

Aktieavancebeskatning

En vurdering af mellemholdingreglerne

Afleveringsdato
30-05-2012

Kandidatafhandling
Cand. Merc. Aud.

Antal anslag: 181.320
Normalsider: 80

Vejleder:

Erik Banner-Voigt

Censor:

Martin B. Ravn
CPR-nr.: 150683

Indholdsfortegnelse

1 INDLEDNING	1
1.1 EXECUTIVE SUMMARY	1
1.2 INDLEDNING	2
1.3 PROBLEMFORMULERING	4
1.4 AFGRÆNSNING	4
1.5 METODE- OG MODELVALG	5
1.6 OPGAVESTRUKTUR	5
1.7 KILDER OG KILDEKRITIK	6
2 AKTIEAVANCEBESKATNING I DANMARK	7
2.1 FORMÅL MED ÆNDRING AF AKTIEAVANCEBESKATNINGSLOVEN	7
2.2 BESKATNING AF AKTIER EJET AF PERSONER	8
2.3 BESKATNING AF AKTIER EJET AF SELSKABER	10
3 SONDRING MELLEM AKTIETYPER	14
3.1 KONCERNSELSKABS AKTIER	14
3.2 DATTERSELSKABS AKTIER	16
3.3 IVÆRKSÆTTER AKTIER	23
4 RELEVANTE FORTOLKNINGER	27
4.1 CADBURY SCHWEPPE'S DOMMEN (C-196/04, SU 2006, 333)	27
4.2 ANVENDELSE AF CADBURY SCHWEPPE'S I DANSK RET	28
5 ANALYSE AF AKTIEAVANCEBESKATNINGSLOVENS § 4 A	29
5.1 PRIMÆRE FORMÅL	34
5.2 REEL ØKONOMISK AKTIVITET	37
6 ANALYSE AF INTERNATIONALE REGLER	42
7 TRANSPARENS VEDRØRENDE AKTIEAVANCER OG UDBYTTER	49
7.1 UDBYTTE	50
7.2 AVANCE	53
8 RELEVANTE KONSTRUKTIONER	55
9 REGLERNES SUBJEKTIVE INDVIRKNING	59
9.1 KONKRETE UHENSIGTSMÆSSIGHEDER	60
9.2 ER LOVGIVERS MÅLSÆTNING NÅET PÅ EN HENSIGTSMÆSSIG MÅDE	64
9.3 ALTERNATIVE MULIGHEDER	65
10 KONKLUSION OG PERSPEKTIVERING	67
10.1 KONKLUSION	67
10.2 PERSPEKTIVERING	73
KILDELISTE	74
BILAG	76

1 Indledning

1.1 Executive summary

Up until 2009 taxation of companies profits and losses on shareholdings was based on the length of ownership, while taxation of dividends primarily was based on how large a percentage of the total shares, the company held.

In 2009 the principles of taxation was changed in order to tax profits (and losses) and dividends in a uniform manner. In order to implement this and still be in compliance with EU-law, the new rules for taxing companies shareholdings divide the shares into categories, where some are taxfree and others are taxable. One of the deciding factors regarding the share category is, how large the total percentage of ownership is.

Because of this the rules include guards against structuring a group for the sole purpose of securing taxfree profits and dividends by adding extra holding companies, in order to secure the necessary ownership level in part of the group structure. The rules are partially based on the concept of "beneficial ownership" and partially on more objective factors such as, whether the holding company is listed for trade on a regulated market.

As the concept of beneficial ownership is not fully clarified and the rules in general are open to a large amount of judgement, it is not easy to ensure a secure tax position.

Further the rules are counterproductive to the governments goal of securing funds for small and medium market entities, as the previous tax exemption, which was based on the length of ownership rather than the percentage of ownership, has been revoked.

During my analysis I have reviewed certain group structures as well as Danish and international court findings and articles. In doing so I have prepared examples and interpreted the rules and articles. I have highlighted the advantages and disadvantages of the rules in order to sum up a conclusion.

The rules apply for both publicly listed and privately held companies. While the rules are fairly easy to use, when it comes to publicly listed entities, it is my conclusion that the rules are not an ideal way of taxing the share ownership of privately held companies, rather the rules should have been drafted to ensure that the tax exemption was only achieved after perhaps 5 or 10 years.

I have noted that while the thesis has been underway, the rules have been amended in order to reduce the disadvantages regarding obtaining necessary capital for upstart companies.

1.2 Indledning

I Danmark har det i en årrække været hensigtsmæssigt at ejet aktier igennem selskaber, da dette har betydet at gevinster var skattefrie ved ejertid over 3 år og at udbytte blev beskattet lempeligt, hvis ejerandelen i det underliggende selskab var under 10 % eller den samlede ejertid var under 1 år, mens udbytte var skattefrit ved ejerandele på eller over 10 % og en ejertid på mindst 1 år. Der var ikke fradrag for tab på aktier hvis ejertiden oversteg 3 år, ligesom tab på aktier ejet under 3 år var kildeartsbegrænset og således ikke kunne modregnes i anden indkomst eller i en eventuel sambeskatning.

I forbindelse med udarbejdelsen af forårspakken i 2009, som var en ændring af en længere række skatte og afgiftslove, fremsatte skatteministeren et forslag om harmonisering af selskabers aktie- og udbyttebeskatning af ovenstående forhold, således at ejertidssondringen udgik og blev erstattet af en objektiv vurdering af ejerandel.

Dette medfører for en række koncerner og selskabsejere et stort indgreb i den skattemæssige position. Særligt fordi den hidtidige 10 % grænse for udbytter har medført at mange små og mellemstore koncerner er bygget op omkring mellemholdingselskaber, som sikrede at en 10 % ejerandel i hvert led i koncernen var opfyldt – populært kaldet omvendte juletræer.

Ved opslag blandt aktie- og anpartsselskaber på webdirect er der pr. 9/4-2012 registreret 223.342 selskaber, hvoraf 54.182 har branchekoden ikke-finansielle holdingselskaber. Jeg er opmærksom på at en række af disse selskaber kan være lukket, uden aktuelle investeringer eller på anden måde irrelevante, men jeg mener dog at det viser at udbredelsen af holdingselskaber er omfattende, hvorfor der er en række selskaber, som potentielt kan blive ramt af reglerne.

Som jeg vil komme tilbage til i løbet af afhandlingen, er det ikke alle holdingselskaber, som bliver ramt, idet ændringerne til aktieavancebeskatningsloven primært vedrører koncerner med minoritetsaktionærer, hvilket igen forudsætter flere ultimative aktionærer. Det er ikke muligt at trække statistikker på dette, ligesom statistikker herover ikke umiddelbart ses at være offentliggjort.

1.2.1 Casebeskrivelse

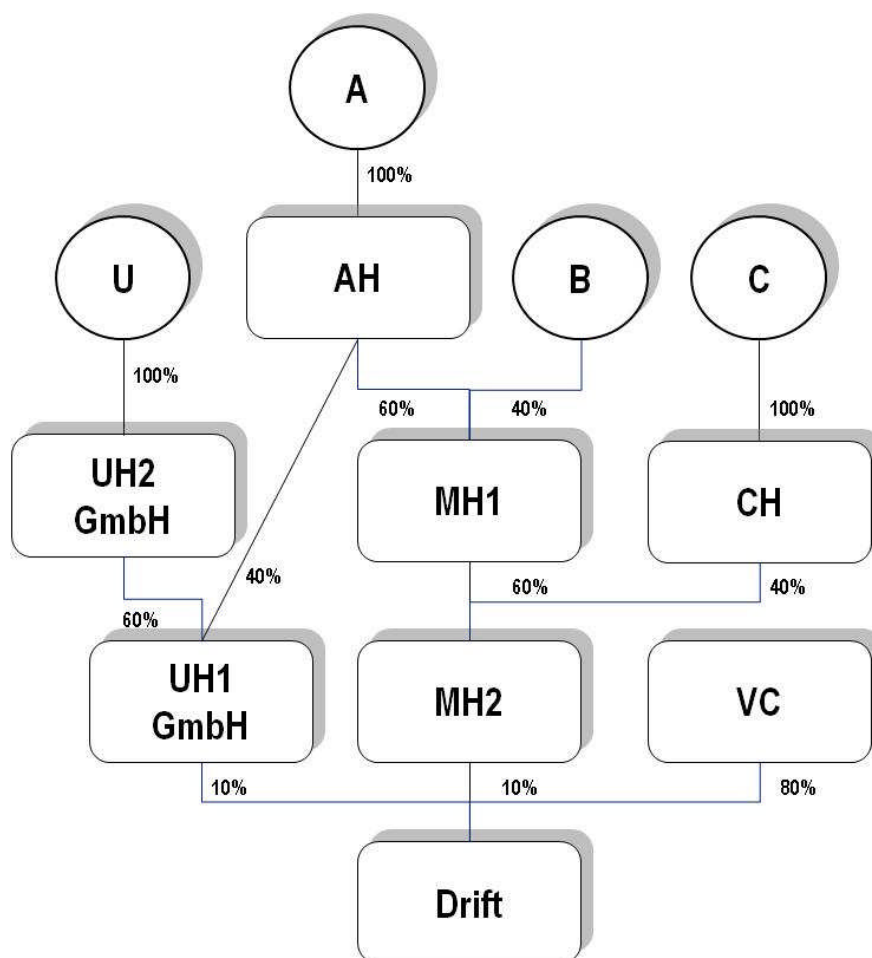
Med henblik på at konkretisere afhandlingen, har jeg udvalgt en koncernopstilling, som jeg mener, vil være relevant at fortolke. Koncernen er som helhed fiktiv, men opdigtet med udgangspunkt i udvalgte relevante problemstillinger. Koncernens udvikling kan beskrives som følger:

”Drift” er et dansk selskab, som producerer intelligente styringsmekanismer til bygninger. ”Drift” er stiftet for ca. 25 år siden af selskabet ”AH”, som er 100 % ejet af personen ”A”. Efter kraftig vækst i selskabets tidlige år stod det klart for ”A”, at de opgaver som var kommet til, ikke længere var interessante. Af finansie-

ringsmæssige hensyn valgte "A" derfor, at etablere et selskab "MH1", hvorefter "AH" solgte 40 % af aktierne i "MH1" til "B". Efter en kort årrække blev en ny aktionær inviteret ind, hvorefter "MH2" blev stiftet og 40 % af aktierne i "MH2" blev solgt til "C" gennem dennes selskab "CH".

Som et led i en vækststrategi ønskede "A" for ca. 10 år siden at etablere sig i udlandet. Det var hans mål at trænge ind på det vigtige tyske marked, hvorfor "A" overtalte "B" og "C" til at lade "MH2" sælge 10 % af "Drift" til et nystiftet tysk holdingselskab "UH1 GmbH", som var ejet af "AH". Herefter indgik "A" en aftale med en stor tysk leverandør om at den tyske partner hjalp med markedsføringen og etableringen, mod at få en mindre ejerandel i "Drift". "AH" solgte derfor 60 % af "UH1 GmbH" til selskabet "UH2 GmbH", som var ejet af hovedaktionæren i den tyske partner.

Partnerskabet med det tyske selskab var en forrygende succes og efter at have øget omsætningen med over 300 % på 5 år, kom kapitalfonden "VC" og bød på 80 % af "Drift". "Drift" har de sidste år haft en omsætning omkring 1 mia. kr. og et overskud efter skat på ca. 150 mio.kr. I forbindelse med ændringen af aktieavancebeskatningsloven er aktionærerne blevet usikre på den skattemæssige position for koncernen og overvejer om der skal tages skridt til at optimere koncernstrukturen.



På baggrund af ovenstående opstilling kan den samlede ejerandel af ”Drift” for de ultimative aktionærer opgøres som følger:

	Ejerandel %
”AH”	7,60
”B”	2,40
”CH”	4,00
”UH2 GmbH”	6,00
”VC”	80,00
I alt	100,00

De minoritetsaktionærerne er tilfredse med den nuværende koncernstruktur, og har som følge af den store vækst er der ikke mulighed for eller lyst til at øge deres ejerandel yderligere i ”Drift”, idet dette forventes at ville kræve en betydelig investering.

1.3 Problemformulering

Er reglerne omkring datterselskabsaktier hensigtsmæssige, i forhold til de målsætninger, som er opstillet i forbindelse med lovforslaget. I forbindelse med dette vil jeg belyse forslagets konkrete indvirkning på en række koncernstrukturer samt optimeringsmuligheder i relation til lovforslaget.

For at hjælpe med besvarelsen af dette, vil jeg gennemgå følgende delspørgsmål:

- Hvad er hensigten med ændringen af aktieavancebeskatningsloven?
- Hvordan beskattes aktier ejet af fysiske personer?
- Hvordan beskattes aktier ejet af selskaber?
- Hvordan vurderes det om et dansk selskab er mellemholdingselskab?
- Hvordan sondres om et selskab er optaget til handel på et reguleret marked?
- Er det muligt at lave en struktur med mellemholdingselskaber, som medfører at ingen ultimativ ejer har mere end 10 % indirekte ejerandel i driftsselskabet, uden at aktivere værnsreglerne?
- Hvordan påvirker internationale afgørelser og regler fortolkningen af mellemholdingreglerne i Danmark?

1.4 Afgrænsning

Indsamlingen af relevant information er afsluttet den 20. maj 2012.

I forbindelse med opgaven ønsker jeg at afgrænse mig fra at diskutere følgende emner:

- Beskatning af kapitalgevinster i bred forstand.
Jeg ønsker ikke at inddrage alternative investeringsformer, som eksempelvis obligationer og tilsvarende investeringsobjekter, der er omfattet af kursgevinstloven eller ejendomsavancebeskatningsloven.
- Beskatning af forskellige typer investeringsforeningsbeviser og investeringsforeninger.
En gennemgang af beskatningen af investeringsforeningsbeviser vil medføre en grad af kompleksitet som ikke er nødvendig for opgaven. Jeg er i denne forbindelse opmærksom på at der er ligheder mellem beskatningen af investeringsforeningsbeviser og mellemholdingselskaber, idet der er regler om mindste udbytte og i nogle tilfælde lagerbeskatning, som medvirker til at generere en løbende skattebetaling som kan sammenlignes med beskatningen fra flow-through selskaber.
- Jeg ønsker ikke at diskutere investeringsøkonomiske aspekter som effektiv forrentning af kapital før og efter skat. Jeg er opmærksom på at disse begreber er væsentlige for investor, men i forhold til vurderingen af den skattemæssige situation for mellemholdingselskaber og deres aktionærer, mener jeg at den slags betragtninger er af mindre betydning. Dette skyldes også at betragtninger af den type ofte vil være afgjort på et tidligere tidspunkt.

1.5 Metode- og modelvalg

Det er min hensigt at belyse en række muligheder og risici i forbindelse med anvendelsen af aktieavancebeskatningslovens regler om datterselskabsaktier. Som et led heri vil jeg foretage en beskrivelse af reglerne og ændringerne i forbindelse med vedtagelse af L 202 i 2008/09.

Jeg vil benytte beskrivelsen til at foretage en deduktiv gennemgang af mulighederne og de opståede risici for en konkret koncern. Som et led i gennemgangen vil jeg inddrage relevante fortolkningsbidrag, afgørelser og offentliggjorte artikler med henblik på at nå rundt om emnet.

Jeg er i den forbindelse opmærksom på at artikler ikke i juridisk henseende kan tillægges værdi, men de i artiklerne foretagne analyser ses ofte refereret i afgørelser og domsudskrifter.

Som følge af det valgte emne er det min opfattelse at en empirisk undersøgelse ikke vil kunne gennemføres. Dette hænger dels sammen med det begrænsede omfang af offentliggjorte afgørelser og dels at det valgte emne og de valgte regler skal iagttages i et sag-for-sag perspektiv og det alene er principperne og ikke de enkelte omstændigheder der lader sig overføre mellem sagerne.

1.6 Opgavestruktur

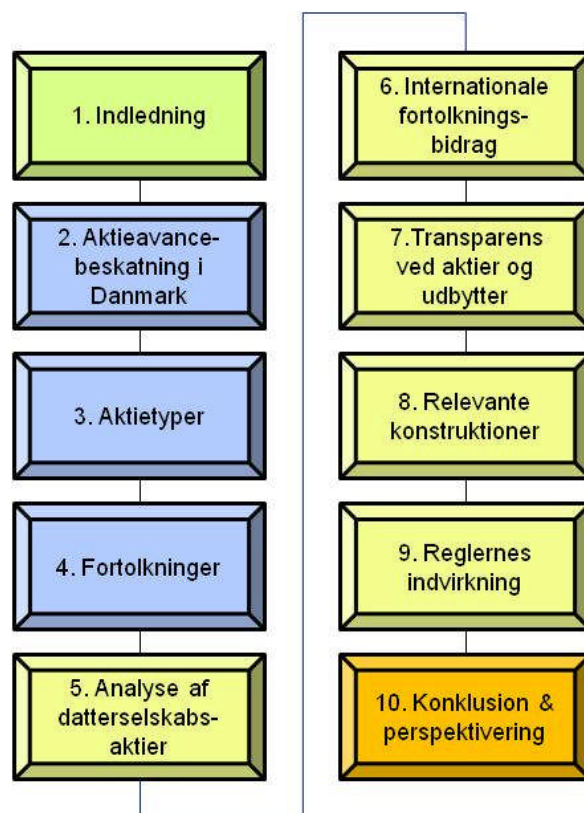
Overordnet kan opgavestrukturen skitseres som følger:

Kapitel 1 indeholder afhandlingens overordnede rammer og formål og har til hensigt at sikre at afhandlingen fremadrettet kan benyttes som et fortolkningsbidrag i relation til aktieavancebeskatning i Danmark.

Kapitel 2 – 4 indeholder beskrivelser af relevante regelsæt, domme og fortolkningsbidrag, som understøtter den efterfølgende analyse og bidrager til forståelsen af afhandlingens konklusion.

Kapitel 5 – 9 indeholder de foretagne analyser af regelsæt, domme og fortolkninger, som muliggør at jeg kan konkludere på afhandlingen og bidrager til at det er muligt at besvare de i indledningen stillede spørgsmål.

Kapitel 10 indeholder afhandlingens konklusion, som blandt andet omfatter en overordnet sammenfatning af reglerne og fortolkning heraf samt besvarelse af de i indledningen stillede spørgsmål og en vurdering af afhandlingens generelle anvendelighed.



1.7 Kilder og kildekritik

Jeg vil i al væsentlighed basere mig på lovtekster, domme, afgørelser og offentliggjorte fagrelevante artikler, som indeholder fortolkningsbidrag og relevante analyser. Jeg vil ikke basere mig på eksempelvis artikler offentliggjort i dagblade som Børsen mv., idet det er min overbevisning at det fagligt relevante indhold, som måtte fremkomme ad den vej, vil være tilgængeligt og bedre beskrevet i fagrelevante artikler fra eksempelvis Tidsskrift for skatter og afgifter (TfS).

Som følge af emnet er opgaven i stort omfang baseret på kvalitative og ikke kvantitative data. Dette medfører, at der er et omfang af subjektivitet i både de kilder som anvendes og den fortolkning som både fremføres i kilderne og som udledes af kilderne. Dette kan også henføres til at emnet, som har juridisk karakter og som påvirker aktionærers samlede formue gennem skattebetalingerne for selskaber, er genstand for udtalelser og holdninger fra en række interesseorganisationer, som blandt andet har til formål at påvirke lovgiver i forskellige retninger.

Disse holdninger og formål medfører naturligvis en stor grad af subjektivitet i kilderne, hvilket igen medfører en risiko for, at synspunkter og synsvinkler tillægges uretmæssigt mere eller mindre vægt end andre.

For at imødegå risikoen for at afhandlingen bliver påvirket af sådanne forhold, vil jeg så vidt muligt søge at bruge flere og uafhængige kilder, så problemstillingerne iagttages fra flere vinkler.

Alle opstillinger i opgaven er af egen tilvirkning og udarbejdet med henblik på at illustrere udvalgte problemstillinger. Med ønsket om at præsentere information så simpelt og let tilgængeligt som muligt, er opstillingerne holdt så simple som muligt, hvorfor der kan være risiko for ligheder med tidligere offentliggjorte artikler mv. Sådanne ligheder er tilfældige, idet de i afhandlingen viste opstillinger ikke fremgår af de kilder, der har været anvendt til afhandlingen.

2 Aktieavancebeskatning i Danmark

2.1 Formål med ændring af aktieavancebeskatningsloven

I det følgende vil jeg kort redegøre for hvad formålet med ændringen af aktieavancebeskatningen er.

I henhold til skatteministerens fremsættelsestale til L202 2008/09 var formålet med ændring af aktieavancebeskatningsloven at sikre en enkel og ensartet beskatning af udbytter og aktieavancer.¹ Yderligere var det, i henhold til skatteministerens svar på spørgsmål 34 til L202, et ønske om at sikre en ensartet beskatning af investeringer og kapitalanbringelse generelt.²

Dette baserer sig på, at de danske regler for selskabers beskatning af udbytter tidligere primært var differentieret i forhold til ejerandel, mens reglerne for selskabers beskatning af avancer var differentieret i forhold til ejertid. De gamle regler samt ændringerne hertil vil blive gennemgået i afsnit 2.3.

Ændringen af aktieavancebeskatningsloven var et led i en større skatteomlæggelse (Forårspakken 2.0), hvor det samlede mål var at nedbringe skatten på arbejdsindkomst.³ For at kunne gøre dette, var det nødvendigt at omlægge en del af skatten, sådan at erhvervslivet bidrager forholdsmæssigt mere.⁴ En del af argumentet herfor var, at det ligeledes er i selskabernes interesse at sikre at have en lav personindkomstbeskatning, da dette medvirker til at sikre et større og mere kvalificeret arbejdsudbud. Dette sker dels ved at det er muligt at tiltrække velkvalificeret og veluddannet udenlandsk arbejdskraft og dels ved at incitamentet for danskere til at arbejde mere øges, da udbyttet af den ekstra indsats bliver større.⁵

¹ <http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/L202/fremsaettelsestale.htm#dok>, 1. afsnit

² <http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/L202/spm/34/svar/626635/685645.pdf>, 1. afsnit af svaret

³ http://www.stm.dk/publikationer/foraarspakke/forarspakke_2_0.pdf, side 3 m.f.

⁴ http://www.stm.dk/publikationer/foraarspakke/forarspakke_2_0.pdf, side 5 m.f.

⁵ http://www.stm.dk/publikationer/foraarspakke/forarspakke_2_0.pdf, side 10

2.2 Beskatning af aktier ejet af personer

Det det følgende afsnit vil jeg komme ind på de primære regler vedrørende beskatning af aktier ejet af personer. Jeg vil ikke inddrage regler omkring aktier ejet gennem pensionskasser mv. da dette ikke vurderes at være relevant for forståelsen af aktieavancebeskatning for hovedaktionærer.

I forbindelse med opsparing og virksomhedsledelse står en del personer overfor den udfordring, at de skal vælge om deres investering i aktier skal foretages gennem et selskab eller ved direkte privat ejerskab.⁶ For at kunne afgøre dette er det nødvendigt at have en indsigt i hvad de skattemæssige konsekvenser er ved investering i aktier dels privat og dels gennem et investeringsselskab. I begge tilfælde er reglerne fastsat i aktieavancebeskatningsloven.

Gevinst ved salg af aktier samt udbytter fra aktier beskattes som aktieindkomst jf. PSL § 4a, hvilket betyder at der skal svares 27 % skat af de første 48.300 kr. (2012-niveau) og 42 % af resten. Det er muligt at bruge en ægtefælles uudnyttede bundgrænse hvorved 27 % beskatningen kan udvides til at omfatte 96.600 kr.

Ved fysiske personers investering i aktier er følger beskatningen realisationsprincippet jf. ABL § 23. Realisationsprincippet medfører at avance og tab opgøres i det indkomstår hvor aktien sælges og beskatning dermed før sker, når der kommer et provenu tilbage fra aktien.

Ved beskatningen af fysiske personers investeringer i aktier skal der foretages en sontring mellem om aktien er optaget til handel på et reguleret marked ("noteret"). Ved opgørelse af aktieindkomsten bliver alle gevinster og tab opgjort, herefter opgøres nettogevinsten eller tabet på henholdsvis noterede og unoterede aktier. Disse beløb tillægges modtagne udbytter i indkomståret. Herved opstår et beskatningsgrundlag for henholdsvis noterede og unoterede aktier. Såfremt beskatningsgrundlaget er positivt henføres det til aktieindkomsten og beskattes med hhv. 27 % og 42 % i henhold til ovenstående beskrivelse. Såfremt beskatningsgrundlaget er negativt for aktier, som i ejertiden ikke har været noteret, har fysiske personer mulighed for at fradrage tab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 13. Dette fungerer ved at tabet omregnes til skat efter de almindelige regler og derefter modregnet i den skat personen skal betale for sin øvrige indkomst. En eventuel overskydende negativ skat kan overføres til efterfølgende indkomstår.

Såfremt beskatningsgrundlaget for noterede aktier er negativt, kan dette ikke overføres til aktieindkomsten men skal i stedet fremføres som en kildeartsbegrænset tabssaldo i henhold til ABL § 13a, stk. 2. At saldoen er kildeartsbegrænset medfører, at tabet alene kan modregnes i senere indtægter af samme type indkomst.

Ovenstående regler medfører at fysiske personer skal betale udbytte i takt med at der kommer et provenu ud til beskatning, men også at det sjældent vil være muligt for personen at tilrettelægge en optimal skattebeta-

⁶ http://www.lidegaardrevision.dk/billeder/pjecer/temahaefte1_holdingselskabet.pdf

ling, idet børsnotede selskaber ikke nødvendigvis udbetaler samme udbytter hvert år, hvorved en stor udbyttebetaling i et år kan medføre en marginalbeskatning af aktieindkomsten med 42 % mens der måske ikke kommer udbytte de foregående eller efterfølgende år. Som eksempel på denne problemstilling kan Dampskibsselskabets Torms ekstraordinære udbytte i 2008 anvendes. Grundet et frasalg af aktiver foreslog bestyrelsen i selskabet at der blev udloddet 4,50 kr. pr. aktie svarende til 328 mio.kr.⁷

For at illustrere optimeringsmulighederne ved investering igennem hovedaktionærselskaber, kan nedenstående eksempel opstilles:

Hvis et selskab ("A") lavede en udlodning i 2012, svarende til den Torm foretog, ville en ugift aktionær uden andre aktier end 100.000 aktier i "A" således modtage 450.000 kr. i udbytte, og dermed skulle betale 181.755 i skat, hvorimod en udbetaling over 10 år ville medføre en skattebetaling på 121.500 kr. Forskellen udgør således 60.255 kr. som kan henføres til manglende muligheder for skatteplanlægning. I forbindelse med beregningen er det lagt til grund at forrentningen af udbyttet ved udbetaling over tid vil medføre et merudbytte som modsvarer muligheden for at forrente pengene i privat regi og som derfor gør at renteeffekten er ubetydelig.

Yderligere vil udlodningen normalt medføre at kursen på de pågældende aktier falder. Såfremt dette kursfald betyder at kursværdien bliver lavere end den gennemsnitlige anskaffelsessum på de pågældende aktier, vil det være muligt at sælge aktierne i "A" og derved realisere et tab på noterede aktier, som kan modregnes i det udbetalte udbytte, såfremt aktierne handles i samme indkomstår, jf. AL § 13A.

En mulighed for at minimere skatten, vil være at lave et salg og tilbagekøb i indkomståret. På denne måde kan skattemæssige tab realiseres og dermed modregnes i det udloddede udbytte, mod at anskaffelsessummen på aktierne alt andet lige reduceres tilsvarende. I forbindelse med salg og tilbagekøb er det dog afgørende, at der er en reel kursrisiko i perioden, da salget og genkøbet ellers skattemæssigt vil blive tilsidesat⁸.

Der er ikke Carry-back i dansk skatteret, hvilket betyder at såfremt salget først sker i efterfølgende år vil det ikke være muligt at modregne udbyttet og tabet. På den måde vil der opstå et udbytte som skal beskattes i år 1 og et tab, som skal fremføres i år 2.

Såfremt aktierne havde været unoterede, ville havde principperne for modregning ikke være ændret, men et tab som opstår efterfølgende vil kunne omregnes til en negativ skatteværdi efter de almindelige regler for beskatning af aktieindkomst og herefter vil den negative skatteværdi kunne modregnes i andre former for skat jf. ABL § 13.

⁷ <http://npinvestor.dk/boersmeddelelser/torm-a-s-ekstraordinaer-generalforsamling-2-289702.aspx>

⁸ Jf. den juridiske vejledning 2012-1 afsnit C.B.2.1.4.10 og SKM2003.221.ØLR

For en god orden skyld bør det nævnes at aktieavancebeskatningsloven alene finder anvendelse såfremt den personlige investor ikke er at betragte som næringsdrivende med køb og salg af værdipapirer. Vurderingen heraf beror på et skøn over omfang og risiko, samt det forretningsmæssige setup og hvorvidt personen har lignende beskæftigelser – fx. er veksler eller trader i en bank.

Såfremt det skønnes at personen er næringsdrivende med køb og salg af værdipapirer, vil alle køb være fradragsberettiget og alle salg skattepligtige, idet indkomsten vil blive sidestillet med arbejdsindkomst. Dette vil medføre at gevinster og tab beskattes som arbejdsmarkedsbidragspligtig personlig indkomst sammen med alle andre typer af indtægter og omkostninger, som relaterer sig til næringsaktiviteten jf. ABL § 17, stk. 1 og personskatteloven § 3, stk. 1.

2.3 Beskatning af aktier ejet af selskaber

2.3.1 Regler frem til 2009

Som et alternativ til at investere i aktier i personligt regi er det muligt at foretage aktieinvesteringer igennem et investeringsselskab. Dette har indtil 2009 været attraktivt for investorer med en længere investeringshorisont end 3 år, idet aktieinvestering for selskaber var skattefri ved mindst 3 års ejertid.⁹ Skattefriheden medførte dog også at tab på aktier ikke var fradragsberettiget eller fremførbare, når den samlede ejertid nåede op på 3 år.¹⁰ Ved en ejertid under 3 år var aktieavance skattepligtig og tab kunne fremføres til modregning i senere gevinster.¹¹

Yderligere kunne der være en fordel ved investering gennem et investeringsselskab frem for personligt, idet et eventuelt tab på unoterede aktier kunne anvendes til modregning i anden personlig skat¹², mens et tab på noterede aktier alene kunne fremføres, når investeringen blev foretaget i personligt regi.¹³ Det var derfor muligt, at konvertere fremførbare tab på noterede aktier til tab på unoterede aktier, som kunne modregnes, alene ved at foretage investeringen i gennem et selskab.

Ved investering i gennem et selskab var yderligere indført regler for at udbytter var skattefri hvis den direkte ejerandel i det udloddende selskab var 10 % og ejertiden blev 1 år eller mere. Denne skattefrihed omfattede ligeledes udbytter modtaget fra aktier, hvor ejerandelen udgjorde mindst 10 %, men hvor ejertiden endnu ikke havde været 1 år.¹⁴ Dog var det en betingelse at ejertiden efterfølgende mindst udgjorde et år fra anskaffelsestidspunktet, da udbyttet ellers ville blive skattepligtigt med tilbagevirkende kraft.

⁹ LBK nr 1274 af 31/10/2007, §9, stk. 1

¹⁰ LBK nr 1274 af 31/10/2007, §9, stk. 2

¹¹ LBK nr 1274 af 31/10/2007, §8, stk. 1 - 3

¹² LBK nr 1274 af 31/10/2007, §13, stk. 1

¹³ LBK nr 1274 af 31/10/2007, §14, stk. 2

¹⁴ LBK nr 1037 af 24/08/2007, §13, stk. 1, nr. 2

Såfremt ejerandelen var mindre end 10 %, skulle den skattepligtige indkomst i henhold til den dagældende SEL § 13, stk. 3 alene beregnes som 66 % af det modtagne udbytte. Der var således en skattefri indtægt på 34 % af det modtagne udbytte.

Før ændringen af aktieavancebeskatningsloven var hovedreglen at realisationsprincippet skulle anvendes ved salg af alle aktier¹⁵.

Såfremt et selskab realiserede et tab ved salg af aktier, kunne dette tab alene fremføres i det omfang det oversteg skattefri udbytter, herunder 34 % lempelsen i den dagældende SEL § 13, stk. 3, som var modtaget fra de pågældende aktier. Dette var en værnsregel, som medførte at det ikke var muligt at konstruere et fremførbart tab gennem skattefrie udbytter.

I det tilfælde at selskabet ansås for at være næringsdrivende med køb og salg af værdipapirer, fandt lempelserne vedrørende skattefrihed på avancer på aktier ejet over 3 år og udbytter ikke anvendelse¹⁶.

2.3.2 Formål med ændring af aktieavancebeskatningsloven

For at ensarte beskattningen af selskabers investering i aktier, blev det foreslået at ændre aktieavancebeskatningslovens med effekt fra indkomståret 2010. En overordnet betragtning synes at være at avancer og udbytter anses som grundlæggende samme type indkomst og derfor skal beskattes ens. Der skal således ikke være forskel på om en gevinst er skattepligtig eller skattefri alene som følge af ejertid.¹⁷

Tilsvarende er der lagt vægt på at det ikke længere skal være muligt at konstruere selskabsstrukturer alene med det formål at sikre at udbytter og avancer bliver skattefri for aktionærer højere oppe i koncernstrukturen. I lovbemærkningerne er dette fænomen kaldet ”omvendte juletræer”.¹⁸

Ændringen af aktieavancebeskatningsloven er en del af ”Forårspakken 2.0”. I forbindelse med forhandlingerne af ”Forårspakken 2.0” er forligspartierne blevet enige om at indføre lagerbeskatning af porteføljeaktier, hvilket vil sige aktiebeholdninger, som er mindre end 10 % af den samlede aktiekapital i det selskab der investeres i. Grænsen ved 10 % er fastsat på baggrund af moder/datterselskabsdirektivet.¹⁹

Der har været et ønske om at beskatte kapitalanbringelse i aktier på samme måde som i obligationer og andre aktiver, ligesom der har været et ønske om at udligne indtægter og omkostninger i samme periode.²⁰ Dette

¹⁵ LBK nr 1274 af 31/10/2007, §23, stk. 1

¹⁶ LBK nr 1274 af 31/10/2007, §9, stk. 2 & § 17, stk. 1

¹⁷ <http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/L202/fremsaettelsestale.htm#dok>

¹⁸ http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/L202/som_fremsat.htm#dok

¹⁹ Bilag 41 til L202 2008/09, side 4 øverst

²⁰ Bilag 41 til L202 2008/09, side 3 neders og side 7 øverst

har alene været muligt ved at indføre lagerbeskatning på aktier sådan at løbende omkostninger, eksempelvis renteudgifter ved køb, er blevet modregnet i de løbende gevinster på aktier.

Det overordnede princip har således været dels at finansiere en skattereform og dels at opnå en mere jævn beskatning af det enkelte selskab over tid.

2.3.3 Den nye aktieavancebeskatningslov

Aktietyper

Overordnet set skal aktiebesiddelser opdeles i en række kategorier i efter de nye regler.

- Hovedaktionæraktier, jf. ABL § 4
- Datterselskabsaktier, jf. ABL § 4A
- Koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4B
- Iværksætteraktier, jf. ABL § 4C
- Egne aktier, jf. ABL § 10
- Næringsaktier, jf. ABL § 17
- Porteføljeaktier

Hovedaktionæraktier er de aktier, hvor ejeren sammen med dennes ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller indenfor de seneste 5 år direkte eller indirekte har ejet mere end 25 % af aktierne eller rådet over mere end 50 % af stemmerne i det ejede selskab. Begrebet anvendes alene i forbindelse med beskatning af fysiske personer.

Datterselskabsaktier er de aktier, hvor det ejeren besidder mindst 10 % af aktiekapitalen i det ejede selskab og hvor det ejede selskab er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1 – 2a, 2d – h, 3a-5b. Det medfører at ejerandele i Naviair, andelsforeninger samt foreninger, Kooperationer og lignende ikke kan anses som datterselskabsaktier. Årsagen hertil, er at de pågældende selskabsformer enten er skattefrie eller beskattet på andre måder. En dybere gennemgang heraf er ikke relevant for opgaven, og jeg vil ikke komme nærmere ind på dette.

Koncernselskabsaktier er de aktier, hvor det ejende og det ejede selskab indgår i samme sambeskatningskreds, jf. SEL § 31, eller kan sambeskattes efter reglerne om international sambeskatning i henhold til SEL § 31A. Begge paragraffer refererer til koncerndefinitionen i SEL § 31C.

Iværksætter aktier er en aktietype, som er indført med henblik på, at lette adgangen til kapital for selskaber som er i igangsætter-, opstarts- eller ekspansionsfasen, men hvori den påtænkte investering ikke er stor nok til at blive omfattet af reglerne om datter- eller koncernselskabsaktier.

Egne aktier er aktier, hvor et selskab har købt aktier tilbage fra en eller flere af dets aktionærer uden at foretage en kapitalnedsættelse.

I forbindelse med indførelsen af L202 beskriver skatteministeren overfor Nick Hækkerup næringsaktier som følger:

”Ved næringsaktier forstås aktier, som selskaber, der udøver næring med køb og salg af aktier (handelsnæring), har erhvervet som led i denne næringsvej. Handelsnæring foreligger, når selskabet har det som sit erhverv at drive handel med aktier og lignende værdipapirer. Det er en betingelse for at anse aktier for næringsaktier, at aktierne er erhvervet med videresalg for øje og med henblik på at opnå gevinst ved et sådant videresalg.”²¹

Porteføljeaktier er en opsamlingsbestemmelse for alle øvrige aktier.

2.3.4 Beskatning

Hovedaktionæraktier er, som nævnt ovenfor, et begreb som anvendes ved beskatning af fysiske personer. Begrebet anvendes til at afgrænse den personkreds, som kan blive omfattet af maskeret udbytte fra selskabet og der er som sådan ikke nogen forskel i beskatning af hovedaktionæraktier og almindelige aktier for fysiske personer. I henhold til ABL § 46 er bibeholdt en række overgangsregler omkring avanceberegningen ved salg af aktier, som er anskaffet før 19. maj 1993. Disse regler vil ikke blive gennemgået nærmere her, men omfattede blandt andet nedslag på hovedaktionæraktier.

Avancer og tab ved salg af koncernselskabsaktier og datterselskabsaktier kan ikke medregnes i den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 8.

Koncernselskabsaktier anses for ejet af det direkte moderselskabs selskabsaktionærer i henhold til ABL § 4b, stk. 2., som baserer sig på værnsreglen i ABL § 4a, stk. 3. Denne værnsregel vil blive gennemgået detaljeret i afsnit 3.2.

Egne aktier er skattefri og tilsvarende er tab ikke fradragsberettiget jf. ABL § 10.

Såfremt lovforslaget bliver godkendt af EU, vil gevinster ved salg af Iværksætteraktier, som er ejet i mindst 3 år, blive skattefri i henhold til ABL § 8A, stk. 1, mens gevinster ved salg af iværksætteraktier, som er ejet i mindre end 3 år vil være skattepligtige ved salg, jf. ABL § 8A, stk. 2.

Investeringselskabet har, jf. ABL § 8A, stk. 3, fradrag for tab på iværksætteraktier, som ikke er datter- eller koncernselskabsaktier, efter principperne i ABL § 9, stk. 3 og 4, i det omfang de tabsgivende aktier ikke er

²¹ <http://www.folketingsbilag.dk/Lovforslag%202008-09/L%20202/Svar/2.pdf>

datter- eller koncernselskabsaktier. Dette medfører, at tab kan modregnes i nettogevinster på andre realisationsbeskattede aktier i det pågældende eller senere indkomstår.

Næringsaktier er skattepligtige i henhold til ABL § 17. Gevinster og tab skal i henhold til ABL § 23, stk. 5 opgøres efter lagerprincippet uanset størrelsen af ejerandelen. I henhold til ligningslovens § 16a er udbytte fra næringsaktier skattepligtigt, med mindre at aktiebesiddelsen i øvrigt falder ind under reglerne om datter- eller koncernselskabsaktiver jf. ABL § 4A og 4B.

Porteføljeaktier er skattepligtige jf. ABL § 9. I henhold til ABL § 23, stk. 5, skal selskaber anvende lagerprincippet ved opgørelse af gevinster og tab på aktier. Såfremt selskabet ikke tidligere har anvendt lagerprincippet på unoterede aktier, er der, jf. ABL § 23, stk. 6, mulighed for at anvende realisationsprincippet til opgørelse af avancer på denne type aktier.

Anvendelse af realisationsprincippet medfører dog, at selskabet, jf. ABL § 13, ikke får adgang til at modregne tab i den skattepligtige indkomst, i modsætning til aktier som lagerbeskattes. Det er en betingelse, at realisationsprincippet vælges på alle aktier af den pågældende type, og valget af lagerprincippet er bindende for selskabet.

Som følge af at der er forskellige aktietyper, er der i en række tilfælde mulighed for at aktier skifter status. I henhold til ABL § 33 A betyder dette, at de hidtidige aktier skal anses for at være afstået til markedsværdien på tidspunktet for statusskifte, mens du nye aktier skal anses for at være erhvervet til markedsværdien på tidspunktet for statusskifte. Dette kan medføre at et selskabs skattemæssige position vil blive ændret uden at det pågældende selskab har haft indflydelse herpå. Jeg vil komme tilbage til dette i afsnit 3.2.5.

3 Sondring mellem aktietyper

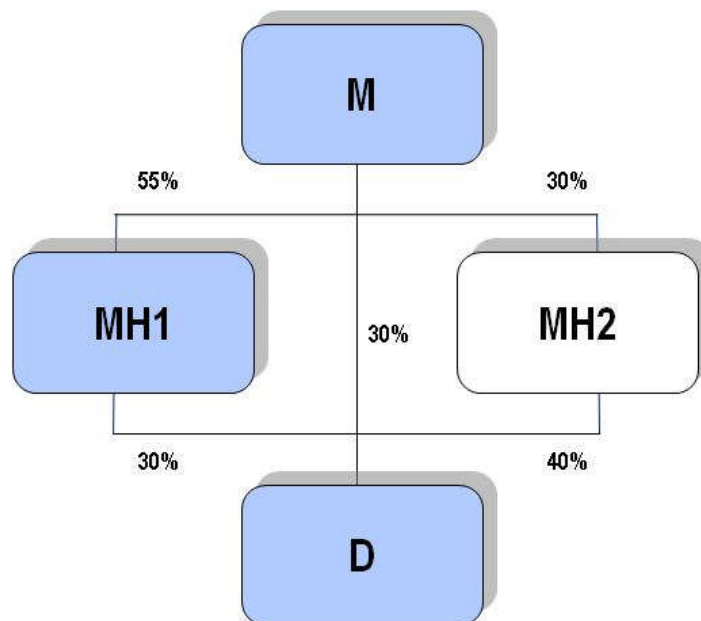
Formålet med dette afsnit er at skitsere forskellene på de forskellige aktietyper gennem beskrivelser og illustrationer samt at lede læseren videre ind på sondringen mellem datterselskabsaktier og porteføljeaktier. Med mindre andet er angivet, er der i de nævnte eksempler tale om danske selskaber og alle aktier i de relevante selskaber har ens stemmerettigheder.

3.1 Koncernselskabsaktier

Som nævnt tidligere er koncernselskabsaktier de aktier, hvor det ejende og det ejede selskab er sambeskattet, som følge af den obligatoriske sambeskatning i SEL § 31, eller kan sambeskattes i henhold til sambeskatningsreglerne i SEL § 31A. Koncernselskabsaktier er skattefri jf. ABL § 8.

Som et eksempel på dette kan nedenstående koncerndiagram, som viser 4 danske selskaber, anvendes.

Koncernopstilling 1:



Heraf fremgår det at M ejer 30 % af D direkte, 55 % af MH1 og 30 % af aktierne i MH2. Desuden ejer MH1 30 % af D og MH2 ejer 40 % af D.

I dette eksempel er de blå selskaber obligatorisk sambeskattet jf. SEL § 31C, stk. 3, idet M ejer 55 % af stemmerettighederne i MH1. Denne ejerandel medfører, at M indirekte råder over alle MH1s stemmerettigheder i D og dermed direkte og indirekte råder over 60 % af stemmerne i D.

Det afgørende i denne forbindelse er at M gennem stemmemajoriteten i MH1 på 55 % opnår kontrol med samtlige MH1's stemmer i D, hvorved M's 30 % af D skal lægges sammen med MH1's 30 % af D. Da D er sambeskattet med M opfylder D definitionen på en koncernselskabsaktie, hvilket betyder at gevinst ved salg er skattefri, mens tab ikke er fradragsberettiget.

M og MH2 er ikke sambeskattet da M alene ejer 30 % af MH2. Da ejerandelen er over 10 % betyder dette ikke det store, idet aktien i stedet skal anses som en datterselskabsaktie som ligeledes vil være skattefri jf. ABL § 8.

Såfremt MH1 kun ejede 20 % af D, ville D ikke længere være omfattet af den tvungne sambeskatning, og dermed også skifte status fra koncernselskabsaktie til datterselskabsaktie. Som tidligere nævnt skal et statusskifte anses som salg af de hidtidige aktier og køb af de nye, men da der i ovenstående tilfælde er tale om et statusskifte mellem to skattefri aktietyper, medfører denne behandling ikke nogen skat til betaling, som følge af realiserede aktieavancer. Der kan dog være realiserede skatter som følge af ophør af sambeskatning og deraf delårsopgørelse jf. SEL § 31, stk. 3. Da dette i støtte grad vedrører selskabers indkomstbeskatning end aktieavancer, vil jeg ikke komme nærmere ind herpå.

3.2 Datterselskabsaktier

Datterselskabsaktier er reguleret i ABL § 4A, der lyder som følger:

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

Det betyder, at datterselskaber omfatter de situationer, hvor et selskab ejer mindst 10 % af kapitalen i et andet selskab. Som et eksempel på datterselskabsaktier kan nævnes MH2 i eksempelet ovenfor samt D, såfremt M solgte MH1 fra eller i den situation hvor MH1 eller M solgte 10 % af sine aktier i D.

I forbindelse med indførelsen af reglerne om datterselskabsaktierne er der lavet en række værnsregler for at sikre at den hidtidige mulighed, for at oprette et holdingselskab alene med det formål at gøre udbytter - og nu også avance - skattefri, ikke kan fortsættes.

Der er derfor opstillet en række yderligere værnsregler for hvornår et selskab kan anse en beholdning af aktier for at være datterselskabsaktier. Disse regler er nævnt i ABL § 4A, stk. 2 og 3.

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

En betingelse for at aktier kan anses som datterselskabsaktier, er at datterselskabet er omfattet af SEL § 1, stk. 1 eller at det udbytte, der modtages, kan lempes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller efter direktiv 90/435/EØF, som omhandler ens beskatning af moder- og datterselskaber, der ligger i forskellige medlemsstater i EU.

Ovenstående betyder, at reglerne om datterselskabsaktier alene omfatter de situationer, hvor investor er et selskab omfattet af selskabsskatteloven eller en tilsvarende udenlands lovgivning. Af væsentlige undtagelser kan som tidligere nævnt fremhæves foreninger, Kooperationer og lignende ikke er omfattet af reglerne.

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

For at hindre omgåelse af skattepligten på porteføljeaktier ved etablering af en række mellemholdingselskaber til kanalisering af skattefri udbytter til aktionærer med mindre end 10 % indirekte ejerandel, er der indført en værnsregel i ABL § 4a, stk. 3, hvor det er anført, at såfremt moderselskabets selskabsaktionærer, i hvert led mellem datterselskabet og den moderselskabets selskabsaktionær har mindst 10 % direkte ejerandel, samtidig med at moderselskabet opfylder en række betingelser, vil moderselskabet skulle anses som et mellemholdingselskab, hvilke vil medføre at datterselskabet skal anses for ejet direkte af moderselskabets selskabsaktionærer.

Jeg vil i de følgende afsnit gennemgå de enkelte betingelser, som ligger til grund for vurderingen af moderselskabets status.

3.2.1 Primære funktion

1. *”Mellemholdingselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. § 4 B.”²²*

I de tilfælde hvor moderselskabets primære funktion er at besidde datter- og koncernselskabsaktier, vil aktiebesiddelsen ikke skulle anses for at være en datterselskabsaktie. Dette omfatter de tilfælde hvor en gruppe aktionærer har indsat et fælles mellemholdingselskab, fordi det efter de gamle regler gav mulighed for at udlodde udbytter skattefrit op til de ultimative selskabsaktionærer. I henhold til bemærkningerne til L 202, nr. 6, har det været hensigten at hindre ”omvendte juletræer”.

Som følge af ordlyden i bestemmelsen er det en konkret vurdering fra gang til gang, hvorvidt moderselskabets primære funktioner er ejerskab af datter- og koncernselskabsaktier. I bemærkningerne til L202, nr. 6 er endvidere anført at bestemmelsen vedrørende primær aktivitet skal forstås sådan at:

- ”mellemholdingselskabet i ikke uvæsentligt omfang skal have anden aktivitet end ejerskab af datterselskaber.”²³*

Der gives ikke yderligere vejledning til dette punkt i bemærkningerne. Jeg vil i afsnit 5.1, forsøge at belyse hvilke forhold som kan medføre at et selskab bliver omfattet eller undtaget fra denne bestemmelse.

3.2.2 Reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen

2. *”Mellemholdingselskabet udøver ikke reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.”²⁴*

²² Aktieavancebeskatningslovens §4A, stk. 3., nr 1.

²³ Bemærkninger bestemmelse nr. 6 i L202, 2008/09

²⁴ Aktieavancebeskatningslovens §4A, stk. 3., nr 2.

Et kendetræk ved ”omvendte juletræer” er, at der er indarbejdede selskaber i koncernstrukturen, som alene har til formål at sikre at udbytter kan udloddes skattefrit. De pågældende selskaber har derfor ikke anden aktivitet end at besidde aktier i datterselskaberne, på en måde som har sikret at 10 % grænsen for skattefrit udbytte var overholdt op igennem koncernen. For at sikre, at denne type selskaber ikke indarbejdes i en koncernstruktur, er der derfor indarbejdet en værnsregel om, at der skal ses igennem selskaber som ikke øver reel økonomisk virksomhed vedrørende deres aktiebesiddelse. Det er således ikke tilstrækkeligt at selskabet blot har anden driftsmæssig aktivitet, da skatteministeriet i høringssvar har beskrevet at aktiviteten skal være relateret til aktiebesiddelsen. Bestemmelsen svarer til de regler som findes vedrørende CFC-beskatning i LL § 16H og skal fortolkes på samme måde som Cadbury/Schweppes dommen, som omhandler kunstige arrangementer uden reelt indhold. Der ligger ikke klare vejledninger for hvornår et arrangement er kunstigt, men jeg vil i afsnit 5.2 forsøge at belyse hvordan et selskab bliver omfattet eller undtaget fra denne bestemmelse.

3.2.3 Ejerforhold og udenlandske aktionærer

3. *”Mellemløbselskabet ejer ikke hele aktiekapitalen i datterselskabet, eller mellemløbselskabet ejer hele aktiekapitalen i et datterselskab, som ikke er skattepligtigt i Danmark, og hvor beskatningen af udbytter fra datterselskabet ved direkte ejerskab ikke ville skulle nedsættes eller frafaldes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.”²⁵*

Denne bestemmelse var ikke en del af den oprindelige lov og er først kommet til i marts 2011, som følge af at ønske om at gøre det muligt at stifte et moderselskab med det formål at optage bankgæld til finansiering af købet af datterselskabet (jf. bemærkninger til L84 2010/11). Bestemmelsen medfører ikke en udvanding af reglerne, idet et selskab som ejer 100 % af aktierne i et andet selskab ikke kan være indsat af hensyn til at muliggøre skattefri udbytter til ellers ikke berettigede selskabsaktionærer, da en 100 % ejerandel ikke forskyder ved det direkte eller indirekte ejerskab. Reglerne om udenlandske selskaber er indsat for at sikre at lempelsen alene omfatter selskaber i lande, som Danmark har dobbeltbeskatningsoverenskomster eller EU-samarbejde med.

I denne forbindelse er det værd at nævne, at reglerne, som er indført for at fjerne muligheden for at strukturere sig til skattefrihed, også omfatter danske ultimative aktionærer, som har investeret i udenlandske mellemholdingselskaber. Dette kan udledes som følge af, at hensigten er at overføre skattepligt til den ultimative aktionær og reelt ikke at øge den skattepligtige indkomst i mellemholdingselskabet. Såfremt det havde været formålet at gøre mellemholdingselskabet skattepligtigt, ville der ikke være indført regler om godtgørelse af den indeholdte skat fra de ultimative ejere.

²⁵ Aktieavancebeskatningslovens §4A, stk. 3., nr 3.

3.2.4 Noterede selskaber

4. *”Aktierne i mellemholdingselskabet er ikke optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet.”*²⁶

Bestemmelsen sikrer at de ultimative ejere ikke skal anse datterselskaber af et noteret selskab for at være ejet direkte, idet et noteret selskab normalt ikke vil være indskudt af skattemæssige årsager.

Tidligere blev aktier opdelt i ”børsnoterede” og ”unoterede” aktier. Ændringen af definitionen på ”børsnoterede aktier” er reelt sket med L201 i 2008/09 og ikke i forbindelse med harmoniseringen af aktieavancereglerne (L202). Begge lovforslag er dog fremsat den 22. april 2009, hvorfor jeg har vurderet at det er relevant, kortvarigt at behandle det nye begreb ”optaget til handel på et reguleret marked”, som erstatter begrebet ”børsnoterede aktier”.

Begrebet spænder dog bredere end noterede selskaber alene, idet fortolkningen skal ske i overensstemmelse med MiFID-direktivet og således omfatter både multilaterale handelsfaciliteter og autoriserede markedspladser²⁷. Dette medfører, at det tidligere begreb ”børsnoterede selskaber” skattemæssigt er udvidet til også, at omfatte selskaber, som alene er optaget på First North og ikke på Københavns Fondsbørs (NASDAQ OMX-nordic).

Forskellene mellem de to markeder er, at selskaberne på First North ikke har helt så store formelle krav til rapportering mv.²⁸ Udvidelsen af begrebet medfører, at det alt andet lige er blevet lettere for et selskab at blive anset for at være et ”noteret” selskab, idet der er færre krav på de mindre markeder. Det ændrer dog ikke ved at selskabet for at kunne opretholde noteringen, vil skulle offentliggøre yderligere oplysninger og leve op til yderligere krav, end det er tilfældet ved ikke at gennemføre en notering. Det er således forbundet med en række ikke nødvendigvis ubetydelige omkostninger at notere et selskab, hvilket igen medfører at det kun i sjældne tilfælde vil kunne bruges som en løsning på mellemholdingproblematikken.

3.2.5 Superaktionærer

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.”*²⁹

²⁶ Aktieavancebeskatningslovens §4A, stk. 3., nr 4.

²⁷ <http://medlemsnettet.finansraadet.dk/NR/rdonlyres/BCAC6A13-12A0-4AFD-B408-33BC5C7BC198/0/MiFIDEtoverblik.pdf>

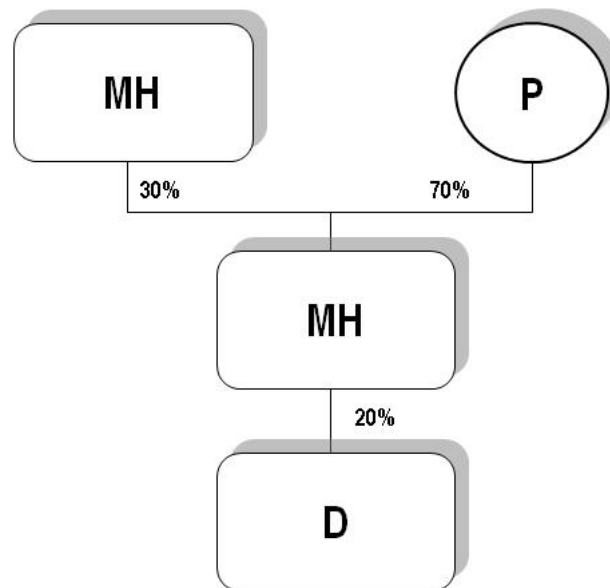
²⁸ <http://www.advizer.dk/?id=172&lang=da>

²⁹ Aktieavancebeskatningslovens §4A, stk. 3., nr 5.

Skatteministeriet har i forbindelse med udarbejdelse af lovforslaget vurderet at et mellemholdingselskab ikke er indsat af skattemæssige årsager, hvis mere end halvdelen af de direkte og indirekte aktionærer i mellemholdingselskabet ikke kan drage fordel af en lempelse af beskatning af udbytte som følge af mellemholdingselskabets tilstedeværelse.

Dette omfatter eksempelvis følgende situation:

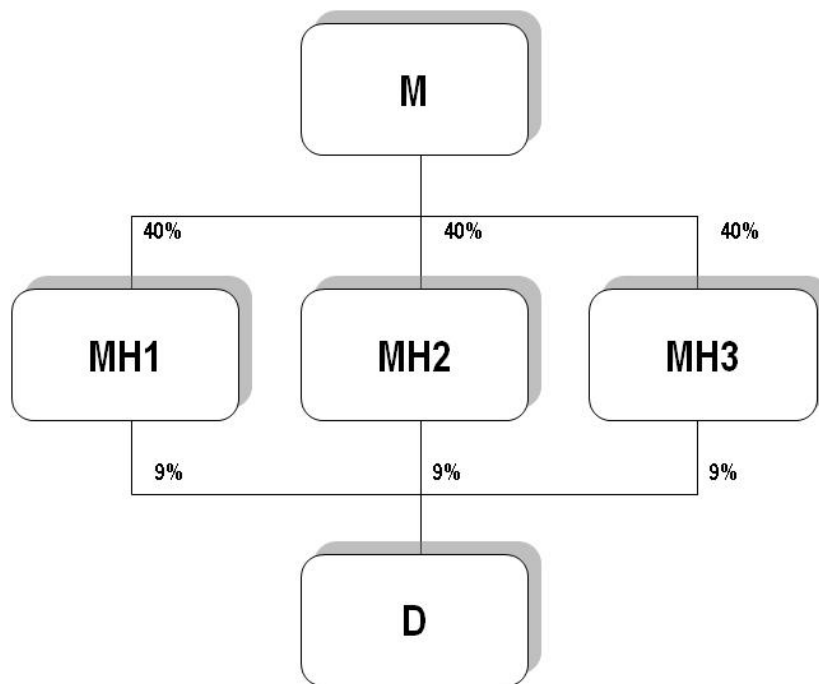
Koncernopstilling 2:



I ovenstående situation er mellemholdingselskabet ejet 30 % af et selskab som ikke kan modtage udbytte ved direkte ejerskab af "D", men der skal ikke ses igennem "MH", idet "P", som er en fysisk person ejer 70 %. Dermed er mere end 50 % af aktiekapitalen ikke ejet af selskaber, som ikke kan modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af "D".

I en koncern vil de 5 kriterier skulle vurderes for samtlige selskaber, som både besidder mere end 10 % af kapitalen i et underliggende selskab og som har mindst en selskabsaktionær, som besidder en kapitalandel på over 10 %. Såfremt disse to kriterier ikke er opfyldt vil aktiebesiddelsen i det pågældende selskab ikke kunne falde ind under værnsreglen.

Koncernopstilling 3:



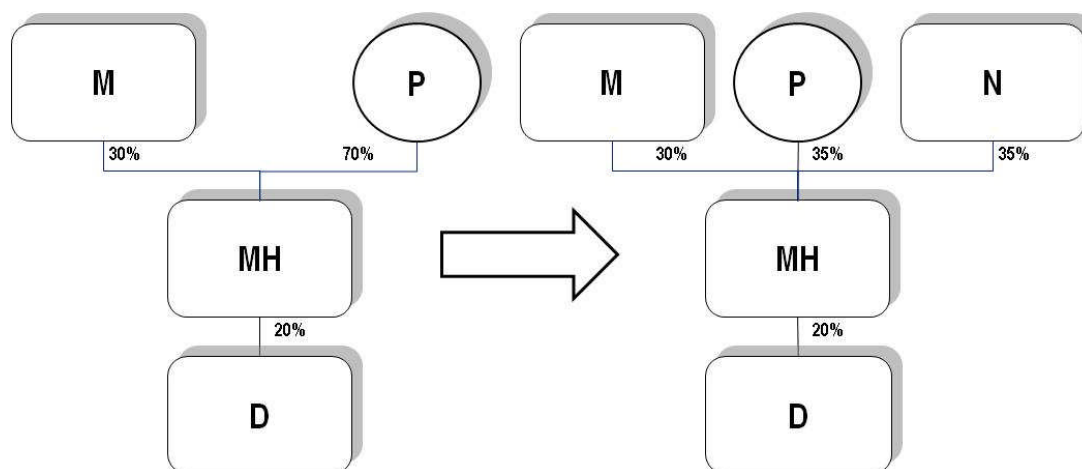
I ovenstående eksempel ejer "M" 40 % af hvert af selskaberne "MH1", "MH2" og "MH3", som hver igen ejer 9 % af "D". Ingen af selskaberne er sambeskattede, idet der ikke er bestemmende indflydelse mellem nogen af selskaberne. Aktierne er derfor ikke koncernselskabsaktier. De aktier "M" besidder i "MH1", "MH2" og "MH3" er datterselskabsaktier og udbytter fra de tre mellemholdingselskaber er skattefrie. Jf. ABL § 4A, stk. 1 kan "D" ikke blive betragtet som en datterselskabsaktie for selskaberne "MH1", "MH2" og "MH3", idet den direkte ejerandel er under 10 %.

Vurderingen af om der skal ses bort fra et mellemholdingselskab skal foretages for hvert mellemholdingselskab, som i øvrigt overholder de tidligere næste betingelser, startende nedefra i koncernen.

I henhold til ABL § 33A, skal en aktie som skifter status anses for afstået og anskaffet med den nye status, hvilket kan udløse en skattepligtig avance ved skifte fra porteføljeaktie til koncern- eller datterselskabsaktie eller medføre at en investering som ikke tidligere var skattepligtig, efterfølgende bliver skattepligtig.

Dette kan eksempelvis ske i følgende situation

Koncernopstilling 4:



I ovenstående situation beslutter "P", som ejer 70 % af aktiekapitalen i "MH" og som ønsker at gå på pension, sig for at sælge 35 % af aktiekapitalen i "MH" til en ny investor "N", som er et holdingselskab. Salget på 35 % er besluttet for dels at gøre overgangen mere glidende og knapt så kapitaltung for køber. Som vist i koncernopstilling 2, var "MH" ikke omfattet af værnsreglen, idet mere end 50 % af aktionærerne i "MH" ikke var selskaber, som i sig selv ikke kunne modtage udbytter ved direkte ejerskab af "D".

Med det gennemførte salg er dette ikke længere tilfældet og "M" som ikke har et ønske om at generationskifte, må nu indse at værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3 finder anvendelse og at den indirekte ejerandel i "D" skal anses for at være ejet direkte af "M". I henhold til de almindelige klassifikationer skal aktiebesiddelsen i "D" anses for at være porteføljeaktier, som er erhvervet til markedsværdien på tidspunktet for statusskifte. Aktierne i "MH" vil stadig være datterselskabsaktier, mens aktierne i "D" skal anses for at være porteføljeaktier.

Da aktierne i "D" er unoterede, kan "M" vælge at bruge realisationsprincippet, såfremt der ikke tidligere er valgt lagerprincippet på andre unoterede porteføljeaktier, jf. ABL § 23, stk. 6.

Hvis "P" på et senere tidspunkt beslutter sig for at sælge mere end 15 % yderligere af aktierne i "MH" til "N", vil værnsreglen igen træde i kraft idet "N" opnår mere end 50 % af kapitalen i "MH" og samtidig indirekte opnår mere end 10 % af kapitalen i "D". Herefter er mere end 50 % af aktiekapitalen i "MH" ejet af selskaber, som kan modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af "D" og værnsreglen finder derfor ikke anvendelse mere.

Jf. ABL § 33A medfører dette at aktierne i "D" ikke længere skal anses for at være ejet direkte af "M", hvorfor de skal anses for at være solgt til markedsværdien på tidspunktet for statusskifte, hvilket igen medfører at der skal opgøres en avance eller et tab til beskatning i "M" i henhold til de almindelige regler for gevinster og tab på unoterede porteføljeaktier.

Det væsentlige i ovenstående eksempel er at ”M” på intet tidspunkt har foretaget sig noget aktivt eller haft mulighed for at påvirke beslutningsprocessen, som leder op at beskatningen ændres.

3.2.6 Kriterier for vurdering af mellemholdingselskaber

Såfremt samtlige af ovenstående kriterier er opfyldt vil moderselskabets aktionærer skulle anses for at eje aktierne i datterselskabet direkte. Dette betyder at et aktieavancemæssigt transparent mellemholdingselskab kan beskrives som en enhed, hvis formål ikke er at udøve aktiv erhvervsmæssig virksomhed vedrørende investeringer i andre selskaber; som ikke har en organisation eller et setup, som gør at den objektivt kan siges at udøve aktiv investeringspleje; som i væsentligt omfang medvirker til at sikre at aktionærene opnår mulighed for at få skattefrit udbytte og som ikke er noteret eller ligger i et skattelyland.

Mens nr. 3, 4 og 5 er objektive kriterier, er kriterie 1 og 2 forbundet med subjektive vurderinger. Dette betyder at der er en risiko for at der opstår tvivl om den skattemæssige position. Hvorvidt risikoen er væsentligt individuelt, men det er min vurdering, at der ikke er mange som vil synes at det er uvæsentligt, hvis der er en uafklaret skattemæssig risiko forbundet med den valgte koncernstruktur.

3.3 Iværksætteraktier

Med henblik på at lette adgangen til risikovillig kapital, har folketetinget i juni 2011 vedtaget L 624 om skattefritagelse vedrørende gevinster og udbytter af iværksætteraktier. Loven er på nuværende tidspunkt ikke ratificeret idet det undersøges om den er forenelig med EU-retten. Den vedtagne lov lyder som følger:

"Definition af iværksætteraktier

§ 4 C. Ved iværksætteraktier forstås aktier, som aktionæren (investorselskabet) har tegnet i et andet selskab (iværksætterselskabet), hvor betingelserne i stk. 3-6 er opfyldt. Iværksætterselskabet må i enhver 12-månedersperiode højst udstede iværksætteraktier med en tegningsværdi på 18,7 mio. kr. Iværksætteraktier må ikke tegnes til underkurs i forhold til markedskursen. Overskrides beløbsgrænsen i 2. pkt., er det de først tegnede aktier, der anses for at være iværksætteraktier. Hvis betingelserne i stk. 3 ikke længere er opfyldt, anses aktierne for afstået og anskaffet igen til handelsværdien på tidspunktet, hvor betingelserne ikke længere er opfyldt.”³⁰

Såfremt loven godkendes af EU vil den få effekt fra 1. januar 2011 og betyde at aktiebesiddelser, som udgør mindre end 10 % af iværksætterselskabets kapital, men som opfylder en række nærmere angivne betingelser, bliver skattefri ved en ejertid på mindst 3 år. De betingelser, som skal være opfyldt er nævnt i ABL § 4C, stk. 3 – 6:

³⁰ L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C

”Stk. 3. Det er en forudsætning for, at aktier er omfattet af stk. 1, at følgende betingelser er opfyldt:

- 1. Investorselskabet skal være omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, eller være et udenlandsk selskab, der er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 2, jf. direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater. Investorselskabet må ikke være under bestemmende indflydelse som nævnt i selskabsskattelovens § 31 C fra det offentlige. Investorselskabet kan være en udloddende investeringsforening omfattet af ligningslovens § 16 C, såfremt alle deltagerne i investeringsforeningen er selskaber som nævnt i 1. og 2. pkt.”³¹*

Ovenstående medfører, at investorselskabet skal være omfattet af de danske regler om selskabsbeskatning, eller tilsvarende europæiske regelsæt. Reglerne om iværksætteraktier gælder således ikke for eksempelvis personer eller skattemæssigt transparente enheder som I/S eller K/S-selskaber, men omfatter udloddende investeringsforeninger, i det omfang alle deltagere i investeringsforeningen er selskaber.

- 2. ”Iværksætterselskabet skal være omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, eller være et udenlandsk selskab omfattet af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, der er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 2 i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.”³²*

Ovenstående medfører, at iværksætterselskabet skal være omfattet af de danske regler om selskabsbeskatning eller tilsvarende europæiske regelsæt, på samme måde som investorselskabet.

- 3. ”Iværksætterselskabets virksomhed må ikke i overvejende grad bestå af udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter, værdipapirer eller lignende, jf. § 34, stk. 6.”³³*

Reglen betyder at iværksætterselskabet skal have en aktiv erhvervsvirksomhed og ikke blot må være en pengtank eller være et holdingselskab. Som udgangspunkt er det således ikke muligt at lave et holdingselskab, som samler flere iværksætterselskaber, med henblik på at tiltrække fælles investorer, idet holdingselskaber, som alene eller i al væsentlighed besidder kapitalandele ikke vil kunne opfylde denne betingelse.

- 4. ”Iværksætterselskabet må ikke udøve virksomhed inden for værfts-, kul- eller stålindustrien.”³⁴*

Det fremgår af et svar fra skatteministeren til folketingets skatteudvalg, at reglerne om iværksætteraktier følger et sæt EU-retningslinjer omkring statsstøtte til virksomheder og at disse EU-retningslinjer specifikt

³¹ L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C, stk. 2

³² L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C, stk. 3, nr. 1

³³ L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C, stk. 3, nr. 3

³⁴ L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C, stk. 3, nr. 4

undertager værfts-, kul og stålindustrien.³⁵ Yderligere fremgår det af skatteministerens svar, at årsagen hertil eventuelt skal findes i særskilte ordninger til de nævnte brancher.

5. *”Investorselskabet skal dokumentere, at investeringerne er overskudsorienterede og forvaltes på et kommercielt grundlag.”*³⁶

Idet hensigten med reglerne er, at lette adgangen til kapital for vækstvirksomheder, samt at der er tale om regler, som er omfattet af EU's retningslinjer for statsstøtte, er det nødvendigt at sikre at reglerne ikke medfører skattefrihed til uhensigtsmæssige eller ubæredygtige investeringer. I henhold til lovbemærkningerne vil det være et krav, at der for hver investering udarbejdes detaljerede forretningsplaner og exitstrategier, som viser at investeringen vil generere et betydeligt overskud.

*”Stk. 4. Det er en forudsætning for, at aktier er omfattet af stk. 1, at iværksætteraktierne tegnes enten i små selskaber, jf. § 4 D, stk. 1, der på tegningstidspunktet er i igangsætter-, opstarts- eller ekspansionsfasen, eller i mellemstore selskaber, jf. § 4 D, stk. 2, der på tegningstidspunktet er i igangsætter- eller opstartsfasen. Ved igangsætterfasen forstås finansiering med henblik på at studere, vurdere og udvikle et nyt koncept forud for opstartsfasen. Ved opstartsfasen forstås finansiering af produktudvikling og indledende markedsføring til virksomheder, som endnu ikke kommercielt afsætter deres varer eller tjenesteydelser og endnu ikke genererer overskud. Ved ekspansionsfasen forstås finansiering af vækst og ekspansion i en virksomhed, uanset om denne balancerer eller giver overskud, med henblik på forøgelse af produktionskapacitet, markeds- eller produktionsudvikling eller forøgelse af arbejdskapital. Ved vurderingen af, i hvilken fase virksomheden er i, indgår partnerselskaber og tilknyttede selskaber, jf. bilag 1 i Kommissionens Forordning (EF) nr. 70/2001 af 12. januar 2001 om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte til små og mellemstore virksomheder.”*³⁷

Ovenstående bestemmelse er, i henhold til lovbemærkningerne motiveret af at EU's retningslinjer for statsstøtte til fremme af risikokapitalinvesteringer i små og mellemstore virksomheder (2006/C 194/02), pkt. 4.3.2 anfører, at det alene er tilladt at give statsstøtte til små virksomheder i igangsætter-, opstarts- eller ekspansionsfasen, mens det for mellemstore virksomheder alene er tilladt at give støtte til virksomheder i igangsætter- eller opstartsfasen.

Reglen er således en forudsætning for at det samlede regelsæt kan godkendes efter EU's statsstøtteregler. Reglen forsøger at give nogle retningslinjer for hvornår et selskab, kan anses for at være i de forskellige faser. Det er min opfattelse, at reglerne er tilpas konkrete til, at vurdering af et selskabs fase ikke vil medføre store udfordringer. Dette mener jeg blandt andet fordi, det efter min opfattelse er let at vurdere om et selskab

³⁵ Skatteministerens svar til spørgsmål 4 til L194 2010/11

³⁶ L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C, stk. 3, nr. 5

³⁷ L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C, stk. 4

er påbegyndt markedsføring eller alene laver grundforskning. Det er dog min opfattelse, at retningslinjerne er fastsat sådan, at der ikke er mange selskaber som vil kunne opfattes af reglerne. Dette også henset til bestemmelsen i § 4C, stk. 5, som jeg vil komme tilbage til i det efterfølgende afsnit.

*”Stk. 5. Det er en forudsætning for, at aktier er omfattet af stk. 1, at iværksætterselskabet på tegnings-
tidspunktet*

- 1. ikke er kriseramt som defineret i Kommissionens meddelelse om Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder (2004/C 244/02) og*
- 2. ikke har udstedt aktier, der er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet.”*

Iværksætterselskabet må ikke være børsnoteret, hvilket efter min opfattelse er meget naturligt, da børsnoterede selskaber har andre og lettere måder at tilvejebringe likviditet, end unoterede, idet der på de regulerede markeder er kortere mellem investor og selskab og et derfor er lettere at opnå billig og langsigtet finansiering.³⁸

I henhold til EU's regler må iværksætterselskabet ikke være kriseramt. Dette står i modsætning til at mellemstore selskaber ikke må lave overskud, idet de så ikke længere kan anses for at være i opstartsfasen. I henhold til lovforarbejderne, skal vurderingen af et selskabs fase foretages årligt, men det må dog antages at et selskab som en gang er kommet forbi en fase, kun under særlige omstændigheder vil kunne vende tilbage til en tidligere fase. Det er dog min vurdering at eksempelvis en omlægning af aktiviteterne, vil være tilstrækkeligt idet det vil være i lovens ånd at støtte op om den nye aktivitet, frem for at lukke selskabet helt ned.

”Stk. 6. Det er en forudsætning for, at aktier er omfattet af stk. 1, at iværksætterselskabets advokat eller godkendt revisor påser, at betingelserne i stk. 3-5 er opfyldt ved udstedelse af iværksætteraktier. Advokaten eller den godkendte revisor kan påse, at stk. 3, nr. 5 er opfyldt ved at indhente en skriftlig erklæring fra investorselskabet. For så vidt angår de øvrige betingelser, afgiver advokaten eller den godkendte revisor erklæring herom. Erklæringer indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i forbindelse med anmeldelsen af tegning af iværksætteraktier.”³⁹

For at sikre mod misbrug af reglerne, er det del besluttet at anvendelsen skal anmeldes til ”Erhvervsstyrelsen” og dels at en advokat eller revisor skal erklære sig om at betingelserne for anvendelse af reglerne er opfyldt på tidspunktet for udstedelse.

³⁸ <http://www.pwc.dk/da/boersnotering/boersnotering.jhtml>

³⁹ L 194, 2010/11 §1, stk 1, nr. 1 – indsættelse af §4C, stk. 6

4 Relevante fortolkninger

I bilag 41 til L202 svarer skatteministeren til spørgsmål 29, at afgrænsningen af udtrykket ”reel økonomisk virksomhed” skal fortolkes i overensstemmelse med Cadbury Schweppes dommen. På baggrund heraf vil jeg i det følgende redegøre for den konkrete dom samt udvalgte fortolkningsbidrag, med henblik på senere at kunne konkretisere eventuelle muligheder for at anvende dommen.

4.1 Cadbury Schweppes Dommen (C-196/04, SU 2006, 333)

Som et led i afgørelsen af en verserende skattesag mellem Cadbury Schweppes Overseas Ltd. og de engelske skattemyndigheder (”Commissioners of Inland Revenue”), blev EF-domstolen bedt om at komme med en præjudiciel afgørelse omkring fortolkningen af artikel 43 EF, 49 EF og 56 EF.

At dommen er præjudiciel betyder, at EF-domstolen ikke tager stilling til en konkret sag, men i stedet på baggrund af oplysninger tager stilling til reglernes anvendelse.⁴⁰ Der er således ikke tale om, at skattesagen afgøres ved EF-domstolen, men blot at EF-domstolen kommer med fortolkninger til brug for vurderingen af skattesagen.

EF-domstolen kommer frem til at CFC-reglerne alene finder anvendelse, når der er tale om rent kunstige arrangementer. I dommen omtales, at ”postkasse”- og ”skærm”-selskaber ikke som følge af EU-retten er undtaget fra CFC-beskatning, ligesom det nævnes at vurderingen af, hvorvidt der er tale om kunstige arrangementer skal baseres på objektive kriterier som omfanget af lokaler, personale og driftsmidler.

Forholdet omkring rent kunstige arrangementer er et tidligere anvendt koncept fra EU-domstolen, idet dette også indgår i vurdering af fx Marks & Spencer-dommen i henhold til præmis 57, jf. C-446/03, SU 2006, 17.

Marks & Spencer-dommen omhandler muligheden for at overføre skattemæssige underskud fra et medlemsland til modregning i skattemæssige overskud i et andet medlemsland. I den konkrete sag, havde Marks & Spencer, som var hjemmehørende i Storbritannien, drevet erhvervsvirksomhed gennem datterselskaber i en række EU-lande. Disse datterselskaber havde givet underskud og aktiviteterne blev til sidst lukket. Herefter ønskede Marks & Spencer at overføre de skattemæssige underskud til modregning i Engelske overskud og i denne forbindelse blev EU-domstolen bedt om at vurdere om den Engelske lovgivning på området var EU stridig.

40

http://www.denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Almindelig_retsl%C3%A6re,_retsfilosofi_og_terminologi/pr%C3%A6judicielt_sp%C3%B8rgsm%C3%A5l

I den Europæiske Union er der generelle regler om, at medlemsstaterne ikke må diskriminere fysiske eller juridiske personer fra andre medlemsstater. Disse regler åbner dog op for muligheden for, at personerne i stedet tilrettelægger sig, så de til enhver tid anvender de mest lempelige nationale regler i EU-samarbejdet. Da det selvsagt ikke er hensigten med samarbejdet, at hjælpe personer til at omgå hjemlige regler, er der indført et generelt værn om rent kunstige arrangementer. I Marks & Spencer-dommen er rent kunstige arrangementer ikke yderligere beskrevet eller uddybet og forholdet nævnes alene om en sidebemærkning, da det ikke var det primære i relation til den konkrete afgørelse, idet der ikke var tvivl om at forholdet var reelt og ikke proforma.

4.2 Anvendelse af Cadbury Schweppes i dansk ret

I bemærkningerne til dommen, præmis 66, nævner EU-domstolen, at det i forbindelse med vurderingen af hvorvidt en etablering i et andet land kan tilsidesættes, er afgørende at oprettelse svarer til en reel etablering. I denne forbindelse nævner domstolen i præmis 67, at der skal foreligge objektive kriterier omkring den fysiske eksistens, som kan efterprøves af en tredjemand, blandt andet graden af lokaler, udstyr og personale. I forlængelse heraf konkluderer EU-domstolen i præmis 68, at et datterselskab, som er et "skærm" eller "postkasse"-selskab, ikke er en reel etablering.

Som også tidligere nævnt anvender skatteministeren, i sit svar til FSR i forbindelse med behandlingen af L202, bilag 41, langt hen ad vejen de samme begreber som EU-domstolen.

Skatteministeren og senere skatteministeriet og skatterådet, anvender dem dog på en måde, så det afgørende ved vurderingen er hvorvidt et selskab har personale, lokaler og udstyr. Dette ses ikke umiddelbart at være i tråd med EU-domstolen, idet EU-domstolen alene nævner eksempler, mens det afgørende i henhold til Cadbury Schweppes dommens præmis 67, er at der foreligger objektive kriterier, som en tredjemand kan efterprøve.

I henhold til dommens præmis 70, skal selskabet have mulighed for at fremlægge disse oplysninger. Dette medfører umiddelbart at selskabet skal have mulighed for at godtgøre at det udøver reel virksomhed og at den dokumentation, som fremlægges, skal være af en sådan karakter at en uafhængig tredjemand vil komme til den samme konklusion. I kapitel 8 kommer jeg nærmere ind på fortolkninger og bemærkninger til dommen.

5 Analyse af aktieavancebeskatningslovens § 4 A

Formål

Formålet med dette afsnit er at illustrere effekten af de nye mellemholdingregler på en række situationer, samt at gennemgå en række konkrete og individuelle forhold, som medfører at selskaberne alligevel er undtaget fra værnsreglen.

Baggrund

Det er ikke ualmindeligt i selskaber, som er partnerejede og ledede, at koncernstrukturen udvikler sig over tid. Dette skyldes eksempelvis optagelse af nye og afgang af tidligere partnere. Ofte vil organisationer af den type være karakteriseret ved at ejerkredsen består af et mindretal af personer, som løbende skiftes ud gennem uddannelse og udnævnelse af yngre medarbejdere samt køb af tilsvarende virksomheder.

I forbindelse med indtræden som partner, har det ofte været hensigtsmæssigt at etablere et holdingselskab, med henblik på at opnå en skattemæssig hensigtsmæssig udjævning af aktieindkomsten over tid samt at sikre at eventuelle avancer ved salg af driftsselskabet ikke blev beskattet før likviditeten reelt skulle bruges af partneren.

På denne måde blev partneres holdingselskaber et alternativ til pensionsopsparinger, dog med den forskel at den løbende beskatning var lidt højere, da selskabsskatten udgør 25 % mod 15,3 % skat i henhold til pensionsafkastbeskatningslovens § 2. Til gengæld er fleksibiliteten i form af muligheden for at hæve pengene også øget ved investering gennem et selskab frem for livrente, rate eller kapitalpensioner, idet udbytter kan hæves løbende fra et selskab til maksimalt 42 % skat, mens der ved udbetalinger fra pensionsopsparinger før pensionsalderen er nået, skal svares en afgift på 60 % jf. pensionsbeskatningslovens § 28.

Som følge af at der ikke er nogen øvre grænse for hvor mange partnere, der kan være i en partnerstruktur, vil det ikke være alle partnere, som deltager i den daglige ledelse af selskabet. Ofte vil partnere blive valgt ud fra deres evner som sælgere og specialister, hvorfor partnerrollen reelt bliver et middel til at fasthold de mest attraktive medarbejdere til fordel for fællesskabet, ved at medarbejderne får del i fællesskabets resultater samtidig med at fællesskabet bibeholder en stærk ressource i kraft af medarbejderen.⁴¹

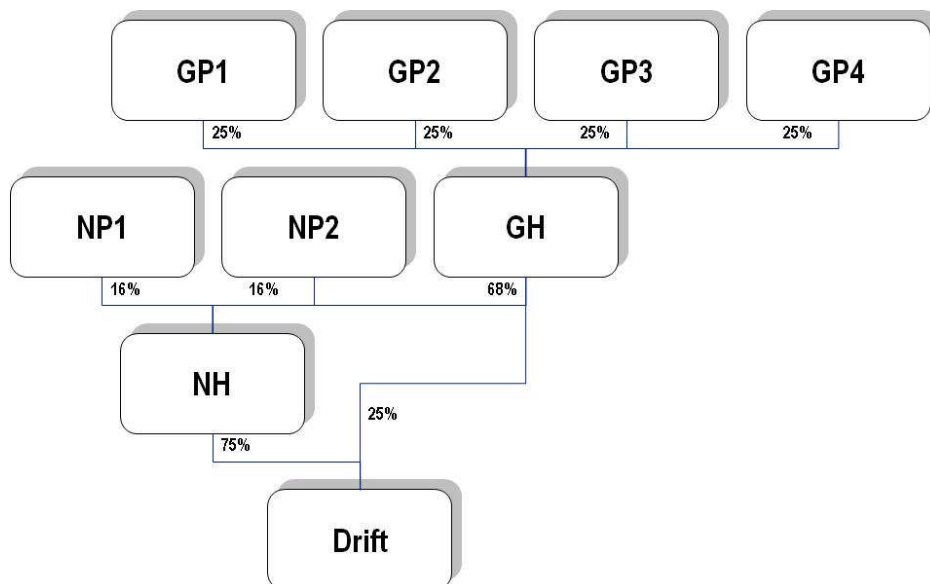
Ovenstående gør sig gældende i de fleste selskaber, men især i Advokat-, Revisions-, Arkitekt-, Reklame og konsulentvirksomheder er ovenstående gældende. Dette skyldes at adgangsbarriererne i disse brancher kan være lettere at imødekomme for en enkeltperson. Det vil sjældent kræve en stor investering at etablere et hjemmekontor med en computer samt at skaffe adgang til faglitteratur mv. i modsætning til sælgeren i en

⁴¹ <http://www.kromannreumert.com/da-DK/Karriere/Advokat/Karriereveje/Pages/advokatkarrierevejeassocieret.aspx>

produktionsvirksomhed, som for at kunne starte for sig selv skal investere i produktionsanlæg eller antage en underleverandør, som alt andet lige også vil skulle honoreres indenfor den samme avance.

Nedenstående eksempel på en partnerstruktur er baseret på det virkelige liv:

Koncernopstilling 5:



Koncernen er bygget op over en årrække, idet de oprindelige partere stiftede deres individuelle partnerholdingselskaber ("GP1" – "GP4") samt de fælles selskaber "GH", som er et tomt holdingselskab, og "Drift", som er et reklamebureau. Efterfølgende er "Drift" blevet et mellemstort selskab med omkring 100 ansatte og de gamle partnere har haft behov for at påbegynde et generationsskifte, hvilket er sket ved etablering af det nye holdingselskab "NH", som de to nye partnere "NP1" og "NP2" har købt sig ind i gennem deres respektive holdingselskaber.

Ovenstående figur indeholder alene selskaber, idet alle de individuelle holdingselskaber er unoterede, danske selskaber, som er 100 % personligt ejet af den pågældende partner. I ovenstående struktur skal selskaberne "NH" og "GH" overvejes i forhold til reglerne om mellemholdingselskaber.

NH:

Selskabet ejer 75 % af "Drift". "NP1" og "NP2" ejer hver 16 % af "NH" mens "GH" ejer de resterende 68 %. Idet samtlige aktionærer ville være i stand til at modtage skattefrit udbytte ved direkte ejerskab af "Drift", er "NH" ikke omfattet af værnsreglerne i ABL § 4a, stk. 3, nr. 5.

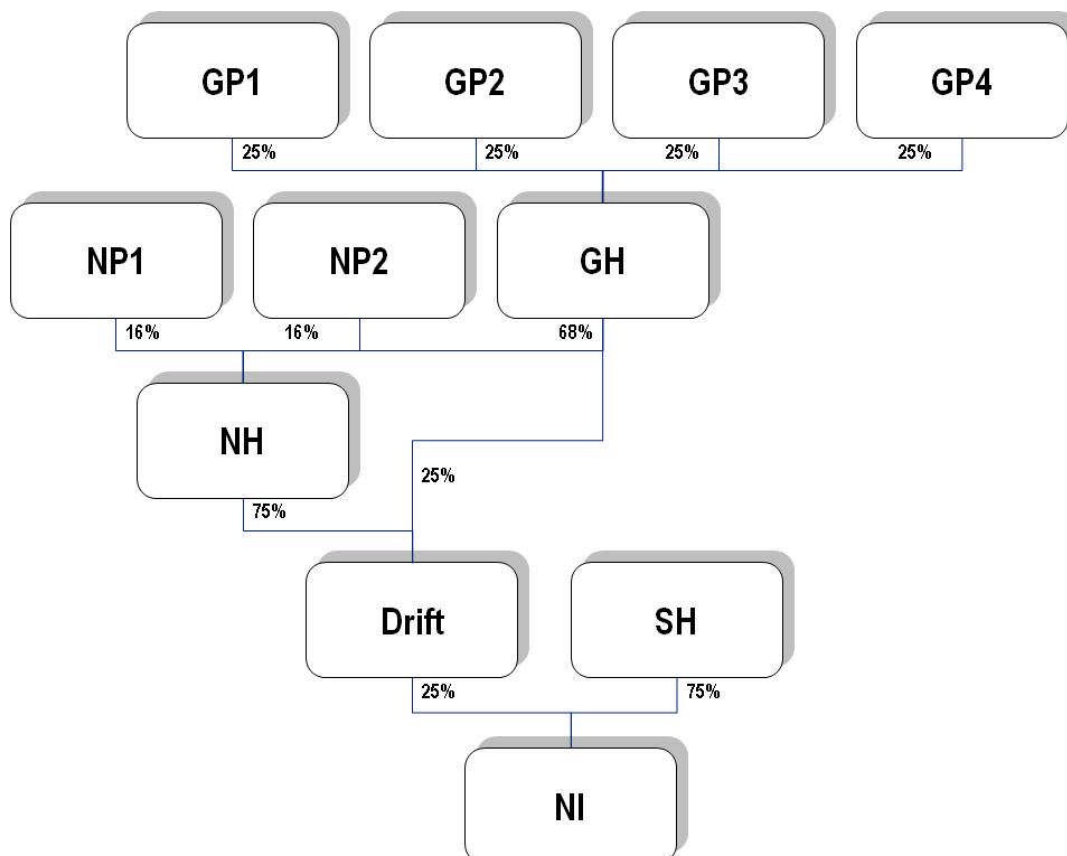
GH:

Selskabet ejer 68 % af "NH", som ikke er et mellemholdingselskab i henhold til ovenstående. "GH" ejer 25 % af aktierne i "Drift" direkte og må samtidig skulle anses for at eje 68 % af "NH"s ejerandele på 75 % af "Drift", i henhold til bilag 41 til L202. På denne måde opnår "GH" en samlet ejerandel på 76 % af "Drift". Da "GH" er ejet af 4 aktionærer, som hver har en 25 % ejerandel, bliver deres respektive ejerandel af "Drift" 19 % og deres ejerandel af "NH" bliver 17 %. I ovenstående koncernstruktur er "GH" derfor heller ikke omfattet af værnsreglerne i ABL § 4a, stk. 3, nr. 5.

Der sker nu det at koncernen får et tilbud om, at købe sig ind med en 25 % andel af en samarbejdspartner, ("NI"), som et led i et generationsskifte af denne samarbejdspartner. Transaktionen foregår som et almindeligt salg fra sælgers holdingselskab "SH" til "Drift".

Koncernstrukturen bliver derfor som følger:

Koncernopstilling 6:



Koncernstrukturen over Drift har ikke ændret sig, og skal derfor som udgangspunkt alene vurderes i forhold til den nye investering. Idet alle overliggende aktionærer vil have direkte og indirekte ejerandele på under 10 % af "NI", bliver det afgørende spørgsmål, hvorvidt Drift skal anses som et mellemholdingselskab, som er omfattet af værnsreglerne i ABL § 4a, stk. 3.

Som nævnt før, er der ikke nogen ovenstående selskaber, som kan undtage ”Drift” fra værnsreglerne i ABL § 4a, stk. 3., nr. 4 og 5 gennem ejerandele, notering eller lignende. Vurderingen er derfor om den primære funktion i ”Drift” er at ejerskab af datter- og koncernselskabsaktier. Da ”Drift” som nævnt ovenfor er et reklamebureau og har omkring 100 ansatte, som alene arbejder med denne aktivitet, bør selskabet være undtaget fra værnsreglen i ABL § 4a, stk. 3., nr. 1.

Vurderingen skal dog altid ses i lyset af at selskaber kan have flere aktiviteter. En vurdering af hvad de ansatte laver kan ofte være en god indikation. Der kan dog være forhold, som gør at ansatte ikke er den bedste indikator eller at der er udfordringer ved at opgøre hvilke ansatte, der arbejder med de konkrete aktiviteter. Et eksempel herpå kan være ledelsen, som ofte har en mere overordnet rolle. Alt andet lige vil det være sådan at ledelsen spiller en større aktiv rolle i de enkelte aktiviteter i en mindre en organisation, mens den aktive deltagelse ofte er uddelegeret til forskellige niveauer af mellemledere i en større organisation.

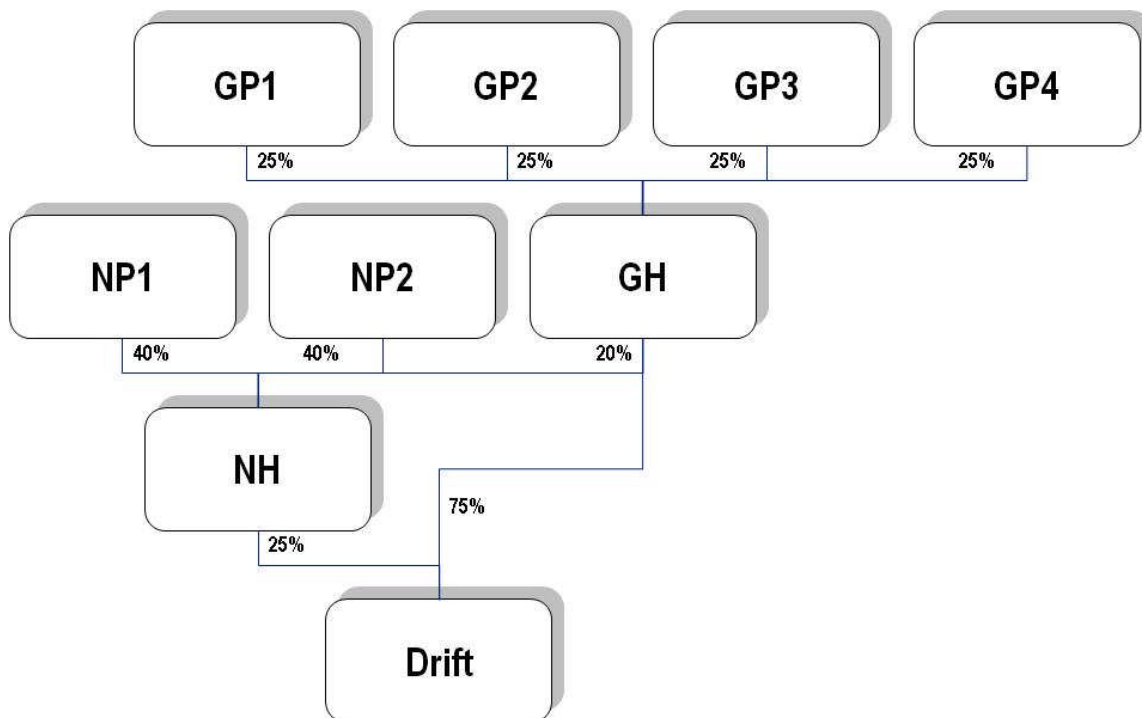
Andre eksempler på ansatte, som kan være svære at fordele, er administrativt personale i eksempelvis økonomifunktionen. Disse medarbejdere varetager opgaver i relation til samtlige selskabets aktiviteter og en fordeling af disse bør derfor baseres på omfanget af deres arbejde med de forskellige områder.

Hvis en fordeling af medarbejdere ikke er hensigtsmæssig til brug for vurderingen af selskabets aktiviteter, kan det være hensigtsmæssigt at se på selskabets aktiver og risici, hvilket også er i tråd med vurderingen i forbindelse med næringsaktivitet. I denne forbindelse vil det være relevant at se på forhold som omfang, kompleksitet, risici mv. i forbindelse med selskabets aktiviteter og på baggrund af dette, vurdere hvilke aktiviteter, der er de primære.

Den naturlige konsekvens af ovenstående er, at hovedaktionærs personlige holdingselskaber, som ofte fungerer som pengetanke i et eller andet omfang, vil få svært ved at godtgøre at deres primære aktivitet ikke er besiddelse af datter- og koncernselskabsaktier. Dette hænger blandt andet sammen med at direktøren ofte er den eneste ansatte og derfor varetager samtlige selskabets aktiviteter. Ligeledes vil den type selskaber ofte være stiftet i forbindelse med investering i et datter- eller koncernselskab, hvorfor formålet historisk set har været netop det værnsreglen sigter imod. Efterfølgende har selskabet ofte i større eller mindre omfang opnået alternative indtægtskilder, men de er ofte af passiv eller begrænset karakter og direkte afhængige af den likviditet, som er genereret fra den primære investering, som er datter- eller koncernselskabet.

Som tidligere nævnt, kan et skattemæssigt statusskifte ske i forbindelse med eksempelvis et salg. I ovenstående struktur er et generationsskifte af ”Drift” allerede undervejs. Hvis ejerandelene ændres i overensstemmelse med nedenstående struktur, enten ved salg, kapitalforhøjelser eller tilsvarende vil situationen ændre sig.

Koncernopstilling 7:



I forhold til koncernopstilling 5 sker generationsskiftet ved at "NP1" og "NP2" køber større ejerandele i "NH", mens "GH" fortsat besidder størsteparten af aktierne i "Drift".

Ved denne struktur har "NP1" og "NP2" indirekte 10 % af aktierne i "Drift" og "NH" er derfor stadig ikke omfattet af værnsreglerne. Udfordringerne opstår i "GH", som ejer 20 % af "NH" de 4 aktionærer i "GH" ejer derfor indirekte hver 5 % af aktierne i "NH" og indirekte 20 % af aktierne "Drift". Dette medfører at værnsreglen i ABL § 4a, stk. 3. finder anvendelse på "GH" for så vidt angår aktierne i "NH" mens den ikke finder anvendelse på aktierne i "Drift". "GH" har ikke anden aktivitet end at besidde de nævnte kapitalandele og "GH" ikke har ansatte, kontorer eller lignende. I henhold til selskabsretten har "GH" en ledelse og i ovennævnte struktur er ledelsen i "GH" bestående af de 4 partnere, som gennem deres individuelle holdingselskaber ejer "GH".

Som nævnt tidligere, har de 4 gamle partnere en væsentlig grad af indflydelse på hvad der sker dels i "GH", som følge af det direkte ejerskab, og dels i "NH" og "Drift" som følge af ejerandele og de indgåede aktionæraftaler. Det afgørende spørgsmål er nu hvorvidt ovenstående er tilstrækkeligt til at medføre at "MH" over reel økonomisk virksomhed vedrørende "NH" gennem ledelsen og dermed ikke bliver omfattet af værnsreglerne i ABL § 4a, stk. 3., nr. 2.

I bilag 41 til lov 202 af 7. maj 2009 lægges der vægt på at mellemholdingselskab skal have ansatte, kontorer og driftsmidler til brug for udøvelsen af den økonomiske aktivitet vedrørende mellemholdingselskabet. Det

er således ikke nok at selskabet har kontorer og driftsmidler, hvis deres primære anvendelse er i forbindelse med administration af andre aktiviteter. Dette taler dog for at selskabet kan undtages efter ABL § 4a, stk. 3, nr.1.

5.1 Primære formål

I henhold til TfS 2010, 853 har skatterådet vurderet, at et selskab, som er stiftet med henblik på at erhverve aktier og som inden aktieerhvervelsen sker, køber en ejendom sådan at de endelige aktiver kommer til at bestå af 25 % kapitalandele og 75 % ejendomsinvestering ikke medfører at selskabet bliver undtaget fra værnreglerne i ABL § 4a, stk. 3, nr. 1. Selskabet er i henhold til det oplyste, stiftet med det formål at besidde konvertible obligationer i andet selskab. Inden konverteringsretten anvendes, gennemfører selskabet et køb af en ejendom. I henhold til bemærkningerne i bilag 41 til L202, er forholdet mellem forskellige aktiver ikke afgørende for vurderingen af selskabets formål, hvilket Skatterådet også bemærker.

I den samlede vurdering vejer det tungt, at selskabet oprindeligt er stiftet med det formål at erhverve aktier i et andet selskab, mens de øvrige aktiviteter først kommer til senere. Det oprindelige formål var reelt ikke at besidde aktier, men i stedet at besidde konvertible obligationer. Det må dog lægges til grund at konverteringsretten forventes udnyttet, da denne typisk medfører en lavere nominel forrentning⁴². Selskabet kunne med andre ord have opnået et større nominelt afkast ved investering i andre obligationer, uden at risikoen blev forøget. Skatterådet vurderer derfor, at selskabet reelt er stiftet med henblik på at besidde aktier og at det blot er en alternativ måde at erhverve aktier på, som er anvendt i den pågældende situation.

I en anden sag, som er omtalt i TfS 2010, 825, har Skatterådet vurderet en tilsvarende situation, men er kommet frem til det modsatte resultat. Sagen omhandler et selskab, som er stiftet med det formål at erhverve en K/S andel i forbindelse med en ejendomsinvestering. Det er anført i bemærkningerne, at selskabet ikke skal deltage aktivt i driften af K/s-anparten, men selskabet har ikke andre aktiviteter. Efter at selskabet har eksisteret i omkring 9-12 måneder, påtænker selskabet at erhverve aktier i to selskaber. Skatterådet vurderer i denne situation, at kronologien i selskabets aktiviteter ikke er afgørende for vurderingen af selskabets primære funktion.

Den direkte følge af ovenstående, er at hvis et selskabs aktivitet på noget tidspunkt har været besiddelse af datterselskabsaktier, så vil denne aktivitet hænge ved i fremtiden, næsten uanset hver selskabet ellers laver. Efter min vurdering er kronologien i selskabets aktiviteter ikke en afgørende faktor, men kan være en mindre indikator. Dette skyldes, at selskaber kan skifte aktivitet, og det derfor ikke skattemæssigt skal være afgørende for vurderingen, hvad der kom først. I stedet er det den økonomiske aktivitet på vurderingstidspunktet, der er afgørende for vurderingen.

⁴² <http://www.ifr.dk/composite-559.htm>

Det afgørende for vurderingen af selskabets aktivitet, må være de forhold og forventninger som findes på tidspunktet for investeringen. Dette baserer jeg på at skatteministeren i bilag 41 til L202 anfører at det ikke er muligt at angive et konkret forhold mellem selskabets aktiver, som vil medføre at selskabets aktivitet skal anses for at have til formål at investere i datter- og koncernselskaber. I henhold til bilag 41 til L202, har skatteministeren taget stilling til nogle konkrete forhold, ved at bemærke, at ingen af de nævnte forhold medfører at selskabet automatisk er undtaget fra værnreglerne. Da skatteministeriet yderligere anfører at det ved ligningen skal kunne sandsynliggøres, at selskabets aktivitet er andet end at besidde datter- og koncernselskabsaktier, medfører det som udgangspunkt, at vurderingen kan ændres fra år til år. I bilag 41 til L202, har skatteministeren til FSRs spørgsmål om ABL § 4, stk. 3, nr. 1 svaret:

”Ved ligningen skal det kunne sandsynliggøres, at selskabets primære funktion er andet end ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier”.

Da formuleringen kræver en positiv sandsynliggørelse, medfører det reelt at bevisbyrden for at selskabet ikke er omfattet af værnreglerne ligger hos den skattepligtige. I relation hertil, må det dog formodes, at der skal være en grad af kontinuitet, som gør, at der skal være sket ændringer selskabets forhold, før vurderingen af selskabets primære forhold kan ændres.

I bilag 41 til L202, side 20 nederst omtaler Skatteministeren konkret, at det i en situation hvor et selskab både besidder datterselskabsaktier og porteføljeaktier, må skulle vurderes om afkast og volumen af porteføljeaktier eller datterselskabsaktier er størst.

I henhold til situationen fra TfS 2010, 825, hvor et selskab først ejer en K/S-anpart og derefter erhverver datterselskabsaktier og hvor begge investeringer er passive og derfor ikke medfører væsentlige transaktioner med nogle af investeringerne, kan der alligevel være en mulighed for at vurderingen ændres over tid. Det vil dog efter min vurdering være svært at opnå, idet forholdene trods alt skal anses for at være ændret for at man kan komme frem til en anden vurdering. Når det skal vurderes om selskabets primære funktion er ændret, vil det efter min opfattelse være mest relevant at se på nedenstående forhold:

1. Den nødvendige arbejdsindsats
2. Risikoeksponeringen

Jeg vil gennemgå og uddybe begge dele i afsnit 5.1.1 og 5.1.2:

5.1.1 Den nødvendige arbejdsindsats

Alle aktiviteter kræver på et tidspunkt en aktiv handling. Den aktive handling kan være meget kortvarig og enkeltstående hvilket eksempelvis kan være tilfældet i forbindelse med køb af en aktiepost. Den nødvendige arbejdsindsats vil som oftest være større end selve handlingen at anskaffe aktierne. Eksempelvis vil der forud

for købet skulle laves vurderinger og investeringskalkuler, som danner grundlag for om købet skal gennemføres eller ej.

Den aktive handling kan også være fortsættende. Det vil eksempelvis være tilfældet for det reklamebureau som er nævnt tidligere. I dette tilfælde er det en absolut forudsætning, at der arbejdes aktivt for at skabe indtjening. Det vil typisk også være sådan, at der er behov for ansatte og investeringer i understøttende driftsmidler for at sikre at selskabet har kapacitet til at skabe indtjeningen.

I forhold til bilag 41, til L202 er det min vurdering, at der ikke skal ses alene på omfanget af gennemførte transaktioner, men i større grad på det arbejde som vedrører de enkelte områder af selskabets aktiviteter. Dette skyldes at et investeringsselskab skal prøve at vælge de rigtige aktier, hvilket kan indebære at vurdere en lang række aktier uden at finde den, som der skal investeres i. Dette kan både være tilfældet hvis aktiviteten alene varetages af hovedaktionæren som passiv pengeanbringelse og hvis aktiviteten er mere professionel, med porteføljeforvaltere og øvrige ansatte. Udfordringen kan være at dokumentere overvejelser omkring ikke gennemførte transaktioner, men det er en praktisk problemstilling, som kan dokumenteres ved at gennem beregninger og kalkuler mv.

5.1.2 Risikoeksponeringen

I de fleste tilfælde vil en vurdering af arbejdsindsatsen være tilstrækkelig til at godtgøre hvorvidt et selskabs primære formål er at besidde datter- og koncernselskabsaktier. Der er dog tilfælde hvor det ikke vil være muligt. Det kan eksempelvis være ovenstående situation omkring anskaffelse af K/S-anparter og aktier i to selskaber. I det konkrete tilfælde er det min vurdering at selskabets formål alt andet lige er besiddelse af datterselskabsaktier i større grad end besiddelse af K/S-anpart, idet der er anskaffet to forskellige aktier og kun en K/S-anpart.

Såfremt selskabet alene havde anskaffet en aktie og en K/S-anpart, er det min vurdering at selskabets formål ikke vil kunne vurderes på baggrund af omfanget af aktiviteterne. I stedet er det min vurdering at selskabets formål i større grad skal vurderes på baggrund af selskabets risici.

Skatteministeren bemærker i bilag 41 til L202 at det ofte vil være åbenbart, hvad selskabets formål er. I ovenstående situation med investering i K/S og aktier er selskabets formål efter min vurdering ikke helt åbenlyst, men ved at basere vurderingen på selskabets risikoeksponering, bør det være muligt at fastslå hvad formålet er. Dette skyldes at risikoen normalt vil hænge sammen med afkastpotentialet. En investering med et stort afkastpotentiale, vil normalt have større risici, mens en mere sikker investering normalt vil give et lavere afkast.

Dette kan eksemplificeres ved at sammenholde investering i et unoteret produktionsselskab med investering i danske statsobligationer. Risikoen ved investering i danske statsobligationer vil normalt være markant lavere

end risikoen ved investering i et produktionsselskab, men modsat så er afkastpotentiallet normalt markant større i produktionsselskabet end på statsobligationerne.

I ovenstående eksempel vil det naturligvis være svært at fastslå risikoen ved de enkelte investeringer uden at kende yderligere detaljer, end at K/S-anparten vedrører en ejendomsinvestering. Det er således muligt at holdingselskabet har ubegrænset hæftelse i forhold til K/S-anparten, eller at det ligesom ved aktieinvesteringen er en begrænset hæftelse. Jeg er opmærksom på, at en K/S struktur normalt vil være bygget op omkring en komplementar bestående af et tomt anpartsselskab til at sikre risikoafgrænsning⁴³ og at de ”reelle” investorer vil være kommanditister og derfor alene hæfte med deres indskud.⁴⁴

I ovenstående eksempel vil det veje tungt, hvis selskabet har stillet sikkerheder eller på anden måde har øget hæftelsen overfor de enkelte investeringer. Ved vurderingen af risikoen bør det ligeledes indgå i vurderingen, hvad den absolutte risiko er. Med dette mener jeg at en begrænset investering med stor risiko ikke nødvendigvis er selskabets formål, hvis der er en meget stor investering med lav risiko.

Dette hænger også godt sammen med vurderingen af selskabets arbejdsindsats, da den aktivitet, som arbejdsindsatsen hænger sammen med, alt andet lige vil være behæftet med en større risiko end passive investeringer. Dette skyldes at der på passive investeringer normalt vil være en begrænset hæftelse, som relaterer sig til den indskudte kapital, mens den aktive arbejdsindsats vil være behæftet med en øget risiko for tab, hæftelser og lignende. Der er derfor alt andet lige en sammenhæng mellem en aktiv arbejdsindsats og en øget risiko.

I de tilfælde, hvor den aktive arbejdsindsats vedrører investeringer vil det ofte være et udtryk for en mere professionel tilgang til investeringer, med henblik på at opnå et større afkast, hvilket igen normalt vil være udtryk for accept af større risici.

5.2 Reel økonomisk aktivitet

I bemærkningerne til det oprindelige lovforslag er det beskrevet, at forhold, som indgår i vurderingen af om et selskab skal anses for at øve reel økonomisk virksomhed vedrørende datterselskaberne, blandt andet omfatter hvorvidt selskabet ”har en fysisk eksistens, dvs. lokaler, personale og udstyr”. I henhold til TfS 2011, 207 har skatterådet taget stilling til hvorvidt reel økonomisk virksomhed foreligger i et konkret tilfælde. I forbindelse med argumentationen lægger skatteministeriet vægt på at personsammenfald mellem investor og direktør i mellemholdingselskabet medfører en ”nøje vurdering, om det udførte arbejde reelt sker som investor eller som ansat.” Dette hænger sammen med, at investor og den ansatte direktør, som udøver reel økonomisk virksomhed, har samme formål, hvilket er at sikre de bedste resultater af investeringen. Det ses ikke

⁴³ <http://www.bluecapital.dk/da-DK/Om-kommanditselskaber.aspx>

⁴⁴ <http://da.wikipedia.org/wiki/Kommanditselskab>

positivt at skatterådet tager stilling til den konkrete bemærkning, men Skatterådet vælger dog, at omgøre skatteministeriets indstilling i den konkrete sag.

I henhold til TfS 2011, 207, begrundelse vedrørende betingelse 2 anfører skatteministeriet i øvrigt, at formålet er at forøge selskabets værdi, hvilket ikke i alle tilfælde er rammende, idet en række selskaber, som har overstået vækstfasen, overgår til at være cash cows⁴⁵, hvis fornemste opgave er hvert år at udlodde hele årets resultat. Udbytter som aktionærene efterfølgende kan benytte til at foretage nye investeringer. Andre selskaber kan tjene andre strategiske formål, som ikke i sig selv forøger det konkrete selskabs værdi, men som i stedet øger den samlede værdi i koncernen eksempelvis ved udnyttelse af synergier.

I koncerner med en struktur og et omfang der svarer til ovenstående vil de fleste af de fælles selskaber være registreret på samme adresse som driftsselskabet, for på den måde at gøre bedst brug af koncernens kapaciteter. På baggrund af dette vil "GH" relativt let kunne opnå lokaler. Eksempelvis ved at leje dem af "Drift". Anskaffelse af driftsmidler er også overkommeligt, idet en computer og printer relativt let vil kunne fremskaffes. Problemstillingen opstår primært i forbindelse med beslutningen om hvem, som skal være direktør i "GH". Det oplagte valg vil være at ansætte en af ejerne, men i henhold til ovenstående udtalelse fra skatteministeriet, vil valg af en ejer til direktør, medføre at der skal laves en nøje vurdering af hvilken rolle ejeren reelt varetager. En vurdering som alt andet lige ofte må formodes at falde ud til ugunst for vurderingen af om selskabet overholder betingelsen i ABL § 4a, stk. 3, nr. 2, idet en praksis hvor ejeren "blot" lader sit ejerskab udøve gennem direktørhvervet i et mellemholdingselskab, vil medføre at værnsreglen udvandes kraftigt. På baggrund af skatteministeriets bemærkninger til det konkrete bindende svar i TfS 2011, 207 kan det virke, som om Skatteministeriet forsøger at skærpe betingelserne yderligere for fritagelse af værnsreglen i ABL § 4a, stk. 3, nr. 2. Dette vil jeg vende tilbage til i kapitel 8, hvor jeg gennemgår begrebet beneficial ownership i international skatteret.

I stedet bør vurderingen foretages på det tidspunkt, hvor koncernen gennem sin naturlige vækstcyklus opnår en størrelse, hvor ledelsen med fordel kan udvides med eksterne kræfter, eksempelvis i form af et professionelt bestyrelsesmedlem. Dette bestyrelsesmedlem vil med fordel kunne varetage hvervet som direktør i mellemholdingselskabet, hvis primære funktion derefter bliver aktivt at varetage investeringen i driftsselskabet. I henhold til TfS 2010, 555 har Skatterådet, baseret på en tidligere afgørelse i TfS 2010, 33, vurderet, at den reelle økonomiske aktivitet i relation til datterselskabet som minimum indebærer opretholdelsen af en bestyrelsespost. I henhold til selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2 kan et selskab vælge at have en ledelse bestående af en direktion, som ansættes af et tilsynsråd. Tilsynsrådets opgaver er i henhold til selskabsloven § 116 at sikre overholdelse af en praktiske og økonomiske forhold, men i modsætning til selskabsloven § 115, er det

⁴⁵ http://da.wikipedia.org/wiki/Cash_cow

ikke en del af tilsynsrådets opgaver at deltage i den overordnede strategiske ledelse af selskabet, med det lille forbehold at det er tilsynsrådets opgave at ansætte direktionen.

Tilsvarende er det ikke et krav at anpartsselskabers ledelse er todelt. I henhold til selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 2 modsætningsvis, er det ikke et krav at et anpartsselskab har en bestyrelse eller et tilsynsråd.

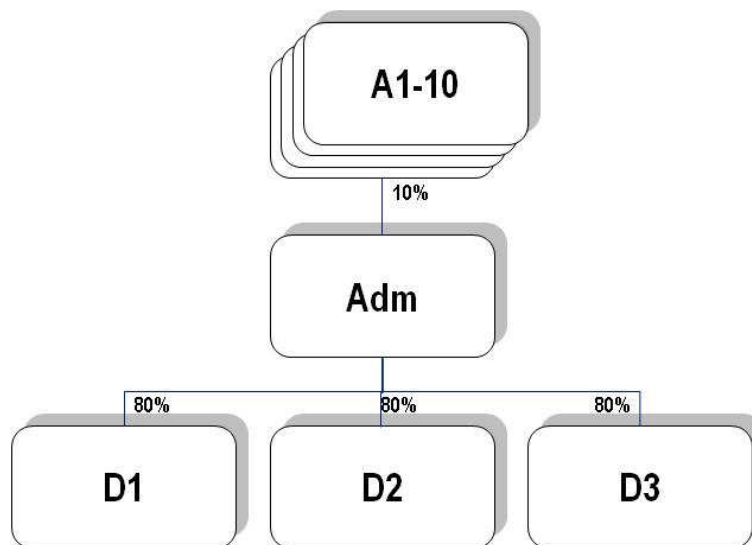
Dette kan medføre, at et mellemholdingselskab i praksis får svært ved at opnå den grad af indflydelse på investeringen, som skal til for at øve reel økonomisk virksomhed i forbindelse med investeringen, idet der ikke et centralt ledelsesorgan, som mellemholdingselskabets personale kan blive medlem af.

I henhold til TfS 2010, 555 udelukker Skatterådet ikke, at det er muligt for en investor at øve indflydelse på selskabets ledelse uden en bestyrelsespost, men vurderer dog at det vil være vanskeligt. Det vil således kræve, at personalet i mellemholdingselskabet deltager i møder, som i al væsentlighed minder om bestyrelsesmøder og selv her er det tvivlsomt hvorvidt kravet er opfyldt, idet den selskabsretlige ledelse trods alt fortsat varetages af direktionen alene.

Det er også muligt at forestille sig en situation, hvor et reelt mellemholdingselskab, som opfylder betingelserne for at øve reel økonomisk virksomhed i datterselskabet, ikke har tilstrækkelig mange stemmer til at sikre en bestyrelsespost og derved risikerer at blive stemt ud af de øvrige aktionærer. I denne situation vil der opstå en betydelig risiko for at de værnsreglerne bliver aktiveret og at et statusskifte sker for de ultimative aktionærer. Dette vil ofte være en betydelig risiko i tilfælde hvor der i ejerkredsen er uenighed om den langsigtede retning for driftsselskabet. I sådanne tilfælde risikerer minoritetsaktionærer ofte at blive holdt udenfor indflydelse. I henhold til bilag 41 til L202, side 25 mf. har skatteministeren redegjort for at det er aktiv deltagelse i bestyrelse og/eller direktion, som er afgørende. Den direkte konsekvens heraf må være at et statusskifte vil ske, uden at de ultimative aktionærer har mulighed for at påvirke det, såfremt mellemholdingselskabet er minoritetsaktionær i et driftsselskab og ikke har tilstrækkelige stemmerettigheder til at sikre en post i det centrale ledelsesorgan. Den eneste måde at sikre mellemholdingselskabet mod dette, vil være at tilpasse vedtægterne, sådan at mellemholdingselskabet er sikret en plads i det centrale ledelsesorgan. Tidligere kunne dette sikres gennem fleksible ejerftaler, men med opdateringen af selskabsloven i 2009, er det blevet fastslået at generalforsamlingen ikke er bundet af ejerftaler, jf. selskabsloven § 82, hvorfor forhold omkring stemmedeling mv. skal indføres i vedtægterne, jf. selskabsloven § 28. Dette er en mere formel proces, idet vedtægterne skal godkendes på en generalforsamling, jf. selskabsloven § 106 og anmeldes hos erhvervs- og selskabsstyrelsen, jf. selskabsloven § 11.

Under hensyntagen til ovenstående bør det være muligt at lave en organisation, med en række forskellige ultimative aktionærer, som alle har under 10 % ejerandel, men som gennem et mellemholdingselskab opnår ejerandel over 10 % uden at blive omfattet af værnsreglerne.

Koncernopstilling 8:



Ovenstående organisations er sammensat med udgangspunkt i en faktisk organisation. Der er 10 ejere ”E1” – ”E10”, som alle ejer deres aktier igennem et administrationsselskab, hvis eneste aktivitet er at varetage ledelsen i driftsselskaberne. Til brug herfor er ansat en direktør og en assistent i administrationsselskabet. Direktøren er også registreret som direktør i driftsselskaberne, som ikke har øvrige ledelsesmedlemmer. Administrationsselskabet vederlægges med omkostningsgodtgørelse i henhold til en ”kost-plus”⁴⁶ aftale, hvor administrationsselskabet fakturerer driftsselskaberne månedligt på baggrund af realiserede omkostninger med et fast procenttillæg. Direktøren er alene aflønnet i administrationsselskabet og ejer ikke aktier i koncernen i øvrigt.

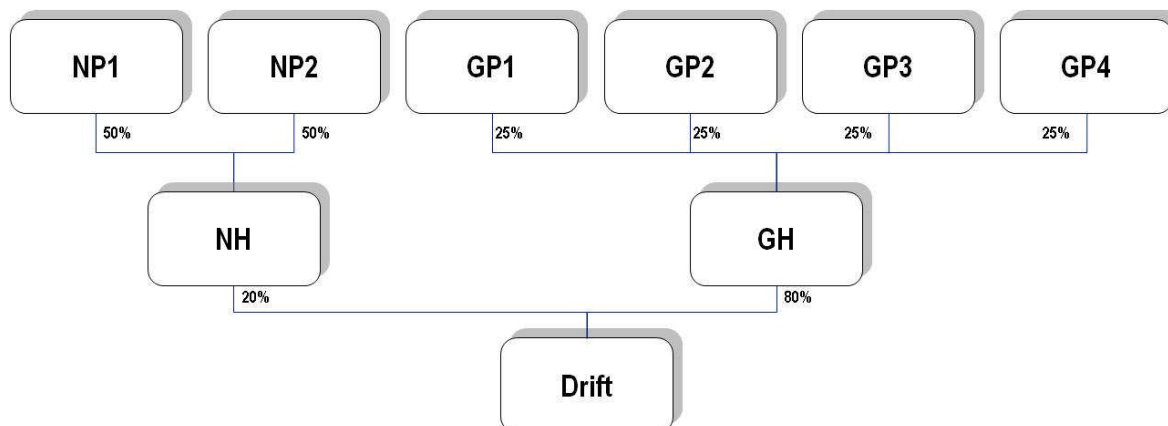
”E1” – ”E10” ejer indirekte 8 % af kapitalen i ”D1” – ”D3”, hvorfor værnsreglerne i ABL § 4a, stk. 3, nr. 3, 4 & 5 finder anvendelse. Vurderingen er således alene om værnsreglerne i ABL § 4a, stk. 3, nr. 1 og 2 er opfyldt. Da ”Adm” er stiftet med henblik på at erhverve aktier i ”D1” – ”D3” må det i henhold til TfS 2010, 825 formodes at selskabets primære aktivitet er at besidde aktier i datter- og koncernselskaber. Udgangspunktet bliver derfor at betingelsen ABL § 4a, stk. 3., nr. 1 er opfyldt

Det er dog min vurdering at betingelsen i ABL § 4a, stk. 3, nr. 2 ikke er opfyldt, idet selskabets eneste aktivitet består i, at varetage ledelsen af ”D1” – ”D3”. Værnsreglen finder derfor, efter min vurdering, ikke anvendelse i det konkrete tilfælde.

Denne koncernstruktur kan anvendes som model for den i koncernopstilling 7 nævnte struktur.

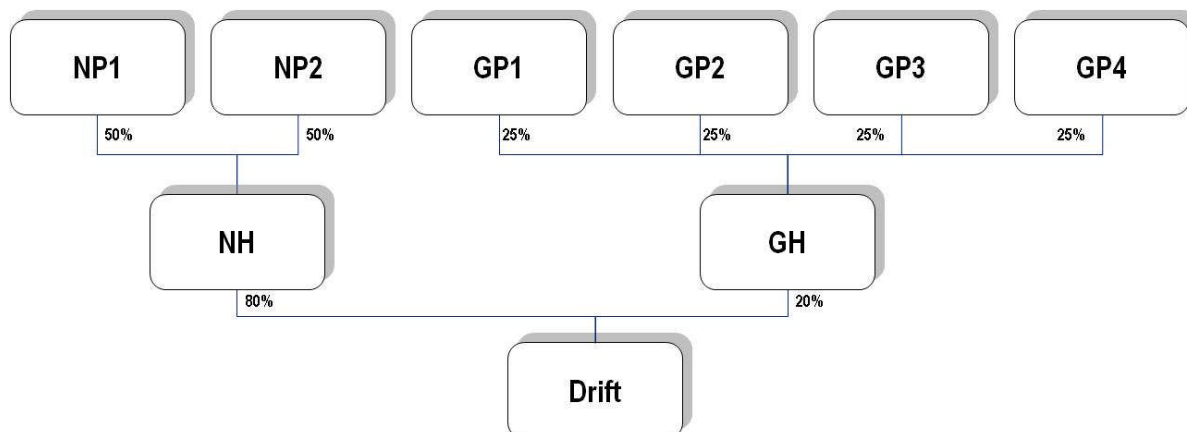
⁴⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Cost-plus_contract

Koncernopstilling 9:



I den nævnte struktur har hvert selskab de samme ejerandele som koncernopstilling 7. De nye partnere "NP1" og "NP2" stifter et nyt holdingselskab "NH" og behøver derfor ikke at købe sig ind i en pengetank, hvilket kan være en meget kapitaltung løsning, hvis egenkapitalen i "GH" indeholder tidligere udloddede midler fra "Drift". Ved at sikre at ledelsen i "Drift" varetages fra "GH", som eksempelvis lejer sig ind hos "Drift" og erhverver eget udstyr til at varetage ledelsesfunktionen, vil det være muligt at lave en organisation, som ikke bliver omfattet af værnsreglerne i takt med at flere aktier handles over fra "GH" til "NH", så koncernen endte med at være i henhold til nedenstående.

Koncernopstilling 10:



I dette tilfælde vil "GH" blive undtaget fra værnsreglen, hvis der udøves reel økonomiske aktivitet vedrørende investeringen.

6 Analyse af internationale regler

Formål

Som tidligere nævnt er et af kriterierne ved vurdering af om et selskab skal anses for at være mellemholdingsselskab, hvorvidt selskabet udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende besiddelsen. I relation hertil er der fra lovgivers side nævnt forhold, som fysiske aktiver, lokaler og ansatte. Som tidligere beskrevet, er det dog også bemærket i høringssvar til FSR, at begrebet skal fortolkes på samme måde som fortolkningen af beneficial ownership i relation til Cadbury/Schweppes dommen. Det er derfor relevant at vurdere hvordan beneficial ownership fortolkes internationalt, herunder hvilke usikkerheder der eksisterer i denne forbindelse. Jeg vil derfor i det følgende gennemgå anvendelsen af begrebet ”beneficial owner” i en række domme, artikler og analyser, med henblik på at komme med et oplæg til fortolkning af begrebet.

Begrebet retmæssig ejer

Begrebet retmæssig ejer (”beneficial owner”), som indgår i OECD’s modeloverenskomster, har været genstand for en række prøvelser ved domstolene. I kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst⁴⁷ fremgår det at begrebet ikke skal tolkes i en snæver teknisk forstand men i stedet udvidende, på en sådan måde at det kan anvendes mod konstruktioner, der alene har til formål at udnytte asymmetrier og huller i indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster ved anvendelse af 3. lande.

En række lande har ud over OECD-begrebet ”beneficial owner” eller retmæssig ejer også nationale begreber som er næsten enslydende og i et omfang dækker samme problemstilling på nationalt plan. I Danmark er eksempelvis begrebet ”rette indkomstmodtager”, som sigter mod, at en skattepligtig person skal beskattes af al den indkomst, som retmæssigt tilfalder ham⁴⁸ - og tilsvarende alene har fradrag for de omkostninger han er forpligtet til at bære, en integreret del af den danske skattejura.

De to begreber ligger tæt op ad hinanden, men hvor begrebet ”rette indkomstmodtager” fokuserer på formalia, fokuserer ”retmæssige ejer” på realia – i hvert fald i udformningen og kommentarerne til reglerne. Forskellen i vurderingen ses blandt andet i SKM2012.26.LSR, som er refereret nedenfor.

De enslydende begreber medfører dog en risiko for forveksling og fejlfortolkning, hvilket rapporten ”Progress report of subcommittee on improper use of Tax Treaties: Beneficial Ownership”⁴⁹ også bemærker. I henhold til referatet af rapporten er der behov for en yderligere afklaring af hvad begrebet ”beneficial owner” dækker over og i hvilken kontekst det skal fortolkes, herunder om det skal anses som et nationalt begreb eller

⁴⁷ OECD modeloverenskomst 2010, kommentarer til artikel 10, pkt 12

⁴⁸ Skatteretten 1, Thomson Reuters, 5. udgave, 1. oplæg, side 141, 1. afsnit

⁴⁹ http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2_Add1.pdf

et internationalt begreb. Rapporten som skal anvendes i forbindelse med udvidelse af begrebet "beneficial ownership" til andre dele af modeloverenskomsten, anfører at det vil være hensigtsmæssigt at præcisere begrebet, men hensigt til rapportens formål er det dog ikke den højeste prioritet, idet der er andre anbefalinger som vejer tungere. På nuværende tidspunkt ses fortolkningen af begrebet "beneficial owner" ikke, at være endeligt afklaret. Det er min vurdering, at en analyse af forskellene mellem begreberne "rette indkomstmodtager" og "beneficial owner" ikke er relevant for opgaven, idet reglerne alene baserer sig på fortolkningen af "beneficial owner".

I SKM2012.26.LSR er en af de seneste afgørelser vedrørende blandt andet spørgsmålene om rette indkomstmodtager og retmæssige ejer. Sagen omhandler indeholdelse af kildeskat på udbytter, som er udloddet via et cypriotisk selskab og et Bermuda selskab til et amerikansk selskab. SKAT fremførte blandt andet at det cypriotiske selskab alene var et gennemstrømningsselskab, som var indsat for at sikre at der ikke skulle indeholdes kildeskat ved betaling af udbytte direkte til Bermuda. Et af selskabets argumenter var, at juridisk gyldige transaktioner og organiseringer ikke i henhold til dansk retspraksis kan tilsidesættes, blot fordi de er skattemæssigt fordelagtige. I denne forbindelse blev henvist til 2 højesteretsdomme. Landsskatteretten vurderer, at det ikke er godtgjort at det cypriotiske selskab er retmæssige ejer af udbyttet, idet det er ubestridt at der er sket gennemstrømning og det cypriotiske selskab ikke har opfyldt de mere objektive krav til retmæssigt ejerskab, herunder ansatte og lokaler.

I relation til vurderingerne omkring indeholdelse af udbytteskat, herunder multinationale selskabers retsstilling i Danmark, er dommen interessant, fordi Landsskatteretten ved anvendelse af begrebet "rette indkomstmodtager", kommer frem til en anden konklusion end ved anvendelse af begrebet "Retmæssig ejer", samt at Landskatteretten anser det danske begreb som værende vigtigere end dobbeltbeskatningsoverenskomstens begreb. Landskatteretten giver derfor den skattepligtige medhold, i at der ikke skal ske kildeskatteindeholdelse i Danmark, idet "rette indkomstmodtager" af udbyttet er et cypriotisk selskab, hvorfor udbyttet er omfattet af den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, som giver Cypern beskatningsretten.

Det er i skrivende stund uvist om SKAT anker dommen, men idet, der er tale om at det cypriotiske selskab ikke har lokaler eller ansatte og i øvrigt sender pengene videre til sit moderselskab, er der en række objektive forhold, som efter min opfattelse ikke vil ændre på det forhold at det cypriotiske selskab ikke skal anses for udbyttets retmæssige ejer og en eventuel appelsag forventes derfor ikke at påvirke min konklusion.

I henhold til skatteministerens høringssvar til FSR, vedrørende fortolkning af værnsreglen i ABL § 4a, stk. 3, nr. 2. har skatteministeren udtalt at begrebet reel økonomisk aktivitet skal forstås i overensstemmelse med EU-domstolens udtalelse i Cadbury/Schweppes-sagen, som omhandler "beneficial ownership".

Begrebet er primært anvendt i forbindelse med vurdering af kildeskat på udbytteudlodninger, renter og royalties. Selvom skatteministeren udtaler at begrebet skal forstås i overensstemmelse EU-rettens afgrænsning af

rent kunstige arrangementer og svig. Skatteministeren uddyber kravet ved at bemærke, at selskabet skal have fysiske lokaler, personale og aktiver. Som beskrevet i TfS 2011, 905 er dette ikke eksplicit nævnt som krav i Cadbury/Schweppes-dommen, i stedet er de omtalt som betydelige argumenter for at et selskab kan være den retmæssige ejer. Ved at indføre disse argumenter afskæres holdingselskaber reelt fra at kunne anses for at være retmæssige ejere.

Idet begrebet beneficial owner anvendes i både EU-retten og OECD's modeloverenskomst samt at fortolkningen heraf er enslydende, er det min opfattelse at den Canadiske skattesag mod Prevost Car Inc⁵⁰. kan anvendes som fortolkningsbidrag. Da der er tale om en Canadisk skattesag, har den ikke nogen juridisk vægt i forhold til afklaring af EU-spørgsmål, men sagen vurderes at være interessant fordi der er tale om udlodning af udbytte fra Canada, via et hollandsk selskab til Sverige og Engelsk selskab.

Sagen kort fortalt:

Det Canadiske selskab havde indeholdt kildeskat på 5 % af beløbet i henhold til den indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Canada og Holland. De Canadiske skattemyndigheder anlagde den betragtning at det hollandske selskab ikke var den retmæssige ejer og at det Canadiske selskab derfor skulle afregne kildeskat, som om de engelske og det svenske selskab havde modtaget beløbet.

I forbindelse med afgørelsen udtalte dommeren, at den retmæssige ejer, er den som modtager udbyttet *"for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control"*⁵¹. Oversat betyder dette at den retmæssige ejer er den person, som nyder godt af udbyttet og som har risiko og kontrol med dette.

Senere bemærker dommeren, at der er indgået en ejerftale mellem aktionærerne i det Hollandske selskab og at denne ejerftale indeholder en udbyttepolitik. Ejerftalen er dog ikke bindende for det Hollandske selskab, da dette ikke er en part i aftalen. På baggrund heraf er det dommerens opfattelse at det Hollandske selskab har ret, kontrol og risici vedrørende udlodningen.

Det er min opfattelse at den Canadiske dom understreger fortolkningerne omkring gennemstrømningsselskaber, idet argumentationen omhandler muligheden for ikke at videreudlodde. Dette hænger også godt sammen med at OECD's modeloverenskomst nævner gennemstrømningsselskaber som eksempler på selskaber, der ikke normalt vil kunne anses som retmæssige ejere, idet de normalt er indsat med henblik på at udnytte asymmetrier i skatteregler og dobbeltbeskatningsoverenskomster.

⁵⁰ <http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>

⁵¹ <http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>, punkt 13

I relation til EU-retten har EU-domstolen i forbindelse med Cadbury/Schweppes sagen udtalt at EU-retten ikke er til hinder for at de enkelte medlemslande laver regler og værn mod misbrug ved rent kunstige arrangementer.

EU-retten har til formål at sikre, at selskaber har etableringsfrihed indenfor EU⁵². Idet de enkelte medlemslande fortsat har en række forskelle i deres lovgivning, kan det være forbundet med fordele og ulemper at være etableret i et bestemt land.

Hensigten vedrørende de specifikke kriterier vedrørende reel økonomisk aktivitet har været at gøre vurderingen mere objektiv. Det har dog medført at en række selskaber ikke længere skal anses for at være reelle, på trods af at der kan være gode økonomiske grunde til, at organisationen er sammensat på den pågældende måde. De bedste eksempler er holdingselskaber, som nu er i risikozonen for at blive anset for at være rent kunstige arrangementer.

Det interessante i den forbindelse er at kriterierne om lokaler og ansatte giver god mening, når det kommer til kunstige arrangementer i andre EU-lande, mens de i mange tilfælde vil give mindre mening i forhold til vurderingen om et holdingselskab er et udtryk for et kunstigt arrangement. Dette hænger sammen med at kriterier om lokaler og ansatte i et driftsselskab, der prøver at udnytte reglerne i et andet EU-land, vil medføre at det pågældende EU-land vil blive tilgodeset af de fysiske rammer for selskabet. Det vil således være en synergi for både selskab og nation, idet selskabet får adgang til et marked og eventuelt nogle favorable vilkår, mens nationen får arbejdspladser og økonomisk aktivitet.

Rene holdingselskaber er karakteriseret ved at være selskabet uden en stor administrativ organisation, idet de alene skal samle en række juridiske enheder. Hensigten med holdingselskaber vil normalt være at samle en koncern eller delkoncern organisationsmæssigt, at fremskaffe og formidle finansiering eller at foretage formuepleje. Til brug for dette er der normalt ikke behov for fastansatte, idet mængden af transaktioner normalt vil være begrænset. Normale transaktioner er i den forbindelse udbetaling af udbytter, kapitalforhøjelser og andre tilskud, samt optagelse og afdrag på lån. Typisk vil sådanne transaktioner være noget der sker få gange om året. At stille betingelser om at sådanne selskaber skal have ansatte medfører derfor en betydelig og ofte unødigt omkostning, som ikke baserer sig på økonomiske forhold.

Det kan så diskuteres, hvorfor selskaber oprettes i andre lande end de driftsselskaber, som de ejer aktier i. Der kan være forskellige årsager hertil, herunder selskabsretlige forhold omkring hvor det er lettest at etablere og opretholde selskaber, historiske forhold omkring hvor det første driftsselskab blev etableret, markeds-mæssige eller organisatoriske forhold hvor selskaberne samles i klynger af ens markeder mv., finansierings-mæssige forhold omkring hvor adgangen til kapital er bedst, samt tilsvarende forhold.

⁵² <http://www.startvaekst.dk/frietableringeu>

I henhold til dansk retspraksis siden 2004, hvor højesteret afsagde dom i Johnson Holding-sagen⁵³, har holdingselskaber skatteretligt været erhvervsdrivende. Tilsvarende har det været gennem en række domme, herunder TfS 1997, 506 H, været fastslået, at afkastet skal beskattes ved ejeren af det tilhørende aktiv. Begge forhold er i direkte modstrid med mellemholdingreglerne. Årsagen til at reglerne er indført må derfor være, at det fra skatteministeriets side, er vurderet at muligheden for lovformeligt at omgå skattereglerne ved etablering af holdingselskaber, er for let tilgængelig. Skatteministeren har i bilag 41 til L202 udtalt at værnsreglerne skal tolkes i overensstemmelse med EU-reglerne om rent kunstige arrangementer, hvilket efter hans opfattelse medfører krav om ansatte, lokaler og driftsmidler. Et synspunkt som skatterådet tiltræder i en række udtalelser og bindende svar.

Det er min vurdering, at reglerne om rent kunstige arrangementer, som tidligere nævnt, er indført for at sikre, at selskaber med større grad af aktivitet, er i stand til at udnytte, men også gavne flere EU-lande. Efter min opfattelse vil holdingselskaber i alle tilfælde få svært ved at opfylde objektive kriterier for aktivitetsniveauer, hvorfor det er et vægtigt og omkostningsfyldt krav at indføre. Ikke desto mindre er det min vurdering på baggrund af udtalelserne fra EU-domstolen, skatteministeren og skatterådet, at personale og lokaler mv. nu vil være et krav til holdingselskaber.

Da der, som tidligere nævnt, normalt ikke er ret meget arbejde forbundet med at administrere et holdingselskab, er det i flere tilfælde set at ledelsen i holdingselskabet og driftsselskabet er gennemgående og i en række tilfælde også er sammenfaldende med den ultimative aktionærgruppe i større eller mindre omfang. I TfS 2010, 825 vurderer skatterådet, at det ikke er nok, at et holdingselskab ledes af de ultimative ejere, som er ulønnede, og har adresse hos en af disse. På baggrund af TfS 2011, 206 er ses det dog, at vurderingen i TfS 2010, 825 lægger meget vægt på at direktørerne er ulønnede og at holdingselskabet har adresse hos ejerne. Det kan dog på baggrund af TfS 2010, 281 konkluderes, at skatterådet lægger vægt på at holdingselskabets sekretariatsfunktion ikke ligger hos nogle af datterselskaberne. Det interessante i den bemærkning er, at selskabet gerne må benytte sig af indlejede sekretærer, når bare de ikke kommer fra datterselskaber. Der ses ikke at være noget skattemæssigt belæg for den begrænsning af selskabernes organisationsfrihed, idet der trods alt er tale om en sekretariatsfunktion og ikke en ledelsesmæssig funktion. Dette skal dog ikke diskuteres nærmere her.

For at sammenfatte, er det min opfattelse at begrebet beneficial ownership har en kvalitativ karakter, som gør at det er forbundet med stort besvær at lave generelle regler og retningslinjer. Det er min opfattelse, at begrebet skal vurderes fra sag til sag, både ved at se på forhold som eksistensen af ansatte, lokaler og lignende, men også ved at vurdere om sådanne kriterier i det hele taget er relevante for den pågældende selskabstype.

⁵³ TfS 2004.542H

Når det er fremført er jeg opmærksom på behovet for at der er objektive regler, for at sikre en ensartethed i sagsbehandling og bedømmelse. Jeg er ligeledes opmærksom på, at skatteministeren og skatterådet tillægger de fysiske omstændigheder stor vægt, hvilket medfører at der er en betydelig risiko for at SKAT vil søge at underkende alle holdingselskaber, som ikke lever op til disse objektive betingelser.

Et eksempel herpå kan ses i den såkaldte ”ISS”-dom, som er refereret i SU 2012, 104. Skattemyndighedernes påstand var, at der skulle svares kildeskat på det udbytte, som i 2005 blev udbetalt til et Luxembourg-selskab, idet skattemyndighederne anførte at de retmæssige ejer var bagvedliggende selskaber. Landsretten kom frem til at der ikke var pligt til at indeholde kildeskat, idet udbytteerne reelt ikke blev kanaliseret videre til de ultimative aktionærer, men i stedet blev lån tilbage til udlodder. Det var derfor landsrettens opfattelse, at de ultimative aktionærer ikke havde udøvet en større grad af kontrol end var normalt for koncernselskaber, hvorved den retmæssige ejer reelt var det udbyttemodtagende selskab.

Moder-/datterselskabsdirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) har siden indførelsen været en integreret del af den danske skatteret og dele af direktivets artikler og formål indgår i den danske skattelovgivning, herunder i de nye regler omkring datterselskabsaktier.

I den danske oversættelse af direktivet fremgår⁵⁴:

Artikel 2, stk. 1:

1. Ved udtrykket »selskab i en medlemsstat« forstås i dette direktiv ethvert selskab:

- a) der er organiseret i en af de former, der er anført i bilaget til dette direktiv*
- b) som ifølge skattelovgivningen i en medlemsstat anses for at være skattemæssigt hjemmehørende i denne stat, og som i henhold til en overenskomst om dobbeltbeskatning med et tredjeland ikke anses for at være hjemmehørende uden for Fællesskabet*
- c) som desuden uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af en af følgende former for skat:*
 - impôt des sociétés i Belgien*
 - selskabsskat i Danmark*
 - Körperschaftsteuer i Tyskland...”*

⁵⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1990L0435:20070101:DA:PDF>

I artikel 2 er defineret de selskaber i de enkelte medlemslande, som er omfattet af reglerne. I bilaget til direktivet fremgår følgende danske selskaber, som værende omfattet:

”de selskaber, der i dansk ret benævnes »aktieselskab« og »anpartsselskab«. Andre selskaber, der er skattepligtige i henhold til selskabsskatteloven, forudsat at deres skattepligtige indkomst beregnes og beskattes i henhold til de almindelige skatteregler, der gælder for »aktieselskaber«”

Moder/datterselskabsdirektivet finder derfor som udgangspunkt anvendelse på alle danske aktie- og anparts-selskaber.

Artikel 3, stk. 1:

”1. I dette direktiv

a) betegnes som moderselskab mindst ethvert selskab i en medlemsstat, der opfylder betingelserne i artikel 2, og som har en andel i kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, der opfylder de samme betingelser, på mindst 20 %.

Som moderselskab betegnes også på samme betingelser et selskab i en medlemsstat, som har en andel i kapitalen i et selskab i samme medlemsstat på mindst 20 %, der helt eller delvis besiddes af først-nævnte selskabs faste driftssted beliggende i en anden medlemsstat.

Fra den 1. januar 2007 skal minimumsandelen i kapitalen i et selskab være 15 %.

Fra den 1. januar 2009 skal minimumsandelen i kapitalen i et selskab være 10 %

b) forstås ved datterselskab et selskab, i hvis kapital et andet selskab har den i litra a) nævnte andel.”

Artikel 3 medfører, at selskaber, der i 2012 ejer mere end 10 % af virksomhedskapitalen i andre selskaber, skal anses for at være moderselskaber i relation til direktivet og tilsvarende, at selskaber, hvori andre selskaber besidder 10 % af aktiekapitalen, skal anses for at være datterselskaber i relation til direktivet. Fordelene ved at være omfattet af Moder/datterselskabsdirektivet fremgår af artikel 4:

Artikel 4, stk. 1:

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

- *enten undlade at beskatte dette overskud, eller*

- *beskatte dette overskud, men give moderselskabet og det faste driftssted tilladelse til fra det skyldige skattebeløb at trække den del af den af datterselskabet og ethvert datterselskab på lavere niveau betalte selskabsskat, der vedrører dette overskud, op til det tilsvarende skyldige skattebeløb, på den betingelse, at hvert selskab og dets datterselskab på lavere niveau opfylder kravene i artikel 2 og 3 på ethvert niveau.”*

I artikel 4 er bestemt, at udbytter mellem datterselskaber og disses moderselskaber skal være skattefri.

Idet der er tale om et EU-direktiv, som de enkelte lande skal efterkomme i deres nationale lovgivning, har direktivet haft en indflydelse på den danske skattelovgivning. Dels har direktivet ordlyd om skattefrie udbytter mellem datter og moderselskaber medført at grundlaget for opkrævning af udbytteskat er reduceret og dels har direktivet medført, at det ikke har været muligt at beskatte udbytter af næringsaktiver, hvis ejerandelene oversteg 10 %.

7 Transparens vedrørende aktieavancer og udbytter

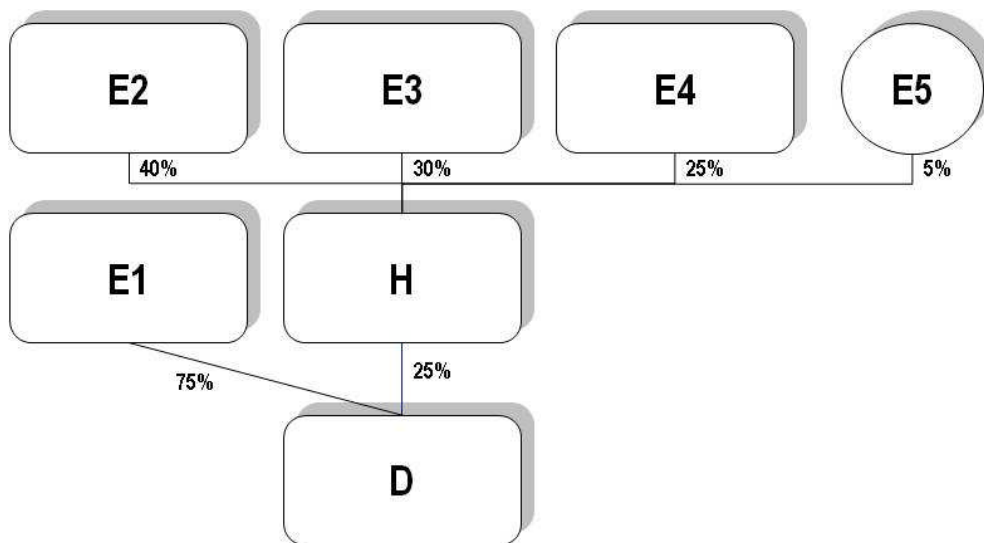
Formål

Formålet med det følgende afsnit er at analysere de skatteretlige og selskabsretlige konsekvenser af, at et selskab anses for at være mellemholdingselskab i henhold til ABL § 4a, stk. 3.

De praktiske omstændigheder

Såfremt et selskab bliver anset for at være et mellemholdingselskab, som skal begrænses i henhold til ABL § 4a, stk. 3., vil det påvirke dels mellemholdingselskabet, dels de aktionærer, som nu skal anses for at være direkte ejere af datterselskabet og dels det underliggende datterselskab. Til at illustrere dette kan følgende koncernopstilling anvendes:

Koncernopstilling 11



Koncernen er kendetegnet ved at der er et unoteret driftsselskab, som er ejet 75 % af et noteret selskab og 25 % af et mellemholdingselskab, som igen er ejet af 4 aktionærer. Af de 4 aktionærer er den ene en person og de øvrige tre er selskaber, hvoraf den ene indirekte besidder 10 % af kapitalen i "D".

"H" er et tomt unoteret selskab, som alene besidder kapitalandele i "D". "H" har ingen ansatte, ingen lokaler og intet udstyr. I henhold til ABL § 4a, stk. 3 skal de ultimative ejere af "H" derfor anses for at eje aktierne i "D" direkte. Dette medfører følgende skattemæssige koncern:

- E2: Selskabet ejer indirekte 10 % af kapitalen i "D", hvorfor aktiebesiddelsen er en skattefri daterselskabsaktie.
- E3 & E4: Selskaberne ejer indirekte henholdsvis 7,5 % og 6,25 % af "D", hvorfor aktiebesiddelsen er en skattepligtig porteføljeaktie.
- E5: Personen ejer indirekte 1,25 % af aktierne i "D", hvilket dog er af mindre betydning, idet personer altid er skattepligtige af deres aktiebesiddelser i unoterede aktier.

7.1 Udbytte

Nu bliver det i "D" vedtaget at udlodde 4.000.000 kr. i udbytte. Andelen til "H" udgør 1.000.000 kr. som selskabsretligt blive betragtet som en udbytteudlodning til "H", mens den skatteretligt vil blive anset for at være udbytte til de ultimative aktionærer.

I henhold til kildeskatteloven § 65, stk. 1 & 4, skal der indeholdes udbytteskat med 27 % af det udbytte selskabet udlodder, som medgår ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for modtageren. Såfremt modtageren er et selskab, kan udlodderen dog nøjes med at indeholde 25 % udbytteskat jf. KL § 65, stk. 7.

Dette medfører, at ledelsen har pligt til at sikre sig kendskab til den overliggende aktionærstruktur, med henblik på at identificere eventuelle overliggende mellemholdingselskaber, idet det udloddende selskab skal indeholde udbytteskat på vegne af nogle eller alle mellemholdingselskabernes aktionærer.

Da aktieavancebeskatningslovens § 4a, stk. 3 ikke omfatter personer, medfører det i ovenstående tilfælde at "H" skal indeholde 25 % udbytteskat på vegne af "E3" og "E4", mens der ikke skal indeholdes udbytteskat på vegne af "E2" og "E5". Den samlede udbytteskat der skal indeholdes kan derfor opgøres som følger:

	Udbytte kr.	Udbytteskat kr.
"E2", udbytteskat 0 % af 40 % af 1.000.000	400.000	0
"E3", udbytteskat 25 % af 30 % af 1.000.000	300.000	75.000
"E4", udbytteskat 25 % af 25 % af 1.000.000	250.000	62.500
I alt	950.000	137.500
"E5", personlig aktionær og derfor ikke omfattet af reglerne	50.000	0
I alt	1.000.000	137.500

Dette betyder, at "H" modtager det udloddede nettoudbytte på 862.500 kr. samt tilgodehavender på 75.000 kr. hos "E3", 62.500 kr. hos "E4". I henhold til ABL § 4a, stk. 6 er "E3" og "E4" forpligtet til at indbetale den tilbageholdte udbytteskat til "H", således at "E2" og "E5" ikke begrænses i det udbytte, som selskabet kan få udbetalt fra "H".

Selskabsretligt og økonomisk medfører udlodningen derfor som udgangspunkt ikke et økonomisk tab, men blot at det modtagende selskab får en blanding af likvider og tilgodehavender. Da de ultimative aktionærer er forpligtet til at indbetale et beløb svarende til den for dem indeholdte udbytteskat, vil det modtagende selskab i teorien blive godtgjort i et sådant omfang, at det kan videreudlodde udbyttet.

Der er dog situationer hvor den forskellige skattemæssige og selskabsretlige behandling giver anledning til problemer. Dette er blandt andet i tilfælde, hvor en af de ultimative aktionærer er nødlidende. I ovenstående koncern er det let at forestille sig at eksempelvis "E3" er nødlidende og derfor ikke i stand til at indfri sine forpligtelser i henhold til ABL § 4a, stk. 6. Dette vil medføre, at "H" bliver nødt til at tage et tab på den fordring på "E3", som er opstået i forbindelse med udlodningen fra "D". Dette tab medfører i alt andet lige, at "H" ikke er i stand til at udlodde mere end 925.000 kr. som skal fordeles mellem de forskellige aktionærer. Dette betyder at "E2", "E4" og "E5" kommer til at tage et tab, som følge af at "E3" er i økonomiske problemer, men uden at "E2", "E4" og "E5" har haft reel mulighed for at forhindre dette tab.

Tabet forudsætter naturligvis, at "E3"s økonomiske problemer er af en størrelse hvor bruttoudbyttet, ikke er tilstrækkeligt til at dække det økonomiske hul inklusive den forfaldne udbytteskat. Dette kan eksempelvis

være tilfældet hvis selskabet har et usikret banklån på 500.000 kr. og realiserbare aktiver for under 200.000 kr. I et sådant tilfælde kan selskabet ikke tilbagebetale den fulde skat til ”H”, selvom loven tilsiger at det har en forpligtelse hertil.

Yderligere medfører den gældende praksis, at det modtagende selskab risikerer at anses for at have ydet et ulovligt aktionærlån til de aktionærer, der er indeholdt udbytte på baggrund af. Dette hænger sammen med, at der i selskabslovens § 210 er et forbud mod aktionærlån, med mindre der er tale om selvfinansiering, hvilket ikke kan siges at være tilfældet i den nærværende situation, idet selvfinansiering er den situation, hvor et handlet selskab låner sin nye moder midler til at gennemføre overtagelsen, jf. Selskabslovens § 206, stk. 2.

Skatteministeren har i forbindelse med indførelsen af kravet om tilbagebetaling i ABL § 4a, stk. 6 udtalt, at han ikke anser reglerne i aktieavancebeskatningsloven for at være i strid med selskabslovens regler om aktionærlån. Skatteministeren henviser ved samme lejlighed til, at man i sambeskattede selskaber har tilsvarende situationer i forbindelse med afregning af selskabsskat.⁵⁵

Det er min opfattelse at denne argumentation ikke er fyldestgørende, idet der ikke er tale om sammenlignelige situationer. For det første medfører reglerne om sambeskatning, på nuværende tidspunkt, at de sambeskattede selskaber alene hæfter for deres egen skat, indtil skatten afregnes overfor administrationsselskabet, jf. SEL § 31, stk. 4. På denne måde vil uafregnet skat ikke være et udtryk for koncernintern gæld, men i stedet gæld til SKAT.

For at et aktionærlån kan opstå i forbindelse med sambeskatning er det en forudsætning, at et datterselskab har et tilgodehavende sambeskatningsbidrag. Dette kan alene opstå ved at datterselskabets andel af den samlede sambeskatningsindkomst er lavere end de bidrag datterselskabet har lavet til de samlede acontoskattebetalinger for sambeskatningskredsen.

I forbindelse med afregning af sambeskatningen er selskaberne forpligtet til at overføre pengene til administrationsselskabet ligesom administrationsselskabet er forpligtet til at overføre et beløb svarende til værdien af udnyttede skattemæssige underskud, til de relevante selskaber jf. SEL § 31, stk. 6, med mindre at der i sambeskatningen er et andet selskab med positiv skattepligtig indkomst som overtager denne betalingsforpligtelse og som samtidig er i stand til at yde skattefri tilskud til underskudsselskabet.

Såfremt pengene ikke overføres er der på nuværende tidspunkt ikke juridisk grundlag for at opkræve den forfaldne skat hos andre end det selskab, som har optjent den skattepligtige indkomst og på baggrund heraf er der ikke risiko for, at en aktionærlånsituation opstår.

⁵⁵ Bilag 34 til L 84, 2009/10, side 2

Yderligere er der i selskabslovens § 210, stk. 2., en undtagelse for lån til moderselskaber, som sammen med reglen i selskabsskattelovens § 31, stk. 4, om at det er det øverste danske moderselskab, som er administrativt selskab, medfører at sambeskatningsbidraget ikke kan blive omfattet af selskabslovens aktionærlånsregler.

Det er derfor min opfattelse, at skatteministerens eksempel ikke er velvalgt. Ydermere er det min vurdering, at den eneste begrundelse for ikke at anse udbytteskatten for et ulovligt aktionærlån, at ledelsen i det modtagende selskab ikke har en reel chance for at påvirke forholdet. De vil således ifalde ansvar for et forhold, som de reelt ikke har mulighed for at påvirke.

7.2 Avance

I det tilfælde at et mellemholdningselskab afhænder aktier i et driftsselskab, kan der opstå en avance til beskatning. I dette tilfælde skal skatten af denne avance medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i de ultimative moderselskaber på samme vilkår som, hvis aktierne havde været ejet direkte.

For at holde det sammenligneligt, har jeg valgt at videreføre eksemplet fra udbyttegennemgangen.

Såfremt mellemholdingselskabet i dette tilfælde sælger datterselskabet med en avance på 1.000.000 kr., vil det medføre at de ultimative aktionærer skal anses for at have afstået en aktiebesiddelse.

	Avance kr.	betalt skat i "H" kr.
"E2", avance 40 % af 1.000.000	400.000	0
"E3", avance 30 % af 1.000.000	300.000	0
"E4", avance 25 % af 1.000.000	250.000	0
I alt	950.000	0
"E5", personlig aktionær og derfor ikke omfattet af reglerne	50.000	0
I alt	1.000.000	0

Da der ikke er kildeskat på aktieavancer medfører dette at ”H” alt andet lige får 1.000.000 kr., som kan videreloddes til aktionærerne. Denne avance skal beskattes hos de enkelte aktionærer i henhold til de principper som er gældende for den enkelte aktionærs fortjenester ved salg af aktier i unoterede selskaber. Dette betyder, at skatten bliver følgende:

	Skat kr.
”E2”, skat 0 % af 400.000	0
”E3”, skat 25 % af 300.000	75.000
”E4”, skat 25 % af 250.000	62.500
”E5”, skat 0 % af 50.000	0
I alt	<u>137.500</u>

Idet aktieavancer og udbytter behandles ens, hvilket var et af formålene med ændringen af aktieavancebeskatningsloven, bliver skatten til betaling også ens. Da der som nævnt tidligere ikke er kildeskat på aktieavancer betyder ovenstående, at det er op til den enkelte aktionær, at fremskaffe midlerne til at betale den aktuelle skat. Forpligtelsen påhviler ikke ”H”.

Alt andet lige vil det være en fordel for alle parter at kunne konvertere udbytter til aktieavancer for på den måde at sikre at beskattningen ikke medfører krav om indeholdelse af kildeskat i ”D” og dermed den ovennævnte risiko for at eventuelle aktionærer som er økonomiske problemer, kommer til at påføre de øvrige aktionærer tab.

Overordnet set fremrykker de nye regler beskatningstidspunktet, idet der skal indeholdes beskatning sker på tidspunktet hvor mellemholdingselskabet realiserer en avance i form af enten udbytte eller kursgevinst på aktier.

Ud over at fremrykke beskatningstidspunktet er der dog en risiko for at reglerne medfører en yderligere skattemæssig problemstilling for de ultimative aktionærer, som risikerer at realisere en aktieavance og et fremførbart aktietab. Dette kan illustreres ved følgende situation, som stadig baserer sig på ovenstående struktur:

”H” sælger aktierne i ”D” med en avance på 1.000.000 kr., som beskattes hos de ultimative aktionærer i henhold til ovenstående opgørelse. Avancen udloddes ikke fra ”H”. Da reglerne i ABL 4a, stk. 3. alene omfatter juridiske personer, som kan modtage skattefrit udbytte gennem deres direkte ejerandel, har den værdiforøgelse på 1.000.000 kr. ikke nogen skattemæssig konsekvens for ejerne. Hvis ”H” efterfølgende taber penge, eksempelvis for at servicere gæld ved købet, så vil dette tab ikke være fradragsberettiget for aktionærerne og de vil således skulle beskattes af en avance de reelt aldrig får.

8 Relevante konstruktioner

Formål

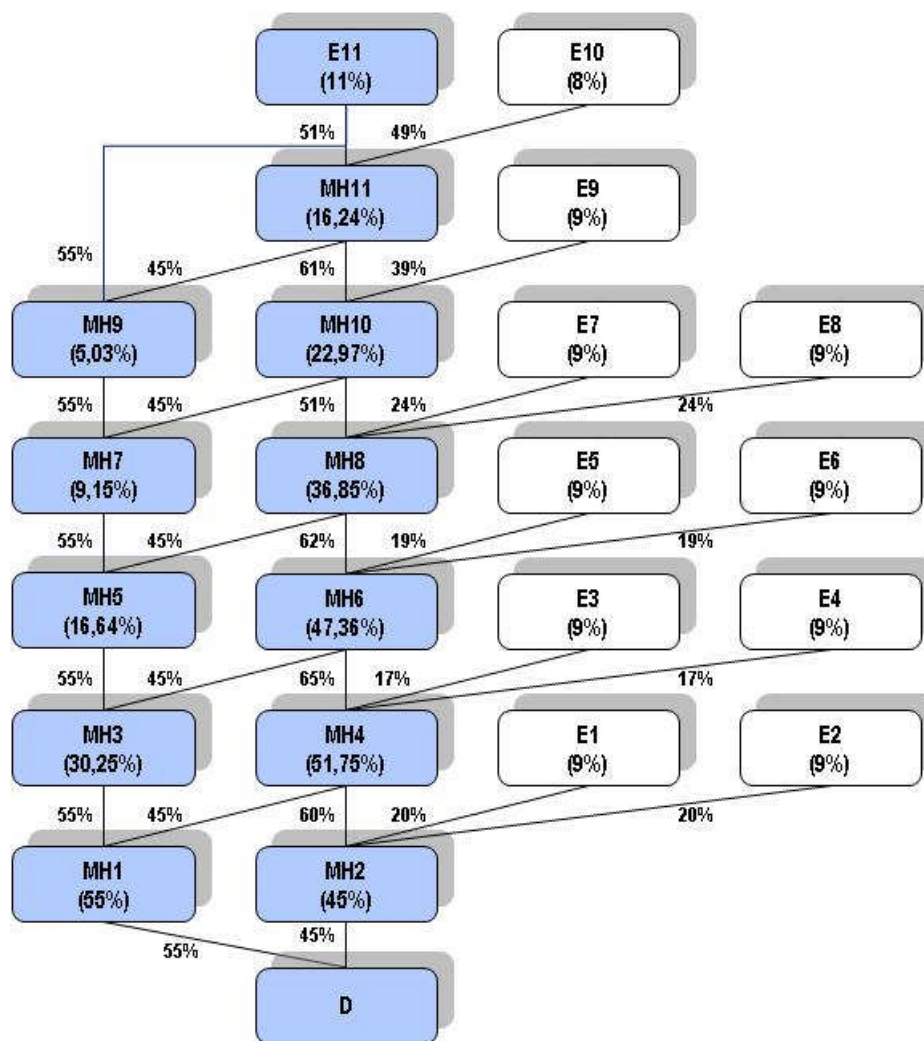
Formålet med det følgende afsnit er at analysere udvalgte den skattemæssige konsekvens af udvalgte konstruktioner, herunder en vurdering af hensigtsmæssigheden i et forretningsmæssigt perspektiv.

Anvendelse af superaktionærer

I henhold til ABL § 3B skal aktier, som ejes selskaber som er eller kan sambeskattes, anses for at være koncernselskabsaktier, hvilket medfører at gevinster og udbytter er skattefri, mens tab ikke er fradragsberettigede.

I henhold til ABL § 3A, stk. 3, nr. 5 er det for at et selskab kan anses for at være mellemholdingselskab, en betingelse at mere end 50 % af kapitalen i mellemholdingselskabet er ejet af selskaber, som ikke ville kunne modtage udbytte ved direkte ejerskab af driftsselskabet.

I ABL § 3B, stk. 2 fremgår, at der gælder en tilsvarende værnsregel for koncernselskabsaktier som for datterselskabsaktier. Dette betyder, at det ikke umiddelbart er muligt at lave strukturer, hvor alle aktionærer har samme indflydelse og modtager samme udbytte og samtidig alle har under 10 % ejerandel. For at det kan lade sig gøre, vil det være en forudsætning at en ultimativ selskabsaktionær indirekte har mindst 10 % af den samlede kapital i driftsselskabet. På den måde vil det være muligt, ved hjælp af reglerne om superaktionærer, at strukturere sig ud af skattepligten ved eksempelvis at etablere en koncernstruktur som nedenstående i koncernopstilling 12:



Ovenstående koncern, som efter min opfattelse primært vil forekomme på det teoretiske plan, er karakteriseret ved, at der flere niveauer og at der på hvert niveau er en række minoritetsaktionærer, som har 9 % af driftsselskabet. For at opnå dette har det været nødvendigt at etablere to parallelle stammer, som løbende fletter sammen og sikrer at der er tilstrækkelige aktier til at give minoritetsaktionærerne 9 %. De ”blå” selskaber er sambeskattede og derfor omfattet af reglerne om koncernselskabsaktier. Såfremt E11 havde været ejet af 2 selskaber og dermed i sig selv havde været et mellemholdingselskab, så ville den samlede struktur blive skattepligtig idet der ikke længere ville være nogen superaktionær til at sikre skattefriheden.

For at en sådan struktur er hensigtsmæssig, vil det være et krav at de økonomiske gevinster ved gennemførelsen er betydelige. Dette vil eksempelvis sjældent være tilfældet i mindre koncerner, hvor der er eksempelvis 20 ligeværdige ejere og et samlet overskud i driftsselskabet på 100.000 kr., idet antallet af selskaber, som hver især medfører omkostninger, vil medføre større samlede omkostninger end den skattemæssige besparelse dækker.

I ovenstående tilfælde er der 11 ejere, som skal bruge 11 mellemholdingselskaber for at omklassificere udbyttet fra skattepligtige porteføljeaktier til skattefri datterselskabsaktier.

Idet det er hensigten at selskaberne skal være helt tomme, vil jeg umiddelbart anslå de årlige omkostninger til administration og udarbejdelse af regnskab mv. til at være i niveauet 5.000 kr. pr. mellemholdingselskab. Niveauet er fastlagt med udgangspunkt i at et selskab med op til 100 bilag vil koste ca. 10.000 ex. moms⁵⁶. Henset til at selskaberne er ens og uden anden aktivitet og at der bør være en grad af effektivisering, forventes omkostningen at kunne presses ned på 5.000 kr.

Idet selskaberne er sambeskattede med D, vil omkostningerne efter skat være 3.750 kr. pr. selskab svarende til 41.250 kr. I denne forbindelse ses bort fra de af ejerens holdingselskaber, som ikke indgår i sambeskattningen, idet deres administrative omkostninger ikke ændres ved den pågældende struktur.

Forskellene ved udbetaling kan skitseres som følger:

	Datter- Portefølje- aktier kr.	selskabs- aktier kr.
Overskud i D	100.000	100.000
Udbytteskat ved udlodning fra D	(25.000)	0
Nettoudbytte	75.000	100.000
Omkostninger ved koncernstruktur	0	(41.250)
Koncernoverskud til udlodning	75.000	58.750

Da den varierende faktor ovenfor er omkostningerne til henholdsvis skat og administration, vil en vurdering af hvilke strukturer, som på langt sigt er billigst, være styret af hvilken af de to omkostninger, der er størst. Idet skatten afhænger af indtjeningen mens administrationsomkostningerne er faste, vil det være muligt at beregne hvornår anvendelse af reglerne om porteføljeaktier er en mindre ulempe end omkonverteringen til datterselskabsaktier. Break-even kan beregnes ved omkostningen til administration divideres med 25 %, hvilket medfører et overskud i D på 165.000 kr.

Ovenstående eksempel skal alene illustrere, at det ikke i alle tilfælde vil være en fordel, at strukturere sig skattemæssigt "billigst" idet en billig løsning kan medføre andre og dyrere omkostninger. Efter min vurdering er det en pointe, som er vigtig at have med i vurderingen af den samlede koncernstruktur, men vurderingen afhænger dog også af en konkret vurdering, af hvorvidt struktureringen kan blive hensigtsmæssig på sigt

⁵⁶ www.in-revision.dk/priser.php

eller kan medføre andre fordele. Det første kan være relevant i selskaber som vokser hurtigt, men ellers vil det normalt bedre kunne betale sig at vente til strukturen er mere aktuel. Dette hænger også sammen med, at en række af mulighederne for efterfølgende at etablere en sådan struktur, omfatter udnyttelse af reglerne om skattefri omstruktureringer, herunder aktieombytninger, spaltninger og tilførsel af aktiver. I en række af disse tilfælde er der holdingkrav, som medfører at aktierne skal være ejet af det modtagende selskab i minimum 3 år, for at hele transaktionen ikke skal anses for at være skattepligtig. Reglerne vil ikke blive gennemgået nærmere her, men er blot medtaget for at belyse det tidsmæssige aspekt i omstruktureringerne.

En struktur svarende til ovenstående vil kunne bruges i mange partnerledede selskaber. Typiske partnerledede selskaber er de såkaldte liberale erhverv, som omfatter revisorer, advokater, arkitekter, reklamebureauer og lignende. Disse virksomheder er normalt kendetegnet ved en høj indtjening per partner også fordi det ofte vil være en forudsætning for partneroptagelse, at den pågældende person har bevist at han eller hun kan skabe forretning⁵⁷. Det er derfor min umiddelbare forventning, at en koncern med 11 partnere har en større indtjening eller alternativt skærer i partnerstaben.

Som alternativ til ovenstående struktur, er der mulighed for anvendelse af partnerselskabsformen. Dette medfører dog en række andre problemstillinger, idet partnerselskaber er skattemæssigt transparente og det derfor kan medføre udfordringer i forbindelse med salg af virksomheden samt køb af andre selskaber.

Det er min vurdering, at ovenstående koncernstruktur nok er en sjældenhed. Når dette er sagt er det dog min opfattelse, at de fleste koncerner indeholder elementer heraf, blandt andet i form af aktionærer som indirekte ejer mere og mindre end 10 % af aktierne i driftsselskabet. I sådanne tilfælde er det min opfattelse, at de mindre aktionærer ofte består af indtrædende og udtrædende partnere samt finansieringskilder. Finansieringskilderne vil ofte være eksterne investorer i form af eksempelvis ”business angels”⁵⁸.

Investorerne vil ofte indskyde kapitalen ved kontante kapitalforhøjelser for at mindske risikoen for at selskabet lider rentedøden. Den eksterne investor vil forvente et afkast, og der vil derfor være en del af den eksterne investors samlede vurdering, om investeringens afkast skal beskattes eller kan modtages skattefrit. Alt andet lige vil de eksterne investorer blive mindre tilbøjelige til at foretage små investeringer, hvis afkastet overgår til at være skattepligtigt.

En af de væsentlige forudsætninger for succes er at motivationen er der⁵⁹. Motivation kan være mange ting og penge er normalt ikke anset for at være en god motivationsfaktor. Det betyder dog ikke at det ejerskab og den motivation, som mange iværksættere har overfor deres virksomhed reduceres i samme omfang som investoren opnår juridisk ejerskab.

⁵⁷ <http://www.kromannreumert.com/da-DK/Karriere/Advokat/Karriereveje/Pages/advokatkarrierevejeassocieret.aspx>

⁵⁸ <http://ivaekst.dk/vaekst/3/5/0/3/business-angels>

⁵⁹ <http://www.startvaekst.dk/succes>

Der er derfor modstridende interesser mellem iværksætteren og investoren. Dette er ikke noget nyt, men skattereglerne forstærker modsætningerne, hvilket medfører at der kan være større udfordringer med at indgå de nødvendige aftaler, hvilket igen reducerer virksomhedernes muligheder for at opnå den nødvendige kapital.

Problemstillingen er aktualiseret efter at ejertidsreglerne fra den gamle aktieavancebeskatningslov er fjernet og erstattet af et krav om en konkret ejerandel. Tidligere var det underordnet hvor stor ejerandelen var, så længe der var tale om en investering som blev holdt i mere end 3 år. Nu er der i stedet krav om at investeringen mindst udgør 10 % af kapitalen i driftsselskabet og alternativt skal der indsættes selskaber, som sikrer at 10 % kravet opfyldes uden at værnsreglerne i ABL § 3A træder i kraft. Dette kan medføre udfordringer for investorselskabet, der enten skal af med flere penge end tiltænkt, idet en investering der tidligere havde været på fx 5 % og som nu skal være 10 % alt andet lige dyrere. Om den skal være dobbelt så dyr er tvivlsomt, idet en del af pengene reelt er et lån, som ikke skal forrentes, men der må også forventes at være et aspekt af købesum i forhøjelsen og denne andel må blive dobbelt så stor når ejerandelen fordobles. Et forhold som i sig selv kan sprænge investeringsrammen og derfor få investor til at trække sig fra handlen.

Såfremt investor ikke ønsker at øge ejerandelen, er der mulighed for at indskyde mellemholdingselskaber. I det konkrete tilfælde må den ønskede og den eksisterende koncern overvejes, med henblik på at finde den optimale løsning eller et kompromis som skal overvejes.

Udfordringerne ved at indsætte et mellemholdingselskab, er at investor risikerer at miste den direkte indflydelse og dermed også indsigt i driftsselskabet. Dette vil efter min vurdering medføre, at investorer vil blive meget forsigtige omkring at foretage investeringen, idet det svarer til at give en fremmed person penge og bede ham forvalte dem, uden mulighed for at følge op herpå. Det vil naturligvis være muligt at indgå ejeraftaler, som giver indsigt men i henhold til selskabslovens § 82 er ejerftaler ikke bindende for selskabet og de beslutninger som foretages på generalforsamlingen. Dette betyder, at en kapitalejer alene kan få særaftaler håndhævet ved at de er registreret i selskabet vedtægter. De selskabsretlige konsekvenser heraf vil ikke blive gennemgået nærmere her, idet konsekvensen alene er at belyse at ejerskab gennem mellemholdingselskaber normalt ikke vil være en hensigtsmæssig løsning for investorer.

9 Reglernes subjektive indvirkning

Det siger næsten sig selv, at det har konsekvenser, når der ændres ved i skattelovgivningen. Disse konsekvenser kan blandt andet have karakter af et ændret skatteprovenu til staten og ændrede dispositioner hos de skattepligtige. Konsekvenserne kan dog også være mere psykologiske, idet ændringer i reglerne dels medfører en usikkerhed omkring de praktiske indvirkninger og fortolkninger af de nye regler. Dette betyder, at man som skattepligtig kan have svært ved at overskue de konkrete indvirkninger på ens egen økonomi. Konkret

kan det medføre, at der opstår usikkerhed om ens økonomiske forhold hvilket igen frembringer stress⁶⁰. Det er ikke min vurdering, at ændringer i skattereglerne normalt kaster ret mange ud i en depression, men det er min opfattelse, at skattemæssig og dermed økonomisk usikkerhed kan have ret betydelige konsekvenser på de dispositioner som foretages, som eksempelvis i tilfældet med den boligskat siden folketingsvalgkampen i 2011 har været nævnt som en mulighed⁶¹.

På baggrund af disse konsekvenser er det min opfattelse, at lovgiver har en moralsk forpligtelse til at udarbejde en klar og entydig lovgivning, med det formål at sikre at alle skattesubjekter har et klart overblik over den skattemæssige position og i samme forbindelse ikke risikerer at blive omfattet af uhensigtsmæssigheder uden at der har været et konkret og aktivt valg.

9.1 Konkrete uhensigtsmæssigheder

9.1.1 Usikkerhed omkring fortolkning

I forbindelse med indarbejdelse af værnsreglerne omkring mellemholdingselskaber, er der formuleret 2 bestemmelser, som er åbne for fortolkning. Bestemmelserne er hvorvidt selskabets formål er at investere i aktier samt om selskabet øver reel økonomisk aktivitet vedrørende aktiebesiddelserne. Såfremt selskabets formål er at besidde aktier og selskabet ikke øver reel økonomisk aktivitet vedrørende besiddelserne, risikerer selskabet at blive anset for at være et mellemholdingselskab. Som udgangspunkt må reglerne anses for at være åbne for fortolkning, idet der ikke er givet konkrete retningslinjer eller regler omkring hvordan begreberne skal fortolkes. Der er derfor risiko for at reglernes omfang reelt først er klarlagt, når de har været genstand for tilstrækkeligt mange prøvelser ved domstolene og der dermed foreligger en tilstrækkelig retspraksis.

Dette er ikke unormalt ved regelændringer, men når graden af fortolkning i reglerne øges, må behovet for at få afklaret retspraksis nødvendigvis også øges. I forhold til de tidligere regler er det derfor min opfattelse, at der er tale om et skridt tilbage i forhold til sikring af den skattemæssige position.

Det eneste, der er givet udtryk for, er at reglerne skal fortolkes i overensstemmelse med udtalelsen fra EU-domstolen i Cadbury/Schweppes sagen. Som tidligere beskrevet er det min vurdering, at den udtalelse, hvis den bliver fuldt bogstaveligt, vil medføre, at næsten alle holdingselskaber bliver omfattet af værnsreglerne og således ikke skattemæssigt vil kunne anerkendes som ejere af aktierne. Dette er efter min opfattelse en uhensigtsmæssig fortolkning, idet der kan være gode grunde til at indføre mellemholdingselskaber.

Efter min opfattelse har skatteministeren anerkendt en af disse grunde i forbindelse med indførelsen af reglen om at et 100 % ejende selskab, ikke kan anses for at være mellemholdingselskab. Jeg er opmærksom, på og enig i skatteministerens argumentation om, at der ikke sker forskydning i ejerandelene. På trods af dette er

⁶⁰ <http://styrpaapenge.dk/node/80>

⁶¹ <http://www.bolius.dk/alt-om/boliglaan-og-oekonomi/artikel/oekonom-snak-om-ejendomsskat-presser-boligpriser/>

det, efter min opfattelse, ikke i sig selv en grund der berettiger til at indføre den pågældende begrænsning i værnsreglerne. Dette skyldes at beskattningen på aktionærniveau alt andet lige må være uændret i den pågældende situation. Udbytte fra datter til ultimative aktionærer bliver jo ikke anderledes beskattet, når der er tale om et 100 % ejende mellemholdingselskab. I stedet er der efter min opfattelse tale om, at skatteministeren anerkender, at en række holdingselskaber er etableret for at samle finansieringen af en gruppe aktionærers investering i et konkret selskab.

På baggrund af ovenstående er det min opfattelse, at der i formuleringen af lovgivningen omkring mellemholdingselskaber er en række uhensigtsmæssigheder, som gør, at reglerne er svære at arbejde med for de skattepligtige.

9.1.2 Skattepligt ved status quo

Reglerne må yderligere skulle ses i lyset af, at mulighed for at en skattepligtig person, uden at foretage nogle aktive handlinger, kan få ændret sin skatemæssige position. Dette er tilfældet i relation til anvendelsen af reglerne omkring ”gode” aktionærer, hvor vurderingen af hvorvidt et mellemholdingselskab skal anses for at være omfattet af værnsreglerne, baseres på om mere eller mindre en halvdelen af aktionærerne i mellemholdingselskabet opnår en skatemæssig fordel, ved etableringen af mellemholdingselskabet, som de ikke havde tidligere. Reglerne er gennemgået mere konkret i afsnit 3.2.5, og er reelt et eksempel på en konkret og objektiv regel, som ikke kræver væsentlige fortolkninger. Det væsentlige, som jeg her vil fremhæve er dog, at reglen åbner op for muligheden for at en minoritetsaktionær i et mellemholdingselskab, kan få ændret status på sin aktiepost alene ved at de øvrige aktionærer i mellemholdingselskabet ændrer på deres ejerandele.

Det er efter min opfattelse en klar uhensigtsmæssighed, at man som aktionær ikke har ubetinget indflydelse på sin skatemæssige position, idet dette normalt anses for at være et individuelt og betydeligt økonomisk forhold. Problemstillingen medfører principielt både uhensigtsmæssigheder for den skattepligtige og for samfundet som helhed.

Den skattepligtige risikerer, at stå i en situation, hvor der er realiseret en aktuel skatteforpligtelse i forbindelse med statusskifte fra porteføjlleaktier til eksempelvis datterselskabsaktier eller hvor en, på tidspunktet for investeringen skattefri, aktiebeholdning, overgår til at være skattepligtig.

For samfundet må især den første problemstilling være betydelig. Jeg er opmærksom på, at provenuet fra skatten medgår til at finansiere de almindelige samfundsudgifter, men det er min vurdering, at skattebetaling på baggrund af ikke realiserede gevinster, kan have betydelige konsekvenser for aktionæren. Jeg er opmærksom på at beskattning på aktionærniveau, som udgangspunkt ikke har konsekvenser for selskabet, men vil dog alligevel henlede opmærksomheden på det forhold at aktierne er unoterede.

Det at aktierne er unoterede medfører at aktierne normalt ikke er tilgængelige for den generelle offentlighed og aktionærerne har derfor i et eller andet omfang et kendskab til hinanden, som er baseret på personlige relationer eller forretningsmæssige behov. I begge tilfælde er det min opfattelse at investering i unoterede aktier medfører et mere direkte ejerskab til aktien, end investeringer i mindre aktieposter i noterede selskaber nødvendigvis gør. Hvis en aktionær derfor bliver tvunget til at reducere sin ejerandel i selskabet, med henblik på at betale skat af en urealiseret avance, er der således risiko for at driftsselskabet fratages en driftsmæssig eller finansieringsmæssig kapacitet.

En måde at omgå behovet for at frasælge aktier vil være at udlodde udbytter løbende, hvorved likviditeten frigives til at dække beskattningen. Ulempen ved dette er som ovenfor, at driftsselskabet gennem de indførte skatteregler reelt fratages aktiver og dermed potentielt chancen for at udnytte forretningsmæssige muligheder. Dette vil for samfundet, være en uhensigtsmæssig måde at konvertere et langsigtet skatteprovenu til et kortsigtet.

Et andet argument mod denne tankegang vil være, at der er risiko for at selskabet senere hen taber penge og at det langsigtede skatteprovenu dermed er mere usikkert end det kortsigtede. Jeg mener dog ikke, at dette argument holder idet den reelle taber på intet tidspunkt bliver samfundet. Såfremt et selskab stiger og efterfølgende falder i værdi, vil en løbende beskatning medføre at stigningen skal beskattes og at faldet bliver fradragsberettiget. I den konkrete tilfælde bliver tabet dog fremførbart, hvilket for mange aktionærer, der alene deltager i et selskab, er ensbetydende med ikke-fradragsberettiget. Da der ikke er cash-back principper i den danske skattelovgivning, vil der således være tale om at en aktionær beskattes af gevinster som aldrig realiseret.

9.1.3 Vurdering af kriterier

I aktieavancebeskatningsloven anvendes en ejerandel på 10 % som grænse mellem portefølje og datterselskabsaktier. Grænsen kommer fra moder-/datterselskabsdirektivet, hvilket sikrer en grad af EU-konformitet. I henhold til investering i aktier kan ejerandelen dog virke en smule arbitrær. Skatteministeren har i bilag 41 til L202 udtalt, at investeringer som omfatter over 10 % af kapitalen i et selskab typisk har karakter at aktiv investering mens mindre investeringer typisk har karakter af passiv formuepleje. Jeg er enig, i at der kan være en sammenhæng, men mener ikke nødvendigvis at 10 % nødvendigvis er det rigtige valg. I hvert fald ikke så længe der er tale om unoterede aktier hvor selve det forhold, at aktierne ikke kan omsættes på et reguleret marked, gør at selv mindre investeringer kan være svære at komme af med og dermed skal være gennemtænkt grundigt inden investeringen foretages. Ved noterede selskaber er det min vurdering, at det er lettere at komme af med små aktieposter og derfor er der mindre risiko for betydelige tab, såfremt den indledende investeringskalkule er forkert.

Jeg mener derfor, at der i større grad burde være en sondring mellem noterede og unoterede aktier. Ved noterede aktier er det min opfattelse, at investeringer på under 10 % i stor grad blot er udtryk for passiv kapitalanbringelse og derfor bør være skattepligtig, mens investeringer på over 10 % normalt vil medføre krav om indflydelse på ledelsen af selskabet og derfor også bør være skattefrit, således at driftsresultatet i datterselskabet ikke dobbeltbeskattes for den aktive ejer.

For unoterede aktier mener jeg at 10 % grænsen rammer skævt. Dette hænger sammen med, at investorerne ikke på samme måde kan sælge en unoteret aktie. Da investor har sværere ved at komme af med aktien, er det derfor min opfattelse, at investor deltager aktivt i selskabet, enten gennem formel deltagelse i bestyrelsen eller gennem mere uformelle drøftelser i ejerkredsen. Dette er efter min opfattelse et udtryk for aktiv deltagelse i selskabet. Jeg er opmærksom på, at drøftelser i ejerkredsen ikke formelt er bindende for selskabet, men det er min opfattelse at ledelsen af unoterede selskaber i større omfang er et samspil mellem ejerne og ledelsen, som i mange tilfælde også vil være overlappende. Som jeg kommer tilbage til i afsnit 9.3 er det min opfattelse, at anvendelse af en ejertidsbetinget skattefrihed er mere hensigtsmæssig for unoterede aktier.

9.1.4 Samspil med øvrige lovgivning

Som tidligere beskrevet medfører især reglerne om kildeskat på udbytter i samspil med reglerne om mellemholdingselskaber, at der er risiko for at ledelsen i mellemholdingselskabet bliver ansvarlig i henhold til selskabslovens § 216 omkring aktionærlån. Jeg er opmærksom på, at skatteministeren har udtalt, at han ikke ser det som et problem, og det vil efter min opfattelse være helt urimeligt at anlægge en sådan betragtning. På trods af dette, er det min opfattelse, at der ikke den gældende lovgivning er taget stilling til problemet.

Det er ligeledes min opfattelse, at skatteministerens sammenligning med reglerne om fordeling ved sambeskatning ikke kan bruges, idet sambeskatningsreglerne tager højde for problemstillingen ved at anføre at det er det ultimative danske moderselskab, som er administrationsselskab og som datterselskaberne derfor opnår en fordring på eller, om man vil, et lån til. Selskabsloven undtager imidlertid moderselskaber fra aktionærlånsreglerne og på den baggrund er det min opfattelse at sambeskatningsreglerne ikke kan medføre et aktionærlån, mens mellemholdingreglerne godt kan.

9.1.5 Skat som værktøj

I henhold til skattekommisionens rapport fra 2009 fremgår det i kapitel 3, første afsnit, at skatterne kan få indflydelse på forhold som arbejdsudbud, uddannelse, velstand, offentlige finanser og indkomstfordelingen i samfundet.⁶²

På baggrund heraf er det nærliggende at udlede, at skatter kan benyttes på især to måder:

⁶² http://www.nek.lu.se/NEKAHA/lavere_skat_paa_arbejde_web.pdf

- Omfordeling af indkomst
- Ændring af adfærd

Der er ikke noget overraskende i dette, men det kan dog benyttes til at belyse ændringen af aktieavancebeskatningsloven.

Overordnet set må lovforslaget anses for, for at have til formål at omfordele mere indkomst, idet der har været fokus på at sikre skattepligt af en række indtægter, der ikke hidtil har været skattepligtige, samt at der ikke har været væsentligt fokus på, at opnå ændret investeringsadfærd.

Indførelsen af mellemholdingreglerne er ikke et resultat, af at lovgiver har ønsket at ændre koncernstrukturer, blot at lovgiver har ønsket at lukke en mulighed for at opnå skattefrihed af en række indtægter, hvilket må anses for at være baseret på en omfordelingstankegang.

Det interessante er dog, at lovgiver ikke nævner meget omkring de adfærdsmæssige ændringer, som lovforslaget kan forventes at medføre. Eksempelvis er der risiko for, at reglerne vil gøre det sværere for selskaber at finde risikovillig kapital, da der nu er krav om ejerandele på over 10 % for at opnå skattefrihed. Det er uhenigtsmæssigheder, som naturligvis rammer ens for både noterede og unoterede selskaber, men da noterede selskaber alt andet lige er længere fremme i deres livscyklus, vil de have et mindre akut behov for denne type af kapital. Yderligere har de noterede som nævnt tidligere, mulighed for at henvende sig til offentligheden, såfremt der skal fremskaffes yderligere kapital. Det samme gør sig ikke i alle tilfælde gældende for mindre selskaber, da selskabet skal have en vis kritisk masse før en notering er hensigtsmæssig.

9.2 Er lovgivers målsætning nået på en hensigtsmæssig måde

Overordnet set er det min opfattelse at målsætningen med ændringen af aktieavancebeskatningsloven er nået. Beskatning af avance og udbytter er blevet ensartet, sådan at det er de samme kriterier, der ligger til grund for skattepligten.

Jeg mener dog ikke, at det er den mest optimale tilgang der er blevet valgt. Idet der er store grader af skøn, samt at aktietyper, som ikke på alle måder er sammenlignelige, nu beskattes ens og at der er indført nogle regelsæt, som medfører, at den skattemæssige position fremadrettet bliver rigid eller usikker.

Jeg vil i afsnit 9.3 prøve at redegøre for en mere hensigtsmæssig, og mindre skønsbetonet lovgivning. De væsentligste kriterier i den forbindelse er efter min opfattelse en sontring mellem noterede og unoterede aktier og i den forbindelse en mere markant forskel i beskatningen.

9.3 Alternative muligheder

9.3.1 Forskel på noterede og unoterede selskaber

Som skitseret ovenfor, er det min opfattelse at investering i noterede og unoterede aktier ikke kan sidestilles. Den primære årsag hertil, er at noterede aktier kan sælges på et reguleret marked, mens unoterede aktier alene kan sælges efter en aktiv søgning efter en villig køber.

Alt andet lige betyder dette, at, der ved investering i unoterede aktier, er en risiko for indlåsning svarende til det fænomen som kendes ved små serier på obligationsmarkederne. Der er således tale om en risiko for, at der ikke er villige modparter til at købe eller sælge de unoterede aktier. Dette er naturligvis også en risiko ved noterede aktier, men grundet det regulerede marked er der dog relativt let adgang til potentielle købere.

Som følge heraf er der større risici ved investering i unoterede aktier og det er min vurdering, at en investor i en unoteret aktie ofte betinger sig, en stor grad af deltagelse i den overordnede ledelse af selskabet, netop for at sikre at udviklingen er rigtig og investeringen ikke pludselig skal realiseres med tab til følge.

Dette gør sig efter min opfattelse også gældende ved investeringer under 10 %, hvor investor normalt opfylder en af to roller. Enten er det en business angel, som kommer med den fornødne kapital til at sikre selskabets vækst, men som typisk også betinger sig en aktiv rolle i ledelsen for at beskytte sin investering. Den anden er nøglepersoner, som direktører eller tilsvarende medarbejdere, som aktivt og direkte påvirker selskabets muligheder og dermed er en del af fundamentet for selskabets fremtidige drift og udvikling.

9.3.2 Større anvendelse af tidsbestemt skattefrihed

Jeg mener at reglerne, som de er formuleret på nuværende tidspunkt, er dækkende og hensigtsmæssige, når det kommer til investering i noterede selskaber. Når det kommer til unoterede selskaber mener jeg dog, som også redegjort for tidligere, at reglerne med fordel kunne ændres til at være baseret på ejertid frem for ejerandel. Ved eksempelvis at fastsætte, at aktiebesiddelser i unoterede selskaber bliver skattefri efter 5 år, vil det dels tvinge skattefølsomme selskaber til at sikre sig aktivt lederskab i driftsselskabet, for at beskytte deres investering og det vil tilgodese de selskaber, som rent faktisk driver aktivt lederskab.

Ulempen bliver, at de selskaber som deltager aktivt i ledelsen, men som har kortere investeringshorisonter end 5 år, fremadrettet vil være skattepligtige af deres avancer. Det er efter min opfattelse ikke en betydelig ulempe, da det typisk vil være selskaber, der ikke har den langsigtede værdiskabelse i driftsselskabet for øje, men i stedet en hurtig gevinst på et undervurderet selskab.

9.3.3 lagerbeskatning ctr. realisationsbeskatning

Det er min opfattelse, at lagerbeskatning på aktieavancer mest hensigtsmæssigt opgøres på realisationstidspunktet. Skatteministeren har udtalt, at han finder det rimeligt, at de løbende værdistigninger beskattes idet der løbende gives fradrag for omkostningerne til at erhverve indkomsten. Dette er efter min opfattelse kun delvist korrekt. Det er ubestridt at der løbende gives fradrag for driftsomkostninger, men jeg mener at skatteministeren mangler at vurdere værdien af et skattemæssigt underskud.

Det er min opfattelse, at den mest rimelige skattebetaling for et selskab over tid, må findes ved at tage de gældende skatteprocenter af de akkumulerede skattemæssige resultater. Dette tilsidesættes ved indførslen af lagerbeskatning, som følge af at værdistigning på en aktie medfører skat til betaling mens værdiforringelse ikke medfører en tilbagebetaling af skat, med mindre der er øvrige indkomster at modregne i.

Såfremt systemet havde været indrettet sådan, at efterfølgende skattemæssige underskud kunne modregnes i tidligere betalte skatter, ville lagerbeskatning have været markant mere hensigtsmæssigt. Dette er ikke tilfældet og vinderen i lotteriet er altid staten, hvorfor det er min opfattelse at lagerbeskatning af langsigtede investeringer, herunder aktier, er uhensigtsmæssigt.

9.3.4 Udskydelse af skattebetaling ved statusskifte

Det er i forbindelse med indførelsen af skattereglerne besluttet, at statusskifte skal sidestilles med salg og genkøb til markedsværdien på tidspunktet for statusskifte. På denne måde er der skattemæssigt realiseret en avance, som kommer til beskatning i det omfang det er fra porteføljeaktier til en anden aktietype.

Det ses ikke, at der ved indførelsen af reglerne er taget stilling til det forhold, at der beskattes gevinster, som ikke i økonomisk forstand er realiseret, hvorved der opstår et likviditetsbehov, som ikke umiddelbart ses at være afdækket ved frigjort likviditet fra investeringen. Et forhold, som er typisk for lagerbeskatning, men som generelt ikke ses udbredt i den danske skattelovgivning, idet salg af andre aktiver, som lagerbeholdninger, driftsmidler mv. normalt først kommer til beskatning i umiddelbar nærhed af det tidspunkt hvor sælger tilføres likviditet fra salget.

Det er min holdning, at de skattemæssige konsekvenser vedrørende et statusskifte kunne være mere elegante. Jeg er isoleret set enig i, at en portefølje aktie er skattepligtig og den værdistigning, der sker frem til tidspunktet for statusskifte skal beskattes. Jeg mener dog, at det vil være hensigtsmæssigt at indføre en henstand med betalingen, til det tidspunkt hvor aktien realiseres i økonomisk forstand, hvilket enten kan være ved salg eller opløsning af selskabet.

Jeg er opmærksom på, at det udskyder skatteprovenuet samt at det påfører staten en kreditrisiko. Det er dog min opfattelse, at den kreditrisiko er større for aktionæren, idet situationen alene kan opstå ved overgang fra

porteføljeaktie til datter- eller koncernselskabsaktie, hvorved det efterfølgende værditab ikke er fradragsberettiget og derfor alene rammer den ultimative aktionærs formue. Set i lyset heraf, er det derfor min opfattelse, at statens kreditrisiko ved den pågældende løsning er acceptabel.

9.3.5 Sammenfatning

Efter min opfattelse vil den mest hensigtsmæssige beskatningsmetode på aktier være som følger:

Avancer og udbytter ("afkast") beskattes fortsat ens, da jeg er enig i at det som udgangspunkt er samme type indkomst for investoren.

Afkast af noterede aktier er skattepligtigt ved ejerandele op til 10 % og skattefrit herefter. Dette er uændret i forhold til de eksisterende værnsregler omkring datterselskabsaktier, idet noterede selskaber ikke kan blive omfattet af værnsreglerne.

Afkast af unoterede aktier er skattepligtigt ved en ejertid op til 5 år, hvorefter afkastet bliver skattefrit med tilbagevirkende kraft. På den måde tilgodeses investeringer, der har til hensigt at sikre driftsselskabets langsigtede udvikling og ikke forsøg på at skabe kortsigtede kapitalgevinster.

Lagerprincippet overgår til at være et frivilligt tilvalg, mens realisationsprincippet genindføres som det generelle hovedprincip. På den måde sikres det, at investorerne kan gennemføre deres planer, hvilket normalt vil medføre den størst mulige gevinst til investor og dermed også til staten.

Konsekvensen af ovenstående bliver i hovedtræk, at ABL § 4a, stk. 3 kan afskaffes idet mellemholdingselskaber, som jo kun kan være unoterede efter de nuværende regler, i stedet bliver omfattet af objektive ejertidsregler uanset om de investerer i noterede eller unoterede aktier. Yderligere er det min opfattelse, at den mulighed der reelt bliver for at lave omvendte juletræer fremadrettet, alene vil være på noterede aktier, hvor der alt andet lige skal markant mere kapital til for at opnå de 10 % der giver skattefrihed.

10 Konklusion og perspektivering

10.1 Konklusion

10.1.1 Reglerne sammenfattet

I forbindelse med investering i aktier har personer flere muligheder for at sammensætte investeringen. Indtil lovændringen i 2009 var det muligt, at sikre en fradragsret på tab på noterede aktier, ved at foretage investeringerne igennem et unoteret selskab, og så at holde aktierne i 3 år, hvorved de blev skattefrie for selskabet. Hvis værdien af aktierne blev øget i perioden, ville beskatningen heraf – under forudsætning af at selskabet ejede aktierne i 3 år - være den samme for den ultimative aktionær. Hvis aktierne derimod faldt, ville der

være mulighed for at fradrage tabet ved at lukke investeringsselskabet. På denne måde kunne fremførbare tab på noterede aktier omdannes til fradragsberettigede tab på unoterede aktier.

De gamle regler medførte yderligere, at udbytte var skattefrit ved en 10 % ejerandel. Bortset fra ejertidskravet, som jeg forventer, var opfyldt i praktisk talt alle tilfælde, var der ikke yderligere betingelser for at opnå skattefrihed. Dette medførte, at det var muligt, at etablere flere niveauer af holdingselskaber, som tilsammen sikrede, at de ultimative selskabsejere, på trods af at deres indirekte ejerandel var under 10 %, reelt kunne modtage skattefrit udbytte. Dette er siden blevet kendt som omvendte juletræer.

Mellemholdingselskaber i sådanne koncerner har typisk ikke en omfattende eller selvstændig aktivitet, idet deres eneste formål er at besidde aktier i det underliggende selskab. De kan være indsat på mange forskellige måder, men som oftest vil deres omkostninger alene bestå af revisionsomkostninger og eventuelt nogle finansieringsposter.

En af hensigterne med ændringen af reglerne var at harmonisere udbytte og aktiebeskatning. Dette må siges at være lykkedes, idet det afgørende for beskatning ikke længere er hvorvidt indkomsten er udbytte eller avance, men i stedet om indkomsten er fra porteføljeaktier, datter- eller koncernselskabsaktier eller egne aktier. I forbindelse med ændringen af aktieavancebeskatningsloven forsøger SKAT, at gøre op med muligheden for at etablere omvendte juletræer. Dette gøres ved at indføre en værnsregel omkring mellemholdingselskaber, som medfører, at der skal ses igennem mellemholdingselskabet hvis 5 betingelser er opfyldt. Af de fem betingelser er 3 objektive og baserer sig på faktiske forhold, som ejerandel, aktionærsammensætning og hjemsted. De sidste 2 betingelser er af mere subjektiv karakter, og omfatter kriterier som selskabets formål og reel økonomisk aktivitet.

Vurderingen af disse sidste to betingelser er i høj grad baseret på konkrete vurderinger af de faktiske forhold fra sag til sag. Vedrørende selskabets formål har de afgørelser, der foreligger indtil nu, været relativt restriktive. Dette mener jeg fordi der ikke lægges vægt på selskabets vedtægtsmæssige formål men i stedet er lagt vægt på hvad selskabets aktivitet har været eller er. Efter min opfattelse har selskabets vedtægtsmæssige formål mere karakter af formalia, hvorfor jeg er enig i at dette forhold ikke kan tillægges nogen vægt. Jeg er ligeledes enig i skatterådets vurdering i TfS 2010, 853 hvor det forhold mellem selskabets aktiver ikke tillægges vægt ved vurderingen. I stedet er det vurderet, at selskabets formål ved stiftelsen har været at erhverve datterselskabsaktier, hvilket gennemføres, men først efter at selskabet har erhvervet en ejendom.

Modsætningsvis er det min opfattelse, at skatterådets udtalelse i TfS 2010, 825 er et udtryk for en for snæver fortolkning af reglerne, idet der er tale om en tilsvarende situation, men hvor selskabets formål er at investere i K/S-anparter, hvilket selskabet også gør. Efter en periode erhverver selskabet datterselskabsaktier og skatterådet vurderer i det tilfælde, at selskabet bliver omfattet af værnsreglerne.

Skatteministeren har i bilag 41 til L 202 udtalt, at vurderingen skal baseres på en konkret vurdering af selskabets aktiver, herunder afkastpotentiale. Udtalelsen relaterer sig til et selskab, som investerer i porteføljeaktier og datterselskabsaktier men bør også kunne overføres til vurderinger mellem K/S-anparter eller ejendomme, idet der er tale om investering i selvstændig erhvervsvirksomheder.

Det er min vurdering, at selskabets formål på baggrund af ovenstående skal vurderes, i forhold til risiko og afkastpotentiale og at det ikke skal være afgørende at selskabet i en kortere periode, har haft andre aktiviteter, herunder besiddelse af datterselskabsaktier.

I relation til betingelsen om reel økonomisk aktivitet, er der ved udarbejdelsen af værnreglerne lagt vægt på objektive kriterier, som eksistensen af personale og fysiske lokaler mv. I henhold til skatteministerens udtalelser i bilag 41 til L 202 er dette baseret på EU-rettens regler om rent kunstige arrangementer, hvis primære fortolkningsbidrag er Cadbury/schweppes-dommen.

Som tidligere beskrevet er det min opfattelse, at disse regler kun i meget sjældne tilfælde vil kunne anerkende eksistensen af et holdingselskab. Dette henfører jeg blandt andet til det forhold, at et holdingselskab i sagens natur ikke har til formål at have anden aktivitet end at besidde aktier og som følge heraf er det primære fokus for ejerne, at holde omkostningerne nede. Det er min opfattelse, at kriterierne om lokaler og personale, i henhold til Cadbury/schweppes-dommen, skal anses for at være vejledende og at de som følge heraf ikke skal tillægges endegyldig værdi. Jeg er dog opmærksom på, at skatteministeren og skatterådet, på baggrund af deres udtalelser, har tilkendegivet en anden holdning hertil.

10.1.2 Reglernes hensigtsmæssighed

Det er min opfattelse, at reglerne kunne have været udarbejdet mere hensigtsmæssigt, uden at det havde ændret fundamentalt ved målsætningen om en ensartet beskatning af avancer og udbytter. Dette skyldes, at der tilsyneladende har været mere fokus på at ensarte reglerne end på, at sikre en målrettet, effektiv og objektiv beskatning af forskellige aktietyper.

Uhensigtsmæssigheden består ikke i, at avancer og udbytter beskattes ens, men at noterede og unoterede aktier beskattes ens. Dette hænger sammen med, at der efter min opfattelse er væsentlige forskelle i investoreres adfærd fra noterede til unoterede aktier.

Skattebetaling dækker normalt et eller flere formål. Heraf er de primære normalt omfordeling af samfundets indtjening og goder samt ændring af de skattepligtiges adfærd. I lyset af dette, er det min opfattelse at de nye regler ikke lægger op til for selskaberne mere hensigtsmæssigt adfærd. Dette hænger sammen med at der ikke er incitament til at investere langsigtet, men i stedet at investere stort. Det er efter min opfattelse den forkerte tilgang, idet de selskaber, der primært bliver berørt af reglerne vil være mellemstore selskaber med

flere aktionærer. Denne type selskaber, og dermed også samfundet som helhed, vil efter min opfattelse have bedre af den langsigtede og holdbare sparring end at fokus lægges på den hurtige og kortsigtede gevinst.

10.1.3 Reglerne i forhold til casekoncernen

For at konkretisere afhandlingen vil jeg vurdere reglerne indvirkning på den i afsnit 1.2.1 beskrevne koncern, med henblik på dels at afklare hvordan beskatning er ved en uændret struktur og dels hvordan beskatningen er ved forskellige tilpasninger.

I relation til den nuværende struktur vil reglerne medføre at de udbytter og avancer som "CH" tidligere har været i stand til at oppebære skattefrit, nu bliver skattepligtige allerede på tidspunktet for udlodning fra "Drift". For "UH2 GmbH", "VC" og "B" vil de nye regler ikke medføre en ændret skattemæssig position, idet "UH2 GmbH" ikke er skattepligtigt til Danmark, "VC"s aktier er koncernselskabsaktier og derfor skattefri og "B" er en personlig aktionær.

I tilfældet "AH" skal en del af aktiebesiddelsen anses for at være ejet direkte i "Drift". Dette gælder den andel som ejes gennem "MH1", idet "MH1" og "MH2" skal anses for at være gennemsigtige mellemholdingselskaber. Den andel som "AH" ejer gennem "UH1 GmbH" skal anses for at være skattefri, idet "UH1 GmbH" ikke er et gennemsigtigt mellemholdingselskab, da "UH2 GmbH" er et tysk selskab og derfor en "god" aktionær. "UH1 GmbH" opfylder således ikke betingelse nr. 5 i ABL § 3 A, stk. 3.

Ved udlodning af 100.000.000 kr. fra "Drift", svarende til ca. 2/3 af resultatet i et normalår, vil der således skulle indeholdes følgende skatter.

	Udbytte kr.	Udbytteskat kr.
"AH", andel ejet gennem "MH1", 3,6 % af "Drift"	3.600.000	900.000
"CH", 4,0 % af "Drift"	4.000.000	1.000.000
I alt	91.600.000	1.900.000
"AH", andel ejet gennem "UH1", 4 % af "Drift"	4.000.000	0
"B", personlig aktionær og derfor ikke omfattet af reglerne	2.400.000	0
"UH", personlig aktionær og derfor ikke omfattet af reglerne	6.000.000	0
"VC", koncernselskabsaktionær og derfor skattefri	80.000.000	0
I alt	100.000.000	1.900.000

Af det samlede udbytte skal der således indbetales 1.900.000 kr. i udbytteskat på vegne af "AH" og "CH" i forbindelse med udlodning fra Drift til "MH2".

10.1.4 Optimeringsmuligheder i casekoncernen ved fastholdelse af struktur

Overordnet skal det nævnes, at der ikke er nogen optimeringsmuligheder, som vil kunne fjerne den latente skattebyrde, der ligger på værditilvæksten i perioden fra begyndelsen af indkomståret 2010 til tidspunktet for skatusskifte. Denne skattebyrde vil være afhængig af markedsværdierne på de to tidspunkter, hvorfor en konkret beregning under alle omstændigheder vil skulle foretages. For at sikre sig yderligere, vil det i nærværende tilfælde være hensigtsmæssigt at sikre værdiansættelse ved indhentelse af et bindende svar.

Nøgleselskabet i koncernen er "MH2". Dette hænger sammen med, at mellemholdingreglen skal vurderes nedefra og op, hvorved en vurdering på baggrund af "MH2" alene vil medføre at "MH1" ikke skal anses for at være et mellemholdingselskab, da mere end 50 % af kapitalen i "MH1" så ikke besiddes af selskabsaktionærer, som ikke kan modtage skattefrit udbytte fra "MH2".

Som følge af selskabernes historik samt selskabernes tidligere og nuværende aktiviteter, er det min vurdering, at en argumentation, om at formålet med "MH1" og "MH2" ikke er at besidde datterselskabsaktier, ikke vil blive anerkendt. Det hænger sammen med at selskaberne ikke tidligere har haft anden aktivitet end at besidde de pågældende aktier og i enkelte tilfælde at fremskaffe finansiering til brug i forbindelse med aktieinvesteringerne.

Den anden mulighed i koncernen, vil være, at lade selskaberne overholde betingelse nr. 2 omkring reel økonomisk virksomhed. En simpel måde at lade "MH2" opfylde denne betingelse, vil være at ansætte en direktør, som samtidig bliver bestyrelsesmedlem i "Drift". Der er risiko for at dette vil kræve en accept fra "VC" i den nuværende struktur, idet "VC" ejer 80 % af kapitalen i "Drift". I mange tilfælde vil en ejeraftale regulere mulighederne for at udpege ledelsen, men der kan være begrænsninger på hvor mange bestyrelsesmedlemmer de enkelte aktionærer kan udpege. Især i en situation som den nærværende, hvor der fem aktionærer og meget stor forskel på deres indbyrdes ejerandele.

Såfremt modellen med at ansætte en direktør i "MH2" vælges, vil det næste spørgsmål være hvem, som kan udfylde denne rolle. Som følge af at selskabet ikke har andre investeringer og der er 3 aktionærer, vil det være nærliggende, at en repræsentant for hver af disse udnævnes til bestyrelsesmedlemmer og at en af dem bliver direktør. Ulempen ved denne model er, at der risikerer at være en stor grad af personsammenfald, som gør at den ledelsesmæssige rolle som udøves i "Drift" ikke anses for at være foretaget af "MH2" men i stedet af de ultimative aktionærer. Dette hænger også sammen med, at der skal være en sammenhæng mellem den arbejdsindsats der lægges i holdingselskabet og de investeringer som holdingselskabet har. For at kunne godtgøre at "MH2" skal anses for at have reel økonomisk aktivitet vedrørende "Drift" vil det efter min vurdering være nødvendigt at tilføre betydeligt flere omkostninger, end der reelt er behov for ud fra en ledelsesmæssig betragtning.

10.1.5 Optimeringsmuligheder i casekoncernen ved ændring i koncernstruktur

For at sikre at koncernen fremadrettet er i stand til at opnå skattefrihed ved alle udbytter, vil det efter min opfattelse være mere hensigtsmæssigt at ændre koncernstrukturen. Afhængigt af koncernens historik, kan det være relevant at udnytte skattereglerne til at etablere en optimal struktur ved enten salg af aktier, fusioner eller stiftelse af nye selskaber. Det sidste er primært nævnt af fuldstændigheds hensyn, idet det eneste selskab med aktiv drift er "Drift" og med de overskud der genereres, er det meget usandsynligt at aktiviteten kan sælges uden at realisere en betydelig aktuel skat. I stedet vil det være muligt gennem fusioner og salg af aktier, at opnå en hensigtsmæssig og mere simpel struktur.

Ændringen af koncernstrukturen kan foretages som følger:

1. "UH1 GmbH" og "MH2" fusioneres, med "MH2" som det fortsættende selskab. (se bilag 1)
2. "MH1" og "MH2" fusioneres ved en omvendt lodret fusion. (se bilag 2)
3. "VC" laver et apportindskud i "MH2" med 20 % af aktierne i "Drift". I denne forbindelse erhverver "VC" 50 % af aktierne i "MH2" (se bilag 3)

Som følge af reglerne om statusskifte, sker beskatningen først i forbindelse med trin 3. Ved salg af de mellemliggende holdingselskaber, skal den del af avancen, som kan henføres til de indirekte ejerandel i driftsselskabet, beskattes efter reglerne om porteføljeaktier, da "MH1" og "MH2" skattemæssigt ikke anses for at være ejere af "Drift".

Det er ikke afgørende for statusskiftet, hvorvidt overdragelserne sker som fusion eller som salg, idet statusstifte ikke kræver en aktiv handling. Det er muligt, for en aktionær at blive beskattet af en urealiseret gevinst, som følge af, at en eller flere medaktionærer gennemfører køb eller salg, hvilket også omfatter ændringer som følge af fusioner.

Ovenstående omstrukturering skal naturligvis holdes op imod den forventede ejertid og de omkostninger, som udløses, herunder skatteforpligtelser. Idet koncernen de senere år har genereret en stabil indtjening, vil værdien alt andet lige, kun være øget med den ikke-udloddede del af indtjeningen fra indkomståret 2010 og frem til tidspunktet for omstruktureringen. Virksomheder værdiansættes normalt ved anvendelse af kapitalværdibaserede modeller eller relative modeller⁶³.

Ved anvendelse af de kapitalværdibaserede modeller vil udviklingen i renteniveauet spille en direkte effekt på værdien. Ved anvendelse af de relative modeller vil effekten af renteniveauet i stedet give sig udslag i de multipler, som anvendes. I begge tilfælde gælder det dog, at udviklingen i renteniveauet normalt vil have en

⁶³ <http://www.skat.dk/skat.aspx?oId=1813206&vId=202463&i=13>

indflydelse på værdiansættelsen af virksomheden, hvilket medfører at virksomheden kan have flere værdier baseret på samme indtjening, men på forskellige tidspunkter.

Efter min opfattelse vil den optimale koncernstruktur på langt sigt være en tilpasning i henhold til ovenstående, da dette medfører en langsigtet skattefrihed for de eksisterende aktionærer, det medfører at koncernen er simpel og gennemskuelig og at det er let at ind- og udtræde fordi der er klare linjer.

10.2 Perspektivering

Skattelovgivningen er et juridisk område, som løbende er genstand for ændringer, tilpasninger og nyfortolkninger. Da skattelovgivningen er noget, der kan få væsentlig indflydelse på de skattepligtiges dispositioner og dermed også de forventede skatteprovenu til staten, er der behov for at lovgivningen dels er så klar og entydig som mulig, men også at lovgivningen fordrer en ønsket adfærd hos de skattepligtige.

Det er uhensigtsmæssigt hvis lovgiver på den ene side ønsker at fremme en bestemt holdning og adfærd, men samtidig lovgiver modsat heraf.

Med ændringen af aktieavancebeskatningsloven og indførelsen af mellemholdingreglerne, har lovgiver harmoniseret beskattningen af avancer og udbytter, men samtidig indført et regelsæt, som ikke på en optimal måde understøtter selskabernes fremtidige udvikling. Tilsvarende indeholder reglerne en række subjektive kriterier, som er meget åbne for fortolkning og ikke giver klare bidrag til at afklare den skattemæssige position.

Det er min opfattelse, at lovforslaget omkring iværksætteraktier er et forsøg på, at rette en række uhensigtsmæssigheder og dette lovforslag medfører da også forbedrede og mere hensigtsmæssige vilkår for en række udvalgte aktier, i tråd med den konklusion jeg kom frem til i min analyse.

Efter min opfattelse understreger dette tiltag, at reglerne i den oprindelige udformning ikke er hensigtsmæssige. Det mangler således bare, at regeringen tager skridtet fuldt ud og går tilbage til en tidsbestemt betingelse for skattefrihed frem for en ejerandels bestemt betingelse som reglerne er nu.

Kildeliste

Love

ABL	Aktieavancebeskatningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 796 af 20. juni 2011
KSL	Kildeskatteloven	Lovbekendtgørelse nr. 1403 af 7. december 2010
LL	Ligningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1017 af 28. oktober 2011
	Pensionsbeskatningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1246 af 15. oktober 2010
PSL	Personskatteloven	Lovbekendtgørelse nr. 143 af 8. februar 2011
	Selskabsloven	Lovbekendtgørelse nr. 322 af 4. november 2011
SEL	Selskabsskatteloven	Lovbekendtgørelse nr. 1376 af 7. december 2010

Lovforarbejder

Forarbejder til L202 2008/09

Forarbejder til L84 2009/10

Forarbejder til L194 2010/11

Bøger

Skatteretten 1, Thomson Reuters, 5. udgave, 1. oplæg

Vejledninger

Den juridiske vejledning 2012-1

Artikler

Tidsskrift for skatter og afgifter

TfS 2011, 905

TfS 2011, 207

TfS 2011, 206

TfS 2010, 853

TfS 2010, 825

TfS 2010, 555

TfS 2010, 281

TfS 2010, 33

TfS 1997, 506 H

Skat udland

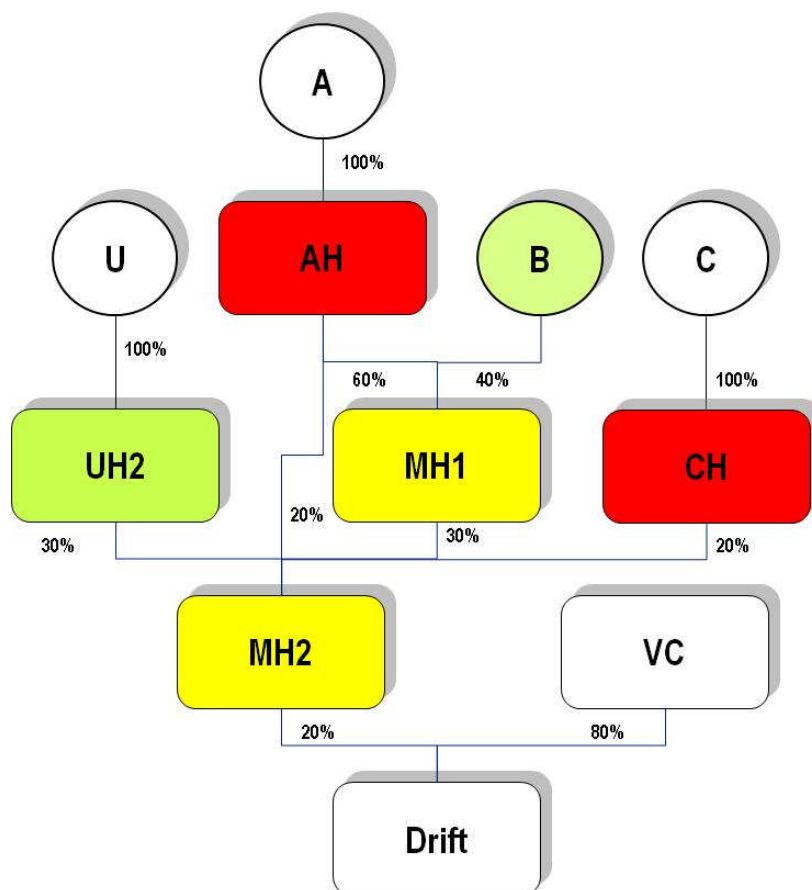
SU 2012, 104 ISS-dommen

SU 2006, 333 Cadbury Schweppes-dommen

SU 2006, 17 Marks & Specer-dommen

Bilag

Bilag 1

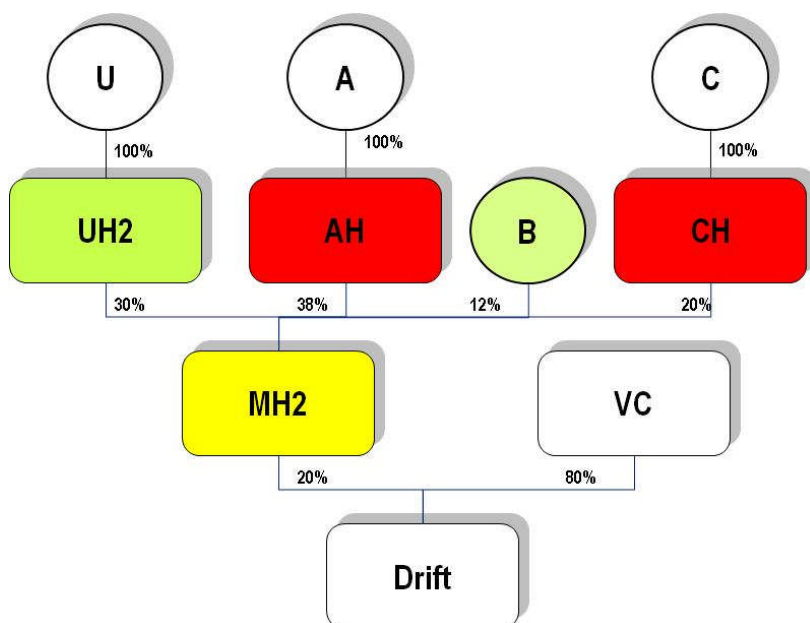


Grønne felter er ”gode” aktionærer

Røde felter er ”dårlige” aktionærer

Gule felter er mellemholdingselskaber

Bilag 2

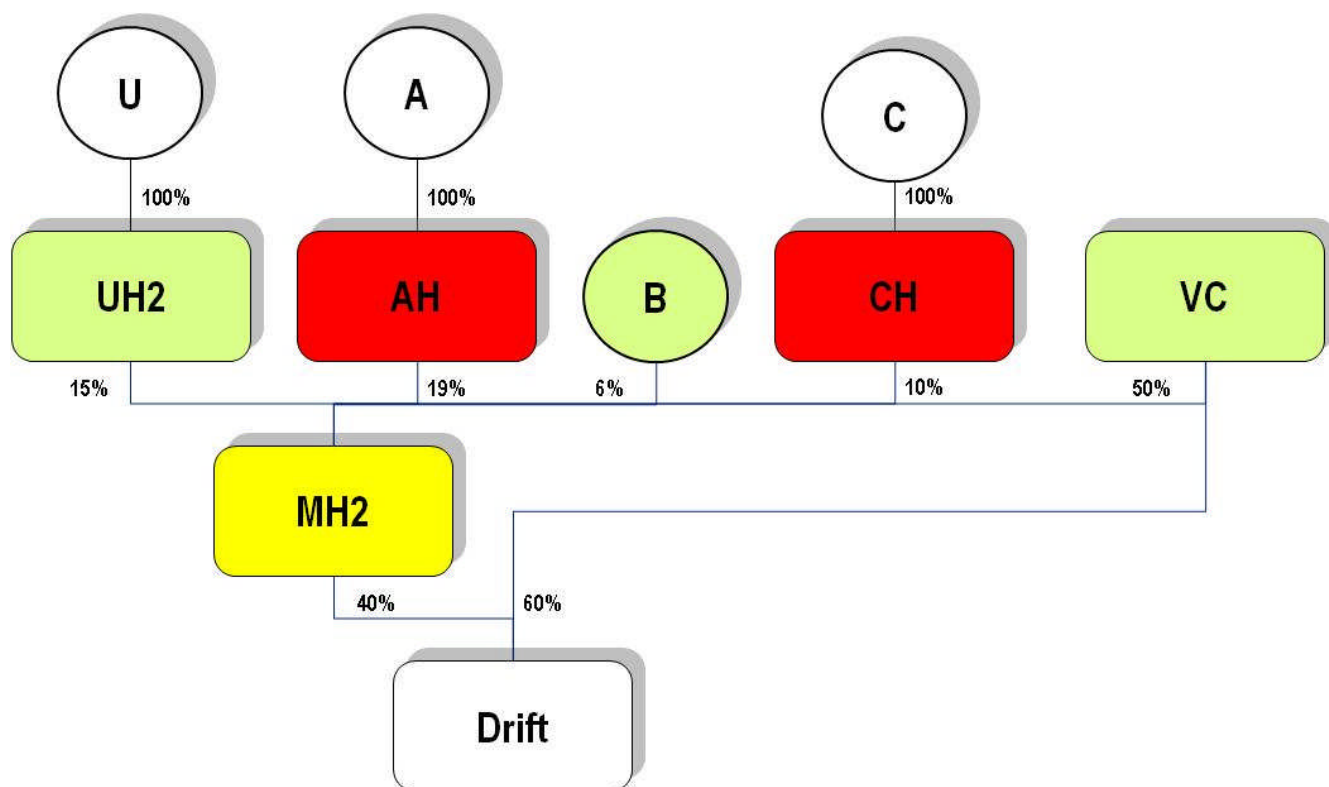


Grønne felter er ”gode” aktionærer

Røde felter er ”dårlige” aktionærer

Gule felter er mellemholdingselskaber

Bilag 3



Grønne felter er "gode" aktionærer

Røde felter er "dårlige" aktionærer

Gule felter er mellemholdingselskaber