

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	6
1.1 Præsentation af emne.....	6
1.2 Specialets problemfelt	7
1.3 Problemformulering og specialets struktur	8
1.4 Metode.....	9
1.5 Afgrænsning	10
1.6 Relevans	11
1.7 Specialets opbygning.....	11
2. Redegørelse.....	13
2.1 Værnsreglen mod ”omvendte juletræer” i intern dansk ret.....	13
2.1.1 Udformningen af værnsreglen efter lov nr. 525 af 2009	14
2.1.2 Udformningen af værnsreglen efter lov nr. 254 af 30. marts af 2011	18
2.2 Moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU)	20
2.3 Direktivers anvendelse i dansk ret	22
2.4 Moder-/datterselskabsdirektivet anvendelighed på ABL § 4 A, stk. 3-6.....	24
3. Formel overensstemmelse med EU-skatte retten: ABL § 4A, stk. 3-6 som implementering af art. 1, stk. 2 i moder-/datterselskabsdirektivet.....	26
3.1 Generelt om lovgivningsprocessen for ABL §4 A, stk. 3-6 og implementering af direktiver	26
3.2 EU-skatte rettens krav til implementering af direktiver (sag C-321/05, Kofoed)	27
3.3 Implementeringen af art. 1, stk. 2 i dansk ret.....	29
4. Materiel overensstemmelse med EU-skatte retten: ABL §4A, stk. 3-6 som lovhjemlet undtagelse mod bekæmpelse af misbrug.....	31
4.1 Generelt om den materielle overensstemmelse og misbrug som begreb	31
4.2 Misbrugsbegrebet i EU-Skatte ret.....	32
4.2.1 Misbrug af sekundære retsakter	34
4.2.2 Misbrug af Traktaten med henblik på omgåelse af national ret.....	37
4.3 Misbrugsbegrebet i dansk ret	46
4.3.1 Danske værnsregler mod misbrug	47
4.3.2 Dansk praksis om misbrug.....	50
4.4. Sammenfattende om overensstemmelsen og hjemmelsgrundlaget for ABL § 4 A, stk. 3-6	51
4.4.1 Er Cadbury-Schweppes-sagen sammenlignelig med ABL §4 A,stk. 3-6 og misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet?	52
4.4.2 Er ”substans-testen” i ABL § 4 A, stk.3, nr. 1-2 forenelig med EU-retlig praksis.....	53

4.5 Dansk syn på holdingselskaber i et EU-skatte retligt lys	55
5.Perspektivering: CCCTB og harmonisering – fremtidens værn mod misbrug eller en juridisk (og politisk) dødssejler?	58
5.1 Retsudviklingen inden for EU-skatte retten.....	58
5.2 Kommissionens direktivforslag om CCCTB, KOM(2011)121	59
5.3 Er der en (positiv) fremtid for CCCTB og harmoniseringen af skatteområdet i EU?	61
6.Konklusion	63
7.English summary	65
8. Litteraturliste.....	67

15. maj 2013

Titelblad

Uddannelsesinstitution: Aalborg Universitet

Uddannelse: Jura, cand.jur.

Vejleder: Thomas Rønfeldt

Afhandling: Kandidatafhandling

Emne: Selskabsskatteret og EU-ret

Titel: "Omvendte Juletræer" i et EU-skatte retligt perspektiv

Title: An European view of establishment chains in the perspective of
ABL § 4 A

Antal sider: 81

Øvrige bemærkninger: Det skal som følge af Aalborgs Universitets nye politik om selvplagiering anføres, at afsnittene 2.1-2.3, elementer af kapitel 3 og bilagene 1-3 har indgået i et projekt udarbejdet og afleveret af undertegnede ultimo 2012. Dette projekt er ikke offentligt tilgængeligt.

Afleveringsdato: 15. maj 2013

Simon Thorgaard Skou

Studienr. 2008-3563

Anvendte Forkortelser:

ABL: Aktieavancebeskatningsloven

CCCTB: Common Consolidated Corporate Tax Base

CFC: Controlled Foreign Company

DBO: Dobbeltbeskatningsoverenskomst

Domstolen: EU-Domstolen

Fx: For eksempel

GRL: Grundloven

Kommissionen: Europa-Kommissionen

M.fl.: Med flere

Rådet: Rådet for Den Europæiske Union

SEL: Selskabsskatteloven

TEUF: Traktaten om Den Europæiske Unionens Funktionsmåde

TP: Transfer pricing

1. Indledning

1.1 Præsentation af emne

"Verdens skattespekulanter har i efterhånden mange år i al diskretion unddraget sig at betale skat ved at foretage transaktioner mellem skattepligtige lande og skattely. De seneste år har finanskrisen bidraget til, at tolerancen over for skatteunddragelse er ved at være tyndslidt, og presset for at rydde op i finanssektoren er blevet stadig større."

Sådan indleder, den på daværende tidspunkt nytiltrådte skatteminister, Holger K. Nielsen en kronik i Dagbladet Information d. 16. april i år. De synspunkter, han her fremfører, er på ingen måde overraskende eller kontroversielle. Tværtimod, står skattesvig og skatteunddragelse, som han også selv giver udtryk for, højt på stort set alle vestlige nationernes politiske dagsorden, herunder ikke mindst også hos forskellige internationale og europæiske organisationer som fx OECD og EU.

Dette er ikke uden grund. I en særudgave om Offshore Finans, anslås det således i det anerkendte økonomiske tidsskrift *"The Economist"* (7/2013), at der på verdensplan er mellem 21.000 og 32.000 milliarder dollars gemt i skattely. Bare renterne heraf anslås at ville kunne indbringe de betrængte statskasser omkring 300 milliarder dollars om året.

Men selvom omfanget utvivlsomt er stort, og offentligheden i vidt omfang synes at sympatisere med inddrivelsen af de mange milliarder, har skattemyndigheder i mange år forsøgt uden større held at få bugt med problemet. For udfordringerne herved skyldes ikke kun modvillige skattely, som fx Bermuda, Jersey og Cayman Island, hvoraf mange efterhånden er begyndt at give efter for internationalt pres. Det har nemlig også vist sig vanskeligt at udforme regelsæt, der både overholder grundlæggende retssikkerhedsprincipper og internationale forpligtelser (fx DBO'er og EU) på den ene side og samtidig sikrer den fornødne effektivitet på den anden.

Dette synes også at være en kendsgerning i dansk ret, hvor legaliteten af værn mod misbrug og anden skattetænkning ikke sjældent er blevet prøvet og underkendt, tidligere mest af danske domstole¹, men i de senere år også i stigende grad af Domstolen².

¹ Eksempler herpå er legio, fx UfR2007.736 (Finwill-sagen) og TfS1998.485 (Aage Haugland-sagen)

² Jf. sag C-212/97 *Centros* og sag C-321/05, *Kofoed*

I dette speciale undersøges en af disse værnsregler, hvis legalitet fra flere sider er blevet betvivlet, nærmere bestemt ABL §4 A, stk. 3-6. Som det fremgår nedenfor, var denne bestemmelse egentlig hovedsagligt tiltænkt som et led i en forenkling af reglerne om aktieavancer i ABL. Men da bestemmelsen samtidigt også sætter visse begrænsninger i forhold til grænseoverskridende transaktioner, opstod spørgsmålet om dens EU-retlige medholdelighed hurtigt i litteraturen.

1.2 Specialets problemfelt

Den værnsregel, der er genstand for nærmere undersøgelse i dette speciale, fremgår af ABL §4 A, stk. 3-6. Bestemmelsen, der ofte benævnes ”mellemholdingreglen” eller ”værnsreglen mod omvendte juletræer”, blev første gang indført i 2009 med lov nr. 525.

Det fremgår af lovforslaget, at formålet er at forhindre omgåelse af det såkaldte ejerskabskrav, hvorefter moderselskaber kan modtage skattefrit udbytte fra dets datterselskaber, hvis det ejer 10 % af kapitalandelene i dette³. Tilføjelsen til ejerskabskravet blev dog mødt med skepsis fra flere sider allerede i forbindelse med høringen af lovforslaget. For selskabers ret til skattefrit udbytte ved 10 % ejerskab har således i visse tilfælde hjemmel i moder-/datterselskabsdirektivet (nu 2011/96/EU), og kan derfor ikke uden videre fraviges i dansk ret⁴.

Til denne kritik har Skatteministeriet efterfølgende udtalt, i blandt andet høringssvar, at reglen skal ses som en implementering af en særlig misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet⁵.

Men kan direktivbestemmelser implementeres gennem udtalelser i høringssvar, når det ikke fremgår af lovforslaget, og er betingelserne til ejerskabet i ABL § 4 A, stk. 3-6 en misbrugsbestemmelse i EU-retlig forstand?

Det er formålet med dette speciale at undersøge netop disse problemstillinger.

I det følgende præciseres og uddybes ovenstående præsentation, samt de strukturelle overvejelser, der ligger bag specialets belysning af denne.

³ Jf. lovforslag L202/2009. Der kan i øvrigt også henvises til den udførlige gennemgang nedenfor i kap 2.1

⁴ Jf. lovforslag L202/2009, bilag 41

⁵ Jf. Ibid.

1.3 Problemformulering og specialets struktur

Specialets problemformulering er en undersøgelse af:

Om implementeringen og udformningen af skatteværnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3-6 er i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) og EU-skatte retlig teori og praksis om misbrugsbegrebet

Problemstillingen belyses i to separate analyser, med to forskellige vinkler: En *formel* vinkel (kaldet formel overensstemmelse med EU-retten) og en *materiel* vinkel (kaldet materiel overensstemmelse med EU-retten).

I den første del, *formel* overensstemmelse med EU-retten, analyseres det, om Skatteministeriets bemærkning i høringssvaret er tilstrækkeligt til at anse misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2, som implementeret korrekt. Er dette ikke tilfældet, følger det forudsætningsvist af EU-retlig praksis, herunder især sag 321/05, *Kofoed*, at misbrugsbestemmelsen er i strid med EU-retten.

I den anden del, *materiel* overensstemmelse med EU-retten, analyseres indholdet af ejerskabskravet i ABL § 4 A, stk. 3-6 nærmere. Det følger her af EU-retlig praksis, at hvis en medlemsstat skal implementere en værnsregel, skal den være i overensstemmelse med den generelle og restriktive praksis fra Domstolen om misbrug⁶.

Hovedvægten af specialet ligger på denne anden del. Når netop dette aspekt af værnsreglen er i særligt fokus, skyldes det, at loven er ét af efterhånden mange eksempler på en tilsyneladende ændret holdning hos Skatteministeriet og SKAT. Disse har i de senere år skærpet kursen mod holdingstrukturer og misbrug inden for EU. En holdningsændring der blandt andet er kritiseret af den fremtrædende skatteadvokat Hans Severin Hansen. Han minder om, i TfS 2011.537 under overskriften "*Det store hykleri*", at Danmark, for bare 15 år siden, havde så lempelige regler overfor holdingselskaber, at en arbejdsgruppe under EU, ECOFIN, omtalte reglerne som skadelig skattekonkurrence. Det er derfor også et formål med undersøgelsen, at undersøge om værnsregler som ABL §4 A, stk. 3-6 og anden regulering mod holdingselskaber, som helhed, er foreneligt med EU-retten. Dette undersøges i et

⁶ Jf. bl.a. sag C-126/10, *Foggia*

særskilt afsnit i analysens anden del, kaldet "*Dansk syn på holdingselskaber i et EU-skatte retligt lys*".

Udover analysen består specialet (fraregnet indledning, konklusion og engelsk resumé) af to kapitler. En indledende redegørelse, hvor retsgrundlaget, dvs. både moder-/datterselskabsdirektivet og ABL § 4, stk.3-6 udførligt er gennemgået, samt et perspektiveringsafsnit hvor fremtidens EU-skatte ret er forsøgt kortlagt.

1.4 Metode

I forhold til valg af metode, giver ABL § 4 A, stk. 3-6 anledning til særlige overvejelser. For som det fremgår af redegørelsen nedenfor, har værnsreglen vist sig at være vanskelig at anvende i praksis, da lovens ordlyd ikke afklarer retstillingen tilstrækkeligt. Det følger her af almindelig skatte retlig metode, at hjemmelskravet i skatte retten, jf. bl.a. GRL § 43, betyder, at andre retskilder, som fx Skatteministeriets fortolkningsbidrag til bestemmelsen i SKM2010.203 DEP, ikke bør anvendes uden betænkelighed⁷.

Udgangspunktet i dette speciale er Alf Ross prognose-teori – dvs. at gældende ret, antages at være den, de retsanvendende myndigheder forventes at lægge til grund ved afgørelse⁸. Dette indebærer, at andre retskilder så vidt muligt vil indgå ved fortolkning, så længe disse ikke strider mod lovens ordlyd⁹.

Det skal ligeledes bemærkes, at det er hensigten med fremstillingen kun at analysere gældende ret, de lege lata. Men som Martin Poulsen påpeger i sin Ph.D.-afhandling, kan det imidlertid være vanskeligt ved behandlingen at nationale skatte værnsregler, at opretholde dette udgangspunkt. For i en del tilfælde er gældende dansk ret på kant med EU-retten¹⁰. Her er det vigtigt at understrege, at analyserne i specialet ikke er tiltænkt som en undersøgelse af, hvordan loven *bør* være (*de lege ferenda*), men nærmere blot en retlig kritik af gældende ret (*de sententia ferenda*). I perspektiveringsafsnittet indgår dog betragtninger, der har karakter af de lege ferenda.

⁷ Jf. fx Aage Michelsen, m.fl. "Lærebog om indkomstskat", s. 99f

⁸ Jf. Morten Wegener, "Juridisk metode", s.53

⁹ Jf. i samme retning Jacob Graff Nielsen, "Legalitetskravet ved beskatning", s. 20ff

¹⁰ Jf. Martin Poulsen, "EU-rettens betydning for fortolkning og anvendelse af skatte retlige værnsregler", s.14

Endvidere er det af metodisk væsentlig betydning, at der opereres med en anden retskildelære inden for EU-retten, end den der kendetegner dansk ret. Det er således efter EU-retten almindeligvis antaget, at hvis ordlyden ikke afklarer retsstillingen, kan EU-domstolen, med stærkere præjudikatværdi end efter intern dansk ret, fortolke ordlyden i lyset af en bestemmelses formål som udtrykt i dets præambel (teleologisk fortolkning)¹¹. Dette er også indarbejdet i specialet, hvor der specielt omkring misbrugsbegrebet i del III, er lagt afgørende vægt på EU-retlig praksis.

1.5 Afgrænsning

Værnsreglen i ABL er kompleks. Dette understreges ikke mindst af, at Skatteministeriets vejledning til bestemmelsen, SKM2010.203 DEP, består af 53 sider. Det er ikke hensigten med denne fremstilling, at analysere alle tænkelige afklaringsproblemer, idet der her kun fokuseres på EU-retlige aspekter. Hertil skal der for en god ordens skyld bemærkes, at det EU-retlige aspekt kun udgør en lille del.

Der findes især i forhold til holdingselskaber beslægtede problemstillinger. Her tænkes især på beneficial-owner begrebet (retsmæssig ejer), der i de senere år har været genstand for flere sager ved Landsskatteretten og domstolene¹². Det antages dog ikke, at ville bidrage nævneværdigt til belysningen af specialet og der afgrænses derfor snævert til praksis om misbrug og moder-/datterselskabsdirektivet.

Ligeledes undersøges det heller ikke nærmere, om ABL §4 A, stk.3-6 har en begrænset rækkevidde i intern dansk ret, som følge af legalitetsprincippet i GRL § 43. Her tænkes især på spørgsmål, som fx hvilken retskildeværdi det førnævnte fortolkningsbidrag fra Skatteministeriet, SKM2010.203, reelt bør have, set i lyset af GRL §43.

Der er heller ikke inddraget praksis og lovgivning fra andre medlemslandes retssystemer. Dette er ofte svært tilgængeligt, og ofte kan det også være svært at afgøre, om regelsættet vitterligt er sammenligneligt med dets danske pendant.

Endvidere inddrages ikke synspunkter og vejledende litteratur fra DBO-retten (fx MDBO). Dette antages, at være af begrænset relevans for problemstillingen.

¹¹ Jf. Karsten Engsig Sørensen, m.fl. "EU-retten", s.76. Der er også enkelte tilføjelser omkring metode i forhold EU-retten, herunder forrangsprincippet. Disse indgår i specialets redegørelse.

¹² Jf. bl.a. Tfs 2010.502LSR og Tfs 2012.183Ø

1.6 Relevans

Værnsreglen og den uklare retsstilling omkring denne, er allerede blevet behandlet i flere artikler¹³. Heraf handler de fleste dog ikke om det EU-retlige aspekt og de enkelte undtagelser hertil, synes mest af alt at være af summarisk karakter¹⁴.

Det synes derfor at have en betydelig relevans, at værnsreglens EU-retlige medholdelighed undersøges udførligt i dette speciale.

Hvad angår analysens materielle del, og det særlige fokus på misbrugsbegrebet i EU-retten, er dette anderledes velbeskrevet. Der er således bare inden for de seneste 5 år, udarbejdet tre Ph.D.-afhandlinger, der alle berører emnet¹⁵. Herudover har Thomas Rønfeldt i år udgivet en bog om det EU-retlige misbrugsbegreb¹⁶. Desuden foreligger der efterhånden en righoldig international litteratur og praksis om misbrugsbegrebet¹⁷.

Relevansen af fremstillingen i den materielle del ligger derfor ikke i selve analysen af misbrugsbegrebet. Det, der derimod berettiger analysen, er, at det er hensigten at klarlægge nyere dansk rets *udlægning* af det EU-retlige misbrugsbegreb. Dette synes forholdsvis uberørt i dansk skatteretlig litteratur hidtil¹⁸.

1.7 Specialets opbygning

Specialet består overordnet af 7 kapitler. Kapitel 1 er indledningen. Her beskrives specialets problemformulering og forudsætninger. Kapitel 2 indeholder specialets redegørelse. Her præsenteres retsgrundlaget, der danner grundlag for analysen. Herefter følger analysens første del i kapitel 3. Der er her fokus på specialets formelle aspekt. Kapitel 4 er analysens anden del. Dette udgøres af analysens materielle aspekt. Kapitel 5 er en perspektivering, hvor det forsøges kortlagt, om der kan forventes en regulering/harmonisering af selskabsskatteretten i en nær fremtid. Efter perspektiveringen

¹³ Jf. TfS 2009.833 og TfS 2011.669

¹⁴ Se hertil SU 2010.111 og SU 2009.278

¹⁵ Disse er Thomas Rønfeldt "*Skatteværn og EU-frihed*", Jeppe Rune Stokholm "*EU skatteret*" og Martin Poulsen "*EU-rettens betydning for fortolkning og anvendelse af skatteretlige værnsregler*"

¹⁶ Den hedder: "*Fælleseuropæisk skatteret I*"

¹⁷ Der henvises her til gennemgangen i 4.2

¹⁸ Det skal for fuldstændighedens skyld påpeges, at Martin Poulsen berører denne problemstilling delvist i TfS2011.905

følger en samlet konklusion i kapitel 6. Specialet sluttet med samt et engelsk resumé af specialet i kapitel 7.

De enkelte kapitler er under-inddelt i afsnit. Der foretages ikke nogen del-konklusioner undervejs. Disse er samlet i den endelige konklusion.

2. Redegørelse

2.1 Værnsreglen mod "omvendte juletræer" i intern dansk ret¹⁹

I 2009, med lov nr. 525 af 12. juni 2009, blev reglerne om, at selskaber skulle opfylde ejertidskrav for at kunne opnå skattefrihed på aktieavancer og aktieudbytte ophævet. Efter den nye lov skulle der sondres mellem fire forskellige aktieklasser, som blev beskattet forskelligt. Hvilken klasse, aktiebesiddelsen hørte under, afhang efter det nye regelsæt udelukkende af karakteren af ejerskabet, der opregnet i prioriteret rækkefølge var følgende: Egne aktier, næringsaktier, datter-/koncernselskabsaktier og portefølgeaktier. I princippet kunne en aktiebesiddelse tilhøre flere klasser, og den opregnede rækkefølge skulle derfor forstås således, at var en aktierne fx næringsaktier og koncernselskabsaktier, så skulle den, grundet rækkefølgen, beskattes som næringsaktier²⁰.

En konsekvens af denne nye inddeling var, at især forskellen mellem tredje og fjerde klasse tiltrak sig stor opmærksomhed. For hvor der i tredje klasse (koncernselskabsaktier og datterselskabsaktier), jf. SEL §13, stk.1, nr. 2, kunne ske skattefri udlodning og kunne afstås skattefrit, jf. ABL §8, gjaldt dette ikke tilsvarende for portefølgeaktier (og disse skulle i tillæg også lagerbeskattes, hvis de var optaget til handel på et reguleret marked, jf. ABL §23, stk. 5). Portefølgeaktionærer havde derfor et betydeligt incitament til at forsøge at indrette sig efter de nye regler, således at de undgik status som portefølgeaktionær. Og umiddelbart ville det ikke være så vanskeligt at strukturere sig ud af dette. En mulighed var at omstrukturere ejerskabet ved sammen med andre portefølgeaktionærer at pulje ejerskabet i fælles holdingselskaber. Herved kunne holdingselskabet opnå datterselskabsstatus, hvilket forudsatte 10 % ejerskab – det er netop denne struktur, som ligner et "omvendt juletræ". Grundideen er skitseret i eksempel 1 (bilag 2). I dette eksempel har 12 portefølgeaktionærer, der hver ejer 5 % af aktiekapitalen i driftsselskabet, indskudt 3 (mellem)holdingselskaber. Ved at tilføje dette ekstra led i ejerstrukturen (evt. ved aktieombytning) kunne der udloddes skattefrit.

¹⁹ Det følgende er, hvor andet ikke er anført, baseret på bemærkningerne i L 202/2009

²⁰ Datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier var og er stadig i rækkefølgen ligestillet. Da beskatningen er ens, vælger aktionæren selv klassen i tilfælde af sammenfald.

Med henblik på at forhindre en sådan udvanding af beskatningsgrundlaget, blev der indsat en værnsregel mod dette "*omvendte juletræ*"²¹. Værnsreglen var rettet specifikt mod de mellemliggende holdingselskaber, ved at der blev stillet ekstra betingelser for, at dets aktiebesiddelse kunne anerkendes skatteretligt. Var disse betingelser ikke opfyldt, blev aktionærene af holdingselskabet anset som retsmæssige ejere af aktierne i det underliggende driftsselskab. I eksempel 1 vil selskab 1-12 altså blive anset som ejere af 5 % af aktierne i driftsselskabet. Og ved en udlodning fra driftsselskabet til mellemholdingselskaberne vil selskab 1-12 derfor efter det nye regelsæt blive beskattet, til trods for at de - civilretligt – aldrig har fået udloddet noget udbytte (direkte). Det var netop disse betingelser og retsvirkningen hertil, der udgjorde (og stadig udgør) værnsreglen.

Udformningen af værnsreglen i det oprindelige høringsudkast var relativt enkelt. Det var indsat i ABL §4A, stk. 3 (hvortil der henvises i §4B) og indgik som et led i den helt generelle definition af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier. Dette betød, at alle selskaber skulle opfylde disse krav, samtidig med at kravet på 10 % ejerskab også skulle opfyldes. Selve værnet udgjorde tre betingelser: To subjektive bestemmelser vedrørende selskabets funktion og reelle aktivitet og et objektivt krav rettet mod (mellemholding)selskabets aktionærer²².

Denne let forståelige formulering fik imidlertid en hård kritik i høringssvarene. Både de subjektive og objektive betingelser blev kritiseret skarpt. De subjektive betingelser fremstod som arbitrære, og den objektive betingelse blev især fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (fremover FSR) mødt med en lang række spørgsmål til den nærmere praktiske forståelse af bestemmelsen²³.

I det følgende gennemgås værnsreglens udvikling fra den simple udformning i første lovudkast til den meget komplicerede udformning, som den har i dag²⁴.

2.1.1 Udformningen af værnsreglen efter lov nr. 525 af 2009²⁵

²¹ Fremover i projektet bruges mere formelle udtryk end "*omvendte juletræer*" ved fx henvisning til paragraf eller henvisning til eksempler.

²² Høringsudkastet kan rekvireres via det offentlige egen portal, borger.dk:

<https://bdkv2.borger.dk/Lovgivning/Hoeringsportalen/Sider/Fakta.aspx?hpid=445>

²³ Jf. L 202/2009, bilag 2

²⁴ Det er dog altid værd at have i erindringen, at selvom den i dag er kompleks, bygger den stadig på den oprindelige form – to subjektive bestemmelser og én objektiv.

²⁵ Den følgende gennemgang baseret, hvor andet ikke er nævnt, på bemærkninger i lovforslaget (L 202/2009).

Værnsreglen blev indført i 2009 med lov nr. 525 af 2009 og var et led i en større reform af blandt andet ABL. Som nævnt ovenfor indgik værnsreglen i definitionen af datterselskabsaktier. Udover værnsreglen, som er genstand for redegørelsen i det følgende, er der to grundlæggende betingelser for at en aktiebesiddelse opnår status som datterselskabsaktier – 10 % direkte ejerskab, samt at datterselskabet er et dansk selskab, der beskattes efter SEL §1, stk.1, nr. 1-2a, 2d-h og 3a-5b eller er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet eller en DBO²⁶.

Selve udformningen af værnsreglen blev indført i ABL §4A, stk. 3, i nr. 1-3 (hvortil der henvises i ABL §4B). Ordlyden i loven som vedtaget er som følger (for gengivelsen af hele §§ 4A og 4B, se bilag 1):

"Datterselskabsaktierne anses for direkte ejet af moderselskabets selskabsaktionærer i tilfælde, hvor

1) *Moderselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. §4B*

2) *Moderselskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelse og*

3) *mere end 50 pct. af aktiekapitalen i moderselskabet direkte eller indirekte omfattet af sel §1 el. §2, stk. 1, litra a, der ikke ville kunne modtage udbytter skattefrit ved direkte ejerskab af aktierne i det enkelte datterselskab*

I bemærkningerne omtales nr. 1 kun ganske kort. Der står, at det må komme an på en konkret

vurdering, hvad selskabets formål er. I et høringssvar til FSR udtaler Skatteministeriet blandt andet, at der skal foretages en *reel vurdering* af, hvad funktionen er. Heri indgår en egentlig vurdering af aktiviteten. Vurderingen kan ikke baseres alene på et selskabs formelle funktion (funktionen ifl. dets vedtægter)²⁷. Denne forståelse af begrebet følges også i praksis. Flere skatterådsafgørelser tyder på, at bestemmelse forstås således, at det ikke - i sig selv - er tilstrækkeligt at indskyde mere eller mindre tilfældig anden aktivitet (fx fast ejendom) for herved at undgå at ejerskabet af aktierne er den *"primær funktion"*²⁸. Det er

²⁶ Der er desuden tilføjet visse andre betingelser, nu fx ABL §4A, stk. 7 – disse er dog af mindre betydning for projektet og bliver som udgangspunkt ikke omtalt nærmere.

²⁷ Jf. L 202/2009, bilag 41

²⁸ Jf. SKM 2009.796 SR og SKM 2010.394 SR

derfor næppe korrekt, når Erik Werlauff anfører, at man kan "...frigøre sig fra mellemholdingreglen.. [ved blot at] tilkøbe sig aktivitet..."²⁹.

Om nr. 2 står der, at selskabet vil skulle udøve en eller anden form for erhvervsdrivende virksomhed, og at selskabet skal have en "...fysisk eksistens, dvs. lokaler, personale og udstyr. 'Postkasse' og 'skærmselskaber' udøver i denne sammenhæng ikke reel økonomisk virksomhed". Herefter påpeges – noget overflødigt – at det ikke er tilstrækkeligt blot at eje datterselskabsaktierne. I høringssvaret til FSR er dette præciseret. Her anføres, at betegnelsen "reel økonomisk virksomhed" indebærer, at selskabet skal have personale, der varetager nødvendige administrative opgaver og forvaltning af mellemholdingselskabets investering. Hvor grænsen går, afhænger af det konkrete mellemholdingselskab, dets aktiviteter og den/de investeringer, som det har foretaget³⁰. Også forståelsen af nummer to har været forelagt Skatterådet flere gange. Her tyder afgørelserne på, at Skatterådet lægger en helt konkret vurdering til grund for deres afgørelser, fx i flere tilfælde med fokus på hvad en indsat direktør reelt foretager sig, og om han er kompetent til at udfylde den pågældende funktion³¹. Dette punkt er genstand for udførlig gennemgang i **4.3** og gennemgås derfor ikke yderligere her.

Nr. 3 (flere steder benævnt "majoritetstesten") er den (objektive) betingelse, der definerer, hvilke koncernstrukturer der omfattes af bestemmelse. Af ordlyden fremgår, at dette forudsætter, at majoriteten (< 50 %) af aktiekapitalen (i mellemholdingselskabet) ejes af selskaber, der ikke ville kunne modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab. Den praktiske forståelse af nr. 3 er imidlertid meget vanskelig. Overordnet indeholder lovbemærkningerne dog en gennemgang af forståelsen af flere af de centrale ord i bestemmelsen, primært ved hjælp af eksempler.

Om forståelsen af direkte kontra indirekte er forskellen forklaret ved hjælp af eksempler. I nærværende fremstilling benyttes eksempel 2 (bilag 2)³². I eksemplet er skitseret en simpel koncernstruktur, hvor selskaberne S1-S3 tilsammen ejer 100 % af MH1. MH1 ejer 50 % af MH2 og MH2 ejer 50 % af driftsselskabet. Efter dansk ret medregnes traditionelt set kun direkte ejerskab, når ejerandelen opgøres efter SEL§13, stk.1, nr 2, hvilket i eksemplet vil sige, at når der udloddes udbytte fra driftsselskabet til MH2, så vil MH2 opfylde ejerskabkravet på 10 %. Imidlertid indebærer værnsreglen, at der, når MH1 og

²⁹ Jf. Erik Werlauff, "Selskabsskatteretten", s. 205

³⁰ Jf. L 202/2009, bilag 41

³¹ Se SKM 2011.14 SR, SKM 2010.33 SR og SKM 2010.263 SR

³² Figuren er modificeret en smule i forhold til den angivet i forarbejderne

MH2 ikke udøver reel økonomisk virksomhed eller har et legitimt formål, undersøges om selskaberne S1-S3 opfylder ejerskabskravet indirekte, hvilket de i eksemplet ikke gør, da de kun ejer hhv. 8,25%, 8,25% og 8,5 %.

Et andet forhold af betydning, der også fremgår af lovbemærkningen, er, at værnsreglen skal prøves led for led. Dette indebærer med udgangspunkt i ovenstående eksempel, at selvom, fx MH2 ikke ville kunne anerkendes skatteretligt, fordi det ikke udøver selvstændig økonomisk aktivitet, finder værnsreglen ikke anvendelse, hvis MH1 rent faktisk udøver reel aktivitet. For da anerkendes dette selskabs aktiebesiddelse, og majoritets-testen vil da skulle foretages med udgangspunkt i MH1, og dette selskab ejer jo mere end 50 % - derfor finder værnsreglen ikke anvendelse i et sådan tilfælde. En anden anført konsekvens af dette led-for-led-princip, der i øvrigt fint illustrerer de afgrænsningsvanskeligheder, loven medførte, kan vises med eksempel 3 (se bilag 2). Om dette eksempel udtaler Skatteministeriet i et høringssvar, at da MH2 kun indirekte er portefølgeaktionær i driftsselskabet (3 %), da skal MH3 og MH4 anses som rette indkomstmodtager³³. Følgen af dette ville være, at de ultimative selskabsaktionærer S1-40, i sidste ende ville blive dobbeltbeskattet. For i første omgang beskattes således MH3 og MH4 og herefter beskattes også S1-S40 ved den efterfølgende videre-udlodning fra MH3 og MH4. Dette er imidlertid et ret uacceptabelt og urimeligt udgangspunkt, og udtalelsen blev da også hurtigt fraveget i praksis, jf. SKM2010.36SR.

Det påpeges også i lovbemærkningen, at der ved brug af majoritetstesten skal ses bort fra egne aktier. Ejer en selskabsaktionær således 20 % i et mellemholdingselskab, hvor 50 % af aktiekapitalen ejes af mellemholdingselskabet selv, da opgøres ejerandelen til 40 %.

Selvom der, som det fremgår af ovenstående, blandt andet i høringssvarene var uddybet, hvordan værnsreglen skulle afgrænses, blev loven og det dertilhørende fortolkningsbidrag fra flere sider betragtet som utilstrækkeligt³⁴.

³³ L 202/2009, bilag 41

³⁴ Jf. blandt andet TFS.2009.1123

Denne usikkerhed medførte, at Skatteministeriet udsendte supplerende vejledning i form SKM2010.203DEP. Trods denne skrivelse kom der dog allerede året efter en ændringslov.

2.1.2 Udformningen af værnsreglen efter lov nr. 254 af 30. marts af 2011³⁵

Den 24. november 2010 fremsatte regeringen et lovforslag, til ændring af værnsreglen i ABL. Overordnet er dette lovforslag ikke noget nybrud, og det anføres da også i lovforslaget, at sigtet er en række mindre justeringer og præciseringer. Der indføres dog med den nye lov en betydeligt tungere formulering, der her udgør ABL § 4A, stk. 3-6. De generelle betingelser for definitionen af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier (dvs. stk. 1-2 og stk. 7) er stort set enslydende, kun med den lille modifikation at blandt andet fonde nu omfattes af stk. 2³⁶.

Ændringerne er i bemærkningerne til loven opdelt i fire.

Første justering er i første punktum i stk. 3. Den gældende formulering, *"Datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af moderselskabs selskabsaktionærer"* (egen understregning) indebar, at alle selskabsaktionærer blev omfattet af reglen, inklusiv eventuelle minoritetsaktionærer der i forvejen var portefølgeaktionærer. Disse er allerede skattepligtige af aktieposten i mellemholdingselskabet og blev med andre ord dobbeltbeskattet af afkastet. Derfor tilføjes sætningen *".. og som i et ethvert led ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen.."*. Herved omfattes portefølgeaktionærer i mellemholdingselskabet jo ikke, da disse - pr. definition - ejer mindre end 10 pct. En anden ændring samme sted er i linjen inden. Her præciseres det, at udenlandske selskaber, som er skattepligtige her i landet som følge af CFC-beskatning eller (valgfri) international sambeskatning, også omfattes af værnsreglen.

Anden justering indebærer et nyt nr. 3 til stk. 3. Et problem med den dagældende lov var, at værnsreglen også ramte mere "legitime" struktureringer, hvor årsagen til at indskyde et (mellem)holdingselskab var at finansiere investeringer i et driftsselskab og ikke

³⁵ Det følgende baseres, hvor ikke er omtalt ligeledes på bemærkningerne L 84/2011. Det skal påpeges, at også denne lov er et led i en omfattende lovregulering, i det følgende omtales kun §§4A og 4B. Selve lovteksten er for ikke at tynde opgaven for meget kun gengivet i bilag 2 og ikke i selve specialet.

³⁶ For nærmere beskrivelse af de generelle betingelser og beskatningen af de forskellige aktieklasser henvises derfor til ovenstående redegørelse.

udelukkende for at omgå ABL's bestemmelser. Og som det meget rigtigt påpeges i bemærkningerne, er der slet ikke noget formål med et værn i dette tilfælde. For aktionærerne i mellemholdingselskabet forøger ikke deres ejerandel i det underliggende selskab ved at indskyde et mellemholdingselskab her. Ejer en selskabsaktionær eksempelvis 15 % af mellemholdingselskabet, ejer det jo også (indirekte via mellemholdingselskabet) 15 % af det underliggende selskab. I det nye nr. 3 tilføjes derfor, at hvis datterselskabet (dvs. driftsselskabet) ejes 100 % af moderselskabet (dvs. mellemholdingselskabet), omfattes det ikke af værnsreglen. For at forhindre at denne lempelse benyttes til omgåelse af værnsreglen, undtages tilfælde, hvor det underliggende selskab er hjemmehørende i et land ikke omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet eller en DBO.

Tredje justering er en tilføjelse af et nyt stk. 6. Efter reglerne inden denne lovs effektuering, indebar retsvirkningen af værnsreglen, ved udlodning, en diskrimination af minoritetsaktionærer i mellemholdingselskabet. Disse ville nemlig indirekte komme til at betale, fordi der ville skulle indeholdes kildeskat for majoritetsaktionæren. Med ejerstrukturen i eksempel 4 kan dette illustreres. Hvis der her udloddes 100 kr. til MH1, så ville der, jf. kildeskattelovens §65, skulle indeholdes kildeskat af MH2's andel, dvs. 60 kr. x 25 % skat = 15 kr. Herved ville minoritetsaktionæren, S-A, også blive beskattet – defacto – da MH1 kun vil modtage 100 kr. minus indeholdt kildeskat, dvs. 85kr. Derfor tilpligtes de skattepligtige aktionærer med den nye lov (i eksemplet S1-4), at betale dette beløb til MH1.

Fjerde justering er en tilføjelse af et nyt stk. 5. Efter første lov kunne majoritetskravet i det tidligere stk. 3, nr. 3 omgås ved, at fysiske personer indsattes som ejer af tilsammen 50 % af aktiekapitalen i form af aktier uden udbytterettigheder i mellemholdingselskabet. Herved kunne der stadig udloddes skattefrit til mellemholdingselskabets moderselskabsaktionærer. Der indsattes derfor en særlige opgørelsesregel for vurderingen af majoritet i stk. 3, nr. 3, når en moderselskabsaktionær har sådanne udbyttepræferenceaktier. Der opregnes derfor 4 tilfælde, hvor aktiekapital, der egentlig ikke tilhører den enkelte selskabsaktionær alligevel, skal medregnes under denne beholdning. Dette er eksempelvis aktiebesiddelser fra en fysisk person med bestemmende indflydelse i selskabet.

Udover disse fire opregnede justeringer er der som omtalt enkelte ombytninger/indskud af ord, betegnet "*sproglige forbedringer*". Disse medfører ikke nogen ændrede retsvirkning og omtales derfor ikke nærmere. Et eksempel herpå er et nyt stk. 4.

Her præciseres blot, at ved en koncernstruktur med flere mellemholdingselskaber er det den øverste selskabsaktionær, der anses som ejer.

2.2 Moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU)

Moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) er af 23. juni 1990 og blev inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 219 af 3. april 1992. Direktivet har gennemgået flere mindre justeringer/tilpasninger blandt andet ved direktiv 2003/123/EF, hvor anvendelsesområdet for faste driftssteder blev udvidet (ligeledes er tilføjet en definition af faste driftssteder). Herudover er direktivet også ændret ved nye EU-landes indtræden. I 2011 blev direktivteksten opdateret med et i hovedsagen enslydende indhold ved direktiv 2011/96/EU.

Om formålet og baggrunden fremgår det af direktivets præambel, at beskatningsreglerne for forbindelser mellem moder- og datterselskaber, inden vedtagelsen af direktivet, varierede betydeligt i mellem medlemslandene. Som regel med den konsekvens at samarbejde på tværs af grænserne var mindre fordelagtigt end rent interne nationale interaktioner. Det anføres derfor i præambelen, at: *"Det var nødvendigt at fjerne denne forskelsbehandling gennem en fælles ordning, hvorved det bliver lettere at sammenslutte selskaber på EU-plan."* Trods denne formuleringens brede karakter er direktivets anvendelsesområde temmelig begrænset. Som det fremgår af de efterfølgende to punkter i præambelen hhv. 7 og 8, medfører direktivet, at et moderselskabs udbytte fra datterselskabet skal fritages for beskatning - enten ved eksemption-lempelse eller ved credit-lempelse (pkt. 7). I punkt 8 står der, at der ikke kan indeholdes kildeskat af dette udbytte (pkt. 8). Denne regulering er, med undtagelse af en bestemmelse om en særlig form for ekstra skat opkrævet af visse lande, direktivets centrale bestemmelser.

Udformningen af direktivet består af art. 1-11:

Art. 1, stk. 1 definerer nærmere, i litra a-d, *hvor* og *hvornår* direktivet finder anvendelse. Dette er henholdsvis, der *hvor* moderselskabet, datterselskabet, og/eller det faste driftssted er hjemmehørende i EU, og *når* der udloddes overskud til et selskab (el. fast driftssted) i anden medlemsstat. Art. 1, stk. 2 hjemler en ret for medlemslandene til at

indføre/opretholde nationale regler, der er "*..nødvendige for at hindre svig og misbrug*". Det følger af stk. 2's formulering "*kan*", at implementeringen af en sådan undtagelse er valgfri.

Hvilke selskabsformer, der er omfattet af direktivet, fremgår af artikel 2. Her er tre kriterier: For det første, første pind, skal selskabet være organiseret i en selskabsform, der er nævnt i bilag 1, del A, hvilket for Danmarks vedkommende er ApS og A/S, samt andre selskabsformer beskattet efter samme regelsæt, fx et s.m.b.a - og faste driftssteder³⁷. Denne afgrænsning skal i følge C-247/08, *Gaz de France*, tages meget bogstavelig. Her prøvede EF-domstolen om det forhold, at ikke alle selskabsformer omfattes af direktivet, var i strid med traktatens bestemmelser om fri bevægelighed – det var ifølge EF-domstolen ikke tilfældet (præmis 60). For det andet, litra b, skal selskabet være hjemmehørende i et EU-land. Tredje betingelse, litra c, indebærer, at selskabet skal være underlagt bestemte beskatningsformer – i Danmark er dette (selvfølgelig) selskabsskat (jf. bilag 1, del B). Herudover er faste driftssteder, uafhængig af de andre kriterier, også omfattet af direktivet, jf. art 2, litra b.

I artikel 3, stk. 1 fremgår direktivets definitioner af moder- og datterselskaber. Her står, at et moderselskab er ethvert selskab, der opfylder art. 2 (som er beskrevet ovenfor), og som ejer en "*minimumsandel*" på 10 % af et andet selskab (der også opfylder betingelserne i art. 2) i en anden medlemsstat³⁸. Der er to undtagelser, der modificerer dette i artikel 3, stk. 2. Den ene hjemler mulighed for, at der ved en indgået DBO, kan anvendes et stemmerettighedskrav i stedet for kapitalandelskrav (Danmark har ikke indgået nogen DBO med et sådan indhold). Den anden tillader medlemslandene at have et ejertidskrav på 2 år før der kan udloddes skattefrit (Danmark har som bekendt ophævet dette i lov nr. 525 af 2009 jf. 2.1).

Artikel 4 er direktivets centrale, materielle bestemmelse. Her genfindes den i præamblen omtalte skattefrihed ved udbytte, enten i form af eksemption-lempelse eller som credit-lempelse. Artikel 4, stk. 1 lyder således:

"Hvis et selskab eller dets faste driftssted som følge af moderselskabets forbindelse med sit datterselskab modtager overskud, der udloddes ved en anden lejlighed end i forbindelse med datterselskabs likvidation, skal moderselskabets stat og det faste driftssted"

³⁷ Antageligvis svarer afgrænsningen her til den i ABL §4A, stk. 2.

³⁸ Hertil bemærkes i øvrigt, at der med tilføjelsen af faste driftssteder i direktiv 2003/123/EF kan forekomme tilfælde, hvor to selskaber, der er hjemmehørende i samme land, er omfattet af direktivet. Dette er derfor også blevet tilføjet i teksten i selve artikel 3.

- i) *Enten undlade at beskatte dette overskud; eller*
- ii) *Beskatte dette overskud, men give moderselskabet og det faste driftssted tilladelse til fra det skyldige skattebeløb at trække den del af den af datterselskabet og ethvert datterselskab på lavere niveau betalte selskabsskat, der vedrører dette overskud, op til det tilsvarende skyldige skattebeløb, på den betingelse, at hvert selskab og dets datterselskaber på lavere niveau er omfattet af definitionerne i artikel 2 og opfylder kravene i artikel 3 på ethvert niveau*

Da dette er den eneste artikel, der beskriver udbytte, kan det - noget ejendommeligt – konstateres, at udbytte-begrebet slet ikke er (positivt) defineret i direktivet, og da området ikke er harmoniseret på EU-niveau, opstår spørgsmålet, hvorledes direktivets anvendelsesområde her skal afgrænses. Dette er af central betydning for projektet og analyseres derfor særskilt i **3.1.2**, hvortil der henvises.

Art. 5 er en hjemmel til fritagelsen fra (ordinær) kildeskat.

Art. 6 indeholder også hjemmel til fritagelse fra kildeskat. Dette er imidlertid en særlig form for kildeskat, der kendes fra blandt andet Storbritannien og har ikke nogen betydning for dansk skatteret³⁹.

Ovenstående præciseres i art 7, stk 1. I art. 7, stk. 2, hvor fremgår det, at direktivet ikke er til hinder for modstridende bestemmelser i DBO'er.

Art. 8-11 er udelukkende bestemmelser vedrørende ikrafttrædelse og anden formalitet og omtales derfor ikke yderligere i denne fremstilling.

2.3 Direktivers anvendelse i dansk ret

Generelt om direktiver:

Det følger allerede af afgørelsen i sag 6/64, *Costa mod ENEL*, at EU-retten har forrang frem for national ret, og derfor skal de retsanvendende myndigheder i Danmark, herunder SKAT og domstolene, så vidt muligt lægge den EU-retlige regulering til grund ved uoverensstemmelse⁴⁰.

³⁹ Søren Næsberg Jensen, "EU-Selskabsskatteret", s. 240-244

⁴⁰ Karsten Engsig Sørensen, m.fl., "EU-Retten", s. 169-170

Det lidt særegne ved direktivers lovgrundlag er dog, at de, ifølge art. 288, stk. 3 i TEUF, kun er bindende for så vidt angår deres tilsigtede mål, og at det overlades til de enkelte medlemsstater at implementere dem i national ret. Ud af dette synes der at kunne udledes, at indholdet af direktiver ikke kan anvendes i national ret (også kaldet umiddelbar anvendelighed). Der er imidlertid en domstolsskabt hjemmel til, at direktiver, under visse nærmere opregnede betingelser, kan få direkte virkning. Dette fremgår første gang af sag 41/74, *van Duyn*. Betingelserne, som blandt andet fremgår af sag 8/81, *Becker*, er de samme betingelser, som også kendes fra afgørelsen af, om traktatens bestemmelser er direkte anvendelige, dvs.⁴¹:

1. Betingelsen skal indeholde en klar og præcis forpligtelse
2. Der må ikke knytte sig forbehold til bestemmelsen
3. Bestemmelsens gennemførelse er uafhængig af gennemførelsesforanstaltninger fra medlemsstaternes eller institutionernes side

At en afgørelse statuerer, at de opregnede betingelser er opfyldt/ikke opfyldt vedrørende en bestemmelse, betyder ikke at direktivet nødvendigvis - som helhed - tillægges samme retsvirkning, og det skal således overvejes, om hver enkelt bestemmelse i direktivet umiddelbart anvendelig⁴².

Moder-/datterselskabsdirektivets umiddelbare anvendelighed:

Som det fremgår af ovenstående, er det af stor betydningen for retsstillingen ved en uoverensstemmelse mellem et direktiv og national ret, om et direktiv er umiddelbar anvendeligt. Moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelser har været genstand for domstolsprøvelse en del gange, heriblandt art. 3, stk.2 (i de forenede sager C-283, 291-292/94, *Denkavit*) art. 4, stk. 1(sag C-138/07, *Cobelfret*), art. 5 (sag C-375/98, *Epson Europe*). I alle sagerne var bestemmelserne umiddelbart anvendelige og for ikke at tynde dette projekt alt for meget med gennemgang af yderlige domstolspraksis, forudsættes det herefter, at alle bestemmelserne i direktivet er umiddelbart anvendelige.

⁴¹ Jf. Karsten Engsig Sørensen, m.fl., "EU-retten", s. 142

⁴² Jf. Karsten Engsig Sørensen m.fl., "EU-retten", s. 143

Det skal endvidere for fuldstændighedens skyld understreges, at både forhold der er omfattet af direktivet og forhold der ikke er omfattet af direktivet, stadig er underlagt traktatens bestemmelser. Denne problemstilling forelå i C-379/05, *Amurta*, hvor det fastslås, at selvom direktivet ikke finder anvendelse, skal medlemslandene stadig iagttage traktatens regler om fri bevægelighed (præmis 24).

2.4 Moder-/datterselskabsdirektivet anvendelighed på ABL § 4 A, stk. 3-6

Det er af flere forfattere diskuteret, i hvilket omfang moder-/datterselskabsdirektivet omfatter værnreglens anvendelsesområde⁴³. I teorien et ikke uvæsentligt spørgsmål da specialets relevans, i tilfælde af at moder-/datterselskabsdirektivet ikke var anvendeligt, ville være meget begrænset.

Yderpunktet i denne diskussion repræsenteres af Martin Poulsen, der i SU2009.278 anfører, at værnreglen ikke er omfattet af direktivet. Konklusionen kan dog af flere årsager ingenlunde tiltrædes. For det første kan det undre, hvorfor han uden videre når frem til dette resultat, når han samtidig henviser til lovforarbejder, hvor Skatteministeriet jo netop har taget stilling, og dermed implicit bekræftet, at moder-/datterselskabsdirektivet finder anvendelse⁴⁴. Herudover strider konklusionen mod ordlyden af bestemmelsen og al anden litteratur om værnreglen⁴⁵, heriblandt Skatteministeriets egen redegørelse om værnreglens anvendelsesområde⁴⁶!

Selvom synspunktet altså næppe er i overensstemmelse med gældende ret, og også strider mod forudsætningerne for denne fremstilling, synes der dog alligevel at være god grund til at få afgrænset værnreglens (geografiske) anvendelighed, idet denne vitterligt er uafklaret⁴⁷.

Nærværende forfatter har ved tidligere lejlighed undersøgt problemstillingen. Ved at nærlæse direktivets præambel og sammenligne den med ordlyden og dansk praksis om værnreglen, anskueliggøres i den forbindelse, at det fælles anvendelsesområde er bredt, idet det blot forudsætter, at moderselskabet i koncernen er hjemmehørende i Danmark. Det er ikke formålstjenstligt at gengive den fulde analyse heraf i specialet, det ville tynge

⁴³ Jf. Jakob Bundgaard i SU 2010.111 og Martin Poulsen i SU 2009.278

⁴⁴ Jf. L202/2009, bilag 41

⁴⁵ Fx Tfs 2009.1123 og Tfs 2010.152

⁴⁶ SKM 2010.203 DEP

⁴⁷ Jf. Jakob Bundgaard SU 2010.111

fremstillingen unødvendigt. I stedet henvises til bilag 3, hvor analysen og konklusionen er gengivet.

3. Formel overensstemmelse med EU-skatte retten: ABL § 4A, stk. 3-6 som implementering af art. 1, stk. 2 i moder-/datterselskabsdirektivet

3.1 Generelt om lovgivningsprocessen for ABL § 4A, stk. 3-6 og implementering af direktiver

Det kan læses ud af lovforslag nr. 202 af 2009, at værnsreglen er indsat i ABL for at hindre omgåelse af betingelserne for skattefrihed for aktieavance og aktieudbytte. Det er samtidig ret åbenbart, at der ikke under udformningen af denne er taget hensyn til moder-/datterselskabsdirektivet hovedregel: Fritagelse for skat på udbytter mellem koncernforbundne selskaber. Det eneste krav, der kan stilles til ejerskabet efter direktivet, er 10 % direkte ejerskab, jf. art. 3 stk. 1⁴⁸. Problemstillingen er ikke omtalt i lovforslaget eller det oprindelige høringsudkast.

Det er derfor heller ikke overraskende, at den umiddelbare direktivstridige udformning af værnsreglen blev kritiseret allerede i forbindelse med høringen af første lovudkast (blandt andet af Dansk Industri, DVCA⁴⁹)⁵⁰ – en kritik der sidenhen er gentaget.

Kritikken er imidlertid i alle tilfælde blevet afvist kategorisk, og - desværre – hver gang med en ganske kort og meget enslydende begrundelse. Et eksempel på argumentationen findes i et svar til Advokatsamfundet i forbindelse med høringen af den første lov⁵¹. Her blev der spurgt direkte til medholdigheden af værnsreglen i lyset af, at EU-Domstolen ikke havde afsagt en eneste afgørelse, der underkendte en ejerstruktur, hvor der var 10 % aktiebesiddelse i hvert led. Hertil svarede Skatteministeriet:

"Bestemmelsen skal forhindre, at der indskydes et selskab mellem aktionærerne og 'datterselskabet' med henblik på at opnå skattefrihed for afkastet af aktierne, som ikke kunne

opnås gennem direkte ejerskab. Det er Skatteministeriets vurdering, at en sådan udvanding af ejerkravet falder ind under misbrugsklausulen i moder-

⁴⁸ Jf. Søren Næsborg Jensen, s.215

⁴⁹ Forkortelse for Danish Venture Capital and Private Equity Association

⁵⁰ Jf. L 202/2009, bilag 2

⁵¹ Jf. L 202/2009, bilag 2

/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2. Det vurderes derfor, at bestemmelsen er EU-medholdelig."

Udover at det kan undre, at man ikke - i det mindste for en god ordens skyld - i loven eller i bemærkningerne til lovforslaget har indarbejdet denne forudsætning, opstår spørgsmålet, om en direktivbestemmelse overhovedet kan anses som implementeret med denne fremgangsmåde⁵².

Denne problemstilling er forsøgt afklaret nedenfor.

3.2 EU-skatterettens krav til implementering af direktiver (sag C-321/05, Kofoed)

Efter dansk ret forudsætter skatteregler lovhjemmel, jf. GRL § 43. EU-rettens krav til en implementering af direktivet virker imidlertid knap så håndfast. Som det fremgår af **2.3**, er direktiver således kun bindende for så vidt angår deres tilsigtede mål, jf. TEUF art. 288, stk. 3. Det synes vanskeligt, at udlede noget vejledende i denne artikel i forhold til at afgøre, hvilke krav til dette stiller til selve lovgivningsprocessen. Heller ikke ordlyden af moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2 synes at afklare problemstillingen. Denne som følger:

"Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig eller misbrug."

Ved en snæver dansk fortolkning har denne regel dog tilsyneladende ikke nogen betydning for retsstillingen i dansk skatteret. For umiddelbart lægges der op til, at der – i overensstemmelse med legalitetsprincippet - påkræves en positivt implementeret national lovhjemmel, og en sådan er jo netop ikke inkorporeret. Og da direktiver ikke kan pålægge borgere pligter (kun rettigheder)⁵³, så vil en ordlydsfortolkning indebære, at der, modsat ministeriets opfattelse, ikke findes nogen legal undtagelse ved svig eller misbrug af direktivets rettigheder i dansk ret.

⁵² Jakob Bundgaard anfører i SU2010.111, at denne påstand er nævnt i høringsudkastet. Dette er imidlertid ikke korrekt. Misbrug omtales i høringsudkastet - det omhandler dog misbrugsbestemmelsen i direktiv 90/434/EØF (Fusionsskattedirektivet).

⁵³ Jf. Karsten Engsig Sørensen, "EU-retten", s. 129

En helt tilsvarende problemstilling har imidlertid været forelagt Domstolen præjudicielt i sag C-321/05 *Kofoed*. Spørgsmålene, der her blev stillet til domstolen, omhandlede ganske vist den noget anderledes formulerede misbrugsbestemmelse i direktiv 90/434/EØF (fusionsskattedirektivet - nu 2009/133/EF), men da det almindeligvis antages, at de to direktivers misbrugsbestemmelse skal afgrænses nogenlunde ens⁵⁴, gennemgås i det følgende sagens faktum og præmisser indgående med henblik på efterfølgende fortolkning:

Sagen vedrørte to fysiske personer, Niels Toft og Hans Markus Kofoed, (hjemmehørende i Danmark), der sammen ejede et anpartsselskab i Danmark, Cosmopolit Holding ApS. Niels Toft og Hans Markus Kofoed erhvervede hver én af to aktier i et irsk hjemmehørende kapitalsselskab med navnet Dooralong Ltd. Herefter forhøjede de det irske selskabs kapital med 21.000 nye aktier. Disse blev herefter med hjemmel i den daværende ABL §13 ombyttet skattefrit (underforstået med succession) med aktierne i deres fælles danske selskab, således at de to danskere kom til at eje Dooralong Ltd., der selv blev ejer af selskabskapitalen i Cosmopolit ApS. Herved var skabt en klassisk holding-struktur med Cosmopolit ApS som datterselskab, Dooralong Ltd som holdingselskab og de to fysiske personer som ejere af holdingselskabet. En fordel ved denne omstrukturering var, at den dagældende DBO mellem Danmark og Irland gav eksemption-lempelse til udbytter udbetalt fra irske selskaber til fysiske personer hjemmehørende i Danmark. Derfor blev der, ikke overraskende, umiddelbart efter udloddet udbytte. Først fra det danske datterselskab til Dooralong Ltd. (med en kapitalnedsættelse til følge i det danske selskab) og herefter blev der videre-udloddet til ejerne af Dooralong Ltd. (Hans Markus Kofoed og Niels Toft). Ved at udlodde på denne måde kunne de undgå dansk udbyttebeskatning, som ellers ville være konsekvensen, hvis udbyttet var udloddet direkte fra Cosmopolit ApS.

De danske skattemyndigheder valgte imidlertid at forhøje skatteansættelserne, for de anså den udlodning, som fulgte umiddelbart efter omstruktureringen (aktieombytningen), som værende en kontant udligningssum, der grundet det store beløb kom til at overstige grænsen på 10 %, hvilket medførte beskatning efter dagældende regler.

Afgørelse blev påklaget først til Landsskatte retten, der stadfæstede afgørelsen, hvorefter sagen kom for Østre Landsret, der udsatte sagen for at forelægge to spørgsmål præjudicielt for EF-domstolen. Det første spørgsmål vedrørte sagens kerne; kunne civilretligt bindende dispositioner (aktieombytning uden kontant udligningssum) omkvalificeres af de danske myndigheder? Hertil svarede domstolen, at udbyttet ikke kunne anses for at udgøre en kontant udligningssum (præmis 34). Det andet spørgsmål gik på, om misbrugsbestemmelse i direktivets artikel 11 kunne anvendes af

⁵⁴ Søren Næsberg Jensen, *EU-selskabsskatteret*, s. 309. (Dette baserer han egentlig ikke på nogen autoritativ EU-retskilde. Han slutter blot, at en stor forskel næppe er tiltænkt, da den i så fald burde være begrundet.)

de danske myndigheder, selvom national lovgiver ikke havde foretaget specifikke foranstaltninger til gennemførelse af art. 11 i 90/434 (præmis 23). Hertil konstaterede domstolen først, at der på det foreliggende grundlag ikke er hjemmel i dansk ret til at statuere misbrug (forudsætningsvis af præmis 44-45). Om kravet til en sådan bestemmelse, fremgår det, at der ikke nødvendigvis behøves at være en specifik lovhjemmel, så længe der bare er "*...en generel retlig ramme, således at en ordret og udtrykkelig undtagelse af direktivets bestemmelser i specifikke nationale bestemmelser ikke er nødvendig...*" (præmis 44). Efter denne lidt kringlede begrundelse sluttede domstolen, at direktivet er til hinder for, at Danmark tilsidesætter Hans Markus Kofoeds skatteansættelse i det pågældende tilfælde (præmis 48).

3.3 Implementeringen af art. 1, stk. 2 i dansk ret

Det, der gør *Kofoed*-sagen så interessant, er domstolens begrundelse i det andet præjudicielle spørgsmål (dvs. det om implementering). For her kunne noget tyde på, at man, med denne sag som præjudikat, altså i princippet godt kan implementere art. 1, stk. 2 uden en specifik lovbestemmelse herom.

Spørgsmålet er så herefter, om *Kofoed*-sagens præmisser kan fortolkes således, at ABL §4A, stk. 3-6 kan anses som en dansk implementering af misbrugsbestemmelsen? Til afklaringen af dette spørgsmål havde det været at foretrække, hvis Skatteministeriet havde uddybet sin begrundelse. For hvordan nås der frem til, at loven er en implementering af art. 1, stk. 2?

Skatteministeriets begrundelse antages (nok med en vis rimelighed) at bygge på de subjektive kriterier i ABL §4A, stk. 3 nr. 1-2. Dvs. at det ligger implicit i vurderingen af, hvad *mellemløbselskabets primære formål* er (nr. 1), og om de *udøver reel økonomisk virksomhed* (nr. 2). For det ses tydeligt her, at disse formuleringer er under inspiration af EU-retlige praksis om misbrug⁵⁵, hvilket gør, at bestemmelsen herved kan siges at have en "medfødt" association med EU-retten og moder-/datterselskabsdirektivet.

Denne udlægning er dog ikke helt problemfri. For selvom direktivet, med præjudikat i bl.a. *Kofoed*-sagen, ikke forudsætter specifik lovhjemmel, må det stadig forventes, at danske domstole og de administrative myndigheder anvender samme retskilder som efter almindelige principper (den retsdogmatiske metode). Her kan det diskuteres, om et høringssvar til et lovudkast udgør "*...en generel retlig ramme, således at en ordret og*

⁵⁵ Jf. sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, og den udførlige gennemgang i 4.3 om misbrugsbegrebet i dansk ret.

udtrykkelig undtagelse af direktivets bestemmelser i specifikke nationale bestemmelser ikke er nødvendige", således som EF-domstolen udtrykker det i *Kofoed-sagen*⁵⁶.

Efter dansk ret kan et høringssvar næppe karakteriseres som en udtrykkelig undtagelse. For hvad nu hvis der slet ikke var blevet spurgt til direktivet ved høringen? Endvidere, og til støtte for at præjudikatet af *Kofoed-sagen* nok ikke skal fortolkes alt for vidt, fremgår det af præmis 46, at det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om national ret kan fortolkes som at indeholde en henvisning til misbrugsbestemmelsen. Det har således næppe været hensigten med bemærkningen, om at der ikke kræves specifik lovhjemmel, at "*over-rule*" almindelig dansk fortolkningspraksis.

Det virker derfor mest rimeligt at tilslutte sig kritikken i høringssvarene. Men indtil dette rent faktisk forelægges EU-Domstolen, vil kritikken nok ikke vinde genhør hos de danske myndigheder.

Der findes dog hjemmel til, at en medlemsstat har et værn mod denne form for skattetænkning. Værnet er bare for Danmarks vedkommende ikke implementeret korrekt, og derfor står udformningen af ABL §4, stk. 3-6 pt. som værende i strid med direktivet⁵⁷.

⁵⁶ Jf. sag C-321/05, *Kofoed*, pr. 41

⁵⁷ I samme retning Jakob Bundgaard i SU 2011.111

4. Materiel overensstemmelse med EU-skatte retten: ABL §4A, stk. 3-6 som lovhjemlet undtagelse mod bekæmpelse af misbrug

4.1 Generelt om den materielle overensstemmelse og misbrug som begreb

Det fremgik af specialets kapitel 3, at det er forudsat af lovgiver, at ABL § 4 A, stk. 3-6 ikke er i strid med moder-/ datterselskabsdirektivet, idet værnsreglen menes at have hjemmel i direktivets art. 1, stk. 2.

Ifølge dennes ordlyd kan *interne* bestemmelser om misbrug undtages fra direktivets anvendelsesområde. Det følger imidlertid af retspraksis, at det ikke er op til de enkelte medlemsstater at definere, hvad der skal forstås ved misbrug. Domstolen har i den forbindelse i en række sager udtalt, at misbrugsbegrebet i direktiver skal anvendes og fortolkes i overensstemmelse med det generelle princip om misbrug⁵⁸.

Efter gældende dansk ret, er der pt. to regelsæt, hvor lovgiver, bevidst i ordlyden, har tilstræbt at indarbejde en harmonisering med det EU-retlige misbrugsbegreb: I CFC-reglerne for fysiske personer og værnsreglen i ABL §4 A, stk. 3-6⁵⁹.

Selvom det er tilkendegivet i forbindelse med lovbehandlingen af disse regelsæt, at bestemmelserne skal forstås i overensstemmelse med EU-retlig praksis⁶⁰, er denne måde at lovgive på ikke nødvendigvis uproblematisk⁶¹.

For meget karakteristisk for forståelsen af misbrugsbegrebet er, at det ikke er defineret i nogen retsakt. Den nærmere afgrænsning og definition af misbrug som begreb skal derfor findes i Domstolens praksis. Om denne praksis er der imidlertid bred enighed i den europæiske litteratur og blandt EU's egne institutioner mv., at den er tvetydig og inkonsekvent, hvilket har gjort undtagelsesbestemmelserne i direktiverne på skatteområdet, og retstillingen omkring misbrug i det hele taget, usikker⁶².

⁵⁸ Jf. fx sag C-28/95, *Leur-Bloem*, pr. 34

⁵⁹ Dette er ikke ensbetydende med, at der kun findes to regelsæt rettet mod misbrug af skatteretten og holdingselskaber. Der er fx så sent som i december 2012 implementeret ny regulering rettet mod gennemstrømningsselskaber (jf. hertil L nr. 1254 af 18/12 2012). De andre regelsæt benytter bare en anden terminologi, der ikke er hentet fra EU-retlig praksis om misbrug. Endvidere er det heller ikke ensbetydende med, at lovgiver i andre tilfælde ikke har været opmærksom på EU-retlig praksis om misbrug – formentlig snarere tværtimod (se hertil 4.3).

⁶⁰ Jf. kap. 4.3

⁶¹ Jf. i samme retning Aage Michelsen i SU2008.85, der retter en skarp kritik mod indførslen af misbrugsbegrebet i dansk ret.

⁶² Jf. kap. 4.2

Da Domstolen - ligeså karakteristisk - i næsten alle tilfælde har underkendt medlemslandes lovgivning mod misbrug som værende stridende mod EU-retlige principper, undersøges det i det følgende, om ABL §4 A, stk. 3-6, som tiltænkt af lovgiver i forarbejderne og anvendt i praksis, vitterligt er i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb.

Strukturmæssigt, er analysen heraf, delt i fire afsnit. I første afsnit analyseres det EU-retlige misbrugsbegreb. I andet afsnit er fokus på misbrugsbegrebet i dansk ret. Det er forudsat i lovforarbejderne, at de to regelsæt om misbrug skal forstås i lyset af hinanden og derfor gennemgås begge lovforslag og dertilhørende praksis under samlebetegnelsen misbrugsbegrebet i dansk ret. I tredje afsnit sammenholdes de to analyser, med henblik på at vurdere overensstemmelsen mellem ABL §4 A, 3-6 og moder/datterselskabsdirektivet. Analysen slutter af med en overordnet analyse af holdingselskabers retsstilling i dansk ret (afsnit 4).

4.2 Misbrugsbegrebet i EU-Skatteret

Misbrug af skatteretten har, som omtalt i indledningen, fået stadigt større fokus de senere år.

Dette gør sig også gældende på EU-niveau. Kommissionen har således senest i 2007 i KOM(2007)785 udsendt en rapport med titlen: *"Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug indenfor direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande"*. Her udtrykker Kommissionen sin intention om aktivt at medvirke til at bekæmpe dette problem – både vedrørende misbrug internt i unionen og i forholdet mellem medlemslandene og 3.lande.

På trods af rapporter som denne, er skatteområdet stadig i dag i hovedsagen ureguleret på EU-niveau. Der er således kun fragmentarisk vedtaget og gennemført retsakter i det hele taget⁶³, hvilket samtidig medfører at der heller ikke findes retsakter rettet specifikt mod misbrug.

Som nævnt ovenfor har denne stilstand dog ikke været ensbetydende med, at EU har overladt det til de enkelte medlemsstater (og DBO'er), at definere og anvende værnsregler mod misbrug i national ret.

⁶³ Disse retsakter består således af undtagelser i de tre direktiver, der regulerer selskabsskat, hvilket vil sige fusionsskattedirektivet, moder-/datterselskabsdirektivet og rente/royaltydirektivet, samt direktiv om gensidig udveksling af skatteoplysninger.

Domstolen har således siden midten af 80'erne, i stadig stigende omfang prøvet, og ofte underkendt, nationale skatteværnsregler. Udgangspunktet i disse sager har været, at EU-rettens diskrimination- og restriktionsforbud findes anvendelig, hvilket som hovedregel formuleres på følgende eller tilsvarende måde⁶⁴: "*[S]elv om direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de dog udøve kompetencen under overholdelse af fællesskabsretten.*"⁶⁵.

Denne praksis om misbrug er efterhånden ganske righoldig og begrænser sig ikke kun til skatteretten. Der er bred tilslutning i både europæisk teori⁶⁶ og i EU's egne institutioner: Domstolen, Kommissionen⁶⁷ og Generaladvokater⁶⁸ til at EU-retlig praksis om misbrug manifesterer sig på to måder: 1. Misbrug af sekundære retsakter. 2. Misbrug af Traktaten med henblik på omgåelse af national ret.

I det følgende analyseres praksis vedrørende begge former for misbrug, selvom praksis angående misbrug af sekundære retsakter næsten udelukkende vedrører andre sagsområder end direkte skat (og dermed moder-/datterselskabsdirektivet). Dette skyldes, at der ikke umiddelbart noget sted er forudsat, at der - rent definitorisk - er en forskel, der gør, at det ikke ville være muligt, at procedere for begge dele i samme sag. Dette er faktisk tilfældet i den meget omtalte sag C-410/04, Cadbury-Schweppes⁶⁹.

I den skatteretlige teori, er der også en ret bred tilslutning til at misbrug - som begreb - er uniformt. Ligeledes er der mange krydsreferencer på tværs af de to former for misbrug i Domstolens afgørelser, og det må derfor antages, at også Domstolen er af den opfattelse, at praksis fra begge bør indgå i forståelse af begrebet⁷⁰.

Det skal dog bemærkes, at der ikke er enighed om, hvorvidt den ulige terminologi og procedure, der forekommer ved de to forskellige former for misbrug, reelt har den konsekvens at misbrugsbegrebet undertiden fremstår med en varierende *rækkevidde* afhængig af konteksten⁷¹. Denne mulige forskel er dog næppe af betydning i nærværende sammenhæng.

⁶⁴ Jf. Jan Pedersen, m.fl.: "*Skatteretten 3*", s. 436ff og kap 4.2.2 i det hele nedenfor

⁶⁵ Jf. her sag C-524/04, Thin Cap, pr. 36

⁶⁶ Jf. fx Rami Karimeri: Intertax 2011/6-7. Modsat er der dog visse forskere der afviger en smule. Fx Thomas Rønfeldt i "*Fælleseuropæisk skatteret I*", s. 154, der opererer med 3.

⁶⁷ Jf. KOM(2007)785

⁶⁸ Jf. Fx Generaladvokat Légers forslag til afgørelse i sag C-196/04, Cadbury-Schweppes

⁶⁹ Jf. Sag C-196/04, Cadbury-Schweppes, pr 52

⁷⁰ Jf. Martin Poulsen, "*Freedom of Establishment and the balanced allocation of tax jurisdiction*", Intertax 2012/3

⁷¹ Se hertil Paolo Piantvigna i EC Tax Review 2011/3 og Thomas Rønfeldt i "*Fælleseuropæisk skatteret I*", der begge hæfter sig ved at misbrug som begreb, modsat som det kommer til udtryk i sager om unddragelse og

4.2.1 Misbrug af sekundære retsakter⁷²

Den ene del af praksis om misbrug udgøres af det, der under lidt forskellige betegnelser, omhandler misbrug af sekundære retsakter. Disse sager er karakteriseret ved, at skatteydere forsøger, i strid med retsakternes egentlige formål, at opnå økonomiske fordele ved på forskellig vis at opfylde retsakternes formelle betingelser. En adfærd, som Domstolen i nyere afgørelser fortolker som misbrug af EU-retten, med den følge at skatteyderen nægtes retten til beskyttelse/fordelen i retsaken⁷³.

Det er indledningsvist værd at bemærke, at de nedenfor omtalte sager ikke omhandler direkte skat. Dette skyldes formentlig ikke, at det ikke kunne forekomme⁷⁴. I en række sager, fx sag C-255/02, *Halifax*⁷⁵ (omtalt nedenfor), sag C-373/97, *Diamantis*⁷⁶ og sag C-367/96, *Kefalas*⁷⁷, benytter Domstolen således generelle formuleringer (opnåelse af fordele) uden indskrænkninger og forbehold⁷⁸.

Nærmere om sagstypen: *Emsland-Stärke*-sagen som eksempel (sag C-110/99, *Emsland-Stärke*)

En nærmere konkretisering og forståelse af praksis kan findes i en af de første sager om denne form for misbrug, der samtidig også er en af de mest omtalte - sag C-110/99, *Emsland-Stärke*. Denne er samtidigt én af en håndfuld sager om såkaldte U-vendinger ("U-turns"). Ved U-vendinger forstås, at der foretages en kortvarig grænseoverskridende

omgåelse (nr. 2), sætter et større krav til det subjektive (dvs. viljen til at udøve misbrug). Synspunktet forfølges ikke nærmere her.

⁷² Domstolen og Generaladvokaturet benytter oftest udtrykket misbrug af rettigheder. I det følgende bruges dog, for at undgå forvirring, misbrug af sekundære rettigheder, som også Thomas Rønfeldt i "*Fælleseuropæisk skatteret I*" benytter sig af.

⁷³ Jf. Karsten Engsig Sørensen "*Abuse of Rights in Community Law: A Principle or Merely Rhetoric?*", Common Market Law Review, 2006

⁷⁴ Jf. Rami Karimeri, s. 309, som påpeger at denne form for misbrug er forsøgt påberåbt i den meget profilerede sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes* (pr. 38). Her afvises det imidlertid. Dette aspekt af *Cadbury-Schweppes*-sagen diskuteres i 3.3.

⁷⁵ Domstolen benytter sig af formuleringen "...accrual of a tax advantages (opnåelse af en skattefordel) i stedet for at begrænse rækkevidden til omtale af moms.

⁷⁶ Jf. sag C-373/97, *Diamantis*, pr. 33-34

⁷⁷ Jf. Sag C-367/96, *Kefalas*, pr. 20

⁷⁸ Jf. Paolo Piantavigna

handling for derefter at vende tilbage til hjemlandet, udelukkende med det formål at opnå en EU-retlig fordel⁷⁹.

I sagen var det en tysk producent af kartoffel – og hvedemelsstivelse, Emsland-Stärke, der sendte sine produkter fra et produktionssted i Tyskland til to varelagre i Schweiz. Produkterne blev efterfølgende genindført til unionen, dels tilbage til Tyskland og dels til Italien. Ved iagttagelse af diverse formalia fik virksomheden herved tilkendt økonomisk kompensation efter forordning nr. 2730/79 om eksportrestitution af landsbrugsvarer. Men da de tyske toldmyndigheder ved et par efterfølgende kontrolbesøg, erfarede at der reelt blev foretaget en U-vending, og at der var sammenfald i ejerkredsen mellem Emsland-Stärke og selskaberne bag de to schweiziske varelagre, blev restitutionen forlangt tilbagebetalt.

Isoleret set, var der intet ulovlig foretaget. Tværtimod; der er jo ikke noget i vejen for at transportere hvedemelsstivelse til Schweiz og tilbage igen, og ligeledes havde virksomheden bevidst opfyldt formelle betingelser for at opnå restitution. Da der samtidig ikke var hjemmel i forordningen til tilbagebetaling endsige en bestemmelse om misbrug, anførte Emsland-Stärke ved en præjudiciel forelæggelse for Domstolen, at det; ”*..krænker legalitetsprincippet, da det almindelige princip om misbrug af rettigheder ikke udgør et klart og utvetydigt retsgrundlag*”⁸⁰. Domstolens var dog afvisende overfor Emsland-Stärkes anbringender. Denne lægger ikke afgørende vægt på de formelle bestemmelser i forordningen. I stedet fortolkes retsakten teleologisk og heraf sluttet, at Emsland-Stärke, trods forordningens ordlyd, ikke nødvendigvis (retsmæssigt) har opnået retten til restitution, da ”*..forordningens anvendelsesområde ikke kan udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner.. [, hvilket er transaktioner, der] alene har haft til formål retsstridigt at profitere..*”⁸¹.

Domstolen tager dog ikke selv endeligt stilling til, om der foreligger en retsstridig handling (misbrug), idet den overlader dette til de tyske toldmyndigheder. I stedet konkluderes, at en eksportør, i en sag som denne, kan miste retten til en ellers tilkendt restitution i misbrugstilfælde⁸².

Hvad konstituerer misbrug (Emsland-Stärke-testen)

⁷⁹ Andre eksempler på dette er fx sag C-229/83, *Leclerc* og sag C-39/86, *Lair*

⁸⁰ Jf. sag C-110/99, *Emsland-Stärke*, pr. 24

⁸¹ Jf. sag C-110/99, *Emsland-Stärke*, pr. 51

⁸² Jf. sag C-110/99, *Emsland-Stärke*, pr. 59

Konstateringen af misbrug, der undertiden betegnes Emsland-Stärke-testen (efter denne doms præmis 52-53), består af to elementer: 1. Et objektivt element, hvor det påvises at formålet med den misbrugte bestemmelse ikke er opnået. 2. Et subjektivt element, hvoraf det skal fremgå, at de formelle betingelser er kunstigt skabt med det ønske at drage fordel af bestemmelsen⁸³.

I undersøgelsen af det første element, det objektive element, skal formålet med retsakten sammenholdes med transaktions formål. I *Emsland*-sagen påpeger Domstolen, der dog overlader den konkrete bevisførsel til national ret, at skattemyndighederne skal påvise, at pendul-transporten har været meningsløs (uden et selvstændigt økonomisk sigte) og dermed ikke har opnået forordningens egentlig formål⁸⁴.

Det andet element, der omtales som det subjektive element, består af en undersøgelse af, om skatteyderen har haft et (subjektivt) ønske, om at drage fordel af fællesskabsretten. En af de helt førende domme angående dette element er, sag C-255/02, *Halifax*⁸⁵. Halifax var en britisk bankkoncern, der, i forbindelse med opførsel af call-centre til eget brug, opnåede en gunstig retstilling efter det 6. momsdirektiv. Dette resultat var opnået gennem en række interne transaktioner mellem koncernens egne selskaber. Det synes her, som det også er tilfældet i Emsland-Stärke-sagen, oplagt, at transaktionerne er gennemført alene med det ønske at opnå en særlig gunstig momsretlig stilling. Dette lagde den britiske skattemyndighed til grund, da sagen blev forelagt Domstolen præjudicielt. Domstolen udtalte for det første, at virksomheder har ”..ret til at vælge en sådan struktur for virksomhedsdriften, at deres afgiftstilsvær reduceres”, hvorefter der om det subjektive element tilføjes, at det ”..mister sin relevans, når der kan være en anden begrundelse for de omhandlede transaktioner end blot at opnå en afgiftsfordel”⁸⁶.

Af de to betingelser, er det den subjektive, som er omstridt. Især Halifax-sagen har været diskuteret. For sidstnævnte udtalelse om det subjektive elements betydning, blev af flere i teorien tolket som, at Domstolen anlægger en meget restriktiv linje, og formuleringen er blevet sammenlignet med den, der anvendes i sager om omgåelse af nationale værneregler, som fx C-212/97, *Centros* og sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, hvor

⁸³ Jf. blandt andet Rami Karimeri, : Intertax 2011/6-7, der dog tilføjer den tredje betingelse, at den pågældende bestemmelse, der misbruges, formelt skal være overholdt. Denne tilføjelse virker dog en anelse overflødig.

⁸⁴ Jf Emsland-sagen, pr. 50-52, hvor Domstolen dog ikke selv definerer forordningens mål

⁸⁵ Jf. blandt andet Jacob Bundgaard i SU 2010.111, der også anfører dommen som af central betydning

⁸⁶ Jf. sag C-255/02, *Halifax*, pr. 74.

skatteyderens motiver i især *Centros*-sagen ikke synes at tillægges nogen nævneværdig betydning⁸⁷ (se om disse sager nedenfor).

Problemet for skattemyndighederne kan her være, at en virksomhed jo altid kan siges at forfølge en eller anden bagvedliggende (lille) legitim interesse. Eksempelvis bestred ingen i *Halifax*-sagen, at banken vitterligt ville have opført call-centrene under alle omstændigheder.

Spørgsmålet efter *Halifax*-sagen var derfor, om det er hovedformålet, der skal være legitimt, eller om det, som det blev antydnet i *Halifax*-sagen, er tilstrækkeligt med den blotte tilstedeværelse af legitime bevæggrunde⁸⁸.

Efterfølgende praksis fra momsretten afklarer desværre ikke entydigt retstillingen. På den ene side udtaler Domstolen således i sag C-425/06, *Part Service*, at der foreligger misbrug, når opnåelse af fordele i direktivet var ”..hovedformålet..”⁸⁹. På den anden side udtaler Domstolen i sag C-277/09, *RBS Deutschland*, at misbrug foreligger når opnåelse af fordele var *eneste formål*⁹⁰.

Umiddelbart en ret kritisabel variation taget i betragtning af at alle tre afgørelser vedrører samme direktiv (6. momsdirektiv). Det kan dog udledes af praksis, at der, som minimum, skal være et kommercielt formål bag transaktionerne. Men hvor meget der skal til for, at det kommercielle formål ”overskygger” skatteformålet, og hvilken karakter beviserne herfor skal have (hvad forstås der ved et ”subjektivt bevis”), synes ikke at være endeligt afklaret i retpraksis⁹¹.

4.2.2 Misbrug af Traktaten med henblik på omgåelse af national ret

Den anden del af praksis vedrører misbrug af Traktaten med henblik på omgåelse af national ret. I disse sager efterprøver Domstolen, om medlemsstaternes værneregler kan

⁸⁷ Jf. Frans Vanistendael, EC Tax Review 2006/4, der især hæfter sig ved den slående lighed mellem *Cadbury-Schweppes*-sagen og *Halifax*-sagen

⁸⁸ Jf. Ibid.

⁸⁹ Jf. Sag C-425/06, *Part Service*, pr. 58

⁹⁰ Jf. Sag C-277/09, *RBS Deutschland*, pr. 51

⁹¹ Jf. Martin Poulsen, Intertax 2012/3

begrundes i hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse/misbrug⁹² eller om det er diskrimination/en hindring for den frie bevægelighed⁹³.

Det er samtidigt også i denne del af praksis, hvor langt hovedparten af sager om skattemisbrug er at finde. Indtil for bare 15 år siden var antallet af sager om skatteværneregler ellers meget begrænset, og i disse sager afviste Domstolen ofte pure, at medlemslandes lovgivning kunne retfærdiggøres i et alment hensyn/sagligt hensyn⁹⁴.

Dette ændrede sig markant med afgørelsen, sag C-246/96, *ICI*, afsagt i 1998. Egentlig blev de britiske regler om konsortiebeskatning, som var under prøvelse i *ICI*-sagen, kendt fællesskabsstridige. For den pågældende regulering var ikke specifikt rettet mod "*rent kunstige arrangementer*"⁹⁵. Men dommen har senere hen fået central betydning, da udtalelsen, fortolket modsætningsvist, lægger op til, at skatteværneregler potentielt *kan* retfærdiggøres⁹⁶.

Selvom Domstolen med *ICI*-sagen nu tilsyneladende var blevet venligere indstillet overfor skatteværneregler, skulle det vise sig ikke at være helt så enkelt. For med efterfølgende praksis har Domstolen fortolket formuleringen restriktivt, hvilket har betydet at medlemsstaternes værneregler er blevet underkendt i langt hovedparten af sagerne.

For læsevenlighedens skyld, skal der indledningsvist gøres opmærksom på, at det kan være vanskeligt ved en overfladisk læsning at gennemskue, hvori misbrugsbegrebet defineres i disse sager. Dette sker ved proportionalitetsvurderingen af medlemslandes lovgivning, idet Domstolen kun accepterer værneregler, der konkret og specifikt er rettet mod misbrug(se om dette nedenfor).

Nærmere om sagstypen: Gebhard-testen og skatteværn

Ved en gennemgang af praksis, ses det, at Domstolen følger en næsten standardiseret test i vurderingen af, om en værneregulering er forenelig med Traktaten. Testen minder i udtalt

⁹² Skatteunddragelse og misbrug er egentlig ikke fuldstændigt sammenfaldende begreber, idet skatteunddragelse er en delmængde af misbrugsbegrebet. Men da Domstolen i disse sager ikke konsekvent opretholder en distinktion, behandles det også i denne fremstilling som et samlet begreb (jf. Thomas Rønfeldt "*Skatteværn og EU-frihed*", s.557)

⁹³ Jf. Karsten Engsig Sørensen, *Common Market Law Review*, 2006/43

⁹⁴ Jf. fx sag C-270/83, *Avoir Fiscal*. Som Martin Poulsen dog påpeger i TfS 2011.905, kan afvisningen i denne sag nok også forklares med, at der i *Avoir Fiscal* var tale om regulær (direkte) diskrimination, der højst sandsynligt heller ikke ville blive accepteret i dag.

⁹⁵ Jf. sag C-264/96, *ICI*, pr. 26

⁹⁶ Jf. fx sag C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, pr. 24

grad om den såkaldte "*Gebhard-test*"⁹⁷, der normalt anvendes ved undersøgelsen af, om medlemsstaters lovgivning udgør en hindring for etableringsfriheden, jf. hhv. TEUF art. 49 (fysiske personer) og art. 54 (selskaber). Denne test af national lovgivning består af 4 led, der alle fremgår af *Gebhard*-sagens præmis 37⁹⁸:

"[1] De skal anvendes uden forskelsbehandling, [2] de skal være begrundet i tvingende samfunds-mæssige hensyn, [3] de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og [4] de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet"

I det følgende gennemgås alle fire punkter, idet der dog til det citerede skal tilføjes, at Domstolens sprogbrug (desværre) er noget inkonsekvent⁹⁹:

Første punkt angår forskelsbehandling. Dette indebærer en undersøgelse af, om den pågældende værnsregel er en restriktion, eller om den er diskriminatorisk. Definitorisk er diskrimination enhver usaglig forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. En restriktion er i princippet enhver hindring af den frie bevægelighed, der ikke er proportional og begrundet i et alment hensyn¹⁰⁰.

Restriktion – og diskriminationsforbuddet er hjemlet med varierende rækkevidde i de enkelte bestemmelser i Traktaten. Variationen af forbuddet mellem de enkelte traktatbestemmelser betyder samtidigt, at sondringen mellem diskrimination og restriktion normalt har stor betydning i praksis. Dette skyldes, dels at kun forbuddet mod diskrimination er absolut (restriktionsforbuddet har kun virkning inden for visse bestemmelser) og dels at Domstolen almindeligvis stiller større krav til sagligheden af en potentiel diskriminatorisk bestemmelse end til at godkende en restriktion, som værende begrundet i almene hensyn. Det vil sige, at selvom diskrimination er en delmængde af restriktionsbegrebet, kan Domstolen fx ikke bare nøjes med at konstatere, at en medlemsstats lovgivning er restriktiv ud fra en "allerede-fordi"-betragtning¹⁰¹.

Det er af flere påpeget og anskueliggjort, at Domstolen tilsyneladende ikke på samme måde sonderer mellem diskrimination og restriktion i skattesager, så længe der ikke er tale

⁹⁷ Jf. sag C-55/94, *Gebhard*

⁹⁸ Jf. Rami Karimeri, Intertax 2011/6-7. Det er i øvrigt næppe helt tilfældigt at det er *Gebhard*-testen, der anvendes, da sagerne oftest handler om netop retten til fri etablering.

⁹⁹ Jf. Karsten Engsig Sørensen i SU 2008.84

¹⁰⁰ Jf. også Karsten Engsig Sørensen, m.fl. "*EU-retten*", s. 231ff

¹⁰¹ Ibid.

om direkte diskrimination (fx er et bopælskrav indirekte diskrimination)¹⁰². Inkonsekvensen har umiddelbart to følger: For det første kan det være svært, at adskille restriktioner fra indirekte diskrimination (og dermed afklare om restriktionsforbuddet i det hele taget gælder inden for direkte skat). For det andet sonder Domstolen i disse sager ikke konsekvent i sin sprogbrug imellem saglighed og almene hensyn, som ellers følger af normal domstolspraksis¹⁰³.

Det skal dog fastholdes, at sondringen mellem diskrimination og restriktion har betydning inden for skatteretten, idet der naturligvis under alle omstændigheder (stadigvæk) er forbud mod direkte diskrimination. Dette er i øvrigt noget, medlemsstaterne er blevet meget opmærksomme på. Herved forstås, at der er eksempler i nyere tid på (også fra dansk ret), at medlemsstaterne indfører "formel ligestilling" mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skattesubjekter, for hermed at undgå at sager ved Domstolen. Dette gøres ved at udvide diskriminatoriske vænsregler til (formelt) også at omfatte rent nationale forhold¹⁰⁴.

En udvikling som Kommissionen også har iagttaget, hvorom den har udtrykt sin bekymring¹⁰⁵. Kommissionen tager dog desværre ikke endelig stilling til, om der efter deres opfattelse gælder et decideret restriktionsforbud på skatteområdet. Det kunne ellers potentielt være en effektiv stopklods mod denne praksis (forudsat at Domstolen ville tage det til efterretning).

En yderligere analyse af forskellen mellem indirekte diskrimination og restriktion foretages ikke i denne fremstilling, idet praksis som nævnt ovenfor er uklar på dette punkt, og resultatet – uagtet om det prøves som en indirekte diskrimination eller restriktion – synes at føre til det samme¹⁰⁶.

I det andet punkt i testen skal det undersøges, om hindringen (eller den indirekte diskrimination), kan retfærdiggøres i et alment hensyn (eller sagligt hensyn). Med undtagelse af direkte diskrimination, skal et sådan hensyn ikke nødvendigvis have direkte hjemmel i Traktaten. Det er derfor ikke overraskende, at en lang række hensyn er forsøgt påberåbt i

¹⁰² Jf. Jan Pedersen, m.fl., "Skatteretten 3", s. 440

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Kritisk kommentar til denne praksis af Thomas Rønfeldt i SpO 2008.84. Problemstillingen er i øvrigt diskuteret i **4.3**

¹⁰⁵ Jf. KOM(2007)785.

¹⁰⁶ Jf. Jan Pedersen, m.fl., "Skatteretten 3", s. 442

skattesager. Dette skyldes Ikke mindst, at der (naturligvis) ikke er noget - rent processuelt - i vejen for at benytte mere end ét hensyn i samme sag.

Praksis om skattesager viser dog, at Domstolen har afvist de fleste påberåbte hensyn, heriblandt hensyn til statens indtægter¹⁰⁷ og hensynet til konkurrenceneutralitet¹⁰⁸. Andre hensyn har i sager kunne puljes fx som i sag C-446/03, *Marks & Spencer*, og endelig er der hensyn som ofte anvendes, men kun undtagelsesvist accepteres, fx sammenhængen i skattesystemet¹⁰⁹.

Det nævnes hertil af Jeppe Rune Stokholm i "*EU skatteret*", at der pt. er fem hensyn, der accepteres af Domstolen (af ham kaldet "*de 5 hensyn*")¹¹⁰. Flere af disse hensyn har dog vist sig at have en mindre generel anvendelighed, og det virker derfor mere i trit med praksis at konkludere som Thomas Rønfeldt i "*Skatteværn og EU-frihed*", der slutter, at det nok kun er hensynet til risikoen for double dip og hensynet til bekæmpelse af misbrug, der almindeligvis kan begrunde opretholdelsen af værnsregler¹¹¹.

Det ville sprænge specialets formål og omfang, at foretage en dybdegående analyse af andre hensyn end skatteunddragelse/misbrug, idet det blot her bemærkes, at de, forholdsvis få andre accepterede hensyn taget i betragtning, jo viser, hvor vigtig misbrugsbegrebet er i forhold til EU-skatteret og skatteretlige værnsregler.

De to sidste punkter i testen er selve proportionalitetsvurderingen af lovgivningen. Da det samtidig er her, misbrugsbegrebet defineres, gennemgås disse i et selvstændigt afsnit straks nedenfor¹¹².

Hvad konstituerer misbrug¹¹³

I tilfælde af at Domstolen accepterer en værnsregel som værende begrundet i et alment hensyn /saglig begrundet, følger det af praksis og teori, at det skal afgøres om reguleringen er proportional. Det er netop denne del af praksis om misbrug, der har fået central

¹⁰⁷ Fx C-35/98, *Verkooijen*, pr. 59

¹⁰⁸ Fx C-422/01, *Skandia & Ramstedt*, pr. 57-58

¹⁰⁹ Dette er så vidt vides kun accepteret i sag, C-204/90, *Bachmann*

¹¹⁰ Jf. Jeppe Rune Stokholm, "*EU skatteret*", s. 493

¹¹¹ Jf. Thomas Rønfeldt "*Skatteværn og EU-frihed*", s. 620, der dog ikke bruger udtrykket almindeligvis.

¹¹² Gebhard-testen er ret beset to-delt på dette punkt. Disse udgør dog tilsammen proportionalitetsprincippet (Karsten Engsig Sørensen, m.fl., "*EU-retten*" s. 570)

¹¹³ Det skal indledningsvist påpeges, at afgørelserne omtalt nedenfor også indeholder en del processuelle aspekter, blandt andet om bevisbyrden. Disse er i hovedsagen udeladt i denne fremstilling, da de antages at være af mindre betydning for selve misbrugsbegrebet.

betydning i de senere år. For det er i denne (sidste) del af Domstolens test, at der reelt tages stilling til, hvad begrebet dækker over¹¹⁴.

Retspraksis om proportionalitetsprincippet ved misbrugsbestemmelser begyndte først at udvikle sig med sag C-264/96, *ICI*. Dette var den første sag, hvor bekæmpelse af skatteunddragelse blev accepteret som et alment hensyn¹¹⁵. Sagen vedrørte de dagældende regler om konsortiebeskatning i Storbritannien, hvorefter kun hjemmehørende datterselskabers underskud kunne medregnes i moderselskabets skatteregnskab. I en præjudiciel forelæggelse af regelsættet påberåbte Storbritannien sig to hensyn: Sammenhængen i skattesystemet og skatteunddragelse. Om hensynet til at bekæmpe skatteunddragelse (det andet hensyn blev afvist) udtalte Domstolen: "*Det bemærkes vedrørende argumentationen om risikoen for skatteunddragelse, at den i hovedsagen omtvistede lovgivning ikke specielt har til formål at udelukke[...] rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå Det Forenede Kongeriges skattelovgivning [...] men generelt tager sigte på enhver situation*"¹¹⁶. Som det ses er det lidt specielle ved denne udtalelse, at Domstolen jo rent faktisk ikke – positivt - tilkendegiver, at en hindring kan begrundes i hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse. Omvendt synes det dog at fremgå modsætningsvist, at skatteunddragelse efter omstændighederne kan tillægges betydning, hvilken også Domstolen selv har gjort ved adskillige afgørelser sidenhen¹¹⁷.

Selvom Domstolen altså nu accepterede bekæmpelsen af misbrug som hensyn, blev *ICI*-sagen dog ikke i sig selv et vendepunkt, i forhold til udviklingen af et autonomt EU-retligt misbrugsbegreb. For Domstolen kom nemlig ikke nærmere ind på en definition af rent kunstige arrangementer, der ville have gjort det muligt for medlemsstaterne at tilpasse sine værneregler. Dette gjorde Domstolen heller ikke i en række sager, som fulgte i kølvandet på *ICI*-sagen. I de fleste af disse sager forsøgte medlemsstaterne ellers at iagttage argumentationen fra sagen. Det vil sige; påberåbelse af skatteunddragelse sammen med formuleringen "*rent kunstige arrangementer*"¹¹⁸¹¹⁹.

¹¹⁴ Jf. Rami Karimeri, Intertax 2011/6-7 der ligefrem skriver, at de andre elementer af diskrimination/restriktions-testen ofte er rene formaliteter.

¹¹⁵ Jf. Thomas Rønfeldt: "*Fælleseuropæisk skatteret I*", s. 128

¹¹⁶ Jf. Sag C-264/96, *ICI*, pr. 26

¹¹⁷ Se fx sag C-446/03, *Marks & Spencer*, pr. 57 og sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, pr. 26

¹¹⁸ Jf. sag 324/00, *Lankhorst-Hohorst* (Tynd kapitaliserings-regler) C-436/00, *X og Y* (aktieoverdragelser) og sag C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant* (fraflytterbeskatning)

¹¹⁹ En undtagelse i rækken af afvisninger var sag C-446/03, *Marks & Spencer*. Men her var skatteunddragelse kun ét af flere hensyn.

Den sag, der efterfølgende i størst omfang, kom til at udvikle forståelsen af proportionalitetsprincippet i skattesager, og dermed også misbrugsbegrebet, var sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Sagen var en præjudiciel forelæggelse af Storbritanniens CFC-regler. Disse regler indebar, i hovedtræk, tvungen international sambeskatning for en koncern, hvis dets datterselskaber, udover at have en vis andel af mobil indkomst, lå i et "lavskatteland" (mindre end $\frac{3}{4}$ af Storbritanniens beskatnings-niveau)¹²⁰. Om denne lovgivning udtalte Domstolen, at hvis en sådan skal være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med bestemmelsen være at: "*..hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud..*"¹²¹. Domstolen konstaterer så efterfølgende, at den britiske CFC-lovgivning ikke er "*..tilstrækkelig..*" til at statuere et "*..kunstigt arrangement*". For at påvise tilstedeværelsen af dette kræves et *subjektivt* og *objektivt* element, hvilket blandt andet underbygges af henvisninger til *Halifax-sagen* og *Emsland-Stärke-sagen*¹²².

Videre udtaler Domstolen, efter at have bemærket at reglerne indeholdte et subjektivt element, at det objektive element (økonomisk realitet) indebærer en undersøgelse af, om formålet med traktatbestemmelsen, her etableringsfriheden, er nået. Konkret for CFC-selskaber betyder dette, at det skal fastslås på baggrund af objektive omstændigheder, om de pågældende datterselskaber er udtryk for en "*... reel etablering, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten... hvilket skal konstateres på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, angående bl.a. graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr*". Er datterselskaberne dette, da foreligger der en økonomisk realitet, og så er skattemæssige motiver i øvrigt uden betydning¹²³.

Domstolens udtalelse i *Cadbury-Schweppes-sagen* er efterfølgende blevet tillagt stor betydning i retsudviklingen af skatteretlige værnsregler¹²⁴. Grunden til dette skal ses i lyset af den hidtidige praksis om art. 49 (etableringsfriheden) inden sagen. Her udlagde Domstolen i den *selskabsretlige* dom sag C-212/97, *Centros*, retten til at etablere sig som en

¹²⁰ Reguleringen er her forsimplet, da lovgivningen, som de nugældende danske CFC-regler, indeholder en række nuanceringer og undtagelser til de her skitserede hovedtræk.

¹²¹ Jf. sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, pr. 55

¹²² Jf. sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, pr. 63

¹²³ Jf. sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, Pr.64-67

¹²⁴ Jf. Frans Vanistendael, EC Tax Review 2006/4

næsten absolut ret, som kun var udelukket i rene svigs tilfælde¹²⁵. Lignende betragtninger om etableringsfriheden genfindes også i dommene sag C-364/01, *Barbier* og sag C-167/01, *Inspire Art*.

Med *Cadbury-Schweppes*-sagen markerede Domstolen, at det *skatteretligt* ikke er tilstrækkeligt blot at opsætte et postkasse- eller skærmselskab. Hermed synes Domstolen at indrømme medlemsstaterne et spillerum for indførsel af vænsregler¹²⁶.

Problemet med sagen er imidlertid, at det substanskrav (egen formulering), som Domstolen tillægger afgørende betydning i forhold til vurdering af, om en aktivitet er kunstig eller ej, er noget uklar. Afklaringen af dette er af særlig betydning for denne fremstilling. Dels må det at Domstolen tillægger det afgørende betydning om handlinger har substans eller ej (kunstig arrangement) modsat betyde, at et fravær af substans udgør Domstolens definition af misbrug¹²⁷. Dels er substans af helt afgørende betydning for denne fremstilling, da definitionen af dette i netop *Cadbury-Schweppes*-sagen tillægges helt afgørende betydning ved vurderingen af holdingselskabers anerkendelse i dansk ret(jf. 4.3).

Derfor gennemgås substans som selvstændigt punkt straks nedenfor

"Substans-kravet"¹²⁸

Det fremgik af *Cadbury-Schweppes*-sagen, at det centrale kriterium, for en vænsregels overensstemmelse med EU-retten, er, at den kun må omfatte "*..rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud.*"

Men selvom Domstolen med denne udtalelse og den efterfølgende konkretisering, åbner muligheden for indførsel af lovgivningsmæssige krav (skatteværn), er det ikke åbenbart i denne sag, hvori afgrænsningen mellem kunstige og reelle arrangementer ligger. Som det er omtalt ovenfor, indebærer vurderingen af dette et *objektivt element* og et *subjektivt element*.

Vedrørende det *objektive element* (økonomisk realitet), blev det afgørende i *Cadbury-Schweppes*-sagen, om der forelå en "*..reel etablering*", hvilket blandt andet indebar en

¹²⁵ Se således Erik Werlauff reaktion på *Centros*-sagen i TfS 1999.163 B.

¹²⁶ Jf. Thomas Rønfeldt, "*Skatteværn og EU-frihed*", s. 558, der samme sted henviser til at Domstolen har lignende betragtninger i sag C-446/03, *Marks & Spencer*. I denne sag indgår dog også andre almene hensyn i samme betragtning.

¹²⁷ Jf. Paolo Piantavigna: EC Tax Review 2011/3

¹²⁸ I det følgende henvises ikke til præmisser fra *Cadbury-Schweppes*-sagen. Disse fremgår af forrige afsnit.

vurdering af graden af "*lokaler, personale og udstyr*". Med disse formuleringer ser det ud til, at der faktisk kan stilles ret store krav til en egentlig aktivitet. Noget som der, interessant nok, efterfølgende er tillagt afgørende betydning i dansk ret i blandt andet ABL §4, stk. 3, nr. 2¹²⁹. Men spørgsmålet er, om præjudikatet fra sagen kan strækkes så langt, at der hermed kan stilles betydelig krav til selve etableringen? Anden praksis synes at indikere, at dette ikke nødvendigvis er tilfældet. Der er således flere eksempler på, at økonomisk realitet også kan efterprøves uden fokus på reel etablering. Dette var fx tilfældet i sag C-524/04, *Thin Cap*, hvor Domstolen i stedet for udtrykket "*reel etablering*" udtaler, at DBO-rettens armslængde-princip kan anvendes som målestok ved udformningen af værnsregler mod tynd kapitalisering¹³⁰. Denne tilgang er ikke nødvendigvis i strid med *Cadbury-Schweppes*-sagen. For det synes nemlig ikke oplagt i sager om tynd-kapitaliseringsregler, at lægge fokus på graden af "*lokaler, personale og udstyr*". I disse sager er det afgørende jo ikke, om et selskab er *etableret* eller ej, men nærmere at vurdere den økonomiske realitet af de *efterfølgende* transaktioner (koncerninterne lån)¹³¹. Et andet eksempel på denne tankegang er Generaladvokaten i *Kofoed*-sagen, der hæfter sig ved en kort tidsmæssig periode mellem en etablering og en efterfølgende omstrukturering¹³². Det kan derfor nok slutes, at udtalelsen i *Cadbury-Schweppes*-sagen på dette punkt, skyldes de helt konkrete omstændigheder i sagen, og at den nærmere undersøgelse af misbrug altså nok ville skulle tilpasses omstændighederne¹³³.

Vedrørende det *subjektive element* (i *Cadbury-Schweppes*-sagen formuleret som, "*..med henblik på at undgå den normalt skyldige skat..*"), har dette som sagerne om misbrug af sekundære retsakter, givet anledning til diskussion. For hvilken betydning/rolle kan skattemæssige motiver egentlig tillægges. Ganske vist fremhæver Domstolen selv det subjektive element i *Cadbury-Schweppes*-sagen, men på den anden side udtaler både Domstolen¹³⁴ og Generaladvokat Léger¹³⁵, at et selskabs skattemæssige motiver – i sig selv – er uden betydning. Dette synspunkt underbygges også af anden praksis, såsom sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*. Her fastslås det, at stiftelse af et datterselskab i andet land, i sig

¹²⁹ Jf. 4.3

¹³⁰ Samme princip anvendes også i sag C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*

¹³¹ Jf. Martin Poulsen, "*EU-rettens betydning for fortolkning og anvendelse af skatteretlige værnsregler*", s. 162

¹³² Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-321/05, *Kofoed*, pr. 59

¹³³ Dette synspunkt er mere udførligt beskrevet nedenfor i 4.3, hvor der også er henvisninger til anden litteratur.

¹³⁴ Pr. 65

¹³⁵ Pr. 50-54

selv, ikke kan statuere skatteunddragelse¹³⁶. Her synes der at være en parallel til praksis om misbrug af sekundære retsakter, herunder *Halifax*-sagen (hvortil der jo også henvises i *Cadbury-Schweppe*-sagen). Af denne skal der nok snarere slutes omvendt, at skattemotiver ikke *alene* udgør et rent kunstig arrangement, men når der foreligger økonomisk realitet, da er skattemotiver underordnede¹³⁷. Når det så er anført, er der nok heller ikke grund til overdrive betydningen af dette, for umiddelbart ligger det subjektive element også implicit i undersøgelsen af, om der foreligger økonomisk realitet¹³⁸. Et banalt eksempel herpå er *Emsland-Stärke*-sagen. For hvis der ikke var noget reelt kommercielt incitament til at foretage pendul-turen mellem Tyskland og Schweiz, hvilke mulige motiver er der så tilbage udover bevidst udnyttelse/misbrug af forordningen?

Afslutningsvist er det værd at bemærke, at det formentlig næppe er muligt at udlede noget endegyldigt autonomt misbrugsbegreb, og dermed definitivt afgøre, hvilke krav der kan stilles til substansen af selskaber og aktiviteter. Dette skyldes ikke mindst, udover visse generelle begrebsmæssige uklarheder, at Domstolen primært formulerer kriterierne for værnsregler mod misbrug negativt (værnsregler må jo således ikke omfatte økonomisk realitet, osv.)¹³⁹. Den endelige slutning i denne sammenhæng bliver derfor blot en konstatering af, at der ved udformningen af værnsregler, udover visse processuelle aspekter så som at vurderingen skal være case-by-case, skal lægges vægt på kriterier, der afgør, om der foreligger reel økonomisk aktivitet. Og disse krav skal som hovedregel angå *efterfølgende* transaktioner og ikke blot en automatisk vurdering af selve etableringens realitet. Afgørende i denne vurdering er ligeledes, at skattemotiver, i sig selv, ikke er af betydning.

4.3 Misbrugsbegrebet i dansk ret

I følge Domstolens ord skal indførslen af nationale værnsregler mod misbrug ske under "*...overholdelse af fællesskabretten*"¹⁴⁰.

¹³⁶ Jf. sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, pr.32

¹³⁷ Jf. i denne retning også Jakob Bundgaard i SU 2010. 111

¹³⁸ Rami Karimeri, Intertax 2011/6-7

¹³⁹ Jf. Paolo Piantavigna: EC Tax Review 2011/3

¹⁴⁰ Sag C-524/04, Thin Cap

I gældende dansk ret er der pt. to regelsæt, der specifikt indeholder værnsregler formuleret med udgangspunkt i det EU-retlige misbrugsbegreb: ABL § 4 A, stk. 3 og LL § 16 H, stk. 2 (vedr. CFC-regler for fysiske personer). Disse to regelsæt skal derfor, for ikke at stride mod EU-retten, anvendes EU-konformt. Det er også, som det fremgår nedenfor, forudsat i begge lovforslag, at EU-retten skal iagttages ved anvendelsen og fortolkning.

Med henblik på at afklare om bestemmelserne vitterligt også kan forenes med EU-retten, analyseres i det følgende både forudsætningerne, som det fremgår af lovarbejderne, og anvendelsen af reglerne, som det fremgår af dansk praksis¹⁴¹.

4.3.1 Danske værnsregler mod misbrug

Lov nr. 540 af 6/6 2007¹⁴²

Den første danske værnslov, der udformet med udgangspunkt i EU-retlig praksis om misbrug, er lov nr. 540 af 6/6, 2007. Lovforslaget har overskriften: "*CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde m.v.*". Det fremgår af bemærkningerne, at loven er tiltænkt som værende en konsolidering af dansk international selskabsskatteret. Dansk selskabsskatteret har, efter forslagets egen formulering, i de senere år "*... været under pres fra flere sider*".

Loven indeholder flere initiativer, heriblandt indførelse af regler rettet mod kapitalfonde. Men det interessante i forhold til misbrugsbegrebet vedrører den anden del af lovforslagets titel, CFC-beskatningen. Det fremgår, at Skatteministeriet vurderer, at de hidtidige regler om CFC-beskatning ikke længere kunne opretholdes som følge af *Cadbury-Schweppes*-sagen. Dette skyldes, at de danske regler var tilsvarende de britiske¹⁴³.

Løsningen herpå blev rent lovmæssigt delt i to, én løsning for selskaber og en anden løsning for fysiske personer. For selskabers vedkommende, der efter Skatteministeriets vurdering var den vigtigste årsag til at have CFC-regler, blev løsningen dels at begrænse anvendelsesområdet for reguleringen en smule, og dels – formelt - at ligestille danske og

¹⁴¹ Relevansen af undersøgelsen af LL §16 H, stk. 2, kan diskuteres. Men da Skatteministerien, som det også fremgår nedenfor, i et høringsvar har givet udtryk for at bestemmelserne, skal forstås i lyset af hinanden, medbringes praksis og forarbejder fra LL §§16 H, stk. 2 også i specialet.

¹⁴² Det følgende er, hvor andet ikke er nævnt, baseret på bemærkningerne i lovforslaget, L213, 2006/2007 (1. Samling)

¹⁴³ Hertil kan tilføjes, at de danske regler faktisk var endnu mere EU-stridige end de britiske, da de danske regler end ikke indeholdte den såkaldte "begrundelsestest". En deltalje som ministeriet, belejligt, glemmer at nævne i lovforslaget.

udenlandske datterselskaber. Målet hermed var at undgå, at lovgivningen ville blive betragtet som en restriktion/diskrimination¹⁴⁴. For fysiske personer, der altså så kun udgør et fåtal af tilfældene, blev løsningen en anden. Her blev betingelsen om, at CFC-reglerne kun gjaldt udenlandske selskaber, bevaret, jf. LL § 16 H, stk. 1. I stedet indførtes en hjemmel til at skatteyderen kunne anmode om fritagelse for CFC-beskatning, hvis selskabet er hjemmehørende i EU/EØS. Skatteyderen skal ifølge bestemmelsen "*..dokumentere, at selskabet er reelt etableret i den pågældende stat og dér udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende CFC-indkomsten*", jf. LL § 16 H, stk. 2¹⁴⁵.

Det ses af formuleringen ("*reelt etableret*" og "*økonomisk virksomhed*"), at der her benyttes samme udtryk som i *Cadbury-Schweppes*-sagen. Som det understreges i lovforslaget flere gange, er det ikke nogen tilfældighed. Tilmed består hovedparten af bemærkningerne til denne paragraf, ret usædvanligt for et lovforslag, af en udførlig analyse af netop denne dom!

Af samme grund synes der derfor heller ikke at være nogen særlige kommentarer at knytte til lovforslaget på dette punkt¹⁴⁶. Loven har dog mødt kritik, for det kan diskuteres, om det er hensigtsmæssigt, at overføre den retsikkerhed, der er om *Cadbury-Schweppes*-sagen og om begreber som "*reel etablering*", til dansk ret uden nogen nærmere begrebsafklaring¹⁴⁷.

Lov nr. 525 af 2009¹⁴⁸

Den anden lov, hvor misbrugsbegrebet anvendes, er specialets hovedfokus, værnereglen i ABL § 4 A, stk. 3-6. Det følger her, af § 4 A, stk. 3, at en aktionær kan undgå retsvirkningen af værnereglen, hvis den primære funktion med det mellemliggende

¹⁴⁴ Især sidstnævnte del af løsningen er blevet udsat for kritik, se fx Thomas Rønfeldt i SpO 2008.84. Problemstillingen er i øvrigt også omtalt i specialets perspektivering.

¹⁴⁵ Det skal tilføjes, at bestemmelsen ligeledes forudsætter, at der er mulighed for informationsudveksling af skatteoplysning med det land, hvor CFC-selskabet er etableret. Som Skatteministeriet dog påpeger, udelukker dette dog i praksis kun Liechtenstein, og forbeholdet må derfor antages at være af minimal betydning.

¹⁴⁶ Martin Poulsen i SU 2009.278, der i hovedsagen er enig i dette synspunkt, mener at bemærkningerne giver anledning til visse betænkeligheder. Her især gengivelse af kriteriet om fysiske lokaler, personale og udstyr, som negativ afgrænsning af kunstige arrangementer. Men det er jo imidlertid, hvad Domstolen rent faktisk udtaler, og det virker derfor ikke rimeligt at kritisere gengivelsen.

¹⁴⁷ Jf. blandt andet Aage Michelsen SU 2008.84

¹⁴⁸ Selve loven, og bemærkninger til lovforslaget, gennemgås kun ganske kort her, idet dette allerede fremgår af specialets redegørelse (kap 2.1).

holdingselskab ikke (blot) er ejerskab i datterselskabet (nr. 1), og/eller at det mellemliggende holdingselskab udøver reel økonomisk virksomhed (nr. 2).

Bemærkningerne i dette lovforslag er noget kortere end ovenstående om LL § 16 H, stk. 2. Om nr. 1, den primære funktion, anføres blot, at holdingselskabet ”*..skal i ikke væsentligt omfang have anden aktivitet end ejerskabet af datterselskabsaktierne – ellers vil værnereglen finde anvendelse*”. Bestemmelsen skal i øvrigt, som det fremgår af høringsvar, læses i sammenhæng med betingelse nr. 2 om reel økonomisk virksomhed. Med dette menes, at er aktieposten i datterselskabet kun en (tilfældig) bi-erhvervelse, da er det ligegyldigt, om der drives reel aktivitet angående denne aktiepost. For hovedparten af selskabets drift er reel. Omvendt betyder bestemmelsen også, at der ikke bare kan tilkøbes en tilfældig (irrelevant) biaktivitet og så udøve en begrænset aktivitet vedrørende disse. For så er selskabets primære aktivitet jo stadig aktieposten i datterselskabet¹⁴⁹.

Om nr. 2, reel økonomisk virksomhed, står at ejerskabet af aktierne i datterselskabet ikke er tilstrækkeligt til at der foreligger en økonomisk aktivitet (hvilket også giver sig selv efter bemærkningerne til nr. 1). Herudover er der tilføjet, at virksomheden skal være tilknyttet aktiebesiddelsen, samt at selskabet ”*.. også [skal] have en fysisk eksistens, dvs. lokaler, personale og udstyr. 'Postkasse – og skærmselskaber' udøver i denne sammenhæng ikke reel økonomisk virksomhed*”.

Det ses her, at ministeriet igen anvender formuleringer fra *Cadbury-Schweppes*-dommen. Men i dette tilfælde har ministeriet imidlertid ikke anført denne sammenhæng i lovforslaget. Direkte spurgt til dette, bekræfter Skatteministeriet i et høringsvar, at harmoniseringen med *Cadbury-Schweppes*-sagen og LL § 16 H, stk. 2 er ”*..helt bevidst*”¹⁵⁰ og at begreber i ABL § 4 A, stk. 3 ligeledes skal fortolkes ”*... i overensstemmelse med den EU-retlige afgrænsning vedrørende rent kunstige arrangementer/svig eller misbrug*”.

Modsat bemærkningerne til LL § 16 H, stk. 2, er der anderledes grund til kritiske granskning af dette lovgrundlag. Dette er der flere årsager til:

For det første er det, som det også er omtalt i kapitel 3, problematisk og uforståeligt, at EU-rettens betydning for forståelsen og fortolkningen af bestemmelsen ikke tydeligt er fremhævet.

¹⁴⁹ Jf. L202, bilag 41

¹⁵⁰ Jf. L202, bilag 41

For det andet virker det kritisabelt, at forudsætte, at kriterierne fra *Cadbury-Schweppes*-sagen, uden forbehold kan overføres til regulering af holdingselskaber. Denne problemstilling analyseres særskilt i **4.5**.

Det skal dog retfærdigvis anføres, at bemærkninger i høringssvar ikke nødvendigvis vil blive tillagt nævneværdig retskildeværdi, og en endelig vurdering af ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2 medholdelighed med EU-retten forudsætter en undersøgelse af retspraksis, hvilket udføres straks nedenfor.

4.3.2 Dansk praksis om misbrug

En af de første afgørelser om de to værneregler er et bindende svar fra Skatterådet afgivet d. 20/5 – 2008 (gengivet i TfS 2008.889). Spørger var en fysisk person bosiddende i Østrig, der påtænkte at flytte til Danmark. Planen var at drive en IT- virksomhed gennem et dansk anpartselskab, hvorefter at overskuddet fra dette skulle forvaltes og investeres af et kapitalselskab på Cypern, enten som datterselskab eller som holdingselskab til det danske selskab. I den forbindelse havde han en række spørgsmål angående LL § 16 H, stk. 2. Blandt andet om der var den fornødne *økonomiske realitet* i det cypriotiske selskab, således at det var kvalificeret til fritagelse for CFC-beskatning i Danmark.

Det fremgår af afgørelsen, at spørgsmålet blev efterfulgt af en længere korrespondance mellem SKAT og spørgerens rådgiver med henblik på vurdering af omfanget af aktiviteten på Cypern. Om det cypriotiske selskab oplyses, at der, i første omgang, vil blive indsat en lokal direktør, der skal varetage selskabets aktivitet. Denne person, der i afgørelsen tituleres mr. X, lejes formelt af et andet (uafhængigt) cypriotisk selskab, D. Det er samtidig også D's lokaler mv., der skal facilitere al aktiviteten på Cypern.

Vedrørende jus, hæfter spørgerens rådgiver sig ved, at alle aftaler om udlejning er på markedsvilkår. Dette er også tilfældet for et senere påtænkt sale-and-lease-back arrangement af aktiver mellem det danske og det cypriotiske selskab, hvor ejendomsretten til al inventar i den danske virksomhed overgår til selskabet på Cypern. Rådgiveren mener, at dette må være tilstrækkeligt aktivitet, idet han samtidig anfægter forarbejdernes udlægning af *Cadbury-Schweppes*-sagen. Efter hans opfattelse ”..kastes mange bolde op” om forudsætningerne for aktivitet, men disse betingelser er ifølge ham uklare, ikke mindst set i

lyset af Højesterets dom i *Johnson-Holding*-sagen, der anerkender holdingselskaber som erhvervsvirksomhed¹⁵¹.

SKAT afviser imidlertid alle anbringenderne i deres vurdering, hvilket tiltrædes af Skatterådet. Her tilkendegives, at der efter deres opfattelse er afgørende forskel på *Johnson-Holding*-sagen og *Cadbury-Schweppes*-sagen. ”..[R]eel økonomisk virksomhed” forudsætter mere ”substans” (SKAT’s eget ordvalg). Det uddybes efterfølgende. Her står, at der, efter EU-retten, kræves, at et foretagende deltager i et lands økonomi og ikke bare forsøger at omplacere egen formue. Dette forudsætter fysisk eksistens, i form af lokaler, personale og udstyr. Noget, som SKAT og Skatterådet ikke mener, at det påtænkte selskab på Cypern vil opfylde.

Som det ses af ovenstående, følger skattemyndigheder op på intentionerne fra lovforarbejderne. SKAT og Skatterådet følger således op på ordlyden fra forarbejderne, og de har tilsyneladende ikke noget forbehold over for ”teste” realiteten af holdingselskaber ved at stille betydelig krav.

Uden at bebyrde læseren af dette speciale med alt for mange eksempler, viser en håndfuld sager fra senere praksis, heriblandt specifikt angående ABL §4 A, stk. 3, ikke en anden tendens. Tværtimod viser de udslagsgivende momenter i disse sager også, at der stilles betydelige krav. Fx TfS 2011.207 (egne lokaler, eget udstyr), TfS 2011.206 (ansattes faglig indsigt) og TfS 2010.825 (sondring mellem investorer og ansatte).

Der foreligger pt. desværre endnu ikke eksempler fra de ordinære domstole, og der skal derfor naturligvis tages et forbehold for at forholdene ville kunne ændre sig. Men på den anden side er der heller ikke noget i forarbejderne og lignende, der tyder på, at kursen nødvendigvis vil ændre sig herved.

4.4. Sammenfattende om overensstemmelsen og hjemmelsgrundlaget for ABL § 4 A, stk. 3-6

Det fremgik af kapitlet om misbrugsbegrebet i dansk ret, at den danske værnsregel er udformet med udgangspunkt i *Cadbury-Schweppes*-sagen. Da der samtidig i forarbejderne

¹⁵¹ Denne udlægning af *Johnson-Holding* er selvfølgelig en anelse partisk. I denne dom fastslår Højesteret således blot, at det selskabsretlige udgangspunkt er, at kapitalselskaber, pr. definition, driver erhvervsmæssig virksomhed. Af dette følger ikke, at der ikke kan være et andet skatteretligt udgangspunkt – men dette vil i så fald skulle have hjemmel i lov, hvilket ikke var tilfældet i *Johnson-Holding*-sagen (Jf. Højesterets dom, trykt i TfS 2004.542H).

lægges vægt på, at øvrig praksis fra Domstolen skal indgå ved fortolkning af bestemmelserne, er det nærliggende at konkludere, at dansk lov hermed har en medfødt overensstemmelse med EU-retten.

Trods et element af sandhed over et sådan statement, giver lovgivningen dog anledning til et par problemstillinger. For det første kan det diskuteres, om det er helt uproblematisk at anvende *Cadbury-Schweppes*-sagen som udgangspunkt, når nu hjemlen rent faktisk er at finde i moder-/datterselskabsdirektivet. For som det også fremgik af analysen i kapitel 3 og af *Kofoed*-sagen, så skal misbrugsbestemmelser anvendes i overensstemmelse med direktivets formål. For det andet, og helt centralt, tydede gennemgangen i 4.3 på, at substanskravet i dansk, var ret restriktivt og ikke nødvendigvis i overensstemmelse med Domstolens praksis.

Disse to kritikpunkter analyseres i separate afsnit nedenfor:

4.4.1 Er Cadbury-Schweppes-sagen sammenlignelig med ABL §4 A, stk. 3-6 og misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet?

Det må antages ud fra ordlyden i selve loven og lovforslaget, at præjudikatet fra *Cadbury-Schweppes*-sagen kan udstrækkes ubetinget til værnsregler mod holdingselskaber og moder-/datterselskabsdirektivet. En sådan slutning kan dog ikke foretages uden betænkeligheder.

For som analysen i kapitel 3 viste, følger det af EU-retlig praksis fra *Kofoed*-sagen, at misbrugsbestemmelser på et harmoniseret område, skal implementeres i overensstemmelse med retsaktens formål¹⁵². I *Kofoed*-sagen påpeger Domstolen således, at statuering af misbrug på harmoniseret område forudsætter en lovhjemmel, ”..som kan fortolkes i overensstemmelse” med det pågældende direktiv¹⁵³.

Det ovenstående er centralt fordi konstateringen af misbrug afhænger af, om formålet med den misbrugte bestemmelse er opnået¹⁵⁴. *Cadbury-Schweppes*-sagen vedrører etableringsfriheden og ABL § 4 A, stk. 3-6 vedrører moder-/datterselskabsdirektivet. For at *Cadbury-Schweppes*-sagen er anvendelig, skal etableringsfriheden og moder-/datterselskabsdirektivet altså forfølge samme formål. I *Cadbury-Schweppes*-sagen udlagde Domstolen formålet med etableringsfriheden på følgende måde:

¹⁵² Se også hertil Adam Zalasinski: Intertax 2008/4

¹⁵³ Jf. sag C-321/05, *Kofoed*, pr. 46

¹⁵⁴ Cadbury, pr. 64 Halifax, 74 og 75

*"Etableringsfriheden har i denne henseende til formål at give en fællesskabsstatsborger mulighed for på stabil og vedvarende måde at kunne deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen.."*¹⁵⁵

Formålet med moder-/datterselskabet er udlagt i flere sager, heriblandt i de forene sager C-283, 291-292/94, *Denkavit*. Her udtaler Domstolen:

"Direktivet har til formål at fjerne forskelsbehandlingen mellem samarbejde mellem selskaber fra forskellige medlemsstater og samarbejde mellem selskaber fra samme medlemsstat ved indførelse af en fælles beskatningsordning og således at lette samarbejdet på tværs af landegrænserne.."

Det ses her, at formålet i moder-/datterselskabsdirektivet faktisk er tilsvarende med etableringsfriheden. Så hvad angår formål, er der altså nok ikke noget i vejen for at modellere lovgivningen ud fra *Cadbury-Schweppes*-sagen¹⁵⁶. Men som det også er påpeget i kapitel 3, er det dog stadig tvivlsomt, om Domstolen vil acceptere denne form for implementering, hvor forudsætninger som disse (dvs. ligestilling mellem formålet med etableringsfriheden og moder-/datterselskabsdirektivet) ikke fremgår eksplicit.

4.4.2 Er "substans-testen" i ABL § 4 A, stk.3, nr. 1-2 forenelig med EU-retlig praksis¹⁵⁷

Ifølge ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2, er det afgørende for værnsreglen retsvirkning, om holdingselskabet udøver "*reel økonomisk virksomhed*". Det fulgte af gennemgangen ovenfor, at der i forarbejderne er angivet, at vurderingen heraf skal baseres på Domstolens udtalelse i *Cadbury-Schweppes*-sagen. En udtalelse, som en gennemgang af praksis viste, også bliver fulgt ret stringent (skematisk) af SKAT og Skatterådet.

Men som det også bliver berørt i **4.2.2**, så er spørgsmålet, der i øvrigt slet ikke omtales i lovforslaget til ABL § 4 A, stk. 3-6, om vejledende udtalelser om en proportionalitetsvurdering af CFC-regler vitterligt – uden videre – kan anvendes i enhver sammenhæng.

¹⁵⁵ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*

¹⁵⁶ Jf. i samme retning Martin Poulsen i SU 2009.278

¹⁵⁷ Nedenfor opsummeres en del af de gennemgåede domme. For henvisninger se ovenfor.

Nærlæses *Cadbury-Schweppes*-sagen og senere praksis, er der grund til at betvivle dette. I forhold til de kriterier, der ofte henvises til ("*lokaler, personale og udstyr*"), er især Generaladvokat Légers forslag til afgørelse i sagen interessant. I hans udtalelse, som Domstolen flere gange henviser til¹⁵⁸, anføres, at kriteriet "*..reel etablering*" og fysisk tilstedeværelse ("*lokaler, personale og udstyr*") kun skal indgå i en vurdering af, om CFC-selskaber har det "*nødvendige udstyr til at udføre de tjenesteydelser, der leveres til moderselskabet*"¹⁵⁹ (egen understregning).

Denne udtalelse er interessant. For den synes at afspejle en grundlæggende sontring, der ikke er indarbejdet eller forudsat i dansk ret. Det, som Generaladvokaten virker til at hæfte sig ved, er, at hensigten med kravet om "*fysisk eksistens*" er, at afgøre hvor den egentlige indkomst optjenes. Drives der for eksempel bankvirksomhed (et typetilfælde i forarbejderne til CFC-regler i dansk ret¹⁶⁰), kan der altså godt stilles krav til at virksomheden har lokaler mv. Det er *nødvendigt* for at drive denne type virksomhed. Alt dette virker til at vedrøre allokeringen af den indkomst, der er opnået *efterfølgende* (= efter selve etableringen), således at mobil indkomst (CFC-indkomst) ikke bare kan placeres efter skattemæssigt behag¹⁶¹.

Ligeledes synes anden praksis, som gennemgået ovenfor, at bekræfte denne udlægning. For det første viser selskabsretlige afgørelser, heriblandt *Centros*-sagen, at retten til at etablere sig er en tæt ved absolut rettighed, der ikke må anfægtes af national lovgivning. For det andet viser andre skatteretlige afgørelser, at også andre krav end fx "*lokaler, personale og udstyr*" kan indgå i afgørelsen af, om der er økonomisk realitet, fx armslængdeprincippet som i *Thin Cap*-sagen.

Det kan derfor med en vis sikkerhed slutes, at den rigide prøvelse af økonomisk realitet, som ABL § 4 A, stk. 3, nr. 2 indebærer, ikke er i overensstemmende med praksis fra EU-skatte retten¹⁶². Ikke mindst fordi fokus synes at ligge på selve etableringen. Etableringsretten, der som de ovenstående eksempler illustrerer, nok ikke kan anfægtes med *Cadbury-Schweppes*-sagen som præjudikat.

¹⁵⁸ Fx i sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, pr. 69

¹⁵⁹ Generaladvokat Legér forslag til afgørelse pr. 109

¹⁶⁰ L213, 2006/2007 (1. Samling)

¹⁶¹ Jf. Martin Poulsen, "*EU-rettens betydning for fortolkning og anvendelse af skatteretlige værneregler*", s. 170

¹⁶² Jf. i samme retning Aage Michelsen i SU 2008.84

4.5 Dansk syn på holdingselskaber i et EU-skatte retligt lys

I afsnit 4.4 sluttes det, at ABL § 4 A, stk. 3-6 altså ikke er i overensstemmelse med EU-skatte retligt praksis om misbrug. Kravene var ikke tilpasset EU-retlig praksis som helhed. Men ses ABL § 4 A, stk. 3-6 i et større perspektiv, synliggøres noget, der kunne minde mere om et mønster end én tilfældig lovgivning i strid med EU-retten.

For de strenge krav i ABL § 4 A, stk. 3-6 og i LL § 16 H, stk. 2 har en afledt retsvirkning, der ikke er uden betænkeligheder. Den rigide tilgang til krav som ”*..fysisk eksistens af lokaler, personale og udstyr*” og ”*..reel etablering*” indebærer således uundgåeligt et betydeligt indhug i muligheden for at etablere holdingselskaber i det hele taget. Disse har nemlig pr. definition kun ét formål: Besiddelse af kapitalandele¹⁶³.

En konsekvens som ikke er SKAT og Skatteministeriet ubekendt. Tværtimod: Det er således både i forarbejderne til CFC-lovgivningen¹⁶⁴ og i de meget profilerede beneficial owner-sager¹⁶⁵ klart tilkendegivet, at det er deres opfattelse, at holdingselskabers eksistensberettigelse ikke længere er en selvfølgelighed efter *Cadbury-Schweppes*-sagen.

Dette synspunkt har dog mødt bred kritik i den danske litteratur¹⁶⁶. Og denne kritik er ikke uberettiget. Det er i den forbindelse ikke uden relevans, at Kommissionen faktisk udtrykker forbehold for netop kriterierne i *Cadbury-Schweppes*-sagen i forhold til holdingselskaber. I den førnævnte rapport KOM(2007)785, står således følgende ”*Det er imidlertid ikke helt sikkert, hvordan disse kriterier kan finde anvendelse på f.eks. finanstjenester inden for en koncern og holdingselskaber, hvis aktiviteter normalt ikke kræver en væsentlig fysisk tilstedeværelse*”¹⁶⁷. En bemærkning der bestemt ikke bliver mindre væsentlig, når det sammenholdes med det faktum, at det netop var Kommissionen, der i sin procedure introducerede formuleringen ”*..fysisk eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr*”¹⁶⁸. Altså her tilsyneladende endnu et søm i kisten i forhold til at opretholde *Cadbury-Schweppes*-sagens kriterier i ABL § 4 A, stk. 3-6 og overfor holdingselskaber.

Også anden praksis synes at støtte et særligt forbehold overfor holdingselskaber. Her er det efterhånden en del gange fastslået, at stiftelsen af holdingselskaber, i sig selv, ikke udgør

¹⁶³ Jf. Erik Werlauffs definition i ”Selskabsret”, s. 589

¹⁶⁴ Jf. L213, 2006/2007 (1. Samling)

¹⁶⁵ Her menes de to sager trykt i hhv. TfS 2010, 502 og TfS 2010, 974. Det skal for en god ordens skyld påpeges, at det primære fokus i disse sager ikke har været moder-/datterselskabsdirektivet.

¹⁶⁶ Jf. fx Aage Michelsen i SU 2008.84

¹⁶⁷ Jf. KOM(2007)785

¹⁶⁸ Jf. Sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, pr. 54

misbrug¹⁶⁹. Dette kan også sammenholdes med især sagerne fra momsretten, hvor konstateringen af misbrug nærmere var et spørgsmål om, at formålet *alene* havde været, at omgå skattelovgivningen. Taget i betragtning af, at der henvises til *Halifax*-sagen i *Cadbury-Schwepes*-sagen, synes det meget vanskeligt, at nå til den nærmest modsatte konklusion, hvor det pludseligt er skatteyderen, der skal påvise betydelig "*økonomisk realitet*"¹⁷⁰.

Det kommer næppe som en overraskelse for læseren af dette speciale, at der slutes, at også dansk rets syn på holdingselskaber som helhed, er i strid med EU-retten. Men når det så er anført,

er det selvfølgelig vigtigt at understrege, at den restriktive praksis ved Domstolen, under alle omstændigheder, ikke skal forstås som et carte-blanche til anvendelsen af holdingselskaber. Der kan foreligge misbrug ved brug af holdingselskaber.

For denne side af EU-retlig praksis eksisterer også. Uden at forsøge udtømmende at gøre rede for alle muligheder, følger her to eksempler:

1. Moder-/datterselskabsdirektivet indeholder en hjemmel i art. 3, stk. 2b. Dette er den såkaldte "holdingregel". Efter denne kan skattefrit udbytte betinges af et tre-årigt ejerskab af datterselskabsaktierne. Herved ville incitamentet til misbrug naturligt blive reduceret. Her kan det som kuriosum tilføjes, at ABL § 4 A, stk. 3-6 jo faktisk erstattede denne regel i dansk ret.

2. Retspraksis viser også eksempler på, at visse processuelle midler lovligt kan tages brug. Her kan fx nævnes den nyere afgørelse sag C-310/09, *Accor*. Her accepterede Domstolen, modsat tidligere sager, dels omvendt bevisbyrde (dvs. skatteyderen skulle bevise, at han blev udsat for en ulempe) og dels at medlemsstaten, Frankrig, i princippet kunne nøjes med at *neutralisere* en ulempe ved credit-metoden. Af dette slutter Thomas Rønfeldt i "*Når (etablerings)kæden hopper af*", at medlemsstater herved potentielt, gennem lovgivning, kan neutralisere de økonomiske fordele ved skattetækning. Dette kan tilsluttes.

¹⁶⁹ Jf. fx sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz* og også Jakob Bundgaard i SU 2010.111

¹⁷⁰ Jf. Martin Poulsen i TFS 2011.905

Afslutningsvist skal det dog anføres, at disse metoder næppe er noget vidundermiddel i forhold til at bekæmpe misbrug. Men de virker dog alligevel mere hensigtsmæssige en gældende dansk ret i blandt andet ABL § 4 A, stk. 3-6.

Det skal ligeledes påpeges, at der er en del usikkerhed forbundet med afklaringen af misbrugsbegrebet. Men som anført at Aage Michelsen, så virker det meget uhensigtsmæssigt at overføre denne usikkerhed til dansk ret, hvor lovgivningen som den er pt., i bedste fald er i en grå-zone i forhold til EU-retten. Med dette afsluttes analysen.

5.Perspektivering: CCCTB og harmonisering – fremtidens værn mod misbrug eller en juridisk (og politisk) dødssejler?

5.1 Retsudviklingen inden for EU-skatte retten

Det har været en rød tråd i gennem specialet, at skattetænkning og misbrug er et alvorligt problem, som både medlemsstaterne og de enkelte institutioner i EU udtrykker en fælles bekymring for.

Hidtil er det imidlertid i hovedsagen forblevet ved erklæringer om gode hensigter. Den eneste aktør, der synes at have reageret på dette tiltagende problem, er Domstolen, der har afsagt et stigende antal afgørelser om netop misbrug. De mange afgørelser har dog ikke rigtigt bidraget i en positiv retning. Tværtimod består langt hovedparten af afgørelserne af præjudicielle forelæggelser, hvor skatteydere får medhold i, at nationale værnsregler udgør en diskrimination/restriktion mod Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed¹⁷¹. Følgen heraf har været, at det i dag er blevet meget vanskeligt for medlemsstaterne at indføre effektiv, EU-konform, lovgivning mod misbrug.

Afgørelserne skyldes ikke, at Domstolen ikke anerkender behovet for at beskytte EU og Traktaten mod misbrug. Det har mere været et spørgsmål om, at det har været vanskeligt for denne at finde en balance i sine afgørelser, der afspejler de modsatrettede mål, der i EU-retten skal tages hensyn til. For praksis skal være en balance mellem medlemslandes rimelige interesse i at beskytte deres egne beskatningsgrundlag mod misbrug på den ene side og at sikre et effektivt indre marked uden uforholdsmæssige restriktioner mod grænseoverskridende aktivitet på den anden side¹⁷². En meget vanskelig balance, der endnu ikke er opnået – og som meget muligt aldrig opnås.

Den nuværende utilfredsstillende retstilstand taget i betragtning, virker det oplagt, at overveje muligheden for at harmonisere området. Det fremgår her af officielle dokumenter fra EU, at dette faktisk også har været på dagsordenen i mange år¹⁷³. Men det har ikke mindst af politiske årsager været meget vanskeligt at få gennemført dette. For lovgivningsprocessen i EU er på en stor del af det fiskale område, heriblandt direkte skat, meget rigid. En harmonisering forudsætter således anvendelsen af hjemlen i TEUF art. 115,

¹⁷¹ Jf. bl.a. sag C-264/96, *ICI* og sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*

¹⁷² Jf. Kommissionen i KOM(2007)785

¹⁷³ Se fx den førnævnte Ruding-Rapport fra 1992 (jf. fodnote xx)

hvorefter der kræves enstemmighed i Rådet. Rådet, der som bekendt, er repræsenteret af samtlige medlemsstater – alle med egne særinteresser¹⁷⁴.

Nye tider er dog muligvis på vej. Kommissionen vedtog således i 2011 et forslag til direktiv, omhandlende det meget ambitiøse selskabsskatteretlige regelsæt CCCTB. CCCTB er i sin nuværende udformning et tilbud til multinationale koncerner. Ved tilvalg underlægges koncernen et fælles europæisk skatteregelsæt, hvorved der vil kunne opnå lettelse af administrative byrder, mindre dobbelt beskatning mv., da valget samtidig medfører at koncernen, som helhed, kun skal afregne skat efter CCCTB.

Regelsættet er egentlig primært udarbejdet med henblik på at lindre byrderne for store koncerner med grænseoverskridende aktivitet. Men principperne bag, og ikke mindst den på dette retsområde sjældne politiske velvilje, gør, at det bestemt er værd at overveje, om dette muligvis kan være et første skridt mod harmonisering og bekæmpelse af misbrug i unionen.

I dette kapitel afdækkes derfor, hvilke muligheder/perspektiver direktivforslaget giver anledning til. Først følger dog en kortfattet gennemgang af indholdet af direktivet.

5.2 Kommissionens direktivforslag om CCCTB, KOM(2011)121¹⁷⁵

CCCTB står for Common Consolidated Corporate Tax Base, og er tiltænkt som et selvstændigt, EU-retligt regelsæt for direkte skat. Af direktivforslagets indledende bemærkninger fremgår, at formålet med udspillet er; *"... at afhjælpe nogle af de væsentlige skattemæssige hæmsko for vækst på det indre marked"*. Disse hindringer skitseres efterfølgende i selve præamblen. Her nævnes blandt andet den manglende interaktion mellem nationale skattesystemer, hvilket fører til både over- og dobbeltbeskatning. Overbeskatningen skyldes, at der ofte er begrænsede eller ingen mulighed for at tabsudligne i koncernforbundne foretagender. Og dobbeltbeskatning er stadig en realitet, da DBO'er ikke løser alle problemstillinger. Herudover adresserer forslaget de meget store udgifter, der er forbundet med at drive multinational virksomhed, hvilket vil sige aflæggelse af skatteregnskab i alle lande, TP-dokumentation, osv.

¹⁷⁴ Jf. Karsten Engsig Sørensen, m.fl., *"EU-retten"*, s. 68

¹⁷⁵ Den følgende gennemgang er baseret på forslag til direktiv, KOM(2011)121, og hvor andet ikke fremgår, henvises hertil.

Hvad angår direktivets materielle bestemmelser, kan disse beskrives gennem de to centrale principper, *konsolidering* og *allokering*.

Hvad angår *konsolidering*, skal CCCTB forstås som en ordning, der på mange måder minder om de danske regler om valgfri international sambeskatning (*konsolidering*), jf. SEL § 31 A¹⁷⁶. CCCTB er et tilvalg, der binder en koncern som helhed i en 5 årig-periode, jf. art. 105. Det er her vigtigt at være opmærksom på, at koncernbegrebet varierer fra dets siddestykke. Ifølge art. 55 udgør koncernbegrebet i direktivet faste driftssteder af selskaber hjemmehørende i unionen, kvalificerede datterselskaber, samt datterselskaber og faste driftssteder af selskaber hjemmehørende i 3.land. Det er her ligeledes vigtigt at være opmærksom på, at CCCTB's anvendelsesområde hermed får en lidt begrænset rækkevidde, idet det fremgår af definitionen af kvalificerede datterselskaber i art. 54, at dette indebærer, at moderselskabet har 50 % af den stemmeberettigede aktiekapital og 75 % af kapitalandelene eller 75 % af de andele der giver ret til fortjeneste. Til sammenligning kræves efter dansk ret kun 10 % ejerskab.

Hvad angår *allokering* er CCCTB et selvstændigt skattesystem med egne opgørelsesprincipper, hvilket blandt andet indebærer, at der skal findes ind -og udgangsværdier i forbindelse med ind -og udtræden af ordningen. Beskatningsretten *allokeres* herefter med udgangspunkt i en særlig fordelingsnøgle, der er gengivet som formel i art. 86. Det er en af direktivets helt centrale punkter, at fordelingsnøglen overflødigdgør opgørelsen af koncerninterne transaktioner (TP-dokumentation), der herefter som udgangspunkt, jf. art 59, er skatteregnskabet uvedkommende. CCCTB er imidlertid ikke afgørende for, hvilken skattesats mv. der pålægges den allokerede indkomst. Kompetencen hertil bevarer medlemsstaterne, jf. art. 103. Tilsvarende de danske regler om international sambeskatning udpeges et administrationsselskab, der herefter kan "nøjes" med at aflægge ét samlet skatteregnskab for alle selskaber omfattet af ordningen - det såkaldte one-stop-shop princip, jf. direktivets kapitel XVII i det hele.

I forhold til misbrug indeholder direktivet et kapitel med anti-misbrugsbestemmelser, jf. kap XIV. Kapitlet omfatter både to specifikke værnsregler, hhv. en art CFC-beskatning i art. 82 og en art tynd kapitaliseringsregel i art. 81 og en generel misbrugs bestemmelse, hvorefter at: "*Kunstige transaktioner, der udelukkende gennemføres for at undgå beskatning, lades ude af betragtningen ved beregningen af skattegrundlaget.*", jf. art. 80.

¹⁷⁶ Jf. også Thomas Rønfeldt i SpO 2011.309

Det er her værd at notere, som Thomas Rønfeldt gør i SpO 2011.309, at referencen til "*kunstige arrangementer*", formentlig giver bestemmelsen et snævert anvendelsesområde som følge af den generelle retspraksis vedrørende nationale værnsregler mod misbrug (se evt. også kap 4.2)

5.3 Er der en (positiv) fremtid for CCCTB og harmoniseringen af skatteområdet i EU?

Lad det være anført med det samme: En gennemførsel af direktivet, som det foreligger pt., vil næppe, isoleret set, få nogen nævneværdig betydning i forhold til at minimere risikoen for skattemæssigt misbrug, endside medføre nogen meget betydningsfuld harmonisering af skatteområdet. Dette understreges allerede af en af grundprincipper bag CCCTB; valgfrihed. For CCCTB er et tilvalg, og det må forventes, at en koncern kun vil vælge CCCTB, hvis det rent faktisk medfører en skattemæssig fordel. Endvidere er misbrugsbestemmelserne i direktivet også kun anvendelig i forhold til misbrug af selve CCCTB-ordningen – og dermed uden synderlig betydning for skatteområdet som helhed. Herudover er forslaget heller ikke uden begrænsninger og mangler, der potentielt kan forhindre realiseringen af Kommissionens ellers høje ambitioner. For eksempel synes det særligt uheldigt, at der ikke er fastsat en fælles skattesats i alle lande, da dette øger incitamentet til forsøg på at omgå/påvirke fordelingen (allokeringen) af beskatningsretten¹⁷⁷.

Når ovenstående skepsis er nævnt, er der også grund til optimisme. Harmonisering på skatteområdet har nemlig været et ønske mere eller mindre siden EU's begyndelse¹⁷⁸. Samtidig er harmonisering ofte, særligt i de senere år, nævnt som et nødvendigt skridt i kampen mod skattearbitrage og misbrug. Dette skyldes, at forekomsten af misbrug ofte kædes sammen med uens skatteregler mellem medlemslandenes lovgivninger¹⁷⁹.

Bevares, det kan godt være, at CCCTB er et meget lille skridt - rent juridisk - i forhold til opnå en grad af harmonisering, der for alvor ville kunne mindske problemer som misbrug. Dette faktum og CCCTB's andre mangler har man i øvrigt været meget god til at påpege i den

¹⁷⁷ Jf. EC Tax Review 2013/2, s.64

¹⁷⁸ Fx allerede The Neumark Report; "*Tax Harmonisation in The European Economic Community*" fra 1962

¹⁷⁹ Jf. EC Tax Review 2013/2, s. 106-110

europæiske litteratur¹⁸⁰. Men ses der for et øjeblik bort fra hård jura, synes det urimeligt ikke at bifalde CCCTB som et lovende politisk projekt. I CCCTB har sympatisører af harmonisering nu et nedskrevet, vedtaget direktivforslag, der oven i købet nævnes som et led i EU's meget vigtige "*Europa 2020*"-planer¹⁸¹.

Bliver det så til noget? Muligvis, muligvis ikke. Men Kommissionen har i hvert med vedtagelse af forslaget bidraget i en positiv politisk retning. Og det er, de seneste mange år taget i betragtning, et fremskridt, der er værd at anerkende.

¹⁸⁰ Undertegnede ville let kunne finde 10 eksempler på dette, men nøjes med tre: Eric C.C.M. Kemmeren i EC Tax Review 2011/5, s. 217, María Jesús García- Torres Fernández i INTERTAX 2012/40, s. 598 og Michel Aujean i EC Tax Review 2013/2, s.64

¹⁸¹ Jf. KOM(2011)121

6.Konklusion

Formålet med dette speciale har været at undersøge, om implementeringen og udformningen af ABL § 4 A, stk. 3-6 er i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) og EU-skatteretlig teori og praksis om misbrugsbegrebet. Den nærmere undersøgelse af dette er delt i to selvstændige analyser, der omhandler henholdsvis formelle og materielle aspekter.

I den første del undersøges om ABL § 4 A, stk. 3-6 formelt er i overensstemmelse moder-/datterselskabsdirektivet. Hermed menes om direktivets misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2 er implementeret korrekt. Det fremgår her af lovforarbejderne, at denne forudsætning kun indgår i høringssvar og lign. og ikke af selve lovforslaget. Analysen viser, at EU-retlige praksis, især i form af sag C-321/05, *Kofoed*, formentlig betyder, at der stilles større krav til en implementering, end hvad et høringssvar fra Skatteministeriet udgør. På baggrund heraf kan det konkluderes, at loven, formelt anskuet, er i strid med moder-/datterselskabsdirektivet.

Anden del af analysen, er en materiel anskuelse af overensstemmelse med EU-retten. Det undersøges her, om ejerskabskravet i ABL § 4 A, stk. 3-6, er en misbrugsbestemmelse i EU-retlig forstand. Analysen viser, at det her er anderledes tydeligt, at ABL § 4 A, stk. 3-6, er udformet under inspiration af det EU-retlige misbrugsbegreb. Ordlyden af bestemmelsen er således enslydende med den meget centrale EU-dom, sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*. Praksis primært fra Skatterådet viser dog, at skattemyndighederne synes at "overfortolke" denne doms præjudikat. I dansk praksis bliver der stillet forholdsvis store krav for at anerkende et holdingselskab skatteretligt. Dette indebærer stærke indikationer af faktisk erhvervsmæssig drift, samt fysiske lokaler, udstyr mv. Betingelser som et holdingselskab, hvis primære formål pr. definition er ejerskab af aktier, normalt ikke ville kunne overholde. Alt sammen vilkår, som analysen viser, næppe kan udledes af *Cadbury-Schweppes*-sagen og senere EU-retlig praksis.

Analysen i anden del viser også, ved gennemgang af anden dansk praksis (her især fra de danske CFC-regler for fysiske personer), at den restriktive holdning til holdingselskaber næppe er tilfældig og enestående netop for ABL § 4 A, stk. 3-6. Det påvises i den forbindelse i udførligt afsnit herom, at meget derimod tyder på, at SKAT og Skatteministeriet er af den opfattelse, at *Cadbury-Schweppes*-sagen, grundliggende gjorde op med tidligere praksis såsom den selskabsretlige dom sag C-212/97, *Centros*. Efter denne dom synes der ellers ikke

at kunne stilles nogen særlige krav til en selskabsretlig etablering. Det er påvist i analysen, at det danske udgangspunkt næppe er korrekt, og at det nok nærmere er et spørgsmål om, at en skatteretlig regulering kun kan retfærdiggøres, hvis den rettes imod efterfølgende retsstridige transaktioner. Det virker derfor i den forbindelse særligt uheldigt, at ejerskabskravet erstattede en ellers legitim værnsregel (ejertidskravet), der netop var et eksempel på en sådan indretning, der retter sig mod efterfølgende transaktioner.

Der skal dog igen mindes om, at retsstillingen angående misbrug er forbundet med en vis usikkerhed. Det er derfor vanskeligt afslutte dette speciale med nogen håndfast bemærkning. I stedet afsluttes specialet, som det begyndte. Holger K. Nielsen slutter således sin kronik om skatteunddragelse på følgende måde, der samtidig også rammer plet i forhold til emnet: *"Vi kan diskutere, hvor meget eller hvor lidt borgere og virksomheder skal betale i skat. Men vi kan ikke diskutere, om borgere og virksomheder må unddrage i skat"*

7.English summary

The purpose of this thesis is to examine whether a Danish tax protection measure in section 4 A of Danish Act of Taxation of Shares (Aktieavancebeskatningsloven) is in accordance with Article 1(2) of the Parent-Subsidiary Directive (2011/96/EU). This matter is discussed in the light of two different perspectives.

Firstly, it is discussed if the *application* of Article 1 (2) of the Parent-Subsidiary Directive is in accordance with the general ruling of European Court of Justice. To this effect, the legislation procedure is compared to a quite similar case from the European Court of Justice, C-321/05, *Kofoed*, concerning the application of the quite similar anti-abuse provision of the merger directive (90/434/EEC).

The thesis exposes that the Danish parliament, as national legislator, actually has not enacted specific measures to transpose Article 1 (2) of the Directive, which the Danish Ministry of Taxation, claims – afterwards. Thus it is concluded that section 4 A is contrary to Parent-Subsidiary Directive.

Secondly, it is examined if *the wording* of section 4 A complies with the general Community law principle of abuse. The analysis clarify that the wording of section 4 A is harmonized with the ruling of the European Court of Justice in the highly profiled case, C-196/04, *Cadbury-Schweppes*. However, as a broader investigation of Danish legislation and national court sentences shows, the understanding of some of the statement from the European Court of Justice, such as the reference to “*premises, staff and equipment*” in the *Cadbury-Schweppes*-case, seems to be exaggerated, especially by SKAT (the Danish Tax Authority). In reality, the consequence of these restrictive measures seems to limit the legitimate use of holding companies. It is to this effect argued that even though the use of these can be limited in accordance with Community law, holding companies are not automatically abusive. Therefore it is concluded that the wording of section 4 A of Danish Act of Taxation of Shares is also contrary to the Parent-Subsidiary Directive. Nevertheless, it must be pointed out that the notion and interpretation of the principle of abuse in Community law is rather uncertain.

The final conclusion of the thesis is that even though the scope of the principle of abuse is uncertain, section 4 A seems unlikely to be able to stand a trial before European Court of Justice.

8. Litteraturliste

Bøger

Fenger, Niels, m.fl.: Festskrift til Erik Werlauff, 1. udg., 2013, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jensen, Søren Næsborg: EU-selskabsskatteret, 1. Udg., 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Michelsen, Aage, m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 14. udg., 2011, Jurist og Økonomforbundets Forlag

Nielsen, Jacob Graff: Legalitetskravet ved beskatning, 1. udg. Thomson, 2003

Pedersen, Jan, m.fl.: Skatteretten 2, 5. udg., 2009, Thomson Reuters Professional A/S

Pedersen, Jan, m.fl.: Skatteretten 3, 5. udg. 2009, Thomson Reuters Professional A/S

Poulsen, Martin: EU-rettens betydning for fortolkning og anvendelse af skatteretlige værneregler, 2013 (Ph.d.-afhandling - ikke udgivet)

Rønfeldt, Thomas: Fælleseuropæisk skatteret I, 1. udg., 2013, Jurist og Økonomforbundets Forlag

Rønfeldt, Thomas: Skatteværn og Eu-frihed, 1. udg., 2010, Jurist og Økonomforbundets Forlag

Stokholm, Jeppe Rune: EU skatteret, 1. udg., 2008, Forlaget Thomson

Sørensen, Karsten Engsig m.fl.: EU-retten, 5. udg. 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Wegener, Morten: Juridisk metode, 3. Udg., 2000, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Werlauff, Erik: Selskabsskatteret, 14. udg, 2012, Karnov Group A/S

Werlauff, Erik: Selskabsret, 8. udg., 2010, Thomson Reuters A/S

Artikler

Aujean, Michel: EC Tax Review 2013/2 (Fighting Tax Fraud and Evasion: In Search of a Tax Strategy?)

Bjørnholm, Nikolaj m.fl.: TfS 2009.1123 (Omvendte Juletræer og pyramider)

Bundgaard, Jakob: SU 2010.111 (Direktivkonformitet ved anvendelse af ny værnsløvgivning på udenlandske mellemholdingselskaber?)

Fernández, María Jesús García- Torres: INTERTAX 2012/40 (Corporate Tax Harmonization: Key Issues for Ensuring an Efficient Implementation of the CCCTB)

Karimeri, Rami: Intertax 2011/6-7 (A Critical Review of the Definition of Tax Avoidance in the Case Law of the European Court of Justice)

Kemmeren, Eric C.C.M.: EC Tax Review 2011/5 (CCCTB: Enhanced Speed Ahead for Improvement)

Lauritsen, Henrik Stig: TfS 2009.833 (Selskabers aktieavancer efter skattereformen)

Michelsen, Aage: SU 2008.85 (CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrebet i EU-retten)

Piantavigna, Paolo: EC Tax Review 2011/3 (Tax Abuse in European Union Law: A Theory)

Poulsen, Martin: TfS 2011.905 (Kunstige arrangementer og misbrug af EU-retten)

Poulsen, Martin: SU 2009.278 (Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber)

Poulsen, Martin: Intertax 2012/3 (Freedom of Establishment and the balanced allocation of tax jurisdiction)

Riis Arne m.fl.: TfS 2011.669 (Mellemlholdingreglen – efter L 84)

Rønfeldt, Thomas: SpO 2008.65

Rønfeldt, Thomas, m.fl.: SpO 2011.309 (CCCTB, et fælles skattesystem med udfordringer)

Sørensen, Karsten Engsig: SU 2008.84 (Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis)

Sørensen, Karsten Engsig: Common Market Law Review, 2006/43 (Abuse of Rights in Community Law: A Principle or Merely Rhetoric?),

Vanistendael, Frans: EC Tax Review 2006/4 (Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?)

Werlauff, Erik: TfS 1999.163 B (Udenlandsk selskab til indenlandsk aktivitet)

Zalasinski, Adam: Intertax 2008/4 (Some Basic Aspects of the Concept of Abuse in the Tax Case Law of the European Court of Justice)

Bilag 1

Bilag 1 indeholder en gengivelse ABL §§4A-B, som den er formueret efter hhv. Lov nr. 525 af 2009 (den første lov) og Lov nr. 254 af 2011 (anden lov)

Formulering i Lov nr. 525 af 2009

§ 4 A. Ved datterselskabsaktier forstås aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, jf. dog stk. 2-4.

Stk. 2. Det er en betingelse efter stk. 1, at datterselskabet er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b, eller at beskatningen af udbytter fra datterselskabet frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Stk. 3. Datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af moderselskabets selskabsaktionærer omfattet af selskabsskattelovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, i tilfælde, hvor

- 1) moderselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. § 4 B,
- 2) moderselskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen og
- 3) mere end 50 pct. af aktiekapitalen i moderselskabet direkte eller indirekte ejes af selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, der ikke ville kunne modtage udbytter skattefrit ved direkte ejerskab af aktierne i det enkelte datterselskab, og
- 4) aktierne i moderselskabet ikke er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet.

Stk. 4. Datterselskabsaktier, jf. stk. 1, omfatter ikke konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer.

§ 4 B. Ved koncernselskabsaktier forstås aktier, hvor ejeren og det selskab, hvori der ejes aktier, er sambeskattede efter selskabsskattelovens § 31 eller kan sambeskattes efter selskabsskattelovens § 31 A. Ved koncernselskabsaktier forstås desuden aktier, hvor en fond m.v. og det selskab, hvori der ejes aktier, er koncernforbundne, jf. selskabsskattelovens § 31 C, og hvor selskabet kan indgå i en sambeskatning.

Stk. 2. Koncernselskabsaktier anses for ejet direkte af det ejende koncernselskabs (moderselskabets) selskabsaktionærer omfattet af selskabsskattelovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, i tilfælde som nævnt i § 4 A, stk. 3, nr. 1-3.

Stk. 3. Koncernselskabsaktier, jf. stk. 1, omfatter ikke konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer.

Formulering i lov nr. 254 af 2011

§ 4 A. 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.

Stk. 2. Det er en betingelse efter stk. 1, at datterselskabet er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b, eller at beskatningen af udbytter fra datterselskabet frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Stk. 3. Datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af de af moderselskabets (mellemholdingselskabets) direkte og indirekte aktionærer, som er omfattet af selskabsskattelovens § 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:

- 1) Mellemholdingselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. § 4 B.
- 2) Mellemholdingselskabet udøver ikke reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.
- 3) Mellemholdingselskabet ejer ikke hele aktiekapitalen i datterselskabet, eller mellemholdingselskabet ejer hele

aktiekapitalen i et datterselskab, som ikke er skattepligtigt i Danmark, og hvor beskatningen af udbytter fra datterselskabet ved direkte ejerskab ikke ville skulle nedsættes eller frafaldes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

- 4) Aktierne i mellemholdingselskabet er ikke optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet.

- 5) 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.«

Stk. 4. 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.

Stk. 5. 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.
- 4) Porteføljeaktiebesiddelser tilhørende fonde m.v. stiftet af personkredsen nævnt i nr. 1 og 2, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6.

Stk. 6. Ved indeholdelse af udbytteskat efter kildeskattelovens § 65 i tilfælde, hvor en selskabsaktionær efter stk. 3 anses for at eje aktier i underliggende selskaber direkte, forpligtes selskabsaktionæren til betaling af et beløb svarende til skatteværdien af selskabsaktionærens andel af det udloddede udbytte til mellemholdingselskabet. Betalingen har ingen skattemæssige konsekvenser for betaleren eller modtageren.«

Stk. 7. Datterselskabsaktier, jf. stk. 1, omfatter ikke konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer.

§ 4 B. Ved koncernselskabsaktier forstås aktier, hvor ejeren og det selskab, hvori der ejes aktier, er sambeskattede efter selskabsskattelovens § 31 eller kan sambeskattes efter selskabsskattelovens § 31 A. Ved koncernselskabsaktier forstås desuden aktier, hvor en fond m.v. og det selskab, hvori der ejes aktier, er koncernforbundne, jf. selskabsskattelovens § 31 C, og hvor selskabet kan indgå i en sambeskatning.

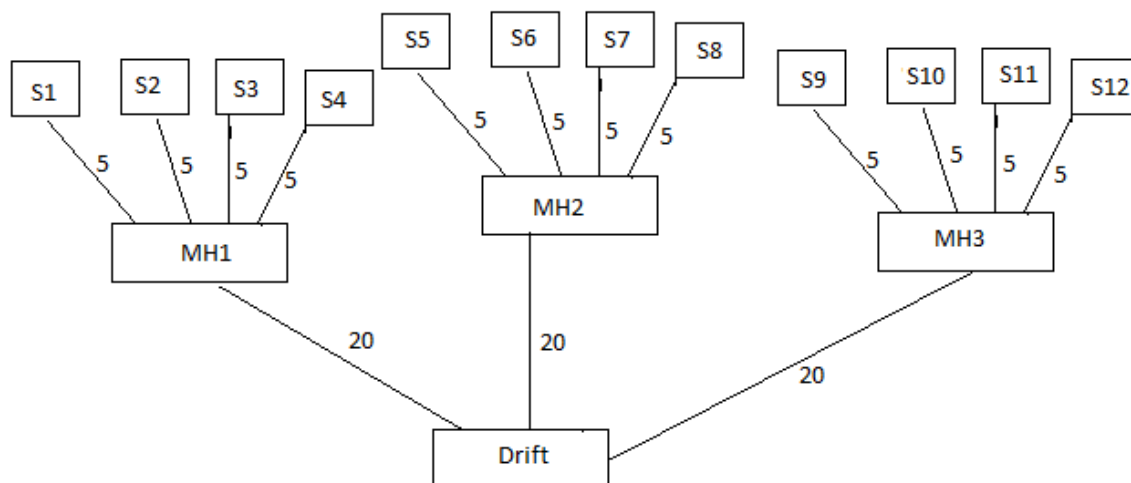
Stk. 2. Koncernselskabsaktier anses for ejet direkte af de af det ejende koncernselskabs (mellemholdingselskabets) aktionærer, som er omfattet af selskabsskattelovens § 1, § 2, stk. 1, litra a, eller §§ 31 A eller 32, fondsbeskatningslovens § 1 eller ligningslovens § 16 H, og som ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det underliggende selskab i ethvert led mellem aktionæren og mellemholdingselskabet. Det gælder dog kun, hvis alle betingelserne i § 4 A, stk. 3, nr. 1-5, er opfyldt. § 4 A, stk. 4-6, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 3. Koncernselskabsaktier, jf. stk. 1, omfatter ikke konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer.

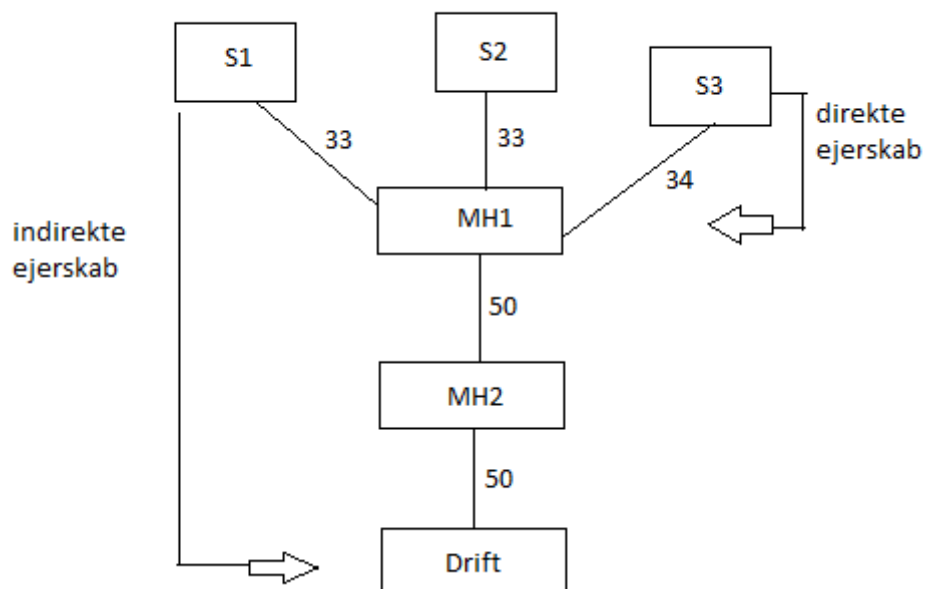
Bilag 2

Dette bilag indeholder eksemplerne omtalt i projektet. Figurene er af egen tilvirkning.

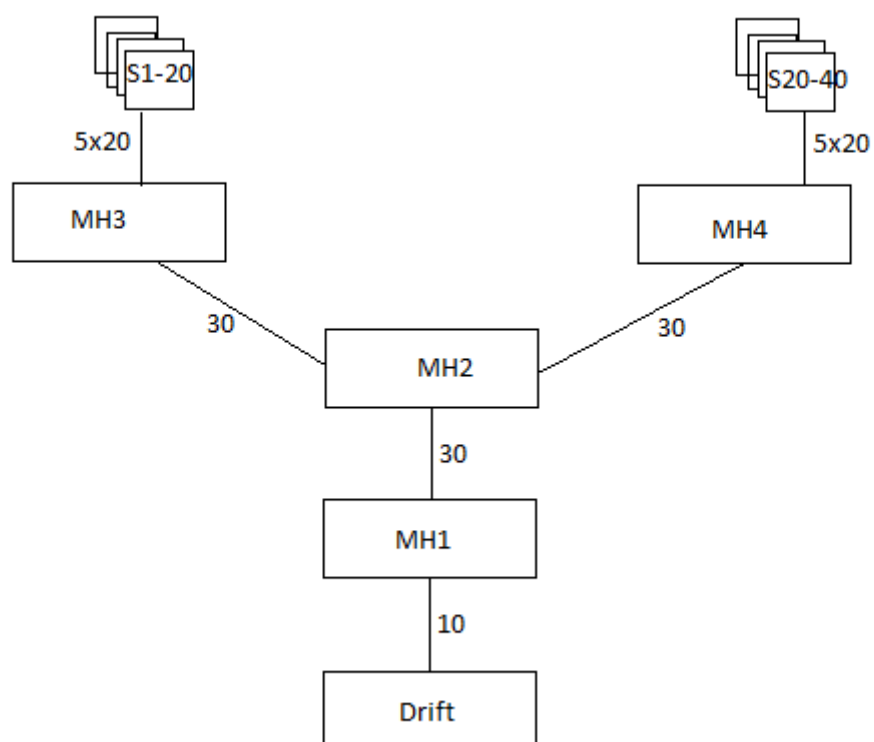
Eksempel 1



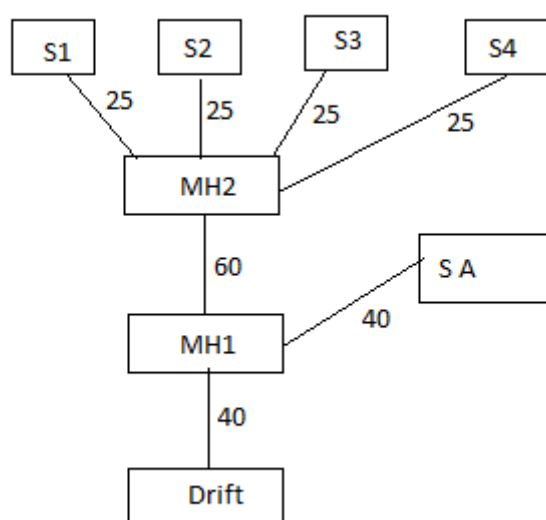
Eksempel 2



Eksempel 3



Eksempel 4



Bilag 3

I dette bilag gengives en analyse og en dertilhørende konklusion fra et tidligere projekt afleverede af undertegnede ultimo 2012. Formålet med analysen er at undersøge, hvornår anvendelsen af værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3-6 er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Henvisningerne i bilaget er tilpasset specialet.

1 Det fælles anvendelsesområde for ABL §4A, stk. 3-6 og direktiv 2011/96/EU

Det fælles anvendelsesområde er beskrevet i to separate afsnit. Det første afsnit analyserer, *hvor* selskaberne i koncernen skal være domicileret, for at begge regelsæt finder anvendelse. Det benævnes her "*Det fælles geografiske anvendelsesområde*" for ikke at gøre overskriften for kompliceret. I andet afsnit analyseres og sammenlignes definitionerne af begrebet udbytte.

1.1 Det fælles geografiske anvendelsesområde

For at analysere det fælles anvendelsesgrundlag, er det nødvendigt at klarlægge begge regelsæts egne afgrænsninger.

Anvendelsesområdet for moder-/datterselskabsdirektivet kan udledes af beskrivelsen i projektets redegørelse. Det fremgår her, at der dels forudsættes, at begge skattesubjekter, moderselskabet, datterselskabet og/eller det faste driftssted er hjemmehørende i EU, og dels at udbyttebetalingen foregår mellem to lande, jf. art. 1, litra a-d.

Afgrænsningen af værnsreglen afhænger af, hvilket skattesubjekt i ejerstrukturen fokus rettes imod. Om den selskabsaktionær, der anses som retsmæssig ejer af aktierne i *driftsselskabet* (i det følgende kaldet *moderselskabet*), fremgår det af ABL §4A, stk. 3, at denne enten skal være hjemmehørende i Danmark eller have et faste driftssted i Danmark¹⁸². Om det holdingselskab, hvis aktieaktiebesiddelse ikke anerkendes (i det følgende kaldet *mellemløbselskabet*), kan der ikke udledes noget af værnsreglens ordlyd – end ikke om det skal være hjemmehørende i et EU-land eller et land, med hvilket Danmark

¹⁸² For fuldstændighedens skyld skal det også nævnes, at dertil hører også selskaber omfattet af CFC-reglerne (SEL§32), og selskaber der er omfattet af (valgfri) international sambeskatning (SEL §31A).

har en DBO. Skatteministeriet har vedrørende dette udtalt, at hvor mellemholdingselskabet er hjemmehørende er underordnet, idet værnsreglens retsvirkning er, at mellemholdingselskabet slet ikke anerkendes som ejer af aktierne¹⁸³¹⁸⁴. Dette synes Skatterådet også at have forudsat i afgørelsen SKM2011.12SR (afgørelsen er omtalt nærmere nedenfor). Om det selskab, hvor den indtægtsskabende aktivitet er, og som er datterdatterselskab af moderselskabet (i det følgende kaldet *driftsselskabet*)¹⁸⁵, fremgår det eksplicit af ABL §4A, stk. 2, at det enten skal være hjemmehørende i Danmark eller omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet eller af en DBO.

Selvom det altså – umiddelbart - med nogenlunde sikkerhed kan fastlægges, under hvilke forudsætninger de to regelsæt er anvendelige hver for sig, er afgrænsningen af det fælles anvendelsesområde ikke ligetil. For som det fremgår lige ovenfor, er værnsreglen rettet mod flerleddede strukturer (minimum tre), hvorimod moder-/datterselskabsdirektivets ordlyd kun regulerer koncernforhold bestående af to led. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at direktivet ikke er anvendeligt ved forhold omfattet af værnsreglen. Tværtimod, fremgår det nu af præamblen i det redigerede direktiv af 2011, at det også vedrører situationer, hvor ”..koncerner er organiseret i kæder af selskaber..” (punkt 11)¹⁸⁶.

Men selvom det altså nu fremgår eksplicit af præamblen, at direktivet også omfatter flerleddede strukturer, kan det ikke af direktivets ordlyd udledes, hvordan og under hvilke forudsætninger direktivet her skal finde anvendes. I det følgende er det derfor forsøgt, ved hjælp af ovenstående terminologi, at undersøge, hvornår direktivet finder anvendelse i de flerleddede ejerstrukturer, værnsreglen regulerer.

Med udgangspunkt i at direktivet forudsætter grænseoverskridende udbyttebetaling, jf. art. 1, stk. 1, og at moderselskabet skal være hjemmehørende i Danmark, jf. ABL §4A, stk. 3, kan samtlige muligheder for fælles anvendelsesområde reduceres til tre scenarier¹⁸⁷:

¹⁸³ Jf. L 202/2009, bilag 41.

¹⁸⁴ En interessant vinkel i forhold til denne udtalelse er, om ikke denne formulering i virkeligheden i visse tilfælde kunne medføre dobbeltbeskatning. For det kan diskuteres, om mellemholdingselskabs betalte skat, hermed udelukkes credit-lempelse, jf. ordlyden i Ligningslovens §33.

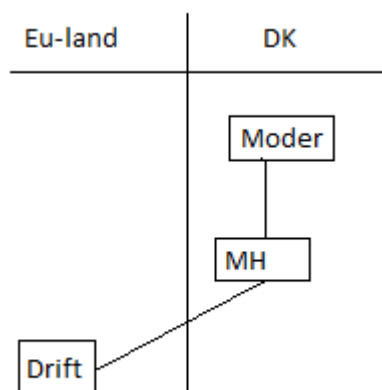
¹⁸⁵ Betegnelsen for dette selskab i ABL er ”datterselskab”. Dette er mildest talt forvirrende og fraviges derfor i det følgende.

¹⁸⁶ Det skal dog for retfærdighedens skyld understreges, at Skatteministeriet ved udformningen af loven (selvfølgelig) har været opmærksom på dette overlap (se nærmere **3.3**).

¹⁸⁷ Det forudsættes i scenarierne, at mellemholdingselskabet er omfattet af værnsreglen, dvs. at det ikke udøver reel økonomisk aktivitet osv.

Scenarie 1

I første scenarie er kun driftsselskabet hjemmehørende i udlandet. Mellemlholdingselskabet og moderselskabet er hjemmehørende i Danmark (se fig. 1).



Figur 1

For at afgøre om direktivet er anvendeligt i scenarie 1, skal det undersøge, hvordan værnreglen finder anvendelse. For hvis det kun er udbyttebetaling mellem mellemlholdingselskabet og moderselskabet, der er skattepligtigt, da ville det jo være et rent nationalt anliggende og ikke omfattet af direktivet.

Men som nævnt i **2.1** indtræder moderselskabets skattepligt (i tilfælde omfattet af værnreglen) dog allerede, når driftsselskabet udlodder til mellemlholdingselskabet, da moderselskabet anses som retsmæssig ejer af mellemlholdingselskabets aktiebesiddelse, jf. ABL §4A, stk. 3. I scenariet er det derfor den grænseoverskridende udbyttebetaling, der beskattes og dermed er begge regelsæt anvendelige.

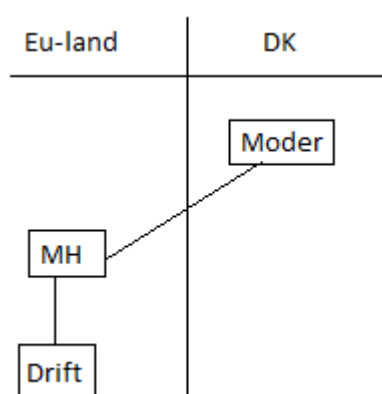
Skatteministeriet udtalte i forbindelse med behandlingen af den første lov, L 202/2009, at der kunne forekomme tilfælde, hvor en koncernstruktur medførte, at udbytte ville blive beskattet flere gange op i gennem ejerkæden (se eksempel 3, bilag 2). I det tilfælde ville det kunne diskuteres, hvad der ville ske, hvis kun driftsselskabet i eksempel 3 lå i udlandet. Ville direktivet da forhindre "beskatning nr. 2" (altså i mellem to danske selskaber)? For selvom skattepligten indtræder ved udbyttet mellem to danske selskaber, er driftsselskabet jo indirekte forbundet til moderselskabet. Men som det også er nævnt i **2.1**, er

Skatteministeriets påstand her uden hjemmel i dansk ret, og derfor behandles problemstillingen ikke nærmere.

Med udgangspunkt i ovenstående kan det altså slutes, at direktivet finder anvendelse i scenarie 1, og at udformningen af værnsreglen derfor skal være direktivkonform i dette tilfælde.

Scenarie 2:

I andet scenarie er kun moderselskabet hjemmehørende i Danmark. Driftsselskabet og mellemholdingselskabet er hjemmehørende i ét andet EU-land (se fig. 2).



Figur 2

Denne situation er uden tvivl vanskeligere end scenarie 1. Analogt med ræsonnementet i scenarie 1 er den skattemæssige relevante transaktion udbyttebetalingen mellem driftsselskabet og mellemholdingselskabet. Denne situation er imidlertid - modsat scenarie 1 - ikke omfattet af direktivets ordlyd i art. 1, stk. 1. For der udloddes jo ikke på tværs af landegrænser, og umiddelbart omfatter direktivet derfor ikke denne situation.

Men som omtalt i 2.3 kan EU-Domstolen fortolke direktiver udvidet med baggrund i dets formål, og her fremgik det af projektets redegørelse, at direktivets formål faktisk er beskrevet ret bredt i præamblen (at forhindre restriktioner ved strukturering af selskaber på tværs af grænser)¹⁸⁸. Ydermere var der med direktiv fra 2011 tilføjet en passus om, at direktivet også er anvendeligt, når selskaber er struktureret i kæder (se ovenfor). Det er altid forbundet med en vis usikkerhed at forsøge at forudsige Domstolens afgørelser – også i dette tilfælde. Men jævnfør ovenstående begrundelse er det nok alligevel overvejende

¹⁸⁸ Jf. kap. 2.2

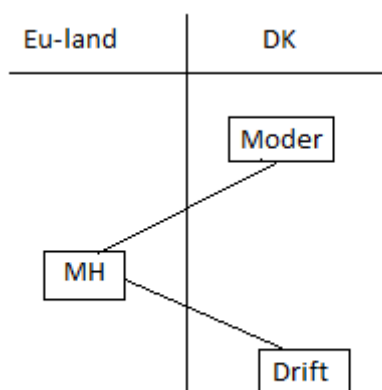
sandsynligt, at situationen, ud fra en formålsfortolkning, må anses for omfattet af direktivet¹⁸⁹.

Inden at der kan konkluderes noget endeligt, skal der dog i dette tilfælde gøres nogle overvejelser omkring værnsreglen. For der har været en smule usikkerhed omkring anvendelsen i dette her tilfælde¹⁹⁰. Det følger af værnsreglen, at skattepligten indtræder ved udlodningen mellem driftsselskabet og mellemholdingselskabet, men det er ikke i loven eller i forarbejderne præciseret, om værnsreglen også omfatter situationer, hvor der kun er sket udlodningen mellem to ikke-danske selskaber. Altså hvis der ikke videre-udloddet til moderselskabet. Situationen synes dog endeligt afklaret med SKM2010.36SR, hvor Skatterådet udtaler i en sag, hvor både driftsselskabet og holdingselskabet var hjemmehørende i Sverige, at det *"...afgørende [er] om de danske aktionærer alene i kraft af det mellemliggende holdingselskab, via dette, kan modtage skattefrit udbytte fra de underliggende datterselskaber."* (egen understregning). Skatterådet lægger således i praksis kun vægt på, om selskabet *har mulighed* for at udlodde til det danske selskab, ikke om denne mulighed rent faktisk *udnyttes*.

Scenarie 2 er altså med ovenstående begrundelse også omfattet af begge regelsæt.

Scenarie 3

Tredje scenarie indebærer, at både moderselskabet og driftsselskabet ligger i Danmark, hvorimod mellemholdingselskabet ligger i udlandet (se figur 3).



Figur 3

¹⁸⁹ I samme retning Jacob Bundgaard i SU 2010.111

¹⁹⁰ Jf. Jacob Bundgaard SU2011.11

Dette scenarie giver ikke anledning til vanskeligheder. Direktiver finder anvendelse både ved udlodning mellem driftsselskabet og mellemholdingselskabet og mellem mellemholdingselskabet og moderselskabet, jf. art 1, stk. 1.

Scenariet er derfor, i lighed med de to andre scenarier, omfattet af begge regelsæt. Men det kan nok diskuteres om scenarie 3 har den store praktiske relevans.

Med baggrund i ovenstående analyse betyder forskellene i terminologien i hhv. ABL og moder-/datterselskabsdirektivet altså ikke noget for det fælles anvendelsesområde. Uanset hvilke led af en koncern, der er placeret i et andet EU-land, så finder direktivet anvendelse, hvilket vil sige, at værnsreglen skal være i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet i alle tilfælde.

1.2 Definitionerne af udbytte

Udover hvor selskaber er hjemmehørende, er det også afgørende for forståelsen af det fælles anvendelsesområde at analysere, hvordan udbyttebegrebet er definatorisk afgrænset efter henholdsvis intern dansk ret og efter moder-/datterselskabsdirektivet. I det følgende analyseres først definitionerne efter hvert regelsæt, hvorefter de slutteligt sammenlignes:

Udbyttebegrebet i dansk ret

I intern dansk ret er hvilke typer dispositioner, der beskattes som udbytte, afgrænset af LL §16A og §16B. Udgangspunktet her er meget bredt, hvilket indledningsvist understreges af ordlyden i §16A, stk. 2, nr. 1, hvor der står, at til udbytte henregnes : "Alt, hvad der udloddes til aktuelle aktionærer eller anpartshavere.."(egen understregning). Omfattet af denne afgrænsning er, udover hvad der rent faktisk vedtages udloddet af selskabet til dets

aktionærer, fx også forskellige former for maskeret udbytte såsom afholdelse af private udgifter, overbetaling for ydelser, gældseftergivelse mv.¹⁹¹.

Da udbyttebegrebet altså er bredt, må værnreglens anvendelsesområde – uvægerligt – også blive bredt. Der er i hvert fald intet, der tyder på, at værnreglens udbyttebegreb omfatter mindre.

Udbyttebegrebet efter moderdatterselskabsdirektivet

Hvad der omfattes af udbyttebegrebet i moder-/datterselskabsdirektivet er derimod mere usikkert. Begrebet er nævnt flere steder (art. 1 og 4-7), men det er intet sted defineret eller afgrænset. Denne mangel ved direktivet er velkendt og blandt andet kritiseret i den såkaldte *Ruding-rapport*, der var udarbejdet af en europæisk ekspertgruppe nedsat af Kommissionen¹⁹². Problemer er, at skatteområdet kun i meget ringe grad er harmoniseret på EU-niveau, og medlemsstaterne (om)kvalificerer, og dermed også beskatter, selskabers dispositioner forskelligt (fx hvad angår maskeret udbytte)¹⁹³. Herved forekommer det i praksis, at direktivets rækkevidde kommer til at variere alt afhængig af det enkelte lands skatteretlige regulering.

Men at udbyttebegrebet *i praksis* forvaltes forskelligt er selvfølgelig ikke ensbetydende med, at begrebet egentlig er tiltænkt denne variation. For spørgsmålet er, hvorledes EU-domstolen vil fortolke begrebet, hvis det blev forelagt denne. Søren Næsborg Jensen ser i sin PhD-afhandling, *"EU-selskabsskatteret"*, tre fortolkningsmuligheder af begrebet¹⁹⁴: Enten overlades det til de enkelte medlemsstater selv at definere begrebet. Dette ville jo i så fald svare til status quo. Mulighed nummer to indebærer, at EU-domstolen gennem retspraksis udvikler et autonomt udbyttebegreb ved hjælp af en teleologisk fortolkning af direktivet. Den tredje mulighed er en kombination af de to andre, hvor der udvikles en ikke-udtømmende autonom definition, der i grænsetilfælde ville skulle forstås i sammenhæng med national ret.

¹⁹¹ Jan Pedersen m.fl., *"Skatteretten 2"*, 442ff.

¹⁹² Ruding-rapportens formelle navn er *"Report of the Committee of independent experts on Company Taxation"*. Den er fra 1992, og den engelske version kan findes på <http://www.ifs.org.uk/publications/1316>.

¹⁹³ Jf. Karsten Engsig Sørensen, m.fl., *"EU-retten"*, s. 883, der dog også påpeger, at noget af problemet synes afhjulpet ved indførslen af rente- og royaltidirektivet (2003/43).

¹⁹⁴ Det følgende er fundet i Søren Næsborg Jensen, *"EU-selskabsskatteret"*, s.220-228. Udgangspunktet for hans redegørelse er ganske vist den oprindelige udgave af direktivet, men på dette punkt er der ikke sket en nævneværdig udvikling siden.

Søren Næsborg Jensen selv peger på mulighed nummer tre, dvs. en kombination, som den mest sandsynlige, hvilket umiddelbart kan tilsluttes. I sidste ende er det imidlertid EU-domstolen, der har fortolkningskompetencen.

Det kan være svært at forudse om, - og hvorledes - problemstillingen afklares, men ligesom det var tilfælde med det *geografiske anvendelsesområde*, er det nok ikke usandsynligt at EU-Domstolen fortolker bredt, da direktivet, jf. præamblen, har et bredt sigte.

Sammenligning af definitionerne

Som det fremgår af ovenstående, er der noget usikkerhed omkring direktivets udbyttebegreb, hvilket også influerer sammenligningsgrundlaget. Men selvom direktivet giver anledning til usikkerhed, er det meget tænkeligt, at begrebet tolkes bredt, eftersom direktivet umiddelbart har et bredt sigte. Det er således nok sandsynligt, at hvis et forhold kvalificeres som udbytte efter dansk ret, så er det formentlig også omfattet af direktivets udbyttebegreb – om ikke andet så netop af den grund, at dansk ret kvalificerer det ligeså.

(....)

2.Konklusion

Som projektet [specialet.red] viser, kan det - til trods for at regelsættene bruger forskellig terminologi – med nogenlunde sikkerhed afgøres, *hvor* selskaber skal være hjemmehørende for, at både værnsreglen og direktivet finder anvendelse. Det forudsætter således blot, at det moderselskab, der anses som retsmæssig ejer, er hjemmehørende i Danmark, og at et datterselskab af dette moderselskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat i EU. Derimod giver den manglende definition af udbytte i direktivet anledning til afgrænsningsvanskeligheder. I projektet anskueliggøres det dog, at begrebet nok ud fra en formålsfortolkning, må skulle fortolkes bredt, og at reglen derfor må være, at langt de fleste typer udbytte må være omfattet.