

Aktieavancebeskatningslovens værn mod mellemløbselskaber, før og efter lov nr. 254

En analyse med udgangspunkt i mellemløbsreglens formål

Afhandlingens forfatter:

Simon Nordlie

Vejleder:

Jesper Anker Hansen

Afleveret:

06/09-2011

Antal anslag:

181.766

Censor:

Executive summary

On the 24th of November 2010 the bill “L 84” was introduced in the Danish parliament. This was passed on the 30th of March 2011 as law no. 254. One of the main aims for this bill was to rectify a number of problems and uncertainties in the prevailing law for taxation of corporate share dividends and capital gains.

These uncertainties were a result of the enactment of law no. 525 on the 12th of June 2009. This law was designed to harmonize taxation of corporate share dividends and capital gains. As a part of this harmonization, was included a protection rule to prevent corporations from pooling their investments in holding companies and thereby evade taxation.

The goal of this thesis is to clarify, if the correction of this protection rule was indeed justified only two years after the original enactment. As a second objective the effect of the newly passed law no. 254 will be assessed to determine whether this amendment has aligned the protection rule with the aims of the original law no. 525.

First the original objectives of the protection rule as passed with law no. 525 will be mapped. These will serve as a baseline for any future comparisons. Afterwards each component constituting the protection rule will be thoroughly analyzed. Conclusions will show how each component’s inadequacy contributes to the overall shortcomings of the protection rule compared to the original objectives. This will underline the need for the amendment introduced by law no. 254.

Subsequently an analysis of the amendments will show how the Ministry for Taxation attempts to rectify the weak points of the original protection rule. This analysis will correspond to the previous in methodology, thereby preserving any comparability amongst the two. This will be exploited when comparing the protection rule as passed with law no. 525 to the amended version as passed with law no. 254. This will demonstrate where amendments have been effective in rectifying shortcomings and where this has not been the case. The final conclusion will show how the amendment has contributed to achieving of the objectives of the protection rule. However it will also be made clear, that in spite of this, the protection rule is still flawed, resulting in a risk for tax exemption as well as other undesirable effects.

Indholdsfortegnelse

Executive summary	1
Indholdsfortegnelse	2
1.0 Indledning	4
1.1 Problemformulering	4
1.2 Metode	5
1.3 Afgrænsning	6
1.4 Kildekritik	7
2.0 Beskatning før lov nr. 525	7
2.1 Avancebeskatning	7
2.2 Udbyttebeskatning	8
3.0 Beskatning ifølge lov nr. 525	8
3.1 Motivationen bag lov nr. 525	8
3.2 90/435/EØF – Moder-/datterselskabsdirektiv	9
3.3 De nye aktiekategorier	10
3.4 Behovet for mellemholdingreglen	14
3.5 Formålet med mellemholdingreglen	15
4.0 ABL § 4 A stk. 3 – Mellemholdingreglen ved lov nr. 525	15
4.1 Ad. nr. 1. Primær funktion	16
4.2 Ad. nr. 2. Reel økonomisk virksomhed	23
4.3 Ad. nr. 3. Majoritetskrav	35
4.4 Ad. nr. 4. Børsnotering	46
4.5 Skattemæssige konsekvenser	48
4.6 Delkonklusion	49
5.0 ABL § 4 A stk. 3-6 – Mellemholdingreglen ved lov nr. 254	50
5.1 Ad. Stk. 3. Omfattede skattesubjekter	51
5.2 Ad. Stk. 3 nr. 1 og 2. Primær funktion og reel økonomisk virksomhed	52
5.3 Ad. Stk. 3 nr. 3. Fuldt ejerskab af det underliggende datterselskab	52
5.4 Ad. Stk. 3 nr. 4. Børsnotering	54

5.5 Ad. Stk. 3 nr. 5. Majoritetskrav	54
5.6 Ad. stk. 4. De øverste aktionærer	55
5.7 Ad. stk. 5. Skærpelse af majoritetskravet	56
5.8 Ad. stk. 6. Kildeskat	61
5.9 Delkonklusion	63
6.0 Sammenligning af lov nr. 525 og lov nr. 254	64
7.0 Konklusion	66
8.0 Perspektivering	68
9.0 Referencer	69
10.0 Bilag	73
Bilag A – Mellemløbsreglens ordlyd ved lov nr. 525	73
Bilag B – Mellemløbsreglens ordlyd ved lov nr. 254	74
Bilag C – De øverste selskabsaktionærer	76
Bilag D – ”Led for led”	77
Bilag E – Mellemløbselskabets porteføljeaktionærer	78
Bilag F – Bredt perspektiv og indirekte ejerskaber	79
Bilag G – Afhængighed af andre aktionærer	80
Bilag H – Skævvridning af udbytteudlodning	82
Bilag I – SKATs afgørelser ifm. majoritetskravet	83

1.0 Indledning

Den 24. november 2010 blev der i folketinget fremsat et lovforslag betitlet "Lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love" og nummereret "L 84". Lovforslaget var primært en opfølgning på lov nr. 525 af 12. juni 2009 (L 202),¹ som omhandlede selskabers aktie- og udbyttebeskatning. Blandt lovforslagets mange punkter fandtes en række korrektioner til aktieavancebeskatningslovens § 4 A stk. 3, også kendt som mellemholdingreglen. L 84 blev vedtaget med lov nr. 254 af 30. marts 2011.² Dermed blev lov nr. 525 korrigeret mindre end to år fra dens vedtagelse.

I mellemtiden har mellemholdingreglen, eller værnsreglen, været emne for stor drøftelse og SKAT har i en række afgørelser forholdt sig til dens bestemmelser.

I bemærkningerne til L 84 under "lovforslagets formål og baggrund" fremgår det, at specielt mellemholdingreglen var teknisk kompliceret. Derfor findes det hensigtsmæssigt at genoverveje udformningen af reglen på baggrund af de første praktiske erfaringer. Derfor blev der foreslået fire reelle justeringer samt et antal præciseringer af den forhenværende mellemholdingregel.

Mellemholdingreglen har i sin korte levetid således været omgærdet af megen aktivitet og debat.

1.1 Problemformulering

Med tanke på ovenstående kunne det være rimeligt at spørge sig selv om det var nødvendigt at regulere en forholdsvis ny bestemmelse som Aktieavancebeskatningslovens (ABL) § 4 A stk. 3 og i så fald hvorfor. For at kunne besvare dette vil det være nødvendigt først at fastlægge hvilke formål den oprindelige bestemmelse byggede på. I forlængelse af dette bør der også svares på i hvor stor en grad den tidligere lovgivning i praksis levede op til de intenderede formål. Dernæst vil det være relevant at se på hvorledes den forhenværende mellemholdingregel påvirkes af lov nr. 254 og endelig om dennes vedtagelse har resulteret i at mellemholdingreglen nu lever op til bestemmelsens oprindelige hensigt. På baggrund af dette fastsættes således fire overordnede spørgsmål som besvares i nærværende afhandling:

1. Hvilke formål lå til grund for den forhenværende mellemholdingregel (lov nr. 525)?
2. Levede den forhenværende mellemholdingregel op til de grundlæggende formål?
3. Hvorledes påvirkes mellemholdingreglen af vedtagelsen af den nye mellemholdingregel (lov nr. 254)?
4. Vil den nye lovgivning i højere grad leve op til den oprindelige mellemholdingregels formål?

¹ I det følgende vil lov nr. 525 af 12. juni 2009 blive benævnt lov nr. 525.

² I det følgende vil lov nr. 254 af 30. marts 2011 blive benævnt lov nr. 254.

1.2 Metode

Metodeanvendelsen i denne afhandling bygger primært på den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode er en analyserende metode til brug for fortolkning, analyse samt systematisering af gældende ret. Formålet med brugen af metoden er at anvende de traditionelle retskilder til at forstå gældende ret.³ Derefter kan konsekvenserne og anvendeligheden af værnreglen i ABL § 4 A, stk. 3 analyseres. Afhandlingen gør ligeledes brug af den deduktive samt den induktive metode. Den deduktive i form af analyser og konklusioner baseret på de teoretiske kilder, og den induktive metode i form af analyser og konklusioner baseret på praksis og anden litteratur. Figurer og beregningseksempler er anvendt i det omfang det er vurderet at sådanne bidrager til en øget forståelse af problemstillingerne.

Mere konkret anvendes en analysemodel, som indeholder fire overordnede punkter som anvendes for hver af bestemmelserne i mellemholdingreglen. Først undersøges formålet og lovgrundlaget til en given bestemmelse. Dette gøres for at finde svar på hvad hensigten er med bestemmelsen samt at bestemme hvilke momenter, kriterier eller lignende, der bør anvendes i en afgørelse. Dernæst vurderes evt. afgørelser fra praksis. Ved at fastlægge hvilke momenter, kriterier eller lignende der reelt anvendes i en afgørelse forsøges at opnå en symmetri med det forrige punkt. For det tredje vurderes om de momenter, kriterier eller lignende, som er fundet i de to forrige punkter, er hensigtsmæssige til deres angivne formål. I denne sammenhæng vurderes det ligeledes om der er harmoni mellem de kriterier der *bør* anvendes i afgørelser og de kriterier, der *reelt* anvendes. Endelig vurderes det om bestemmelsens formål, lovgrundlag og afgørelser harmoniserer med mellemholdingreglens overordnede formål og ikke mindst med hensigten med beskatningsformen vedtaget ved lov nr. 525. Fjerde og sidste punkt fungerer som konklusion og samler således op på de tre forrige punkter.

1.2.1 Afhandlingens struktur

Overordnet set er afhandlingen inddelt i tre dele. Den første del, beskriver beskatning af aktieavancer og –udbytte før vedtagelsen af lov nr. 525 samt beskatningen af disse efterfølgende. Dette gøres da den ændrede beskatning af aktieavancer og –udbytte var en forudsætning for indsættelsen af mellemholdingreglen. Denne del lægger således rammen for opgaven og henvender sig til spørgsmål et i problemformuleringen.

Den næste del adresserer spørgsmål to i problemformuleringen. Derfor foretages en detaljeret analyse af værnreglen i ABL § 4A stk. 3. Analysen vil behandle hver af de betingelser, som nævnes i ABL § 4 A stk. 3. Dette gøres ud fra analysemodellen beskrevet ovenfor. Dernæst følger et afsnit hvor de skattemæssige konsekvenser af bestemmelsen vurderes. Herunder ønskes det også vist hvilke uhensigtsmæssigheder reg-

³ Blume, Peter: Juridisk metodelære, s. 150

len resulterer i. Endelig rundes denne del af afhandlingen af med en konklusion. Dennes formål vil i høj grad være at opsummere på evt. kritikpunkter samt at konkludere på hvorvidt den daværende mellemholdingregel levede op til det oprindelige formål.

Afhandlingens sidste del henvender sig til spørgsmål tre i problemformuleringen og har derfor fokus på mellemholdingreglen som den er vedtaget i lov nr. 254. På linje med anden del foretages en analyse ud fra den model, der er gennemgået ovenfor. Den samme metodik er valgt for at bevare kontinuiteten samt symmetrien og dermed skabe et bedre grundlag for den videre sammenligning. Denne del rundes ligeledes af med en konklusion som opsummerer de væsentligste punkter.

Endelig foretages en sammenligning af de to lovbestemmelser. Ud fra denne vurderes det hvorvidt ændringen af mellemholdingreglen, som følge af lov nr. 254, effektivt korrigerer de svagheder, der eksisterede ved den oprindelige regel. Formålet med denne vurdering er, at se samlet på lov nr. 525 og nr. 254, og vurdere om man med rettelserne har bidraget til det formål, som var tiltænkt mellemholdingreglen. Dermed bindes de tre dele af afhandlingen sammen.

Derpå følger en konklusion, som resumerer afhandlingens hovedpunkter og de fundne konklusioner. Endelig følger en perspektivering, som har til hensigt at kigge udover hvad denne afhandling har konkluderet og eventuelt foreslå nye problemstillinger og emner, som er relevante i forhold til mellemholdingreglen.

1.3 Afgrænsning

Som følge af rammerne for denne afhandling er der fokuseret på at behandle de kritikpunkter, der gør sig gældende ved mellemholdingreglen. Som en konsekvens deraf er der set bort fra andre centrale punkter. Nedenfor følger en begrundelse for disse afgrænsningsvalg.

Et relevant punkt i forhold til mellemholdingreglen er de konsekvenser, som omfatning af reglen, eller det modsatte, kan få. Dette er dog kun behandlet i det omfang, som er relevant til at belyse en konkret problemstilling. Dermed er generelle konsekvenser af omfatning af mellemholdingreglen ikke uddybet i denne afhandling i større omfang.

Vedtagelsen af mellemholdingreglen, både ved lov nr. 525 samt nr. 254, medfører i sagens natur en række overgangsregler. Disse ville ligeså udgøre en relevant del af begge love, hvorfor disse også kunne have været inkluderet. Med tiden vil sådanne overgangsregler dog miste deres relevans. Denne afhandling anlægger en mere generisk vinkel så derfor behandles overgangsregler ikke. Det samme gør sig gældende med de ikrafttrædelsesbestemmelser, som også vedtages i de nævnte love.

Endelig påvirker mellemholdingreglen også tilfælde med virksomhedsomdannelse. Dette er ligeledes heller ikke omfattet i denne afhandling.

1.4 Kildekritik

Kildematerialet vil hovedsageligt bestå af primære kilder i form af lovtekst samt forarbejder hertil. Lovgivning og forarbejder er udarbejdet af Skatteministeriet og den vurderes som valid. De primære kilder vil endvidere bestå af efterfølgende offentliggjort korrespondance mellem FSR og Skatteministeriet samt bindende svar fra SKAT. Bindende svar vil være præget af en vis subjektivitet eftersom de repræsenterer SKATs fortolkning af en given problemstilling. Der vil således kunne være risiko for at der foretages en såkaldt formålsfortolkning. FSRs holdninger vurderes også at have en subjektiv interesse i denne sammenhæng. På trods af dette vurderes FSR stadig som en kilde med en høj validitet.

2.0 Beskatning før lov nr. 525^{4 5}

Før vedtagelsen af lov nr. 525 skulle aktieavancer beskattes efter bekendtgørelse nr. 171 af 6. marts 2009 (den dagældende aktieavancebeskatningslov) og aktieudbytter skulle beskattes efter bekendtgørelse nr. 272 af 3. april 2009 (den dagældende selskabsskattelov).

2.1 Avancebeskatning

Ifølge bekendtgørelsen af 31. oktober 2007 var det centrale omdrejningspunkt hvor længe aktierne havde været ejet af det pågældende selskab. Således gjaldt det, at såfremt aktier havde været ejet i mindre end tre år skulle en evt. gevinst medregnes til den skattepligtige indkomst jf. ABL § 8. Tilsvarende gjaldt det således, at hvis aktierne havde været ejet i mere end tre år var en evt. gevinst ikke skattepligtig jf. ABL § 9.

Samme overordnede ejertidskrav gjorde sig gældende for tab. I følge ABL § 8 stk. 2 kunne tab ved afståelse af aktier ejet mindre end tre år fradrages i den skattepligtige indkomst. Det skal dog bemærkes, at der er tale om et kildeartsbegrænset tab, som ikke kan fradrages i anden skattepligtig indkomst end den nævnte i ABL § 8 stk. 1. Dermed kunne et evt. tab ikke fradrages i gevinster vedrørende aktier med ejertid på mere end tre år.⁶ Endvidere kunne tab kun fradrages i det omfang det oversteg summen af modtagne skattefrie udbytter fra den pågældende aktie. Kunne et tab ikke rummes i evt. gevinster jf. ABL § 8 stk. 1 kunne det fremføres til følgende år, jf. ABL § 8 stk. 3. I ABL § 9 stk. 2 blev det bestemt, at tab fra aktier som har været ejet i mere end tre år som udgangspunkt ikke kunne fradrages.

⁴ Alle referencer til ABL i afsnit 2.0 refererer til lovbekendtgørelse nr. 171 af 06/03-2009

⁵ Alle referencer til SEL i afsnit 2.0 refererer til lovbekendtgørelse nr. 272 af 03/04-2009

⁶ Peytz, Henrik: Aktieavancebeskatningsloven, s. 181

Gevinster eller tab for aktier blev som udgangspunkt opgjort efter gennemsnitsmetoden jf. ABL §§ 24 og 26.

2.2 Udbyttebeskatning

I modsætning til beskatningen af aktieavance spillede ejertiden ingen rolle ved udbyttebeskatning. I stedet var hovedreglen, at der sondredes mellem udbytte fra datterselskaber og udbytte fra andre selskaber i øvrigt. For udbytte fra datterselskaber gjaldt det ifølge selskabsskatteloven (SEL) § 13 stk. 1 nr. 2, som udgangspunkt, at disse var skattefrie. Dette var dog kun gældende hvis det udbyttmodtagende selskab ejede mere end 20 % af aktie- eller anpartskapitalen på udlodningstidspunktet. Ejerkravet på de 20 % er siden sænket i 2008 til 15 % og i 2009 til 10 %. Disse ejerkrav var baseret på EU's Moder-/datterselskabsdirektiv, jf. afsnit 3.2 nedenfor.

For udbytter fra selskaber i øvrigt skulle der jf. SEL § 13 stk. 3 medregnes 66 % af udbyttebeløbet til den skattepligtige indkomst. Dette gjaldt således i de tilfælde hvor det relevante ejerkrav ikke kunne opfyldes.

3.0 Beskatning ifølge lov nr. 525^{7 8}

Som nævnt tidligere var ejertid og ejerandel centralt for beskatning af henholdsvis aktieavance og – udbytte. For beskatning af aktieavance ændres dette med vedtagelsen af lov nr. 525. Dermed skal der ikke længere sondres mellem en ejertid på under eller over tre år. Derimod er det, det pågældende selskabs ejerandel i de underliggende selskaber, der skal sondres ved hjælp af. Derfor introduceres nye aktiekategorier hvor placeringen i hver kategori primært hviler på ejerandelen. Den samme sontring via ejerandele var, som nævnt, allerede gældende for udbyttebeskatning. Reglerne for aktieudbyttebeskatning ændres derfor ikke i væsentlig forstand.

3.1 Motivationen bag lov nr. 525

To af hovedformålene med vedtagelsen lov nr. 525 var at undgå dobbeltbeskatning af selskabsindkomst i flere led samt at skabe harmoni mellem investeringer i forskellige aktiver, specielt obligationer og aktier. Disse to hensyn kan forekomme konkurrerende og det var således nødvendigt at foretage en afvejning mellem de to. Derudover kan det læses i lovforarbejderne, at det også var målet at indføre et simplere beskatningssystem for selskabers aktieavance- og udbyttebeskatning.

For datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier gælder, at disse er skattefrie. Dette sikrer, at der ikke sker dobbeltbeskatning af selskabsindkomst i flere led. Som en logisk følge er tab ikke fradragsberettiget i

⁷ Alle referencer til ABL i afsnit 3.0 og 4.0 refererer til lovbekendtgørelse nr. 89 af 25/01-2010

⁸ Alle følgende referencer til SEL refererer til lovbekendtgørelse nr. 1376 af 07/12-2010

den skattepligtige indkomst. Dette gælder både for avance og udbytte. Det er dermed hensynet til at undgå dobbeltbeskatning der har vejet tungest her. Avance og udbytte fra porteføljeaktier vil derimod stadig være skattepligtigt. Dermed dobbeltbeskattes dette. Her er det således hensynet til harmoniseringen af investering i forskellige aktiver der har vejet tungest.

Denne sondring skal ses i lyset af, at en porteføljebesiddelse betragtes som en passiv kapitalanbringelse. Derfor skal denne beskattes på lige fod med obligationer. Dette begrundes på side 24 i bemærkningerne til L 202 med, at afkast på aktier og obligationer er ens hvis der korrigeres for risiko, så ved at beskatte de to typer aktiver ens undgås dermed forvridding af beskatningen.

3.2 90/435/EØF – Moder-/datterselskabsdirektiv

Moder-/datterselskabsdirektivet er centralt for lov nr. 525 da definitionerne af de nye, aktiekategorier netop gør brug af Moder-/datterselskabsdirektivets definitioner af moder- og datterselskaber. Da nu både avance- og udbyttebeskatning bliver funderet på rammer fastsat i Moder-/datterselskabsdirektivet er dette således centralt for både avance- og udbyttebeskatning. Derfor gennemgås de relevante dele af Moder-/datterselskabsdirektivet i dette afsnit.

Rådets direktiv 90/435/EØF blev vedtaget 23. juli 1990 og er efterfølgende blevet ændret ved direktiv 2003/123/EF. Det omhandler fællesbeskatningsordninger for moder- og datterselskaber i de forskellige medlemsstater. Dette fastsættes i artikel 1 hvor det fremgår, at direktivet anvendes på udlodninger fra datterselskaber eller faste driftssteder i én medlemsstat til en anden. Endvidere bestemmes det i artikel 1 stk. 2, at direktivet ikke forhindrer interne nationale bestemmelser til at afværge svig og misbrug. Dette er centralt i forhold til værnreglen, da det fastlås her, at en sådan regel i udgangspunktet ikke er i modstrid med EU-retlige principper. Dette afdækkes i afsnit 4.2.1 og 4.2.3.

Hovedsagligt sætter direktivet nogle rammebetingelser for definitionerne af moder- og datterselskaber. Ifølge direktivets artikel 3 defineres et moderselskab således som et selskab i en medlemsstat, som opfylder direktivets definition af et selskab, jf. direktivets artikel 2 og bilag, og som har en kapitalandel i et andet selskab på mindst 20 %. Procentsatsen på 20 % er gradvist sat ned til 10 % gældende fra 2009. I samme artikel defineres et datterselskab som et selskab, hvor der i kapitalen ejes en andel, som nævnt ovenfor, af et andet selskab. Derudover fastsætter Moder-/datterselskabsdirektivet rammerne for beskatning af aktieudbytte fra datterselskab til moderselskab, dette gøres i direktivets artikel 4. Ifølge denne skal udbytter fra datterselskaber som udgangspunkt ikke beskattes. Det er dermed Moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelser, som ligger til grund for de regler som tidligere er gennemgået i afsnit 2.2.

3.3 De nye aktiekategorier

Med lov nr. 525 sondres der nu også for aktieavancer, mellem datterselskabs- og koncernselskabsaktier og porteføljeaktier. Derudover er der indført særskilt ny regulering for egne aktier. Mens de eksisterende regler for næringsaktier er forblevet uændret. Dette fører til fire følgende aktiekategorier:

1. Egne aktier – ABL § 10
2. Næringsaktier – ABL § 17
3. Datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier – ABL § 8
4. Porteføljeaktier – ABL § 9

Det fremgår af bemærkningerne til L 202, at de nye aktiekategorier skal prioriteres indbyrdes jf. ovenfor. Kan en aktiebesiddelse dermed ikke rummes i definitionen for egne aktier så vurderes den i forhold til næste kategori etc. Ligeledes betyder dette, at kan en aktiebesiddelse både rummes i definitionen på egne aktier og porteføljeaktier så skal denne placeres under egne aktier og dermed beskattes som sådanne. Endelig er listen udtømmende. Så kan en aktiebesiddelse ikke placeres i de tre første kategorier vil denne skulle underlægges porteføljeaktiebeskatning.

Nedenfor følger en detaljeret gennemgang af hver aktiekategori.

3.3.1 Egne aktier – ABL § 10

Ved vedtagelsen af lov nr. 525 er der indsat en konkret regel til bestemmelse af beskatning af egne aktier. Som nævnt tidligere skal listen over aktiekategorier ses som en indbyrdes prioritering. Reglen om egne aktier i ABL § 10 dækker således hvor selskaber har aktiebesiddelser af egne aktier på under 10 % eller over 10 %. Endvidere dækker reglen også hvis egne aktier skulle indgå i en næringsbeholdning.

Ifølge § 10 i ABL skal selskabers gevinst og tab på egne aktier ikke medregnes ved opgørelse af den skattepligtige indkomst. Dette stemmer overens med SEL § 13 stk. 1 nr. 3 hvor det fastslås at udbytte fra egne aktier ej heller skal medregnes i den skattepligtige indkomst.

3.3.2 Næringsaktier – ABL § 17

Der er ved indførelsen af lov nr. 525 ikke blevet ændret væsentligt i ABL § 17, som regulerer beskatningen af aktiebesiddelse med næring⁹ for øje. Dog er det værd at bemærke at besiddelser af egne aktier med næring for øje ikke længere skal indgå i den skattepligtige indkomst. Dette er tilfældet da egne aktier er prioriteret over næringsaktier, jf. ovenfor. ABL § 17 er bibeholdt for det tilfælde, at beholdningen af næringsaktier overstiger en ejerandel på 10 % og dermed kvalificeres som datterselskabsaktier, hvilke er ikke er skattepligtige.

⁹ For definition af *næring* henvises til Pedersen, Jan m.fl.: Skatteretten 1 s. 582 ff.

Ifølge ABL § 17 skal gevinster og tab ved afståelse af aktier, som er erhvervet med næring for øje medregnes i den skattepligtige indkomst.

3.3.3 Datterselskabs- og koncernselskabsaktier – ABL § 8

I ABL § 8 fastsættes reglerne for beskatning af datterselskabs- og koncernselskabsaktier. For at forstå omfanget og konsekvenserne af ABL § 8 er definitionen af begreberne datterselskabs- og koncernselskabsaktier imidlertid helt centrale. Disse findes i henholdsvis ABL § 4 A og ABL § 4 B.

Ad. ABL § 4 A

Fra ABL § 4 A stk. 1 og 2 udledes to betingelser, som begge skal være opfyldt af en aktiebesiddelse før der er tale om datterselskabsaktier. For det første skal aktiebesiddelsen udgøre 10 % eller mere jf. ABL § 4 A stk. 1. Denne betingelse harmonerer med EU's Moder-/datterselskabsdirektiv. Der skal dog være tale om direkte ejerskab, hvilket betyder, at tegningsretter til aktier ikke indgår i opgørelsen af om aktiebesiddelsen opfylder betingelsen på 10 %. I denne sammenhæng skal det dog bemærkes, at tegningsretter til aktier dækkes af definitionen i ABL § 4 A. Det er dermed kun i selve opgørelsen af de 10 % disse ikke indgår jf. bemærkningerne til L 202 side 36.

For det andet skal datterselskabet være omfattet af SEL § 1 stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b eller være et udenlandsk datterselskab, hvor udbytter frafaldes eller nedsættes, ifølge EU's Moder-/datterselskabsdirektiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO) med det pågældende land. Dermed omfatter definitionen af datterselskabsaktier alle *danske* selskaber, der er nævnt i bilaget til EU's Moder-/datterselskabsdirektiv samt tilsvarende underlagte *udenlandske* selskaber. Definitionen favner således forholdsvis bredt hvilket indebærer, at aktiebesiddelser i alle selskaber og foreninger m.v., som er skattepligtige efter SEL § 1 stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b *potentielt* kan være omfattet af ABL § 4 A. Dog er andele i selskaber, som er nævnt i SEL § 1 stk. 1 nr. 3 og beskattes af en procentdel af formuen ikke omfattet. Begrebet dækker heller ikke andele i foreninger, som udelukkende beskattes af erhvervsmæssig indkomst og er nævnt i SEL § stk. 1 nr. 6.

Undtaget fra definitionen af datterselskabsaktier er konvertible obligationer, samt tegningsretter til konvertible obligationer, jf. ABL § 4 A stk. 4. Disse indgår derfor heller ikke i opgørelsen af kravet på 10 %. Konvertible obligationer og tegningsretter til sådanne bliver omfattet af reglerne om porteføljeaktier jf. afsnit 3.3.4.

Ad. ABL § 4 B

I ABL § 4 B nævnes to betingelser, hvoraf blot én af dem skal være opfyldt, for at en aktiebeholdning kan betegnes som koncernselskabsaktier. Den første betingelse findes i ABL § 4 B 1. pkt. Her fastslås, at der er

tale om koncernselskabsaktier hvis ejeren af aktierne og det selskab hvori aktierne ejes, sambeskattes efter SEL § 31 *eller* hvis de to parter *kan* sambeskattes efter SEL § 31 A. Med andre ord skal parterne enten være nationalt sambeskattede jf. SEL § 31 eller have mulighed for at vælge international sambeskatning efter SEL § 31 A.

Den anden betingelse findes i ABL § 4 B 2. pkt. I denne regel bestemmes det, at aktiebesiddelser, som ejes af fonde m.v. defineres som koncernselskabsaktier, såfremt fonden m.v. og datterselskabet er koncernforbundne jf. SEL § 31 C og disse to kan indgå sambeskatning.

Som i ABL § 4 A er det også bestemt i ABL § 4 B, at konvertible obligationer samt tegningsretter til konvertible obligationer ikke indgår i definitionen og dermed kan disse aldrig betegnes som koncernselskabsaktier. Dette er bestemt i ABL § 4 B stk. 3.

Ad. National og international sambeskatning

SEL § 31 dækker over den almindelige nationale sambeskatning mellem koncernforbundne selskaber. I paragraffen nævnes, at sambeskatning forekommer, når selskaber m.v. omfattet af SEL § 1 stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h, 3 a-5 og 5 b, § 2 stk. 1, litra a og b samt kulbrinteskattelovens § 21 stk. 4 er koncernforbundne jf. SEL § 31 C. Det er dermed et krav for sambeskatning, at selskaber mv. skal falde ind under en af de nævnte typer juridiske personer samt opfylde betingelserne for at være koncernforbundne jf. SEL § 31 C. Betingelserne for, at to selskaber m.v. er koncernforbundne står skrevet i SEL § 31 C stk. 2. Ifølge disse regler er to juridiske personer, jf. ovenfor, koncernforbundne hvis det ene selskab m.v.:

1. har flertallet af stemmerettigheder i det andet selskab,
2. har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i det andet selskabs øverste ledelsesorgan,
3. har ret til at udøve bestemmende indflydelse over det andet selskabs driftsmæssige og finansielle ledelse på grundlag af vedtægter eller anden aftale,
4. har på grundlag af aftale med andre deltagere råderet over flertallet af stemmerettigheder i det andet selskab eller
5. har kapitalandele i det andet selskab og udøver en bestemmende indflydelse over dets driftsmæssige og finansielle ledelse.

Der knytter sig yderligere regler til definitionen af koncernforbindelse. Den vigtigste heraf er, at der ved opgørelsen af stemmerettigheder og rettigheder til at udnævne eller afsætte medlemmer i det andet selskab også skal medtages rettigheder, som besiddes af moderselskabets andre datterselskaber. Opfylder et

selskab m.v. et af de ovenstående krav samt er inkluderet i gruppen af juridiske personer, som er nævnt i SEL § 31 stk. 1 ville der skulle etableres sambeskatning som fastslået i SEL § 31.

Den internationale sambeskatning er reguleret i SEL § 31 A og er, såfremt de gældende betingelser er opfyldt, frivillig. Derfor siger kravet i ABL § 4 B også blot, at der skal være *mulighed* for sambeskatning jf. SEL § 31 A. Kravet for international sambeskatning er, ligesom for national sambeskatning, at der skal være tale om koncernforbundne selskaber, jf. de kriterier som er listet ovenfor.

Ad. Fonde m.v.

Den yderligere betingelse, som kan opfyldes før der er tale om koncernselskabsaktier sikrer, at også aktiebesiddelser ejet af fonde m.v. kan betegnes som koncernselskabsaktier. Ligesom betingelsen vedr. national og international sambeskatning er det et krav, at én af betingelserne i SEL § 31 C for at være koncernforbundne er opfyldt. Derudover er det et krav at der kan indgås sambeskatning. I dette krav ligger dermed implicit at selskabet skal opfylde kravet i SEL § 31, som udover at stille betingelse om at være koncernforbundne kun omfatter selskaber omfattet af SEL § 1 stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h, 3 a-5 og 5b, § 2 stk. 1, litra a og b samt kulbrinteskattelovens § 21 stk. 4.

Med andre ord kan man sige, at aktiebesiddelser som opfylder definitionen som koncernselskabsaktier, hvis de var ejet af et selskab, også er koncernselskabsaktier hvis de er ejet af en fond m.v.

Beskatning af datterselskabs- og koncernselskabsaktier

Reglen om beskatning af aktieavancer står som bekendt i ABL § 8. Her bestemmes det, at gevinst og tab ved afståelse af datterselskabs- og koncernselskabsaktier ikke skal medtages i opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Dette er dermed en af de centrale ændringer i lov nr. 525.

For beskatning af udbytte gælder det, at der ikke er ændret meget med lov nr. 525. Udbytte fra datterselskabs- og koncernselskabsaktier er således stadig undtaget i opgørelsen i den skattepligtige indkomst, jf. SEL § 13. For definition af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier i relation til SEL henvises der eksplicit til ABL §§ 4 A og 4 B. Her ses det således hvordan der er indført harmoni mellem avance- og udbyttebeskatning.¹⁰

3.3.4 Porteføljeaktier – ABL § 9

Falder en aktiebeholdning ikke ind under en af de tidligere nævnte aktiekategorier betragtes den som porteføljeaktier jf. side 38 ff. i bemærkningerne til L 202. Denne kategori er således et slags sikkerhedsnet, som

¹⁰ Eftersom datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier reelt behandles på samme skattemæssige måde vil der, for nemheds skyld, fremover kun blive refereret til datterselskabsaktier. Eneste undtagelse for dette er hvor en sondring mellem de to aktiekategorier er relevant.

fanger de beholdninger som ikke kan rummes inden for definitionen af de tidligere nævnte kategorier. Det kan fx være konvertible obligationer eller tegningsretter til disse.

Ifølge ABL § 9 stk. 1 skal gevinster ved afståelse af porteføljeaktier medtages ved opgørelse af den skattepligtige indkomst.

Tab ved afståelse af porteføljeaktier skal ligeså medtages i den skattepligtige indkomst. Ved opgørelse af tab og gevinst skal lagerprincippet som udgangspunkt benyttes, jf. ABL § 23 stk. 5. Dermed sidestilles porteføljeaktier med obligationer hvilket er helt i tråd med de motiver, der lå bag lov nr. 525. Dog skelnes her mellem aktier optaget på et reguleret marked og aktier, som ikke er optaget på et reguleret marked. For aktier ikke optaget på et reguleret marked gælder således, at gevinst og tab på disse kan opgøres efter realisationsprincippet, jf. ABL § 23 stk. 6. Vælges realisationsprincippet skal dette benyttes på alle aktier, der ikke er optaget på et reguleret marked. Derudover gælder at evt. tab på realisationsbeskattede aktier kun kan fradrages i gevinster fra andre realisationsbeskattede aktier. Der er således tale om et kildeartsbegrænset tab jf. ABL § 9 stk. 3 hvorimod aktier opgjort efter lagerprincippet fuldt ud kan fradrages i anden skattepligtig indkomst jf. ABL § 9 stk. 2.

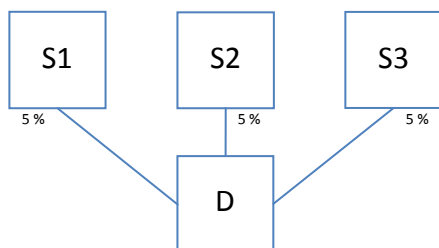
For udbytte fra porteføljeaktier gælder det, at dette nu er 100 % skattepligtigt. Dette er tilfældet eftersom reglen om lempelsen på 34 % i den daværende SEL § 13 stk. 3 er blevet ophævet med lov nr. 525. Reglerne for udbytte og avance er således blevet harmoniseret.

3.4 Behovet for mellemholdingreglen

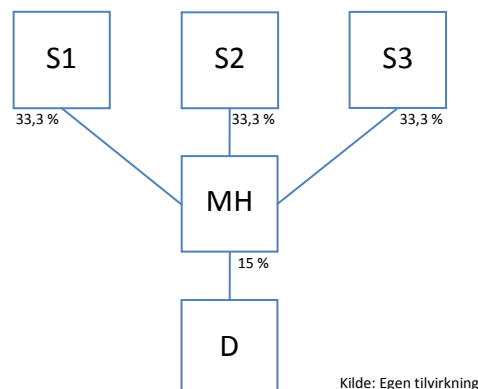
Aktieavance og -udbytte beskattes efter indførslen af lov nr. 525 nu ens. Den centrale sondring er således kun graden af ejerskab. I kraft af skattefritagelsen af datterselskabsaktier eksisterer dermed et incitament til at forsøge at få kategoriseret en aktiebesiddelse som datterselskabsaktier frem for porteføljeaktier. Med andre ord vil det være fordelagtigt hvis ejerkravet på 10 % kan omgås. Dette vil forholdsvis nemt kunne lade sig gøre såfremt en gruppe af selskabsporteføljeaktionærer går sammen og indskyder deres porteføljeaktiebesiddelser i et fælles (mellem)holdingselskab. Hvis dette resulterer i mere end 10 % ejerskab af aktiekapitalen i det underliggende datterselskab er der nu tale om datterselskabsaktier. Dermed kan der nu udloddes udbytte skattefrit fra datterselskabet til mellemholdingselskabet. Denne struktur er også kendt som såkaldte "omvendte juletræer". På denne måde vil sondringen mellem datterselskabsaktier og porteføljeaktier blive værdiløs og dermed vil et af hovedmotiverne til vedtagelsen af lov nr. 525 blive tilsidesat. Se figur 1 for et konkret eksempel på omgåelse af ejerkravet på 10 % via et mellemholdingselskab.

Figur 1 – Omgåelse af ejerkravet

Figur 1.1 - S1-S3 ejer porteføljeaktier i D



Figur 1.2 - S1-S3 ejer datterselskabsaktier i MH



Kilde: Egen tilvirkning

3.5 Formålet med mellemholdingreglen

For at imødekomme denne omgåelsesmulighed er der ved lov nr. 525 indført en værnsregel, den såkaldte mellemholdingregel. Dette fremgår direkte af bemærkningerne til L 202 side 23 og 37. Reglen findes i ABL § 4 A stk. 3 og for så vidt angår koncernselskabsaktier findes der en reference til ABL § 4 A stk. 3 i ABL § 4 B stk. 2.¹¹ Formålet med reglen er dermed at sikre, at ejerkravet på 10 % ikke omgås via disse ”omvendte juletræer” således, at grænserne mellem de definerede aktiekategorier opretholdes. Desuden er det centralt at bemærke, at mellemholdingreglen også tjener det formål, at mellemholdingselskaber, som eksisterer uden henblik på omgåelse af ejerkravet undtages fra reglen. Dette kan eksempelvis læses på side 28 i bilag 41 til L 202, som er Skatteministeriets svar på Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (FSRs) henvendelse af 7. maj 2009.¹² Kommentaren her er dog specifikt relateret til majoritetskravet, men det virker rimeligt at overføre denne til de andre betingelser i reglen og dermed mellemholdingreglen som helhed.

Omfattes et mellemholdingselskab af værnsreglen er hensigten konkret, at stille alle selskabsaktionærer i mellemholdingselskabet som om aktierne i datterselskabet var ejet direkte jf. side 3 i bilag 20 til L 84, som er Skatteministeriets svar på FSRs henvendelse af 4. februar 2011.¹³

I det følgende gennemgås mellemholdingreglen detaljeret.

4.0 ABL § 4 A stk. 3 – Mellemholdingreglen ved lov nr. 525

I sin enkelthed fastsættes det i ABL § 4 A stk. 3, at såfremt alle betingelserne i ABL § 4 A stk. 3 nr. 1-4 er opfyldt skal et mellemholdingselskabs datterselskabsaktier betragtes som værende ejet direkte af mellem-

¹¹ Med denne reference behandles koncernselskabsaktier og datterselskabsaktier ens i sammenhæng med mellemholdingreglen. For nemheds skyld refereres fremover således kun til ABL § 4 A.

¹² I det følgende vil Skatteministeriets svar på FSRs henvendelse af 7. maj 2009 blive benævnt bilag 41.

¹³ I det følgende vil Skatteministeriets svar på FSRs henvendelse af 4. februar 2011 blive benævnt bilag 20.

holdingselskabets selskabsaktionærer. Der skal altså ses bort fra mellemholdingselskabet. Ordlyden af mellemholdingreglen findes i bilag A.

Fra ordlyden af 1. pkt. ses, at de skattesubjekter, som kan risikere at blive anset som direkte ejere af mellemholdingselskabets aktier er selskaber, som er nævnt i SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a. Dermed omfattes danske selskaber og udenlandske selskaber med fast driftssted i Danmark. Omvendt omfattes ikke udenlandske selskaber uden fast driftssted i Danmark.¹⁴ Endelig omfattes også aktionærer som er omfattet af fondsbeskatningsloven (FBL) § 1, sambeskatning efter SEL § 31 A eller CFC-beskatning efter SEL § 32 og ligningsloven (LL) § 16 H. Dette synes dog ikke at fremgå af hverken bemærkninger eller lovforarbejder til L 202. Det fremgår i stedet af SKATs kommentar, SKM2010.203.DEP, samt lovforarbejderne til L 84 hvor det fastslås, at det er gældende ret før vedtagelsen af lov nr. 254. Det må derfor antages, at det, ifølge Skatteministeriet, fremgår implicit af lovteksten.

Fra ordlyden ses ligeledes, at der ikke stilles krav til hvilke mellemholdingselskaber, der omfattes. Det afgørende er således ikke mellemholdingselskabets tilhørsforhold, men udelukkende om selskabsaktionærerne er skattepligtige til Danmark.

Det er vigtigt at understrege, at samtlige betingelser skal være opfyldt før der kan ses bort fra et mellemholdingselskab. Eftersom betingelserne spiller en central rolle vil alle fire betingelser blive analyseret i det følgende. Det vil ske på baggrund af fremgangsmåden beskrevet i afsnit 1.2.

4.1 Ad. nr. 1. Primær funktion

4.1.1 Lovgrundlag og formål

For at et mellemholdingselskab kan være omfattet af bestemmelsen i ABL § 4 A stk. 3 skal mellemholdingselskabets primære funktion være at eje datterselskabsaktier. I denne sammenhæng kan der være tale om datterselskabsaktier i flere datterselskaber. Hvis et mellemholdingselskab således kan påvise at dets primære funktion *ikke* er at eje datterselskabsaktier omfattes mellemholdingselskabet dermed ikke af mellemholdingreglen. Betingelsen i ABL § 4 A stk. 3 nr. 1 har til formål at sikre, at selskaber, som udelukkende er etableret med henblik på at besidde og administrere datterselskabsaktier og dermed omgå ejerkravet på 10 % omfattes af mellemholdingreglen. Omvendt kan det således siges, at betingelsen har til formål at undtage de mellemholdingselskaber hvis primære funktion ikke er at besidde datterselskabsaktier og dermed ikke har skatteundgåelse til hensigt.

¹⁴ Fra lovforarbejderne til L 202 kan det ses, at det oprindelige lovforslag også omfattede udenlandske selskaber. Dette blev imidlertid ændret med den begrundelse, at udbytte til udenlandske selskabsaktionærer er omfattet af reglerne om beneficial owner i SEL § 2 stk. 1 litra c.

Det er derfor centralt at definere indholdet og omfanget af begrebet *primær funktion*. Bemærkningerne til L 202 er i denne henseende en smule sparsomme. Ordret fremgår det dog: "*Mellemholdingselskabet skal i ikke uvæsentligt omfang have anden aktivitet end ejerskabet af datterselskabsaktier...*" Desuden kan det læses, at der skal foretages en konkret vurdering af selskabets formål. Fra bemærkningerne kan det således udledes, at eftersom *i ikke uvæsentligt omfang* i den grad er åbent for fortolkning er der ikke fastsat objektive kriterier hvorefter et selskabs primære funktion kan fastslås. Tværtimod vil det være en konkret vurderingssag i det enkelte tilfælde. Denne uafklarede retsstilling har givet anledning til en række spørgsmål ang. *primær funktion*.

I bilag 41 forsøger FSR således at få konkretiseret begrebet. Bl.a. spørges om et mellemholdingselskab ikke omfattes af reglen i ABL § 4 A stk. 3 nr. 1 såfremt dets primære formål er et andet end ejerskab af datterselskabsaktier jf. dets vedtægter. Til dette svares, at "*det skal vurderes, hvad der reelt er mellemholdingselskabets primære funktion.*" Det er således ikke det i vedtægterne bestemte formål, der bør lægges til grund i en vurdering. Derudover spørges om ejerskab af porteføljeaktier *i ikke uvæsentligt omfang* kan medføre, at den primære funktion ikke er ejerskab af datterselskabsaktier. Dette forholder ministeren sig åbent til. Er et mellemholdingselskabs primære formål således at eje porteføljeaktier vil mellemholdingreglen ikke finde anvendelse. Dette synes ganske selvfølgelig givet reglens ordlyd. Det interessante i denne sammenhæng er derimod, at skatteministeren kommer med konkrete eksempler på hvilke kriterier, der kan lægges til grund for den konkrete vurdering af hvornår der er tale om anden aktivitet *i ikke uvæsentligt omfang*. Det foreslås, at der tages udgangspunkt i en ligning mellem fx porteføljeaktiebesiddelser og datterselskabsaktiebesiddelser. Denne ligning skal dermed vise forholdet mellem summen af de to besiddelser i mellemholdingselskabet. Ligningen kan være baseret på aktiviteten, volumen eller afkastet vedr. de to beholdninger. Ud fra denne ligning skal det kunne sandsynliggøres hvornår der er tale om, at beholdningen af porteføljeaktier opfylder *i ikke uvæsentligt omfang*. Det fremgår imidlertid ikke af skatteministerens svar hvilket forhold mellem porteføljeaktier og datterselskabsaktier, som netop kan sandsynliggøre dette.

Netop denne problemstilling tages op i skatteministeriets kommentar til henvendelsen af 20. maj 2009 fra Kromann Reumert i bilag 58 til L 202.¹⁵ I første spørgsmål spørges til om det afgørende kriterium for mellemholdingselskabets primære funktion er forholdet mellem værdien af datterselskabsaktier og andre aktiver og i bekræftende fald hvilket forhold er afgørende. Det næste spørgsmål søger en yderligere uddybning af hvad der kan betegnes som *i ikke uvæsentligt omfang*. I skatteministerens svar i bilag 58 fremgår det ordret, at det ikke er muligt at sætte et præcist objektivt kriterium for hvornår der er tale om *i ikke uvæsentligt omfang*. Endvidere fremgår det af svaret fra skatteministeren, at det ikke alene vil være nok at læg-

¹⁵ I det følgende vil Skatteministeriets svar på Kromann Reumerts henvendelse af 20. maj 2009 blive benævnt bilag 58.

ge et forhold mellem værdien af datterselskabsaktier og andre aktiver til grund for en afgørelse. Der vil således sandsynligvis være tale om en vurdering, som vil inkludere en række andre kriterier.

Tilbage står således, at der for hvert tilfælde skal foretages en konkret vurdering. Denne vurdering vil sandsynligvis skulle tage afsæt i forholdet mellem datterselskabsaktier og andre aktiver, fx målt på volumen, afkast etc. Dog er der ikke fastsat nogen konkret grænse for hvornår et sådant forholdstal har afgørende betydning. Dertil kommer, at skatteministerens svar også indikerer, at andre forhold vedr. aktiebesiddelserne også vil kunne lægges til grund for en afgørelse. Samlet set må det derfor siges, at retsstillingen som udgangspunkt er noget uafklaret angående mellemholdingselskabets primære funktion. Dette skyldes manglen på et eller flere objektive kriterier samt skatteministerens tøven i forhold til konkret at fastsætte hvilke kriterier, der skal lægges til grund for en afgørelse.

4.1.2 Praksis

Denne noget uafklarede retsstilling har givet anledning til en række afgørelser af hvornår der er tale om anden aktivitet end datterselskabsaktier *i ikke uvæsentligt omfang*. Således ønskes, i SKM2009.796.SR, svar på om selskabet A ApS er omfattet af mellemholdingreglen ved en udvidelse af en aktiepost i det underliggende selskab G fra 4,4 % til 10 %. I SKATs begrundelse er inddraget en række momenter. Eksempelvis bemærkes det fra SKATs side, at A er stiftet med investering i børsnoterede værdipapirer for øje samt at selskabet har eksisteret i flere år. Endvidere lægges der fra SKATs side vægt på, at A tidligere kun har ejet datterselskabsaktier i en mindre grad. Således udgør aktieposten i G før udvidelsen 1/6 imens andelene af børsnoterede aktier og børsnoterede obligationer udgør 1/3 og 1/2 henholdsvis. Efter udvidelsen vil aktieposten i G nu udgøre en 1/3 af de samlede aktiver i A. På baggrund af disse forhold finder SKAT, at As primære funktion ikke er ejerskab af datterselskabsaktier og ABL § 4 stk. 3 finder således ikke anvendelse. SKAT bemærker endvidere i forbindelse med sin afgørelse, at mellemholdingreglen er en værnsregel hvis formål er at forhindre rent kunstige arrangementer/svig eller misbrug. Til sidst betones det fra SKATs side, at der ikke er taget stilling til fremtidige situationer, som afviger fra den konkrete beskrivelse. Resultatet af andre dispositioner end den beskrevne kan således føre til, at As primære funktion ændres.

Betingelsen om *primær funktion* bliver også afdækket i SKM2010.538.SR. Her refererer spørger til ovennævnte SKM2009.796.SR og gør gældende, at der i denne afgørelse blev lagt vægt på selskabets formål, den flerårige eksistens og, at selskabets aktiver hovedsagligt blev udgjort af likvide midler samt mindre aktiebesiddelser. Da spørger mener at de samme forhold gør sig gældende i denne sag mener man derfor, at de to sager er sammenlignelige og, at SKAT derfor bør komme til samme konklusion. Det oplyses, at ud af spørgers samlede aktiver udgør datterselskabsaktier ca. 41 %. Desuden oplyses det, at det ikke fremgår af spørgers formålsbestemmelse, at ejerskab af datterselskabsaktier er den primære funktion.

Ved SKATs afgørelse refereres netop til afgørelsen i SKM2009.796.SR om, at der ikke kan sættes en fast 50%-regel eller lignende. Det er således ikke afgørende for SKAT, at det kun er 41 % af spørgers aktiver, der udgøres af datterselskabsaktier. Derfor inddrager SKAT også antallet af personer, som er beskæftiget med administrationen. I den forbindelse er det blevet oplyst, at der tidligere var ca. 15 medarbejdere beskæftiget med administration af spørgers portefølje. Efterfølgende er størstedelen af disse blevet flyttet til en ekstern rådgiver hvor de nu har fastansættelse. På det, for afgørelsen, relevante tidspunkt er der således ca. 6 fuldtidsansatte hos den eksterne rådgiver, som er beskæftiget med spørgers portefølje. SKAT vurderer på denne baggrund, at den primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier. Dette er på trods af, at kun 41 % af selskabets aktiver udgøres af datterselskabsaktier. SKAT anser altså ikke de to nævnte afgørelser som sammenlignelige.

Endnu et eksempel på SKATs fortolkning af reglen om *primær funktion* kan findes i SKM2011.13.SR. I dette tilfælde udgøres spørgerens samlede aktiver ca. 14,7 mio. kr., hvoraf ca. 13,4 mio. kr. udgøres af fire ejerlejligheder og en domicilejendom, som alle udlejes. I spørgers øjne er der således tale om, at en væsentlig andel af de samlede aktiver udgøres af øvrige aktiver. Endvidere modtages der årlige lejeindtægter fra udlejningsejendommene på ca. 1,0 mio. kr., hvilket også anses af spørger som en væsentlig del af selskabets indtægter. På denne baggrund mener spørger, at betingelsen i ABL § 4 A stk. 3 nr. 1 ikke er opfyldt.

Som i de tidligere afgørelser anlægger SKAT en væsentlig bredere anskuelse end blot at vurdere det objektive forhold mellem datterselskabsaktier og andre aktiver. SKAT har således lagt vægt på, at den eneste ansatte, J, i selskabet finansieres 50 % af honorarer fra selskabets datterselskab. SKAT mener således, at den væsentligste del af Js arbejde er i forhold til datterselskabsaktiebesiddelsen. SKAT anfører også, at ejendomsbesiddelsen ikke kan anses for at udgøre en tilstrækkelig aktivitet til at være den primære funktion. I denne vurdering er også medtaget det forhold, at en væsentlig del af udlejningen sker til datterselskaber. På denne baggrund når SKAT frem til, at selskabets primære funktion er at eje datterselskabsaktier.

4.1.3 Vurdering

Skatteministeren fremsætter selv den mulighed, at vurderingen af hvornår der er tale om *primær funktion* kan baseres på et ligningsmæssigt forhold mellem datterselskabsaktiebesiddelsen og andre aktiver. Dog fastsættes det ikke hvad der er tilstrækkeligt før et ligningsmæssigt forhold kan sandsynliggøre, at mellemholdingselskabets primære funktion ikke er ejerskab af datterselskabsaktier. Tværtimod fremgår det tydeligt, at det ikke er muligt at fastsætte et sådant fast objektivt forhold. I ovennævnte afgørelser lægger SKAT sig klart op ad lovforarbejderne. Det bliver således ikke bekræftet i nogen af de tre afgørelser, at der kan anvendes et fast objektivt forhold, som fx 50 % reglen, mellem datterselskabsaktierne og andre aktiver til brug for afgørelsen. I stedet bekræfter SKAT, at der skal foretages en konkret vurdering. Resultatet deraf er,

at der ikke hersker tvivl om retstillingen vedrørende muligheden for at fastsætte et sådant objektivt forhold. En sådan objektiv grænse vil på mange måder gøre begrebet *primær funktion* skarpere og udrydde en lang række tvivlsspørgsmål. Resultatet ville være en mere håndterbar regel hvilket ville give en klarere retstilling. På den anden side ville en etablering af fx en fast 50 % regel fungere som et mål for selskabskonstruktioner, som måtte ønske at omgå mellemholdingreglen. Eftersom hele formålet med mellemholdingreglen er at undgå omgåelse af ejerkravet på 10 % ville en sådan objektiv regel ikke kunne fungere alene.

Når den nævnte konkrete vurdering skal foretages hersker der en udpræget uklarhed. Skatteministeren foreslår, at forholdet mellem datterselskabsaktiebesiddelsen og andre aktiver bør inddrages i en sådan vurdering hvilket synes ganske relevant. Problematikken opstår når det skal defineres hvad, der skal danne basis for udregningen af et sådant forholdstal. Dette adresserer skatteministeren delvist selv i bilag 41 idet der foreslås, at man kan benytte fx aktiviteten, volumen eller afkastet som basis for et forholdstal. Desværre uddybes dette ikke yderligere. Det forlyder således ikke hvordan et udtryk som *aktivitet* skal forstås. Det kunne fx være aktiviteten vedrørende køb og salg af aktivet. Det kunne også være antallet af medarbejdere tilknyttet det pågældende aktiv. Derudover uddybes heller ikke hvordan der skal ses på de tre momenter i relation til hinanden. Det er derfor ikke muligt at fastslå med sikkerhed om de indbyrdes bør vægtes ligeværdigt eller om der bør differentieres imellem dem. Resultatet af dette er, at der selvsagt vil herske en del uklarhed om hvordan og hvilke momenter, der bør inddrages i en konkret vurdering. For at afhjælpe dette vil man med fordel kunne konkretisere indholdet af sådanne kriterier. Dette vil gøre håndteringen af reglen nemmere i praksis.

Ovenstående problemstilling ses når de tre nævnte afgørelser sammenlignes. I SKM2009.796.SR baserer SKAT bl.a. sin afgørelse på formuefordelingen mellem datterselskabsaktier og andre aktiver. Der lægges vægt på, at den relevante aktiebesiddelse, før en evt. udvidelse, udgør 1/6 af de samlede aktiver. Efter en udvidelse udgør datterselskabsaktier 1/3 af de samlede aktiver. Dette bidrager til, at SKAT konkluderer, at den primære funktion *ikke* er ejerskab af datterselskabsaktier. I SKM2010.538.SR udgøres ca. 41 % af spørgers aktiver af datterselskabsaktier. I denne forbindelse vælger SKAT dog yderligere at se på antallet af medarbejdere beskæftiget med aktiverne. På denne baggrund når SKAT til den konklusion, at den primære funktion *er* ejerskab af datterselskabsaktier. Dette er på trods af, at kun 41 % af aktiverne udgøres af datterselskabsaktier. I SKM.2011.13.SR synes det, at der yderligere er set bort fra formueforholdet mellem datterselskabsaktier og andre aktiver. Spørgers samlede andel af datterselskabsaktier udgør her ca. 1,3 mio. kr. ud af ca. 14,7 mio. kr. SKAT vælger dog også at lægge vægt på den eneste ansattes arbejdsfordeling og kommer på den baggrund frem til, at den primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier.

I den første afgørelse, SKM2009.796.SR, lægges afgørende vægt på spørgers formuefordeling. Endvidere nævnes, i SKATs afgørelse, ikke andre kriterier som fx aktivitet, der har influeret på afgørelsen, hverken i den ene eller anden retning. Efterfølgende ses i SKM2010.538.SR, at SKAT her inddrager medarbejdernes grad af aktivitet vedrørende mellemlholdingselskabet's aktiver. Det er således ikke kun formuefordelingen, men i højere grad en samlet vurdering af flere kriterier, der fører til SKATs afgørelse. Dette kan synes ganske fornuftigt eftersom spørgers samlede aktiver ikke i samme grad som SKM2009.796.SR udgøres af andre aktiver i forhold til datterselskabsaktier. I den sidste afgørelse synes det afgørende moment at være den ansattes aktivitet vedrørende de to aktivgrupper. Dette lader til at være tilfældet eftersom SKAT finder, at den primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier, på trods af en klar overvægt af andre aktiver. Endvidere oplyses det, at den ansatte kun finansieres med 50 % af aktiviteten vedrørende datterselskabsaktierne. SKAT synes derfor at have prioriteret aktiviteten vedrørende aktiverne over aktivernes relative andele af de samlede aktiver. Samlet set giver de tre afgørelser således et noget uklart billede af hvilke momenter der lægges vægt på ved den konkrete vurdering.

Endvidere kan der ses uklarheder i hvordan SKAT vægter andre momenter som fx mellemlholdingselskabet's vedtægtsbestemte formål og alder. Som udgangspunkt fastslås det i bilag 41, at det ikke er det vedtægtsbestemte formål, der bør lægges til grund i en konkret vurdering. Derimod fremgår det at *"det skal vurderes, hvad der reelt er mellemlholdingselskabet's primære funktion."* Fra denne sætning må man udlede, at det bør være den faktiske primære funktion i vurderingsøjeblikket, der bør lægges til grund for vurderingen. Dette forekommer at give god mening eftersom man ville kunne omgå mellemlholdingreglen blot ved en vedtægtsændring, hvilket ville udhule hele værnstanken. Ligeledes bør der heller ikke blive lagt vægt på mellemlholdingselskabet's alder. Var dette tilfældet ville det give mulighed for at omgå mellemlholdingreglen ved fx at benytte tidligere stiftede skuffeselskaber. Dette fremgår imidlertid ikke eksplicit af lovforarbejderne. Dog bestemmes det som ovenfor, at det er det reelle formål, der bør lægges til grund. Der levnes derfor ikke mulighed for, at mellemlholdingselskabet's alder bør tillægges vægt. Ved i stedet at lade den reelle funktion i mellemlholdingselskabet indgå i vurderingen gives dermed mulighed for at vurdere om formålet med mellemlholdingselskabet er at omgå ejerkravet på 10 % uden at skele til hverken vedtægter eller alder. Dette ligger godt i tråd med reglens hensigt om at sørge for, at der ikke oprettes tomme mellemlholdingselskaber udelukkende til at samle porteføljebesiddelser til datterselskabsbesiddelser. Denne tilgang i lovforarbejderne synes at være ganske fornuftig. Dog kan det påpeges, at en førnævnt vurdering er forholdsvis subjektiv. Man kan derfor ende i situationer hvor vurderingens konklusion varierer på trods af sammenlignelige forudsætninger. Resultatet heraf kan være en lempet eller skærpet afgørelse i forhold til den oprindelige hensigt, hvilket skaber en uafklaret retsstilling.

Det fremgår af afgørelsen i SKM2009.796.SR, at "*SKAT bemærker ... at A A/S er stiftet med det formål at investere i børsnoterede værdipapirer, ... og selskabet har eksisteret i flere år*". Ud fra den umiddelbare ordlyd fremgår det ikke hvor stor en vægt SKAT har tillagt det oprindelige stiftelsesformål, men ikke desto mindre vælger SKAT at bemærke det. Desuden fremgår det heller ikke af SKM2009.796.SR om stiftelsesformålet direkte er funderet i selskabets vedtægter. På trods af disse to forbehold synes SKAT stadig at tillægge det oprindelige formål en vis værdi. Desuden bemærker SKAT, at selskabet har eksisteret i flere år. Dette synes også at være forkert eftersom der i lovforarbejderne ikke åbnes mulighed for at lægge vægt på et mellemholdingselskabs alder. Dermed er det ikke selskabets reelle primære funktion i vurderingsøjeblikket der lægges vægt på, hvilket forekommer forkert i forhold til lovforarbejderne. Samlet set finder SKAT i den nævnte afgørelse, at mellemholdingselskabets primære funktion ikke er ejerskab af datterselskabsaktier. Dette er til dels på baggrund af formuefordelingen, stiftelsesformålet samt alder og endelig nævnes det, at der også er henset til formålet med ABL § 4 A, hvilket er at forhindre omgåelse af ejerkravet på 10 % ved kunstige arrangementer. Sidstnævnte forekommer ganske fornuftigt, da man vurderer mellemholdingselskabet ud fra værnsreglens formål frem for alder eller stiftelsesformål. Betragtes i stedet afgørelsen SKM2010.538.SR mener spørger, at der kan trækkes paralleller til SKM2009.796.SR for hvad angår selskabets formål og alder. Imidlertid inkluderer SKAT udelukkende formuefordelingen samt aktiviteten vedrørende aktiverne i sin afgørelse. De samme momenter som i SKM2009.796.SR synes derfor ikke at indgå i afgørelsen. Set i forhold til lovforarbejderne synes dette at være korrekt for stiftelsesformål og alder, men det falder ikke i tråd med SKM2009.796.SR. At SKAT ikke henser til værnsreglens formål om at forhindre kunstige arrangementer med henblik på omgåelse af ejerkravet synes hverken at ligge på linje med SKM2009.796.SR eller lovforarbejderne. Sammenlignes forudsætningerne for de to afgørelser er der intet der entydigt peger på at mellemholdingselskabet i SKM2010.538.SR i højere grad skulle være stiftet eller have til formål at omgå mellemholdingreglen. Reglen om *primær funktion* kan derfor synes at være relativt indskrænkende fortolket. Samme tilgang ses i SKM2011.13.SR. Her lægges vægten ligeledes på formuefordelingen og aktiviteten vedrørende aktiverne imens der ikke lægges vægt på om mellemholdingselskabet reelt har til formål at omgå ejerkravet på 10 %.

Der lægges altså vægt på stiftelsesformål og alder i SKM2009.796.SR hvilket findes at være forkert. Umiddelbart må det nok formodes, at dette heller ikke vil forekomme i fremtidige afgørelser hvilket heller ikke er tilfældet i SKM2011.13.SR. På trods af dette bidrager det ikke til en klarere retsstilling omkring værnsreglen. Endvidere forekommer det, at der i de to sidstnævnte afgørelser ikke er skelet til mellemholdingselskabets reelle formål i samme grad, hvis nogen overhovedet, som lovforarbejderne giver mulighed for og som det er gjort i SKM2009.796.SR. Reglen om *primær funktion* kan således virke indskrænkende ved at omfatte mellemholdingselskaber, som ikke har til formål at omgå ejerkravet, men som blot omfattes på

baggrund af andre momenter i vurderingen. Hvis hensigten med reglen reelt er at forhindre kunstige arrangementer med henblik på omgåelse af ejerkravet, forekommer fortolkningen derfor at være skærpet i forhold til oprindeligt tiltænkt.

4.1.4 Konklusion

Reglen om *primær funktion* er en del af værnreglen i ABL § 4 A stk. 3. Derfor skal formålet med førstnævnte regel ses i samme lys som formålet med værnreglen som helhed. Værnreglen skal igen ses i sammenhæng med det oprindelige formål med lov nr. 525. Som nævnt i afsnit 3.1 havde ændringen af beskatning af aktieavancer til formål at undgå dobbeltbeskatning, skabe lighed mellem investeringer i forskellige aktivtyper samt simplificere aktieavance- og udbyttebeskatningen. Værnreglen, og dermed reglen om *primær funktion*, har til formål at forhindre omgåelse af ejerkravet på 10 % og på den måde sikre, at principperne omkring dobbeltbeskatning og lighed mellem investeringer overholdes.

På den baggrund kan det konkluderes, at reglen omkring *primær funktion* har flere svagheder. Som nævnt ovenfor skal der ligge en konkret vurdering til grund for hver afgørelse. Hvis disse konkrete afgørelser afviger fra hinanden skabes en uklar retsstilling, som gør fortolkningen af reglen svær både for skatteydere og SKAT selv. Dette ses fx når det ikke fremgår klart hvilke momenter, der bør indgå i en konkret vurdering og når det endvidere ikke fremgår klart hvorledes momenterne skal prioriteres i forhold til hinanden. Uklarheden kan resultere i fejlfortolkninger og fejlagtige afgørelser, hvilket modvirker værnreglens oprindelige intention om forhindring af omgåelse af ejerkravet. Endvidere ses eksempler på, at værnreglens formål med at forhindre kunstige arrangementer med henblik på omgåelse glider i baggrunden for nogle af de andre momenter, der lægges til grund i en konkret vurdering. Risikoen er, at udelukkende momenter som fx formuefordeling og aktivitet vedrørende aktiverne lægges til grund i en konkret vurdering og fejlagtigt fører til, at værnreglen omfatter mellemlholdingselskaber hvis formål ikke er omgåelse af ejerkravet. Denne uhensigtsmæssige virkning synes ikke at harmonere med det oprindelige formål med mellemlholdingreglen.

Endelig skaber rækken af uklarheder og uhensigtsmæssigheder en situation hvor fortolkningen af reglen om *primær funktion* gøres besværlig og kompliceret. Dette er således modsat af hvad der oprindeligt var formålet med vedtagelsen af lov nr. 525.

4.2 Ad. nr. 2. Reel økonomisk virksomhed

4.2.1 Lovgrundlag og formål

Anden betingelse for at være omfattet af mellemlholdingreglen er, at der i mellemlholdingselskabet ikke udøves *reel økonomisk virksomhed* vedrørende aktiebesiddelsen. Kan det påvises, at mellemlholdingselska-

bet udøver reel økonomisk virksomhed i en eller anden form vedrørende aktiebesiddelsen vil man dermed ikke være omfattet af ABL § 4 A stk. 3 nr. 2. Reglen harmonerer med, at passive kapitalanbringelser netop er defineret ved en ejerandel på mindre end 10 %, jf. afsnit 3.1 ovenfor. Lægges flere passive kapitalanbringelser sammen, vil man dermed kunne opnå en ejerandel større end 10 %. Derfor er det et krav, at der udøves *reel økonomisk virksomhed* i forbindelse med en aktiebesiddelse på trods af, at den måtte overstige 10 %. Formålet med reglen er dermed at forhindre, at passive kapitalanbringelser lægges sammen for på den måde at omgå ejerkravet på 10 %. Omvendt har betingelsen således til hensigt at fritage mellemlholdingselskaber, i hvilke der faktisk udøves *reel økonomisk virksomhed*. Disse er dermed ikke passive kapitalanbringelser og har ikke skatteundgåelse til hensigt. Derudover tjener betingelsen om reel økonomisk virksomhed også det formål, at man derved lægger sig op af EU-retlige principper hvilket fremgår af bilag 41 side 25.

I bemærkningerne til L 202 kan det læses, at for at bestemmelsen ikke finder anvendelse så er det nødvendigt, at mellemlholdingselskabet udøver en form for *reel økonomisk virksomhed*. Ydermere skal denne virksomhed have tilknytning til aktiebesiddelsen. Derudover kræves, at mellemlholdingselskabet har fysiske lokaler, personale og udstyr. På denne måde udelukkes rene postkasse- og skærmselskaber fra at udøve reel økonomisk virksomhed. Udover dette er begrebet *reel økonomisk virksomhed* ikke defineret yderligere i bemærkningerne. Der er altså tale om en noget sparsom definition af begrebet, hvilket har givet anledning til flere spørgsmål angående dette.

På side 25 i bilag 41 beder FSR skatteministeren om at uddybe det nærmere indhold af begrebet *reel økonomisk virksomhed*. Til brug for dette ønskes Skatteministeriets stillingtagen til SKM2004.297.HR hvori erhvervsmæssig virksomhed defineres. Endvidere ønske også bl.a. stillingtagen til det EU-retlige aspekt i værnereglen. FSR beder også Skatteministeriet forholde sig til en række konkrete eksempler, som spænder fra en yderlighed til en anden. I den ene ende af spektret har mellemlholdingselskabet outsourcet alle administrative funktioner til en professionel udbyder, har adresse hos denne og mellemlholdingselskabets bestyrelse deltager ikke aktivt i investeringer. I den anden yderlighed har mellemlholdingselskabet egne lokaler og personale, man varetager selv administrationen og forvaltning af investeringer sker aktivt gennem bestyrelsesmøder og/eller direktion.

Skatteministeriets uddybning af definitionen af *reel økonomisk virksomhed* er ikke videre udførlig. Dog fastslås det, at det ikke er tilstrækkeligt at eje aktier, som det er tilfældet i SKM2004.297.HR. Definitionen i SKM2004.297.HR kan dermed ikke sidestilles med hvad der gør sig gældende for *reel økonomisk virksomhed*. Endvidere fastslås det, at en sekundær eller underordnet funktion heller ikke er tilstrækkelig til at udgøre *reel økonomisk virksomhed*. Endelig fremgår, at det er nødvendigt, at mellemlholdingselskabet udøver

erhvervsmæssig virksomhed. Med denne formulering må det formodes, at der henvises til SKM2004.297.HR. Udover erhvervsmæssig virksomhed stilles krav om, at mellemlholdingselskabet skal have fysiske lokaler, personale og udstyr, hvilket også var nævnt i bemærkningerne til L 202. Dog fremgår det af bilag 41, at listen ikke er udtømmende. Vedrørende personale så uddybes det, at personalet skal have det nødvendige udstyr til at udøve den reelle økonomiske virksomhed og desuden er det et krav, at det reelt er personalet, som udøver den økonomiske virksomhed. Derfor er det også et krav, at personalet skal have den nødvendige kompetence til at udøve den reelle økonomiske virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.

Det EU-retlige aspekt besvares af Skatteministeriet ved en henvisning til LL § 16 H samt EF-domstolens dom i C-196/04 om Cadbury Schweppes.¹⁶ Dette behandles mere udførligt nedenfor. Dog skal det nævnes, at CS dommen i høj grad ligger til grund for betingelsen om *reel økonomisk virksomhed*. Skatteministeriets svar er derfor, at mellemlholdingreglen er i overensstemmelse med EU-retlige aspekter.

For så vidt angår den række af eksempler FSR fremsætter og ønsker Skatteministeriets stillingtagen til, så gives der et sammenfattet svar på alle eksempler. Fra dette fremgår, at definitionen af *reel økonomisk virksomhed* er mødt når mellemlholdingselskabet har egne lokaler til rådighed, personale som varetager administration og forvaltningen af investeringer sker aktivt gennem bestyrelsesmøder eller direktionen.¹⁷ Sidstnævnte kriterium nævnes ikke tidligere og uddybes ikke efterfølgende. Ikke desto mindre fremgår det som et moment der kan lægges vægt på. Omvendt udelukkes tilfælde hvor mellemlholdingselskabet outsourcer alle administrative opgaver og er hjemmehørende hos outsourcingudbyderen. Endelig fremgår det af Skatteministeriets svar, at afgørelsen vil afhænge af den konkrete situation. Der er altså tale om en konkret vurdering, hvilket lægger sig op af tilgangen til vurderingen af *primær funktion* jf. afsnit 4.1.1.

Fra lovforarbejderne til L 202 kan det altså udledes, at ved vurderingen af om der i et mellemlholdingselskab udøves reel økonomisk virksomhed skal der lægges vægt på fire kriterier. Disse kriterier er eksistensen af fysiske lokaler, personale, udstyr samt at forvaltning af investeringerne skal foregå aktivt gennem bestyrelsesmøder eller direktionsmøder.

Ad. LL § 16 H og C-196/04 Cadbury Schweppes

FSR fremfører, at værnsreglen kan virke indskrænkende i forhold til de koncernprivilegier, der fastsættes i Moder-/datterselskabsdirektivet. Dette vil fx være tilfældet hvis en dansk selskabsaktionær ejer aktier i et mellemlholdingselskab hjemmehørende i et andet EU land, som omfattes af værnsreglen og som ejer datterselskabsaktier i et selskab hjemmehørende i et tredje EU land. Dermed kan der som beskrevet i afsnit 3.2

¹⁶ I det følgende vil EF-domstolens dom i C-196/04 om Cadbury Schweppes blive benævnt CS dommen.

¹⁷ Det formodes, at kriteriet om udstyr ikke medtaget da det næppe er relevant i forhold til at besidde aktier.

jf. Moder-/datterselskabsdirektivet udloddes skattefrit udbytte til mellemholdingselskabet. Dette udbytte vil imidlertid blive skattepligtigt i Danmark ifølge mellemholdingreglen. Dermed opstår indskrænkningen af koncernprivilegier og spørgsmålet om mellemholdingreglens overensstemmelse med EU-retlige principper.

En sådan indskrænkning af koncernprivilegier kan ske på baggrund af direktivets artikel 1, stk. 2, som er beskrevet i afsnit 3.2. FSR ønsker således skatteministerens stillingtagen til vænsreglens EU-retlige aspekter.

Skatteministeriet svarer hertil, at betingelsen i ABL § 4 A stk. 3 nr. 2 svarer til kriteriet om reel økonomisk virksomhed som er indsat i LL § 16 H om CFC beskatning for personer. Kriteriet i ligningsloven er indsat som følge af CS dommen. På denne baggrund fastslår Skatteministeriet, at kriteriet skal fortolkes i overensstemmelse med den EU-retlig afgrænsning vedrørende rent kunstige arrangementer/svig eller misbrug. Dermed betragter Skatteministeriet ikke vænsreglen som værende i konflikt med Moder-/datterselskabsdirektivet.

Fra Skatteministeriets lidt uklare svar kan udledes, at man ved at indsætte kriteriet om reel økonomisk virksomhed og fortolke dette i overensstemmelse med CS dommen mener, at mellemholdingreglen dermed kun rammer kunstige arrangementer/svig eller misbrug. Dermed kan mellemholdingreglen rummes indenfor Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1 stk. 2 hvilket vil resultere i, at mellemholdingreglen vil være i overensstemmelse med EU-retten. Skatteministeriet refererer til CS dommen da denne er central i fastlæggelse af misbrugsbegrebet. Derfor gennemgås denne nedenfor.

Twisten i CS dommen går på om Cadbury Schweppes Overseas Ltd. er omfattet af CFC-beskatning i Det Forenede Kongerige¹⁸. Resultatet heraf vil være, at Cadbury Schweppes Overseas Ltd. skal beskattes af indkomst fra datterselskaber, som er underlagt en lavere irsk beskatning. I forbindelse med afgørelsen besvares en række præjudicielle spørgsmål. Heriblandt om Cadbury Schweppes misbruger de friheder, der er indført i EF-traktaten ved at oprette og indskyde kapital i selskaber i andre medlemsstater udelukkende med en mere fordelagtig skatteordning for øje. Samt om CFC-lovgivningen i UK er en hindring for etableringsfriheden sådan som den er fastsat i EF-traktatens artikel 43 EF og 48 EF. Endelig besvares hvorvidt CFC-lovgivningen kan begrundes med det formål at bekæmpe skatteunddragelse.

Første spørgsmål besvares i præmisserne 36-38 med henvisning til andre afgørelser. Her fastslås, at det faktum, at man har til hensigt at drage fordel af en gunstig skattelovgivning i et andet medlemsland ikke isoleret set resulterer i, at EF-traktatens bestemmelser ikke kan påberåbes. Det uddybes endvidere, at det-

¹⁸ I det følgende vil Det Forenede Kongerige blive benævnt UK.

te også er gældende for etableringsfriheden og det er således ikke misbrug af denne at etablere sig i et andet medlemsland med skattefordele som formål. I præmisserne 43-45 argumenteres for, at en sådan CFC-lovgivning vil resultere i forskelsbehandling af selskaber alt efter i hvilket medlemsland de er hjemmehørende i. Det fastslås derfor i præmis 46, at denne forskelsbehandling og dermed CFC-lovgivningen udgør en hindring for etableringsfriheden. Dermed bliver det relevant at afdække om den pågældende CFC-lovgivning overhovedet kan rummes indenfor EU-retlige principper. I præmis 47 henvises til tidligere afgørelser, hvorfor det fastsættes, at: *"En sådan hindring vil kun være tilladt, hvis den er begrundet i tvingende alment hensyn."* Endvidere fremgår det af præmissen: *"Hvis dette er tilfældet, kræves det desuden, at hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det."* I de efterfølgende præmisser 48-51 fastslås, at hensyn til at undgå tab af skatteindtægter ikke i sig selv vil udgøre et *tvungent alment hensyn* hvorimod rent kunstige arrangementer med henblik på omgåelse af skattelovgivningen vil begrunde en begrænsning af etableringsfriheden. De foregående præmisser sammenfattes i præmis 55, som besvarer det oprindelige spørgsmål. Af præmissen kan udledes, at for at en hindring af etableringsfriheden kan begrundes med bekæmpelse af misbrug, skal en sådan have til formål at afværge etableringen af rent kunstige arrangementer uden økonomisk realitet med henblik på skatteundgåelse. Udover at besvare de tidligere nævnte præjudicielle spørgsmål bidrager afgørelsen også med momenter til bedømmelse af om der er tale om økonomisk realitet eller ej. I præmisserne 67 og 68 findes således nogle objektive momenter, som bl.a. kan lægges til grund for en afgørelse. I præmisserne er nævnt graden af fysisk eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr. Endvidere henvises til postkasse- eller skærmselskaber som værende eksempler på rene kunstige arrangementer.

Sammenfattes CS dommen kan det konkluderes, at man ikke fandt, at Cadbury Schweppes, ved at oprette datterselskaber i andre medlemslande, misbrugte den etableringsfrihed, som er knæsat i EF-traktaten. Dernæst konstateres det, at UKs CFC-lovgivning blev fundet, at være en hindring for etableringsfriheden. Imidlertid kan CFC-lovgivningen begrundes, hvis den har det formål at forhindre oprettelsen af kunstige arrangementer uden økonomisk realitet. CFC-lovgivningen er således kun forenelig med EF-traktaten, når den udelukkende anvendes i tilfælde hvor der ikke er tale om en økonomisk realitet, uagtet om der foreligger skattemæssige bevæggrunde eller ej.

4.2.2 Praksis

I SKM2010.33.SR ses hvordan de fire nævnte kriterier i afsnit 4.2.1 er afgørende for SKATs vurdering. Det fremgår af beskrivelsen af de faktiske forhold, at det pågældende selskab har egne lokaler, samt at der er ansat en lønnet deltidsdirektør. Det oplyses også, at direktørens opgaver bl.a. er at deltage i drøftelser angående investeringer i dattervirksomheder samt at udarbejde de nødvendige aftaler når der foretages inve-

steringer. Endelig er direktøren i løbende kontakt med dattervirksomhedernes direktører. Dog nævnes det også, at sekretariatsfunktionen udføres af et eksternt firma, der dog har adresse sammen med mellemlholdingselskabet. Derudover oplyses det, at man fra selskabets side kræver plads i bestyrelsen i samtlige af datterselskaberne. På denne baggrund mener man fra selskabets side ikke, at man er omfattet af ABL § 4 A stk. 3 nr. 2. I store træk tilslutter SKAT sig denne betragtning. SKAT lægger i sin afgørelse vægt på, at man fra selskabets side deltager i datterselskabernes bestyrelser og forsøger at udvikle disse ved hjælp af rådgivning. Derudover lægges der vægt på, at man har ansat en direktør, som varetager opgaver vedrørende den erhvervsmæssige aktivitet samt, at man ejer egne lokaler. Det nævnes også, at det faktum, at man lader sekretariatsfunktionen varetage af et andet selskab ikke fratager aktiviteten karakter af erhvervsmæssig virksomhed. SKAT finder på denne baggrund ikke, at betingelsen i ABL § 4 A stk. 3 nr. 2 er opfyldt, hvorfor værnsreglen ikke kommer til anvendelse.

I en efterfølgende afgørelse, SKM.2010.263.SR, illustreres hvordan SKAT vælger at fortolke kravet om aktiv forvaltning af datterselskaber. Indledningsvis ønskes SKATs svar på om der udøves reel økonomisk virksomhed i relation til mellemlholdingreglen. I de faktiske forhold oplyses, at det pågældende selskab råder over to fysiske kontorsteder, desuden er der ansat en direktør, som står for bogføring, analyse og opfølgning i forbindelse med investeringerne. Derudover deltager han i samtlige bestyrelser i selskabets datterselskaber. Endelig har selskabet også en professionel bestyrelsesformand, der sammen med resten af bestyrelsen mødes med ledelser og bestyrelser i samtlige datterselskaber. På denne baggrund mener man fra selskabets side, at der udøves reel økonomisk virksomhed og, at man derfor ikke opfylder betingelsen i ABL § 4 A stk. 3 nr. 2. Denne opfattelse deles efterfølgende af SKAT, hvor man også lægger vægt på de nævnte momenter. Dernæst ønskes svar på samme spørgsmål blot med den ændring, at man i stedet for at opnå en bestyrelsespost i et givent datterselskab betinger sig at modtage løbende økonomi- og ledelsesrapportering på linje med den rapportering, der tilgår bestyrelsen. I den forbindelse henviser SKAT til, at der ikke er sat en præcis grænse for hvad, der er nødvendigt for at statuere *reel økonomisk virksomhed*, hvorfor der skal foretages en konkret vurdering. SKAT mener, at det er et krav for reel økonomisk virksomhed, at der kan udøves indflydelse på ledelsen i datterselskabet. Dette bakkes op med en henvisning til SKM.2010.33.SR. Dernæst vurderes, at i det tilfælde hvor man ikke holder en bestyrelsespost, men blot modtager samme information som bestyrelsen, vil det være svært at udøve den nødvendige grad af indflydelse. På det grundlag mener SKAT altså ikke, at der er tale om reel økonomisk virksomhed.

I afgørelserne SKM2010.410.SR og SKM2010.538.SR demonstreres hvorledes SKAT fortolker betingelserne om fysiske lokaler og kvalificeret personale. I SKM2010.410.SR ejes det relevante mellemlholdingselskab af to personlige ejerselskaber. Det er så ejerne af disse to selskaber, som i fællesskab udfører administratio-

nen i mellemholdingselskabet som ulønnede direktører. I den forbindelse er det også aftalt, at de indtræder i bestyrelserne i de to underliggende datterselskaber hvor det oplyses, at de har deltaget aktivt i ledelsen. Endelig oplyses det, at mellemholdingselskabet har adresse samme sted som det ene af de to ejerselskaber. SKAT finder på den baggrund ikke, at betingelserne for *reel økonomisk virksomhed* opfyldes. I sin afgørelse lægger SKAT vægt på, at direktørerne er de to øverste anpartshavere, at disse er ulønnede, at der ikke er personale tilstede og at man har adresse hos den ene af ejerne. Samme tendens ses i SKM.2010.538.SR. Her oplyses det, at det relevante mellemholdingselskab har en direktør, som varetager administrationen af mellemholdingselskabets frie likvider, tegner mellemholdingselskabet og deltager i en vis mængde bestyrelsesarbejde i de underliggende datterselskaber. Desuden er det oplyst, at denne direktør formelt er ansat hos en ekstern rådgiver og hvorfor det er også den eksterne rådgiver, der aflønner direktøren. Det fremgår også, at mellemholdingselskabet ingen ansatte har, da al administration vedrørende investeringerne varetages af 5-7 personer hos den eksterne rådgiver. Tidligere har der været ansat personale i mellemholdingselskabet, men disse er blevet opsagt som led i en tidligere outsourcingproces. Ligeledes har mellemholdingselskabet adresse hos den eksterne rådgiver. SKAT vurderer, at det faktum, at man har personale, direktør og lokaler til rådighed igennem den eksterne rådgiver ikke er nok til at opfylde betingelserne for reel økonomisk virksomhed. I det efterfølgende spørgsmål ønsker man fra mellemholdingselskabets side at få oplyst, om svaret ændres såfremt direktørens kontrakt overføres til mellemholdingselskabet selv. Dog skal det faktum, at direktøren nu er placeret i selve mellemholdingselskabet ses i relation til, at resten af den tidligere administration på 5-7 personer stadig er outsourcet. Det er også på denne baggrund, at SKAT finder, at *"... den nødvendige aktivitet omkring ejerskabet af aktierne ikke (er) til stede i Spørger."* Dermed mener SKAT ikke, at SKM2010.538.SR er sammenlignelig med SKM2010.33.SR, hvor det kun var sekretariatsfunktionen, der var outsourcet. SKAT svarer således, at det ikke ændrer det tidligere svar, at man flytter direktøren fra den eksterne rådgiver til mellemholdingselskabet.

4.2.3 Vurdering

Fra lovforarbejderne forstås, at der ved vurderingen af om der udøves *reel økonomisk virksomhed* i et givent mellemholdingselskab skal lægges vægt på fire kriterier. Det fremgår dog også, at denne liste ikke er udtømmende. De fire kriterier er fysiske lokaler, personale med de rette kvalifikationer, det nødvendige udstyr samt at forvaltning af investeringerne foregår aktivt gennem bestyrelsesmøder eller direktionsmøder.

For de første tre kriterier er det fastsat, at disse skal være til stede hos selskabet før betingelsen om reel økonomisk virksomhed kan anses opfyldt. Dette giver mulighed for en lettere vurdering modsat betingelsen om *primær funktion*, hvor det var forholdet mellem datterselskabsaktier og andre aktiver, der var relevant,

uden, at dette forhold var nærmere specificeret jf. afsnit 4.1.3. Desuden er det heller ikke nødvendigt at prioritere de tre kriterier indbyrdes, da tilstedeværelsen af alle tre skal være opfyldt. Fortolkning og vurdering af disse tre kriterier synes derfor at være bedre gennemtænkt. Resultatet heraf er en ganske klar retsstilling.

For det fjerde kriterium gælder, at dette i højere grad er åbent for fortolkning. Det fremgår eksempelvis ikke om det *skal* være opfyldt på linje med de tre foregående. Det synes dog med rette at kunne udledes fra bilag 41, at forvaltes datterselskaberne aktivt er dette en indikation på reel økonomisk virksomhed. Derudover fastsættes ikke en egentlig retningslinje for kriteriet. Det må som udgangspunkt skabe en del usikkerhed om dets anvendelse.

For alle fire kriterier fremgår det klart af lovforarbejderne, at outsourcing og postkasse- og skærmselskaber ikke opfylder kriterierne. Der er således alene sat en ydre afgrænsning for hvornår der er tale om *reel økonomisk virksomhed*. Dette kan i nogen grad skabe usikkerhed omkring retstillingen, især på baggrund af den manglende uddybning af det fjerde kriterium. Dog synes retspraksis at definere en relativ klar linje i forhold til denne usikkerhed, jf. nedenfor.

Kigger man på de nævnte afgørelser ses, at der skabes en ganske entydig retspraksis på dette område. I den første afgørelse, SKM2010.33.SR, bemærker SKAT, at mellemholdingselskabet har egne lokaler og personale ved en lønnet deltidsdirektør. Derfor anses betingelser om lokaler og personale for opfyldt. Dette må siges at være i tråd med hvad der er lagt op til i lovforarbejderne. Man kan dog bemærke, at en direktørstilling på deltid er tilstrækkeligt til at opfylde betingelsen. Endvidere bemærkes det fra SKATs side, at man forlanger plads i datterselskabernes bestyrelser og derigennem udøver indflydelse. På denne baggrund vurderes det, at betingelsen om aktiv forvaltning af datterselskaber er mødt. Dette er til trods for, at man har udlagt en del af administrationen til et andet selskab eftersom sekretariatsfunktionen er outsourcet. Set i forhold til lovforarbejderne virker det ikke usandsynligt, at outsourcing af sekretariatsfunktionen ikke er nok til at karakterisere selskabet som værende tomt, når blot der er momenter for det modsatte, hvilket fysiske lokaler, lønnet deltidsdirektør samt aktiv deltagelse i forvaltningen igennem bestyrelser altså anses at være. Dermed kan udledes, at SKAT har foretaget en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder.

Holdes SKM2010.33.SR op i mod en anden af de nævnte afgørelser begynder et billede af SKATs fortolkning af hvornår der er tale om aktiv forvaltning af datterselskaber at tegne sig. Indledningsvis i SKM2010.263.SR svarer SKAT bekræftende på spørgsmålet om, at mellemholdingselskabet *ikke* er omfattet af værnsreglen. Efterfølgende ønskes besvaret om man stadig ikke vil være omfattet af mellemholdingreglen såfremt man ikke deltager direkte i et datterselskabs bestyrelse, men i stedet modtager samme information som om

man havde holdt en reel bestyrelsesplads. Den eneste variabel, der ændres er således graden af forvaltning af datterselskabet.

Ved en henvisning til SKM2010.33.SR udleder SKAT, at mellemholdingselskabet skal have indflydelse på ledelsen i datterselskabet. Baseret på gennemgangen af SKM2010.33.SR fremgår det ikke nogen steder, at der er krav om indflydelse. Denne ændring af ordvalg kan forekomme lidt besynderlig. Dette kriterium om indflydelse på ledelsen vurderes ikke opfyldt blot såfremt man kun modtager den samme information som bestyrelsen, hvorfor SKAT finder, at mellemholdingselskabet ikke opfylder betingelserne for *reel økonomisk virksomhed*. Af denne afgørelse kan udledes, at SKAT i deres konkrete vurdering reelt stiller som krav, at mellemholdingselskabet kan udøve indflydelse på datterselskabet. Til opfyldelse af dette fremgår det ikke direkte, at det er nødvendigt at holde en bestyrelsesplads, men det virker nærliggende at konkludere dette.

Med andre ord synes det nødvendigt at holde en bestyrelsesplads i det pågældende datterselskab, hvis man ikke skal være omfattet af værnreglens betingelse om *reel økonomisk virksomhed*. Antages dette at være den fortolkning SKAT anvender i denne sammenhæng og sammenholdes denne med lovens forarbejder synes dette ikke at stemme overens. I bilag 41 hvor kriteriet om forvaltning af datterselskabet nævnes fastsættes dette ikke som et reelt krav, men blot som et moment, der peger i retning af *reel økonomisk virksomhed*. At SKAT fortolker dette som et krav er dermed reelt en skærpelse i forhold til lovforarbejderne.

I afgørelserne SKM2010.410.SR og SKM2010.538.SR ses hvorledes SKAT fortolker betingelserne om tilstedeværelse af fysiske lokaler, personale og udstyr. I begge afgørelser finder SKAT ikke, at betingelserne om fysiske lokaler, personale og udstyr er mødt. Sammenholdes dette med lovforarbejderne som nævnt i afsnit 4.2.1 synes begge afgørelser at være i overensstemmelse med disse. Der er intet i lovforarbejderne, der antyder, at adresse hos ejerne samt ulønnet personale er nok til at opfylde de nævnte betingelser. Tværtimod synes omstændighederne i højere grad at nærme sig et eksempel på outsourcing som skatteministeren netop forsøger at udelukke i bilag 41. Derudover ville konsekvensen af, at SKAT accepterede betingelserne for værende opfyldt på baggrund af de konkrete omstændigheder netop føre til en underminering af reglen. Dette er tilfældet da fælles adresse med ejeren og ulønnet personale i højere grad er indikationer på et tomt selskab end det modsatte. Tilsvarende bærer omstændighederne i SKM2010.538.SR præg af outsourcing, hvorfor SKAT kommer til samme afgørelse som i SKM2010.410.SR. Af de samme grunde som nævnt ovenfor forekommer denne afgørelse korrekt i henhold til lovens forarbejder.

Det er imidlertid det uddybende spørgsmål i SKM.2010.538.SR, om placering af direktørens kontrakt, der kan give anledning til en diskussion om den tilladte grad af outsourcing, der kan rummes inden for de givne betingelser. Sammenlignes SKM2010.538.SR med SKM2010.33.SR ses, at det er den reelle administration af

mellemholdingselskabets portefølje, der outsources i SKM2010.538.SR. Derimod er det kun sekretariatsfunktionen, der outsources i SKM2010.33.SR. Der er altså tale om en helt anden proportionalitet de to afgørelser imellem. SKATs afgørelse udelukker således ikke mellemholdingselskaber, som benytter sig af outsourcing, men i stedet fastslår, at det er placeringen af den reelle aktivitet vedrørende aktiebesiddelse, som er afgørende. SKATs afgørelse er dermed tydeligt baseret på en konkret vurdering hvilket resulterer i en afgørelse, som prioriterer substansen i de faktiske forhold. Dette synes både at stemme overens med lovforarbejderne samt at være ganske fornuftigt.

Vurdering af det EU-retlige aspekt

I afsnit 4.2.1 blev det konstateret, at Skatteministeriet, med indsættelsen af betingelsen om reel økonomisk virksomhed, forsøger at afstemme mellemholdingreglen til EU-retten. Det er således relevant at diskutere om dette lykkedes.

Som allerede fastslået udgør mellemholdingreglen en hindring af de koncernprivilegier, der er givet i Moder-/datterselskabsdirektivet. En sådan hindring kan kun rummes indenfor EU-retten hvis den har til formål at afværge svig eller misbrug. Derfor er det et krav, at begrebet *misbrug* fortolkes i overensstemmelse med EU-retlige principper, hvilket også bekræftes af Skatteministeriet.

Fra CS dommens præmis 55 udledes, at misbrug betegnes som rent kunstige arrangementer uden økonomisk realitet med henblik på skatteundgåelse. Til vurdering af om der foreligger et kunstigt arrangement nævner dommen momenter som fysiske lokaler, personale og udstyr. Det fastslås ligeledes, at denne opremsning ikke er udtømmende. Der henvises til postkasse- eller skærmselskaber som værende eksempler på rene kunstige arrangementer. Endelig kan der fra CS dommen også udledes et krav om proportionalitet. Dette udledes af præmis 47 hvor det fremgår at: *"... hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det"*.

Ifølge lovforarbejderne skal der lægges vægt på fire kriterier. Disse er fysiske lokaler, personale med de rette kvalifikationer, det nødvendige udstyr samt at forvaltning af investeringerne foregår aktivt gennem bestyrelsesmøder eller direktionsmøder. De tre første kriterier er direkte analoge med de kriterier, der fremsættes i CS dommen. Disse stemmer således tydeligt overens med sidstnævnte. Det sidste kriterium synes ikke at have oprindelse i CS dommen. Dette er i sig selv ikke problematisk da det fremgår i CS dommens præmisser, at listen over kriterier ikke er udtømmende.

Det fjerde kriterium behandles kun overfladisk i bilag 41. Dermed udledes kun, at kriteriets opfyldelse *indikerer*, at der udøves *reel økonomisk virksomhed* i mellemholdingselskabet. På den baggrund synes det ikke at være modstridende i forhold til EU-retlige principper. Tolkes kriteriet derimod som et *krav* vil det betyde,

at mangel på aktiv forvaltning fx igennem en bestyrelse fører til, at der ikke udøves *reel økonomisk virksomhed*. Tolkes dette ud fra præmis 55 vil der i et sådant tilfælde være tale om et kunstigt arrangement med henblik på skatteundgåelse. Med andre ord vil manglende forvaltning af datterselskabet betyde, at der er tale om et kunstigt arrangement med skatteundgåelse til formål. Dette vurderes at mangle grundlag i virkeligheden.

På den baggrund anses lovforarbejderne og det fjerde kriterium som udgangspunkt ikke at være modstridende i forhold til EU-retlige principper. Det er dog ikke konklusionen hvis kriteriet anses som et krav for *reel økonomisk virksomhed*. I dette tilfælde vil kriteriet være væsentligt mere indskrænkende end hvad der levnes mulighed for i CS dommen.

Foretages en vurdering af SKATs afgørelser ud fra et EU-retligt perspektiv ses der, på samme måde, overensstemmelser og afvigelser. Betingelserne om fysiske lokaler, personale og udstyr inddrages i vurderingen af hvor vidt der er tale om reel økonomisk virksomhed. Dette er helt på linje med hvad der nævnes i præmisserne til CS dommen. I SKATs afgørelser er også inddraget momentet om aktiv forvaltning gennem fx en bestyrelse. Som nævnt tidligere stemmer dette overens med lovforarbejderne, men ikke nødvendigvis med EU-retten. Konkret ses dette i SKM2010.263.SR hvor SKAT vurderer, at alene det, at man ikke holder en bestyrelsesplads i et datterselskab fører til, at der ikke foretages aktiv forvaltning af datterselskabet hvorfor der heller ikke er tale om reel økonomisk virksomhed. I den konkrete afgørelse bliver mangel på bestyrelsesplads i det relevante datterselskab ensbetydende med, at der er tale om et rent kunstigt arrangement med skatteundgåelse til formål. Det virker usandsynligt, at denne fortolkning af afgrænsningen af rent kunstige arrangementer/svig eller misbrug ligger inden for de rammer der er fastsat af CS dommen. Dette er på trods af, at Skatteministeriet i bilag 41 slår fast, at det er den EU-retlige fortolkning der bør anvendes i denne sammenhæng.

Samme problemstilling er til stede vedrørende ABL § 4 A stk. 3 nr. 1 om *primær funktion*. I afsnit 4.1.4 blev det konkluderet, at SKATs afgørelser synes at indeholde en bredere fortolkning af reglerne til bestemmelse af *primær funktion* end hvad, der synes nødvendigt for at forhindre skatteundgåelse. Risikoen er således at, mellemløbselskaber hvis formål ikke nødvendigvis er omgåelse af ejerkravet på 10 % omfattes af værnereglen. Både i bestemmelsens nr. 1 og nr. 2 er der således risiko for, at SKAT fortolker mellemløbsreglen således, at mellemløbselskaber, som enten ikke er faktiske kunstige arrangementer eller som reelt ikke har skatteundgåelse til formål rammes. Er dette tilfældet synes SKATs fortolkning ikke at være i overensstemmelse med CS dommens præmisser og den EU-retlige afgrænsning af misbrug.

4.2.4 Konklusion

På linje med bestemmelsen om primær funktion indgår reglen om reel økonomisk virksomhed som en del af værnereglens i ABL § 4 A stk. 3. Værnereglens som helhed har til formål at forhindre omgåelse af ejerkravet på 10 %. Hensigten med bestemmelsen specifikt i nr. 2 i værnereglens er således at forhindre omgåelse af ejerkravet ved at sammenlægge flere passive kapitalanbringelser. Derudover medfører bestemmelsen også, at det kun er mellemløbselskaber uden reel økonomisk virksomhed, som omfattes af mellemløbsreglen. Dette medfører, ifølge Skatteministeriet, at mellemløbsreglen er i overensstemmelse med EU-retlige principper.

Fra lovforarbejderne udledes det, at bedømmelsen af hvorvidt der er tale om reel økonomisk virksomhed overordnet skal foretages ud fra fire kriterier. De tre førstnævnte skal alle være opfyldt, mens det fjerde ikke behandles yderligere i lovforarbejderne. I tvivlstilfælde, fx ved outsourcing, lægges der fra Skatteministeriets side op til, at der bør foretages en konkret vurdering af alle relevante momenter. Denne konstellation af tre forholdsvis objektive og håndgribelige kriterier trækker i retning af en afklaret retsstilling. Imidlertid trækker uklarheden omkring det sidste kriterium i den modsatte retning.

I SKATs afgørelser ses, at der i hvert tilfælde lægges vægt på eksistensen af fysiske lokaler og personale. I afgørelserne SKM2010.33.SR og SKM2010.263.SR anerkendes kriterierne for opfyldt, mens de i SKM2010.410.SR og SKM2010.538.SR ikke findes at være opfyldt, da der tilnærmelsesvis er tale om outsourcing. På den baggrund ses hvilken linje SKAT vælger at anlægge i disse grænsetilfælde, hvilket også synes at være i tråd med lovforarbejderne. Samme harmoni eksisterer ikke i forhold til kriteriet om aktiv forvaltning gennem fx bestyrelsen. Fra SKM2010.263.SR ses det, at SKAT fortolker kriteriet som et krav hvilket der ikke synes belæg for i lovforarbejderne. Dette fører dermed til en skærpet fortolkning i forhold til lovforarbejderne.

Når afgørelserne sammenholdes med lovforarbejderne konstateres der som nævnt et broget billede. Inddrages reglens oprindelige formål bidrages til dette. Dog gælder det for kriterierne om fysiske lokaler, personale og udstyr, at disse fint falder i tråd med formålet. I afsnit 4.2.1 fremgår det således, at reglens hensigt er at forhindre passive kapitalanbringelser i at blive sammenlagt med omgåelse til formål. En passiv kapitalanbringelse er netop en entitet uden substans eller form, hvorfor denne netop kan karakteriseres som værende uden fysiske lokaler, personale eller det rette udstyr. Det forekommer derfor ganske fornuftigt når det betinges, at alle tre kriterier skal være til stede før der er tale om reel økonomisk virksomhed og dermed *ikke* en passiv kapitalanbringelse. Derfor virker det også ganske rimeligt, at disse tre kriterier er indskrevet i lovforarbejderne og flittigt anvendt i SKATs afgørelser. For de tre kriterier om fysiske lokaler,

personale og udstyr kan der således trækkes en rød tråd fra formålet, igennem CS dommen, loven og dens forarbejder helt frem til SKATs afgørelser.

For det fjerde kriterium gælder det, at lovforarbejderne behandler dette som et moment hvis tilstedeværelse peger i retning af *reel økonomisk virksomhed*. Hvis en passiv kapitalanbringelse anses som uden substans eller form er det naturligt, at udøvelse af aktiv forvaltning af et datterselskab peger i den modsatte retning. Omvendt kan det dog ikke konstateres, at mangel på aktiv forvaltning af et datterselskab er ensbetydende med et selskab uden substans. Baseret på afgørelsen i SKM2010.263.SR er det imidlertid sådan SKAT fortolker kriteriet. Dermed eksisterer der en risiko for, at mellemholdingselskaber, som ud fra kriterierne i lovforarbejderne ville udøve *reel økonomisk virksomhed* underkendes af SKAT. Dermed lever SKATs afgørelser ikke op til hvad der er tiltænkt med betingelsen om *reel økonomisk virksomhed*, imens lovforarbejderne faktisk synes at gøre dette.

Kritikken bakkes også op hvis kriteriet vurderes i forhold til den EU-retlige fortolkning af misbrug. I den forbindelse konkluderes det, at ved at inkludere dette kriterium i lovforarbejderne har man potentielt distanceret sig fra CS dommen og dermed EU-retlige principper vedrørende kunstige arrangementer/svig og misbrug. I SKATs afgørelser har man derimod reelt distanceret sig fra CS dommen. I flere henseender kan der således ses antydninger af, at SKATs fortolkning differentierer sig fra den EU-retlige fortolkning af misbrugsbegrebet. På den baggrund synes det rimeligt at konkludere, at SKATs afgørelser i visse tilfælde reelt ikke er i overensstemmelse med de overordnede EU-retlige principper.

4.3 Ad. nr. 3. Majoritetskrav

4.3.1 Lovgrundlag og formål

Den tredje betingelse omhandler krav til ejerandele i mellemholdingselskabet, det såkaldte majoritetskrav. Ifølge denne betingelse er mellemholdingreglen kun gældende såfremt mere end 50 % af mellemholdingselskabets aktiekapital er ejet direkte eller indirekte af selskaber jf. SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, som ikke ville kunne modtage skattefrit udbytte hvis de havde ejet det pågældende datterselskab direkte. Dette efterprøves ved en såkaldt majoritetstest. Kan det således påvises, at 50 % eller mere af mellemholdingselskabets aktiekapital enten er ejet af fysiske personer, andre juridiske personer end selskaber jf. SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a eller af selskaber, som ville kunne modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af datterselskabet, så omfattes det pågældende mellemholdingselskab ikke af ABL § 4 A stk. 3 nr. 3 og dermed heller ikke af mellemholdingreglen. I forhold til fysiske personer skaber dette en uhensigtsmæssig konsekvens. Dette er behandlet nedenfor. Derudover fremgår det af lovens ordlyd, at betingelsen skal finde anvendelse på hvert enkelt datterselskab såfremt et givent mellemholdingselskab skulle have mere end ét

underliggende datterselskab. Med andre ord skal der foretages en beregning af de relevante ejerandele for hvert enkelt datterselskab uafhængigt af hinanden.

Hensigten med majoritetskravet er at ramme de mellemholdingselskaber, som er oprettet med et skattemæssigt motiv. Dette menes at være tilfældet hvor over 50 % af ejerandelene i mellemholdingselskabet ikke kan modtage skattefrit udbytte fra et underliggende datterselskab ved direkte ejerskab. Omvendt skal derfor fritages de arrangementer hvor 50 % eller mindre ikke synes at have skattemæssig undgåelse til formål. Majoritetskravet kan også ses i relation til betingelsen om reel økonomisk virksomhed og passive ejerandele, da passive ejerandele netop udgør mindre end 10 % i datterselskabet og derfor ikke kan modtage skattefrit udbytte.

Bemærkningerne til L 202 er meget fåmælte om betingelsen og der bidrages ikke væsentligt til dennes fortolkning. Dog fremføres en række eksempler på hvordan kravet om ejerandele fungerer i praksis. Eksemplerne bekræfter blot den meget objektive ordlyd af reglen. Dermed er det reelt en udregning og ikke en fortolkning af lovens ordlyd samt en vurdering af de faktiske forhold, der lægges til grund for evt. afgørelser. Det bør dog bemærkes, at det understreges i førnævnte eksempler, at aktier ejet af fysiske personer medtages i den andel af selskaber, som ville kunne modtage skattefrit udbytte direkte.

De ufyldestgørende bemærkninger giver i sagens natur anledning til en række opklarende spørgsmål fra bl.a. FSR. Disse og de pågældende svar bidrager således i væsentlig grad til forståelsen af metoden bag majoritetstesten. På side 9 i bilag 41 gives fire afklarende svar på reglens generelle anvendelse. Helt centralt for forståelsen fastslås det, at værnsreglens fire betingelser skal efterprøves i forhold til hvert mellemholdingselskab i en given ejerstruktur. Altså en "led for led" vurdering. Derudover fastslås, at det er de ultimative selskabsaktionærs ejerandele i det pågældende datterselskab, der skal indgå i majoritetstesten. Det er ligeledes de ultimative selskabsaktionærer, der skal anses som de direkte ejere af aktierne i datterselskabet i tilfælde af, at mellemholdingreglen finder anvendelse. Dette princip er relevant i situationer med flere mellemholdingselskaber i en lodret ejerstruktur. Se evt. bilag C for et eksempel. Endelig fremgår det, at Skatteministeriet mener, at mellemholdingreglen, ifølge lovens ordlyd, kun finder anvendelse i moder-/datterselskabsforhold. Dermed ligger der et implicit krav om, at majoriteten af aktionærerne i et mellemholdingselskab skal udgøres af danske selskaber, som kan modtage skattefrit udbytte fra dette. På side 28 i bilag 41 tilføjes endnu et svar vedrørende majoritetstesten. Her bekræftes, at indirekte aktiebesiddelser skal medtages ved udregning af ejerandele. Majoritetstesten skal dermed både omfatte indirekte og direkte ejerandele i et givent datterselskab.

På side 26 i bilag 41 ses hvordan afhængigheden af andre selskabsaktionærer i en given ejerstruktur udgør en problematik. Der gives et eksempel på hvorledes én aktionær ved salg af en mindre del af dennes aktiekapital kan påvirke en række andre aktionærer som følge af princippet om statusskifte, jf. nedenfor. Dermed beskattes én skatteyder som følge af en anden skatteyders dispositioner. Skatteministeriet giver hverken svar eller nogen uddybende kommentarer til det nævnte eksempel. Det synes derfor rimeligt at antage, at Skatteministeriet er enig i FSRs forståelse og eksempel af reglen.

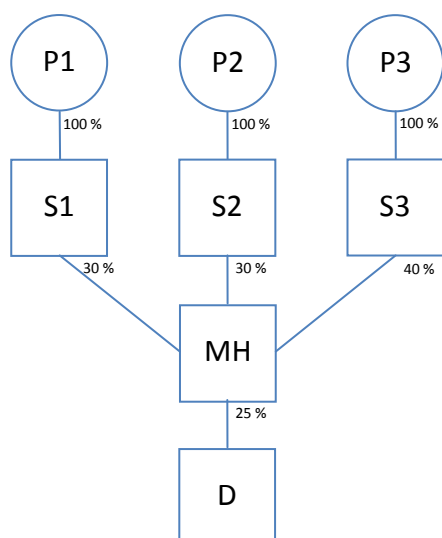
Fra lovforarbejderne ses, at betingelsen er langt mere objektivt defineret end de to tidligere. SKAT eller andre interessenter behøver dermed ikke foretage vurderinger eller gradbøjninger af en række underkriterier for at komme til en afgørelse. I stedet indeholder lovforarbejderne en række principper eller regneregler, som skal anvendes ved majoritetstesten. Denne er således det eneste reelle kriterium til bestemmelse af om betingelsen i ABL § 4 A stk. 3 nr. 3 er opfyldt. Skillelinjen på 50 % er fastlagt eksplicit i lovens ordlyd. Der levnes således heller ikke mulighed for tvivlsspørgsmål i den retning. En afgørelse træffes dermed udelukkende på grundlag af en udregning af ejerandelen uden mulighed for skattefrit udbytte sammenholdt med kravet på de 50 %.

Fysiske personer i ejerkredsen

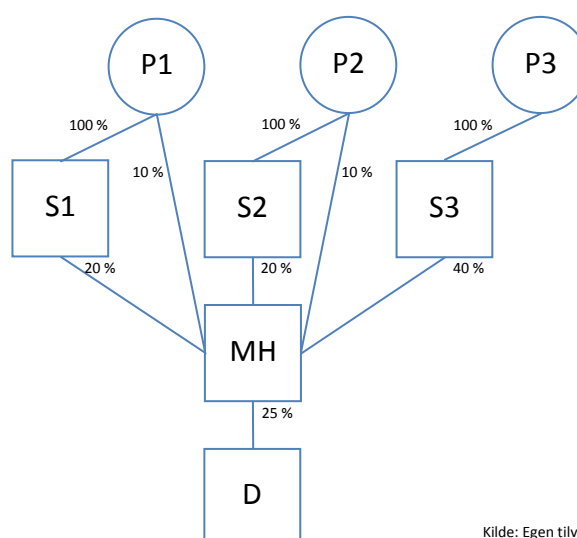
Som nævnt ovenfor, forårsager lovens ordlyd, at fysiske personer ikke medtages i majoritetstesten. Dermed bidrager andelen af fysiske personer reelt til, at melleholdingreglen ikke vil finde anvendelse. Dette kan anvendes til omgåelse af melleholdingreglen.

Figur 2 – Fysiske personer i ejerkredsen

Figur 2.1 - MH *omfattes* af melleholdingreglen



Figur 2.2 MH *omfattes ikke* af melleholdingreglen



Kilde: Egen tilvirkning

Til demonstration af dette tages udgangspunkt i figur 2.1, hvor MH er ejet af selskabsaktionærerne S1, S2 og S3 og disse holdingselskaber er ejet af de fysiske personer P1, P2 og P3.¹⁹ På baggrund af majoritetstesten konkluderes det, at MH er omfattet af mellemholdingreglen. For at undgå dette kunne S1 og S2 sælge en andel af aktiebesiddelsen i MH til P1 og P2. Dette ville resultere i en ejerstruktur som den vist i figur 2.2. Her ses, at P1 og P2 nu ejer hver 10 % af MH direkte imens S1 og S2 nu ejer 20 % hver i MH. S3 ejer stadig 40 % af MH. Dermed ejes nu kun 40 % af MH af selskabsaktionærer, som ikke ville kunne modtage skattefrit udbytte hvis de ejede aktierne i D direkte. Dermed er MH ikke omfattet af ABL § 4 A stk. 3 nr. 3 og således heller ikke af mellemholdingreglen. Udbytte udloddet fra D til MH vil altså stadig være skattefrit. Udloddes dette udbytte videre fra MH til dets aktionærer kan dette gøres skattefrit til S1, S2 og S3. P1 og P2 vil imidlertid blive beskattet af udbyttet.

I stedet for, som nævnt, at sælge en bestemt andel af S1 og S2s kapitalandel i MH, så kan i stedet foretages en kapitaludvidelse med et bestemt antal nye aktier. Disse nye aktier kan udstedes som en anden aktieklassse (eksempelvis B-aktier), end de eksisterende, med særlige rettigheder og begrænsninger.²⁰ B-aktierne begrænses således, at de ikke giver rettigheder til udbytteudlodninger. De fysiske personer bag S1 og S2 kan dermed købe disse nyudstedte aktier og derved kan opnås en ejerstruktur som den vist i figur 2.2. På denne måde opnås ligeledes, at udbytte kan udloddes skattefrit fra D til MH og videre til S1-S3. Forskellen er blot, at siden aktierne ejet af P1 og P2 nu ikke længere giver ret til udbytte så kan hele udbyttet udloddet fra MH holdes i selskaberne S1-S3. Som udgangspunkt vil udbyttet blive udloddet med henholdsvis 25 % til S1 og S2 hver og 50 % til S3. Ved at foretage endnu en omstrukturering af aktieklasser og deres udbytterettigheder vil det være muligt at ændre denne fordeling, så den reflekterer de oprindelige ejerandele i eksempel A. Derved har man effektivt omgået mellemholdingreglen.

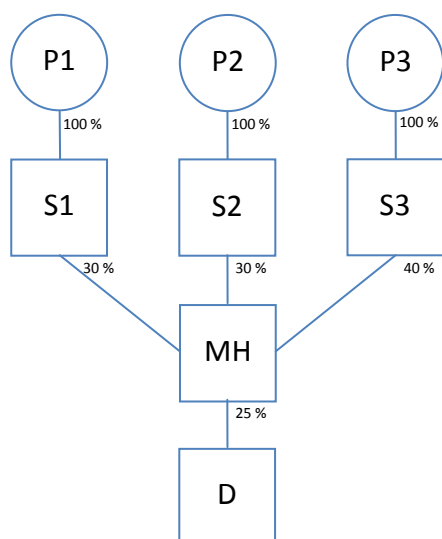
Eftersom porteføljeaktionærer, fonde og fysiske personer sidestilles i majoritetstesten kan samme resultat, som demonstreret i de to eksempler ovenfor, også opnås ved indsættelse af porteføljeselskaber eller fonde som ikke er omfattet af FBL § 1. Et eksempel på omgåelse via et porteføljeselskab ses i figur 3.

¹⁹ Det forudsættes i eksemplet, at de andre forudsætninger for omfatning af mellemholdingreglen er opfyldt.

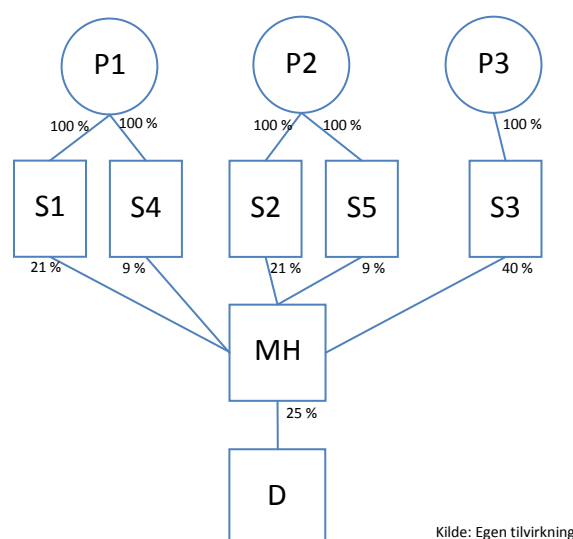
²⁰ Det bemærkes, at oprettelse af forskellige aktieklasser som udgangspunkt vil kræve en vedtægtsændring jf. selskabsloven § 45. Da fokus er på udstedelsen af den nye aktieklassse med henblik på omgåelse af mellemholdingreglen uddybes dette aspekt ikke.

Figur 3 – Porteføljeselskaber i ejerkredsen

Figur 3.1 - MH omfattes af mellemholdingreglen



Figur 3.2 MH omfattes ikke af mellemholdingreglen



Kilde: Egen tilvirkning

Statusskifte

Som udgangspunkt er reglerne om statusskifte ikke en del af mellemholdingreglen. Når emnet alligevel behandles i denne sammenhæng er det fordi sammenspillet mellem mellemholdingreglen og reglerne om statusskifte kan have stor påvirkning på en given selskabsaktionærs aktiebesiddelse.

Reglerne om statusskifte er indført sammen med mellemholdingreglen i lov nr. 525. Statusskifte er en konsekvens af, at der sondres mellem de forskellige aktiekategorier på grundlag af graden af ejerskab. Derfor vil det kunne forekomme, at en aktiebesiddelse skifter status fra en datterselskabs-/koncernaktiebesiddelse til en porteføljeaktiebesiddelse eller omvendt. Eller med andre ord, at en aktiebesiddelse kan gå fra skattefrihed til skattepligtig eller visa versa.

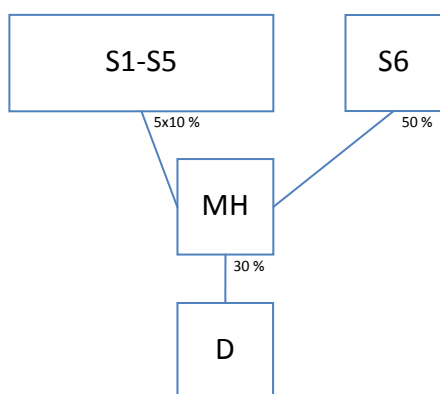
Reglerne om statusskifte findes i ABL § 33 A. Fra ordlyden i stk. 2 i § 33 A fastslås, at der er tale om statusskifte når gevinst og tab på aktierne går fra at være omfattet af ABL § 8 til at være omfattet af ABL §§ 9, 18, 19, § 20 stk. 1 eller § 20 A eller omvendt. For simplicitetens skyld fokuseres på statusskifte fra ABL § 8 til ABL § 9 eller omvendt. Med andre ord er der således tale om statusskifte hvis en aktie går fra at være en datterselskabs-/koncernselskabsaktie til en porteføljeaktie eller omvendt. Konsekvensen af dette findes i ABL § 33 A stk. 1. Ifølge dette vil en aktiebesiddelse blive anset som afstået til handelsværdien på tidspunktet for statusskiftet. Derefter vil den blive anset som genanskaffet, igen til handelsværdien på statusskiftetidspunktet.

Der vil altså ske statusskifte hvis et mellemholdingselskab vælger at udvide sin aktiebesiddelse i et givent datterselskab fra mindre end 10 % til mere end 10 %. Dermed går en aktiebesiddelse således fra at være en

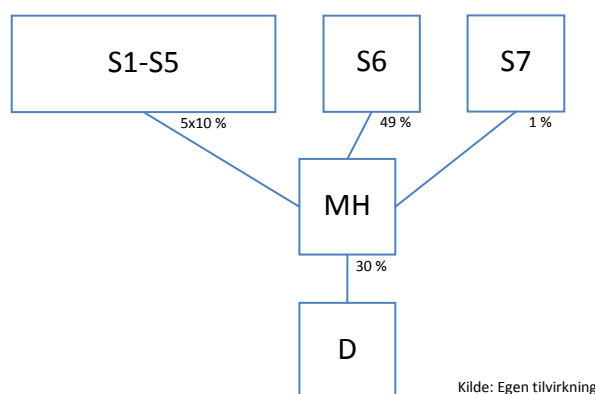
porteføljeaktiebesiddelse til at være en datterselskabsaktiebesiddelse. Dette vil det betyde, at *hele* porteføljeaktiebesiddelsen anses for afstået til handelsværdien og evt. gevinst eller tab vil blive skattepligtigt. Dernæst anses *hele* den "nye" datterselskabsaktiebesiddelse for genanskaffet til handelsværdien. Fremtidige gevinster og tab fra denne vil nu være skattefrie. Denne forståelse af reglerne om statusskifte bekræftes på side 4 og side 30 i bilag 41 samt Skatteministeriets svar på spørgsmål 32 til L 202.

Figur 4 - Statusskifte

Figur 4.1 - MH omfattes *ikke* af mellemholdingreglen



Figur 4.2 - MH *omfattes* af mellemholdingreglen



Kilde: Egen tilvirkning

Udover det almene eksempel, som er gengivet ovenfor, er statusskifte relevant i sammenhæng med mellemholdingreglen. Forestiller man sig en ejerstruktur magen til den afbilledet i figur 4 vil man på den baggrund i første omgang nå til den konklusion at MH ikke er omfattet af mellemholdingreglen eftersom majoritetskravet ikke er opfyldt.²¹ Konsekvensen deraf er, at selskaberne S1-S5 anses for at eje datterselskabsaktier i MH, der igen anses for at eje datterselskabsaktier i D. Sker der imidlertid det, at S6 vælger at sælge blot 1 % af sine aktier til en anden selskabsaktionær vil dette resultere i, at majoritetskravet nu er opfyldt og MH omfattes af værnsreglen.²² Dermed anses selskabsaktionærerne S1-S5 nu for at eje porteføljeaktier direkte i D frem for datterselskabsaktier i MH. Der er dermed sket et statusskifte for så vidt angår aktiebesiddelserne tilhørende S1-S5. Disse vil nu blive anset for afstået og genanskaffet efterfølgende. Derudover, og nok så centralt, vil S1-S5 i fremtiden være skattepligtige af udbytter samt eventuelle gevinster og tab vedrørende aktierne. Dette er således tilfældet uden, at de selv har foretaget nogen former for dispositioner. For S6 gælder ligeledes, at man nu anses for at eje aktier direkte i D. Imidlertid er der ved direkte ejerskab stadig tale om datterselskabsaktier. S6 vil derfor stadig være skattefri af udbytter samt eventuelle gevinster og tab vedrørende aktierne.

²¹ Det forudsættes i eksemplet, at de andre forudsætninger for omfatning af mellemholdingreglen er opfyldt.

²² I eksemplet sker der statusskifte som følge af ændrede ejerandele hvorfor majoritetskravet efterfølgende opfyldes. Statusskifte vil ligeledes kunne ske som en konsekvens af ændringer i de forudsætninger, der ligger til grund for de tre andre betingelser i mellemholdingreglen. Problematikken er dog mest relevant i forhold til majoritetskravet, da påvirkning af dette har større risiko for at ske udenfor den pågældende selskabsaktionærs indflydelse.

Dermed ses, at samspillet mellem reglerne om statusskifte og mellemholdingreglen fører til, at én aktionær kan påvirke en række andre aktionærers skatteforhold.

4.3.2 Praksis

SKM2010.203.DEP

FSR har i en henvendelse den 10. november 2009 bedt om svar på en række opklarende spørgsmål. Denne henvendelse er kommenteret af Skatteministeriet i SKM2010.203.DEP. Kommentaren er offentliggjort den 15. marts 2010 og indeholder en generel beskrivelse af ABL § 4 A stk. 3, dog med fokus på betingelse nr. 3 om majoritetskravet. Kommentaren er ikke en egentlig afgørelse, men viser alligevel hvordan SKAT fortolker og anvender de enkelte elementer i mellemholdingreglen.

SKAT bekræfter anvendelsen af den "led for led" vurdering, som nævnes i bilag 41. Findes der således flere mellemholdingselskaber i en given ejerstruktur så skal værnsreglen efterprøves på hvert af disse mellemholdingselskaber. Desuden uddybes, at der startes nedefra i ejerstrukturen. Et eksempel på dette findes i kommentarens eksempel A som er gengivet i bilag D. Fra dette eksempel samt flere andre i kommentaren ses, at SKAT tilslutter sig betragtningen om, at det er de ultimative selskabsaktionærers ejendele i det pågældende datterselskab, der skal indgå i majoritetstesten. Et andet punkt fra bilag 41, som bekræftes, er princippet om, at det er de ultimative selskabsaktionærer, der skal anses som de direkte ejere af aktierne i datterselskabet i tilfælde af, at mellemholdingreglen finder anvendelse. Hvis fx at mellemholdingreglen finder anvendelse på to mellemholdingselskaber i en lodret ejerstruktur, så er det de ultimative selskabsaktionærer og ikke det øverste mellemholdingselskab, som skal anses som ejere af aktierne. Fra lovens ordlyd kunne sidstnævnte situation i nogle tilfælde udledes. Princippet demonstreres i kommentarens eksempel E, som er gengivet i bilag C.

SKAT tilslutter sig ligeledes Skatteministeriets betragtning om, at der i lovens ordlyd eksisterer et implicit krav om, at majoriteten af aktionærerne i et mellemholdingselskab skal udgøres af danske selskaber, som kan modtage skattefrit udbytte fra dette. Værnsreglen kommer således ikke til anvendelse i situationer hvor 50 % eller mere af mellemholdingselskabets kapital udgøres af porteføljeaktionærer. Dette er vist i kommentarens eksempel F gengivet i bilag E. Det bekræftes også, at SKAT medregner både indirekte og direkte ejerandele i et givent datterselskab i majoritetstesten. Som en følge deraf foreskriver SKAT, at der skal anlægges et bredt perspektiv ved majoritetstesten således, at alle relevante ejerandele medtages. Dette illustreres i kommentarens eksempel C og D som gengives i bilag F.

Udover at bekræfte de principper, som rent teknisk ligger til grund for majoritetstesten, bekræfter kommentaren også, at nogle aktionærer vil være omfattet af mellemholdingreglen som følge af andre aktionæ-

rers aktiebesiddelser. Dette princip kan ses i kommentarens eksempel H og er gengivet i bilag G. Indirekte bekræftes således også, at statusskifte kan forekomme som følge af andre aktionærs dispositioner på baggrund af mellemholdingreglen.

Endelig beskriver kommentaren situationer hvor der er udenlandske selskaber i ejerkredsen. Her bekræftes det, som det er nævnt i afsnit 4.0, at udenlandske selskabsaktionærer, som udgangspunkt, ikke bliver påvirket af værnsreglen, men at danske selskabsaktionærer i udenlandske mellemholdingselskaber godt kan blive omfattet af reglen. Endvidere beskrives, at udenlandske selskabsaktionærer omfattet af sambeskatning jf. SEL § 31 A eller CFC-beskatning jf. LL § 16 H og SEL § 32 kan blive omfattet af mellemholdingreglen på linje med danske selskabsaktionærer i mellemholdingselskabet.

SKATs afgørelser

Den matematiske tilgang til majoritetskravet i ABL § 4 A stk. 3 nr. 3 betyder, at SKATs afgørelser ikke omhandler fortolknings- eller vurderingsproblemer, men i stedet be- eller afkræftelse på om principperne for majoritetstesten er anvendt korrekt. Afgørelserne tilføjer derfor ikke nye aspekter til fortolkningen af betingelsen, men i stedet bekræftes, at SKAT følger de principper, som er fastsat i loven og dens forarbejder. Dette er tilfældet for afgørelserne i oversigten i bilag I.

En af disse, SKM2010.631.SR, bekræfter princippet om, at fysiske personer ikke medtages i majoritetstesten som nævnt ovenfor. Da dette udgør et centralt kritikpunkt gennemgås afgørelsen her. Spørger foretager en omstrukturering, som også indbefatter en udvidelse af anpartskapitalen. Anpartskapitalen udvides med B-anparter, som ikke har ret til at tage del i udbytteudlodninger. B-anparterne erhverves af tre fysiske personer, som også samtidig er ejere af de ultimative selskabsaktionærer i mellemholdingselskabet. Sammen med en fjerde fysisk person udgør anpartskapitalen ejet af fysiske personer således 54,8 %. På denne baggrund mener spørger dermed, at mellemholdingselskabet ikke vil være omfattet af mellemholdingreglen.

SKAT erklærer sig enig i denne konklusion. Dog bygger SKAT sin konklusion på, at kun 43,3 % af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet er selskabsaktionærer, som samtidig kan modtage skattefrit udbytte fra mellemholdingselskabet. På trods af, at konklusionen fra SKAT hviler på en anden betragtning er det dog stadig kapitaludvidelsen til fysiske personer, der fører til, at kun 43,3 % af mellemholdingselskabets aktiekapital ejes af selskabsaktionærer, der samtidig kan modtage skattefrit udbytte. Derfor må det konstateres, at mellemholdingreglen på denne måde kan omgås.

4.3.3 Vurdering

For majoritetskravet gælder, at der ikke er flere underliggende kriterier. Det eneste, der lægges til grund for en afgørelse er den matematisk funderede majoritetstest. Derfor er der i dette tilfælde tale om en regel

hvor der i langt mindre grad skal foretages fortolkning af loven og forarbejder til denne. Desuden skal der heller ikke foretages en subjektiv vurdering af de faktiske forhold i alle afgørelser. Dette gør reglen langt mere objektiv end de to tidligere betingelser. Dette bør som udgangspunkt gøre reglens konsekvenser nemmere at forudse og dermed styrke retsstillingen omkring betingelsen.

Når dette nødvendigvis ikke er tilfældet hænger det sammen med formuleringen, omfanget og kompleksiteten af de principper og regneregler, der skal anvendes ved majoritetstesten. I ovenstående er nævnt en række principper, som alle skal finde anvendelse ved udregningen af ejerandele. Nogle af disse findes ganske eksplicit i lovens ordlyd som fx undtagelsen af fysiske personer i majoritetstesten. Andre findes i bilagene til lovforarbejderne som fx princippet om en "led for led" vurdering. Andre igen fremgår implicit af lovens ordlyd, som fx kravet om en moder-/datterrelation mellem selskabsaktionærer og mellemløstelskabet. Nogle af principperne og konsekvenserne af disse er rimelig simple, mens andre er komplicerede med tilsvarende uoverskuelige konsekvenser. Oven i dette skal lægges, at de ejerstrukturer principperne kan risikere at finde anvendelse på, kan være uigennemskuelige og komplekse. Så på trods af, at der er tale om en langt mere objektiv regel end de tidligere betingelser tegner der sig et billede af, at denne betingelse absolut ikke behøver at være simple i anvendelsen af den grund.

Havde man i stedet valgt at lave en samlet opremsning af disse principper, i fx bemærkningerne til lovforslaget, så havde man opnået en væsentligt større grad af overskuelighed. SKAT forsøger i sin fornuftigt strukturerede kommentar, som også inkluderer en række overskuelige eksempler at afhjælpe dette. På trods af denne forekommer reglen stadig ganske kompliceret og metoden til udregning skal stadig stykkes sammen fra flere forskellige steder i loven og dens forarbejder.

Et helt centralt punkt i forhold til mellemløstreglen er de konsekvenser, som omfatning eller mangel på samme kan få som følge af reglerne om statusskifte. Som vist i afsnit 4.3.1 vedrørende statusskifte kan én aktionærs disposition få store konsekvenser for andre aktionærer. Derudover påvirkes førstnævnte aktionær ikke nødvendigvis selv i samme grad. Samme princip om afhængighed er vist i SKATs kommentar om mellemløstreglen. U hensigtsmæssigheden af denne afhængighed vil kun blive øget i større og mere komplicerede ejerstrukturer. Her vil aktionærer ikke nødvendigvis have relationer mellem hinanden hvilket vil gøre det næsten umuligt for den enkelte aktionær at påvirke, eller blot at forudse, beslutninger som vedkommende selv påvirkes af. Derudover kan der forekomme andre uforudsete hændelser, som fx dødsfald og konkurs, hvis konsekvenser kan blive endnu sværere at gardere sig imod. Endelig kan det forhold, at nogle aktionærer kan påvirke skatteforholdene for andre aktionærer uden selv at blive ramt af disse konsekvenser rykke på magtbalancen i en given ejerstruktur. Dette forekommer bestemt heller ikke at være fornuftigt.

På side 28 i bilag 41 synes Skatteministeriet at anerkende disse konsekvenser, men det fremhæves, at majoritetskravet har til formål at ramme de tilfælde hvor flertallets motivation bag mellemholdingselskabet er skattemæssig. Dette må opfattes som en proportionalitetsovervejelse mellem værnstanken og de uensigtsmæssige konsekvenser. Dette bakkes endvidere op af, at Skatteministeriet forventer, at mellemholdingselskaber, uden skatteundgåelse til formål, vil blive fritaget af mellemholdingreglen som en konsekvens af, at de andre tre betingelser ikke opfyldes. Fra Skatteministeriets synspunkt overskygges således hensynet til den enkelte aktionær eftersom disse kun omfattes i tilfælde, hvor de har skatteundgåelse til formål.

Skatteministeriets pointe hviler imidlertid på, at det kun er mellemholdingselskaber hvis faktiske formål er omgåelse af ejerkravet på 10 %, der omfattes af mellemholdingreglen. Dette synes ikke udelukkende at være tilfældet hvis konklusionerne i afsnit 4.1.4 og 4.2.4 medtages i denne betragtning. På den baggrund står man således med nogle omfangsrige konsekvenser for den enkelte aktionær uden, at dette nødvendigvis skyldes, at denne har været en del af et foretagende med skatteomgåelse til hensigt. Dette er således nogle ganske andre proportioner end dem Skatteministeriet synes at bygge deres holdning på.

En anden central pointe i forbindelse med reglerne om majoritetskravet er princippet om, at fysiske personer skal udelades i majoritetstesten. Skatteministeriets bevæggrund for dette må være, at en fysisk person under alle omstændigheder vil blive beskattet af udbytteudlodninger før denne kan disponere over udbyttet. Dermed vil en sådan næppe have skatteundgåelse til hensigt, hvis en aktiebesiddelse lægges sammen med andres i et mellemholdingselskab. Dette ræsonnement synes som udgangspunkt fornuftigt. Imidlertid åbnes der en mulighed for omgåelse som det er beskrevet i afsnit 4.3.1.

I figur 2 ses hvordan en ejerstruktur kan ændres fra figur 2.1 til figur 2.2. I sidstnævnte kan 60 % af kapitalen i MH *ikke* modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af D. 20 % af disse er fysiske personer. Majoritetskravet er således ikke opfyldt længere og MH er derfor ikke omfattet af mellemholdingreglen. Denne ændring har karakter af en omgåelse, men reelt ligger strukturen i eksempel B fint i tråd med lovens bagvedliggende tanker. Dette er tilfældet eftersom formålet med majoritetskravet er kun at omfatte de tilfælde, hvor flertallet af aktiekapitalen opnår en skattemæssig fordel²³ som følge af en sammenlægning i et mellemholdingselskab. I eksemplet er dette ikke tilfældet da 20 %, som nævnt, er fysiske personer, som vil blive udbyttebeskattet uanset om MH er omfattet af mellemholdingreglen eller ej. 40 % ville selvstændigt kunne modtage skattefrit udbytte fra D såfremt man ejede dette direkte. Derfor påvirkes man ikke af om MH er omfattet af mellemholdingreglen eller ej. På den baggrund opnår 60 % således ikke, som nævnt, en

²³ Der kan argumenteres for, at en skattemæssig fordel også kan udgøres af en udskydelse af skattebetalingen. Denne fordel er dog kun til stede såfremt udbyttet forbliver i MH, hvilket forhindrer de øverste aktionærer i selvstændigt at disponere over udbyttet. I denne sammenhæng menes derfor med skattemæssig fordel en regulær reduktion i den skattepligtige indkomst.

gunstigere skattemæssig position ved en omstrukturering. Dermed er det helt i overensstemmelse med lovens hensigt, at MH ikke omfattes af værnsreglen.

I næste trin i eksemplet fjernes de fysiske personers ret til at modtage udbytte fra MH via en vedtægtsændring om udbyttepræferencerettigheder. Hele udbyttet kan så fordeles mellem S1-S3 skattefrit. I forhold til lovens ordlyd synes der heller ikke at være tale om en omgåelse i dette tilfælde. Dette understreges også af SKATs anerkendelse af en lignende fremgangsmåde i SKM2010.631.SR. Sammenholdes denne fremgangsmåde, især resultatet af den, med betingelsens oprindelige formål må der imidlertid være tale om en uoverensstemmelse.

Som det er nævnt ovenfor har betingelsen til formål at ramme de mellemløbselskaber hvor flertallet af mellemløbselskabets aktionærer opnår en skattemæssig fordel på baggrund af mellemløbselskabet. Udgangspunktet i eksemplet ovenfor er, at dette ikke er tilfældet da fysiske personer ikke opnår en skattemæssig fordel. De faktiske forhold synes dog ikke at bakke dette op. Når P1 ikke modtager udbytte, men i stedet "overlader" dette til S1 skal det også medtages i betragtningen, at P1 og S1 må siges at have et interessefællesskab da P1 udgør aktiemajoriteten i S1. På den baggrund kan der argumenteres for, at P1 reelt opnår en skattemæssig fordel via det skattefrie udbytte modtaget i S1. Ud fra denne betragtning opnår således både S1 og S2 samt P1 og P2 dermed en skattemæssig fordel og da disse fire udgør 60 % og dermed flertallet af kapitalen i MH må man derfor sige, at der brydes med betingelsens oprindelige formål. Det skal bemærkes, at det er centralt i denne sammenhæng, at S1 og P1 anses for at have et interessefællesskab.

4.3.4 Konklusion

Majoritetskravet skal ses sammen med resten af værnsreglen i ABL § 4 A stk. 3, som forsøger at hindre omgåelse af ejerkravet på 10 %. Majoritetskravet skal forhindre, at et mellemløbselskab ikke udgøres af mere end 50 % kapitalandele, som ikke har mulighed for at opnå skattefrit udbytte. Modsatrettet skal tilfælde hvor dette ikke opfyldes fritages for omfatning af betingelsen.

Fra lovens ordlyd og dens forarbejder konstateres det, at opfyldelse af denne betingelse ikke baseres på en række underliggende kriterier, men kun på majoritetstesten. Det er konstateret, at dette kriterium i langt mindre grad er sårbart over for fortolkningstvivel og subjektiv vurdering, hvilket bidrager til chancen for at forudsige en given retsstilling på området. Derfor synes valget af et sådant ganske fornuftigt reglens natur taget i betragtning.

Derimod kompliceres betingelsen væsentligt af en række principper, der skal finde anvendelse ved beregningen af om majoritetskravet er opfyldt.

Et af disse principper fastslår, at fysiske personer skal udelades i majoritetstesten. Ræsonnementet bag dette princip synes indledningsvist fornuftigt. Imidlertid åbnes for en utilsigtet mulighed for omgåelse af værnsreglen ved at benytte udbyttepræferencer til en forvridning i udbytteforholdet sammenlignet med ejerforholdet. Det konstateres dog, at dette ikke er modstridende i forhold til lovens direkte ordlyd. Hvilket bliver bakket op af SKATs afgørelse i SKM2010.631.SR. Imidlertid må det konstateres, at det er modstridende i forhold til betingelsens grundlæggende formål. Dette udgør således en væsentlig svaghed i betingelsen.

Et andet princip, som kan ses i sammenhæng med majoritetskravet er reglerne om statusskifte. At der findes regler om statusskifte som et led i at indføre aktiekategorier som datterselskabsaktier og porteføljeaktier er nødvendigt, men at statusskifte skal kunne ske som resultat af andres dispositioner forekommer ganske uhensigtsmæssigt. Sidstnævnte er netop et resultat af samspillet mellem reglerne om statusskifte og især majoritetskravet. Dog kan alle fire betingelser resultere i statusskifte. Det konkluderes dermed, at dette udgør en anden uhensigtsmæssighed i betingelsen.

Ses betingelsen i forhold til mellemløbsreglen som helhed må det konstateres, at muligheden for at omgå majoritetskravet, som beskrevet i afsnit 4.3.1, dermed også bliver en mulighed for at omgå mellemløbsreglen. Dette må siges at være en alvorlig svaghed. I et større perspektiv vil denne svaghed reelt undergrave ejerkravet på 10 %. Ydermere skal det tilføjes, at et andet formål med vedtagelsen af lov nr. 525 var at skabe et simplere regelsæt for beskattning af aktieavancer og -udbytter. I den relation må det konstateres, at mellemløbsreglens mange og til tider uoverskuelige principper og regneregler absolut ikke bidrager til dette.

Alt i alt må det siges, at majoritetskravet på mange områder har sin berettigelse, men et kompliceret sæt af regler med få uhensigtsmæssigheder resulterer i nogle yderst gennemgribende konsekvenser. Heraf er muligheden for omgåelse uden tvivl den mest kritiske.

4.4 Ad. nr. 4. Børsnotering

4.4.1 Lovgrundlag og formål

Den sidste betingelse i værnsreglen, som skal være opfyldt før denne finder anvendelse, er at mellemløbselskabet ikke må være optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet. Dermed gælder, at er et givent mellemløbselskab børsnoteret vil ABL § 4 A stk. 3 nr. 4 ikke være opfyldt og man vil ikke være omfattet af mellemløbsreglen. Betingelsen var oprindeligt ikke inkluderet i udkastet til L 202 men blev inkluderet i det andet udkast. Der kan på baggrund af Skatteministeriets svar på side 19 i bilag 41 dog gøres en antagelse om, at betingelsen skal afhjælpe vanskeligheder ved at skaffe informa-

tion om den ultimative aktionærstruktur vedrørende mellemholdingselskaber, som er børsnoterede. Det fremgår dog ikke eksplicit noget sted i lovforarbejderne hvad det egentlige formål med betingelsen er.

I det hele taget tilføjes der ikke yderligere til betingelsen, hverken i det relevante udkast eller efterfølgende. Specielt savnes en definition i bemærkninger af begreberne *reguleret marked* og *multilateral handelsfacilitet*. I den sammenhæng fremgår det af side 11 i høringsskemaet af 22. april 2009 i bilag 2 til L 202, at Skatteministeriet mener, at en sådan definition er udeladt da man ikke ønsker at opstille en selvstændig skattemæssig definition af begreberne. I stedet henvises til lov om værdipapirhandel. På den baggrund må det formodes, at definitionerne i lov om værdipapirhandel i henholdsvis § 16 stk. 1 og § 40 skal anvendes.

Siden betingelsen ikke bliver kommenteret uddybende af Skatteministeriet, findes der således ganske lidt information om betingelsen. Dette må formodes at hænge sammen med, at en notering eller optagelse vil fremgå af den pågældende børs eller handelsfacilitet. Derfor må en bedømmelse, af om betingelsen er opfyldt eller ej, antages at være ganske simpel.

4.4.2 Praksis

Umiddelbart findes der ikke nogen fortolkningsbidrag til betingelsen fra praksis. Dette forekommer at være resultatet af den forholdsvis simple bedømmelse.

SKAT giver i afsnit B nr. 3 i SKM2010.203.DEP deres syn på hvordan betingelsen skal håndteres i praksis. Her foretages en vurdering af hvert mellemholdingselskab i ejerstrukturen som nævnt ovenfor. Ved denne vurdering konstateres det, at et givent mellemholdingselskab er børsnoteret og således ikke omfattet af mellemholdingreglen. Konsekvensen af dette bliver, at de ultimative selskabsaktionærer ikke anses for at eje aktierne i driftsselskabet direkte, disse anses i stedet ejet af mellemholdingselskabet.

4.4.3 Vurdering

Som nævnt er Skatteministeriets motiv for indsættelsen af betingelsen lidt uklart. Givet at motivet er at lette den administrative byrde, der vil være ved indsamling af information om de ultimative aktionærer i et børsnoteret mellemholdingselskab virker det rimeligt at indsætte en sådan betingelse.

Den forholdsvis kortfattede beskrivelse af betingelsen i lovens forarbejder og en tilsvarende simpel metodik gør, at der ikke kan være megen tvivl om forståelsen af betingelsen. Dette vil bestemt være tilfældet når det medtages, at begreberne *reguleret marked* og *multilateral handelsfacilitet* defineres som nævnt ovenfor. En skatteyder bør derfor ikke have problemer med, at forudsige en afgørelse omhandlende dette.

Denne forudsigelse resulterer i, at der ikke findes eksempler på reglens anvendelse i praksis. Det tætteste er SKATs kommentar om emnet. I denne fokuseres imidlertid mere på konsekvensen af ikke at være børsnoteret, hvorfor der således ikke bidrages til den reelle forståelse af reglen.

4.4.4 Konklusion

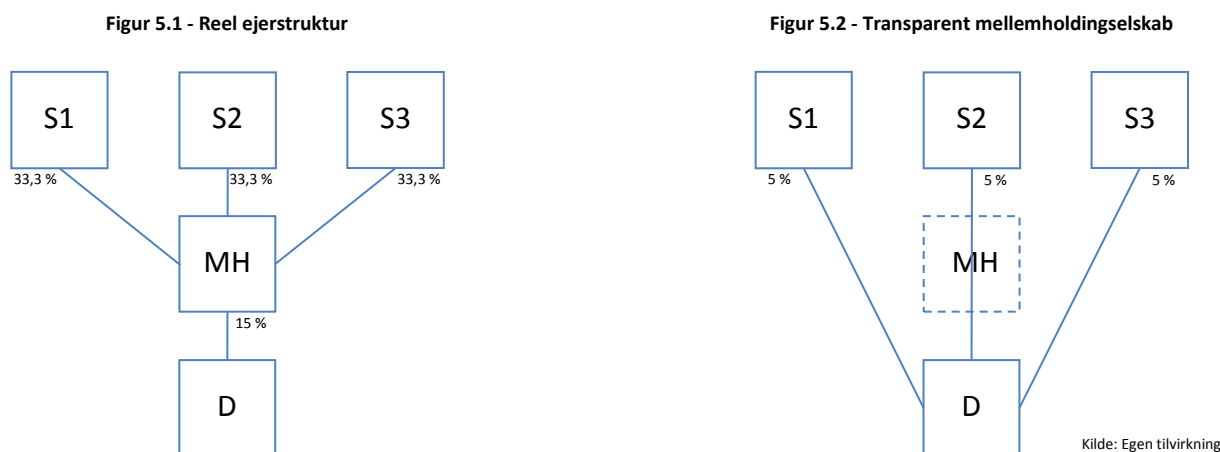
Ser man betingelsen om ikke at være børsnoteret i sammenhæng med værnsreglen og lov nr. 525 som helhed udgør denne ikke en central brik. Givet at betingelsen reelt er indsat for at lette den administrative byrde kan betingelsen ses som et led i en nemmere og smidigere beskatning af aktier og udbytter.

Udover dette synes der ikke at knytte sig centrale problemstillinger eller afgørelser til betingelsen.

4.5 Skattemæssige konsekvenser

Opfylder et mellemholdingselskab betingelserne nævnt ovenfor omfattes det af mellemholdingreglen. Konsekvensen af dette er, at mellemholdingselskabets datterselskabsaktier skal anses som ejet af mellemholdingselskabets selskabsaktionærer. Mellemholdingselskabet gøres altså transparent. Konkret betyder dette, at avancer og udbytter vedrørende mellemholdingselskabets aktier skal medregnes i den skattepligtige indkomst hos de ultimative selskabsaktionærer og bliver således beskattet her. Videreudlodning til de ultimative selskabsaktionærer sker så skattefrit såfremt disse ejer mere end 10 %. Et eksempel på dette ses i figur 5.

Figur 5 – Transparent mellemholdingselskab



Jf. Kildeskatteloven (KSL) § 65 skal datterselskabet indeholde kildeskat når dette foretager udlodning af udbytte til mellemholdingselskabet. Ifølge bilag 41 kan datterselskabet dog undlade at indeholde kildeskat, men kun i tilfælde hvor man positivt ved, at der ikke skal indeholdes kildeskat.

Der ses umiddelbart tre problemstillinger, som skabes af konsekvenserne af mellemholdingreglen. Den første er, at porteføljeaktionærer er skattepligtige som følge af det direkte ejerskab af aktierne i datterselskabet og derefter som følge af ejerskab af porteføljeaktierne i mellemholdingselskabet. Dette skaber risiko for dobbeltbeskatning. Dernæst er der risiko for, at indeholdelse af kildeskatten skaber en skævvridning af udbytteudlodningen i forhold til hvis alle ejerandele var ejet direkte i datterselskabet. Dette er tilfældet da minoritetsaktionærer, som ikke inkluderes af mellemholdingreglen, vil komme til at betale en andel af udbytteskatten. Dette demonstreres i SKM2010.203.DEP i afsnit B nr. 22 som er gengivet i bilag H. Endvidere foreslås en løsning i SKM2010.203.DEP, som efterfølgende er lovfæstet med lov nr. 254.

Endelig opstår der en række vanskeligheder når det udloddende selskab skal indeholde den nævnte kilde-skat. For at dette kan gøres korrekt, skal samtlige aktionærer og deres kapitalandele være kendte. I større strukturer kan dette være problematisk.

Som udgangspunkt må det siges, at virkningen af de to førstnævnte punkter ikke falder i tråd med hvad der er intentionen med mellemholdingreglen og lov nr. 525. Som det fremgår af afsnit 3.5 er hensigten, såfremt et mellemholdingselskabs omfattes af værnsreglen, at stille selskabsaktionærerne som om mellemholdings-selskabet ikke eksisterede. I tilfælde hvor porteføljeaktionærer dobbeltbeskattes og minoritetsaktionærer diskrimineres i udlodningssammenhæng er dette bestemt ikke tilfældet. Derfor må det konstateres, at dette udgør to væsentlige afvigelser i forhold til værnsreglens hensigt.

4.6 Delkonklusion

Overordnet kan der identificeres to typer af problematikker med vedtagelsen af lov nr. 525. Først er der en række problemer med omfanget af reglen. Dette er fx tilfældet når mellemholdingselskabets porteføljeak-tionærer omfattes af værnsreglen og som konsekvens risikerer dobbeltbeskatning. Et andet eksempel er, at lovforarbejderne, i nogle henseender, synes at være formuleret således, at SKAT vurderer skatteundgåelse er motivet med mellemholdingselskaber i tilfælde, hvor dette nødvendigvis ikke er realiteten. I samme forbindelse er flere af disse kriterier uklare både i forhold til fortolkning og prioritering. Derudover synes SKATs afgørelser i enkelte tilfælde at pege i andre retninger end hvad der i lovforarbejderne lægges op til. Det er også konstateret, at der eksisterer en reel omgåelsesmulighed i regelsættet via udbyttepræferencer til fx personlige aktionærer. Dette er med rette den mest kritiske problemstilling, da denne reelt undergraver hele formålet med reformen af avancebeskatning. Endelig kan der stilles spørgsmålstejn ved, om omfanget af mellemholdingreglen holder sig indenfor de EU-retlige rammer, som fx er fastsat i CS-dommen.

Dernæst er der ligeledes konstateret problemer i forbindelse med værnsreglens konsekvenser. Afhængig-heden af andre aktionærer og deres dispositioner er et af sådanne punkter. Dette er især tilfældet i situati-

oner hvor aktier tilhørende én aktionær skifter status som følge af en anden aktionærs dispositioner. Skævvridning af udbyttebeskatning og medfølgende diskriminering af minoritetsaktionærer som følge af omfatning af værnsreglen sammenholdt med reglerne om kildebeskatning er et andet punkt.

Generelt set er der knyttet en række implicitte og komplekse regler til mellemholdingreglen hvilket bekræftes af Skatteministeriet og af SKAT. Disse bidrager yderligere til, at gøre mellemholdingreglen tung og u håndterbar. På betænkeligvis udgøres mange af disse komplikationer af formelle og strukturelle problemstillinger, som reelt burde have været afklaret i det lovforberedende arbejde.

Alt i alt gives dermed indtryk af et kompliceret regelsæt. I nogle henseender er dette en logisk konsekvens af de udviklede situationer som der forsøges reguleret, men i andre henseende gives indtryk af et uigenomtænkt og i værste fald halvfærdigt produkt.

5.0 ABL § 4 A stk. 3-6 – Mellemholdingreglen ved lov nr. 254²⁴

Fra skatteministerens fremsættelsestale fremgår det klart, at hovedformålet med L 84 var at justere og præcisere de regler, der blev indført med lov nr. 525. En af disse regler var værnsreglen vedrørende mellemholdingselskaber. Fra side 44 i bemærkningerne til L 84 kan udledes, at lovforslaget indeholdt fire overordnede justeringer af mellemholdingreglen:

- Selskabsaktionærer, der er porteføljeaktionærer i mellemholdingselskabet, skal ikke omfattes.
- Tilfælde hvor mellemholdingselskabet ejer hele aktiekapitalen i et datterselskab, som er beliggende i EU eller et land som har en DBO med Danmark, skal ikke omfattes.
- I tilfælde hvor der indeholdes skat af udbytter til mellemholdingselskabet, skal dettes selskabsaktionærer betale skatteværdien af udbyttet til mellemholdingselskabet.
- Ved beregning af om majoritetskravet er opfyldt, skal ejerandele ejet af fysiske personer og deres selskaber også medtages såfremt mellemholdingselskabet selskabsaktionærer har præferenceret til udbytter.

Ud over disse indeholdt L 84 også en række præciseringer af værnsreglen.

L 84 blev vedtaget som lov nr. 254 af 30. marts 2011. Ordlyden af den ”nye” mellemholdingregel findes i bilag B.

²⁴ Alle referencer til ABL i afsnit 5.0 refererer til lovbekendtgørelse nr. 796 af 20/06-2011

Nedenfor behandles mellemholdingreglen som følge af lov nr. 254 ud fra metoden som beskrevet i afsnit 1.2. Dog foreligger der ingen afgørelser, som inkluderer de nye bestemmelser. Derfor er det ikke muligt at medtage en praktisk vinkel.

5.1 Ad. Stk. 3. Omfattede skattesubjekter

5.1.1 Lovgrundlag og formål

I mellemholdingreglens indledende del fremgår hvilke skattesubjekter, der omfattes af reglen. I denne del er der sket fire ændringer. Det fremgår nu klart at, der i denne sammenhæng menes "mellemholdingselskab" når der i den tidligere lovtekst blev skrevet "moderselskab". Denne præcisering går igen andre steder i lovteksten. Derefter fremgår det, at værnsreglen omfatter både direkte og indirekte aktionærer i mellemholdingselskabet. Dernæst præciseres det, at reglen også finder anvendelse på fonde omfattet af FBL samt udenlandske selskabers indkomst, som beskattes i Danmark som følge af sambeskatning eller CFC-beskatning. Endelig fremgår, at værnsreglen alene finder anvendelse på aktionærer, der ejer mindst 10 % i det underliggende selskab. Dermed løftes porteføljeaktionærer ud af mellemholdingreglens omfang. Dette er det første punkt nævnt i afsnit 5.0.

For de to første præciseringer findes der ikke yderligere kommentarer i bemærkningerne til L 84. Vedrørende den næste kan det læses, at det forudsættes, at der er tale om CFC-selskaber såfremt selskaberne og aktieafkast er omfattet af CFC-reglerne. Vedrørende udeladelse af porteføljeaktionærer fremgår det, at dette justeres eftersom det ikke er hensigtsmæssigt, at der skal tages særligt hensyn til, at udbyttet fra driftsselskabet kan risikere at blive dobbeltbeskattet som beskrevet i afsnit 4.5. Derfor skal porteføljeaktionærer i mellemholdingselskabet nu *ikke* anses for at eje aktierne i driftsselskabet direkte på trods af, at værnsreglen skulle finde anvendelse på mellemholdingselskabet.

På henholdsvis side 22 og side 4 i høringsskemaerne i bilag 1²⁵ og bilag 6²⁶ til L 84 kan det læses, at tilføjjelsen af FBL § 1, SEL §§ 31 A og 32 samt LL § 16 H reelt er en præcisering af gældende ret, desuden henvises til SKM2010.203.DEP. Derudover bekræftes, at ind- og udtrædelse af sambeskatning og CFC beskatning fører til statusskifte jf. afsnit 4.3.1.

Det ses altså, at der i ABL 4 A stk. 3 er foretaget tre præciseringer af allerede gældende ret samt en reel ændring af mellemholdingreglens omfang. Ændringen omfatter ikke nye fortolkningsperspektiver eller lignende hvorfor omfanget af kommentarer i bemærkninger og bilag er begrænset.

²⁵ I det følgende vil høringsskemaet af 24. november 2010 til L 84 blive benævnt bilag 1.

²⁶ I det følgende vil høringsskemaet af 13. januar 2011 til L 84 blive benævnt bilag 6.

5.1.2 Vurdering

Den første præcisering af ”mellemholdingselskab” og ”moderselskab” retter en mindre, men nødvendig uklarhed i den oprindelige lovtekst. Præciseringen af, at mellemholdingreglen finder anvendelse på både direkte og indirekte aktionærer er ligeledes en mindre rettelse. Af de tidligere eksempler samt fra SKM2010.203.DEP fremgår det, at dette aldrig var et reelt tvivls punkt.

Den tredje præcisering slår endegyldigt fast, at også fonde omfattet af FBL samt udenlandske selskaber som beskattes i Danmark som følge af sambeskatning eller CFC-beskatning er omfattet af mellemholdingreglen. På trods af, at Skatteministeriet fastslår, at dette var gældende ret før lov nr. 254 synes der at herske nogen tvivl om dette jf. afsnit 4.0. Denne tvivl ses ligeledes af spørgsmålene i bilag 1 og 6. En sådan præcisering synes derfor velbegrundet.

De tre første ændringer er alle præciseringer af gældende ret. Ved at inkludere disse adresseres nogle af de mere eller mindre implicitte regler som nævnt tidligere. Dermed gøres mellemholdingreglen langt mere klar i sin formulering, hvilket netop var et udtalt problem. Dette gælder generelt for alle præciseringerne i lov nr. 254. I stk. 3, 1. pkt. gælder det specielt, at præciseringen af omfatning af selskaber jf. SEL §§ 31 A og 32 samt LL § 16 H er et godt eksempel på dette.

Værnsreglen sigter på, at selskabsaktionærer skal stilles som om aktier i driftsselskabet var ejet direkte hvis man omfattes af mellemholdingreglen. Dette må ikke siges at være tilfældet hvis der sker dobbeltbeskatning af porteføljeaktionærer. En sådan justering af dette synes derfor klart at bidrage til en bedre opfyldelse af mellemholdingreglens formål.

5.1.3 Konklusion

Den mest gennemgribende ændring er udeladelsen af mellemholdingselskabets porteføljeselskaber. Derudover tilføjes tre præciseringer til regelsættet. Set i lyset af det primære formål med lov nr. 254 samt det oprindelige formål med mellemholdingreglen er disse præciseringer samt justeringen fint på linje med hvad man havde tiltænkt.

5.2 Ad. Stk. 3 nr. 1 og 2. Primær funktion og reel økonomisk virksomhed

Vedrørende disse to betingelser er der med lov nr. 254 ikke sket nogen ændringer.

5.3 Ad. Stk. 3 nr. 3. Fuldt ejerskab af det underliggende datterselskab

5.3.1 Lovgrundlag og formål

Af lovens ordlyd i den nyindsatte betingelse i nr. 3 følger to punkter, hvoraf ét af dem skal være opfyldt før mellemholdingreglen kan finde anvendelse. Første punkt er, at mellemholdingselskabet ikke ejer hele aktiekapitalen i det underliggende datterselskab. Andet punkt er, at mellemholdingselskabet ejer hele aktie-

kapitalen i et datterselskab, som ikke er skattepligtigt i Danmark og hvor udbytter ikke kan nedsættes eller frafaldes som følge af Moder-/datterselskabsdirektivet eller en DBO. Med andre ord vil et mellemholdingselskab vil være undtaget af reglen, hvis man ejer det underliggende datterselskab 100 %. Dette er dog ikke tilfældet hvis datterselskabet, som ejes 100 % af mellemholdingselskabet ikke er skattepligtigt i Danmark eller et andet land omfattet af Moder-/datterselskabsdirektivet eller en DBO. Indsættelsen af det nye nr. 3 er det andet punkt nævnt i afsnit 5.0.

På side 15 i bemærkningerne til L 84 fremgår det klart, at et af motiverne med denne ændring er at give mulighed for, at investorer, ved opkøb af et driftsselskab, kan oprette et mellemholdingselskab, som kan optage evt. akkvisitionsgæld og benytte udbytterne fra driftsselskabet til afvikling af denne gæld. En sådan konstruktion ville tidligere muligvis være omfattet af værnsreglen.

Værnsreglen skal dog ikke fraviges i tilfælde hvor datterselskabet ikke er skattepligtigt i EU eller et andet land med en DBO med Danmark. Dette er tilfældet da en aktiebesiddelse på 50 % eller mindre vil være skattepligtig i Danmark. Dermed ville der være incitament for en række aktionærer med ejerandele på fx 25 % til at gå sammen i et mellemholdingselskab med 100 % ejerskab i det udenlandske driftsselskab. Dette fremgår af side 37 f. i bemærkningerne til L 84.

Endelig fremgår det af bemærkningerne side 35, at i tilfælde hvor mellemholdingselskabet har fuldt ejerskab i driftsselskabet, vil der reelt ikke være behov for mellemholdingreglen, da en sådan konstruktion reelt ikke ændrer kapitalfordelingen blandt de overliggende aktionærer.

Fra bilag 20 fremgår det, at indirekte ejerandele i datterselskabet ikke skal medtages i betragtningen af om et datterselskab er fuldt ejet af et mellemholdingselskab. Derudover fastslås det i bilag 1, at tegningsretter og konvertible gældsbreve heller ikke skal medregnes i denne sammenhæng.

5.3.2 Vurdering

Med denne lempelse anerkender Skatteministeriet, at mellemholdingselskaber kan have et reelt forretningsmæssigt motiv i forbindelse med optagelse og servicering af akkvisitionsgæld. På side 15 i bemærkningerne til L 84 gives et sådant eksempel. Dette er interessant eftersom Skatteministeriet i på side 13 i bilag 41 eksplicit slår fast, at der ikke anses at være gode grunde til, at akkvisitionsgæld placeres i et mellemholdingselskab. Denne holdningsændring må tolkes som et mere realistisk syn på mellemholdingselskaber.

Med lempelsen anerkendes ligeledes, at manglen på reel økonomisk virksomhed samt ejerskab af datterselskabsaktier som primær funktion ikke alene er nok til at fastsætte, at et mellemholdingselskab har skatteunddragelse til formål.

Tilfælde hvor mellemholdingselskaber med danske 100 % ejede datterselskaber blev omfattet af værnsreglen må konstateres at være irrelevante i forhold til opfyldelse af mellemholdingreglens formål. Sådanne tilfælde kan faktisk anses som modstridende i forhold til formålet, da man reelt rammer konstruktioner, som ikke nødvendigvis har skatteundgåelse til formål. Derfor anses justeringen at bidrage til opfyldelse af mellemholdingreglens oprindelige formål. Derudover resulterer justeringen også i en mere fleksibel og virkelighedsnær regel.

At man vælger at udelukke datterselskaber, som ikke er skattepligtige i Danmark m.fl. synes endvidere ligeledes at give mening. Denne undtagelse er en forudsætning for, at lempelsen kan indføres uden at åbne en omgåelsesmulighed for udenlandske selskaber.

Reglen er en regneteknisk regel, skønt der ikke er meget at regne på. Den indfører ikke nogen nye begreber eller kriterier. Derfor bør justeringen ikke give anledning til fortolkningsmæssige kvaler.

5.3.3 Konklusion

Lempelsen er funderet i et klart og relevant motiv, som vurderes at ligge fint i tråd med de overordnede hensigter med mellemholdingreglen. Desuden vælges ikke at lempe i tilfælde hvor driftsselskabet er beliggende uden for EU eller i et land uden DBO med Danmark, da dette potentielt kan skabe en omgåelsesmulighed. På den baggrund må det siges, at lempelsen er ganske fornuftig.

Endelig er det positivt, at Skatteministeriet anerkender, at mellemholdingselskaber uden skatteundgåelse som motiv kan eksistere på trods af, at betingelserne om primær funktion og reel økonomi er opfyldt. Dette peger imod en mere virkelighedsnær værnsregel samt en bedre proportionalitet mellem reelle forretningsmæssige behov og hensynet om at forhindre skatteundgåelse.

5.4 Ad. Stk. 3 nr. 4. Børsnotering

Vedrørende denne betingelse er der med lov nr. 254 ikke sket nogen ændringer.

5.5 Ad. Stk. 3 nr. 5. Majoritetskrav

5.5.1 Lovgrundlag og formål

Med lov nr. 254 er majoritetskravet blevet flyttet så det nu er femte betingelse for omfatning af mellemholdingreglen. Derudover er der i lovteksten foretaget to præciseringer og endelig er ordlyden ændret således at ordet "moderselskabet" nu er udskiftet med "mellemholdingselskabet" jf. afsnit 5.1.1. Det fremgår

nu eksplicit ved en reference til stk. 3, 1. pkt., at fonde omfattet af FBL samt udenlandske selskabers indkomst, som beskattes i Danmark som følge af sambeskatning eller CFC-beskatning også skal indgå i beregningen af om majoritetskravet er opfyldt. Ligeledes slås det fast, at mellemholdingreglen kun finder anvendelse, når mere end 50 % af kapitalen i mellemholdingselskabet kan modtage skattefrit udbytte fra dette. Begge nævnte punkter var gældende ret før lov nr. 254, de er således nu blot gjort eksplicitte.

5.5.2 Vurdering

Ændringerne i majoritetskravet svarer til dem foretaget i ABL § 4 A stk.3, 1. pkt. Der kan således gøres de samme generelle betragtninger som i afsnit 5.1.2.

Dog var majoritetskravet en af de bestemmelser, der særligt led under "implicitte regler" i den tidligere lovtekst. Præciseringer synes derfor at være særligt relevante i denne forbindelse. Med lov nr. 254 er alle de principper, som er omtalt i SKM2010.203.DEP således blevet præciseret.

5.5.3 Konklusion

Som en logisk følge af, at der er tale om en ren præcisering af reglerne for majoritetskravet skabes der ikke reelle ændringer som følge af lov nr. 254 på dette punkt. Det bør dog bemærkes, at præciseringerne har ført til, at majoritetstestens regneregler nu ikke længere kun fremgår af lovforarbejderne, men også findes i selve lovteksten.

5.6 Ad. stk. 4. De øverste aktionærer

5.6.1 Lovgrundlag og formål

Efter vedtagelsen af lov nr. 254 er det ikke kun ABL § 4 A stk. 3, som udgør mellemholdingreglen. Der er indsat stk. 4-6, som ligeledes må anses som en del af værnsreglen.

I dette nye stk. 4 fastslås, at hvis de samme aktier, som følge af mellemholdingreglens anvendelse, ejes af flere selskabsaktionærer, som nævnt i stk. 3, 1. pkt., så skal aktierne anses for at være ejet direkte af de øverste selskabsaktionærer. Dette er en præcisering af det princip, som bliver nævnt på side 9 i bilag 41 samt i SKM2010.203.DEP.

5.6.2 Vurdering

Før denne præcisering kunne lovens ordlyd føre til, at aktier blev anset som ejet af et overliggende mellemholdingselskab, alternativt *både* af et overliggende mellemholdingselskab og de øverste selskabsaktionærer. Princippet er demonstreret i bilag C. Med denne præcisering kan der således ikke herske tvivl om, at det er de øverste selskabsaktionærer, og ingen andre, som skal anses for at eje af aktier direkte i datterselskabet.

Denne præcisering er central eftersom et af grundprincipperne i mellemholdingreglen er, at det er de øverste selskabsaktionærer, der anses for at eje aktier direkte. Eftersom dette nu fremgår eksplicit synes en ganske central uklarhed at være blotlagt.

5.6.3 Konklusion

Endnu en præcisering af allerede gældende regler, der ligeledes bringer mellemholdingreglen tættere på at være en mere helstøbt regel. Dette anses at være positivt. Derudover tilføjes ikke yderligere til vænsreglen som en logisk følge af, at der er tale om en ren præcisering.

5.7 Ad. stk. 5. Skærpelse af majoritetskravet

5.7.1 Lovgrundlag og formål

Modsat præciseringen i stk. 4 er der her tale om en reel tilføjelse til vænsreglens bestemmelser. Lovens ordlyd slår fast, at hvis aktier ejet af selskabsaktionærer, som nævnt i stk. 3, nr. 5,²⁷ er tillagt udbyttepræferencer, så skal aktiebesiddelser i mellemholdingselskabet som dem nævnt i stk. 5 nr. 1-4 medtages i beregningen af majoritetskravet. Med andre ord så skal aktiebesiddelserne nævnt i nr. 1-4 indgå i beregningen af majoritetskravet, såfremt der er selskabsaktionærer i mellemholdingselskabet med udbyttepræferencer.

Formålet med indsættelsen af denne bestemmelse er at forhindre omgåelse baseret på udbyttepræferencer som nævnt i af afsnit 4.3.1 og i SKATs afgørelse i afsnit 4.3.2. Dette er den fjerde justering nævnt i afsnit 5.0.

Første betingelse i ABL § 4 A stk. 5 sigter specifikt mod at ramme den type arrangementer som vist i figur 2.2 hvor aktier i mellemholdingselskabet ejes af en personlig aktionær eller dennes nærtstående, som samtidig har bestemmende indflydelse jf. LL § 16 H i en selskabsaktionær i mellemholdingselskabet. Aktier i mellemholdingselskabet ejet af personer, som er nærtstående til andre personlige aktionærer i mellemholdingselskabet omfattes af nr. 2. Nr. 1 og 2 vil i mange tilfælde overlappe hinanden, eftersom bestemmende indflydelse jf. LL § 16 H stk. 6 kan "krydse" på tværs af nærtstående personer, dog eksisterer der enkelte tilfælde, jf. nedenfor, hvor dette ikke er tilfældet. Dernæst omfatter nr. 3 porteføljeselskaber i mellemholdingselskabet, som er ejet af selskaber hvor personer som nævnt i nr. 1 og 2 har bestemmende indflydelse. Denne betingelse skal forhindre den alternative version af omgåelsen, som ligeledes er beskrevet i afsnit 4.3.1. Endelig omfatter nr. 4 porteføljeaktier i mellemholdingselskabet, som er ejet af fonde m.v., der er stiftet af personerne nævnt i nr. 1 og 2. Denne betingelse har ligeledes til formål at forhindre et arrangement på linje med det, som forhindres med nr. 3, blot med en fond i stedet for et porteføljeselskab.

²⁷ I stk. 3 nr. 5 er yderligere en reference til ABL § 4 A stk. 3, 1. pkt.

Fælles for disse bestemmelser er, at de alle er skærper af majoritetskravet. De stiller således ikke selvstændigt nye krav eller kriterier for omfatning af mellemholdingreglen. Det er dog vigtigt for reglens fuldstændighed at begreberne *udbyttepræferencer*, *bestemmende indflydelse* og *nærtstående* defineres. Dette gøres henholdsvis i bilag 20, og for de to sidste begreber i LL § 16 H samt i bemærkningerne.

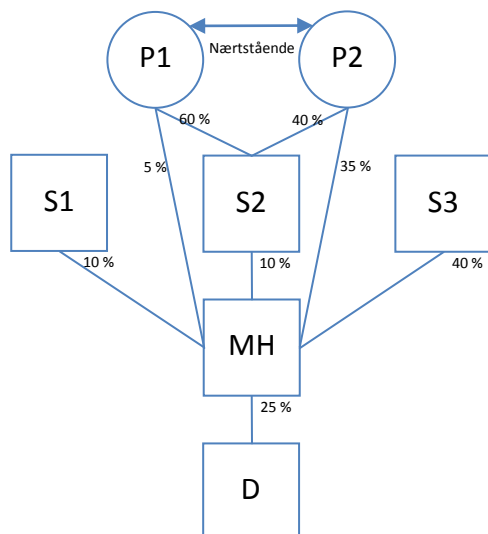
Fra bemærkningerne ses ligeledes, at denne tilføjelse har til formål at forhindre omgåelse som allerede nævnt. Formålet er dog kun, at ramme de personlige aktionærer, som har bestemmende indflydelse i mellemholdingselskabets selskabsaktionærer. Derudover har tilføjelsen ikke til formål at ændre yderligere ved værnsreglen, det fremgår således eksplicit af bemærkningerne at de fysiske personer *ikke* vil blive anset for at eje aktierne i det underliggende selskab direkte.

I bilag 20 defineres *udbyttepræferencer* bl.a. i forhold til likvidationsudlodninger. Fra Skatteministeriets svar kan udledes, at udbyttepræferencer dækker over situationer hvor selskabsaktionærer på en eller anden måde har fortrinsret til udbytter. Dette omfatter også situationer hvor der kun er fortrinsret til visse udlodninger, herunder likvidationsudlodninger. Desuden gives også svar på afgrænsningen mellem nr. 1 og nr. 2.

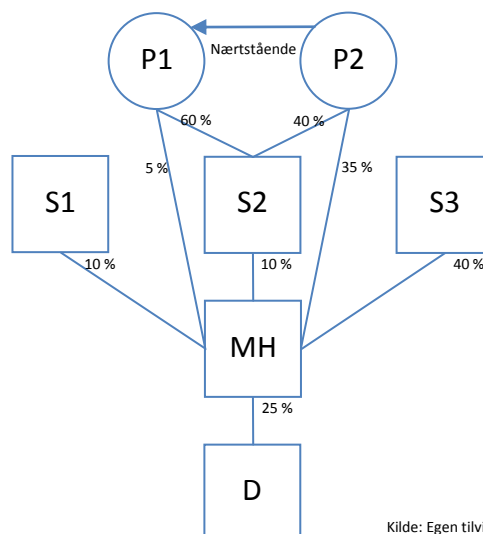
I tilfælde hvor personer er nærtstående til personer med bestemmende indflydelse i et givent selskab, så vil disse personer som udgangspunkt også være nærtstående til førstnævnte personer. Dermed vil begge have bestemmende indflydelse i det givne selskab. Dette følger af ordlyden af LL § 16 H stk. 6, som konstaterer, at bestemmende indflydelse kan "krydse på tværs" af nærtstående personer. Denne situation vil dermed være omfattet af nr. 1. Imidlertid eksisterer der tilfælde hvor dette ikke er tilfældet. Dette er eksemplificeret ved figur 6.

Figur 6 – Nærtstående i ejerkredsen

Figur 6.1 - P1 og P2 er nærtstående til hinanden



Figur 6.2 - Kun P2 er nærtstående til P1



Kilde: Egen tilvirkning

I figur 6.1 ses, at mellemholdingselskabet ejes af P1, P2, S1, S2 og S3. P1 og P2 er begge nærtstående til hinanden. Før lov nr. 254 var en sådan konstruktion blevet løftet ud af mellemholdingreglen. Med vedtagelsen af lov nr. 254 vil P1 og P2s ejerandele være omfattet af ABL § 4 A stk. 5 nr. 1 og skal dermed medtages i majoritetstesten. På denne baggrund vil MH nu være omfattet af værnsreglen. Skulle det imidlertid være tilfældet, at P1 er svigerfar til P2, så er P2 nærtstående til P1, men ikke omvendt. Dette følger af ordlyden af LL § 16 H stk. 6 som inkluderer børns ægtefæller, men ikke ægtefællers forældre. Dermed har P2 ikke bestemmende indflydelse i S2 og omfattes ikke af nr. 1. Imidlertid vil man omfattes af nr. 2, da P2 er nærtstående til P1 og MH er således stadig omfattet af mellemholdingreglen, dette ses i figur 6.2.

I bilag 20 forklares, at aktiebesiddelser ejet af fonde skal medtages i majoritetstesten eftersom det ville være en nem omgåelsesmulighed hvis ikke det var tilfældet. Dette er på trods af, at fonde udgør et selvstændigt og uafhængigt skattesubjekt.

5.7.2 Vurdering

Det er tydeligt, at der med indførslen af ABL § 4 A stk. 5 sker en skærpelse af mellemholdingreglen eftersom omfanget af skattesubjekter, der kan løfte et givent mellemholdingselskab ud af værnsreglen er blevet reduceret. På denne baggrund vil det være relevant at diskutere, om denne skærpelse ligger i tråd med mellemholdingreglens oprindelige formål.

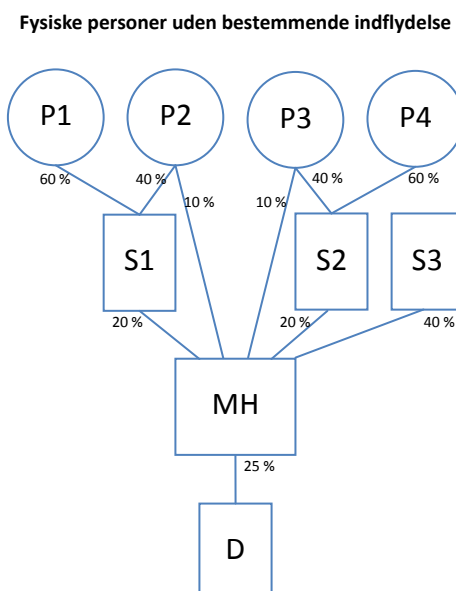
Som et led i tilføjelsen defineres *udbyttepræferencer* i bilag 20. Herfra kan det udledes, at der er tale om en ret bred definition eftersom den omfatter alle situationer hvor selskabsaktionærer har fortrinsret til udlodninger. Dette omfatter også eksemplet i FSRs konkrete spørgsmål. Det modsatte ville reelt efterlade endnu

et hul i værnet. Så hvis majoritetskravet og dermed mellemholdingreglen skal leve op til det intenderede formål synes dette fornuftigt.

Overordnet synes det helt naturligt, at et hul som det beskrevet i afsnit 4.3.1 lukkes som det gøres med stk. 5. Med nr. 1 gøres dette for personlige aktionærer med bestemmende indflydelse i mellemholdingselskabet selskabsaktionærer. Dette forekommer ganske logisk da det netop er sådanne selskabsaktionærer, der får fordel af den nævnte omgåelse. Til definition af *bestemmende indflydelse* henvises til LL § 16 H stk. 6. På denne måde sikres, at aktiekapital ejet af nærtstående til de personlige aktionærer også medtages i denne sammenhæng. Sådanne nærtstående vil, som udgangspunkt, have et interessefællesskab med de personlige aktionærer, hvorfor dette synes helt på sin plads. Endvidere opfindes ikke en specifik definition af begrebet, hvilket bidrager til klarheden af bestemmelsen. Samme princip er gældende for begrebet *nærtstående* hvor definitionen i LL § 16 H også benyttes.

Som nævnt omfatter denne betingelse kun tilfælde hvor den personlige aktionær har bestemmende indflydelse i mellemholdingselskabets selskabsaktionær. På den baggrund vil en ejerstruktur som vist i figur 7 være undtaget af værnsreglen.

Figur 7 – Fysiske personer uden bestemmende indflydelse



Kilde: Egen tilvirkning

Personerne P1 og P3 har ikke bestemmende indflydelse i MHs selskabsaktionærer. Deres kapitalandele er således ikke omfattet af nogle af betingelserne i ABL § 4 A stk. 5 og de skal dermed ikke medtages i majoritetstesten uagtet, at aktierne i MH er tillagt udbyttepræferencer. Dermed udgør ejerandele, som ikke kan modtage skattefrit udbytte fra D kun 40 % og MH er derfor ikke omfattet af mellemholdingreglen. Etableres nu aktier med udbyttepræferencer i MH og evt. også i S1 og S2 kan udbytte reelt fordeles som det måtte

ønskes. Det er naturligvis en forudsætning for ovenstående, at ingen af de fysiske personer er nærtstående til hinanden. En sådan situation vil udgøre endnu en mulighed for omgåelse og dermed er problemstillingen i afsnit 4.3.1 ikke kommet tættere på en løsning.

Det må formodes, at Skatteministeriet har overvejet denne risiko for omgåelse. At der efterfølgende ikke er indsat en bestemmelse til forhindring af dette må dermed tages som et udtryk for, at risikoen accepteres i disse, formentlig sjældne, tilfælde. Alternativet ville være en yderligere skærpelse, hvilket sandsynligvis ville medføre endnu et sæt komplicerede regler.

Nr. 2 dækker som nævnt stort set samme situation som nr. 1, men med den undtagelse, at ifølge definitionen på *nærtstående* eksisterer der et hul, i eksempelvis svigerforhold. Et sådant hul vil således kunne udnyttes af familierelationer, som netop opfylder dette. Om end hullet synes relativt snævert er det fornuftigt, at det lukkes. Denne hullukning bygger reelt på forudsætningen om, at et nærtstående forhold virker begge veje. Det er manglen på denne forudsætning som åbner hullet. En sådan forudsætning virker fornuftig, hvorfor tilføjelsen af nr. 2 også synes fornuftig.

Nr. 3 dækker over situationen hvor et porteføljeselskab anvendes til at løfte et mellemholdingselskab ud af værnereglen i stedet for en personlig aktionær, som var tilfældet i nr. 1. På samme måde kræves, at ejeren af porteføljeselskabet har bestemmende indflydelse i en selskabsaktionær i mellemholdingselskabet eller er nærtstående til en personlig aktionær. Dette fastsættes ved en reference til personerne angivet i nr. 1 og nr. 2. Det vil derfor være de samme pointer, der kan tilknyttes til dette punkt. På samme grundlag er bestemmelsen nødvendig for at forhindre en omgåelsesmulighed som tidligere nævnt.

Nr. 4 minder om bestemmelsen i nr. 3. Forskellen består i, at der er tale om fonde frem for porteføljeselskaber samt at det ikke er ejerne der skal vurderes i forhold til personkredsen i nr. 1 og nr. 2 jf. LL § 16 H stk. 6, men derimod stifterne. Det er dog helt centralt i denne sammenhæng at huske, at fonde er selvejende institutioner jf. fondsloven (FL) § 1, lov om erhvervsdrivende fonde (EFL) § 1 og *det almene fondsbegreb*,²⁸ hvilket netop påpeges af FSR i bilag 20. Skatteministeriet svarer, at: *"Det er nødvendigt at inkludere fonde ... hvis værnet ... ikke relativt nemt skal kunne omgås."* Fra denne ordlyd synes Skatteministeriet at anerkende, at man underkender fonde som selvstændige og uafhængige skattesubjekter. Dermed konstateres der to konkurrerende synspunkter; henholdsvis at forhindre omgåelse af ejerkravet og princippet om fondes uafhængighed. Dette kan give anledning til en principiel diskussion. Denne diskussion vurderes dog at falde udenfor denne afhandlings rammer. Imidlertid må det fra et strengt skattemæssigt synspunkt vur-

²⁸ Lynge Andersen, Lennart: Lærebog i Fondsret, s. 23

deres, at forhindring af omgåelse af ejerkravet er nødvendigt da der ellers ville være tale om en væsentlig omgåelsesmulighed.

5.7.3 Konklusion

Tilføjelsen af denne bestemmelse lukker en central omgåelsesmulighed i mellemholdingreglen. Dette gøres ved at fastslå, at aktiebesiddelser i mellemholdingselskabet ejet af personlige aktionærer, deres nærtstående eller nærtstående til førstnævnte skal medtages i majoritetstesten hvis disse har bestemmende indflydelse i en af mellemholdingselskabets selskabsaktionærer. Dette inkluderer også aktiebesiddelser ejet porteføljeselskaber eller fonde hvor førstnævnte personkreds er ejer eller stifter henholdsvis.

Til denne vurdering er det således nødvendigt, at man forholder sig til begreberne *bestemmende indflydelse* og *nærtstående* hvilket er defineret i LL § 16 H stk. 6. Tilføjelsen synes dermed ikke at give anledning til fortolkningsvanskeligheder af væsentlig art. Dette skyldes dels også reglens matematiske natur.

Som det er nævnt forhindres en række muligheder for omgåelse. Dette bringer uden tvivl mellemholdingreglen tættere på dens intenderede mål. Imidlertid eksisterer stadig en omgåelsesmulighed. I forhold til denne formodes, at Skatteministeriet har foretaget en afvejning. På den ene side kan skærpes yderligere, hvilket sandsynligvis vil komplicere et i forvejen kompliceret regelsæt. På den anden side kan accepteres, at der eksisterer en risiko for omgåelse. Med i overvejelsen er det sandsynligvis, at i praksis vil det være sjældent, at en ejerstruktur, som vist i figur 7, kan etableres uden, at nogle af de personlige aktionærer er nærtstående. Under alle omstændigheder er konsekvensen, at der stadig ikke eksisterer et helt effektivt værn, som sikrer, at ejerkravet på 10 % ikke omgås. På denne baggrund konkluderes det, at der stadig eksisterer en svaghed i mellemholdingreglens majoritetskrav på trods af, at lov nr. 254 resulterer i væsentlige og centrale forbedringer.

5.8 Ad. stk. 6. Kildeskat

5.8.1 Lovgrundlag og formål

Den sidste og fjerde væsentlige tilføjelse findes i ABL § 4 A stk. 6. Her fastslås, at når der indeholdes kildeskat jf. KSL § 65 som følge af omfatning af mellemholdingreglen, så skal selskabsaktionærer i mellemholdingselskabet tilbagebetale skatteværdien af den pågældende selskabsaktionærs andel af det udloddede udbytte som mellemholdingselskabet har modtaget. Bestemmelsen sigter altså mod at udligne den uensigtsmæssighed, som er nævnt i afsnit 4.5, der ramte minoritetsaktionærer i mellemholdingselskabet. Dette er det tredje punkt, som nævnes i afsnit 5.0.

Skatteministeriet anerkender derved at, indeholdelse af kildeskat kan give anledning til diskrimination af minoritetsaktionærer, hvis disse ikke anses som direkte ejere af aktier i det underliggende datterselskab og

dermed ikke beskattes af udbytte fra dette. Endelig fremgår det også, at det vil være tilstrækkeligt hvis mellemholdingselskabet optager en fordring på selskabsaktionærerne.

Fra bilag 20 samt høringsskemaet i bilag 1 ses, at der rettes en del kritik mod reglen. Det påpeges bl.a., at det er problematisk rent selskabsretligt og regnskabsmæssigt, at mellemholdingselskabet reelt betaler udbytteskat på vegne af visse selskabsaktionærer mod at modtage en fordring på disse. Dermed skabes en forpligtelse på baggrund af driftsselskabets beslutning om udbytteudlodning, hvilket fra FSRs side ikke vurderes at være hensigtsmæssigt. Derudover påpeges, at en sådan fordring på en selskabsaktionær kan vise sig at være værdiløs i tilfælde af insolvens. En risiko der bæres af mellemholdingselskabets andre aktionærer. Endelige nævnes igen det faktum, at driftsselskabet vil få svært ved at skaffe oplysninger om de ultimative aktionærer. Denne kritik henvender sig ikke direkte til den nye bestemmelse om tilbagebetaling af kildeskat, men er mere rettet mod hele princippet om at indeholde kildeskat fra datterselskabet. På denne baggrund foreslår FSR, at man undtager for kildeskat i tilfælde hvor skattepligten opstår som følge af mellemholdingreglen.

Med indførslen af denne bestemmelse forsøges dermed, at rette en tidligere uhensigtsmæssighed. Imidlertid skaber rettelsen i sig selv en række nye uhensigtsmæssigheder.

5.8.2 Vurdering

Med indsættelsen af stk. 6 løses problemstillingen, som er skitseret i afsnit 4.5. Imidlertid skabes nye problemstillinger herved. En diskussion af proportionaliteten mellem det problem, der løses og de problemstillinger, der opstår, er således relevant.

Som nævnt i afsnit 4.5 skaber indeholdelse af selskabsaktionærernes udbytteskat hos datterselskabet potentielt en diskrimination af minoritetsaktionærerne, hvilket ikke er hensigten med mellemholdingreglen. Denne problematik må vurderes at udgøre en væsentlig svaghed ved værnsreglen. En løsning af dette, som den i tilføjelset i ABL § 4 A stk. 6, må derfor vurderes at være central. I kontrast til dette står, at bliver udbytte ikke videreudloddet fra mellemholdingselskabet til selskabsaktionærerne så skaber tilføjelsen tillige nogle uhensigtsmæssige effekter. Selskabsaktionærerne kan således risikere at blive belastet likviditetsmæssigt, da disse kan risikere at skulle indfri fordringen uden at have modtaget det reelle udbytte. Har selskabsaktionæren ikke den fornødne solvens kan fordringen risikere at blive forringet i værdi. Denne risiko bæres af mellemholdingselskabets andre aktionærer, hvilket bestemt heller ikke forekommer hensigtsmæssigt.

Et entydigt og generelt svar på dette vil være svært at give eftersom en utrolig stor mængde faktorer gør sig gældende, og de faktiske forhold i høj grad vil variere fra sag til sag. Med forbehold for dette, synes hensynet til minoritetsaktionærerne trods alt at veje tungere. Dette er især gældende da skævvridningen af

udbyttefordelingen påvirker den reelle fordeling af aktiver, hvorimod en fordring på selskabsaktionæren i højere grad repræsenterer en justering som følge af underkendelse af mellemholdingselskabets skattemæssige eksistens. Ikke desto mindre bør Skatteministeriet overveje, om ikke problematikken kunne løses på en mere elegant måde. Dette er ikke mindst tilfældet når man overvejer den administrative byrde det udloddende selskab kan risikere at stå med, såfremt ejerandele af evt. flere mellemholdingselskaber spredes over et stort antal ultimative selskabsaktionærer.

Fra et forståelsesmæssigt synspunkt forekommer lovtæksten og de relevante bemærkninger m.v. fornuftigt udformet. Set fra denne vinkel bør reglen ikke give anledning til fortolknings- eller tvivlsspørgsmål.

5.8.3 Konklusion

Denne tilføjelse til mellemholdingreglen forsøger at rette op på det forhold at der kan ske forvridding af udbytteudlodning i forhold til minoritetsaktionærer. Dette gøres ved at fastslå, at selskabsaktionærer skal tilbagebetale skatteværdien af deres andel af det udloddede udbytte. Alternativt kan der optages en fordring på selskabsaktionæren. Det vurderes, at denne regel fjerner risikoen for skævvridning og dermed afgjort bidrager til opfyldelsen af mellemholdingreglens formål. Dog forårsager tilføjelsen også en række uheldige konsekvenser. Holder man alle disse momenter op mod hinanden og mod mellemholdingreglens basale formål, så synes det trods alt fornuftigt, at man har valgt at indsætte denne regel, på trods af de uheldige følgevirkninger.

5.9 Delkonklusion

I forhold til mellemholdingreglen var formålet med L 84 og vedtagelsen af lov nr. 254, at tilføje fire overordnede justeringer, samt en række mindre præciseringer af gældende ret. Disse præciseringer omhandler primært hvilke skattesubjekter, der omfattes af reglens bestemmelser. Dette ses i mellemholdingreglens indledende del i ABL § 4 A stk. 3, 1. pkt. Efterfølgende er der tilføjet referencer til stk. 3, 1. pkt. således at præciseringen slår igennem flere steder. Ved at tilføje disse præciseringer reduceres mængden af implicitte og uigennemskuelige bestemmelser. Dette afhjælper i nogen grad noget af den tvivl, der kan opstå som følge af en uklar retstilling.

De reelle justeringer af mellemholdingreglen dækker bl.a. over to lempelser af reglen, hvorefter mellemholdingselskabets porteføljeaktionærer samt datterselskaber, som er fuldt ejet af mellemholdingselskabet ikke længere omfattes af mellemholdingreglen. Den første lempelse er i høj grad motiveret af en risiko for dobbeltbeskatning, hvorfor lempelsen er helt naturlig. Denne risiko for dobbeltbeskatning synes helt utilsigtet og uden for værnsreglens oprindelige formål. Justeringen af dette må ses som en korrektion af reglerne i forhold til det oprindelige formål. Den anden lempelse peger i retning af en erkendelse af, at mellemholdingreglen oprindeligt var for indskærpende. Dermed skal lempelsen ses som en lempelse af hvad,

der betragtes som et mellemholdingselskab med skatteomgåelse til formål. Der justeres således også ved de forudsætninger der ligger til grund for værnstanken.

Derudover foretages også en skærpelse af hvilke skattesubjekter, som skal medregnes i majoritetstesten. Denne skærpelse er indført som svar på den omgåelsesmulighed, som er nævnt tidligere, hvilket forekommer som en logisk konsekvens. Dermed er der igen tale om en justering af mellemholdingreglens bestemmelser, så de svarer til det oprindelige formål fastsat i lov nr. 525. Imidlertid fjernes ikke enhver mulighed for omgåelse af reglens bestemmelser via majoritetskravet. Som det er vist i afsnit 5.7.2, kan visse selskabskonstruktioner stadig undgå at blive omfattet og stadig opnå udlodning af skattefrit datterselskabsudbytte. Det kan derfor konkluderes, at denne svaghed ikke til fulde er blevet afhjulpet.

Den sidste egentlige justering af mellemholdingreglen omhandler indeholdelse af kildeskat som følge af mellemholdingreglen. Her forsøges ligeledes at justere endnu en uhensigtsmæssighed fra tidligere. Ved at foreskrive, at selskabsaktionærer i mellemholdingselskabet skal tilbagebetale skatteværdien af deres andel af det udloddede udbytte løses denne problematik om skævvridning af udbyttefordelingen. Imidlertid opstår der nye problemstillinger. På trods af, at justeringen formår at løse den umiddelbare problemstilling må det konstateres, at indeholdelse af kildeskat af udlodningen fra datterselskabet endnu ikke kan forløbe problemfrit.

6.0 Sammenligning af lov nr. 525 og lov nr. 254

Der tages igen udgangspunkt i sondringen mellem problemer vedrørende mellemholdingreglens omfang og problemer vedrørende mellemholdingreglens konsekvenser. For så vidt angår omfanget af mellemholdingreglen undtages mellemholdingselskabets porteføljeaktionærer og dermed fjernes risikoen for dobbeltbeskatning af disse. Dette eliminerer effektivt denne svaghed.

Derudover undtages datterselskaber, som er fuldt ejet af mellemholdingselskabet. Dette bidrager i nogen grad til at sikre, at selskaber uden skatteundgåelse til hensigt ikke omfattes af reglen. Imidlertid adresseres andre problemstillinger forbundet med dette ikke. Der sker således ingen præcisering eller justering af betingelserne om *primær funktion* og *reel økonomisk virksomhed*. I forhold til omfanget af reglen udgør disse to betingelser de største usikkerhedspunkter og med anerkendelsen af, at et mellemholdingselskab med henblik på optagelse af akquisitionsgæld ikke løftes ud af mellemholdingreglen som følge af de to nævnte betingelser, synes det relevant at foretage en revidering af kriterierne til disses afgørelse. Dette synspunkt synes yderligere at blive styrket eftersom det blev konstateret, at SKATs afgørelser i visse tilfælde afveg fra retningslinjerne, fastsat for betingelserne om *primær funktion* og *reel økonomisk virksomhed*. Dette burde give yderligere anledning til overvejelser omkring lovforarbejdernes klarhed.

Med lov nr. 254 omfattes nu også mellemholdingselskaber, som ejes af 50 % eller flere personlige aktionærer i visse tilfælde. Denne skærpelse var nødvendig for mellemholdingreglens integritet i forhold til den konstaterede omgåelsesmulighed. Korrektionen anses da også som værende helt på linje med værnstan-ken. Imidlertid eksisterer stadig en mulighed for omgåelse. Dermed leves endnu ikke fuldt op til værnstan-ken. Har Skatteministeriet overvejet dette formodes, at denne risiko accepteres på baggrund af en propor-tionalitetsovervejelse. Under alle omstændigheder må det konstateres at mellemholdingreglen stadig kan omgås om end mere avancerede ejerstrukturer er påkrævet.

Endelig synes lov nr. 254 slet ikke at forholde sig til det EU-retlige aspekt. Det kan til dels forekomme natur-ligt eftersom Skatteministeriet anser mellemholdingreglen som værende i overensstemmelse hermed. Imidlertid synes der, at eksistere et reelt grundlag for at sætte spørgsmålstejn ved Skatteministeriets hold-ning. Dette burde i nogen grad animere ministeriet til at genoverveje spørgsmålet. I forhold til lov nr. 254 betyder dette, at den nuværende mellemholdingregel indeholder de samme EU-retlige betænkeligheder som før justeringerne.

En af de centrale problemstillinger ved mellemholdingreglens konsekvenser var afhængigheden af andre aktionærer i ejerstrukturen. Denne problemstilling har ikke fundet vej ind i lov nr. 254. Det er derfor stadig et problem, at én aktionærs skattemæssige position afhænger af andre aktionærer. Dette er ikke mindst tydeligt i situationer hvor der sker statusskifte som følge af omfatning eller undtagelse af mellemhol-dingreglen.

En problemstilling som lov nr. 254 faktisk behandler, er skævvridningen af udbyttebeskatning og diskrimi-nation af minoritetsaktionærer. Denne skævvridning elimineres ved indsættelsen af stk. 6 i værnreglen. Imidlertid skabes en række mindre problemstillinger som Skatteministeriet til dels anerkender. På trods af disse er reglen indført, hvorfor Skatteministeriet synes at underkende de nye problemstillinger i forhold til behovet for at rette denne skævvridning. Disse nye problemstillinger synes også i mindre grad at udgøre et problem set i forhold til mellemholdingreglens egentlige formål. FSR peger dog på, at problemerne stadig udgør væsentlige selskabsretlige og regnskabsmæssige tvivlsmaal. Derudover kan tillægges, at kildeskattein-deholdelsen udgør en administrativ udfordring, hvilket også var tilfældet før lov nr. 254. Dette behandles således heller ikke af Skatteministeriet.

Endelig udgjorde kompleksiteten af mellemholdingreglen et problem i sig selv. Regelsættet var præget af flere, ifølge Skatteministeriet, implicitte regler og en generel uklarhed. Med præciseringerne synes mange af disse "hemmelige" regler at være gjort synlige, men ikke mindre komplicerede. Som en logisk konse-

kvens af dette er mellemholdingreglens lovtekst vokset betydeligt. Omfanget og kompleksiteten af reglen fremgår nu ganske tydeligt.

På denne baggrund ses det således, at skønt mange af problemstillingerne nævnt i afsnit 4.6 er blevet justeret med lov nr. 254 gælder dette ikke alle. Tilmed har nogle af løsningerne skabt problemer samtidig med, at andre blev afhjulpnet. Der eksisterer dermed stadig en betydelig mængde af uklarheder vedrørende værnsreglens omfang og konsekvenser.

7.0 Konklusion

Motivet for mellemholdingreglen ligger funderet i reformen af aktiebeskatning med lov nr. 525. Denne indførte en sondring blandt skattefrie og ikke skattefrie aktiebesiddelser baseret på graden af ejerskab. Denne sondring ville imidlertid forholdsvis nemt kunne undgås ved etableringen af mellemholdingstrukturer eller såkaldte "omvendte juletræer". Mellemholdingreglens overordnede formål er således at afværge omgåelse af ejerkravet ved anvendelse af mellemholdingselskaber. Som en følge heraf må det konkluderes, at mellemholdingreglen ligeså har til formål at undtage mellemholdingselskaber hvis formål ikke er skattemæssig omgåelse. Dette bakkes også op hvis mellemholdingreglen betragtes i et EU-retligt perspektiv.

Praktisk gøres dette ved mellemholdingreglens fire, og senere fem, betingelser. Alle disse skal være opfyldt før reglen finder anvendelse. Mellemholdingselskaber som ikke opfylder disse krav vurderes dermed ikke til at have omgåelse af ejerkravet som formål og disse ikke omfattes af mellemholdingreglen. Som en konsekvens af dette, er det centralt for opfyldelsen af mellemholdingreglens formål, at disse betingelser fungerer optimalt.

På baggrund af vurderingerne af mellemholdingreglens konkrete elementer før vedtagelsen af lov nr. 254 er der konstateret et antal svagheder.

I forhold til mellemholdingreglens formål er den væsentligste af disse svagheder muligheden for omgåelse af mellemholdingreglen og dermed ejerkravet på 10 %. Hele værnsstanken er bygget om omkring forebyggelse af dette. Dette "hul" er dermed reelt modstridende i forhold til mellemholdingreglens formål og derfor alene nok til at sætte spørgsmålstegn ved dens effektivitet. Derudover synes reglen i flere henseender at favne bredere end intenderet. Dermed skabes risiko for, at mellemholdingselskaber uden omgåelse af ejerkravet ikke nødvendigvis undtages af reglen. Dette er således ikke positivt modstridende i forhold til reglens formål, men resulterer dog stadig i, at der ikke nødvendigvis leves op til mellemholdingreglens formål i alle henseender. Problemstillingen omkring kildeskattetrækket er ligeledes et eksempel, som fører til en risiko for, at der ikke leves op til mellemholdingreglens formål. Konkret er det princippet om, at aktionærer

skal stilles som om de ejer aktier direkte i datterselskabet, der ikke efterleves eftersom der kan ske skævvridning af udbytteudlodningen.

Det er ligeledes konkluderet, at mellemholdingreglen i visse henseender ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med EU-retlige principper. Set i relation til mellemholdingreglens formål er der ikke nødvendigvis en konflikt da reglen ikke specifikt er indsat med det formål at følge EU-retlige perspektiver. Set i et større perspektiv må det dog forventes, at vedtagne love har, om ikke andet implicit, til formål at kunne rummes indenfor EU-retlige principper. Derudover udgør denne usikkerhed et problem i forhold til formålet i den situation, hvor en af mellemholdingreglens bestemmelser kan risikere at blive underkendt i forbindelse med en EU-dom. Skulle dette ske kunne mellemholdingreglen blive udvandet i en sådan grad, at den ikke længere opfylder det oprindelige formål, set med Skatteministeriets øjne.

Endelig er det konkluderet, at mellemholdingreglen er kompliceret og i nogle henseende uklart formuleret samt at afhængigheden af andre aktionærer synes ganske uhensigtsmæssig. Ud fra en snæver betragtning af mellemholdingreglens formål forhindrer ingen af de to nævnte punkter reelt formålets opfyldelse. Ej heller skabes risiko for, at mellemholdingselskaber uden skatteomgåelse som hensigt bliver omfattet af værnsreglen. Så på trods af, at disse punkter anses som uhensigtsmæssige må det konkluderes, at de reelt ikke har indflydelse på opfyldelsen af mellemholdingreglens formål. Dog kan det pointeres, at et af formålene med vedtagelse af lov nr. 525 var at indføre et simplere beskatningssystem for selskabers aktieavance- og udbyttebeskatning. I forhold til denne hensigt synes de to punkter bestemt at være i modstrid hermed.

På den baggrund synes det rimeligt at konkludere, at mellemholdingreglen som den blev vedtaget ved lov nr. 525, ikke levede op til det formål den blev indsat for.

Vedtagelsen af lov nr. 254 medførte en række imødekommelser af svaghederne fra den oprindelige mellemholdingregel. Helt centralt er det, at muligheden for omgåelse af værnsreglen er reduceret. Imidlertid fjernes den ikke helt, hvorfor værnet reelt endnu ikke er intakt. Har man udeladt den fuldstændige lukning af hullet på baggrund af en proportionalitetsovervejelse, så er formålet med indsættelsen af mellemholdingreglen, således implicit ændret, så der nu kan accepteres omgåelse i visse specifikke situationer. Har man derimod ikke foretaget en afvejning, udgør muligheden for omgåelse således endnu engang et modstridende element i forhold til mellemholdingreglens formål som nævnt ovenfor.

Med lov nr. 254 omfattes ikke længere datterselskaber 100 % ejet af mellemholdingselskabet. Dette sikrer i nogen grad, at mellemholdingselskaber hvis hensigt reelt ikke er skatteomgåelse ikke omfattes af værnsreglen. Dermed reduceres det potentielle antal af tilfælde hvor mellemholdingreglen har et bredere omfang end formålet. Imidlertid synes der stadig at være en risiko for dette, fx i forbindelse med vurdering af

primær funktion og reel økonomisk virksomhed, hvorfor den samme konflikt med mellemholdingreglens formål er til stede, om end i reduceret grad.

Efter tilføjelsen af stk. 6 sker der således ikke længere en potentiel skævvridning af udbytteudlodninger. I forhold til mellemholdingreglens formål fjernes således en af problemstillingerne. De problemstillinger, der opstår som følge af justeringen vurderes ikke at udgøre en konflikt med mellemholdingreglens formål, men er ikke desto mindre stadig til stede.

På den baggrund synes lov nr. 254 i en vis grad at forsøge at tilpasse mellemholdingreglen så den i højere grad lever op til det formål den oprindeligt var indsat for. På trods af dette eksisterer stadig en væsentlig risiko for, at mellemholdingselskaber uden skatteomgåelse til formål omfattes af mellemholdingreglen, på trods af, at formålet ikke er at ramme den slags mellemholdingselskaber. Lægges dertil reglens uafklarede EU-retlige aspekter synes det stadig rimeligt at konkludere, at mellemholdingreglen endnu ikke opfylder det tilsigtede formål. Desuden eksisterer der stadig mulighed for at omgå værnreglen. Om dette accepteres af Skatteministeriet og derfor ligger inde for reglens formål eller om det stadig udgør et væsentlig brud på værnstanken fremgår ikke af L 84. Er det sidste tilfældet understreges blot, at mellemholdingreglen stadig mangler justeringer for at kunne opfylde det formål den oprindeligt blev indsat for.

8.0 Perspektivering

Som det blev nævnt i afsnit 4.0 blev det oprindelige forslag ændret således at udenlandske selskaber ikke længere var omfattet af mellemholdingreglen. Dette var tilfældet da disse var omfattet af reglerne om beneficial ownership i SEL § 2 stk. 1 litra c. Disse regler agerer dermed "mellemholdingregel" for udenlandske selskaber. Det kunne derfor være relevant at undersøge hvordan disse regler fungerer. Som udgangspunkt må det formodes, at der eksisterer en symmetri mellem SEL § 2 stk. 1, litra c og mellemholdingreglen. Dermed kunne man eksempelvis lave en sammenligning på basis af den fremgangsmåde, som er anvendt i denne afhandling for at konstatere om en sådan symmetri eksisterer.

Det EU-retlige aspekt ville også være interessant at gå dybere i. Begreber som *proportionalitet*, *kunstige arrangementer/svig* og *misbrug*, ville være relevante at blotlægge i højere grad end hvad der blev fundet nødvendigt i sammenhæng med denne afhandling. Andre medlemslandes håndtering af emnet ville ligeså være relevant. Eksempelvis gives et eksempel på franske værnregler i denne sammenhæng i SU. 2010.111 af Jakob Bundgaard. En undersøgelse og diskussion af andre EU landes tilgang til de nævnte problematikker ville ligeledes være relevant.

9.0 Referencer

9.1 Litteratur

Blume, Peter - *Juridisk Metodelære – En indføring i rettens og juraens verden.*

3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

Lynge Andersen, Lennart – *Lærebog i Fondsret.*

5. udgave, Thomson Reuters, 2010

Pedersen, Jan m.fl. - *Skatteretten 1.*

5. udgave, Thomson Reuters, 2009

Peytz, Henrik - *Aktieavancebeskatningsloven: Med kommentarer.*

2. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2008

9.2 Love

Aktieavancebeskatningsloven (ABL):	Lovbekendtgørelse nr. 171 af 06/03-2009 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.
Aktieavancebeskatningsloven (ABL):	Lovbekendtgørelse nr. 89 af 25/01-2010 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.
Aktieavancebeskatningsloven (ABL):	Lovbekendtgørelse nr. 796 af 20/06-2011 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.
Erhvervsfundsloven (EFL):	Lovbekendtgørelse nr. 560 af 19/05-2010 om erhvervsdrivende fonde.
Fondsbeskatningsloven (FBL):	Lovbekendtgørelse nr. 1248 af 02/11-2010 om beskatning af fonde og visse foreninger.
Fondsloven (FL):	Lovbekendtgørelse nr. 698 af 11/08-1992 om fonde og visse foreninger.
Kildeskatteloven (KSL):	Lovbekendtgørelse nr. 1403 af 07/12-2010 af kildeskatteloven.
Kulbrinteskatteloven:	Lovbekendtgørelse nr. 412 af 03/05-2006 om beskatning af indkomst i forbindelse med kulbrinteindvinding i Danmark.
Ligningsloven (LL):	Lovbekendtgørelse nr. 1365 af 29/11-2010 om påligningen af indkomstskat til staten .
Lov om værdipapirhandel:	Lovbekendtgørelse nr. 298 af 08/04-2011 om værdipapirhandel m.v.

Moder-/datterselskabsdirektivet:	Rådets direktiv 90/435 af 23/07-1990 om en fællesbeskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.
Selskabsloven:	Lovbekendtgørelse nr. 322 af 11/04-2011 om aktie- og anpartselskaber.
Selskabsskatteloven (SEL):	Lovbekendtgørelse nr. 282 af 03/04-2009 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.
Selskabsskatteloven (SEL):	Lovbekendtgørelse nr. 1376 af 07/12-2010 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.

9.3 Lovforarbejder

9.3.1 L 202 (2008/09)

Lovforslag som fremsat:	Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love af 22/04-2009.
Fremsættelsestalen:	Fremsættelsestalen af 22/04-2009.
L 202 – bilag 2:	Høringsskema og et supplerende høringssvar, fra skatteministeren af 22/04-2009.
L 202 – bilag 39:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 13/5-09 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 15/05-2009.
L 202 – bilag 40:	Ændringsforslag, fra skatteministeren af 15/05-2009.
L 202 – bilag 41:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 7/5-09 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 15/05-2009.
L 202 – bilag 57:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 25/5-09 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 25/05-2009.
L 202 – bilag 58:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 20/5-09 fra Kromann Reumert af 25/05-2009.
L 202 – bilag 60:	Ændringsforslag til 2. behandling, fra skatteministeren af 25/05-2009.
L 202 – bilag 64:	Ændringsforslag til 3. behandling, fra skatteministeren af 26/05-2009.
L 202 – spørgsmål 32:	L 202 spørgsmål 32 af 11/05-2009.
Lovforslag som vedtaget:	Forslag til Lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love af 28/05-2009.

9.3.2 L 84 (2010/11)

Lovforslag som fremsat:	Forslag til Lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love af 24/11-2010.
Fremsættelsestalen:	Fremsættelsestalen af 24/11-2010.
L 84 – Bilag 1:	Høringsskema og høringssvar, fra skatteministeren af 24/11-2010.
L 84 – Bilag 6:	Høringsskema og høringssvar, fra skatteministeren af 13/01-2011.
L 84 – Bilag 11:	Ændringsforslag, fra skatteministeren af 07/02-2011.
L 84 – Bilag 19:	Supplerende ændringsforslag, fra skatteministeren af 21/02-2011.
L 84 – Bilag 20:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 4/2-11 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 21/02-2011.
L 84 – Bilag 31:	Ændringsforslag fra skatteministeren af 11/03-2011.
L 84 – Bilag 34:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 10/3-11 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 14/03-2011.
L 84 – Bilag 37:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 16/3-11 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 25/03-2011.
L 84 – Bilag 42:	Skatteministerens kommentar til henvendelsen af 28/3-11 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 29/03-2011.
Lovforslag som vedtaget:	Forslag til Lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love af 29/03-2011.

9.4 Afgørelser**9.4.1 HR-afgørelser**

SKM2004.297.HR

9.4.2 SKM-afgørelser

SKM 2009.718.SR	SKM 2010.65.SR
SKM 2009.796.SR	SKM 2010.263.SR
SKM 2009.639.SR	SKM 2010.338.SR
SKM 2010.33.SR	SKM 2010.361.SR
SKM 2010.36.SR	SKM 2010.394.SR

SKM 2010.410.SR

SKM 2011.342.SR

SKM 2010.631.SR

SKM 2011.287.SR

SKM 2011.13.SR

SKM 2011.12.SR

SKM 2011.14.SR

9.4.3 EU-afgørelser

C-196/04

9.5 Artikler

Bundgaard, Jakob - *Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber?*

Skat Udland, April 2010 – SU 2010, 111

9.6 Andet

BEIERHOLM Statsautoriseret revisionspartnerselskab - *Selskabers aktieavancebeskatning m.v.*

Nyhedsbrev til kunder og samarbejdspartnere, 26/11-2010

KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab - *Så er L 84 vedtaget - Opfølgning på skattereformen ... og meget mere.*

11/04-2011

Skatteministeriet - *SKM2010.203.DEP*

02/03-2010

10.0 Bilag

Bilag A – Mellemløbsreglens ordlyd ved lov nr. 525

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

Bilag B – Mellemholdingreglens ordlyd ved lov nr. 254

"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, §§ 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 beskattningen 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.*

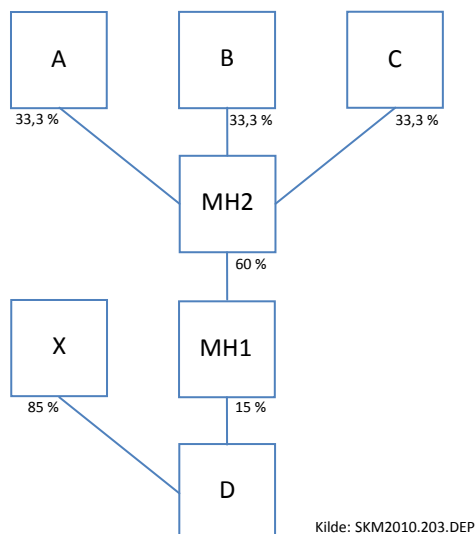
Stk. 4. Hvis de samme aktier som følge af stk. 3 ejes direkte af flere selskabsaktionærer omfattet af stk. 3, 1. pkt., anses aktierne for ejet direkte af den øverste aktionær.

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.*

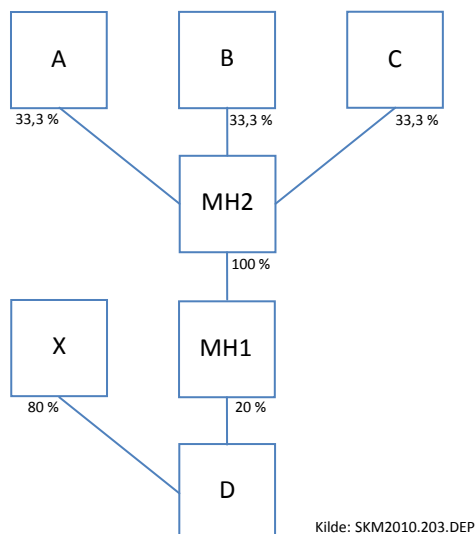
4. *Porteføljeaktiebesiddelser tilhørende fonde m.v. stiftet af personkredsen nævnt i nr. 1 og 2, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6.*

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.”

Bilag C – De øverste selskabsaktionærer²⁹**Eksempel E i SKM2010.203.DEP**

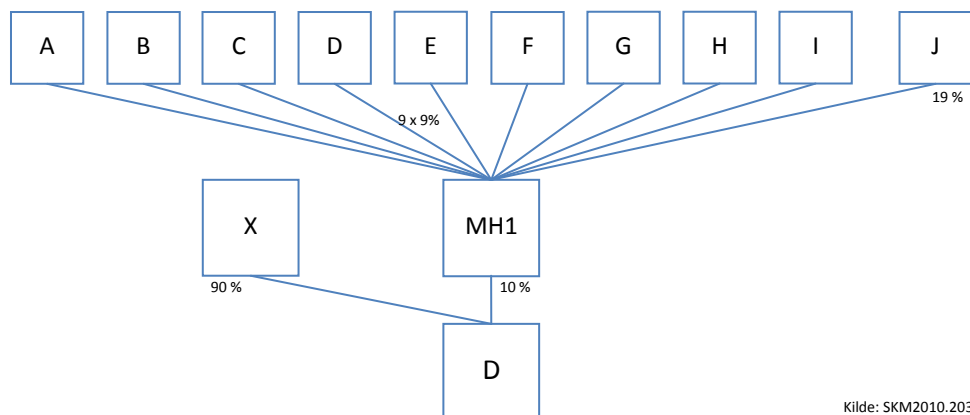
De øverste selskabsaktionærer (A-C) anses for at eje 3 % af aktierne i driftsselskabet hver. Det er således de øverste aktionærer i ejerkæden, der bliver anset for at eje aktierne i D direkte. MH 2s direkte ejerskab bortfalder som følge af selskabsaktionærene i MH 2 i stedet anses for at eje aktierne direkte.

²⁹ Dette er en fri og således ikke en ordret gengivelse af eksemplet i SKM2010.203.DEP.

Bilag D – "Led for led"³⁰**Eksempel A i SKM2010.203.DEP**

Værnsreglen skal finde anvendelse på hvert enkelt selskab. Der startes nedefra i ejerstrukturen, dvs. der startes med MH 1. Værnsreglens fire punkter efterprøves på dette. Konstateres det, at MH 1 omfattes af reglen, skal MH 2 umiddelbart anses for at eje aktierne i D direkte. Derefter efterprøves værnsreglens fire punkter på MH 2. Dette gøres i relation til D eftersom MH 1 er transparent. Eksempelvis skal det efterprøves om MH 2 udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen i D.

³⁰ Dette er en fri og således ikke en ordret gengivelse af eksemplet i SKM2010.203.DEP.

Bilag E – Mellemlholdingselskabets porteføljeaktionærer³¹**Eksempel F i SKM2010.203.DEP**

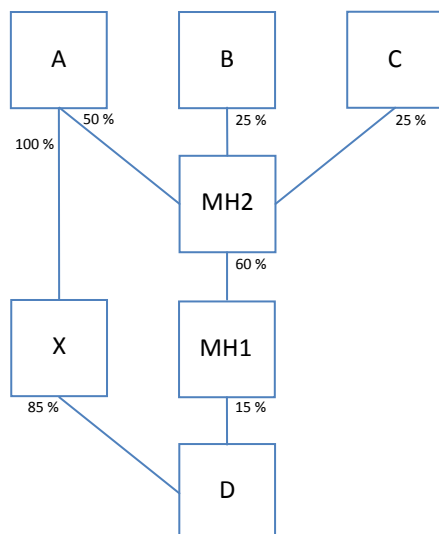
Kilde: SKM2010.203.DEP

Det er kun 19 % som opfylder betingelsen for at modtage skattefrie udbytter fra MH 1. Derfor kan mellemlholdingselskabet ikke siges at eksistere med henblik på at undgå udbyttebeskatning for disse selskaber.

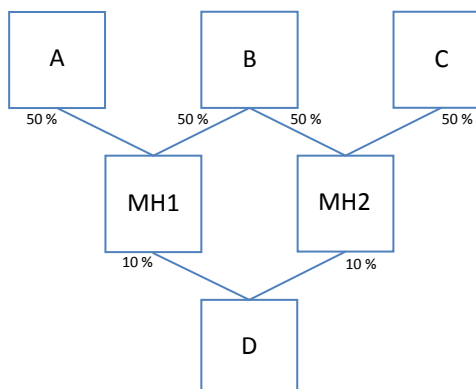
³¹ Dette er en fri og således ikke en ordret gengivelse af eksemplet i SKM2010.203.DEP.

Bilag F – Bredt perspektiv og indirekte ejerskaber³²

Eksempel C i SKM2010.203.DEP



Eksempel D i SKM2010.203.DEP



Kilde: SKM2010.203.DEP

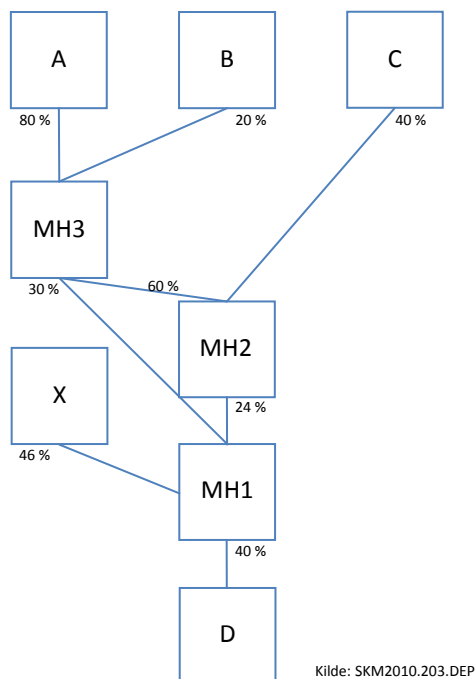
Foretages, i eksempel C, en isoleret vurdering af MH 2, MH 1 og D, vil MH 2 skulle anses for at eje 9 % af aktierne i D direkte. Der er imidlertid kun 30 % af aktierne i MH 1, der ultimativt ejes af selskabsaktionærer, som ikke ville kunne modtage skattefri udbytter fra D, idet A indirekte ejer de øvrige 85 % af aktier i D. Værnsreglen finder således ikke anvendelse i den pågældende situation.

I eksempel D ejer B 10 % af aktierne i D og værnsreglen finder ikke anvendelse i dette tilfælde.

³² Dette er en fri og således ikke en ordret gengivelse af eksemplet i SKM2010.203.DEP.

Bilag G – Afhængighed af andre aktionærer³³

Eksempel H i SKM2010.203.DEP



Det undersøges først om MH opfylder betingelsen i nr. 3.

De ultimative ejere af MH 1 er A som ejer 35,52 %³⁴ af MH 1 og 14,2 % af D, B som ejer 8,88 %³⁵ af MH 1 og 3,55 % i D, C som ejer 9,6 % i MH 1 og 3,84 af D samt X som ejer 46 % af MH 1 og 18,4 % af D. Mere end 50 % af aktiekapitalen i MH 1 ejes således af selskabsaktionærer, A og X, der ville kunne modtage skattefrie udbytter fra D. MH 1 er derfor ikke omfattet af værnsreglen.

Det skal herefter undersøges om MH 2 opfylder betingelsen i nr. 3. De ultimative ejere er A som ejer 48 % af MH 2 og 35,52 % af MH 1, B som ejer 12 % af MH 2 og 8,88 % af MH 1 samt C som ejer 40 % af MH 2 og 9,6 % af MH 1. Der er således mere end 50 % af aktiekapitalen i MH 2, der ejes af selskaber, der ved direkte ejerskab ikke ville kunne modtage skattefrie udbytter fra MH 1, B og C. Dette medfører, at selskabsaktionærerne i MH 2, dvs. MH 3 og C, skal anses for at eje aktierne i MH 1 direkte.

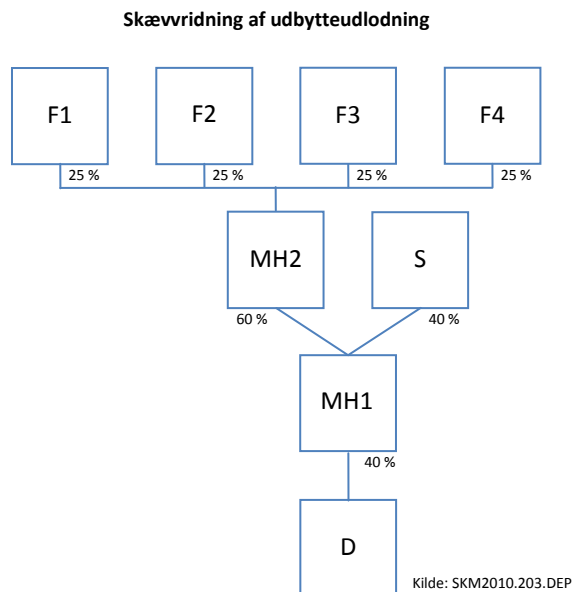
Det skal herefter undersøges om MH 3 opfylder betingelserne i nr. 3. Ejerne er A som ejer 80 % af MH 3 og 35,52 % af MH 1 og B som ejer 20 % af MH 3 og 8,88 % af MH 1. MH 3 er således ikke omfattet af værnsreglen.

³³ Dette er en fri og således ikke en ordret gengivelse af eksemplet i SKM2010.203.DEP.

³⁴ $35,52 \% = 0,8 \cdot 30 + 0,8 \cdot 0,6 \cdot 24$

³⁵ $8,88 \% = 0,2 \cdot 30 + 0,2 \cdot 0,6 \cdot 24$

B medvirker således til, at mere end 50 % af aktiekapitalen i MH 2 ejes af selskabsaktionærer, der ikke ville kunne modtage skattefrie udbytter fra MH 1 – og dermed til at C rammes af værnsreglen – uden selv at blive ramt af værnsreglen.

Bilag H – Skævvridning af udbytteudlodning

Værnsreglen finder anvendelse i ovenstående ejerstruktur.

Udloddes nu udbytte fra D på 100 til MH 1, så skal D indeholde kildeskat på den andel der vedrører aktionærene F1-F4, dvs. 15 ($25\% \cdot 60\%$). Dermed udloddes 85 til MH 1. Hvis dette videreudloddes til MH 2 og S, så vil MH 2 modtage 51 ($85 \cdot 60\%$) og S vil modtage 34 ($85 \cdot 40\%$). Dermed modtager S ikke 40 som det reelt var berettiget til ifølge ejerandele.

Bilag I – SKATs afgørelser ifm. majoritetskravet

- SKM2009.639.SR: Bekræfter generel anvendelse af majoritetstesten
- SKM2009.718.SR: Bekræfter, at der skal ses igennem til ultimative selskabsaktionærer og indirekte ejerandele skal inkluderes i majoritetstesten.
- SKM2009.796.SR: Bekræfter, at der skal ses igennem til ultimative selskabsaktionærer
- SKM2010.35.SR: Bekræfter, at der skal ses igennem til ultimative selskabsaktionærer og indirekte ejerandele skal inkluderes i majoritetstesten.
- SKM2010.36.SR: Bekræfter generel anvendelse af majoritetstesten
- SKM2010.65.SR: Bekræfter, at der foretages en vurdering for hvert datterselskab og der skal ses igennem til ultimative selskabsaktionærer.
- SKM2010.361.SR: Bekræfter, at indirekte ejerandele skal inkluderes i majoritetstesten.
- SKM2010.410.SR: Bekræfter, at der foretages en vurdering for hvert datterselskab.
- SKM2010.538.SR: Bekræfter generel anvendelse af majoritetstesten.
- SKM2010.631.SR: Bekræfter, at fysiske personer ikke medtages i majoritetstesten.
- SKM2011.13.SR: Bekræfter, at der foretages en vurdering for hvert datterselskab og der skal ses igennem til ultimative selskabsaktionærer.

