug.¹¹⁵ Det er interessant, at EU-Domstolen ikke tog stilling til K og T's subjektive hensigter og viden, som netop blev inddraget i Cadbury Schweppes-sagen.¹¹⁶ Dette kan måske skyldes, at det vil være svært at bevise den subjektive hensigt med ombytningen. Det kan også tænkes, at EU-Domstolen ikke tog stilling til K og T's subjektive hensigter, da Danmark ikke rettidigt havde implementeret fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse, og derfor ikke kunne gøre misbrugsbegrebet gældende over for K og T. På trods af dette syntes det rimeligt at inddrage de subjektive hensigter og viden, såfremt det ville kunne konstateres, at hensigten

¹¹⁴ C-321/05

¹¹⁵ C-321/05, Forslag til afgørelse fra generaladvokat Juliane Kokott, præmis 59

¹¹⁶ C-196/04, præmis 64

var at undgå skattebetaling. Der kan dog som nævnt være bevismæssige vanskeligheder ved at løfte en sådan bevisbyrde.

Ved vurderingen af den efterfølgende etablering/transaktion skal det undersøges, om det udgør en del af selskabets almindelige kommercielle drift. I de tilfælde, hvor et selskab efterfølgende indskydes mellem to eksisterende selskaber, eller indskydes mellem et selskab og personer, alene med henblik på at opnå en skattefordel, vil det derfor kunne udgøre misbrug af fællesskabsrettens regler.

3.2.2 Rent kunstige konstruktioner

EU-Domstolen har ved flere lejligheder fastslået, at hensynet til at værne mod at selskaber undgår skattebetaling via misbrug, kun kan retfærdiggøres såfremt værnsreglen inddrager de nødvendige støttehensyn: *rent kunstige arrangementer* og *risiko for dobbelt fradrag*.¹¹⁷

EU-Domstolen har ved flere afgørelser anvendt begreberne *arrangement*,¹¹⁸ *transaktion*¹¹⁹ og *rent kunstig konstruktion*.¹²⁰ EU-Domstolen har dog ikke forholdt sig specifikt til begrebernes indbyrdes forhold. Det forekommer ikke umiddelbart logisk, at begreberne skal fortolkes synonymt, da de tilsyneladende har forskellig betydning. Forskellen bør dog ikke tillægges større betydning, da EU-Domstolen fortolker begreberne i forhold til misbrugsbegrebet og dermed til sin tidligere praksis,¹²¹ hvorfor de tre begreber alle kan udgøre støttehensyn til misbrug. En sådan fortolkning understøttes af, at henholdsvis Erik Werlauff¹²² og Thomas Rønfeldt¹²³ begge benytter begreberne synonymt. Begrebet *rent kunstige konstruktioner*, vil med mindre der er tale om citater, derfor efterfølgende blive anvendt, som en samlet betegnelse for begreberne.

¹¹⁷ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 140

¹¹⁸ C-196/04

¹¹⁹ C-321/05

¹²⁰ C-324/00

¹²¹ C-321/05, præmis 38

¹²² Werlauff, Erik, Selskabsskatteret (2016/17), s. 227 og s. 396

¹²³ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 140

Generelt udformede regler

Med sag C-264/96 ICI, blev begrebet *rent kunstige konstruktioner* skabt af EU-Domstolen. Af sagen ses, at EU-Domstolen ikke accepterer medlemsstaternes generelt udformede værnregler. I sagen ønskede moderselskabet ICI at foretage fradrag for driftstabet i deres udenlandske datterselskab. De engelske regler forsøgte at bekæmpe skatteunddragelse, hvorfor sådanne fradrag kun var muligt for rent nationale selskabskonstruktioner. EU-Domstolens udtalte, at reglerne udgjorde en restriktion i forhold til etableringsretten. De engelske regler blev underkendt, da de ikke *specifikt* udelukkede rent kunstige konstruktioner, som søgte omgå skattelovgivningen. Da de engelske værnregler var generelt anvendelige, ramte de dermed både kunstige og ikke-kunstige selskabskonstruktioner.¹²⁴

Heraf kan udledes, at EU-Domstolen ikke vil acceptere, at medlemsstaterne har generaliserende værnregler, da sådanne værnregler vil medføre, at ikke-kunstige konstruktioner også kan være omfattet. En accept af generelle værnregler ville modvirke formålet og ånden med EU's frihedsrettigheder, hvorfor medlemsstaterne alene er begrænset til at opretholde specifikke værnregler. Gyldige værnregler skal derfor begrundes i bekæmpelse af misbrug i form af skatteunddragelse, og konkret have til formål at udelukke rent kunstige konstruktioner i at opnå en skattefordel.¹²⁵

Skatteunddragelse kan ikke stå alene

I sag C-446/03 Marks & Spencer accepterede EU-Domstolen igen, at skatteunddragelse kan udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en værnregel. Denne sag er dog lidt speciel, da begrebet *skatteunddragelse* kunne begrunde en værnregel, uden at have støtte i begrebet *rent kunstig konstruktion*. EU-Domstolen lod ikke til at inddrage generaladvokat M. Poiaras Maduros argumentation om, at erhvervsdrivende ikke må misbruge etableringsretten og derved bringe medlemsstaternes skatteordninger i fare. Generaladvokaten udtalte endvidere, at: "*Det ville være tilfældet, hvis den blev misbrugt til at unddrage sig de nationale lovgivninger eller til kunstigt at udnytte forskellene mellem*

¹²⁴ C-264/96, præmis 26

¹²⁵ Rønfeldt, Thomas (2013), s. 173

lovgivningerne”.¹²⁶ Da EU-Domstolen hverken inddrog generaladvokatens forslag eller af egen drift anvendte begrebet *rent kunstig konstruktion*, accepterede EU-Domstolen dermed, at værnsreglen kunne finde anvendelse uden, at der blev foretaget en specifik vurdering af om det pågældende arrangement var en rent kunstigt konstruktion. Afgørelsen står alene og skal ikke fortolkes som, at EU-Domstolen accepterer generelle værnsregler, der alene sigter på bekæmpelse af skatteunddragelse. EU-Domstolens efterfølgende praksis, som analyseres nedenfor viser, at værnsregler der har til formål at bekæmpe skatteunddragelse, kun accepteres af EU-Domstolen, såfremt værnsreglen bekæmper skatteunddragelse gennem rent kunstige konstruktioner.

Cadbury Schweppes – tretrins-vurderingen

Cadbury Schweppes-afgørelsen er en central afgørelse for fastlæggelsen af begrebet *rent kunstige konstruktion*.¹²⁷ Afgørelsen var med til at bygge videre på de fastlagte principper fra ICI-afgørelsen, og EU-Domstolen har ved gentagne tilfælde henvist til afgørelsens præmisser.

I Cadbury Schweppes-sagen, havde den engelske CFC-lovgivning til formål at bekæmpe skatteunddragelse. Lovgivningen forhindrede hjemhørende selskaber i at overføre sit skattepligtige overskud til et kontrolleret selskab, der var etableret i en anden stat, hvor overskuddet blev beskattet med en lavere skattesats. EU-Domstolen udtalte, at en sådan hindring kan tillades såfremt, den er begrundet i tvingende almene hensyn og derudover er egnet til at forfølge det pågældende formål, og slutteligt ikke går ud over det nødvendige for at nå målet.¹²⁸ Gyldigheden af en værnsregel er derfor betinget af, at den *specifikt* tager sigte på rent kunstige konstruktioner, hvis formål er at omgå den nationale lovgivning.

Med henblik på at foretage en specifik vurdering, fastsatte EU-Domstolen i Cadbury Schweppes-sagen kriterierne for, hvornår der foreligger en rent kunstig konstruktion, der udelukkende har til formål at undgå beskatning.¹²⁹ **For det første** gælder, at skatteyderen skal have en subjektiv hensigt om at opnå en skattemæssig fordel. Det er særligt

¹²⁶ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Poiras Maduro, præmis 67

¹²⁷ C-196/04

¹²⁸ Ibid., præmis 47

¹²⁹ Ibid., præmis 64

interessant, at generaladvokat Phillippe Léger i sit forslag til afgørelsen gav udtryk for, at der netop ikke skulle inddrages en vurdering af skatteyderens subjektive hensigt, da en sådan hensigt kan være svær at bevise og dermed medføre retsusikkerhed.¹³⁰ Hvorimod det i Kofoed-sagen forholdt sig modsat, hvor EU-Domstolen ikke inddrog en vurdering af skatteyderens subjektive hensigt på trods af, at generaladvokat Juliane Kokott mente, at subjektive hensyn godt kunne inddrages. Der foreligger dermed to forskellige afgørelser, hvori der er uoverensstemmelse om, hvorvidt der kan inddrages en vurdering af skatteyderens subjektive hensigt. Det forekommer dermed uklart, om EU-Domstolen i fremtiden vil inddrage en subjektiv hensigt som et moment i sin vurdering. Endvidere er det også uklart, hvordan den subjektive hensigt skal fastlægges. Såfremt EU-Domstolen tillægger den subjektive hensigt betydning, må bevisbyrden måske kunne løftes ved inddragelse af indicier som set i Kofoed-sagen, hvor der var en nær tidsmæssig sammenhæng mellem etableringen af selskabskonstruktionen og aktieombytningen, hvilket medførte misbrug. Det er endvidere usikkert, hvad der skal forstås, når der skal være en hensigt om at opnå en skattefordel. At der er opnået en skattefordel er ikke ensbetydende med, at der foreligger misbrug af EU-retten. Det må derfor alene være tale om tilfælde, hvor der opnås en uberettiget fordel, som strider mod formålet og ånden med EU-rettens rettigheder.

For det andet, skal foretages en objektiv vurdering af, hvorvidt der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum. EU-Domstolen henviste til sag C-221/89 Factortame m.fl., hvor det blev defineret, hvornår der er tale om en etablering i TEUFs forstand. Etablering forudsætter således: ”*At der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum*”.¹³¹ EU-Domstolen udtalte endvidere at etablering gennem postkasse- eller skærmselskaber, hvorfra der ikke udøves økonomisk virksomhed på medlemsstatens område, kan udgøre en rent kunstig konstruktion.¹³² Dette stemmer overens med sag C-105/07 Lammers & van Cleeff,¹³³ hvorefter der foreligger en rent kunstig konstruktion, hvis der ikke er en økonomisk realitet i selskabet. Den manglende realitet afhænger af, om selskabet blot er

¹³⁰ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Phillippe Léger, præmis 119

¹³¹ C-196/04, præmis 54

¹³² Ibid., præmis 68

¹³³ C-105/07, præmis 28

etableret med henblik på, at undgå betaling af den normalt skyldige skat. Det kan derfor konstateres, at begrebet *rent kunstige konstruktioner* skal forstås i sammenhæng med, om selskabet udøver en *reel økonomisk aktivitet*.

EU-Domstolen foretog ikke en vurdering af, om der var ansat personale i selskabet. Et krav om ansat personale må dog kunne udledes af, at der ikke må være tale om et postkasse- eller skærmselskab. Postkasse- og skærmselskaber oprettes oftest i en anden medlemsstat, hvortil der foretages transaktioner med henblik på at opnå en skattebesparelse i hjemstaten. Holdingselskaber der oprettes med henblik på en skattebesparelse anerkendes traditionelt i selskabsretten,¹³⁴ hvorimod dette ikke altid er tilfældet inden for skatterettens område. En sådan skattebesparelse, er dog ikke i sig selv tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger misbrug, så længe der er tilstrækkelig substans og tilstedeværelse i selskabet.¹³⁵

For det tredje, skal den økonomiske aktivitet kunne efterprøves af tredjemand. Denne efterprøvelse kan blandt andet omfatte kontrol af fysiske lokaler, personale og udstyr.¹³⁶ Det forekommer betænkeligt, såfremt denne efterprøvelse alene afhænger af en tredjemands vurdering. Ethvert selskab bør derfor have mulighed for at dokumentere, at dette ikke er tilfældet.¹³⁷ Generaladvokat Phillippe Léger henviste til, at medlemsstaterne har mulighed for at anvende direktivet om *gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden for området direkte skatter*, til belysning af et selskabs faktiske situation. Det forekommer usikkert, hvorvidt EU-Domstolen vil acceptere en sådan dokumentation og derudover, hvilken bevismæssig værdi dokumentationen skal tillægges.

Det kan med rimelighed fastslås, at medlemsstaterne skal anlægge en konkret vurdering fra sag til sag ved undersøgelsen af, om en given konstruktion er kunstig. Heri ligger at EU-Domstolen alene anerkender specifikke værnsregler mod kunstige konstruktioner. Kravet om at der skal foretages en konkret vurdering, er således blevet fast praksis, da EU-

¹³⁴ SKM.2004.297.HR

¹³⁵ Werlauff, Erik, Selskabsskatteret (2016/17), s. 399

¹³⁶ C-196/04, præmis 67

¹³⁷ Ibid., præmis 70

Domstolen efterfølgende ved flere lejligheder har henvist til dette princip, uden at videreudvikle eller tilføje nye betingelser.¹³⁸

Mulighed for at kunne dokumentere at aktiviteten ikke er kunstig

Som gennemgået ovenfor, er en national værnsregel ikke gyldig, såfremt den udelukkende finder generel anvendelse. Gyldigheden af værnsreglen afhænger af, hvorvidt de nationale skattemyndigheder anlægger en konkret vurdering fra sag til sag. I Danmark vil skattemyndighederne derfor skulle håndhæve en gyldig værnsregel, i forhold til de almindelige danske forvaltningsretlige regler. I dansk ret gælder det ulovbestemte officialprincip, hvorefter det er den kompetente myndighed, der af egen drift skal oplyse sagen tilstrækkeligt, førend der træffes afgørelse.¹³⁹ Skattemyndighederne er underlagt princippet om den frie bevisbedømmelse, og kan derfor selv vurdere bevisernes værdi samt hvornår en sag er tilstrækkeligt oplyst. Bevisbedømmelsen skal dog ske på et objektivt og ikke-vilkårligt grundlag.¹⁴⁰ Der kan konkret forekomme tilfælde, hvor skattemyndigheden ikke er bevidst om oplysningernes eksistens, eller tilfælde, hvor skatteyderen uproblematisk selv kan fremskaffe oplysningerne. I sådanne tilfælde vil det være oplagt, at det er skatteyderen, der selv fremlægger oplysningerne.

Et sådant princip kan også udledes af sag C-347/04 Rewe Zentral Finans, hvor EU-Domstolen udtalte at ”... de kompetente skattemyndigheder kan afkræve selve moderselskabet de beviser, som de finder nødvendige for at kunne afgøre, om det krævede fradrag for tab ved afskrivning på værdien af kapitalandele i datterselskaber med hjemsted i andre medlemsstater skal anerkendes.”¹⁴¹ En fravigelse fra officialprincippet, hvorefter det udelukkende bliver skatteyderens pligt at fremskaffe sagens oplysninger, forudsætter en klar hjemmel.¹⁴² En sådan hjemmel til omvendt bevisbyrde kan ses af sag C-310/09 Accor,¹⁴³ hvoraf fremgår, at EU-retten ikke er til hinder for at pålægge skatteyderen at

¹³⁸ C-318/10, præmis 40, C-287/10, præmis 28, C-436/08, præmis 165, C-182/08, præmis 89, C-330/07, præmis 35, C-105/07, præmis 26, C-524/04, præmis 72, C-324/00, præmis 37, C-212/97, præmis 39, C-388/14, præmis 42, C-593/14, præmis 44, C-39/13, præmis 42, C-282/12, præmis 34, C-80/12, præmis 34 og C-322/11, præmis 61

¹³⁹ Bønsing, Sten (2013), s. 142

¹⁴⁰ Ibid., s. 142 ff.

¹⁴¹ C-347/04, præmis 57

¹⁴² Bønsing, Sten (2013), s. 142

¹⁴³ C-310/09, præmis 95 og 99

fremlægge den nødvendige dokumentation. I de tilfælde, hvor der udloddes overskud fra et datterselskab til et moderselskab i et andet medlemsland, påhviler det moderselskabet at fremskaffe skatteoplysningerne fra datterselskabets hjemstat. Dette forekommer rimeligt, da det må formodes, at moder- og datterselskaber uproblematisk kan udveksle sådanne oplysninger i mellem sig. Det kan dog overvejes, om direktiv 77/799/EØF om gensidig bistand skaber en pligt for medlemsstaterne til, at indhente de relevante skatteoplysninger ved de kompetente udenlandske skattemyndigheder. Det fremgår dog direkte af afgørelsen, at medlemsstaterne ikke er forpligtiget til en sådan indhentelse af skatteoplysninger.

I sag C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group litigation* blev det fastslået, at en skatteyder skal have mulighed for at dokumentere sin skattemæssige retsstilling i de tilfælde, hvor det ikke kan udelukkes, at der er tale om en rent kunstig konstruktion. Herudover må skatteyderen ikke være underlagt unødige administrative byrder ved fremlæggelse af beviser.¹⁴⁴ Den nuværende retsstilling medfører, at medlemsstaten først selv skal vurdere om konstruktionen efter en konkret vurdering kan udelukkes, som værende en rent kunstig konstruktion. Hvis denne vurdering medfører, at det ikke kan udelukkes, at konstruktion er kunstigt, så skal skatteyderen have mulighed for at dokumentere, at der ikke er tale om en rent kunstig konstruktion. Det kan dermed fastslås, at nationale værnsregler, som ikke gør det muligt at dokumentere om en skattemæssig disposition er foretaget, ikke gyldigt kan håndhæves.

3.3 Opsummering af MDD, misbrugsbegrebet og generelle værnsregler

Opsummerende kan siges, at medlemsstater gyldigt kan nægte fordelene i MDD såfremt, der er tale om rent kunstige arrangementer eller serie af arrangementer, der er skabt efter den oprindelige selskabskonstruktion, og som sigter på at opnå en uberettiget skattefordel. MDDs art. 1, stk. 4 indeholder hjemmelsgrundlaget for den danske misbrugsbestemmelse i mellemholdingreglen, jf. ABL § 4 A, stk. 3. Mellemholdingreglen skal derfor fortolkes og håndhæves i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis vedrørende misbrug af fællesskabsretten.

¹⁴⁴ C-524/04, præmis 82

Af EU-Domstolens praksis ses, at nationale værnsregler mod misbrug, førend de er gyldige, skal have som specifikt formål at modvirke rent kunstige selskabskonstruktioner. Værnsregler der sigter mod at ramme enhver situation, hvor der sker grænseoverskridende transaktion, accepteres ikke af EU-Domstolen. Dette skyldes, at ikke-kunstige konstruktioner i sådanne tilfælde vil blive u hensigtsmæssigt omfattet af sådanne værnsregler. Ved vurderingen af, hvorvidt en selskabskonstruktion er kunstig, er det usikkert om skatteyderens subjektive hensigt inddrages i vurderingen. Det kan dog tænkes, at medlemsstaternes skattemyndigheder og domstole gyldigt kan formode, at der foreligger en subjektiv hensigt om misbrug i de tilfælde, hvor der er indicier, som understøtter formodningen. Uanset dette skal der foretages en vurdering af de objektive omstændigheder, hvor det undersøges, om der udøves erhvervsmæssig virksomhed, ved hjælp af en fast indretning i medlemsstaten, i et ikke nærmere afgrænset tidsrum. Denne indretning skal have en substans, der kan kontrolleres af tredjemand, og slutteligt skal skatteyderen have mulighed for at kunne dokumentere, at en given konstruktion ikke er kunstig.

Del IV

4.1 Konklusion

Nærværende speciale, har undersøgt om anvendelsen af mellemholdingreglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3, er i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2, herunder misbrugsbegrebet som fortolket af EU-Domstolen. Undersøgelsen er foretaget, da mellemholdingreglen er en abstraktpræventiv værnsregel, som grundet dens uklarhed, har medført retsusikkerhed både for skatteydere og skattemyndigheder. Særligt upræcise er begreberne *primære funktion* og *reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen*. Derudover er det usikkert, hvorvidt mellemholdingreglen er i overensstemmelse EU-Domstolens praksis vedrørende nationale værnsregler, der skal modvirke misbrug af fællesskabsrettens fordele.

Ligningslovens §§ 3, stk. 1 og 2 implementerer moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, og udgør dermed den danske generalklausul, der skal modvirke misbrug af direktivernes fordele. Moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 4 indeholder hjemmelsgrundlaget for mellemholdingreglen. Uanset om mellemholdingreglen skal fortolkes i overensstemmelse med LL §§ 3, stk. 1 og 2, vil begge regler skulle fortolkes og håndhæves i overensstemmelse med EU-rettens almindelige misbrugsprincip, samt EU-Domstolens praksis vedrørende misbrug. Af EU-Domstolens praksis ses, at medlemsstater gyldigt kan nægte fordelene i moder-/datterselskabsdirektivet, i de tilfælde hvor de nationale værnsregler specifikt værner mod rent kunstige konstruktioner.

Mellemholdingreglens formål er at sikre, at selskaber ikke kan opnå skattefrihed gennem oprettelse af omvendte juletræskonstruktioner, i tilfælde hvor der sker udbyttebetaling fra datterselskaber til moderselskaber. I de tilfælde hvor mellemholdingreglen finder anvendelse, anses moderselskabets aktionærer som værende direkte ejere af datterselskabsaktierne, hvilket medfører, at de mellemliggende mellemholdingselskaber bliver transparente, hvorefter mellemholdningselskabets aktionærer beskattes for udbyttet i stedet. Da mellemholdingreglen finder anvendelse på selskabskonstruktioner med

grænseoverskridende aktivitet, har mellemholdingreglen stor betydning for de udenlandske mellemholdingselskaber, der modtager udbytte fra danske datterselskaber.

Den stigende kompleksitet i samfundsudviklingen, hvor selskaber til stadighed forsøger at optimere deres skattebetaling har medført, at internationale selskabskonstruktioner søger klarhed over de skattemæssige konsekvenser af deres dispositioner og struktureringer. Mellemholdingreglen var tidligere mere upræcist formuleret, end den nuværende udgave af mellemholdingreglen. Dette medførte forsøg på yderligere præcisering, via ny lovgivning samt gentagende udtalelser fra skatteministeren og Skatteudvalget. På trods af dette fremstår den nuværende version af mellemholdingreglen stadig upræcis.

Da selskabskonstruktioner kan dannes på utallige måder, hvorigennem et moderselskab kan opnå ejerskab af datterselskabsaktier, vil 10 procentkravet kunne opfyldes på mange forskellige måder. Dette kan have den u hensigtsmæssige virkning, at selskaber er i tvivl om hvorvidt de opfylder betingelsen, hvilket eksempelvis ses af høringssvaret til advokatpartnerselskabet Bent Stamer. Høringssvaret ligger dog helt tilbage i 2009, og der er tilsyneladende ikke blevet fremsat nye spørgsmål til ministeren vedrørende 10 procentkravet siden. Dette kan indikere, at retsstillingen på nuværende tidspunkt er mere afklaret end tidligere. Det tilkommer dog EU-Domstolen, i sidste ende at fastlægge, om kravet skal fortolkes i overensstemmelse med MDDs art. 3, og hvad dette i så fald vil indebære.

Ved vurderingen af mellemholdingselskabets primære funktion, er det tilstrækkeligt, at skatteyderen kan sandsynliggøre, at selskabet har et andet driftsmæssigt formål, end det blotte ejerskab af koncernselskabsaktier og datterselskabsaktier. Mellemholdingselskabets aktionærer bør derfor have muligheden for at bevise, at der ikke foreligger misbrug via omgåelse af 10 procentkravet, uden dette gøres uforholdsmæssigt svært, jf. Baxter-sagen og Thin Cap-sagen. Det er dog usikkert, hvor stor en grad af sandsynlighed der skal foreligge, og hvilke bevismæssige krav skattemyndighederne og domstolene er underlagt, ud over princippet om det frie skøn. Det kan dog på baggrund af praksis fastslås, at der ved sandsynliggørelsen kan inddrages en vurdering af et selskabs vedtægter, samt afkastet og volumen af investeringer i forskellige aktieklasser. Det er ikke uproblematisk alene, at ligge et selskabs afkast til grund, da afkastet kan variere alt efter de givne samfundskonjunkturer, og der derved ikke opnås et retvisende billede af selskabets

funktion. Herudover kan et selskabs aktiebeholdning variere over en given periode, hvilket også vil kunne medføre en usikkerhed, da det kan forekomme vilkårligt, hvornår der lægges vægt på størrelsen af aktiebeholdningen.

For så vidt angår vurderingen af om mellemholdingselskabet driver *reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen*, antages det at begrebet skal ses i sammenhæng med begrebet *reel økonomisk aktivitet* som fastlagt i Cadbury Schweppes-afgørelsen, og dermed om der er tale om en rent kunstig konstruktion. Cadbury Schweppes-afgørelsen krævede for det første, at der skulle foretages en vurdering af skatteyderens subjektive hensigt med opnåelsen af skattefordelen. For at kunne håndhæve mellemholdingreglen vil det derfor sandsynligvis være tilstrækkeligt, at de danske skattemyndigheder og domstole, på baggrund af objektive konstaterbare indicier, vil kunne sandsynliggøre, at skatteyderen har en hensigt om uberettiget at opnå en skattefordel.

Som anden betingelse, førend mellemholdingreglen gyldigt kan håndhæves, skal den kunne rumme en vurdering af, hvorvidt mellemholdingselskabet har en fast fysisk eksistens i form af udstyr, personale og lokaler, som kan kontrolleres af tredjemand. Det ses af praksis, at Skatterådet inddrager en vurdering af ledelsens og personalets erfaring, samt mulig aflønning, arbejdsindsats og kompetencer vedrørende de driftsmæssige aspekter af aktiebesiddelsen. Dette er tilsyneladende en skærpelse i forhold til EU-Domstolens praksis, da et sådan krav hverken kan udledes af Cadbury Schweppes-afgørelsen eller anden praksis fra EU-Domstolen. Det er usikkert hvorvidt EU-Domstolen vil anerkende en sådan praksis, da det kan tænkes, at der kan udøves tilstrækkelig indflydelse på datterselskabet gennem løbende dialog og compliance-funktioner med datterselskabets ledelse.

Majoritetskravet i ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5, er den mest komplicerede betingelse i mellemholdingreglen, og har voldt betydelige fortolkningsmæssige vanskeligheder i praksis. Bestemmelsens ordlyd er uklar, og det er nødvendigt at søge fortolkningsbidrag i både forarbejder og bindende svar. Majoritetskravet medfører, at aktionærer i mellemholdingselskabet kan blive omfattet af værnsreglen i de tilfælde, hvor en enkelt aktionær via opkøb af yderligere kapitalandele, opnår en ejerandel på mere end 50 pct. af selskabskapitalen. Reglen er særlig uhensigtsmæssig, da én enkelt aktionærs dispositioner, i sådanne tilfælde, får skattemæssige konsekvenser for de øvrige aktionærer i

mellemløbselskabet. Skattemyndighederne tager således ikke hensyn til den enkelte aktionærs subjektive forhold, da der alene vurderes på selskabskonstruktionens objektive omstændigheder i forhold til en enkelt aktionærs ejerbesiddelse. Herved får mellemløbsreglen karakter af en generelt udformet værnsregel, hvor der ikke specifikt foretages en vurdering af, om der foreligger misbrug via en kunstig konstruktion. Det vurderes derfor, at mellemløbsreglen på dette punkt, er i strid med ICI-afgørelsen, som netop fastslog at medlemsstater ikke gyldigt kan håndhæve generelt udformede værnsregler.

Da det fra lovgivers side har været et ønske, at opretholde en effektiv lovgivning, har man indført ABL § 4 A, stk. 5, der sikrer mod omgåelse af mellemløbsreglen via aftale om udbytteskævdeling. Bestemmelsen sikrer, at der anlægges en realitetsbetragtning af selskabskonstruktionen i de tilfælde hvor der er aftalt udbytteskævdeling. Det antages, at denne regel er i overensstemmelse med EU-rettens krav til egnethed, forfølgelse af et anerkendelsesværdigt formål, samt proportionalitet og herudover kan rummes i EU-Domstolens praksis vedrørende nationale værnsregler til bekæmpelse af misbrug.

Det kan tænkes, at udenlandske selskaber kan have særlig svært ved, at vurdere om reglerne i deres hjemland er tilsvarende de danske regler i SEL § 1, nr. 1 m.fl., hvilket er en betingelse for at være omfattet begrebet skattefrie datterselskabsaktier. Dette skyldes at de skatteretlige regler, som udenlandske selskaber er underlagt, formentligt hverken har samme ordlyd eller forfølger samme formål som de danske regler. I de tilfælde hvor et selskab ønsker at afklare sin retsstilling, gennem indhentelse af bindende svar fra SKAT, vil SKAT skulle foretage en komparativ analyse af henholdsvis danske og udenlandske skatteregler. Et bindende svar vil i sådanne tilfælde kunne tage lang tid at udarbejde, hvorfor selskabet kan forvente en længere svartid, end hvad der er normal praksis. For de udenlandske selskaber, som kan tænkes at være omfattet af mellemløbsreglen, kan den lange svartid, udgøre en restriktion af den frie bevægelighed. På trods af den lange svartid, antages det, at reglen forfølger et anerkendelsesværdigt formål, og i øvrigt er egnet og proportional, hvorfor reglen på dette ene punkt, sandsynligvis kan retfærdiggøres i forhold til EU-rettens frihedsrettigheder.

Udenlandske helejede datterselskaber, der ikke udveksler skatteoplysninger efter en DBO, international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om

bistand i skattesager, kan også omfattes af mellemholdingreglen. Det er usikkert, om sådanne udenlandske selskaber kan omfattes af mellemholdingreglen i tilfælde, hvor de danske skattemyndigheder ved rene tilfældighedsfund og lignende kommer i besiddelse af skatteoplysninger vedrørende selskabet. På den ene side kan det ikke være rimeligt, at se bort fra sådanne skatteoplysninger i tilfælde, hvor selskaber vil opnå en uberettiget skattefordel. På den anden side, er der ikke et hjemmelsgrundlag til at inddrage sådanne oplysninger, hvilket også vil være i strid med grundlovens § 43. På den baggrund antages det, at skatteoplysninger opnået via rene tilfældighedsfund og lignende, ikke vil kunne lægges til grund ved anvendelsen af mellemholdingreglen på udenlandske selskaber.

På baggrund af ovenstående, kan det konkluderes at Danmark alene har en begrænset mulighed for at håndhæve mellemholdingreglen, da dens generelle anvendelsesområde bevirker, at selskaber der ikke misbruger direktivets fordele også omfattes af værnsreglen. Hermed modvirkes selve formålet med moder-/datterselskabsdirektivet, som er at sikre skattefrie udbyttebetalinger mellem moder- og datterselskaber. Såfremt mellemholdingreglen skulle komme til den EU-retlige eksamen ved EU-Domstolen, antages det, at særligt majoritetskravet i ABL § 4 A, stk. 3, nr. 5 vil blive fundet i strid med forbuddet om generelle værnsregler. Uanset hvorvidt EU-Domstolen anerkender majoritetskravet eller ej, vil de øvrige betingelser i mellemholdingreglen også skulle accepteres af EU-Domstolen.

4.2 Litteraturliste

Bøger

Banner-Voigt, Erik og Underbjerg Poulsen, Preben, Aktieavancebeskatning, 3. udg., Karnov Group, 2013

Blume, Peter, Juridisk metodelære, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006

Bønsing, Sten, Almindelig Forvaltningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013

Hansen Friis, Søren og Krenchel, Jens Valdemar, Dansk selskabsret 1, 4 udg., Karnov Group, 2014

Koever Schmidt, Peter m.fl., International skatteret – i et dansk perspektiv, 1 udg., Hans Reitzels Forlag, 2015

Michelsen, Aage mfl., Lærebog om indkomstskat, 16. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015

Munk-Hansen, Carsten, Rettens grund, 2011

Pedersen, Jan mfl., Skatteretten 2, 7. udg., Karnov Group, 2015

Pedersen, Jan m.fl., Skatteretten 4, 6. udg., Karnov Group 2013

Peytz, Henrik, Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015

Rønfeldt, Thomas, Europæisk Skatteret 1, 1. udg., Karnov Group, 2013

Stokholm, Jeppe, EU skatteret, 1. udg., Forlaget Thomsen, 2008

Werlauff, Erik, Selskabsskatteret, 18. udg., Karnov Group, 2016/17

Danske lov- og ændringsforslag

2008/1 LF 202

2008/1 LSF 202

2008/1 SF.L L 202 og L 203

L 202 Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love, møde nr. 85.
torsdag d. 30.04.2009, indlæg 2

LOV nr. 525 af 12/06 2009 - Aftale mellem regeringen og Dansk Folkeparti om forårspakke 2.0 – Vækst,
klima, lavere skat

LOV nr. 254 af 30/03/2011

L 167 af 20. marts 2015 – fremsat af Benny Engelbrecht

LOV nr. 540 af 29/04/2015

LOV nr. 652 af 08/06/2016

Danske love

Aktieavancebeskatningsloven - Lovbekendtgørelse 2016-08-29 nr. 1148

Grundloven - Lov 1953-06-05 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov

Kapitalselskabsloven - Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber

Kildeskatteloven - Lovbekendtgørelse 2016-01-29 nr. 117

Ligningsloven - Lovbekendtgørelse 2016-09-01 nr. 1162 om påligningen af indkomstskat til staten

Selskabsskatteloven – Lovbekendtgørelse 2016-09-06 nr. 1164

Skatteforvaltningsloven - Lovbekendtgørelse 2015-11-12 nr. 1267

Statsskatteloven - Lov 1922-04-10 nr. 149 om indkomstskat til staten

Værdipapirhandelsloven - Lovbekendtgørelse 2017-03-21 nr. 251 om værdipapirhandel mv.

Skatteudvalget

Skatteudvalget 2008-09, bilag 41 til L 202

Skatteudvalget 2008-09, bilag 58 til L 202

Skatteudvalget 2010-11, L 194

Skatteudvalget 2010-11, bilag 2 til L 84

Skatteudvalget 2010-11, bilag 20 til L 84

Skatteudvalget 2008-09, bilag 2 til L 202

Skatterådet

SKM2009.718.SR	SKM2009.796.SR	SKM2010.4.SR
SKM2010.10.SR	SKM2010.33.SR	SKM2010.35.SR
SKM2010.36.SR	SKM2010.65.SR	SKM2010.263.SR
SKM2010.361.SR	SKM2010.410.SR	SKM2010.538.SR
SKM2010.631.SR	SKM2010.654.SR	SKM2011.12.SR
SKM2011.14.SR	SKM2011.342.SR	SKM2011.725.SR
SKM2015.199.SR		

Skatteministeriets udtalelser

SKM2010.203.DEP

SKATs vejledninger

C.B.2.1.1.20 - Forklaring af et reguleret marked

C.B.3.1 - Det skattemæssige udbyttebegreb – Den Juridiske Vejledning 2017-1

Karnov

LBK nr. 1148 af 29/08/2016, note 15

Hjemmesider

<http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2242235> – d. 30. april 2017

Danske afgørelser

U.2002.828.H	SKM2004.297.HR	TfS.2007.264.H
--------------	----------------	----------------

Tidsskrifter

Skat Udland, April 2010, Jakob Bundgaard

SR.2015.0097, Martin Poulsen

EU forarbejder

52013PC0814 - Forslag til RÅDETS DIREKTIV om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater /* COM/2013/0814 final - 2013/0400 (CNS) */

52013SC0474 - COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States /* SWD/2013/0474 final */

Kommissionens henstilling af 6. december 2012, om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU)

EU traktater

TEUF – Traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

TEU – Traktaten om Den Europæiske Union

Direktiver

Direktiv 2003/49/EF

Direktiv 2004/39/EF

Direktiv 2009/133/EF

Direktiv 2010/24/EU

Direktiv 2011/16/EU

Direktiv 2011/96/EU

Direktiv 2015/121

Afgørelser fra EU-Domstolen

C-221/89 Factortame II

C-264/96 Imperial Chemical Industries PLC (ICI)

C-212/97 Centros

C-254/97 Baxter

C-311/97 Royal Bank of Scotland

C-324/00 Lankhorst-Hohorst

C-436/00 X og Y

C-446/03 Marks & Spencer

C-446/03 Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Poiares Maduro

C-196/04 Cadbury Schweppes

C-196/04 Cadbury Schweppes Forslag til afgørelse fra generaladvokat Phillippe Léger

C-341/04 Eurofoods

C-347/04 Rewe Zentral Finans

C-524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group litigation

C-321/05 Kofoed

C-321/05 Forslag til afgørelse fra generaladvokat Juliane Kokott

C-105/07 Lammers & van Cleeff

C-330/07 Jobra

C-182/08 Glaxo Wellcome

C-35208 Zwijnenburg

C-436/08 Haribo

C-310/09 Accor

C-287/10 Tankreederei

C-318/10 SIAT

C-322/11 K

C-80/12 Felixstowe Dock and Railway Company and Others

C-282/12 Itelcar

C-39/13 SCA Group Holding

C-388/14 Timac Agro

C-593/14 Masco Denmark - ApS Damixa ApS

Øvrige

Synopsis – Bastholm, Dan, 2016, AKTIEAVANCEBESKATNINGSLOVENS § 4 A, STK. 3 – ET EU-RETTLIGT PERSPEKTIV