

Artikler

111

Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnsløvgivning på udenlandske mellemholdingselskaber?

Af partner Jakob Bundgaard, Deloitte, lektor, Ph.D., CBS, Copenhagen Research Group on International Taxation (CORIT) (www.corit.dk)

Artiklen analyserer mellemholdingreglen i lyset af moder-/datterselskabet. Som udgangspunkt regulerer direktivet ikke den situation, der reguleres af mellemholdingreglen. Det vurderes dog at ligge inden for det rimelige at antage, at en formålsfortolkning kan bringe direktivet i anvendelse i den foreliggende situation. Under denne antagelse, som erkendes ikke at have krystal klar støtte i direktivet, er det undersøgt, om anvendelse af mellemholdingreglen på udenlandske mellemholdingselskaber er i overensstemmelse med direktivet, hvis dette finder anvendelse. Baseret på ovenstående konkluderes, det, at den danske mellemholdingsregel i ABL § 4 A og § 4 B ikke synes at være i overensstemmelse med svig- og misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2. Mellemholdingsreglen udgør en generelt udformet bestemmelse, som ikke giver mulighed for en konkret bedømmelse, og som ej heller giver mulighed for at afkræfte svig- og misbrugsintentionen bag en holdingselskabsstiftelse. Hertil kommer, at det på baggrund af hidtidig praksis er tvivlsomt, om EU-Domstolen i det hele taget vil nå til den konklusion, at etableringen af en holdingselskabsstruktur kan udgøre et misbrug i EU-retlig henseende.

Indledning

Der har længe været yttret ønske om en ophævelse af den ulogiske forskelsbehandling af aktieudbytter og avancer realiseret af selskabsinvestorer. Særligt 3-års-reglen i aktieavancebeskat-

ningsloven for selskabsinvestorer har medført indlåsnings effekter. Med regeringens Forårspakke 2.0 er der sket en neutralisering i den skattemæssige behandling af aktieavancer og udbytter, som realiseres af selskabsaktionærer, jf. lov nr. 525 af 12/6 2009 (L 202).¹

Den simple hovedregel er herefter, at gevinst og tab ved afståelse af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Dette følger af den ny ABL § 8. Derimod er der indført en generel skattepligt for aktier, der ikke er datterselskabs- eller koncernselskabsaktier, jf. ny ABL § 9.

Der er hermed tale om en markant simplificering af det skatteretlige univers på selskabsområdet, og tiltaget må isoleret set bifaldes. Ændringen betyder også, at Danmark tiltager sig opmærksomhed i en international sammenligning for så vidt angår placeringen af internationale holdingselskaber her i landet.² Med ændringerne er indført en ny sontring i forhold til beskatning af aktieavancer, der er baseret på karakteren af ejerskab i stedet for ejertid. Som følge af reglerens udformning er det afgørende for skattefriheden, at aktierne lever op til betingelsen om, at der skal være tale om "datterselskabsaktier" eller "koncernselskabsaktier". Førstnævnte defineres i ABL § 4 A, mens sidstnævnte defineres i ABL § 4 B.

Datterselskabsaktier defineres i ABL § 4 A som aktier:

1. Der ejes af et selskab,

2. Der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet. Kravet om en aktiebesiddelse på 10 pct. eller mere skal fortolkes i overensstemmelse med 10-pct.s-kravet i reglerne om skattefrit datterselskabsudbytte, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 6, L 202, p. 38. Heri ligger bl.a., at det kun er direkte ejerskab, der tæller med ved opgørelsen af, om aktiebesiddelsen udgør 10 pct. eller mere. Det forhold, at den hidtidige 3-års-regel erstattes af et krav om 10 pct. ejerskab medfører selvsagt, at det tidligere konstaterede pres på bestemmelsen for at undgå 3-års-reglen fremover i stedet vil ses i forhold til 10-pct.s-kravet.³ Det må forventes, at selve aktionærbegrebet som følge heraf bliver genstand for intens prøvelse.⁴ Tegningsretter til aktier er omfattet af reglerne om datterselskabsaktier, men indgår ikke i opgørelsen af, om aktiebesiddelsen udgør 10 pct. eller mere, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 6, i L 202.
3. Datterselskabet er et selskab af kapital-selskabstypen og undergivet selskabsbeskatning, jf. SEL § 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b. Det betyder, at begrebet datterselskabsaktier ikke omfatter skattefrie enheder og selskaber, der beskattes af en procentdel af formuen, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 6, i L 202. Dette vil konkret sige, at enheder, som fritages for skat efter SEL § 3, ikke kan udgøre et datterselskab i henseende til bestemmelsen om datterselskabsaktier. Investeringsforeningsbeviser i skattefrie investeringsforeninger og andele i andelsselskaber er derfor ikke omfattet af begrebet "datterselskabsaktier". Heller ikke andele i foreninger, der måtte blive beskattet af erhvervsmæssig indkomst efter SEL § 1, stk. 1, nr. 6, er omfattet af begrebet datterselskabsaktier. Begrebet datterselskabsaktier omfatter ikke konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer, jf. ABL § 4 A, stk. 4.
4. Eller at beskatningen af udbytter fra datterselskabet frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Som nævnt er avancer fra koncernselskabsaktier også skattefrie, jf. ABL § 8. Dette forudsætter dog også, at det sælgende selskab faktisk ejer aktier i det solgte selskab. *Koncernselskabsaktier* defineres i ABL § 4 B, stk. 1, som aktier, hvor ejeren og det selskab, hvori der ejes aktier, er sambeskattede efter SEL § 31 eller kan sambeskattes efter SEL § 31 A. Som følge af denne definition af koncernselskabsaktier anvendes det reelle koncernbegreb i SEL § 31 C fremadrettet efter ikrafttrædelsen af den nye selskabslov. Dette betyder, at der gennem aktionæraftaler kan etableres et koncernforhold (råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne, beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i henhold til vedtægt eller aftale m.v.). Koncernselskabsaktier omfatter ikke konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer, jf. ABL § 4 B, stk. 3.

Definitionen indebærer, at koncernselskabsaktier bl.a. foreligger, hvor aktieejeren og det selskab, der ejes aktier i, er aktieselskaber eller andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til den kapital, deltagerne har indskudt i selskabet. Selskabsforbindelser, der opfylder betingelserne for international sambeskatning, betyder, at også aktier i koncernforbundne udenlandske selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens indskudte kapital, omfattes af definitionen af koncernselskabsaktier.

Datterselskabsaktier udgør i en lang række tilfælde også koncernselskabsaktier. Dog er koncernbegrebet i SEL § 31 C ikke alene knyttet til formelt ejerskab på mere end 10 pct. Særligt i lyset af den seneste ændring til koncernbegrebet som en konsekvens af selskabsreformen er der grund til at være opmærksom på den mulige rækkevidde af begrebet "koncernselskabsaktier". Således er der med lov nr. 516 af 12/6 2009 gennemført en ændring af koncernbegrebet i SEL § 31 C fra et formelt til et reelt koncernbegreb. Den væsentligste ændring er, at der kan foreligge en koncern, selv om moderselskabet ikke ejer kapitalandele i dattervirksomheden.⁵ Ændringen kan have betydning i de tilfælde, hvor der hidtil ikke har været etableret en koncern grundet det

forhold, at der ikke samtidig var kapitalbesiddelse og bestemmende indflydelse. Dette har været tilfældet i private equity-regi. I forhold til ABL § 4 B er det dog en naturlig forudsætning, at moderselskabet faktisk ejer aktier i datterselskabet.⁶

Mellemholdingreglen i hovedtræk

Det er en yderligere betingelse for at opfylde definitionen på datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, at moderselskabet ikke af dets aktionærer er indsat som ejer af datterselskabsaktierne med henblik på at opnå mindst 10 pct. af aktiekapitalen eller at opfylde koncerndefinitionen. Der er således indsat en særlig værnsregel, der skal hindre omgåelse af 10-pct.s-grænsen ved, at flere porteføljeaktionærer lægger deres aktiebesiddelser i et fælles (moder)holdingselskab, der dermed kommer til at eje mere end 10 pct. af aktiekapitalen (såkaldte "omvendte juletræer").⁷ Ved "omvendte juletræer" forstås ejerstrukturer, hvor en ejerkreds på f.eks. 25 selskaber, der hver ejer 4 pct. af aktierne i "datterselskabet", indsætter 5 holdingselskaber med 5 deltagere i hver mellem ejerkredsen og "datterselskabet". Ejerstrukturen er herefter, at "datterselskabet" er ejet af 5 holdingselskaber, der hver ejer 20 pct. af aktiekapitalen. Hvert af disse holdingselskaber ejes af 5 selskaber i ejerkredsen, som hver har 20 pct. af aktiekapitalen. På denne måde ville ejerkredsen på 10 pct. nemt kunne omgås. Dette formål er sikret gennem indsættelsen af en kompliceret værnsregel i ABL § 4 A, stk. 2, og ABL § 4 B, stk. 2, som er formuleret således:

Datterselskabsaktierne anses for direkte ejet 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 modta-*

ge 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.*

Det ses af bestemmelsens konstruktion, at betingelserne er kumulative.

Trods det begrænsede omfang af de to identiske bestemmelser er der tale om yderst teknisk komplicerede bestemmelser, som må siges at medføre en ganske betydelig komplicering af retsstoffet. Det er således betænkeligt, at det kun for en brøkdel af de praktisk forekommende problemstillinger kan udledes af bestemmelseernes ordlyd, hvorledes retsstillingen er i den givne situation. Dette blev med al uønskelig tydelighed illustreret med Skatteministeriets afgivelse af supplerende fortolkningsbidrag den 2/3 2010 vedrørende den generelle og konkrete anvendelse og forståelse af reglen. Disse svar fylder 52 sider, og en række af disse synes at være uden dækning i lovgivningen og er i stedet baseret på Skatteministeriets friere og til tider formålsbaserede fortolkning. Indeholdt er 14 siders generel beskrivelse af ABL § 4 A, stk. 3, og ABL § 4 B, stk. 2, (som er kendetegnet ved i mindre grad at indeholde generelle udsagn, men i stedet i høj grad at indeholde eksempler) samt 38 sider svar på FSR's supplerende spørgsmål til L 202. Retskildeværdien af disse svar er tvivlsom, men må nok i praktisk henseende antages at blive efterlevet.

Mellemholdingreglen *medfører*, at datterselskabs- eller koncernselskabsaktierne anses for direkte ejet af de af moderselskabets selskabsaktionærer, som er skattepligtige til Danmark. Dette indebærer, at såvel udbytter⁸ som aktieavancer beskattes direkte hos disse selskabsaktionærer, idet der som udgangspunkt vil være tale om porteføljeaktier for disse investorer efter omkvalifikationen af ejerskabet fra holdingselskabet til direkte at være hos de enkelte selskabsaktionærer.

Udenlandske mellemholdingselskaber

Som følge af udformningen af værnsreglerne om mellemholdingselskaber i ABL § 4 A og § 4 B kan udenlandske selskaber tillige udgøre

mellemløbselskaber. Danske selskabsinvestorer kan således blive umiddelbart skattepligtige af udbytter og avancer realiseret i et udenlandsk mellemløbselskab ved modtagelse af udbytter fra mellemløbselskabets datterselskabsaktier eller ved salg heraf.⁹

Som med de fleste øvrige udlændingsskatteforhold opstår spørgsmålet om den EU-retlige medholdelighed af bestemmelsen. For så vidt angår den primære fællesskabsret i form af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed synes der umiddelbart ikke at være noget problem med mellemløbsreglen, idet denne gælder på samme vis, uanset om der er tale indenlandske eller grænseoverskridende konstruktioner. Af denne årsag skal dette spørgsmål ikke forfølges yderligere.

Derimod opstår spørgsmålet, hvorvidt det er i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF), at en udbytteudlodning mellem to udenlandske selskaber, der umiddelbart opfylder betingelserne for skattefrihed som fastsat i direktivet, efter interne danske regler bliver skattepligtig i Danmark, uanset at udbyttet end ikke er betalt til et dansk selskab.

Det klare udgangspunkt i moder-/datterselskabsdirektivet er, at udbytter mellem EU-selskaber, som opfylder direktivets betingelser, skal kunne udloddes skattefrit. Direktivet regulerer derimod ikke aktieavancer. Den danske mellemløbsregel kan reelt føre til, at den med direktivet foreskrevne skattefrihed sættes ud af kraft i de situationer, hvor en udlodning sker fra et underliggende EU-driftsselskab til et andet EU-mellemløbselskab, uden at der sker en videreudlodning til de danske selskabsaktionærer.

Moder-/datterselskabsdirektivet regulerer som udgangspunkt slet ikke spørgsmålet om ikkeudloddede udbytter.¹⁰ Det kunne derfor umiddelbart antages, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke er relevant i de situationer, der omfattes af mellemløbsreglen. Det er dog antaget (men fortsat uafklaret), at direktivet skal finde anvendelse ved maskeret udbytte og andre fiktive udlodninger, hvis sådanne behandles som udbytte i de pågældende medlemsstater.¹¹ Det er åbenbart, at der ikke er fuld parallelitet mellem denne situation og den situation, som reguleres af mellemløbsreglen. Det er således ikke afklaret, om en skatte-

fri udlodning mellem selskaber i andre medlemsstater kan blive skattepligtig i Danmark som følge af danske skatteregler.

Direktivets ordlyd giver ikke støtte for en fortolkning om, at direktivet tillige skal påføre andre medlemsstater end moder- og datterselskabets indskrænkninger i beskatningskompetencen. Direktivets formål kan dog ikke blive opfyldt, hvis andre medlemsstater uden videre kan indføre regler, som medfører skattepligt i de situationer, som med direktivet forudsættes at være skattefrie. EU-Domstolen antages i almindelighed at anvende en teleologisk fortolkningsstil, hvor formålet tillægges stor betydning ved fortolkningen af sekundære retsakter.¹² EU-Domstolen har således udtalt, at fortolkningen af direktivet skal inkludere såvel ordlyd som formål.¹³

På denne baggrund er det min vurdering, at det ligger inden for det rimelige at antage, at en formålsfortolkning kan bringe direktivet i anvendelse. Under denne antagelse, som erkendes ikke at have krystal klar støtte i direktivet, skal det i det følgende undersøges, om anvendelse af mellemløbsreglen på udenlandske mellemløbselskaber er i overensstemmelse med direktivet, hvis dette finder anvendelse.

Mellemløbsreglen vedrører fastlæggelsen af rette indkomstmodtager og ejerskab til porteføljeaktierne. Moder-/datterselskabsdirektivet indeholder som bekendt ikke en bestemmelse om beneficial ownership, som eventuelt kunne regulere den beskrevne situation. Derimod giver art. 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet som bekendt medlemsstaterne mulighed for at nægte at tildele direktivets fordele i tilfælde af skattesvig eller misbrug.

Fleere spørgsmål trænger sig på i denne forbindelse: (1) Hvorvidt art. 1, stk. 2, som hidtil ikke er implementeret i dansk ret, med mellemløbsreglen nu kan siges at være implementeret i dansk ret og således kan finde anvendelse, og (2) hvorvidt det udgør svig eller misbrug at etablere et mellemløbselskab med henblik på at opfylde direktivets ejerskabskrav (10 pct. af kapitalen), og endelig (3) om de konsekvenser, der følger af en anvendelse af mellemløbsreglen er i overensstemmelse med direktivets art. 1, stk. 2.

Ad 1: Er art. 1, stk. 2, implementeret i dansk ret?

Det er fastslået i EU-Domstolens praksis, at svigs- og misbrugsbestemmelsen i de selskabs-skatte retlige direktiver kan bringes i anvendelse uden en egentlig implementering heraf. Dette forudsætter i givet fald, at der findes nationale regler, som kan fortolkes i overensstemmelse med den relevante svigs- og misbrugsbestemmelse.¹⁴

Det er min vurdering, at ABL § 4 A, stk. 3, og ABL § 4 B, stk. 2, som udgangspunkt ikke er tænkt som en implementering af art. 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet. Dette understøttes af, at en sådan intention ikke er nævnt i forbindelse med lovbehandlingen. I modsætning hertil blev det specifikt nævnt i høringsudkastet, at der var tale om en implementering af art. 1, stk. 2, for så vidt angår den situation, hvor udenlandske selskabsinvestorer havde investeret i danske selskaber gennem mellemholdingselskaber. Denne del af reglerne faldt imidlertid bort ved den endelige fremsættelse af lovforslaget med henvisning til, at princippet om beneficial ownership adresserer denne situation. Dog må det erkendes, at EU-Domstolens henvisning til "nationale foranstaltninger" tillige omfatter en henvisning til nationale lovregler som ABL § 4 A og ABL § 4 B under forudsætning af, at den nationale bestemmelse ligger inden for rammerne af en fortolkning af art. 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet. Det næste spørgsmål bliver følgelig, om de situationer, som reguleres af mellemholdingreglen, kan siges at udgøre svig- eller misbrug i overensstemmelse med direktivets art. 1, stk. 2. Herved ses besvarelsen af ovenstående spørgsmål til en vis grad at afhænge af besvarelsen af det følgende spørgsmål.

Ad 2: Kan etablering af en holding-struktur udgøre svig- eller misbrug?

Direktivets art. 1, stk. 2, skal undergives en EU-retlig fortolkning. Det er EU-Domstolen, som bindende fastlægger, om det er i overensstemmelse med direktivet, såfremt en medlemsstat efter sine internretlige regler har nægtet at tildele direktivets fordele. Det må antages, at EU-Domstolen vil fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med sin *generelle praksis om svig og misbrug*.¹⁵

Art. 1, stk. 2, skal samtidig fortolkes i overensstemmelse med *proportionalitetsprincippet*, og der skal derfor *konkret* være tale om svig eller misbrug, således som dette fortolkes af EU-Domstolen, for at bestemmelsen kan bringes i anvendelse og føre til, at direktivets fordele nægtes.¹⁶ Ifølge EU-Domstolens fortolkning tillader art. 11, stk. 1, litra a, i fusionsbeskatningsdirektivet (og dermed også art. 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet) ikke en medlemsstat at anvende forud fastsatte, generelle kriterier. Der skal foretages en samlet *konkret* undersøgelse af den pågældende transaktion.¹⁷ Kravet om en konkret vurdering følger også af EU-Domstolens øvrige praksis vedrørende bedømmelsen af nationale værneregler i forhold til traktatens generelle frie bevægeligheder. I denne praksis indebærer domstolens faste praksis, at medlemsstaterne ikke må indføre generelt anvendelig værn Lovgivning, som ikke tager stilling til den konkrete situation (abstrakt præventive regler).

EU-Domstolen har særligt i de seneste år afsagt en række domme i skattesager, som vedrører spørgsmålet om svig og misbrug af de EU-retlige regler. EU-Domstolen har i denne praksis statueret, at en national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan være sagligt begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning.¹⁸

EU-Domstolen har flere gange udtalt, at en skattebesparelseshensigt ikke i sig selv udgør misbrug i EU-retlig forstand.¹⁹ Den momsretlige *Halifax*-dom, sag C-255/02 (SU 2006, 123), har interesse i relation til fastlæggelse af det EU-retlige misbrugsbegreb. Sagen vedrørte en momsfritage bank (med 5 pct. momsfradrag), som lod sine relevante transaktioner passere et fuldt momspligtigt datterselskab med henblik på at opnå fuldt momsfradrag. Domstolen konkluderede, at momsgodtgørelse ikke kunne tillades under 6. momsdirektiv, når den underliggende transaktion er baseret på misbrug. Konstatation af et misbrug kræver for det første, at de omhandlede transaktioner – selv om man formelt har overholdt de betingelser, der er fastsat i de relevante bestemmelser i 6. momsdirektiv og i den nationale lovgivning til gennemførelse af direktivet – ville indebære opnåelse af en af-

giftsfordel, som det ville stride mod formålet med disse bestemmelser at tildele. For det andet skal det tillige fremgå af en samlet række objektive omstændigheder, at hovedformålet med de omhandlede transaktioner er at opnå en afgiftsfordel.²⁰ *Halifax*-dommen er af skattemyndighederne i flere medlemsstater blevet fortolket bredt, således at den tillige er blevet tillagt betydning for de direkte skatter.²¹

Den seneste udbygning af misbrugsbegrebet ses at være sag C-425/06 *Part Service Srl.* (SU 2008, 114), hvor den italienske Corte Suprema di Cassazione forelagde følgende spørgsmål for EU-Domstolen vedrørende fortolkningen af 6. momsdirektiv:

“Does the concept of abuse of rights defined in the judgment of the Court of Justice in [Halifax and Others] as transactions, the essential aim of which is to obtain a tax advantage, correspond to the definition transactions carried out for no commercial reasons other than a tax advantage, or is it broader or more restrictive than that definition?”

EU-Domstolen bekræftede dette. Dommens betydning kan siges at ligge deri, at en transaktion der *alene* gennemføres af skattemæssige årsager udgør misbrug. Hvis derimod transaktionen vil blive gennemført alligevel uden en skattebesparelse, synes der ikke at være tale om misbrug.

Det er ofte antaget, at *Cadbury-Schweppes*-sagen, sag C-196/04 (SU 2006, 333), er den mest relevante sag, når det drejer sig om at fastlægge indholdet af misbrugsbegrebet. Om betingelserne for at kunne begrænse etableringsfriheden udtalte EU-Domstolen i denne sag i relation til de britiske CFC-regler bl.a.:

*“...for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion 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, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.”*²² EU-Domstolen udtalte videre, at det er udelukket at begrænse etableringsfriheden, når oprettelsen af CFC-selska-

bet svarer til en økonomisk realitet, uanset at der foreligger skattemæssige bevæggrunde.

Hvorvidt der i relation til CFC-reglerne foreligger en økonomisk realitet må 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.²³ Det er i denne forbindelse interessant, at EU-Domstolen blandt andet henviste til postkasseselskaber som eksempler på kunstige arrangementer. EU-Domstolen har tilkendegivet, at misbrugstesten tillige forudsætter tilstedeværelsen af et *subjektivt forhold*, som består i, at skatteyderens skattebesparelseshensigt (“hensigten om at opnå en skattemæssig fordel”) skal dokumenteres.²⁴

Overført til området for holdingselskaber kan der på baggrund af ovenstående praksis argumenteres for, at det følger af EU-retten, at indsættelsen af holdingselskaber *alene* med det formål at undgå kildeskat kan anses for at udgøre et misbrug. Spørgsmålet er ikke afklaret. Samtidig er det væsentligt at bemærke, at der ikke er parallelitet i ovenstående situation og den situation, der falder inden for mellemholdingreglens anvendelsesområde, idet der i udgangspunktet ikke sker nogen dansk skatteretligt relevant transaktion ved en udlodning af udbytte fra et EU-selskab til et andet, når ingen af selskaberne er hjemmehørende i Danmark.

Det er min vurdering, at mellemholdingreglen ikke kan siges at udgøre svig eller misbrug i EU-retlig henseende. En sådan konklusion støttes på følgende:

- Det ikke i sig selv er udtryk for svig eller misbrug, at der er etableret et selskab i en anden medlemsstat, jf. bl.a. sag C-347/04 *Rewe Zentralfinanz eG*, præmis 52. Sagen omhandlede de tyske regler om fradrag for nedskrivning af aktiebesiddelser, som ikke var anvendelige vedrørende aktiebesiddelser i udenlandske datterselskaber. Dette fandt EU-Domstolen udgjorde en restriktion af etableringsfriheden i EU-traktatens art. 43, jf. art. 48, som ikke kunne retfærdiggøres. Af særlig interesse i denne sammenhæng er dog, at der i sagen var tale om en koncern, hvor det udenlandske datterselskab blev ejet gennem et nederlandsk holdingselskab, og netop dette

forhold skulle holdes op mod Domstolens misbrugstest. Hertil bemærkede Domstolen i præmis 52, at etableringen af et selskab uden for en medlemsstat indebærer ikke i sig selv et misbrug, idet selskabet i sagen under alle omstændigheder var undergivet skattelovgivning i den stat, hvor det er etableret. På dette grundlag kan der argumenteres for, at et holdingselskab vil være undergivet skattelovgivning i etableringsstaten – og dermed ikke i sig selv være udtryk for misbrug. Kun såfremt de konkrete omstændigheder viser, at der er tale om et kunstigt arrangement, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel, kan det betegnes som svig eller misbrug. Endelig kan det nævnes, at EU-Domstolen i *Leur-Bloem*-dommen, sag C-28/95 (SU 1997, 257), udtalte, at man ikke på forhånd kan afvise, at et nyoprettet holdingselskab, der ikke har nogen virksomhed, ikke kan indgå i en aktieombytning ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger (præmis 42). Denne argumentation kan måske overføres til den foreliggende problemstilling vedrørende mellemholdingselskaber, som jo i sin essens også drejer sig om, hvorvidt oprettelsen af tomme holdingselskaber kan siges at være udtryk for skattesvig eller misbrug.

- At den danske mellemholdingregel indeholder en *objektivt orienteret test*, som ikke inddrager det subjektive element, som proportionalitetsprincippet tilsiger. Hertil bemærkes også, at betingelsen i ABL § 4 A, stk. 2, nr. 3, vedrørende reel økonomisk virksomhed ikke kan siges at udgøre et subjektivt element, men derimod netop udgør det objektive element i *Cadbury-Schweppes*-testen. I forlængelse heraf skal det bemærkes, at mellemholdingreglen ikke indeholder mulighed for at afkræfte formodningen om svig og misbrug (ad modum armslængdetesten i sag C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*) (SU 2007, 122) gennem etablering af et mellemholdingselskab.
- Det er samtidig ikke givet, at præmisserne fra *Cadbury-Schweppes* skal fortolkes sådan, at de kan overføres fra et finansselskab til et holdingselskab, og at et holdingselskab kan siges at være udtryk for misbrug i EU-retlig henseende. Hvis dette var tilfældet, synes der

herved samtidig at være taget et væsentligt skridt i forhold til at underkende holdingselskaber som beneficial owner i medfør af rente-/royaltydirektivet, ligesom et holdingselskab i sig selv kan konstituere misbrug efter art. 1, stk. 2, i moder-/datterselskabet. En sådan udlægning synes for vidtgående.²⁵ Kommissionen har således betvivlet, at de objektive kriterier fra *Cadbury Schweppes* kan udvides til andre virksomhedstyper end den i sagen omhandlede. Således anføres det i KOM (2007) 785, p. 5, at:

“...*Det er imidlertid ikke helt sikkert, hvordan disse kriterier kan finde anvendelse på f.eks. finans tjenester inden for en koncern og holdingselskaber, hvis aktiviteter normalt ikke kræver en væsentlig fysisk tilstedeværelse...*”.

Se også *Piq* i European Taxation 2009, p. 474, hvor det anføres, at:

“...*It is submitted that the required level of substance depends on the functions of the EU holding company. A holding company does not necessarily need to have its own premises and salaried personnel to carry out genuine economic activity; the company can effectively be run by its directors...*”.

- At en anvendelse af moder-/selskabsdirektivet i tilfælde, hvor der er etableret mellemholdingselskaber ikke er i modstrid med moder-/datterselskabsdirektivets *formål*. *Piq*, op.cit., konstaterer, p. 477, at direktivets formål ligefrem modarbejdes ved at kræve, at et holdingselskab har egne ansatte og lokaler.

Ad 3: Konkret anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2

Hvis det mod forventning sker, at EU-Domstolen accepterer en generelt anvendelig værnsregel som mellemholdingreglen ud fra en vurdering af, at der kan foreligge svig eller misbrug, rejser dette dernæst spørgsmålet om, hvilken konsekvens en anvendelse af art. 1, stk. 2, vil have. Misbruget skulle i givet fald ligge i, at en direkte udlodning fra det underliggende EU-

porteføljeselskab ville medføre skattepligt hos danske modtagende selskabsaktionærer.

Selv hvis det skulle ske, at en holdingselskabsstiftelse isoleret set kan siges at udgøre svig/misbrug, er det tvivlsomt, om EU-Domstolen vil acceptere, at Danmark kan gennemføre en beskatning af udbytteudlodninger, som ikke sker fra eller til danske selskaber. For mig at se er der en væsentlig forskel på at nægte dansk skattefrihed ved ind- eller udgående udbytter og den situation, hvor andre landes skattefrihed, som tildeles i overensstemmelse med direktivet, underkendes i Danmark. Der er derimod en større lighed med CFC-beskatningsreglerne, som de kendes i mange lande.

Situationen er muligvis en anden, hvis der faktisk sker en udlodning fra et mellemholdingselskab til danske selskabsaktionærer, som ejer mere end 10 pct. af kapitalen i mellemholdingselskabet.

Uanset om oprettelsen af et holdingselskab kan anses for at udgøre svig eller misbrug, må det antages, at strukturer, der er etableret med udenlandske mellemholdingselskaber før indførelse af den danske mellemholdingregel, ikke vil kunne blive omfattet af art. 1, stk. 2, idet det subjektive element i misbrugstesten ikke kan være opfyldt i sådanne tilfælde.

Erfaringer fra andre EU-medlemsstater

Mens mellemholdingreglen her særligt drejer sig om udbytte mellem to EU-selskaber ejet af danske selskabsinvestorer, har flere EU-medlemsstater implementeret art. 1, stk. 2, direkte. Dette er eksempelvis tilfældet i fransk ret, jf. Article 119 i den franske Code d'Impôts. Heraf følger, at Frankrig kan pålægge kildeskat på udlodninger fra franske selskaber til andre EU-selskaber, hvis EU-selskabet er et mellemholdingselskab, som direkte eller indirekte er kontrolleret af selskaber beliggende uden for EU, medmindre det franske selskab kan godtgøre, at hovedformålet med at indsætte et mellemholdingselskab ikke er opnåelse af skattefordele. Bevisbyrden er eksempelvis løftet, når det godtgøres, at kildeskatten i den samlede koncernstruktur mindst svarer til den franske kildeskat, hvis udbytterne blev betalt direkte til et selskab beliggende uden for EU. Der er ikke taget endelig

stilling til den EU-retlige dimension af denne bestemmelse, men der er en udbredt skepsis mod bestemmelsen i franske rådgiverkredse.²⁶ Bestemmelsen er eksempelvis analyseret hos *Piq*, som anfører, at den franske bestemmelse er i strid med art. 1, stk. 2, i direktivet, idet formålet med direktivet tilsiger, at misbrugsbestemmelsen alene kan bringes i anvendelse, hvis en EU-holding-struktur anvendes til at opnå fordele for skatteyderen hjemmehørende i tredjelande, og idet den franske bestemmelse ikke er klar.²⁷

Konklusion

Artiklen analyserer mellemholdingreglen i lyset af moder-/datterselskabet. Som udgangspunkt regulerer direktivet ikke den situation, der reguleres af mellemholdingreglen. Det vurderes dog at ligge inden for det rimelige at antage, at en formålsfortolkning kan bringe direktivet i anvendelse i den foreliggende situation. Under denne antagelse, som erkendes ikke at have krystal klar støtte i direktivet, er det undersøgt, om anvendelse af mellemholdingreglen på udenlandske mellemholdingselskaber er i overensstemmelse med direktivet, hvis dette finder anvendelse. Baseret på ovenstående må det konkluderes, at den danske mellemholdingregel i ABL § 4 A og § 4 B ikke synes at være i overensstemmelse med svig- og misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2. Mellemholdingreglen udgør en generelt udformet bestemmelse, som ikke giver mulighed for en konkret bedømmelse, og som ej heller giver mulighed for at afkræfte svig- og misbrugsintentionen bag en holdingselskabsstiftelse. Hertil kommer, at det på baggrund af hidtidig praksis er tvivlsomt, at EU-Domstolen i det hele taget vil nå til den konklusion, at etableringen af en holdingselskabsstruktur kan udgøre et misbrug i EU-retlig henseende.

Noter

- 1) Se herom generelt *Bastian & Bjerggaard Andersen* i UfS 2009, p. 4009 ff., *Svendgaard Dalgas* i SR-Skat 2009, p. 263 ff., *Møller Nielsen* i SR-skat 2009, p. 201 ff., *Sørensen* i RR 2009/9, p. 12 ff., samt *Wind Andersen* i UfS 2009, p. 2477, *Lytken & Bjørnholm* i TfS 2009, 1123, *Lauritzen* i TfS 2009, 833 samt *Skouby & Dreyer* i TfS 2010, 229. Det følgende udgør ikke en udtømmende analyse af de nye regler.

- 2) Se senest *Bjørnholm & Klemp* i Tax Notes Int'l, 11/1 2010, p. 173 ff.
- 3) Se om retssystemets respons på skatteydernes forsøg på at undgå treårsreglen, *Bundgaard & Ottosen: Tax Avoidance and Capital Gains on Securities – Lessons from Recent Danish Supreme Court Cases*, European Taxation, 2008/2, p. 59 ff.
- 4) Se generelt herom *Bundgaard* i SpO 2006, p. 17 ff. Udgangspunktet i dansk ret er, at en aktionær i civilretlig henseende tillige er at anse for en aktionær i skatteretlig henseende. Den mulighed, der atter er opstået i danske aktieselskaber for at udstede stemmeløse aktier, herunder stemmeløse, kumulative præferenceaktier, ses ikke at ændre ved kvalifikationen som en aktionær såvel i selskabsretlig som i skatteretlig henseende.
- 5) Se herom *Engsig-Sørensen* i Den nye selskabslov, Neville & Engsig-Sørensen (red.), 2009, p. 60.
- 6) Denne fortolkning er bekræftet af Skatteministeriet i lovforslag nr. L 202 Supplerende spørgsmål, 2/3 2010 (SKM2010.203.DEP), p. 40.
- 7) Jf. nærmere om formålet bemærkningerne til § 1, nr. 6 i lovforslag nr. L 202, p. 37.
- 8) I denne forbindelse anvendes det almindelige udbyttebegrebet i LL §§ 16 A-B, som tillige omfatter *maskeret udbytte*, jf. lovforslag nr. L 202 Supplerende spørgsmål, 2/3 2010 (SKM2010.203.DEP), p. 38. Udbyttebegrebet synes dog at gå endnu videre, idet Skatteministeriet har udtalt, at mellemholdingreglen tillige kan føre til en udbyttebeskatning hos aktionærer, der efter vedtægerne i selskabet er uden ret til at modtage udbytte, blot mellemholdingselskabet har ret til at modtage udbytte fra det underliggende selskab, jf. lovforslag nr. L 202 supplerende spørgsmål, 2/3 2010 (SKM2010.203.DEP), p. 39. Tilsvarende udtales at gælde for udbytter, der er givet afkald på, jf. p. 39.
- 9) Dette lægges også til grund i Skatteministeriets generelle beskrivelse af aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3 og § 4 B, stk. 2, af 2/3 2010 (SKM2010.203.DEP), p. 9 f.
- 10) Jf. *Helminen*: The Dividend Concept in International tax Law, 1999, p. 209.
- 11) Jf. eksempelvis *Helminen*: The Dividend Concept in International tax Law, 1999, p. 209.
- 12) Se for eksempel *Neergaard & Nielsen*: EU-ret, 2009, p. 116 ff. Det er dog påpeget hos *Peeters & Van de Vijers*, at der er et hieraki i fortolkningsmetoderne, idet der efter forfatterens vurdering først forestages en ordlydsfortolkning og i anden række en formålsfortolkning, hvis ordlyden kan rumme resultatet, jf. EC Tax Review 2009/4, p. 146 ff. (p. 149) og Case C-375/98 *Epson Europe BV* præmis 22 ff.
- 13) Se sag C-131/97 *Carbonari*, præmis 48., sag C-106/89 *Marleasing v La Comercial Internacional de Alimentación* [1990] ECR I-4135, præmis 8, og sag C-334/92 *Wagner Miret v Fondo de Garantía Salarial* [1993] ECR I-6911, præmis 20.
- 14) Jf. præmis 46 i sag C- 321/05, *Kofoed* (SU 2007, 343).
- 15) Se herom med udgangspunkt i rente-/royaltydirektivet, *Bundgaard & Winther-Sørensen* i SR-Skat, 2007, p. 508 ff. Se tilsvarende sag C-321/05 *Kofoed*, præmis 38 om misbrugsbestemmelsen i fusionsbeskatningsdirektivets art. 11.
- 16) Jf. sag C-28/95 *Leur Bloem* (SU 1997, 257), præmis 43 ff. vedrørende fusionsbeskatningsdirektivets art. 11.
- 17) Jf. EF-Domstolens dom af 17/7 1997, sag C-28/95 *Leur-Bloem*, præmis 41 og præmis 44.
- 18) Jf. sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 51 med henvisninger.
- 19) Jf. sag C-28/95 *Leur-Bloem*, hvor udtrykket *forsvarlige økonomiske betragtninger* i art. 11, stk. 1, litra a, i fusionsdirektivet skal forstås som andet og mere end ønsket om at opnå en rent skattemæssig fordel (præmis 47). Tilsvarende kommer til udtryk i *Cadbury-Schweppes*-sagen.
- 20) Jf. EU-Domstolens dom af 21/2 2006, sag C-255/02 *Halifax plc.*, præmis 85 f. Dommens resultat ligger på linje med etableret retspraksis, hvorefter EU-retten ikke kan påberåbes i tilfælde af misbrug eller svig, jf. sag C-367/96 *Kefalas*, præmis 20, sag C-373/97 *Diamantis*, præmis 33, og sag C-32/03 *Fini H* (SU 2005, 136), præmis 32. I *Halifax*-sagen fandt Domstolen det dog helt uden betydning for fortolkningen af 6. momsdirektiv, om hovedformålet med transaktionen var opnåelse af skattefordele eller ej, jf. dommens præmis 59.
- 21) Jf. *Sheppard* i 2007 WTD 25-8, p. 5, og for italiensk ret *Rossi* i 2007 WTD 58-9, p. 20 ff., med omtale af to afgørelser, hvor italienske domstole med henvisning til *Halifax*-dommen har tilsidesat visse transaktioner tilrettelagt for at undgå direkte skatter samt for fransk ret *Leclercq* i Bulletin 2007, p. 235 ff.
- 22) Jf. sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 55.
- 23) Jf. sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 65-68.
- 24) Jf. sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 64.
- 25) *Evers & de Graaf* har analyseret dette spørgsmål i EC Tax Review, 2009, p. 279 ff. Forfatterne synes optimistiske på medlemsstaternes vegne for så vidt angår de eksisterende muligheder for at bekæmpe conduit-strukturer. Det konkluderes ad moder-/datterselskabsdirektivet, p. 296, at:
 "...It is also not clear whether Member States where an EU conduit is established are allowed to eliminate double taxation under the Parent-Subsidiary Directive in respect of dividends being received by the EU conduit company concerned...". Den samlede konklusion lyder: "...Member States have substantial discretion as regards combating artificial arrangements that are intended to minimize taxation on capital payments and/or capital gains...". Denne konklusion kan ikke anfægtes, men idet "the devil is in the detail", må det erindres, at vanskelighederne netop ligger i, at det ikke er muligt præcist at udlede, hvor grænserne går for det fiktive i forhold til konkret forekommende situationer.

26) Bestemmelsen er konkret fortolket af Administrative Tribunal of Lyon, med sag nr. 0504128 *McKechnie*-sagen.

27) Jf. *European Taxation 2009*, p. 471 ff. og p. 534 ff. (p. 475).