



Af

AFSAGT

Af Jakob Bundgaard, ph.d., Professor
Managing director / CORIT Advisory

#Skat, virksomheder, selskaber, foreninger
og fonde #Skatter og afgifter #Skatteret

Lempelse af udbytte- beskatningen

– en rose med virkelig
spidse torne

1. Indledning

Endelig er det lykkedes at skabe flertal i det politiske landskab i Danmark med henblik på at skabe højere grad af neutralitet mellem den skattemæssige behandling af udbytter og avancer for selskabsaktionærer. Siden 2009 har dette været en alvorlig asymmetri i dansk skatteret, idet aktieavancer herefter generelt var skattefri (med væsentlige undtagelser for aktier i børsnoterede selskaber og visse andre situationer) for porteføljeaktionærer (under 10 % ejerskab), mens udbytter generelt var skattepligtige for porteføljeaktionærer. Flere regeringer og endnu flere skatteministre har lagt øre til beklagelser fra erhvervslivet, herunder ikke mindst fra iværksættere og brancheorganisationer for risikovillig kapital. I pro-



Retsgrundlaget

cessen blev beskatningen af udbytter til porteføljeaktionærer italesat som ”iværksætterskatten”. Med en ændring i 2014 blev der gnavet lidt af udbyttebeskatningen, idet man alene skulle indregne 70 % af udbyttet i den skattepligtige indkomst, som således herefter udgjorde 15,4 %. Med en politisk aftale om rammevilkår for iværksætteri i Danmark står denne sidste rest af ”iværksætterskatten” til at forsvinde. Foreløbigt er udsendt et udkast til lovforslag vedrørende Udmøntning af dele af Aftale om Iværksætterpakken.

Mine kommentarer i det følgende tager udgangspunkt i dette udkast og skal alene påpege en væsentlig detalje i forslaget, som tillige er en nyskabelse i dansk skatteret med betydeligt potentiale til at underminere formålet bag ophævelsen af udbyttebeskatningen.

2. Udformning af skattefritagelsen

2.1 Bærende hensyn

Lovændringen berører flere forskellige bestemmelser i skattelovgivningen, herunder navnlig SEL § 13 og SEL § 2. Inden jeg citerer forslaget til det nye retsgrundlag, er det relevant at fremhæve nogle vigtige bagvedliggende betragtninger i forhold til designet af lempelsen.

Så vidt vides, har Skatteministeriet været meget bekymrede over at skulle udbrede skattefriheden til udenlandske porteføljeinvestorer og har villet begrænse denne adgang så meget som overhovedet muligt. Det er jo således, at EU-retten spiller ind i denne henseende, og at kapitalens fri bevægelighed og dennes udstrækning til investorer i tredjelande har voldt kvaler i designet af lempelsen.

Det fremgår korrekt af bemærkningerne til lovudkastet, at EU-rettens regler om kapitalens fri bevægelighed betyder, at det ikke er muligt kun at fritage de danske selskabsinvestorer fra en beskatning af udbytter fra skattefri porteføljeaktier. På denne baggrund er den i forslaget valgte løsning, at der for udenlandske investorer indføres en betingelse om ikke at have bestem-

mende indflydelse, for at udenlandske selskaber uden for EU vil kunne modtage skattefrie udbytter fra skattefri porteføljeaktier. Dette vil bl.a. omfatte tilfælde, hvor en række investorer udøver fælles bestemmende indflydelse via en aftale eller via en skattemæssigt transparent enhed.

2.2 Udgående udbytter

For så vidt angår udgående udbytter formuleres ændringen således i forslaget:

I § 2, stk. 8, 4. pkt., ændres »selskabet m.v.« til: »den retmæssige ejer af udbyttet«, og efter »skattesager« indsættes: », dog udgør satsen 0 pct., hvis udbyttet modtages af skattefri porteføljeaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C, idet § 13, stk. 1, nr. 3, 2. og 3. pkt., finder tilsvarende anvendelse«.

Det foreslås i § 1, at i SEL § 2, stk. 8, indsættes efter 7. pkt. som nyt punktum:

Er den retmæssige ejer af udbyttet hjemmehørende i et land uden for EU, er det tillige en betingelse, at denne ikke har bestemmende indflydelse i det udbyttegivende selskab, jf. ligningslovens § 2.

Det anføres korrekt i bemærkningerne som en gengivelse af EU-Domstolens praksis, at det er etableringsfriheden i EU-retten, der finder anvendelse, hvor investeringen giver mulighed for at udøve en klar indflydelse på beslutningerne i et selskab og træffe afgørelse om dets drift. Kapitalens fri bevægelighed finder anvendelse, når kapitalandelene er erhvervet med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den.

Det er derved klart at man ikke ønsker at udvide skattefriheden ”unødvendigt” til investorer uden for EU, hvor disse investorer efter EU-retten ikke har krav på ligebehandling med danske investorer. Dog er det ikke omtalt nærmere, om der er fuldt overlap mellem det interne danske kontrolbegreb i LL § 2 og det EU-retlige kontrolbegreb, som er dynamisk udviklet af EU-Domstolen til brug for grænse- dragningen mellem kapitalens fri bevægelighed og etableringsfriheden.

Hvad angår den konkrete betingelse, er denne nok forståelig, men ikke desto mindre meget vanskelig at anvende og opfylde i praksis, idet det er de færreste kapital- eller venturefonde, der til brug for en dansk skattemæssig vurdering inden udbetaling af eventuelle udbytter kan og vil lægge internt aftalegrundlag frem som en nødvendighed for meningsfuldt at kunne vurdere kriteriet om kontrol, herunder navnlig kriteriet om ”fælles aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse”. Mit ærinde med dette indlæg er ikke at gå i detaljer med denne vurdering, som i sig selv er vanskelig.¹

I det nuværende klima med hæftelse og muligt ansvar i tilfælde af undladt indeholdelse af kildeskat ligger der en vis praktisk usikkerhed i forslaget på dette punkt, og jeg ville forvente, at flere ledelser og rådgivere vil udvise tilbageholdenhed med at anbefale udbytteudlodninger uden indeholdelse.

2.3 Indgående og nationale udbytter Retsgrundlaget

For så vidt angår indgående og nationale udbytter er billedet noget mere speget og den egentlige anledning til dette indlæg.

Det foreslås, at følgende i SEL § 13, stk. 1, indsættes efter nr. 2 som nyt nummer:

3) Udbytte, som de i § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j og 3 a-5 b, og § 2, stk. 1, litra a, nævnte selskaber m.v. modtager af skattefri porteføljeaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C, når modtageren er retmæssig ejer af udbytteudlodningen. 1. pkt. omfatter ikke udbytter, i det omfang det udbyttegivende selskab har fradrag for udbytteudlodningen. Bestemmelsen i 1. pkt. omfatter heller ikke udbytter, i det omfang et datterselskab på et lavere ejerniveau har haft fradrag for udbytteudlodningen, uden at fradraget er modsvaret af beskatning af udbytteudlodningen til et mellem-liggende niveau. Bestemmelsen i 1. pkt. omfatter ikke udbytte, hvor aktierne i det udbyttegivende selskab er omfattet af aktieavancebeskatningslovens §§ 17 eller 19 A. Bestemmelserne i 1.-4. pkt. finder tilsvarende anvendelse, hvor udbyttmodtageren er en forening m.v. omfattet af § 1, stk. 1, nr. 6, hvis midler ikke ifølge vedtægter el.lign. udelukkende kan anvendes til almenvelgørende eller på anden måde almennyttige formål.

Det foreslås tilsvarende i § 1, at der i den foreslåede SEL § 13, stk. 1, nr. 3, 1. pkt., fremgår følgende:

3) Udbytte, som de i § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j og 3 a-5 b, og § 2, stk. 1, litra a, nævnte selskaber m.v. modtager af skattefri porteføljeaktier, jf. aktieavan-

cebeskatningslovens § 4 C, når modtageren er retmæssig ejer af udbytteudlodningen.

Betingelse om retmæssigt ejerskab

Heraf ses, at forslaget udover at kunne medføre skattefrihed for udbytter af skattefri porteføljeaktier, tillige indeholder en ændring af kravene for at modtage skattefri udbytter, herunder også fra datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier. Forslaget stiller således som betingelse, at modtageren er ”retmæssig ejer” af det omhandlede udbytte.

Denne tilføjelse er virkelig overraskende og giver anledning til en række uklarheder. Disse uddybes nedenfor.

Inden dette er det dog nødvendigt at forstå, hvorfor Skatteministeriet øjensynligt har set et behov for at indføre begrebet retmæssig ejer i dansk skatteret.

I bemærkningerne til lovudkastet findes en forklaring:

”Betingelsen om retmæssig ejer skal ses i sammenhæng med lovforslagets § 1, nr. 4, hvorefter der opstilles en betingelse om ikke at have bestemmende indflydelse for, at udenlandske selskaber uden for EU vil kunne modtage skattefrie udbytter på unoterede porteføljeaktier. Har et udenlandsk selskab bestemmende indflydelse på det udbyttegivende selskab, og er det udenlandske selskab hjemmehørende uden for EU, vil det således ikke kunne modtage skattefrie udbytter på en unoteret porteføljeaktie. Som det fremgår af bemærkninger til denne bestemmelse, vil dette bl.a. omfatte tilfælde, hvor en række investorer udøver fælles bestemmende indflydelse via en aftale eller via en skattemæssigt transparente enhed.”

”Det ville imidlertid umiddelbart være muligt at udøve den fælles bestemmende indflydelse ved at oprette et dansk holdingselskab, som oprettes med henblik på at udøve den fælles bestemmende indflydelse. Denne omgæelsesmulighed forhindres imidlertid ved at indsætte betingelsen om, at danske moderselskaber skal være retmæssige ejere af udbytteudlodningen.”

Skatteministeriet ser tilsyneladende en omgæelsesmulighed vedr. udenlandske selskaber uden for EU, som i stedet kan udøve den ”fælles bestemmende indflydelse” ved at oprette et dansk holdingselskab, som oprettes med henblik på at udøve den fælles bestemmende indflydelse. Det er i dette lys, at skattefriheden begrænses for alle danske investorer, der modtager udbytte fra datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier eller skattefri porteføljeaktier, herunder i rent danske situationer.

For så vidt angår samspillet mellem denne nye bestemmelse og de øvrige bestemmelser vedrørende skattepligt af udbytter fremgår følgende af lovbemærkningerne:

”Det bemærkes, at der alene vil skulle ske indeholdelse af dansk kildeskat én gang i en udbyttegennemstrømning, selv om der måtte være flere gennemstrømninger af det samme udbytte fra danske selskaber. Ejers et dansk driftsselskab f.eks. indirekte af et moderselskab i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, via både et holdingselskab i et andet EU-land og et dansk holdingselskab, vil der ved gennemstrømning til først det danske holdingselskab og siden holdingselskabet i det andet EU-land alene skulle ske kildeskatteindeholdelse ved det første led i gennemstrømningen.”



Noter

- ¹ Se fx herom *Bundgaard*: Kapitalfonde i dansk og international skatteret, 2010, p. 261 ff.
- ² Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/2019), bilag 5 (uddybets i bilag 20).
- ³ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 17, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- ⁴ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål. 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- ⁵ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- ⁶ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.

Uklarheder

Med andre ord, hvor der udloddes udbytte fra et dansk selskab til et andet dansk selskab og videre herfra til udenlandske porteføljeaktionærer, skal der alene indeholdes skat ved den første interne danske udlodning. Dette er tillige en overraskende melding, og der synes ikke i udkastet af være indeholdt hjemmel til at sikre en sådan rangorden mellem de forskellige udbytteregler, således at den første indeholdelse udslukker evt. senere beskatning ved senere udlodninger op gennem strukturen. Dette burde da i det mindste fremgå klart af loven.

3. Uklarheder

Det er dog i mine øjne slet ikke en farbar vej der her lægges op til med anvendelse af begrebet retmæssig ejer, som en bestanddel af intern dansk skatteret mindst af følgende årsager:

- Retmæssig ejer er ikke et begreb som er udformet eller tidligere anvendt i intern dansk ret, men stammer fra angelsaksisk retstradition og er næppe egnet til formålet.
- Begrebet findes primært i skatteretlig henseende i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og enkelte EU-direktiver. Hvis begrebet skal anvendes i en national kontekst, hvilket indhold skal det da tillægges? Skal begrebet automatisk tillægges samme indhold som i EU-retten eller i dansk retspraksis i kølvandet herpå eller kan begrebet forstås i lyset af OECD's modeloverenskomst (statisk eller dynamisk?) eller under inddragelse af international retspraksis?
- Anvendelsen af denne begrebsdannelse vil give anledning til enorm usikkerhed i en national kontekst. I denne henseende henviser jeg blot til den vildtvoksende internationale praksis vedrørende forståelsen af begrebet. Der skulle jo gå godt 15 år inden

vi har fået retningslinjer fra EU-domstolen fra de 5 danske præjudicielle udbytte- og rentesager. Enhver udlodning kræver som bekendt en konkret tanskationsbestemt vurdering, hvor antallet af afgivne bindende svar efter de gældende regler vidner om den iboende usikkerhed i begrebet.

- Det skal således som et mindstemål af loven fremgå med sikkerhed, hvad begrebsindholdet er og om dette skal forstås i overensstemmelse med for tolkningen i den internationale skatteret. De foreløbigt indeholdte kommentarer, indeholder lidt vage henvisninger til, at begrebet "retmæssig ejer" blandt andet er andet anvendt i OECD's modeloverenskomst artikel 10-12 og i de dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er udformet i overensstemmelse med modeloverenskomsten. Ligeledes fremgår det, at der eksisterer en dansk retspraksis om begrebet, hvorefter »retmæssig ejer« må forstås i lyset af OECD-modeloverenskomsten, herunder OECD's kommentarer fra 1977 om imødegåelse af misbrug. Ifølge disse kommentarer har udtrykket til formål at sikre, at dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke hjælper til skatteunddragelse eller skatteflugt gennem "kunstgreb" og "kunstfærdige juridiske konstruktioner", der gør det "muligt at drage fordel både af de fordele, der følger af visse nationale love, og af de skattelempler, der følger af dobbeltbeskatningsoverenskomster." I de reviderede kommentarer fra 2003 er dette uddybet og præciseret, og det er bl.a. anført, at det ikke vil være »i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle indrømme lempelse af eller fritagelse for skat i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som agent eller mellemmand blot fungerer som »gennemstrømningsenhed« (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst.«. Tilsvarende hensyn er ikke til stede i en national dansk kontekst og selvom der henvises til Højesteretspraksis, skal det jo erindres, at denne praksis konkret vedrører forståelsen af netop overenskomster og EU-direktiver i en grænseoverskridende kontekst, hvorfor det ikke synes åbenbart, at dette uden videre kan overføres til en dansk kontekst.
- Hvorledes er samspillet med den generelle omgåelsesklausul? For så vidt angår sagerne om begrænset skattepligt og det heri indeholdt krav om retmæssig ejer har praksis efterhånden defineres samspillet således, at begge forhold vurderes, og at en kvalifikation som retmæssig ejer ikke automatisk frikender transaktionen fra at kunne være omfattet af omgåelsesklausulen, men ofte fører til en sådan frikendelse. I rent nationale forhold, kan LL § 3 principielt finde anvendelse på helt almindelige danske holdingselskabsstrukturer. Årsagen til, at sådanne konstruktioner efter gældende praksis ikke udfordres, er, så vidt ses, at Skatteministeren under lovbehandlingen gav svar på konkrete spørgsmål om behandlingen af eksisterende holdingselskaber til brug for opsparing, og skatteudskydelse og skattebesparelser.² Svaret var, at der efter GAAR'en vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition, som også kan omfatte nationale forhold.³ Konkret i forhold til anvendelsen af holdingselskaber blev det udtalt, at etablering af en given holdingselskabsstruktur ikke i sig selv kan medføre, at GAAR'en finder anvendelse. Dansk skatteret indeholder således ikke en forpligtelse til at udlodde udbytter fra et selskab til privatsfæren og dermed til at lade udbyttet beskattes hos den fysiske person.⁴ Det er således anerkendt, at aktionærerne kan vælge at lade kapitalen

forblive i deres selskaber, herunder i et eventuelt holdingselskab.⁵ Dog tages afslutningsvis det forbehold, at LL § 3 kan finde anvendelse, hvis det konkret måtte vise sig, at der er tale om et arrangement, som er tilrettelagt med det formål at opnå en uberettiget skattefordel.⁶ Med indførelsen af en betingelse om retmæssigt ejerskab, vil sådanne helt almindeligt forekommende strukturer vurderes på nu gennem en anden linse, hvor udfaldet måske ikke er givet.

Når man samtidig har vanskeligt ved at se det egentlige værnshensyn bag indførelse af et krav om retmæssigt ejerskab i danske forhold, synes dette er være en *ganske uproportional usikkerhed* at indføre, som går videre end de rene porteføljeaktionærer idet problemstillingen efter forslaget omfatter alle former for skattefrit udbytte.

Værnshensynet er således vanskeligt at få øje på, hvis man antager, at det udbytte som udloddes op gennem en dansk holdingselskabsstruktur i sidste ende, ikke kan forlade Danmark til udenlandske porteføljeaktionærer uden for EU, som indgår i en konstruktion som fører til statuering af kontrol (LL § 2).

Denne sidste bemærkning er båret af praktiske overvejelser, idet det næppe vil være praktisk muligt for eksempelvis en kapitalfond at erstatte en sædvanlig anvendt juridisk struktur med anvendelse af kommanditselskaber med danske holdingselskaber af kapital-selskabsform. Dermed indføres endnu en værnregel af hensyn der ikke synes realistiske.

En (erkendt mistroisk) tolkning af forslagens udformning kunne være, at selve forslaget om skattefritagelse ikke er groet i Departementets have og, at der derfor indføres tiltag som i skatteforvaltningens administration gør forslagets rækkevidde yderst begrænset i praksis.

I lyset af denne konstaterede uklarhed, er det vigtigt i praksis at forstå, om visse sædvanlige situationer relativt let kan forventes at kunne opfylde lovens betingelser for skattefrihed. Jeg er nok erhvervsskadet, men de vage formuleringer som er indeholdt i udkastet, synes ikke at give tilstrækkelig tryghed i dette forhold. Det udtales, at betingelsen ikke vil have betydning *uden for misbrugstilfælde*. Betingelse vil således ifølge lovbemærkningerne ikke have betydning:

- hvor der blot oprettes et dansk holdingselskab til akkumulering af overskuddet fra investeringer i f.eks. unoterede porteføljeaktier.
- hvis den retmæssige ejer ved gennemstrømning selv ville være berettiget til skattefritagelse, eller
- hvis den retmæssige ejer er en fysisk person hjemmehørende i Danmark, der beskattes af udbytteudlodningen.

Selvom disse afgrænsninger bestemt er vigtige, er sådanne efter min opfattelse næppe tilstrækkelige til at kunne støtte ret på i praksis, og da slet ikke til at gardere sig mod Skattestyrelsens meget brede fortolkning af sin formålsparagraf om stedse at teste grænserne for gældende lovgivning. Lovgrundlaget for at udfordre almindelige strukturer er således til stede, selvom bemærkningerne måtte indeholde nogle eksempler som indikerer et begrænset anvendelsesområde.

4. Afslutning

Det er mit oprigtige håb, at lovforslaget bliver justeret inden det bliver endeligt vedtaget og at denne detalje ikke kommer til at overskygge for det meget positive signal i at lytte til erhvervslivets behov for adgang til kapital.

Indtil da må det nok konstateres, at forslaget nok i udgangspunktet og i billedlig tale er en rose, men at denne rose har nogle virkelig spidse torne.

