

Koncernskatteretlige neutralitetsstudier

Til Cathrine

Jakob Bundgaard

Koncernskatteretlige neutralitetsstudier

- studier i udbredelsen af skattnneutralitet ved transaktioner
i den internationale koncernskatteret

Jakob Bundgaard

Koncernskatteretlige neutralitetsstudier

1. udgave/1. oplag

© GadJura, Thomson Information A/S (ITID A/S), København 1999

ISBN 87-607-0514-0

Omslag: Grafisk Værk A/S, Frederiksberg

Tryk: AKA-Print A/S, Århus

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Forord

Organiseringen af virksomhedsdrift af såvel national som international karakter foretages i et stigende omfang gennem koncerner. En naturlig følge heraf er forøget fokus på de retlige problemer der knytter sig til dette fænomen. Denne bog behandler nogle overordnede problemer i forbindelse med beskattningen af grænseoverskridende koncerner. Temaet er det grundlæggende spørgsmål om hvorvidt og i hvilken udstrækning der tilvejebringes og bør tilvejebringes skattemæssig neutralitet for selskaber organiseret i koncernskikkelse. Der fokuseres i denne forbindelse udelukkende på den neutralitetssituation der opstår gennem tildeling af rettigheder til koncerner. En samlet fremstilling bør tillige indeholde en detaljeret gennemgang af udbredelsen af de pligter der i endnu videre omfang pålægges koncernerne. Det understreges således at der ikke er tale om en generel fremstilling af det retsområde der vedrører koncernbeskattningen. Noget sådant henlægges til senere studier.

Retsteoretisk behandles den givne problemstilling ved at overveje neutralitetsbegrebets teoretiske fundament og berettigelse. *Retsdogmatisk* behandles begrebet ved en undersøgelse af gældende ret set i lyset af denne reguleringsstandard om neutralitet. Fornuftigst forekommer det dog også at medtage reguleringsforslag fra EU selvom disse endnu ikke er vedtaget og ligeledes allerede vedtagne retsforskrifter der blot endnu savner civilretligt hjemmelsgrundlag og derfor indtil videre befinder sig i en tilstand af *lex imperfecta*. Begrundelsen herfor er blandt andet det forhold, at de nyeste politiske tendenser i EU på skatteområdet lader til at gøre harmoniseringsbestræbelserne mere realistiske. *Retssammenlignende* tages der i artiklen inspiration i amerikansk føderal koncernskatteret. Endelig *retspolitik* sammenholdes ovenstående med henblik på formuleringen af normative udsagn om såvel nugældende forskrifter som forventninger til fremtidig regulering på området.

Baggrunden for en fremstilling som denne er baseret på det forhold, at der sjældent fremkommer indlæg om grundbegreber i den faglige debat. Snarere lader retsvidenskabens rolle på skatterettens område til at være ajourførende behandling af den eksisterende regulering i sin uoverskuelige og evigt voksende form. Det er således sjældent der ses publiceret overvejelser over skattnneutralitetsbegrebet i koncernkontekst og dets udbredelse eller andre grundbegreber i almindelighed for den sags skyld. Det må utvivlsomt lægges til grund, at neutralitetsbegrebet har

stor betydning, men samtidig, at det lever en stille tilværelse i Danmark. Nærværende bog skal ikke overvejende ses som et fortolkningsbidrag til gældende ret men mest af alt som en perspektivering over store dele af koncernbeskatningen.

Bogen er en let modificeret og opdateret udgave af min kandidatafhandling, af samme titel, fra erhvervsjurauddannelsen (Cand.Merc.Jur.) ved Aalborg Universitet, 1998. Afhandlingen blev udarbejdet i tidsrummet februar 1998 til september 1998.

Der er siden færdiggørelsen dog fremkommet yderligere litteratur med berøringsflade til de her behandlede retsområder ligesom der er sket visse lovgivningsmæssige ændringer og er fremkommet rets- og administrativ på visse områder. Der er kun i begrænset omfang taget hensyn hertil i det omfang det er skønnet af betydning. Således er ny litteratur ikke kommenteret mens relevante lovændringer dog har medført visse tilføjelser og praksis kun er inddraget hvor dette har selvstændig belysende og fremstillingsmæssig værdi. Af ny litteratur med berøring til behandlingen i afhandlingen kan som de væsentligste danske bidrag fremhæves: Generationsskifte – Omstrukturering af *Michael Serup*, Holdingselskaber af *Lennart Lynge Andersen*, *Erik Werlauff & Niels Ørsgaard*, og Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning af *Jan Pedersen* alle ultimo 1998.

På det lovgivningsmæssige område er der med lov nr. 1026 af 23.12. 1998 (L 53) indført betydelige ændringer i visse dele af de danske koncernregler i relation til udbyttebetalinger. Disse er indarbejdet. Ligeledes foreligger et lovforslag nr. L 87 der medfører en objektivisering af visse dele af skattelovgivningen. De skønnede virkninger af en eventuel vedtagelse heraf er vurderet.

Sluttelig vil jeg gerne benytte lejligheden til at takke Erik Werlauff der har fungeret som vejleder på afhandlingen. Han har givet mig stor faglig støtte og inspiration af uvurderlig betydning for afhandlingen. Ligeledes har Allan Braad Larsen bidraget stort ved at læse manuskriptet igennem før indlevering til bedømmelse, jeg takker ham for denne indsats.

København april 1999
Jakob Bundgaard

Indholdsfortegnelse

Forord 5

Indholdsfortegnelse 7

Anvendte forkortelser 13

Signaturforklaringer 15

Del I Indledende bemærkninger 17

1. Indledning 17
2. Afgrænsning, begrebsdannelse/terminologi og problemidentifikation 20
 - 2.1. Afgrænsning 20
 - 2.2. Begrebsdannelse og terminologi 21
 - 2.2.1. Skatteneutralitetsbegrebet 21
 - 2.2.2. Det anvendte neutralitetsbegreb som et delbegreb af enhedsteorien 32
 - 2.2.3. Skatterettens relationsbetingede koncernbegreb – hvilken betydning må det tillægges her? 38
 - 2.3. Problemidentifikation 39
 - 2.4. Arbejdshypotese 46
3. Metode og disposition 47

Del II Det relevante retsgrundlag 53

1. Unilaterale retskildefaktorer 53
2. Bi- og multilaterale retskildefaktorer 54
 - 2.1. Generelle spørgsmål 54
 - 2.2. Formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster 54
 - 2.3. Indgåelse, virkning og fortolkning af overenskomsterne 56
3. Supranationale retskildefaktorer 59
 - 3.1. Unionsskatterettens formål, baggrund og udviklingsstatus 59
 - 3.2. Anvendte retsakter 64
 - 3.3. Fortolkning, virkning og retskildeværdi 66
4. Det dynamiske samspil mellem de omhandlede retskildesystemer 68

Del III Koncernetablering 73

Hypotese #1: Koncernetablering 73

1. Indledning til Del III-VI 73
2. Koncerndannelse gennem fusion 74
 - 2.1. Ratio legis – almindeligt led 74

- 2.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 80
- 2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 93
- 3. Koncerndannelse gennem “uægte” spaltning 98
 - 3.1. Almindeligt led 98
 - 3.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 101
 - 3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 102
- 4. Datterselskabsdannelse gennem virksomhedsoverdragelse (tilførsel af aktiver) 103
 - 4.1. Ratio legis – almindeligt led 103
 - 4.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 105
 - 4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 118
- 5. Datterselskabsopkøb gennem majoritetsovertagelse (aktieombytning) 119
 - 5.1. Ratio legis – almindeligt led 119
 - 5.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 121
 - 5.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 131
- 6. Moderselskabsdannelse gennem majoritetsoverdragelse (aktieombytning) 133
 - 6.1. Ratio legis – almindeligt led 133
 - 6.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 134
 - 6.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 134
- 7. Sammenfatning 134

Del IV Koncerneksistens 137

Hypotese #2: Koncerneksistens 137

- 1. Indledning 138
- 2. Overskudsgivende drift 139
 - 2.1. Immaterielle aktiver 139
 - 2.1.1. Afholdte F&U udgifter 139
 - 2.1.1.1. Almindeligt led 139
 - 2.1.1.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 147
 - 2.1.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 148
 - 2.1.2. Betalinger vedrørende koncessioner, patenter, varemærker samt lignende rettigheder (royalties eller licenser) og handel med disse 149
 - 2.1.2.1. Ratio legis – almindeligt led 149

- 2.1.2.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 152
- 2.1.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 159
- 2.1.3. Overdragelse af goodwill 160
 - 2.1.3.1. Ratio legis – almindeligt led 160
 - 2.1.3.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 161
 - 2.1.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 164
- 2.2. Materielle goder 164
 - 2.2.1. Handel med varer 164
 - 2.2.1.1. Almindeligt led 164
 - 2.2.1.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 165
 - 2.2.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 165
 - 2.2.2. Udførelse af tjenesteydelser 166
 - 2.2.2.1. Almindeligt led 166
 - 2.2.2.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 166
 - 2.2.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 169
 - 2.2.3. Øvrige materielle goder 170
 - 2.2.3.1. Almindeligt led 170
 - 2.2.3.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 170
 - 2.2.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 171
- 2.3. Finansielle goder 171
 - 2.3.1. Udbyttebetalinger fra kapitalinteresser i selskaber/ Hjemtagelse af overskud via udbyttebetalinger 171
 - 2.3.1.1. Ratio legis – almindeligt led 171
 - 2.3.1.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 177
 - 2.3.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 197
 - 2.3.2. Rentebetalinger fra tilgodehavender i dattervirksomheder/ koncernmellemværender – herunder finansieringsvilkår 200
 - 2.3.2.1. Ratio legis – almindeligt led 200

- 2.3.2.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 203
 - 2.3.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 206
 - 2.3.3. Tab/gevinst på koncerninterne fordringer og gæld 208
 - 2.3.3.1. Almindeligt led 208
 - 2.3.3.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 212
 - 2.3.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 213
 - 2.3.4. Handel med værdipapirer (aktier o.lign.) 214
 - 2.3.4.1. Almindeligt led 214
 - 2.3.4.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 215
 - 2.3.4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 216
- 2.4. Afskaffelse af økonomisk dobbeltbeskatning gennem retsmidler til afbødning af transfer pricing korrektioner 217
 - 2.4.1. Ratio legis – almindeligt led 217
 - 2.4.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 219
 - 2.4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 228
- 3. Underskudsgivende drift 229
 - 3.1. Muligheder for underskudsoverførsel (carry over) 229
 - 3.1.1. Ratio legis – almindeligt led 229
 - 3.1.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 230
 - 3.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 236
 - 3.2. Muligheder for underskudsmedregning 236
 - 3.2.1. Ratio legis – almindeligt led 236
 - 3.2.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 244
 - 3.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 263
 - 3.3. Koncernbidrag, tilskud o.lign 265
 - 3.3.1. Almindeligt led 265
 - 3.3.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 274
 - 3.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 276
- 4. Sammenfatning 276

Del V Koncernomstruktureringer 279

Hypotese #3: Koncernomstruktureringer 279

1. Indledning 279
2. Omstruktureringer gennem fusion 281
 - 2.1. Ratio legis – almindeligt led 281
 - 2.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led 281
 - 2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 284
3. Omstruktureringer gennem spaltning 284
 - 3.1. Ratio legis – almindeligt led 284
 - 3.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led 286
 - 3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 298
4. Omstruktureringer gennem opkøb af virksomhed mod vederlag i aktier og omdannelse af filial til datterselskab (tilførsel af aktiver) 300
 - 4.1. Ratio legis – almindeligt led 300
 - 4.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led 302
 - 4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 302
5. Omstruktureringer gennem majoritetsoverdragelse (aktieombytning) 303
 - 5.1. Ratio legis – almindeligt led 303
 - 5.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led 304
 - 5.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 304
6. Sammenfatning 305

Del VI Koncernophør 307

Hypotese #4: Koncernophør 307

1. Indledning 307
2. Ophør gennem likvidation 308
 - 2.1. Almindeligt led 308
 - 2.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led 311
 - 2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 312
3. Ophør gennem fusion 314
 - 3.1. Ratio legis – almindeligt led 314
 - 3.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led 315
 - 3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 315

4. Ophør gennem spaltning 315
 - 4.1. Ratio legis – almindeligt led 315
 - 4.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led 316
 - 4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret 316
5. Sammenfatning 316

Del VII Vurdering af enhedsbetragtningen 317

1. Generelt 317
2. Økonomiske faktorer 318
 - 2.1. Paradigmet om separate enheder i økonomisk belysning 319
 - 2.2. Unitary method 323
 - 2.3. En skat på konsoliderede EU overskud 325
3. Juridiske og almene faktorer 328
 - 3.1. Retssikkerhed 329
 - 3.2. Bred teoretisk tilslutning, overensstemmelse med virkeligheden og anvendelse indenfor andre retsområder 331
4. Resultat og udledninger 332

Del VIII Afsluttende bemærkninger 335

1. Konklusion 335
2. Retspolitik og fremtidsvisioner (De lege ferenda) 337

Abstract in English 344

Litteraturfortegnelse 347

Domme, kendelser mv. 367

Nyttige internetadresser 370

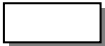
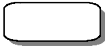
Stikordsregister 371

Anvendte forkortelser

Afskrl	Afskrivningsloven
AL	Aktieselskabsloven
ABL	Aktieavancebeskatningsloven
ApL	Anpartsselskabsloven
Bekg.	Bekendtgørelse
Bet.	Betænkning
BF	Bindende forhåndsbesked
BIFD	Bulletin for International Fiscal Documentation
Cirk.	Cirkulære
CMLR	Common Marked Law Review
CP	Cost Plus method
CPM	Comparable Profits Method
CUP	Comparable Uncontrolled Price method
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
EBL	Ejendomsavancebeskatningsloven
EFT	De Europæiske Fællesskabers Tidende
ECTR	EC Tax Review
ET	European Taxation
EU	Den Europæiske Union
EØF	De Europæiske Økonomiske Fællesskaber
FOB	Årsberetning fra Folketingets ombudsmand
FT	Folketingstidende
FUL	Fusionsskatteloven
H	Højesterets dom eller kendelse
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
J	Juristen
KGL	Kursgevinstloven
KKSL	Konkursskatteloven
KOM	Arbejdsdokument fra Kommissionen
KSL	Kildeskatteloven
L	Lovforslag
LL	Ligningsloven
LR	Ligningsrådets afgørelse
LSK	Landsskatteretskendelse
LSR	Landsskatteretten
LSRM	Landsskatterettens afgørelser og meddelelser
LV	Ligningsvejledningen

LVD	Ligningsvejledning for dobbeltbeskatning
LVS	Ligningsvejledning for selskaber
MDBO	Modeldobbeltbeskatningsoverenskomst
MNE	Multinational Enterprise
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PSM	Profit Split Method
R&R	Revision & Regnskabsvæsen
rpl.	Retsplejeloven
RPM	Resale Price Method
Saml.	EF-domstolens Samling af afgørelser
SD	(tidl.) Statsskattedirektoratet
Sec.	Section
SEK	Internt arbejdsdokument fra Kommissionen
SEL	Selskabsskatteloven
SKD	Skatteministeriets Departement
SKL	Skattekontrolloven
SL	Statsskatteloven
SO	Skattepolitisk Oversigt
SU	Skat Udland
TEF	Traktaten om det europæiske økonomiske fællesskab
TEU	Traktaten om Den Europæiske Union
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
TNMM	Transactional Net Margin Method
Treas. Reg.	Treasury Regulation
T&S	Told & Skat
TSN	Told og Skat Nyt (nu TfS)
U eller UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
USMBO	Den amerikanske modeldobbeltbeskatningsoverenskomst
V	Vestre Landsrets dom eller kendelse
VOL	Virksomhedsomdannelsesloven
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ø	Østre Landsrets dom eller kendelse
ÅRL	Årsregnskabsloven

Signaturforklaringer

	Selskab
	Fast driftssted
	Aktionærkreds
	Ophørende selskab
	Ejerskab (før og efter)
	Retning på en transaktion
	Resultat af en transaktion
	Landegrænse

Del I Indledende bemærkninger

1. Indledning

Emnevalget for denne afhandling, som jeg har valgt at navngive “*Koncernskatteretlige neutralitetsstudier*” befinder sig begrebsmæssigt indenfor den danske internationale skatteret. Hertil kan føjes international skatteplanlægning. I forbindelse med dette valgte fokus falder det naturligt at spørge til relevansen heraf. Som det vil fremgå kan det efter min opfattelse med rette antages, at der eksisterer et behov for undersøgelser udi den internationale skatterets ansporende problemkredse samt skatteplanlægningens muligheder. Begrundelserne for denne antagelse må søges i den stigende internationalisering af verdens økonomier og som en afledt størrelse heraf det betydelige behov for bevarelse og skabelse af konkurrencemuligheder for dansk erhvervsliv.

Det fremgår med allerstørste tydelighed hvor aktuel en behandling af internationale skatteproblemer er, når blikket rettes mod den ganske hektiske lovgivningsaktivitet på udlandsskatteområdet i Danmark. Her tænkes specielt på de store lovstrammingspakker i 1995 og 1996 ved L 35 (om international beskatning)¹ og L 118 (om international sambeskatning mv.)² samt fiscus’ genmæle i transfer pricing forhold ved L 84 (af 14/11 1997, lov, nr. 131 af 25/2 1998) og senest i L 101 af 2/6 1998³ om materiel transfer pricing (ny LL § 2 til afløsning af SEL § 12) og værn mod tynd kapitalisering (SEL § 11) samt lov nr. 1026 af 23.12. 1998 om international beskatning af udbytter og aktieavancer m.v. I unionssammenhæng er der ligeledes aktivitet grundet tendenserne i den internationale skatteudvikling, herunder specielt den skadelige skattekonkurrence. Se blot eksempelvis hertil den såkaldte Monti-rapport⁴, Kommissionens seneste handlingsplan for det indre marked⁵, tiltrædelse af et adfærdskodeks vedrørende skattekonkurrence i Rådet⁶ samt det nyeste udkast til et rente-royaltykildeskattedirektiv (af 4.3.1998) og endelig ud-

1. Lov nr. 312 af 17.5.1995 fremsat den 2. november 1994.

2. Lov nr. 487 af 12.6.1996 fremsat den 6. december 1995. Se nu til den praktiske anvendelse af både L 35 og L 118 cirk. nr. 82 af 29.5.1997.

3. Som et oprindeligt led i den såkaldte “pinsepakke”.

4. KOM(96) 546 endelig udg. “Beskatning i Den Europæiske Union – Rapport om udviklingen i skatte- og afgiftssystemerne”. Navngivet efter udvalgets formand Kommissær Mario Monti.

5. CSE(97) 1 af 4. juni 1997 på baggrund af KOM(97) 184 endelig udg.

videlsesforslagene til de eksisterende selskabsskattedirektivers anvendelsesområde (KOM (93) 293).

En yderligere justification af det valgte emne kan findes i den for erhvervsjurauddannelsen givne fagprofil, der i alt væsentligt på det juridiske felt er præventivt orienteret, således også denne fremstilling. En af de bedrifter der i dansk ret må krediteres daværende professor nu højesteretsdommer Børge Dahl, er en tydeliggørelse af de erhvervsmæssige behov for brugen af erhvervsjura som et ledelsesredskab⁷ gennem forebyggelse⁸. Om end professorens behandling foretoges indenfor privatretten synes de frembragte synspunkter af en sådan styrke, at disse uden videre kan overføres på andre områder af den juridiske begrebsverden, også skatteretten. Den lærdom af relevans for denne afhandling og skatteretten i almindelighed der kan hentes hos Børge Dahl, ligger hovedsageligt i budskabet om at bruge juraen som en styringsparameter blandt mange for en virksomhedsledelse og her igennem indrette virksomhedens forhold således, at virksomheden overordnet set agerer optimalt. Hvordan kan en virksomhed så indrette sig efter sådanne flotte (og lidt konkrete) udsagn i sin skattepolitik? Jo, her må der planlægges og herunder stedse have det præventive element i erindring. Virksomheder kan gennem *skatteplanlægning*⁹ indrette deres forhold således, at disses situation skattemæssigt set maksimeres¹⁰. Hertil kommer, at man gennem det præventive sigte sørger for at bibeholde realitet i sine transaktioner for herved at undgå efterfølgende korrektive indgreb mv.

6. Tiltrådt den 2. december 1997, på baggrund af KOM(97) 564 endelig udg. "En pakke til tackling af skadelig skattekonkurrence i Den Europæiske Union". Det pågældende adfærdskodeks er refereret i SU 1998,34. Det må nok betvivles hvilken retlig vægt et sådant kodeks, der antager karakter af soft law, kan tillægges i forbindelse med efterfølgende retshåndhævelse. Dog må dog lægges til grund, at Domstolen i sin afgørelse af konkrete forelæggelser tillægger sådanne ikke-bindende retsakter betydning til støtte for bestemte resultater, jfr. herom *Ruth Nielsen*: EU ret, 1996, s. 57ff og samme i *Retskilderne*, 1997, s. 95ff. At det pågældende kodeks netop er soft law kan udledes af *K.C. Wellens & G.M. Borchardt*: Soft law in European Community Law, *European Law Review*, 1989, s. 274.
7. Specielt i afhandlingen "Erhvervsjura som et ledelsesredskab", i FSR's årsskrift 1990, hvilken må antages at være inspireret fra USA hvor fænomenet kendes som "law as a management tool". På linie hermed i den skatteretlige litteratur findes *Skatterådgivning – metode og teknik*, 1995, af *Ulrik Gorm Møller* der søger at gøre skatteplanlægningen til en integreret bestanddel af virksomheders økonomiske styring.
8. Tankegangen har siden vundet større udbredelse idet det netop er dette tankegods der ligger til grund for den nylige omstrukturering- og prioritering på den juridiske kandidatuddannelse, jfr. herved Henrik Zahle's indlæg ved det juridiske fakultets konference "Hvad vil vi med jurauddannelsen", 30. september 1996, refereret i *Juristen* 1996.77.

Det just fremhævede udgør således, sammen med hovedmotivet; at erhverve den erhvervsjuridiske kandidatgrad, grundlaget for udarbej-

9. Begrebet anvendes ofte synonymt med begrebet skattetænkning, jfr. hertil *Robert Koch Nielsen* i SO 1984.46 og *Jan Pedersen: Skatteudnyttelse*, 1989, s. 27 med note 11. Dog kan det anføres, at skattetækningsdefinitionen, som den defineres hos sidstnævnte, vækker odiøs klang og i realiteten er et snæverere begreb end skatteplanlægningsbegrebet. Skattetænkning defineres *som sådanne skatteudnyttelser, som efter gældende skatteret må opretholdes ved ligningen uden hensyn til, om de herved indebærer en af lovgivningsmagten utilsigtet eller uønsket skattefordel*. Her overfor må det nok antages, at skatteplanlægning som begreb er en overbetegnelse for såvel skattetænkning som den optimale anvendelse af skatteregler, hvor lovgivningen eksplícit lægger op til, at der skal være forbundet fordele med at anvende den pågældende skattelovgivning.

Generelt om den definitoriske behandling af begrebet i dansk ret kan henvises til *Jan Pedersen: Skatteorientering* 3.7. 1985 og samme i *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 25ff og i *Skatte & afgiftsstrafferet*, 1996, s. 61 overført til fiskalstrafferetten samt *Ulrik Gorm Møller: Skatterådgivning – metode og teknik*, 1996, s. 21f. Begrebet gives i den skatteretlige litteratur en egentlig retlig definition, mens det modsat tilægges økonomistyringsindhold hos *Ulrik Gorm Møller op.cit.*, en antagelse der er alment accepteret og benyttet i den revisionsorienterede skatteret. Se blot *Søren Stenholdt* i *Skatteplanlægning i internationale koncerner*, Skatteorientering, Artikler 57, 7.7, 1990, *Lena Falk* og *Claus Pedersen: Skatteplanlægning i internationale koncerner*, 1996 med side 12 samt forudsætningsvis *Jo Ann Catalano* og *Ines Maly* "Planning Opportunities Through Loss Utilization Strategies", *World Tax News* 1995/3, s. 1ff. Uanset den valgte definition lader der til at være enighed om, at det essentielle i begrebet er det, at der på legitim vis tilsigtes en minimering af skattebyrden. Efter en pragmatisk vurdering findes det dog, at bør udvides til også at indbefatte et præventivt element, idet noget sådant efter min vurdering falder ganske naturligt indenfor et planlægningsbegreb såfremt dette skal have almen gyldighed. Årsagen hertil er, at erhvervsjuristen aldrig bør glemme det juridiske ophav og kaste sig ufortrødent over blotte konsekvensberegninger uden iagttagelse retlige faldgruber. Om end planlægningsbegrebet i bund og grund er et spørgsmål om minimering af skatteudgifterne, er det ikke siftet med dette speciale at foretage deciderede konsekvensberegninger, idet genstanden søges opretholdt omkring *skatteretten* og ikke udelukkende omkring *skatten*. Af disse betragtninger kan det efterfølgende udledes, at det skatteplanlægningsbegreb der er underliggende for denne afhandling er tillempt i fornødent olfang i harmoni med den præventive tankegang, dog uden herved at øve vold på begrebets hidtidige udformning. Som en sidste modifikation er temaet jo som nævnt skattnøutralitet, hvormed ikke følger undersøgelse af eventuelle utilsigtede muligheder i lovgivningen for gunstig beskatning, men snarere en undersøgelse af de tilsigtede muligheder for virksomheder af grænseoverskridende karakter (hvilket jfr. tidligere denne note er en del af skatteplanlægningsbegrebet). Trods alle anførte modifikationer findes det alligevel forsvareligt at rubricere neutralitetsstudier fra en koncernsynsvinkel som planlægning.

10. Gennem iagttagelse af et sådant optimering/maksimeringshensyn kan afhandlingen tillige antages at antage driftsøkonomisk karakter idet skattebetalinger må opfattes som driftsomkostninger på linie med andre sådanne omkostninger.

delsen af denne afhandling, idet jeg herved ønsker at bidrage til frem-melsen af denne tankegang. Endelig bør det fremhæves, at afhandling-ens natur ydermere er retsteoretisk- og politisk.

2. Afgrænsning, begrebsdannelse/terminologi og problem-identifikation

2.1. Afgrænsning

Der skal følgende foretages visse emnemæssige afgrænsninger. På det overordnede plan må som en negativ afgrænsning bemærkes, at der i denne afhandling ikke tages højde for indirekte skatter og sociale bi-drag¹¹ og dermed modsætningsvis udelukkende behandles problemer vedrørende den *direkte beskatning*. Som en anden afgrænsning må anfø-res, hvilket burde være fremkommet ovenfor, at interessefokus befinder sig på den internationale *selskabsskatteret* hvilket således udelukker per-sonbeskatningen. Ligeledes negativt afgrænsende kan det anføres, at vis-se dele af den formelle skatteret i form af samarbejdskonventioner o.lign. udeholdes. Positivt kan det her overfor tilføjes, at den benyttede synsvinkel tager udgangspunkt i dansk hjemmehørende (fuldt/ube-grænsede skattepligtige efter SEL § 1) koncerner der ønsker at entrere grænseoverskridende virksomhedsdrift, dog her geografisk begrænset til området for Den Europæiske Union, eller allerede har udlandsaktivite-ter og nu efterfølgende ønsker at optimere sin skattemæssige position. Det er imidlertid klart, at væsentlige dele af nedenstående undersøgelser tillige har relevans for selskaber med domicil i andre stater grundet af-handlingens internationale islæt.

På det mere konkrete skatteretlige område er afhandlingen centreret om den internationale koncernskatteret. Ved tilkendegivelsen af den in-ternationale fokusering på skatterettens område er således også identifi-ceret en placering i centrum blandt den internationale skatterets tre retskildesystemer; den nationale udlandsskatteret, den OECD-inspirere-de modeloverenskomstbeskatningsret af folkeretlig karakter samt den unionsbaserede (og dermed oftest supranationale) selskabsskatteret¹².

Det klare skatteretlige udgangspunkt f.s.v.a. koncerner er skattemæs-sig særbehandling, hvorved de enkelte koncernselskaber opfattes som selvstændige skattesubjekter¹³. Dette udgangspunkt brydes af visse for

11. Som i sig selv er overordentligt vigtige i forbindelse med rådgivning om selskabers udlandsaktivitet. Dobbeltbeskatningsoverenskomster omfatter ikke disse skattebe-talinger der således må søges lempelse for i eventuelt indgåede socialoverenskom-ster, jfr. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1994, s. 20.

koncerner specielt gældende regler. Udformningen af disse regler varierer stærkt. En del bestemmelser er til for at skabe skattemæssig neutralitet mellem forskellige måder at organisere sin virksomhed på. Andre sigter til at forhindre at interessefællesskabet udnyttes på en for lovgiver uacceptabel måde. Selv i disse tilfælde kan det siges at neutralitetshen-syn har været årsag til reglernes eksistens og udformning. Der findes forskellige metoder til at opnå neutralitet mellem koncerner og enkeltstående virksomheder der driver en tilsvarende type virksomhed, og der bør findes regler med sigte herpå. Neutralitetsprincippet har stor betydning for udformningen af koncernreglerne. Der kan herunder med udbytte sondres mellem fordels- og ulempe Lovgivning¹⁴. *Fordels Lovgivning* (eller rettigheds Lovgivning) kunne den vel også benævnes) er de bestemmelser der sigter til at undgå skadevirkning på koncernerne som er grundet i disses valg af organisationsform¹⁵. *Ulempe Lovgivning* (eller pligt Lovgivning) kunne den vel også benævnes) sigter til at hindre det faktum, at foretagender i interessefællesskab kan samvirke på en måde som leder til et for lovgiver skattemæssigt uacceptabelt resultat. Disse regler skal således tage hånd om udnyttelsessituationer. Udmærkende for denne type Lovgivning er, at betingelserne er vagt udformet¹⁶.

2.2. Begrebsdannelse og terminologi

2.2.1. Skatteneutralitetsbegrebet

Det er væsentligt, klart at få defineret den her anvendte betydning af begrebet skatteneutralitet samt hvad der skal forstås ved en koncern i denne skatteretlige sammenhæng. En fastlæggelse af neutralitetsbegrebet er i særdeleshed nødvendig idet begrebet anvendes inkonsekvent og ofte

12. I den danske skatteretslitteratur af international beskaffenhed behandles almindeligvis dette af tre retsordner bestående brydningspunkt, se blot eksempelvis hertil *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996 samt *Søren Næsborg Jensen*: EU-selskabsskatteret, 1997. Sidstnævnte er forfatterens Ph.d.-afhandling hvilken er anmeldt af *Erik Werlauff* i UfR 1998B.186.
13. Jfr. hertil *Bertil Wiman*: Koncernbeskatning 1995, s. 19, *J.O. Engholm Jacobsen m.fl.*: Skatteretten 2, 1995, s.438f, *Svend Høgsberg Kristensen*: Beskatning af koncerner, 1981, s. 146 samt *Erik Werlauff*: Koncernretten 1996, s. 193.
14. Jfr. *Bertil Wiman* l.c.
15. *Wiman* l.c. anfører generelt om denne kategori, at den udmærkes ved en præcis udformning, med klar angivelse af de betingelser som skal være opfyldt for at opnå de fordele som retsfølgen indebærer. For en tilsvarende konklusion på den danske koncernskatterets område kan nok henvises til *Erik Werlauff* i SU 1996.231 i forbindelse med en gennemgang af visse rettigheder og pligter for koncerner.
16. Jfr. *Bertil Wiman* l.c. og *Erik Werlauff* l.c. Sidstnævnte anfører yderligere, at retsformen vedrørende pligtvirkninger ikke tages så nøje, hvilket forhold forekommer retssikkerhedsmæssigt betænkeligt.

uden definatorisk afklaring heraf¹⁷. Neutralitetsbegrebet benyttes ofte i forbindelse med skattepolitikken (der er en nationaløkonomisk disciplin), hvor skattneneutralitet opfattes som den situation hvor alternative beskatningsmæssige tiltag ikke medfører virkninger på de samfunds- mæssige allokeringer eller på incitamenterne til forskellige finansie- ringsformer etc.¹⁸. I den nævnte afhandling af *Mogens Eggert Møller* fra 1967, s. 349 opregnes forskellige observerede varianter af neutralitetsbe- grebet. Forfatteren opregner følgende;

(1) Vertikal neutralitet eller fordelingsneutralitet, (2) faktorallokations- neutralitet, (3) motivneutralitet, (4) omkostningsneutralitet, (5) upar- tiskhed, neutralitet overfor pressionsgrupper eller særinteresser, (6) ho- rizontal neutralitet, (7) juridisk neutralitet gennem upartiskhed, (8) ekstern neutralitet, (9) konkurrenceneutralitet og endelig (10) rent fi- skal skat. Fælles for dem er, at det opstilles som et skattepolitisk mål (enten som et mål i sig selv eller som et middel til at nå andre mål), at skatterne ikke bør gribe ind i visse samfundsforhold. Senere samme sted s. 359ff foretager forfatteren hvad han kalder et analytisk forsøg vedrø- rende en generel og speciel klassifikation af neutralitetsprincippet. Det anbefales hver gang vi har med begrebet at gøre at stille følgende spørgs-

17. Se dog det indledende og veludførte forsøg hos *Mogens Eggert Møller* i Afhandlin- ger fra Handelshøjskolen i København udsendt i anledning af højskolens 50 års ju- bilæum den 1. oktober 1967, s. 348ff.

18. Se eksempelvis herom i økonomisk sammenhæng *OECD: Taxing Profits in a Glo- bal Economy*, 1991, kap. 2 og kap. 6 samt annex 3 og yderligere *George Kopits (ed.): Tax harmonization in the European Community*, 1992 og *Michael Devereaux & Mark Pearson: Corporate Tax Harmonisation*. Der opereres traditionelt med be- greberne kapital eksport neutralitet (CEN) og kapital import neutralitet (CIN), hvilke økonomer har brugt til at beskrive de økonomiske effekter af bl.a. lempel- sesprincipper. Førstnævnte med den betydning, at afkastet før skat er identisk, hvilket betyder, at realinvesteringerne er fordelt effektivt mellem landene på den måde, at man ikke ved at flytte kapital fra det ene land til det andet kan øge pro- duktion og indkomst for hele verden. Sidstnævnte opnås når afkastet efter skat er identisk for indlændinge og udlændinge. Dette betyder, at man ikke ved at flytte opsparing fra et land til et andet kan øge velfærden for hele verden. Der foretages en kritisk behandling af bl.a. disse begreber hos *Klaus Vogel: Taxation of Cross- Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law*, 1992, baseret på rationaler hentet fra den neo institutionelle økonomiske tænkning (specifikt introduceres der transaktionsomkostninger i den public finan- ce baserede tradition). Se endelig for en omtale; *Ben Terra & Peter Wattel: Europe- an Tax Law*, 1997, s. 104ff og *Claudio M. Radaelli: The Politics of Corporate Taxa- tion in the European Union*, 1997, s. 71ff. CEN og CIN benyttes udelukkende i international sammenhæng hvorved ses endnu en fravigelse fra denne afhandlings sigte idet national regulering tillige behandles.

mål; a) hvilken variant er der tale om ? b) Kan denne variant knyttes til en bestemt politisk målsætning? c) Findes der tekniske anvisninger på den nærmere fremgangsmåde?

Yderligere fremsættes i den specielle gennemgang nogle vigtige økonomiske *neutralitetsrelationer*, hvoraf den første har størst umiddelbar relevans i denne sammenhæng. Det erkendes dog at relationerne er legio.

- Valg af virksomhedsform
- Valg af finansieringsform og kapitalplacering
- Valg af anskaffelses- og realisationstidspunkt og form og -sted
- Valg af bopæl
- Valg af virksomhedsbeliggenhed
- etc....

Herefter foretages visse fundamentale sondringer til en forøget forståelse af problematikken. Således sondres mellem;

- Tilsigtet contra utilsigtet neutralitet
- Formel contra reel neutralitet
- Speciel contra generel neutralitet
- Fortidsrelativ contra fremtidsrelativ neutralitet
- Direkte skatters contra indirekte skatters neutralitet
- Ekstern contra intern neutralitet

Det er ikke sådanne generelle undersøgelser der skal foretages i det følgende, om end det overordnede begrebsmæssige har identisk indhold idet skatteneutralitet jo blot kan siges at udgøre den situation hvor disponeringsformen er uafhængig af skat¹⁹, se herom just nedenfor. Det er snarere delområder af skatteneutraliteten der skal undersøges.

Neutralitet i beskattningen kan som vist tilsigte en mængde forskellige foreteelser. Når princippet anvendes indenfor koncernbeskattningen mener man dog, at et foretagende som drives i koncernform, ikke skal udsættes for hverken højere eller lavere beskattning (mer- eller mindrebeskattning) p.g.a. den valgte organisationsform²⁰. Koncernbeskattningen

19. Der foretages i den eksisterende skatte- og skatteplanlægningslitteratur en behandling af neutralitetssituationer dog uden at denne behandling eksplicit fremhæver et sådant formål. For en tydeliggørelse af denne angrebsvinkel kan dog henvises til Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, kap. 6 og samme i SU 1996.231, "Koncernbeskattningen – perspektivering af den stedfundne udvikling". Sven-Olof Lodin har i Koncernbeskattning i USA, 1973 foretaget en gennemgående analyse af koncernskatteretten ud fra den specifikke koncernrelaterede neutralitetsstandard.

kan derved siges, at bestå i et spørgsmål om udbredelsen af skatteneutralitet hvorved skattebyrden gøres uafhængig af de valg og handlinger

20. Se for en gennemgang af neutralitetsbegrebet i svensk koncernskatteret, Roger Persson Österman: Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskattningen, 1997, s. 29ff, Sven-Olof Lodin: Koncernbeskattning i USA, 1973 (Doktordisputats), s. 29ff og Bertil Wiman: Koncernbeskattning, 1995, s. 19ff. Sidstnævnte forfatter påviser begrebets betydning i skatteretten fra i hvert fald 1953, hvor en departementschef citeres for følgende: "...I skattelagstiftningen har i princip indtagits den standpunkten, att när fråga är om moder- och dottorbolag i egentlig mening, skattebelastningen bör för koncernen och dess delägare ej bli större än om bolagen varit sammanslagna till ett bolag. Det har, med andra ord, ansetts sakna anledning att utkräva en sammanlagd större skatt endast av det skälet, att verksamheten av organisatoriska skäl fördelats på moder- och dottorföretag".

Der lader ikke til at eksistere en umiddelbar sproglig anvendelse af begrebet i dansk ret, idet der ikke er forfattet noget herom. Dog er det på den anden side klart, at forskellige lovforslag og betænkninger indeholder korte bemærkninger om en neutralitetsmålsætning. Således er eksempelvis virksomhedsskatteordningen ganske klart motiveret af neutralitetshensyn, idet man har ønsket at sidestille selskabs- og virksomhedsbeskatningen, og ligeledes L 35 og L 118 er i visse dele baseret på en sidestillelse mellem blandt andet filialer og datterselskaber. Yderligere forekommer det, at en middelbar anerkendelse eksisterer idet dele af vor koncernlovgivning er udformet i overensstemmelse med princippet. Dette sidste fremkommer da også hos *Gustaf Lindencrona* og *Nils Mattson* i NSFS nr. 19, 1988, "Generalrapport", s. 132f, idet det anføres at koncernbeskatningen generelt i Skandinavien for så vidt angår overskud er karakteriseret ved at indeholde det såkaldte neutralitetsprincip. Hermed menes, at alle enheder i en koncern skal behandles samlet som om disse var ét selskab. Som de vigtigste retsmidler fremhæves i denne forbindelse skattefri udbytter og sambeskatningsinstituttet. Dog gøres der opmærksom på, at neutralitetsprincippet har størst realitet for indenlandske transaktioner og koncerner. De danske regler beskrives af *Ole Kjær* og *Jens Christiansen* i "Dansk nationalrapport", s. 7ff. Endelig fremhæves neutralitetsprincippet af *Ole Gjems-Onstad* i NSFS 29: Omstrukturering av företag, 1993, Generalrapport, s. 216ff. Se også *Jan Pedersen* i Transfer Pricing, 1998, s. 11.

Som en parallel kan fremhæves, at momssystemet i det hele er baseret på et neutralitetsprincip. Der opereres med et neutralitetsbegreb, der tillægges betydning som det forhold, at merværdisystemet har meget lille eller slet ingen virkning på virksomhedernes forhold og forbrugernes dispositioner. Systemet skal således i videst muligt omfang være neutralt. Målet for den optimale neutralitet er, at alle varer og ydelser omfattes af afgiftspligten, at alle omsætningsled svarer afgift, og at der overalt anvendes samme procentsats ved afgiftsberegningen. Dette sikres gennem (1) at antallet af omsætningsled ikke i sig selv påvirker momsens størrelse, (2) at momsbelastningen i procent af en vares pris er den samme, uanset i hvilken virksomhed varen købes, (3) at fremstillingsmetoden ikke påvirker hvor meget moms en vare må belastes med, (4) at importen pålægges samme moms som indenlandsk produktion, og (5) at eksporten friholdes for moms. Se hertil Moms, Energi, Lønsum af *Erik Dekov* og *John Engsig*, 1994, s. 21f, *Lars Loftager Jørgensen* m.fl.: Momsloven med kommentarer, 1996, s. 29ff og Momsvejledningen 1997, A.5.2.

foretaget af skatteyderen²¹. Det frugtbare i at anvende normen i denne form beror i et vist omfang på hvorvidt neutralitet anses for ønskværdig eller ej. Relevansen af undersøgelsen er givetvis større i det omfang neutralitet opstilles som en polistik målsætning ved udformningen af skattesystemet. I flere lande syntes dette at have været tilfældet, hvilket *Sven-Olof Lodin* op.cit., s. 31f, påviser for så vidt angår Sverige, USA og Tyskland²². I en resolution vedrørende koncernbeskatningen har IFA i 1961 statueret neutralitetsprincippet som målsætning for dette retsområde²³. På denne baggrund står det fast, at neutralitet i beskatningen mellem koncernen og enkeltsekskabet fremstår som en på mange måder omfattende målsætning i skattelovgivningen.

Det forekommer mig, at der også indenfor koncernbeskatningen kan identificeres flere forskellige elementer i skatteneutralitetsbegrebet der med rimelighed kan henføres til et samlebegreb til brug for de følgende undersøgelser²⁴. For at bevare overblikket er det fundet hensigtsmæssigt, at eksplicitere og konkretisere disse delelementer på dette sted for efterfølgende uproblematisk at kunne benytte begrebet "*skatteneutralitet*". Dette kan anskues fra såvel virksomheds(koncern)niveau som fra en mere overordnet (skatte)politisk vinkel. For så vidt angår det virksomhedsmæssige element må koncernerne antages at ønske sig skattemæssig neutralitet i flest muligt af de af dem gennemførte eller påtænkte transaktioner²⁵. På det politiske område er neutraliteten på europæisk plan ét af midlerne der skal fremme ønsket om et stort hjemmemarked *det indre marked*, uden hindringer for den grænseoverskridende aktivitet, mens rent danske hensyn tillige taler for en smidiggørelse af mulighederne for national aktivitet i koncernform. I forbindelse med brugen af begrebet som baggrund for EU retsakter, lader det til, at begrebet anvendes som værende noget bredere end den nationale anvendelse i koncernsammenhæng. Begrundelsen for denne antagelse er, at mens national skatteneutralitet tager sigte på, at sidestille forskellige organisationsformer, så tillægges det yderligere den dimension i unionssammen-

21. Jfr. *Sven-Olof Lodin*: Koncernbeskatning i USA, 1973, s. 29.

22. Forfatteren citerer SOU 1926:18 med følgende: "...*Principen borde sålunda vara, att dylika företag i beskattningshänseende behandlas såsom en enhet med de modifierationer, som påkallades av företagstypens säregna beskaffenhet...*". Se også SOU 1964:29.

23. *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. XLVI, s. 236.

24. Formodningen herom forstærkes ved opslag i internationale skatteglosarier. Der opereres således med et subjektorienteret (mikroniveau) neutralitetsbegreb hos *Susan M. Lyons*: *International Tax Glossary*, 1996, 3rd edition, s. 128. Modsat er definitionen makrobaseret i samme glosaries 1988-udgave og dermed rettet mod lovgiver.

hæng, at der skal sikres neutralitet i valget af etableringsstat. Det står dog helt fast, at tilvejebringelse af tilstrækkelig neutralitet i koncernbeskatningen er en af målsætningerne bag harmoniseringen²⁶. Skattemæssig neutralitet forudsætter i sin yderste konsekvens, at medlemsstaternes skatteregler som helhed harmoniseres. Så længe der er forskel i selskabskattesatserne, vil disse påvirke etableringen af samarbejder, på den måde, at de samarbejdende virksomheder vil placere sig i de skattemæssigt mest attraktive stater. Herved kan selskabsbeskatningen få betydning for valget af etableringsstat. Af denne årsag er flere harmoniseringstiltag baseret på neutralitetsprincippet, derved at grænseoverskridende aktiviteter skulle indrømmes begunstigelser tilsvarende nationale transaktioner. Men en yderligere tendens er, at man på visse områder tillige søger at skabe fælleseuropæiske regler uden at der eksisterer nationale begunsti-

25. Det er blevet fremført, at grænseoverskridende koncerner oftest hæmmes i deres drift af den eksisterende selskabs- og skattelovgivning. Industrien har således selv fremhævet et ønske om fuldstændig udeholdelse fra skattefordelingsproblematikken (gennem konsekvent skattemæssig konsolidering i harmoni med realiteten i den transnationale drift), der foreslås henlagt udelukkende til de pågældende landes skattemyndigheder. Således frustreres *Ib Cordel* (Direktør i Danisco koncernen) i *Civiløkonomen* 1990/1, s. 14ff, (i forbindelse med anbefalingen af en ny selskabstype – et I/D-integreret datterselskab) over, at det ikke er muligt i en grænseoverskridende koncern blot at have omkostningscentre, samt at skattemyndighederne kræver, at der skal foretages en inddeling af koncerninterne betalinger i kendte former, som eksempelvis licenser, royalties eller afgifter, samt at disse betalinger skal retfærdiggøres. Denne systematik og logik forekommer direktøren mærkværdigt, idet *„pengene skal blot flyttes fra højre til venstre lomme i samme koncern...”*, og se for tilsvarende konstatering *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, Bind II, 1972, s. 401. Et ønske om en total harmonisering med en EU-selskabsskat på grænseoverskridende foretagenders konsoliderede resultater fremkommer hos *M. Tabaksblat* (vice-chairman i Unilever N.V.) i *Intertax* 1993.16 samt senest *Sylvain Plasschaert* i *ET* 1997.2. Yderligere kommer synspunktet også til udtryk hos *Svend Høgsberg Kristensen*: Beskatning af koncerner, 1981, s. 146ff og samme i *R&R* 1980.319 og *R&R* 1980.572. Denne forfatter lader til at være den gennem tiderne flittigste danske agitator for en konsekvent indkomstopgørelse for koncerner hvori der tages hensyn til den økonomiske enhed.

26. Jfr. *Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt*, Kollektion Studien, Reine Wettbewerb Nr. 3, Brüssel 1996, s. 13. Se også om de helt overvejende neutralitetskriterier i forbindelse med såvel EU-selskabsbeskatning som i forbindelse med national selskabsbeskatning, Ruding-rapporten, Report of the committee of independent experts on company taxation, 1992, s. 441, hvor skateneutraliteten som anvendt i denne afhandlings terminologi figurerer som et underbegreb til den konkurrencemæssige neutralitet, se ligeledes *Johanna Hey*: Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, 1997, s. 124ff, hvor der arbejdes med begreberne; rechtsformneutralität, finanzierungsneutralität og allocationsneutralität.

gende regler af tilsvarende karakter²⁷. Denne type af "europæiseret" skatteneutralitet medfører, at det er nødvendigt, at der også skabes tilsvarende muligheder i national ret, idet neutraliteten ellers ikke vil være tilstede. Den strategi der har vedrørt en decideret tilnærmelse af selskabsskattesystemerne er i vidt omfang baseret på de økonomiske betragtninger der relaterer sig til CEN og CIN. Forskellige skattebyrder vil kunne fordreje konkurrencen derved, at et selskab på trods af den billigste produktion, kan blive stillet ringere på markedet end et mindre effektivt selskab, blot fordi sidstnævnte er placeret i et lavere beskattet område. Ligeledes kan forskelle i skattebyrderne gøre det særligt gunstigt at investere i lavt beskattede områder, selvom det vil koste mere at producere i dette land i forhold til et land med en højere skattebyrde. Ud fra en økonomisk betragtning udgør disse forhold forstyrrelser der skader fællesmarkedet som helhed²⁸. Det må antages, at det er sådanne overvejelser der er foretaget når det i direktiver og direktivudkast flere gange kommer til udtryk, at det søges, at skabe *konkurrencemæssigt neutrale* regler²⁹. Reglerne skal altså ikke påvirke investeringerne landene imellem.

Opnåelse af økonomisk neutralitet er ofte fremhævet som et af hovedmotiverne bag harmonisering i det hele taget³⁰, men er også ofte anvendt til parameter for valg af lempelsesmetode. Derfor må det antages, at det fremhævede rationale strækker sig videre end til blot at dække concernforhold. Det neutralitetsbegreb der opereres med i nærværende kontekst er specifikt relateret til concernforhold og søger at sidestille valget af organisationsform og valg af etableringsstat for grænseoverskridende samarbejder. Dette kommer da også til udtryk for EU staternes vedkommende i *Bulletin Supplement 4/91*, idet der på s. 7 anføres generelle økonomiske teoretiske betragtninger under overskriften "En skattestrategi, der er i harmoni med økonomisk integration", og senere

-
27. Le Development d'un Marché européen des capitaux: Rapport d'un groupe d'experts constitué par la Commission de la CEE (Bruxelles 1966), også kaldet Segré-rapporten efter formanden. Et referat findes i ET 1967.212.
 28. Se Ruding-rapporten, kap. 4 og *Michael Devereux & Mark Pearson: Corporate Tax Harmonisation and Economic Efficiency*, 1989, The Institute for Fiscal Studies, Report Series, no. 35. Det ville være spændende at se, om den nyligt vedtagne Code of Good Conduct kan afbøde sådanne, samfundsøkonomisk set, uheldige virkninger.
 29. Dog fremhæver *Mogens Eggert Møller* op.cit., s. 355, at netop dette neutralitetsbegreb vækker et kaleidoskopisk væld af associationer, der kun har den dynamiske EEC (EU) pragmatik til fælles. Det kan således overlape næsten alle de øvrige eksisterende begreber om neutralitet.
 30. Kombineret med flere andre faktorer som eksempelvis den konkurrencemæssige stilling af fællesskabets industri, optimal allokering af ressourcer, provenu mv.

s. 60f fremhæves konkrete koncernskatteretlige overvejelser om ligestilling mellem etableringsformer. Det lægges derfor til grund, at det her anvendte skatteneutralitetsbegreb harmonerer med det i unionssammenhæng anvendte, som er specifikt koncernskatteretligt og ikke umiddelbart baseret på det økonomiske neutralitetsbegreb³¹.

Begge afarter af neutralitetsbegrebet har stor relevans i denne sammenhæng og tillægges identisk betydning i det følgende, idet eneste konstaterbare forskel er begrundelsen for brugen af neutralitetsinstrumentet i skattepolitikken. Den økonomiske neutralitetsdefinition der er baseret på CIN og CEN har selvsagt ingen betydning i relation til det nationale neutralitetsbegreb idet der ikke herved indgår investeringer m.v. på tværs af grænser. Derimod er det ligeså klart, at skatteneutralitet i det hele taget er økonomisk funderet³². At jeg i denne sammenhæng anvender begrebet som led i juridisk argumentation skal ikke ses som en anfægtelse heraf. Blot er det ikke afhandlingens sigte, at vurdere og beregne forskellige tiltags økonomiske virkning på samfundet som helhed (målt som efficiens). Jeg vælger at anskue det således, at afhandlingen beskæftiger sig med det juridiske korrelat til den økonomiske neutralitetsstandard³³. Egentlige økonomiske vurderinger lades op til fagøkonomerne³⁴. Skal afhandlingens terminologi dog placeres i den økonomiske kontekst er der tale om *mikroneutralitet*. Denne type af neutralitet behandler de enkelte aktører. Disse aktørers handlinger skal ikke påvirkes af forskellige skattemæssige udfald³⁵. Dette kaldes også den klassiske neutralitetsnorm. Det bør fremhæves, at mikroneutralitet er den ofte anvendte parameter i skatteretlig forskning som analyserer konkrete regulerings tiltag³⁶.

Helt overordnet er skatteneutralitet altså blot udtryk for, at det ikke er skattemæssige overvejelser der bliver af afgørende betydning for varie-

31. Om end samme sigte; beslutninger af den ene eller anden karakter skal ikke baseres på skattemæssige overvejelser.

32. Sml. *Mogens Eggert Møller a.st.*, der s. 355 skriver: "...*Min foreløbige konklusion er, at der ikke findes noget »rent juridisk« neutralitetsprincip, der ikke har referens til økonomiske fænomener og problemer...*".

33. Spørges der til hvad der da kan opnås med det her foretagne beskedne juridiske analytiske forsøg, vil følgende være besvarelsen; der ønskes særligt rettet fokus mod den aktuelle lovgivnings målsætning samt at redegøre for behovet for neutralitet i lovgivningen vedrørende koncernforhold. Med *Mogens Eggert Møller a.st.*, s. 359 må det dog betones, at riget skal regeres og bliver regeret hidtil uden velunderbygget kausal erkendelse på dette vigtige område.

34. Når vi netop har med grundbegreber at gøre synes et samarbejde mellem forskellige fagdiscipliner – her økonomi og jura – påkrævet.

35. Modsat makroneutralitet som omhandler den overordnede neutralitet i samfundsøkonomien.

rende dispositioner for koncerner, netop fordi disse udgør koncerner³⁷. I relation til denne afhandling skal den behandlede del af skatteneutralitetsbegrebet dog yderligere indsnævres til at omfatte de tilfælde, hvor det kan siges at der er *ret* til at koncernen behandles på en måde der ikke afviger fra behandlingen af enkeltsselskaber. Dermed vil koncernen med visse modifikationer blive behandlet som en samlet enhed således, at ikke alle interne transaktioner udløser skat (enten som ophævelse af dobbeltbeskatning hvor enkelte subjekter kun beskattes én gang eller blot beskatning hvor enkeltstående subjekter ikke undergives beskatning).

Fællesbetegnelsen for den koncernrelaterede skatteneutralitet til brug for denne fremstilling kan derfor opstilles således:

Skatteneutralitet er udtryk for den situation hvor koncerner ikke på grund af den valgte organisationsform stilles skattemæssigt ringere end hvis der var tale om en enkelt juridisk person, hvorved der fjernes præferencevirkninger for én type organisationsform frem for en anden og ligeledes fjernes disincitamenter vedrørende grænseoverskridende aktivitet³⁸.

Heri ligger også, at skattetænkning ikke må være afgørende for valget af organisationsform (etableringsform). Ved dette ses således, at neutralitet også i vid udstrækning medfører *pligter* for koncernerne, og netop denne type af neutralitet har enorm praktisk og lovgivningsmæssig betydning for koncernbeskatningen. Neutralitet er altså ikke udelukkende

36. Jfr. herved Roger Persson Österman: Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskattningen, (doktordisputats) 1997, hvor der i kap. 2, s. 29ff foretages en økonomisk gennemgang af neutralitetsbegrebet. Forfatteren vurderer på baggrund af gennemgangen, s. 48, at den økonomiske teori begrebet bygger på endnu ikke er helt færdigudviklet, hvorfor der manes til varsomhed med uhensigtsmæssig brug heraf. Forfatteren anvender neutralitet, ligformighed og mikroneutralitet som synonymmer, jfr. s. 52. En vigtig tese i nævnte afhandling er, at skattemæssig neutralitet er mulig at påberåbe som baggrund for retspolitiske rekommandationer. Yderligere påpeger forfatteren, at et problem i den tidligere skatteretsforskning var, at man i vid udstrækning bortså fra fundamentale økonomiske forhold. Den der påstår at et forslag er neutralt og højner effektiviteten må med rimelighed sandsynliggøre at dette er tilfældet. Afhandlingen er anmeldt af Frederik Zimmer i TfR 1998.336.

37. Sml. Sven-Olof Lodin: Koncernbeskatning i USA, 1973, s. 29ff samt i mere generelle termer Kristina Ståhl i ECTR 1997.227, s. 231.

38. Den nationale anvendelse af begrebet lader som nævnt til kun at benytte sig af definitionens første led, mens der på Unionsplan lader til at være sket en udbygelse af begrebet med det nævnte andet led (europæisering af skatteneutralitetsbegrebet).

udtryk for rettigheder i skattemæssig sammenhæng, men afhandlingens fokus indsnævres til kun at omhandle rettigheder.

Eksemplicerende kan denne neutralitet (på rettighedssiden) bestå i ophævelse af dobbeltbeskatning for udbyttebetalinger gennem koncernforbundne selskaber, ligesom den kan bestå i skattefrihed (eller blot ophævelse af dobbeltbeskatning heraf)³⁹ for betaling af andre typer af koncerninterne ydelser som eksempelvis royalties, renter, bidrag m.v. Yderligere kan tilladt skattemæssig samlet behandling som én enhed i relation til underskudsmedregning være udtryk for skatteneutralitet, hvilket ligeledes kan være tilfældet såfremt der ikke udløses skat ved selve det at etablere en grænseoverskridende koncern⁴⁰. Omstruktureringers- samt koncernophørs skatteuafhængighed vil være udtryk for skatteneutralitet. Endelig må fremhæves andre givne tiltag med henblik på ophævelse af såvel juridisk som økonomisk dobbeltbeskatning således at truslen om dobbeltbeskatning ikke i sig selv hæmmer grænseoverskridende aktivitet. *Kernen i den betydning skatteneutraliteten tillægges i denne fremstilling, er en ret for koncerner i kraft af disse netop er koncerner, til at lade sig skattemæssigt behandle som udgjorde koncernens enheder ét enkelt skattesubjekt.* Det bør dog bemærkes, at det ikke er en nødvendighed, at der er skattefrihed for en given transaktion. Det kan efter omstændighederne være nok, at der sker skattemæssig succession eller undgåelse af dobbeltbeskatning.

Det kan derfor fremføres, at hele denne afhandling er være en eksercits i enhedsbetragtningen for så vidt angår skattemæssige rettigheder for koncerner. Da der ikke eksisterer en konsekvent gennemført koncernskatteret vil det nærmere være de eksisterende surrogater for virkelige enhedsbeskatning der skal undersøges.

Det kan ligeledes ses, neutralitet for koncerner kan knyttes an til et lighedsprincip i beskatningen. Når det imidlertid gælder det mere konkrete indhold af neutralitetsnormen møder man mindst to problemer, *dels* hvilke koncerner der bør behandles som enkeltsselskaber og *dels* spørgsmålet om hvad der skal forstås med ligebehandling. Ligheden mellem koncernen og enkeltsselskaber kan være i mere eller mindre omfang bero på graden af integration indenfor koncernen. Dette kan gå fra den hel-ejede koncern der i alt væsentligt fungerer som et enkelt foretagende og ned til bindinger mellem enhederne der er så løse at man knapt kan tale

39. Ophævelse af juridisk dobbeltbeskatning er naturligvis ikke selvstændigt møntet på at tilvejebringe neutralitet i koncernbeskatningen, men medfører, at valget mellem virksomhedsdrift i ind- og udland neutraliseres. Af denne årsag er også ophævelse af juridisk dobbeltbeskatning medtaget i behandlingen.

40. Jfr. Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, s. 197.

om et interessefællesskab baseret på fælles kontrol. Hvilke koncerner der kan kvalificeres til ligebehandlingen beror på hvilke krav til lighed skatteretten opstiller. Niveaukurvene til ligebehandling er imidlertid afhængig af hvad man forstår ved ligebehandling. *Sven-Olof Lodin loc.cit.* finder, at der er anledning til at sondre mellem *absolut* og *relativ* ligebehandling.

Absolut eller formel ligebehandling

Heri ligger, at koncernen ophøjes til skattesubjekt, hvorved de regler, som gælder for enkeltsekskabet, tillemper på koncernen som helhed. Ved denne lighedsbedømmelse bør stilles så høje krav til ligheden med enkeltsekskaberne, at kun helejede eller næsten helejede koncerner kan komme i betragtning. Denne mest udprægede form for ligebehandling medfører dog, grundet civilrettens koncernopfattelse, ikke nødvendigvis neutralitet. Det er givet, at det civilretlige koncernbegreb ikke påvirkes af skatterettens stillingtagen, hvorved koncernens øvrige økonomiske forhold også i tilfælde af fuldstændig finansiel integration kan stille sig anderledes end enkeltsekskabets. På grund af disse omstændigheder kan en absolut ligebehandling næppe anses for forenelig med den opstillede neutralitetsnorm. Desuden ville et krav om absolut om absolut ligebehandling medføre at neutralitetsmålsætningen måtte indskrænkes til sådanne koncernforhold, som udviser speciel stor lighed med enkeltsekskabet.

Relativ ligebehandling

Relativ ligebehandling indebærer derimod, at man i hver særskilt henseende, hvor man anser lighed for at foreligge, søger at eliminere forskellene i økonomiske effekter af koncernformen sammenholdt med enkeltsekskabet, mens man i de situationer, hvor man anser, at der faktisk kan konstateres forskelle, opretholder ulighederne i den skattemæssige behandling. Hvis absolut ligebehandling kan siges, at indebære uniformering af ligebehandlingen, kan relativ ligebehandling siges, at indebære effektharmonisering idet de formelle uligheder i behandlingen står tilbage og graden af ligebehandling bliver afhængig af lighedsgraden mellem ligestillingsobjekterne. Fordelen ved relativ ligebehandling som neutralitetsnorm er, at en absolut grænsedragning mellem kvalificerede og ikke kvalificerede koncerner ikke bliver nødvendig. Graden af ligebehandling kan i stedet afspejles i en mere eller mindre vidtgående ligebehandling. Det er oftest denne form for ligebehandling der kommer til udtryk i den enkelte lades retsordner.

Selvom denne opdeling utvivlsomt forekommer hensigtsmæssig tillægges sondringen ikke betydning i denne afhandling. Det er udeluk-

kende hensigten, at foretage en bedømmelse af hvorvidt der forekommer neutralitet i det aktuelle koncernskatteretlige forhold og videre i denne forbindelse at bedømme hensigtsmæssigheden af en generel neutral koncernbeskatning. Sondringen antager snarere karakter af en teknisk juridisk sontring der får betydning ved udformningen af enkelte regelsæt med skatteneutralitet som målsætning gennem en bedømmelse af hvilke koncerner der skal være rettighedssubjekt samt i hvor høj grad ligebehandlingen skal gennemføres for den enkelte transaktionstype. Nedenfor under omtalen af det relevante koncernbegreb har sondringen derimod betydning idet netop koncernbegrebets relationsbetingede karakter er udtryk for varians i ligebehandlingen alt efter koncernernes integrationsgrad. Men som nævnt vil der altså ikke blive taget stilling til hvorvidt der foreligger relativ eller formel ligebehandling i den danske koncernbeskatning selvom der utvivlsomt er tale om udslag af den relative ligebehandling. Denne afgrænsning ses også ved det faktum, at enhedsbetragtningen nedenfor undergives en selvstændig analyse, hvilket er udtryk for en overordnet stillingtagen snarere end en stillingtagen til konkret udformning af regulering med skatteneutralt indhold. Det er også af denne årsag, at skatteneutralitetsbegrebet sammenkædes med enhedsteorien selvom der kan gøres indvindinger her imod⁴¹. Det kan siges, at meget høj grad af integration er en forudsætning for de udredninger der foretages i nærværende afhandling hvorved alle mulige koncernrettigheder også efter den relative ligebehandling vil kunne tillades en neutral behandling. Således er det ikke nødvendigt, at tage stilling til ved hvilket integrationsniveau rettighederne bør tillades og ej heller variansen i de tiltag der ligeledes kan foretages proportionalt med graden af integration. Det forholder sig vel også således, at jo større graden af integration er i enkelte koncerner jo mere kan det retfærdiggøres, at der foretages en anvendelse af princippet om absolut skattemæssig ligebehandling. Denne forudsætning bør have in mente.

2.2.2. Det anvendte neutralitetsbegreb som et delbegreb af enhedsteorien

I det følgende skal der gøres nogle overvejelser om, hvor skatteneutralitetsbegrebet kan indplaceres i forhold til den øvrige eksisterende juridiske teori.

41. Jfr. herved *Sven-Olof Lodin*: Koncernbeskatning i USA, 1973, s. 36 med note 131. Forfatteren formoder, at skatteneutralitet er mere nuanceret end enhedsprincippet, idet han herved imødegår *O. Bühler*: Principen des internationalen Steuerrechts, 1964, s. 93f.

I 1920'erne udvikledes en teori i Tyskland af retsteoretikeren *Haußmann*, på baggrund af en observeret udvikling indenfor skatteretten, kaldet "Einheitstheorie"⁴². Denne teori gik ud på, at selskaber, der indgik i en koncern, i enhver retlig henseende skulle behandles som en enhed. Teorien fandt imidlertid kun begrænset støtte i såvel praksis som den øvrige teori. I forbindelse med gennemførelsen af den tyske aktieselskabslov (Aktg) i 1937, blev teorien endeligt afvist⁴³. Dog fik teorien den betydning, at man på visse områder af skatteretten anvendte principper der svarede til "Die Einheitstheorie". I den nævnte afhandling af *Søren Friis Hansen* sammenfattes tilstanden efter en gennemgang af den historiske udvikling i den tyske koncernret således, at man virksomhedsøkonomisk anerkendte "Die Einheitstheorie", idet denne videnskab betragtede koncernen som en enhed. Selskabsretligt afviste man fuldstændig teorien, mens skatteretten ved beregning af nogle enkelte beskatningstyper anerkendte en betragtning af koncernen som en enhed. Der består altså på dette område en manglende kongruens mellem de økonomisk og de retlige fagdiscipliner⁴⁴. Som et alternativ til "Die Einheitstheorie" gik man over til efter en konkret vurdering, at lade enkelte dele af den retlige regulering omfatte koncernen som en enhed⁴⁵. Denne situation udgør hvad der i danske termer kan benævnes "enhedsteorien". Denne kan således opfattes som et snævrere begreb, der kan bruges om det fænomen, at den retlige regulering på visse – men ikke alle – områder betragter koncernforbundne virksomheder som en økonomisk enhed⁴⁶. Anvendelse af enhedsteorien er udtryk for, at den retlige regule-

42. *Haußmann*: Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassung, 1926. Forfatteren var dog ikke fortaler for teorien med derimod arg modstander, jfr. *Gerald Spindler*: Recht und Konzern, 1993, s. 83, note 226. Se også *Egbert Bütler*: Die Einheitstheorie und die Organtheorie im Rechte der Unternehmenszusammenfassungen, 1931.

43. Se *Søren Friis Hansen*: Europæisk koncernret, 1996, s. 78, hvor det også anføres, at begrundelsen for afvisningen var, at der ikke eksisterede det nødvendige grundlag for en antagelse af koncernen som økonomisk enhed, idet der ikke fandtes regler om aflæggelse af koncernregnskab. Bogen, der er forfatterens Ph.d.-afhandling, gør stor brug af enhedsbegrebet og indeholder sågar et afsnit hvor enhedsteoriens udbredelse de lege lata undersøges i koncernskatteretten og i den finansielle sektor, jfr. kap. 8. Kapitlet dokumenterer den tese, at selskabsretten opretholder dogmet om koncernselskabers retlige selvstændighed mens andre tilgrænsende discipliner anvender enhedsteorien.

44. Perspektivet er i dag ændret i tysk koncernret idet man nu som eneste land, sammen med Portugal, anerkender en herskelsesret for moderselskaber. Reguleringen af koncerner i disse lande foregår efter den såkaldte lovregulerede koncernret, mens der i resten af Europa anvendes den såkaldte klassiske koncernret.

45. Loco citatum.

ring på visse områder tager hensyn til, at koncernforbundne selskaber reelt udgør en økonomisk enhed. En kobling til skatteneutralitetsbegrebet for koncerner findes derfor nærliggende. Som det allerede ovenfor er omtalt, har jeg valgt at anse skatteneutralitet som et udtryk for de konsekvenser, der er knyttet den såkaldte rettighedslovgivning. De dele af enhedsteorien der herved har interesse, er således de situationer hvor koncernselskaberne selv vælger en enhedsbetragtning⁴⁷. Der kan meget vel (og det gør der) finde situationer sted hvor koncernerne efter pligtlovgivningen tvangsmæssigt skal anvende en enhedsbetragtning, hvilket også er udtryk for neutralitet. Men disse retsinstitutter og retsvirkningerne heraf er ikke emnet for denne afhandling⁴⁸. En sådan behandling kan blive temaet for en senere fremstilling. *Fokus er derfor udelukkende rettet mod skatteneutralitet, benyttet i den forstand, at der er tale om ret-*

46. Jfr. *Søren Friis Hansen*: Europæisk koncernret, 1996, s. 26. I dansk selskabsret opfattes koncerner kun som økonomiske enheder i forbindelse med udarbejdelsen af konsoliderede regnskaber (med baggrund i 7. selskabsdirektiv). Visse særregler herudover fremkommer om forholdet mellem moder- og datterselskaber som er begrundet i det økonomiske fællesskab mellem disse koncernselskaber (og er vel nok indført i erkendelse af, at koncerner i vidt omfang er økonomiske enheder.). Der påhviler såvel moder- som datterselskabet visse orienteringspligter, jfr. AL § 55. Et datterselskab er underlagt de samme begrænsninger vedrørende besiddelse af egne aktier som et moderselskab, jfr. AL § 48, stk. 6. Yderligere er der efter konkrete betingelser i AL § 49, stk. 3 ret til koncernrepræsentation. På rettighedssiden kan fremhæves muligheden for at foretage koncernlån efter AL § 115a, stk. 1 og muligheden for en forsimplet fusionsprocedure, jfr. AL § 134j. Flere af disse forhold er fremhævet af *Bernhard Gomard* i *Aktieselskaber og Anpartsselskaber*, 1996, s. 68ff, hvor en middelbar anerkendelse af enhedsteorien lader til at fremgå. Se også samme forfatter i UfR 1998B.175 *Federalisme i koncernretten – e pluribus unum*. En egentlig anerkendelse af koncernen som en juridisk enhed findes ikke i dansk ret, jfr. udgangspunktet i AL § 65, stk. 1, hvorefter ledelsesretten over datterselskaber kun kan udøves på generalforsamlingen. Moderselskaber kan således ikke indordne datterselskaber under en samlet koncerninteresse. Visse særregler modificerer efterfølgende dette udgangspunkt. Således påhviler der bestyrelsen af datterselskabet en løbende orienteringspligt til moderselskabet, i henhold til AL § 55, 2. led. Der skal ligeledes ikke holdes generalforsamling i et 100% ejet datterselskab, hvilket må indfortolkes i AL § 65 (jfr. 12. selskabsdirektiv art. 4) og moderselskabets bestyrelses formuetsyn omfatter tillige selskabets datterselskaber. Disse regler kan siges, at udgøre tiltag i retning af erhvervspraksis, idet man længe har opfattet koncerner som enheder, men at lovgivningen ikke har fulgt med. EF-domstolen og danske domstole har en vidtgående praksis for at anerkende koncerner som juridiske enheder, se blot hertil analysen af *Erik Werlauff* i TFS 1998.178, hvor national og fælleseuropæisk praksis, til skade og til fordel for selskaberne, refereres.

47. En anerkendelse af denne begrebsmæssige opdeling fremkommer formentlig hos *Susanne Pedersen*: *Sambeskatning i koncernforhold* (Ph.d.-afhandling), 1995, s. 13.

tighedsdelen af enhedsteoriens konkrete udslag. Udslag af teoriens pligt del kunne benævnes “ufrivillig identifikation”.

Efter en præsentation af denne tankegang kan enhedsteorien sættes i forbindelse med andre, såvel praktiske som teoretiske fænomener. Den sidstformulerede sætning om pligtsiden af enhedsteorien frembragte begrebet “identifikation”, hvilket efter min vurdering indeholder væsentlige bidrag til en forståelse af enhedsteorien. Identifikation i skatteretten mellem koncernforbundne selskaber kan være såvel ønsket som uønsket, og det er specielt udslagene af den ønskede identifikation der her skal granskes⁴⁹. Yderligere er der belæg for, at sammenholde enhedsteorien og koncernidentifikation med den såkaldte “enterprise law”⁵⁰. Efter denne opfattelse, fremkommer det samme hovedbudskab; man skal lovgive om virksomheden som en helhed og ikke som en enhed (“entity”) idet erhvervslivet i praksis i lange tider har indrettet sig i overensstemmelse hermed, og agerer i helhedens interesse snarere end den

48. Eksempler indenfor koncernskatteretten kan f.eks. være, at der påbydes omlægning af regnskabsår, jfr. SEL § 10, koncernkorrektion efter LL § 2, jfr. SL §§ 4 og 6 eller særlige værneregler kan træde i kraft, som f.eks. begrænsning af afskrivningsretten til koncerninternt erhvervet goodwill, jfr. afskr. § 40, stk. 5 samt tabsfradragbegrænsningsreglen i KGL § 4. Der findes en tysk teori om “die Wirtschaftliche Betrachtungsweise”, hvorefter den skatteretlige retsanvendelse ikke skal ske ud fra en formalistisk anvendelse af civilretlige principper, men derimod ud fra de faktiske økonomiske realiteter. *Jan Pedersen* påviser i sin afhandling; Skatteudnyttelse, 1989, at denne eksisterer gennem den navnkundige realitetsgrundsætning, men er uomtalt i dansk ret. Om end behandlingen hos denne forfatter har omgængelssigte, er teorien ikke oprindeligt formuleret med henblik herpå, men er bredere formuleret. I denne konkrete kontekst kan begrebet meget vel anvendes, som også *Jan Pedersen* gør det, som udtryk for den pligtsidige del af enhedsteorien. Så er situationen da i det mindste tillagt en nomenklatur. Teorien er gennemgået hos *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, Bind I, 1965, s. 39 og *Jan Pedersen* op.cit., s. 225ff. *Thøger Nielsen* har dog ingenlunde været fortalende for betragtningsmåden, jfr. op.cit., s. 40: “...den økonomiske betragtningsmåde ville føre til en driftsøkonomisk bestemt »foretagendebeskatning«, helt uafhængig af den retlige form, en virksomhed måtte være ikklædt, og man kunne således nævne eksempel efter eksempel på, hvor livsfjern denne teori, der påstås at være livsnær og realistisk, i virkeligheden er...”. Se ligeledes samme forfatter i J 1961.651ff. Tankegangen leder opmærksomheden hen på den i engelsk ret udviklede doktrin om “substance over form”, som påvist eksisterende af *Jan Pedersen* op.cit., s. 133. Doktrinen har dog mere præg af en omgængelsesgeneralklausul hvorunder princippet om “lifting the veil” også figurerer, men udspringer af enhedstankegangen (idet det skal være de økonomiske realiteter der er udslagsgivende for ligningen). Trods den nærliggende men vovede slutning om, at de fremhævede udtryk for pligtsiden af enhedsteorien, da kan siges at være en kodifikation af realitetsgrundsætningen (altså forstået i sin oprindeligt anvendte brede definition og ikke kun hvor der er omgængelssigter), indeholder en sådan slutning næppe den store sandhedsværdi.

enkelte enheds interesse⁵¹. I EU-regi er der ikke lys forude for en snarlig gennemførelse af udkastet til det 9. selskabsdirektiv om materiel koncernret⁵², hvilket ellers ville tillade indrangering af datterselskaber under en fælles koncerninteresse⁵³.

Enterprise tankegangen (enhedsteorien eller koncernidentifikationen) har tilsvarende slagkraft indenfor skatteretten som tilfældet er det i civilretten⁵⁴. Konkret kan det anføres, at der er tale om en illusion når der opretholdes en formodning om, at faste driftssteder og datterselskaber

-
49. De generelle udslag af skatteretlige identifikation analyseres hos *Erik Werlauff* i forfatterens doktordisputats fra 1991, *Selskabsmasken*, s. 117ff. Forskellige beskattingsinstitutter fremhæves som værende udtryk for skatteretlig identifikation. Sambeskatning nævnes som en ønsket partiel (idet den kun har skatteretlig virkning) identifikation. Skattefrit udbytte nævnes som udtryk for en singular skatteretlig identifikation. Yderligere nævnes skattefrihed ved aktieavancer efter 3 års ejertid for selskaber, idet selskaber med aktier i andre selskaber stilles som porteføljeaktionærer (hvad der ikke er næringsaktionærer eller værnsaktionærer – sondringen mellem værns- og porteføljeaktionærer er i de fleste sammenhænge ophævet fra 1993 og har nu kun betydning ved generationsskifte efter ABL § 11 og fraflytning, jfr. ABL § 13a). Der er ikke her tale om en for koncerner særegen identifikation, idet identifikationen er uafhængig af ejerbrøken størrelse (eller også er der tale om en meget lavt fastsat koncernbegreb). Ejerselskabet identificeres med det ejede selskab ud fra den betragtning, at avancen forbliver selskabsejet og ikke bør undergives beskatning, før avancen overgår fra selskabs- til personeje (hvor identifikationen efterfølgende hører op). Korrektur af indkomstgrundlaget nævnes som eksemplifikation af hvad der ikke er identifikation. Andre identifikations-situationer fremhæves, men ingen har selvstændig belysende værdi for denne afhandling, idet der for de resterende situationers vedkommende er tale om udslag af uønsket identifikation. Forfatteren nævner, s. 125 note 308, at eksemplerne ikke er udtømmende, og nævner herved en rentefiksering som endnu en mulig uønsket identifikation. Forfatterens sigte med afsnittet er et ganske andet end det i denne kontekst fremherskende, idet identifikationseksemplerne bruges som argumentation for en ulovhjemlet gennembrudshæftelse på selskabsrettens område. For den nyeste praksis i denne relation kan henvises til TfS 1997.822 hvor samme forfatter gennemgår konsekvenserne af TfS 1997.780 H om Midtfnys Festivalen, men modsat *Bernhard Gomard* i UfR 1998B.175. En konkret skatteretlig kodifikation af "lifting the corporate veil" findes i OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 17, stk. 2 om sportsfolks etablering i selskabsform.
50. Omsat til skatteretlige termer, kan det nok med *Thøger Nielsens* ord karakteriseres som en "foretagendebeskatning".
51. Se herom *Philip Blomberg* i ZGR 1991.327ff, *Peter Hummelhof* i ZGR 1992.121ff, *Erik Werlauff*: From a national company law towards a "federal enterprise law", Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1995, samme i J.1994.93ff, *Koncernretten*, 1996, s. 79ff og i *Selskabsret*, 1997, s. 315ff.
52. Hvilket er en simplificeret udgave af de tyske koncernregler, men stadig kompliceret og formalistisk i flere henseender.

er separate enheder, når de i virkeligheden er knyttet til samme virksomhed. En sådan virksomhedsenhed kan rimeligvis siges, at have samme problemer med at henhøre en bestemt del af overskuddet til de enkelte virksomheder som en national virksomhed ville have, hvis den skulle fordele sit overskud på sine produktions-, salgs- og administrationsenheder mv. Denne kritik har visse normative implikationer for koncernbeskatningen. En anden opfattelse end den herskende forekommer i hvert tilfælde nødvendig, såfremt det er en målsætning, at erhvervsreguleringen skal stemme overens med realiteterne⁵⁵. Der kan eksempelvis argumenteres for indførelse af en beskatning af koncernernes konsoliderede profit⁵⁶. Men en nærmere undersøgelse heraf kan efter

53. Et enkeltstående udsagn i den øvrige forslåede fællesskabsret lader til at anerkende hensynet til en overordnet koncerninteresse. Dette kommer til udtryk ved art. 64b, stk. 1, litra b i udkastet til 5. selskabsdirektiv (strukturdirektivet) når denne bestemmelse, som en undtagelse til hovedreglen i art. 10a, stk. 2 om hensyntagen til det enkelte selskabs interesse, tillige udtaler, at denne loyalitetspligt overfor netop dette selskab kan fraviges i koncernforhold, såfremt den nationale lovgivning gør dette muligt. Således er det overladt til national lovgivning, hvorvidt fælles koordinering tillades, idet EU-retten herved ikke vil udgøre en forhindring
54. En helt uovervejende synonym anvendelse af de fremhævede begreber; *enhedsteori*, *identifikation* og *enterprise law* bør dog nok ikke forekomme. Det fremhæves hos Erik Werlauff i Selskabsmasken, 1991, s. 119, at det ikke er udtryk for skatteretlig identifikation når der foretages korrektioner af indkomstgrundlaget, i dansk ret med hjemmel i daværende SEL § 12 og SL §§ 4 og 6, men derimod udtryk for en kontrol med skatteretligt materielt berettigede selskabsdispositioner i det enkelte selskabs isolerede interesse. Her overfor fremkommer den opfattelse, at korrektionen er udslag af enhedsteorien, jfr. således samme forfatters Selskabsskatteret, 1994, s. 394, hvor det fremhæves, at *koncernen i en vis forstand må betragtes som en enhed*, og yderligere hos Søren Friis Hansen: Europæiske koncernret, 1996, s. 352ff hvor koncernkorrektion behandles som udslag af enhedsteorien i gældende dansk skatteret. Af dette må følgelig slutes, at der skal udvises varsomhed med synonym anvendelse af begreberne, men samtidig får sondringen ikke den store betydning for denne fremstilling idet enhedsteorien og skatteneutralitet er de benyttede begreber. Hvor enterprise law som begreb står i forhold til identifikation og enhedsteori er umiddelbart svært at sige, men begrebet ligger antageligvis tættere på enhedsteorien.
55. En anerkendelse af enhedsbetragtninger ses blandt andet hos Sylvain Plasschaert i ET 1997.2, S. Langbein: Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, i Tax Notes, Special Report, 1989, s. 1391-1413, hos R. Byrd: Shaping a New International Tax Order, 42 Bulletin for International Tax Documentation, 7, 1988, s. 292-299, Debatin i Recht und Steuer der Internationalen Unternehmensverbindungen, 1974, s. 50ff, Chown & Hopper i Intertax, 1982, s. 279, Ib Cordel i Civiløkonomen nr. 1 1990, s. 14ff og endelig hos Karsten Engsig Sørensen: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, s. 344.
56. En indledende manøvre er foretaget af Sylvain Plasschaert i ET 1997.2ff og af Kommissionen i COM (69) 6.

sagens natur ikke singulært basere sig på juridiske udsagn. Det er i forbindelse med udarbejdelse heraf nødvendigt, at lade det være op til økonomiske analyser at foretage de påkrævede konsekvensvurderinger af påvirkningen af samfundsmæssig efficiens. Gennem behandlingen af afhandlingens arbejdshypotese skal det søges at be- eller afkræfte det ønskelige i konsekvent opretholdelse af en skattemæssig enhedsbetragtning. Det følgende arbejde kan ganske overordnet siges, at skulle udgøre et skatteretligt studium i udstrækningen af enhedsteoriens rettighedsside (=skatteneutralitet i den anvendte betydning) i den internationale koncernskatteret. Sluttelig kan det anføres, at det i Skatteretten 2, 1995, s. 30ff forudsiges, at fremtidens skattesystem vil være karakteriseret ved den såkaldte foretagendebeskatning, idet neutralitetsprincippet byder en sådan betragtningsmåde. Herved ses formentlig en anerkendelse af enhedsteorien som fremtidigt reguleringsideal.

2.2.3. Skatterettens relationsbetingede koncernbegreb – hvilken betydning må det tillægges her?

Det har stor betydning at gøre sig det klart, hvad der egentlig menes når der siges "koncern". Som bekendt er koncernbegrebet i dansk ret præget af ensartethed på selskabs- og regnskabsrettens område⁵⁷. Tilsvarende kan ikke fremføres om koncernbegrebet i skatteretten⁵⁸. Dette er et relationsbegreb (ad hoc begreb eller en normativ ramme) indenfor sin egen disciplin med forskelligt indhold til forskellige situationer, og endda med op til flere begreber indenfor én og samme lov⁵⁹. I forhold til

57. Således selskabslovenes § 2 hhv. § 3 samt ÅRL § 1 hvilke er i overensstemmelse med den unionsretlige regnskabsnormering, jfr. 7. selskabsdirektiv om konsoliderede regnskaber. Fælles for disse indhold er forenklet anskuet; *organbeherskelse*, jfr. Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, kap. 1. Ligeledes opereres der på insolvensrettens område i KL § 2 med begrebet nærstående hvorunder en særegen koncerndefinition, med vægt på økonomisk interessefællesskab, falder. Kernen i det civilretlige koncernbegreb, der således kan konstateres at være et relationsbegreb med varierende betydning alt efter retsområde, kan siges, at være det faktum, at et eller flere selskaber er underlagt en fælles bestemmende eller økonomisk indflydelse, som afhængig af det berørte retsområde kan grundens i ejerskab, stemmerettigheder, ledelse etc., jfr. J.O. Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten 2, 1995, s. 434f. Se generelt om koncernbegrebet i dets forskellige afskygninger, Nis Jul Clausen U 1987B.417 samt Erik Werlauff i J 1990.114.

58. Se herom LVS, Erna Christensen m.fl.: Selskabsbeskatning, 1997, kap. 9, Lida Hulgård m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 683ff, Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1989, s. 329, J.O. Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten 2, 1995, s. 434ff, Søren Friis Hansen: Europæisk koncernret, 1996, s. 341ff samt Erik Werlauff i Selskabs-skatte, 1994, s. 273ff og samme i Koncernretten, 1996 s. 194ff, SU 1996, 231 og J 1990.114.

den internationale selskabsret⁶⁰ er det skatteretlige begreb præget af større fleksibilitet. Begrundelsen for denne antagelse skal søges i det forhold, at den danske internationale selskabsret bekender sig til inkorporationsteorien og dermed tillægger det betydning hvor selskaber er indregistreret i forbindelse med fastlæggelse af disses nationalitet. Skatteretten derimod bekender sig også til hovedsædeteorien, hvorefter, hvilket kommer til udtryk i SEL § 1, stk. 6⁶¹, det tillægges betydning hvor det faktiske hovedsæde må formodes placeret⁶². Da sidstnævnte kriterium skulle være mere fleksibelt⁶³ bliver følgende også koncernkonstateringen mere fleksibel.

Der skal ikke på dette sted foretages en opregning af de forskellige relevante begreber og ej heller forsøges en udtømmende opregning af de eksisterende koncernkriterier. Der eksisterer så store forskelle, at der på nogle områder gælder krav om 10% ejerskab mens dette på andre områder skal udgøre 100%. Undervejs i afhandlingen fremhæves hvilke krav de behandlede retsakter fordrer opfyldt med henblik på opnåelse af de ønskede koncernrettigheder. Som det allerede er nævnt, kan dette tages til indtægt for den opfattelse, at koncernbeskatningen derved benytter sig af den relative ligebehandling. Herved sejrer koncernbegrebets relationsbetingede karakter i fremstillingsmæssig sammenhæng. Det bør dog fremhæves, at der under det skatteretlige koncernbegreb kan falde forholdet hovedvirksomhed og filial selvom vi normalt ikke ville opfatte denne situation som udtryk for et koncernforhold.

2.3. Problemidentifikation

Med afklaringen af de relevante begreber på plads, er det passende at gøre visse overvejelser om hvorfor et neutralitetsmål forekommer påkrævet. Hertil kan der påpeges forretningsmæssige hensyn der taler for

59. Det er kuriøst, at bemærke, at der i ligningsvejledningen opereres med et koncernbegreb af tilsvarende indhold som det fra selskabsretten kendte, jfr. LVS 1997 S.D.4.

60. En IP-retlig underdisciplin der tager sigte på udfindelsen af selskabsstatutet.

61. Indsat ved L 35. I U 1998.1534 H (California Kleindienst A/S) er der fremkommet fortolkningsvejledning til kriteriet. Selskabet foretog i 1992 en udvidelse af aktiekapitalen. Direktionen havde sæde i Danmark, og der var ikke grundlag for at antage, at selskabets daglige ledelse ikke blev varetaget af direktionen. Da selskabets egentlige ledelse derfor havde sæde i Danmark, skulle der betales kapitaltilførselsafgift i henhold til den nu ophævede lov om kapitaltilførselsafgift.

62. Se for introduktion til disse teorier, *Allan Phillip: Studier i den internationale selskabsrets teori*, 1961, *Karsten Engsig Sørensen: Samarbejde mellem selskaber i EF*, 1993, s. 71ff og *Erik Werlauff: Koncernretten*, 1996, s. 83ff samt *Mette Neville i J* 1997.145.

63. Jfr. eksempelvis *Lars Eriksen i SU* 1995.174.

det vigtige i sådanne gunstige skattepositioner og yderligere taler hensyn i den internationale skatteret for et tilsvarende resultat.

For koncernerne må det antages, at der eksisterer et behov for skatteenutralitet i forbindelse med i hvert fald følgende situationer:

- Vedrørende beslutninger om opdeling af aktiviteter på ét eller flere selskaber
- Ligeledes ønskes neutralitet vedrørende valget mellem ind- eller udlandsaktivitet.
- Endelig ønskes neutralitet for så vidt angår koncerninternt passerende beløb.

Baggrunden for disse, for koncernerne formodede ønsker, vil være forretningsmæssigt begrundet, idet det falder naturligt at antage, at skattereglerne ikke bør have betydning for koncernens aktivitet i konkurrence med koncerner hjemmehørende andre steder i verden. Det mindstemål der således må antages at udspringe af koncernernes behov til skattereglerne er, at disse ikke har negativ effekt på konkurrenceevnen og aktivitetsniveauet samt herunder at der ikke opstår unødigt dobbeltbeskatning.

Som hensyn i den internationale skatteret kan anføres behovet for skatteneutralitet i forbindelse med realisationen af det indre marked. Det er ikke hensigten at påvise dette udsagn idet noget sådant er gennemført på en overbevisende måde i Ruding-rapporten⁶⁴ samt tillige i de på Kommissionens initiativ tidligere udfærdigede rapporter.

Som en anden interesse der varetages i den internationale skatteret kan anføres investeringsinciteringen specielt i kildelande. Dette formål varetages generelt af de folkeretlige dobbeltbeskatningsoverenskomster. Hertil kommer det rent danske ønske om at opnå så stort et skatteprovenu som behøvet hvilket dog modificeres af behovet for ikke i for stor grad at hæmme udlandsaktivitet. Af disse betragtninger kan det udledes, at mens de internationale organisationer i vid udstrækning søger at sikre skatteydernes behov, rettigheder og retsforudsigelighed og dermed skatteneutralitet, så trækker national lovgivning ofte i modsat retning.

64. Dog er rapporten hverken uimodsigt eller ukritiseret, se blot eksempelvis *Iain P.A. Stitt* i SU 1994.294 med kritik af indholdet af rapportens kapitler og analyser og dennes anbefalinger samt endelig kritik af repræsentativiteten af rapportens datamængde og tilsvarende *Klaus Vogel: Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, 1994, s. 20.*

Herefter skal det undersøges hvilke typer af dispositioner/transaktioner der må antages at forekomme i praksis i koncernforhold. Disse vil blive anset som den relevante undersøgelsesgenstand for afhandlingen. Som den overordnede struktur er valgt en *kronologisk betragtningsmåde* af en koncerns livsforløb. Af denne årsag vil inddelingen derfor falde i fire elementer; (1) koncernens fødsel – koncernetablering, (2) koncernens drift – koncerneksistens, (3) ændringer i koncernen – koncernomstrukturering samt endelig (4) koncernens afslutning – koncernophør⁶⁵. Det er væsentligt at påpege, at det ikke er en udtømmende gennemgang af koncernrelevant skatteret der skal foretages, men derimod udelukkende en undersøgelse af aktuelt forekommende (eller formodet forekommende) transaktioner. Disse ønsker underkastes da en belysning hvor det undersøges om der tilvejebringes, kan tilvejebringes eller fremtidigt bør tilvejebringes skattemæssig neutralitet for de pågældende transaktioner. Dermed foretages et studie i enhedsbetraktningens udbredelse og anvendelse- og dermed skattneneutralitetens udstrækning. De elementer der derfor skal henføres under de nævnte punkter er derfor fremkommet ved hjælp af generelle autoritative anbefalinger i Kommissionens dokumenter og udtrykt i Ruding-rapportens konklusioner samt koncernernes egen kontrahering udtrykt i skattepraksis' sager om korrektion af indkomstgrundlaget (arm's length-problematikken).

Af relevans for denne kontekst fremkom *Ruding-rapporten* med følgende krav til neutralitetsmuligheder for grænseoverskridende koncerner⁶⁶. Størst betydning hertil har anbefalingerne om fjernelse af dobbeltbeskatning ved grænseoverskridende udbyttebetalinger i koncerner, en ensartet udbyttekildeskate på 30%, fjernelse af kildeskate på rente- og royaltybetalinger mellem selskaber i forskellige medlemsstater, fjernelse af dobbeltbeskatning efter transfer pricing korrektioner og fuld underskudsoverførselsmulighed (både vertikalt og horisontalt)⁶⁷.

Kommissionens anbefalinger har dannet baggrunden for såvel de eksisterende europaretlige selskabsskattedirektiver som for Ruding-rapporten samt flere direktivforslag på de direkte skatters område. Visse af Kommissionens anbefalinger vil derfor ligeledes kunne benyttes som grundlag for udfindelsen af den endelige detaljerede undersøgelsesgenstand. I 1991 fremsatte Kommissionen nogle overordnede retningslinier

65. En i store træk tilsvarende systematik, om end med andet fokus, er anvendt af *Svend Høgsberg Kristensen*: Beskatning af koncerner, 1981.

66. Gennemførelse af sådanne tiltag antoges at udgøre minima når ikke det ønskede mål om totalharmonisering har realitet for sig i en overskuelig årrække og ikke umiddelbart lader til at kunne løse de nuværende problemer med diskrimination, forstyrrelser i kapitalbevægelserne mv.

67. Ruding-rapporten, s. 201ff.

med henblik på fjernelsen af hindringerne for grænseoverskridende aktivitet⁶⁸. Heraf fremkom nogle ønsker for skatteneutralitet vedrørende visse grænseoverskridende transaktioner. Således fremhævedes nødvendigheden af neutrale koncernetableringer og neutrale omstruktureringer, neutral drift gennem skattefrihed for udbyttebetalinger, fjernelse af dobbeltbeskatning som følge af transfer pricing korrektioner samt medregning af udenlandske datterselskaber- og filialers underskud i indkomstopgørelsen og endelig fjernelsen af kildeskat på rente- og royaltybetalinger på tværs af landegrænserne⁶⁹. Flere af disse forhold er som bekendt allerede gennemført men der er stadig væsentlige områder der endnu mangler unionsretlig regulering⁷⁰.

Der kan hentes visse konkrete udtryk for koncernernes brug af og ønske om enhedstankegangen i forbindelse med drift af koncerner i *doms- og administrativ praksis*⁷¹. Alle situationerne er udtryk for køb og salg af den ene eller anden slags, og helt overordnet kan det formentlig udledes, at det ikke så meget er enkelte transaktioner der ønskes neutraliseret koncerninternt, men snarere at der generelt ønskes mulighed for frit flydende likviditet mellem de forbundne koncernselskaber således, at den-

68. Jfr. *Bulletin Supplement* 4/91.

69. Op.cit. s. 8.

70. Således svæver forslaget til et rente- og royaltydirektiv stadig i systemet. Dog har området fortsat aktualitet idet Kommissionen aldrig har forladt sin holdning til vigtigheden af dette m.h.b.p. realisationen af det indre marked. Se blot hertil årsprogrammet i Supplement 1/97 hvor det nævnes som fremtidigt forslag, s. 13 hvilket følges op i Supplement 1/98, s. 9, hvor det ytres at Kommissionen vil søge de bebudede tiltag gennemført. For samme retning kan henvises til Kommissionens handlingsplan for 1997 CSE 97(1) final edition, hvor direktivforslaget henføres under Strategic target 2: Dealing with key market distortions, action 1: Remove tax distortions. Af nyere dato har Rådet på baggrund af KOM(97) 564 endelig udgave, afgivet politisk tilsagn om at arbejde hen imod en hurtig vedtagelse af et direktiv om rente- og royaltybetalinger mellem virksomheder på grundlag af et kommende forslag fra Kommissionen. Dette forslag er fremsat i 4. marts 1998 (KOM (1998) 67 endelig udg.).

71. Fremkomsten heraf er sket gennem en dissektion af praksis. Der er indledningsvis undersøgt ca. 80 afgørelser af såvel national som international beskaffenhed. Fra denne sum udskilles de sager hvor der aktuelt er sket og stadfæstet en korrektion hos enten LSR eller domstolene. Af de resterende afgørelser er der yderligere fraskilt den del der med rimelighed synes at kunne henføres til en kategori hvori korrektionen udspringer af koncernernes ønske om skatteminimering (evt. ved at flytte indkomst til lavest beskattede jurisdiktion). Efter denne øvelse står vi således tilbage med en stærkt beskåret skare, men nu med den kvalifikation, at disse afgørelser lader til at udspringe af koncernernes egen enhedstankegang, hvor pengene bruges hvor der er behov. Det er disse afgørelser der er interessante i denne kontekst.

ne likviditet kan arbejde hvor behovet opstår. Af den del af praksis hvor dette fremkommer tydeligst er ved rentefri (eller lavtforrentede) lån mellem koncernselskaber eller ved tilskud til nødstedte søster- eller datterselskaber. Disse situationer må nok siges at udgøre en i store træk identisk situation idet der blot er tale om at pleje de overordnede koncerninteresser ved at række en hjælpende hånd⁷².

Såfremt et moderselskab gennem tilskud el.lign. støtter sit datterselskab er det muligt at undgå korrektion, såfremt ordningen fremstår som et almindeligt forretningsmæssigt forhold eller hvis datterselskabet er stærkt integreret i moderselskabets drift. Er dette ikke tilfældet, vil der er grundlag for korrektion, og da enhedsbetragtningen ikke betragtes som en tilstrækkelig forretningsmæssig begrundelse, som det skal fremgå just nedenfor, er mulighederne for neutralitet reelt ikke eksisterende. Der er herved bortset fra den netto-neutralitetsvirkning på modtagersiden der ofte forekommer efter korrektion via forøget fradragsmulighed for modtagende søsterselskaber. Fremhæves bør følgende enkelte eksempel⁷³, hvor enhedstanken lader til at have været bærende for koncernens transaktioner og man således nok har "glemt transfer pricing" problematikken idet pengene jo blot skifter lomme.

TfS 1990.240 LSK (TSN 1991.544 LSK): udtrykker en klar enhedstankegang. Et dansk datterselskab deltog i februar 1985 i en aktieudvidelse i et søsterselskab i USA. De likvide midler til deltagelsen finansieredes af en udskydelse af et planlagt byggeri i det danske datterselskab. Samtidig med aktieerhvervelsen blev der indgået en kontrakt mellem selskabet og dets moderselskab i Schweiz, hvorefter moderselskabet havde ret og pligt til at overtage aktierne til købsprisen. Da dette skete ultimo 1986, fandt Landskatteretten, at der i realiteten forelå et udlån til moderselskabet, idet selskabets likvide midler som følge af moderselskabets indflydelse var anvendt til fordel for det kriseramte amerikanske søsterselskab. Det danske selskab måtte anses for skattepligtigt af en beregnet rente, jfr. SL § 4e.

På denne baggrund synes det at fremkomme, at koncernen som helhed gennem de refererede transaktioner har søgt at pleje koncerninteressen. Begrundelsen for denne antagelse søges i de forhold, at der reelt var tale

72. Den manglende anerkendelse af enhedsbetragtningen i dansk skatteretspraksis kan i tilfælde hvor datterselskaber har begunstiget andre selskaber antages at være grundet i en *udsagningsbetragtning* hvorved man fra Ligningsmyndighedernes side har befrygtet en reel flytning af selskabsformuen til andre selskaber og efterfølgende likvidation med tabsfradragsret, hvorfor man konsekvent har opretholdt princippet om korrekt indkomstopgørelse, jfr. *Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning*, Bind II, s. 401.

om et kriseramet datterselskab i USA, og dette nødvendigvis skulle hjælpes på den ene eller den anden måde. En tankegang der forekommer logisk ud fra et strengt forretningsmæssigt synspunkt er da at tage de påkrævede midler hvor de på tidspunktet for disponeringen kan undværes. Ud fra det fremkomne kan det jo ikke udelukkes, at moderselskabet i lige netop den omhandlede periode havde en anspændt likviditetssituation. Logikken der her fremføres er ikke i harmoni med de fremherskende skatteretlige grundprincipper i forbindelse med arm's length problematikken, nemlig markedsmæssighed, forstået som handelsvilkår svarende til hvad uafhængige parter ville acceptere. En koncernledelse vil begribeligvis have betydelige vanskeligheder med at forstå hvorfor man ikke skal have mulighed for at benytte sig af den fordel der nu engang foreligger ved organisationsformen og herved lade lån flyde rentefrit rundt indenfor koncernen. I den konkrete situation ville en formalisering af markedsmæssige lånevilkår have afpareret den skattemæssige korrektion. Men da ville moderselskabet ikke være bedre stillet end ved kapitalfremskaffelse på det frie kapitalmarked, og det kan være at man netop har regnet sig frem til, at dette ikke er økonomisk holdbart. Inden for de eksisterende lovgivningsmæssige rammer ville det således ikke have været muligt for denne koncern, at opnå fordelene ved enhedsbehandling for koncerninterne rentebetalingen.

-
73. Det bør understreges, at eksemplet udelukkende tjener som illustration af hvad der forekommer symptomatisk for den resterende udvalgte og undersøgte skatteretspraksis, og dermed som udtryk for enhedstankegangen. Brugen af nævnte landskatteretskendelse skal således ikke opfattes som tilslutning for kendelsens skelsættende karakter idet noget sådant ingenlunde er tilfældet. Den resterende del af relevant skattepraksis giver tilsvarende indikationer, om end der er tale om transaktioner af en anden karakter, hvorfor det generelle billede og den bagved liggende tankegang antages at kunne udtrykkes ved den her behandlede sag. Se således TSN 1992.297 LSK, 1993.1057 V, Tfs 1985.439 Ø, med meget slående argumentation i præmisserne fremført i Landsskatteretten af selskabets (Pan Pen Co. A/S's) revisor; idet der henvises til, at i koncernforhold, og hvor der er tale om multinationale selskaber, er det en ganske normal foreteelse, at det ene selskab yder lavt forrentede eller rentefri lån til andre selskaber, når dette af forretningsmæssige hensyn er nødvendigt eller praktisk. Senere s. 613 bemærkes "...i koncernen arbejder man med pengene, hvor de er fremfor at sætte dem i banken. De omhandlede 90.000 kr. skulle således betales tilbage når der opstod et behov...". Selvom denne fremførte argumentation forekommer tilstrækkelig ud fra et strengt forretningsmæssigt synspunkt var det ikke nok i skatteretlig sammenhæng idet det ikke kunne bevises, at der var tale om almindelige forretningsmæssige vilkår, selvom man også søgte dette opnået ved anden, for skattemyndighederne mere tækkende, argumentation. Se yderligere Tfs 1986.402 V, 1992.302 Ø, 1993.236 Ø, 1993.261 LSK, 1995.210 V, 1995.285 LR, 1995.528 LSK, 1996.282 Ø, 1997.700 Ø (R&R 1997/12 SM 459), Skat 1986.307 V, 1990.361 H, LSRM 1973.97, 1980.211.

Det er ikke på denne baggrund muligt, at fremkomme med et detaljeret katalog over enhedsønsker i koncernsammenhæng, på baggrund af praksis. Sikkert forekommer det dog, at det er et udbredt ønske at pengene skal kunne flyde frit i koncernerne gennem lån, tilskud eller lignende til de selskaber der har brug for likviditeten. Af denne årsag rettes interessefokus i det følgende mod de transaktionstyper der er almindeligt forekommende som grundlag for arm's length korrektion. Struktureringen heraf kan næppe opnå udtømmende status idet der kontinuerligt vil fremkomme nye transaktionstyper bl.a. grundet den teknologiske udviklings hastige skridt. Dermed vil der tillige fremkomme forøgede korrektionsmuligheder for skattemyndighederne når disse har tilpasset det traditionelle system til transaktionerne eller opnået (tiltaget sig?) fornyet hjemmel.

Inddelingen foretages med inspiration i regnskabsrettens poster på balancens aktivside⁷⁴. Således skal der følgende sondres mellem immaterielle, materielle og finansielle goder, hvilke må antages at udgøre de grundlæggende typer af aktiver der kan handles med.

Herefter kan det med udgangspunkt i de ovenfor nævnte punkter (1)-(4) specificeres hvad det nærmere interessefokus i det følgende er. Til kategorien (1) koncernetablering skal henføres fusion, "uægte" spaltning, virksomhedsoverdragelse og majoritetsoverdragelse- og overtagelse, til kategorien (2) koncerneksistens skal under situationen med overskudsgivende drift henføres til kategorien immaterielle goder; afholdte F&U omkostninger, betalinger fra forskellige rettighedstyper og handel med disse samt overdragelse af goodwill, Under materielle goder henføres handel med varer, udførelse af tjenesteydelser samt en samlegruppe med øvrige goder. Under overskriften finansielle goder behandles udbyttebetalinger fra kapitalandele i selskaber, rentebetalinger fra tilgodehavender i datterselskaber samt handel med værdipapirer og tab og gevinster på koncerninterne fordringer. Endelig behandles i overskudssituationen afskaffelse af økonomisk dobbeltbeskatning gennem retsmidler til afbødning af transfer pricing korrektioner. Under situationen med underskudsgivende drift behandles mulighederne for medregning af datterselskabers underskud i moderselskabsindkomsten samt behandlingen af koncernbidrag, interne tilskud m.v. og mulighederne for underskudsoverførsel. Yderligere skal der til kategorien (3) koncernomstruktureringer henføres fusion, spaltning, virksomhedsoverdragelse

74. Jfr. hertil 4. selskabsdirektiv om årsregnskaber passim og skema i bilaget til Bekendtgørelse til ÅRL om opstilling af årsregnskab og koncernregnskab og om udarbejdelse af koncernregnskab.

og majoritetsoverdragelse. Endelig skal ophørssituationen (4) behandles selvstændigt og indeholde transaktionstyperne fusioner, spaltninger og likvidation.

Nu er der så kun tilbage i dette afsnit, at konkretisere afhandlingens egentlige genstand. På ovenstående grundlag kan følgende spørgsmål tilfredsstille denne opgave;

1. *Hvilke principielle muligheder (eksisterende og fremtidige legislative tiltag) for skatteneutralitet findes der i den danske internationale koncernskatteret?*
2. *Er den principielle neutralitet også reelt sikret og hvad skal der konkret til for at opnå denne fordel?*
3. *Hvordan er skatteneutralitetsmulighederne i USA⁷⁵ vedrørende tilsvarende transaktionstyper, og kan der heri findes inspiration til dansk og europæisk skatteret?*

2.4. Arbejdshypotese

En arbejdshypotese skal afslutningsvis introduceres. Denne hypotese skal som et af afhandlingen afledt biprodukt, suppleret af en selvstændig argumentation, kunne enten verificeres eller falcificeres. Formodningen der udgør dette hypotetiske udgangspunkt er, at det som overvejende hovedregel må anses som værende fordelagtigt (for både subjekter, stater, samfundsøkonomi) at anlægge en enhedsbetragtning i koncernsammenhæng i den danske internationale skatteret. Der vil således være en sideopgave til afhandlingens hovedgenstand i det følgende idet; *det skal be- eller afkræftes hvorvidt det må anses som værende ønskeligt eller ej med*

75. Valget af denne nation som komparativ undersøgelsesstat forekommer naturligt ud fra flere hensyn. (1) Flere af de lande vi traditionelt sammenligner os med er beliggende inden for EU, hvorved selvstændig undersøgelse af disse stater aftager i værdi idet flere af de vigtigste behandlede regelsæt netop tager udspring i fælles-europæisk skatteret, (2) USA fremgår som en til alle tider stor og vigtig samhandelspartner såvel for Danmark som for den resterende del af EU, for Danmark er der konkret tale om det 6. største eksportmarked (hvor EU-landene udgør 4 af de fem øvrige og Norge er det sidste) og er den største importør udenfor Europa, jfr. Export Directory of Denmark, 1997-1998, s. 21, baseret på 1996-opgørelser. I EU-kontekst udgør eksport til USA 16% (tallet 18,3% figurerer i en opgørelse fra Kommissionen fra samme år) af den samlede EU eksport, og 13% af den samlede import, jfr. The European Union: key figures, Eurostat, 1997, s. 34, baseret på 1994-tal. (3) På flere områder har vi i Europa tidligere fundet inspiration i amerikansk skattelovgivning og praksis hvortil kommer at USA's selskabsbeskatning indeholder spændende elementer idet man i udbredt omfang er erhvervsvenligt indstillet samtidig med, at erhvervslivet ofte pålægges enorme byrder eksempelvis i form af forøget dokumentationspligt m.v. for interne afregningspriser.

en generel anvendelse af en enhedsbetragtning i koncernforhold. Det ses herved, at fremstillingen ikke tager sigte på at behandle den nuancerede situation hvor det konkrete udslag af den relative ligebehandling undersøges. Dette anses som værende af en mere teknisk juridisk karakter. Derimod er det sigtet at foretage en principiel vurdering af den koncernrelaterede fuldstændige neutralitet idet afhandlingen er baseret på en forudsætning om fuldstændigt integrerede koncerner.

3. Metode og disposition

Det følgende afsnit skal tjene som afhandlingens strukturelle fundament. Det skal således søge at frembringe normative udsagn til brug for den følgende opbygning. Der gøres ganske korte metodiske overvejelser i forhold til en identifikation af tilhørsforhold til eksisterende discipliner. Ligeledes redegøres for den benyttede fremgangsmåde i relation til indsamling og bearbejdning af relevante data. Endelig opstilles en disposition over afhandlingens følgende afsnit.

Når det lægges til grund, at skatteplanlægning (i den her anvendte brede forstand) kan indplaceres under brugen af jura som et ledelsesredskab, må således også undergrupperinger af skatteplanlægningsbegrebet kunne rubriceres tilsvarende. Såfremt der antages at eksistere en fagdisciplin under betegnelsen international koncernskatteplanlægning må denne derfor kunne henføres til det omhandlede tankesæt. Ligeledes må det hertil yderligere lægges til grund, at studier i skatteneutralitetsmuligheder for koncerner kan henføres til nomenklaturen skatteplanlægning og hermed også til den internationale koncernskatteplanlægning⁷⁶.

Et forhold af særlig betydning er afhandlingens placering mellem dansk udlandsskatteret, OECD-inspireret modeloverenskomstbeskatningret samt unionsskatteretten. Der kan herved opstå adskillige problemer i forbindelse med fortolkninger af relevante retsregler, hvem der har kompetencen til denne fortolkning samt spørgsmål om virkning og rangorden. Alle sådanne spørgsmål er det af stor betydning stedse at

76. Dog antages det ikke muligt at foretage en fornuftsmæssig placering blandt de ofte anvendte begreber "skatteplanlægning ex ante" og "skatteplanlægning ex post" idet disse er udtryk for et tidsmæssigt disponeringskrav. Se denne fremgangsmåde anvendt hos *Søren Stenholdt* i Skatteplanlægning i internationale koncerner, Skatteorientering, Artikler 57, 7.7, 1990 samt med inspiration i førstnævnte *Lena Falk og Claus Pedersen*: Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996. De i nærværende afhandling foretagne studier følger ikke en tilsvarende systematik, hvorfor den omtalte terminologi ikke anvendes i det følgende.

være opmærksom på. Opgaven består på dette grundlag i at beskrive retstilstanden ved at kombinere disse tre til ét samlet hele for at nå de ønskede resultater. Et forhold der komplicerer tingenes tilstand er en konsekvent brug af EU retsakter hvad enten disse er gennemført, spås snarlig gennemførelse eller er skrinlagt midlertidigt. På samtlige relevante områder hvor der foreligger eller har foreligget løsningsforslag inddrages disse. En sådan konsekvent inddragelse bringer mig på kollisionskurs med den juridiske (skatteretlige) tradition for beskrivelser de lege lata, og da specielt hvis det prætenderes, at afhandlingens resultater efterfølgende skal kunne bruges i forbindelse med udformning af koncernskattepolitik. Ved afvejningen af disses således eksisterende modhensyn, har jeg dog fundet inddragelsen af eventuel fremtidsmusik tungerevejende end en her og nu opdateret beskrivelse af gældende dansk koncernskattejura. I forbindelse med den OECD-inspirerede overenskomstskatteret skal det påpeges, at det ikke er intentionen at fremhæve de forskellige danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, idet disse er mangfoldigt eksisterende. Gennemgående foretages blot henvisninger til de overordnede principper i OECD's eller USA's modelaftale og når det specielt er fundet hensigtsmæssigt foretages henvisning til en aktuel overenskomst.

Idet afhandlingen tillige indeholder et komparativ element kompliceres situationen yderligere, dog uden dette antages at få konsekvenser for arbejdet, idet der udelukkende ønskes hentet inspiration fra den fremmede ret og ikke uddybning af retlige problemer ved anvendelsen o.lign. I forbindelse med en gennemgang af amerikansk koncernskatteret, skal der gøres visse afgrænsninger. Behandlingen i denne afhandling begrænser sig således til en gennemgang af *føderal* amerikansk skatteret. Denne type af regulering er den fællesamerikanske ret. Dermed udeholdes statslig og lokal (kommunal) skatteret⁷⁷. Idet der er tillagt hver enkeltstat (50) beskatningskompetence, er der trods betydelige harmoniseringsbestræbelser stadig væsentlige forskelle på tværs af landet, hvorved der findes vidt forskellige skatteregler. Dette gælder a fortiori på det lokale plan. Af disse årsager skønnes afgrænsningen begrundet. Skatteniveauet befinder sig statsligt mellem 3 og 12%⁷⁸. Yderligere rettes fokus mod såvel nationalretlig som mod internationalretlig regulering. Visse interne regler skal sammenlignes med vores nationale og supranationale regler. Baggrunden herfor er, at USA kan sammenlignes med EU

77. Der dog er begrænset i sit omfang.

78. Se for en gennemgang af statslig beskatning i USA, *Joann E. Weiner*: Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, 1992, Annex 9C, s. 417ff.

som supranationalt organ der forener en række stater. De applikerede løsningsmodeller bliver da af interesse for kontinentale skattejurister⁷⁹. Yderligere undersøges visse anvendte modeller til løsning af problemer i den amerikanske internationale skatteret.

Endelig sondres der mellem skreven og uskreven ret, hvortil det skal bemærkes, at denne afhandling koncentrerer sig om den skrevne ret dog med den uskrevne rets enorme betydning for common law traditioner in mente.

Den komparative analyseform tager form efter den analytiske metode idet der søges foretaget en løbende sideordnet fremstilling af de amerikanske skatteregler⁸⁰.

Den benyttede fremgangsmåde indebærer dataindsamling gennem den almindelige retslitteratur, den almindelige- og specielle skatteretslitteratur. Hvor sidstnævnte består af internationale tidsskrifter idet disse antages at kunne give det mest ajourførte billede af den hastige udvikling. Af samme årsag vil meget af det benyttede myndighedsmateriale være indhentet fra internettet, idet såvel Unionen, de danske skattemyndigheder (SKM, T&S, LSR, samt Retsinformation med gældende love) som det amerikanske IRS er velrepræsenteret herpå, med let adgang til relevant materiale. Ligeledes inddrages i relevant omfang belysende rets- og administrativ praksis samt i begrænset omfang praksis fra EF-domstolen. Beskrivelser af gældende ret er baseret på den traditionelle retsdogmatiske metode. Men det bør bemærkes, at disse beskrivelser de lege lata har et andet sigte, nemlig at perspektivere over dele af skattesystemet i al almindelighed. Derved følges retsdogmatikken tillige op af visse retspolitiske elementer. Antagelsen er den, at rationalitet kan udgøre et legitimt argumentationsgrundlag for sådanne overvejelser. Idet det andetsteds er blevet anført⁸¹, at skatteneutralitetssigtet giver ophav til en stærk retspolitisk norm, er det rationelle argument for et studie som det foreliggende derfor; *neutralitetsargumentet*.

Indledningsvis fordres i Del II af hensyn til afhandlingens overskuelighed og sammenhæng en redegørelse for de relevante retskilder. Dette gælder for såvel den nævnte nationalretlige, de folkeretlige samt EU-ret-

79. Se f.eks. om dette forhold *Leif Mutén*: Inspiration or desperation – European reactions to US tax thinking.

80. Se om denne og andre metoder i retssammenligningen *Ole Lando*: Kort indføring i komparativ ret, 1986 og *Michael Bogdan*: Komparativ Rättskundskab, 1993 og *Zweigert & Kötz*: Introductions to Comparative Law, 1987 passim.

81. Af *Roger Persson Österman* i sin doktordisputats Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskattningen, 1997. s. 21.

lige normering. Grundlaget for lovgivningen angives samt hertil de vigtigste hensyn i den internationale skatteret og dermed også de bagvedliggende målsætninger. Dette følges af en gennemgang af de retskildemæssige aspekter om rangorden mv. Der skønnes ikke behov for en gennemgang af grundlaget for amerikansk skatteret.

Afhandlingen er efterfølgende delt op i 6 dele (Del III-VIII). Delene III-VI er grundlæggende baseret på det samme skelet, hvorfor bemærkningerne nedenfor har almen gyldighed. I overensstemmelse med den anlagte kronologiske betragtningsmåde behandles koncerners livsforløb. Del III indeholder således en gennemgang af de retlige problemer ved koncernetablering. Del IV indeholder en gennemgang af koncerneksistenstransaktioner. Del V indeholder en gennemgang af de skatteretlige spørgsmål i forbindelse med koncernomstruktureringer, og endelig indeholder Del VI koncernophøret. Hver enkelt medtaget transaktion underkastes en identisk analyse.

I indledningen til hver del er fremsat den hypotese der knytter sig til det pågældende retsområde. Disse hypoteser testes efterfølgende gennem et almindeligt led og et specielt led. I visse tilfælde findes der regler med skatteneutralt indhold. Herved undersøges *ratio legis* eller udtrykt anderledes udfindes *le but social de la loi*, med det formål at se om neutralitet er målsat. Hvor der ikke er tilknyttet neutralitet beskrives i det almindelige afsnit blot reglerne og andre almindelige spørgsmål. Efterfølgende behandles neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremkomst ved skatteneutral regulering og der fremsættes bemærkninger i fraværet heraf hvor neutralitet ikke har indfundet sig.

Af gennemgangen skal særligt følgende spørgsmål afklares; hvad udgør neutralitetsobjektet?, hvem udgør neutralitetssubjektet?, hvad er reguleringens materie i øvrigt?, hvilke problemer knytter der sig til reguleringen og hvilken betydning har dette?, hvor der ikke er sikret principiel skatteneutralitet lader det da til at koncernerne kan foretage sig noget så transaktionen alligevel bliver neutral?, hvad kan lovgiver gøre og hvad foreskriver neutralitetsprincippet? Hele denne eksercits foretages med henblik på at vurdere, hvordan koncernskatterettens tilstand er, udtrykt efter kriteriet om skatteneutralitet. Til vurderingen benyttes en terminologi bestående af *svag*, *middelstærk* og *stærk skatteneutralitet*.

Det er ikke muligt, at udnævne enkelte dele af gennemgangen som mere betydningsfulde end andre, idet disse supplerer hinanden og udgør et samlet hele.

I en selvstændig del (Del VII) vurderes enhedsbetragtningen. Vurderingen baserer sig på afhandlingens resultater men inddrager tillige andre

argumenter specielt med inspiration i den økonomiske teori, idet der er næppe tvivl om, at skatteretten også kan have betydelig nytte af retsøkonomien⁸². Dette afsnit kan derfor siges at udgøre en retsøkonomisk analyse af et alternativt skattesystem⁸³.

Endelig skal afhandlingens resultater sammenfattes i den *afsluttende del*, Del VIII. På hele de ovenstående grundlag (såvel den foretagne analyse som det komparative element) skulle der herefter være dannet grundlag for visse udledninger, fremtidsvisioner og retspolitiske bemærkninger møntet på såvel danske som europæiske myndigheder.

82. Således er Roger Persson Östermans anførte værk baseret på en sådan tilgang. Tilsluttende se Frederik Zimmer i TfR 1998.340.

83. Dette kunne også kalde retlige effektstudier, hvilke netop berører de områder af retsøkonomien hvor jura og økonomi har oplagt fælles berøring. Det synes evident at netop skatteretten udgør et sådant eksempel på regulering der berører den økonomiske aktivitet. Se hertil Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai J. Foss: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, 1997, s. 9.

Del II Det relevante retsgrundlag

1. Unilaterale retskildefaktorer

Det er hensigten på dette sted kortfattet at gengive de retsakter af størst relevans i den danske internationale koncernskatteret samt yderligere at gengive hvori visse neutralitetsforskrifter forefindes.

Udgangspunktet for danske skattelove findes i GRL § 43, hvorefter ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov. Heraf fremgår et legalitetsprincip med krav om konkret hjemmel.⁸⁴

Generelt er den absolut vigtigste lov, statsskatteloven af 1903⁸⁵, idet globalbeskatningsprincippet som bekendt udtrykkes i dennes § 4. Her udover indeholdes mange vigtige bestemmelser i selskabsskatteloven⁸⁶ herunder bl.a. regler om den subjektive- og objektive skattepligt samt vigtige lempelsesregler for dobbeltbeskatning. Af stor relevans i denne lov er henvisningen til den almindelige skatterets regler gennem SEL § 8, og ligeledes de gældende regler om selskabers indkomstopgørelse. En introduktion og gennemgang af de hertil væsentligste opgørelsesinstitutter må dog udelades for nærværende og foretages der henvisning til behandlingen nedenfor. Af andre vigtige danske love må fremhæves ligningsloven⁸⁷, fusionsskatteloven⁸⁸ samt aktieavancebeskatningsloven⁸⁹. Herudover må fremhæves de til lovene knyttede cirkulærer, der giver væsentlige bidrag i fortolkningssammenhæng, uanset pligtvirkning for borgerne eller ej. Ligeledes er det værdifuldt, at undersøge den administrative praksis der knytter sig til de pågældende retsakter, herunder såvel Skatteministeriets udtalelser og afgørelser, Ligningsrådets udtalelser gennem afgørelser og bindende forhåndsbeskeder samt Landsskatterettens afgørelser i konkrete sager.

84. Skatteret er jo forvaltningsret (eller "masseforvaltningsret") hvorved de vigtige forvaltningsretlige grundprincipper stedse bør ihukommes. Således skal der være beskatningshjemmel hvis ikke dispositionen(erne) skal medføre skattefrihed. Et forhold der til tider, kritisk anført, undrages skattemyndighedernes opmærksomhed.

85. Nu ved lov nr. 149 af 10.4.1922 om indkomst- og formueskat til staten med senere ændringer.

86. Lov nr. 255 af 11.6.1960 i nuværende udformning i Lovbekg. nr. 814 af 26.10.1997 om indkomstbeskatning af aktieselskaber, med senere ændringer.

87. Senest ved Lovbekg. 819 af 3.11.1997.

88. Lovbekg. nr. 954 af 5.11.1996.

89. Lovbekg. nr. 817 af 30.10.1997.

Af de fremhævede legislative tiltag er det grundet den brede indfaldsvinkel, ikke muligt at foretage nærmere formålsundersøgelser af lovgivningen. Helt overordnet sigter lovgivningen dog til en korrekt indkomstopgørelse, men hvad der ligger til grund af fordelingsmæssige aspekter skal ikke behandles. Afhandlingens sigte er dog som nævnt begrænset til selskabers udlandsaktivitet. De bestemmelser af størst betydning i denne sammenhæng tilsigter en smidiggørelse af udlandsaktivitet i almindelighed.

2. Bi- og multilaterale retskildefaktorer

2.1. *Generelle spørgsmål*

Som et udslag af skatterettens polycentriske karakter⁹⁰, findes der adskillige retskildeproducenter. Én af disse er OECD, der gennem sin udgivelse af en modelbeskatningsoverenskomst med kommentarer⁹¹ danner inspirationskilde til størstedelen af de af den vestlige verden indgåede traktater til undgåelse af dobbeltbeskatning. Følgende skal væsentlige forhold vedrørende denne folkeretlige disciplin behandles. Det antages at være af stor betydning stedse at have formål, retskildeværdi, fortolkning mv. i erindring, når man har berøring med overenskomsts-katteretten. Tilsvarende betragtninger kan fremføres om næstfølgende afsnit om de supranationale retskildefaktorer. Det bør fremhæves, at de følgende afklarende spørgsmål burde tage sigte på forhold vedrørende de eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomster, men grundet variationer heri, trods den almindelige tilslutning til OECD's model, vil bemærkningerne omhandle generelle forhold med udgangspunkt i modellen. Enkelte steder fremhæves til eksemplifikation aktuelt indgåede overenskomster.

2.2. *Formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster*⁹²

Flere formål kan tillægges OECD's modelbeskatningsoverenskomst og disse varierer efter sagens natur med de enkelte traktater alt efter parternes interesser og konkrete forhold. Som det nok vigtigste forhold i den

90. Jfr. herom *Aage Michelsen* i SR-skat 1996.183 samt R&R 1994/2 SM 35 og R&R 1994/6 SM 159. Se generelt om polycentri i retskildelæren, *Henrik Zahle* i Festskrift til Torstein Eckhoff, 1986, s. 752ff.

91. *OECD*: Model tax Convention on Income and Capital, 1992, der efter dette år skal udgives i løbende opdateres. Opdatering er sket i 1994, 1995 og senest i 1997. Se for en analyse af de substantielle ændringer i 1995 opdateringen: *Mogens Rasmussen* i SU 1996.153 samt *Rijelke Betten* i ET 1996.55 og for 1997 ændringen *Mogens Rasmussen* i SU 1998.130.

internationale skatteret sigtes der til en eliminering af såkaldt international dobbeltbeskatning (juridisk dobbeltbeskatning)⁹³. Såfremt det eneste formål med dobbeltbeskatningsoverenskomster var lempelse af dobbeltbeskatning, kunne det kritisk anføres, om der så overhovedet var brug for andre tiltag end rent nationale lempelsesforanstaltninger. Hertil kan fremføres flere forhold som modargumentation. For det første dækker overenskomsterne hovedsageligt juridisk dobbeltbeskatning og ikke ud over art. 9, stk. 2 økonomisk dobbeltbeskatning⁹⁴. Yderligere kan det anføres, at unilaterale foranstaltninger som eneste foranstaltning fører til skatteflugt, samt at domicillandet gør sig afhængig af kildelandets skatteregler⁹⁵. Derfor følger det, at der varetages flere hensyn gennem beskatningstraktaterne⁹⁶. Således må yderligere målsætninger være⁹⁷; styrkelse af samarbejde mellem de enkelte landes skattemyndigheder, og som et underpunkt hertil forøgede muligheder for udveksling af oplysninger. Yderligere er det formålet med overenskomsterne, at de skal sikre en rimelig fordeling af beskatningsretten mellem domicilland og kildeland, og det er samtidig et formål i så vid udstrækning som muligt at forhindre den internationale skatteudnyttelse. Endelig kan som

-
92. For generelle fremstillinger om dobbeltbeskatningsaftaleretten kan henvises til de klassiske internationale monografier; *Klaus Vogel*: On Double Taxation Conventions, 1997 (oversat fra tysk: Dobbeltbesteuerungsabkommen) samt *Phillip Baker*: Double Taxation Conventions and International Tax Law, 1994. Yderligere kan henvises til *Gustaf Lindencrona*: Dubbelbeskatningsrätt, 1994.
 93. En analyse heraf med henblik på udfindelsen af den rigtige definition søges foretaget hos *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning Bind II, 1972, s. 511ff samt hos *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 23ff. Der skal ikke ofres tilsvarende energi i denne sammenhæng, blot lægges den af OECD anvendte, og almindeligt anerkendte, definition til grund. Således skal der ved international (juridisk) dobbeltbeskatning forstås: "...the imposition of comparable taxes in two (or more) States on the same taxpayer in respect of the same subject matter and for identical periods." En sondring her overfor skal foretages og have i erindring nemlig i forholdet til den såkaldte økonomiske dobbeltbeskatning. Ved denne type dobbeltbeskatning skal forstås den situation hvor to forskellige personer beskattes af den samme indkomst eller formue, jfr. kommentaren til modellens art. 2, punkt 1 og 2.
 94. Jfr. *Leif Weizman*: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende overenskomst og formue, 1994, s. 75.
 95. Se herom *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 35.
 96. OECD anfører selv ophævelsen af dobbeltbeskatning som hovedårsagen til modellens udfærdigelse, jfr. introduktion, s.I-1., men anerkender samtidig andre målsætninger, afsnit C. s. I-6.
 97. Jfr. *OECD*: Model tax Convention on Income and on Capital, 1997, l.c., *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 23ff, og samme i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 835, *Søren Næsborg Jensen*: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 30ff, *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, s. 26ff samt *Leif Weizman*: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 70ff.

begrundelse anføres behovet for at fjerne diskrimination i beskatningen og herunder at varetage skatteydernes retssikkerhed. Afslutningsvis kan fremhæves, at det også er et formål med overenskomsterne, at disse skal bidrage til fremme af international samhandel og investeringer.

De til rådighed stående midler vedrørende opfyldelsen af disse målsætninger findes i selve opbygningen og indholdet af OECD's modelbeskatningsoverenskomst, hvilket kan grupperes i fire grupper⁹⁸: (1) fastlæggelse af overenskomstens anvendelsesområde, (2) kildebestemmelse for forskellige indkomstformer, (3) fordeling af beskatningsret og (4) administrative bestemmelser.

2.3. Indgåelse, virkning og fortolkning af overenskomsterne

I dansk ret, skal overenskomster med fremmede nationer gennemføres ved lov⁹⁹. Det overvejende udgangspunkt er, at disse aftaler er bilaterale, hvilket er tilsigtet fra OECD's side selvom medlemslandene samtidig opfordres til forhandlinger med henblik på indgåelse af multilaterale aftaler, jfr. modellens s. I-12. For Danmarks tilfælde er alle de indgåede aftaler, med en enkelt undtagelse, indgået som tosidede aftaler¹⁰⁰. Den nævnte ene undtagelse udgøres af den fællesnordiske overenskomst, senest revideret i 1996¹⁰¹. I alt har Danmark indgået 78 overenskomster som navnlig er udformet med OECD-modellen som forbillede.

Dobbeltbeskatningsoverenskomster antager dualistisk karakter idet der er tale om folkeretlige traktater mens det samtidig gælder, at overenskomsten kan påberåbes af fysiske og juridiske personer overfor en stat¹⁰². Ved retstvist mellem to kontraherende stater kan forholdet ind-

98. Jfr. hertil *Leif Weizman* op.cit., s. 87.

99. Hvilket følger af lov nr. 945 af 23.11.1994, der ophæver den tidligere bemyndigelseslov fra 1953. Denne tidligere bemyndigelse var genstand for en del kritik gennem tiderne, hvorfor den ændredes. Se eksempelvis om denne kritik af tidligere retstilstand, *Leif Weizman* op.cit. s. 85-86.

100. Tre yderligere fravigelser eksisterer dog, da Danmark for det første også har ratificeret EU-Voldgiftkonventionen (90/436/EØF) ved bekg. 1023 af 13.12 med ikrafttræden 1.1.1995. Denne konvention der jo er multilateral behandles dog i næste afsnit om de supranationale retskildefaktorer, idet den knytter sig hertil uden selv at antage supranational karakter. For det andet har Danmark tiltrådt Europarådets og OECD's konvention om gensidig bistand i skattesager jfr. lov nr. 132 af 26.2.1992. Endelig for det tredje er indgået en fællesnordisk aftale om bistand i skattesager senest i 1989.

101. Gennemført ved lov nr. 190 af 12.3.1997. For en kort introduktion til den nye aftale henvises til *Aage Michelsen* i SR-skat 1997.232 og *Lars Eriksen* i SU 1997 nr. 1. Den tidligere udgave er kommenteret i 1991 af *Edward Andersson*, *Nils Mattson*, *Aage Michelsen* og *Frederik Zimmer*: Det nordiska skatteavtalet med kommentarer samt *Mogens Rasmussen* i Skatteorientering 6.4.

bringes for Den internationale Domstol i Haag¹⁰³, mens der i praksis antagelig i stedet gøres brug af den gensidige aftaleprocedure i modeloverenskomstens art. 25. Der gælder i denne forbindelse en såkaldt *gyl-den regel*, hvorefter traktater i dansk ret udelukkende ret kan lempe beskatningen¹⁰⁴. En dobbeltbeskatningsoverenskomst kan således ikke i sig selv udgøre hjemmel for beskatning. Hvis der således ikke er intern hjemmel i dansk skattelovgivning til at beskatte, er sagen afgjort: uanset indholdet af en eventuel overenskomst kan Danmark ikke beskatte¹⁰⁵. Derimod antages det i almindelighed, at overenskomsterne kan indskrænke beskatningsretten i henhold til intern ret.

Af det folkeretlige element følger, at overenskomsterne må anses som bindende for traktatstaterne. Disse skal da leve op til den folkeretlige grundsætning om *pacta sunt servanda*¹⁰⁶. I forbindelse med omtalen af traktaters opfyldelse melder sig spørgsmålet om treaty overriding. Treaty overriding er udtryk for den situation hvor en aftalestat ved efterfølgende gennemførelse af intern lovgivning beskatter i strid med en tidligere indgået og bindende overenskomst, uden at der dog herved er tale om så graverende forhold der selvstændigt begrunder traktatbrud¹⁰⁷. Det er i Danmark forfatningsretligt fuldt ud muligt, for Folketinget at vedtage en lov der er overenskomststridig. Retstilstanden vedrørende dette spørgsmål kan derfor formentlig sammenfattes derhen, at tilsigtet treaty override kan forekomme, mens utilsigtet treaty override ikke kan forekomme, da det må have formodningen imod sig, at det danske Folketing har haft til hensigt at tilsidesætte bilaterale forpligtelser¹⁰⁸. Af

102. Jfr. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 1995, s. 42.

103. Jfr. *Claus Gulmann m.fl.*: *Folkeret*, 1989, s. 129ff. Derimod kan konflikter mellem stater og skatteydere indbringes for nationale skattemyndigheder eller domstole eller ligeledes forsøges løst v.h.a. den gensidige aftaleprocedure.

104. Forholdet følger af den tidligere bemyndigelseslovs § 1 fra 1953, og det er hertil fremhævet, at ophævelsen af denne lov ikke tilsigtede ændring af retstilstanden, jfr. L 3 af 6.10.1994. Resultatet kan grundlæggende udledes af folkerettens almindelige regler. De folkeretlige regler kan således ikke afgive hjemmel for afgørelser fra danske myndigheder, såfremt hjemmel i lovgivningen er nødvendig for myndighederne i den pågældende sag (som i skatteretten), jfr. eksempelvis *Morten Wegener*: *Juridisk Metode*, 1994, s.155.

105. Herom *Niels Winther-Sørensen* op.cit., s. 37, *Aage Michelsen* op.cit., s. 43 og samme i SO 1993.65ff, *Leif Weizman* op.cit., s. 128.

106. Jfr. *Peter Germer*: *Indledning til folkeretten*, 1997.

107. Der er således tale om en national indretning af skatteretten på kanten af hvad de folkeretlige aftaler kan bære, før der bliver tale om breach of treaty – folkeretsbrud.

108. Jfr. *Leif Weizman*: *Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue*, 1994, s. 119, *Niels Winther-Sørensen* op.cit., s. 39ff samt *Aage Michelsen* op.cit., s. 44ff. Der må i denne forbindelse kræves meget stærke holdepunkter for antagelsen.

denne årsag må en overenskomst have forrang såfremt lovgiver ikke udtrykkeligt har tilkendegivet sin hensigt om at tilsidesætte de folkeretlige forpligtelser.

Det er almindeligt anerkendt i Danmark, at dobbeltbeskatningsoverenskomster opnår status som national ret uden yderligere transformation, dette gælder i det mindste såfremt der foreligger kundgørelse af overenskomsten¹⁰⁹.

Fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne skal ske i overensstemmelse med almindelige folkeretlige fortolkningsregler¹¹⁰. Størst betydning i denne forbindelse er art. 31-33 i Wienerkonventionen¹¹¹, der foreskriver hhv. en almindelig regel om fortolkning, en regel om supplerende fortolkning og en regel om fortolkning af traktater, der er bekræftede på to eller flere sprog¹¹². Herudover har art. 3, stk. 2 i OECD's modelaftale stor relevans. Heri foreskrives i tilfælde af manglende definitioner en renvoi-regel såfremt "andet ikke følger af sammenhængen"¹¹³. Denne regel volder i sig selv store fortolkningsmæssige problemer og har været genstand for omfattende behandling i den internationale litteratur. Spørgsmålene skal ikke forfølges her. I den internationale praksis og litteratur er der enighed om, at fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne skal ske efter en dynamisk fortolkningsmåde og dermed ikke efter en statisk, hvorved de ved fortolkningen gældende regler skal lægges til grund og ikke de ved aftalens indgåelse gældende¹¹⁴.

I forbindelse med fortolkningen opstår spørgsmålet om hvilken retskildeværdi der kan tillægges de officielle kommentarer til OECD-modellen. Herom hersker der langt fra enighed, men det er nok uomtvisteligt, at kommentarerne tillægges værdi i de nationale domstoles retsanvendelse¹¹⁵, også for så vidt angår fortolkning af rent nationale retsregler. Ud over kommentarerne kan tillige andre staters fortolknings-

109. Jfr. *Thøger Nielsen* op.cit., s. 504f, *Leif Weizman* op.cit., s. 99f samt *Aage Michelsen* op.cit. s. 40.

110. Grundet den manglende brug af Den Internationale Domstol i Haag, må det antages, at det ikke er muligt, at få foretaget en bindende fortolkning af de i traktaterne indeholdte udtryk.

111. Konvention om traktatretten af 23.5.1969 trådte i kraft 27/1 1980.

112. Der skal ikke foretages en nærmere analyse af indholdet af disse vigtige bestemmelser, men blot henledes opmærksomhed herpå. For en nærmere beskrivelse kan dog henvises til litteraturen, supra noter, samt yderligere til *C. van Raad: Interpretation and Application of Tax Treaties by Tax Courts*, i ET 1996.1.

113. Reglen bevirker at unionsretten kan få betydning herved idet en henvisning til national ret jo netop også er en henvisning til EU-retten såfremt denne regulerer det pågældende område.

114. Jfr. henvisningerne supra noter.

praksis (gennem domstolsafgørelser) lægges til grund. Endelig vil forarbejderne til overenskomsten kun kunne tillægges værdi som supplerende fortolkningsmiddel. Anderledes forholder det sig med efterfølgende aftaler mellem overenskomststaterne om ændring af den indgåede overenskomst såfremt denne aftale overholder de almindelige regler for indgåelse af overenskomster. Ændringen må i denne situation tillægges værdi som den resterende del af aftalen. Er aftalen modsat ikke godkendt, kan den nok ikke tillægges større vægt end et cirkulære¹¹⁶.

Hvis blikket vendes mod de skatteretlige muligheder for eksempelvis underskudsmedregning i udenlandske datterselskaber eller successionsmulighederne i fusionssituationer, forekommer det evident, at disse spørgsmål udgør begrænsninger i dobbeltbeskatningsaftalerne. Der hvor sådanne regler imidlertid eksisterer er i fællesskabsretlig sammenhæng, hvorfor disse retskildefaktorer skal behandles i det følgende afsnit. Ligeledes kan det siges at udgøre en begrænsning i dobbeltbeskatningsaftalerne, at selv hvor disse er indgået, indebærer afskaffelse af dobbeltbeskatning ved afskaffelse af kildebeskatning dog, at den vedkommende virksomhed er nødsaget til at indgive anmodning om tilbagebetaling, idet virksomheden i første omgang fortsat er underkastet kildebeskatning i henhold til den nationale lovgivning. Herved ses det altså også, at eksistensen af overenskomster ikke har overflødiggjort europaretlige harmoniseringstiltag.

3. Supranationale retskildefaktorer

3.1. *Unionskatterettens formål, baggrund og udviklingsstatus*

I unionsretlig sammenhæng er den skatteretlige udvikling endnu på et ganske spædt udviklingsstadiet. Der eksisterer ikke skatteretlige retsakter

115. Jfr. TfS 1992.291 Ø, TfS 1993.7 H (=U 1993.143 H, Texaco-dommen), TfS 1994.184 H (professor-dommen), Modellens pkt. 29 i introduktionen, s. I-10. Se ligeledes en artikel af *Peter Sick Andersen* i SU 1995.206 hvor spørgsmålet behandles. Forfatteren fastslår, at kommentarerne, trods deres karakter af en usædvanlig retskilde kan tillægges betydelig vægt, når visse betingelser iagttages. Se dog kritisk *Aage Michelsen* i SR-skat 1996.189, i R&R 1994/2 SM 35, R&R 1994/6 SM 159, og i *Nye tendenser i skandinavisk selskabsret* (Nis Jul Clausen red.), 1995, Tynd kapitalisering – skatteretligt belyst, s. 233ff, samt endelig *International skatteret*, 1996, s. 55, der argumenterer for, at kommentarerne ikke bør have større kildeværdi end anden administrativ regulering, netop grundet modelaftalen og dennes kommentarers administrative tilblivelse. Ligeledes kritisk forholder *Hugh J. Ault*: *The Role of the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties*, sig i *Intertax* 1994.144.

116. Skatteretten 3, 1995, s. 54-55.

der kan sikre gennemførelsen af samtlige de mulige selskabsretlige transaktioner der er muliggjort gennem de selskabsretlige direktiver¹¹⁷. Der er ikke på dette tidspunkt tale om en selvstændig retsorden, men der eksisterer dog tiltag af stor betydning og planlagte tiltag der formodentlig må tillægges tilsvarende stor betydning.

I forbindelse med en behandling af selskabsskatteretten indenfor Europaunionen, er det, bl.a. grundet EF-domstolens teleologiske fortolkningsstil, væsentligt stedse at have Unionens og herunder det Europæiske Økonomiske Fællesskabs formål (som de kommer til udtryk i hhv. TEU og TEF) i erindring. Således foreskrives i TEU art. B¹¹⁸ første tankestreg, at Unionen har som mål, *“at fremme afbalancerede og varige økonomiske og sociale fremskridt, navnlig gennem etableringen af et område uden indre grænser, styrkelse af den økonomiske og sociale samhørighed og oprettelsen af en økonomisk og monetær union, der i sin endelige udformning skal omfatte en fælles valuta i overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat”*.

Yderligere foreskrives i TEF art. 2¹¹⁹, hvilke formål denne traktat tager sigte på at fremme og efterfølgende i art. 3¹²⁰ hvilke midler der påtænkes anvendt hertil og hermed hvad fællesskabets virke skal indebære. I tilknytning hertil opregnes punkterne a)-t) af hvilke specielt pkt. c), h) og l) har relevans i denne sammenhæng.

- c) *oprettelse af et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den fri bevægelse for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem Medlemsstaterne,*
- h) *indbyrdes tilnærmelse af de nationale lovgivninger i det omfang, dette er nødvendigt for det fælles markeds funktion,*
- l) *styrkelse af fællesskabsindustriens konkurrenceevne*

Som det er fremgået af det foregående er det gennemgående meget indspåliggende, at sikre gennemførelsen af *det indre marked*. Etablering og definitionen heraf normeres af TEF art. 7.A.¹²¹ hvori det hedder; *“Fællesskabet vedtager foranstaltninger med henblik på oprettelse af det indre*

117. Samtlige selskabsretlige direktiver er gengivet hos Peer Schaumburg Müller og Erik Werlauff: Unionsretlige børs- og selskabsregler, 1995, dog er bl.a. udkastet til det 13. direktiv ændret to gange siden, senest i november 1997 og nu til et børsretligt direktiv.

118. Ændres til art. 2 i TEU, jfr. art. 12 i Amsterdam-traktaten med tilhørende ækvivalenstabel.

119. Forbliver art. 2 i TEF.

120. Forbliver art. 3.

121. Ændres til art. 14 i TEF.

marked i løbet af perioden indtil den. 31. december 1992 i henhold til bestemmelserne i denne artikel og artiklerne 7B, 7C og 28, artikel 57, stk. 2, artikel 59, artikel 70, stk. 1, samt artiklerne 84, 99, 100A, 100B, og med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne Traktat.

Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i denne Traktat.

Heraf fremkommer selvsagt, at det indre marked på nuværende tidspunkt skal være etableret. Med tiltrædelsen i 1986 af den Europæiske Fælles Akt (EFT nr. L 169 af 29. juni 1987 – der ændrede visse af traktatens bestemmelser) har medlemsstaterne bl.a. forpligtet sig til at fremme den del af traktatens formål, der forudsætter et fælles område uden indre grænser – det indre marked. Tydeligst kommer dette til udtryk i den med Fælles Akten indførte art. 100A¹²² der bemyndiger Rådet til under iagttagelse af art. 189B¹²³-proceduren (Co-decisionsproceduren), at tilnærme Medlemsstaternes regler m.h.b.p. det indre markeds oprettelse og funktion. Dette tiltag var således en lempeligørelse i forhold til enstemmighedskravet efter art. 100¹²⁴. Men art. 100A, stk. 2 undtager fiskale bestemmelser fra stk. 1, hvorefter vi er tilbage i udgangspunktet efter art. 100 – og dermed kravet om enstemmighed. I TEF art. 220¹²⁵ er tilkendegivet et ønske om afskaffelse af dobbeltbeskatning inden for fællesskabet gennem forhandlinger mellem medlemsstaterne, hvorefter den infra præsenterede voldgiftskonvention er gennemført som en multilateral aftale mellem medlemsstaterne. Kommissionen har hidtil afstået fra at påberåbe EF-traktatens art. 101 som hjemmel for harmonisering, selvom denne bestemmelse åbner mulighed for vedtagelse af direktiver med kvalificeret flertal, hvor der foreligger en fordrejning af konkurrencen. Europa Parlamentet har tidligere opfordret Kommissionen til at bruge denne bestemmelse som hjemmel til en skatteharmonisering, jfr. beslutningen i EFT 1996 C362/147, pkt. 19. Endelig er der mulighed i TEF art. 235 (fremtidigt art. 308) for enstemmig gennemførelse af nødvendige tiltag til realisationen af fællesskabets målsætninger, såfremt der ikke i traktaten er fornøden hjemmel.

På det nuværende stade er der dog store forskelle i de nationale skatte-lovgivninger. Disse forskelle mellem selskabsskattereglerne frembyder vanskeligheder for selskaber, der foretager aktiviteter i udlandet, idet der i mange tilfælde foretages en mere byrdefuld beskatning af disse end af

122. Formateres til ny art. 95.

123. Kommende art. 251.

124. Ny art. 94.

125. Ændres til art. 293.

selskaber der udelukkende opererer nationalt. Der findes hertil som beskrevet, regler af nationalretlig- og folkeretlig karakter, men faktum er, at selskaber med nationale aktiviteter stilles gunstigere end selskaber med udenlandsk aktivitet. Følgevirkningen heraf vil være en begrænsning af den grænseoverskridende investeringslyst. De fremhævede forskelle i skattesystemer samt gennemførelsen af det indre marked danner da også fundamentet for de unionsretligt påbegyndte harmoniserings tiltag på selskabsbeskatningens område. Harmoniseringen skal altså ses i lyset af det større og overordnede mål om realisationen af det indre marked. Denne harmoniseringsbaggrund, medfører bl.a., at målsætningen må være en etablering af forhold der er analoge med forholdene i en nationalstat ved at ophæve skattemæssige hindringer for grænseoverskridende virksomhedsdannelse og overførsler mellem sådanne virksomheder. At dette er tilfældet illustreres bedst af præamblerne til de allerede vedtagne direktiver, herom henvises til nedenstående almindelige led, hvor en gennemgang af disse præambler blandt andet finder sted.

En skattemæssig situation nøje tilsvarende situationen i de enkelte nationalstater omfatter en komplet harmonisering af medlemsstaternes skattesystemer. Uden en sådan vil der til stadighed være investeringsbarrierer i form af forskelligartet beskatning. Idealsituationen må efter sin natur antages at have så stort et omfang, at gennemførelsen ikke med rimelig sandsynlighed kan tænkes foretaget i overskuelig fremtid. Derimod kan man tilsigte at eliminere de største og mest betydningsfulde forskelle medlemsstaterne imellem med respekt for subsidiaritetsprincippet¹²⁶, hvilket da også er den af Kommissionen valgte fremgangsmåde¹²⁷. Ved konstateringen af, at hensynene bag harmoniseringsprocessen er funderet i realisationen af det indre marked, ses ligeledes at der er sammenfald i formål med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Et stort hjemmemarked vil således være karakteriseret ved, at skattesubjekterne sjældent undergives juridisk dobbeltbeskatning. Dette hensyn er såvel overenskomsterne som visse af de eksisterende harmoniserings tiltag baseret på. Dog er der alligevel betydelige forskelle mellem unionsretsakterne og overenskomsterne, hvilket hovedsageligt kan tilskrives tre forhold¹²⁸. (1) At ophævelse af dobbeltbeskatning er i EU-regi udelukkende en del af hovedmålsætningen om det indre markeds realisation,

126. Defineret i TEF art. 3B som ændres til art. 5.

127. Herom se Kommissionens retningslinier vedrørende selskabsbeskatningen først i SEK (90) 601 offentliggjort i Bulletin Supplement 4/91 og siden i SEK (92) 1118 og senest Action Plan for the Single Market, CSE(97)1, s. 5ff, Strategic target 2, action 1. Denne tilgang til harmoniseringen er forskellige steder blevet kaldt "politisk realisme".

128. Se herom Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 16f.

(2) at harmoniseringen har andre og mere slagkraftige instrumenter til rådighed i reguleringen end folkeretten. Som et andet forhold der karakteriserer et hjemmemarked indrømmes der sædvanligvis skattemæssige lempelser for selskaber, og sådanne søges tillige overført på fællesskabsplan via harmoniseringsbestræbelserne. Herved fremkommer den tredje forskel (3) nemlig at fællesskabsretten regulerer forhold der ikke er undergivet folkeretlig normering.

Med henblik på at undersøge, om yderligere selskabsskatteharmoniseringer var nødvendige for at realisere det indre marked – og i givet fald hvilke – nedsatte Kommissionen i 1990 en ekspertgruppe (Ruding-komiteen), som skulle afgive en rapport om disse spørgsmål. Rapporten blev afgivet i sommeren 1992 og indeholder talrige forslag til yderligere selskabsskatteharmoniseringer, støttet på den konklusion, at harmonisering var en nødvendighed for realiseringen af det indre marked¹²⁹. Relevante konklusioner og anbefalinger er gengivet ovenfor.

Den hidtidige harmoniseringssindsats fra Kommissionens side kan siges at have gået i tre retninger¹³⁰: (1) tilnærmelse af de nationale skattesystemer, (2) skabelse af egnede betingelser for grænseoverskridende aktiviteter samt (3) bekæmpelse af skattesvig og skatteunddragelse af international karakter. Det kan nok konstateres, at samtlige tiltag af relevans for denne neksus kan henføres under kategori (2), jfr. herom nedenfor.

De relevante dele af skatteretten udspringer af såvel den primære som den sekundære fællesskabsret. For så vidt angår primær fællesskabsret der udspringer af Traktaten, må man gå forgæves idet der ikke i TEF er indeholdt bestemmelser om direkte beskatning. Derimod kan der på de direkte skatters område siges at eksistere en nedbrydende fremfor opbyggende skatteret¹³¹. Således består den primære skatteret i Domstolens håndhævelse af det grundlæggende diskriminationsforbud i TEF

129. Rapporten er kommenteret af Kommissionen i retningslinierne fra 1992, SEK (92) 1118, og i EFT C nr. 19 af 25.1. 1993, s. 65ff har det Økonomiske og Sociale udvalg kommenteret såvel rapporten som Kommissionens reaktion. Generelt har rapporten og skattemæssig harmonisering generelt set været genstand for stor omtale jfr. bl.a. *Søren Næsborg Jensen*: EU-selskabsskatte, 1997, s. 279 ff, *A.J. Easson*: Taxation in the European Community, 1993, s. 239-249, *Paul Farmer and Richard Lyal*: EC tax law, 1994, s. 293-300, *Erik Overgaard* i SU 1993.195, *Iain P.A. Stitt* i SU 1994, 294, *H. Onno Ruding* i ECTR 1992.70, *Albert J. Rädler* i ECTR 1993.198, *Christiane Scrivener* i ET 1990.355, *Otmar Thömmes* i Intertax 1990.208 og 464, *Jos W.B. Westerburgen* i Intertax 1990.483, ECTR temanummer om Ruding-rapporten 1992/1 og tilsvarende i ET 1992/4-5 og 1993/1, *Gert Sass* i ECTR 1993.77 samt endelig *Roger R. Muray* i ET 1991.74.

130. Jfr. *Karsten Engsig Sørensen*: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, s. 335ff og samme med *Poul Runge Nielsen*: National skatteret og EU-retten, 1994, s. 14ff.

art. 6¹³² samt frihedsrettighederne for arbejdskraft (art. 48¹³³), etablering (art. 58 jfr. 52¹³⁴), tjenesteydelser (art. 59¹³⁵) og kapital (art. 73B¹³⁶). Sagerne der udspringer heraf¹³⁷, har påkaldt sig stor interesse, skal ikke nærmere gennemgås her idet der ikke er tale om aktuelle regelsæt der direkte kan tillade skattemæssigt neutrale transaktioner¹³⁸. Vigtigt er det alligevel at være opmærksom på muligheden for eventuel underkendelse af nationale enkeltbestemmelser i skattelovgivningen der har diskriminatorisk virkning.

Yderligere har Traktatens statsstøtteregele i art. 92-94 (ændres til artiklerne 87-89) påkaldt sig interesse. Skattereglerne må herefter ikke udformes således, at disse tildeler enkelte sektorer konkurrenceforvridende statsstøtte. Ej heller disse regler antages direkte at have neutralitetsvirkning hvorfor udeladelse skønnes begrundet.

Skatterettens status på nuværende tidspunkt i EU, kan beskrives således, at der lader til igen at være kommet liv i arbejdet i Kommissionens arbejde på skatteområdet under den nye parole om pragmatik og subsidiaritet. Således er der, som det er fremgået af afsnit 1 i denne del, udarbejdet flere arbejdsrapporter og rapporter, hvilket senest er resulteret i vedtagelsen i Rådet af et adfærdskodeks mod skadelig konkurrence samt nyfremsættelsen af direktivforslag om ophævelse rente/royalty-kildeskat samt om rentekildeskat. Hvorvidt disse udkast vedtages vil kun fremtiden vise. Indtil da er det sandsynligt, at Domstolen kommer til at spille en central rolle ved tilpasningen af de nationale skattesystemer.

Derimod findes der i den sekundære fællesskabsret retsakter af større interesse for denne afhandling. Disse tiltag skal kort introduceres nedenfor.

3.2. *Anvendte retsakter*

De væsentligste unionsskatteretlige kilder er i denne forbindelse sekundære¹³⁹, og udgjort ved den såkaldte skattepakke fra 1990. Indholdet heraf var to direktiver (fusionsdirektivet¹⁴⁰ og moder/datterselskabsdirektivet¹⁴¹) og en konvention (voldgiftskonventionen eller dobbeltbe-

131. Smh. *David Williams*: Asscher: the European Court and the power to destroy, ECTR 1997.4.

132. Ændres til art. 12.

133. Ændres til art. 39.

134. Ændres til henholdsvis art. 48 og art. 43 i TEF.

135. Ændres til art. 49 i TEF.

136. Artiklerne 67-73A ophæves hvilket hele tiden har været hensigten idet disse 1.1.1994 skulle afløses af art. 73B-73G og tilbage står således det grundlæggende restriktionsforbud i art. 73B, der ved Amsterdam-traktaten ændres til art. 56.

skatningskonventionen¹⁴²). Direktiverne er implementeret i dansk ret ved ændringer i FUL, SEL, KSL og ABL mens konventionen er ratificeret og trådt i kraft 1/1 1995 efter de resterende landes tiltrædelse.

137. Den første deciderede skattesag kom i 1985 ved Kommissionen mod Frankrig den såkaldte "*Tidsskrift afgørelse*", sag 18/84, saml. 85/1339 (traktatstridigt ikke at tillade samme muligheder for skattemæssige afskrivninger for publikationer trykt i udlandet). Siden har EF-domstolen haft betydeligt mod på at prøve flere tilsvarende ømtålelige sager. Af de væsentligste kan nævnes: *Avoir-fiscal-dommen*, sag 270/83, saml. 86/273 (diskriminerende skattegodtgørelsesordning), *Daily Mail*, sag 81/87, saml. 88/5483 (i orden at kræve skattemyndighedernes samtykke til flytning af management and control, hvis ikke likvidationsskat), *Biehl-sagen* C-175/88, saml. 90/1779 (traktatstridigt at nægte tilbagebetaling af overskydende skat for lønmodtager i Luxembourg), *Bachmann-sagerne* C-204/90, saml. 92/249 og C-300/90, saml. 92/305 (Belgien nægtede fradrag for pensionsordning betalt til Tyskland. Der fremkom under sagen et nødvendighedstvunget princip om "coherence of the tax system"), *Werner-sagen* i sag C-112/91, saml. 93/429 (ikke traktatstridigt at foretage omvendt diskrimination på udenlandsk domicileret person), *Commerzbank* sag C-330/91, saml. 93/4017 (Londonfilial havde krav på forrentning tilsvarende britisk hjemmehørende selskaber i forbindelse med tilbagebetaling af overskydende skat), *Kommissionen mod Luxembourg* sag C-151/94, SU 1995, 365 (tilbagebetaling af overskydende skat måtte ikke gøres betinget af bopæl i landet, jfr. også Biehl) *Schumacker-sagen* C-273/93, saml. 95/225 (fradrag skulle tillades for de samme ydelser som en fuldt skattepligtig), *Wielockx-sagen* C-80/94 (Det stred mod traktaten, at Holland nægtede fradrag for pensionshensættelse for begrænset skattepligtig), saml. 95/2493, *Asscher-sagen* C-107/94, SU 1996, 232 (skatteyder havde ret til at blive beskattet efter skattesats for fuldt skattepligtig), *Halliburton services* C-1/93 (Afgift på skøde var stridende mod art. 52 og 58), *Climatec* af 28/3 1996 (dobbel socialbidrag kunne ikke opretholdes hvorfor Belgien måtte give afkald), *Singer* C-250/95 (diskrimination af udenlandske filialer i Luxembourg ved krav om brug af nationale regler såfremt ønske om underskudsfræmførsel (normalt tillades opgørelse efter den indirekte metode)), og senest *Safir* af 28/8-98 sag C-118/96. Det bør dog påpeges, at ikke alle disse vedrører selskabsforhold. For nærmere gennemgang af dommene og systematisering af tilladte hensyn i den nationale skattesystemer samt mere generelt om frihedsrettighederne og skatteret henvises til *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: National skatteret og EU-retten*, 1994, *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, s. 354ff, *Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret*, 1997, s. 42ff, *Erik Werlauff: Selskabsskatteret*, 1994, s. 24ff og samme i TIR 1994.337, *Paul Farmer and Richard Lyal: EC Tax law*, 1997, s. 309ff, R&R temaanummer, juli 1996, *Anni Børsting Inspi* 1995/8, s. 5ff, *Karsten Engsig Sørensen* i SR-skat 1996.142, *Michael Kirkegaard Nielsen* i SU 1995.121, SU 1995, 286 og samme i SU 1996.124, *Erik Werlauff* i SU 1997.330 (med skatteministerens kommentar i SU 1998.44), *B.H. ter Kuile* i ET 1992.402, *Peter J. Wattel*, ET 1995.347, *Ana Paula Dourado* i ECTR 1994.167 samt endelig *Kees Van Raad* i ECTR 1995.190 og *Karin Skov* i *Skatteorientering* D.13.
138. Dog kan det meget vel forekomme, at der ved Domstolens håndhævelse realiseres neutralitetsvirkning, men der udspringer ingen sådan, meget politisk, doktrin af domstolens praksis.

Af specifik interesse er yderligere udkastene til et rente/royaltykildeskattedirektiv samt udkastet til et underskudsmedregningsdirektiv og et underskudsoverførselsdirektiv. Hermed slutter rækken af relevante retsakter hvorved udelades de i øvrigt eksisterende forslag¹⁴³. For den nærmere indholdsbeskrivelse må henvises til de enkelte afsnit i det følgende hvor de omhandlede transaktionstyper behandles.

3.3. Fortolkning, virkning og retskildeværdi

Forhold der på nuværende tidspunkt påkalder sig interesse er hovedtrækkene i det unionsretlige system vedrørende retsakters fortolkning, virkning og retskildeværdi.

I tilfælde hvor direktiverne ikke er rettidigt gennemført eller er fejlagtigt gennemført, vil det være af interesse for skattesubjekterne, hvorvidt der kan tillægges direktiverne direkte virkning¹⁴⁴ eller ej. Det allerede vedtagne moder/datterselskabsdirektiv må antages at have direkte virkning, jfr. Domstolens eneste pådømmelse af direktivet i *Denkavit-dommen*¹⁴⁵ samt analysen hos *Søren Næsborg Jensen*: EU-selskabsskatteret,

-
139. Hvorvidt det er ganske forsvarligt, at rubricere den omhandlede voldgiftskonvention under den sekundære fællesskabsret er nok tvivlsomt efter den gængse opfattelse af sekundær fællesskabsret som den afledte ret som er tilbageværet ved EU institutionernes virksomhed og med bemyndigelse hertil. Idet drivkraften bag voldgiftskonventionens tilblivelse netop er Kommissionen, forsøges indplaceringen alligevel idet det ikke lader til at have andre end blotte semantiske konsekvenser.
140. Rådets direktiv af 23/7 1990 (90/434/EØF) om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater.
141. Rådets direktiv af 23/7 1990 (90/435/EØF) om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.
142. Konvention (90/436/EØF) om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud.
143. Udeladt er eksempelvis et udkast til et selskabsskattedirektiv fra 1975 idet dette er udtryk for en forladt strategi for Kommissionen. Endelig er et opgørelsesdirektivudkast fra 1988 samt rentebeskatningsdirektivudkastet fra 1998 udeholdt fra fremstillingen.
144. I denne sammenhæng bruges begrebet ikke som identisk med begrebet umiddelbar anvendelighed, der således her antages at vedrøre inkorporeringsproblemet (om og i givet fald hvad medlemsstaterne skal gøre for at implementere en retsakt) mens førstnævnte antages at vedrøre spørgsmålene om regler er så tilstrækkelige klare og ubetingede (judiciable), at disse skønnes egnede til at kunne begrunde rettigheder og forpligtelser for borgerne.
145. De forenede sager C-283/94, C-291/94 og C-292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV og Voormeer BV mod Bundesamt für Finanzen*. Se herom Poul Runge Nielsen i SU 1997.74 samt Dirk Schelpe i ECTR 1997.17 og Guglielmo Maisto i Intertax 1997.180, samt Dali Bouzora i ET 1997.14 og Dennis M. Weber i ECTR 1997.23.

1997, s. 91ff. F.s.v.a. fusionsskattedirektivet eksisterer der ikke direkte domstolspraksis herom, dog modificeret af sagen *Leur-Bloem* fra 17/7 1997, C-28/95¹⁴⁶, hvor det middelbart må antages at fremkomme, at direktivet kan tillægges direkte virkning. Voldgiftskonventionen er her overfor som navnet siger, en konvention og dermed en multilateral aftale af folkeretlig beskaffenhed mellem medlemsstaterne, der umiddelbart gælder i medlemsstaterne og således skal opfylde folkerettens krav. At der er tale om en konvention mellem EU-landene og at den er baseret på en henvisning til art. 220 i TEF giver ikke konventionen karakter af egentligt unionsretlig akt men dog alligevel et vist tilsnit heraf. Konventionen er ikke underlagt supranational fortolkning mv., men vil blive fortolket af de nationale domstole og andre organer. Selvom der således ikke er tale om en egentlig supranational retskilde har den alligevel indfundet sig i dette afsnit grundet sammenhængen med de øvrige EU-regler og det delvise unionsretlige tilsnit.

Situationen er en helt anden når blikket falder på de foreliggende direktivudkast. Disses placering i retskildehierakiet er meget lav, hvoraf naturligt følger en vis varsomhed med normative udsagn baseret herpå. Såfremt direktivudkastene fremtidigt vedtages skal dissens umiddelbare anvendelighed ligeledes vurderes og fortolkning finde sted ved Domstolens prøvelse.

Det er flere gange i det foregående nævnt, at fortolkning af direktiverne eksklusivt er forbeholdt Europadomstolen. Fortolkningsspørgsmål kan opstå for Domstolen på flere måder. For det første kan en medlemsstat foretage sagsanlæg mod en anden medlemsstat for manglende efterlevelse af den givne retsakt jfr. TEF art. 170 (ny art. 227). For det andet kan fortolkning skulle ske hvis Kommissionen efter art. 169 (ny art. 226) indleder traktatkrænkelsesprocedure mod en medlemsstat¹⁴⁷. Endelig for det tredje kan fortolkning ske gennem præjudicielle afgørelser forelagt efter TEF art. 177¹⁴⁸ (ændres til art. 234). Som et nyligt opstået rets-

146. Se for analyse af dommens konsekvenser i dansk ret *Erik Werlauff* i SU 1997.256 og samme i TfS 1997.779 og ECTR 1998.44. Yderligere henvises til *François Hoenjet* i ECTR 1997.206 og C.M.L.R. 1998.157.

147. I skatteretlig sammenhæng se senest domstolens dom af 19.2. 1998 i Sag C-8/97 hvor Grækenland blev indbragt efter art. 169 for ikke at have foretaget tilstrækkelig implementering af direktiv 90/434/EØF fusionsbeskatningsdirektivet, jfr. art. 12. Domstolen fastslog traktatbrud.

148. Se generelt om præjudicielle forelæggelser *Hjalte Rasmussen*: EU-ret i kontekst, 1995, kap. 24, *Ruth Nielsen*: EU-ret, 1996, s.47ff, *Erik Werlauff*: Fælleseuropæisk procesret – Europaretlige krav til dansk retspleje, 1997, s. 69ff og samme i TfS 1994.288, *Torben Goldin* i Juristen 1997.447 og *Malene Roose Øvlisen* i UfR 1998B.21.

institut bør omtales muligheden for forelæggelse af national direktivkopieret ret til præjudiciel afgørelse hos Domstolen. Efter lange tiders uklarhed blev denne mulighed åbnet ved nævnte sag *Leur-Bloem*, idet Domstolen tiltog sig kompetence til efter art. 177 af fortolke hollandske aktieombytningsregler for en helt og holdent national transaktion¹⁴⁹.

De aktuelle direktiver indeholder visse uklare begreber, hvortil en Domstolsfortolkning er relevant. Hvilke begreberne er og hvordan disse kan formodes tolket behandles nedenfor hvorfor henvisning foretages hertil.

4. Det dynamiske samspil mellem de omhandlede retskildesystemer

Ved en placering mellem den internationale skatterets tre forskellige retskildesystemer er det væsentligt at have det samspil der er mellem disse for øje.

Forholdet mellem national ret og folkerettens overenskomster er i store træk behandlet ovenfor. Rekapitulerende har overenskomsterne sekundær karakter i forhold til national ret idet disse ikke selvstændigt kan skabe beskatningshjemmel, samt at lovgiver i Danmark bevidst kan begå folkeretsbrud når der er meget stærke holdepunkter herfor¹⁵⁰. Mere selvfølgelig forekommer det efterhånden, at EU-retten i forholdet til national ret har forrang¹⁵¹. Her volder samspillet ikke de store vanskeligheder. Straks mere uklar bliver situationen når blikket vendes mod

149. Jfr. Erik Werlauff i SU 1997.257 og TfS 1997.779 samt François Hoenjet i ECTR 1997.206. Retstilstanden før denne dom var som nævnt uklar, hvilket nok blandt andet var grundet i de udsagn der kom frem i sagen C-346/93, dom af 28.3.1995, *Kleinwort Benson*. Se sagen analyseret hos Erik Werlauff l.c. og den nuværende retstilstand forudsagt hos samme i Fælleseuropæisk procesret, 1997, s. 76ff. Domstolen afviste et præjudicielt søgsmål om nogle engelsk-skotske værnetingsregler fra 1982, der i det væsentligste havde samme ordlyd som en bestemmelse i Bruxelleskonventionen (EF-domskonventionen). Af præmisserne lod det trods afvisningen til, at der under visse betingelser alligevel kunne foretages fællesskabsretlig pådømmelse af ellers nationale retstvister. Således lod visse formuleringer det formode, hvilket Erik Werlauff gjorde, at forelæggelsesret kunne forekomme såfremt national lovgivning meget entydigt og kategorisk kobler sig på en helt parallel unionsret. Formodningen er bekræftet ved dommen i *Leur-Bloem*.

150. For et lille land som Danmark er det dog næppe sandsynligt, at tilsidesættelse vil forekomme i stor stil grundet de handelsmæssige interesser.

151. Jfr. første gang Sag 64/6, *Flaminio Costa mod ENEL*. Doktrinen er siden udviklet og er f.eks. analyseret hos Andrew Oppenheim: *The Relationship between European Community Law and National Law*, 1994.

forholdet mellem på den ene side dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og på den anden side unionsretten¹⁵². Kravet om absolut forrang må dog også antages at gælde i forholdet til folkerettens aftaler. Dog lempeliggøres forholdet i relation til overenskomster indgået før TEF's ikrafttræden gennem art. 234 (ny art. 307) der foreskriver disses rettigheder og forpligtelsers uanfægtelighed af Traktatens bestemmelser. Hertil forpligtes medlemsstaterne i stk. 2 dog til at bringe deres overenskomster med tredjelande i overensstemmelse med Traktaten.

Visse aspekter i relation til den primære EU-ret kan fremhæves som værende af betydning for forholdet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Frihedsrettighederne skal begribeligvis iagttages tillige når det drejer sig om folkeretlige aftalers indhold, dog foreligger der ikke endnu nogen direkte domstolstilsidesættelse af en aftale under denne etikette. Der synes at være enighed om, at frihedsrettighederne næppe kan påberåbes til støtte for, at en skatteyder kan vælge den for skatteyderen mest fordelagtige dobbeltbeskatningsaftale, som den pågældende stat har indgået (most-favoured nation clause – MFN – eller mestbegunstigelsesklausul)¹⁵³. Det modsatte udfald antages det at få for de på godt dansk kaldte "Limitation of benefits clauses", hvorefter selskaber kun kan påberåbe sig den aktuelle overenskomst såfremt en vis procentdel af ejerskabet er hjemmehørende i en af de kontraherende stater¹⁵⁴.

I forholdet til den sekundære fællesskabsret og dermed de allerede eksisterende direktiver kan det efter omstændighederne udemærket tænkes, at enkelte overenskomster ville være stridige herimod. Forrangsprincippet gælder uantastet i sådanne situationer for så vidt angår de

152. Se herom generelt *Søren Næsborg Jensen*: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 76ff, 110ff, 138f, *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 72f, *Hubert Hamaekers* i ET 1990.358, *Luc Hinnekens* i ECTR 1994.146 (Part I – Compatibility of Bilateral Treaties with European Community Law. The Rules) og samme i ECTR 1995.202 (Part II do. Application of the rules.) Disse to artikler udgør meget grundige undersøgelser udi de mulige konflikter mellem dobbeltbeskatningsoverenskomster og EU-retten med klare statueringer af den formodede retstilstand i Part II ved opstilling af hvad forfatteren kalder rules, nummereret 1-14. Der er yderligere forfattet en hel bog om problematikken, jfr. *Tax Treaties and EC law* af *W. Gassner, Michael Lang og E. Lechner* (eds.) 1997. Endelig kan for en ganske konkret analyse henvises til *Helen Doyle* i ET 1995.14; Is Article 26 of the Netherlands-United States Tax Treaty Compatible with EC Law?

153. Jfr. *Niels Winther-Sørensen* i R&R 1996/7, s. 21ff, *Aage Michelsen* op.cit., s. 72-73, *Søren Næsborg Jensen* op.cit., s. 76ff, *Luc Hinnekens* i ECTR 1995.213, men ctr. nok *Josef Scuch* i ECTR 1996.161.

154. Jfr. *Søren Næsborg Jensen* l.c. Se yderligere om problematikken *Luc Hinnekens* op.cit. specielt s. 226-230 samt *Jacques Malherbe og Olivier Delattre* i ET 1996.12 og *Peter S. Andersen* i SU 1997.196.

direktivnormerede spørgsmål men derimod ikke forholdene omfattet af voldgiftskonventionen. Dog vil der næppe opstå konfliktsituationer i forholdet til fusionsdirektivet 90/434 idet DBO'er traditionelt ikke normerer sådanne komplicerede forhold om fusioner mv. Derfor vil konflikterne udelukkende udspringe af moder/datterselskabsdirektivets eksistens.

De af staterne udarbejdede dobbeltbeskatningsoverenskomster skal efter Traktatens loyalitetsprincip eller solidaritetsprincip i art. 5 (bliver ny art. 10) være i overensstemmelse med de eksisterende unionssakter og her udover eventuelt også leve op til pligten om loyalt samarbejde selv om der ikke er tale om retsstridig adfærd¹⁵⁵. Se hertil eksempelvis Sag 141/78 *Frankrig mod UK (fiskeripolitik)*¹⁵⁶. Men det argumenteres forskellige steder¹⁵⁷, at der hertil knytter sig yderligere kompetencebegrænsning for staterne (hvor der altså ikke er tale om direktivstridige handlinger) hvilket antages at udspringe af doktrinen om *forudsatte kompetencer*, eller *implied powers*. Heraf følger, at EU kan tiltage sig kompetence i forhold der ikke eksplicit er hjemlet i Traktaten og hvor selv den mest stålsatte teleologiske fortolkning ikke kan eliminere kompetencegrænsen¹⁵⁸. Som en følge heraf kan medlemsstaterne ikke indgå overenskomster der "berører" de unionsretlige akter, og har herved gennem direktivernes eksistens fået indskrænket såvel deres interne lovgivningskompetence som deres eksterne traktatkompetence. Spørgsmålet vil da i praksis være, hvorvidt de indgåede overenskomster faktisk berører EU-retsakterne. En berøring foreligger ikke kun fordi der er ennemæssigt sammenfald. Det kræves, at der på en eller anden måde sker indvirkning på direktiverne og disses funktion¹⁵⁹. Imidlertid har standpunktet ikke stået uanfægtet hen¹⁶⁰ og Domstolen har ligeledes ved udtalelse 2/91 (EFT nr. C. 109 af 19.4.1991, s. 1) ladet komme til udtryk, at medlemsstaterne bibeholder traktatkompetence, når såvel EU-retsakten som overenskomsten kun indeholder minimumsregler¹⁶¹. Da såvel direktiv 90/435 som overenskomsterne indeholder sådanne minimumsregler kan der ligeledes argumenteres for, at moder/datterselskabsdirektivet ikke skal indskrænke medlemsstaternes kompetence

155. Ellers risikeres iværksættelse af traktatkrænkelsesprocedure efter TEF art. 169 med de hertil knyttede sanktioner. Såfremt overenskomsten indgås mellem EU-lande vil den retsstridige overenskomst ikke have juridisk virkning, modsat tilfældet med traktater med tredjelande, jfr. TEF art. 234.

156. Refereret hos *Hjalte Rasmussen*: European Community Case Law, 1993, s. 113f.

157. Hos eksempelvis *Hubert Hamaekers l.c.*, der slutter, at Fællesskabet er enekompetent i visse skattespørgsmål med tredjelande samt *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 22f og samme i SU 1996. 231, s. 339.

til at indgå overenskomster med tredjelande¹⁶². Uanset den teoretisk diskrepans har Kommissionen efter det foreliggende ikke tænkt sig at gøre brug af muligheden for at tiltage sig kompetence på medlemsstaternes vegne¹⁶³. Min vurdering falder nok derhen, at den nationale traktatkompetence som udgangspunkt ikke begrænses, ud over i de tilfælde, hvor der efter en rule of reason vurdering lader til at være fællesskabsstridige elementer i den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst. Så snart der derimod er indeholdt elementer der er stridige mod vedtagne retsakter, må situationen være klar og overenskomsten underkendes fællesskabsretlig gyldighed.

158. Grundsætningen udspringer af Sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, saml. 71/41 (AETR-sagen eller ERTA – European Road Transport Agreement), heri ytrede det at “...Every time the Community, with a view to implementing a common policy envisaged by the Treaty, adopts provisions laying down common rules, the Member States no longer have the right to undertake obligations with third countries which effect these rules. After the adoption of such internal measures, the Community alone is in a position to assume and carry out contractual obligations towards third countries; the system of internal Community measures may thus not be separated from that of external relations. To the extent that Community rules have been enacted for the attainment of the objectives of the Treaty, the Member States cannot, outside the framework of the community, assume obligations which might affect those rules. These Community powers exclude the possibility of concurrent powers on the part of the Member States, since any steps taken outside the framework of the Community institutions would be incompatible with the uniform application of Community law.” Se ligeledes Sag 141/78 (Fiskeripolitik, jfr. ovenfor) samt Domstolens udtalelser 1/75, 1/76 og 1/78. Doktrinen er eksempelvis behandlet hos *Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst*, 1995, s. 374ff, *P.J.G. Kapteyn: Introduction to the law of the European communities after the coming into force of the Single European Act*, 1990, s. 117ff, *I. MacLeod, I.D. Hendry & Stephen Hyett: The External Relations of the European Communities*, 1996, s. 47ff og *Christopher Harding & Ann Sherlock: European Community Law*, 1996, s. 47ff.

159. På det snævre område hvor der indtil videre kan ske berøring, nemlig begrænset til moder/datterselskabsdirektivets bestemmelser, lader der til at være uenighed om hvorvidt overenskomsternes udbyttebestemmelser faktisk kan påvirke direktivets anvendelse.

160. Således *Ben Terra og Peter J. Wattel: European tax law*, 1997, s. 44ff, samt *Luc Hinekens op.cit.* der blandt andet s. 159 udtaler: “...We accept that a higher standard of EC-compatibility is required from tax treaty provisions operating in regulated tax areas...but not to the point of a blind and indiscriminate ‘outlawing’ per se of all affected bilateral treaty obligations, for the only reason of the existence of a regulation and irrespective of any examination of the specific compatibility of the treaty with Community Law...”

161. Udtalelsen tager dog udgangspunkt i arbejdsrettens område, hvorfor forsigtighed med anerkendelse af udtalelsens almen gyldighed bør iagttages.

162. Jfr. analysen hos *Søren Næsborg Jensen op.cit.*, s. 111f.

163. Se SEK (92) 1118, pkt. 34-36.

Forholdet mellem dobbeltbeskatningsoverenskomster lader til at være afklaret betydelig mere efter EF-domstolens afgørelse i *Gilly*, Dom af 12/5 1998, Sag C-336/96¹⁶⁴. Domstolen udtalte ikke herved direkte, at bestemmelserne i en DBO skal være i overensstemmelse med EU-retten¹⁶⁵. Men siden EF-Domstolen faktisk undersøgte sådanne overenskomstbestemmelser i lyset af EF-traktaten må det implicit antages, at overenskomsterne skal være i overensstemmelse med EU-retten, men ikke at EU-retten herved skulle afskære traktatkompetencen for medlemsstaterne¹⁶⁶.

Flere konkrete problemer kan tænkes i forbindelse med overlapning mellem overenskomster og unionsreglerne, således kan der være problemer i forbindelse med OECD's modelaftales art. 25 i forholdet til konvention 90/436, modellens art. 7 og 9 i forhold til samme konvention og eksempelvis yderligere overlapning mellem udbytte, rente- og royaltysterbestemmelserne i OECD's model i forholdet til de relevante unionskatteregler. For behandling af sådanne konkrete spørgsmål henvises til nedenstående.

En anden måde hvorpå EU-retten har indflydelse på overenskomsterne er gennem den omtalte og sædvanligvis indeholdte renvoi-klausul, idet der herved sker en henvisning til national ret¹⁶⁷. I vidt omfang kan enkelte spørgsmål være baseret på EU-retten hvorved denne altså får middelbar betydning overfor overenskomsterne. Ligeledes kan det antages, at Domstolens bindende fortolkning på sigt kan få virkning som inspirationskilde til fortolkning af begreber i overenskomsterne. På den anden side er det klart, at man ved fortolkning af EU-skattedirektiverne kan søge vejledning i de fra overenskomstskatteretten kendte løsninger, såvel konkret gennem anvendte definitioner men samtidig gennem de officielle kommentarer til OECD's model. Herved ses, at påvirkningen potentielt er gensidig, således at også direktivernes fortolkning kan påvirkes af den internationale skatterets i øvrigt eksisterende begrebsdannelse.

164. Se herom *Klaus Eicker* i ET 1998.322.

165. Her TEF art. 220 der gennem besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål blev fundet umiddelbar anvendelig.

166. Sml. *Klaus Eicker* op.cit.

167. Smh. *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 72-73 samt *Klaus Vogel*: Taxation og Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, 1994, s. 14.

Del III Koncernetablering

Hypotese #1: Koncernetablering

Det gælder, at koncerndannelse gennem såvel fusion, tilførsel af aktiver som aktieombytning grundlæggende er båret af et ønske om at gøre grænseoverskridende koncernetableringer lettere ud fra betragtninger om neutralitet i skattereglerne og helt overordnet herved at begunstige grænseoverskridende koncerner.

Derimod er det ikke muligt at fremsætte tilsvarende slutninger på området for koncerndannelse gennem "uægte" spaltninger. Denne transaktion er karakteriseret ved, at transaktionen ikke opfylder eksisterende lovgivningsmæssige krav til opnåelse af skatteneutralitet ved definatorisk at falde uden for de pågældende legislative tiltags anvendelsesområde.

1. Indledning til Del III-VI

Som overskriften tilsiger, er denne del III's formål at undersøge de skattemæssige problemstillinger i forbindelse med koncernetablering. Men før dette påbegyndes, er det nødvendigt at fastslå visse forhold af generel karakter. De følgende bemærkninger relaterer sig derfor følgelig til samtlige af afhandlingens hovedafsnit i relation til den kronologiske betragtningsmåde. Der skal for alle medtagne transaktionstyper tilvejebringes et grundlæggende fundament til brug for den videre analyse, foretaget i det almindelige led. Yderligere indeholdes en beskrivelse selve transaktionens karakteristika og natur.

En hypotese kan være en upåvist grundsætning, og netop dette ordvalg er meget passende for de preliminaire studier der har udmøntet sig i afsnittenes overskrifter. Dog er det intentionen, at hypoteserne efter behandlingen ikke fremstår uprøvede længere.

Herefter foretages i de enkelte specielle led en analyse af den formodede skatteneutralitets forudsætninger og fremtræden. Indholdet heraf består af en beskrivelse af hvilke krav der udspringer af forskellige kilder, men det er tillige en påpegning af problemer i forbindelse med reguleringen. Findes der ikke skatteneutral regulering fremsættes alternative bemærkninger i fraværet heraf.

Fremstillingen følger den i del I afsnit 2 fastlagte kronologiske betragtningsmåde, hvorfor næstfølgende afsnit er en undersøgelse af gængse muligheder for koncernetablering og en undersøgelse af disses skatte-

mæssige behandling i neutralitetstermer, men holdt på et overordnet plan idet den nærmere anvendelse og de praktiske problemer behandles i det specielle led. I det specielle led undersøges således den principielt forekommende neutralitets praktiske holdbarhed nærmere. Det bør indledningsvis bemærkes, at området for koncernetablering ikke er normeret gennem hverken de indgåede overenskomster eller i OECD udkastet, og det samme gør sig gældende for de situationer der skal behandles nedenfor i afsnittene om koncernstrukturændringer (Del V) og koncernophør (Del VI)¹⁶⁸. De her omhandlede situationer vil da følgende udelukkende vurderes på baggrund af national og supranational ret. Det bør bemærkes, at der i det følgende vil forekomme visse gentagelser i den inddelingsmæssige opbygning ud over det fælles skelet. Eksempelvis opereres der i det følgende med transaktionstypen fusion i forbindelse med såvel koncernetablering, koncernomstrukturering som ved koncernophør. Denne er nødvendig såfremt en fyldestgørende kronologisk koncernbeskatningsundersøgelse skal finde sted. Direkte gentagelse søges dog i videst muligt omfang elimineret.

Ligeledes er det generelt for samtlige af de følgende afsnit, at der medtages visse komparative undersøgelser.

2. Koncerndannelse gennem fusion

2.1. *Ratio legis* – almindeligt led

En blandt flere måder hvorpå et grænseoverskridende koncernforhold kan tilvejebringes er gennem fusion. Det kan retfærdiggøres, at betragte en fusion som en virksomhedsovertagelsesform idet hovedparten af fusioner ikke er en ligeværdig sammenlægning af to eller flere selskaber. Realiteten bag fusionerne er således, at et modtagende selskab overtager aktiviteten fra et indskydende selskab, selvom koncernforholdet dog fuldbyrdes ved en sammensmeltning af de fusionerende selskaber¹⁶⁹. Skatteneutralitet kan fremkomme ved at vælge brug af reglerne om skattefri fusion i FUL¹⁷⁰. Der benyttes efter reglerne et successionsprincip¹⁷¹, hvorved det slagordsagtigt kan siges at den ophørs- og afståelses-

168. Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 141 og Hubert Hamaekers i ET 1990.358 særligt s. 361 dog med henvisning til art 15(8) i den daværende fransk-belgiske overenskomst der indeholdte en fusionsregel.

169. Jfr. Ole Bispelund i SR-skat 1992.364, særligt s. 372.

170. Dermed ikke sagt, at skattefri fusion altid er at foretrække frem for skattepligtig fusion, jfr. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1994, s. 433 og Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 169.

beskatning der normalt ville finde sted nu i stedet ses i et koncernperspektiv. Reglerne i FUL § 15 om grænseoverskridende fusion er baseret på fusionsdirektivet¹⁷². Med denne afhandlings sigte på dansk baserede selskaber med øje for udlandsaktivitet kan det fremføres, at fusionsdirektivet ikke bidrog med for denne situation relevante koncerndannelsesmuligheder, idet vi som nævnt i fodnoten allerede på forhånd tillod grænseoverskridende fusioner så længe det danske selskab var det modtagende (dengang fortsættende). Derimod kan det meget vel tænkes, at der i andre EU-stater ikke har eksisteret tilsvarende regler hvorved en gennemførelse af ensartede regler medfører mulighed for vort danske selskab til at fusionere med et andet EU-selskab, og dette andet selskab er indskyder og vort selskab er modtager. Af også denne årsag er fusionsdirektivet særdeles vigtigt.

Definitionen af fusion er nationalskatteretligt foretaget i FUL § 1, stk. 3 hvorefter en fusion *foreligger, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette*¹⁷³. Definitionen er upåvirket af fusionsdirektivets gennemførelse. Definitionen i fusions-

171. Det skatteretlige successionsprincip er ikke at forveksle med selskabsrettens universalsuccession.

172. Indført ved Lov nr. 219 af 3.4.1992 på baggrund af L 20 af 3.10.1991 om gennemførelse af fusionsdirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet. Danmark havde allerede før implementeringen regler om grænseoverskridende fusioner. Dog var det et krav hertil, at det danske selskab skulle være det modtagende selskab såfremt der ikke skulle udløses ophørsbeskatning mv. De nugældende regler indførte således succession ved fusion når det danske selskab er det indskydende selskab og fusion mellem andre EU selskaber med fast driftssted i Danmark (begrænset skattepligt), jfr. herom side 10 i bemærkningerne til L 20. Direktivet er et minimumsdirektiv hvorfor der meget vel kan indføres regler der er mere lempelige end direktivet umiddelbart lægger op til.

Fusionsdirektivet havde svævet i systemet i mere end tyve år før man ved udsigten til slutdatoen for det indre markeds gennemførelse fik gennemført direktivet i den foreliggende form. Der findes ikke egentlige offentliggjorte motiver i EU-retten, men visse fortolkningsbidrag kan findes i Kommissionens kommentarer til direktivfremsættelserne. Således findes der i COM(69) 5 de oprindelige grundlæggende overvejelser bag fusionsdirektivet. Originalversionen er fransksproget men findes også uofficielt oversat til engelsk af IBFD. I dette dokument kommer hele baggrunden for den forslåede skatteordning for fusion, spaltning og tilførsel af aktiver (aktieombytning var ikke omfattet oprindeligt) frem på en mere grundig måde end tilfældet er i direktivpræambelen og Bulletin Supplement 4/91. Formålet med direktivudkastet fra 1969 og det nuværende vedtagne direktiv er identisk om end det materielle indhold på mange punkter divergerer.

173. Tillige Cirk. nr. 31 af 22.2.1996 om Fusionsskatteoven, punkt 1.1.3. Dette cirkulære er ændret på væsentlige punkter og delvis erstattet af Cirk. nr. 105 af 4.7.1997 om spaltning, fusion og aktieombytning.

direktivets art. 2(a) er mere uddybende men begge definitioner antages at have samme indhold eftersom den danske definition nu må fortolkes under indflydelse af eksisterende unionsret¹⁷⁴. Der findes flere metoder hvorpå en fusion kan føres ud i livet. Således kan tænkes såvel vandrette (horisontale) som lodrette (vertikale) fusioner. Karakteristisk for førstnævnte er, at der er tale om fusion af selskaber med forskellig eller sammenfaldende ejerkreds mens sidstnævnte er udtryk for fusion af moder- og datterselskaber¹⁷⁵. En yderligere inddeling¹⁷⁶ kan foretages i *fusion gennem absorption*¹⁷⁷ (1 bliver til 1-fusion), 2 bliver til 1-fusion¹⁷⁸ og *quasi-likvidationsfusion*¹⁷⁹. Disse former for fusion er alle omfattet af ordlyden at direktivets definition, og må som nævnt tillige kunne indfortolkes i den danske definition i FUL § 1, stk. 3.

Fusion gennem absorption (1 bliver til 1-fusion), hvilken som type kan være vandret eller lodret, defineret i fusionsdirektivets art. 2 a), første tankestreg, er nok den mest aktuelle når der er tale om virksomheds-overtagelse med henblik på koncerndannelse, hvorfor det er denne der herunder illustreres billedligt¹⁸⁰. Det indskydende selskab overdrager samtlige sine aktiver og passiver til det modtagende selskab. Det indskydende selskab udgør efterfølgende et fast driftssted. De skattemæssige konsekvenser er ens uanset den valgte model. I hovedtræk indebærer skattefri fusion at der sker succession for det indskydende selskab og dets aktionærer. Det indskydende selskab pålignes således ikke skat i forbindelse med realisationen af hidtidige værdistigninger mens aktionærerne ej heller bliver beskattet af aktieafståelsen i forbindelse med fu-

174. Jfr. Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 153.

175. Herom eksempelvis Peter Rose Bjare i SR-skat 1994.381 med grafiske illustrationer.

176. Om denne nomenklatur se: A.J. Easson: Taxation in the European Community, 1993, s. 196f og Barry Larking i ET 1990.362 særligt s. 363.

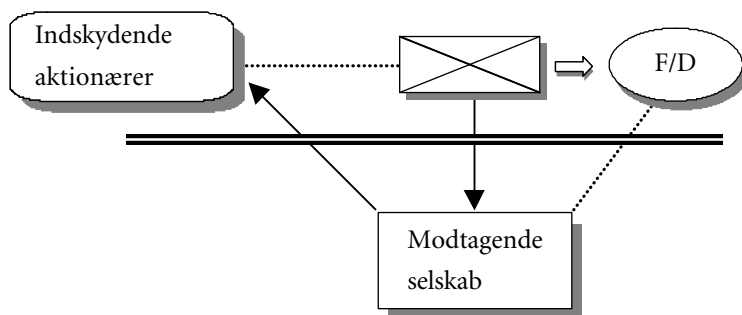
177. Hvorved et selskab i en stat erhverver samtlige aktiver og passiver i et selskab i en anden stat mod betaling til det indskydende selskabs aktionærer af aktier i det modtagende selskab.

178. Hvad der kunne kaldes en virkelig fusion idet samtlige aktiver og passiver i to eller flere selskaber i staterne smeltes sammen i et nyt selskab specielt stiftet til dette formål.

179. Hvilken har samme effekt som likvidation ved det, at datterselskabets aktiver og passiver overføres til moderselskabet men dog uden egentlig likvidation af datterselskabet.

180. Hverken denne illustration eller de følgende prætenderer udtømmende at angive hvordan de aktuelle transaktioner forekommer, derimod er formålet blot at illustrere hvorledes disse i simplificeret udgave kan forekomme. For en meget udførlig analyse af de muligt forekommende og omfattede transaktioner (gælder såvel, fusion, spaltning som tilførsel af aktiver og aktieombytning) kan henvises til IBFD's 1995 Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives, samt til Otmar Thömmes i EC Corporate Tax law, 1991-1998, Binder *, kap. 5.

sionen, jfr. direktivets successionsprincipper som de kommer til udtryk i artiklerne 4, 5 og 8.



Figur 1: Eksempel på koncerndannelse gennem én bliver til én-fusion.

Baggrunden for de oprindelige danske regler om fusion fremgår af forarbejderne til dagældende Lov nr. 143 af 2.5.1967, hvor det fremhæves, at loven havde til formål at forhindre, at der lægges skattemæssige hindringer i vejen for erhvervslivets behov for koncentrationer i form af fusioner der ud fra strukturrationaliseringssynspunkter måtte anses for at være hensigtsmæssige¹⁸¹. Loven var for snæver og restriktiv og er siden ændret og lempeliggjort flere gange. Baggrunden for lovgivningen på dette sted lader således til at være drevet af et ønske om skattemæssigt set neutrale regler.

Som nævnt er der på baggrund af L 20 ved Lov nr. 219 af 3.4.1992 skabt forøget skattemæssig mulighed for grænseoverskridende fusioner, jfr. FUL § 15. Baggrunden herfor er som bekendt fusionsbeskatningsdirektivet 90/434 hvilket tillige omhandler spaltningssituationen, tilførsel af aktiver og aktieombytning. Dog er vi i den særegne situation for så vidt angår netop fusioner og spaltninger, at skatteretten er forud for selskabsrettens harmonisering, hvorfor reglerne nok eksisterer men må konstateres *lex imperfecta*¹⁸². Modsat er tilfældet når blikket vendes mod aktieombytning og tilførsel af aktiver idet disse transaktioner allerede har et selskabsretligt fundament¹⁸³.

Se hertil TfS 1998.797 LR, hvor Ligningsrådet ikke gav tilladelse til at en grænseoverskridende fusion, som indebar selskabsretlig likvidation af et svensk selskab, kunne foretages skattefrit. Likvidationen medførte, at der ikke var tale om en fusionslignende situation. Selskabet A A/S og søsterselskabet B AB, ønskede at fusionere skattefrit efter FUL § 15, stk. 2 med det danske selskab A A/S som det modtagende. Ligningsrådet kunne som

181. Refereret af Margrethe Nørgaard i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 772.

nævnt ikke imødekomme det nævnte. En fusion mellem 2 selskaber i 2 forskellige lande kunne ikke gennemføres selskabsretligt. Den i tilfældet påtænkte fusion kunne kun gennemføres via en likvidation af det svenske selskab. Den selskabsretlige likvidation medførte imidlertid, at transaktionen ikke kunne anses som en fusion derfor ikke kunne gives tilladelse efter FUL § 15, stk. 2. Told- og Skattestyrelsen havde i sin indstilling lagt vægt på, at det selskabsretligt ikke var muligt, at gennemføre en grænseoverskridende fusion.

Det overordnede formål bag direktivet fremgår direkte af præamblen hvori det hedder:

»Transaktioner som fusion, spaltning, tilførsel af aktiver om ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater kan være nødvendige for, at der i Fællesskabet kan skabes vilkår, der svarer til vilkårene i et indre marked, og for dermed at sikre, at det fælles marked etableres og fungerer tilfredsstillende; disse transaktioner må ikke hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler; der bør derfor for disse transaktioner indføres konkurrencemæssigt neutrale skatteregler, således at virksomhederne kan tilpasse sig vilkårene i det fælles marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt; de skatteregler, der gælder for disse transaktioner, er i øjeblikket mindre fordelagtige end dem, der gælder for selskaber, der er hjemmehørende i samme medlemsstat; denne forskelsbehandling må bringes til ophør«.

-
182. Det erindres, at det 6. selskabsdirektiv udelukkende normerer rent nationale spaltninger og er fakultativt (betinget obligatorisk). Vi har dog i Danmark i 1993 nu fået spalttningsregler i AL § 136 ved Lov nr. 1060 af 23.12.1992. Indtil gennemførelsen af regler for grænseoverskridende spaltninger og fusion vil sådanne transaktioner altid blive betragtet som en likvidation af det indskydende og det spaltede selskab, hvilket ikke korresponderer med den skatteretlige fusions- og spalttningsdefinition. Derfor vil der ikke være mulighed for at gennemføre en fusion eller spaltning efter de eksisterende regler om skattefri fusion. Den måde hvorpå erhvervslivet reelt har indrettet sig på denne retstilstand er analyseret af *Karsten Engsig Sørensen* i Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, hvor det blandt fremhæves, at selskaber med grænseoverskridende samarbejde (ikke nødvendigvis koncerndannelse) for øje i stedet benytter sig af instrumenter såsom joint ventures og såkaldte quasi fusioner, jfr. kapitlerne 6 og 7.
183. Tilførsel af aktiver kan udgøre et realindskud jfr. AL § 6 som er baseret på 1. selskabsdirektiv (publicitetsdirektivet). Ombytning af aktier er selskabsretligt udtryk for en take over, hvorfor dette ikke giver anledning til hjemmelsproblemer, idet der ikke sker en opløsning af et eller flere af de involverede selskaber.

Af COM (69) 5 final fremkom ud over præambelens synspunkter specifikt tre hovedbetragtninger, (1) fjernelse af omkostningerne ved grænseoverskridende aktivitet (likviditetssynspunkt), (2) bevarelse af medlemsstaternes beskatningsret gennem beskatning af faste driftssteder¹⁸⁴. (3) Den tredje betragtning var mere generelt til forbedring af faste driftssteders skattemæssige behandling, hvilket dog blev opgivet at gennemføre.

Den grundlæggende tanke bag direktivet er således at skabe mulighed for grænseoverskridende omstruktureringer i erhvervslivet i EU for derved at sikre det indre markeds funktion. Mere specifikt skal dette ske ved at indføre mulighed for skattemæssig succession når omstruktureringerne foretages. Derved opnår man, at den beskatning, der førhen i medlemsstaterne fandt sted i forbindelse med omorganiseringer ikke udløses af selve transaktionen. Med henblik på at skabe en provenumæssig neutral ordning skal direktivet dog også sikre, at de enkelte medlemsstater ikke risikerer at miste beskatningsret som følge af omstruktureringen. De her gengivne forhold udgør efter sagens natur rationalet for samtlige de nævnte transaktioner, hvoraf udelukkende fusion er af umiddelbar relevans på dette sted. Dog behandles andre af de omfattede transaktioner i nedenstående afsnit hvortil den her foretagne fremdragelse af direktivets præambel tillige relaterer sig.

Det fremkommer direkte som et formål bag direktivet, at dette skal indføre konkurrencemæssigt neutrale regler. Hvad der præcist ligger i dette begreb kommer ikke umiddelbart til udtryk, men det er ikke ganske sikkert at der er tale om neutralitetsbegreb tilsvarende det indledningsvis i del I, afsnit 2.2.1. påviste, der jo var bredere af natur end det specifikt interessante. Begrundelsen herfor er, at det nok snarere er neutralitet i begrebets traditionelle økonomiske udformning der menes, idet opnåelse heraf er et argument for harmonisering i al almindelighed og således også for dette skattedirektiv¹⁸⁵. Derimod kan sidste citerede led fra præambelen tages til indtægt for at man fra fællesskabets side har søgt at overføre neutralitetsprincippet fra den nationale skatteret (jfr. ovenfor) til den fællesskabsretlige scene, med det sigte at etablere og sikre fællesmarkedets tilfredsstillende funktion.

184. Systemet er modelleret over OECD's MDBO art. 7, hvorefter beskatningsretten til et fast driftsstedes profiler tildes beliggenhedsstaten. Se herom *Otmar Thömmes*: EC Corporate Tax Law, bind *, kap. 5, s. 7.

185. For denne økonomiske baggrund se *S. van Thiel, Christine Ratträ og Michael Meër* i ET 1990.326 med henvisning til blandt andet Neumark-rapporten fra 1963 samt Bulletin supplement 4/91, s. 7.

Som en udledning af ovenstående kan reglerne vedrørende fusion siges at tage sigte på fremmelsen af koncernetablering. Nationalt har vi regler der direkte er baseret på neutralitetsbetragtninger mens unionsretten søger at overføre princippet fra de nationale retsordener til hele fællesskabet. Skattereglerne sigter således til at neutralitet sikres i forbindelse med grænseoverskridende koncernetablering, og redskabet til opnåelse heraf er successionsprincippet. Dette er dog ikke det eneste hensyn bag de aktuelle regler, jfr. ovenfor, hvorfor det stedse er nødvendigt at erindre, at fusionsdirektivet tillige tilsigter bevarelse af provenu for den enkelte medlemsstat, sideløbende med det smidiggørende sigte. Ovenstående hypotese #1 første leds fremkomst er herved påvist berettiget. Hvordan dette efterfølgende reelt kommer til udtryk er temaet for det følgende afsnit.

2.2. *Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led*

Førend der kan fremkomme et retskrav på neutralitetsbehandling må transaktionen selvsagt opfylde de lovgivningsmæssige krav der stilles hertil. Som absolut første spørgsmål vi konfronteres med, er hvorvidt den aktuelle transaktion falder under reglernes anvendelsesområde. Art.1 i fusionsdirektivet foreskriver anvendelsesområdet til fusioner, spaltninger, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier. Uddybende definerer art. 2 disse enkelte transaktionstyper – altså *neutralitetsobjektet*. Som fremhævet har den i art. 2(a), første tankestreg definerede fusion størst umiddelbar interesse i dette afsnit. Da den materielle behandling (oftest) er identisk uanset formen, skal disse bemærkninger ligeledes tjene for gennemgangen af neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremkomst i forbindelse med koncernomstruktureringer og ophør. Der er ikke tvivl om hvorvidt de således fremhævede fusionstyper er omfattet af fusionsdefinitionen såvel den nationale (i FUL § 1, stk. 3) som supranationale, jfr. ovenfor. Det er et grundlæggende krav, at transaktionen vedrører selskaber i to eller flere medlemsstater, jfr. art. 1 in fine. Herved ses det ufravigelige krav om transaktionernes grænseoverskridende karakter.

I relation til udfindelsen af neutralitetsobjektet melder der sig visse fortolkningsproblemer. I hver af de tre fusionsdefinitioner indgår ordene *opløsning uden likvidation*. Disse ord som begreb har endnu ikke fået fastlagt et ensartet fællesskabsretligt indhold grundet forskellig nationalretlig anvendelse af likvidationsbegrebet¹⁸⁶. Spørgsmålet er vigtigt idet det er afgørende for udstrækningen af direktivets anvendelsesområde.

186. Jfr. Søren Næsborg Jensen op.cit., s. 151ff og Otmar Thömmes: EC Corporate Tax Law, bind *, kap. 5, s. 30.

Likvidation kan efter fransk forbillede forstås som den situation, hvor et selskab realiserer samtlige aktiver, og efter fyldestgørelsen af samtlige kreditorer udlodder et eventuelt provenu til selskabsdeltagerne¹⁸⁷.

Et andet spørgsmål vedrører tillige ordbrugen i samtlige tre fusionsdefinitioner og omhandler bestemmelsen om at de indskydende selskaber *overfører deres samlede aktiver og passiver*¹⁸⁸. Ved at sammenholde betingelsen med art. 4, stk. 1, fremkommer det, at der skal være tale om en fuldstændig ejendomsretlig overdragelse.

Det figurerer som et krav i definitionerne, at der sker en *tildeling af aktier eller anparter til selskabsdeltagerne*. I sætningens første led ligger et absolut krav om tildeling af egentlige selskabsandele mens der i ordet selskabsdeltagerne blot ligger et krav om personers forudgående besiddelse af aktier eller anparter.

Den danske fusionsdefinition er som nævnt uberørt af fusionsdirektivets fremkomst. Dog er der i FUL § 2, stk. 1 som en direkte følge ændret formulering således at der nu kan ske kontant vederlæggelse på op til 10% af aktiernes pålydende mod tidligere 10% af den reelle værdi¹⁸⁹. Praksis omkring denne bestemmelse fordrede tidligere et krav om ligelig fordeling af den kontante udligningssum. Efter forespørgsel til Kommissionen er denne praksis nu ændret så der ikke længere indfortolkes et sådant krav¹⁹⁰. Det ses således at være en betingelse for anvendelse af reglerne i FUL, at aktionærerne i det indskydende selskab alene vederlægges med aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt med en kontant udligningssum på højst 10% af disse værdipapirers pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi, jfr. § 2¹⁹¹. Et krav om, at der skal nyudstedes aktier i det modtagende selskab kan ikke efter direktivet opretholdes¹⁹².

Neutralitetssubjektet reguleres af art. 3 hvor i tre betingelser findes. Således skal der ved *selskab i en medlemsstat* forstås (1) et selskab der antager den form der er opregnet i bilaget til direktivet. For Danmarks vedkommende er der tale om aktie- og anpartsselskaber, jfr. art. 3, litra a¹⁹³. (2)

187. Ibid.

188. Smh. *Otmar Thömmes*: EC Corporate Tax Law, bind *, kap. 5, s. 31f.

189. Se hertil diskussionen om regelens effekt *Michael Kirkegaard Nielsen* i TfS 1993.297 og *H.C. Orth-Johansen* i TfS 1993.376.

190. Jfr. TfS 1997.229, men se også *Otmar Thömmes* op.cit., pkt. 18.

191. Ved et rådsprotokollat til direktivets art. 2 fremgår det, at der ved et værdipapirs bogførte værdi forstås den værdi, som fremkommer ved at dividere beløbet for den i selskabet indbetalte kapital med antallet af udstedte værdipapirer.

192. Hvilket dog nationalt blev gjort ved TfS 1990.561.

193. Se kritisk hertil *Søren Næsborg Jensen*, op.cit., s. 148 og ændringsforslag i Ruding-rapporten, s. 203 hvilket har udmøntet sig i KOM(93) 293.

Selskabet skal være skatteretligt hjemmehørende i en medlemsstat, og må ikke efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst være hjemmehørende uden for fællesskabet¹⁹⁴, litra b, og (3) desuden er uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af selskabsskat (i Danmark), art. 3, litra c. Hermed tilsigtes, at ramme regler der udelukker selskaber fra en af de i litra c opregnede beskatningsformer, og som medfører anvendelse af en anden beskatningsform, eller eventuelt resulterer i skattefritagelse.

Efter dansk ret er det også eksplicit anført som en betingelse for anvendelse af fusionsreglerne i FUL § 15, at betingelserne i direktivets art. 3 er opfyldt¹⁹⁵. Dette udelukker for det første grænseoverskridende fusioner mellem danske selskaber og selskaber der ikke er hjemmehørende i det øvrige fællesskab. For det andet vil andre danske skattesubjekter end aktie- og anpartsselskaber ikke kunne deltage i en grænseoverskridende fusion med successionsvirkning. Endelig kan Danmark nægte at anvende de lempelige regler såfremt det udenlandske selskab ikke antager en af de i bilaget nævnte former.

Neutralitetsbehandlings fremkomst er som allerede indikeret ikklædt successionsprincippet skikkelse. Princippet har betydning i flere relationer. Således kan udsondres følgende: virkningen for de deltagende selskaber (indskydende og modtagende) og virkningen for aktionærerne. Successionsprincippet for det indskydende selskab fastslås i art. 4, stk. 1. Princippet indebærer, at der ikke må ske beskatning af forskellen mellem indskudte formuegoders virkelige værdi (i handel og vandel)¹⁹⁶ og deres skattemæssige værdi. Den skattemæssige værdi defineres ligeledes i art. 4, stk. 1 som den værdi, der ville være blevet lagt til grund ved beregning af avanceskat m.v., såfremt der var sket ordinær afståelse.

Der foretages gennem direktivets regler nok en generel udsættelse af alle direkte skatter, men der er ikke i 1990 udgaven¹⁹⁷ taget stilling til indirekte skatter der ligeledes kan udgøre en betydelig likviditetsmæssig belastning og dermed en hindring af det indre markeds funktion¹⁹⁸. De dele af det indskydende selskab der ikke beskattes er de *overførte aktiver og passiver*, hvilke der i definitionen i art. 4, stk. 1, 2. tankestreg stilles to krav til.

194. Dobbelt domicilerede selskaber er tillige omfattet såfremt den aktuelle DBO peger på et EU-stat som hjemstat.

195. FUL's sædvanlige virke er dermed indskrænket betydeligt, jfr. FUL § 1.

196. Indre værdi benyttes i direktivteksten.

197. Modsæt COM (69) 5.

198. Kritisk herom *Henrik Louv* i TfS 1997.210 med plædering for ophævelse af stempelegift i forbindelse med skattefri omstruktureringer.

(1) Det indskydende selskabs aktiver skal knyttes til det modtagende selskabs faste driftssteder beliggende i det indskydende selskabs medlemsstat, og (2) de således tilknyttede aktiver skal spille en rolle i forbindelse med de opnåede resultater i det faste driftssted. Det omtalte faste driftssted kan være såvel eksisterende som dannet i forbindelse med fusionen¹⁹⁹.

Successionsprincippet for det modtagende selskab er fastslået i art. 4, stk. 2. Herefter skal det modtagende selskab beregne afskrivninger samt skattemæssigt relevante værdistigninger eller -fald på samme måde, som det indskydende selskab skulle have gjort det, hvis en fusion ikke havde fundet sted²⁰⁰. Hvis der er ubeskattede reserver i det indskydende selskab, overtages disse af det modtagende selskab, uden at der herved udløses skat, jfr. art. 5²⁰¹. Det modtagende selskab fortsætter således skattefriheden på samme betingelser som det indskydende selskab gjorde, og kan hermed ikke foretage skatterrelevante dispositioner, som ikke ville have været tilgængelige for det indskydende selskab.

Hvis den enkelte medlemsstat tillader selskaber at overføre eller fortsætte skattemæssigt fremførte underskud i rent nationale transaktioner skal staten også tillade det ved en grænseoverskridende transaktion som omfattet af direktivet, jfr. art. 6. I danske skatteret er udgangspunktet det klare, at eventuelle fremførte underskud mistes (for begge parter) ved skattefrie fusioner, jfr. FUL § 8, stk. 6 trods reglen i LL § 15²⁰² (se dog nedenfor i Del V om omstrukturering ved fusion og de for vertikale fusioner gældende særregler²⁰³). Reglen i § 8, stk. 6 bevirker, at vi ikke

199. At direktivet benytter sig af begrebet fast driftssted er et klart udslag af den internationalt anerkendte terminologi fra OECD's modeloverenskomst. Dog kan der i de respektive jurisdiktioner være en forskellig brug af begrebet hvorfor det i sidste ende må være op til EF-domstolen at fortolke begrebet og give dette et fællesskabsretligt ensartet indhold. Ved en sådan løsning vil der være tale om et samspil mellem den internationale skatterets retskildesystemer, hvor inspirationen vil gå i flere retninger.

200. Jfr. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1994, s. 430.

201. "Hensættelse og reserver" benyttes som omfattende alle beløb, som et selskab kan tilsidesætte mod indrømmelse af skattelemper, og som senere kan undergives beskattning, såfremt forudsætningerne for skattelempelsen viser sig ikke at være til stede.

202. Som beskrevet i del IV afsnit 3.1.1.

203. En anden måde hvorpå underskudsudnyttelse kan forekomme ved fusion er ved at fusionere sig til gode afskrivningsmuligheder hvis det indskydende selskab endnu ikke fuldt ud har brugt sine afskrivningsmuligheder. Ligeledes kan underskudsudnyttelse forekomme hvis udestående fordringer giver tab, idet hele tabet for begge selskaber kan fradrages.

behøver at forholde os yderligere til direktivets art. 6. Ved fusion kan underskud i et af de fusionerede selskaber fra fusionsdatoen og til den dag, hvor fusionen er vedtaget i alle de fusionerede selskaber, ikke nedbringe den skattepligtige indkomst i det modtagende selskab til et beløb mindre end selskabets positive nettokapitalindtægter med tillæg af indkomst fra udlejning af afskrivningsberettigede driftsmidler- og skibe, jfr. § 8, stk. 7. Reglen finder dog ikke anvendelse, såfremt de i fusionen deltagende selskaber, der har underskud, er koncernforbundne (ad modum KGL § 4 – fælles aktionærkreds).

De danske regler om skattefri fusion med udenlandske selskaber findes som nævnt i FUL § 15²⁰⁴. FUL's almindelige regler i kap. 1 (§§ 1-11) udvides gennem henvisning i § 15 til også at omfatte fusion med udenlandske selskaber. Hermed opfyldes direktivet umiddelbart. En betingelse for anvendelse af reglerne i § 15 stk. 2-4 er LR's tilladelse evt. suppleret med særlige vilkår for denne²⁰⁵, jfr. stk. 1²⁰⁶. Heraf følger, at neutralitetsbehandlingen forudsætter ansøgning herom. § 15, stk. 2 omhandler situationen hvor der er et dansk modtagende selskab, § 15 stk. 3 omfatter udenlandsk indskydende og udenlandsk modtagende selskab. Stk. 4 behandler endelig situationen hvor der er et dansk indskydende selskab og et udenlandsk modtagende selskab. I alle tilfælde er det et krav, at selskaberne opfylder art. 3 i direktivet. FUL § 8, stk. 1-4 finder dog kun anvendelse i det omfang i det omfang der ved fusionen beholdes en skattemæssig tilknytning til dansk jurisdiktion. Stk. 2 kræver tilknytning af det indskydende selskabs aktiver og passiver til det modtagende danske selskab mens stk. 3 og stk. 4 kræver, at det indskydende selskabs aktiver og passiver mv., som følge af fusionen er knyttet til det modtagende selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet. Hvis der ikke sker en fornøden tilknytning vil dette udløse afståelsesbeskatning efter SEL §§ 5 (fuldt skattepligtige) og 7 (begrænset skatteplig-

204. Se herom Cirk. nr. 31 af 22.2. 1996 [i det følgende benævnt fusionscirkulæret] som ændret ved nr. 105 af 4.7. 1997, LVS 1997 S.D. og S.G.3.4., *Margrethe Nørgaard i Lærebog om indkomstskat*, 1997, s. 771ff, *Søren Næsborg Jensen*, op.cit., s. 150ff, *Erik Werlauff: Selskabsskatteret*, 1994, s. 420ff, *Erna Christensen m.fl.: Selskabsskatning*, 1997, s. 509ff, *Isi Foighel og Kjeld Hemmingsen: Skat – Erhverv*, 1997-1998, s. 443ff og *Mogens Hansen m.fl.: Skattevejledning* 1997, s. 283ff og *Peter Rose Bjare i SR-skat* 1994.381.

205. Se eksempelvis R&R 1998, nr. 2, SM 72 LR hvor tilbageførsel af visse overdragelser stilledes som et vilkår.

206. Rent danske skattemønstre fusioner kræver som hovedregel ikke tilladelse, kun i de situationer hvor der kunne fremkomme nogle utilsigtede skattemæssige virkninger kræves der noget sådant, jfr. fusionscirkulæret, pkt. 1.1.1. og FUL § 4.

tige). Succession kan siges at være en mulighed, hvor det udenlandske selskab har fast driftssted her i landet, eller hvor det udenlandske selskab hidtil har været sambeskattet med det modtagende danske selskab. Yderligere er det altså et krav, at der skal foreligge danske skatteværdier at succedere i og herunder, at de pågældende aktiver og passiver forbliver under dansk beskatningsret²⁰⁷.

FUL § 7 foreskriver behandlingen af det indskydende selskab. Således skal det indskydende selskab ikke ophørsbeskattes og derfor ikke ansættes ekstraordinært til skat, jfr. § 7, stk. 1. Det indskydende selskab foretager en normal skatteansættelse for tiden fra udløbet af det sidste sædvanlige indkomstår og frem til fusionsdatoen. I § 7, stk. 2 knæses universalsuccession idet det modtagende selskab overtager hæftelsen for eventuelle skattekrav, bødeansvar og indtræder i det indskydende selskabs krav mod skattemyndighederne vedrørende tillæg, godtgørelse og overskydende skat som omhandlet i SEL²⁰⁸.

FUL § 8 udgør hjemmelen til succession for det modtagende selskab, og bestemmelsens enkelte stykker er en uddybning af virkningen heraf. Alle de overtagne formuegoder betragtes skatteretligt, som om de var anskaffet af det modtagende selskab, jfr. § 8, stk. 1. Afskrivninger og nedskrivninger foretaget af det indskydende selskab anses efter § 8, stk. 1, 2. pkt. for foretaget af det modtagende selskab. Der sker succession i det indskydende selskabs skattemæssige stilling for så vidt angår spørgsmålet om anskaffelseshensigt (næring eller spekulation), jfr. stk. 2. Efter § 8, stk. 1 in fine gælder successionen også spørgsmål vedrørende investeringsfondshenlæggelser²⁰⁹. Efter stk. 3 succederes i den valgte opgørelsesmetode ved opgørelse af gevinst og tab på værdipapirer²¹⁰. Yderligere succederes i den skattemæssige stilling efter KGL, hvilket omfatter såvel opgørelsesmetode som selve opgørelsen²¹¹. Efter stk. 4 skal udbytte, der er modtaget af det indskydende selskab, anses for modtaget af det modtagende selskab, ved opgørelse af et tab som omhandlet i ABL § 6, stk. 6. I.h.t. § 8, stk. 5 berøres aktiver og passiver som det modtagende selskab ikke har erhvervet fra det indskydende selskab ikke af fusionen,

207. Jfr. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1997, s. 521.

208. Sml. *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 438f, hvor det anføres, at den pligtmæssige hæftelsesovertagelse allerede følger af universalsuccessionen i AL § 134h, stk. 1.

209. Muligheden er efter 1.1. 1998 ikke længere tilstede efter ophævelsen ved lov. nr. 484 af 30.6. 1993.

210. Dog kun f.s.v.a. papirer fra det indskydende selskab.

211. Se TfS 1990.274 LSK.

såfremt aktiverne mv. kan påvises besiddet forud for fusionen (gennem særskilte poster i årsregnskabet og i skatteopgørelsen). Ellers har myndighederne hjemmel til skønsmæssigt at beslutte hvorvidt reglerne for modtagende eller indskydende selskaber skal bringes i anvendelse.

Ved fusion med en dansk modtager anses de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der som følge af fusionen er knyttet til det modtagende selskabs faste driftssted i udlandet, ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst her i landet, for anskaffet til handelsværdien på fusionsdatoen, jfr. § 15, stk. 2. Dette gælder medmindre det indskydende selskab ved sidste ordinære skatteansættelse forud for fusionen var sambeskattet med det modtagende selskab.

I de tilfælde hvor det modtagende selskab forud for transaktionen besidder en del af kapitalen i det indskydende selskab, bestemmer direktivets art. 7, stk. 1, at en annullering af det modtagne selskabs kapitalandele i det indskydende selskab ikke giver anledning til nogen beskatning. I dansk ret findes en tilsvarende regel i FUL § 10, stk. 1. Der er undtagelsesmulighed hertil efter art. 7, stk. 2, såfremt det modtagende selskabs kapitalandele i det indskydende selskab ikke overstiger 25%²¹². Dansk ret anvender ikke denne sidste regel.

I art. 10 normeres særtilfældet: tilførsel af et fast driftssted. Bestemmelsen medfører ud over en hovedregel om succession tillige to væsentlige afvigelser fra samme princip f.s.v.a. de indskydende selskaber. Der tages her sigte på den situation hvor det indskydende selskab havde et fast driftssted i en tredjestat forinden fusionen. Hovedreglen om succession ved tilførsel af et fast driftssted findes i FUL §§ 15, stk. 2 og 3, jfr. ovenfor, hvorved der altså ingen skattemæssige konsekvenser udløses såfremt der alene sker en ændring i ejerskabet til det faste driftssted, uden at aktiverne eller passiverne heri overføres til udlandet. Direktivet anvendes da således, at filialen anses som om det indskydende selskab var hjemmehørende i Danmark. Art. 10, stk. 1 tillader genbeskatning hos det indskydende selskab af underskud fra filialen, der er fratrukket hos det indskydende selskab ligesom ved salg af filialen. Dansk ret har benyttet denne mulighed gennem LL § 33 D, bestemmelsen gennemgås i afsnit 3.2. i del IV.

212. Foreslået ændret af Kommissionen, jfr. EFT nr. C 225 af 20.8. 1993, s. 3f og KOM(93) 293. Ændringsforslaget er fremsat idet man mener det eksisterer et misforhold mellem de to direktivet idet der efter fusionsdirektivet ikke kan benyttes kapitalandelskriterier der er under 25% men dette fuldt ud er muligt efter moder/datterselskabsdirektivet.

I art. 10, stk. 2 findes den anden afvigelse, hvor det specielt kommer på tale når det indskydende selskabs stat anvender globalbeskatningsprincippet. Når filialen nu ikke længere tilhører det indskydende selskab men det modtagende selskab, glider filialen helt ud af beskatningen hos det indskydende selskabs stat. Af denne årsag tillades det efter direktivet, at det indskydende selskabs stat at ophørsbeskatte filialen i tredjestaten som om den var solgt²¹³. De almindeligt gældende lempelsesregler skal dog finde anvendelse i denne situation. Denne anden undtagelse kan dansk ret benytte sig af idet hovedreglen jo er SL § 4. Således kan et indskydende dansk selskab afståelsesbeskattes af aktiverne i et udenlandsk fast driftssted, som i forbindelse med fusion overføres til et modtagende selskab hjemmehørende i udlandet. Beskatningen i Danmark kan dog kun gennemføres, hvis der indrømmes credit for den skat, der kunne være pålignet i det faste driftssteds beliggenhedsstat. Implementeringen af direktivet i dansk skatteret har indført LL § 33, stk. 4 der udelukkende tager sigte på situationer der er omhandlet af art. 10, stk. 2. Herefter gælder, at LL § 33, stk. 1 og 2 kan finde anvendelse, selvom et heraf omfattet skattekrav på grund af direktivet ikke opkræves i den stat, hvor det faste driftssted er beliggende Ved denne manøvre kan Danmark benytte beskatningsretten efter direktivets art. 10, stk. 2.

I art. 8 fastslår direktivet successionsprincippet for det indskydende selskabs deltagere, som derved også er neutralitetssubjekt i transaktionen. Princippet får betydning, når de afleverer deres aktier i det indskydende selskab ved fusionen mod at få aktier fra det modtagende selskab. Art. 8 foreskriver hertil, at der ikke må udløses beskatning af indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding hos aktionærene ved denne transaktion. Efter art. 8, stk. 2 sikres successionen derved, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab i forbindelse med fusionen skal tillægge anparterne eller aktierne den værdi, som ville være lagt til grund som anskaffelsessum for beregning af aktieavance eller -tab, hvis selskabsdeltageren havde afstået sine andele umiddelbart inden fusionen. 2. pkt. i omtalte bestemmelse hjemler efterfølgende beskatningsret til medlemsstaterne på samme måde som tilfældet var før transaktionen såfremt der sker senere afståelse af aktierne. Hermed sikres, at medlemsstaterne kan lægge samme anskaffelsestidspunkt, opgørelsesmetode, aktionærstatus m.m. til grund²¹⁴. Såfremt der er valgfrihed for en selskabsdeltager til at vælge en anden beskatningsmåde end den i art. 8, stk. 2 forudsatte, hjemler stk. 3

213. En yderligere betingelse i denne forbindelse er, den mellem staterne indgåede DBO tillægger det indskydende selskabs stat beskatningsretten til filialindkomsten.

214. *Otmar Thömmes*, op.cit., s. 103ff og *Søren Næsborg Jensen* op.cit., s. 176ff.

beskatningsret alligevel. Endelig er der ikke i direktivet noget der forhindrer medlemsstaterne i at beskatte den eventuelle kontante udlig-
ningssum (på max. 10%).

De danske regler om selskabsdeltagernes skattemæssige behandling findes i FUL §§ 9-11 jfr. henvisningen i § 15. Der blev ikke ved direktivets implementering foretaget materielle ændringer i disse danske regler. Ved den ombytning af aktier fra det indskydende selskab til aktier i det modtagende selskab, udløses der efter FUL § 9 ingen beskatning som følge af denne ombytning. Denne behandling gælder udelukkende hvor der ikke ydes andet vederlag end aktier, sml. art. 8, stk. 4. Den kontante udligningssum behandles efter reglerne i ABL, jfr. FUL § 9, stk. 2²¹⁵. I FUL § 11, stk. 1 foreskrives, at aktier i det modtagende modtaget af det indskydende selskabs aktionærer som vederlag, ved den skattemæssige opgørelse, skal anses for erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier. Såfremt der er tale om næringsaktier forbliver denne status. Ombyttede aktier, der er anskaffet på forskellige tidspunkter, eller med forskellig status, anses ombyttet med en tilsvarende andel af aktierne i det modtagende selskab. Andelen beregnes efter de ombyttede aktiers kursværdi på fusionsdatoen. Hvis de modtagne aktier er forbundet med forskellige rettigheder, foretages beregningen for hver enkelt aktiegruppe.

Mens §§ 9 og 11 foreskriver succession for det indskydende selskabs deltagere er der retstomhed vedrørende det modtagende selskabs deltagere i den situation hvor disse vederlægger det indskydende selskabs deltagere med egne aktier. Efter ABL er et selskab skattepligtigt af avancer ved afståelse af egne aktier, men 3-års reglen i § 4, stk. 6 vil ofte medføre udeblivelse af beskatningen.

Ud over de behandlede lovfæstede materielle krav til neutralitetsbehandlingen findes der flere formelle lovfæstede og ulovfæstede unilateralt opstillede betingelser²¹⁶.

215. Der anvendes et FIFO-princip efter FUL § 9, stk. 3 ved bestemmelsen af hvilke aktier der er indløst af den kontante indløsningssum.

216. Der findes som det skal ses såvel formelle som materielle betingelser, og mens de materielle skal svare til direktivets minimumskrav så forholder direktivets sig tavs omkring de formelle regler. Men det antages, at nationalstaterne er berettigede til at opstille regler for, hvilken procedure der skal følges ved fusionen, blot så længe der ikke sker forstyrrelser af direktivets materielle sigte, sml. *Søren Næsborg Jensen*, op.cit., s. 169.

I FUL § 5 bestemmes fusionsdatoen i skattemæssig henseende til datoen for den åbningsstatus, der i medfør af AL § 134b skal udarbejdes for det modtagne selskab. Det er en betingelse for at anvende FUL's regler, at fusionsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår²¹⁷. Fusionsskattelovens § 6 skal sikre, at ligningsmyndighederne får fuldt tilstrækkelig information om de væsentlige omstændigheder i forbindelse med fusionen. § 6, stk. 1 pålægger det modtagende selskab at indsende en genpart af de dokumenter, der i selskabslovgivningen eller i den konkrete tilladelse skal udarbejdes i forbindelse med fusionen til Told- og Skattestyrelsen²¹⁸. Ifølge AL § 134a, b og c skal der udarbejdes følgende dokumenter:

- Fusionsplan
- Revideret, fælles regnskabsopstilling, der udviser samtlige aktiver og passiver i hvert af selskaberne,
- De reguleringer som overtagelsen antages at ville medføre,
- Åbningsstatus for det overtagende selskab efter overtagelsen,
- Skriftlig redegørelse om fusionsplanen, indeholdende en erklæring om, hvorvidt vederlaget for aktierne eller anparterne i det indskydende selskab er rimeligt og sagligt begrundet,
- Erklæring om, hvorvidt kreditorerne i det enkelte selskab må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen.

En særregel i § 6, stk. 3 bemyndiger skatteministeren til efter indstilling fra LR, at fastsætte regler om hvilke yderligere oplysninger der skal tilvejebringes. Hjemmelen er ikke udnyttet.

Det er en betingelse for anvendelse af FUL's regler, at de nævnte dokumenter (i udkast) og oplysninger indsendes senest 6 måneder efter fusionsdatoen, jfr. § 6, stk. 4²¹⁹. Efter § 6, stk. 6 kan der under særlige omstændigheder af LR ses bort fra denne frist.

217. Skatteretten er her mere vidtgående i sine krav end selskabsretten idet der principielt efter AL § 134 b, stk. 2 (sammenholdt med AL § 134 a, nr. 8) er valgfrihed kun modificeret af betingelsen om maksimalt 6 måneders forløb inden underskrivelse af fusionsplanen. Se også *Claus Sørensen* i TFS 1997.18 der påviser at det er muligt at vedtage fusioner selskabsretligt med mere end 6 måneders tilbagevirkende kraft. Se VLD af 6.1. 1998 for en belysning af skatterettens og selskabsrettens samspil ved fastsættelse af fusionsdato, jfr. R&R 1998, nr. 5, SM 191.

218. Der har udlagt behandlingen til Told- og Skatteregionerne, Direktoratet for Københavns Skatte- og Registerforvaltning og Frederiksberg kommunes skattedirektorat.

219. *Claus Sørensen* påviser i TFS 1997.18, at Told- og Skatteregionerne har misfortolket bestemmelsen i FUL § 6, stk. 4 og fusionscirkulærets pkt. 1.6.3., idet der stilles krav om fremsendelse af endelige fusionsdokumenter samt dokumentation for fusionens gennemførelse er i strid med de nævnte regler.

Fusionsdirektivet forbeholder medlemsstaterne muligheden for at nægte en disposition dén skattefrihed, som den ellers skulle have haft efter direktivet, såfremt dispositionen gennemføres i det øjemed at foretage skatteunddragelse eller skatteomgåelse, jfr. art. 11²²⁰. De følgende bemærkninger er generelle for de transaktioner der omfattes af direktivet, hvorfor nedenstående behandling af såvel spaltninger, tilførsel af aktiver som aktieombytninger skal læses med disse følgende bemærkninger i erindring. Tilsidesættelse kan kun forekomme hvor fusionen (i vid forstand) overvejende er dikteret af skattemæssige hensyn²²¹. Den måde hvorpå den danske implementering er foretaget har været kritiseret skarpt idet denne ordning indebærer, at international (grænseoverskridende) fusion og nationale som grænseoverskridende spaltninger, tilførsler og ombytninger kun kan finde sted efter tilladelse fra Ligningsrådet med mulighed for fastsættelse af særlige vilkår, jfr. FUL § 15, 2. pkt., § 15 a, § 15 c og ABL § 13²²². Også rent nationale transaktioner må fortolkes i overensstemmelse med direktivets bestemmelser. Det argu-

220. Den danske udgave af direktivet benytter ordene "skattesvig eller skatteunddragelse", men efter konsultation af de øvrige sproglige modeller, konstateres i svar på spm. 30 og 31 til L 20, at ordene "skatteunddragelse og skatteundgåelse" er en bedre formulering. Se dog kritisk hertil *Søren Næsberg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 312f. Begreberne omfatter såvel ulovlig og strafbar skattesvig, ulovlig men ikke strafbar skatteunddragelse som lovlig skattetænkning. Det er dog i sidste instans op til EF-domstolen at fastlægge det fælleseuropæiske begrebs nærmere indhold.

221. Der er bred enighed om denne udlægning af direktivteksten, jfr. også ordlyden af litra a.

222. Kritikken er fremført af *Erik Werlauff* i R&R 1993, nr. 8, s. 44ff og samme i ET 1994.25, men modsat *Søren Næsberg Jensen* op.cit., s. 317ff se også *Michael Serup* i R&R 1994, nr. 4, s. 30f. Krikken støttes delvis af *Hanne Østergaard* i Tfs 1993.536, der antager, at 3 år som ejertidsbetingelse ved en spaltning er mere end hvad der med rimelighed kan lægges i lovens ord. Forfatteren fremkommer dog ikke med noget egentligt udsagn om den generelle godkendelsesordnings direktivstridighed. Dog sluttes det, at den behandlede praksis på alle punkter harmonerer meget dårligt med det der er fusionsdirektivets klare mål, nemlig skattnneutralitet og sikring af, at der ikke indføres særlige nationale begrænsninger. *Michael Serup* i antager i anførte artikel, at en forhåndsgodkendelsesordning næppe følger af direktivet, men omvendt næppe er direktivstridig. Samme forfatter fremfører i Tfs 1997.696, særligt s. 1787, i relation til LR's benyttede 3 års kriterium, at der ikke i hverken de danske lovforarbejder eller fusionsskattedirektivet er støtte for, at der foretages en generel vilkårsfastsættelse, der i alle tilfælde hindrer efterfølgende dispositioner over de modtagne aktier. Såfremt en sådan praksis var tilsigtet, anføres det, synes det ud fra et hjemmelssynspunkt i det mindste at måtte kræves, at man havde normeret denne praksis i selve loven. Tilsvarende argumentation er at finde i samme forfatters bog: *Generationsskift – Omstrukturering*, 1998, s. 609ff og i *Holdingselskaber af Lennart Lyngé Andersen, Erik Werlauff & Niels Ørgaard*, 1998, passim.

menteres, at en generel forhåndsgodkendelse går videre end en det af direktivet forudsatte idet LR evt. kan nægte at godkende en transaktion, hvor selskaberne kan påvise fornuftige erhvervsmæssige grunde tilstedeværelse som hovedmotiv. Efter Leur-Bloem dommen (dom af 17/7 1997 i sagen C-28/95, *A. Leur-Bloem*), må det i overensstemmelse med den fremførte kritik antages, at den danske praksis ikke fuldt kan videreføres, og der bør foretages en konkret enkeltsagsbedømmelse i relation til direktivets art. 11. Ligeledes bør der ved afgørelsen af hvorvidt tilladelse skal følges af specielle vilkår, overholdes et proportionalitetsprincip²²³.

Art. 11 foreskriver yderligere i litra b), at en medlemsstat ligeledes kan afslå at anvende direktivets hovedbestemmelser, såfremt transaktionen bevirker, at et selskab, hvad enten det er impliceret i transaktionen eller ej, ikke længere opfylder betingelserne for, at medarbejderne kan lade sig repræsentere i selskabets organer på samme måde som før transaktionen.

L 87 og betydningen heraf?

Der er herefter anledning til at omtale et lovforslag nr. L 87 der er fremsat de. 13. november 1998. Som en del af formålet med dette forslag sker der en objektivisering af dele af skatte- og afgiftslovgivningen. Særligt er der anledning til at omtale de dele af forslaget der vil få betydning for den fremtidige behandling af fusioner, spaltninger, tilførsler af aktiver og aktieombytninger.

223. Jfr. Erik Werlauff i TfS 1997.779 hvor der ytres ønske om objektivisering af de i dansk skatteret benyttede vilkår i forbindelse med skattefrie transaktioner. Ligeledes ytrer forfatteren (igen som i de ovennævnte artikler fra 1993 og 1994) ønske om en form for indsigelsesprocedurer i stedet for et krav om forudgående tilladelser. Sådanne kendes også i vidt omfang fra blandt andet fra den fælleseuropæiske konkurrenceret, jfr. eksempelvis Kfo 240/96 (om teknologioverførselsaftaler) art. 4. Søren Næsberg Jensen l.c. argumenterer for, at der ingen realitetsforskel er i hhv. et generelt forhåndsforbud og en indsigelsesprocedure. Jeg kan ikke tilslutte mig betragtningen, idet det efter min overbevisning alt andet lige vil give skattesubjekterne en større grad af frihed såfremt nægtelse af tilladelsen afhænger af aktive tiltag fra skattemyndighedernes side, der således bør fremkomme med nøje overvejde af indvindinger. Er situationen modsat dette, som tilfældet er det nu, forekommer byrden størst ved det forhold, at forbuddet er generelt og argumentationen fra koncernernes side skal tilrettelægges nøje og at der herved kun udløses en reaktion når der er noget kritisabelt i transaktionen. Med andre ord er min holdning den, at en generel tilladelse (positiv normering) bør være at foretrække fremfor et generelt forbud (negativ normering).

Objektiviseringen indebærer i dette tilfælde, at Ligningsrådets kompetence til at træffe afgørelse foreslås overført til skatteministeren og udlagt ved sagsudlægningsbekendtgørelse. I relation til aktieombytninger skal der efter lovforslaget indsættes følgende sætning i ABL § 13, stk. 1 i stedet for nuværende 3.-5. pkt., jfr. forslaget § 1, stk 9: “...*Det er en betingelse, at der er opnået tilladelse hertil fra skatteministeren. Skatteministeren kan fastsætte særlige vilkår for tilladelsen. Landsskatte retten kan påkende afgørelser efter 3. og 4. pkt...*”. Heraf ses blandt andet, at kompetencen ved tilladelse til skatteneutrale aktieombytninger søges overført fra Ligningsrådet til Skatteministeriet. I relation fusioner, spaltninger og tilførsel af aktiver anføres noget tilsvarende hvorved Ligningsrådets kompetence foreslås overført til skatteministeren. Ligeledes foreslås FUL § 6, stk. 4, 1. pkt. ændret derved, at fristen for indsendelse af fusionsdokumenterne skal ske senest 1 måned efter den dag hvor fusionen er vedtaget i alle de fusionerede selskaber. Dette sidste indebærer, at der såvel kan blive tale om en længere frist som en kortere frist end efter de gældende regler.

Lovændringerne er motiveret af den kritik der er fremført gennem tiderne af hjemmelsspørgsmål i relation til Ligningsrådets kompetence og afgørelsespraksis samt Leur-Bloem-dommen af 17. juni 1997. Lovgiver har på denne baggrund til hensigt, at der som hidtil skal søges om tilladelse f.s.v.a. skattefri aktieombytning, fusion, spaltning og tilførsel af aktiver. Dog skal det ikke være Ligningsrådet, men som hovedregel de lokale told- og skatteregioner, der giver tilladelsen. I tilfælde hvor regionerne giver afslag eller finder det nødvendigt at opstille vilkår for tilladelsen at opstille vilkår for tilladelsen, vil sagen blive forelagt Told- og Skattestyrelsen. Det anføres ligeledes i bemærkningerne, at reglerne bringes i overensstemmelse med Leur-Bloem-dommen ved at Told- og Skattestyrelsens afgørelse skal kunne indbringes for Landsskatte retten og at Landskatte rettens afgørelsen skal kunne indbringes for domstolene. I relation til fusionsbeskatningsdirektivet vil der blive tale om en legalitetsprøvelse af, hvorvidt en disposition omfattes af begreberne skattesvig eller skatteunddragelse i direktivets forstand, og derfor må tilsidesættes efter reglerne i direktivets art. 11, stk. 1, litra a. Landsskatte rettens prøvelse vil i givet fald bestå i at vurdere, om et vilkår er acceptabelt efter proportionalitetsprincippet, men retten vil ikke kunne opstille et andet og lempeligere vilkår. Sagen må i så fald gå tilbage til told- og skatteregionen, der herefter må opstille et nyt og lempeligere vilkår. Endvidere skal Landsskatte retten tage stilling om hvorvidt nægtelser er i overensstemmelse med direktivets antiudnyttelsesbestemmelse. Det an-

føres i bemærkningerne til L 87, at tanken ved udlægningsbekendtgørelse enten at udlægge kompetencen til at træffe afgørelse efter de omhandlede bestemmelser til told- og skatteregionerne eller Told- og Skattestyrelsen. Hvis kompetencen til at træffe afgørelse udlægges til told- og skatteregionerne, skal disse, hvis anmodningen ikke kan imødekommes, eller der skal stilles vilkår – med begrundet indstilling – indsende sagen til Told- og Skattestyrelsen.

Min vurdering af de omtalte elementer i L 87 er, at ændringerne vil medføre lempelser for skatteyderne og forbedret retssikkerhed. Det understreges med L 87, at det bør være undtagelsen, at der skal ske nægtelse af givne dispositioner, nemlig kun i de tilfælde hvor der anses at være tale om skattesvig eller skatteunddragelse. En endelig stillingtagen bør dog afvente udviklingen i den fremtidige praksis efter regelændringerne. Dog kunne det stadig ønskes, også i objektiviseringens navn, at mulige vilkår mv. blev indføjet i eventuelt et cirkulære eller direkte i loven. Ligeledes havde nok også stemt bedre overens med fusionsdirektivet og Leur-Bloem såfremt der i stedet for et konkret krav om tilladelse i stedet blev indført en indsigelsesprocedure således at der ikke er tale om en generel forbudsordning med dispensationsmulighed men derimod en generel tilladelsesordning med indsigelsesmulighed i tilfælde af skattesvig- og unddragelse.

Såfremt L 87 vedtages har ændringerne virkning for transaktioner der foretages 1. januar 2000 eller senere, jfr. § 26 i lovforslaget.

2.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret*

I Amerikansk føderal skatteret²²⁴ findes der et omfattende regelsæt om selskabers organisering og reorganisering²²⁵. Der findes således også regler om fusion herunder om den omhandlede type gennem absorption. Generelt omtales fusioner ikke i lovafsnittet, men bliver gennem definitionsbestemmelsen i Sec. 368(a)(1)(A) (herefter kaldet type A) omfattet²²⁶. I denne bestemmelse udbredes de forgående mere almene bestemmelser til flere transaktionstyper. Nogle af disse behandles nedenfor²²⁷. I den nævnte bestemmelse omtales "*a statutory merger or consolidation*", hvorved ses, at absorptionsfusion og kvasi likvidationsfusion og principielt også 2 bliver til 1-fusioner er omfattet²²⁸. Disse typer af fusioner behandles sideløbende, og der sondres ikke med retlig virkning til følge. Af denne årsag gælder de følgende bemærkninger for såvel koncerndannelse og koncernomstrukturering. Der gælder i nogle tilfælde særlige regler for vertikale fusioner hvor moder opsluger datterselskaber. Der henvises herom til nedenstående afsnit. 3.3. i del V. Bortset

224. For mere dybdegående behandling af samtlige de i denne afhandling behandlede transaktioner kan henvises til; *Paul McDaniel og Hugh J. Ault*: Introduction to United States International Taxation, 4th ed., 1998, Kluwer law, *Hugh J. Ault*: Comparative income Taxation, 1997, Kluwer law, *William J. Brown*: Basic Corporate/shareholder taxation, Mathew Bender, 1996, *Stephen Schwarz*: Corporate and partnership taxation, 3rd ed., 1997, West Group, *Philip F. Postlewaite*: International Taxation, 3rd ed., 1998, Carolina Academic Press, *Cheryl D. Block*: Corporate taxation: Examples and Explanations, 1998, Aspen Law & Business Books, *Richard L. Doernberg*, *Howard E. Abrams*, *Boris I. Bittker* and *Lawrence M. Stone*: Federal Income Taxation of Corporations, 2nd ed., 1994, Aspen Law & Business Books, *William D. Andrews* and *Alan L. Fled*: Federal Income Taxation of Corporate transactions, 3rd ed., 1994, Aspen Law & Business Books, *Chirelstein*: Federal Income Taxation, 8th ed., 1997, Foundation Press, *Freeland*, *Lind & Stephens*: Fundamentals of Federal Income Taxation, 9th ed., 1996, Foundations Press, *Graetz & Schenk*: Federal Income Taxation, 3rd ed., 1994 with 1996 suppl., Foundation Press, *McDaniel*, *Ault*, *McMahon & Simmons*: Federal Income Taxation, 3rd ed., 1994, with 1996 suppl., Foundation Press, *Abrams & Doernberg*: Federal Corporate Taxation, 4th ed., 1998, Foundations Press, *Kwall*: Federal Income Taxation of Corporations, Partnerships, Limited Liability Companies and their owners, 1995, with 1997 suppl., Foundation Press, *Stephen A. Lind*, *Schwarz*, *Lathrope & Rosenberg*: Fundamentals of Business Enterprise Taxation, 1997, Foundation Press, 1998 supplement og samme Fundamentals of Corporate taxation, 4th ed., 1997, Foundation Press, *McDaniel*, *Ault*, *McMahon & Simmons*: Federal Income Taxation of Business Organizations, 2nd ed., 1997, Foundation Press og samme Federal Income Taxation of Corporations, 1997, *Shakow*: The Taxation of Corporations and their Shareholders, 2nd ed., 1997, Foundation Press, *Steuben & Turnier*: Problems in the Federal Income Taxation of Business Enterprises, 3rd ed., 1996, Foundation Press. *Price Waterhouse*: Doing Business in the United States, 1994 with 1996 supplement, *Coopers & Lybrand*: 1998 International Tax Summaries – A Guide for Planning and Decisions, s. U-29-42, *Joseph C. Amico*: Introduction to the US Income Tax System, 1993, Kluwer law and Taxation Publishers, *Robert E. Meldman & Michael S. Schadewald*: A practical Guide to US Taxation of International Transactions, 1998, Kluwer, *Richard L. Doernberg & Kees van Raad*: The 1996 United States Model Income Tax Convention – Analysis, Commentary and Comparison, 1997, Kluwer, *Hugh J. Ault (principal editor)*: Comparative Income Taxation – A Structural Analysis, 1996, Kluwer Law International, *Laurie L. Malman*, *Lewis D. Solomon & Jerome M. Hesch*: Federal Income Taxation – problems, cases and materials, 1994, West Publishing Co. og *Samuel C. Thompson*: Taxation of Business Entities – C Corporations, Partnerships and S Corporations, 1994, West Publishing Co.
225. Jfr. IRC Subchapter C – Corporate Distributions and Adjustments, Part III – Corporate Organizations and Reorganizations, Sec. 351-368.
226. Jfr. herom *Cheryl D. Block*: Corporate Taxation, 1998, s. 305ff specielt om Type A, s. 340ff, *Stephen A. Lind et al*: Fundamentals of Corporate Taxation, 1997 med 1998 suppl., s. 409ff og *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg*: Federal Corporate Taxation, 1998, s. 210ff, *Samuel C. Thompson*: Taxation of Business Entities, 1994, s. 885ff og *Joseph C. Amico*: Introduction to the US Income Tax System, 1993, s. 144ff.

herfra foretages der en samlet komparativ gennemgang af fusionsinstituttet efter amerikansk føderal skatteret.

Baggrunden for amerikanske skatteregler om fusioner mv. er, at det grundlæggende skal være muligt at foretage skattefrie omstruktureringer i erhvervslivet²²⁹. Hermed er det til dels også tilkendegivet, hvad der er den skattemæssige virkning af reguleringen. Helt overordnet kan denne siges at være skattefrihed (eller snarere skatteudskydelse) for aktionærerne og det overtagne selskab, såfremt nedenstående kriterier antages opfyldt. Transaktionen kan inddeles i nogle hovedeffekter. En af grundreglerne foreskrives af Sec. 354(a)(1), hvorefter aktier og andre værdipapirer kan modtages skattefrit af fusionens aktionærer²³⁰. Hvad der modtages ud over dette kaldes "boot", og beskattes efter Sec. 356 i det omfang der udløses gevinst. En beskatning herefter kan enten udløses som kapitalgevinst efter Sec. 356(a)(1) eller som udbytte efter Sec. 356(a)(2).

Hertil kommer, at et deltagende selskab kan ombytte dets aktiver for aktier eller andre værdipapirer skattefrit, jfr. Sec. 361. Endda foretages der ikke beskatning i det modtagende selskab når der modtages anden ejendom end aktier såfremt dette er i overensstemmelse med fusionsplanen. Endelig er selskabet berettiget til, at foretage udlodning til aktionæ-

227. Andre omfattede er eksempelvis re-kapitalisering, re-indkooporing eller bankruptcy reorganization.

228. Sml. *Price Waterhouse: Doing Business in the United States*, 1994, with 1996 suppl., s. 210.

229. *Cheryl D. Block: Corporate Taxation*, 1998, s. 308ff, *Joseph C. Amico: Introduction to the US Income Tax System*, 1993, s. 144 og *Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities*, 1994, s. 724ff.

230. Der bruges i paragraffen ordene "party to the reorganization". Der menes dog i forbindelse med Sec 354; aktionærerne. Parterne defineres generelt i Sec. 368(b) som omfattende de fusionerede selskaber, moderselskabet, kontrollerede datterselskaber alt efter transaktionens karakter, jfr. (b)(2), og i almindelighed aktionærerne. (1) a corporation resulting from a reorganization, and (2) both corporations, in the case of a reorganization resulting from the acquisition by one corporation of stock or properties of anotherin the case of a reorganization qualifying under par. (1)(A)...of subsection (a) by reason of par. (2)(C) of subsection (a), the term "a party to a reorganization* includes the corporation controlling the corporation to which the acquired assets or stock are transferred. In the case of a reorganization qualifying under par. (1)(A)...of subsection (a) by reason of par. (2)(D) of that subsection, the term "a party to a reorganization" includes the controlling corporation referred to in such par. (2)(D). In the case of a reorganization qualifying under subsection(a)(1)(A) by reason of subsection (a)(2)(E), the term "party to a reorganization* includes the controlling corporation referred to in subsection (a)(2)(E).

terne af kvalificeret ejendom i forbindelse med reorganiseringen, jfr. Sec. 361 (c). I tilknytning hertil følger det efter Sec. 1032, at ingen gevinst eller tab anerkendes, når et selskab modtager penge eller ejendom i bytte for sine egne aktier. Således er der skattefrihed (ikke anerkendelse af tab eller gevinst) for et selskab der overtager aktier eller aktiver ved reorganisering.

Det er muligt tillige at foretage skattefri gældsovertagelse i forbindelse med fusionen, jfr. Sec 357, medmindre der er undgåelsesformål eller mangler forretningsmæssig begrundelse.

Når en fusion er skattefri bibeholdes den historiske pris for aktier og aktiver. Da der ikke udløses skat ved ombytningen af aktier og aktiver er der intet rationale for at bringe omkostningsbaserne op til markedsværdi. Når fusionen dog er delvis skattefri (Sec. 356), og der udløses nogen skat via anerkendelsen af gevinster, opjusteres omkostningsbaserne til at afspejle den beskattede kapitalgevinst.

Den nok vigtigste skattemæssige virkning af fusioner (og de andre omfattede reorganiseringer, jfr. nedenfor) er, at der tillades en form for succession i.h.t. Sec. 381²³¹. Herefter gælder det, at overførelse af “tax attributes” til det overtagende selskab²³². Bestemmelsen opregner i (c) de omfattede “items”, jfr. (c)(1)-(25), hvoraf specielt kan fremhæves²³³:

- Net operating loss carryovers
- Earnings and Profits
- Capital loss carryovers
- Method of accounting
- Inventories
- Depreciation method
- Instalment method
- Amortization of bond discount or premium
- Recovery of tax benefit items
- Credit under Sec. 38 and 53

En væsentlig begrænsning i adgangen til tab carry overs findes i Sec. 382, hvorefter findes begrænsninger ved betydelige ændringer i selskabers ejerkreds. Det antages, at der er sket en substantiel ændring i ejer-

231. Ordet “succeed” benyttes endda i (a)(2), 2. led.

232. En svaghed anføres af *Joseph C. Amico* op.cit., s. 152, at være afskæringen fra at benytte visse fradragsberettigede poster, (så som tidligere overførte underskud mv.) hvorved det ikke er muligt for overtageren, at foretage carry back efter overtagelse.

233. Alle undergivet betydelige betingelser og begrænsninger hvilke ikke skal omtales her.

forholdet når målselskabets aktionærer efter transaktionen ejer mindre end 50% af aktierne. Tabene må herefter ikke benyttes, medmindre selskabets virksomhed fortsættes i minimum to år efter fusionen, jfr. Sec. 382(c)(1)²³⁴. Disse regler er indsat for at imødekomme køb af tab til skattemæssig brug.

Der findes yderligere en mulighed for moderselskaber til at benytte datterselskaber til at foretage en given overtagelse og stadig opnå skatteenutralitet, jfr. Sec 368(a)(2)(D).

Efter gældende ret eksisterer flere judicielt opstillede krav til den her omhandlede transaktion, der kan udledes af fortolkningen af de relevante bestemmelser, før skattebegunstigelsen kan tildeles. Således stilles der (1) krav om overholdelse af "*continuity of interest*" doktrinen²³⁵, (2) efterlevelse af en fusionsplan og (3) et "*business purpose*"²³⁶. Af disse kriterier behøver (1) uddybning. Der ligger i kriteriet en toleddet størrelse, idet der ses et krav om (a) fortsat ejerskabs interesse (også gældende for selskabsaktionærer)²³⁷ og (b) fortsættelse af den virksomhed der eksisterede forud for fusionen. Ejerskabskravet kan yderligere uddybes, idet det gennem retspraksis er fastlagt, at der skal opnås aktionærstatus og at obligationsudstedelse og besiddelse (såvel kort- som langsigtet) ikke er tilstrækkeligt til at opfylde kontinuitets doktrinen. Der findes ikke ganske klare doktrinære retningslinier for hvor stor en aktiepost der skal besiddes, men klart lader det dog til at stå, at noget under 50% besiddelse kan accepteres. Dette fremgår derved, at Internal Revenue Service i forbindelse med udstedelse af bindende forhåndsbeskeder (*advance rulings*) findes testen opfyldt, hvis de tidligere aktionærer i målselskabet modtager en aktieinteresse svarende i værdi, på fusionsdatoen, til mindst 50% af værdien af de samlede aktier i det overtagne selskab på samme dato. Der findes dog ikke nogen defineret undergrænse, og det må endeligt afgøres konkret. Det ses herved, jfr. også nedenfor, at type A

234. Med en årlig begrænsning svarende til en hypotetisk passende afkastningsgrad for selskabets aktivers markedsværdi.

235. Oprindeligt udspringende af retspraksis men siden kodificeret.

236. Også benævnt "*commercial purpose*". Kravet udspringer af doktrinen om "*Substance over form*". Det gælder dog f.s.v.a. fusioner, at disses skattemæssige betydning bestemmes efter form, fremfor substans, dog så længe kravet om en vis substans i skikkelse af business purpose er opfyldt.

237. Kravet lader til at være baseret på den grundlæggende antagelse, at succession udelukkende skal tillades hvor aktionærer ikke har ændret investeringens grundlæggende karakter, sml. ordene "*basic nature*". Dog har denne doktrin udviklet sig i retning at en lempeligere opfattelse ved det, at der nu de facto tillades betydelige ændringer i investeringens økonomiske karakteristika, blot så længe ejerskabsinteressen fortsat er aktuel.

reorganization er temmelig fleksibel i forhold til type B idet omtrent halvdelen af vederlaget kan udgøres af andet end aktier. På den anden side er der også betydelig usikkerhed forbundet med fortolkningen af reglen i mangel af en præcis lovfæstelse.

Hvad angår fortsættelse af den hidtidige virksomhed, har doktrinen med tiden udviklet sig derhen, at der tillades betydelig afvigelse og variation fra virksomhedens hidtidige område.

Det kan ses, at der findes vidt udbyggede muligheder i amerikansk skatteret for at opnå skatteneutralitet i forbindelse med brug af de specielle fusionsskatteregler ved såvel koncernetablering, omstrukturering som ophør. Der lader dog ikke til umiddelbart at være indeholdt elementer med betydelig bedre effekt end tilfældet er det med de eksisterende fælleseuropæiske regler. Dog kan det fremhæves, at der med den maksimale mulighed for 10% kontantvederlæggelse i EU er mindre fleksible muligheder for opnåelse af neutraliteten. Dog er det ikke muligt endeligt at holde de to regelsæt op mod hinanden idet noget sådant ville indebære en betydelig gennemgang af relevant praksis. Ligeledes bør det bemærkes, at reglerne i USA er blevet kritiseret ganske ofte og blevet foreslået afskaffet til fordel for et mindre komplekst regelsæt²³⁸.

3. Koncerndannelse gennem “uægte” spaltning

3.1. Almindeligt led

En anden måde hvorpå en koncern kan dannes er ved en “uægte” spaltning, hvorved forstås den delingssituation der indtræder ved, at et fradelt selskab udskilles, samtidig med at det delende selskab reducerer sit kapitalgrundlag²³⁹. En typisk begrundelse herfor er, at udtrædende aktionærer skal have det fradelte selskab med sig og vil gå hvert til sit. Men mere relevant er det nok, såfremt det udspaltede selskab udspaltes til andre selskaber. Situationen kan således indebære, at den ene virksomhedsgren i det spaltende selskab spaltes ud til et selskab, der tilhører fremmede aktionærer, og uden at der sker opløsning af det spaltede selskab. Aktionærerne i det spaltede selskab modtager aktier i det nye selskab og beholder deres aktier i det spaltede selskab²⁴⁰. Denne situation er udtryk for en deling men ikke for en spaltning i egentlig forstand,

238. Jfr. Cheryl D. Block: Corporate Taxation, 1998, s. 366f.

239. Jfr. herom Erik Werlauff i UfR 1984B.217.

240. Jfr. herom Michael Serup i R&R 1994/10, s. 9 ff (Spaltning (1)), hvor metodikken benævnes uegentlig eller delvis spaltning.

men metoden udgør en koncerndannelsesmetode. I almindelige selskabsretlige termer sker der det, at der sker en udlodning via kapitalnedsættelse i det indskydende selskab mens der sker et kapitalindskud i det modtagende selskab.

Det skattemæssige retsgrundlag for spaltning i Danmark findes i FUL §§ 15 a-b, hvilket er afledt af fusionsdirektivet, jfr. nedenfor under del V om omstruktureringer, hvor der foretages en mere udførlig behandling af egentlige spaltningssituationer. Dog er de danske regler ikke så strikse vedrørende et krav om at det indskydende selskab skal opløses ved spaltningen. Spaltninger kan vælges foretaget skattepligtige eller efter ansøgning som skattefrie spaltninger. Det er med denne afhandlings sigte for øje naturligt at fatte interesse for den skattemæssige spaltningssituation. Det er derfor nødvendigt kort at gengive visse af de formelle betingelser der fordres opfyldt i forbindelse med denne rettighed. Som den korte omtale af spaltningsreglerne indikerer er "uægte" spaltning ikke omfattet af spaltningsreglerne hvorfor almindelig beskatning skal finde sted ved transaktionen. Begrundelsen herfor finder man i selve spaltningsdefinitionen. Transaktionen defineres i FUL § 15a, stk. 2 og omtrent tilsvarende i direktivets art. 2(b) som *den transaktion hvorved et selskab overfører en del af eller samtlige sine aktier og passiver til et eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i henhold til en pro rata-regel at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter i det eller de modtagende selskaber og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10% af disse værdipapirers pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi*. Herved ses det, at definitionen bortset fra pro rata-kravet tilsvarende fusionsdefinitionen i fusionsdirektivets art. 2, litra a. Den danske definition adskiller sig dog yderligere fra direktivets definition, idet det efter den danske definition også er tilladt, at foretage en spaltning, uden at det indskydende selskab nødvendigvis skal opløses²⁴¹. Yderligere afviger den danske definition fra direktivet derved, at der udelukkende stilles krav om udspaltning til ét eller flere nye eller eksisterende selskaber, hvorimod direktivet i sin definition kræver udspaltning til mindst to eller flere nye eller eksisterende selskaber²⁴². Selvom denne sidste forskel kan konstateres, har det dog ikke været meningen, at der skulle ske en ændring af eksisterende spaltningssituationer.

241. Definitionen er ændret og udvidet ved Lov nr. 487 af 12.6.1996 (L 118), og før dette tidspunkt var definitionerne identiske. Formålet med udvidelsen var jfr. bemærkningerne til ændringsforslagets § 03, at det skatteretlige spaltningsbegreb skulle bringes på linie med den selskabsretlige definition i AL § 136 hvorefter en spaltning ikke kræver opløsning af det indskydende selskab.

heder, der er altså udelukkende tale om en dansk udvidelse af reglernes anvendelsesområde.

Da det indskydende selskab ved den "uægte" spaltning ikke ophører kan det som udgangspunkt udelukkende opfylde de unilaterale betingelser, hvorimod den direktivbaserede definition stiller krav om opløsning af det indskydende selskab. (Et krav der ikke opfyldes hvorfor skattnetutralitet ikke umiddelbart kan opnås). Den anden nævnte diskrepans mellem direktiv og unilaterale regler betyder, at transaktionen "uægte" spaltning ikke falder udenfor dette led af definitionen i national ret mens den klart vil gøre netop dette i forhold til direktivets regler. Konsekvensen af disse omtalte forhold kunne være, at kun nationale spaltninger foretaget efter AL § 136 kan foretages efter den danske definition, mens grænseoverskridende transaktioner må efterleve direktivets bestemmelser²⁴³. Fusionsdirektivet er dog et minimumsdirektiv, hvorfor det fuldt er muligt for nationalstaterne at gennemføre regler der opfylder minimumskravene, men her ud over tildeler skattesubjekterne yderligere fordele, dog er det ikke sikkert, at der vil være tilsvarende intern hjemmel i de lande, der tillige kontraheres i, hvorfor muligheden ikke kan siges at eksistere generelt.

Da formålet med "uægte" spaltning ville være en deling af selskabet mellem dettes aktionærer må det yderligere opstå konflikt mellem dette forhold og kravet i såvel den nationale- som den unionsbaserede spaltningsdefinition, hvorefter der som fremhævet gælder et pro rata-krav. Begrundelsen herfor er den, at aktionærerne efter reglen er tvunget til at modtage aktier i modtagende selskab der nøje (dog med mulighed for 10% kontantudligning) modsvarer disses eksisterende aktiebesiddelse²⁴⁴.

242. Denne udvidelse i forhold til direktivteksten er også indført med lovændringen ved Lov nr. 487 af 12.6.1996 på baggrund af L 118, hvor FUL's regler blev inddraget under arbejdet ved ændringsforslaget til det oprindelige udkast, jfr. herved betænkningen til L 118, ændringsforslag, nye paragraffer § 03. Cirk. nr. 105 af 4. 7.1997 indeholder beskrivelsen af spalttningsreglerne efter disse ændringer, og afløser på spalttningsområdet Cirk. nr. 31 af 22.2.1996. Begge afvigelser f.s.v.a. uegentlige spaltninger i forholdt til direktivets tekst er fremhævet af *Michael Serup* i Spaltning (2) R&R 1994/10, s. 27ff.

243. Dog erindres det igen, at reglerne såfremt de kunne finde anvendelse, ikke har noget civilretligt modstykke i selskabsretten for grænseoverskridende spaltninger.

244. For en omtale heraf og med påpegning af forskelle mellem gældende selskabsret og skatteret på området, se *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 444.

Af den største betydning i forhold til "uægte" spaltning er, at delingsmetoden efter sin natur (og altså ikke efter fortolkning af de enkelte kriterier, som ovenfor) falder udenfor spaltningbegrebet. Ved en "uægte" spaltning deles et selskab ud til selskabets eksisterende aktionærer, hvorved disse altså blot får en anden form for udlodning end traditionelt. Ved spaltning deles selskabet eller dele heraf ud til andre for dette fremmede selskaber, hvorefter det indskydende selskabs aktionærer modtager aktier i de(t) modtagende selskab(er). Ved "uægte" spaltning kan denne del af transaktionen ikke gennemføres, idet modtagende part er aktionærerne selv. Som et sidste forhold der skal gøres til genstand for omtale, forholder det sig således, at "uægte" spaltninger med formål at dele selskabet mellem dettes deltagere ikke kan tillades. LR er i Danmark tillagt kompetence til at opstille vilkår for bl.a. skattefri spaltninger. Baggrunden herfor er direktivets art. 11, stk. 1, litra a hvorefter skattnutralitet kan nægtes såfremt hovedformålet eller et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse. I bemærkningerne til L 20 omtales et Rådsprotokollat hvorefter netop art. 11, stk. 1 kan benyttes såfremt en spaltning medfører, at det spaltede selskab opdeles mellem dets aktionærer²⁴⁵. Af disse årsager forekommer det evident, at "uægte" spaltninger som koncerndannelsesmetode, ikke lever op til kravene ved skattnneutral spaltning.

Efterfølgende er det ikke nødvendigt at undersøge reglernes baggrund og formål i vores søgen efter udslag af neutralitetstankegangen, idet den her omhandlede transaktionstype ikke opfylder reglernes krav for en umiddelbar betragtning. Dermed ikke sagt, at spaltning ikke vil blive behandlet i nærværende kontekst, a contrario. Der henvises til nedenstående del V om koncernomstruktureringer, hvor de ægte spaltningssituationer selvstændigt behandles.

Dette afsnit kan derfor ikke bidrage med en konstateret tilstedeværelse af principiel skattnneutralitet.

3.2. Bemærkninger i fraværet af skattnneutralitet – specielt led

Da der som påvist ikke eksisterer mulighed for opnåelse af skattnneutral behandling ved "uægte" spaltning har det følgende interesse, at se på

245. Rådsprotokollatet benyttes altså som legitimation for indførelse af godkendelseskravet i FUL § 15, stk. 1. Brugen af et ikke offentliggjort Rådsprotokollat som retskilde kritiseres af Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 317. For generel kritik af den danske fortolkning af direktivteksten se Erik Werlauff i R&R 1993/8, s. 44ff og samme i ET 1994.25. De af forfatteren fremførte argumenter må antages at have fået fornyet styrke efter *Leur-Bloem* dommen. Se blot det omtalte L 87 der søger at imødekomme fortolkningen.

hvorledes skatteyderne kan indrette sig så der eventuelt kan opnås skateneutralitet alligevel. I praksis lader det til, at der kan foretages almindelig spaltning af et selskab hvor der efterfølgende er planlagt en “uægte” spaltning således at samarbejdet er definitivt afviklet med dispensation efter LL § 16 A, stk. 2.

I Tfs 1993.516 var dette omstændighederne, og spaltningen blev tilladt med vilkår om 3 års uændret ejerskab så det indbyrdes ejerskab ikke forrykkedes idet “uægte” spaltninger jo som nævnt strider mod pro rata kravet. Det bemærkes at det ikke er selve den “uægte” spaltning der tillades men en almindelig spaltning med påtænkt efterfølgende gennemført “uægte” spaltning. Det må ikke antages, at vilkåret gives automatisk, men kun i de situationer hvor der befrygtes forrykkelse af ejerforholdet. Metoden er ikke en koncerndannelsesmetode men medtages blot for at illustrere den praktiske håndtering. Det er min vurdering, at der ikke umiddelbart kan foretages tiltag der medfører skatteenutral behandling af transaktionen “uægte” spaltning. Herefter må der spørges til ønskeligheden af ændringer i reguleringen og i givet fald hvordan noget sådant *kan* gribes an. Ønskeligheden af at gøre “uægte” spaltninger skatteeneutrale skønnes ikke stærkt tilstedeværende. Begrundelsen herfor er det forhold, at transaktionen medfører en opdeling af det oprindelige selskab. Nok forholder det sig således, at der dannes en koncern, men den består ikke nødvendigvis af de oprindelige parter. Hertil kommer, at delingen i første instans er udtryk for et udlodningssurrogat, hvilket ikke efter min opfattelse bør underkastes begunstigende behandling, idet der ikke er tale om løbende koncerndrift men derimod om en endelig “skilsmisse”. Når det første modtagende selskab beslutter sig for at viderespalttes, er der vel i realiteten tale om en ny transaktion, der kan behandles efter de gunstige ordinære spalttningsregler. Som det er fremgået lader der ikke efter min vurdering til at være grunde for en speciel overførsel af enhedsteorien til dette område. Dette ville heller ikke være i overensstemmelse med enhedsteorien, idet transaktionen ikke berører en koncern som sådan, men derimod enkelte aktionærer i det spaltede selskab. Endelig har jeg vanskeligt ved at se hvorledes en skatteenutral ordning for “uægte” spaltninger skulle indføres og udformes idet jeg ikke finder disse transaktioner overensstemmende med enhedstankegangen.

3.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret*

Denne transaktion vil givetvis også falde udenfor de amerikanske spalttningsregler, hvorved der ikke kan indtræde den ellers eksisterende mulighed for skattefrihed. Begrundelsen herfor er det lovfæstede negative

krav om, at spaltningen ikke må være en udlodningsdevice, hvilket eo ipso vil udelukke “uægte” spaltninger fra at nyde godt af skatteneutralitetsreglerne idet transaktionen overfor netop er påvist at kunne være netop et udlodningssurrogat²⁴⁶. Se afsnit 3.3. i del V om spaltningsreglernes nærmere udformning.

4. Datterselskabsdannelse gennem virksomhedsoverdragelse (tilførsel af aktiver)

4.1. *Ratio legis – almindeligt led*

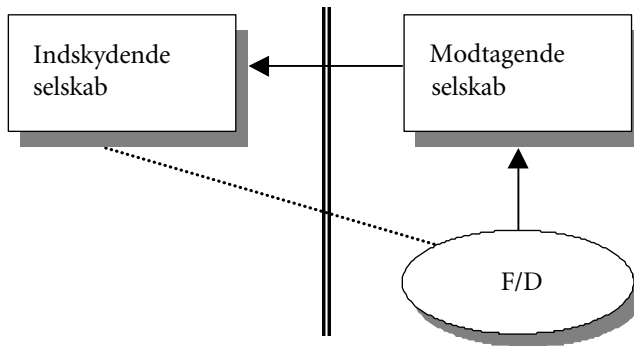
En meget ligefrem koncerndannelsesmetode er etablering af et datterselskab til hvilket der henføres en selvstændig del af moderselskabets virksomhed²⁴⁷. Der sker herved ingen ændring i aktieejerskab i det nu aktuelle moderselskab idet der blot er tale om overdragelse af selskabets virksomhed. Transaktionen adskiller sig da også væsentligt fra fusion og spaltning derved, at der ikke sker en opløsning af det indskydende selskab samt derved at selskabsdeltagerne i de involverede selskaber ikke skattemæssigt berøres af transaktionen. Der foregår således udelukkende en udveksling af ydelser mellem de to selskaber. Tilførsel af aktiver kan opfattes som alternativ til såvel fusion og spaltning. Størst praktisk lighed har transaktionen dog nok med spaltning, idet der netop er tale om en partiel spaltning eller en fission. Forskelligheder kommer dog til udtryk ved konstateringen af, at vederlaget for aktivtilførslen ikke tilkommer aktionærerne i det indskydende selskab, men derimod selskabet selv, samt at det indskydende selskab ved tilførslen som nævnt ikke opløses som følgevirkning, men derimod står tilbage med aktiebesiddelse i de(t) modtagende selskab(er).

Tilførsel af aktiver kan finde sted i flere forskellige situationer²⁴⁸; således kan (1) et indskydende selskab hjemmehørende i én stat tilføre sit faste driftssted beliggende i en anden stat til et modtagende selskabs hjemmehørende i en tredje medlemsstat. (2) Et selskab hjemmehørende i én medlemsstat kan tilføre en del af sin virksomhed i denne stat til et modtagende selskab hjemmehørende i en anden medlemsstat, og endelig (3) kan et selskab hjemmehørende i én medlemsstat tilføre sit faste drifts-

246. Transaktionen beskattes også efter denne karakteristik i USA, jfr. *Hugh J. Ault* op.cit. s. 313.

247. Eksemplificeret ved TfS 1993.57 LR (Etablering af datterselskab til varetagelse af udlejningsaktiviteter – dog i et allerede etableret koncernforhold).

248. Udledt hos *Søren Næsborg Jensen* op.cit. s. 192.



Figur 2: Eksempel på datterselskabsdannelse gennem virksomhedsoverdragelse.

sted beliggende i en anden medlemsstat til et selskab, der er hjemmehørende i den samme stat som det faste driftssted.

Findestedet i dansk skatteret for regler om skatteneutral datterselskabsdannelse gennem virksomhedsoverdragelse er FUL §§15c-d. Disse regler kan vælges benyttet efter ansøgning herom. Transaktionen defineres såvel i lovens § 15c, stk. 2, 1. pkt. som i direktivets art. 2(c) som *den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilføjer den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital*²⁴⁹. Begrebet *gren af virksomhed* er defineret som alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler, jfr. § 15c, stk. 2, 2. pkt. hvilket er en direkte overførsel af direktivets art. 2(i). Hovedeffekten af reglerne om skattefri tilførsel af aktiver er efter FUL § 15d, med baggrund i direktivets art. 9, udeholdelse af fortjeneste og tab på det indskydende selskabs aktiver og passiver, fra dette selskabs indkomstopgørelse. Successionsprincippet i direktivets art. 8 har ikke betydning i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen, idet aktionærerne ikke ved virksomhedsudskillelse har afstået deres aktier²⁵⁰.

Reglerne om tilførsel af aktiver blev tillige tilført dansk ret gennem implementeringen af fusionsdirektivet²⁵¹. Af denne årsag er der ingen

249. Se tillige Cirk. nr. 31 af 22.2.1996 om fusionsskatteloven, punkt 5.1.2.

250. Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, s. 199.

251. Indført ved lov nr. 219 af 3.4.1992 på baggrund af L 20. I bemærkningerne fremhæves s. 10, at disse regler ikke for dansk skatteret er ganske nye idet der tidligere i Virksomhedsomdannelsesloven var indeholdt regler med tilsvarende funktion, nemlig datterselskabsudskillelse.

danske overvejelser bag reglernes udformning som det jo til dels var tilfældet for fusionsreglerne i det omfang disse var eksisterende før vedtagelsen af skattedirektiverne. Vurderingen af formålet med reglerne om tilførsel af aktiver er da udelukkende baseret på direktivets baggrund.

Af præamplens betragtninger som refereret ovenfor under fusionsreglerne sås, at baggrunden for direktivets fremkomst var funderet i forskellige hensyn. Af overvejende betydning var gennemførelsen af det indre marked gennem neutrale skatteregler dog uden at de enkelte lande herved opgav skattemæssigt provenu. Der fremhæves ikke særegne forhold at betydning udelukkende for tilførsel af aktiver, jfr. også henvisningen i direktivets art. 9. Det må derfor umiddelbart må kunne udledes, at reglerne om tilførsel af aktiver bidrager til fremme af grænseoverskridende koncernetablering ved at neutralisere skattereglernes ugunstige virkninger ved brug af successionsprincippet. Herefter skal derfor den reelle virkning og fremkomst af dette principielle udgangspunkt undersøges.

4.2. *Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led*

Med definitionen af transaktionen tilførsel af aktiver in mente fremkommer kvalifikationsparametre såvel i relation til neutralitetsobjektet som i relation til subjektet.

Det er afgørende, at den gruppe af aktiver der tilføres konstituerer en *gren af en virksomhed*. Selvom definitionen herpå er givet i hhv. direktivet og loven kan der knyttes yderligere fortolkningsmæssige spørgsmål hertil idet det nærmere indhold af begrebet ikke er ganske klart. Indledningsvis må det fastslås, at der er tale om et selvstændigt fællesskabsretligt begreb, og at begrebet ikke er identisk med begrebet "fast driftssted". Gren af virksomhed må fortolkes snævrere idet der blandt andet ikke kan opstilles krav til faste driftssteder om at disse skal kunne fungere selvstændigt ved egne midler²⁵². Forud for direktivets gennemførelse havde flere medlemsstater egne begreber og praksis hertil vedrørende stort set analoge forhold²⁵³. Af definitionen om en *gren af virksomheden*

252. Se herom bl.a. *Otmar Thömmes*: EC Corporate Tax Law, Binder *, Kap. 5, s. 42ff og yderligere om direktivets fortolkning generelt; *Ben Terra & Peter Wattel*: EC Tax Law, 1997, s. 265ff.

253. For dansk rets vedkommende er der tale om reglerne og praksis efter VOL's dagældende regler om udskillelse af virksomhedsdele til datterselskaber (fission). Disse regler er som bekendt afløst af de nye regler i FUL om skattefri virksomhedsovertagelse, sml. bemærkningerne s. 11 til L 20.

fremgår i hvert tilfælde to forhold. *For det første*, at det er alle aktiver og passiver i en afdeling, som skal overføres. Heraf følger dels, at passiver som vedrører overførte aktiver skal medfølge i transaktionen, og dels, at man omvendt ikke kan overføre passiver, som vedrører aktiver, der ikke overføres. I det omfang der består en sammenhæng mellem enkelte aktiver eller aktivgrupper og passiver, skal disse overføres samlet²⁵⁴. *For det andet* følger det, at der skal være tale om en enhed, der kan fungere selvstændigt ved egne midler, og at alle aktiver og passiver vedrørende denne enhed skal overføres samlet. Man kan altså ikke overføre dele af aktiverne og passiverne i en samlet enhed. Det afgørende i den forbindelse er ikke, hvordan den virksomhed, der udskilles fra er organiseret, men derimod om det er muligt at udsondre en virksomhedsgren, der kan fungere ved egne midler. Om det indskydende selskab er organiseret som en samlet enhed eller i flere selvstændige enheder er således uden betydning for i hvilket omfang, der kan ske tilførsel af aktiver. Med denne afgrænsning om at det udskilte selvstændigt skal kunne fungere ved egne midler, træder forholdene efter tilførslen i forgrunden, så det ikke er afhængigt af de mere eller mindre tilfældige organisationsmæssige forhold i det indskydende selskab der får størst betydning²⁵⁵. Herved opnås ensartet retstilstand, idet bedømmelsen af, om en enhed vil kunne fungere selvstændigt efter en udskillelse vil være den samme fra sag til sag, mens en bedømmelse ud fra organisationsforholdene ville føre til en ulige behandling af ensartede tilfælde. Dog skal det her anførte ikke forstås således, at organisationsmæssige forhold ganske kan frakendes betydning, da der kan tænkes tilfælde hvor dette kommer på tale.

I kravet om *virke ved egne midler* kan yderligere indlægges et krav om mulighed for egenhändig indtjening af overskud i enheden. Heraf følger, at indtjeningen ikke fremover må være overvejende afhængige af andre grene af virksomheden. Endelig skal enheden kunne ledes selvstændigt²⁵⁶.

254. Otmar Thömmes op.cit., pkt. 46 og Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 187.

255. Søren Næsborg Jensen l.c.

256. Jfr. Ben Terra & Peter Wattel: EC Tax Law, 1997, s. 270 med henvisning til praksis fra kapitaltilførselsdirektivet (69/335/EEC) hvor der tillige opereres med begrebet "gren af virksomhed", jfr. sag C-164/90 (*Muwi Bouwgroep BV v. Kingdom of the Netherlands*). Som et andet eksempel fra praksis kan omtales Europadomstolens afgørelse i sag C-50/91 (*Commerzcredit-Bank*) hvor et filialnet som tilhørte banken ansås at kunne fungere selvstændigt, hvilket var tilstrækkeligt til at udgøre en "virksomhedsgren" i kapitaltilførselsafgiftsdirektivets forstand. Slutningerne kan nok anvendes analogt i relation til fusionsbeskatningsdirektivet.

Som et karakteristikum fremkommer det direkte af definitionen i FUL § 15 c og direktivets art. 2 c), at det indskydende selskab ikke ved transaktionen bliver opløst. Herved adskiller transaktionen på det fællesskabsretlige plan sig fra fusion og spaltning. Yderligere er det et særegent krav for tilførsel af aktiver, jfr. art. 2 c), at der skal foretages fuldstændig vederlæggelse med aktier i det modtagende selskabs kapital, og dermed ikke er mulighed for delvis kontantvederlæggelse som tilfældet jo er for de øvrige omfattede transaktionstyper, jfr. art. 2 litra a, b og d.

De danske regler om tilførsel af aktiver findes som nævnt i FUL §§ 15 c og d, hvori direktivets definitioner er ordret implementeret²⁵⁷. Ifølge § 15 c, stk. 1, har selskaberne adgang til beskatning efter reglerne i § 15 d, når såvel det indskydende selskab som det modtagende selskab er omfattet af begrebet *selskab* i fusionsdirektivets art. 3 – neutralitetssubjektet. I dansk ret er dette som bekendt udstrakt til aktie- og anpartsselskaber. Yderligere er det en betingelse for anvendelsen, at der er opnået tilladelse hertil fra Ligningsrådet som kan fastsætte særlige vilkår for tilladelsen. Det bemærkes, at det stedse er et krav, at der skal søges om tilladelse modsat tilfældet for fusioner hvor dette kun gjaldt for grænseoverskridende og visse andre transaktioner. Begrebet *gren af virksomhed*, som defineret i § 15 d, stk. 2, 2. pkt., er det springende punkt, hvilket derfor har givet anledning til en omfattende praksis fra Ligningsrådet. Der foretages en detaljeret gennemgang i fusionscirkulærets pkt. 5.1.2.(2) om indholdet heraf. Heraf fremkommer, at det må bero på en konkret vurdering; (1) hvorvidt en virksomhed må anses for at have flere grene, (2) såfremt (1) besvares bekræftende, hvorvidt nærmere angivne aktiver og passiver må anses for at høre til den ene eller den anden gren af virksomheden, og (3) om det der overdrages opfylder betingelserne for at være en virksomhed eller en gren af en virksomhed.

En tilførsel skal omfatte *samtliges aktiver og passiver* i den virksomhed eller virksomhedsgren der overdrages. Reglerne kan derfor som hoved-

257. Se om de danske regler; fusionscirkulæret kap. 5, LVS 1997 S.D.2.4., *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1997, s. 539ff, *Margrethe Nørgaard* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 794ff, *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 203 og samme i Selskabsskatteret, 1994, s. 449ff, *Peter Rose Bjare* i SR-skat 1994.381, *Susanne Nørgaard* i SO 1996.313 og samme i SO 1995.152 og *Susanne Kjær* i TfS 1997.106 og i TfS 1997.662, *Michael Serup*: generationsskifte – Omstrukturering, 1998 og samme i SO 1996.21 der argumenterer for, at der bør ske en udvidelse af reglerne om tilførsel af aktiver til også at omfatte apportindskud af personligt ejede virksomheder mod vederlag i aktier, idet man allerede af besværlig omvej kan nå det samme resultat via VOL med efterfølgende tilførsel. Se endelig *Lennart Lyngge Andersen, Erik Werlauff & Niels Ørgaard*: Holdingselskaber, 1998.

regel ikke finde anvendelse ved (1) tilførsel af enkelte aktiver og passiver, og (2) såfremt der ved overdragelsen efterlades enkelte af virksomhedens aktiver og passivers i det indskydende selskab. (1) Modificeres af tilladelse til tilførsel af udlejningsejendomme med tilhørende gæld. (2) Modificeres ved det forhold, at det tillades at lade aktiver og passiver tilbage der kan relateres til et selskabs biaktivitet, der ikke direkte har noget med hovedaktiviteten at gøre, jfr. pkt. 5.1.2.(2). Aktiebesiddelse anses ikke for selvstændig virksomhed. Anlægsaktier anses dog for at udgøre en del af (gren af) en virksomhed, når overdragelse sker i forbindelse med overdragelsen, og når overdragelsen skønnes at være organisatorisk begrundet.

Flere problemer knytter sig til overdragelse af ideelle andele, men skal ikke berøres i denne afhandling. At hele virksomhedsgrenen skal overdrages indebærer således også, at goodwill eller andre immaterielle aktiver skal omfattes af overdragelse.

Det indgår i definitionen af en gren af en virksomhed, at den afdeling af selskabet, der skilles ud, skal kunne *fungere ved hjælp af egne midler*. Det er Skatteministeriets opfattelse, at der tillige bør indlægges et sådant krav i definitionen af en hel virksomhed. Det beror på en konkret vurdering, i hvilket omfang et selskabs finansielle aktiver og likvider må anses som en del af virksomhedens/virksomhedsgrenens aktiver, mens en fordeling af finansielle aktiver og/eller likvider på en sådan måde, at den virksomhed, der opstår ved tilførslen, ikke kan fungere ved hjælp af egne midler (herunder egne lånemuligheder hos uafhængige långivere), ikke falder under definitionen af hverken virksomhed eller gren heraf, jfr. cirkulærets pkt. 5.1.2(2) i.f. Et selskab, der kun kan fungere ved hjælp af lån fra moderselskabet på andre vilkår end ved lån hos uafhængige långivere eller ved hjælp af lån med sikkerhed i form af kaution, pant, indeståelse eller lignende fra moderselskabet eller andre, falder ej heller under definitionerne.

Ligningsrådet har i flere afgørelse taget stilling til hvad der skal forstås ved en *gren af en virksomhed*.

Ved TfS 1993.279 LR blev det opstillet som vilkår for tilladelse, at den goodwill, der var knyttet til de enkelte virksomhedsdele, som blev udskilt i datterselskaber, skulle overdrages sammen med de enkelte virksomhedsdele. Det er altså ikke muligt ved tilførsel af aktiver, at adskille en virksomhedsdel og den hertil knyttede goodwill.

I R&R 1998/3 SM 99 ansøgte A A/S, der drev virksomhed med produktion og salg af spilleautomater, om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver omfat-

tende goodwill, varebeholdninger samt øvrige gæld, mens ejendomme, driftsmidler og debitorer mv. skulle blive i det indskydende selskab. LR gav tilladelse, men stillede som vilkår, at debitorerne skulle følge virksomhedsgrenen, hvorimod kontraktskunder, der fik købet finansieret over 2 til 3 år kunne forblive i A A/S. Endvidere fandt rådet, at driftsmidler, der påtænkes udlejet, ikke kunne opfattes som en selvstændig gren af en virksomhed, idet A A/S ikke inden tilførslen havde drevet virksomhed med udlejning af driftsmidler. Disse skulle følgelig også overdrages til det modtagende selskab.

I TfS 1996.821 ønskede et selskab at udskille to driftsaktiviteter i to nye datterselskaber, hvor det indskydende selskab samtidig beholdt en stor del af varedebitorerne, selvom selskabet alene skulle fungere som holdingselskab. LR fastslog, at varedebitorerne udgjorde en integreret del af virksomheden, og det blev derfor stillet som vilkår for tilførslen, at debitorerne skulle tilføres det ene af de to nye datterselskaber.

R&R 1997/1 SM 27. Et selskab, der drev virksomhed, dels med produktion og salg, dels med opstilling og udlejning bad LR om tilladelse til tilførsel af de 2 driftsaktiviteter til 2 datterselskaber. I forbindelse hermed ønskedes en opdeling af selskabets debitorer, hvoraf 9,1 mio. kr. skulle forblive i det indskydende selskab som en modpost til en gæld på 7,4 mio. kr. til en 50% aktionær i selskabet. LR fandt, at opdelingen ikke kunne anses som en særskilt forretningsdel, idet varedebitorer som helhed udgør en integreret del af virksomheden. Der blev derfor stillet vilkår om, at samtlige debitorer skulle overføres til datterselskabet.

Ved R&R 1997/2 SM 73 (TfS 1996.924) bad et selskab om tilladelse til tilførsel af samtlige driftsaktiviteter til et nystartet datterselskab, herunder overdragelse af aktierne i 2 datterselskaber, hvoraf det ene var hvilende. LR fandt, at anmodningen kunne imødekommes, men stillede som vilkår, at aktierne i det hvilende selskab ikke blev overdraget. Begrundelsen herfor var, at koncernen ønskede at placere fremtidige aktivitetsudvidelser i det hvilende selskab, hvorfor dette ikke på tidspunktet for tilladelsen ud fra et organisatorisk synspunkt udgjorde en del af den gren af virksomheden, der tilførtes datterselskabet²⁵⁸.

258. Kravet lader her til at være bagudrettet. Det kan betvivles hvorvidt en sådan opfattelse er i overensstemmelse med direktivet hvor det rigtigste må være en fremadrettet tolkning, jfr. *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 452.

Hertil kommer en stillingtagen i LR's praksis om hvad der skal forstås ved krav om af virksomheden skal *kunne fungere ved egne midler*. I Tfs 1996.101 blev det lagt til grund, at virksomhedsgrene ikke selvstændig kunne fungere ved egne midler.

I Tfs 1996.167 fandtes datterselskabet tyndt kapitaliseret og derfor ikke selvstændigt levedygtigt. Det var et vilkår, at moderselskabets kaution over for nye datterselskaber blev ophævet i Tfs 1996.669. Betingelsen var umiddelbart opfyldt i Tfs 1996.668. Se endvidere Tfs 1995.152. I R&R 1998/2 SM 73 (Tfs 1997.941) ønskede et moderselskab at tilføre 2 virksomhedsgrene til 2 eksisterende datterselskaber. Det ene datterselskab havde en gæld til et andet koncernselskab. I forbindelse med tilførslen overtog M tilgodehavendet. Ved LR's behandling af sagen var gælden helt nedbragt. Lånemuligheden hos moderselskabet skulle fungere som en løbende kassekredit, på markedsvilkår. Tilførslen blev tilladt.

Imidlertid har Skatteministeriets Departement i en afgørelse af 19.11.1996 truffet en afgørelse om, at den hidtil praktiserede fortolkning skal strammes op, jfr. Tfs 1996.899. Cirkulæret er dog ikke tilrettet endnu, men det forventes gjort ved snarest kommende lejlighed²⁵⁹. I afgørelsen har Departementet genovervejet betydningen af en *gren af en virksomhed* efter reglerne i §§ 15 a, stk. 3 (delvis spaltning) og litra c, stk. 2 (tilførsel af aktiver), med henblik på, at organisationsmæssige synspunkter og vurdering af, om transaktionen sigter mod at spare skatter m.v. inddrages i fortolkningen.

(1) Departementet fortolker med afgørelsen bestemmelsens ordlyd således, at der skal være tale om en materielt identificerbar enhed i selskabet, og at vurderingen heraf baserer sig på forholdene, inden den påtænkte opdelings gennemførelse²⁶⁰. Ved denne vurdering kan der herefter ikke, som det overvejende element lægges vægt på spørgsmålet om evnen til at fungere ved hjælp af egne midler. Der skal i højere grad anlægges en *organisationsmæssig synsvinkel*. Dette indebærer, at der skal tages stilling til, om den gruppe aktiver og passiver, der ønskes tilført, tilsammen udgør en selvstændig bedrift eller en samlet enhed²⁶¹. Dette led i afgørelsen har været noget omtvistet²⁶². I realiteten handler punk-

259. Det kan nu godt undre, at dette ikke er foretaget ved gennemførelsen af spaltning-cirkulæret (Cirk. nr. 105 af 4.7. 1997) der jo tillige omfatter visse ændringer for fusioner og aktieombytninger.

260. Dette kan tænkes direktivstridigt idet direktivet nok ikke hjemler bagudrettede vilkår.

tet om vægtning af de 2 kriterier om det organisatoriske synspunkt contra kravet om økonomisk uafhængighed (fungere ved hjælp af egne midler). Afgørelsen på dette punkt må forstås således, at der nu blot skal lægges vægt på det organisationsmæssige i højere grad end hidtil. *Erna Christensen m.fl.* slutter – efter min opfattelse med rette – a.st., at formuleringen ikke kan tolkes derhen, at det organisatoriske skal tillægges større vægt end kravet om økonomisk uafhængighed. Det må opfattes således, at kravene efterfølgende skal opfattes som ligevægtede²⁶³. Kravet om økonomisk uafhængighed kan yderligere antages af udgøre en subdefinition af lovens krav om “selvstændig bedrift”.

I relation til ovenstående fortolkninger i EU-retten forekommer afgørelsen tillige problematisk. En afgrænsning som foreskrevet er i strid med direktivets ordlyd, hvoraf det fremgår, at det afgørende er, om den udskilte enhed kan fungere ved egne midler. Kun hvor der foreligger en nær tilknytning mellem aktiver og/eller passiver, skal de overføres samlet. Når Departementets afgørelse lægges til grund, bliver det mere eller mindre tilfældigt om i øvrigt ensartede aktiviteter vil kunne udskilles fra forskellige selskaber, idet det kan tænkes, at den ene virksomhed har organiseret sig i divisioner, mens den anden ikke har foretaget en lignende opdeling. Følgen heraf kan være, at man tvinger selskaber til at foretage interne omorganiseringer forinden påtænkte virksomhedsoverdragelse, blot for at opnå tilladelse hertil²⁶⁴. Trods den nok i øvrigt legitime baggrund for afgørelsen, bliver følgen tænkeligt, at rent forretningsmæssigt begrundede transaktioner forhindres. Hertil kommer at afgørelsen i relation til grænseoverskridende transaktioner er direktivstridig.

261. Hertil anfører Skatteministeriets Departement, at der i den forbindelse kan indtages en række vejledende kriterier, uden at opfyldelsen af enkeltkriterier dog i sig selv vil være afgørende for den samlede bedømmelse. Gruppen af aktiver og passiver skal udgøre et eller flere afgrænsede forretningsområder i forhold til den samlede virksomhed. Denne afgrænsning mellem forretningsområder kan f.eks. være begrundet i, at der er tale om forskellige emneområder eller forskellige geografiske områder o.lign. Således vil en division eller en afdeling, der arbejder på tværs af flere divisioner, som udgangspunkt kunne anses som en virksomhedsgren. Der kan dog ikke ubetinget stilles krav om, at der skal være tale om en decideret afdeling eller filial af virksomheden eksempelvis med egen bogholderifunktion.

262. Jfr. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1997, s. 544ff.

263. L 20 lægger vægt på, at de tilfælde der var omfattet af dagældende § 1, stk. 3 i VOL også skal være omfattede af FUL, jfr. bemærkningerne til § 15 c, s. 18. Da der ikke under VOL § 1, stk. 3 praktiseredes et sådant krav om organisatorisk adskillelse, må det anses for betænkeligt, at praksis ændres så markant. Ændringen vil utvivlsomt medføre udelukkelse af flere tilfælde der ville være omfattet af de oprindelige regler i VOL.

264. *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 190.

(2) Yderligere kommer det til udtryk i afgørelsen om praksisskærpelsen, at den påtænkte transaktion skal foretages ud fra forsvarlige økonomiske eller forretningsmæssige betragtninger, uden at hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Som eksempler på forretningsmæssigt forsvarlige betragtninger fremhæves; omstrukturering, rationalisering, risikoafvejning, generationsskifteplaner mv.

(3) Derimod vil selskaber fra virkningstidspunktet ikke længere kunne påregne at opnå tilladelse til at udskille en del af de finansielle aktiver og passiver ud fra kriterier, der giver grundlag for at antage, at formålet alene eller i alt væsentligt er at spare skatter, realrenteafgift m.m.²⁶⁵.

Det er blevet anført, at Departementets afgørelse vil få positiv betydning for adgangen til tilførsel. Den tidligere praksis og fusionsskattecirkulæret udgjorde, postuleres det, effektive hindringer i reglernes anvendelse²⁶⁶. Visse afgørelser²⁶⁷, hvor der blev lagt overvejende vægt på evnen til at fungere ved egne midler, er blevet kritiseret, og afgørelsens ændring heraf hilses derfor velkommen. Det anføres videre hertil, at selskabsretligt udpegede vurderingsmænds ytringer om muligheden for fortsat drift, efterfølgende må lægges til grund²⁶⁸.

Som et sidste spørgsmål der skal berøres i forbindelse med afgørelsen fra Skatteministeriets Departement, forekommer det forbløffende, at en sådan afgørelse kommer fra Departementet når der henses til det faktum, at der direkte i loven er henlagt enekompetence til Ligningsrådet i forbindelse med tilladelser af de omhandlede transaktioner. Det står derfor principielt LR frit for om dette påtænker at følge afgørelsens budskab eller ej²⁶⁹.

265. Dette sidste kriterium tager ikke kun sigte på finansielle virksomheder, idet det er bredt udformet. Men der er næppe tvivl om, at det er foranlediget af bl.a. forsikringsselskabers udskillelse af livforsikringsbestanden, jfr. inddragelse af realrenteafgiften i afgørelsen.

266. Jfr. *Susanne Nørgaard* i SO 1996.313.

267. TfS 1996.101 og 167, TfS 1996.668 og 669 alle LR.

268. Modsat dette anfører *Susanne Kjær* dog i TfS 1997.196, s. 204 at hun ikke mener, at Departementets afgørelse ændrer ved LR's praksis om kravet til at kunne fungere ved egne midler.

269. *Susanne Kjær* i TfS 1997.106, *Margrethe Nørgaard* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 794f. Noget andet er, at afgørelsen nok bliver fulgt alligevel grundet tradition og det forhold at T&S virker som sekretariat for LR.

I direktivets art. 9 findes hovedbestemmelsen om tilførsel af aktiver. Denne artikel henviser til bestemmelserne i art. 4-6. Der er intet ved tilførsel af aktiver der afviger fra den skattemæssige behandling af fusioner, hvorfor gennemgangen ovenfor tillige er dækkende for den her omhandlede transaktion. Der skal her udelukkende omtales forhold af unik karakter i relation til tilførsel af aktiver. De problemer der udspringer af, at overførte aktier og passiver skal tilknyttes et fast driftssted i det indskydende selskabs land for at bevare provenuet i dette land, jfr. art. 4, har ikke så stor betydning i denne kontekst. Begrundelsen herfor er, at en virksomhedsgren oftest vil konstituere et fast driftssted. Det er umiddelbart ovenfor, i almindeligt led, lagt til grund, at direktivet finder tilsvarende anvendelse på bl.a. inkorporering af faste driftssteder ved omdannelse til et datterselskab. Dette resultat fremkommer dog ikke af direktivets ordlyd²⁷⁰. Problemet opstår idet art. 9 henviser til art. 4-6, hvori tilknytningskravet er normeret. Formålet med art. 4 er sikring af beliggenhedsstatens fiskale interesser. I tilfælde at et fast driftssteds inkorporering må det være klart, at de beskatningsmæssige interesser i beliggenhedsstaten tilgodeses fuldt ud, idet der blot sker en overførsel indenfor samme jurisdiktion. Et fast driftssted vil oftest være begrænset skattepligtigt mens et datterselskab oftest undergives ubegrænset skattepligt. A fortiori må fortolkningen antages korrekt. På trods af art. 4 ordlyd må det da anses i overensstemmelse med direktivet, at tilføre et fast driftssted til et selskab i driftsstedets beliggenhedsstat. Henses yderligere til de citerede overvejelser i præamblen og det eksplanatoriske memorandum må tvivlen om fortolkningsresultatet anses for fjernet.

Ifølge FUL § 15 d, stk. 1 skal fortjeneste og tab på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der ved tilførslen bliver knyttet til et dansk selskab eller et udenlandsk selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet, ikke medregnes ved opgørelsen af det indskydende selskabs skattepligtige indkomst. Systematikken i loven er således, at § 15 d, stk. 2 omhandler tilførsel af aktiver fra et dansk selskab til et dansk eller et udenlandsk selskab, mens stk. 3 omhandler tilførsel af aktiver fra et udenlandsk selskab til et dansk eller et udenlandsk selskab. Fælles for disse transaktioner er anvendeligheden af § 5 om fusionsdatoen. Det vil sige, at datoen for den i forbindelse med tilførslen udarbejde åbningsstatus for det modtagende selskab i skattemæssig henseende anses for tilførselsdatoen. Det er en betingelse, at tilførselsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

270. Jfr. *Fred C. de Hosson* i *Intertax* 1991.352 og *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 192f.

Fælles er ligeledes anvendeligheden af § 6, stk. 1, 3, 4 og 6, hvilket indebærer kravet om indsendelse af de selskabsretligt påkrævede dokumenter inden 6 måneder. § 8, om behandlingen af de aktiver og passiver, der ved fusionen er i behold i det indskydende selskab, finder tilsvarende anvendelse ved tilførsel af aktiver. Det vil sige, at aktiver og passiver, der ved tilførsel overføres fra det indskydende selskab til det modtagende selskab, hos det modtagende selskab behandles, som om det var anskaffet af dette selskab på de tidspunkter hvor det indskydende har anskaffet det. Reglerne i § 8, stk. 1-4 og 7 finder dog ikke anvendelse på alle det indskydende selskabs aktiver og passiver. Reglerne finder alene anvendelse på de af det indskydende selskabs (hvad enten dansk eller udenlandsk²⁷¹) aktiver og passiver m.v., der ved tilførslen bliver knyttet til et dansk selskab eller til et udenlandsk selskabs faste driftssted eller faste ejendom i Danmark. Reglerne finder ikke anvendelse på aktiver og passiver, der ved tilførslen går ud af den danske beskatningsret.

Som en særregel for de tilførsler der er omfattet af § 15 d, stk. 3 (tilførsel fra udenlandsk selskab til dansk eller til andet udenlandsk selskab) foreskriver, stk. 3, sidste pkt., at medmindre det indskydende selskab ved sidste skatteansættelse før tilførslen var sambeskattet med det modtagende danske selskab, så anses de af det indskydende selskabs aktiver og passiver der er knyttet til det modtagende danske selskabs faste driftssted i udlandet, for anskaffet til handelsværdien på tilførselstidspunktet.

Reglerne i § 8, stk. 5 om behandlingen af aktiver og passiver, som det modtagende selskab ikke har erhvervet fra det indskydende selskab finder fuldt ud anvendelse. Tilsvarende gælder for underskudsbegrænsningsreglen i § 8, stk. 6²⁷². LL § 33, stk. 3 og 4 finder yderligere anvendelse.

Ved tilførsel af aktiver skal der ske en fordeling af det indskydende selskabs skattemæssige afskrivninger og henlæggelser m.v., jfr. § 15 d, stk. 2 og stk. 3.

271. Cirkulæret opregner mulighederne for et udenlandsk selskabs tilknytning til Danmark, i pkt. 5.2.3.(4). (1) Hvor det udenlandske indskydende selskab har aktiver og passiver, der er knyttet til et fast driftssted her i landet, som ved tilførslen bliver overtaget af et dansk selskab og knyttet til dette selskabs afdelinger her i landet. (2) Hvor det udenlandske indskydende selskab har aktiver og passiver der er tilknyttet et fast driftssted her i landet, som ved tilførslen bliver overtaget af et andet udenlandsk selskab og knyttet til dette selskabs faste driftssted her i landet. (3) Endelig vil det være i de tilfælde, hvor det indskydende udenlandske selskab har fast ejendom her i landet, der ved tilførslen bliver overtaget af det modtagende danske eller udenlandske selskab.

Af hensyn til successionen på deltagersiden, jfr. § 15 d, stk. 4, skal der ske vederlæggelse med aktier eller anparter. Et indskydende selskab, som inden fusionen tillige er selskabsdeltager i det modtagende selskab, kan således ikke vederlægges ved, at dets hidtidige aktier stiger i værdi. Det indskydende selskab kan vederlægges med nyudstedte aktier i det modtagende selskab. Det kan også vederlægges med egne aktier i det modtagende selskab. De aktier det indskydende selskab modtager som vederlag, anses efter § 15 d, stk. 4 for erhvervet for et beløb, der svarer til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver på fusionsdatoen. Den skattemæssige værdi opgøres efter VOL § 4, stk. 3 og 5. Det vil sige til det kontante beløb, som ville være opnået ved sædvanligt salg af virksomheden eller virksomhedsgrenen (handelsværdien) med fradrag af den skattepligtige fortjeneste der ville være konstateret ved et sådant salg²⁷³. Der kan rettes en vis kritik mod netop denne sidste opgørelse af de modtagne aktier til den skattemæssige værdi når der tages hensyn til successionen efter § 8, stk.1-4. Efter disse regler sker der jo succession for det modtagende selskab i det indskydende selskabs skattemæssige stilling. Herved sikres det, at den latente skattebyrde, som hviler på de overtagne aktiver og passiver ikke elimineres som følge af transaktionen. Når det indskydende selskab samtidig skal værdiansætte de modtagne aktier til aktivernes og passivernes *skattemæssige værdi* på tilførselsdatoen, betyder det, at den latente skattebyrde fra de overførte aktiver og passiver også kommer til at påhvile de modtagne aktier. Det vil reelt sige, at tilførsel af aktiver fordobler den latente skattebyrde, der påhvilede de overførte aktiver og passiver²⁷⁴. En konstateret fordobling af skattebyrden er meget svært forenelig med direktivets grundlæggende formål, jfr. ovenfor. Den principielle neutralitet trues af sådanne unilaterale dispositioner. Reel neutralitet kan sikres, hvis det indskydende

272. Erik Werlauff retter i Selskabsskatteret, 1994, s. 461 en kritik mod denne bestemmelse i relation til tilførsel af aktiver, men det må lægges til grund at betragtningerne omfatter alle de af direktivet behandlede transaktioner. Forfatteren anfører, at det må anses for yderst tvivlsomt, om en sådan regel som § 8, stk. 6 ville holde stand for en præjudiciel prøvelse, idet der trods alt er tale om en regel, som i nogle tilfælde kan gøre de transaktioner, som direktivet skulle opmuntre til, langt mindre attraktive. Bemærkningerne har naturligvis kun relevans ved grænseoverskridende transaktioner.

273. I fusionsskattecirculærets pkt. 5.3.4(2) er eksemplificerende opregnet hvorledes den skattemæssige værdi skal opgøres for en række aktiver. Se i øvrigt cirk. nr. 2 af 4.1. 1984 pkt. 15ff om den nærmere værdiansættelse. Aktiernes anskaffelsestidspunkt må antages at være det faktiske omdannelsestidspunkt.

274. Jfr. Søren Nærborg Jensen op.cit., s. 194.

selskab skal tillægge de modtagne aktier den *handelsmæssige værdi* af de overførte aktiver og passiver på tilførselsdatoen.

Successionsprincippet har ikke betydning for aktionærerne i forbindelse med virksomhedsoverdragelse idet det her er selskabet der sælger noget, og ikke aktionærerne.

Sluttelig skal fremhæves nogle af de typetilfælde der kan fremkomme ved ansøgning om tilladelse til tilførsel af aktiver. Praksis kan opdeles i 3 kategorier; tilladelser uden vilkår, tilladelser med vilkår og afslag. Praksis er overvejende dansk, men kan benyttes også til belysning af grænseoverskridende transaktioner.

LR gav tilladelse uden vilkår (i en del af sagen) i TfS 1997.661 hvor det indskydende selskabs ejendomme kunne blive i selskabet. Dette gjaldt såvel de ejendomme, der var udlejet til tredjemand, som den ejendom, der benyttedes af selskabet selv, herunder den overførte gren af virksomheden. I TfS 1995.286 gav LR tilladelse i forbindelse med et selskabs overdragelse af rettigheder, varelagre, likvider og tilgodehavender til et datterselskab. Se yderligere afgørelserne i TfS 1996.668, TfS 1997.941 (R&R 1998/2 SM 73), TfS 1993.104, TfS 1993.308, TfS 1993.323, og TfS 1993.517 uden vilkår.

I TfS 1995.69 blev det tilladt et europæisk selskab at omdanne sin danske filial til et datterselskab, hvori der blev indskudt samtlige aktiver og passiver. Vilkårene var følgende; datterselskabet skulle ejes 100% i mindst 3 år fra stiftelsestidspunktet. Der blev lagt vægt på, at der skulle ske indsendelse af genparter af de relevante dokumenter inden 6 måneder, og disse ikke ville ændre bedømmelsesgrundlaget.

Heraf fremkommer det kendte vilkår om *3 års ejerskab*. Vilkåret dukker også frem i TfS 1995.70, TfS 1993.239 og TfS 1993.57. Trods dette fremhæver *Susanne Kjær* fra T&S, at kravet stort set aldrig indgår i sager om tilførsel af aktiver²⁷⁵. Baggrunden for vilkåret er formentligt at søge skatteudnyttelse forhindret og at sikre at successionen reelt gennemføres²⁷⁶. Men baggrunden for vilkåret begrundes ikke nærmere af LR,

275. I TfS 1997.106, s. 199 og TfS 1997.662, s. 1659, hvor de omtalte sager benævnes undtagelsestilfælde.

276. Se *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 323ff med gisninger herom. Forfatteren antager i øvrigt generelt, s. 327, at man på trods af LR's noget håndfaste formuleringer af vilkårene, bør arbejde med en antagelse om, at vilkårene ikke skal kunne overtrædes af begivenheder, der står udenfor ansøgerens kontrol (dødsfald, konkurs m.m.).

hvilket nok kan give anledning til visse retssikkerhedsmæssige betænkeligheder. Retmæssigheden af i det hele taget at betinge neutralitetskravet af en vis varighed er i det hele taget ikke til stede efter Domstolens fortolkning af fusionsskattedirektivets art. 2 d) (dog aktieombytning) i Leur-Bloem (afgørelse af 17/7 1997). Heraf fremgik nemlig i besvarelsen til det andet spørgsmål, at direktivet ikke opstiller noget krav om varighed i sammenslutningen af virksomhederne. Der henvises til afsnit 2.2. i del III for en mere generel behandling af de spørgsmål der udspringer af fortolkningen af direktivets art. 11. Et andet vilkår er *opgørelse af goodwill til handelsværdien* i overtagelsesbalancen, jfr. TfS 1993.279 og afgørelse af 27.9. 1994 (ikke offentliggjort), jfr. LVS S.D.3.3.2. Af TfS 1995.152 fremkommer et krav om, at der skal være *dækning for udskudt skat*. Af yderligere vilkår fremgår af de overfor nævnte afgørelser, at *moderselskabs kaution skulle ophæves* (TfS 1996.669), at *samtlige debitorer skulle overdrages* (TfS 1996.821 (R&R 1997/1 SM 27) og R&R 1998/3 SM 99), at *et hvilende selskab ikke omfattes af overførslen* (TfS 1994.924) og en *mellemregning udgik* (TfS 1997.661). Se også TfS 1998.825, hvor tilladelsen blev gjort betinget af, at to *passivposter*, i form af skyldig udlodning og mellemregning til de indskydende selskaber, *udgik af åbningsbalancen* for det modtagende selskab, idet vederlag udelukkende måtte ske i form af aktier. Endelig må henvises til TfS 1998.679 hvor tilladelsen blev betinget af, at *en hensættelse til imødegåelse af tab på nogle leasingkontrakter, tillige overførtes til det modtagende selskab, og at der ikke etableredes en regresret mod det indskydende selskab*, for så vidt angik de leasingkontrakter der var indgået indtil tilførselstidspunktet.

I visse sager er anmodningen nægtet. Således blev der givet afslag ved TfS 1996.101 idet det overdragne ikke udgjorde en virksomhedsgren. Begrundelsen i TfS 1996.167 var datterselskabets tynde kapitalisering, hvorved likviditetsbehovet skulle finansieres ved lån fra moderselskabet. I TfS 1997.705 var begrundelsen, at man ved tilførsel af aktiver ville omgå gældende praksis angående afståelsesbeskatning ved vedtægtsændringer, idet den påtænkte disposition ikke kunne gennemføres uden netop at foretage en afståelsesskattepligtig vedtægtsændring. I TfS 1998.598 meddelte Ligningsrådet afslag idet Rådet derved henså til, at selskabets anmodede om tilladelse til at foretage tilførsel af aktiver pr. den 1/7 1997, hvilken dato ikke var sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Det er skæringsdagen for det modtagende selskabs årsregnskab, der henvises til i FUL § 5, ikke skæringsdatoen for skatteregnskabet. Betingelsen i § 5 var således ikke opfyldt, og der var derfor ikke hjemmel til at imødekomme det ansøgte. Endelig meddeltes afslag i TfS 1998.599 idet det ud fra en konkret vur-

dering af de foreliggende oplysninger var Ligningsrådets opfattelse, at vederlæggelsen hovedsageligt skete med andet end aktier, og at bestemmelserne i FUL følgelig ikke kunne finde anvendelse på et tilfælde som det foreliggende. Ligningsrådet henså til, at der i åbningsbalancen blev etableret en mellemregning på 26.653.000 kr. i forbindelse med tilførslen. Under de foreliggende omstændigheder ansås mellemregningen som delvis vederlag for de overførte aktiver, hvilket var i strid med FUL § 15c, stk. 2.

4.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret*

Der findes to lovfæstede metodikker i den Amerikanske føderale skatteret benævnt “stock for assets merger” og “assets for stock acquisitions”, hvilke er hinandens modsatrettede transaktioner og hvilke begge svarer til hvad vi i EU kender som tilførsel af aktiver²⁷⁷. I forbindelse med koncerndannelse vil man benytte instituttet “assets for stock acquisition”, jfr. IRC Sec. 368(a)(1)(D), hvor den defineres som: “...a transfer by a corporation of all or a part of its assets to another corporation if immediately after the transfer the transferor, or one or more of its shareholders (including persons who were shareholders immediately before the transfer), or any combination thereof, is in control of the corporation to which the assets are transferred; but only if, in pursuance of the plan, stock or securities of the corporation to which the assets are transferred are distributed in a transaction which qualifies under section 354, 355, og 356...” (herefter type D).

Kriterierne for opnåelse af skattebegunstigelsen er: (1) et selskab (A) skal overføre alle eller en del af sine aktiver til et andet selskab (B); (2) B selskab skal være “kontrolleret”²⁷⁸ af A selskab eller dets aktionærer efter transaktionen; (3) A selskab skal distribuere B selskabs aktier eller andre værdipapirer til sine aktionærer som et led i overtagelsesplanen; og (4) efter distributionen af aktierne skal visse krav om fortsættelse af virksomheden imødekommes²⁷⁹. Der kan forekomme betydelige overlap mellem type A og type C, og dette kan have en mærkbar skattemæs-

277. Se hertil Cheryl D. Block: Corporate Taxation, 1998, s. 344ff, Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg: Federal Corporate Taxation, 1998, s. 223ff, Stephen A. Lind et al: Fundamentals of Corporate Taxation, 1997/98, s. 589ff og Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities, 1994, s. 899ff.

278. Der er dog ikke tale om definitionen i Sec. 368(c) som omtalt under afsnittet om datterselskabsopkøb gennem majoritetsovertagelse. Derimod benyttes en særlig definition i Sec. 304(c). hvor kontroltesten foretages med et 50%-kriterie i stedet.

279. Jfr. Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities, 1994, s. 724 og Joseph C. Amico: Introduction to the US Income Tax System, 1993, s. 148f.

sig effekt. Derfor er det specifikt bestemt, at der altid er tale om en type D når transaktionen tillige opfylder kravene til C, jfr. Sec. 368(a)(2)(A).

Ved koncernomstruktureringsmetoden benævnt filialomdannelse kan tillige benyttes disse regler, hvorfor afsnittet også for betydning for denne transaktion. Den skattemæssige virkning er tilsvarende de øvrige omhandlede transaktioner for reorganiseringer i erhvervslivet. Det bemærkes, at reglerne i en vis udstrækning afviger fra det i unionssammenhæng kendte, men der synes ikke at være væsensforskel.

5. Datterselskabsopkøb gennem majoritetsovertagelse (aktieombytning)

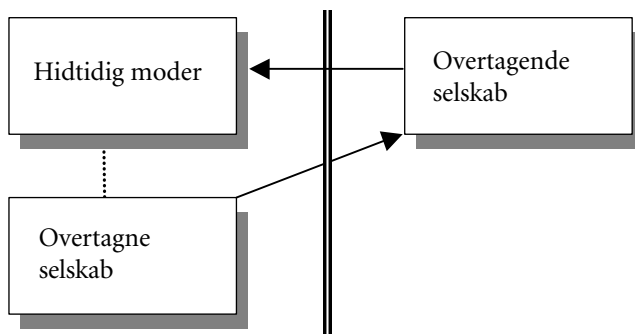
5.1. *Ratio legis – almindeligt led*

Atter en koncernetableringsmetode eksisterer ved at selskabet overtager stemmemajoriteten i et eksisterende eller nystiftet selskab hvorved dette overtagne selskab efterfølgende udgør et datterselskab. Vederlæggelsen foregår overvejende ved tildeling af aktier i moderselskabet hvorved der altså ved denne transaktion, modsat ovenfor, sker ændring i besiddelsesforholdene i det koncernetablerende selskab. Ombytning af aktier er en transaktion, som foregår mellem et selskab og aktionærerne i et andet selskab. Aktieombytning har som transaktion lighed med fusion og tilførsel af aktiver og opfattes derfor som alternativ for sådanne, men har dog nok størst praktisk lighed med fusion²⁸⁰. Det erhvervende (indskydende) selskab står efter dispositionen tilbage med et datterselskab, modsat tilfældet ved fusion hvor transaktionen efterlader et fast driftssted²⁸¹.

Reglerne om aktieombytning findes i dag i Danmark i ABL § 13 og blev tillige indsat ved implementeringen af fusionsdirektivet²⁸², hvorefter reglerne i FUL §§9-11 er udstrakt til også at finde anvendelse ved aktieombytning²⁸³. Baggrunden for reglerne er da identisk med de ved direktivet gjorde overvejelser. Definitionen af aktieombytning²⁸⁴ er indeholdt i ABL § 13, stk. 2 og tilsvarende i fusionsdirektivets art. 2(d) og tillægges

280. Da det gælder for aktieombytning, at der skal erhverves stemmemajoritet hvilken definitorisk ikke kan indehaves af forskellige subjekter, og da der efter transaktionen stadig er tale om en samlet juridisk person, forekommer det evident, at ligheden til spaltning og fission er minimal.

281. Fordelagtigheden af disse to mulige udfald skal ikke nærmere vurderes, men blot gøres bemærkning om at en sådan vurdering skal foretages konkret i lyset af samtlige relevante forhold, såvel inkluderende skattemæssige som andre, men modsat nok Søren Næsborg Jensen op.cit., s. 208.



Figur 3: Eksempel på datterselskabsovertagelse gennem aktieombytning uden hensyntagen til ejerandele.

betydning som den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af den pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, af den bogførte værdi af de værdipapirer, som udleveres til gengæld herfor.

Ved brugen af reglerne om skattefri aktieombytning er det udelukket af fusionsdirektivets artikel 8 der har relevans idet aktieombytning er en disposition, som foretages mellem det erhvervende selskab og selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab. Aktionærerne der får tildelt aktier i det erhvervende selskab må således ikke undergives nogen form for beskættning af indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding, grundet selve aktietildelingen, jfr. art. 8(1).

Heraf ses det at den skattemæssige virkning ved aktieombytning, i en udstrækning der er ækvivalerende med ovenstående dispositioner, er opnåelse af skattneneutralitet. Med præamblens formuleringer in mente

282. Det bør dog fremhæves, at regler om aktieombytning ikke i dansk sammenhæng var en nyskabelse idet der i daværende ABL § 13 indeholdtes regler om succession ved aktieombytning. Disse regler var dog strengere end direktivets regler hvorfor fusionsdirektivets regler nødvendigvis måtte gennemføres, men de hidtidige regler blev opretholdt sideløbende hermed gennem reglerne om uegentlig fusion i ABL § 13, stk. 3. Se herom bemærkningerne til L 20, s. 10f samt *Bent Ramskov* i Skatteorientering S.8., 1997. Uegentlig fusion udgør den situation hvor et selskab erhverver hele aktiekapitalen i et andet selskab, eller hvor et selskab, der i forvejen ejer aktier i et andet selskab, erhverver resten af aktiekapitalen i det andet selskab.

283. Se også punkt 16 i Cirk. nr. 137 af 19.7.1994 om beskættning ved afståelse af aktier m.v.

284. Der menes hermed ekstern aktieombytning modsat intern aktieombytning hvor en aktionær får ombyttet sine aktier i det samme selskab.

står det klart, at der er tilsigtet tilsvarende smidighed og begunstigelse for denne type af transaktioner i hvert fald i koncerndannelsesøjemed. Den således fremhævede neutralitetsmulighed er udelukkende udtryk for reguleringens primære formål og skal følgelig undersøges nærmere.

5.2. *Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led*

Der udspringer direkte af de lovfæstede kilder visse objektive betingelser ved aktieombytninger²⁸⁵. Hertil kommer visse subjektive vilkår fastsat nationalt gennem praksis. Begge led skal følgelig undersøges. Af selve definitionen følger kravet om neutralitetssubjektets form af aktie- eller anpartsselskaber eller øvrige selskabstyper omfattet af art. 3 i direktivet samt bilaget hertil. De danske regler er ved lov nr. 975 af 17.12.1997 med virkning fra 1.1. 1998, ændret således, at reglerne tillige finder anvendelse selvom selskaberne ikke er hjemmehørende indenfor EU. Det omtalte krav til selskabstypen gælder såvel køberselskabet (art. 2 h) – det erhvervende selskab) som målselskabet (art. 2 g) – det erhvervede selskab). Af art. 2 d) fremkommer kravet om at det er opnåelse af flertallet af stemmerettigheder der er afgørende. Det er herved uden betydning, om det erhvervende selskab opnår hovedparten af aktierne i det erhvervede selskab (målselskabet). I ABL § 13, stk. 2 figurerer det samme krav. Ifølge ordet "*opnår*" er der krav om, at 50% stemmegrænsen overskrides, men intet krav, fra hvilket og til hvilket stemmeniveau, der skal erhverves aktier. Såvel en transaktion, hvor der erhverves fra 0% til 100% som en transaktion hvor der erhverves fra 50% til 51%, kan derfor opfylde denne betingelse²⁸⁶. Ved opgørelsen af stemmевærdien kan det erhvervende selskab medregne stemmевærdien af de aktier, der kan ombyttes med succession ved opgørelsen af det krævede stemmetal, uanset om aktierne ombyttes med eller uden succession, jfr. TfS 1994.374. Kan en del af aktierne derimod ikke ombyttes med succession, f.eks. fordi kontantgrænser på 10% overskrides, kan stemmerne tilknyttet disse aktier ikke medregnes ved opgørelsen af stemmевærdien, jfr. tillige TfS 1994.374.

Det er i teorien omtvistet hvilke typer af aktieombytninger der er om-

285. De selskabsretlige muligheder der findes for at fremskaffe de aktier som det erhvervende selskab skal vederlægge aktionærerne med, udgøres af egne aktier, jfr. AL kap. 8, kapitalforhøjelse, jfr. AL kap. 5, kapitalforhøjelse via fondsaktier, jfr. AL § 39, og nystiftelse af selskab.

286. Er betingelserne for ugentlig fusion tillige opfyldt er det i dag således, at der er valgfrihed mellem aktieombytning og ugentlig fusion, jfr. Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 5.8.1.

fattet af direktivet²⁸⁷. Men der er ikke tvivl om hvorvidt de her omhandlede transaktionstyper falder under anvendelsesområdet. Såfremt majoriteten ikke opnås i én ombæring fremkommer spørgsmålet om hvorvidt samtlige led i transaktionen er omfattet af direktivets regler eller hvorvidt det udelukkende er den seneste. Løsningen er ikke umiddelbart foreskrevet, men med direktivets formål i erindring må det antages, at samtlige ombytninger er omfattet af direktivet. Dog må der hertil kræves, at der består en vis kontinuitet i det erhvervende selskabs ombytninger. Dette kan evt. påvises gennem et stående ombytningstilbud til målselskabets aktionærer, med fast bytteforhold og betinget af opnået majoritet. I de tilfælde hvor det erhvervende selskab allerede besidder flertallet af stemmerne må det antages, at yderligere erhvervelser ikke udløser begunstigelsen efter direktivet, idet der benyttes formuleringen *“opnåelse af flertallet af stemmerne”*²⁸⁸.

Af direktivet kan der ikke udledes noget krav om, at der skal foregå et vist mindstemål af erhvervsmæssig aktivitet i det erhvervende selskab. Herved kan skatteneutral holdinggørelse uproblematisk tillades. Dette fremkommer af EF-domstolens fortolkning af art. 2 d) ved *Leur-Bloem*, Sag C-28/95, hvorom Domstolen svarende på det andet præjudicielle spørgsmål; at det hverken *“...kræves, at det erhvervende selskab, jfr. art. 2 litra h), selv driver erhvervsvirksomhed, eller at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiel og økonomisk henseende skal være varig. Den omstændighed, at en og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktør i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær og direktør i den erhvervende selskab, er heller ikke til hinder for, at transaktionen kan kvalificeres som fusion ved ombytning af aktier.”* Af sidste led i besvarelsen følger yderligere, at der ej heller kan stilles krav til aktionærernes karakter (fysisk eller juridisk) eller antal.

Af definitionen på aktieombytning fremkommer tillige muligheden for 10% kontantvederlæggelse. Dette skal fortolkes efter unionsretten som det tidligere er omtalt og praksisændringen i dansk skatteret efter Tfs

287. Jfr. Ben Terra & Peter Wattel: EC Tax Law, 1997, s. 270f og Otmar Thömmes i EC Corporate Tax Law, kap. 5, s. 49 samt Søren Næsberg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 200ff. Det kan dog nok ved nærmere fortolkning sluttes, at direktivet omfatter alle typer af aktieombytninger, dog ikke hvor det erhvervende selskab stadig ikke besidder den fornødne majoritet og måske ej heller ved den situation hvor erhvervende selskab forud allerede besidder stemmeflertallet i målselskabet, jfr. lige nedenfor.

288. Sml. Søren Næsberg Jensen loc.cit. Baggrunden herfor kunne være ønsket om opnåelse af en kvalificeret majoritet.

1997.229 (Departementets afgørelse efter forespørgsel af Kommissionen) finder tillige anvendelse i disse situationer. Således kan der forekomme skævdeling af kontantvederlæggelsen²⁸⁹. En snæver fortolkning af direktivets art. 2 d) fører til samme resultat (totalsynspunktet), jfr. ordene "*selskabsdeltagerne i det andet selskab*" sammenholdt med sprogbrugen i art. 8. Kontantvederlæggelsen beskattes i øvrigt efter ABL's regler hvilket er hjemlet i art. 8, stk. 4. Kontantvederlæggelsen kan foretages i intervallet 0-10% og er valgfri. Der skal være tale om en kontant udligningssum, ikke blot andet end aktier, jfr. § 13, stk. 2 smh. med § 9, stk. 1. Den kontante udligningssum beregnes ud fra den pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en sådan, af den bogførte værdi. I Danmark skal aktierne have en pålydende værdi fastsat i vedtægterne, jfr. AL § 4, stk. 1, nr. 5, hvorfor den pålydende værdi altid vil være til stede som beregningsgrundlag i danske aktieselskaber. Ved beregningen af de 10% sondres der mellem (1) aktier udstedt i forbindelse med kapitalforhøjelse/nystiftelse af selskab og (2) egne aktier/udstedelse af fondsaktier²⁹⁰. Udsteder det erhvervende selskab aktier til pari kurs mod aktier fra det erhvervede selskabs aktionærer, hvis handelsværdi svarer hertil, er der ikke plads til noget kontant vederlag, jfr. forbuddet mod underkurs i AL § 13, stk. 1. Det maksimale kontante vederlag, som det erhvervende selskab kan betale ved aktieudstedelse til kurs pari, er 9,1% af handelsværdien af aktierne i det erhvervede selskab²⁹¹. Det erhvervende selskab kan også udstede aktier til overkurs. Overkursen kan være af varierende størrelse, hvorfor det maksimale kontante vederlag kan beregnes mere generelt. En generel formel findes der viser det maksimale kontante vederlag i procent af apportindskuddet, $F(x)$ som det erhvervende selskab kan betale ved en aktieudstedelse til en given kurs, x . Det ses heraf, at kursen x ved nystiftelse/kapitalforhøjelse er gældende i intervallet fra og med 100 mod uendelig²⁹². Det følger heraf, at jo større

289. Den usikkerhed der tidligere var om hvorvidt der skulle ske en vederlæggelse efter netop totalsynspunktet, enkeltsynspunktet eller pro rata synspunktet, kan således nu besvares med totalsynspunktet. Herved får aktionærerne i det erhvervede selskab under ét højst en kontant udligningssum på 10% af pålydende værdi af de aktier i det erhvervende selskab, som de under ét modtager. Enkelte aktionærer kan vederlægges fuldstændigt med kontanter.

290. Jfr. *Bent Ramskov* i Skatteorientering S.8, 1997, s. 7.

291. *Eksempel*: Aktierne i det erhvervede selskab har en handelsværdi på kr. 1.000.000. Dette beløb er lig pålydende beløb af det erhvervende selskabs aktier, $x + 10\%$ i kontant vederlag. Dette kan løses som følgende ligning: $Kr. 1.000.000 \text{ er lig } x * 1,1 \Rightarrow x = 909.090,9$. Det kontante vederlag bliver da kr. 90.909,1 hvilket svarer til 9,1% af handelsværdien af det erhvervede selskabs aktier. Se hertil *Michael Kirkegaard Nielsen* i TfS 1993.297, *Kirsten Høpner Petersen* i SR-skat 1996.299, særligt s. 302 og samme i SO 1993.169 samt *Bent Ramskov* i Skatteorientering, S. 8, s. 7.

overkursen er, jo mindre kan den kontante udligningssum blive i forhold til apportindskuddet²⁹³. Det kan kun lade sig gøre at komme under kurs pari i det erhvervende selskab, såfremt der anvendes egne aktier/fondsaktier i ombytningen. Den sammen formel gælder for dette forhold, hvor x nu blot udtrykker kursen for egne aktier eller fondsaktier i intervallet fra 0 mod uendelig. Herved er det muligt, at få kontant vederlag i % af handelsværdien af aktierne i det erhvervede selskab op over 10% ved brug af egne aktier eller fondsaktier²⁹⁴.

De danske regler om aktieombytning findes som allerede nævnt i ABL § 13²⁹⁵²⁹⁶. Ud over definitionen i § 13, stk. 2 findes hovedbestemmelsen i § 13, stk. 1²⁹⁷. Teknikken er i denne bestemmelse hovedsagelig henvisning til øvrige bestemmelser i fusinsskatteloven. Et selvstændigt krav findes i bestemmelsens sidste pkt., hvor det foreskrives som en betingelse for reglernes anvendelse, at aktieombytningen gennemføres inden en periode på 6 måneder regnet fra den første ombytningsdag. Kravet er indført af administrative grunde²⁹⁸. Men medlemsstaterne kan imidlertid kun fravige direktivets forskrifter i det tilfælde, der er omhandlet i art. 11. Administrativ konvensiens hører ikke blandt disse tilfælde²⁹⁹. Følgelig er den danske regel i § 13, stk. 1 i strid med direktivet³⁰⁰. 6 månedersreglen er i praksis yderligere skærpet idet loven fastsætter tidsfristen fra første ombytningsdag mens praksis har fortolket reglen således, at denne regnes fra Ligningsrådets afgørelsestidspunkt, jfr. TfS 1995.618 LR (hvor kravet fungerer som vilkår). ABL § 13, stk. 1, 2. pkt. fikserer en fusionsdato til ombytningsdatoen³⁰¹.

292. Udtrykt ved: $F(x) = 100/(((10x)/100)+1)$.

293. Jfr. *Bent Ramskov* a.st. der tillige illustrerer forholdet grafisk.

294. Loc.cit. samt *Michael Kirkegaard* i TfS 1993.297.

295. Begrundelsen for denne placering er den logiske, at det ikke er tale om at gøre indgreb i eller bringe juridiske personer til ophør, hvorfor placeringen ikke også er i FUL. Det drejer sig jo dels om at regulere et successionsprincip for målselskabets aktionærer, og dels et successionsprincip for køberselskabet, begge i forbindelse med den skattemæssige værdiansættelse af aktier.

296. Se herom Cirk. nr. 137 af 19.7. 1994 pkt. 16 [Aktieavancebeskatningscirkulæret], Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997 om international beskatning, pkt. 5.8., LV 1997 S.G.3.5., *Søren Sønderholm* i Omstrukturering av företag, 1993, dansk nationalrapport, s. 5ff, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 1995, s. 369ff, *Margrethe Nørgaard* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 797ff, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 461ff og samme i Koncernretten, 1996, s. 199ff, *Bent Ramskov* i Skatteorientering S.8, 1997, *Kirsten Høpner Petersen* i SR-skat 1996.299, *Peter Rose Bjare* i SR-skat 1994.381 særligt s. 390ff, og *Jan Børjesson & Thomas Frøbert* i R&R 1998/7, s. 7ff samt *Anders B. Christensen* i SR-skat 1997.436.

Selskabsdeltagernes skattemæssige stilling normeres af art. 8, idet trans-

297. Denne bestemmelsen er implementeringsbestemmelsen men det bør understreges, at den fungerer i samspil med § 13, stk. 3 der er det lovmæssigt tidligere eksisterende institut. Stk. 1 omhandler de egentlige aktieombytninger i direktivets forstand og stk. 3 omhandler uegentlige fusioner. Sidstnævnte har sit anvendelsesområde hovedsageligt hvor transaktionen ikke lever op til kravene efter stk. 1. De følgende bemærkninger har hovedsageligt sigte på aktieombytninger, men betingelserne ved uegentlig fusioner er et erhvervelseskrav hvor et selskab erhverver hele aktiekapitalen i et andet selskab, eller hvor et selskab der i forvejen ejer aktier i et andet selskab, erhverver resten af aktiekapitalen i det andet selskab. Anvendelsesområdet er de tilfælde, hvor en aktionær i forvejen har flertallet af stemmerne i selskabet, eller, at et af selskaberne ikke opfylder en af betingelserne ved aktieombytning, ved f.eks. ikke at være et selskab i en medlemsstat efter art. 3. Yderligere findes der en 10% regel om kontantvederlæggelse ved uegentlige fusioner. Endelig for det tredje er det et krav, jfr. § 13, stk. 3, 3. pkt., at tilladelse kun gives under særlige omstændigheder såfremt det erhvervende selskab har foretaget opkøb af aktier i det erhvervede selskab i det indkomstår hvori selskabet erhverver resten af aktiekapitalen eller i de 4 forudgående indkomstår. Reglen er en værnsregel. I øvrigt kan det bemærkes, at den fremførte terminologi ikke alle steder er ensartet. Den i nærværende kontekst benyttede sondring mellem aktieombytning og uegentlig fusion fremføres af *Bent Ramskov* i Skatteorientering S.8., mens aktieavancecirkulæret i pkt. 16 ikke benytter så klare skillelinier. Tilsvarende gør sig gældende i LVS og hos *Margrethe Nørgaard* op.cit. samt hos *Kirsten Høpner Petersen* i SR-skat 1996.299. Min antagelse er den, at reglernes placering på samme sted hvor der tidligere kun var placeret regler om uegentlig fusion og med samme retsvirkning samt at aktieombytningsreglerne blot er tilføjet behandlingen i cirkulæret, udgør grundlaget for begrebsforvirringen. Som det fremgår tilslutter jeg mig imidlertid den af *Bent Ramskov* fremhævede opdeling, idet jeg finder denne hensigtsmæssig. Klart er det dog også, at begge transaktionstyper er varianter af eksterne aktieombytningsformer.

I L 20 nævnes det, at reglerne i ABL § 13, stk. 3 (tidligere stk. 4) kan anvendes sideløbende med ABL § 13, stk. 1 og 2 blandt andet »når det erhvervende selskab erhverver den resterende del af aktiekapitalen i det erhvervede selskab«. Det fremgår heraf, at lovgiver ikke mener, direktivet omfatter tilfælde, hvor et selskab, der i forvejen sidder inde med flertallet af stemmerne i et andet selskab ved en aktieombytning erhverver yderligere stemmerettigheder. Som tidligere anført er det ikke sikkert, at denne fortolkning af direktivet er ubetinget rigtig.

298. FT 1991/92 tillæg A, sp. 517.

299. Jfr. *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 463 og *Søren Næsborg Jensen* op.cit., s. 203.

300. Modsat *Bent Ramskov* i Skatteorientering s. 8, s. 6, hvor forfatteren finder bestemmelsen direktivkonform idet direktivet benytter ordet ”den transaktion” om aktieombytning, hvorved der efter forfatterens opfattelse må være tidsmæssige grænser indbygget i bestemmelsen.

301. Denne kan selvsagt variere med hvilken aktiefremskaffelsesmetode der benyttes; således er det stiftelsesdatoen ved nystiftelse, beslutningsdatoen ved kapitalforhøjelse og udstedelse af fondsaktier, mens det er aftaleindgåelsesdatoen ved brugen af egne aktier.

aktionen er en disposition, som foretages mellem det erhvervende selskab og selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab. Transaktionen berører ikke det erhvervede selskab. Der henvises til ovenstående omtale af art. 8. I dansk ret bestemmes selskabsdeltagernes skattemæssige stilling af FUL §§ 9 og 11 hvortil der foretages henvisning i § 13, stk. 1. For en gennemgang heraf henvises ligeledes til ovenstående. Der er forskellig behandling tilknyttet de forskellige ombyttede aktietyper omfattet af ABL³⁰²; næringsaktier efter § 3, aktier i udenlandske skattelyselskaber, § 2 a, andele i visse andelsselskaber, § 2 b, aktier erhvervet for lånte midler, § 2 c, aktier i investeringsforeninger mv. § 2 d, aktier jfr. §§ 2 og 4 og medarbejderaktier, jfr. LL § 7 a (hvor spørgsmålet er om båndlæggelsen berøres af ombytningen – antageligvis ikke). Se herom FUL § 11 der gælder generelt for alle de fire skatteneutrale transaktionstyper, men hvor ikke alle de opregnede aktietyper er omfattet og følgelig ikke berettiget til succession. FUL § 9 finder direkte anvendelse på de indløste aktier, idet aktierne anses for afhændet af aktionærerne til tredjemand i det omfang, at de vederlægges med kontanter i det modtagende selskab. De almindelige regler i ABL finder anvendelse ved tab og gevinst i forbindelse med indløsningen.

Ved L 35 blev der indført et krav om forudgående tilladelse fra LR også ved aktieombytninger (både rent national og grænseoverskridende) i ABL § 13, stk. 1, 4. pkt.³⁰³. LR kan herved fastsætte særlige vilkår for tilladelsen³⁰⁴. Begrundelsen herfor var at forhindre de tilfælde hvor der foretages aktieombytning efterfulgt af et hurtigt salg af de ombyttede aktier med det formål at omgå eller uberettiget udskyde aktieavancebeskatning uden at dette er begrundet i etablering af et fremtidigt koncernforhold³⁰⁵. Det beror efter Cirk. nr. 83 af 29.5. 1997 på en konkret vurdering, om der skal opstilles vilkår for en aktieombytning, og hvilket indhold de i givet fald skal have. Ligningsrådet skal således i hvert enkelt tilfælde undersøge, om aktieombytningen foretages med henblik på at opnå en skattebesparelse eller om ombytningen er motiveret af almindelige forretningsmæssige overvejelser³⁰⁶. I visse sager er der sket en

302. *Bent Ramskov* foretager op.cit., s. 16ff en detaljeret gennemgang af disse aktietyper.

303. Se tillige *Kirsten Høpner Petersen* i SU 1995.152. Det kritiseres af *Michael Serup* i TfS 1997.696, s. 1786, at denne tilladelsesordning er indført med den begrundelse, at "skatteudskydelse" tillige skulle være et værnsformål.

304. Kompetencen er dog udlagt til told- og skatteregionerne, jfr. TS-Cirk 1996-23 (skattefri aktieombytning – sagsudlægning) bortset fra ombytninger der omfatter § 2 a aktier, hvor det ikke er tilkendegivet, at den ombyttede ejerandel vil blive bevaret i mindst 3 år, hvor T&S-regionerne anser andre særlige vilkår end ejertidskrav nødvendige og endelig sager af principiel karakter, jfr. pkt. 2.

nægtelse af at imødekomme ansøgningen om ombytning. Der er her tale om sager hvor bestemmelsens (ABL § 13) formål omgås eller hvor betingelserne i bestemmelsen ikke er opfyldt.

I Tfs 1996.166 LR var afslaget begrundet med, at 50% af aktiekapitalen efterfølgende skulle afhændes, således at hver af de oprindelige 2 aktionærer i det erhvervende selskab fik hvert sit selskab.

Det må antages, at dispensation til aktieombytning alene vil blive nægtet, såfremt dispositionen udelukkende eller i det væsentligste er motiveret af skattemæssige hensyn- og altså ikke har erhvervsmæssige motiver.

Se R&R 1997/7 SM 243 LR hvor 2 afslag omtales grundet manglende erhvervsmotiv og omgåelse af stemmeflertalskravet, R&R 1997/6 SM 173 og 174 LR grundet manglende erhvervsmotiv hhv. omgåelse af aktieavancebeskatning, R&R 1997/8 SM 287 LR grundet overdragelse af 1% udelukkende med det formål at muliggøre skatteneutral aktieombytning.

Ved Tfs 1998.678 blev ansøgningen afslået idet besiddelse af en uigenkaldelig fuldmagt til udøvelse af stemmeretten til en aktiepost ikke kunne sidestilles med besiddelse af en aktiepost.

-
305. En model der af nogle kaldes millisekundmodellen finder herefter, når der også henses til de subjektive vilkår, ikke længere anvendelse. Modellen indebærer, jfr. *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 201 med note 99, at den der stod foran at skulle sælge aktiemajoriteten i sit selskab til en fremmed køber mod kontant betaling, kunne skynde sig at etablere et holdingselskab, hvori han indskød aktierne, der skulle sælges. Da han fra holdingselskabet blev betalt med holdingaktier, udløste dette aktiebytte ikke aktieavanceskat. Herefter solgte holdingselskabet de ny erhvervede aktier til liebhaveren mod kontant betaling, der således indgik i holdingselskabets kasse. Holdingselskabets skattemæssige anskaffelsestid var ombytningsdagen, men da dets anskaffelsessum for de straks afskaffede aktier var deres handelsværdi, altså det beløb, hvortil de straks efter solgtes kontant, udløstes ingen beskatning hos holdingselskabet, idet der ingen avance var. Man kunne herved bortsælge et selskab med udskydelse af skattemæssige konsekvenser på grund af den ringe risiko for ændring af kursen i den korte ejertid.
306. Dette vil være tilfældet ved et ønske om risikobegrænsning, jfr. Tfs 1995.806 LR eller opdeling af virksomheden med salgsafdelingen i moderselskabet og eksport/importdelen i datterselskabet, jfr. R&R 1995/9 SM 269 LR. Ud over disse anfører *Jan Børjesson & Thomas Frøbert* i R&R 1998/7, s. 7ff andre erhvervsmæssige begrundelser; salg til tredjemand og etablering af nye aktiviteter (efter salg af datterselskab) i selskabsform.

Såfremt det lægges til grund, at ansøgningen er båret af erhvervsmæssige hensyn, men ombygningen ifølge TS-Cirk. 1996-23 pkt. 2 skal forelægges LR, må det konkretiseres i hvilket omfang LR fastsætter vilkår for transaktionen. De vilkår som opstilles, kan senere søges ændret ved en fornyet ansøgning. Dette kan eksempelvis komme på tale når oprindelige vilkår stiller sig i vejen for nye omstruktureringsplaner, jfr. TfS 1996.102 og TfS 1996.608 LR. Også ved denne fornyede ansøgning kan Ligningsrådet opstille vilkår. Det har stor relevans i det følgende at undersøge hvilke vilkår det kan fastsættes. Inspiration hertil kan udover den foreliggende praksis om aktieombytning tillige hentes i praksis fra fusion, spaltning og tilførsel af aktiver³⁰⁷. Ved langt de fleste tilladelser med vilkår fra LR er der fastsat et *krav om mindst 3 års helejerskab* efter ombytningsdatoen³⁰⁸. Dette vilkår må betragtes som et næsten ufravigeligt krav ved enhver aktieombytning³⁰⁹. Vilkåret forhindrer blandt andet de omtalte millisekundmodeller og knytter sig til 3 års kravet i ABL § 4, stk. 6. Såfremt man ikke i sin ansøgning anfører mindst 3 års ejertid så er kompetencen stadig hos LR, jfr. TS-Cirk. 1996-23, pkt. 2. Der er i vilkåret tale om helejerskab såfremt der ved transaktionen opstår et 100% ejet datterselskab. Opstår der ikke et 100% ejet datterselskab, stilles der krav om, at der erhvervende selskab beholder den erhvervede aktiepost relativt af såvel kapital som stemmeandele, jfr. *Bent Ramskov* op.cit., s. 14. At vilkåret ikke fastsættes undtagelsesfrit fremgår af TfS 1996.608 LR. I denne sag blev der ombyttet aktier med aktier i et nystiftet holdingselskab, efter § 13, stk. 1. Efter ombygningen ville hol-

307. Jfr. Skatteministeren i SU 1995.155 ad L 35, hvor det fremføres, at Ligningsrådets vurdering og dermed fastsættelse af vilkår ved de enkelte transaktioner omfattet af fusionsskattedirektivet bør foregå efter ensartede retningslinier.

308. Vilkåret er kritiseret af *Michael Serup* i TfS 1997.696, hvor det anføres, (1) af vilkåret baserer sig fejlagtigt på det til grund liggende rådsprotokollat, idet dette udelukkende tager sigte på de udstedte aktier men overhovedet ikke kan tages til indtægt for hindringer i dispositionsfriheden over aktierne i det erhvervede selskab. (2) At det synes uhjemlet med fastsættelse af generelle vilkår, og (3) at vilkåret synes alt for bredt og firkantet formuleret i forhold til sigtet, eftersom et efterfølgende ejerskifte som følge af dødsfald eller kreditorforfølgning vil være i strid med vilkåret og udløse beskatning, selv om det klart ikke er omfattet af værnshensynet. Der synes derfor efter forfatterens mening, at være grund til at tage vilkårets legitimation op til fornyet overvejelse.

309. Jfr. TfS 1995.287 LR, TfS 1995.199 LR, TfS 1995.618 LR, TfS 1995.806 LR, TfS 1996.108 LR, R&R 1995/9 SM 269 LR, TfS 1996.102 LR, TfS 1997.186 LR, TfS 1997.207 LR, TfS 1997.353 og 354 LR, TfS 1997.445, 446 (R&R 1997/8 SM 288) og 447 (R&R 1997/8 SM 287) LR, TfS 1997.571 og 572 LR, TfS 1997.669 LR (R&R 1997/11 SM 415), TfS 1997.940 LR, R&R 1997/10 SM 372 LR med 3 afgørelser, R&R 1997/5 SM 175 LR, R&R 1997/6 SM 213 LR samt R&R 1998/2 SM 71 LR, R&R 1998/8 SM 279 LR og TfS 1998.536 LR.

dingselskabet eje godt 78% af aktiekapitalen i datterselskabet. I første omgang blev tilladelsen gjort betinget af, at det nye moderselskabs relative ejerandel af datterselskabet bevares i mindst 3 år efter ombytningen således at tilladelsen bortfaldt hvis en konvertibel obligation konverteredes indenfor denne periode. Dette kunne aktionæren imidlertid ikke leve med, hvorfor der blev anmodet om at få vilkåret ændret. Efter en samlet vurdering af sagen imødekom LR anmodningen. Ligningsrådet tillagde det afgørende betydning, at det nye moderselskab efter den planlagte konvertering fortsat ville besidde flertallet af stemmerne i datterselskabet. Fravigelsen ses at være begrundet i forretningsmæssige hensyn. Se tillige dispensationen i R&R 1997/6 SM 213 LR.

Som et andet vilkår fremgår det af TfS 1994.57 LR, at *aktieombytning ikke kan ske med tilbagevirkende kraft*. Vilkåret findes tillige i TfS 1995.618, R&R 1995/9 SM 269 og TfS 1995.199 LR og må antages at være almindeligt gældende. Det kan ikke antages, at der gælder et vilkår om hæftelse for skattegæld, jfr. TfS 1995.806 LR, medmindre der i transaktionen direkte er omgåelsesformål.

Yderligere fastsætter Ligningsrådet som nævnt tillige i tilladelserne vilkår om *gennemførsel af ombytningen inden 6 måneder*, jfr. TfS 1995.618 LR. Vilkåret fastsættes ganske hyppigt. Det lader ikke til at der fastsættes flere vilkår end de nævnte af den offentliggjorte praksis³¹⁰, og de kendte vilkår og ansættelse af goodwill til handelsværdi og dækning for udskudt skat antages ikke at have relevans ved aktieombytninger og kan derfor nok ikke tænkes forekommende³¹¹.

Der findes ingen bestemmelser om den skattemæssige behandling af det erhvervende selskab. Heraf følger, at der ikke er givet regler for hvilken værdi det erhvervende selskab skal tillægge aktierne i det erhvervede selskab. Selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab anses for at have anskaffet de nye aktier på samme tidspunkt som de ombyttede aktier og til samme anskaffelsessum som de oprindelige aktier. Det vil sige, at de ved en senere afståelse kan beskattes også af den værdistigning der er opstået før aktieombytningen. Såfremt det bestemmes, at det erhvervede selskab skal tillægge aktierne i det erhvervede selskab samme værdi, som den de er blevet tillagt aktierne i selskabet, vil den samme avance blive

310. Dog TfS 1997.446 med vilkår om bevarelse af opdeling i A og B aktier, således at ombytningen blev vederlagt med tilsvarende aktier med tilsvarende rettigheder. Noget andet er, at det lader til at skatteforvaltningerne ofte ønsker indsat særlige vilkår ud over de nævnte, jfr. TfS 1995.806 LR, TfS 1997.186 LR, TfS 1997.571 LR hvor vilkårene nægtedes opstillet af Ligningsrådet.

311. Jfr. *Bent Ramskov* i Skatteorientering S.8., s. 15.

beskattet to gange. Derfor vil det være korrekt af fastslå, at det erhvervede selskab skal anses at have modtaget aktierne i det erhvervede selskab til handelsværdien på ombytningsdagen³¹². Efter danske skattepraksis er denne fortolkning også lagt til grund, jfr. TfS 1994.57 BF og 1994.533 LR, hvor det er bestemt, at det erhvervende selskab skal anvende handelsværdien på ombytningsdatoen som anskaffelsessum for aktierne i det erhvervede selskab. Hermed udløses der ikke beskatning to gange, hvilket som anført ovenfor er anderledes end tilfældet er det for reglerne om tilførsel af aktiver hvor den latente skattebyrde fordobles som følge af transaktionen.

Det bør nævnes, at aktieombytning medvirker, at ny sambeskatning ikke kan indgås medmindre dette påbegyndes på den første dag i datterselskabets regnskabsår idet det jo er en betingelse for sambeskatning, at ejerskabet har bestået i såvel hele moderselskabets som hele datterselskabets regnskabsår. Ombytning berører ikke en eksisterende sambeskatning. Der er yderligere ikke noget til hinder for, at skattefrit udbytte, jfr. SEL § 13 udbetales umiddelbart efter aktieombytningen.

Sluttelig skal det anføres, at aktieafgift har udgjort og udgør et problem for aktieombytningens virke. Før 22.10. 1997 var det således, at aktieombytning udløste aktieafgift, jfr. aktieafgiftslovens § 1, stk. 1 og § 4, stk. 1 nr. 2³¹³. Efter den nævnte dato er aktieombytninger fritaget for aktieafgiften og udgør principielt ikke længere et problem, jfr. aktieafgiftslovens § 4, stk 1, nr. 6. Fra 1. oktober 1999 er aktieafgiften helt ophævet. Dog volder det stadig visse problemer, at Told- og Skattestyrelsen har indtaget det standpunkt, at der ved ombytninger før 22.10. 1997 foreligger maskeret udlodning såfremt aktionæren lod holdingselskabet afholde aktieafgiften i forbindelse med en aktieombytning³¹⁴. Problemet udgøres af fortolkningen af ordene "parterne er frit stillet med hensyn til den indbyrdes fordeling af afgiften" som de kommer til udtryk i bemærkningerne til loven, jfr. FT 1986-87 A, sp. 2927, idet der ikke

312. Søren Næsborg Jensen op.cit., s. 205 og Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1994, s. 463f, hvor sidstnævnte er betænkelig ved resultatet i relation til betaling med egne aktier for hvilke der efter forfatterens overbevisning burde gælde succession.

313. Se ganske kritisk herom Henrik Louv i TfS 1997.710 med god argumentation for afgiftspligtens ophævelse idet det blandt andet hævdes være stridende mod direktivets formål og Søren Sønderholm i Omstrukturering av foretag, NSFS 1993, s. 44.

314. Se om denne problemstilling Anders Henriksen i TfS 1997.899, Per Lysgaard i Inspi, 1997/7-8, s. 26, og samme i Skatterevisoren, 1997/5, s. 6 og i Advokaten 1997/11, s. 211, Klaus Okholm i TfS 1998.261 og samme i TfS 1997.733 samt Jan Børjesson & Thomas Frøbert i R&R 1998/7, s. 12f og Jesper Lett i Advokaten 1997/11, s. 213.

fremkommer noget direkte om spørgsmålet i lovens ordlyd. Med undtagelse af den i noten førstnævnte forfatter er der bred enighed om det fejlagtige i T&S's fortolkning – dette kan jeg tilslutte mig³¹⁵.

Spørgsmålet er nu afgjort af Landsskatteretten i kendelse af 30/11 1998, 621-1819-552, der lægger til grund, at uafhængige parter som udgangspunkt ville have aftalt en ligelig fordeling af afgiftsbetalingen. Ligedelingsprincippet tillægges endda så stor betydning, at en afvigelse herfra i aktieombytningssituationen karakteriseres som udlodning. Det antages, at dette var normalt under den tidligere gældende børsstempellov, og der var ikke under sagens behandling dokumenteret eller tilstrækkeligt sandsynliggjort en anden sædvane med hensyn til afgiftens fordeling mellem uafhængige parter. Det måtte tillige tillægges betydning, at parterne hæftede solidarisk for afgiftsbetalingen. På denne baggrund fandt retten, at et holdingselskabs afholdelse af den fulde aktieafgift ikke kunne anses for påtaget som led i en normal og forretningsmæssig velbegrundet aftale, men et beløb svarende til halvdelen af afgiften måtte anses for at rumme en maskeret udlodning.

Det kan sluttelig konstateres, at skatteneutralitet også reelt er sikret og det relevante led af ovenstående hypotese er verificeret.

5.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret*

Dette komparative vue giver overblik over den amerikanske føderale behandling af transaktioner svarende til aktieombytning³¹⁶. Der foretages en samlet behandling af koncerndannelsesmetoderne: datterselskabsopkøb og moderselskabsdannelse og koncernomstrukturering gennem majoritetsoverdragelse.

Aktieombytning er også en transaktionstype der er omfattet af reorganiseringsinstituttet i USA. Transaktionen defineres i Sec 368(a)(1)(B) som “...*the acquisition by one corporation, in exchange solely for all or a part of its voting stock (or in exchange solely for all or a part of the voting stock of a corporation which is in control of the acquiring corporation), of stock of another corporation if, immediately after the acquisition, the acquiring corporation has control of such other corporation (whether or not*

315. Hvilket også finder støtte i en tidligere anerkendelse heraf af Ligningsrådet og i Ligningsvejledningen.

316. Se hertil *Cheryl D. Block*: Corporate Taxation, 1998, s. 333ff, *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg*: Federal Corporate Taxation, 1998, s. 216ff, *Stephen A. Lind et al*: Fundamentals of Corporate Taxation, 1997/98, s. 440ff, *Samuel C. Thompson*: Taxation of Business Entities, 1994, s. 904ff.

such acquiring corporation had control immediately before the acquisition)”. I almindelighed benævnes transaktionen “exchange of stock for stock” eller “stock for stock merger”. (herefter type B).

De kriterier der skal opfyldes fremgår af den citerede Sec. 368(a)(1)(B)’s ordlyd. Således er det et krav (1) at der udelukkende indgår stemmeberettigede aktier fra køberens side og (2), at aktier i det overtagne selskab modtages som eneste betaling for de stemmeberettigede aktier, og (3) køberen skal have “kontrol” over det overtagne selskab efter transaktionen. Ad (1): Der må ikke indgå aktier uden stemmeret, herunder ej heller warrants, optioner el.lign.³¹⁷. Det har ingen betydning i den forbindelse hvorvidt der er tale om præferenceaktier eller ej, idet det alt afgørende er tilstedeværelsen af stemmeret. Ved delvis vederlæggelse med ikke-stemmeberettigede aktier er lovens krav ikke opfyldt og transaktionen falder uden for anvendelsesområdet. Ad (2): Den modtagne aktietype er irrelevant. Heraf fremgår også, at den eneste betaling skal være aktier. Dog tillades der kontant betaling hvor denne kun er udtryk for at det ikke er muligt at vederlægge tilstrækkeligt præcist med aktier. Men der må altså kun være tale om en mekanisk oprunding i ombytningen, og ikke selvstændig betaling. Heraf ses, at en type B er temmelig restriktiv i forhold til de øvrige omfattede transaktionstyper³¹⁸. Ad (3): defineres kontrollkravet i Sec. 368(c) som besiddelse af 80% af såvel stemmeværdien som 80% af samtlige aktier i selskabet. Der er ikke noget krav om samtidighed i transaktionen, hvorfor den kan foregå over en længere periode, blot så længe vederlæggelsen altid opfylder stemmetskravet.

De grundlæggende skattemæssige virkninger af transaktioner der falder under definitionen og opfylder øvrige kriterier er, at der ikke ved transaktionen skal opgøres tab og gevinster. Efter Sec. 358(a)(1) vil målselskabets aktionærs basis i de modtagne aktier være den samme som før i de gamle aktier. Efter Sec. 1032 vil der ikke være nogen gevinst eller noget tab ved modtagelsen af målselskabets aktier i bytte for egne aktier. Også det overtagende selskabs basis i de ny erhvervede aktier i målselskabet (M) svarer til den basis der var for M’s aktionærer efter Sec. 362(b). Den historiske basis bibeholdes for aktiverne i målselskabet.

Det er muligt at leve op til lovens kriterier når det overtagende selskab

317. Kravet er i praksis blevet fortolket meget strengt af domstolene.

318. Dette forhold kritiseres flere steder i retslitteraturen som værende alt for restriktivt og ufleksibelt. Det findes svært at se de berettigende forskelle i forhold til den lempeligere behandling af type C reorganisationer og type A.

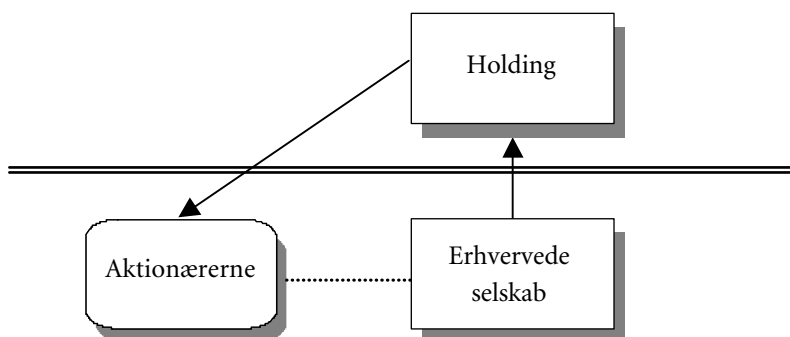
ligger inde med gamle aktier. Dette antages tilladeligt, blot så længe kontrolkravet efterfølgende er opfyldt³¹⁹. Det er ligeledes muligt at foretage en “creeping acquisition” idet det ikke er nødvendigt at vinde kontrol med et slag. Blot skal hver enkelt transaktion ske som et led i en overtageelsesplan og hver især overholde kravet om udelukkende aktievederlæggelse.

6. Moderselskabsdannelse gennem majoritetsoverdragelse (aktieombytning)

6.1. *Ratio legis – almindeligt led*

Endelig skal en sidste koncerndannelsesmetode behandles. Der er her tale om en situation der i store træk er identisk med den under afsnit 5 behandlede. Blot er der her i stedet for datterselskabsopkøb tale om dannelse af et nyt moderselskab (evt. et holdingselskab), hvorved situationen kan siges at være modsat rettet i forhold til føromtalt. Der foretages altså en majoritetsoverdragelse til et oprettet holdingselskab, hvilket bliver det erhvervende selskab, mens det konsernetablerende selskab bliver det erhvervede og efterfølgende datterselskab til holdingselskabet.

Reguleringen af denne etableringssituation er tilsvarende just ovenstående normeret af ABL § 13 fra 1992 med baggrund i fusionsdirektivet.



Figur 4: Majoritetsoverdragelse til holdingselskab via aktieombytning.

Trods den modsatte transaktionsretning er situationerne identiske, og moderselskabsdannelse via aktieombytning er blot en meget praktisk anvendt metode i de situationer hvor der er behov for dannelsen af et

319. Tres. Reg. §1.368-2(c).

tomt nyt moderselskab³²⁰. Baggrunden for reglernes fremkomst er derfor kommet til udtryk i beskrivelsen ovenfor og principiel neutralitet synes sikret.

6.2. *Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led*

Se herom ovenfor i afsnit 5.2. idet den skattemæssige behandling er identisk. Der er således også reelt sikret skattnetralitet for denne transaktion.

6.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret*

Se afsnit 5.3. ovenfor herom.

7. Sammenfatning

På ovenstående grundlag er der dannet basis for at udlede visse generelle træk af retstilstanden. Det er påvist, at der i vid udstrækning er sikret en principiel neutralitet ved de forskellige koncerndannelsesmetoder. Undtagelsen hertil er forholdet omkring “uægte” spaltning. Men som det hertil bemærkes, er det ikke en nødvendig følge af enhedsteorien, at der bør indføres neutral behandling af sådanne transaktioner. Af denne årsag kan mulighedsens noneksistens ikke siges at udgøre alvorlige forstyrrelser i den generelle vurdering af neutralitetsbehandlings udstrækning ved koncernetablering. Ved behandlingen i delens specielle afsnit – neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – er de krav der fordres opfyldt før en begunstigende behandling kan forekomme, analyseret. Denne behandling vedrører såvel legislative som krav udspringende af praksis og der er fremført en vis kritik undervejs. Sammenfatningen skal i denne relation vurdere, hvorvidt det principielle udgangspunkt om sikret neutralitet fraviges i realiteternes verden. Kritisk er blevet fremhævet transaktionsomkostningernes hæmmende betydning (stempelafgift og aktieafgift), hvor der er blødt lidt op på forholdet gennem aktieafgiftens ophævelse ved samtlige omstruktureringer. Yderligere er påpeget visse mindre direktivafvigelser. En sådan er blandt andet den danske nationale krav om forudgående tilladelser fra Ligningsrådet. Gennem vedtagelsen L 87 vil der formentlig ligeledes blive blødt op herfor. Hertil kommer den danske ordning om selskabernes værdiansættelse af aktiver og passiver til den skattemæssige værdi ved

320. Jfr. *Bent Ramskov*: Koncernetablering ved aktieombytning og uegentlig fusion, Skatteorientering, S.8, 1997, s. 4.

tilførsel af aktiver. Dette fandtes stridende mod direktivets formål. Dog er det ikke muligt konkret at vurdere konsekvenserne heraf for skatteyderne og dermed hvilken virkning problematikken har på den principielle neutralitet. Men selvom neutralitetsbehandlingen kan siges at være truet af sådanne unilaterale dispositioner, er det mit skøn, at det ikke har afgørende betydning for reglernes funktion. Endelig er fremhævet visse fortolkningsvanskeligheder i regelsættet. Men dette har ikke neutralitetsforpurrende effekt.

Min samlede vurdering i relation til koncernetablering er følgende, at det principielle udgangspunkt tillige følges op i praksis og at skatteneutralitet er sikret gennem successionsprincippet. Da jeg ikke finder udpræget behov for indført neutral behandling af "uægte" spaltninger, er den samlede konklusion, at der er *stærk skatteneutralitet*³²¹ i forbindelse med den skattemæssige behandling af koncernetableringer.

Af det komparative islæt har vi set tilsvarende muligheder eksisterende i amerikansk føderal koncernskatteret. Da vore regler med få ønskede justeringer fungerer ganske godt og lader til at være nogle af de bedste skatteregler i det hele taget for koncerner, findes der ikke behov for at søge inspiration i den fremmede ret. Løsningerne lader til i store træk at være identiske. Det bemærkes, at man ej heller i amerikansk skatteret tillader neutral behandling af "uægte" spaltninger, hvilket jo netop kan støtte den nugældende model.

321. Det erindres, at der i afhandlingen benyttes en terminologi bestående af begreberne: svag, middelstærk og stærk skatteneutralitet til beskrivelse af reguleringens effekt.

Del IV Koncerneksistens

Hypotese #2: Koncerneksistens

Der kan ikke udsondres noget klart mønster på området for transaktioner i forbindelse med koncerners eksistens. På koncernskatterettens nuværende udviklingstrin er der kun foretaget legislative tiltag vedrørende transaktioner der er anset for værende særligt vigtige.

En række koncerninterne transaktioner udløser ordinær beskatning uden, at der tages hensyn til disses koncerninterne karakter. En sådan beskatning kan foretages i to lande, hvorfor skatteneutraliteten kan komme til udtryk gennem ophævelse af dobbeltbeskatning. Ligeledes er der ofte grundlag for korrektion efter arm's length princippet. Ved denne konstatering er der ligeledes basis for dobbeltbeskatning. Ophævelsen heraf er overladt til de specifikke tiltag der retter sig her imod.

Immaterielle aktiver

- *Ved afholdelse af F&U udgifter er der ikke sikret principiel neutralitet i transaktionen og det er essentielt for koncernerne at sikre markedsmæssighed i sine transaktioner. Efterfølgende er det op til gennemslagskraften i de afhjælpende transfer pricing midler at ophæve eventuel dobbeltbeskatning.*
- *Ved betaling af royalties og licenser er det ligeledes vigtigt med markedsmæssighed i transaktionerne. Tilsvarende er det op til de afhjælpende retsmidler at ophæve eventuel dobbeltbeskatning. For så vidt angår kildeskatter er der supranationalt principielt taget skridt i retning af en sikring af skatteneutralitet vedrørende koncerninterne overførsler af omhandlede karakter.*
- *Overdragelse af goodwill kan også være forbundet med såvel juridisk som økonomisk dobbeltbeskatning. Den juridiske dobbeltbeskatning afhjælpes dog af samme forhold som for andre omstruktureringer. Ophævelse efter korrektioner i indkomstgrundlaget er op til værdien af de hertil udformede retsmidler, jfr. straks nedenfor.*

Materielle goder

- *Der er for en umiddelbar betragtning ikke sikret neutralitet i forbindelse med koncerninterne overdragelser af materielle goder. Opnåelse heraf efter opstået dobbeltbeskatning som følge af vilkårskorrektion er endnu engang betinget af holdbarheden af de eksisterende afhjælpende retsmidler.*

Finansielle goder

- *Der er sikret skatteneutralitet for koncerninterne udbyttebetalinger.*
- *Rentebetalinger er delvis sikret skatteneutralitet ved at kildeskatterne søges fjernet. Men der kan ikke uhindret overføres midler gennem rentebetalinger uden korrektioner som følge. Afhjælpningen heraf er den samme om tidligere.*
- *Der er ikke sikret neutralitet i forbindelse med realisation af kapitalgevinster vedrørende koncerninterne fordringer og gæld eller handel med værdipapirer.*

Afskaffelse af dobbeltbeskatning gennem retsmidler til afbødning af transfer pricing korrektioner

- *Dette område er som nævnt fælles for de fleste behandlede transaktions typer. Gennem de eksisterende retsmidler af sådan afhjælpende karakter er der sikret principiel neutralitet, på trods af visse begrænsninger i reguleringen.*

Underskudsoverførsel

- *Principielt er der sikret betydelig grad af neutralitet i forbindelse med mulighederne for at overføre underskud.*

Underskudsmedregning

- *Ligeledes er der med underskudsmedregningsmulighederne sikret skatteneutralitet i underskudssituationen. Der er her tale om en temmelig vidtgående udstrækning af enhedstankegangen.*

Koncernbidrag, tilskud o.lign.

- *Ved betaling af sådanne ydelser eksisterer der ikke skatteneutralitet.*

1. Indledning

Efter selve etableringen af et koncernforhold er det evident, at der kan – og vil – forekomme transaktioner mellem de nu koncernforbundne parter i koncernens levetid. Det er de hovedkategorier af tænkelige relevante koncerninterne dispositioner der i det følgende skal behandles. Det skal undersøges hvordan de givne forhold reguleres og herefter vurderes hvorvidt neutralitetsbehovet er tilgodeset gennem reglerne. Er dette tilfældet skal reguleringens baggrund og formål tillige granskes.

2. Overskudsgivende drift

2.1. Immaterielle aktiver

2.1.1. Afholdte F&U udgifter

2.1.1.1. Almindeligt led

Det er i koncernforhold ofte forekommende, at der af enkelte koncernenheder afholdes udgifter til forskning og udvikling og at frugten heraf stilles til rådighed for den samlede koncern mod eller uden vederlag. Problemer vedrørende den skattemæssige accept heraf opstår, når der ikke ydes et markeds-mæssigt ækvivalerende vederlag og herunder når samme helt udebliver. Der er således tale om en afkrog af transfer pricing problematikken³²². Dette afsnit skal ses i tæt tilknytning med næstfølgende vedrørende royalty/licensbetalinger og handel med immaterielle rettigheder, idet de fleste af sådanne rettigheder udspringer af den præsterede forsknings- og udviklingsindsats.

For en helt overordnet kommentar er temaet her jo som bekendt skat-teneutralitet, og spørgsmålet er da hvordan eksistens heraf kan forestil-les at forekomme? For at opnå skatteenutralitet må koncernen opfattes som en enhed (og ikke separat- entityorienteret) – altså enterpriseorien-teret, hvorved afholdelse af F&U udgifter afholdt i den samlede kon-cerninteresse, uanset vederlagsfri tilrådighedsstillelse, skattemæssigt blev behandlet som tilfældet er for selvstændige skatteretssubjekter³²³. Argumentationen, som retspolitisk af natur, skal forlades nu for at ven-de tilbage hertil. Der eksisterer ikke skatteregler der umiddelbart tillader en sådan holistisk opfattelse af koncernudgifter, hvorfor vi mere prag-matisk må se på hvad der i stedet er gældende og hvorledes neutralitets-virkninger i øvrigt kan fremkomme. Dog bemærkes, at korrektioner i koncernernes indkomstgrundlag tillige er udtryk for neutralitet men ikke i den forstand der relaterer sig til koncernrettigheder.

I tilfælde hvor det af skattemyndighederne bliver fundet kritisabelt, at der afholdes F&U udgifter ét sted i koncernen til fælles brug (eller sågar direkte til brug for andre selskaber i koncernen end udgiftsholder) uden tilstrækkelig (om nogen) modydelse, kan der ske korrektion af ind-

322. Der er som nævnt efter udarbejdelsen af denne afhandling fremkommet en mono-grafi af *Jan Pedersen* over emnet, *Transfer Pricing – i international skatteretlig be-lysning*, 1998.

323. Efter dansk ret er der fradrags- eller afskrivningsmulighed for forsøgs- og forsk-ningsudgifter afholdt i tilknytning til erhverv eller for grundforskning, jfr. LL § 8B. Disse regler berøres ikke af eventuelle transfer pricing korrektioner af indkomstop-gørelsen.

komstopgørelsen og dermed af skattebetalingen. Sådanne korrektioner har hjemmel ikke kun i dansk skatteret men tillige i de fleste dobbeltbeskatningstraktater, såvel danske som øvrige europæiske. Der findes (endnu) ikke supranationale forskrifter vedrørende korrektioner af koncernintern handel³²⁴. National korrektionshjemmel findes i SEL 12's nye afløser i LL § 2, suppleret af ny SEL § 11 om tynd kapitalisering, se herom nedenfor i afsnit 2.3.2.³²⁵ Baggrunden for den nye bestemmelse er den i afsnit 2.3.2. omtalte nye praksis ved blandt andet TfS 1998.199 H, hvorefter hjemmelsgrundlaget til rentefiksering blev anfægtet. Af hensyn til at afklare usikkerhederne generelt omkring korrektion i indkomstgrundlaget ved transaktioner mellem interesseforbundne parter (kontrollerede transaktioner), er der nu fastsat en klar hjemmelsbestemmelse vedrørende arms længde princippet. Det er klart, at man ved LL § 2 ikke har tilsigtet en ændring af den materielle regulering (for koncerner³²⁶) men blot har tilsigtet at få genindført mulighed for rentefiksering efter den modgående højesteretsdom, jfr. bemærkningerne s. 4. Derfor er beskrivelsen nedenfor af de skattemæssige virkninger af manglende markedsmæssighed i kontraheringen identisk med en beskrivelse af retstilstanden før lovændringen. Derimod er der tidligere i år (1998) tillige indført yderligere dokumentationskrav ved L 84 (lov nr. 131 af 25.2. 1998) i SKL § 3 B. En af hovedbegrundelserne for L 101 udgøres af denne lov, idet forudsætningen for L 84 var en i princippet hjemlet korrektionsadgang hvortil L 84 skulle give bedre muligheder i transfer pricing-sager ved en forøget dokumentationsbyrde for skatteyderne. Denne forudsætning faldt ved TfS 1998.199 H, hvorfor den ny LL § 2 var en nødvendighed for de danske skattemyndigheder, og sikrer nu materielle regler der eksisterede ved vedtagelsen af lov, nr. 131 25.2. 1998, jfr. bemærkningerne s. 4. I hovedtræk indebærer SKL § 3 B, at udenlandske skatteydere (og også danske efter Skatteministeriets opfattelse) ved selvangivelse skal afgive oplysninger om arten og omfanget af koncerninterne transaktioner samt udfærdige og opbevare den skriftlige dokumentation. Den skriftlige dokumentation skal være af en sådan art,

324. Kommissionen har dog "leget" med tanken. Se blot *Bull. Supp.* 15/75, s. 9f og handlingsprogrammet for beskatning KOM (75)391, men har siden forladt ideen idet man endnu ikke finder forholdene klar til direkte harmonisering. Gennemførelse af materiel fælleseuropæisk transfer pricing regulering er da også én af Ruling udvalgets anbefalinger.

325. Som indført på baggrund af L 101 ved lov. nr. 432 af 26.6. 1998. Denne lov ophæver, jfr. § 2, stk. 2 SEL § 12, stk. 1 og 2.

326. Idet der erindres om LL § 2's videre sigte, idet der er tale om en generel fastsættelse af arm's length princippet gældende for såvel fysiske som juridiske personer og faste driftssteder.

at den er egnet til at danne grundlag for en vurdering af, om priser og vilkår er fastsat på armslængdevilkår³²⁷. Yderligere betyder ændringen en udvidelse af SKL's fristregler. Skattemyndighedernes tidsmæssige adgang til at foretage korrektioner vedrørende de kontrollerede transaktioner forlænges med 2 år til 6 år, jfr. skattestyrelseslovens § 35, stk. 1, 4. pkt. Til gengæld ophæves tidsbegrænsningen for de skattepligtiges mulighed for en genoptagelse af skatteansættelsen som følge af en udenlandsk skattemyndigheds transfer pricing-regulering – dvs. i de tilfælde, hvor der i Danmark foretages en såkaldt *korresponderende nedsættelse*³²⁸. Formålet med ændringer i SKL § 3 B er *at* indføre en yderligere oplysningspligt, *at* præcisere skatteydernes dokumentationspligt om hvorledes de har prisfastsat, *at* præcisere, at de sædvanlige bevisbyrderegler også gælder i transfer pricing sager *samt* endelig at forlænge ligningsfristen. SKL § 3 B og LL § 2 henviser for det relevante kontrolbegreb til SEL § 32 om tvungen sambeskatning. Dette indebærer nu, jfr. LL § 2, stk. 2, 1. pkt., at der er tale om kontrol hvor moderselskabet direkte eller indirekte ejer mindst 50% af aktiekapitalen i datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i datterselskabet, jfr. SEL § 32, stk. 1³²⁹. Ved koncernforbundne selskaber forstås efter bestemmelserne juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer, jfr. KGL § 4.

Herefter er spørgsmålet nok om der i realiteten er sket en ændring i bevisbyrden således er der nu tale om en egentlig omvendt bevisbyrde. Efter tidligere praksis og fortolkningstraditioner var der ikke megen tvivl om bevisbyrdens placering idet denne ganske utvetydigt var hos skattemyndighederne³³⁰ selvom der ikke i SEL § 12 var gengivet noget herom³³¹. Det er klart, at den indførte forøgelse i dokumentationspligten var tiltænkt som et tiltag der skulle sætte liv i korrektionerne igen efter den næsten totale fallit siden oliesagerne i 1980'erne. Det påpeges i forarbejderne, at bevisbyrden skal normaliseres så det ikke længere kun er skattemyndighederne der skal løfte bevisbyrden. Der findes nogle autoritative retningslinier i Cirk. 84 af 15.5. 1998 blandt andet om hvordan dokumentationskravene i praksis skal udmynte sig. Det kunne postuleres, at skatteyderne kan siges at være underlagt en omvendt bevisbyrde, idet der herved skal tilvejebringes et betydeligt dokumentationsmateriale for at undgå korrektive indgreb³³². Man burde med cirkulæret dog vide præcist hvad der kræves og hvad der kan kræves³³³. Her overfor kommer efter min vurdering det forhold, at den formulering der findes i LL § 2 set i forhold til § 12 giver det indtryk, at man nu ikke

327. Denne del af den nye lovgivning har virkning fra og med 1.1. 1999.

længere ønsker at bestemmelsen skal kunne fortolkes således at det er op til myndighederne at påvise at de indeholdte kriterier er opfyldt. Dавærende SEL § 12 lod det ved sin formulering klart udtrykke, at det var skattemyndighederne der skulle henføre indkomst efter arm's length princippet (der var pligt hertil, såfremt bestemmelsen kunne finde anvendelse). LL § 2 derimod benytter en anderledes formuleringsteknik; hvor det hedder "*Skattepligtige, der...*[kontrollerer/kontrolleres] *skal*

-
328. Se herom *Anders Oreby Hansen* i SU 1997.331, *Jørgen Juul Andersen* i SU 1998.77 og *Jens Christian Grejs Svølgård* i SR-skat 1998.102 og samme i Tax Management Transfer Pricing Report, 20. maj 1998, s. 47ff. Reglerne postuleres af *Erik Werlauff* stridende mod den grundlæggende EU-ret (art. 6, 52 og 58) i SU 1997.330. Særligt 5 forhold påpeges; (1) at der er udvidet selvangivelsespligt ved transaktioner med udenlandske selskaber, men ikke ved transaktioner med indenlandske, (2) der er udvidet dokumentations- og opbevaringspligt ved transaktioner med udenlandske selskaber, men ikke med indenlandske, (3) at der bliver meget betydeligt arbejde med dokumentation af prislefastsættelsen ved handel med udenlandske, men ikke med indenlandske selskaber, (4) at der er udvidede muligheder for skønsmæssig korrektion m.v. ved handel med udenlandske, men ikke med indenlandske selskaber. (5) At der gælder udvidede fristregler for korrektion ved transaktioner med udenlandske selskaber i forhold til fristen ved handel med indenlandske selskaber. Denne argumentation modgås af skatteministeren i SU 1998.44. Det medgives her, at der nok er tale om forskelsbehandling, men at der ikke herved foreligger traktatstridig diskrimination. Ligeledes påpeges, at det er nødvendigt, at der er tale om en forskelsbehandling af sammenlignelige forhold, der ikke er sagligt begrundet i objektive forskelle, og som har en virkning svarende til diskrimination begrundet i nationalitet. Disse udsagn søger skatteministeren følgelig påvist ved at fremhæve det manglende incitament til forvridding at afregningspriser for nationale koncerner samt at det er nemmere at få indsigt heri hvorfor behovet for en udvidet oplysningspligt ikke er til stede, og kravet dermed er begrundet i saglige hensyn. Fristforlængelsen forklares med transaktionernes typiske meget komplicerede natur. Ligeledes fremhæves EF-domstolens tilladelse i praksis til at håndhæve en effektiv skattekontrol samt til præmisserne i *Singer* (sag C-250/95) hvor netop dokumentation med klarhed og præcision tillades krævet fra medlemsstaterne. Efter skatteministerens opfattelse er dette sidste netop hvad der sker med L 84. Sluttelig henvises til det forhold, at der i den indgående adfærdskodeks af 1.12. 1997 er henvist til OECD's Guidelines, og da dokumentationskravene er udformet i overensstemmelse hermed ses endnu et argument for reglernes traktatoverensstemmelse. Min vurdering af reglen er, at den befinder sig tydeligt i grænselandet, men at det eventuelle udfald ved EF-Domstolen vil afhænge af de politiserende vinde der blæser i dette instans og derfor at resultatet ikke så let lader sig forudsige (hvor vovet tør Domstolen at være?). *Karsten Engsig Sørensen* finder i SU 1998.320, s. 595f, på baggrund af EF-domstolens afgørelsen i sagen *ICI*, sag. C-264/96, at medlemsstaterne må indrette deres værneregler således, at de alene rammer de arrangementer, der tilsigter skatteunddragelse. Der kan ikke generaliseres på en sådan måde, at værnereglerne rammer virksomheder allerede fordi de har aktiviteter i udlandet.
329. Vedrørende CFC-beskatningen efter § 32 er kravet dog nedsat til 25% af aktiekapitalen men stadig 50% af stemmerne i datterselskabet.

ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst anvende priser og vilkår for handelsmæssige transaktioner ... i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter". Herved synes bestemmelsen at have fået et ganske andet præg og lader til at være rettet mod skattesubjekternes selvangivelse og ikke som tidligere mod myndighedernes ligning. Der er intet nævnt om forholdet i lovens motiver og da bestemmelsen, ny som den er, er ganske uprøvet, kan det ikke siges hvilken fortolkning der har formodningen for sig. Det ville dog være en kærkommen løsning for myndighederne, hvis således der både var indført en forøget dokumentationsbyrde til kompensation for bevisbyrdens retning, og der nu tillige blev lusket en bestemmelse ind af bagdøren der efter sin ordlyd kan fortolkes som indeholdende en forrykket bevisbyrdefordeling i forhold til tidligere. Det lader også til, at resultatet er forudsat andre steder i litteraturen, idet det tillige er blevet fremført, at selvom der med SKL § 3 B, stk. 5 er søgt foretaget en ændring af bevisbyrden efter SEL § 12, så er det tvivlsomt om der med bestemmelsen er skabt fornøden hjemmel for udvandingen af SEL § 12, jfr. *Anders Oreby Hansen* i SU 1997.331. SKL § 3 B, stk. 5 henviser til lovens § 5, stk. 3 hvorefter der ved manglende opfyldelse af dokumentationspligten kan ske skønsmæssig ændring af indkomstopgørelsen. Herved bestyrkes antagelsen om dokumentationskravenes bevismæssige styrke, idet manglende opfyldelse vil medføre skønsmæssig skatteansættelse. Det vil være dybt betænkeligt såfremt det tillige har indgået som en overvejelse bag L 101 at der gennem LL § 2 skulle ske ændring i bevisbyrden, uden at der gøres bemærkninger herom. Det modsatte er endda forudsat ved Folketingets Skatteudvalgs behandling af lovforslaget hvor særlig Venstre, Det Konservative Folkeparti og Centrumdemokraterne lagde vægt på, at der ikke skulle ske en ændring af bevisbyr-

-
330. Dog med mulighed for bevismæssig skadevirkning ved nægtelse af at afgive også ikke pligtmæssige oplysninger, jfr. SD-revisionsmeddelelse 85-1, s. 4 og 9 samt de udtrykkelige præmisser i TfS 1987.60 Ø samt de almindelige regler om fri bevisbedømmelse i rpl § 344.
331. Jfr. herom FOB 1973, nr. 52, s. 224ff, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1997, s. 425ff, *Leif Weizman*: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 373f, *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 329 og samme i Skatteretten 2, 1995, s.446ff, og *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 227.
332. Det anerkendes af *Leif Weizman*: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 374, at en omfattende oplysningspligt reelt vil medføre en omlægning af bevisbyrden, hvilket netop var det Højesteret lader til at have villet undgået med BP-dommen i TfS 1988.292 H.
333. Lovens motiver taler om "summeriske" oplysninger, men ikke nærmere hvad der ligger heri.

dereglernerne. Yderligere forudsættes en bevarelse af bevisbyrdens placering i bemærkningerne til L 84 s. 6.

Min vurdering er at med hele regelkomplekset i erindring lader det unægtelig til at være sket en ændring af bevisbyrden, men det vil være forkert at gå så som til at sige, at der er sket en 180° vending heraf. Hertil kommer det meget vigtige forhold, at nok er bevisbyrden ikke vendt, men det lader unægtelig til at der kræves noget mindre for at løfte den fra skattemyndighedernes side, et forhold der skønnes af overordentlig stor fremtidig betydning. Samtidig er der med den seneste udvikling er skabt et betydeligt våben for skattemyndighederne, selvom dette endnu ikke i internationalt perspektiv forekommer synderligt restriktivt.

På det folkeretlige område findes tilsvarende bestemmelser i OECD's modeltraktat art. 7 og 9 samt særbestemmelserne i renter og royalties, art. 11 og 12. Yderligere findes der autoritative metodeanvisninger i OECD "Transfer Pricing Guidelines"³³⁴ der specifikt på dette område har afsnit om immaterielle aktiver (kap. VI), om koncerninterne serviceydelser (kap. VII) og om omkostningsfordelingsaftaler (kap. VIII).

Med henvisning til dette gældende retsgrundlag skal retsfølgerne for koncerner følgende beskrives. Jeg vælger at anskue situationen således, at der principielt kan forekomme tre hovedkategorier: Moderselskab afholder udgifter for datterselskab, datterselskab afholder udgifter for moderselskab og søsterselskab afholder udgifter for søsterselskab. Der bør gøres opmærksom på, at jeg ikke i denne afhandling giver nærmere anvisninger på forebyggelsesmuligheder (eksempelvis gennem rette fordelingsprincipper el. lign.), metodeanvendelse (i form af CUP, RPM, CPM, PSM eller TNMM), dokumentationskrav eller praksis, men ude-

334. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Authorities, OECD, 1995, senest opdateret februar 1998 med afsnit om indhentning af praktisk erfaring samt praktiske eksempler. Ved de nye danske transfer pricing dokumentationskrav, jfr. SKL § 3B mv. på baggrund af L 84 er det interessant at observere, at dele af netop OECD's Guidelines er aftrykt i forarbejderne og har fået retskildemæssig status svarende til forarbejder. Dette er en væsentlig opgradering i forhold til tidligere, hvor der kun var tale om retningslinier, om end autoritative, der ikke havde den store retskildemæssige værdi i dansk ret (men dog alligevel udgjorde anerkendte fortolkningsbidrag til nationale transfer pricing bestemmelser). Efter forarbejderne skal myndighederne modsat skatteyderne have tid til at indsamle erfaringer inden udarbejdelsen af retningslinier til den praktiske anvendelse af de nye regler. Et cirkulære er netop udsendt 15.5 1998, TS-Cirk. nr. 84. Cirkulæret ophæver pkt. 46 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 og foretager i stedet henvisning til lov. nr. 131. En ulempe ved Guidelines er, at de har mere diskuterende og problemorienterede karakter end egentlig normativ.

lukkende beskriver hovedindholdet af den materielle skatteret vedrørende korrektion, m.h.b.p. en neutralitetsvurdering af reglernes virkning og baggrund.

Skattemyndighedernes opfattelse er på dette område kommet til udtryk i Rev.Med. 1983-3 afsnit 4.3., s. 11. Heri ytres, at man tillægger det væsentlig betydning hvorvidt der kan dokumenteres "*reel nytte*" for de parter der afholder F&U udgifter, og der må sikres, at kun udgifter som virkelig vedrører forskning og udvikling udført i deltagernes interesse debiteres disse. Ved implementeringen af Guidelines er dette standpunkt antageligvis ikke ændret betydeligt.

Såfremt et moderselskab afholder F&U udgifter til fordel for dets datterselskab kan der udløses korrektion af indkomstopgørelsen hos begge parter. Moderselskabet der afholder udgifter får ikke fradrag, idet udgiften måske kan klassificeres som værende et udslag af dets aktionærinteresse. Det modtagende datterselskab er som udgangspunkt skattepligtigt af begunstigelsen, men kan modificeres af yderligere fradragsret for datterselskabet.

I situationen hvor et datterselskab afholder udgifter til fordel for moderselskabet, kan der indtræde en situation en kende anderledes end foranstående. Baggrunden herfor er, at betalinger fra datter til moder kan opfattes som udbyttebetalinger, og som det belyses nedenfor i afsnit 2.3.1. er udbyttet fra datter til moder under visse betingelser skattefrit. Normalt vil moderselskabets indkomst forhøjes med den manglende indtægt som tilført fra datterselskabet, mens datterselskabets indkomst ligeledes forhøjes. Men opfyldes kriterierne for modtagelse af skattefrit datterselskabsudbytte eller antager afholdte udgift fradragsberettiget karakter for moderselskabet i Danmark (måske efter LL § 8 B), kan der samlet set opnås en neutral behandling. Reglerne om skattefrit datterselskabsudbytte neutraliserer moderens udbyttebeskatning, mens den yderligere fradragsret giver en fordel tilsvarende til mérbeskatningen af datterselskabet. Reglerne om skattefrihed for datterselskabsudbytte tager udgangspunkt i det såkaldte moder/datterselskabsdirektiv 90/435/EØF og i rent nationale regler (både implementeringsregler og præeksisterende). Ligeledes influerer modeltraktaten gennem art. 10 på kildebeskatningsfordelingen i områder, der ikke er dækket af moder/datterselskabsdirektivet. Reglerne behandles infra afsnit 2.3.1.

Når et søsterselskab afholder udgifter for andre søstre i koncernen, bliver følgen korrektiv. Det begunstigende selskab beskattes af den således

modtagne fordel, mens det andet selskab beskattes af den manglende indtægt. Det begunstigede selskab kan dog have fradrag for den henførte udgift hvorfor nettovirkningen for dette selskab kan blive 0 og beskatningsbyrden i stedet rammer det begunstigende søsterselskab³³⁵.

Virkningen af just nævnte korrektive indgreb kan være økonomisk dobbeltbeskatning³³⁶. Såfremt det antages at ensidig vederlagsfri tilrådhedsstillelse af resultaterne fra foretaget F&U er i overensstemmelse med enhedstankegangen, bliver spørgsmålene til besvarelse efterfølgende hvordan man i det mindste undgår økonomisk- og juridisk dobbeltbeskatning. Skatteneutralitet blev indledningsvis defineret til også at dække afskaffelse af sådan dobbeltbeskatning, hvorfor en undersøgelse af mulige hertil befordrende retsinstitutter kunne være passende. Dog har en sådan beskrivelse ikke specifik tilknytning til afholdelse F&U udgifter, men derimod mere generel karakter og har derfor fundet plads i et selvstændigt afsnit. Blot skal det nævnes, at der med inspiration i modelbeskatningsoverenskomstens art. 9(2), og 25 samt gennem den fælleseuropæiske voldgiftskonvention 90/436 kan ske ophævelse af dobbeltbeskatning for de omhandlede koncerner, men mere herom nedenfor i afsnit 2.4.

Som det turde være fremgået foreligger der ikke umiddelbart neutralitetsvirkning i den skattemæssige behandling af afholdelse af udgifter for andre koncernselskaber eller intention bag disse regler³³⁷. Det kan afsløres, at dette næppe heller havde været ventet, men som det ligeledes er fremkommet, er der visse muligheder for opnåelse af skatteneutralitet. Disse relaterer sig hovedsageligt til reglerne om skattefrit datterselskabsudbytte og eventuel mulighed for undgåelse af dobbeltbeskatning gennem eksisterende retsinstitutter til afbødning af transfer pricing korrektioner. Begge disse regelsæt skal selvstændigt behandles nedenfor og kan ikke siges at karakterisere netop afholdelse af F&U omkostninger, hvor-

335. Det er uklart om en afholdt ydelse der siden henføres til S1 kan være fradragsberettiget gennem LL § 8 B.

336. Der kan begribeligvis gøres meget for at undgå sådanne. Grundlæggende bør der ske en fordeling af udgifterne mellem koncernselskaberne på grundlag af den nytteværdi, resultaterne forventes at bibringe de enkelte selskaber. Hertil fordres fastsat en passende fordelingsnøgle, jfr. herom *Helmut Becker* i SU 1993, 240 og *Anders Oreby Hansen* i SU 1997, 331 samt *Ria Falk*: *Transfer Pricing*, 1997, s. 101ff samt endelig omtalte Guidelines kap. VII om "Cost contribution arrangements".

337. Det bør naturligvis erindres, at regler der sikrer skatteneutralitet ikke har til formål at undtage fra skattepligt, men derimod at sikre, at det ikke bliver skattereglerne der er af afgørende indflydelse på valg af organisationsform.

for dette afsnits bidrag til en generel neutral koncernbeskatning bliver af beskeden karakter.

2.1.1.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Ovenstående behandling har vist, at nok er der ikke neutralitet men en tilsvarende virkning kan opnås gennem kvalificering af transaktionen som skattefrit datterselskabsudbytte. Et sådant udfald er ikke særegent for afholdelse af F&U-udgifter men mere generelt. Der henvises derfor til nedenstående afsnit 2.3.1. hvor en samlet behandling af udbyttebetalinger er foretaget. Tilsvarende bemærkninger gør sig gældende for det tilfælde, hvor der er foretaget transfer pricing korrektion efter ovenstående retsgrundlag, idet ophævelsen af den heraf muligt følgende dobbeltbeskatning er overladt til midler af mere generel karakter og følgelig behandlet infra afsnit.2.4.

Skatteyderne kan selv gå langt i bestræbelserne på at undgå korrektioner. Grundlæggende bør der ske en fordeling af udgifterne mellem koncernselskaberne på grundlag af den nytteværdi resultaterne forventes at indbringe de enkelte selskaber. Hertil fordres fastsat en passende fordelingsnøgle³³⁸. Yderligere kan det stedse anbefales at spille med åbne kort og sikre den fornødne dokumentation for markedsmæssigheden af givne transaktioner.

Den måde hvorpå der kunne skabes neutralitet i beskatningen ved koncernintern afholdelse af F&U udgifter fordrer en ændret koncernopfattelse i det hele taget. Den ændrede opfattelse ville medføre, at der ikke udløstes beskatning af transaktioner så længe de var afholdt i den samlede koncerns interesse. Beskatning kunne herefter først komme på tale når det resulterende aktiv ville forlade koncernsfæren og indtil da ville transaktionen ikke være skatterelevant. En rent dansk ordning af sådan karakter er ikke realistisk, idet landet da ville imødegå betydelige provenutab. Men en ordning som foreslået i del VII for hele EU ville mellem disse stater ceteris paribus være provenuneutral idet det blot ville ændre opgørelsesmetoden men i øvrigt udgøre en vanlig indkomstopgørelse blot på unionsniveau og med en ændret koncernanskuelse. Afholdelse af F&U udgifter uden tilsvarende nytteværdi er i bund og grund en måde at yde koncerntilskud på. Faren for manipulationer med afregningspriserne, ved det nye koncernsystem, ville, jfr. del VII formindskes betydeligt idet der simpelthen ikke ville findes det samme incitament til flytning af profit mellem lande i EU. Det skal dog også klart understreges, at en sådan ordning ikke bør eller kan gennemføres, så længe der eksisterer

338. Jfr. herom *Helmut Becker* i SU 1993.240, *Anders Oreby Hansen* i SU 1997.331 samt *Ria Falk*: Transfer pricing, 1997, s. 101ff.

skattemæssige incitamenter til flytning af profit mellem forskellige europæiske skattejurisdiktioner. Det er formentlig også i denne konstatering, at begrundelsen for at der oftest i koncernbeskatningen indføres regulering der skaber neutralitet ved at søge at dæmme op for skatteplanlægning i stedet for at tildele rettigheder. Politisk modvilje vil nok også ganske givet gøre et sådant projekt utopisk, hvorfor vi må sikre effektiviteten af de eksisterende muligheder. I denne relation er det vigtigt, at retsmidlerne til ophævelse af dobbeltbeskatning i det mindste fungerer, hvilket nok ikke kan besvares bekræftende i dag.

2.1.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

USA er i global sammenhæng førende på transfer pricing området, og er derved det land der har været størst bidragsyder til de nugældende transfer pricing Guidelines fra OECD. Kendetegnende for de føderale amerikanske regler er, at de anses for meget restriktive. Dette skyldes først og fremmest en omvendt bevisbyrde, men dette suppleret af udbredt brug af avancebaserede metoder³³⁹, omfattende dokumentationskrav³⁴⁰ og betydelige bødesanktioner ved overskridelser³⁴¹. Korrektionshjemmelen findes i IRC Sec. 482 der er meget kortfattet og knæsætter arm's length princippet. De øvrige og meget vigtige reguleringstiltag befinder sig i tilhørende regulations³⁴². Bestemmelsen finder anvendelse ved såvel nationale som internationale transaktioner. En kontrolbetingelse fordres opfyldt, og denne omfatter såvel direkte som indirekte ejerskab og kontrol, og dermed de facto kontrol. De folkeretlige korrektionsbestemmelser befinder sig på vante sted i USMDBO nemlig i art. 9(1) og art. 7(2).

Specifikt i relation til afholdelse af udgifter og fordeling heraf findes der efter amerikansk skatteret en selvstændig regulation herom³⁴³. Heri fastslås de nærmere retningslinier for udfindelsen af acceptabilitet i fordelingen af omkostninger, herunder bl.a., at den omkostning der henfø-

339. Herunder comparable profits method (CPM) der ganske nøje tilsvare OECD's transactional net margin method (TNMM).

340. Blandt andet skal skatteyderne stedse ligge inde med beregninger efter den bedst anvendelige prisfastsættelsesmetode; jfr. "best method rule".

341. Kan udgøre 20% eller 40% af det korrigerede beløb afhængigt af absolut og relativt korrektionsbeløb. Se også afsnit 2.4. i del IV med litteraturhenvisninger. Se yderligere *Paul R. McDaniel & Hugh J. Ault: Introduction to United States International Taxation*, 1998, s. 153.

342. De endelige blev udstedt i 1994, Treas. Reg. § 1.482.

343. Treas. Reg. § 1.482-7, med virkning fra 1.1. 1996 og ændret med virkning fra 13.5. 1996. Oplysninger herom findes på IRS's hjemmeside på internettet: www.irs-ustreas.gov/prod/cover.html.

res nøje skal tilsvare den modtagne fordel. Der er således næppe tvivl om, at der eksisterer korrektionsmulighed på dette område i amerikansk føderal koncernskatteret.

Der kan efter valg foretages et enten 5- eller 10årig amortiseret fradrag F&U udgifter, jfr. Sec. 174(b) og 59(e).

For en gennemgang af mulighederne for ophævelse af økonomisk dobbeltbeskatning henvises til afsnit 2.4.3.

2.1.2. Betalinger vedrørende koncessioner, patenter, varemærker samt lignende rettigheder (royalties eller licenser) og handel med disse

2.1.2.1. Ratio legis – almindeligt led

Dette afsnit omhandler ydelser for benyttelse af immaterielle rettigheder der passerer koncerninternt og handel med selve det intellektuelle gode³⁴⁴. I det følgende bruges begrebet *royalty* om betalinger udspringende af en licensaftale for den her igennem tilrådighedsstillede industrielle rettighed³⁴⁵. Det anvendte begreb dækker i denne sammenhæng tillige over begrebet licens eller brugsafgift, idet det findes hensigtsmæssigt med én samlet betegnelse³⁴⁶. Da skatteretten bruger royalty som begreb er dette altså valgt som betegnelse i denne sammenhæng³⁴⁷.

For mig at se er der i hvert tilfælde to problemstillinger tilknyttet royalties og handel med det underliggende immaterielle aktiv. (1) Først er der anledning til at anskue problemer omkring transaktionernes markedsmæssighed- altså gennem armslængde briller, (2) dernæst bør der dvæles ved de hindringer dobbelt kildebeskatning af royaltybetalinger udgør for grænseoverskridende aktivitet.

Hvad angår førstnævnte spørgsmål, har dette været selvstændig genstand for et kapitel i Transfer Pricing Guidelines, kap. VI fra marts

344. Begrebet immaterielle aktiver er i Rev.Med. 1983-3, s. 10 og i Guidelines VI, afsnit 2-3 defineret som ejendomsretten til patenter, know-how, varemærker, design og modeller samt ophavsrettigheder (copyrights). Se ligeledes *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret*, 1996 og *Palle Bo Madsen: Markedsret*, Bind 2, s. 17. I regnskabsretten behandles som immaterielle anlægsaktiver hovedposter der i alt væsentligt svarer til dette afsnits opbygning, herunder også goodwill. Netop goodwill holdes ude fra de nævnte skatteretlige fremstillinger.

345. Eksempelvis et patent, en varemærkeret eller en know-how. Jfr. herom *Jens Fejø: EU-konkurrenceret*, 1997, s. 247.

346. At der findes andre typer af betalingsordninger vedrørende brugen af immaterielle rettigheder er mig bekendt, men sådanne, som eksempelvis *lump sum payment* kombineret med visse mindre løbende ydelser, skal ikke inddrages.

347. For en konstateret stigning i brugen af royalties mv. i skattemæssig sammenhæng, se *Sv. Allan Jensen og Erna Christensen* i SU 1992.73 specielt s. 68.

1996³⁴⁸. Heraf kan udledes, at immaterielle aktiver er særdeles vanskelige at prisfastsætte grundet disses unikke natur. Helt grundlæggende benyttes også her den såkaldte *nytteprøve*, hvorefter bl.a. betalinger skal være til betalerens *reelle nytte*³⁴⁹. Der er tale om helt traditionelle korrektionsmuligheder for skattemyndighederne, med samme hjemmel, dog med visse vanskeligheder ved vurderingen af rettighedernes sande værdi. Dette gælder både i relation til royaltysatsen og prisen ved overdragelse af selve aktivet. Konsekvensen for virksomhederne kan, såfremt der ikke dokumenteres realitet i rettighedserhvervelsen eller ved ændring i beløbstørrelsen heraf, være en nægtelse af at anerkende royaltydelserne som driftsomkostninger, og engangsudgifter vil ikke kunne afskrives. Hermed kan koncernerne igen være udsat for mulig dobbeltbeskatning og dermed overladt i kløerne på eksisterende afhjælpende retsinstitutter. Igen må der for en behandling af disse, henvises til infra afsnit 2.4.

Et andet problem der relaterer sig til koncerninterne betalinger af royaltydelser (hvad enten prissat armslængemæssigt eller ej) er kildebekatning heraf. Vedrørende netop royaltykildebekatning havner fremstillingen i en triangulær beskrivelse af den internationale skatteret. Vi opererer med såvel unilaterale, bi-, multilaterale og supranationale regler på området. De danske regler har ikke neutralitetssigte men er derimod indsat med provenuskabende funktion. Baggrunden har følgelig ikke interesse i denne sammenhæng. OECD's modeloverenskomst løser principielt dobbeltbeskatningsproblemet gennem art. 12. Baggrunden herfor er de gængse overvejelser som nærmere gennemgået i del II afsnit 2.2. om ophævelse af dobbeltbeskatning m.v. Endelig findes der supranationale tiltag på området ved et direktivforslag KOM (1998) 67³⁵⁰. Baggrunden herfor er tydeligt indførelse af skatteneutralitet ved kon-

348. Hvilket er et meget diskuterende og orienterende kapitel men ikke indeholdende normative udsagn til brug for skattemyndigheder og skatteydere. Den konkrete retskildemæssige værdi af dette kapitel forekommer herefter begrænset, hvorved værdien må fremkomme ved selve diskussionen af typeeksempler, hvor problemer kan forekomme omkring immaterielle aktiver. Skatteydere bør ikke lade indgreb overfor typer af omhandlet art komme som en overraskelse og bør følgelig indrette sig herefter. Se også *Ulrik Fleischer-Michaelsen* i SU 1996.348 for en konstatering af afsnittets retskildemæssigt begrænsede værdi.

349. Trods sparsom dansk praksis har denne test vundet tilslutning, jfr. LSR 1983.90 (royalty på softwareudnyttelse) og TfS 1992.395 H (UfR 1992.560 H). I Danmark anvendes udtrykket *reel nytte*, mens der i Guidelines nye afsnit opereres med ordene *forventet nytte*. Jeg ser ikke substantiel forskel heri.

350. Forslag til Rådets direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede virksomheder i forskellige medlemsstater.

cerninterne rente- og royaltybetalinger. De betragtninger der kommer frem i det følgende relaterer sig naturligvis til royaltyproblematikken, men da direktivudkastet tager sigte på såvel renter som royalties, skal formåls- baggrundsbetragtningerne have in mente ved læsning af rentebetalingsafsnittet (infra afsnit 2.3.2.) og henvisning nedenfor til nærværende afsnit må derfor tolereres.

Direktivudkastets ratio³⁵¹ er et ønske om fjernelse af de forvridninger der fortsat eksisterer i Det Indre Marked gennem dobbeltbeskatning. Forvridningernes eksistens er indset af Rådet. Kommissionens skattestrategi formuleret i *Retningslinier for selskabsbeskatning* SEK(90) 601, påpeger da også som ét af målene med det indre marked, at fjerne skattemæssige hindringer, som står i vejen for grænseoverskridende erhvervsaktiviteter i Fællesskabet. Således ses forslaget, trods tilbagetrækningen i 1994, at være i tråd med den valgte strategi. Det er Kommissionens holdning, at dobbeltbeskatning bedst kan afskaffes ved at tildele beskatningsrettighederne til domicilstaten for den retmæssige ejer af de pågældende (renter og) royalties³⁵². Med respekt af subsidiaritetsprincippet findes den bedste løsning på problemerne at være gennemførelsen af et direktiv. Direktivet foreskriver hertil princippet om, at en medlemsstat ikke må beskatte (renter og) royalties, der fremkommer på dens territorium, men retmæssigt ejes af virksomheder, som ikke er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat. Dette søges gennemført for dermed at sikre, at sådanne indtægter kun beskattes én gang, nemlig i den medlemsstat, hvor den retmæssige ejer er etableret³⁵³. Ved denne ordning anføres i bemærkningerne til forslaget, at virksomhederne skulle have bedre mulighed for at drage nytte af fordelene ved Det Indre Marked, jfr. betragtning 11. Af allerstørste relevans for denne kontekst er præambelns første betragtning:

»...På et indre marked, der har karakter af et hjemmemarked, bør transaktioner mellem virksomheder fra forskellige medlemsstater ikke være undergivet ringere beskatningsvilkår end de vilkår, der gælder for de samme transaktioner mellem virksomheder fra samme medlemsstat...«

351. Som det kommer til udtryk i begrundelsen for udkastet, de generelle bemærkninger og bemærkninger til de enkelte bestemmelser og endelig i præambelen til direktivforslaget.

352. Hertil er det intentionen at afskaffe såvel skatter opkrævet ved selve kilden som skatter opkrævet ved ansættelse i den enkelte medlemsstat, jfr. baggrundsbetragtning 11, s. 3.

353. Således fuldstændig svarende til princippet i OECD's MDBO art. 12, 1, blot formidlet gennem et mere slagkraftigt retsmiddel der kan sikre realitet i princippet.

Det der helt klart herved kommer til udtryk er fællesskabsretlig skatteenutralitet, som dette er omtalt i del I. Men det bør påpeges, at direktivet ikke tilsigter skattefrihed, jfr. ordene i præambelens 3. betragtning; *det bør sikres, at (renter) og royalties beskattes én gang i en medlemsstat*, men altså derimod tilsigter afskaffelse af dobbeltbeskatning. Hvordan dette skatteenutralitetsønske aktuelt omsættes til virkelighed gennem enkeltbestemmelser skal følgelig omtales i det straks følgende afsnit.

2.1.2.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

I intern dansk skatteret er begrænset skattepligt af royaltybetalinger til udenlandske selskaber normeret af SEL § 2, stk. 1 litra g³⁵⁴. I henhold til den gældende selvstændighedsfiktion for faste driftssteder beskattes indkomster og udgifter, der kan henføres til det faste driftssted i den stat, hvori det faste driftssted er beliggende, jfr. SEL § 2, stk. 1, litra a. Denne fiktion brydes imidlertid på visse områder. Det er fastslået, at faste driftssteder ikke har fradragsret for renter på interne lån til hovedkontoret idet lånet sker til samme juridiske enhed, jfr. Texaco-sagen (TfS 1993.7 H) og Citibank-sagen (TfS 1996.715 Ø). Tilsvarende antages det, at en filial ikke har fradragsret for royalty betalt til hovedkontoret, om end dette spørgsmål endnu ikke har været særskilt forelagt de danske domstole. Licensaftaler mellem hovedkontor og filial bør derfor undgås. Intet er dog herved til hinder for aftaler mellem forskellige koncernselskaber, idet der her vil være tale om to forskellige retssubjekter³⁵⁵.

354. Der overfører definitionen i KSL § 65 C, stk. 4, hvorefter der til royalty henregnes betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller som vederlag for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer (know-how). Begrebet omfatter som det herved ses alene industrielle og kommercielle rettigheder. Kunstnerroyalties udspringende at ophavsrettigheder er ikke begrænset skattepligtige efter litra g). Modsat er tilfældet i OECD's modelbeskatningsoverenskomst, jfr. dennes art. 13, stk. 2, eksemplificeret ved den fællesnordiske aftale, Lov nr. 190 af 12.3. 1997, art. 12, stk. 3. I henhold til SEL § 2, stk. 2, 3. pkt. er skattepligten i medfør af stk. 1, litra g) endeligt opfyldt (en endelig skat) ved den i henhold til KSL § 65 C foretagne indeholdelse af royaltyskat. KSL § 65 C, stk. 1 foreskriver indeholdelse af 30% af den samlede royalty. Opgørelsen foretages særskilt for hver kilde og undergives en endelig bruttobeskatning. Der er dog tillige hjemmel til konkret fravigelse gennem indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomst med andet indhold, jfr. KSL § 65 C, stk. 2. Dette er oftest tilfældet gennem vore traktater og i særdeleshed med de øvrige fællesskabsstater. Denne konstatering har fra tid til anden medført kritiske røster der plæderer for fuldstændig afskaffelse af den danske royaltyskat.

355. Jfr. herved Jørn Vestergaard-Jensen og Ulrik Fleischer-Michaelsen i Revisorbladet 1997/2, s. 37 (som led i en artikelrække om immaterielle rettigheder).

Danske selskaber der modtager royalty fra udlandet, vil som udgangspunkt være skattepligtige heraf i Danmark, jfr. globalindkomstprincippet, men tænkeligt også efter udenlandske regler, skattepligtigt dér, såfremt der findes regler svarende til de danske eller hvis territorialprincippet benyttes. Hermed opstår der international dobbeltbeskatning. Modelbeskatningsoverenskomsten løser dette dobbeltbeskatningsproblem som følger, jfr. art. 12, stk. 1:

Royalties, der hidhører fra en af de kontraherende stater og betales til en person, som er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan kun beskattes i denne anden stat, hvis denne person er den berettigede ejer af nævnte royalties.

I praksis forholder det sig dog ikke som det her er forudsat. En række overenskomster tillægger kildestaten beskatningsret og et betydeligt antal lande har taget forbehold overfor art. 12. Således er omkring halvdelen af de danske overenskomster koncipieret med tildeling af beskatningsretten til kildestaten, hvor man typisk har aftalt en sats på 10-15%³⁵⁶. Resultatet kan også nås gennem brugen af *driftsstedforbeholdet* i MDBO art. 12, stk. 3, hvorefter royalties kan beskattes fuldt ud i overenskomstens kildeland som en del af indkomsten for det faste driftssted eller faste sted.

Legalitetsprincippet i dansk ret synes at gennemtvinge skattefrihed for avancer der ikke kan henføres til salg af aktiver hørende til et fast driftssted eller fra salg af fast ejendom. Resultatet følger, at den konstatering, at begrænset skattepligtige kun er skattepligtige af kapitalgevinster, der hidrører fra afståelse af de formuegoder, der er nævnt i SEL § 2, stk. 1, litra a) og b). SEL § 2 er, som det erindres, udtømmende. Avancer ved salg af immaterielle rettigheder er derimod omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a) in fine, hvorved fortjeneste eller tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af formuegoder, der er knyttet til et fast driftssted her i landet, er omfattet af den begrænsede skattepligt³⁵⁷. Under denne indkomstkategori henføres goodwill, (se herom straks nedenfor), know-how, patentrettigheder og andre erhvervsmæssige immaterialrettigheder. Avanceopgørelsen foretages efter skatterettens almindelige regler, specifikt LL

356. Jfr. *Eigil Thielsen og Mogens Rasmussen: Lempelse af dobbeltbeskatning*, 1992, s. 188 og *Leif Weizman: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue*, 1994, s. 437.

357. Jfr. *J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteoven med kommentarer*, 1997, s. 112 og implicit *Aage Michelsen: International skatteret*, 1996, s. 229.

§ 16E, stk. 1, nr. 2 og goodwillcirkulæret; Cirk. nr. 97 af 26.6. 1995, pkt. 2.2. Som modstykke til avancebeskatningen tillades afskrivningsmulighed efter LL § 8L (fuld afskrivning i det indkomstår hvor udgifterne er afholdt) eller almindeligt efter afskrl. § 40, stk. 1 (over 7 år med 1/7 årligt).

Avancebeskatningret ved overdragelse af immaterielle aktiver fra faste driftssteder og faste steder³⁵⁸ tillægges beliggenhedsstaten jfr. modeltraktatens art. 13, stk. 2³⁵⁹. Tilsvarende gælder afhændelse af selve filialen. Princippet om, at den stat, hvor det faste driftssted er etableret, har beskatningsret til afhændelse af aktiver, der er en del af det faste driftssted, er på linie med det udgangspunkt, der er indeholdt i art. 7 om beskatningen af den underliggende erhvervsaktivitet. Immaterielle aktiver må antages at falde under begrebet "*rørlig formue*" i art. 13, stk. 2, idet OECD direkte nævner ideelle rettigheder som værende omfattet, jfr. pkt. 24 i kommentarerne til art. 13.

Herved ses en tildeling af beskatningsretten til rettighedshaverstaten³⁶⁰ (hvilket netop ikke er kildestaten men domicilstaten) ved løbende betalinger, og ved salg, beliggenhedsstaten, og dobbeltbeskatningsproblemet synes umiddelbart løst, selvom der i praksis foretages betydelige afvigelser fra dette udgangspunkt. Det kan da nok undre af hvilken årsag er der da gjort supranationale tiltag med henblik på fuldstændig afskaffelse af royaltyskildeskatter³⁶¹. Hertil kan anføres³⁶², at der ikke altid tillades creditlempelser i modtagernes domicilstat for erlagte skatter der er hø-

358. For en beskrivelse af forskellen mellem disse to begreber se *Leif Weizman* i TfS 1993.334.

359. Denne bestemmelse er den anden undtagelse fra hovedreglen i stk. 4 om domicilstatens eksklusive beskatningsret til kapitalgevinster. Goodwill antages at være indeholdt i begrebet "*løsøre*" anvendt i stk. 2, jfr. herom pkt. 24 i kommentarerne til art. 13.

360. Idet der jo også her er tale om en erhvervsindtægt som så mange andre, jfr. art. 7, stk. 1, 1. pkt.

361. Hvilket også er anbefalet af Ruding-komiteén, jfr. Report of the Committee og Independent Experts on Company Taxation, 1992, s. 204. Ønsket om et rente-royaltyskildeskattedirektiv er tydeliggjort løbende i rapporterne "Beskatning i den Europæiske Union – rapport om udviklingen i skatte- og afgiftssystemerne", KOM(96) 546 (sammenfatter møderesultaterne af ØKOFIN-ministernes personligt udpegede repræsentanter i en højtstående gruppe, 24.6 – 7.10 1996), "Action Plan for the Single Market", CSE(97) 1 (og udkastet hertil KOM(97) 184 af 6.5.1997), i KOM(97) 495 og KOM(97) 564: "En pakke til tackling af skadelig skattekonkurrence i Den Europæiske Union" og endelig i Supplement 1/97 og 1/98.

362. Det gør det blandt andre Kommissionen i sin begrundelse for forslaget til et rente- og royaltyskildeskattedirektiv, KOM(1998) 67, betragtning 7 og 8 og *Søren Næsborg Jensen* i EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 276ff.

jere end selskabsskatten der dermed udgør en ekstraomkostning og yderligere kan anføres, at der nok er lempelsesmulighed, men den skattepligtige indkomst er for lille eller lig nul. Ligeledes er lempelse efter overenskomster undergivet administrative procedurer der skal være afsluttet, samt at der kan opstå cash flow-problemer for den involverede koncerner på grund af det interval, der opstår mellem det tidspunkt, hvor virksomheden modtager den indtægt, hvori kildeskatten er fradraget, og det tidspunkt, hvor skattefradraget modregnes i skattebetalingen. Kommissionen og forskellige internationale erhvervssammenslutninger har altid været overbevist om, at der er behov for et fællesskabsinstrument på dette område, idet således hverken de unilaterale foranstaltninger eller de bilaterale overenskomster – som jo ellers i en vis grad har givet løsningerne på visse kildebeskatningsproblemer – har givet en tilfredsstillende løsning f.s.v.a. det indre marked. Overvejende dækker overenskomsterne ikke alle bilaterale forhold mellem medlemsstaterne, de afskaffer aldrig helt dobbeltbeskatning, og de skaber frem for alt ikke nogen ensartede løsninger i trilaterale og multilaterale forhold mellem medlemsstaterne.

Af blandt andet disse årsager har man fundet det nødvendigt at gennemføre et harmoniseringsdirektiv til endelig afskaffelse af dobbeltbeskatning indenfor fællesskabet. Som det tidligere er fremhævet har direktivudkastet herom haft en lang vej gennem systemet, og det sidst fremsatte blev trukket tilbage i 1994. Nuværende udkast, i skikkelse af KOM (1998) 67 endelig udg., er dateret. 4.3. 1998 og er derfor indtil videre ganske uomtalt³⁶³.

Direktivets anvendelsesområde skal indledningsvis begrænses til området for transaktioner mellem associerede foretagender, herunder faste driftssteder for sådanne, idet det er her kildeskatte for det meste opkræves ved de koncerninterne transaktioner. Der skal senere være muligheder for udvidelse af direktivets anvendelsesområde i takt med ud-

363. Hvorvidt direktivet vedtages eller ej, er der visse steder betydelig optimisme om bekræftende besvarelse af. Således er der i EC corporate tax law (det absolutte hovedværk indenfor EU-selskabsskatteretten) under vedtagne direktiver levnet plads til fremtidig belysning af direktivet. Det tidligere direktivudkast KOM(90) 595, er blandt andet omtalt hos *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 274-277. Hovedsigtet var at ophæve enhver kildeskat på rente- og royaltybetalinger mellem moder- og datterselskaber hjemmehørende i EU. Oprindeligt måtte det ses som komplementerende til moder/datterselskabsdirektivet. Det vedrørte kun betalinger mellem selskaber (mens rentekildeskattedirektivet vedrører rentebetalinger fra en erhvervsdrivende til en ikke-erhvervsdrivende).

bygningen af Det Indre Marked. Nettokapitalimporterende lande sikres gennem forslaget en gradvis ordning til afskaffelse af kildeskatten³⁶⁴. På linie med de øvrige vedtagne direktiver skal direktivet ikke forhindre medlemsstaterne i at træffe foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug og svig, og navnlig skal medlemsstaterne bibeholde korrektionsmuligheder efter arm's length princippet. Yderligere skal der indføres en undtagelsesbestemmelse der tager sigte på opnåelse af utilsigtede skattefordele såfremt (rente-) royaltybetalingens retmæssige ejer er underlagt en særlig skattesats der er mindre end normalt for disse typer af transaktioner. Direktivudkastet fra 1998 udgør en udvidelse i forhold til 1990 udkastet derved, at faste driftssteder nu er inddraget under fritagelsen. De ændringer der begribeligvis følger heraf lader til at udgøre de væsentligste materielle ændringer i forslaget, samt, at direktivet er blevet 3 art. længere og nu udgør 12 artikler. Præamblen lægger da også nogenlunde identiske overvejelser til grund, og direktivforslaget må stadig anses som værende komplementerende for moder/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF).

Direktivet er et minimumsdirektiv. Artikel 1, stk. 1 sikrer fritagelse for betaling af rente- og royaltykildeskat, uanset opkrævet ved kilden eller ved ansættelsen. Dette skal ske såfremt betaling af renter og royalties betales af eller på vegne af en virksomhed i den pågældende medlemsstat eller af et fast driftssted beliggende i den pågældende medlemsstat og tilhørende en virksomhed i en anden medlemsstat til en associeret virksomhed i en anden medlemsstat eller til et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende en associeret virksomhed i en anden medlemsstat, hvis den associerede virksomhed eller det faste driftssted tilhørende den associerede virksomheds er beløbets retmæssige ejer [SIC!]. Disse opregnede enheder udgør direktivudkastets neutralitetssubjekter. Artikel 3 definerer i stk 1, litra a) og b) begreberne "virksomhed i en medlemsstat" og "associeret virksomhed". Førstnævnte foretages med henvisning til TEF art. 58 mens sidstnævnte lægger det så velkendte 25% kapitalandelskrav til grund. Yderligere defineres i litra c) begrebet "retmæssig ejer" og i litra d) "fast driftssted". I stk. 2 findes en bestemmelse der meget vel kunne give anledning til visse fortolkningsproblemer, derved, at det tillægges medlemsstaterne kompetence til fravigelse i de tilfælde hvor ejerkravet ikke har være opfyldt i en sammenhængende periode på mindst 2 år. Imidlertid ekspliciteres forståelsen i bemærkningerne til art. 3. Formentlig belært af sagerne Denavit (C-

364. In concreto Grækenland og Portugal.

283/94 m.fl.) og Leur-Bloem (C-28/95) kan bestemmelsen således ikke forstås derhen, at der hjemles retrospektive besiddelsesbetingelser.

Der tillades efter direktivet ikke ordninger med opkrævning af kilde-skatte kombineret med refusion. Art. 1, stk. 2 opregner (ikke udtømmende jfr. ordet "navnlig") situationer, hvor der ikke er tale om egentlige grænseoverskridende betalinger, og undtager disse fra anvendelsesområdet. Artikel 2 definerer begreberne rente og royalties. Definitioner er kalkeret af fra OECD's MDBO art. 11 og 12. Rentedefinitionen afviger dog f.s.v.a. indtægter fra statspapirer, mens royaltydefinitionen er udvidet med betalinger, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr, således at alle betalinger medlemsstaterne anser for at være royalties, er omfattet. Hermed er neutralitetsobjektet fremkommet. Artikel 4 giver mulighed for udelukkelse af visse rentebetalinger der snarere har karakter af udloddet udbytte³⁶⁵, indtægter der behandles som kapitalafkast, eller indtægter af blandet finansiering. Artikel 5 sikrer, at skateneutralitet udelukkende sikres for betalinger foretaget på arm's length vilkår, ved at nægte større fradrag end hvad markedsmæssighed byder. Der gives dog ikke anmærkninger om selvstændige kontrolforanstaltninger el.lign. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet hjemles i art. 6 mulighed for fravigelse i tilfælde af påviselig skatteunddragelse eller skatteundgåelse som hovedformål eller et af de vigtigste formål bag transaktionen. Art. 7 forhindrer utilsigtede skattefordele ved lave skattesatser eller unormalt skattegrundlag. En 5-årig overgangsordning for Grækenland og Portugal findes i art. 8. Endelig normerer art. 9 en implementeringsfrist til senest 1.1. 2000. Som noget ganske nyttigt indeholder forslaget i bilagsform oversigter over rente- og royaltykildeskatte-situationen pr. 1.9. 1997 gennem de eksisterende overenskomster. For Danmarks vedkommende dokumenteres, at den danske royalty sats svinger mellem 0 og 10% (sidstnævnte kun i visse situationer efter DBO'en med Østrig), ellers er billedet typisk 0, 5 eller 6% hvad enten Danmark er debtors domicilland eller modtagernes domicilland. Hvad angår renter har vi naturligvis en sats på 0% når Danmark er debtors domicilland mens vi har aftalt os til satser mellem 0 og 15% når Danmark er modtagerens domicilland.

365. Rente der er blevet omdefinert som udloddet udbytte, bør drage fordel af bestemmelserne i moder/datterselskabsdirektivet, forudsat de heri gældende betingelser er opfyldt, således at dobbeltbeskatning af sådant udbytte kan undgås, jfr. EFT L 222 af 20.8.1990, s. 9.

Af ovenstående udredninger kan på området for betaling af royalties og handel med de underliggende aktiver foretages visse udledninger. Unilateral normering indeholder ikke på nogen måde neutralitetselementer, men sigter efter min formodning derimod mod hjemtagelse af provenu. Der udløses beskatning ved betaling af royaltyudgifter fra Danmark og principielt også ved tilførsel til Danmark. I begge relationer skal man være opmærksom på de eksisterende korrektionsmuligheder såfremt arms længde princippet ikke iagttages. Sker der korrektion er neutralitet afhængig af udfaldet af procedurer iværksat efter eksisterende afhjælpningsinstitutter. Ved transfer pricing korrektioner har skatteyderne også ved royaltybetalinger mulighed for at gå langt i sine bestræbelser på at undgå dette. Grundlæggende kan den omtalte nyttetest tillige finde anvendelse og ydermere bør efterlevelse af dokumentationskravene stedse efterkommes.

Lovgivers mulighed for at ændre den skattemæssige behandling, så den grundlæggende ville være i overensstemmelse med enhedstankegangen indebærer, at koncerninterne royaltybetalinger bliver skattemæssigt set irrelevante. En sådan ordning kan kun komme på tale indenfor hele EU, jfr. del VII, idet den ellers ville medføre store provenutab. Som det er anført ovenfor og i del VII vil politisk modvilje udgøre de væsentligste hindringer for et sådant system, der til fulde gennemfører enhedstankegangen. Ophævelse af dobbeltbeskatning, jfr. afsnit 2.4. er en kærkommen løsning, men svarer ikke til en konsekvent gennemførelse af enhedstankegangen, idet alle interne dispositioner ville jo efter et sådant system være skattemæssigt set irrelevante fordi royaltybetalinger jo egentlig blot kan udgøre et bidrag til et andet koncernselskab, hvilket samlet set kan være i koncernens interesse.

Bilaterale overenskomster medfører en vis neutralitetsvirkning ved at søge dobbeltbeskatning ophævet, ved såvel løbende ydelser som ved afståelser (men det kan jo netop anføres, at ophævelse af dobbeltbeskatning ved avancebeskatning ikke er udtryk for skattneneutralitet, idet man her, for at opnå neutralitet, skal se realisationen i et koncernperspektiv hvor beskatning først finder sted i det øjeblik afståelse sker til en ikke-koncernforbundet part.). Som det dog er fremgået er koncernerne ikke altid sikret denne ophævelse. Hertil kommer, i hvert tilfælde på kildebeskatningens område, det omtalte direktivforslag, KOM(1998) 67, der direkte bygger på neutralitetsbetragtninger³⁶⁶. Direktivudkastet forekommer som en velfunderet løsning på de omfattede problemer, og vil da efter min overbevisning sikre skattneneutralitet i endnu en koncerntransaktion. En snarlig gennemførelse af direktivudkastet er denne for-

fatters stille håb. Derfor må det konkluderes, at der kan følgelig kan lyde optimistiske toner m.h.t. kildeskat, og knap så optimistiske på de resterende områder. En delvis dokumentation i relation til den fremsatte hypotese er derfor frembragt.

2.1.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Såvel royaltybetalinger som handel med immaterielle aktiver er genstand for stor opmærksomhed hos de amerikanske skattemyndigheder. Transaktionstyperne har som de eneste fået direkte plads i Sec. 482, 2. pkt., den såkaldte "*super royalty provision*". Heraf følger kommensurabilitetsprincippet hvorefter enhver overdragelse mv. skal være kommensurabel med den indkomst der senere genereres af det immaterielle aktiv³⁶⁷. Således sker der en årlig justering svarende til faktisk indtjening og meromsætning vedrørende det aktuelle aktiv³⁶⁸. Amerikansk udviklede aktivers afkast skal henføres til det amerikanske selskab, selvom der er sket overdragelse til en udenlandsk part. Der foretages en afvigende metodeanvisning til denne transaktionstype idet der henvises til Comparable Uncontrolled Transaction – CUT.

Royaltybetalinger til udenlandske selskaber opfattes som amerikansk kildeindkomst, jfr. Sec. 861(a)(4) og undergives principielt en kildebeskatning på 30%, Sec. 881³⁶⁹. Dog gælder det såfremt sådanne betalinger er effektivt forbundet med den amerikanske aktivitet³⁷⁰, at kildebeskatningen sættes ud af kraft og betalingen undergives ordinær selskabsbeskatning hos det modtagende selskab. Udgangspunkt om de 30% fraviges yderligere oftest i de indgående DBO'er, som eksempelvis den dansk-amerikanske overenskomst³⁷¹, der foreskriver afholdelse fra

366. Ej at forglemme beskæres nationalstaternes eksterne traktatkompetence ved gennemførelsen af dette direktiv, således at disse ikke må indgå overenskomster af direktivafvigende indhold. Men som det sluttedes ovenfor opfatter jeg ikke den kirurgiske tilskæring som værende absolut, men nærmere rule of reason funderet.

367. Jfr. bl.a. Paul R. McDaniel & Hugh J. Ault: Introduction to United States International Taxation, 1998, s. 146ff.

368. Dog først når der kan observeres en væsentlig afvigelse fra udgangspunktet, hvilket som en grov tommelfingerregel er ca. 20%.

369. Jfr. Herom Paul R. McDaniel & Hugh J. Ault op.cit. passim.

370. Jfr. Sec. 882(a) der benytter ordene "*effectively connected with the conduct of a US trade or business*". Det amerikanske system adskiller sig i denne relation meget fra øvrige systemer ved, at det ikke nødvendigvis er faste driftsteder der udgør grundlaget for beskatning. Den citerede paragraf udgør i stedet den fornødne test. Dog benyttes termen fast driftssted i forbindelse med indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvorfor den har stor relevans for traktatstater.

371. Jfr. bekg. nr. 1 af 11.1. 1949 af DBO af 6.5. 1948.

beskatning. Royalties der stammer fra immaterielle aktiver uden for USA opfattes som fremmed kildeindkomst.

USMDBO³⁷² art. 12 løser eventuelle dobbeltbeskatningsproblemer med henvisning til domicilstaten.

Afståelse af immaterielle aktiver kan udløse avancebeskatning efter de almindelige regler i Sec. 1221 medmindre der er tale om ophavsrettigheder produceret af det pågældende selskab selv, jfr. Sec. 1221(3). Der internationale hjemmelsbestemmelse for udenlandske selskaber er Sec. 881(a)(4). Ved avance ved afståelse af immaterielle aktiver tildeles beskatningsretten efter USA's nyere traktater beliggenhedsstaten, jfr. USMDBO art. 13, stk. 3³⁷³ der må fortolkes ad modum OECD's MDBO art. 13, stk. 2.

2.1.3. Overdragelse af goodwill

2.1.3.1. Ratio legis – almindeligt led

Ved koncernintern virksomhedsoverdragelse dukker aspektet vedrørende goodwill uvægerligt op³⁷⁴. Beskatning ved overdragelse af goodwill findes ikke selvstændigt reguleret i den internationale skatteret, hvorfor transaktionens behandling overlades til de enkelte nationalstater. Helt overordnet kan transaktionen dog falde ind under transfer pricing problematikken, hvorved det gængse, uni- og bilaterale hjemmelsgrundlag får gyldighed. Overdragelse af goodwill bør derfor ske på markedsmæssige vilkår og herved prisfastsættes som uafhængige parter ville have gjort det. Det springende punkt vedrørende overdragelse af goodwill bliver prisen herpå³⁷⁵. De skattemæssige konsekvenser er i hovedtræk som illustreret i afsnittet om F&U udgifter og i den almindelige litteratur og praksis³⁷⁶. Der skal ikke endnu engang trættes med gennemgang heraf. Som også ovenfor kan transaktionen foregå i alle retninger indenfor koncernen, med heraf følgende variationer i korrektionernes virk-

372. Den amerikanske modelbeskatningsoverenskomst af 20.9. 1996 modelleret over OECD's MDBO.

373. Jfr. også IRC Sec. 865(a).

374. Det er herved lagt til grund, at goodwill ikke selvstændigt kan gøres til genstand for handel som selvstændigt løsevet aktiv uden ved samtidig virksomhedsoverdragelse, sml. *Orla G. Petersen* i *Beskatning ved familieoverdragelser*, 1979, s. 290.

375. Skattemæssig værdiansættelse af goodwill overdraget mellem parter der ikke har modstridende interesser kan følge goodwillcirkulæret, Cirk. nr. af 26.6. 1995 som ændret ved Cirk. nr. 133 af 19.9. 1996. Retningsliniernes udgangspunkt er 3 års vægtet gennemsnit, et udgangspunkt der dog konkret kan afviges opad såfremt evt. dokumenteret branchekutyme normalt ville forøge værdien eller modsat nedjusteres hvis indtjeningsudviklingen har været meget ujævn og generelt overlades til et konkret skøn såfremt resultatet efter cirkulæret medfører et helt urealistisk resultat.

ninger. Udgangspunktet er justering af begunstigende parts indkomst-opgørelse op til hvad der burde være tjent og tilsvarende opjustering af begunstigede parts indkomstgrundlag med hvad der reelt er modtaget. I forbindelse med goodwilloverdragelse vil justeringer hos modtager dog tillige medføre forøget afskrivningsgrundlag.

I den internationale sfære bliver det efterfølgende spørgsmål hvorledes den eventuelt opståede dobbeltbeskatning (der ikke frivilligt fra staternes side foretages korresponderende korrektion for) kan afhjælpes og elimineres. Retsmidlerne hertil er de samme som kort introduceret ovenfor, og skal ej heller i dette afsnit selvstændigt belyses. Herom henvises til nedenstående afsnits generelle behandling af afhjælpende retsmidler i almindelighed.

Såfremt man derimod ved omstruktureringer af koncernen (jfr. nedenfor i del V) overdrager goodwill til eksisterende eller nyetablerede datterselskaber eller faste driftssteder kan det naturligt være i den samlede koncerninteresse (herved tænkes altså ikke kun på lavest mulige beskatning), at tynde den nyoprettede virksomheds likviditet mindst muligt gennem lav eller ingen prissætning af den overdragede goodwill. Med andre ord vil enhedstankegangen kunne medføre anderledes overdragelsesvilkår end normalt accepteret af fiscus. Men netop ved omstruktureringer o.lign. gælder der jo et lovfæstet neutralitetskrav gennem fusionsdirektivet. Således må avance ikke udløse beskatning i forbindelse med de af direktivet omfattede transaktioner, herunder præcis virksomhedsoverdragelse m.m. Baggrunden for denne regulering af omstruktureringer er allerede gennemgået ovenfor i del III, hvortil der må henvises. Er disse regler ikke opfyldt findes visse nationalretlige forskrifter om den skattemæssige behandling af goodwill. Ingen af disse har dog som sit sigte at skabe skattneneutralitet hvorved en undersøgelse af ratio ikke kræves.

2.1.3.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

Skatteyderne kan søge at undgå korrektive indgreb gennem overholdelse af kravet om markedsmæssig og samtidig at leve fuldstændig op til de gældende dokumentations- og oplysningskrav. Ved opstået dobbeltbeskatning kan neutraliteten sikres ved efterfølgende ophævelse heraf. Da

376. Specielt vedrørende goodwilloverdragelse se TSN 1992.547 LR (TfS 1992.451 LR) (virksomhedsoverdragelse mellem søsterselskaber) siden påklaget og ændret af LSR, jfr. TfS 1994.731 LSK. Den oprindelige afgørelse af kommenteret af *Hans Severin Hansen* i SO 1992.299. Se tillige af nyere dato TfS 1997.700 Ø (R&R 1997 SM 459) (Ruko Service A/S – Virksomhedsoverdragelse med tilknyttet goodwill).

sådanne tiltag ikke selvstændig relaterer sig til denne transaktion er behandlingen foretaget nedenfor i afsnit 2.4.

Der indtræder ved omstruktureringer mv. ikke nogen beskatning hos det indskydende selskab af fortjeneste på goodwill, der har kunnet konstateres ved fusionen m.v. Det modtagende selskab indtræder til gengæld i det indskydende selskabs stilling med hensyn til anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum samt eventuelle skattemæssige afskrivninger i forhold til den indgående goodwill³⁷⁷. Således er den herved eksisterende neutralitetsvirkning også gældende i forbindelse med overdragelse af goodwill mellem koncernforbundne parter. Dog er dette resultat forudsat positiv opfyldelse af de unilateralt opstillede kriterier og de direkte krav udspringende af direktivet. Der henvises til del III for en udførlig beskrivelse af fusionsdirektivets transaktionstyper, idet behandlingen ikke udelukkende vedrører den her omhandlede transaktion.

I situationer hvor overdragelsen ikke berettiger til skattemæssig succession må arms længde standarden overholdes og nationale skatteregler vedrørende avancebeskatning og afskrivningsmuligheder være gældende for goodwilloverdragelsen. I dansk skatteret kan følgende korte bemærkninger fremsættes herom³⁷⁸. Det bemærkes dog hertil, at disse regler ikke udgør skatteneutrale tiltag. Efter LL § 16E, stk. 1 nr. 1 er fortjeneste ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af den til erhvervsvirksomhed knyttede goodwill skattepligtig, medens der samtidig indrømmes fradragsret for tab på samme. Afskrivningsretten er normeret af afskrl. § 40. Herefter er erhververen af goodwill berettiget til at afskrive det ydende vederlag i sin skattepligtige indkomst over en periode af 7 år med 1/7 årligt³⁷⁹. Afskrivning foretages på grundlag af anskaffelsessummen omregnet efter LL § 16E, stk. 6 hvilken bemyndiger Skatteministeren til udarbejdelse af regler til fastsættelsen af en kontantværdi ved anskaffelse og afståelse. Ved afståelse mellem indbyrdes forbundne parter, hvor den ene har bestemmende indflydelse over den anden, nedsættes erhververens afskrivningsgrundlag efter afskrl. § 40, stk. 1 med et beløb svarende til den ikke afskrivningsberettigede del af overdragerens anskaffelsessum, jfr. § 40, stk. 5 tidligere LL § 16 F, stk. 4³⁸⁰.

377. Jfr. herved Cirk. nr. 97 af 26.6. 1995 som ændret ved Cirk. nr. 133 af 19.9. 1996, pkt. 6.3.

378. Fremstillingen er baseret på den nye afskrivningslov (lov nr. 433) af 26.6. 1998 på baggrund af L 102. De hidtidige regler fandtes i LL §§ 16 E og F. Der blev oprindeligt fremsat forslag til en ny afskrivningslov, jfr. L 244 af 24.4.1997, hvilket kun nåede at blive førstebehandlet i folketingssamlingen 1996/1997. Herefter er LL § 16 F overført til den ny afskrivningslov med virkning for indkomståret 1999. Forslaget er altså nu vedtaget og reglerne i LL § 16 F, stk. 1 overføres til afskrl. § 40, stk. 1 men med uændret materie.

Avancebeskatningret ved overdragelse af goodwill fra faste driftssteder og faste steder tillægges beliggenhedsstaten jfr. modeltraktatens art. 13, stk. 2³⁸¹. Tilsvarende gælder afhændelse af selve filialen. Princippet om, at den stat, hvor det faste driftssted er etableret, har beskatningsret til afhændelse af aktiver, der er en del af det faste driftssted, er på linie med det udgangspunkt, der er indeholdt i art. 7 om beskatningen af den underliggende erhvervsaktivitet. EU medlemslande er dog, som behandlet i del II, ved gennemførelsen af fusionsdirektivet begrænset i deres eksterne traktatkompetence, og hermed afskåret fra at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med direktivafvigende indhold. Heraf kan sluttes, at Unionsstater ikke gennem indgåelse af traktater kan modvirke skatteneutralitet ved filialoverdragelse.

Af den foretagne gennemgang kan det i neutralitetstermer sluttes, at der ikke selvstændigt i forbindelse med overdragelse af goodwill forefindes reguleringstiltag der sikrer skatteneutralitet. Men endnu engang dukker fusionsdirektivet frem, og foreskriver neutralitet i forbindelse med goodwilloverdragelse ved virksomhedsoverdragelse m.v. idet denne transaktion ikke må udløse avancebeskatning. Disse resultater kan da tages til indtægt for en påvisning af den hertil knyttede del af hypotesen om koncerneksistens.

379. Dette tal var tidligere 10% årligt over en periode på 10 år. Det kan konstateres, at der ved denne ændring er sket en tilnærmelse til det nu tilbagetrukne direktivforslag fra 1988 om opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jfr. herom den uofficielle gengivelse hos *Marcus Lutter: Europäisches Unternehmensrecht*, 1996, s. 833ff. Herefter blev foreslået en 5-årig afskrivningsret til blandt andet goodwill (og andre etableringsudgifter), hvilket er et meget vidtrækkende driftomkostningsbegreb. Forslaget tager sigte på at ensrette opgørelsen af selskabers skattepligtige indkomst, og er i den forbindelse bygget op om det 4. selskabsdirektiv. Selvom der ikke bliver indført ens skattesatser, vil en gennemførelse af direktivet have forenklende virkning for hele Unionen.

380. Der er her tale om en særlig værnsregel, indført ved reformen i 1993, som indeholder sit eget koncernbegreb med det formål, at et goodwillkøbende selskab skulle forhindres i at afskrive på købt goodwill som sælgerselskabet ikke skulle avancebeskattes af. Afskrivningsafskæringen sker dog kun i visse tilfælde hvor arms længde princippet formodningsvis ikke gælder, og til denne brug har man måtte konstruere et selvstændigt koncernbegreb, jfr. herom *Erik Werlauff: Koncernretten*, 1996, s. 194 med note 96 og samme i *Selskabsskatteret*, 1994, s. 273 med note 1.

381. Denne bestemmelse er den anden undtagelse fra hovedreglen i stk. 4 om domicilstatens eksklusive beskatningsret til kapitalgevinster. Goodwill antages at være indeholdt i begrebet "løsøre" anvendt i stk. 2, jfr. herom pkt. 24 i kommentarerne til art. 13.

2.1.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

I forbindelse med overdragelse af goodwill dukker korrektionsaspektet endnu engang frem såfremt der ikke kontraheres på markedsmæssige vilkår. Grundlaget herfor er det samme som allerede præsenteret. Afskaffelse af dobbeltbeskatning foretages ved de retsmidler der omtales i afsnit 2.4.3.

Der udløses ikke goodwillbeskatning ved virksomhedsovertagelse idet sådanne transaktioner er skatteneutrale gennem successionsprincippet. Forudsætningen herfor er begribeligvis, at de forudsatte betingelser i reorganisierungsreglerne skal være opfyldt, jfr. ovenfor om koncernetablering, Sec. 361 m.fl. Ellers er udgangspunktet, at goodwill beskattes efter kapitalgevinstreglerne i Sec. 1221ff³⁸² eller kildebeskattes for begrænset skattepligtige efter Sec. 881(a)(4).

I den amerikanske internationale skatteret tildeles beskatningsretten til goodwillavancer beliggenhedsstaten, jfr. USMDBO art. 13, stk. 3 svarende til OECD's MDBO art. 13, stk. 2 som begge er undtagelser til udgangspunktet i hhv. stk. 5 og stk. 4.

2.2. Materielle goder

I forbindelse med koncernintern handel med materielle aktiver forekommer der mig at kunne identificeres i det mindste to problemer. (1) Før det første kan der ved prissætningen af alle typer af materielle aktiver komme korrektion efter arm's length princippet på tale. (2) For det andet kan der i visse situationer udløses avancebeskatning. De mulige neutralitetsvirkninger for en række transaktioner underlagt disse beskatningstyper, skal følgelig undersøges.

2.2.1. Handel med varer

2.2.1.1. Almindeligt led

I disse situationer hvor der handles koncerninternt med varer, det være sig såvel råvarer, halvfabrikata som færdigvarer, er der basis for korrektive indgreb i det omfang arms længde princippet ikke er iagttaget. Dette er naturligvis under forudsætning af, at skattemyndighederne reelt løfter den fornødne bevisbyrde. Handel med varer er nok det lettest tilgængelige område idet mulighederne for korrekt prisfastsættelse synes mere realistiske. Dog kan der meget vel være tale om varegrupper eller produkttyper der simpelthen ikke eksisterer sammenlignelighed om-

382. Jfr. Cheryl D. Block: Corporate Taxation, 1998, s. 10ff, Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities, 1994, s. 42ff og Joseph C. Amico: Introduction to the US Income Tax System, 1993, s. 100.

kring. Men *ceteris paribus* må det dog gælde, at materielle handelsvarer forholdsvis lettere kan prisfastsættes end tilfældet er f.s.v.a. de nedenfor behandlede tjenesteydelser og de ovenfor behandlede immaterielle aktiver. Hjemmelsgrundlaget er også ved de her omhandlede transaktioner at finde i LL § 2 og MDBO art. 7 og 9³⁸³. Ved korrektioner kan der efterfølgende opstå en dobbeltbeskatningssituation, hvilket absolut ikke er udtryk for skatteneutralitet.

2.2.1.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Koncernerne kan så vidt muligt sikre overholdelse af arm's længde princippet og tilstedeværelsen af den påkrævede dokumentation. Stedse bør forholdene være åbne overfor for skattemyndighederne så risikoen formindskes. En konsekvent gennemførelse af enhedstankegangen, jfr. del VII og ovenfor i afsnit 2.1.1.1., ville medføre koncerninterne dispositioners irrelevans og samtidig fjerne risikoen for manipulationer gennem disse interne afregningspriser. Samtidig er det også klart, at dette ikke kan ske så længe der findes skattemæssige incitamenter til at flytte profitter mellem forskellige skattejurisdiktioner indenfor EU. Som det er på det nuværende stade vil der kunne opstå dobbeltbeskatning og af de anførte årsager og vi må endnu en gang falde tilbage på mulighederne til undgåelse heraf, navnlig udmøntet i MDBO art. 9(2) og 25 samt voldgiftskonventionen (90/436/EØF), som behandlet nedenfor. Igen understreges det således, at mulig opnåelse af neutralitetsvirkninger er afhængig af udfaldet af de respektive procedurer. Procedurerne skal ikke behandles her.

Konstaterbart er det derfor, at der ved koncernintern handel ikke eksisterer skatteregulering til sikring af principiel skatteneutralitet. Udfaldet er afhængig af andre eksisterende retsinstitutter, hvorfor der ikke kan udledes bidragende statueringer til en sammenhængende skatteneutral koncerneksistens.

2.2.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Disse transaktioner er klassiske i forbindelse med transfer pricing problematikken og vil ganske uproblematisk kunne udløse korrektioner i

383. Det må nok antages, at de nationale hjemmelsbestemmelser har til formål at skabe den rette indkomstopgørelse og herved sikre, at der ikke unddrages den danske statskasse betydeligt provenu ved forvridning af indkomstgrundlaget mv. De nævnte folkeretlige bestemmelser må antages at tilsigte en rigtig fordeling af beskatningsretten mellem aftalestaterne, og dette er mere end et formål om at undgå international dobbeltbeskatning idet dette spørgsmål kun vedrørende interne priser behandles i art. 9, stk. 2 (eneste bestemmelse til ophævelse af økonomisk dobbeltbeskatning).

indkomstgrundlaget. Hjemmelen er den interne i Sec. 482 med tilhørende regulations samt USMDBO art. 7(2) og 9(1). Regulations fremsetter fem metodeanvisninger til denne type af transaktioner, jfr. Treas Reg. § 1.482-3(a); Comparable Uncontrolled Price – CUP, Resale Price Method – RPM, Cost plus og Comparable Profits Method – CPM. For ophævelse af dobbeltbeskatning må henvises til afsnittet nedenfor i 2.4.3.

2.2.2. Udførelse af tjenesteydelser³⁸⁴

2.2.2.1. Almindeligt led

Også vedrørende udførelse af tjenesteydelser kan korrektion efter arms længde princippet komme på tale. Virkningerne er tilsvarende de allerede gennemgåede og det samme er de mulige ophævelser af dobbeltbeskatning. Der findes således udelukkende anledning til at fremhæve særegne karakteristika for denne transaktionstype.

Koncerninterne tjenesteydelser kan bestå i bistand af teknisk, administrativ, kommerciel eller juridisk karakter, og den prismæssige afregning heraf benævnes bredt *management fees*. Efter deres art kan de opdeles i ydelser, der tjener den kontrollerende virksomheds interesser, og i ydelser, der konkret tjener det kontrollerede selskabs forretningsmæssige interesser. Efter dansk skatteret må det antages, at kun udgifter af sidstnævnte karakter kan fradrages den skattepligtige indkomst. OECD har gjort sig flere overvejelser i forbindelse med disse transaktionstyper. Der er ikke de samme begrænsninger knyttet til det nye kapitel om koncerninterne tjenesteydelser som det tidligere fremhævet er tilfældet for immaterielle aktiver, hvorfor dette kapitel må indgå på lige vilkår med den resterende del af Guidelines som fortolkningsbidrag til danske transfer pricing regler.

2.2.2.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Der kan gøres specifikke overvejelser i relation til hvorledes den koncerninterne afregning kan finde sted, så der ikke udløses justeringer i indkomstopgørelsen. Hertil kan der med udbytte søges inspiration i OECD's udsagn på området, idet disse er ganske informative. OECD fremhæver to væsentlige forhold som væsentlige for analysen af den skattemæssige behandling af koncerninterne tjenesteydelser³⁸⁵.

384. Se overvejelserne herom i det selvstændige kapitel i Guidelines: kap VII: Intra-Group Services, 1996.

385. Jfr. Guidelines s. VII-2ff.

- Som det første fremhæves om der overhovedet er udvekslet en koncernintern ydelse.
- Det andet element er efterfølgende hvad den rigtige pris i givet fald skal være, hvis arms længde princippet lægges til grund.

Ad 1) Denne vurdering afhænger af, hvorvidt der gennem den pågældende ydelse eller aktivitet er tilgået det modtagende koncernselskab en ydelse af økonomisk eller kommerciel værdi, der kan forbedre selskabets økonomiske stilling. Om dette er tilfældet, kan konstateres ved at overveje hvorvidt et uafhængigt foretagende i en tilsvarende situation havde været villig til at betale for ydelsen, eller om dette selv ville have klaret problemet. Bliver konklusionen, at et uafhængigt selskab ikke vil være villig til at betale, kan der ikke antages at være tale om en koncernintern ydelse i henhold til arm's length princippet. Udfaldet af denne vurdering afhænger af de konkrete forhold. Det er ikke muligt at lave en "objektiv" liste over aktiviteter, der kan eller ikke kan betragtes som koncerninterne tjenesteydelser, der berettiger beregningen af et honorar. Der er dog hertil en vis vejledning at hente i Guidelines, idet det her belyses, hvorledes analysen kan foretages for visse almindelige typer af koncernaktiviteter. Det vil oftest være relativt simpelt at fastslå udvekslingen af ydelser, hvis der af et koncernselskab udføres servicefunktioner efter udtrykkeligt ønske fra et eller flere andre koncernselskaber. Det bliver imidlertid mere kompliceret i tilfælde, hvor et koncernselskab foretager aktiviteter, der relaterer sig til mere end ét medlem af koncernen. I disse situationer må der sondres mellem på den ene side omkostninger ved service- og tjenesteydelser³⁸⁶ og på den anden side aktionærrelaterede omkostninger³⁸⁷. Uanset om man har med den ene gruppe eller den anden at gøre, er det afgørende spørgsmål, i hvis interesse omkostningerne er afholdt. Dersom de pågældende omkostninger afholdes i datterselskabets interesse (service- og tjenesteydelser), skal de henføres til datterselskabet, og bør være fradragsberettigede heri, mens de aktionærrelaterede omkostninger ikke vil kunne statuere en koncernintern ydelse, der berettiger beregning af vederlag. Det skal ikke nærmere konkretiseres, i hvilke situationer der aktuelt kan siges at foreligge en honorarberettiget ydelse, men blot henvises til Guidelines. Styrken ved kapi-

386. Disse må defineres som udgifter, der afholdes i datterselskabets interesse. Der sondres ikke mellem om omkostningerne relaterer sig til datterselskabets produktionsaktiviteter eller ledelse. Begge kategorier behandles skattemæssigt ens.

387. Disse vedrører for så vidt også datterselskabet, men afholdes i moderselskabets interesse. De bliver fortrinsvis afholdt for at kontrollere datterselskaberne i koncernen og sikre moderselskabets investering heri. Omkostningerne benævnes også "*Kontrolomkostninger*", og der gives eksempler på disse i Guidelines, s.II-4.

tel VII i Guidelines kan imidlertid nok antages at ligge i de betydelige bestræbelser, der er lagt i eksemplifikationerne. Disse kan således give såvel skattemyndigheder som skatteydere et indblik i de relevante problemstillinger og hvordan disse kan behandles. Der kan ikke konstateres egentlige principielle forskelle i de nye Guidelines og indholdet i Rev. Med. 1983-31, men der er dog den omtalte detailrigdom, der må medføre, at koncernerne ikke bør overse tilsvarende problemer.

Ad 2) Det må efter konstateringen af ydelsesudvekslingen være muligt at fastlægge den rette størrelse af vederlaget. Dette skal efter de almindelige principper tilsvare hvad uafhængige parter ville betale under tilsvarende omstændigheder. OECD anbefaler at vederlaget for den interne ydelse debiteres direkte hos det modtagende selskab. Direkte debitering har den fordel, at det bliver lettere at konstatere om det beregnede vederlag er på arm's length vilkår. Såfremt det ydende selskab tillige yder tilsvarende bistand til eksterne virksomheder, vil direkte debitering næppe udgøre det store praktiske problem, ligesom der ikke bør være væsentlige vanskeligheder ved at konstatere, om koncernselskabet betaler markedsprisen for den modtagne ydelse. Imidlertid anerkender OECD, at det ikke altid vil være muligt at foretage direkte debitering. I sådanne tilfælde har koncernerne intet andet alternativ end at anvende en eller anden form for omkostningsfordeling, hvorved udgiften til at frembringen ydelsen defineres og kan danne grundlag for beregningen af vederlaget for den aktuelle ydelse³⁸⁸.

I forbindelse med den konkrete prisfastlæggelse efter arms længde princippet, skal det søges at anskue problemstillingen fra to synsvinkler; dels som leverandør af ydelsen, dels som modtager heraf. I denne sammenhæng vil det være relevant at se på den værdi, den pågældende ydelse har for modtageren, og hvad en uafhængig virksomhed under tilsvarende omstændigheder havde været rede til at betale. Endvidere må serviceyderens omkostninger tages i betragtning.

388. Forudsætningen for anvendelse af omkostningsfordeling, er, at den pågældende ydelse ikke leveres ud af koncernen til uafhængige selskaber, der debiteres på sædvanelig vis, at der foreligger et nøjagtigt omkostningsregnskab, at de fordelte omkostninger pålægges en rimelig fortjeneste, og at den anvendte fordelingsnøgle definerer det enkelte koncernselskabs reelle, relative andel af de samlede ydelser, der er til rådighed på koncernniveau.

OECD konkluderer, at metodevalget i forbindelse med dette område enten må falde på CUP³⁸⁹ eller CP³⁹⁰. Men der åbnes ligeledes mulighed for at anvende de profitbaserede metoder som sidste udvej. Herved ses den mest markante ændring i forhold til Rev. Med. 1983-3, idet anvendelse fra at være en del af de generelle Guidelines nu også direkte anbefales, om end som sidste udvej, i forbindelse med behandlingen af koncerninterne tjenesteydelser. Fremtidige sager om koncerninterne tjenesteydelser kan komme til at tage sig vidt forskelligt ud i forhold til tidligere, idet Guidelines metodeanvisninger har vundet gehør, hvorved avancebaserede metoder tillige vil kunne finde anvendelse. Selve den indholdsmæssige vurdering af tjenesteydelser synes ikke at have ændret karakter, bortset fra kapitel VII's større detaljering og nuancering af problematikken. Skatteydere må derfor være opmærksomme på problemerne og indrette sig i overensstemmelse hermed, med henblik på at imødegå fremtidens formodet skærpede skattekontrol, og dermed ubehagelige og kapitalkrævende sager herom.

Enhedstankegangen har det som sit klare standpunkt i denne relation, at koncerninterne tjenesteydelser ikke bør udløse skattemæssige virkninger. Der er tale om en disposition i den samlede koncerninteresse og midler har ikke forladt koncernens råderum.

Skulle dobbeltbeskatning opstå sikres den skattemæssige neutralitet gennem retsmidlerne til ophævelse heraf, se afsnit 2.4. nedenfor. Derfor må det sluttes, at der ikke findes skatteregulering med neutralitetsvirkning ved de her omhandlede transaktioner.

2.2.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Korrektion kan ligeledes komme på tale i denne situation og hjemmelsgrundlaget er det allerede præsenterede i IRC Sec. 482 og USMDBO art. 7(2) og 9(1). En serviceydelse foretaget for en interesseforbunden part skønnes, at tilsvare omkostningen eller fradraget der er opstået³⁹¹. Se afsnit 2.4.3. om ophævelse af eventuel dobbeltbeskatning.

389. Denne antages specielt at kunne komme i anvendelse hvor en sammenlignelig ydelse udveksles i et tilsvarende marked mellem uafhængige selskaber, eller hvor et koncernselskab leverer en tilsvarende ydelse til foretagender uden for koncernen. Et eksempel på en sådan ydelse kan være en computer-hot-line.

390. Cost plus metoden vil typisk finde anvendelse, hvor det ikke er muligt at definere en fri markedspris, men hvor den udøvede aktivitet, de anvendte aktiver og selskabets kommercielle risiko er sammenlignelig med de vilkår, et uafhængigt foretagende må operere under.

391. Se herom Treas. Reg. § 1.482-2(b)(3).

2.2.3. Øvrige materielle goder

2.2.3.1. Almindeligt led

Af andre tænkelige koncerninterne handler kan tænkes overdragelse af enkeltstående aktiver af forskellig art, eksempelvis driftsmateriel, fast ejendom mv.. Dette antages hos visse forfattere, at falde begrebsmæssigt lidt uden for transfer pricing problematikken, men grundlæggende af kunne udløse de samme konsekvenser³⁹². Resultatet kan tiltrædes, men den foretagne opdeling af transfer problematikker i enkeltstående og gentagne ydelser tjener efter min overbevisning intet formål, således hverken juridisk eller fremstillingsteknisk³⁹³. Men yderligere kan visse afståelser tænkes at udløse avancebeskatning af forskellig art. Såfremt transaktionen sker som led i virksomhedsoverdragelse, gælder fusionsbeskatningsdirektivets regler, tilsvarende hvad der er anført ovenfor under goodwilloverdragelse. Herefter er der således et krav om, at transaktionen ikke må udløse avanceskat. I andre situationer end netop de af direktivet omfattede er det imidlertid ikke omgærdet med samme sikkerhed, vedrørende spørgsmålet om der kan opnås neutralitetsvirkning³⁹⁴.

2.2.3.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Avancebeskatningsretten til afståelse af fast ejendom i den internationale skatteret tildeles efter MDBO art. 13, stk.1 (som er en undtagelse til stk. 4)³⁹⁵ beliggenhedslandet – kildelandet³⁹⁶. I dansk skatteret fastslås den begrænsede skattepligt for udenlandske selskaber i SEL § 2, stk. 1,

392. Jfr. Sv. Allan Jensen og Erna Christensen i SU 1992.73, specielt s. 70.

393. De nævnte forfattere benytter også den omtalte sondring i forbindelse med behandlingen af maskeret udlodning i Selskabsbeskatning, 1997 idet man opererede med denne opdeling i praksis, men ej heller i denne relation kan sondringen tilægges værdi. Tilslutning omkring dette standpunkt findes i nyere skatteretlig litteratur.

394. Udgangspunktet er trods alt teoretisk stadig efter SL § 5a, at aktiver der ikke er erhvervet som et led i næring eller spekulationsøjemed og som ikke er omfattet af de specielle avancebeskatningsregler i EBL, ABL, KGL, afskr. eller LL ikke ved aktivets afståelse påvirker den skattepligtige indkomst. Men alle de således anførte undtagelser medfører imidlertid, at udgangspunktet bliver til en ubetydelig undtagelse i praksis.

395. Bestemmelsen er i den fællesnordiske overenskomst udvidet betydeligt til her at omfatte 7 stykker.

396. Der lader til efterhånden at være nogenlunde enighed om, at genvundne afskrivninger tillige skal henføres under denne bestemmelse, jfr. herom Leif Weizman: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 461, Aage Michelsen: International skatteret, 1996, s. 231 og Niels Winther-Sørensen i Skatteretten 3, 1995, s. 208ff.

litra b), der omfatter såvel afståelsesavancer efter EBL som genvundne afskrivninger efter afskrl. § 21³⁹⁷. Øvrige kapitalgevinster beskattes efter art. 13, stk. 4 i domicilstaten. I dansk ret forholder det sig således, at afståelse af løsøre, driftsmidler, varelagre mv. er underkastet begrænset skattepligt efter SEL § 2, stk.1, litra a), sidste pkt. Opgørelsen skal såfremt andet ikke fremgår foretages efter SL § 5a.

Selvom der herved ses, i vidt omfang at eksistere midler til ophævelse af dobbeltbeskatning, er dette ikke nødvendigvis udtryk for skatteneutralitet. Netop når vi har med realisationsbeskatning at gøre kan der jo argumenteres for, at realisationsprincippet skal ses i koncernperspektiv for at medføre skatteneutralitet. Således burde der først ske beskatning, når det handlede aktiv forlader koncernen definitivt, og ikke blot når aktiver skifter hænder koncerninternt. Af denne årsag mener jeg ikke, at eksisterende regulering til ophævelse af dobbeltbeskatning iagttager relevante neutralitetskriterier, og der er ligeledes min vurdering, at enhedstankegangen herved undertrykkes.

2.2.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Korrektionsvirkningerne er identiske i tilfælde af disse transaktioner, med hjemmel i Sec. 482 og MDBO art. 7(2) og 9(1). Ophævelsen af dobbeltbeskatning er overladt til de i afsnit 2.4.3. behandlede retsmidler.

Hertil kommer en eventuelt avancebeskatning efter Sec. 1221 eller behandling som US kildeindkomst efter 862(a)(5), hvilket i begge tilfælde beskattes som om der er en effektiv tilknytning til USA til den almindelige selskabsskatterate. Fordelingen heraf ved afståelse af eksempelvis fast ejendom foretages efter USMDBO art. 13, stk. 3 således at denne tildeles beliggenhedsstaten og ved øvrige kapitalgevinster beskattes efter art. 13 stk. 5 i domicilstaten. Intern beskatningshjemmel findes i IRC Sec. 897(a)(2).

2.3. *Finansielle goder*

2.3.1. Udbyttebetalinger fra kapitalinteresser i selskaber/ Hjemtagelse af overskud via udbyttebetalinger

2.3.1.1. Ratio legis – almindeligt led

I forbindelse med transnationale koncerners eksistens, er det af stor praktisk betydning, at der eksisterer muligheder for lempelse af opstået dobbeltbeskatning ved koncerninterne udbytteudlodninger³⁹⁸. Ved udlandsaktivitet gennem filialer opstår der ikke tilsvarende problemer idet

397. Herom med henvisninger til den tidligere gældende lov J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 113ff.

sådanne ikke udlodder udbytte til hovedvirksomheden i hjemstaten, filialens over- og underskud medregnes som en del af hovedvirksomhedens globalindkomst, jfr. SL § 4³⁹⁹. Skatteneutralitet for koncerner kan i denne situation bestå i, at disse ikke undergives en mere byrdefuld beskatning end enkeltstående skatteretssubjekter undergives. Det er således vigtigt, at indtægter kun beskattes ved den første indtjening i koncernen, men ikke ved viderebetaling endnu engang underkastes beskatning. Følgelig består opgaven i at undersøge eksisterende muligheder for ophævelse af den skitserede dobbeltbeskatning ved udbyttebetalinger fra et datterselskab i én stat til et moderselskab i en anden. Reguleringen af sådanne transaktioner befinder sig i brydningspunktet mellem de tre retskildesystemer i den internationale skatteret.

De nationale regler af specifik interesse befinder sig alle i selskabsskatte-loven⁴⁰⁰. In casu er der tale om SEL §§ 13, stk. 3, jfr. stk. 1, nr. 2 og stk. 5 jfr. stk. 4 og 17, stk. 2. Visse af reglerne er ganske nationale i deres oprindelse og andre er af fælleseuropæisk oprindelse. Oprindeligt blev lempelse for dobbeltbeskatning ved koncerninterne udbyttebetalinger lempet efter dagældende SEL § 17, stk. 3 (datterselskabslempelsen hvilken indtil 1.1. 1999 findes i SEL § 17, stk. 2 – om end ændret – ikke må forveksles med udlandslempelsen der befandt i sig daværende SEL § 17, stk. 2 men nu befinder sig under aftrapning i § 4 i lov. nr. 486 af 30.6

398. Økonomisk dobbeltbeskatning opstår derved, at udbytte beskattes hos såvel udbytteudlodende selskab (i form af almindelig selskabsskat) og efterfølgende beskattes hos udbyttemodtagende selskab efter regler om udbyttebeskatning (beskatning af samme indkomst hos to forskellige personer). Den juridiske dobbeltbeskatning opstår derved, at et modtagende selskab betaler kildeskat i datterselskabsstaten og efterfølgende udbyttebeskattes i hjemstaten (én person beskattes to gange af samme indkomst).

399. Der kan naturligvis meget vel opstå international juridisk dobbeltbeskatning såfremt den fremmede stat benytter territorialprincippet. I sådanne situationer sikres ophævelsen af dobbeltbeskatning ved enten traktat eller ved den interne lempelsesregel i LL § 33, og under alle omstændigheder er der adgang til udlandslempelse (afskaffet fra år 2000, og er nedtrappet gradvis fra 1994 med 1/7 årligt, således at lempelsen nu udgør 2/7).

400. Se for en generel beskrivelse af udbyttereglerne i dansk skatteret, LV 1997 S.C.1.2.4.4., J.O. *Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteoven med kommentarer, 1997, ad § 2, § 13 og § 17, Aage *Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 667ff, Jan *Pedersen* i Skatteretten 2, 1995, s. 421ff og Niels *Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 1995, s. 310ff, Isi *Foighel* og Kjeld *Hemmingsen*: Skat – erhverv, 1997, s. 334ff, Erik *Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 296ff og samme i Koncernretten, 1996, s. 205ff og endelig Lena *Falk* og Claus *Pedersen*: Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996, s. 69ff, Bente *Møll Pedersen* i R&R 1994/10, s. 24ff samt Søren *Næsborg Jensen* i SU 1997.300.

1993), som denne blev indført i 1960 ved lov. nr. 255 af 11.6. Ved skattegodtgørelsesordningens indførelse blev udbytter fra danske datterselskaber i henhold til SEL § 13, stk. 1, nr. 2 fritaget for beskatning ved lov nr. 404 af 20.8. 1976. Udbytte fra udenlandske datterselskaber var fortsat underlagt dagældende SEL § 17, stk. 3. Men ved lov. nr. 144 af 13.4. 1983 blev udbytter fra udenlandske datterselskaber tillige fritaget efter SEL § 13, stk. 3 med henvisning til stk. 1, nr. 2. De hidtidige regler i SEL § 17, stk. 3 om datterselskabslempelse blev opretholdt i relation til de tilfælde, hvor der var sket en beskatning efter regler, der ikke i væsentlig grad afveg fra de danske⁴⁰¹. Bestemmelsen er siden ved implementeringen af direktiv 90/435 blevet ændret en smule og siden flyttet til § 17, stk. 2 hvilken nu er udtryk for gældende ret indtil indkomstår der er påbegyndt inden 1. januar 1999. Formålet med denne danske regulering er ophævelse af økonomisk dobbeltbeskatning, idet man har erkendt, at det er skadeligt for erhvervslivet (selskabssektoren) såfremt dette undergives byrdefuld dobbeltbeskatning. De oprindelige standpunkter om datterselskabslempelse kommer til udtryk i forarbejderne til SEL (FT 1959/60 A, sp. 1013, specielt sp. 1058 ad § 13) mens de mere specifikke overvejelser om indførelsen af skattefrihed for datterselskabsudbytter kommer til udtryk i forarbejderne til ændringslovene (specielt Bet. nr. 640 om selskabsbeskatning af 1972 og lov. nr. 144 af 13.4. 1983, FT 1982/83 A, sp. 1581, B. sp. 1155.).

Regler om skattefrihed (eller creditlempelse) er udtryk for en vis form for enhedsbetragtning af selskaber i koncernform. Hvis en streng særbehandling skulle finde sted, ville hvert selskab i en koncern optjene sine egne midler, og når disse blev sendt videre i koncernen, ville dette udløse skat. Regler om skattefrit udbytte gør det muligt at undergive koncernen en sambehandling, hvorefter reservernes omplacering inden for koncernen via udbyttebetaling ikke udløser skat⁴⁰². Ved denne konstatering forekommer det nærliggende at antage, at lovgiver ved udformning af lovregler om skattefrihed for datterselskabsudbytter, har haft enhedsteorien i baghovedet, og dermed skatteneutralitet⁴⁰³. Den almindelige udbyttebestemmelse i SEL § 13, stk. 3, jfr. stk. 1, nr. 2 for udenlandske udbytter er en rent national foreteelse selvom de nye ændringer ved lov. 1026 af 23.12. 1998 medfører, at SEL § 17 er ophævet og at SEL § 13 herefter også vil udgøre Danmark fællesskabsretlige implementering.

401. Sml. denne historiske eksercits med gennemgangen i Bet. nr. 1098 af 20.3. 1987 om Ophævelse af dobbeltbeskatning af aktieudbytter, s. 30ff.

402. Jfr. Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, s. 206 og s. 209.

Som nævnt er den fælleseuropæiske baggrund udformet i det såkaldte moder/datterselskabsdirektiv som vedtaget af Rådet 23.7.1990⁴⁰⁴. Formålet med dette direktiv kommer ikke umiddelbart til udtryk i præamblen, eller sagt anderledes at dette fremkommer meget sparsomt. Direktivet er baseret på den forudsætning, at sammenslutninger af virksomheder er en nødvendighed for at skabe hjemmemarkedslignende forhold i fællesskabet⁴⁰⁵. Hertil ytres det i præambelens betragtning nr. 3, at:

“...de nuværende beskatningsregler for forbindelserne mellem moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater varierer betydeligt fra medlemsstat til medlemsstat og er generelt mindre fordelagtige end de regler, der gælder for forbindelserne mellem moder- og datterselskaber fra samme medlemsstat; samarbejdet mellem selskaber fra forskellige medlemsstater er således undergivet ringere vilkår end samarbejdet mellem selskaber fra samme medlemsstat; denne forskelsbehandling bør fjernes, ved at der indføres en fælles ordning, hvorved det bliver lettere at sammenslutte selskaber på fællesskabsplan; hvis et moderselskab som selskabsdeltager fra sit datterselskab modtager udbytte, kan den stat hvor moderselskabet er hjemmehørende: – enten undlade at beskatte udbytte, – eller beskatte det, men give selskabet tilladelse til fra skattebeløbet at trække den del af datterselskabets skat, der vedrører dette udbytte...”

403. Det nærmeste det dog kommer i bemærkningerne til lovændringen fra 1983, specielt sp. 1585, er, at ligestilling mellem danske og udenlandske koncerner ønskes, men begrundelsen er at det påregnes at skattefritagelse af udbytte fra også udenlandske selskaber vil tilskynde til en øget udlodning af indtjeningen i udenlandske datterselskaber. Bemærkes bør det dog, at det i selskabsbeskatningsbetænkningen af 1972, nr. 640, s. 7, søges inddraget skattneneutralitet som et argument for afskaffelsen af dobbeltbeskatning. Således anføres, at det skal undgås, at erhvervsvirksomhed der drives i selskabsform skal beyrdes skattemæssigt mere [skattneneutralitet] ved valg af virksomhedsform. Yderligere anføres, at der gennem afskaffelse af dobbeltbeskatning kan indføres neutralitet overfor valget mellem brug af egen- eller fremmedkapital. Endelig søger man at hindre, at landets egne selskaber stilles ugunstigt i konkurrence med selskaber fra lande, der har gennemført en integration mellem selskabs- og aktionærbeskatningen. Indholdet af betænkningen minder i sit indhold umiskendeligt meget om den 15 år yngre Bet. nr. 1098 af 1987 om ophævelsen af dobbeltbeskatningen af aktieudbytter.

404. Det er kritisk herom blevet anført, at dette direktiv ikke ville få nogen anvendelse idet det blot dækker et område som allerede er bilateralt normeret. Dog er det ligeledes kendt, at der ikke er indgået alle de mulige overenskomster mellem medlemsstaterne. Ydermere fastsætter et direktiv ensartede regler og bortskaffer tidsforbrugende tilbagesøgningsprocedurer for skatteyderne. Kritikken forekommer derfor ikke berettiget.

405. Det er denne politik der i *Karsten Engsig Sørensens* afhandling; Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, benævnes; *koncentrationspolitikken*.

Ydermere fremhæves det af allerstørste interesse i præamplens sidste betragtning, efter en gennemgang af lempelsesmetoderne, at det udbytte som et datterselskab udlodder til sit moderselskab bør fritages for kilde-skat for at sikre *skattemæssig neutralitet*. Herved slutter de officielle be-tragtninger, der gives ingen forklaringer af hvad der menes hermed og hvordan; kun dette kortfattede udsagn. For en nærmere redegørelse må vi gå tilbage til det oprindelige udkast fra 1969 (COM (69) 6 final⁴⁰⁶), der indeholder et yderst informativt eksplanatorisk memorandum. I dette dokument fremkommer det (som noget egentligt selvfølgelig, men ikke nævnt i direktivet nogetsteds), at direktivet primært tager sigte på ophævelsen af økonomisk dobbeltbeskatning, idet sådan beskatning hindrer transnationale koncerndannelser. Der opstilles i punkt-form en prioriteret liste over de fundamentale hensyn der ligger bag forslaget fra 1969⁴⁰⁷.

(a) It is above all necessary to avoid economic double taxation and thus to exempt profits which a parent company receives from its subsidiaries, from corporation tax in its hands.

(b) It is also appropriate to resolve the problem caused by the withholding tax on dividends. In general two techniques are employed by the various countries at the domestic level in order to impose such withholding tax no more than once: the first technique consists of not imposing any withholding tax at the subsidiary level but of imposing such tax at the time when the dividend is redistributed by the parent company; the second technique is the converse of the first. While these two methods produce the same result if the dividend is redistributed by the parent company, this is not so if it is placed in reserve: in the first case the parent company may keep the full amount, while in the second case such amount is permanently reduced by the withholding tax. The imposition of a withholding tax at the subsidiary level thus acts to the detriment of parent companies whose own business activities do not produce sufficient profits to enable them to finance themselves. On the other hand, the other method i.e. where there is an exemption

406. Originalen af denne kommunikation er fransksproget, men findes uofficielt oversat af IBFD og offentliggjort i EC Corporate Tax Law, Binder ***, Kap. II initial proposals, afsnit 1.

407. Betragtningerne skønnes anvendelige ved en granskning af præamplens dengang og nu. Bortset fra en forladt præference for exemptionsprincippet til ophævelse af økonomisk dobbeltbeskatning (ved England og Irlands indtræden i fællesskabet), en tydeliggørelse af behovet for ophævelsen af dobbeltbeskatning og et selvstændigt opgørelsessystem om "*consolidated profits – consolidé bénéfice*", er betragtningerne identiske.

at the subsidiary level, avoids this disadvantage by achieving absolute fiscal neutrality with regard to the allocation by the parent company of dividends received from its subsidiaries: such parent company is in all cases treated as if it had realized such profit and not through its subsidiaries.

At the international level withholding taxes are at present almost universally imposed in cases where subsidiaries make distributions to their parent companies. Such withholding result in double taxation where under its domestic law the State of the parent company applies the exemption method at the subsidiary level, i.e. it imposes a new withholding tax when the parent company company redistributes the dividends. The initial withholding tax thus constitutes a definite tax burden.

The Commission therefore considers it essential that, except in certain particular cases, the method which should be adopted is that of exemption from withholding taxes at the subsidiary level. This solution is all the more justified since the withholding tax is normally only an advance payment of tax, and there is no need to require such an advance payment where the recipient of the income is exempted from tax on such income.

Der fremhæves tillige et tredje hovedsigte, men dette relaterede sig til det optimistiske system om fælleseuropæisk konsolidering af profiler, hvilket som bekendt ikke er gennemført og i det hele taget er blevet forladt som strategi. Der kan dog for en omtale af systemets indhold henvises til afsnittet om underskudsmedregningsmuligheder nedenfor i 3.2.

Formålet bag direktivet kan således i korte termer siges at være ophævelse af såvel økonomisk som juridisk dobbeltbeskatning. Baggrunden for i hvert tilfælde ophævelsen af den juridiske dobbeltbeskatning er funderet i ønsker om skattnetralitet. Dette fremgår eksplicit af det eksisterende direktivs præampel ved begrundelsen for ophævelsen af kildebeskatning i datterselskabsstaten og det ovenfor refererede punkt (b) der netop må antages at relatere sig hertil. Begrebet der benyttes kan nok tolkes derhen, at det indeholder klare elementer af enhedsteorien, netop idet moderselskaber efter de anførte betragtninger bør kunne se bort fra det faktum, at indtjeningen er foregået gennem et datterselskab og ikke gennem moderselskabet selv. Det kan nok ligeledes antages, at ophævelsen af den økonomiske dobbeltbeskatning er funderet i et ønske om at transnationale koncerner ikke skal stilles skattemæssigt dårligere end nationale koncerner. Idet nationale koncerner unilateralt sikres ophævelse af dobbeltbeskatning for at disse ikke skal stilles dårligere end enkeltstående skattesubjekter (der begribeligvis kun beskattes én gang),

kan der tales om en europæisering af det nationale skattnetralitetsbegreb.

Den anvendte term *konkurrencemæssig neutralitet*, må tillægges det indhold, som også tilfældet var for fusionsdirektivet, at der bør sikres lige vilkår også i beskattningen, når der er tale om at konkurrence mellem foretagender intra fællesskabet. Der er hermed ikke tale om et skattnetralitetsbegreb som det anvendes i denne afhandling, men nok snarere et argument for harmonisering i al almindelighed med henvisning til de økonomiske principper om CEN eller CIN.

Der er på dette område tydeligvis sikret principiel neutralitet for koncerninterne transaktioner.

2.3.1.2. Neutralitetsbehandlingen forudsætninger og fremtræden – specielt led

Indkomstår der er påbegyndt inden 1. januar 1999

Retsvirkningen efter SEL § 13, stk. 3 er, at udbyttet helt fritages for beskattning efter et exemptionsprincip⁴⁰⁸, ved det at der helt bortses fra udbyttet i relation til beskattningen.

Anvendelse af bestemmelsen i SEL § 13, stk. 3 er betinget af opfyldelse af visse kriterier. De grundlæggende kriterier fremgår af SEL § 13, stk. 1, nr. 2 mens særegne kriterier for udenlandske udbytter behandles under stk. 3. Skattefriheden er således betinget af (1) at det udbyttmodtagende selskab skal være en af de selskabstyper der er nævnt i SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2, 2a, 2b, 2c, 3a, 4, 5 eller 5b, (2) at det modtagne udbytte er udbytte i skatteretlig henseende, og (3) at det modtagende selskab er moderselskab i lovens specielle forstand, samt (4) at det udbyttmodtagende selskab (moderselskabet) ejer mindst 25% af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab /datterselskabet) i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken udbytteudlodningstidspunktet skal ligge⁴⁰⁹. Af (1) følger, at kun danske selskaber kan påberåbe sig reglen, mens det af (2) følger, at udbyttet skal være omfattet af den brede udbyttedefinition i LL § 16 A (også maskeret udbytte) men også afståelses-sommer som et moderselskab oppebærer ved salg af datterselskabsaktier til datterselskabet, som normalt skattepligtigt efter LL § 16 B. Men dette ændres når vi behandler selskaber indenfor EU, idet der herved må benyttes det europaretlige udbyttebegreb, som det selvstændigt kommer (eller netop ikke kommer) til udtryk i moder/datterselskabsdirektivet. Endelig følger det af (4), at moderselskabet skal opfylde 25% ejerkravet i

408. Se hertil den autoritative definition i OECD's MDBO art. 23 A. Betegnelsen benyttes hverken i forarbejder eller loven, men det materielle indhold tilsvarede nøje princippet, hvorfor betegnelsen uantastet kan benyttes.

en sammenhængende periode på mindst ét år indefor hvilken udbyttebetalingen skal finde sted. Der er således ikke noget til hinder for en etablering/termination af en koncernrelation (i lovens forstand) den til udlodningen umiddelbart foranstående/næstfølgende dag, når blot ejertidskravet samlet set opfyldes.

Til disse krav følger SEL § 13, stk. 3, at skattefrihed er betinget af, at moderselskabet godtgør, at udbyttet hidrører fra et eller flere selskaber, hvori den til grund for det modtagne udbytte liggende selskabsindkomst beskattes efter regler, der ikke væsentligt afviger fra reglerne her i landet⁴¹⁰. Er der eksempelvis i landet fastsat regler der begunstiger bestemte typer af virksomhed, må man se på, om det enkelte datterselskab falder under disse regler. Er dette tilfældet er udbytte ikke skattefrit. Det vil altid være en bedømmelse af de skatteregler, der gælder for det specifikke datterselskab der er afgørende for udbyttets skattefrihed. Ved TfS

409. Kriteriet er ændret ved lov. nr. 888 af 3.12. 1997 hvis § 1, nr. 4 ændrer SEL § 13, stk. 1, nr. 2, 2. pkt. og hvis § 1, nr. 5 ændrer SEL § 17, stk. 2, 3. pkt. på baggrund af lærdommen fra sagen Denkavit (Sagerne C-283/94, Denkavit International BV m.fl.). Reglerne har virkning fra 1.1. 1998. Den hidtidige formulering løb således: "...har ejet mindst 25% af aktie- eller anpartskapitalen i det udbyttegivende selskab – datterselskabet – enten i hele det indkomstår, hvori udbyttet er modtaget, eller i en sammenhængende periode på mindst to år frem til det tidspunkt, hvor udbyttet modtages." Denkavit-dommen fastslog, at der ikke i Moder/datterselskabsdirektivet var hjemmel til et krav om retrospektivt ejerskab i 2 år. Før dommens fremkomst er problemet vedrørende den danske fortolkning fremhævet af Henrik Meldgaard i TfS 1991.480, Søren Næsborg Jensen i SU 1993.93 og efter dommen af samme i EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 219f. Dommen er blandt andet omtalt af Poul Runge Nielsen i SU 1997.74. Der er den 19.6. 1998 udsendt et genoptagelsescirkulære om tilbagebetaling af udbytteskat og genoptagelse af beskatning af datterselskabsudbytte, TS-Cirk. 1998-15. Anmodningen om tilbagebetaling af udbytteskat skal være ledsaget af dokumentation for, at moderselskabet opfylder lovens krav sammenholdt med moder-/datterselskabsdirektivets for at kunne modtaget skattefrit datterselskabsudbytte. Som dokumentation vil det i almindelighed være tilstrækkeligt at vedlægge en erklæring fra selskabets generalforsamlingsvalgte revisor om, at betingelserne er opfyldt. For så vidt angår genoptagelse gælder det, at anmodningen skal være ledsaget af tilsvarende dokumentation, jfr. TfS 1998.499. Jeg kan ikke tilslutte mig vurderingen hos Henrik Arhnung i R&R 1997/12, s. 53 om, at tilbagebetalingen af udelukkende grænseoverskridende udbytteskatter vil stride mod EU-retten idet Leur-Bloem dommen kræver sidestillelse mellem nationale og grænseoverskridende transaktioner når SEL § 13, stk. 1 nr. 2 åbenbart intenderer at være i overensstemmelse med moder/datterselskabsdirektivet. Jeg mener ikke SEL § 13 er udtryk for en afkalkering af direktivets regler som tilfældet var det i Leur-Bloem. Denne bedømmelse bør dog formentlig ændres for så vidt angår indkomstår der påbegyndes 1. januar 1999 eller senere.

410. Denne situation kaldes efter gængs terminologi: *sammenlignelig beskatning*.

1997.593 LSK (R&R 1997 SM 360 og SU 1997.208) fastslog Landsskatteretten, at udbytte fra et datterselskab i Taiwan ikke var omfattet af SEL § 13, stk. 3, idet det udloddende selskab på grund af særlige investeringsfremmende initiativer alene havde betalt en indkomstskat på ca. 12% i de år hvor udlodningerne havde fundet sted. Landsskatteretten bemærkede, at der ikke med afgørelsen var taget konkret stilling til skattesystemet i Taiwan.

Den aktuelle skattebetaling i udlandet tilægges ikke i sig selv afgørende betydning. At et udenlandsk selskab skattemæssigt har haft underskud, og derved slet ikke betalt skat i udlandet, er ikke afgørende for behandlingen efter SEL § 13, stk. 3. Det antages, at gode carry-over muligheder i udlandet vil medføre en afvigelse fra det danske system, men har ikke betydning for bedømmelsen efter SEL § 13, stk. 3, jfr. den af TfS 1994.555 udspringende praksis fra Skatteministeriet. Gode afskrivningsmuligheder i udlandet antages ej heller at statuere væsentligt afvigelse fra det danske skattesystem, blot så længe der eksisterer regler om genvundne afskrivninger⁴¹¹. Investeringsfremmende branchelempelser mv. må antages klart at medføre en væsentlig afvigelse fra danske skatteregler. Ydes der derimod i den pågældende jurisdiktion direkte støtte i stedet har dette ikke betydning for bedømmelsen efter udbyttereglerne, jfr. *Søren Næsborg Jensen* i SU 1997.300 der fremhæver det vilkårlige element i denne varierende behandling. Afgifter har ingen bedømmelsesmæssig betydning for det udloddende selskab i udlandet.

Det fremgår af forarbejderne til stk. 3⁴¹², at der ved vurderingen af om en given udenlandsk beskatning er sammenlignelig, som udgangspunkt skal lægges vægt på beskatningsprocenten, men at der i øvrigt skal foretages en samlet vurdering af beskatningssystemet i det pågældende land. Det nævnes, at der ikke vil foreligge sammenlignelig beskatning, hvis reglerne om indkomstopgørelsen afviger væsentligt fra de danske, eller hvis det udbytteudloddende selskab har fradragsret for udloddede udbytter. I medfør af bemyndigelse i SEL § 13, stk. 3 og stk. 5 har Skatteministeren fastsat kriterier til vurderingen af sammenligneligheden⁴¹³. Således antages et skattesystem at fravige fra det danske såfremt:

- Der ikke er tale om en egentlig indkomstbeskatning, men derimod en indkomstuafhængig afgift eller lignende,

411. Jfr. *Søren Næsborg Jensen* i SU 1997.300, s. 463.

412. FT 1982/93 A sp. 1589 ad § 13, stk. 3 og TfS 1996.579 SKD og SU 1996.226 SKD.

413. Bekg. nr. 983 af 1.12. 1994, §§ 6-11 og Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 pkt. 48 (selskabs-skattecirculæret).

- Der indrømmes fuldt fradrag for udloddede udbytter,
- Den pålignede skat er væsentligt mindre end den tilsvarende danske skat ville have været, hvis det udenlandske selskab havde været fuldt skattepligtig i Danmark (lavbeskattede selskaber).

Der findes forskellige ministerielle ytringer vedrørende kravene til det aktuelle skattesystems skattesats. Det antages, at et beskatningsniveau på 25% eller derover anses at tilsvare dansk niveau, jfr. bilag 33 til L 35. Taiwan nægtedes godkendt ved TfS 1993.560 idet 25% her udgjorde den maksimale selskabsbeskatning modsat tilfældet med UK hvor 25% udgjorde et minimum, jfr. TfS 1994.555. Øvrige godkendte systemer offentliggøres løbende af Skatteministeriet. Anvendes i udlandet en progressiv skatteskala, er det gennemsnitlige udenlandske skatteniveau efter praksis afgørende for, om selskaber i det pågældende land kan anses for beskattet efter regler der svarer til de danske.

Den nuværende praksis, hvorefter en udenlandsk selskabsskat på under 25% anses for væsentligt at afvige fra den danske, må nok siges at være relativt streng⁴¹⁴. Oprindeligt, da den danske selskabsskat var på 50%, blev en udenlandsk skattesats på 30-35% anset for acceptabel. Da dette relativ set udgjorde 60-70% af den danske sats og da en minimumssats i dag på ca. 25% i forhold til selskabsskattesatsen på 34% svarer til 74% heraf, må der samlet siges at være tale om en skærpelse over tid. Derfor kan det anføres, at en lavere udenlandsk selskabsskattesats i dag burde accepteres, også set i lyset af de stedse forlydende nationale nedsættelser (senest nedsat til 32% for 1999)⁴¹⁵.

Det fremgår ligeledes af stk. 3, at det er det udbyttmodtagende selskab der har *bevisbyrden*, jfr. ordet *godtgør*, for at de til grund for udbyttet liggende indkomster er sammenligneligt beskattet. I medfør af § 10 i bek. Nr. 983 af 1.12. 1994 har det udbyttmodtagende selskab pligt til på skattemyndighedernes forlangende at indsende regnskaber for det udloddende udenlandske datterselskab. Efter § 11 skal det danske selskab, når myndighederne anmoder herom, indsende dokumentation for, i hvilket omfang det udenlandske datterselskab har betalt indkomstskat af den indkomst, der ligger til grund for udbyttet. Denne dokumentationspligt kan udgøre en betydelig belastning for de involverede selskaber, specielt når det drejer sig om indhentelse af materiale der ligger fle-

414. Herom Søren Næsborg Jensen i SU 1997.300 med en meget kritisk og perspektiverende artikel der præsenterer mange gode observationer.

415. Skulle der leves op til tidligere praksis måtte skattesatser i intervallet 20,5-23,8% accepteres.

re år forud i tid. Hertil kommer, at flere lokale regler eller det danske selskabs ubetydelige indflydelse (25%) hvilket kan medføre vanskeliggjort eller helt forhindret adgang til det påkrævede materiale. En foreslået løsning herpå kunne mere pragmatisk være indførelse af en pligt til tilvejebringelse af en mere generel beskrivelse af skattesystemet i det pågældende datterselskabsland, dog med en vis detaljeringsgrad m.h.b.p. vurderingen af systemet⁴¹⁶. Metoden er ikke hjemlet i det gældende retsgrundlag. Resultatet kan i visse situationer meget vel blive fuld beskatning af udbyttet idet der ligeledes vil være problemer med at dokumentere en beregnet skat der kan foretages creditimpelse i efter SEL § 17, stk. 2.

Det er da også grundet de praktiske problemer omkring bestemmelsen af den til grund liggende indkomsts beskatning, at Skatteministeriet har foretaget visse overordnede godkendelser af forskellige lande⁴¹⁷. Godkendelsernes formål har været at lette ligningsarbejdet, men de har utvivlsomt tillige medført en betydeligt forudberegnelighed for skatteyderne. Dog er godkendelserne ikke ganske uproblematisk, idet flere begrænsninger og ulemper kan anføres om disse. For det første er det i de fleste tilfælde taget forbehold om, at det altid vil bero på en konkret ligningsmæssig vurdering om datterselskabsudbytte vil kunne modtages skattefrit. Baggrunden herfor er, at Skatteministeriet kun har foretaget en overordnet vurdering af de pågældende skattesystemer. Godkendelserne har herved ikke generel karakter. For det andet bliver godkendelserne ikke løbende revideret, hvorved flere allerede nu er forældede. Der tages ligeledes i godkendelserne forbehold om senere ændring i landenes skatteregler, og netop derfor er det uheldigt, at der ikke sker løbende opjusteringer. Det kan derfor slutes, at den eksisterende godkendelsesordning ikke fungerer optimalt.

SEL § 13, stk. 3 indeholder ingen regler for, hvilken underliggende indkomst i udenlandske datterselskaber, der skal anses udloddet til moderselskabet i Danmark, for de tilfælde, hvor datterselskabet i det enkelte år eller evt. over en årrække, er blevet undergivet forskellig beskatning. Af bemærkningerne til L 118 fra 1995 og pkt. 5.6.3.1. i Cirk. nr. 82 af 29.5.1997 fremgår, at der i denne forbindelse skal benyttes et FIFO-princip til opgørelsen i disse situationer⁴¹⁸. Den autoritative tilkendegivelse af præferencen for dette princip kan give anledning til visse alvorlige pro-

416. Søren Næsborg Jensen op.cit.

417. Se en nyligt opdateret liste hos J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997. s, 263f og LV 1997 S.C.1.2.4.4.1.

blemer, jfr. *Søren Næsborg Jensen* op.cit. Det anførte pkt. i Cirk. nr. 82 fastslår, at det er uden betydning for bedømmelsen af den indkomst, der ligger til grund for udlodningen fra datterselskabet, om denne indkomst er optjent før eller efter det udbyttmodtagende danske selskabs erhvervelse af aktierne i det udenlandske selskab. Hertil anfører den omtalte forfatter, at en anvendelse af FIFO-princippet medfører, at det også kan blive aktuelt at skulle foretage en bedømmelse af beskatningen i datterselskabet i tidsrummet før det danske selskab erhvervede aktier deri. Dette vil klart give anledning til nogle praktiske vanskeligheder. Det kan være helt umuligt at fremskaffe sådanne oplysninger om datterselskabets beskatning tilbage i tiden, idet moderen ikke nødvendigvis har besiddet aktier i datterselskabet fra dets stiftelse eller ikke besidder en kontrollerende aktiepost, eller fordi der sjældent opbevares regnskabsmateriale ud over lovgivningsmæssige krav hertil osv. Det bemærkes, at det herved ej heller vil være muligt, at opnå creditlempelse efter SEL § 17, stk. 2 idet det ikke vil være muligt at skaffe dokumentation for den udenlandske beskatning der skal indrømmes credit efter. Herved vil der blive udløst fuld dansk beskatning. Selvom anvendelse af FIFO-princippet er fastslået er det ikke givet hvilke danske regler (nu- eller dagældende) der skal lægges til grund for bedømmelsen. Det antages, hertil loc.cit. at udgangspunktet skal tages i de nugældende danske regler, dog således at udbytte, der oprindeligt har kunnet hjemtages skattefrit, ikke senere skal kunne blive skattepligtigt som følge af ændringer i den danske skattelovgivning.

I de tilfælde hvor de involverede selskaber ikke opfylder koncernkriteriet i loven § 13, stk. 3, jfr. stk. 1, nr. 2 gælder der særlige beskatningsregler efter stk. 5, jfr. stk. 4 for ikke-moderselskaber⁴¹⁹. Hertil foreskriver § 13, stk. 5, med henvisning til stk. 4 for nationale udlodninger, at udbytte der ikke er skattefrit efter stk. 3, jfr. stk. 1, kun skal medregnes i den skattepligtige indkomst med 66% af udbyttebeløbet⁴²⁰.

418. Se tidligere herom *Søren Stenholdt* i SU 1995.229. *Søren Næsborg Jensen* gennemgår i SU 1997.300 andre mulige opgørelsesmetoder; LIFO-princippet, en gennemsnitsbetragtning, den aktuelle beskatning og endelig en kombination af samtlige disse (også FIFO).

419. Denne terminologi anvendes flere steder og således også her. Se blot Lov nr. 377 af 18.5. 1994, *Bente Møll Pedersen* i R&R 1994/10, s. 24ff og *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 258.

420. Bestemmelsen blev indsat i 1991 ved skattegodtgørelsens afskaffelse for at sikre, at den effektive udbyttebeskatning ikke forhøjedes i situationer med ikke-moderselskaber.

Der kan gøres visse selvstændige bemærkninger ved bedømmelsen af *udenlandske holdingselskaber*. Bedømmelsen heraf er principielt den samme som ovenfor. I henhold til 1983-lovens forarbejder og selskabsskattecirkulærets pkt. 48, er det underordnet, i hvilket led i en kæde af datterselskaber beskatning på dansk niveau har fundet sted. Dette medfører, at udbytte fra et normalbeskattet subdatterselskab kan hjemtages skattefrit efter SEL § 13, stk. 3 uanset om udbyttes hjemtages gennem et lavbeskattet datterholdingselskab⁴²¹. Kravet om 25% ejerskab gælder hertil alene i første led af kæden, jfr. Skatteministeriets udtalelse i TfS 1996.579. I samme udtalelse blev det fastslået, at det ved vurderingen af om holdingselskabet er beskattet efter regler, der svarer til de danske, må ses på hvorvidt selskabet er skattepligtigt af det udbytte, der modtages fra selskaber, hvori holdingselskabet besidder mindre end 25% af aktierne. Er dette ikke tilfældet foreligger der efter ministeriets opfattelse en væsentlig afvigelse fra den danske skattesystem, hvorved behandlingen skal foretages efter SEL § 17, stk. 2 i stedet. I andre europæiske lande er besiddelseskravet væsentligt mindre end netop 25%, helt ned til 5% i Holland⁴²². SEL § 17, stk. 2 giver imidlertid kun credit for den skat der er betalt af datterselskaber i første led i en kæde af selskaber. I situationer hvor det danske selskab ejer under 25% af subdatterselskaber gennem et mindst 25% ejet datterholdingselskab, vil således blive fuldt beskattet i Danmark af det udbytte, der videreudloddes til moderselskaber fra datterholdingselskabet, idet der ikke vil være nogen betalt skat at give credit for. Herved beskattes den omhandlede holdingkonstruktion hårdere end ordinær direkte besiddelse fra Danmark, idet der her kun medregnes 66% af udbyttet, jfr. SEL § 13, stk. 5. Skatteministeriets udtalelse indebærer, at det altid vil være skattereglerne i det land, hvor det direkte ejede datterselskab er hjemmehørende, der vil være afgørende for, om udbytte vil kunne hjemtages skattefrit efter stk. 3. Det standpunkt der kunne udledes af lovforarbejderne og selskabsskattecirkulærets pkt. 48 skal efter Skatteministeriets udtalelse i TfS 1996.579 ses i sammenhæng med, at reglerne for udbyttebeskatning i det land, hvor det direkte ejede datterselskab er hjemmehørende, ikke adskiller sig fra beskatningsreglerne i Danmark, når det direkte ejede datterholdingselskab kan modtage udbytte skattefrit fra normalbeskattede datterselskaber. Denne fortolkning kritiseres forskellige steder⁴²³, og jeg finder kritikken rettelig fremført, idet jeg ej heller gennem lovforarbejderne eller Cirk. nr. 136 af 7.11. 1998, pkt. 48 kan udlede det foreliggende resultat.

421. Søren Næsborg Jensen op.cit., s. 464.

422. Ibid.

423. Af Jens Wittendorf i SR-skat 1997.156ff og Søren Næsborg Jensen i SU 1997.300.

Er der dog støtte for Skatteministeriets holdning må det frarådes at eje aktieposter på mindre end 25% gennem datterholdingselskaber i udlandet. En samlet betragtning fører yderligere til, at det ikke er muligt, at lave såkaldte “mixer-selskaber⁴²⁴”, hvis selskabs indtægter i overvejende grad består af udbytter, idet holdingselskabet ikke herved kan anses at være beskattet efter regler der svarer til de danske.

Ud over den således gennemgåede fritagelsesregel efter exemptionsmetoden er der ved implementeringen af moder/datterselskabdirektivet indført retskrav på creditlempelse i SEL § 17, stk. 2, jfr. lov nr. 219 af 3.4. 1992⁴²⁵. Lempelse herefter kommer på tale når datterselskabsstaten ikke er godkendt, jfr. ovenstående. Direktivet er for danske moderselskaber gennemført ved SEL § 17, stk. 2 mens det for danske datterselskaber af moderselskaber i andre EU-lande er gennemført ved SEL § 2, stk. 5. SEL § 17, stk. 2 er dog en generel regel som også dækker selskaber, der ikke er placeret i EU. Karakteristisk for lempelsen i SEL § 17, stk. 2 er, at den er subsidier i forhold til lempelsen efter § 13⁴²⁶. Opfyldes kravene i § 17, stk. 2 eksisterer der et *retskrav* på lempelse (datterselskabslempelse). Betingelserne for creditlempelsen er, at der skal foreligge et moderselskab.

Dette defineres som tilfældet også var det ovenfor, ved det at moderselskabet ejer mindst 25% af kapitalen i det udbyttegivende selskab i en sammenhængende periode på ét år, inden for hvilken udlodningstidspunktet skal ligge⁴²⁷. Betingelserne om ejertid og kapitalandel skal fortolkes tilsvarende § 13, stk. 3. Efter § 17, stk. 2 skal datterselskabet være hjemmehørende i udlandet. Udbyttedefinitionen er igen afhængig af

424. Med blandet indkomst bestående af udbytte fra hhv. lavbeskattede og normalbeskattede datterselskaber.

425. Når J.O. Engholm Jacobsen i Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 299 anfører, at direktivet ud over en ændring af SEL § 17, stk. 2 tillige medførte en indførsel af SEL § 13, stk. 3 kan dette ikke være ganske rigtigt, idet intet fremgår herom i lovforslaget, L 20 af 3.10. 1991. Dog er ordlyden af § 13, stk. 3 ændret ved loven og bragt i overensstemmelse med direktivet, men det oprindelige indhold blev gennemført i 1983, se ovenfor. Under alle omstændigheder bibringer anførte forfatter det forkerte indtryk.

426. Den danske udbyttebeskatning af koncerninterne udbyttebetalinger kan derfor siges, at lempe efter et exemptionsprincip men at det er et retskrav på creditlempelse som back-up. Denne løsning som implementeringsmodel af moder/datterselskabdirektivet er vist nok usædvanlig i forhold til det øvrige EU, sml. Allan Pelvang i SU 1992.340.

427. Som tidligere anført er denne bestemmelse også ændret efter Denkavit-dommens lektioner, jfr. lov. nr. 888 af 3.12. 1997.

den supranationale definition i direktivet, hvilken næppe ganske tilsvarende LL § 16 A. Lempelsesformen er som antydnet en creditlempelse. Denne er nærmere bestemt en ordinær (eller maksimeret) creditlempelse. Moderselskabets danske skat nedsættes med den del af datterselskabet i hjemlandet betalte skat, der forholdsmæssigt falder på udbyttet til moderselskabet. Nedsættelsen kan dog højst udgøre den del af moderselskabets danske selskabsskat, der falder på datterselskabsudbyttet. Herved ses, at lempelsen efter stk. 2 indebærer to beregninger; (1) datterselskabsbrøken⁴²⁸ hhv. (2) moderselskabsbrøken⁴²⁹. Lempelsen udgør herefter det laveste af disse to beløb. Endelig findes i SEL § 17, stk. 4 mulighed for eftergivelse af skat på udbytte i de situationer, hvor udbytter hidrører dels fra selskaber der er ikke-datterselskaber, og dels fra selskabsindkomster, som er beskattet efter ikke-sammenlignelige regler. Bestemmelsen er subsidier i forhold til § 17, stk. 2, og dermed SEL § 13, stk. 3. Der er tale om eftergivelse efter ansøgning.

SEL § 17, stk. 2 er dog også undergivet visse begrænsninger ud over de tidligere nævnte, således at bestemmelsen ikke i alle tilfælde sikrer ordinær credit for udenlandske selskabsskatter⁴³⁰. Den første begrænsning går på, at der alene indrømmes credit for den skat, der er betalt af det danske moderselskabs direkte ejede datterselskab. Har dette selskab selv yderligere datterselskaber, vil der ikke kunne gives nedslag i den danske skat for de underliggende selskabsskatter, betalt af datterdatterselskaberne, se just nedenfor om Kommissionens ændringsforslag til moder-/datterselskabsdirektivets anvendelsesområde. Det vil dels kunne få betydning, hvis der i den stat, hvor datterholdingselskabet er hjemmehørende, lempes for økonomisk dobbeltbeskatning efter exemptionsmetoden, og dels hvis selskabsskatten er større i datterdatterselskabets stat end i den stat, hvori datterselskabet er hjemmehørende. Forestiller man sig hertil den situation, at et dansk selskab har et 100% ejer datterhol-

428. Datterselskabsskat * (moderselskabsudbytte/datterselskabsindkomst); hvor *datterselskabsskatten* er den faktisk betalte skat i hjemstaten, *moderselskabsudbyttet* er den del af de af datterselskabet deklarerede udbytter der tilfalder moderselskabet, og *datterselskabsindkomsten* er den indkomst, der er lagt til grund for beregningen af datterselskabsskatten i året forud for det år, hvori udbyttet udloddes.

429. Moderselskabsskat * (datterselskabsudbytte/moderselskabets globalindkomst), hvor *moderselskabsskatten* er den selskabsskat som moderselskabet skal betale for det indkomstår, hvori datterselskabet deklarerer, alene med fradrag af eventuel udlandslempelse, *datterselskabsudbytter* er moderselskabets andel af de af datterselskabet deklarerede udbytter der tilfalder moderselskabet i kraft af aktiebesiddelsen, og *moderselskabets globalindkomst* er den skattepligtige indkomst i det år, hvori datterselskabsudbyttet deklarerer.

430. Jfr. Søren Næsborg Jensen i SU 1997.300.

dingselskab, hvor selskabsskatteprocenten er 5, og dette selskab igen ejer et datterselskab i et land med en selskabsskat på 20%, vil der ikke blive indrømmet credit for underliggende selskabsskatter i Danmark i forbindelse med udlodninger op gennem datterholdingselskabet, da dette selskab ikke, efter lempelse i udlandet, har betalt skat af den indkomst der ligger til grund for udlodningen⁴³¹. Resultatet er i dette tilfælde, at koncernen som helhed beskattes med 34% i Danmark og samtidig med 20% i datterdatterselskabets hjemstat. Såfremt selskabsskattesatsen i datterholdingselskabets hjemstat er større end satsen i datterdatterselskabets stat, bliver resultatet, at der i Danmark udelukkende indrømmes delvis credit, idet der som bekendt kun foretages creditlemper for mærskatte i det land hvor datterholdingselskabet er hjemmehørende.

Den anden begrænsning bestemmelsen er undergivet, er, at creditlempelsen kun gives for det indkomstår, hvor udlodningen fra det udenlandske datterselskab foretages. Har det danske moderselskab underskud i udbytteåret, vil det derfor ikke være muligt at opnå lempelse. Der vil ikke være mulighed for at bortse fra et dansk underskud efter reglen i LL § 33 H idet denne bestemmelse efter sin ordlyd udelukkende omhandler lempelse efter LL § 33 eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Da der ikke lader til at findes reale grunde for den negative særbehandling af creditlempelse efter SEL § 17, stk. 2, bør det overvejes at udvide anvendelsesområdet for LL § 33 H⁴³².

I henhold til dansk ret, er udbytteindtægter til udlandet begrænset skattepligtige til Danmark, jfr. SEL § 2, stk. 1 litra c. Der benyttes i denne forbindelse det brede udbyttebegreb i LL § 16 A samt LL § 16 B til kvalificeringen heraf. Indeholdt udbytteskat på 25% er en endelig skat efter SEL § 2, stk. 2. Dette betyder dog ingenlunde, at Danmark stedse er berettiget til at gennemføre udbyttebeskatningen. Udgangspunktet for fordelingen af udbyttebeskatningsretten efter MDBO art. 10, er nemlig, at denne delvis tildeles udbyttemodtagerens domicilstat. Da dansk international skatteret i vid udstrækning følger modellens ord, falder man tilbage på en subsidiær beskatningsret som foreskrevet i art. 10⁴³³. Således er der stadig mulighed for at opkræve et mindre beløb, nemlig 5-

431. Op.cit., s. 469.

432. Søren Næsborg Jensen omtaler en påvirkningsmetode a.st. i note 15, hvorefter LL § 33 H kan bringes i anvendelse såfremt der i udlandet pålægges kildeskat på udbytter, da der i så fald kan ske lempelse efter LL § 33 eller en DBO. Herved vil det også være muligt at opnå lempelse efter SEL § 17, stk. 2, da der netop kan bortses fra underskud i.h.t. LL § 33 H.

433. Fordelingen efter art. 10 kaldes også den todelte kildebeskatning, hvilken er udtryk for et internationalt kompromis.

15% (kun 5% for moderselskaber bedømt efter et krav om ejerskab til 25% af kapitalen), jfr. stk. 2. Udbytteskatter opkrævet til 25%-satsen må følgelig tilbagebetales i mange tilfælde. Ved gennemførelse af moder/datterselskabsdirektivet ved lov. nr. 219 af 3.4 1992, infra, blev der imidlertid indsat en bestemmelse i SEL § 2, stk. 5, hvorefter den begrænsede skattepligt efter det øvrige af bestemmelsen ikke omfatter udbytte til moderselskaber hjemmehørende i en EU-stat. Ligeledes er medlemsstaternes eksterne traktatkompetence berørt ved direktivets indførelse. Således kan der ikke gyldigt indgås overenskomster med spørgsmål om beskatning af udbytte i koncernforhold (i direktivets forstand). Opfyldes direktivets kriterier ikke, udløses almindelig beskatning for hvilken fordelingen må normeres i bi- og multilaterale overenskomster.

Indkomstår der påbegyndes 1. januar 1999 eller senere

Med lov nr. 1026 blev lovforslag nr. L 53 (international beskatning af udbytter og aktieavancer m.v.) vedtaget 18. december 1998. Hermed er den ovenfor behandlede retstilstand gjort til retshistorie for så vidt angår indkomstår der påbegyndes 1. januar 1999 eller senere, jfr. § 10 i nævnte lov⁴³⁴. I hovedtræk er der med lovændringerne sket en ændring i udbyttereglerne, til dels grundet de ovenfor fremførte problemer, dels sket en udvidelse af reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 til også at omfatte faste driftssteder, dels en ændring i reglerne om tvungen sam-beskatning i SEL § 32 og endelig af relevans en ændring i reglerne i ABL § 2 a om skattelyaktier.

Baggrunden for L 53 var i vidt omfang båret af et ønske om at løse de praktiske problemer der viste sig omkring håndteringen af det danske udbyttebeskatningsinstitut. Ligeledes fremkom det, at man ved ændringerne vil gøre det mere attraktivt for udenlandske moderselskaber, at placere datterselskaber i Danmark⁴³⁵. Den Hollandske regering henledte i denne forbindelse EU-Kommissionens opmærksomhed på de danske ændringer med påstand om uoverensstemmelse mellem den tiltrådte resolution om adfærdskodekset for erhvervsbeskatning, jfr. EFT 6.1. 1998 (på baggrund af KOM (97) 564⁴³⁶).

434. Se SU 1999 nr. 1 (temanummer) om L 53 og virkningerne heraf.

435. Dette må i vidt omfang bekræftes idet der allerede på nuværende tidspunkt (3 uger efter reglernes ikrafttrædelse) har vist sig en overvældende international interesse for placering af holdingselskaber i Danmark. Se nærmere den komparative analyse af Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff i SU 1999.6, hvor mulighederne efter dansk ret holdes op mod de traditionelle gunstige holdingsplaceringslande så som Belgien, Holland, Luxembourg og Spanien.

436. Se også SU 1998.34.

Kodeksens anvendelsesområde omfatter erhvervsskatteforanstaltninger, som på en væsentlig måde påvirker eller kan påvirke lokaliseringen af erhvervsaktiviteter i Fællesskabet. Erhvervsaktiviteter omfatter i denne sammenhæng alle aktiviteter, der gennemføres inden for en gruppe af selskaber og omfatter såvel lovbestemmelser, reguleringer som administrativ praksis. Kodeksen nævner i forbindelse med indkredsningen af potentielt skadelige skatteforanstaltninger, at skatteforanstaltninger der medfører et betydeligt lavere effektivt beskatningsniveau end det niveau, der generelt gælder i det pågældende land, er potentielt skadelige. Sådanne ordninger, skal herudover vurderes i lyset af et eller flere af følgende karakteristika, jfr. pkt. D, (i)-(v).

(i) Om de særlige fordele kun gives til ikke-bosiddende i den pågældende medlemsstat, eller om de kun gives med hensyn til transaktioner, der foretages med ikke-bosiddende.

Hertil må anføres, at L 53 ikke er udtryk for en sådan ordning, idet der tvært om er tale om en ligestilling mellem nationale og internationale transaktioner.

(ii) om fordelene på anden måde er adskilt fra en medlemsstats indre marked, således at de ikke påvirker det nationale skattegrundlag.

Dette forhold er ikke opfyldt idet der efter bemærkningerne til L 53 skønnes et provenutab omkring 100 mill. kr. årligt. Dog må det forventes, at øget fokus på Danmark som gunstig placeringsmulighed for holdingselskaber vil medføre afledte gunstige samfundsøkonomiske konsekvenser på sigt. Det vil især være tilfældet når holdingfunktionen suppleres med headquarters funktioner.

(iii) Om fordelene kan fås, uden at der er tale om nogen realøkonomisk aktivitet.

Et holdingselskab kan vel ikke antages at have nogen realøkonomisk aktivitet. Andre driftsaktive moderselskaber vil dog udøve en realøkonomisk aktivitet i overensstemmelse med kodeksen.

(iv) om grundlaget for overskudsbestemmelsen med hensyn til aktiviteter inden for en multinational gruppe af selskaber afviger fra internationalt godkendte principper, specielt de principper, der er aftale inden for rammerne af OECD.

Hertil bemærkes, at OECD netop tilskynder elimineringen af økonomisk og juridisk dobbeltbeskatning ved udbyttebetalinger og benytter samme holdingkriterium. Hertil kommer, at moder/datterselskabsdirektivet foreskriver nøjagtigt den samme behandling som vedtaget efter SEL § 13.

(v) om foranstaltningen mangler gennemsigthed, herunder den situation, hvor lovregler lempes på administrativt niveau på en uigennemsigtig måde.

Endelig bemærkes, at dette ej heller er tilfældet. De danske udbytteregler er modsat blevet ganske overskuelige efter lovændringen og ligestiller alle selskaber uanset hjemsted.

Det må derfor på denne baggrund konstateres, at selvom vedtagelsen af L 53 kan medføre den virkning, at udenlandske ikke-EU-baserede koncerner omplacerer holdingplaceringen fra et andet land til Danmark, så er der ikke tale om tiltag i strid med den implementerede adfærdskodeks. Det må generelt antages, at tiltag der blot foretager en ligestilling af skatteydere ikke hermed tilsidesætter fælleseuropæiske forpligtelser.

Det har ligeledes været intentionen med lovændringerne, at skabe bedre sammenhæng mellem beskattningen af skattefri aktieavancer efter 3 års ejertid, jfr. ABL § 4, stk. 6 og udbyttebeskatningen idet det var forholdsvis nemt, at omgå den danske udbyttebeskatning ved simpelthen at lade aktieafkastet realisere som aktieavancer frem for udbyttebetalinger. Dog er det ikke muligt, at modtage skattefri udbytter fra finansielle datterselskaber i lavskattelande med mindre kriterierne i ABL § 2 a, stk. 6 opfyldes. Det har ligeledes været et formål med lovændringen, at skabe sidestilling mellem EU selskaber og selskaber i tredjelande. Det kan herved siges, at art. 5 i moder/datterselskabsdirektivet for Danmarks vedkommende er blevet udvidet til også at omfatte selskaber i tredjelande.

Neutralitetsigtet har ligeledes spillet en væsentlig rolle i motivet til lovændringerne. Dog er der ikke udelukkende tale om den koncernrelaterede neutralitet og ej heller udelukkende tale om neutralitet der forhindrer merbeskatning af koncerner, der er tillige tale om neutralitet med henblik på undgåelse af mindrebeskatning af koncerner. Begrebet benyttes således i flere varianter i bemærkningerne. (1) Hele lovforslaget er baseret på den koncernrelaterede skattneneutralitet idet det tilkendegives, at indkomsten i et selskab, der indgår i en koncern, skal beskattes i det pågældende selskab og ikke andre steder. Samtidig erkendes det uholdbare i en konsekvent gennemførelse af dette princip i relation til avancer

og udbytter fra finansielle selskaber i lavskattelande. Det forekommer ikke rigtigt, at tale om neutralitet når der blot skabes en bedre sammenhæng mellem udbytte- og avancebeskatning. Efter lovændringerne er det nemlig således, at udbyttereglerne er blevet mere gunstige end tilfældet er det for aktieavancebeskatningsreglerne i koncernforhold. For at skabe fuldstændig neutralitet både mellem udbytte og avancebeskatningen men også i avancebeskatningen måtte 3 års reglen i ABL § 4, stk. 6 helt elimineres. Rent teknisk kan neutraliteten tilvejebringes ved, at koble skattefritagelse for aktieavancer sammen med betingelserne i SEL § 13, jfr. ovenfor. Tilsvarende metodik ses allerede anvendt i flere europæiske lande. Der ses heller ikke tyngende provenumæssige argumenter for en bevarelse af denne regel. (2) Neutralitet benyttes om den situation at udvidelsen af CFC beskatningen bedre kan opfange en koncerns spredning af finansielle indtægter. (3) Neutralitetsbegrebet benyttes endelig om den situation hvor der gennem ligestilling af den skattemæssige behandling af datterselskaber og faste driftssteder gennem udvidelsen af reglerne om tynd kapitalisering.

Udbyttebetalinger til moderselskabet i Danmark

Efter vedtagelsen af den nye formulering af SEL § 13, stk. 1, nr. 2 er udbyttebetalinger der modtages i Danmark af et moderselskab generelt fritaget fra udbytteskat. Der gælder således i Danmark en generel exemption lempelse for udbyttebetalinger modtaget i Danmark⁴³⁷. Det gælder herefter, at der er et generelt retskrav på skattefritagelse under forudsætning af positiv opfyldelse af lovens betingelser. De fra før L 53 gældende betingelser for EU-selskaber har fremover generel betydning, hvad enten selskabet er beliggende i eller uden for EU. SEL § 13 foreskriver nu følgende kriterier;

- Udbyttedtageren skal være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 d, 3a-5 og 5 b.
- Det udbyttebetalende selskab skal være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1 og 2 eller være hjemmehørende i udlandet⁴³⁸.
- Der skal skatteretligt være tale om udbytte, jfr. LL § 16 A, og

437. Den tidligere credit back-up ordning er med ophævelsen af SEL § 17, stk. 2 fjernet.

438. Der er ikke i selve bestemmelsen eller i bemærkningerne til L 53 fundet anledning til en afklaring af hvad der ligger heri. Det er jo velkendt, at der findes varierende selskabstyper der kvalificeres forskelligt i forskellige lande. I EU regi er problemet løst ved bilaget til moder/datterselskabsdirektivet, men der er uklarhed i global sammenhæng. Dog kan det nok antages, at udtrykker indebærer, at udbyttet må være knyttet til aktier eller andre ejerandele, sml. eksempelvis J. O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteoven med kommentarer, 1997, s. 264f.

- at det udbyttemodtagende selskab er et moderselskab i SEL's særegne forstand.
- at det udbyttemodtagende selskab (moderselskabet) ejer mindst 25% af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab (datterselskabet) i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken udbytteudlodningstidspunktet skal ligge.
- Der må ikke være tale om udbytte vedrørende ABL § 2 a-aktier.

Der henvises til ovenstående for en uddybende fortolkning af disse elementer. Bestemmelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 finder anvendelse såvel ved grænseoverskridende udbytteudlodninger indenfor EU og udenfor EU samt udlodninger internt i Danmark fra datterselskabet til moderselskabet. Der er for så vidt stadig intet til hinder for en etablering/termination af en koncern (i lovens forstand) den til udlodningen umiddelbart foranstående/næstfølgende dag, når blot ejertidskravet samlet set opfyldes.

Fjernet er kriteriet om sammenlignelighed i beskatningen i den til grund for udbyttebetalingen liggende indkomst. Det har således ikke længere betydning hvorledes datterselskabets indkomst i udlandet beskattes. Dog gælder der en undtagelse vedrørende udbytte fra lavt beskattede finansselskaber, jfr. ABL § 2 a⁴³⁹. Heraf fremgår, der ikke kan modtages skattefri udbytter fra datterselskaber i lavskattelande når datterselskabet overvejende er af finansiell karakter. Ligeledes med L 53 er der sket objektivisering af ABL § 2 a idet forståelsen af hvad der menes med *finansiell karakter* er blevet koblet på reglen om tvungen sambeskatning i SEL § 32. Samtidig er SEL § 32 blevet ændret som en følge af udvidelsen af området for skattefri udbytter. Herefter gælder det, at et datterselskab anses for i væsentlig grad at være af finansiell karakter hvis 33 1/3% af dets (brutto) indtægter stammer fra finansiell virksomhed eller fra forsikringsvirksomhed, eller hvis handelsværdien af dets finansielle (brutto) aktiver udgør mindst 33 1/3% af handelsværdien af selskabets samlede aktiver⁴⁴⁰.

439. I forbindelse med objektiviseringen af ABL § 2 a i kombination med nedsættelsen af grænsen for hvornår et selskab anses for at være af overvejende finansiell karakter, skønnes det at medføre visse problemer for udenlandske salgsselskaber med store salgstilgodehavender.

440. Kontrol kravet i SEL § 32 er ligeledes blevet ændret således, at moderselskabet nu anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, hvis det direkte eller indirekte ejer mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i datterselskabet.

Den nyindførte begrænsning i ved sammenkædningen af SEL § 13 og ABL § 2 a kan undgås såfremt et af kriterierne eller en kombination af kriterierne i de ligeledes nye bestemmelser i ABL § 2 a, stk. 6-7 opfyldes, jfr. stk. 8. Det gælder således, at udbytte kan modtages skattefrit fra et finansielt lavt beskattet datterselskab såfremt datterselskabet enten uafbrudt siden aktieerhvervelsestidspunktet eller i en sammenhængende periode på mindst tre år forud for tidspunktet for udbytteudlodningen (1) har været undergivet tvungen sambeskatning efter SEL § 32 med det danske moderselskab, (2) har været fuldt skattepligtigt her til landet, (3) undergivet en beskatning i udlandet, der ikke i væsentlig grad afviger fra reglerne her i landet eller som nævnt (4) undergivet en beskatning i en hvilken som helst kombination af de foregående kriterier, jfr. stk. 6.

Selskaber der opfattes som ikke-moderselskaber skal stadig, jfr. SEL § 13, stk. 3 kun medregne 66% af udbyttebeløbene til den skattepligtige indkomst.

Udbyttebetalinger fra et datterselskab i Danmark

Før L 53 udløstes i nogle tilfælde en endelig udbytteskat på 25%. Efter ændringen af SEL § 2, stk. 1, litra c og sammenslutningen med det tidligere § 2, stk. 5 samt KSL § 65, stk. 5, er udbytte generelt fritaget for kildeskat under forudsætning af at;

- Udbytteerne er omfattet af LL § 16 A
- Det modtagende selskab er et moderselskab i lovens særegne forstand, og
- moderselskabet skal eje mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet i en sammenhængende periode på mindst et år, indenfor hvilken udbytteudlodningstidspunktet skal ligge, samt, at
- datterselskabet skal være omfattet af begrebet datterselskab i en medlemsstat i art. 2 i moder/datterselskabsdirektivet.

Fritagelsen for kildeskat på udbytter er generel og omfatter således alle selskaber uanset moderselskabets residens og om Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende land. Herved vil kildeskatteeksemptionen også finde anvendelse på moderselskaber beliggende i skattelylande.

Med vedtagelsen i Folketinget af L 53 er der som nævnt indtrådt markante ændringer i de muligheder internationale koncerner har for placering af holdingselskaber i Danmark. Af relevans for holdingfænomenet er flere forhold indeholdt i lovændringerne. Således er først og

fremmest den udvidede mulighed for at skattefri udbyttebetalinger (uden dansk indeholdt kildeskat) til udenlandske moderselskaber samt skattefritagelsen ved modtagelse i af udbyttebetalinger i Danmark. Dette er de mest markante ændringer i relation til holdingselskabsetablering i Danmark, idet det er her den største fordel findes for internationale koncerner der opererer i Europa, og ønsker at hjemtage udbytter så lavt beskattet som muligt.

Som det ses er der efter vedtagelsen af L 53 genindført neutralitet i behandlingen af koncernudbyttebetalinger. Denne tendens i retning af bedre muligheder for grænseoverskridende aktivitet må anses for overvejende hensigtsmæssig og bør følgelig bifaldes. Den del af hypotesen der vedrører denne transaktionstype skal derfor ikke modificeres i negativ retning for så vidt angår transaktioner der foretages i indkomstår der påbegyndes 1. januar 1999 eller senere.

Moder-/datterselskabsdirektivet

Således fastslået skal retsgrundlagets unionsretlige sidestykke anskues. Direktivets enkeltbestemmelser og principperne heri skal følgelig opridses⁴⁴¹.

Artikel 1 fastlægger direktivets anvendelsesområde til at omfatte udbytte til og fra selskaber i forskellige unionsstater. Ligeledes i art. 1 men anden tankestreg, fastslås det, at direktivet ikke hindrer interne omgængelsesbestemmelser⁴⁴². I art. 2 fastslås *neutralitetssubjektet*, idet det fastslås hvilke selskaber direktivet skal finde anvendelse på. Tre betingelser får afgørende betydning i denne forbindelse; (1) selskabet skal være organiseret i en form som opregnet i bilaget til direktivet (i Danmark: Aktie- og anpartsselskaber)⁴⁴³, (2) selskaberne skal være hjemmehørende i en

441. En generel behandling af direktivet samt dette implementering (såvel nationalt som komparativt) er ganske ofte foretaget. Der kan henvises til *Otmar Thömmes* i EC Corporate Tax Law, Binder *, kap. 6, *IBFD*, Survey of the Implementering of the EC Corporate Tax Directives, 1995, s. 359ff, *Paul Farmer & Richard Lyal*: EC Tax Law, 1994, s. 254ff, *David W. Williams*: EC Tax Law, 1998, s. 143ff, *A.J. Easson*: Taxation in the European Community, 1993, s. 203ff, *Søren Næsborg Jensens* behandling i EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 211ff og samme i SU 1993.93, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 311ff, og samme i Koncernretten, 1996, s. 224ff, *Karsten Engsig Sørensen*: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, s. 347ff, *Kirsten Hvelplund* i SU 1990.221, og *Aage Michelsen* i NSFS jubilæumsnummer, 1993, s. 144ff. Flere internationale artikler behandler ligeledes direktivet.

442. Ordene svig og misbrug benyttes i denne sammenhæng.

443. Dette er på baggrund af Ruding-rapportens anbefalinger foreslået udvidet, jfr. KOM (93) 293.

medlemsstat og (3) selskaberne skal være undergivet visse nærmere beskattingsformer (i Danmark selskabsskat). I art. 3 kommer et af skatterettens koncernbegreber til udtryk ved *definitionen af moder- og datterselskaber*⁴⁴⁴. Således defineres et moderselskab til i direktivets forstand, at være ethvert selskab i en medlemsstat, der opfylder betingelserne i art. 2 og hvis andel i kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat (der ligeledes opfylder art. 2's krav), er på mindst 25%⁴⁴⁵. Et datterselskab er følgelig et selskab hvori et moderselskab har den fornødne kapitalandel. Medlemsstaterne kan dog ved bilateral aftale erstatte kapitalandelskriteriet med et stemmeretskriterium. Ligeledes kan medlemsstaterne undlade at anvende direktivet, såfremt selskaberne ikke har udgjort en koncern i direktivets forstand i en sammenhængende periode på mindst 2 år⁴⁴⁶. Det antages hertil at gælde, at moderselskabet selv skal besidde aktierne i datterselskabet. I de ikke sjældne situationer, hvor et selskab ikke direkte men gennem et eller flere datterselskaber ejer mere end 25% af kapitalen i et andet selskab, har "moderselskabet" derfor ikke krav på at blive omfattet af direktivets lempelige regler⁴⁴⁷.

Det overordnede tema for direktivet er udbyttebetalinger, hvorfor en klarlæggelse af *begrebet udbytte* synes passende. Imidlertid må man kigge forgæves efter en definition heraf i direktivteksten. Begrebet indgår flere steder men altså udefineret. Det er dog ikke så underligt, at der ikke findes en samlet definition, idet der traditionelt i den internationale skatteret har været forbundet betydelige problemer med fastlæggelsen heraf. Således er det ej heller lykkedes OECD i denne organisations modeltraktat at fastlægge et begreb med almen gyldighed indhold⁴⁴⁸. Andre

444. Det er et udslag er det relationsbetingede koncernbegreb, og det har udelukkende betydning i relation til anvendelsen af direktivets lempelige forskrifter, og har selv sagt ikke gyldighed ud over dette omfang.

445. Der er herved tale om et for dansk skatteret ganske kendt kriterium, hvilket også kom til udtryk i de folkeretlige overenskomster forud for direktivets gennemførelse. Dog lader det til, at kriteriet i europæisk sammenhæng er højt sat, jfr. herom *Otmar Thömmes* i *EC Corporate Tax Law*, kap. 6, s. 31, pkt. 10.

446. Det er en fortolkning af dette kriterium der var genstand for den nævnte Den kavitsag, hvilken medførte de fornødne danske lovændringer. Kriteriet må ikke fortolkes retrospektivt efter det lys EF-domstolen har kastet over bestemmelsen. Således må medlemsstaterne ikke gøre skattefordelen i direktivets øvrige bestemmelser betinget af, at moderselskabet på tidspunktet for udlodning af udbyttet har haft en andel i datterselskabet i forudgående 2 år, når blot ejertidskravet efterfølgende opfyldes.

447. Jfr. *Søren Næsborg Jensen*: *EU-Selskabsskatteret*, 1997, s. 215f, der anfører, at denne situation kan medføre et betydeligt behov for omstruktureringer i erhvervslivet med henblik på opfyldelse af direktivets krav.

448. Jfr. herom pkt. 23 til modellens art. 10.

løsninger må da anvendes til en fastlæggelse af begrebets materie. *Otmar Thömmes* op.cit. finder ved en nærmere analyse af de mulige løsninger frem til, at den mest sandsynlige løsning er et autonomt EU-retligt begreb med EF-Domstolen som udfyldende instans⁴⁴⁹. Det nærmere indhold kan tænkeligt være deklareret udbytte (dvs. udlodninger efter beslutning fra selskabernes kompetente organer) og maskerede udlodninger mens likvidationsudlodninger udtrykkeligt undtages efter art. 4⁴⁵⁰.

Efter de to materielle hovedbestemmelser i art. 5 og 6 skal datterselskabsudbyttet være fritaget for udbyttekildeskat i såvel moderselskabs- som datterselskabsstaten⁴⁵¹. Art. 5 retter sig mod kildeskat som pålignes moderselskaber i datterselskabsstaten⁴⁵², mens art. 6 bestemmer, at moderselskabsstaten ikke må opkræve kildeskat af udbytte, som modtages fra datterselskaber. Visse undtagelser til art. 5 findes i bestemmelsens stk. 2-4 om enkelte lande, hvor ordningen har for store provenuemæssige konsekvenser.

Jeg kan kun tilslutte mig kritikken af den begrebsforvirring, der opstår ved brug af ordet kildeskat i denne situation. Kildeskat anvendes jo normalt om den situation hvor begrænset skattepligtige subjekter pålægges skat for indkomster i kildelandet. I den her omhandlede situation er der tale om den modsatte situation nemlig hvor et fuldt skattepligtigt sub-

449. Løsningen findes at foretrække frem for alternativerne med en henvisning til national ret eller en kombinationsløsning med træk fra den unilaterale eller bi- og multilaterale sfære. Synspunktet synes i almindelighed at vinde tilslutning, se blot *Søren Næsborg Jensen* i SU 1993.93 og EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 220ff, og *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 312f, og *Koncernretten*, 1996, s. 226f.

450. Reglen skal antagelig ses på den baggrund, at likvidationsudlodninger typisk stammer fra en realisation af selskabets aktiver, mens almindelige udbyttebetalinger som hovedregel hidrører fra selskabets løbende indtægtserhvervelse. Ydermere er et formål bag direktivet, at tilskynde dannelse af grænseoverskridende koncernforhold i EU, hvilket ikke opnås gennem likvidation.

451. I Danmark erindres det, at denne fritagelse hidtil har været implementeret i SEL § 2, stk. 5, der fritager udenlandske moderselskaber hjemmehørende i EU for den begrænsede skattepligt, for udbytte som udloddes fra danske datterselskaber og KSL § 65, stk. 5, der bestemmer at der ikke skal indeholdes udbytteskat af udbytte, som udloddes fra danske datterselskaber til moderselskaber i EU. Begge bestemmelser er nu ophævet hvorved kildebeskatningen på udbytter til selskabsaktionærer der opfylder lovens øvrige krav bortfalder.

452. Visse problemer kan fremhæves omkring udlodninger til faste driftssteder i samme stat som datterselskabet. Konsekvensen kan blive, at der ikke tillades lempelse efter direktivets regler. Se hertil *Otmar Thömmes* i EC Corporate Tax Law, kap. 6, 17-20 ad art. 6 samt *Francisco Garcia* i ET 1995.179 og *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 237f.

jekt pålægges en ekstraskat i hjemlandet, selvom kilden befinder sig i et andet land.

Muligheden for moderselskabsstaten for dog at beskatte udbyttet som selskabsindkomst er yderligere lukket gennem art. 4. Bestemmelsen tvinger medlemsstaterne til at vælge mindst en creditordning⁴⁵³, jfr. art. 4, 1. tankestreg, eller hvis ønsket, en exemptionsordning⁴⁵⁴ i henhold til 2. tankestreg. Den hidtidige danske ordning med exemption med back up credit er beskrevet ovenfor. Direktivet anvender ikke begreberne credit eller exemption, men som også ovenstående citater fra det retsforberedende materiale viser, er det utvivlsomt det der menes med de valgte formuleringer.

I retslitteraturen er det anført, at medlemsstaternes frie valg mellem metoderne kan volde visse problemer for koncerner med datterselskaber i flere led. Eksempelvis kan det forekomme, at et datterselskab er hjemmehørende i en exemptionsstat og et udbyttmodtagende datterselskab i en creditstat. D1 vil ikke blive undergivet nogen beskatning af udbytter modtaget fra D2 i en creditstat. Når udbyttet efterfølgende videreudloddes til moderen i en creditstat er der basis for dobbeltbeskatning, idet det ikke i moderselskabets stat vil være betalt noget skat hvoraf der kan indrømmes credit. Dobbeltbeskatningen kommer derved til udtryk ved at der først er betalt skat i datterdatterselskabsstaten og herefter betalt skat i moderselskabsstaten⁴⁵⁵. Kommissionen har delvis søgt problemet afhjulpet gennem ændringsforslaget i KOM (93) 293 endelig udg., men det må antages at der ikke er fundet en endelig løsning på problemerne, hvorfor dette ikke skal omtales yderligere.

Endelig kan anføres til de tilfælde hvor faste driftssteder er udbyttmodtagere, at disse tillige antages at være omfattet af direktivets lempelsesordninger, såfremt der er det fornødne grænseoverskridende element og driftsstedet er hjemmehørende indenfor EU⁴⁵⁶. Der findes to undta-

453. Altså beskatning af udbyttet men tilladelse til selskabet til fra skattebeløbet at trække den del af datterselskabets skat, der vedrører dette udbytte, dog højst den tilsvarende nationale skat. Der er tale om ordinær (maksimeret credit eller credit med loft) credit.

454. Med direktivets ord; *undlade at beskatte dette udbytte*.

455. Problemet er eksempelvis omtalt af *Peter H. Schoenewille* i *Intertax* 1992.17 og *Otmar Thömmes* i *EC Corporate Tax Law*, kap. 6, pkt. 24, sidstnævnte med detaljerede løsningsmodeller.

456. *Otmar Thömmes*: *EC Corporate Tax Law*, kap. 6, pkt. 24 ff ad art. 3 og *Søren Næsborg Jensen* op.cit. s. 216, 233f og 237f, sidstnævnte med henvisning til divergerende litteratur i note 185 om hvorvidt aktieudbytter kan henføres til et fast driftssted.

gelsesmuligheder i art. 4, stk. 2 hvorefter medlemsstaterne bevarer muligheden for at undlade fradrag for kapitaltab som følge af værdinædvang på aktierne grundet udlodninger. Yderligere bevares muligheden for at nægte fradrag for forvaltningsudgifter i forbindelse med kapitalandelen. Hvis forvaltningsudgifterne fastsættes til et fast beløb kan dette ikke overstige 5% af det udloddede udbytte.

Art. 7, 1. tankestreg fritager systemer med skattegodtgørelse for at falde under direktivets kildeskattebegreb. 2. tankestreg foreskriver, at direktivet ikke berører anvendelsen af interne eller bestemmelser i henhold til en traktat, der har til formål at ophæve eller lempe økonomisk dobbeltbeskatning af udbytter, især bestemmelser om betaling af skattegodtgørelse til udbyttemodtagerne.

Opsamling

Selvom det klare udgangspunkt er, at der eksisterer principiel skattnneutralitet for de her omhandlede transaktioner, så har gennemgangen vist, at der hidtil har været væsentlige hindringer i den praktiske administration heraf. Min vurdering er, at den skattemæssige behandling af koncerninterne udbyttebetalinger i visse relationer kan medføre økonomisk dobbeltbeskatning i strid med reguleringens intention. Reglerne har overlevet sig selv og de store ændringer der er sket forekommer påkrævede. Koncernerne skal altid efter det ovenfor behandlede foretages en konkret bedømmelse af, hvorvidt datterselskabet er undergivet en beskatning der afviger væsentligt fra den danske beskatning. Den eksisterende godkendelsesordning er i denne forbindelse temmelig svag og mangelfuld. Hertil kommer den omtalte FIFO-ordning hvorefter kendskab til ikke alene Danmarks skatteregler påkræves men nu også kendskab til regler i andre lande. Vedrørende den praktiske anvendelse af reglerne må det konkluderes, at dette efter de nuværende regler, praksis og gældende cirkulærer mv. forekommer uhyre vanskelig. Af denne årsag må det nok konstateres, at den fremsatte hypotese efter en praktisk gennemgang må modificeres i negativ retning for så vidt angår indkomstår før 1.1.1999, herefter vil udsagnet formentlig være tilsvarende positivt på ny.

2.3.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Der benyttes et klassisk system i USA med økonomisk dobbeltbeskatning til følge⁴⁵⁷. Amerikansk skatteret benytter en sondring af stor betydning i denne forbindelse mellem *udbytter*, *investeringsafkast* eller *kapitalgevinster*. Der er tale om udbytte når der sker udlodning fra selskabets indtjening, jfr. Sec. 316(a). Der benyttes en særegen parameter til at bestemme denne klassifikation, "*Earnings & Profits*" (E&P). Der findes

ikke nogen lovfæstet definition af begrebet idet Sec. 312 er ganske uklar⁴⁵⁸. Udlodningens form er ikke afgørende for at falde under begrebet og der er ikke tale om et begreb tilsvarende det skatteretlige indkomstbegreb. E&P findes generelt anvendelig fordi det teoretisk set anses mere retvisende af et selskabs økonomiske profit, end skattepligtig indkomst kan. Hovedprincippet er, at den skattepligtige indkomst forøges (Upward adjustments) med indkomst der ikke er skattepligtig (f.eks. indkomst underlagt exemption lempelse og fradrag der kunstigt formindsker selskabsindkomsten) og reduceres (Downward adjustments) med indkomst kategorier, der er betalte men ikke fradragsberettigede (f.eks. udbytteudlodninger, betalte skatter, ikke-fradragsberettigede udgifter). I forbindelse med koncerner der benytter sig af sambeskatningsinstituttet (consolidated return) opgøres E&P under ét.

Såfremt selskabet ikke har nogen E&P så behandles udlodningen skattemæssigt som et investeringsafkast, Sec. 301. Hvis der hverken findes E&P eller den historiske anskaffelsespris er reduceret til nul, så behandles udlodningen skattemæssigt som en kapitalgevinst, jfr. Sec. 301(c)(3). Baggrunden for Sec. 316 lader til at være, at når et selskab udlodder ud over E&P så indskrænkes kapitalen.

Udgangspunktet er, at der udløses almindelig beskatning af udlodningen og samtidig, at der ikke indrømmes det udloddende selskab fradrag for udlodninger, jfr. Sec. 301(a) og defineret i Sec. 316. Hertil findes der visse særregler for selskabsaktionærer i Sec. 243, 245 og 246. Herefter gælder, at der indrømmes fradrag for modtaget udbytte for amerikansk hjemmehørende selskaber og tillige for visse udenlandsk domicilerede selskaber. Omfanget af lempelsen afhænger af ejerskabsgraden over datterselskabet. Datterselskaber hvori der ejes mindre end 20% af kapitalen berettiger til 70% fradrag, mens ejerskab mellem 20% og 80% berettiger til 80% fradrag. Endelig udløser mere end 80% ejerskab ret til 100% udbyttefradrag, jfr. Sec. 243⁴⁵⁹. Udenlandske datterselskaber hvori ejerskabsgraden overstiger 10%, kan tillades fradrag for 70% såfremt den til

457. Se herom eksempelvis *Cheryl D. Block: Corporate Taxation*, 1998, s. 97ff, *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg: Federal Corporate Taxation*, 1998, s. 76ff, *Stephen A. Lind et al: Fundamentals of Corporate Taxation*, *Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities*, 1994, s. 296ff, *Hugh J. Ault: Comparative Income Taxation*, 1996, s. 308ff og *Joseph C. Amico: Introduction to the US Income Tax System*, 1993, s. 133ff.

458. Den udfyldende begrebsdannelse er endda ikke klart foretaget i de tilhørende regulations, men stykkes sammen baseret på en ad hoc måde gennem spredt lovgivning, domspraksis, regulations, rulings og almindelig sund regnskabsfornuft.

grund liggende indkomst har været genstand for amerikansk beskatning, jfr. Sec. 245.

Adskillige anti-misbrugsbestemmelser er knyttet til disse muligheder, idet der gennem tiderne har været omfattende udnyttelsesforsøg. Mest relevant er det generelle holdingkrav i Sec. 246(c) om en efterfølgende aktiebesiddelse i 46 dage hvilket for visse aktietyper udvides til 91 dage. Heraf følger, at et selskab ikke kan benytte udbyttefradraget medmindre det er villigt til at beholde aktierne og undergives en reel markedsrisiko i mere end 46 dage. De øvrige begrænsninger knytter sig blandt andet til "*dividend stripping*" og erhvervelser for lånte midler.

Betaling af udbytter fra USA til udlandet medfører kildebeskatning på 30%, jfr. Sec. 861(a)(2). Udbytter fra fremmede kilder vil generelt være udenlandsk kildeindkomst⁴⁶⁰. Dog vil udbytter betalt fra et udenlandsk selskab der foretager forretninger i USA konstituere amerikansk kildeindkomst hvis 25% eller mere af selskabets bruttoindkomst fra alle kilder, i de seneste 3 år, var effektivt tilknyttet til erhvervsaktiviteten i USA ("*effectively connected with the conduct of a trade or business in the US*"). Der benyttes en særlig test til bestemmelse af om 25% grænsen er overskredet. Bestemmelsen foregår ved at sammenholde de seneste 3 års ratio for aktiv udenlandsk erhvervsindkomst med US selskabets totale indkomst. Med henblik på creditlempelse, behandler Sec. 904(g), udbytter fra US-ejede udenlandske selskaber som US kildeindkomst.

Udgangspunktet om 30% i kildeskat fraviges oftest i de indgående dobbeltbeskatningsoverenskomster. Således foreskriver art. 6 i den dansk-amerikanske aftale af 6.5. 1948 15% kildebeskatningsret og 5% hvis det udbyttemodtagende selskab ejer mindst 95% af stemmerne i udloddende selskab og når rente- og udbytteindtægter udgør mindre end 25% af det udbyttegivende selskabs bruttoindkomst⁴⁶¹. USA's nye MDBO fra 20.9. 1996, foreskriver i art. 10, stk. 2 kildebeskatningsret på 5% hvis der eksisterer ejerskab på mindst 10% af stemmeretten i et selskab og 15% i alle andre tilfælde.

459. Denne sidste mulighed fordrer eksistens af "*affiliated group*" jfr. også Sec. 1504 om sambeskatning, sml. infra om underskudmedregningsmulighederne. Det er ligeledes et krav, at der indsendes "*consolidated returns*", såfremt dette ikke er opfyldt tilfælder ejerskabsgraden udelukkende fradrag for 80% af udbyttet.

460. Jfr. *Paul R. McDaniel & Hugh J. Ault: Introduction to United States International Taxation*, 1998, s. 37.

461. Jfr. herom også LVD 1997 D.E.

2.3.2. Rentebetalinger fra tilgodehavender i dattervirksomheder/ koncernmellemværender – herunder finansieringsvilkår

2.3.2.1. Ratio legis – almindeligt led

Koncerninterne rentebetalinger rejser to relevante spørgsmål i denne sammenhæng. (1) Korrektionsaspektet og (2) kildeskatteaspektet. Der kan ikke tilføjes meget nyt vedrørende spørgsmålet om korrektion af finansieringsvilkår mellem interesseforbundne foretagender idet dette jo blot endnu engang vil være et udslag om læren om the arm's length principle⁴⁶². Det bør dog bemærkes, at rentebetalinger fra en filial til en hovedvirksomhed ikke dækkes af selvstændighedsfiktionen, jfr. TfS 1993.7 H og TfS 1996.715 Ø, hvorved der ikke er fradragsret for disse betalinger. Dette begrundes med det forhold, at der ikke kan opstå tilgodehavender mellem enheder i den samme juridiske enhed. Det eneste interessante i denne sammenhæng bliver følgelig de synligt nye tendenser der fremkommer i disse tider. Der er i den senere tid afsagt flere domme hvor rentefikseringer er blevet nægtet opretholdt mellem bl.a. koncernforbundne selskaber. Perspektiverende om denne nye tendens, må det nok konstateres, at der ikke er tale om en egentligt brug af enhedstankegangen men snarere et spørgsmål om snæver fortolkning af SL § 4⁴⁶³. Hertil kommer nyindsatte LL § 2 der sørger for, at den tidligere gældende korrektive praksis med rentefiksering fortsat kan være gældende. Det må derfor antages, at den nuværende retstilstand (efter 26.6. 1998) antager samme form som efter den oprindelige korrektionspraksis. Herefter anvendes diskontoen plus 4% som rente og rentebetalingerne kan i visse situationer opfattes som skattefrit udbytte fra andre

462. Hvor den tidligere anførte hjemmel tillige omfatter disse transaktioner og neutralitet efterfølgende vil være op til den korresponderende justering, den gensidige aftaleprocedure eller voldgiftsproceduren i dobbeltbeskatningskonventionen.

463. Den nyeste udvikling beskrives af *Michael Svanholm* i TfS 1998.249. Forfatteren gennemgår TfS 1996.642 H, TfS 1997.102 Ø, TfS 1997.665 V, TfS 1997.752 H, TfS 1998.199 H og Højesterets dom af 3/3 1998. Forfatteren konkluderer, at der på baggrund af disse domme kan udledes, at det kun er i undtagelsestilfælde, hvor der er tilsigtet omgåelse af skattelovgivningen, at der kan skrives korrigerende ind med rentefiksering mellem interesseforbundne parter, idet SL § 4e ikke indeholder fornøden hjemmel. Ligeledes konkluderer forfatteren, at der ikke er grundlag for at opretholde rentefikseringscirkulæret (for hovedaktionærer) Cirk. 1995-24. Dette cirkulære er nu ved TS-Cirk. 98-33 om genoptagelse af rentefiksering ophævet. (fortsættes)

selskaber⁴⁶⁴. Bevisbyrden kan, jfr. ovenfor, dog antages at være skubbet lidt, samtidig med at der nu ikke kræves så meget for at løfte den.

Yderligere er der ved L 101 (lov. nr. 432 af 26.6. 1998) indsat en bestemmelse i SEL § 11 om tynd kapitalisering som noget ganske nyt i dansk skatteret. En sådan regel har i særdeleshed betydning ved koncerninterne mellemværender og rentebetalinger. Denne bestemmelse har det som sit mål, at forhindre vilkårlig flytning af skattetilsvær fra Danmark og er i tråd med den internationale udvikling på området⁴⁶⁵. Reglen tager således sigte på situationer hvor herværende datterselskaber af

(Note 463 fortsat)

Tilsvarende konklusioner når Erik Overgaard til i TfS 1998.207. Baggrunden for resultatet fremkommer blandt andet af Højesterets præmisser i TfS 1998.199, hvor følgende anførtes; "...Efter SL § 4, litra e, betragtes renter af udestående fordringer som skattepligtig indkomst. Hverken ved denne bestemmelse eller skattelovgivningen i øvrigt er der taget stilling til, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder aftale om rentefrihed skattemæssigt kan tilsidesættes i en situation som den foreliggende. Ved Højesterets dom af 20/8 1996 (UfR 1996.1328) er det antaget – svarende til Ligningsrådets vejledende anvisning i Ligningsdirektoratets cirkulære nr. 437 af 5/11 1975 – at aftaler mellem en hovedaktionær og det af ham beherskede selskab vedrørende forrentning af lån til selskabet i almindelighed må accepteres, men at sådanne aftaler dog kan tilsidesættes i særlige tilfælde. Beskatning hos långiver af en fikseret renteindtægt må herefter forudsætte, at der med de foretagne dispositioner er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen."

Interessant er det ligeledes at se Skatteministeriets udtalelse i TfS 1997.778 (bekræftende genmæle til TfS 1997.752 H). Her fremkom det, at "...Skatteministeriet tillægger det navnlig betydning, at skatteyderen – i lighed med, hvad der var tilfældet i TfS 1997.329, måtte anse selskabets økonomiske problemer som forbigående og forventede, at selskabets drift på lidt længere sigt igen ville vise sig rentabel. Ministeriet henså herved til, at bilbranchen generelt er meget konjunkturfølsom og kendetegnes ved bratte omsætningsop- og nedgange. Skatteministeriet fandt det derfor heller ikke med tilstrækkelig sikkerhed godtgjort, at det måtte stå skatteyderen klart, at selskabet ikke ville kunne udnytte et rentefradrag..." Spørgsmålet er i denne forbindelse, om man ikke i virkeligheden herved kommer temmelig tæt på en anerkendelse af erhvervslivets enhedsopfattelse? På den anden side er der også indeholdt elementer i udtalelsen, der forekommer meget konkret begrundet. Om rentefikseringens nyeste udvikling kan ligeledes henvises til N. Mou Jakobsen i R&R 1998/4 SM 121ff. Som nævnt i brødteksten er alle disse spændende udviklinger med et slag blevet retshistorie efter 26.6. 1998.

464. Jfr. bemærkningerne til L 101, s. 4ff.

465. Se dog SU 1996.177 med en beskrivelse af reglerne i New Zealand, hvor forholdet mellem gæld og aktiver i New Zealand sammenholdes med forholdet mellem gæld og aktiver i den samlede koncern. Hvis dette forhold relativt ikke er større ned 110% er der ikke tale om tynd kapitalisering.

udenlandske koncerner finansieres på vilkår, som ikke kunne være opnået på arm's length vilkår⁴⁶⁶. Regelens virkning er, at den beskærer datterselskabets fradragsret for renter og kurstab på gæld til den udenlandske kontrollerende ejerkreds eller hermed forbundne koncernselskaber (kontrolleret gæld). At et selskab er tyndt kapitaliseret indebærer, at selskabets kapitalbehov finansieres ved en i forhold til egenkapitalen uforholdsmæssig stor fremmedkapital, som der er stillet til rådighed af en kontrollerende part. Bestemmelsen er særlig vigtig, hvor selskaberne er hjemmehørende i skattezoner med en lavere skat end i Danmark, hvor rentefradragsmuligheden i Danmark kan udnyttes. Lovforslagets bemærkninger lægger vægt på, at fradragsbegrænsningen udelukkende skal finde sted, hvor der er et åbenbart misforhold mellem egenkapital og fremmedkapital. SEL § 11 finder kun anvendelse på udenlandske koncerner, idet der ved rent danske vil være symmetri mellem den skattemæssige behandling hos låntager og långiver, uanset om vederlaget består af renter eller udbytte. Er forholdet mellem gæld og egenkapital lig med eller mindre end forholdet 4:1, således at egenkapitalen udgør mindst 20% (altså en solvensgrad på 20%), er der fuld fradragsret for renter og kurstab på gælden efter almindelige regler. Overstiger datterselskabets gæld derimod $4 \times$ egenkapitalen, svarende til en solvensgrad på under 20%, er konsekvensen som udgangspunkt, at fradragsretten på koncerninterne lån afskæres eller begrænses, dog kun for så vidt angår den overskydende del af gælden, jfr. § 11, stk. 1⁴⁶⁷. Der gælder tre kumulative krav efter stk. 1, nr. 1-3; selskabet skal være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 c, 3a-5 b, have gæld til personer nævnt i SKL § 3 B, stk. 1 (kontrolleret gæld) og gælds/egenkapitalforhold på 4:1.

Selv om gælden i det konkrete tilfælde overskrider forholdet 4:1, kan en beskæring undgås ved at godtgøre, at lånet kunne være optaget hos en uafhængig ekstern finansieringskilde på samme vilkår, § 11 stk. 1, 3. pkt. Det fremgår af bemærkningerne til L 101, s. 8, at vedtagelsen af § 11 medfører, at sambeskatningsvilkår 2.4.2. vil miste sin praktiske betydning og kan ophæves. Ligningsrådet har ved det nye sambeskatningscir-

466. Regler er denne karakter er blot et særtilfælde af almindelig transfer pricing normering.

467. I motiverne til SEL § 11 findes en generel formel til beregning heraf, s. 7:

Fradragsbeskæring = $((\text{Gæld} - (4 \times \text{egenkapital}) \times (\text{samlede renter} + \text{kurstab}))/\text{gæld})$.

Denne følges op af nogle taleksempler. Efter en gennemregning heraf er det vigtigt, at være opmærksom på, at gælden omfatter, såvel koncernintern gæld som gæld til uafhængig tredjemand, jfr. s. 12. Se om reglen *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.567.

kulære, TS-Cirk. 98-40 ophævet vilkåret med virkning for indkomstår der påbegyndes 1. januar 1999 eller senere.

Efter stk. 4 skal der foretages en konsolidering hvis ejerkredsen kontrollerer flere koncernforbundne danske datterselskaber, jfr. KGL § 4, stk. 2, herunder udenlandske datterselskaber undergivet sambeskatning efter SEL § 31, hvilket indebærer, at de øvrige regler i bestemmelsen skal anvendes på alle selskaberne samlet⁴⁶⁸. Reglen kaldes *konsolideringsreglen*, se herom *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff* i TfS 1999.36.

Det kan fremføres, at reglerne, der har virkning for indkomstår der påbegyndes 1.1. 1999 eller senere, er i strid med EF-traktatens regler om fri etableringsret fordi de diskriminerer udenlandske virksomheder⁴⁶⁹.

I relation til den anden fremhævede emnekreds har OECD søgt at løse problemet gennem art. 11 i modelbeskatningsoverenskomsten. Baggrunden for denne regulering kendes allerede, jfr. del II, hvorfor ingen yderligere omtale heraf er nødvendig. De supranationale tiltag gennem direktivudkastet i KOM (1998) 67 er baseret på de overvejelser der er gengivet ovenfor i afsnit 2.1.2.1.

2.3.2.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

Det kan indledningsvis konstateres, at OECD har søgt dobbeltbeskatningsproblemet løst ved i MBO art. 11, at tildele kreditorstaten (domicilstaten) beskatningsret⁴⁷⁰. Dette udgangspunkt forlades dog modificerende⁴⁷¹ i bestemmelsens stk. 2 hvorefter der kan tillades op til 10% rentekildeskate af bruttorentebeløbet⁴⁷². Kildeskattebegrænsningen finder

468. Indsat for at undgå såkaldt "kaskade-effekt", hvorved en koncern ved at indskyde yderligere selskaber kunne udtynde kapitalen, samtidig med at forholdet mellem gæld og egenkapital opretholdes i det enkelte selskab.

469. Jfr. herved *Lars Cort Hansen* i SU 1998.236 og *José M. Calderón Carrero* i Intertax 1996.282.

470. Bestemmelsen finder kun anvendelse på renter betalt og fastsat på arm's længde vilkår, jfr. herved art. 11, stk. 6.

471. Det kan da også anføres at netop 10%’s beskatningen efter stk. 2 udgør hovedbestemmelsen og begrænsningen af kildebeskatningen i stk. 1 er af mere underordnet karakter.

472. Selve rentebegrebet er fastslået i stk. 3 hvorefter dette omfatter indkomst af gældsfordringer af enhver art, hvad enten de er sikrede ved pant eller ikke, og hvad enten de indeholder en ret til andel i debtors fortjeneste eller ikke, og i særdeleshed indkomst fra statsgældsbeviser, obligationer eller forskrivninger herunder gevinster og præmier, der er knyttet til sådanne værdipapirer. Straftillæg for for sen betaling anses ikke for renter i artiklens forstand.

imidlertid kun anvendelse hvor modtageren er den retmæssige ejer af renterne, jfr. ordlyden.

Som bekendt er hovedreglen i Danmark, at der ikke er hjemmel til at beskatte renteindtægter efter reglerne om begrænset skattepligt, jfr. SEL § 2 modsætningsvis. Dette er tilfældet når der er tale om rentebetalinger til selskaber i udlandet. Kan renteindtægten derimod anses som en del af indkomsten i et fast driftssted her i landet, finder reglerne i KSL § 2, stk. 1, litra d, anvendelse, jfr. KSL § 2, stk. 5, 4. pkt. Denne indtræden af beskattning er blot udtryk for det driftsstedsforbehold der er kommet til udtryk i MDBO art. 11, stk. 4.

Som allerede omtalt er der taget supranationalt skridt i retning af en total ophævelse af dobbeltbeskatning ved rente- og royaltybetalinger mellem associerede foretagender indenfor EU. Direktivudkastet i KOM (1998) 67, vil indføre som et krav⁴⁷³, at kildebeskatningsret skal tildeles den retmæssige ejers domicilstat, herom supra afsnit 2.1.2. Betragtningerne ovenfor fører således til, at det kan konstateres, at der ved koncerninterne rentebetalinger på markedsvilkår er tilsikret skatteneutralitet (selvom det jo lidt er modstridende at skulle benævne det således idet markedsvilkår jo i hvert tilfælde ikke er det samme som enterpriseorientering!).

Hvad mere interessant er, fremkommer der i bemærkningerne til forslaget, s. 3 betragtning nr. 9:

»Anvendelsen af kildeskat på renter begrænser af ovennævnte årsager [de tidligere nævnte argumenter for indførelsen af direktivet, altså tid, likviditetsbelastning mv.] mulighederne for fleksible finansieringsarrangementer indenfor en koncern. I sådanne tilfælde skal finansieringen ske lokalt, hvilket ofte fører til højere omkostninger.«

473. Og en begrænsning af den eksterne traktatkompetence, jfr. doktrinen om implied powers. Det kunne umiddelbart forekomme besynderligt, at EU samtidig med dette direktivudkast til *afskaffelse* af dobbeltkildeskat, samtidig har fremsat et udkast til *indførelsen* af en fælles rentekildeskat (tidligere KOM(89) 60 nu KOM (98) 295 endelig udg.). Ved nærmere eftersyn er dette dog ingenlunde så bemærkelsesværdigt som det umiddelbart kunne synes. Baggrunden for forslaget er den risiko for skatte-svig, skatteunddragelse og forvridninger, der følger af liberaliseringen af kapitalbevægelserne. Dette direktivforslag er derfor båret af ganske andre hensyn end dem, som kendetegner de øvrige harmoniseringstiltag indenfor den direkte beskatning. Motiveret af hensyn til afbødelse af nogle forventeligt uheldige skattemæssige konsekvenser af en harmonisering indenfor et andet område. Således er hovedformålet, at sikre, at der sker en beskatning af renter, der betales af valutaindlænde i EU. Desuden tager direktivet sigte på rentebetalinger mellem personer og selskaber.

Ved denne argumentation fremkommer der efter min bedste overbevisning en inkonsistens i såvel direktivforslaget som i skattesystemet i al almindelighed. Lad mig først fastslå, at jeg fuldt ud kan tilslutte mig Kommissionens synspunkt (idet det er bedre end ingenting), men blot finder det pauvert ført ud i livet. For det første er citeret direkte udtryk for enhedstankegangen som den er præsenteret i del I, og søgt eksemplificeret. Der påpeges således en svaghed ved eksisterende skatteregulering på tværs af Europa. Det der hertil kan undre, er at man lader kildeskatten være den store synder. Omformulerede vi betragtningen til også at omfatte indkomstbeskatning ved rentebetalinger mellem koncernselskaber ville tankegangen være fuldendt, men mon ikke dette skridt ville været for stor en mundfuld, såvel politisk som praktisk.

Det anføres, at kildebeskatning medfører fordyrede lån for koncernerne idet lokal låntagning nødvendiggøres. Men et fleksibelt lån indenfor koncernen bliver vel ikke kun begrænset af kildeskat men tillige af det evigt fremdukkende krav om markedsmæssighed. Som det er vist, fordrer fleksibilitet til tider rentefrihed, hvilket efter skattesystemets nuværende udformning ingenlunde accepteres (jfr. herved den genindførte danske praksis). For mig at se er der yderligere den anomali indbygget i argumentationen, at man erkender lokal låntagning som værende dyrere, men hvordan kan man argumentere for markedsmæssighed det ene øjeblik for dernæst at erkende, at sammenligning af renteniveau ikke rimeligt lader sig gøre (såfremt det altså skal være forretningsmæssigt sundt). Som jeg læser betragtningen er det som om man meget vel er klar over det logiske og hensigtsmæssige i koncernintern finansiering, men ikke alligevel helt accepterer sådanne gunstige arrangementer, jfr. art. 5. Hvis ikke den her foreslåede opfattelse er korrekt, kan det da også læses således, at man finder lokal låntagning dyrere end international, hvilket utvivlsomt indeholder sandheder, men hvad er pointen i at fremhæve hindringerne for koncerninterne lånearrangementer, for dernæst blot at drage en parallel til det internationale pengemarked. Jeg vælger at tilslutte mig først fremførte argumentation.

Trods kritikken, lader jeg alligevel direktivforslaget figurere som værende af neutralismæssig karakter, idet der tydeligt er tilknyttet neutralitetsvirkninger hertil. Dog lader man ikke enhedstankegangen fuldbyrde, idet de omtalte fleksible finansieringsarrangementer ikke tillades fleksible nok (herved har jeg endnu engang forudsat, at koncernerne ikke er skatteundragende subjekter men har aggeret forretningsmæssigt logisk ud fra den samlede koncerninteresse, og ikke kun har skattemæssige hensigter med transaktionerne). Direktivets neutralitetsobjekt og sub-

jekt er allerede behandlet tidligere, og skal ikke gentages på dette sted, blot erindres om rentedefinitionens overensstemmelse med OECD MDBO art. 11.

Koncernerne er på dette område specielt underlagt risiko for korrektive indgreb. Således må markedsmæssighed og forretningsmæssige begrundelser stedse søges sikret. Ligeledes bør dokumentations- og oplysningskrav efterkommes. Fra et over ordnet synspunkt kræver en konsekvent gennemførelse af skatteneutralitet, at der i skattemæssig henseende bortses fra transaktionens eksistens. Ved én samlet indkomstopgørelse efter et system som fremsat i del VII om konsoliderede EU profitter ville regler om tynd kapitalisering som i SEL § 11 ej heller have relevans, idet det herved ikke ville være muligt at opnå skattemæssigt fradrag i nogle jurisdiktioner. Ved korrektion afhænger den mulige indtrædelse af skatteneutralitet igen af afhjælpningen gennem MDBO art. 9(2) og 25 samt voldgiftskonventionen. Endelig er der gode muligheder for undgåelse af dobbeltbeskatning funderet i fremtidens gældende rente- og royaltydirektiv og modeloverenskomsten, hvor sidstnævnte dog ikke har større relevans efter direktivets gennemførelse. Vurderingen er derfor sluttelig, at der ved koncerninterne rentebetalinger er sikret delvis skatteneutralitet. Endnu et led i hypotesen for koncerneksistens er verificeret.

2.3.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Rentebetalingsvilkår mellem koncernforbundne parter vil kunne blive udsat for korrektion i tilfælde af manglende markedsmæssighed i transaktionen. Der findes i denne forbindelse et specielt system til at justere renten i transaktioner hvor parterne har fraveget arms længde udgangspunktet, jfr. Sec. 483 (salg af aktiver med løbende tilbagebetaling, hvor IRS kan ændre fordelingen mellem rentedelen og betalingsdelen ved en handel) og Sec. 7872 (vedrørende løbende betalinger der er for lavt forrentet).

F.s.v.a. lave forrentninger bestemmes forholdet til markedsvilkår ved henvisning til "*the Treasury Bill or Bond rate*". De samlede betalinger samles, og diskonteres med den nævnte rentefod på det pågældende tidspunkt. Resultatet behandles som lånets hovedstol og den resterende del behandles efter reglerne om "*Original Interest Discount*" (OID)⁴⁷⁴. I

474. Jfr. Sec. 1271-1275. Reglerne standardiserer behandlingen af rentespørgsmål under IRC. Reglerne tager hensyn til pengenes værdi over tid (princippet om renters rente) og tillader fradragsret for renter svarende til det modtageren anses for at have modtaget. Se om reglerne *Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities*, 1994, s. 171ff.

de tilhørende regulations, Treas. Reg. § 1.482-2(a)(2)(ii), findes en “safe haven” rente indenfor hvilken rentestørrelsen ikke vil blive korrigeret. Denne rente er baseret på den så kaldte “applicable Federal rate” (i.e. hvad det på gældsopdagelsestidspunktet betales af den Føderale regering på tilsvarende gældsposter). Rentefastsættelsen mellem 100 og 130% accepteres⁴⁷⁵.

En yderligere regel skal opmærksomheden henledes på; der er tale om en tynd kapitaliseringsregel ved rentebetalinger mellem forbundne parter hvor renter betales ud af landet og hvor USA ikke har beskatningsretten til renteindtægten, jfr. IRC. Sec. 163(j). Reglen (der kaldes “*Earnings Stripping*”) begrænser fradragsretten for rentebetalinger til interesseforbundne parter, jfr. Sec. 267, ud over det sædvanlige. Et datterselskab i USA af fremmede selskaber skal opfylde en toleddet test førend begrænsningen kan komme på tale; (1) et gæld/egenkapital forhold på 3 til 2, og (2) renteudgiften⁴⁷⁶ skal overstige 50% af den skattepligtige indkomst, hvilket således er udtryk for at der er for stor renteudgift. Såfremt dette besvares bekræftende nægtes der fradragsret for renteudgifter der overstiger 50% af datterselskabets skattepligtige indkomst i det pågældende år⁴⁷⁷.

Generelt konstituerer modtagne rentebetalinger fra en amerikansk forpligtelse, amerikansk kildeindkomst, jfr. Sec. 861(a)(1). Der er imidlertid en vigtig undtagelse hertil. Hvis 80% eller mere af den amerikanske skyldners bruttoindkomst stammer fra aktiv udenlandsk erhverv eller handel, så behandles rentebetalingen som værende af udenlandsk kilde i sin helhed når den modtages fra en ikke forbundet part. Bestemmelsen heraf foretages efter den allerede omtalte 3 års test, jfr. afsnit. 2.3.1.3. ovenfor. Hvis der er mindre end 80% efter testen, så anses de samlede rentebetalinger som værende fra amerikansk kilde⁴⁷⁸. Der pålægges en kildeskat på 30% for rentebetalinger ud af landet, jfr. Sec. 871(a) og 881(a). Procentsatsen er dog fraveget betydeligt i de indgåede overenskomster⁴⁷⁹. Ligeledes kan kildebeskatningen tilsidesættes ligesom for royalties såfremt indkomsten har effektiv tilknytning til den amerikanske aktivitet. I sådanne tilfælde omklassificeres transaktionen til at falde under ordinær selskabsbeskatning, jfr. Sec. 882(a). Betalinger fra en fili-

475. Paul R. McDaniel Hugh J. Ault op.cit., s. 148f.

476. Uden hensyn til nettoopgørelse medregnet renteindtægter eller tab.

477. Se eksempelvis herom Stephen A. Lind et al: Fundamentals of Corporate Taxation, 1997/98, s. 404.

478. Jfr. Paul R. McDaniel & Hugh J. Ault: Introduction to United States International Taxation, 1998, s. 36f.

479. Efter den dansk-amerikanske er beskatning ikke tilladt.

al i USA opfattes som amerikansk kildeindkomst, jfr. Sec. 884(f)(1)(A). Betalinger til amerikanske foretagender medregnes fuldt ud ved indkomstopgørelsen.

fordelingsbestemmelsen i USMDBO art. 11 tildeler domicilstaten beskatningsretten for at løse dobbeltbeskatningsproblemet.

2.3.3. Tab/gevinst på koncerninterne fordringer og gæld

2.3.3.1. Almindeligt led

I forbindelse med koncerninterne mellemværender opstår der tillige transfer pricing problemer ved udfindelsen af den rette forrentning, men en gennemgang heraf er allerede foretaget under overskriften rentebetalinger ovenfor. Herudover er der et avancebeskatningsaspekt. Flere typer af værdipapirer undergives en avancebeskatning ved realisation af gevinst i forbindelse med afståelse. Problemet i koncernsammenhæng forekommer at være, at avancebeskatning ved koncerninterne afståelser af værdipapirer og fordringer, ikke tilgodeser behovet for en enhedsopfattelse af koncerner. Dette kommer netop til udtryk ved det, at der sker realisationsbeskatning, selvom der ikke for den samlede koncern er sket en realisation af værditilgangen. Der er udelukkende sket en omplacering af værdien internt i koncernen. En enhedsbetragtning ville selvsagt føre til, at koncerninterne overførsler af værdipapirer var skattemæssigt irrelevante, og at der først skulle ske beskatning ved den egentlige realisation ud af koncernen. I det følgende beskrives kort gældende avancebeskatningsregler og fordelingsbestemmelserne i den internationale skatteret. Det bør dog holdes for øje, at det ingenlunde er avancebeskatningsreglers sigte, at medføre skatteneutral behandling, men derimod at inddrive provenu. En uddybende undersøgelse normeringens ratio findes derfor ikke relevant.

Gældsforhold kan opstå på mange forskellige måder, og tilbagebetalingsformen er afgørende for den skattemæssige behandling. Alle andre former for tilbagebetaling end rentebetaling bliver anset som værende en kursgevinst for kreditor og kurstab for debitor, og er derfor omfattet af kursgevinstlovens (KGL) regelsæt⁴⁸⁰. Ligeledes kan situationen opstå, hvor debitor ikke kan betale sin gæld, således at kreditor må konstatere et kurstab på sin fordring og debitor en kursgevinst på sin gæld. Også disse gevinster og tab er omfattet af KGL.

480. Bekendtgørelse af lov om skattemæssig behandling af gevinst og tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter, lov. nr. 439 af 10.6. 1997 (Kursgevinstloven). Efter forarbejderne til loven (L 194 af 13.3. 1997) fremgår, at det hidtidige regelsæt som udgangspunkt videreføres, men at der sker en forenkling af reglerne og visse materielle ændringer.

Hvor der er tale om en dansk domicileret koncern, jfr. just nedenfor (med mindre der sker afståelse af et fast driftssted), vil der ved opståede aktieavancer og kursgevinster skulle ske beskatning efter de respektive speciallove, ABL og KGL. I henhold til OECD's MDBO art. 13 tillægges beskatningsretten til kapitalgevinster som udgangspunkt domicillandet, jfr. stk. 4. Det må da også antages, at aktieavancer og kursgevinster vil falde ind under denne bestemmelse⁴⁸¹. Disse betragtninger har derfor selvsagt også gyldighed vedrørende næstfølgende afsnit om koncerninterne aktieoverdragelser.

Efter en modsætningsslutning til SEL § 2, følger, at kun avancer hørende til et fast driftssted i Danmark samt avancer af fast ejendom vil være omfattet af den begrænsede skattepligt. Salg af aktier er derfor som hovedregel ikke en begrænset skattepligtig disposition (dog erindres særlige fraflytningsregler mv.). Den generelle skattepligt for selskaber efter KGL, uden hensyn til hvorvidt der foreligger pengeneringsvirksomhed, gælder ikke for begrænsede skattepligtige virksomheder⁴⁸². Dansk beskatning af kurs- og aktieavancer kommer derfor udelukkende på tale, når der sker afståelse af et fast driftssted med tilhørende aktiver. Det er følgelig udelukkende af interesse at se på de tilfælde, hvor Danmark har status som domicilstat, idet der herved er dansk beskatningsret efter ABL og KGL.

I dansk skatteret normeres alle spørgsmål vedrørende beskatning af kursgevinster af Kursgevinstloven, hvilken prætenderer, at være udtømmende⁴⁸³. Det vil sige, at når der er tale om tab eller gevinst på de af loven omfattede pengefordringer og gæld, så er det kun lovens bestemmelser der finder anvendelse. De almindelige regler i SL §§ 4-6 kan alene finde anvendelse ved konkret henvisning hertil (sker for eksempel

481. Resultatet fremkommer efter en modsætningsslutning fra art. 13, der ikke indeholder særregler om aktieavancer og andre værdipapirer. Slutningen har dog også støtte i Kommentarerne til stykke 4 i modeloverenskomsten, pkt. 30. Denne fordeling af beskatningsretten kan opfattes som en mindre afvigelse af princippet om ensartet tildeling af beskatningsret til det løbende afkast og afståelsesavancer for det enkelte aktiv. Det bør til artiklen bemærkes, at Danmark har taget forbehold overfor stk. 4. Således forbeholdes retten til, i tilfælde hvor salgsprisen for aktier anses for udbytte efter danske lovgivning, at beskatte salgssummen som udbytte i overensstemmelse med MDBO art. 10, stk. 2. LL § 16 B indeholder en regel, hvor efter et aktiesalg skattemæssigt behandles som udbytte og ikke som afståelse. Det bestemmes, at hvis afståelsen sker til det udstedende selskab, så skal hele afståelsessummen medregnes i den skattepligtige indkomst, idet afståelsessummen skattemæssigt betragtes som værende udbytte. Der er dog dispensationsmulighed i henhold til stk. 2.

482. Jfr. Aage Michelsen: International skatteret, 1996, s. 229-230.

i § 17). Loven omfatter (1) gevinster og tab ved afståelse af pengefordringer, herunder obligationer, pantebreve og gældsbreve og (2) gevinst og tab ved frigørelse fra gæld, jfr. KGL § 1⁴⁸⁴. KGL omfatter således som udgangspunkt alle pengefordringer, uanset deres art, idet det afgørende er, om der foreligger et retligt krav på betaling af penge. Selskaber er fortsat efter den nye lov generelt skattepligtige, hvorved kursgevinster og tab skal indgå i den skattepligtige indkomst⁴⁸⁵.

Der kan udsondres 4 relevante situationer; (1) Hvor selskabet tjener på sit tilgodehavende, (2) hvor det taber på sit tilgodehavende og (3) hvor selskabet tjener på sin gæld og endelig (4) hvor selskabet taber på sin gæld. Enkelte bemærkninger om de enkelte typesituationer kan foretages ved en gennemgang af lovens enkeltbestemmelser.

Gevinst og tab på fordringer er som hovedregel skattepligtige hhv. fradragsberettigede, jfr. KGL § 3⁴⁸⁶. Der findes to tabsfradragsbegrænsningsregler, (de samme som hidtil); (1) tab kan ikke fradrages, hvis renteindtægter af fordringen eller kursgevinster på fordringen som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jfr. § 5 (hidtidig § 6 C), (2) for det andet findes "*koncernreglen*". Denne regel har som sit hovedindhold, at tab på koncernfordringer ikke kan fradrages. Begrundelsen for bestemmelsen er, at det uden tabsfradragsbegrænsningen ville være muligt for koncernforbundne selskaber at opnå fradrag for tab på anlægsinvesteringer ved at lade et selskab i koncernen lånefinansiere et andet koncernselskabs anlægsinvesteringer. Derudover skal begrænsningen forhindre dobbeltfradrag i sambeskattede selskaber, dels ved at overføre underskuddet, og dels ved at fradrage tabet på fordringen. Betingelsen for tabsfradragsbegrænsningens indtrædelse er, at der skal foreligge et

483. Se for en gennemgang af kursgevinstbeskatning i almindelighed LV 1997 A.D.2, Cirk. nr. 134 af 29.7. 1992, *Margrethe Nørgaard* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 403ff og Kursgevinstloven af *Søren Rasmussen og Kjeld Bergenfelt*, 1992, *Birgitte Tabbert, Christen Amby og Jørgen Egelund*: Kursgevinstloven med kommentarer, 1994, *Søren Rasmussen og Erik Banner-Voigt* i R&R 1998/4, s. 36-45, i specifik koncernsammenhæng se *Lena Falk og Claus Pedersen*: Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996, s. 61ff, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 239ff og samme i Koncernretten, 1996, s. 283ff og senest *Christen Amby* i SR-skat 1998.164 og *Jan Børjesson, Anders Oreby Hansen og Henrik Peytz*: Kursgevinstloven med kommentarer, 1998.

484. Udgangspunktet er modificeret af visse undtagelser i stk. 3.

485. Selskaber defineres med henvisning til SEL og FBL, jfr. KGL § 2.

486. Dette er uafhængigt af forrentningen hvorved blåstempling ikke har betydning. Tab på ansvarlig lånekapital må tillige antages at kunne fradrages, hvorved ses, at risikoprofilen får mindre betydning.

koncernforhold, som dette er selvstændigt defineret i KGL § 4, stk. 2 (tidligere § 6 B). Herved dukker skatterettens relationsbetingede koncernbegreb igen frem i en af sine mange afskygninger. Kravet er i denne forbindelse, at samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen i hvert af de involverede selskaber, eller, at samme aktionærkreds direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab. Herved ses, at der er tale om koncernforhold blot man har samme herskerkreds, og uden at vi i øvrigt ville rubricere forholdet som et søsterselskabsforhold⁴⁸⁷. *Flere undtagelser* kan identificeres til koncernreglen. For det første fremgår det af § 4, stk. 1, 2. pkt., at der altid er fradrag for valutakurstab. For det andet fremgår det af § 4, stk. 5, at banker mv. der midlertidigt overtager styringen (gennem pant mv.) over selskaber grundet nødlidende kreditforhold ikke udgør koncernforhold. Denne regel kunne kaldes *“bankreglen”*⁴⁸⁸. Af samme bestemmelse fremgår det, at banker mv. medvirken til omstruktureringer ej heller skal anses som et koncernforhold i lovens forstand. Denne regel kunne kaldes *“rekonstruktionsreglen”*. Yderligere er vederlagsnæringsfordringer fritaget efter § 4, stk. 3. Vederlagsnæringsfordringer er her forstået som fordringer erhvervet som skattepligtige vederlag for leverede varer og andre aktiver samt tjenesteydelser og kreditor ikke har været sambeskattet med debitor eller fordringen er stiftet efter ophør af sambeskatningen⁴⁸⁹. Denne regel antages, at have stor praktisk betydning. Ligeledes af stk.3 men sidste pkt. fremgår, at børsnoterede fordringer er fritaget fra tabsfradragbegrænsningen. Endelig fritages efter stk. 4, rentefordringer, såfremt de omhandlede renter er medregnet ved opgørelsen af kreditors skattepligtige indkomst og kreditor ikke har været sambeskattet med debitor eller rentefordringen er stiftet efter sambeskatningens ophør.

Også på debitorsiden (situation (3) og (4)) eksisterer en generel skat-

487. Jfr. hertil Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, s. 283. Jeg vil mene, at man kan anse denne regel for et udtryk for en tvangsmæssig brug af enhedsteorien. Der er således tale om den såkaldte pligtlovgivning, hvilket står i kontrast til rettighedsdelen af enhedsteorien.

488. Se også BSL § 1 a.

489. Baggrunden for denne undtagelse synes at være; har der været sambeskatning, så har kreditorselskabet formodningsvis fået fradrag for underskuddet hos debitorselskabet, og herefter ville det således være uacceptabelt, om kreditorselskabet på ny skulle få fradrag, når fordringen senere medfører tab. Ved løbende mellemregninger for vareleverancer mv. gælder det, at hvis der tjenes på nogle tilgodehavender, kan der ikke heri ske modregning med ikke-fradragberettigede tab, idet tilgodehavendet ifølge den enkelte faktura i denne forbindelse betragtes som en selvstændig fordring.

tepligt efter lovens § 6, jfr. § 2. Undtagelserne til dette udgangspunkt findes i §§ 7, 8 og 24. Efter § 7, stk 1, 1. og 2. pkt. er der ikke fradrag for indeksreguleret gæld i danske kroner og hvor renten er lig med eller højere end mindsterenten. Dog er der fradrag hvis der er en modsvarende gevinst. I henhold til § 7, stk. 2, er der ikke adgang til fradrag når gæld i danske kroner skal indfries til en forud fastsat overkurs og den pålydende rente er lig med eller højere end mindsterenten. Vedrørende gevinst på gæld⁴⁹⁰, gælder udgangspunktet i KGL § 2 fortsat. Men som en symmetrisk foranstaltning bestemmer § 8, at gevinst på gæld til koncernforbundne selskaber, (som defineret i § 4) ikke skal medregnes såfremt der ikke kan fradrages et tilsvarende tab på fordringen. Altså; den ene part der realiserer en gevinst ved indfrielsen skal ikke beskattes af avancen når det andet forbundne selskab ikke har adgang til tabsfradrag⁴⁹¹. Denne regel gælder også mellem udenlandske koncernforbundne selskaber, såfremt kreditor ikke ville kunne fradrage det tilsvarende tab på fordringen, hvis kreditor var skattepligtig til Danmark, og det godtgøres, at tab af den pågældende art er fradragsberettiget.

§ 24 indeholder en regel om skattefrihed for akkordfordele. Opgørelsesreglerne for kursgevinster findes i lovens §§ 25-26 for almindelige selskaber. Realisationstidspunktet er stadig udgangspunktet, jfr. § 25, stk. 1, men der er nu uden tilladelse adgang til brug af et lagerprincip på børsnoterede obligationer.

2.3.3.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Af ovenstående gennemgang fremkommer det, at der ikke vedrørende kursgevinstbeskatning eksisterer regler med skatteneutralt indhold. Kursgevinstbeskatningsinstituttet fremstår ex lege som et eklatant eksempel på, hvorledes skatteneutralitet ikke opstår. Rettighedssiden af enhedsteorien ville medføre en negligering af koncerninterne kursgevinster, og udelukkende gennemføre beskatning ved koncernekstern realisation. Og det forekommer mig ikke, at koncernerne selv efter gældende ret har mulighed for at indrette sig således, at beskatning ikke udløses ved koncerninterne dispositioner. Transfer pricing problematikken i den internationale sfære er endnu engang afhængig af korresponderende justeringer og gensidige aftaleprocedurer mv. Ingen principiel neutralitetsvurdering føres herfra til en samlet beskrivelse af koncernskatteretten.

490. Hvilket i realiteten vil sige en besparelse ved indfrielse af gælden.

491. Som en undtagelse hertil kan der alligevel ske beskatning såfremt gælden nedskrives til en lavere værdi end fordringens kursværdi.

Reglen i SEL § 11, om tynd kapitalisering, har tillige virkning for kurs-tab på gæld, se herom afsnit 2.3.2.1. Koncernerne kan selv søge at undgå transfer pricing korrektioner på samme måde som tidligere beskrevet, netop ved at overholde de gældende dokumentations- og oplysningskrav samt ved at sikre markedsmæssighed i ydelserne. De særlige spørgsmål der opstår i forbindelse med udfindelsen af markedsprisen på en given fordring kan løses med udgangspunkt i dødsbocirkulæret (Cirk. nr. 185 af 17.11. 1982), se hertil omtalen i afsnit 2.3.4. Opstår dobbeltbeskatning er der mulighed for ophævelse heraf gennem de i afsnit 2.4. behandlede retsmidler. Skulle den skattemæssige behandling af koncerninterne tab og gevinster på gæld og fordringer afspejle enhedsteorien, skulle der ganske enkelt bortses fra transaktionernes skattemæssige eksistens. Som det allerede er nævnt, er det min opfattelse, at netop dette skatteområde kunne være en klar opgave for enhedsbetragtningen i fremtiden, idet det med så stor tydelighed fremkommer, at der ikke realiseres nogen koncernekstern avance. En behandling som én samlet enhed fordrer da beskatning i det øjeblik en sådan avance indtræder. Samlet må den fremsatte del af hypotesen om koncerneksistens antages påvist.

2.3.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Kapitalgevinster og tab beskattes i almindelighed efter de separate regelsæt i IRC Subchapter P, Sec. 1201-97⁴⁹². Tab og gevinst på fordringer behandles generelt af regelsættet idet sådanne transaktioner ikke falder under den udtømmende negative afgrænsning af kapitalaktiver i Sec. 1221(1)-(5). Den skattemæssige virkning af at falde under kategorien kapitalgevinster (modsat ordinær indkomst) er, at der betales en speciel kapitalgevinstskat (selvom skattesatsen p.t. er ækvivalerede) og at transaktionen er underlagt de specielle bestemmelser der begrænser brugen af kapitaltab. Således er der specielle regler om tabsfradragsbegrænsning ved udskiftning i ejerkredsen. Der findes flere opgørelsesregler der dog ikke forekommer at være os så fremmede (opgjort basis fratrækkes det realiserede beløb), og derfor ikke nærmere skal undersøges. Bemærkes skal det, at selskaber ved kapitaltab kun kan foretage fradrag for tab når der har været gevinster, jfr. Sec. 1211(c) og kan foretage 3 års carry back og 5 års carry forward, jfr. Sec. 1212 (a). Endelig er der flere såkaldte “non-recognition rules”, ved blandt andet reorganiseringer hvorefter kapitaltab og gevinster udeholdes fra indkomstopgørelsen.

Hvad angår gevinst ved frigørelse fra gæld må reglen i Sec. 61(a)(12)

492. Jfr. *Cheryl D. Block: Corporate Taxation*, 1998, s. 10ff og *Samuel C. Thompson op.cit.*, s. 43ff.

anvendes, hvorved debitor beskattes af dennes værdistigning gennem medregning af gevinsten til bruttoindkomsten.

I henhold til USMDBO art. 13, stk. 5 tildeles beskatningsretten til kapitalgevinster som hovedregel domicilstaten, hvilket må fortolkes ad modum OECD's MDBO art. 13, stk. 4 og således antages at omfatte såvel kurs- som aktiegevinster. I den dansk-amerikanske DBO findes der dog ikke nogen ratificeret bestemmelse om kapitalgevinster.

2.3.4. Handel med værdipapirer (aktier o.lign.)

2.3.4.1. Almindeligt led

I relation til dette transaktionsområde kan der udsondres flere problemstillinger; korrektioner ved transfer pricing og avancebeskatning. Vedrørende koncernintern handel med aktier (hvad enten egne eller i almindelighed) opstår der problemer omkring korrekt prissætning. Der er ikke unikke forhold der gør sig gældende hertil, hvorfor de almindelige principper kan finde anvendelse, og udgangspunktet er ækvivalens i ydelserne. Hertil kommer avancebeskatning af opståede avancer efter aktieavancebeskatningsloven (ABL)⁴⁹³. Dennes ratio legis er som også tilfældet just ovenfor provenuskabelse. En nærmere undersøgelse heraf findes derfor ikke relevant.

Aktieavancebeskatning for selskaber kan der ikke ytres noget gennemgående entydigt om⁴⁹⁴. Beskatningssituationen afhænger helt og holdent af den skattemæssige kvalifikation af de afståede aktier. ABL opdelte aktierne mv.⁴⁹⁵ i 8 grupper med hver sit regelsæt for beskatning af fortjeneste og tab. I denne kontekst skal der fokuseres på de antageligt almindelige situationer hvor der handles med noterede og unoterede aktier⁴⁹⁶. Beskatning af disse aktietyper finder sted efter ABL §§ 2 og 4⁴⁹⁷. Ifølge disse bestemmelser skal der sondres mellem, om ejertiden er

493. Senest Lovbekg. nr. 817 af 30.10 1997, lov om beskatning af fortjeneste ved afståelse af aktier m.v.

494. For en samlet gennemgang af aktieavancebeskatningen kan henvises til Cirk. nr. 137 af 19.7. 1994, LV 1997 S.G. og *Lida Hulgaard* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 441ff og Aktieavancebeskatning af *Søren Rasmussen og Preben Underberg Poulsen*, 1995.

495. Loven finder tilsvarende anvendelse på avancer ved afståelse af anparter, andelsbeviser, konvertible obligationer, omsættelige investeringsforeningsbeviser og lignende værdipapirer, jfr. ABL § 1.

496. Behandling af disse aktietyper fremkommer hvis ingen af de øvrige bestemmelser i ABL (eller LL) finder anvendelse. Således må der ikke være tale om LL § 16 B afståelse, ABL §§ 2 a (aktier i visse udenlandske investerings- og finansieringsselskaber), 2 b (andele i visse andelsselskaber og foreninger), 2 c (aktier erhvervet for lånte midler), 2 d (investeringsbeviser i udloddende investeringsforeninger), 2 e (idéaktier) eller § 3 (næringsaktier).

over eller under 3 år, og såfremt ejertiden er over 3 år, skal der sondres mellem, om der er tale om børsnoterede eller unoterede aktier⁴⁹⁸. For såvel noterede som unoterede aktier gælder det efter § 2, at fortjeneste og tab skal medregnes til den skattepligtige indkomst hvis de ikke har været ejet i 3 år (sondringen har udelukkende betydning ved personbeskatning). Dette betyder, at fortjenesten skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, og tab kan modregnes fortjeneste på aktier ejet i under 3 år. I det omfang et tab ikke kan udlignes i indkomstårets fortjenester, kan det fremføres i de 5 efterfølgende indkomstårs fortjeneste, jfr. ABL § 2, stk. 2.

Såfremt ejertiden har været 3 år eller mere, skal beskatning ske efter ABL § 4. Selskaber fritages for den almindelige beskatning efter stk. 1, jfr. nærmere bestemmelsens stk. 6. Selskaber er således ikke skattepligtige af aktieafståelser, hvor ejertiden har været over 3 år. Følgelig er der ej heller tabsfradrag. Selskaber skal altid foretage avanceopgørelse efter ABL § 6. Det må antages, at der her er tale om en i praksis meget anvendelig regel i forbindelse med skatteplanlægning, idet eksempelvis salg af et (andet) datterselskab efter 3 års ejertid kan gøres skattefrit. Særligt koncerner der søger at gøre brug af holdingselskaber til strukturering af forskellige aktiviteter anser skattefrihed for koncerninterne aktieavancer for vigtig. Til tider ses det endda, at Danmark bliver "valgt fra" fordi der "kun" er en 3-års regel. I visse andre europæiske er skattefriheden knyttet til reglerne om skattefrit udbytte, og indtræder umiddelbart efter erhvervelsen.

2.3.4.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Selvom den skattemæssigt behagelige virkning efter ABL § 4, stk. 6 forekommer temmelig erhvervsvenlig, er der altså ikke tale om en skattnetral regel. Neutralitet fordrer i sin yderste konsekvens bortseelse fra koncerninterne afhændelser (omplaceringer)⁴⁹⁹, og trods regelens behagelige islæt, lever den ikke op til dette kriterium. Afskaffelsen af de tidligere holdingregler i LL § 16 B lettede da også i betydelig grad koncerninterne aktieoverdragelser⁵⁰⁰, men ændrer ikke ved fremhævede vurdering.

497. Der skal ikke på dette sted behandles de gældende principper for fastsættelsen af anskaffelses- og afskaffelsestidspunkter mv. Disse er behandlet i lovens § 5.

498. Sondringen er gennemført ved skatteomlægningspakken i 1993, og den er alene begrundet i administrative hensyn. Ved en noteret aktie skal der forstås en aktie, som er noteret på en fondsbørs i et land indenfor EU/EØS eller på en børs, der medlem eller associeret medlem af Federation Internationale des Bourses de Valeur (FIBV), jfr. ABL § 4, stk. 2.

499. Sml. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, Bind II, 1972, s. 405.

Skatteyderne må af egen virke gøre som det allerede flere steder er anbefalet, med henblik på at minimere korrektionsrisikoen. I dansk skatteret kan der hentes inspiration til værdiansættelsen af værdipapirerne, såfremt disse ikke er noteret officielt nogetsteds, i det såkaldte dødsbo-cirkulære⁵⁰¹. Ved noterede papirer giver markedsprisen naturligt sig selv. Ligeledes er neutralitetsvirkningen ved eventuelt opstået dobbeltbeskatning afhængig af de eksisterende afhjælpende retsmidler, jfr. herom afsnit 2.4. nedenfor. Det fremsatte led i ovenstående hypotese anses hermed for påvist idet der ganske rigtigt ikke på dette område er sikret skatteneutral behandling af koncerner.

2.3.4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Ved undladt iagttagelse af markedsvilkår ved overdragelse er der med hjemmel i Sec. 482 korrektionsadgang. Handel med værdipapirer falder tillige under kapitalgevinstbeskatningsreglerne i Sec. 1201ff idet sådan handel ej heller falder under den udtømmende opregning i Sec. 1221, og den skattemæssige virkning er tilsvarende tilfældet var det ovenfor om koncerninterne fordringer.

I den internationale skatteret tilfalder beskatningsretten, sml. ovenfor om kursgevinster, domicillandet, jfr. MDBO art. 13, stk. 5. Men i USA er kapitalgevinster sjældent undergivet kildebeskatning medmindre der konstateres næring⁵⁰² og salg af aktier i et koncernforbundet fremmed selskab anses for udenlandsk kildeindkomst såfremt størstedelen af indkomsten indtjenes i dette andet land, Sec. 865(f)⁵⁰³.

500. Fremhæves af *Lena Falk og Claus Pedersen*: Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996, s. 65.

501. Cirk. nr. 185 af 17.11. 1982. Årsagen til dette cirkulæres anvendelighed er, trods dettes genstand ikke direkte er de her omhandlede situationer, at formålet bag cirkulæret er at fastlægge handelsværdien, hvilket jo netop vil sige det beløb som det givne aktiv kunne indbringe ved salg i det åbne marked. Et sådant salg sker jo faktisk ikke, hvorfor man må benytte cirkulæret som udgangspunkt. Det er fast antaget, at cirkulæret kan finde anvendelse på situationer med interessefællesskab, herunder altså koncernforhold.

502. Jfr. herom *Joseph C. Amico*: Introduction to the US Income Tax System, 1993, s. 218.

503. Jfr. herved *Paul R. McDaniel & Hugh J. Ault*: Introduction to United States International Taxation, 1998, s. 39.

2.4. Afskaffelse af økonomisk dobbeltbeskatning gennem retsmidler til afbødning af transfer pricing korrektioner

2.4.1. Ratio legis – almindeligt led

Ved udøvelsen af grænseoverskridende koncernaktivitet kan der i visse situationer opstå dobbeltbeskatning som en følge af, at ét lands skattemyndigheder har foretaget en korrektion af indkomstgrundlaget idet man har fundet de koncerninterne afregningspriser i strid med arms længde standarden. Sådanne korrektioner foretages, jfr. supra passim, med folkeretlig baggrund i MDBO art. 7 og 9 hvilke begribeligvis skal have et nationalretligt sidestykke med den fornødne hjemmel (i Danmark som bekendt LL § 2). Dobbeltbeskatningen kommer til udtryk derved, at en justering af en koncernenheds skattepligtige indkomst til lige undergives beskatning hos den udenlandske koncernenhed af en tilsvarende høj fortjeneste⁵⁰⁴.

Dette afsnit skal således ses som en opsamling på flere af de foregående afsnit, hvor aktuelle problemer i forbindelse med transfer pricing korrektioner er gennemgået. Afsnittets genstand er en undersøgelse af muligheden for skattneneutralitet, når der én gang er foretaget korrektioner i indkomstgrundlaget. Spørgsmålet er derfor i det følgende, hvilke retsmidler der eksisterer til afbødning af denne, set i koncern- og samfundsperspektiv, uheldige virkning⁵⁰⁵. Behandlingen kan siges at omhandle den *formelle*⁵⁰⁶ side af transfer pricing, idet temaet er de proceduremæssige aspekter når en koncern kommer i "klemme" mellem flere staters skattemyndigheder⁵⁰⁷. Afhandlingen skal vise reglernes principielle funktion og siden vurdere den reelle virkning. Afskaffelse af økonomisk dobbeltbeskatning anses for at være udtryk for skattneneutralitet derved, at en sådan afskaffelse medvirker, at det ikke gøres min-

504. Økonomisk dobbeltbeskatning fremkommer når der eksisterer selvstændige daterselskaber, mens den juridiske dobbeltbeskatning i denne situation kommer til udtryk når der eksisterer faste driftssteder (filialer).

505. Det kan anføres, at spørgsmål der knytter sig til ophævelsen af dobbeltbeskatning efter en tabt transfer pricing sag er mere aktuelt nu end nogensinde, idet der hos en række af vore samhandels partnere er sket betydelige stramninger, specielt er dette tilfældet i USA. Af samme årsag bliver også kendskab til mekanismerne i de korresponderende reguleringer, den gensidige aftaleprocedure og voldgiftsproceduren meget centrale for enhver koncernskatterådgiver, jfr. herom *Ria Falk: Transfer Pricing*, 1997, s. 89.

506. Det bemærkes, at Ruding-komiteen i sin rapport s. 205. ud over ratifikationen af den infra omtalte voldgiftskonvention også gerne ser indført materielle transfer pricing bestemmelser.

507. Jfr. *Erik Werlauff: Koncernretten*, 1996, s. 317.

dre fordelagtigt, at være organiseret som koncern med moderselskab og et eller flere selvstændige datterselskaber.

Indledningsvis er det værd, at definere hvornår man kan anse dobbeltbeskatning for ophævet. Hertil kommer det efter min vurdering klart til udtryk i Voldgiftskonventionens (90/346/EØF) art. 14, med følgende ordlyd:

I forbindelse med denne konvention betragtes dobbeltbeskatning af overskud som ophævet:

a) hvis overskuddet er medtaget i beregningen af det skattepligtige overskud i blot en stat, eller

b) hvis den skat, som opkræves af dette overskud i en stat, nedsættes med et beløb svarende til den skat, som skal svares af det i den anden stat.

I den bilaterale reguleringssfære foreskriver OECD's MDBO art. 9 som bekendt overholdelse af armslængde princippet og muliggør national korrektion. I art. 9, stk. 2 findes der en regel om såkaldte "*korresponderende reguleringer*", der (som den eneste bestemmelse i OECD's MDBO) tager sigte på ophævelse af økonomisk dobbeltbeskatning⁵⁰⁸. Der findes ikke en tilsvarende bestemmelse i art. 7 (for faste driftssteder). Baggrunden for bestemmelsen kommer ikke specifikt til udtryk nogetsteds, men det må være klart, at formålet er at søge økonomisk dobbeltbeskatning hindret. Herved lægges de almindelige baggrundsbetragtninger for OECD's modelbeskatningsoverenskomst til grund.

Yderligere findes art. 25 om den gensidige aftaleprocedure i OECD's MDBO. Baggrunden herfor er, at skabe "*...simply a process of discussion between the competent authorities in which they seek to explore the possibility of a solution to the relevant problem which can be accepted by all concerned*"⁵⁰⁹. Hermed ses, at de gængse hensyn bag de folkeretlige overenskomster tillige dækker hensynene bag den gensidige aftaleprocedure.

Her ud over findes EU-Voldgiftskonventionen (90/436/EØF). Formålet med dobbeltbeskatningskonventionen er ganske kort udtrykt. Det

508. Se om bestemmelsen *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 1995, s. 124f, *Aage Michelsen*: International skatteret, s. 299ff, *Leif Weizman*: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 356ff og *Edward Andersson* i Det nordiska skatteavtalet med kommentarer, 1991, s. 111ff.

509. Jfr. Transfer Pricing, Corresponding Adjustments and the Mutual Agreement Procedure, OECD, 1984, pkt. 98.

fremkommer nemlig i præamblen (bestående af 2 betragtninger), at formålet er en gennemførelse af hensigtserklæringen i TEF art. 220 og dermed afskaffelse af dobbeltbeskatning. Jeg finder det imidlertid ikke fyldestgørende til dette formål, at det er udtrykt i så korte termer uden nærmere vurderinger. Af denne årsag er det mere givtigt at se på det til det oprindelige direktivudkast medfølgende eksplanatoriske memorandum⁵¹⁰. Heraf fremgår det mere uddybende, at dobbeltbeskatningen af grænseoverskridende foretagender skal undgås, idet sådan beskatning skaber hindringer for konkurrence og kapitalbevægelser, der ellers ikke ville eksistere. Dobbeltbeskatning skaber således hindringer for funktionen af fællesmarkedet. Konventionen må da også ses i sammenhæng med de øvrige direktiver, hvor formålet også i vid udstrækning er en ophævelse af dobbeltbeskatning. Der fremgår ikke med samme tydelighed eksplicitte neutralitetsbetragtninger i forbindelse med konventionen, men i og med at den knytter sig op ad tilsvarende overordnede målsætninger som tilfældet er det for fusioner og udbyttebetalinger mv., må konventionen eo ipso siges at have en neutralitetsmålsætning, uanset dette ikke direkte udtrykkes.

2.4.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

Ophævelsen af dobbeltbeskatning skal efter bestemmelsen i OECD MDBO art. 9(2) ske ved, at det andet lands skattemyndigheder skal indrømme adgang til en korresponderende regulering i overensstemmelse med arm's length princippet. Der gælder efter art. 9, stk. 2 en pligt til at behandle en anmodning om en korresponderende korrektion. Der er dog også væsentlige problemer forbundet med de nævnte OECD regler. Det gælder nemlig, at en skattemæssig korrektion som udgangspunkt ikke binder øvrige myndigheder. Art. 9, stk. 2 lader dog en aftalestat umiddelbart forpligte til korresponderende justering hvis den anden stat har foretaget en primær korrektion. Hvis derimod den førstnævnte stat ikke er enig i denne korrektions berettigelse, er staten ikke forpligtet til at foretage korrektionen⁵¹¹. Således er eksempelvis udenlandske skattemyndigheder derfor ikke forpligtede til at indrømme et andet koncernforbundet selskab nedslag, blot fordi et dansk koncernselskab har

510. Det blev ikke fremsat offentligt sammen med forslaget i OJ (official journal) men er en del heraf, jfr. COM (76) 611 Final. Baggrundsbetragtningerne i dokumentet er gengivet af *Otmar Thömmes, Daniela Hagenbucher og Nicolas Hasennoehrl* i EC corporate tax law, binder *, kapitel 7, s. 9ff. Det lægges til grund, at disse betragtninger stadig har gyldighed for den gældende konvention men blot ikke har figureret i de officielle dokumenter hertil, idet instituttet skiftede rets karakter fra direktiv til multilateral konvention.

fået forhøjet sit indkomstgrundlag som følge af samhandelsprincipperne. En international dobbeltbeskatning kan derfor blive realitet. Et forhold der ikke omfattes af art. 9, stk. 2 (hverken tilsiger eller udelukker) er de såkaldte “*sekundære korrektioner*”. Hermed menes, at den faktiske allokering efter transaktionen bringes i overensstemmelse med resultatet af den primære justering⁵¹². Med LL § 2, stk. 4 er der fastsat specifik intern hjemme i Danmark til foretagelsen af sådanne justeringer, såfremt skattesubjektet forpligter til betaling i overensstemmelse med arm’s længde vilkårene udfundet efter stk. 1.

Således fastslået, at der ikke er pligt til at foretage korresponderende regulering, foreskriver art. 9, stk. 2 in fine, at der herved er pligt til at indlede forhandlinger.

Af art. 25 i MDBO fremgår den såkaldte gensidige aftaleprocedure (mutual agreement procedure), der indebærer, at landene har pligt til at forhandle om ophævelse eller reduktion af dobbeltbeskatning (som også indeholdt i flere af de danske overenskomster)⁵¹³. Der er også hermed forbundet betydelige svagheder. Som forrige sætning antydede, pålægger artiklen en forhandlingspligt, men ikke en resultatpligt. Den gensidige aftaleprocedure indebærer således ikke, at staterne har pligt til at nå et forhandlingsresultat men alene at forhandlinger herom skal påbegyndes. Det kan eksempelvis være umuligt for de implicerede stater, at nå frem til en aftale, såfremt der ikke eksisterer unilateral hjemmelsgrundlag til en afvigelse af den primære korrektion⁵¹⁴. Proceduren kan derfor anføres at være et ufuldstændig retsmiddel, idet der på grundlag af de

511. Jfr. *Aage Michelsen* i R&R 1996, nr. 7, s.15 samt *Erik Werlauff* i SU 1996.231. Det anføres ligeledes af *Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.* i Skatteretten 2, s. 460, at den påtvungne korresponderende korrektion snarere forekommer som den teoretiske hovedregel end den faktiske realitet. Se også den generelle gennemgang hos *Guillermo Campos* i Intertax 1996.370.

512. Se Guidelines Kap. IV, s. IV-22ff, *Leif Weizman*: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 376 og *Ria Falk*: Transfer pricing, 1997, s. 93ff. Et alternativ til sådan sekundær korrektion kunne være omgørelse (repatriation) således at de oprindelige transaktioner tilbageføres i bogføringen og resultatet er i overensstemmelse med den fordeling der er bestemt i sagen. Om omgørelse i dansk skatteret kan henvises til LVA K.4.3.1. jfr. Skm. Cirk. nr. 80 af 15.5. 1998.

513. Se hertil *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 345ff, *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 1995, s. 332ff, *Leif Weizman* op.cit., s. 617ff og *Nils Mattson* i Det nordiska skatteavtalet med kommentarer, 1991, s. 251ff (hvor artiklen dog er nummereret som 28).

514. I Danmark kan en korresponderende korrektion i praksis alene foretages, hvis den primære korrektion er i overensstemmelse med dansk lovgivning.

omtalte omstændigheder kan opstå et uløseligt dobbeltbeskatningsproblem⁵¹⁵. Her kommer EU-Voldgiftskonventionen⁵¹⁶ fra 1995 ind i billedet, der ganske enkelt vil tvinge de implicerede staters skattemyndigheder til en effektiv løsning, hvorved økonomisk og juridisk dobbeltbeskatning for koncernen kan undgås⁵¹⁷.

EU-Voldgiftskonventionen

Konventionen kan nok ses som et supplement til konsultationsproceduren i visse dobbeltbeskatningsoverenskomster med forbillede i art. 25⁵¹⁸. Det har visse konsekvenser, at voldgiftsproceduren blev gennemført ved en konvention og ikke ved et direktiv, som det oprindeligt blev foreslået. Den vigtigste konsekvens er nok, at EF-domstolen ikke efter traktatens art. 177 om præjudicielle afgørelser er kompetent. En anden vigtig konsekvens er, at kommissionen ikke i medfør af traktatens art. 169 kan iværksætte traktatkrænkelserprocedure eller har initiativret til ændringer og udvidelser mv. EF-domstolen har således ikke adgang til at fortolke konventionens bestemmelser, men der kan indgås aftale om tilladelse herom mellem medlemsstaterne. Heller ikke voldgiftsudvalget, jfr. nedenfor, har kompetence til at fortolke konventionen, for det eneste udvalget skal tage stilling til er arms længde spørgsmålet. Fortolkningen er derfor overladt til de enkelte lande, som således skal tage stilling til, om grundlaget for iværksættelse af voldgiftsproceduren m.v. er til stede. Den usikkerhed der er forbundet hermed, er søgt afhjulpet gennem art. 3, stk. 2, hvorefter foreskrives, at ethvert udtryk som ikke er de-

515. Således også *Aage Michelsen* i R&R a.st. med denne karakteristik og Transfer Pricing Guidelines kap. IV, afsnit C, s. IV-10 om de betydelige svagheder ved såvel den korresponderende justering og den gensidige aftaleprocedure.

516. Konvention (90/436/EØF) om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud. Konventionen er i Danmark ratificeret ved lov. nr. 763 af 27.11. 1991 og trådt i kraft pr. 1.1. 1995 jfr. lov. nr. 1023 af 13.12. 1994 § 1.

517. Se f.eks. om denne konvention; *Otmar Thömmes, Daniela Hagenbucher og Nicolas Hasennoehrl* i EC Corporate Tax Law, binder, kap. 7, *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 340ff og samme i SU 1995.90, *Kurt Gimsing* i SR-skat 1990.313, *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, s. 349ff, *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, 351ff og samme i R&R 1996/7, s. 15ff, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 416 og samme i Koncernretten, 1996, s. 317, *Michael Meyer og Christina J. Rattray* i R&R 1991/5, s. 40ff, *Luc Hinnekens* i ECTR 1992.70, *Dirk Schelpe* i ECTR 1995.68 og *Jürgen Killius* i Intertax 1990.437 og endelig *Ria Falk*: Transfer pricing, 1997, s. 94ff, og *Coopers & Lybrand*: International Transfer Pricing, 1993, s. 153ff.

518. Jfr. *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 317.

fineret i konventionen, skal have den betydning det har i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem de pågældende stater.

Konventionens anvendelsesområde er *for det første* situationer hvor overskud beskattes i to forbundne foretagender med hjemsted i EU, men ikke med hjemsted i samme land, på grundlag af transaktioner i strid med arm's length princippet i konventionens art. 4, jfr. art. 1, stk. 1. Der er hermed mulighed for virksomheder til at undgå økonomisk dobbeltbeskatning⁵¹⁹. Konventionen er forskellig fra den i øvrigt eksisterende mulighed efter dobbeltbeskatningsaftalerne, idet disse tager sigte på at forhindre juridisk dobbeltbeskatning, med undtagelse af art. 9, stk. 2 der også regulerer økonomisk dobbeltbeskatning. Se hertil OECD kommentarerne til art. 9 punkt 5.

Ingen af begreberne "*forbundne*", "*overskud*" eller "*foretagende*" er defineret i konventionen. Indholdet må fastsættes efter intern ret, jfr. *Søren Næsborg Jensen* SU 1995.90. Dette må gælde selvom det ovenfor efter art. 3, stk. 2 blev antaget, at der skal ske henvisning til dobbeltbeskatningsaftalerne, idet sådanne definitioner ofte mangler eller er uklare. Heller ikke begrebet "*hjemsted*" er defineret, hvorfor der ligeledes må ske henvisning til overenskomsterne og intern ret. *Aage Michelsen* anfører, at dette kan få problemer ved dobbelt domicil hvorved der henvises til overenskomsternes art. 4, stk. 1 og 3⁵²⁰. Disse problemer er en af konventionens betydelige svagheder, idet uenighed om fortolkningen af de i konventionen anvendte begreber gør konventionen uanvendelig, således at dobbeltbeskatningen ikke kan undgås. Arms længde princippet i art. 4, stk. 1 og 2 er ej heller defineret i konventionen, men her må der følge henvises til eksisterende definitioner i intern ret og dobbeltbeskatningsoverenskomsternes art. 9 og 7, stk. 2.

Konventionen finder *for det andet* anvendelse på transfer pricing problemer mellem et fast driftssted i en medlemsstat og et foretagende i en anden medlemsstat, jfr. art. 1, stk. 2. Der er her tale om løsning på et problem om juridisk dobbeltbeskatning.

For det tredje finder konventionen efter en fælleserklæring til art. 4, anvendelse på transaktioner mellem et foretagende i en medlemsstat og et fast driftssted i en anden medlemsstat tilhørende et foretagende i en tredje medlemsstat⁵²¹, men ikke hvis driftsstedet ejes af et ikke-EU foretagende⁵²².

519. *Søren Næsborg Jensen* SU 1995.90.

520. Se hertil R&R 1996, nr. 7, s. 17.

521. Jfr. *Aage Michelsen* i R&R nr. 7, 1996, s. 17.

522. *Aage Michelsen* a.st. men se også *Ria Falk*: Transfer Pricing, 1997, s. 95.

Endelig for det fjerde finder konventionen anvendelse, hvis et af de pågældende foretagender har haft et underskud i stedet for et overskud, jfr. art. 1, stk. 3. Men det må antages, at dette område ligeledes kan udstrækkes til situationer, hvor begge foretagender har underskud⁵²³.

Alle ovenstående anvendelsesområder har naturligvis efter sagens natur udelukkende relevans, såfremt et lands skattemyndigheder i første instans har fundet, at der er noget at korrigere. Spørgsmålet om, hvordan skattemyndighederne proceduremæssigt skærper opmærksomheden over for et indenlandsk selskabs samhandel med et koncernforbundet udenlandsk selskab, beror i hvert fald indtil videre på national selskabs-skattebet.

Voldgiftskonventionens procedure, art. 6-14

Proceduren er i betydelig grad integreret med den gensidige aftaleprocedure således at grundsynspunktet er, at staternes aftale skal følges, selv om den afviger fra det rådgivende udvalgs udtalelse, jfr. art. 12, stk. 1, 2. pkt., jfr. uddybende herom nedenfor. Den berørte koncern kan efter art. 6 indbringe sagen for den kompetente myndighed i hjemstaten eller det faste driftssteds beliggenhedssted. Denne indbringelse forudsætter, at koncernen ikke mener at principperne i konventionens art. 4 er blevet overholdt (hvilket må betyde at myndighederne ikke har benyttet arm's length princippet korrekt). Sagen skal indbringes inden tre år efter den første underretning om den foranstaltning der har ført til eller formodes at ville føre til dobbeltbeskatning, som beskrevet i art. 1⁵²⁴. Hvis klagen forekommer den kompetente myndighed begrundet, og denne ikke selv kan tilvejebringe en tilfredsstillende løsning, skal den søge at løse sagen ved en gensidig aftale med de kompetente myndigheder i alle de øvrige berørte kontraherende stater for derved at undgå dobbeltbeskatning på grundlag af arm's length princippet, jfr. art. 6, stk. 2. Enhver sådan aftale skal gennemføres uden hensyn til, hvilke frister der er fastsat i de berørte staters interne lovgivning. Såfremt det ikke inden to år fra den første forelæggelse lykkes de kompetente myndigheder at finde en løsning til ophævelse af dobbeltbeskatningen, skal de nedsætte et rådgivende udvalg, jfr. art. 7. Dette udvalg pålægger myndighederne at afgive en udtalelse om hvordan dobbeltbeskatningen kan ophæves.

Voldgiftsproceduren kan også indledes, selv om skatteansættelsen er påklaget i den almindelige instansrækkefølge, jfr. art. 7, stk. 1, 2. pkt.

523. Jfr. *Søren Næsborg Jensen* i SU 1995.90, s. 120.

524. Det anføres af *Ria Falk* a.st. s. 96, at denne underretning udgøres af skattemyndighedernes agterskrivelse i Danmark.

Art. 7, stk. 3 tillader imidlertid at en kontraherende stat i dennes interne ret kan bestemme, at voldgiftsproceduren ikke kan anvendes til fravigelse af afgørelser truffet af det pågældende lands retsinstanser. Efter dansk ret, jfr. bekg. nr. 1023 af 13. december 1994 § 3, kan spørgsmål som er omfattet af konventionen, ikke behandles i et rådgivende udvalg, hvis spørgsmålet indbringes for danske domstole. Hvis yderligere korrektionen er domstolsprøvet og godkendt er der intet at forhandle om, idet Danmark hører til de stater der med hjemmel i konventionen selv ikke vil acceptere, at man ved efterfølgende administrativ procedure kan ændre en domstolsafgørelse; koncernen må derfor vælge, hvad den vil satse på: fjernelse af korrektionen via domstolsprøvelse eller en samlet international korrektion uden økonomisk dobbeltbeskatning⁵²⁵.

Efter art. 7, stk. 2 hindrer en igangsat voldgiftsprocedure ikke, at skattemyndighederne iværksætter eller fortsætter administrative procedurer med henblik på gennemførelse af administrative sanktioner, dvs. spørgsmål om straf. Den kompetente myndighed er, efter art. 8, ikke forpligtet til at indlede procedure om gensidig aftale eller nedsættelse af voldgiftsudvalg hvis der er tale om handlinger der vil kunne idømmes alvorlig straf for. De enkelte lande har i ensidige erklæringer udtalt hvad der menes hermed⁵²⁶.

Art. 9 vedrører selve *det rådgivende udvalg*. De fastslås, at udvalget foruden formanden består af to repræsentanter⁵²⁷ for hver af den pågældende kompetente myndigheder samt af et lige antal uafhængige personer, der efter fælles overenskomst eller i mangel heraf ved lodtrækning er udpeget af de pågældende kompetente myndigheder på grundlag af en i henhold til art. 9, stk. 4 særligt udpeget liste.

Der foreskrives en *oplysningspligt* efter konventionens art. 10, hvorved såvel myndighederne som selskaberne har pligt til at besvare enhver anmodning fra det rådgivende udvalg om at få forelagt oplysninger, beviser eller dokumenter. Undtagelserne til dette udgangspunkt indskrænker pligten for de kompetente myndigheder f.s.v.a. ulovlige forvaltningsakter, internretligt beskyttede oplysninger eller industrielle hemmeligheder el.lign. Der fremkommer ikke tilsvarende begrænsninger i relation til de omfattede foretagender, hvilket forekommer kuriøst med almindelige regler om dokumentationskravs udstrækning i erindring.

525. Jfr. Erik Werlauff i SU 1996.231, s. 341.

526. Jfr. Aage Michelsen i R&R 1996, nr. 7, s. 17. Der er tale om meget uensartede erklæringer. Begrebet "alvorlig straf" afgrænses for Danmarks vedkommende som straf for forsætlig overtrædelse af straffebestemmelser i straffeloven eller i særlovgivningen hvor straffesagen ikke kan afgøres administrativt.

527. Hvilket antal dog kan nedsættes til én efter aftale mellem de kompetente myndigheder.

De kompetente myndigheder der deltager i proceduren træffer ved fælles aftale på grundlag af bestemmelserne i art. 4 en *afgørelse*, som skal sikre, at dobbeltbeskatningen ophæves inden seks måneder fra den dag det rådgivende udvalg har givet sin udtalelse, jfr. art. 12, stk. 1. I den forbindelse står det myndighederne frit for at træffe en afgørelse i strid med udvalgets udtalelse, men hvis de ikke kan nå til enighed, skal de handle i overensstemmelse med udtalelsen⁵²⁸.

Endelig opfattes dobbeltbeskatningen ifølge konventionen som ophævet, jfr. art. 14 ovenfor, hvis overskuddet er medtaget i beregningen af det skattepligtige overskud i blot en stat, eller hvis den skat, som opkræves af dette overskud i en stat, nedsættes med et beløb svarende til den skat, som skal svares af det i den anden stat. Konventionen, der efter fornyelsen af virkningsperioden gælder frem til år 2005, jfr. art. 20, er ikke til hinder for overholdelse af andre konventioner med hensyn til ophævelse af dobbeltbeskatning, jfr. art. 15.

Af de ovenfor nævnte tidsfrister kan endeligt konkluderes, at der som principielt udgangspunkt er sikret koncernen en løsning på transfer pricing problemet inden for 6 år⁵²⁹. Det er kritisk blevet anført, at den betydelige skønsmargin der er blevet tillagt myndighederne i medfør af art. 6, stk. 2, kan medføre tilbageholdenhed med at indlede forhandlinger, idet et sandsynligt resultat vil være tab af skatteprovenu⁵³⁰. Fra samme sted er fristerne blevet kritiseret som værende lige lovligt lange, og muligheden for at kunne sætte sagsbehandlingen i bero er tillige blevet kritiseret. Selv med disse proceduremæssige komplikationer bliver det antaget, at konventionen er et betydeligt fremskridt i bestræbelserne på at undgå international dobbeltbeskatning.

Aage Michelsen, R&R 1996, nr. 7, s. 18, anfører ligeledes kritiske bemærkninger om Voldgiftskonventionen. Således påpeges det, at de negative sider nemt kan opfattes som skyggende for de positive sider. For det første er der henlagt for lidt kompetence til de rådgivende udvalg. Og for det andet er der for mange uafklarede spørgsmål, og det er for let for to stater at undgå voldgiftsproceduren ved at indtage modsatte standpunkter vedrørende spørgsmål, som voldgiftsudvalget ikke er kompetent til at tage stilling til. Forfatteren finder dog, at voldgiftskonventionen åbner mulighed for løsning af transfer pricing problemer,

528. Netop herved antager konventionen sin bindende karakter i modsætning til den gensidige aftaleprocedure, hvorved det rådgivende udvalg i realiteten bliver en international voldgiftsret af offentligretlig beskaffenhed, jfr. Erik Werlauff: EF-Selskabsret, 1992, s. 91 in fine.

529. Der henvises i denne forbindelse til Ria Falk anf. værk, der s. 97 opstiller en figur over det tidsmæssige aspekt af voldgiftsproceduren.

530. Jfr. Michael Meyer og Christina J. Ratray i R&R 1991, nr. 5, s. 40ff.

men at den ikke fjerner behovet for indførelse af en almindelig adgang til at få løst dobbeltbeskatningsspørgsmål ved forelæggelse af disse for et uafhængigt voldgiftsorgan.

Det er første gang et supranationalt organ skal tage stilling til konkrete *arm's length* tvister, og da Guidelines er meget generelle, vil voldgiftsudvalgene have mulighed for at yde vigtige bidrag til den konkrete anvendelse af *arm's length* normen⁵³¹. I henhold til art. 12, stk. 2, træffer de involverede myndigheder beslutning om, hvorvidt en afgørelse skal offentliggøres, og efter samme bestemmelse kan foretagenderne nedlægge forbud mod en offentliggørelse. Hvis afgørelserne skal have tilstrækkelig vejledende virkning skal de naturligvis offentliggøres⁵³².

Andre muligheder

Ud over muligheden for ophævelse af dobbeltbeskatning når denne først er opstået, findes der i forskellige jurisdiktioner muligheder for at undgå korrektive indgreb⁵³³. Der er herved tale om de såkaldte APA's (Advance Pricing Agreements) og Safe harbours. Der er ved APA's tale om forhåndsftaler om de interne afregningspriser med skattemyndighederne. Aftalerne, der indgås inden den kontrollerede transaktion, indeholder kriterier der skal bestemme prisfastsættelsen over et bestemt tidsrum⁵³⁴. OECD anbefaler brugen af disse. Det må dog antages, at muligheden for at indgå forhåndsftaler allerede i dag eksisterer. Reglerne om bindende forhåndsbesked i SKL § 20 A, indeholder for så vidt en mulighed for koncerner til at få forhåndsgodkendt de påtænkte transaktioner⁵³⁵. På den anden side vil transfer pricing aftaler ofte indebære høj detaljeringsgrad og mange talmæssige elementer, hvorfor det kunne forventes, at skattemyndighederne ikke ville indgå sådanne bindende forhåndsbeskeder⁵³⁶. Den efterfølgende mulighed for skatteyderne vil

531. Det anføres således også i Skatteretten 2, s. 462, at konventionen har endnu ikke resulteret i konkrete afgørelser, men at der dog ingen tvivl er om, at de fremtidige afgørelser vil udgøre meget væsentlige internationale præjudikater til forståelse og anvendelse af transfer pricing-princippet. Her overfor anfører Aage Michelsen a.st., at det nok må antages, at offentliggjorte udtalelser fra de rådgivende udvalg kan få betydning ved anvendelse af den gensidige aftaleprocedure i art. 25 i dobbeltbeskatningsaftalerne og for fremtidige voldgiftsudvalg. Men at retskildeværdien af udtalelser fra voldgiftsudvalg over for Landsskatteretten og Domstolene må derimod anses for meget beskedent.

532. Se herom Søren Næsborg Jensen i SU 1995.90.

533. Under afsnittet "Administrative approaches" i Guidelines introduceres tillige nogle retlige instrumenter til styringen af transfer pricing problemer. Ingen af disse må antages at kunne få stor effekt på den fremtidige retstilstand, idet der om end i anden forklædning allerede i vid udstrækning eksisterer lignende retsinstitutter i intern dansk ret.

da blot være at få en aftale i stand med myndighederne, og efterfølgende søge denne opretholdt ud fra almindelige forvaltningsretlige forventningsprincipper⁵³⁷.

Safe harbours er en på forhånd fastsat administrativ retningslinie hvorefter koncernerne ved hvordan det er tilladt at kontrahere. Det er karakteristisk, at der er fastlagt intervaller indenfor hvilke skatteydere, ved at holde sig inden for disse rammer, kan sikre sig at skattemyndighederne ikke intervenserer. Begrebet skal ikke undersøges yderligere idet OECD direkte fraråder brug af sådanne arrangementer, jfr. Guidelines s.IV.33. Dog har vi dog i Danmark nogle retsinstitutter der i funktion minder væsentligt om sådanne *safe harbours*. Der tænkes i denne forbindelse specielt på den gængse 15% regel vedrørende fast ejendom⁵³⁸ i det før-omtalte dødsbocirkulære, jfr. cirkulærets pkt. 6. Yderligere kan identificeres en regel med sigte på låneforhold mellem interesseforbundne parter, jfr. det ophævede SD-cirkulære 1978-31. Efter denne regel, der tidligere havde karakter af skreven ret og nu nærmere af en standard baseret på praksis⁵³⁹, accepteres låneforhold hvis det fastsatte renteniveau tilsvare Nationalbankens diskonto på gældsstiftelsestidspunktet +/-4%.

534. Flere lande har regler herom. I USA, har der siden 1990 været en sådan mulighed for indgåelse af forhåndsftaler med IRS. Der er tale om en flerårig bindende forhåndsbesked om metoder og principper for den koncerninterne prisfastsættelse indenfor rammerne af IRC Sec. 482, typisk for 3 år. Der har også i USA i nogle tilfælde været forhandlet bi- eller multilaterale aftaler for de store koncerner. Der findes ligeledes indbygget *safe harbours* i det amerikanske transfer pricing regelskema. Det bør hertil også erindres, at der gælder omfattende dokumentationskrav, omvendt bevisbyrde og mulighed for ifaldelse af store bøder (20-40% af skatteforhøjelsen). For en beskrivelse af amerikanske transfer pricing regler kan henvises til US final Transfer Pricing Regulations – The New Approach to Transfer Pricing – A Challenge for Multinational Business, 1994, forfatter unavngivet og sine loco, Claus Engelsted i SR-skat, 1994.465, Jan Pedersen i SU 1993.278, Jens Wittendorf og Guillermo Campos i SU 1995.129 og Guillermo Campos i BIFD 1996.212 med en komparativ oversigt over samtlige OECD medlemslande, samt endelig Ria Falk: Transfer pricing, 1997, s. 130ff.

535. Jfr. Ria Falk: Transfer pricing, 1997, s. 87, hvor det ligeledes anføres, at muligheden ikke endnu har været afprøvet, og at dette nok skyldes den hidtil relativt beskedne fokus på transfer pricing problematikken fra de danske skattemyndigheders side.

536. Skattemyndighederne er klar over OECD's anbefaling af APA's, hvilket fremkommer på s. 11 i bemærkningerne til L 84, heraf fremkommer ligeledes den just skitserede principielle mulighed for brugen af bindende forhåndsbeskeder, slutningerne tilsvare mine.

537. Muligheden er dog indtil videre omtvistet.

538. For praktisk anvendelse af denne regel kan eksempelvis henvises til den righoldige praksis vedrørende maskeret udbytte.

Opsamling

Om de eksisterende muligheder for opnåelse af skatteneutralitet, kan det konstateres, at disse er principielt virksomme, og om end behæftet med begrænsninger, så et egentligt tiltag til sikring heraf. Det er ganske vanskeligt at vurdere, hvorvidt den således konstaterede skatteneutralitetsmulighed også har denne virkning i praksis. Forholdet er nemlig det, at der yderst sjældent offentliggøres noget herom. Interne aftaler mellem landenes skattemyndigheder er der ikke just tradition for at delagiggøre offentligheden i⁵⁴⁰, og mig bekendt er EU-Voldgiftskonventionen endnu ikke blevet afprøvet i praksis⁵⁴¹. Af disse årsager kan jeg slutte, at den eksisterende skatteneutralitet efter teoretiske overvejelser er begrænset i betænkeligt omfang, men samtidig, at det ikke ganske klart er muligt at ytre sig herom, før praktiske erfaringer foreligger og er tilgængelige. Min samlede vurdering er derfor den forsigtige, at der på dette område er tale om begrænsede muligheder for opnåelse af en skateneutral behandling af grænseoverskridende koncerner.

2.4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Det er fremhævet, at der i USA er vidtstrakt korrektionsadgang i transfer pricing sager og at der er foretaget flere skærpende tiltag gennem de seneste år. Herved bliver muligheder for ophævelse af dobbeltbeskatning essentielle. I stil med det i OECD regi kendte princip om korresponderende reguleringer og gensidig aftaleprocedure, findes der i USM-DBO art. 9(2) og art. 25 bestemmelser af tilsvarende karakter. Mulighederne og i særdeleshed begrænsningerne som fremhævet ovenfor kan gøres gældende med tilsvarende styrke i denne relation⁵⁴². Det bør dog bemærkes, at de amerikanske myndigheder har udvidet art. 25, så den blandt andet muliggør bi- og multilaterale advance pricing agreements (APA's), samt at flere ældre DBO'er indeholder "arbitration clauses", hvormed konflikten kan henlægges til et ADR-forum (Alternative Dispute Resolution). Dog gælder dette sidste også kun hvor der er enighed mellem de implicerede staters kompetente myndigheder. Dermed kun-

539. *Erna Christensen m.fl.* giver i Selskabsbeskatning, 1996, s. 348 udtryk for, at ophævelsen var en decideret fejl, når den fortsatte praksis og Ligningsvejledningens ord tages i betragtning.

540. *Ria Falk* har gennem telefonisk interview med Ole Kjær fra Told- & Skattestyrelsen kunne konstatere, at Danmark normalt indrømmer korresponderende regulering i situationer hvor der opstod dobbeltbeskatning, jfr. Transfer pricing, 1997, s. 90f.

541. Det ville da også blive ganske spændende at se om dette i det hele taget ville komme til at ske inden den oprindelige udløbsdato i år 2000. Dog er EU's Finansministre som nævnt blevet enige om at forlænge konventionen med mindst 5 år.

542. *Joseph C. Amico*: Introduction to the US Income Tax System, 1993, s. 202.

ne det ytres, at såvel en strengere transfer pricing regulering og kun delvis besiddelse af tilsvarende retsinstitutter til ophævelse af dobbeltbeskatningen medfører et samlet set ringere skatteklima. Dog er situationen den, at der benyttes nogle metoder der har smidiggørende effekt. Som nævnt benyttes APA's, hvilke har karakter af en bindende forhåndsaftale med IRS om prisfastsættelsen af koncerninterne transaktioner⁵⁴³. Aftalerne er typisk gældende for 3 år ad gangen. Udgangspunktet for aftalerne er en omfattende godkendelsesprocedure der begynder med en anmodning med behørig dokumentation og efterfulgt af uddybende redegørelser, uafhængige ekspertundersøgelser mv.⁵⁴⁴.

Yderligere findes der mulighed for visse mindre koncerner for at benytte de såkaldte "safe harbours", hvor prisfastsættelsen skal holde sig indenfor visse på forhånd fastsatte grænser.

En mulig slutning heraf er, at nok lader det teoretiske fundament til ophævelse at være mindre vægtigt når dette sammenholdes med de kvalificerede korrektionsmuligheder og dokumentationskrav. Dog lader det til, at der alligevel gennem bl.a. APA's er skabt praktikable løsninger.

3. Underskudsgivende drift

3.1. *Muligheder for underskudsoverførsel (carry over)*

3.1.1. *Ratio legis – almindeligt led*

I tråd med globalindkomstprincippet, kan underskud⁵⁴⁵ ved filialer i udlandet opgjort efter danske regler modregnes i indkomst fra Danmark. Dette gælder, selv om positiv indkomst fra samme indkomstkilde efter overenskomsten skulle være beskattet i det andet land (kildelandet)⁵⁴⁶. Mest bemærkelsesværdigt er, at også underskud fra datterselskaber i udlandet kan modregnes i overskud i et moderselskab som datterselskaberne er sambeskattede med, jfr. herom afsnittet nedenfor. Noget andet er, hvordan underskuddet i det enkelte selskab behandles og hvor længe dette kan "benyttes" i skattemæssig sammenhæng. Når der opstår underskud i et selskab, er det vigtigt, at der er mulighed for skattemæssigt at overføre dette underskud til modregning i enten fremtidige indtægter (carry forward) eller allerede erlagte skatter (carry back), med tilbagebetaling til følge. Når der skal findes en hjemmel her til må vi kigge forgæves i dobbeltbeskatningsaftalerne. Formålet med disse er jo blandt andet ophævelsen af dobbeltbeskatning, hvorfor de

543. Aftalerne har været hjemlet i de til Sec. 482 hørende Regulations siden 1990.

544. Jfr. *Paul R. McDaniel & Hugh J. Ault*: Introduction to United States International Taxation, 1998, s. 152 og *Ria Falk*: Transfer Pricing, 1997, s. 133.

ikke regulerer underskudssituationen. Problemet må derfor løses med udspring i unilateral og supranational normering. Indtil videre findes der danske regler i LL § 15 og et direktivforslag fra 1984 der søger at normere området. Reglerne om carry over er ikke specifikt koncernrelaterede, endda vil det ofte være således, at koncerner ikke uden for sambeskatning kan benytte andre koncernselskabers underskud. Yderligere er den gældende regulering karakteriseret ved at gælde for alle skatte-subjekter, og altså ikke er koncernspecifik. Gode carry over muligheder kan ej heller antages, at være udtryk for skatteneutralitet, men snarere udtryk for fleksibilitet i skattesystemet. Dette antages at udgøre reguleringens ratio. Men i og med, at koncernerne ved brug af sådanne muligheder stilles godt i den internationale konkurrence, og reglerne er således udformet, at der ikke heri ligger incitament til den ene organisationsform frem for den anden, kan der alligevel siges at være sneget et element af neutralitet ind ad bagdøren, men dog på ingen måde som et udslag af enhedsteorien. Grundet disse kvaliteter føres afhandlingens struktur videre.

3.1.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

Det rent danske retsgrundlag til underskudsoverførsel for selskaber findes i LL § 15⁵⁴⁷. Som hovedregel fremgår det af LL § 15, stk. 1, at der

545. Det omhandlede skattemæssige underskud må ikke forveksles med det regnskabsmæssige underskud. Skattemæssige underskud bør opfattes som et aktiv snarere end en katastrofe, når blot man benytter de rigtige strategier. Et almindeligt godt planlægningsråd i forbindelse med skattemæssigt underskud er, at gemme sine skattemæssige afskrivninger til senere indkomstår, således, at underskuddet kan benyttes og ikke falder for gældende forældelseskriterier. I den internationale skatteret omtales ofte flere forskellige tabsudnyttelsesstrategier; udskydelse af udgifter (herunder det nævnte eksempel om undladt afskrivning og aktivering og afskrivning af F&U omkostninger), fremskyndelse af fortjenester/indkomster (fornyelse af underskud- herunder salg af aktiver, virksomhedssalg, finansielle produkter og sale and lease back arrangementer), sambeskatning, fusion, overdragelse af overskudsgivende virksomhed, dual residence/hybrid enhed (specielt mellem USA og UK hvor der kunne være dobbeltfradrag ved forskellig kvalifikation af virksomheden som hhv. selskab og filial), overførsel af aktier i profitvirksomhed til tabsvirksomhed så man kan opsuge fremtidige udbytter med tab, øge ejerandel i tabsgivende virksomhed og endelig brug/misbrug af transfer pricing. Disse strategier er blot skitseret som eksempler der eksisterer i international sammenhæng, men har ikke taget højde for gældende danske skatteregler. Flere af underskududnyttelsesstrategierne er gennemgået af *Jo Ann Catalano, Ines Maly & Herbert Reichsoellner: Planning Opportunities Through Loss Utilization Strategies i World Tax News, May 1995, s. 1ff.*

546. Herom *Aage Michelsen: International skatteret, 1996, s. 261f.*

gælder en 5-årig fremførelsesmulighed, hvorved skattesubjektet kan fradrage underskuddet i de nærmeste fem indkomstår⁵⁴⁸. Men som tilfældet oftest er, følges dette udgangspunkt, af talrige undtagelser. Således foreskrives afvigelser fra tilladt underskudsoverførsel i stykkerne 2-12. I §§ 15, stk. 2-5 findes der særlige regler om begrænsning af adgangen til at fremføre underskud ved gældseftergivelse, gældskonvertering og rekonstruktion af selskaber. LL §§ 15, stk. 7-12 indeholder regler om begrænsning af adgangen til underskudsfræførsel i de såkaldte underskudsselskaber⁵⁴⁹. I korte træk skal der i det følgende gives et overblik over fradragsbegrænsningsreglerne. I henhold til § 15, stk. 2, nedsættes § 15, stk. 1, underskuddet ved tvangsakkord med akkordfordelen⁵⁵⁰. Tilsvarende gælder for frivillig akkord⁵⁵¹. Ligeledes af stk. 2 fremgår det, at med gældsnedsettelse sidestilles med hel eller delvis konvertering af gælden til aktier eller konvertible obligationer. Underskuddet skal i disse tilfælde nedsættes med det beløb, hvormed den konverterede fordrings pålydende overstiger fordringens kursværdi på konverteringstidspunktet⁵⁵². I LL §§ 15, stk. 4 og 5 er der indsat bestemmelser, hvorefter der også skal ske underskudsnedsettelse i de situationer, hvor der sker hel eller delvis indfrielse af fordringen, men hvor dette sker i

547. Reglerne herom for personer findes nu i PSL §§ 13 og 13 a og VSL § 13, jfr. LL § 15, stk. 6. For en generel indføring i de danske underskudsfræførselsregler for selskaber henvises til LV 1997 S.C.1.2.2.8., *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 674, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 1995, s. 414ff og *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 488ff.

548. Allerede i samme stykke rummes en begrænsning i fræførselsadgangen, nemlig derved, at fradraget inden for perioden kun kan overføres til et senere indkomstår, såfremt det ikke kan rummes i et tidligere års skattepligtige indkomst (underskuddet skal bruges så snart det kan).

549. Hvorved forstås selskaber, der helt eller delvis sælges til en ny ejerkreds. Reglerne herom har adskillige gange været genstand for udvidet lovregulering. Således blev der ved lov nr. 837 af 18.2. 1987, lov nr. 425 af 25.6. 1993, lov nr. 412 af 14.6. 1995 og endelig lov nr. 399 af 22.5 1996 fortaget begrænsninger. Se hertil Cirk. nr. 26 af 5.2. 1996.

550. Forstået som det pålydende nedsettelsesbeløb, uanset hvad dettes kursværdi er. Reglerne i stk. 2-4 skal ses i sammenhæng med særreglerne i KGL § 24 om skattefritagelse for gevinst på gæld ved gældseftergivelse, som et selskab opnår som led i en tvangsakkord eller frivillig akkord, jfr. LV. 1997. S.C.1.2.2.8. Det er blevet præciseret, at underskudsbegrænsningen skal nedsættes med det beløb, som debitor selskabet ikke skal medregne ved indkomstopgørelsen efter koncernreglen i KGL § 8.

551. Hvis det selskab der opnår en akkord, er sambeskattet med andre selskaber, er det alene underskuddet i det selskab, der er omfattet af akkorden der nedsættes. Akkorden påvirker ikke selve muligheden for at overføre underskuddet til fradrag i et sambeskattet selskab. I akkordåret nedsættes årets overskud dog inden det kan overføres til fradrag hos andre selskaber.

forbindelse med, at fordringens kreditor foretager kapitalindskud i selskabet, dvs. hvor der er tæt sammenhæng mellem kapitalindskuddet og gældens indfrielse⁵⁵³. Bestemmelsen finder kun anvendelse hvor der foreligger en samlet ordning med kreditorerne.

Der er ligeledes foretaget begrænsninger i underskudsforeførselsretten for kapitalindtægter, leasingindtægter og tomme selskaber. Ved salg af underskudsselskaber⁵⁵⁴ kan der sondres mellem to situationer, nemlig hvor selskabet er tomt og situationen hvor selskabet ikke er tomt⁵⁵⁵. En betingelse for begrænsningernes virken er, at der skal være sket en væsentlig ændring i aktionærkredsen. Herom bestemmer stk. 7, at såfremt mere end 50% af aktiekapitalen eller stemmевærdien i et selskab ved indkomstårets udløb ejes af andre aktionærer end ved begyndelsen af et tidligere indkomstår, hvori den skattepligtige indkomst viste underskud, er der sket en ændring i ejerforhold omfattet af loven. Når selskabet ikke er tomt og skifter ejerkreds gælder det efter LL § 15, stk. 7, modsætningsvis at underskuddet ikke forsvinder, men kan bruges til modregning i almindelig erhvervsindtægt. Således foreskrives underskudsfortabelse såfremt der indtjenes kapitalindtægter⁵⁵⁶ eller leasingydelse. Undtaget fra begrænsningsregler er børsnoterede selskaber (stk. 9), generationsskifte (stk. 9) og pengeinstitutter mv. (stk. 12). Når der

552. I TfS 1995.766 og TfS 1997.222 gennemgår *Jan Børjesson og Ulrik Fleischer-Michaelsen* nogle måder hvorpå underskudsreduktion kan undgås ved gældskonvertering. Anbefalingerne er i korte træk som følger; rekonstruktivering af selskabers forhold bør klares medens selskabet er solvent, idet underskudsreduktionen kun bliver aktuel når fordringens værdi er mindre end dens pålydende. Herved følger, at der ikke opstår skattepligt, at der ikke sker reduktion i § 15-underskuddet og at aktietegneren opnår fuld værdi på aktiernes anskaffelsessum. Som en yderligere mulighed anbefales, at holde værdien af den indfrie fordring til pari, enten ved andre fordringers tilbagetræden herfor eller sikkerhedsstillelse for den. Heraf kan sluttes, at det ikke skorter på muligheder for at undgå fortabelse af fremførselsberettiget underskud.

553. Situationen var tidligere efter praksis, at maskerede gældskonverteringer ikke begrænsede underskudsforeførselsretten. Denne praksis blev kritiseret af *Erik Werlauff* i UfR 1994B. 11 og er altså nu ved lov. nr. 412 af 14.6. 1995 blevet ændret til det nævnte, jfr. stk. 4 og 5. Ad kuriosum kan bemærkes, at *Niels Ørgaard* stillede sig kritisk over for visse af forfatterens konklusioner, jfr. UfR 1994B. 211.

554. Se herom *Jens Laursen* i R&R 1995/10, s. 47ff.

555. Hvilket betyder med- eller uden risiko ved erhvervsmæssig aktivitet, afgrænsningen foretages ad modum SEL § 33 A, stk. 3, jfr. herom Cirk. nr. 233 af 19.12. 1996 om afgrænsning af "tomme" selskaber og underskudsmodregning ved skattefri fusion mv.

556. Ordet nettokapitalindtægter benyttes i loven, begrebet defineres i stk. 8 som renter, kursgevinster, udbytter, aktieavancer- eller tab eller provisioner omfattet af LL § 8, stk. 3.

derimod foreligger et tomt selskab⁵⁵⁷, er der ikke muligheder for at benytte underskuddet i hverken "rigtige" erhvervsindtægter eller kapitalindtægter, jfr. § 15, stk. 7⁵⁵⁸. Undtaget herfra er udelukkende børsnoterede selskaber (stk. 9) og generationsskifte (stadig stk. 9) men ikke som ovenfor finansvirksomheder⁵⁵⁹.

Der findes en særregel i LL § 15, stk. 10 om underskud i et moderselskabs datterselskab. I denne situation anses ikke moderselskabet, men dettes aktionærer for at eje aktier i datterselskabet efter deres forholdsmæssige andel af moderselskabets aktiekapital. Moderselskabet anses således for transparent (heraf tilnavnet "transparensreglen"). Bestemmelsen medfører, at overdragelse af aktier i en koncerns moderselskab kan resultere i underskudsfremførselsbegrænsning i samtlige selskaber omfattet af koncernen⁵⁶⁰.

I dansk ret er tilbageførsel af underskud et ukendt fænomen og tilsyneladende ikke egnet til det politiske klima i Danmark⁵⁶¹. Men der findes flere steder i verden og Europa sådanne muligheder dog sjældent udstrakt til mere end 3 år tilbage i tiden.

På supranationalt plan er der derimod ganske vidtgående planer (desværre stadig kun planer). Der foreligger et direktivudkast fra 1984 som ændret i 1985⁵⁶². Dette direktiv er karakteristisk ved, at være meget liberalt udformet. Men inden jeg begiver mig i kast med det materielle indhold heraf, bør det påpeges, at direktivet repræsenterer en harmoniseringsstrategi, der ikke længere er tidssvarende. Kommissionen har simpelthen forladt den tankegang der ligger til grund for udkastet hvilket kommer til udtryk i præamblen⁵⁶³. Jeg vil følgelig ikke ofre præamb-

557. Hvornår et selskab anses for tomt eller ikke, er blevet præciseret i stk. 7 hvoraf det fremgår hvornår det er tomt uden væsentlig erhvervsmæssig aktivitet. Således er det ikke tomt såfremt der er tale om et moderselskab (med ejerandel på mindst 25%) og datterselskabet har aktivitet.

558. Der er tale om en yderligere skærpelse af værnreglerne.

559. Det har ej heller været meningen, at lukke for mulighederne for brug af skuffeselskaber, hvorfor der i LL § 15, stk. 7, 4. pkt. er indsat undtagelse herom.

560. Påtænkes fusion bør opmærksomheden rettes mod særreglerne herom i FUL §§ 8, stk. 6 og 7. Det vil også ses af reglerne, at de ikke forhindrer koncerntern omstrukturering, idet man meget vel kan overdrage et underskudsgivende selskab til et søsterselskab, såfremt ejerkredsen efterfølgende er den samme, jfr. *Erik Werlauff: Selskabsskatteret*, 1994. s. 496.

561. Der har tidligere været fremsat lovforslag herom, L 30, Folketingsåret 1974-75, 2. samling, fremsat den 28.1. 1975 af daværende Finansminister, samt et privat lovforslag i 1983 af Fremskridtspartiet.

lens ytringer megen tid, og det må da også forventes, at der skulle foretages de fornødne justeringer heri, såfremt direktivet endeligt vedtages.

Af art. 1, stk. 1 fremgår det, at direktivet ikke er begrænset i sit *anvendelsesområde*. Således foreskrives den eneste begrænsning til at være virksomheder der nationalt er omfattet af regnskabspligt, indeholdene status og resultatopgørelse⁵⁶⁴. Af stk. 2 fremgår det, *hvilke skatter* direktivet omfatter, hvilke i Danmark er indkomstskat til staten, selskabsskat, kommunal indkomstskat og amtskommunal indkomstskat. Herved ses igen et væsentligt bredere sigte end de eksisterende selskabsskattedirektiver.

Art. 2 foretager de fornødne *definitioner*. Således defineres over- og underskud i den nævnte artikel som følgende: »*For the purpose of this Directive, profit or loss of a financial year shall mean the positive or negative results of an undertaking ascertained, after any possible set-off against other income or against results recorded abroad by permanent establishments of subsidiaries, in accordance with the tax laws of the State in which it is subject to tax.*»⁵⁶⁵

562. COM (84) 404 final, Amendments submitte on 25 June 1985 (OJ No. C. 170, 9.7.5, s. 3.) on the harmonization of the laws of the Member States relating to tax arrangements for the carry-over of losses of undertakings (idet følgende benævnt *underskudsoverførselsdirektivet*) Jeg har benyttet mig af den engelske version, idet det er påvist af Søren Næsborg Jensen, at der er fejl i den danske tekst. Det engelsksprogede udkast indeholder dog også en forglemmelse efter ændringen i 1985 idet man har undladt, at ændre tallet 2 til 3 i præambelens 5. betragtning. Udkastet, der søger hjemmel i TEF art. 100, er kommenteret af Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 249ff og af Erik Werlauff i EF-Selskabsret, s. 92f og samme i Selskabsskatteret, 1994, s. 492f. Det var ligeledes en af Ruding udvalgets anbefalinger, at det foreliggende udkast skulle gennemføres i foreliggende skikkelse, jfr. herom rapportens s. 216.

563. Udkastet ligger i tråd med det nu tilbagetrukne forslag fra 1975 om opgørelse af selskabsindkomsten, og tilsvarende baseret på den antagelse, at harmonisering af opgørelsesmetoderne og dermed de materielle selskabsskatteregler var nødvendige for at tilfredsstille det indre markeds funktion. Som bekendt er denne strategi afløst af en mere tilbageholdende strategi hvor man søger at eliminere de væsentligste forstyrrelser i fællesmarkedets funktion. Dog har Kommissionen flere gange ytret, at direktivet tilrådes tiltrådt, jfr. eksempelvis KOM (90) 595 endelig udg., pkt. 11 og i SEK (92) 1118. Af denne årsag er medtagelsen fuldt forsvarlig, og indholdet stadig udtryk for aktuelle fremtidsvisioner.

564. Hvilket typisk kan udeholde visse mindre virksomheder. Dog er alle virksomheder modsætningsvis omfattet, hvis de opfylder kravene til organisationsform og regnskabspligt. Det ses, at der lægges vægt på ganske andre kriterier end hidtil set i forbindelse med den direkte beskatning. Baggrunden herfor er ikke ganske klar, men det kan antages, at man har villet dække så mange virksomheder som muligt, således at så mange erhvervsdrivende som muligt får glæde heraf. Synspunktet harmonerer med præambelens betragtninger.

I art. 3 normeres de valgfrie muligheder der skal eksistere for underskudsoverførsel. Stykke 1, første tankestreg foreskriver hertil, at der skal indføres mulighed for tilbageførsel af underskuddet til modregning i de foregående 3 år i kronologisk rækkefølge uanset skattebetalingens endelighed og retskraftighed⁵⁶⁶. Anden tankestreg foreskriver tidsubegrænset carry forward, idet der blot står skrevet "*i de følgende år i kronologisk rækkefølge*". Ved denne bestemmelse kan der konstateres en yderligere afvigelse fra de gennemgåede danske regler, nemlig derved, at underskuddet må antages at kunne gemmes, således at man i efterfølgende indkomstår med overskud ikke nødtvungen skal gennemføre modregning, men faktisk kan springe over indtil det findes fordelagtigt at modregnes. Bemærkes bør det dog, at så snart modregningerne er gået i gang, skal man fortsætte i kronologisk rækkefølge. Art. 3, stk. 1, 2. pkt. foreskriver, at virksomheden kan undlade at fradrage underskuddet i overskud, der ikke er blevet beskattet i den medlemsstat, hvor virksomheden beskattes, eller som er blevet beskattet med en reduceret sats. I art. 3, stk. 2 fremkommer det fornuftigt nok, at der ikke skal gives i både pose og sæk. Tilbagebetaling (i forbindelse med carry back) ved underskud der modregnes i overskud som er (credit)lempelsesberettiget, skal begrænses med creditlempelsen. Dette kommer dog kun på tale såfremt der ikke tilsvarende creditlempelsen er betalt en kompenserende skat, hvorved fremkommer at det kun er et nettogodtgørelseskrav som medlemsstaterne kan modregne i tilbagebetalingskravet. Stk. 3 tvinger medlemsstater, der beskatter forskellige typer profit med forskellige skattesatser, til at tillade fradragsret i andre indkomsttyper, hvis der findes nationale regler der forhindrer tabet i modregning i samme eller tilsvarende indkomstarter inden de næstfølgende 5 indkomstår⁵⁶⁷. Art. 4 indeholder efter samme mønster som de vedtagne direktiver en antimisbrugs- og udnyttelsesbestemmelse.

565. Søren Næsborg Jensen op.cit. rejser nogle fortolkningsmæssige problemer hertil. Der kunne stilles spørgsmål om hvorvidt definitionen udelukkende dækker hjemstedstaten eller om den tillige dækker de stater hvor virksomheden er begrænset skattepligtig. Analysen a. st. viser, at begge tilfælde dækkes af direktivet. Dog er det ingenlunde altid tilfældet, at et begrænset skattepligtigt foretagende skal aflægge årsregnskab, hvorved virksomheden ikke opfylder direktivets betingelser i art. 1 (det lægges herved til grund, at regnskabet skal udarbejdes i den stat hvor underskudsoverførslen ønskes foretaget) – dette er dog tilfældet efter dansk ret, jfr. SKL § 3, stk. 1-3. Andre problemer opstår i forbindelse med dobbeltdomicil, men sådanne problemer løses sædvanligvis af OECD's MDBO art. 4, stk. 2 og 3.

566. Efter sidste pkt. kan underskuddet overføres til modregning i fremtidige overskud hvis det antager en størrelse der overstiger tidligere opnåede overskud.

567. Herved sikres, at virksomheder ikke skal vente meget lang tid før modregning kan finde sted.

Således fastslået, kan retsgrundlaget siges, at variere meget efter sit indhold. Unilaterale regler har begrænset gunstighed tilknyttet sig, modsat tilfældet på det supranationale plan. Her sås betydelige muligheder for erhvervsvirksomheder (i almindelighed) til at udnytte underskud i skattemæssig sammenhæng. Muligheder for carry back er i særdeleshed udtryk for gode muligheder idet dette jo indebærer en tilbagebetaling af tidligere betalte skatter, og dermed kan betyde en væsentlig likviditetsmæssig forbedring for mange virksomheder. Noget egentligt udslag af skatteneutralitet fandtes ikke tilstedeværende, snarere er reglerne udslag af ønsker om forbedret international konkurrenceevne og fleksibilitet i skattesystemet. Bidraget til en samlet skatteneutral behandling af internationale koncerner er følgelig af begrænset omfang. Dog er reglerne af ganske stor vigtighed for koncernerne, givet den ulykkelige omstændighed, at disse skulle have underskud.

3.1.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

De amerikanske underskudsoverførselsmuligheder er ganske gode. Således eksisterer der mulighed for carry back i op til 2 år og mulighed for carry forward i op til 20 år⁵⁶⁸. Det er kun "*net operating losses – NOL*" der kan overføres, og dette begreb er defineret i Sec. 172. Det fremgår af Sec. 172, at carry forwards skal benyttes før carry backs. Der findes dog flere begrænsninger for bl.a. overtagelse af underskudsselskaber som også tilfældet er det i Danmark. Der benyttes også i USA en test omkring væsentlige ændringer i ejerkredsen til at bestemme, hvorvidt der skal indfinde sig begrænsninger i adgangen til at benytte præeksisterende underskud. Det samme gør sig gældende efter Sec. 382 for visse aktieoverdragelser i forbindelse med reorganiseringer⁵⁶⁹. Endelig findes der visse begrænsninger i Sec. 383 om andre skatteegenskaber så som overskydende credits og kapitaltab.

3.2. Muligheder for underskudsmedregning⁵⁷⁰

3.2.1. Ratio legis – almindeligt led

I det følgende undersøges beskatningsituationen vedrørende medregning af underskud ved filialer eller datterselskaber i en anden stat. Der

568. Jfr. for begge Sec. 172.

569. Se for eksempel *Stephen A. Lind et al*, op.cit. kap. 12 hvilket er et helt kapitel om begrænsningerne i carryovers.

570. Se den generelle beskrivelse og analyse i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXIVb, 1979. Hvor temaet for IFA's konference i København var underskudsmedregningsmuligheder i den internationale skatteret. Det danske sambeskatningsinstitut fremhæves gentagne gange som noget af det bedst eksisterende. Yderligere A. H. Coumans & E.M. Fredriks i *Intertax* 1990.447.

findes ikke i den bi- og/eller multilaterale normering tiltag der vedrører fradragsmulighederne ved underskud ved virksomhed i udlandet. Dette er begrundelsen for så vidt angår filialer, mens begrundelsen for datterselskaber er, at der ved organisering på denne led ikke kan opstå international juridisk dobbeltbeskatning, simpelthen fordi der herved er tale om to selvstændige juridiske personer⁵⁷¹. Supranationalt findes et direktivudkast fra 1990, hvilket skal gennemgås og sammenholdes med den allerede eksisterende unilaterale regulering. Ud over dette er der ikke gjort tiltag i den internationale skatteret, hvorved løsningen bliver afhængig af nationale regler.

Underskudsmedregning er udtryk for skatteneutralitet (men ikke rendyrket enhedsteori) idet transaktionen har den virkning, at koncernen tillades at bortse fra det faktum at virksomheden udøves i selvstændige retssubjekter og herved at foretage en samlet skattebetaling efter modregning af den underskudsgivende aktivitet. Dette vil som udgangspunkt tilsvare en sidestillelse af datterselskaber med filialer, men som det vil fremgå, gælder der væsentlige begrænsninger i også filialers medregningsmuligheder. Yderligere kan det postuleres, at lovgiver (trods modsatrettede intentioner) ikke har formålet at skabe neutralitet mellem de to virksomhedsformer, idet man simpelthen har gjort det disfavorabelt at have et sambeskattet datterselskab i en exemptionsstat, jfr. LL § 33, stk. 6⁵⁷².

I relation til faste driftssteder (filialer) er udgangspunktet klart; underskud kan medregnes i den danske indkomstopgørelse, jfr. globalindkomstprincippet i SL § 4⁵⁷³. En filial opfattes som en del af det danske

571. Som bekendt tager DBO'er ikke sigte på ophævelse af dobbeltbeskatning i denne situation ud over hvad der gælder efter art. 9, stk. 2. Danmark er herved ikke bundet af folkeretlige forpligtelser når der skal findes metoder til lempelse af dobbeltbeskatningen i sambeskatningsindkomsten.

572. Efter hidtidig dansk praksis anvendtes metodebestemmelsen i Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende land for så vidt angik faste driftssteder, når der skulle lempes for udenlandsk beskatning af udenlandske selskaber inddraget under sambeskatningen. Der kan til ændringen rejses det spørgsmål om dette ikke er udtryk for treaty overriding, på denne måde ganske at bortse fra eksisterende exemptionstraktater i visse henseender. *Erik Werlauff* indikerer en sådan opfattelse, jfr. de nævnte værker passim samt mere kompromisløst i SU 1996.321, s. 337 og 339, men derimod er *J.O. Engholm Jacobsen* af en modsat opfattelse allerede fordi sambeskatningen er frivillig, og § 33, stk. 6 er et vilkår for en valgt og gunstig beskatingsposition og moderselskaber derfor ikke kan påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået med datterselskabets hjemland, jfr. Selskabsskattebogen med kommentarer, 1997, s. 397-398 med note 78 og 80.

hovedselskab, hvorved der bliver fradrag for underskuddet i den danske indkomstopgørelse⁵⁷⁴. Udenlandske filialer skal derfor som udgangspunkt behandles som indenlandske filialer. Det er dog helt op til reglerne i filialstaten, at bestemme hvor meget der skal betales i skat i netop den stat. Spørgsmålet er afhængigt af eksisterende carry over muligheder. Der eksisterer ingen tidsmæssig grænse for hvor længe det danske selskab kan operere med underskud i én eller flere udenlandske filialer, men der udløses herved selvsagt ej heller udlandslempelse eller traktatbaseret lempelse, idet udlandsindkomstens brøkdel af globalindkomsten jo er nul i begge tilfælde. Baggrunden for denne regulering har dog ikke et neutralitetssigte, idet der blot er tale om en konsekvens af globalindkomstprincippet.

Ved drift af virksomhed i udlandet organiseret som et datterselskab, gælder det helt klare udgangspunkt, at datterselskabet er en selvstændig retsenhed og et selvstændigt skattesubjekt. Imidlertid findes der i dansk ret en mulighed for sambehandling af koncernselskaber gennem sambeskatning. Mulighederne for underskudsmedregning i udenlandske datterselskaber skal findes i dette retsinstitut, og det kan endda postuleres, at denne mulighed udgør hovedincitamentet til reglernes anvendelse. Indledningsvis kan det fremhæves, at sambeskatning i Danmark har historiske aner. Således var princippet anerkendt i administrativ- og retspraksis meget tidligt i dette århundrede⁵⁷⁵. Først med SEL af 1960 fik vi en lovfæstet mulighed herfor i SEL § 31, hvor også hovedbestemmelsen findes i dag⁵⁷⁶. Gældende ret om sambeskatning fremkommer dog i samspil med det såkaldte sambeskatningscirkulære – senest TS-cirkulære 1998-40 om sambeskatning af selskaber m.v. – sammenholdt med flere af de begrænsningsregler der findes rundt om i særlovgivningen, særligt i LL.

Formålet med sambeskatningsregler lader ikke sig ganske let beskrive, idet der ikke findes et formelt erklæret formål med reglerne. Men det

573. Hvilket gælder i såvel overskuds- som ved underskudssituationer.

574. Selvom alle EU-medlemsstaterne giver sådanne muligheder nationalt er det kun ganske få der har et sådant system på tværs af grænserne, jfr. hertil bilag 3 i *Bulletin Supplement* 4/91, s. 15.

575. Jfr. herom analysen hos *Susanne Pedersen*: Sambeskatning i koncernforhold, 1995, s. 11-75 og *Søren Friis Hansen*: Europæisk koncernret, 1996, s. 343ff, hvor der fremhæves retspraksis fra bl.a. UfR 1914.379 H og UfR 1922.728 H hvor sambehandling blev anerkendt. Forfatterne fremhæver, at disse tidligste domme var inspireret af den tyske Einheitstheorie, hvorefter de omfattede selskaber skulle behandles som en egentlig juridisk enhed, idet man henviste til at selskaberne blev betragtet som filialer af hovedvirksomheden.

må antages at reglerne er udtryk for en tilnærmelse i behandlingen mellem filialer og datterselskaber⁵⁷⁷. Derved er hoveddriften bag regelsættet at skabe en ret til sambehandling og deraf følgende skatteneutralitet⁵⁷⁸. Af motiveringen til SEL § 31 fremgår hovedformålet som det, at underskud fra underskudsgivende aktivitet i en koncern skal kunne overføres

576. Ud over de almindelige skatteretlige fremstillinger og LV findes der i dansk ret en monografi over emnet sambeskatning, nemlig *Susanne Pedersens* Ph.d.-afhandling, *Sambeskatning i koncernforhold*, 1995. Af andre fremstillinger af sambeskatningsspørgsmål kan henvises til LV 1997 S.D.5, *Erna Christensen m.fl.*: *Selskabsbeskatning*, 1997, s. 430ff, *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 1995, s. 288ff, *Magrethe Nørgaard* i *Lærebog om indkomstskat*, 1997, s. 693ff, *Isi Foighel og Kjeld Hemmingsen*: *Skat Erhverv*, 1997-1998, s. 348ff, *J.O. Engholm Jacobsen*: *Selskabs-skatteloven med kommentarer*, 1997, s. 365ff, *Niels Andersen og Sverre Allan Jensen*: *Skatterevision*, bind II, 1997, s. 452ff, *Lena Falk og Claus Pedersen*: *Skatteplanlægning i internationale koncerner*, 1996, s. 33ff, *Erik Werlauff*: *Selskabsskatteret*, 1994 s. 323 og samme i *Koncernretten*, 1996, s. 236ff. Behandlingen i det følgende er baseret herpå og der foretages derfor udelukkende henvisninger til anden speciallitteratur og ikke til ovenstående.

Retsstilstanden efter SEL § 31 har tidligere været udsat for skarp kritik, idet det fandtes, at reglerne blev forbundet med alt for komplicerede betingelser, vilkår og lignende. Således blev det af *Mogens Glistrup, Askjær Jørgensen og Maisted* (for Fremskridtspartiet) foreslået, at indføre en koncernbidragsordning, jfr. L 68 af 23.11. 1982 i FT 1982/83 A, sp. 1409. Dette forslag gik under betegnelsen "*forslag til en koncernskattelov*", men var nok for spinkelt opbygget til at leve op til denne titel. Af bemærkningerne til forslaget fremgår, at forslagsstillerne anså, at loven ville medføre blandt andet sambeskatningsinstituttets bortfald, hvilket dog også var intentionen. Forslaget vandt ikke den store tilslutning og blev forkastet ved førstebehandling, jfr. FT 1982/83 sp. 3201. Som en kuriositet fremkom det under behandlingen, at det Konservative Folkeparti ikke kunne tilslutte sig forslaget idet dette ville medføre to forskellige koncernbegreber i hhv. selskabsretten og selskabsskatteretten [SIC].

I international sammenhæng findes der overordnet tre ordninger med tilsvarende virkning som sambeskatning; disse går overordnet under betegnelsen *fiscal unity*, *group contribution* eller *group relief* (andre betegnelser for det samme kan dog forekomme), jfr. *Deloitte & Touche*: *Group Taxation in the European Union – A comparative analysis of group taxation systems*. Det danske system kan henregnes til *fiscal unity* kategorien, mens eksempelvis det svenske koncernbidragssystem kan henregnes til *group contributions* systemet og eksempelvis den engelske system til *group relief* gruppen. Det er dog ikke normalt at udstrække de nationale systemer til udenlandske selskaber som tilfældet er det i Danmark, Frankrig, og til dels Holland, jfr. hertil oversigterne i *Bull. Supp.* 4/91. Det engelske system er forelagt EF-domstolen Sag C-264/96 *Imperial Chemical Industries (ICI) plc mod Colmer*, dom af 16.7. 1998 jfr. SU 1996.372 og SU september 1998 og *Deloitte & Touche*: (fortsættes)

mellem de koncernforbundne selskaber⁵⁷⁹. Grundet den meget spekulation er det ekspliciteret, at reglerne alene skal virke som en skattekredit for underskudsgivende udlandsaktivitet⁵⁸⁰. Virkningen af en sambe-

(Note 576 fortsat)

The Cooperation Tax Implications of European Law, s. 36. Der er tale om en præjudiciel forelæggelse, hvor forespørgslen ønsker belyst, om det er i strid med etableringsfriheden i art. 52, at et moderselskab kun kan fradrage driftstab i et datterselskab, når datterselskabets virksomhed hovedsagelig er aktiebesiddelse i datterselskaber i *samme land*. Den bekræftende dom herom vil ikke få betydning for de danske sambeskatningsregler. Resultatet var en bekræftende besvarelse på spørgsmålet om ordningens fællesskabsstridighed. Begrundelsen var den, at den omhandlede lovgivning udelukker, at indenlandsk etablerede selskaber, der deltager i et konsortium, og som gennem et holdingselskab har udnyttet deres ret til fri etablering og har oprettet datterselskaber i andre medlemsstater, kan opnå skattefradrag for beløb svarende til de tab, som et indenlandsk etableret datterselskab, der ejes af holdingselskabet, har haft, når holdingselskabet hovedsageligt ejer datterselskaber med hjemsted uden for Det Forenede Kongerige. Argumenter om objektiv sammenlignelighed, faren for skatteflugt, tvingende hensyn af almen interesse og sammenhængen i skattesystemet blev uden held fremført af Det Forenede Kongeriges regering. Dog fik afgørelsen ikke konkret virkning idet besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål lød som følger: *under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende er en national ret efter traktatens artikel 5 hverken forpligtet til at fortolke sin nationale lovgivning på en sådan måde, at den er i overensstemmelse med fællesskabsretten, eller til at undlade at anvende denne lovgivning på et forhold, der ikke omfattes af fællesskabsrettens anvendelsesområde*. Begrundelsen for denne fravigelse af loyalitetsprincippet er det forhold, at der hovedsageligt ejes datterselskaber i tredjestater.

Der er ligeledes luftet tanker om, at de danske regler skulle stride mod TEF art. 52 idet udenlandske selskaber tvinges til at etablere sig som selskab i Danmark for at nyde de danske sambeskatningsreglers fordele, jfr. *Deloitte & Touche* op.cit., s. 24. Jeg tror ikke et sådant anbringende vil vinde tilslutning, idet en argumentation om sammenhæng i skattesystemet og/eller forskelsbehandling grundet objektivt forskellige situationer for de danske og udenlandske selskaber kan finde anvendelse. Spørgsmålet er endnu uafklaret, sml. *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: National skatteret og EU-retten*, 1994, s. 92.

577. Jfr. *Jørgen Andersen: Aktieselskabsbeskatning*, Bind 1, 1966, s. 318, *Susanne Pedersen* op.cit., s. 2 og s. 315 og *Margrethe Nørgaard* i *Lærebog om indkomstskat*, 1997, s. 693, sidstnævnte med henvisning til motiverne til SEL § 31 for det formål, at der ellers ville opstå skævheder i den skattemæssige behandling. Der er ingen tvivl om resultatet, men det forekommer, at formuleringen i bemærkningerne til SEL § 31 kun implicit kan antages at tages til indtægt herfor.

578. Herved bortses fra de nyligt indførte regler om tvungen sambeskatning der som navnet antyder antager pligtmæssig karakter. Reglerne der er udslag af CFC-tankekangen, gælder udelukkende for finansielle datterselskaber i tax havens. Reglerne har stor praktisk betydning.

skatning er, at moder- og datterselskabet (erne) betragtes under ét og underskud i ét selskab kan modregnes i den samlede skattebetaling⁵⁸¹.

Herudover findes der til forhåbentlig fremtidig regulering af underskudsmedregningsmuligheder et direktivforslag fra 1990. Det kan nok antages, at forslaget udgør resterne af det oprindeligt foreslåede system om konsolideret opgørelse af fortjeneste og tab fra 1960, da fremsatte forslag til moder/datterselskabsdirektivet, jfr. art. 7. Formålet var den gang følgende⁵⁸²:

(c) Finally it is necessary to provide for the possibility for parent companies having very substantial holdings to be able to opt for the system of consolidated profits. This system consists of including in the profits and losses of the parent company the profits and losses of its subsidiaries in proportion to the capital held by it, whilst taking into account the fact that the profits which are thus consolidated have already been taxed at the subsidiary level. Such a system allows for the aggregation of profits and losses in the hands of different taxpayers and thus offers a parent company the great advantage of being able to deduct from its taxable profits any losses incurred by its subsidiaries. Such losses are frequent during the first years of operation; they are in fact even usual in certain sectors, such as oil exploration, in respect of which this system offers a particular interest.

579. Jfr. FT 1959/60, tillæg A, sp. 1062. Erik Werlauff udtrykker det således: "...Med andre ord skal en vigende skattevne hos ét koncernselskab ud fra en sambehandlingssætning kunne komme det eller de øvrige selskabers skattevne til gode gennem fradrag i denne..." jfr. Koncernretten, 1996, s. 237.

580. I bemærkningerne til L 118, s. 7, under pkt. B.

581. Påpeges bør det dog, at sambeskatning indebærer, at hver af de omfattede selskaber som udgangspunkt efter almindelige regler opgør sin egen skattepligtige indkomst, hvilken efterfølgende lægges sammen med de øvrige sambeskattede selskabers indkomst. Der er således ikke tale om en egentlig koncernbeskatning (enhedsbeskatning) ét sted af koncernens konsoliderede indkomst. Fordelene er hovedsageligt, at underskud kan modregnes men også, at der kan opnås udlandslempelse, hvilket ikke er muligt, hvis der ikke sker sambeskatning med det udenlandske selskab.

582. Se også ovenfor om baggrunden for moder/datterselskabsdirektivet. Art. 7 behandles af Otmar Thömmes i EC Corporate Tax Law, Binder *, kap. 6, s. 81ff, hvor det ligeledes lægges til grund, at dette system udgjorde forløberen til det nuværende forslag. Yderligere anerkendes det ønskværdige i at indføre en fælleseuropæisk konsolidering, men samtidig, at dette ikke er politisk muligt. Endelig forklares hvorfor man har forladt den vidtgående strategi med det faktum, at EU industripolitik navnlig vedrører lettelse af grænseoverskridende aktivitet, mens det tidligere var en målsætning at harmonisere hele selskabsskattesystemet.

The system of consolidated profits tends to substitute for the narrow legal concept of taxpayer, a wider economic concept, that of the "group of companies" each of which is a separate legal person but which together form an economic unit which is considered as a single taxpayer. It tends to facilitate the concentration of enterprises in the form of very substantial holdings and it fits in with the desired evolution, from the economic point of view, of the tax systems of the member states. Moreover it is the logical complement, as far as parent companies and subsidiaries are concerned, of the system of world-wide profits which was proposed by the Commission with regard to companies having foreign permanent establishments that are not endowed with legal personality.

Som det vil fremgå, er den fremhævede tankegang (ren enhedsteori) meget mere vidtgående end harmoniseringsstrategien i dag tillader. Underskudsmedregningsforslaget er derfor kun delvist udtryk for de oprindeligt fremsatte tanker.

I det foreliggende udkast kommer formålet bedst til udtryk i præambelens første betragtning. Således anføres det, at virksomheders grænseoverskridende aktiviteter ikke på fællesmarkedet bør stilles ringere end de aktiviteter, der udelukkende udøves i en medlemsstat. Det påpeges, at dette ikke er opfyldt i den nuværende situation, da de nationale lovgivninger ofte ikke giver virksomhederne mulighed for at medregne underskud i deres faste driftssteder og datterselskaber i andre medlemsstater. Af denne årsag finder Kommissionen⁵⁸³, at der bør fastlægges fælles regler for alle virksomheder uanset under hvilket form de er organiseret. Af disse betragtninger ses det (1) at det europæiserede neutralitetsbegreb indgår ved at man vil overføre national skattnneutralitet til fællesskabet, og (2) det almindelige neutralitetsbegreb indgår selvstændigt ved, dét at der skal skabes ligeværdige rammer uanset organisationsform. I be-

583. Kommissionen anser det for en væsentlig hindring for fællesmarkedets funktion, at moderselskaber i de fleste tilfælde ikke har mulighed for at fradrage underskud i datterselskaber i egen skattepligtige indkomst alene af den grund, at datterselskabet er hjemmehørende i udlandet. Dette medfører nemlig for det første, at virksomheder vil se et disincitament til at oprette datterselskaber i udlandet, og for det andet at det vil kunne indebære en likviditetsmæssig belastning for koncerner i EU, der herved vil blive stillet dårligt i den internationale konkurrence. Kommissionen er af den opfattelse at direktivet bør gælde for alle virksomheder, hvorfor den i SEK (90) 601, pkt. 24 proklamerer en snarlig udvidelsesforanstaltning i anvendelsesområdet. Ikke kun Kommissionen anser direktivet for en nødvendighed, således anbefaler Ruding-komiteén, s. 205f, at forslaget gennemføres og yderligere, at alle medlemsstater bør tilbyde fuld *vertikal og horisontal underskudsmedregningsmulighed* (fase 2). Endelig anbefales en udvidelse af direktivforslaget til at omfatte fuld underskudsmedregningsmulighed for EU-koncerner (fase 3).

grundelsen til forslaget uddybes betragtningerne i mindre omfang under omtalen af problemer i forbindelse med datterselskaber, pkt. 5 *“...Hvis en virksomhed ønsker at operere uden for sit eget land, kan den gøre det enten ved at etablere et fast driftssted eller oprette et datterselskab. Datterselskabet er en selvstændig juridisk person og henhører under lovgivningen i etableringslandet. I økonomisk henseende kan disse to muligheder for etablering i udlandet sidestilles med hinanden, og valget mellem den ene eller anden etableringsform bør ikke være påvirket af skattetænkning. Den skattemæssige neutralitet ville imidlertid ikke være sikret, hvis reglerne for fradrag af underskud fra udenlandske foretagende var mindre gunstig for datterselskaber end for faste driftssteder”*. Videre hedder det *“...Princippet om ligebehandling [neutralitet] mellem faste driftssteder og datterselskaber er imidlertid ikke almindeligt anerkendt. Traditionelt har selskabsbeskatningen været baseret på den opfattelse, at alle selskaber er selvstændige juridiske personer, dvs. uden hensyntagen til de økonomiske forbindelser. Det er endnu i dag i flere medlemsstater denne opfattelse, der ligger til grund for beskatningen af en virksomheds datterselskaber...”*

Dette direktivforslag ligger systematisk på linie med fusionsbeskatningsdirektivet, derved at det tilsigter at give transnationale virksomheder og koncerner nogle skattemæssige fordele, som for moder/datterselskabers vedkommende i øjeblikket kun indrømmes nationale virksomheder og koncerner. Forslaget er en videreførsel af princippet i forslaget til SE-statuttens art. 133⁵⁸⁴. Ligeledes kobler Kommissionen forslaget sammen med gennemførelsen af underskudsoverførselsdirektivforslaget, idet dette ville medføre ensartet retstilstand og dermed forbedrede muligheder for de praktiske gennemførelse af nærværende forslag, jfr. pkt. 25 i SEK (90) 601⁵⁸⁵.

584. Hvis et SE-selskab har et eller flere faste forretningssteder i en medlemsstat eller i et tredjeland, og driften af disse faste forretningssteder inden for en beskatningsperiode tilsammen udviser et underskud, kan dette underskud fradrages i SE-selskabets overskud i den medlemsstat hvori det har sit skattemæssige hjemsted, jfr. stk. 1. Stk. 2 foreskriver et løbende og maksimeret genbeskatningsprincip. Det kan betvivles om dette forordningsforslag overhovedet i sin foreliggende skikkelse søges gennemført ved den rette hjemmel, idet TEF art. 100 anføres som hjemmel, men at denne traktatbestemmelse som bekendt undtager fiskale bestemmelser, hvilket art. 133 jo netop er.

585. Se også pkt. 11 i KOM (90) 595 hvor det påpeges, at underskudsoverførselsdirektivet er væsentligt med henblik på at få fradrags- og efterpålygningsmetoden til at fungere.

Således præsenteret kan der ikke herske megen tvivl om neutralitetsmålsætningen i det foreliggende direktivforslag. Hvordan dette efterfølgerne søges sikret, kommer til udtryk i forslagens materielle regler. Overordnet tilsigtes, at give virksomhederne en mulighed for at fradrage underskud i faste driftssteder og datterselskaber hjemmehørende i udlandet i egen skattepligtige indkomst og her igennem at give virksomhederne en likviditetsmæssig lempelse. For faste driftssteder indrømmes valgfrihed mellem to metoder, mens der f.s.v.a. datterselskaber kun foreskrives én lempelsesmetode.

Principielt er banen hermed kridtet temmelig godt op med gode muligheder for skattnneutralitet.

3.2.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

Filialbeskatning ved underskud i udlandet

Det forholder sig således, at dette ovenstående klare udgangspunkt for filialer i international sammenhæng er alt for fordelagtigt. Af denne årsag er der successivt gennemført lovstramninger⁵⁸⁶, senest ved L 35 og L 118⁵⁸⁷, hvor der indførtes særregler for udenlandske filialer, med forskellig virkning alt efter om enheden er placeret i en credit- eller exemptionstat⁵⁸⁸. De senere stramninger er dels båret af et ønske om at tilpasse det danske skattesystem til de frie kapitalbevægelser, dels at tilpasse til den øgede internationalisering⁵⁸⁹ og dels at skabe større skattemæssig lighed mellem selskaber og filialer, og udligne fordele som foretagender med udenlandsk aktivitet havde i forhold til andre skattesubjekter. Dermed skabes neutralitet i beskatningen⁵⁹⁰ (men dog ikke som temaet er det i denne kontekst, udformet som rettighedsregler).

586. Således blev LL § 33 D oprindeligt indført ved lov. nr. 219 af 3.4. 1992.

587. Jfr. Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 5.5. [Cirkulære om international beskatning].

588. Jfr. herom *Christina D. Tvarnø* i Julebog 1997, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København, s. 59ff. Ligeledes generelt om genbeskatning af underskud for såvel filialer som datterselskaber i udlandet efter de nye regler kan henvises til *Jan Hald Pedersen* i R&R 1998/6, s. 7-20. Reglerne er indført som en afparering af brugen af de såkaldte "elevator-teknikker", og "spejlvendte elevator-teknikker", jfr. Skatteretten 3, s. 256-257. Når domicillandet efter exemptionslempelsen er afskåret fra at beskatte et eventuelt overskud, er det fundet rimeligt, at der ikke også er adgang til i år med underskud, at fratrække dette i øvrig positiv indkomst.

589. Anført såvel i bemærkningerne til L 35 som L 118, men også af *Carsten Koch* i SU 1995.143 (nr. 6 temanummer) og samme i SU 1996.185 (nr. 5. temanummer).

590. EksPLICIT anført i L 118, s. 7, ved lovforslagets almindelige bemærkninger.

Ved udenlandske indkomster fra en filial vil der som udgangspunkt fremkomme dobbeltbeskatning, idet enheden undergives dansk beskatning samtidig med kildebeskatning i den pågældende stat (hvor filialen er begrænset skattepligtig efter regler ad modum den danske SEL § 2, ved forskellig kvalifikation eller brug af et territorialprincip). De folkeretlige overenskomster kommer oftest her til undsætning. Uanset hvilken metode der lempes efter vil der altid blive gjort brug af udlandsbrøken som grundlag for lempelsesberegningen⁵⁹¹. Ved brug af exemptionsmetoden opstår der visse u hensigtsmæssige fordele, der ikke i dansk ret har kunnet accepteres. Ved benyttelse af den foretrukne creditmetode udligner forholdet derimod sig selv, og der opstår ikke tilsvarende skattemæssige fordele⁵⁹².

Det principielle udgangspunkt er, at underskud kan fratrækkes i hovedvirksomhedens skattepligtige indkomst. Der kan dog opstå situationer hvor underskuddet ikke kan rummes indenfor den danske skat, således at der ikke er noget at give nedslag i. Dette kan medføre en betydelig forøgelse af skattebyrden⁵⁹³. Hertil kommer LL § 33 H (en behagelighed ved L 118!), der betyder, at virksomheden kan vælge at bortse fra underskud ved aktivitet her i landet eller i udlandet ved opgørelsen af den danske skattepligtige indkomst. Underskuddet kan i stedet fremføres efter reglerne i LL § 15, jfr. supra afsnit 3.1. Bortseelsen vil medføre en forøgelse af den danske skat, og eventuelt også den samlede udenlandske indkomst. Hermed forøges beregningsgrundlaget for udlandslempelsen, og dermed den aktuelt ydede lempelse. Hertil bestemmes, at udlandslempelsen ikke kan overstige den udlandslempelse, som kunne opnås uden bortseelse af underskud⁵⁹⁴. Bemærkes bør det dog, at bestemmelsen udelukkende finder anvendelse ved creditlempelser (enten fra LL § 33 eller via traktat), jfr. ordlyden i § 33 H og anførte cirkulære, pkt. 5.4.2⁵⁹⁵. Hvad efterfølgende angår underskud fra exemptionsstater (og matching credit), gælder der ikke tilsvarende lempelige regler for såvel underskudsbortseelse som for underskudsfremførsel. Dog er der mulighed for, at transformere exemptionindkomsten til creditindkomst ved kun at vælge at benytte LL § 33. Herved undgås, at den positive ind-

591. Samlet dansk skat * Udenlandsk indkomst/Globalindkomsten = lempelsen. Se her til Cirk. nr. 82. af 29.5. 1997, pkt. 5.4.1., og *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, s. 246ff.

592. Skattepolitisk redegørelse, juni 1994, kap. 4.

593. Som påvist i det internationale skattecirkulære op.cit., pkt. 5.4.1.

594. Jfr. § 12, stk. 14 i lov. nr. 487 af 12.6. 1996.

komst eliminerer et ellers fremførselsberettiget underskud, og samtidig undgås fradragsbegrænsningen i LL § 33 D, se just nedenfor.

En anden særregel er bestemmelsen om bundne fradrag i LL § 5 I. Denne finder anvendelse ved såvel sambeskattede koncerner som for filialer. Reglen modvirker det ønske der for skatteydernes side kan være om at foretage lave skattemæssige afskrivninger med deraf følgende høj udlandsbrøk. Hertil foreskriver reglen, at der ved opgørelsen af den danske skattepligtige indkomst for datterselskabet eller filialen skal foretages en sammenligning mellem beregningsgrundlaget for den udenlandske skat og den skattepligtige indkomst efter danske regler. I det omfang den skattepligtige indkomst opgjort efter danske regler er større end beregningsgrundlaget for den udenlandske skat, skal der ved den danske indkomstopgørelse foretages yderligere fradrag. Reglen er dog begrænset til maksimale afskrivninger efter dansk ret.

Efter lovstramningerne gælder der et omfattende og kompliceret regelsæt for genbeskatning og fradragsbegrænsning for filialer i § LL § 33 D. Bestemmelsen omfattede oprindeligt kun genbeskatning af tidligere fradragne underskud men er siden, som det vil ses, udvidet betydeligt. Formålet med ændringerne var, at forhindre spekulationerne i exemptions-traktaterne, hvorved man har sidestillet filialer i credit- og exemptions-stater. Ligeledes er bestemmelsen indrettet så den harmonerer med LL § 33 E om sambeskattede selskaber.

595. *Christina D. Tvarnø* synes i Julebog, Juridisk Institut, HHK, 1997, s. 72, at lade LL § 5 H have almindelig gyldighed for alle situationer med faste driftssteder i exemptionsstater, og dermed at udgøre den lovfæstede begrænsning i adgangen til underskudsbortseelse og underskudsfremførsel. Dog fremgår det, efter såvel bestemmelsen ordlyd, forarbejderne og den øvrige litteratur (f.eks. *Søren Stenholdt* i SU 1996.186), at bestemmelsen udelukkende har sit anvendelsesområde ved tilfælde hvor et underskud er erhvervet koncerninternt. Reglen tilsigter, at modvirke, at udenlandske allerede underskudsgivende filialer placeres i et dansk selskab. Bestemmelsen omfatter tilkøbte underskudsgivende aktiviteter fra koncernforbundne selskaber (med KGL § 4, stk. 2 som udslagsgivende parameter), jfr. lovforslagets bemærkninger, s. 14. Der er intet der indikerer en generel anvendelse af bestemmelsen for alle filialer beliggende i exemptionsstater, end ikke forhold der taler for en udelukkende anvendelse ved filialer i exemptionsstater når de øvrige betingelser er opfyldt. Standpunktet kan derfor ikke tiltrædes. Rigtigt er det imidlertid, at reglen medfører visse begrænsninger i underskudsbortseelse og fremførsel i tilfælde af koncerninternt overdragne filialer. Retsvirkningen efter LL § 5 H, stk. 1 bliver således, at underskuddet alene kan bringes til modregning i senere overskud fra samme filial efter LL § 15.

Udgangspunktet er, at LL § 33 D finder anvendelse på filialer mv. i exemptionslande, jfr. stk. 1, jfr. dog stk. 5-6⁵⁹⁶. Bestemmelsens 2. stykke foreskriver den almindelige genbeskatningsregel, hvorefter tidligere fradraget underskud i en udenlandsk filial skal ske genbeskatning i senere indkomstår (løbende genbeskatning). Dette sker dels ved senere overskud, dels ved afhændelse og ophør, hvor genbeskatningen skal tilsvare det fradragte underskud. Genbeskatningen skal ske indtil der er genbeskattet hvad der svarer til det tidligere fratrukkede underskud. Man fortsætter således blot indtil der er sket fuld genbeskatning. Genbeskatningen er dog maksimeret til det overskud eller fortjeneste der skal medregnes ved indkomstopgørelsen i filialen det pågældende indkomstår. Ved ophør eller afhændelse medregnes et beløb svarende til underskuddet i den danske indkomst. Fradragsbegrænsningsreglen fremgår af LL § 33 D, stk. 3. Det normeres heri, at underskud i en exemptionfilial kun kan fradrages ved den skattepligtige indkomst, i det omfang underskuddet overstiger overskud eller fortjeneste for tidligere indkomstår som ikke er indgået i beregningen efter stk. 2 (er blevet genbeskattet) eller denne bestemmelse. Der er med andre ord tale om et bagudrettet perspektiv, hvilket er omvendt i forhold den tidligere formulering af LL § 33 D.

Disse regler begrænses af LL § 33 D, stk. 4. Heraf fremgår, at hovedvirksomheden bevarer sin ret til at modregne genbeskatningsbeløbet i underskud fra anden virksomhed, og beløbet fratrækkes da i genbeskatningssaldoen.

Visse situationer er uafhængige af hvilken lempelsesmetode der benyttes. Således finder LL § 33 D, stk. 5 anvendelse på såvel credit som exemptionsfilialer. Det materielle indhold af bestemmelsen vedrører afhændelse af filialen til et koncernforbundet selskab (igen med KGL § 4, stk. 2 som determinator)⁵⁹⁷. I sådanne tilfælde udløses der fuld genbeskatning af tidligere fratrullet underskud⁵⁹⁸. Omdannelse af en filial til et datterselskab sidestilles med en koncernintern afståelse⁵⁹⁹. Dog er overdragelse til sambeskattede selskaber efter stk. 6 undtaget fra stk. 5's

596. Ved fradrag for underskud i creditfilialer, er det ikke nødvendigt med sådanne genbeskatningsregler mv. idet der efter selve princippet natur sker automatisk genbeskatning.

597. Formålet med reglen er, at modvirke, at en koncern kan omplacere en filial, der eksempelvis er ved at blive overskudsgivende, fra det danske selskab til et udenlandsk koncernforbundet selskab, uden at der forinden er sket fuld genbeskatning.

598. Hertil kommer den ovenfor omtalte underskudsbegrænsningsregel ved omstruktureringer i LL § 5 H.

599. Jfr. Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 5.5.4.

anvendelsesområde, hvor filialens underskud efter udenlandske regler overføres til det erhvervende selskab⁶⁰⁰. Genbeskatningen sker i sådanne tilfælde, når modregnet underskud ikke modsvares af senere års overskud, efter reglerne herom i LL § 33 E hos det erhvervende selskab. Afhændes filialen til en ikke koncernforbundet part (koncern-ekstern), foretages der maksimeret genbeskatning efter stk. 1-4, hvilken regel ligeledes er uafhængig af lempelsesmetoden.

Underskud som ikke genbeskattes efter omtalte regler, bliver følgelig medregnet i den hidtidige ejers indkomstopgørelse, såfremt denne alene eller sammen med koncernforbundne selskaber, inden 5 år genvinder kontrol (sandelig KGL § 4, stk. 2⁶⁰¹) over filialen, jfr. LL § 33 D, stk. 7⁶⁰².

Stk. 2 finder ikke anvendelse på fusioner, jfr. stk. 8 og genbeskattet underskud efter LL § 33 E, stk. 9, 4. pkt. er undtaget fra stk. 2 og stk. 3's anvendelsesområde.

Datterselskabsbeskatning ved underskud i udlandet

Der gælder som nævnt flere krav der skal opfyldes før ansøgning om sambeskatning kan imødekommes. Lad os starte med de mest objektiverede krav, som de fremkommer direkte af lovens tekst, der stilles før sambeskatning kan accepteres. Rettighedssubjekterne fremgår af bestemmelsens stk. 1 og 4. Spørgsmålet i denne kontekst er dog, hvorvidt der stilles særegne krav til udenlandske datterselskaber. Der kan dog ikke stilles særskilte krav til den retlige karakter af de udenlandske selskaber, der af et dansk moderselskab skal inddrages under sambeskatningen. Der forudsættes efter stk. 1 dog en aktiekapital hvorfor selskaber må have en indskudskapital tilvejebragt gennem udstedelse af aktier eller lignende, og der forudsættes hermed også selvstændig retssubjektivitet.

600. Undtagelsen er med ordene i Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997 betinget af, at det erhvervende selskab "principielt succederer" i underskuddet i det overdragende selskabs faste driftssted.

601. Som en kuriositet kan bemærkes, at loven omtaler KGL § 4, stk. 2 i relation til såvel koncernbegrebet som kontrolbegrebet, mens cirkulæret henviser til KGL § 4, stk. 2 for koncernforbindelsen men til SEL § 32 for kontrolbegrebet (der ikke kun vedrører koncernforhold), jfr. cirkulærets pkt. 5.5.8. Kriterierne er ikke ganske identiske idet SEL § 32 (direkte og indirekte besiddelse af over 25% af aktier/ og 50 % af stemmer) begrebet må antages at være bredere ved den konstatering, at der til kontrolbegrebet i SEL § 32 skal medregnes de aktier der er ejet af KGL § 4-koncernforbundne selskaber (fælles ejerskare), jfr. samme cirkulæres pkt. 7.2.2. Diskussionen kan derfor ikke antages blot at have retorisk værdi. Problemet er dog ikke dybere, end at lovens ordlyd må lægges til grund når der henses til de respektive kilders placering i retskildehierakiet eller ved en objektiv fortolkning (der fremgår ikke noget om spørgsmålet i bemærkningerne til lovændringerne).

602. Indsat for at forhindre, at reglen i LL § 33 D, stk. 5 omgås.

vitet. Af denne årsag må vi falde tilbage på kriterierne i stk. 1, hvoraf det fremgår, at kun juridiske personer kan opnå sambeskatning. De omhandlede juridiske personer udgør; aktieselskaber, anpartsselskaber, andre kapitalselskaber, sparekasser, brugsforeninger, gensidige forsikringsselskaber, realkreditinstitutter og andre særlige kreditinstitutter, jfr. SEL § 31, stk. 1 og stk. 4⁶⁰³. De legale sambeskatningsbetingelser fremgår af § 31, stk. 2 og stk. 3, og suppleres af Ligningsrådets betingelser og vilkår i sambeskatningscirkulæret som udstedt i medfør af SEL § 31, stk. 1 in fine.

For det første gælder der et krav om, at selskaberne skal have samme regnskabsår, hvilket kan fortolkes som indeholdende et krav om samme indkomstår, jfr. betingelse 1 i TS-Cirk 1998-40. *For det andet* er det en betingelse, at moderselskabet ejer samtlige aktier, altså et 100%-kriterium⁶⁰⁴. Som en undtagelse fra dette krav accepteres det, at selskabet besidder egne aktier, idet sådanne aktier selskabsretligt anses for retligt suspenderet. Videre følger det af stk. 2, at sambeskatning alligevel kan tillades såfremt kravet om 100% ejerskab ikke er opfyldt, såfremt de resterende aktier er medarbejderaktier udstedt i henhold til LL § 7 A⁶⁰⁵. For udenlandske selskaber⁶⁰⁶ gælder imidlertid yderligere, at kravet tillige er opfyldt, såfremt der ejes så stor en andel, som det efter den fremmede stats lovgivning er tilladt for udenlandske selskaber at eje, jfr. § 31, stk. 1, 4. pkt. Indenfor EU bør opmærksomheden dog herved rettes mod 12. selskabsdirektiv om enkeltmandsselskaber. Såfremt etableringsstaten tillader enkeltmandsaktieselskaber, kan der ikke opstilles krav om lokalt medejerskab. Dog bør erindres, at direktivet f.s.v.a. aktieselskaber er betinget virksomt, hvorved en komparativ undersøgelse

603. Sambeskatning på tværs af selskabstyperne er tilladt.

604. Kravet fortolkes således, at også aktier, der ejes af datterselskaber og videre descendenter medregnes. Hvis f.eks. et selskab ejer alle aktierne i et andet selskab, der igen ejer alle aktierne i et tredje selskab, kan alle tre selskaber sambeskattes. Kriteriet antages ikke i praksis at være til hinder for en 180° vending af koncernforholdet gennem skattefri aktieombytning, jfr. TfS 1994.369 forhåndsbesked og gennemgangen hos Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, s. 246.

605. (1) Der skal være tale om medarbejderaktier efter LL § 7 A, (2) medarbejderne eller deres dødsboer skal være forpligtede til at tilbagesælge aktierne til selskabet, når aktierne ønskes afstået eller når medarbejdere afgår ved døden, og (3) datterselskabet skal have påtaget sig en forpligtelse til at tilbagekøbe aktierne i sidstnævnte tilfælde.

606. Defineret, jfr. stk. 9 som et selskab hjemmehørende i en fremmed stat på Færøerne eller Grønland, eller når selskabet nok er hjemmehørende i Danmark, men efter en dobbelt domicilklausul i den pågældende DBO anses for hjemmehørende i den fremmede stat.

af medlemsstaternes lovgivning er påkrævet såfremt der konkret skal tages stilling til spørgsmålet. For anpartsselskaber gælder, at dette tillige er begrænset omfattet, idet medlemsstaterne kan vælge at tillade enkeltmandsvirksomheder med begrænset hæftelse. Men såfremt dette ikke vælges, skal der i det mindste tillades anpartsselskaber med en enkelt ejer⁶⁰⁷. For *det tredje* gælder (som et negativt krav), at moderselskabet ikke må være omfattet af KGL § 4, stk. 5. Hvilket indebærer, at næringsdrivende ved køb og salg af fordringer ikke kan sambeskatte, idet netop disse er undtaget for kursgevinstbeskatning efter den nævnte bestemmelse og man ikke kan acceptere dobbeltfradrag. Reglen fremgår af § 31, stk. 1, 5. pkt. Af 6. pkt. følger videre som et *fjerde (negativt) krav*, at datterselskabet ej heller må være et udenlandsk tilkøbt selskab fra koncernforbundne selskaber, jfr. KGL § 4, stk. 2. Reglen er indsat for at forhindre udnyttelse af de unikke danske regler, ved at udenlandsk kontrollerede koncerner lader sine danske datterselskaber optræde som moderselskab for andre udenlandske datterselskaber, hvortil koncernen omplacerer underskudsgivende aktiviteter. Dog er sambeskatning alligevel mulig såfremt det danske moderselskab i hele den periode hvor det har været koncernforbundet med det udenlandske datterselskab har ejet mere end 50% af aktiekapitalen. Endelig for *det femte* må der ikke foreligge konkurs, jfr. KKS § 4, stk. 3 idet tilladelse til sambeskatning herved bortfalder, hvilket a fortiori medfører, at der ikke kan gives tilladelse til sambeskatning.

Herefter kan der knyttes nogle bemærkninger til de ligeledes lovfæstede formalia der knytter sig til indtræden i sambeskatning, herunder indgangsværdier, anskaffelsestidspunkt mv. Udenlandske selskaber der indtræder i den danske sambeskatning skal opgøre sin indkomster efter danske regler. Ved indgangen er der derfor nødvendigt at fastlægge indgangsværdier og anskaffelsestidspunkter for aktiver og passiver. Opgørelsen heraf er normeret af § 31, stk. 5-8. Indholdet af disse regler tilsvares, bortset fra visse detaljer, indholdet af SEL § 4 A, stk. 1-4 (vedrørende tilflyttede selskaber). Alle skatterelevante aktiver skal ansættes til deres handelsværdi på inddragelsestidspunktet (fra begyndelsen af det første indkomstår under sambeskatningen), men der skal tillige foretages en fiktiv beregning af, hvad der maksimalt ville være afskrevet på formuegoderne, hvis de havde været undergivet dansk beskatning fra deres anskaffelse. Fører beregningen til et lavere indgangsbeløb, skal

607. Se om samspillet mellem direktivet og kravet om 100% ejerskab *Finn Hansen og Ove Lykke Zeimer* i SU 1993.48 og om direktivet *Erik Werlauff*: EF-Selskabsret, 1992, s. 52ff.

dette anvendes, jfr. stk. 5 og 6. Genvundne afskrivninger er kun skattepligtige i det omfang, de vedrører perioden efter indtræden i sambeskatningen, og den skattepligtige del kan ikke overstige forskellen mellem afståelsessummen og aktivets handelsværdi ved det nævnte tidspunkt, jfr. stk. 7. Stk. 8 afskærer fra muligheden i det danske indkomstgrundlag at fratrække udgifter afholdt inden sambeskatnings påbegyndelse.

Hertil kommer af mindst lige så stor praktisk betydning ekstra betingelser og vilkår formuleret af LR i sambeskatningscirkulæret⁶⁰⁸. Betingelse i cirkulæret anvendes som betegnelse for de krav, der stilles for at give – og opretholde – en sambeskatningstilladelse. Vilkår betegner de særlige regler, der opstilles for de selskaber, som er undergivet sambeskatning. Det fører for vidt, at medtage den betydelige foreliggende praksis om-

608. Der lader til at være uenighed om hvorvidt der i § 31 er hjemmel til den givne fastsættelse af yderligere betingelser og vilkår som disse udformes i praksis. Således anfører *Erik Werlauff* i *Selskabsskatteret*, 1994, s. 327ff og gentaget i *Koncernretten*, 1996, s. 242ff, at der ikke i § 31 i.f. ligger en skønmæssig beføjelse til at imødekomme hhv. afslå ansøgninger, idet der foreligger et retskrav på sambeskatning når de objektiviserede forudsætninger er opfyldt. Videre anfører forfatteren, at det er en behagelighed for selskaberne, at det via et cirkulære har kunnet læse en sammenfattende fremstilling af sambeskatningsreglerne, men at det er betænkeligt såfremt cirkulæret samtidig bruges af skattemyndighederne til at opstille betingelser og vilkår, som ikke er tilstrækkeligt hjemlet i SEL § 31. Forfatteren finder, at ordlyden af § 31 i.f. vedrører en adgang til at opstille regler om tekniske spørgsmål (ansøgningsfrister, ophør, genindtræde mv.) hvorimod bestemmelsen ikke kan udgøre nogen hjemmel til at fastlægge yderligere frihåndstegnede betingelser. Imidlertid har Højesteret tilladt netop en sådan praksis, jfr. eksempelvis UfR 1993.416 H. Modsat *Werlauffs* argumentation ytrer *J.O. Engholm Jacobsen* i *Selskabsskatteloven* med kommentarer, 1997, s. 378 in fine samt med note 27 at SEL § 31 utvivlsomt indeholder fornøden hjemmel til at fastsætte de hidtil fastsatte betingelser. Denne forfatter begrundet slutningen, efter at have kridtet banen op og fastslået, at der ikke er realitetsforskel på begreberne "betingelse" og "vilkår" som brugt i loven også selvom LR opererer med begreberne i forskellige retlige kategorier, med det forhold, at der ikke i lovforarbejderne er gengivet noget herom (dog ved senere ændringer), og at man var bekendt med den pågældende Ligningsrådspraksis, uden at dette herved har givet anledning til bemærkninger eller forbehold. Samme forfatter anfører uafhængigt af diskussionen, at sambeskatningscirkulæret på trods af offentliggørelsesformen må sidestilles retligt med en anordning. Dette antages at gælde for de dele af betingelserne og vilkårene der er bestemmende for selskabernes retlige muligheder for at etablere sambeskatning, idet disse må kunne påberåbes direkte som retsgrundlag af selskaberne, jfr. også TS-Cirk. 1997-39 i indledningen. *Susanne Pedersen* op.cit. forholder sig kritisk til det forhold at en betydelig del af sambeskatningsreglerne befinder sig i cirkulærer og ikke i lov, jfr. s. 316ff. Der verserer i skrivende stund forlydender om en objektivisering af sambeskatningsreglerne hvorved vilkårene formentlig vil blive indskrevet i selve lovteksten.

kring fortolkningen mv. af sambeskatningsvilkår. Af senere behandlinger heraf henvises til *Christen Amby* i SO 1998.144 med sin årlige gennemgang af sambeskatningsreglernes udvikling og *Kirsten Høpner Petersen* i TfS 1998.466. Da sambeskatningscirkulæret vel egentlig løbende afspejler den udvikling, der er stedfundet praksis omkring instituttet, skønnes udeladelse begrundet⁶⁰⁹.

I relation til regnskabsåret foreskriver betingelse 1 det samme som § 31, stk. 1, nemlig at selskaberne skal have samme regnskabsår. Betingelse 1.1. uddyber kravet, idet sambeskatning tillades, selvom regnskabsåret ikke begynder samtidigt, hvis blot de slutter samtidigt. Det samme gælder, hvis moderselskabet har ejet aktierne i hele datterselskabets såvel som hele moderselskabets indkomstår. Efter betingelse 1.2. skal ejerforholdet have bestået hele moderselskabets indkomstår (loven udtaler sig ikke om besiddelsestid), dog modificeret f.s.v.a. ejerskab fra stiftelsen, skuffeselskaber og likvidation. Betingelse 1.3. fortæller os, at fornyet sambeskatning *normalt* ikke tillades såfremt selskaberne frivilligt er udtrådt heraf⁶¹⁰. Ansøgning om sambeskatning skal indgives senest inden udløbet af fristen for rettidig selvangivelse⁶¹¹, jfr. betingelse 1.4., samme frist gælder også for ophør jfr. vilkår 2.10⁶¹².

De vilkår selskaber efterfølgende i sambeskatningen er underlagt, er indledningsvis i henhold til de generelle vilkår, at moderselskabet til en-

609. For nyere afgørelser kan dog henvises til R&R 1998 SM 221 LR (om ansøgningsfrist og behørig selvangivelse, afslag og en anden sag om ansøgningsfrist, berettiget forventning, afslag), R&R 1998 SM 222 LR (om ansøgningsfrist og rettidig indgivelse af selvangivelse ved konkurs, afslag), R&R 1998 SM 288 (to afgørelser om afslag på fornyet sambeskatning ved koncernintern handel), R&R 1998 SM 289 (tilladelse til fornyet sambeskatning idet salg og tilbagekøb af aktiepost fra ledende medarbejder var forretningsmæssigt begrundet, og en sag hvor der blev givet tilladelse idet såvel afbrydelsen som genetableringen af sambeskatningen var forretningsmæssigt begrundet i salget af det hidtidige danske koncernmoderselskab midt i koncernens regnskabsår) og endelig R&R 1998 SM 290 (tilladelse idet såvel ophør som genetablering var forretningsmæssigt begrundet).

610. Vedrører ikke det forhold at et selskab tidligere har været omfattet af en tvungen sambeskatning, endda kan det siges, at en del af formålet med tvungen sambeskatning er at få de omhandlede selskaber til at indgå i frivillige sambeskatninger.

611. Kritisk til koblingen mellem ansøgning og selvangivelse og den rigoristiske praksis herom se *Susanne Pedersen* i SR-skat 1996.409 og *Svend Erik Holm* i SO 1992.60.

612. Ansøgningen om sambeskatning skal sendes til den myndighed der foretager skatteansættelsen af moderselskaber jfr. vilkår 3, og klager kan tilstiles LR eller T&S-regionen hvorunder moderselskabet hører, vilkår 3.1. Skatteansættelsen foretages også i hjemstedskommunen, jfr. vilkår 3.2. Det foreliggende cirkulære har kun virkning for indkomståret 1997 og 1998 og er dermed bagudrettet, hvorved koncernerne meget vel kan mødes med nye vilkår mv. fra indeværende indkomstår, men altså først vide besked herom efter årets udløb.

hver tid skal oplyse om aktiebesiddelsen i datterselskabet, jfr. vilkår 2.1. Udbytte fra udenlandske datterselskaber der ikke er skattefrit efter SEL § 13, stk. 3, kan fradrages for at undgå dobbeltindregning af indkomsten hos moderselskabet, jfr. vilkår 2.2. Først fratrækkes udbyttet ved moderselskabets indkomstopgørelse i det omfang dette kan rummes i datterselskabets skattepligtige indkomst, som opgjort efter danske regler, for deklareringsåret. I det omfang der ikke kan foretages udbyttefradrag kan der lempes efter bestemmelserne i SEL § 17, stk. 2 eller LL § 33. Efter vilkår 2.3. er der dog til muligheden for udbyttefradrag mm. knyttet et krav om 25% ejerskab til aktiekapitalen. Dette vilkår må for indkomståret 1999 forventes ændret efter de omtalte lovændringer i medfør af L 53, jfr. lov nr. 1026 af 23.12. 1998.

Om underskud foreskriver vilkår 2.4.1., at underskud i et eller flere selskaber fordeles forholdsmæssigt på de af sambeskatningen omfattede overskudsgivende selskaber. Underskud der ikke kan indeholdes i de øvrige selskabers overskud for dette år, fordeles forholdsmæssigt mellem de underskudsgivende selskaber til fremtidig brug. Underskud i udenlandske datterselskaber hidrørende fra før sambeskatningen, ikke kan overføres til fradrag i de andre selskabers indkomst. Modsat hvad der gælder for danske selskaber, kan dette underskud ej heller fremføres til modregning i egen senere indkomst.

Den hidtil eneste danske regel om tynd kapitalisering⁶¹³ kommer til udtryk i vilkår 2.4.2: Udviser den skattepligtige indkomst for et selskab underskud, kan en til selskabets nettofinansieringsudgift svarende del af underskuddet ikke fradrages i overskuddet i selskaber, hvori det underskudsgivende selskab direkte eller indirekte ejer aktier. Vilkåret har til formål at hindre, at økonomisk svagt funderede selskaber lånefinansierer køb af aktier i et overskudsgivende selskab, for derefter via sambeskatningen at fratrække sit løbende underskud, der er foranlediget af renteudgifter, kurstab og valutakurstab fra lånefinansieringen, i datterselskabets overskud. Derved forhindres skattefinansierede majoritets-overtagelser. Der er ikke i dette vilkår indeholdt en begrænsning for tyndt kapitaliserede selskabers entrering i sambeskatningsforhold, blot begrænses fradragsretten (overførslen til den positive indkomst i det selskab hvor moderen har kapitalbesiddelser) til hvad der tilsvarende underskudsselskabets "nettofinansieringsudgift"⁶¹⁴, når kravet om negativ skattepligtig indkomst og eksistens af en nettofinansieringsudgift er op-

613. Indtil SEL § 11 blev indført.

614. Defineret som summen af renteudgifter, skattemæssige kurstab og valutakurstab samt løbende ydelser med fradrag af summen af renteindtægter, skattepligtige kursgevinster og valutakursgevinster.

fyldt. Almindelige erhvervsudgifter kan efter vilkåret meget vel fradrages men altså ikke underskud hos moderselskabet der skyldes finansieringsudgifter. Dog er det ikke tvingende for selskabet, at benytte nettofinansieringsudgiften som fradragsbegrænsning. Andre størrelser kan vælges benyttet såfremt disse udgør mindre talstørrelser. Alternativt kan en beregnet rente (efter KGL's mindsterente, § 7) af selskabets skattemæssige egenkapital benyttes, såfremt denne er højere end nettofinansieringsudgiften. Endelig kan vælges benyttet hvad der svarer til en normal forrentning af anskaffelsessummen (også efter KGL's mindsterente) for aktier i de sambeskattede selskaber. Kun i det omfang finansieringsudgifterne overstiger det valgte beløb får 2.4.2. betydning og da kun for forskelsbeløbet. Endelig bør det fremhæves, at anskaffelsessummen nedsættes med 1/7 hvert år der følger efter året hvori aktierne er erhvervet, således at der efter 9 år ikke længere er en begrænsning i fradragsretten⁶¹⁵. Denne rentefradragsbegrænsningsregel efter vilkår 2.4.2. er med det nye cirkulære ophævet for indkomstår, der påbegyndes den 1. januar eller senere. Dette er som tidligere nævnt en følge af indførslen af reglen om tynd kapitalisering i SEL § 11.

Fordelingen af skatterne i sambeskatning kan efter vilkår 2.5. foretages på tre forskellige måder. (1) Enten kan nettoskatten fordeles forholdsmæssigt på alle de selskaber med positiv indkomst. (2) Eller efter en tilsvarende fordeling men med en refusion fra de skattebesparende selskaber til de øvrige selskaber. (3) Eller nettoskatten placeres i sin helhed hos moderselskabet. Den én gang valgte metode kan kun ændres efter tilladelse fra skattemyndighederne. Det påhviler det danske moderselskab at sørge for, at bogføring mv. vedrørende det udenlandske selskab er tilrettelagt således, at resultatopgørelse og balance kan danne grundlag for ligningen af moderselskabet, jfr. vilkår 2.6⁶¹⁶. Vilkår 2.8. gør visse forskudsafskrivningsregler i afskrl. uanvendelige, idet det er et princip, at hvert selskab skal afskrive de maskiner, ejendomme mv. som selskabets selv har kontraheret. Vilkåret i 2.9. er blot en gentagelse af reglerne i SEL § 31, stk. 5-8 om indgangsværdier mv. Ophører datterselskabet ved likvidation foretages der ikke en afsluttende ansættelse af datterselskabet, jfr. vilkår 2.11. Ved ophør af andre årsager kan underskuddene ikke

615. Vilkåret er ikke ufravigeligt, således kan der efter ansøgning til LR bortses fra vilkåret såfremt det påvises, at der er tale om forretningsmæssigt begrundede finansieringsudgifter.

616. Der kan ligeledes kræves, at regnskabet skal oversættes til dansk, jfr. samme vilkår og regnskabet skal omregnes til danske kroner jfr. 2.7.

fremføres efter LL § 15 idet omfang disse har været brugt til fradrag ved opgørelsen af sambeskatningsindkomsten.

Indkomstopgørelsen i sambeskattede selskaber består af summen af de enkelte sambeskattede selskabers nettoindkomst. Disse nettoindkomster opgøres som hovedregel efter danske normale regler om selskabers indkomstopgørelse. Men ud over de behandlede vilkår mv. gælder der herud over visse særregler i lovgivningen der tager sigte på (enten udelukkende eller hovedsageligt) sambeskattede selskaber⁶¹⁷. Således skal man være opmærksom på den indførte nettoopgørelsesregel i LL § 33 F, hvilken suppleres f.s.v.a. kapitalindkomst af reglen i LL § 5 D. Heraf følger, at beregningen af udlandsindkomsten til udfindelse af lempelsesbeløbet efter LL § 33 eller en overenskomst skal fratrækkes de udgifter, der anses for at vedrøre sådan indkomst.

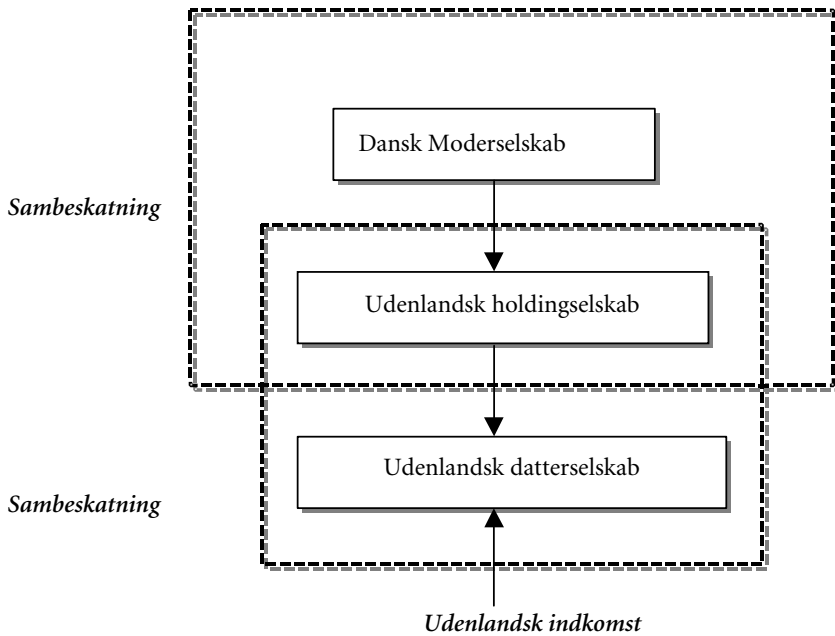
En anden særregel er den allerede nævnte LL § 5 I om bundne fradrag. Der henvises derfor for en beskrivelse heraf til ovenstående afsnit om filialbeskatning. Fremhæves i denne relation skal også reglen om bortseelse fra underskud i LL § 33 H, hvorom ligeledes henvises til ovenstående behandling. Løbende genbeskatning kommer ikke ved sambeskatning, idet den omtalte tvungne brug af creditmetoden i LL § 33 automatisk sørger for dette.

Ligeledes bør man have LL § 5 G (Double dip – no dip eller blot double dip) in mente⁶¹⁸. Bestemmelsen indebærer, at der ved den danske indkomstopgørelse ikke kan opnås fradrag for udgifter, som efter udenlandske regler kan fradrages, enten i indkomst oppebåret af skatteyderen selv eller af koncernforbundne selskaber til denne, hvis denne indkomst ikke indgår i den danske skatteberegning. Bestemmelsens kerneområde er tilfælde, hvor kun en del af en koncerns udenlandske datterselskaber er omfattet af en dansk sambeskatning, samtidig med at flere af de udenlandske selskaber i samme land indgår i en udenlandsk lokal sambeskatning, jfr. 2. pkt. Bestemmelsen skal modvirke dobbelt fradrag for den samme udgift (i Danmark og i udlandet), mens den modsvarende indtægt kun beskattes i udlandet. Bestemmelsens 1. pkt. omfatter tilfælde hvor der ikke er indgået en udenlandsk sambeskatning, men hvor der er udenlandske regler, bl.a. om skattegodtgørelse, der har en lignende effekt⁶¹⁹. Fradragsbegrænsningen omfatter alle tyske udgifter.

617. Disse regler er forklaret og eksemplificeret i Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997.

618. Se eksempelvis hertil *Niels Erik Jensen* i SU 1996.188.

619. Eksempelvis de svenske koncernbidragsregler og det tyske skattegodtgørelsessystem (der fungerer sideordnet med et egentligt sambeskatningssystem).



Figur 5: Hovedområdet for Double dip – no dip-reglen, jfr. bemærkningerne til L 118, s. 14.

Selvom der ikke i traditionel forstand kan opstå international dobbeltbeskatning ved moder- datterselskabstransaktioner, kan dette dog alligevel forekomme, hvor moderselskabet beskattes af datterselskabsudbytterne i såvel domicil- som kildelandet⁶²⁰. Et sådant tilfælde kan ikke længere løses ved anvendelse af bestemmelserne i indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster idet creditreglen i LL § 33, stk. 1 er gjort obligatorisk gennem LL § 33, stk. 6 for sambeskattede selskaber. Økonomisk dobbeltbeskatning som følge af sambeskatningsforholdet kan opstå, men er efter sagens natur overladt til national ret at afhjælpe⁶²¹. Hovedreglen hertil er den nævnte regel i LL § 33, stk. 6, jfr. stk. 1, hvor der er tale om en ordinær creditlempelse⁶²². Herudover kan der opnås udlandslempelse, jfr. § 4 i lov nr. 486 af 30.6. 1993.

620. Naturligvis bør de ovenfor behandlede regler om skattefrihed for sådanne betalinger have i erindring.

621. Det bør ligeledes erindres, at sambeskatningsinstituttet er en rent dansk foreteelse, hvorved udenlandske myndigheder ikke har nogen form for pligter i den henseende.

622. Brug af denne lempelsesmetode i sambeskatningstilfælde giver anledning til visse problemer ved placering af indkomstkilden, jfr. herom *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 1995, s. 295ff. Problemerne og disses mulige løsninger skal dog ikke nærmere omtales.

Sambeskatning ophører fra det øjeblik hvor betingelserne svigter, eller hvor et af selskaberne går konkurs. Ved likvidation ophører sambeskatningen ved likvidationens afslutning. Særbeskatningen påbegyndes ved sambeskatningens ophør. Ved et datterselskabs udtræden får genbeskatningsreglerne i LL § 33 E betydning⁶²³.

Hvis et udenlandsk selskab udtræder af sambeskatningen, sker der *fuld genbeskatning* af moderselskabet, såfremt datterselskabet tidligere har modregnet underskud i sambeskatningsindkomsten uden senere tilsvarende indtægter, jfr. hovedreglen i LL § 33 E, stk. 1, 1. pkt., medmindre stk. 3 finder anvendelse. At der bliver tale om fuld genbeskatning vil sige, at hele genbeskatningssaldoen kommer til beskatning. Denne saldo opgøres som underskud, som er fradraget i andre sambeskattede selskabers skattepligtige indkomst, og som ikke modsvares af senere års overskud⁶²⁴. Samme bestemmelses 2. pkt. bestemmer, at indkomsten skal opgøres samlet hvis der indgår flere selskaber fra samme land i sambeskatningen. 3. pkt. lader hhv. nettoover- og underskud fordele forholdsmæssigt hos de respektive over- og underskudsselskaber. Efter LL § 33 E, stk. 2 gennemføres som udgangspunkt ligeledes *fuld genbeskatning* i tilfælde, hvor et udenlandsk sambeskattet datterselskab helt eller delvist afhænder selskabets virksomhed til et koncernforbundet selskab (efter KGL § 4, stk. 2). Baggrunden for denne bestemmelse er, at der herved sikres, at datterselskabet ikke omgår genbeskatningen ved at udskille de sunde dele af selskabets aktiviteter. Som undtagelser hertil foreskriver ligeledes stk. 2 dog, at der ikke skal foretages genbeskatning i tilfælde hvor (1) samtlige selskabets aktiver overdrages til et andet datterselskab, der er omfattet af den danske sambeskatning, og (2) underskuddet for det overdragende selskab efter udenlandske regler overføres til det erhvervende selskab. Dette medfører, at det erhvervende selskab "principielt⁶²⁵" skal succedere i overtagende selskabs underskud. I tilfælde hvor undtagelsen finder anvendelse, overføres genbeskatningssaldoen til det erhvervende selskabs saldo. I henhold til § 33 E, stk. 6 sker der ligeledes fuld genbeskatning ved moderselskabets ophør fra at være fuld skattepligtigt i Danmark.

623. I det følgende gennemgås udelukkende retstilstanden som den tager sig ud ved underskud fra 1996 og senere, grundet afhandlingens gennemgående fremadrettede sigte. Reglen i LL § 33 E er også behandlet af *Jan Hald Pedersen* i R&R 1998/6, s. 7ff og *Christina D. Tvarnø*: Julebog, 1997, HHK, s. 59ff.

624. Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 6.5.3.1.

625. Principiel derved, at undtagelsen er uafhængig af afvigende udenlandske opgørelsesregler.

Efterfølgende er der visse situationer der udløser *begrænset genbeskatning*, jfr. LL § 33 E, stk. 3 og 4. Begrænset genbeskatning kommer til udtryk derved, at der sker en begrænset genbeskatning ved sambeskatningsophør men kombineret med en efterfølgende genbeskatning. Hvis sambeskatningen ophører som følge af salg af aktier, således at moderselskabet sammen med andre koncernforbundne selskaber ikke længere kontrollerer det udtrædende datterselskab⁶²⁶, medregnes højst et beløb svarende til den fortjeneste, som datterselskabet ville have opnået ved ophør af virksomhed og salg til handelsværdi af aktiverne⁶²⁷, med tillæg at et beløb svarende til skattefri udbytter og aktieavancer fra datterselskabet indenfor de seneste fem år af sambeskatningsperioden. Tilsvarende gælder for konkurs og likvidation såfremt datterselskabets virksomhed ikke helt eller delvis overføres til koncernforbundne selskaber. Hvis genbeskatningssaldoen ikke fuldt ud beskattes i forbindelse med ophøret af sambeskatningen, skal den resterende del beskattes i takt med, at der oppebæres udbytter eller aktieavancer fra det udenlandske datterselskab, stk. 4. Aktuelt foretages dette ved at modtagne udbytter og avancer modregnes i genbeskatningssaldoen. Såfremt der ikke er skattepligt i Danmark af udbytterne eller aktieavancerne, medregnes et beløb i moderselskabets indkomst der svarer hertil. Tilsvarende gælder hvis skattebetalingen nedsættes som følge af en dobbeltbeskatningslempe, jfr. 3. pkt. Grundet det forhold, at der er forskel i genbeskatningsreglerne alt efter om kontrol opgives eller ej, er der indsat en tilbagekøbsbestemmelse i LL § 33 E, stk. 5. Det følger af denne bestemmelse, at underskud der ikke er genbeskattet efter stk. 3 og 4, medregnes ved opgørelsen af moderselskabets skattepligtige indkomst, hvis moderselskabet alene eller sammen med andre koncernselskaber inden for 5 år efter ophør af sambeskatningen genvinder kontrol med det udtrædende selskab. Koncern og kontrol defineres ligesom tidligere. Den genbeskatning der finder sted tager udgangspunkt i restgenbeskatningssaldoen, som opgjort ved genbeskatningssaldoen fratrullet genbeskatning ved ophør efter stk. 3 og efterfølgende efter stk. 4.

Der skal ikke foretages genbeskatning i visse situationer ved det danske moderselskabs fusion, jfr. stk. 7, og ved fusion mellem sambeskatte datterselskaber, jfr. stk. 8. Stk. 9 finder anvendelse på tilfælde, hvor

626. Koncernbegrebet jævnføres KGL § 4, stk. 2 mens kontrol jævnføres SEL § 32. Fortolkningen er identisk med den gennemgåede LL § 33 D, stk. 7, cirkulærets pkt. 6.5.3.5., men giver ikke anledning til tilsvarende bemærkninger om brugen af koncern/kontrol begreberne idet LL § 33 E, stk. 3 sprogligt ligger i tråd med cirkulærefortolkningen.

627. Med andre ord likvidationsbeskatning.

selskabers hovedsæde flyttes til Danmark. Reglen søger at hindre omgåelse af LL § 33 E ved denne manøvre, ved at lade de almindelige genbeskatningsregler have tilsvarende virkning i denne situation.

Skattebetalingen beregnes i henhold til SEL § 29 B, stk. 2 hos moderselskabet. Hertil gælder det, at den samlede skattebetaling også påhviler moderen, jfr. § 31, stk. 3. og skal opkræves her, men selskaberne hæfter solidarisk. Denne regel suppleres af KKSL § 4, stk. 4 hvorefter selskaber, der var sambeskatte med et konkursramt selskab i året forud for det år, hvori konkursdekretet afsiges, hæfter for skatterne af det konkursramte selskabs konkursindkomst⁶²⁸.

*Underskudsmedregningsdirektivforslaget fra 1990*⁶²⁹

Direktivets materielle regler skal i det følgende behandles. Art. 1 pålægger medlemsstaterne, at indføre en ordning som tillader medregning af underskud for de omfattede rettighedssubjekter⁶³⁰. Det definitoriske apparat fastlægges gennem art. 2, hvori virksomhed, fast driftssted og datterselskab defineres. Således forstås *ved virksomhed med hjemsted i en medlemsstat*, enhver virksomhed, der i henhold til en medlemsstats skattelovgivning anses af have sit skattemæssige domicil i denne stat. Ved *fast driftssted* forstås ethvert fast forretningssted, gennem hvilket en virksomhed med hjemsted i en medlemsstat helt eller delvis udøver sin

628. Set bort fra disse særregler er det klare udgangspunkt, at selskaberne i en sambeskatning ikke hæfter for hinanden netop grundet sambeskatningen. En nyere Højesteretsdom om Midtlynfestivalen U 1997.1642 H (TfS 1997.780 H) statuerede hæftelsesgennembrud, idet et anpartsselskab hæftede for søsterselskabs gæld til Told & Skat, men der indgik dog ikke sambeskatning som et bedømmelsesmoment, dommen er kommenteret i TfS 1997.822 af Erik Werlauff.

629. Forslag til Rådets direktiv om regler for virksomhedernes medregning af underskud i deres faste driftssteder og datterselskaber i forskellige medlemsstater, KOM (90) 595. Retssammenlignende studier af danske forhold og direktivforslaget er foretaget af Christina D. Tvarnø op.cit., s. 59-86, hvor nugældende dansk skatteret og tendenserne heri holdes op mod forslaget. Tidligere er en tilsvarende eksercits foretaget af Erik Werlauff i Selskabsskatteret, 1994, s. 290-295 med analyse af dagældende regler i LL § 33 D. Ud over hos de anførte forfattere er direktivforslaget omtalt hos Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 263ff, A. H. Coumans & E. H. Fredriks i Intertax 1990.477, Maurice Mulders i ECTR 1997.123, Roger H. A. Muray i ET 1991.74, Otmar Thömmes i Intertax 1991.3 og medtaget af samme i EC Corporate Tax Law, hvor der er optimistisk afsat plads til en kommentar heraf i kap. 9, men endnu ikke kommenteret, samme i Intertax 1990.464 og endelig hos Erik Werlauff i TfR 1994.337.

630. Som er virksomheder med datterselskaber eller faste driftssteder i andre medlemsstater. Grundet det tydelige neutralitetssigte, forekommer det også klart, at direktivet ikke kun vedrører kapitalsselskaber men også andre virksomhedstyper.

aktivitet⁶³¹. Endelig skal ved et *datterselskab*⁶³² forstås ethvert selskab hvori et andet selskab besidder en kapitalandel på 75%, og dermed er sikret flertallet af stemmerne⁶³³. Koncerndefinitionen i art. 2, 3. tankestreg er baseret på den antagelse, at mindre kapitalandele blot er udtryk for en investering mens de 75% forekommer passende for at opnå den nødvendige kontrol over datterselskabet, høj grad af parallelitet mellem faste driftssteder og datterselskaber og sikring af et bredt anvendelsesområde⁶³⁴. Artikel 3 fastsætter kravet om skattepligt af selskabsskat og indkomstskat til staten i Danmark for at direktivet kan finde anvendelse. I henhold til art. 4 står det medlemsstaterne frit for at udvide direktivets anvendelsesområde til også at omfatte tredjelande, dog begrænset derved, at disse regler ikke må være mere gunstige end de gældende regler for selskaber mv. i andre medlemsstater.

Problemerne vedrørende faste driftssteder søges løst gennem art. 5-8. Efter art. 5 gives der valgfrihed for medlemsstaterne mellem den i art. 6 definerede creditmetode eller den i art. 7. definerede fradrags- og efterpålygningsmetode. Vælger staten creditmetoden, skal denne anvendes af alle virksomheder i staten. Vælges derimod fradrags- og efterpålygningsmetoden har virksomhederne valgfrihed mellem de to metoder. Følgelig defineres creditmetoden i art. 6, ved at det samlede overskud eller underskud i alle en virksomheds faste driftssteder i andre medlemsstater indregnes i virksomhedens resultat, og at den skat der eventuelt er svaret af overskud i faste driftssteder fradrages i virksomhedens skat⁶³⁵. Fradrags- og efterpålygningsmetoden defineres i art. 7 som (a) at bringe underskud i en virksomheds faste driftssteder til fradrag i virksomheden skattepligtige indkomst, og (b) pålygne senere overskud i disse faste driftssteder i virksomhedens skattepligtige indkomst med et beløb svarende til det foretagne fradrag. Efter stk. 2 skal de faste driftssteders re-

631. Ved en direkte direktivbaseret definition som denne må der være tilsigtet et selvstændig unionsretligt fast driftsstedsbegreb, og dermed ikke blot en overføring af det OECD baserede begreb, jfr. MDBO art. 5. Sml. *Søren Næsberg Jensen* op.cit., s. 268, men nok modsat *Erik Werlauff*: EF-Selskabsret, 1992, s. 94 og samme i *Selskabsskatteret*, 1994, s. 291 vedrørende spørgsmålet om hvorvidt definitionen er udformet i overensstemmelse med OECD's MDBO art. 5 eller ej. Det forekommer dog ganske nærliggende ved fortolkningen af begrebet og den nærmere afgrænsning heraf, at tage udgangspunkt i kommentarerne til MDBO art. 5. Den endelige fortolkningskompetence ligger hos EF-domstolen.

632. Det bemærkes også, at der ikke stilles krav til hvilken type juridisk person dette skal udgøre, dog forudsætningsvis et kapitalselskab.

633. Medlemsstaterne kan dog fastsætte lempeligere minimumskrav til besiddelsesandelen.

634. KOM (90) 595, s. 7, pkt. 13.

sultat opgøres særskilt hvor hver enkelt medlemsstat, efter de i etableringslandets gældende regler. Medlemsstaterne kan foreskrive, at underskud bragt til fradrag efter art. 7 efterpålignes automatisk virksomhedens skattepligtige resultat når efterpåligning ikke har fundet sted inden 5 år efter det år hvor underskuddet blev bragt til fradrag, eller når det faste driftssted er afhændet, likvideret eller omdannet til et datterselskab. Det ses, at fradrags- og efterpåligningsmetoden i store træk minder om exemptionsmetoden som denne benyttes i Danmark, med de dertil knyttede genbeskatningsregler i LL § 33 D mv.

Datterselskabsspørgsmål er behandlet i art. 9-12. For underskud i et datterselskab foreslås også fradrags- og efterpåligningsmetoden anvendt, dog således, at størrelsen af det fradragsberettigede underskud opgøres særskilt for hvert enkelt datterselskab og altså ikke efter globalindkomstprincippet, jfr. art. 9. Creditmetoden skal således ikke anvendes i datterselskabsforhold og ligesom det var tilfældet med underskudsfradrag i faste driftssteder kan medlemsstaterne også her foreskrive, at tidligere fradrag automatisk skal efterpålignes, hvis dette ikke er sket senest fem år efter at fradraget fandt sted. Den samme parallelitet gælder i tilfælde af, at datterselskabet afhændes eller omdannes til et fast driftssted eller når virksomhedens andel af datterselskabets kapital ikke længere når op på den minimumssats, der er fastsat af virksomhedens domicil-land, jfr. art. 10.

Art. 12 foreskriver, at direktivet ikke er til hinder for opretholdelsen eller indførelsen af sambeskatningsregler⁶³⁶. Art. 13 indeholder udka-stets skatteudnyttelsesregel.

Visse forskelle kan konstateres i de danske regler om underskudsmedregning og det intenderede regelsæt i direktivforslaget. Således er exemptionslempelsen afskaffet for danske sambeskattede selskaber mens direktivet anser netop denne metode for bedst egnet til at løse problemerne vedrørende datterselskaber⁶³⁷. Dog er muligheden i dansk ret bevaret for ikke-sambeskattede udenlandske datterselskaber, såfremt den

635. *Erik Werlauff* loc.cit. påpeger visse karakteristika herved (1) ingen tidsbegrænsning for hvor lang tid staterne må tåle underskudsmedregning, (2) driftsstedernes samlede resultat opgøres efter hjemstedsstatens retsregler, (3) overskud i driftsstedet skal også medregnes i hjemstedsstaten og endelig (4) at betalt skat af driftsstedets resultat, fradrages i virksomhedens skat. Heraf ses også at creditmetoden i direktivforslaget ganske nøje tilsvare den i dansk ret, og den internationale skatteret i øvrigt, anvendte metode af samme navn.

636. Dog med den modifikation, at der ikke kan opretholdes krav om 100% ejerskab som tilfældet jo er det i Danmark.

aktuelle overenskomst foreskriver dette. Ligeledes anvendes metoden som udgangspunkt også ved filialer i exemptionsstater. Men som påvist, er der gjort væsentlige indhug i denne ret. Genbeskatningsreglerne i dansk ret vedrørende koncerninterne selskabsoverdragelser er begrundet i den omfattende skatteudnyttelse. Selv om direktivudkastet ikke foreskriver hverken positivt eller negativt herom, kan reglerne ikke antages skulle forhindre sådanne tiltag. Det bør dog også bemærkes at Danmark på trods af stramningerne stadig har et af de mest fordelagtige sambeskatningsregimer i international sammenhæng. Dog er stramningerne ikke den rigtige vej at gå når formålet med foreliggende direktivudkast haves in mente, og Danmark kunne rettelig være vejviser i fremtidens selskabsbeskatningsklima i det indre marked, når holdningstendensen i unionens organer mv. tages i betragtning⁶³⁸.

Opsamling

Af ovenstående gennemgang kan slutes, at netop underskudsmedregningsmuligheder i vid udstrækning er båret af neutralitetshensyn. Det må hertil antages, at eksistensen af muligheden for koncerner er udslag af enhedsteorien, uden dog at der er tale om en egentlig *enhedsbeskatning*, sml. *Susanne Pedersen*: Sambeskatning i koncernforhold, 1995, passim. Det klare udgangspunkt forplumres imidlertid af mange tiltag i restriktiv retning og indførelse af særbestemmelser der begrænser mulighederne⁶³⁹. Men under iagttagelse af de observerede legislative krav må det kunne fastholdes, at der også på dette område er tilsikret skatteenutralitet. Dog er den iagttagede udviklingstendens i dansk skatteret ikke god med neutralitetsbrillerne på, og ej heller i EU sammenhæng⁶⁴⁰. Der kan ligeledes udtrykkes betænkelighed ved den konstatering at der oftest lovgives gennem cirkulærer på sambeskatningsområdet. Det ville

637. *Christina D. Tvarnø* antager i Julebog, 1997, Juridisk Institut, HHK, s. 84, at de danske regler ikke vil være direktivstridige, idet direktivet ikke sigter til valg af metode, men blot søger etableret muligheden for underskudsmodregning. Direktivet foreskriver dog som minimum brug af fradrags- og efterpålygningsmetoden, og når henses til baggrundsbetragtningerne for dette valg, jfr. begrundelsen pkt. 14, er standpunktet antageligvis rigtigt. Som det dog også ganske rigtigt videre anføres, må de danske regler dog nok ændres ved en vedtagelse, så de tillige harmonerer med direktivets ordlyd.

638. Jeg indtager dog den holdning, at der bør være grænser for hvor tossegode vi bør være, ved at have væsentligt bedre regler end vore unionskolleger mv. Stramningen forekommer derfor rimeligt begrundet. Se for en mindre pessimistisk vurdering *Christina D. Tvarnø* op.cit. s. 85.

639. Hvilket udelukkende skyldes skatteudnyttelse, og derfor så at sige er selvforskyldt.

640. Jfr. konklusionen hos *Christina D. Tvarnø* i Julebog, 1997, Juridisk Institut, HHK, s. 83ff.

ligeledes være gunstigt, såfremt ejerkravet på 100% blev nedsat til evt. 90% så flere selskaber samtidigt kunne opnå fordele⁶⁴¹. Der kunne med fordel meget vel eksistere en selvstændig lov om sambeskatning, men hvorfor da ikke tage skridtet fuldt og lave en samlet “koncernskattelov”?

Samlet må det siges, at der stadig er tale om ganske gode resultatudjævningsmuligheder for koncerner, og dette bør ikke forglemmes. Og når sandheden skal for dagen, er sambeskatningsreglerne noget af det bedste vi nok kommer til at se. Hermed er der tilvejebragt dokumentation for det opstillede led af hypotesen for koncerneksistens.

3.2.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Reglerne herom findes også i USA i det lokale sambeskatningsinstitut, jfr. IRC Sec. 1501-1504⁶⁴². Virkningen af reglerne er, at selskaberne tildeles en behandling som udgjorde de én enhed i skatteretlig sammenhæng. Som tilfældet også er det i Danmark, er der relativt beskeden lovfæstet regulering heraf idet reglerne overvejende efter bemyndigelsesbestemmelser befinder sig tilhørende regulativer udstedt af Treasury Departments sekretariat⁶⁴³. Baggrunden for reguleringen lader til at være den samme som er fremhævet for Danmarks vedkommende, altså en anerkendelse af enhedsteorien. De amerikanske regler går dog et skridt længere i denne anerkendelse, idet koncerninterne transaktioner elimineres fra skatteberegningen, som det kendes fra koncernregnskabsretten i Danmark og det øvrige EU.

For at falde under reglernes anvendelsesområde er det et krav, at koncernen også udgør en sådan i lovens forstand, jfr. Sec. 1504 om definitionen af “*affiliated groups*”. Dette krav udmyntes i krav om, at et nationalt (og kun et nationalt) moderselskab skal eje mindst 80% af aktierne i et andet nationalt selskab herunder både 80% af den totale stemmeret i alle aktieklasser og 80% af markedsværdien af alle datterselskabets ak-

641. Jfr. konklusionen hos *Susanne Pedersen*: Sambeskatning i koncernforhold, 1995, s. 329ff.

642. Kaldet *fiscal unity, consolidated group taxation* eller *consolidated returns*, jfr. herom *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg*: Federal Corporate Taxation, 1998, s. 279ff, *Stephen A. Lind et al*: Fundamentals of Corporate taxation, 1997/98, s. 652ff og *Samuel C. Thompson*: Taxation of Business Entities, 1994, s. 446ff. Sidstnævnte er mest udførlig i sin beskrivelse.

643. Se *Samuel C. Thompson*, 1994, s. 446ff med en generel beskrivelse af reglerne om consolidated returns og også en detaljeret gennemgang af de tilhørende Treasury Regulations, der kan siges at svare til Ligningsrådets vilkår og betingelser. Disse regler vil ikke bliver nærmere behandlet i denne sammenhæng.

tier, Sec 1504(a)(1) og (2). Visse aktier skal der bortses fra i denne test efter Sec 1504(a)(4). Dette inkluderer; stemmeløse aktier, præferenceaktier, aktier med specielle tilbagekøbs- og likvidationsrettigheder tilknyttet, samt aktier der ikke kan konverteres til andre aktieklasser. Som nævnt opstiller de tilhørende regulativer nærmere betingelser og operating rules. Det er ligeledes i denne regulering at den væsentligste begrænsning i reglernes anvendelse gemmer sig.

Som nævnt skal alle koncerninterne transaktioner elimineres ved den konsoliderede opgørelse. I stedet opgøres en konsolideret koncernindkomst⁶⁴⁴. Opgørelsen heraf er kompleks. Der sondres mellem udskudte interne transaktioner og andre interne transaktioner. I relation til sidstnævnte kategori bestemmer regulations, at betaler og modtager skal medregne og fratrække beløbene i det samme indkomstår. Heraf følger den nettoeffekt, at der så at sige er foretaget en "vask" af den konsoliderede indkomst. Førstnævnte kategori omhandler salg eller ombytning af ejendom eller udførelse af serviceydelser, hvor betalingerne skal kapitaliseres. Hertil findes et system om "*suspense account*", der medfører, at beskatning udskydes indtil indtrædelse af visse begivenheder. Herved følger, at det sælgende selskab skal beskattes af gevinst (eller have fradrag for tab) med passende afskrivninger foretaget af det modtagende selskab.

Der realiseres ikke skattepligtige fortjenester mv. før en koncernfremmed realisation er foretaget. Heri ligger også, at underskud kan medregnes hos koncernforbundne selskaber, idet tab og gevinster opgøres totalt. Interne udbyttebetalinger udeholdes ligeledes fra indkomstopgørelsen, også selvom alle de ordinære krav til skattefritagelse ved udbyttebetalinger ikke er opfyldt⁶⁴⁵. Der findes et specielt system om "*investment account*", hvor dobbeltbeskatning og dobbeltfradrag ved salg af datterselskabsaktier søges undgået. Metoden indebærer helt overordnet, at datterselskabsindkomst, hvadenten positiv eller negativ, der indgår i den konsoliderede indkomst, forøger eller formindsker værdien af moderselskabets aktiebesiddelse efter en årlig justering, jfr. Treas Reg. § 1.1502-32.

Når én gang sambeskatning er etableret, skal dette fortsættes, med mindre den lokale Commissioner finder at der er en god grund til ophævelsen heraf⁶⁴⁶. Der findes flere regulativer der foretager indskrænk-

644. Se om metoderne hertil *Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities*, 1994, s. 453 med gennemgang af de relevante Regulations.

645. *Samuel C. Thompson*, op.cit., s. 457.

646. Jfr. Treas. Reg. §1.1502-75(c)(1).

ninger i instituttet herunder blandt andet ved ejerskabsændringer for at forhindre overtagelser af underskud mv.

3.3. *Koncernbidrag, tilskud o.lign*

3.3.1. *Almindeligt led*

I situationer hvor enheder i koncernen lider økonomisk nød, kan det være forretningsmæssigt naturligt begrundet, at tilføre det nødlidende selskab kapital el.lign. til dækning af behovet. Enhver koncernchef vil opfatte en sådan disposition som nærliggende og almindelig. Der er dog heller ikke noget odiøst i transaktioner hvorved koncernselskaber undsættes, men spørgsmålet er hvorvidt den omstændighed, at der er ydet et tilskud, medfører fradragsret for tilskuddet som en driftsomkostning for det ydende selskab. Der eksisterer ikke internationale retsforskrifter i konkurrence med de foreliggende unilaterale, og fremstillingen tager følgelig singulært udgangspunkt⁶⁴⁷.

Spørgsmålet er i al sin simpelhed, om der kan opnås fradrag for ydede koncernbidrag. Såfremt dette tillades vil det være muligt, at lade den samlede koncernlikviditet operere hvor denne var behovet, uden at der er skattemæssige byrder forbundet hermed⁶⁴⁸. Visse begrebsmæssige afgrænsninger findes relevante at foretage. Begrebet koncernbidrag kan siges at indeholde visse delelementer. Udsondres kan en kategori indeholdende "*koncernbidrag og driftstilskud*" og en gruppe indeholdende "*maskerede bidrag*". Afhandlings formål med nærværende afsnit tilsiger en ensidig fokusering på førstnævnte gruppe (deraf overskriften). Begrundelsen herfor er det forhold, at sidstnævnte kategori begrebsmæssigt falder indenfor den øvrige gennemgang. Maskerede bidrag bedømmes således efter arms længde prøvelsen, hvorfor henvisning til enkelte

647. Det fremkommer således allerede nu, at det er op til det eksisterende driftsomkostningsbegreb efter SL § 6 at klassificere udgiften som værende fradragsberettiget eller ej. Som det tidligere er nævnt, foreligger der et direktivudkast fra 1988 om opgørelsen af den skattepligtige indkomst, hvorefter det indeholdte driftsomkostningsbegreb vil tillade fradragsret for alle driftsomkostninger, hvis de bidrager til den skattepligtige indkomst. Herved kunne koncernbidrag mv. falde ind under, idet sådanne tilskud (umaskerede) unægtelig har netop dette formål. Såfremt begrebet dog skal forstås som tilfældet, er det med det af det danske Skatte Lovråds foreslåede i betænkning nr. 1221/1991 om driftsomkostningsbegrebet, er slutningen mere tvivlsom. Heri er nemlig indtil videre indlagt den begrænsning, at den foreslåede generelle fradragsret ikke bør finde anvendelse for koncernforbundne selskaber. Selvstændige undersøgelser herom anbefales foretaget.

648. Derfor er det for så vidt underordnet om der findes konkret fradragsmulighed grundet i enhedsbetragtningen eller om der stedse bortses fra transaktionen i skattemæssig henseende.

typesituationer i afhandlingsens øvrige afsnit kan foretages⁶⁴⁹. Yderligere bør det indskræpes, at koncernbidrag kun tager sigte på den transaktion der udspiller sig ved tilskud eller en eller anden form for økonomisk støtte fra et moderselskab til et datterselskab. Disponeres der med omvendt fortegn fra datter til moder, antager situationen karakter af udbyttebetalinger⁶⁵⁰, hvilke jo specifikt er behandlet ovenfor. Af dette fremkommer ligeledes hvad der må forstås som koncernbidrag, nemlig: tilskud eller anden form for økonomisk støtte, der udgår fra moderselskaber med datterselskaber som adressater⁶⁵¹. Det bør hertil også bemærkes, at den skattemæssige behandling af maskerede bidrag vil være udtryk for en pligtmæssige skatteneutralitet.

Efter statsskattelovens § 6 a kan driftsomkostninger fradrages ved indkomstopgørelsen. Baggrunden for bestemmelsen er, at sikre opretholdelsen af nettoindkomstprincippet gennem tilladelse af fradragsret. Bestemmelsen omfatter udgifter, der i årenes løb er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten. Fradragsberettigede driftsomkostninger må afgrænses overfor ikke-fradragsberettigede private udgifter, etableringsudgifter og udgifter vedrørende ændringer i indkomstgrundlaget⁶⁵². Ud over den gamle slager må man kigge langt efter andre reguleringstiltag på området. Vurderingen af hvorvidt fradrag skal tillades, er derfor i vid udstrækning et spørgsmål om fortolkning af den forelig-

649. *Søren Vestergaard Hansen* påpeger i SR-skat 1992.455, at dagældende SEL § 12 ikke som enkeltbestemmelse kunne tillægges status som relevant hjemmel, idet koncernbidragssituationen falder udenfor anvendelsesområdet. Der angives dog ikke nogen alternativ korrektionshjemmel i den anførte artikel. Koncernbidrag omhandler en form for økonomisk støtte fra moder til datterselskab, og der indgår ikke noget ønske om beskatning hos den lavest beskattede jurisdiktion. Reglen i SEL § 12 tog sigte på en opfangelse af de vilkår, der medfører en overførelse af indkomst fra Danmark til udlandet grundet moderselskabets kontrollerende indflydelse. Ganske rigtig forekommer ytringen om, at § 12 ikke fandt anvendelse ved overførsler fra et moderselskab til et datterselskab (trods teoretisk uenighed herom), men når forfatteren går så vidt som til at antyde, at bestemmelsen ikke burde finde anvendelse idet koncernbidrag er udtryk for et ønske om datterselskabsbegunstigelse, hvilket står i modstrid med tankegangen bag § 12, må jeg betvivle dette. Hertil må det nemlig anføres, at der ikke forekommer at kunne indlæses en subjektivt hensigtsbedømmelse i SEL § 12. Der findes da ej heller støtte nogetsteds for en sådan antagelse.

650. Det er jo objektivt set udbyttebetalinger der vil være tale om, og skattefrihed er principielt sikret i denne sammenhæng, kun betinget af ejerskab mv. Såvel almindeligt som maskeret udbytte omfattes, jfr. det brede udbyttebegreb i LL § 16 A.

651. Jfr. *Søren Vestergaard Hansen* op.cit.

652. Bestemmelsen omfatter også ordinære afskrivninger og suppleres af en række bestemmelser i Ligningsloven.

gende retspraksis. Praksis på dette område kan dog ikke siges at være overvældende af omfang, men antager alligevel et omfang, der gør visse slutninger mulige. Som udgangspunkt gælder det, at transaktionen for det ydende selskab må betragtes som en ikke-fradragsberettiget formueudgift⁶⁵³. Dette udgangspunkt kommer således til udtryk i LV 1997 E.A.2.1.3:

“...Hvis modtagerne af den afholdte driftsudgift er nært forbunden med skatteyderen [moderselskabet] og dermed har sammenfaldende interesser med denne, må der som forudsætning for omkostningsfradrag stilles krav til skatteyderen om at godtgøre tilstedeværelsen af en driftsmæssig begrundelse for dispositionen. Som udgangspunkt må det antages, at driftstilskud fra et moderselskab til et datterselskab ikke er begrundet i hensynet til moderselskabets løbende indtjening, men derimod i andre interesser, der er driften uvedkommende – typisk en sikring af formueinteresserne i datterselskabet...”

Heraf fremkommer, at overførslernes formål og karakter kan tilsige en ændret bedømmelse⁶⁵⁴. Forskellige typer af tilskud kan forekomme, med forskellig retlig bedømmelse påhæftet. Koncernbidrag kan forekomme gennem indskud i datterselskabet⁶⁵⁵. Dette kan ske dels ved selskabets stiftelse dels som en kapitalforhøjelse senere i livsforløbet. Ydes *kontantindskud* er dette de lege lata ikke fradragsberettiget, hverken ved stiftelse eller senere. Forklaringen herpå skal søges i den omstændighed, at indskuddet ikke har den krævede direkte relation til moderselskabets indkomsterhvervelse, når betalingen sker som et led i tilvejebringelse af kapitalgrundlaget. Foretages *realindskud* foreligger der afståelse fra moderselskabets side, hvilket udløser kapitalgevinstbeskatning hos dette. Fastlæggelse af afståelsesvederlaget for de indskudte aktiver, har følgende

653. Jfr. LV 1997 S.C.1.2.2. jfr. LV 1997 E.A.2.1.3., Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.; Skatteretten 2, 1995, s. 464, Svend Høgsberg Kristensen: Beskatning af koncerner, 1981, s. 105, Jan Nielsen og Gitte Ebert i R&R 1989/9, s. 24ff.

654. Hvilket fremkommer af praksis efter U 1976.60 (ESSO A/S), TfS 1984.61 LSK, U 1984.90 H (TfS 1984.2 H – Segaltmøllens Brødfabrik A/S), TfS 1993.196 LSK, TfS 1993.457 V (Haarup Maskinfabrik A/S), TfS 1995.339 V (ICEA A/S). Med modsat resultat kan fremhæves, U 1990.448 H (TfS 1990.214 – Christiani & Nielsen A/S), TfS 1996.282 Ø (Haribo Lakrids A/S) og TfS 1997.431 V (Vald. Birns Jernstøberi A/S). Hertil kommer, at der findes en omfangsrig praksis fra området omkring personlige tilskud og kautionstab.

655. Ved indskud forstås ethvert – af moderselskabet foretaget – indskud i datterselskabet, som modsvares af en modydelse i form af udstedte aktier eller anparter i datterselskabet. Afgrænsende overfor tilskud er indskuddet altså en tosidet transaktion mens tilskuddet er ensidig. Udebliver modsvarende ydelse er modtagende datterselskab principielt skattepligtig efter en gavebetragtning, jfr. SL § 4 c.

betydning for avanceopgørelsen og udgør tillige afskrivningsgrundlaget for det modtagende datterselskab⁶⁵⁶. Ydes tilskud, er der som nævnt tale om en ensidig disposition, hvorved gavebetragtningen forekommer nærliggende. Betragtningen kan nok ikke opretholdes uanfægtet idet blandt andet den i gavebegrebet almindeligt indeholdte forudsætning om gavegivers formue objektivt set formindskes, typisk ikke vil være opfyldt. Forklaringen ligger i, at det ydede tilskud ceteris paribus vil forøge værdien af aktiebeholdningen⁶⁵⁷. Fradragsret må søges i fortolkningen af SL § 6, stk. 1, litra a. I relation til tilskud fra et moderselskab indsnævres fradragsproblematikken til en afgrænsning mellem – på den ene side – de fradragsberettigede driftsomkostninger, hvor tilskuddet ydes af hensyn til moderselskabets løbende indkomsterhvervelse, dvs. udgifter, der har direkte forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, og – på den anden side – de ikke-fradragsberettigede anlægs- og etableringsudgifter, hvor tilskuddet snarere tjener til sikring af kapitalinteresser frem for en sikring af selve indkomsten. Det centrale element i driftsomkostningsbegrebet refererer sig i denne kontekst til et ikke nærmere defineret krav om tilknytning mellem tilskuddet (udgiften) og erhvervelsen af moderselskabets løbende indkomst. Fremdeles må det være hensynet til den løbende indtjening (driften), der begrundet moderselskabets ydelse af tilskud, og ikke hensynet til det underliggende indkomstgrundlag (formuen). De nærmere konkrete kriterier for at opnå fradragsret må udledes af retspraksis. Spørgsmålet har været placeret til pådømmelse på Højesterets bord i to tilfælde, U 1976.60 H (ESSO A/S) og U 1990.448 H (TfS 1990.214 – Christiani & Nielsen A/S).

I ESSO-dommen opnåede moderselskabet fradrag som driftsomkostning af et tilskud til datterselskaber til dækning af et underskud heri. Datterselskaberne drev sådanne benzinstationer, som ved vejarbejde, trafikomlægninger mv. måtte konstatere underskud i kortere eller længere perioder, ligesom datterselskaberne drev benzinstationer ved grænsen, færgeoverfarter mv., hvor moderselskabet så en reklamemæssig værdi i at være repræsenteret. Datterselskaberne havde forpagtet stationerne af moderselskabet og svarede normal forpagtningsafgift. Moderselskabets øvrige – og som regel overskudsgivende – benzinstationer

656. Jfr. Søren Vestergaard Hansen, SR-skat, 1992.455.

657. Søren Vestergaard Hansen op.cit., s. 457 med note 13. Forfatteren fremhæver tillige en anden begrundelse for gavebegrebets manglende slagkraft i denne relation, nemlig, at et ydet tilskud vil være grundet i moderselskabets erhvervsmæssige interesse i at sikre datterselskabets eksistens, mens en gaveydelse normalt er grundet i udslag af gavmildhed og et ønske om begunstigelse.

blev drevet ved selvstændige forpagtere uden anden tilknytning end selve forpagtningsforholdet. Højesterets flertal lagde til grund, at moderselskabet havde en driftsmæssig interesse (*“af konkurrencehensyn og til fremme af omsætningen i almindelighed”*) i at opretholde driften af de i datterselskaberne drevne benzinstationer, som i perioder ikke kunne drives med overskud. Tilskuddene var derfor et naturligt led i moderselskabets almindelige drift og derfor fradragsberettigede. Datterselskaberne havde indtægtsført tilskuddene.

Tilskuddene var altså ydet af hensyn til moderselskabets afsætningsmæssige interesse (reklameværdien mv.), og dermed i sidste ende moderselskabets løbende indkomst. Yderligere kan det af dommen udledes, at fradragsret er betinget af, at der mellem de pågældende selskaber er etableret et egentligt samhandelsforhold, som indebærer en direkte omsætningsrelation til det tilskudsgivende selskab. Datterselskabet skal med andre ord have en sådan forbindelse til moderselskabets drift og deraf følgende indkomsterhvervelse, at det ydede tilskud herved kunne kvalificeres som en fradragsberettiget driftsomkostning for moderselskabet, jfr. herom *Søren Vestergaard Hansen*, SR-skat 1992, s. 459. I en bog af *Collin Hansen og Magni Magnussen*: En analyse af det skatteretlige driftomkostningsbegreb, 1986, fremhæves netop ESSO-dommen som udtryk for en accept af enhedsteorien i retspraksis. Således anføres på s. 114, at

“...på baggrund af dommen må det derimod antages, at enhedspræget og uniformiteten i koncernens virksomhed kombineret med datterselskabets anonymitet – altså helhedsbillede overfor omverdenen – i visse tilfælde kan bevirke, at det traditionelle civilretlige bedømmelsesgrundlag erstattes af et selvstændigt skatteretligt grundlag, hvor det afgørende for fradragsretten er udgiftens tilknytning til koncernens samlede drift.”

Det postuleres således, at det afgørende for fradragsretten er udgiftens tilknytning til koncernens samlede drift og at omkostningsbedømmelsen inddrager hele koncernen. *Søren Vestergaard Hansen* op.cit. finder ikke, at man kan tage U 1976.60 H til indtægt for en sådan antagelse. Han begrundet dette med, at en tilslutning i sin yderste konsekvens ville betyde, at den i skatteretten traditionelle opdeling af de erhvervsmæssige udgifter (fradragsberettigede driftsomkostninger ctr. ikke-fradragsberettigede anlægs- og etableringsudgifter) i så fald ville elimineres indenfor den samlede koncern. Forfatteren finder, at Højesterets præmisser meget vel kan læses derhen, at flertallet slet og ret anså den nødvendige sammenhæng mellem moderselskabets indkomsterhvervelse og

ydelsen af tilskuddene for beviseliggjort gennem den afsætningsmæssige interesse, moderselskabet havde i opretholdelsen af datterselskaberne. Jeg kan tilslutte mig forfatterens konklusion i den konkrete sag, idet jeg heller ikke finder det sandsynligt, at enhedsteorien har båret flertallets motivation, men snarere finder, at sagen er konkret begrundet i en fortolkning af SL § 6 a i relation til sagens omstændigheder (hvilket også bekræftes af Christiani & Nielsen-sagen). Derimod deler jeg ikke forfatterens begrundelse for hvorfor en enhedsbetragtning ikke er fornuftig. At en bevarelse af driftsomkostningsbegrebet i sig selv skulle være et mål har jeg svært ved at følge, netop ved det faktum, at begrebet ikke følger realiteterne som eksempelvis koncernbidrag er udtryk for. Forfatteren gør dog ud over dette sit standpunkt ganske klart, idet han læner sig op ad gældende ret som et argument i sig selv (Justitias bind for øjnene) og undlader den principielle vurdering af enhedsteoriens egnethed. Senere i artiklen i et de lege ferenda afsnit diskuterer forfatteren mulighederne for indførelse af selvstændige koncernbidragsregler, men begrundelsen for en afkræftende besvarelse herpå er igen konkret begrundet (dog nok ganske rigtig).

U 1990.448 H (Christiani & Nielsen A/S)⁶⁵⁸. Et udenlandsk datterselskab havde forpligtet sig til at betale en årlig afgift på 2% af omsætningen til moderselskabet for goodwill, know-how mv. Grundet datterselskabets økonomiske vanskeligheder besluttedes at suspendere afgiften. Suspensionen gennemførtes ved, at der regnskabsførtes et modstående tilskud til datterselskabet. Datterselskabet udgiftsførte og fradrog den aftalte afgift, men indtægtsførte ikke tilskuddet, idet der forelå et ikke-skattepligtigt kapitalindskud efter det pågældende lands skattelovgivning. Moderselskabet indtægtsførte alene differencen mellem afgiften og tilskuddet. Højesteret nægtede moderselskabet fradragsret for tilskuddet. Efter de fremførte anbringender statuerede Højesteret, at den aftalte afgift ikke med skatemæssig virkning kunne suspenderes, idet kravet herpå bestod og ikke var uerholdeligt. Det statueredes samtidig, at tilskuddene skete som et led i en kapitaltilførsel til datterselskaber, som var nødvendig for, at dette kunne opretholdes, men som ikke havde en sådan betydning for moderselskabets egen indkomsterhvervelse, at afgiften var en fradragsberettiget driftsomkostning omfattet af SL § 6, stk. 1, litra a.

658. Dommen er blandt andre kommenteret af Ole Bjørn i SR-skat 1990.208f, I. A. Strobel i TfS 1990.212f og Flemming Heden Knudsen i R&R 1990 SM 99.

Ved denne dom har Højesteret tilsluttet sig synspunktet om, at det afgørende for fradragsret for ydet tilskud, er, at der er sammenhæng mellem moderselskabets indkomsterhvervelse og ydelsen af tilskuddet. Årsagen til domstolens nægtelse af fradragsret skal formentlig søges i, at tilskuddene efter de for Højesterets forelagte anbringender kun vanskeligt kunne kvalificeres som fradragsberettigede driftsomkostninger⁶⁵⁹. Det under sagen fremførte anbringende om at tilskuddet var et naturligt led i moderselskabets drift, fordi det af hensyn til koncernens image var af betydning for indtjeningen, at datterselskabet opfyldte sine forpligtelser (enhedsbetragtningen igen fra erhvervslivets side!), vandt ikke gehør hos dommerpanelet. Det gøres gældende hertil som også referet ovenfor, at en accept af dette anbringende i sin yderste konsekvens ville eliminere omkostningssondringen for koncerner, *hvilket er uforeneligt med gældende ret*. Derfor måtte man i erkendelse heraf have argumenteret på systemets egne præmisser. Således kunne et anbringende om, at tilskuddet var ydet med det formål at sikre moderselskabets fremtidige årlige indtjening fra licensafgiften, formentlig medføre anerkendelse af fradragsret, idet et sådant anbringende givet dokumenterer den nødvendige forbindelse mellem moderselskabets indkomsterhvervelse og ydelsen af tilskuddet⁶⁶⁰.

På baggrund af disse domme kan spørgsmålet om den skattemæssige behandling af koncernbidrag formentlig sluttes, at være synonym med den almindelige behandling erhvervsmæssige udgifter som skismaet mellem på den ene side driftsomkostninger og på den anden anlægs- og etableringsudgifter. Sammenfattende kan det derfor vedrørende tilskud ytres, at der vil være fradragsret i det omfang, tilskuddet ydes som et naturligt led i moderselskabets løbende indkomsterhvervelse og der herved foreligger en aktuel og konkret driftsmæssig begrundelse for at yde tilskuddet. De konkrete domme viste to muligheder, (1) et ønske om at sikre datterselskabets fortsatte eksistens, for derigennem at sikre afsætningen af egne produkter, og (2) ønsket om at sikre en fremtidig årligt indtjening fra datterselskabet⁶⁶¹. Ligeledes må antages, at tilskud, ydet med det formål at sikre det i datterselskabet eksisterende indkomstgrundlag, må anses for ikke-fradragsberettigede formueudgifter for moderen, idet sådanne udgifter anses for afholdt med henblik på sikring af de i datterselskabet eksisterende kapitalinteresser. Når det er bestemt, hvorvidt der er tale om fradragsberettigede omkostninger eller ej, kan

659. Søren Vestergaard Hansen op.cit. s. 461.

660. Loc. cit.

det ganske ukompliceret tilføjes, at tilskuddet for modtagende selskab udgør skattepligtig indkomst.

I Skatteretten 2, s. 465, mener *Jan Pedersen* at kunne udlede følgende kriterier af den foreliggende praksis (min opstilling);

1. Det underskudsgivende selskab skal have en nær driftsmæssig tilknytning til de øvrige koncernselskaber således at disse fremstår som en driftsmæssig enhed. Det kan muligvis konkluderes, at fradragsretten forudsætter, at datterselskabets virksomhed er direkte afhængig af moderselskabet, idet dette virker som hovedleverandør, hovedaf-tager ellign. i forhold til datterselskabet.
2. Det er samtidig en forudsætning, at underskuddet i datterselskabet vedrører omsætningen med moderselskabet, og
3. at tilskuddet er indtægtsført hos datterselskabet som et skattepligtigt driftstilskud, og
4. at fradragsretten kan aktualiseres, hvis underskuddet i et af selska-berne skyldes, at vilkårene for samhandel mellem koncernselska-berne har udløst en utilsigtet skæv indkomstfordeling (der henvises i denne forbindelse til U 1984.160 H (Lasse Knud Nørremark og Knud Christensen Nørremark)).
5. Af betydning vil givetvis være, om det i nogen grad skyldes tilfældig-heder, at en sammenhængende virksomhedsmæssig drift er opdelt i flere koncernselskaber frem for et enkelt selskab (der henvises til TfS 1984.61 LSK og TfS 1993.457 V (Haarup maskinfabrik A/S)).

Som det ses, tillægger forfatteren enhedsbetragtningen stor betydning i vurderingen af koncernbidragsspørgsmålet. Men som det tillige er fremkommet, er jeg mere tilbøjelig til at tilslutte mig omtalte stand-punkt om, at der slet og ret er fundet den tilstrækkelige driftsmæssige tilknytning for udgiften.

661. Se yderligere *Flemming Johnsen* i R&R 1997 SM 121 med en omtale af et retsforlig fra Østre Landsret, hvor nogle ydede betalinger gennem provision blev tilladt fra-draget idet beløbet efter rettens mening alene dækkede over afholdte udgifter i et Luxembourg selskab. Forfatterens konklusion er, at Landsretten og Skatteministe-riet har godkendt en fremgangsmåde, der giver danske moderselskaber en ganske god rettesnor for håndteringen af ydelser, der alene skal sikre afsætning af moder-selskabets produkter. Selvom datterselskabet i Luxembourg i den foreliggende sag var moderselskabets eneste salgsled, må det formentlig antages, at domstolene til-lader fradragsret også i det tilfælde, hvor salgsselskaber alene dækker regionale områder.

Koncernbidrag kan forekomme ved *lån*, idet lån kan udgøre et maskeret bidrag gennem fordelagtige finansieringsvilkår. Om sådanne vilkår henvises til supra afsnit 2.3.2. Når der ikke er tale om maskerede bidrag er lån gensidige og ikke udtryk for bidrag. En enkelt regel har dog betydning for koncerninterne låneforhold, og det er den i afsnit 2.3.3. omtalte KGL § 4, hvilken bør have i mente.

Et koncernbidrag kan ydes ved påtagelse af *kautionsforpligtelse* for et koncernselskab, hvorved bidragssituationen fremkommer ved forpligtelsens aktualisering. Retsgrundlaget til bedømmelse heraf er igen SL § 6, stk. 1, litra a. Moderselskabets fradragsret er således betinget af, at kautionen er påtaget for at erhverve, sikre eller vedligeholde indkomsten (den fornødne driftsmæssige begrundelse). Det afgørende er ikke, om det ved kautionsforpligtelsens aktualisering realiserede tab kan anses som udslag af en naturlig driftsrisiko, men derimod om den til grund for tabet liggende disposition kan anses for foretaget som et naturligt eller sædvanligt led i moderselskabets aktuelle bestræbelser på at erhverve indkomst. Problemstillingen illustreres i retspraksis af U 1984.90 H (Segalbmøllens Brødfabrik A/S)⁶⁶².

I Sagen havde en brødfabrik, efter at have indskudt ny aktiekapital i en konkurrerende brødfabrik i økonomiske vanskeligheder, indgået et økonomisk samarbejde med denne. Den retlige natur for samarbejdet var uklar, hvorfor en kornleverendør (KFK) gjorde det indskydende selskab ansvarlig for det andets varekøb. Ved et udenretligt forlig blev en del af kornleverendørernes tilgodehavende indfriet. Højesterets flertal på 4 dommere tillod denne udgift fradraget efter SL § 6, stk. 1, litra a. Under henvisning til, at der mellem selskaberne forelå et driftsmæssigt samarbejde om produktion, afsætning m.v., fandtes udgiften at have en sådan tilknytning til den løbende drift, at den måtte anses for en driftsomkostning. Én dommer fandt, at der forelå en ikke-fradragsberettiget formueudgift, som var påtaget uden retlig forpligtelse og til sikring af det samarbejdende selskabs eksistens⁶⁶³.

Fradragsretten er således betinget af, om udgiften har den fornødne driftsmæssige begrundelse. Tilsvarende må antages at gælde f.s.v.a. garantier, erstatninger o.lign.⁶⁶⁴. Er kautionsforpligtelsen påtaget for at

662. Se ligeledes TfS 1985.111 LSK.

663. Som det ses omhandler sagen ikke direkte koncernforhold, men der antages ikke at gælde særegne forhold blot ved det, at kautionisten ejer støtteobjektet. Retsvirkningerne er derfor identiske, og dommen kan tages til indtægt også for koncernforhold, jfr. Søren Vestergaard, a.st., s. 465.

664. Jfr. Skatteretten 2, 1995, s. 466.

etablere en fremtidig indkomstkilde, anses et eventuelt senere tab som en ikke-fradragsberettiget formueudgift⁶⁶⁵. *Gældseftergivelse* er endelig en bidragsmetode. Der kan i denne forbindelse sondres mellem frigørelse ved akkordlignende forhold og frigørelse ved forældelse. Herom gælder blandt andet særregler i KGL § 24 hvilke ikke nærmere skal gøres til genstand for behandling⁶⁶⁶.

3.3.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Efter ovenstående gennemgang er der grundlag for at konkludere, at der i forbindelse med ydet koncernbidrag er yderst begrænsede muligheder for opnåelse af skatteneutralitet. Der findes konkret ikke mulighed for at fradrage indskud når betalingen sker som et led i tilvejebringelsen af kapitalgrundlaget. Reglerne i KGL giver pauvre vilkår for koncernintern långivning, og endelig er tilskudsmulighederne begrænset af dokumentationskravet efter SL § 6, stk. 1, litra a (naturligt led i moders løbende indkomsterhvervelse, herunder konkret og driftsmæssig begrundelse for at yde tilskuddet). Opgaven for koncernernes skatterådgivere består helt konkret i, at påvise tilskuddets driftsomkostningskarakter for at fravige udgangspunktet om nægtelse af fradragsretten. De ovenstående udledninger kan benyttes i denne forbindelse. Det fandtes ikke, at det af praksis kunne udledes, at enhedsbetragtningen har været lagt til grund. Såfremt dette modsat tilfældet antoges, da ville mange koncerner med høj integrationsgrad være tilsikret skatteneutralitet. Konkret kan jeg dog ikke overføre denne antagelse til afhandlingens samlede resultater.

Noget andet er efterfølgende at vurdere, hvorvidt der overhovedet er ønskeligt at have særregler for koncerner i relation til tilskud. Noget sådant plæderes i R&R 1989/9, s. 24f af *Jan Nielsen og Gitte Ebert*. Men som det – efter min vurdering med rette – anføres, bør bidragsreglerne ses i sammenhæng med den øvrige koncernbeskatning og herunder de eksisterende regler for sambeskatning, udbyttebetalinger og gældseftergivelse⁶⁶⁷. Når således muligheden for skattefrit datterselskabsudbytte og sambeskatning består, ville automatisk fradragsret for tilskud være en dobbeltfordel i mange situationer. Det bør da ej heller glemmes, at de udenlandske muligheder der fremhæves som fordelagtige (Öppna koncernbidrag i svensk ret⁶⁶⁸ og noget tilsvarende i finsk ret (group contri-

665. Se TfS 1993.302 Ø.

666. *Søren Vestergaard Hansen* op.cit. gennemgår disse regler efter den tidligere KGL og efter praksis i relation til SL §§ 4 og 5.

667. Jfr. de særlige overvejelser om interesseforbundne parter i driftsomkostningsbetænkningen nr. 1221/1991.

bution system), men også det engelske og irske group relief hvor der egentlig er tale om det samme blot uden fysiske betalinger men i stedet overførsel af enkelte selskabers underskud)⁶⁶⁹ blot er disse jurisdiktions modstykke til det danske sambeskatningsinstitut og ofte ikke nær så fordelagtige som dette⁶⁷⁰. Der er blot tale om forskellige resultatudjævningsmetoder. Vedrørende datterselskabsudbytte kan det anføres, at der ved fradragsregler for koncernbidrag ville være mulighed for at fradrage udgifter afholdt til sikring af moderselskabets indkomstmulighed i form af udbytte fra datterselskabet som jo netop kan hjemtages skattefrit. Disse forhold taler mod en indførelse af særregler om koncernbidrag⁶⁷¹. Der lader altså ikke til at findes vægtige grunde for indførelse af selvstændig koncernbidragsregulering⁶⁷². En konsekvent gennemført enhedsbetragtning gennem det i del VII foreslåede koncernbeskatningssystem ville eliminere disse diskussioner, idet alle koncerninterne ydelser indenfor EU skattemæssigt set ville være irrelevante.

668. Se herom *Bertil Wilmann: Koncernbeskatning*, 1995, s. 58ff.

669. En komparativ fremstilling for området i den Europæiske Union findes foretaget af *Deloitte & Touche: Group Taxation in the European Union – A comparative analysis*.

670. I tysk ret er der mulighed for egentlig sambeskatning (Organschaft) men reglerne strækker sig ikke ud over landets grænser. I Danmark har et forslag fra Fremskridtspartiet om koncernbidrag været fremsat (om end forslaget tituleredes Koncernskattelov, idet hr. Glistrup ikke fandt anledning til andre komplicerede særregler om koncernbeskatning), jfr. L 68 i FT 1982/83 A, sp. 1410, men dette nød aldrig fremme eller nævneværdig tilslutning, jfr. FT 1982/83 B, sp. 3202.

671. *Søren Vestergaard Hansen* op.cit. tilføjer hertil som argument, at også opretholdelsen af den kendte sondring efter SL § 6 a, i sig selv er vigtig. Som nævnt kan jeg ikke tilslutte mig disse udsagn. Forfatteren harcelerer ydermere over visse frembragte argumenter i debatten, af *Jan Nielsen og Gitte Ebert* op.cit., om de gode fradragsmuligheder for filialer, som begrundelse for indførelse af særregler for selskaber. Det anføres - efter min vurdering med rette - at der ikke med rimelighed kan drages sådanne paralleller på tværs af reguleringsområderne, når der specielt hen ses til den omstændighed, at filialer ikke har selvstændig retssubjektivitet (hverken selskabs- eller selskabsskatteretligt) og hovedvirksomheden herved også hæfter for filialens gæld mv. Forfatteren går så vidt som til at kalde sådanne argumenter for uigennemtænkt og uholdbart, og finder altså ikke argumentation heri for en indførelse af særlige regler om koncernbidrag.

672. For samme konklusion se også *Susanne Pedersen: Sambeskatning i koncernforhold*, 1995, s. 313 der også påpeger sådanne reglers uoverensstemmelse med reguleringsønskerne i EU idet man her som ovenfor gennemgået bekender sig til sammenlægningsmetoden (yderligere findes koncernbidragsmetoden og enhedsbeskatningsmetoden).

3.3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Udgangspunktet er også i amerikansk skatteret, at bidrag og tilskud er skattepligtige hos bidragsmodtageren og ikke medfører fradragsret for yderen. Der findes dog en interessant regel hvorefter aktionærer under visse betingelser kan foretage tilskud hvorved skatten udskydes, Sec. 351⁶⁷³. Efter regelens fortolkning kan der også være tale om selskabsaktionærer hvorfor koncernforhold omfattes. Reglen der er yderst ofte anvendt i praksis, finder ud over ved hovedområdet ved selskabsstiftelser ligeledes anvendelse ved senere tilskud i et selskabs livsforløb. Betingelserne for anvendelse af reglerne er, (1) at der indskydes ejendom. Dette begreb omfatter alle materielle og immaterielle aktiver med 3 undtagelser: serviceydelser, usikret gæld, renter på gæld hos selskabet der påløb i løbet af bidragsyderens holdingperiode, jfr. Sec. 351(d). (2) At indskydelsen af ejendom udelukkende foregår som bytte for aktier eller andre værdipapirer i selskabet og (3), at bidragsyderne umiddelbart efter transaktionen skal have kontrol med selskabet. Til bestemmelse af kontrolkravet benyttes den efterhånden kendte definition i Sec. 368(c).

Det ses at der ikke er direkte tale om koncernbidragsregler, men at de kan virke i samme retning. Virkningen for bidragsydende selskab er efter Sec. 351(a), at der ikke realiseres nogen gevinst eller noget tab. Vedrælægges der med andet end aktier mv. behandles dette som "boot" efter Sec. 356 med beskatning til følge. For det modtagende selskab findes der en regel i Sec. 1032(a) med samme effekt som Sec. 351. Således realiseres der ikke nogen gevinst eller noget tab hos selskabet ved modtagelsen af penge eller anden ejendom i bytte for aktier. Den historiske basis overføres til selskabet ved enhver overførsel via kapitalbidragsreglerne. Tilsvarende udgør den historiske værdi på de modtagne aktier, aktionærernes (moderselskabets) basis ved opgørelse af fortjeneste og tab ved afståelse af aktierne på et senere tidspunkt.

4. Sammenfatning

Efter den omfattende udredning ovenfor kan der foretages visse udledninger. Indledningsvis bør bemærkes, at der desværre ikke tegner sig noget generelt billede af retstilstanden. Det er ikke muligt, at identificere

673. Jfr. Cheryl D. Block: Corporate Taxation, 1998, s. 47ff, Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg: Federal Corporate Taxation, 1998, s. 18ff, Stephen A. Lind et al: Fundamentals of Corporate Taxation, 1997/98, s. 43ff, og Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities, 1994, s. 80ff samt Joseph C. Amico: Introduction to the US Income Tax System, 1993, s. 93ff.

en samlet skatteneutral behandling af koncerner i disses livsforløb. Imidlertid er der gjort visse tiltag (eller antræk hertil) på steder hvor indsatsen er vurderet nødvendigt bl.a. under hensyntagen til det indre markedes funktion.

I forbindelse med overskudsgivende drift er der sikret skatteneutralitet ved royaltymbetalinger, idet der er gjort tiltag til ophævelse af kildebeskatning, men det foreliggende direktivforslag behøver snarlig gennemførelse. Ligeledes er neutralitet sikret ved transaktionen; overdragelse af goodwill idet dette falder under fusionsbeskatningsdirektivets anvendelsesområde. Udbyttebetalinger er undergivet principiel skatteneutralitet men som det påvistes, er området gennemsyret af næsten uoverstigelige problemer, hvorved dette billede forvanskes for indkomstår der er påbegyndt inden 1.1. 1999, hvorefter billedet formentlig er overvejende positivt. Det foreliggende direktivforslag vil til en vis grad sikre neutral behandling af koncerninterne rentebetalinger, idet der herved gøres op med kildebeskatning indenfor EU. Her ud over beskattes koncerner efter gældende regler om avancer. Sådan beskatning udgør ex lege regulering med modsatrettet indhold af skatteneutralitet. I øvrigt er transaktionsområdet i overskudssituationen præget af korrektion ved fravigelse af markedsmæssighed i transaktionsvilkårene. Hermed er der mulighed for indtrædelse af økonomisk dobbeltbeskatning. En principielt sikring af dennes ophævelse findes, men som gennemgangen viser, er de eksisterende retsmidler behæftet med mange svagheder, hvorved det er svært at vurdere den praktiske betydning af institutternes muligheder.

I underskudssituationen undersøgte forskellige vigtige transaktionsmuligheder. Der fandtes regler om carry over tilknyttet fordelagtig skattemæssig behandling, selvom der ikke er tale om udslag en skatteneutralitet. Supranationale regler bør nok indføres herom. Mulighederne for underskudsmedregning er uhyre vigtige for koncerner. Undersøgelsen heraf viste gode muligheder herfor i dansk ret og forhåbentligt snarligt foreliggende fællesskabsregler på området. Selv om der de senere år er foretaget betydelig særregulering der indskrænker mulighederne, er der stadig i Danmark tale om nogle af de bedste regler på verdensplan. Den skattemæssige sambehandling er i vid udstrækning funderet i overvejelser om skatteneutralitet. Endelig fandtes der ikke muligheder for ydelse af koncerntilskud mv. på en skatteneutral måde. Selvstændige danske regler herom kunne ikke anbefales, men en konsekvent gennemført enhedsbeskatning ville selvsagt have en sådan mulighed som en selvfølge – pengene flyttes jo blot fra den ene lomme til den anden.

Det må sammenfattende konstateres, at mønstret er for spredt til overhovedet til at være eksisterende og dette forværres endda af visse prakti-

ske problemer. Disse praktiske problemer må være det første sted at tage fat på, idet dette kræver de færreste ressourcer. Vi skal simpelthen igen have reguleringen til praktisk at afspejle det bagvedliggende motiv og L 53 og L 87 er gode takter i denne forbindelse. Det må dog endeligt, trods dette, sluttes at koncerneksistens er karakteriseret ved *svag skatte-neutralitet*.

Gennem den komparative undersøgelse ses der ikke at findes reguleringstiltag på netop dette område der findes at kunne virke som væsentlig inspirationskilde til et neutralt udformet koncernbeskatningssystem. Dog sås det amerikanske sambeskatningsinstitut at være mere konsekvent gennemført som en konsolidering.

Del V Koncernomstruktureringer

Hypotese #3: Koncernomstruktureringer

De gængse omstruktureringsmetoder i selskabsforhold er alle reguleret med baggrund i neutralitetshensyn. Således er reglerne om skattefri fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning såvel unilateralt som supranationalt bidragende til at omstruktureringer i erhvervslivet ikke hæmmes af skatteregler, hvorved neutralitet eventuelt kan opnås når der foretages omstruktureringer indenfor koncernen. Organisationsformen "koncern" er da som udgangspunkt ikke hæmmet i transaktioner med omstrukturering for øje, hvorfor det kan sluttes, at den principielle skatteneutralitet er tilstedeværende.

1. Indledning

Som led i den valgte kronologiske betragtningsmåde er tiden kommet for en undersøgelse af skatteneutralitet i forbindelse med koncernomstruktureringer. En tidligere etableret koncernstruktur vil sjældent vise sig fordelagtig gennem hele koncernens levetid. Mulighederne for indtrædelse af ændringer i forudsætninger og forhold i øvrigt er legio. Der vil således være et behov for, at en virksomhed hele tiden tilpasser sin struktur til dens nuværende situation. Det er de overordnede muligheder herfor, der skal undersøges i dette afsnit. Opbygningen følger den i almindelighed anvendte struktur, hvorunder falder en diskussion af mulighederne for fusioner og spaltninger samt mulighederne for virksomheds- og selskabsovertagelse gennem tilførsel af aktiver og aktieombytning⁶⁷⁴. Herved støder vi igen på samme typer af retsinstitutter som

674. Inddelingen af benyttet af Søren Sønderholm i Dansk nationalrapport, Omstrukturering af foretag, 1993, s. 5-44, og af Margrethe Nørgaard i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 771ff. I svensk ret indeholder loven benævnt *omstruktureringslagen* en tilsvarende systematik, jfr. herom Bertil Wilmann: Koncernbeskattning, 1995, s. 164ff. I Tysk skatteret er der ikke foretaget en implementering af transaktionerne fusion og spaltning fra fusionsdirektivet idet man har ment, at det ikke fornuftsmæssigt kan begrundes at gøre dette når der endnu ikke eksisterer selskabsretlig hjemmel hertil. Implementeringskravet vedrørende tilførsel af aktiver og aktieombytning har man imødekommet ved at indsætte bestemmelser i Umwandlungsteuergesetz, jfr. herom Otmar Thömmes i EC Corporate tax law, ringbind løbende opdateret 1991-1998, bind II om Tyskland.

behandlet i del III, men om end regelsættet er det samme søges eksemplifikationer og gennemgang i det hele taget følgende foretaget i overensstemmelse med overskriften: *omstrukturering*.

Udgangspunktet er, at de enkelte koncernenheder er selvstændige skattesubjekter med følgende udløsning af beskatning ved omstruktureringer, og der bør være regler der tillader en skattemæssig behandling der sikrer neutralitet i disse transaktioner. Ved afhandlingens sigte på virksomheder af selskabstypen udelades de øvrige eksisterende omstruktureringsmuligheder der findes via omdannelsesinstituttet i VOL⁶⁷⁵ samt muligheden for at omdanne et selskab til en personligt ejet virksomhed⁶⁷⁶. Endelig er udeholdt de skattemæssige problemer der knytter sig til rekonstruktion af selskaber.

675. Lovbekg. nr. 727 af 4.9.1995 om skattefri virksomhedsomdannelse med senere ændringer.

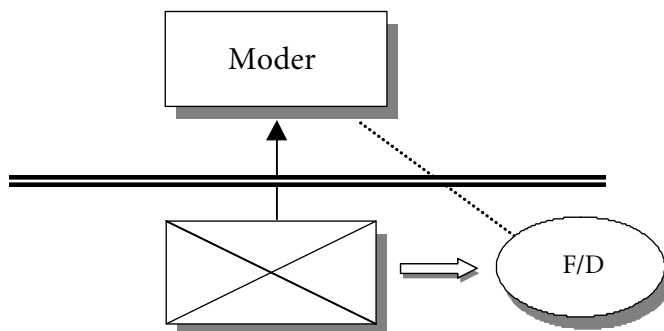
676. Dansk skatteret giver ikke adgang til at gennemføre skattefri omdannelse af et selskab til en personligt ejet virksomhed. Selskabet vil derfor blive beskattet som ved almindelig afståelse på grundlag af handelsværdier, ligesom aktionærerne, og såfremt der sker likvidation af selskabet beskattes eventuelle avancer på aktierne i det likviderede selskab efter almindelig regler. Såfremt formålet med omdannelsen er at få adgang til selskabets likvide midler, kan den nævnte afståelsesbeskatning eventuelt undgås ved at anvende reglerne om tilførsel af aktiver til et andet selskab og en efterfølgende likvidation af det overtagne selskab. Med henblik på at undgå beskatning af det overtagne selskabs aktier i datterselskabet er det dog en forudsætning for anvendelsen af denne fremgangsmåde, at moderselskabet inden likvidationen afstår aktierne i datterselskabet efter de særlige regler om salg af aktier til det udstedende selskab som skattefrit udbytte. Denne fremgangsmåde forudsætter endvidere, at den personlige aktionær forinden tilbagesalget har tegnet aktier i datterselskabet. Anvendelsen af reglerne om tilførsel af aktiver kræver Ligningsrådets tilladelse, jfr. FUL § 15c, stk. 1. Ligningsrådet har derfor mulighed for at fastsætte særlige vilkår til begrænsning af denne beskrevne metode.

Begrundelsen for udeholdelse af selskabers omdannelse til personligt ejede virksomheder er, den formodning, at når en sådan omstrukturering finder sted, så ønskes koncernen ikke videredrevet (om end kun et enkelt datterselskab omdannes, og det måske udelukkende er en enkelt aktionær der ønsker udtrædelse af selskabsforholdet). Baggrunden for denne afhandling er koncerner med en mere visionær politik, og det er min vurdering, at den her omhandlede transaktion ikke falder under dispositioner foretaget af sådanne (vel vidende, at det også kan gå forretningsmæssigt dårligt for sådanne koncerner).

2. Omstruktureringer gennem fusion

2.1. *Ratio legis – almindeligt led*

En aktuel omstruktureringssituation forekommer ved fusioner. Disse fusioner kan forekomme vertikalt ved at moderselskabet overtager et datterselskab og horisontalt ved, at der fusioneres med andre selskaber med fremmed eller samme ejerkreds. De eksisterende regler for transaktioner af denne type er behandlet ovenfor i afsnittet om koncernetablering gennem fusion. Der er ingen realitetsforskel på retsvirkningerne af de af regelsættet omfattede fusionstyper. En for omstruktureringssituationen relevant fusionstype er nok den i fusionsdirektivets art. 2 (a) 3. tankestreg nævnte. Der er her tale om de såkaldte vertikale fusioner, idet et moderselskab overtager et 100% ejet datterselskab. Som nævnte er der ikke knyttet andre virkninger hertil end ved de øvrige typer og den korte danske definition omfatter alle de af direktivet omfattede typer. Fusionstypen er karakteriseret ved, at et selskab overfører sine samlede aktiver og passiver til det selskab, som sidder inde med samtlige aktier eller anparter i dets kapital.



Figur 6: Eksempel på kvasi likvidationsfusion.

Baggrunden, formålet og den principielle virkning af fusionsreglerne er allerede tidligere behandlet. Af denne årsag kan det slutes, at de eksisterende regler af unilateral og supranational karakter efter disses udformning har neutralitetssigte f.s.v.a. omstruktureringer gennem fusion, hvilket også direkte er fremhævet ovenfor.

2.2. *Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led*

I forbindelse med koncernomstrukturering gennem vertikale fusioner gælder det som udgangspunkt, at neutralitetsbehandlings betingelser og virkning tilsvare etablerings- og ophørssituationen⁶⁷⁷. Dog findes

der visse særregler i lovgivningen med specifikt rettet fokus mod vertikale fusioner. Således gælder det efter FUL § 2, stk. 2, at muligheden for kontantvederlæggelse med op til 10% af aktiernes pålydende værdi, ikke omfatter vertikale fusioner hvor moderskaber overtager datterselskaber, ved at datterselskabet overdrager samtlige aktiver og passiver til det modtagende selskab, som derefter annullerer det indskydende selskabs aktier/anparter. Der skal da i disse situationer vederlægges udelukkende med aktier i det modtagende selskab.

For det andet gælder det efter FUL § 3, at en vertikal fusion ikke kan finde sted uden LR's tilladelse medmindre moderselskabet indenfor et tidsrum at 3 år forud for fusionen har besiddet den fornødne majoritet (2/3). Dog kan denne bestemmelse ikke tillægges selvstændig betydning i forbindelse med internationale fusioner, idet det allerede følger af § 15, stk. 1 at der er opnået tilladelse fra Ligningsrådet.

For det tredje gælder specifikt for vertikale fusioner, at disse ikke i tilsvarende grad er afskåret fra at udnytte tidligere opstået underskud. § 8, stk. 6, 2. pkt. undtager nemlig sådanne fusioner under den forudsætning, at selskaberne har været sambeskattede i de seneste 5 indkomstår forud for fusionen. Det indskydende selskab og de selskaber der indtil fusionen var sambeskattede med dette, betragtes i relation til bestemmelsen i stk. 6 som en *samlet enhed* (således at underskud i datterselskaber sidestilles med underskud i selve det ophørende selskab)⁶⁷⁸. Det samme gør sig gældende for det modtagende selskab og de selskaber dette var sambeskattet med forud for fusionen. Dette indebærer, at uudnyttet underskud i selskaber, der indtil fusionen var sambeskattede med det indskydende selskab hhv. det modtagende, som udgangspunkt ikke kan fradrages ved det modtagende selskabs indkomstopgørelse efter fusionen⁶⁷⁹.

677. Muligheden for vertikal fusion efter FUL blev først introduceret med lov nr. 647 af 19.12. 1975. Forud herfor var det ikke muligt skattefrit at gennemføre en vertikal fusion. Se hertil *Orla G. Petersen* i UfR 1975 B.189 og *Thøger Nielsen* i UfR 1975 B. 197. Den oprindelige modvilje mod vertikale fusioner var begrundet i frygten for konvertering af aktieudbytte (beskattet med personlig marginal indkomstskat på mellem 60% og 67%) til særlig indkomst som ved lovens vedtagelse i 1967 androg 30%. De nuværende regler, indeholder også visse modificerende elementer i relation til netop vertikale fusioner. Baggrunden herfor er, at der ønskes en garanti for, at fusionen ikke udløser utilsigtede skattemæssige fordele. I Betænkning nr. 723 fra 1974 opregnes forskellige eksempler på utilsigtede virkninger.

Den tidligere omtalte art. 7 i fusionsdirektivet med det danske sidestykke i FUL § 10 kan ligeledes ses som en vertikal særregel. Ved fusion af moder- og datterselskab træder datterselskabets aktiver og passiver som helhed i stedet for moderselskabets beholdning af aktier eller anparter i datterselskabet. Da datterselskabet i forbindelse med fusionen ophører med at eksistere, må moderselskabet annullere andelene i det indskydende selskab uden at der til gengæld er grundlag for at udstede nye aktier eller anparter i det modtagende selskab. Ifølge § 10, stk. 1, lades for- tjeneste og tab på aktier i det indskydende selskab, der annulleres ved fusionen, ude af betragtning ved ansættelsen af selskabets skattepligtige indkomst⁶⁸⁰.

Hertil kommer, at der ikke skal ske genbeskatning efter LL § 33 E, når et moderselskab fusionerer efter reglerne i FUL med et datterselskab, hvormed det har været sambeskattet i de seneste 5 indkomstår forud herfor. Denne regel fungerer parallelt med FUL § 8, stk. 6. Endelig findes der som en særregel i FUL § 6, stk. 2 hvorefter skatteministeren kan

678. Jfr. TfS 1993.563 BF (fortsættelse af sambeskatning indenfor en allerede etableret sambeskatningsenhed), TfS 1993.323 BF, kommenteret kritisk af *Michael Serup* i TfS 1993.504, TfS 1991.269 LSK (ikke opfyldt sambeskatningskrav) og R&R 1997/1 SM 14 (nægtet underskudsfræførsel for søsterselskaber da cirkulæret ikke indeholdt særskilt hjemmel til underskudsfræførsel i videre omfang end tilladt ved lovgivningen idet § 8, stk. 6, 2. pkt. er en undtagelse og derfor ikke kan anvendes analogt). Reglerne forud for nogle af afgørelserne er beskrevet af *Michael Serup* i TfS 1993.126 med kommentar til TfS 1991.269 LSK. Forfatteren anfægter logikken i Landsskatterettens praksis hvor det kun er underskudsfræførselsadgangen ved fusionen der bortfalder, ikke den generelle adgang. Ligeledes slutter forfatteren, at der er fortolkningsmæssigt overgreb at udstrække FUL's regler til også at gælde datterselskaber som tilfældet er i den anførte praksis. Lige så paradoksalt findes det, at man ud over den nævnte udvidende fortolkning tillige opretholder en indskrænkende fortolkning af § 8, stk. 6, idet man tillader fortsat underskudsfræførsel indenfor en eksisterende sambeskatningsenhed – begge fortolkninger, anføres det, savner lovhjemmel.

679. Ved fusion mellem to moderselskaber der hver for sig har været sambeskattede forud for fusionen med deres respektive datterselskaber, kan det modtagende selskab ikke succedere i det indskydende moderselskabs sambeskatning. Ved fusion af søsterselskaber, der er sambeskattet med deres fælles moderselskab, kan underskud i det indskydende selskab ikke fradrages ved det modtagende selskabs indkomstopgørelse efter fusionen, men som følge af sambeskatningsreglerne fradrages i koncernens sambeskattede indkomst. Underskud i det modtagende søsterselskab kan heller ikke fradrages ved dette selskabs indkomstopgørelse efter fusionen, men underskuddet kan ligeledes fradrages i den samlede sambeskatningsindkomst. Se TSN 1993.23.1077 og TfS 1995.117.

680. Fusionscirkulæret pkt. 1.10.1, jfr. pkt. 1.2.2.

fastsætte nærmere regler for hvilke yderligere oplysninger der kan kræves ved vertikal fusioner. Muligheden er ikke udnyttet.

2.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal concernskatteret*

Se ovenfor i del III, afsnit 2.3. Der gælder dog det særegne på dette område, at transaktionen kan opfylde såvel kriterierne i en type A som i en skattefri datterselskabslikvidation efter Sec. 332. Rangforholdet mellem disse to bestemmelser er udformet således, at Sec. 332 skal benyttes ved overlapninger, jfr. Treas Reg. §1.332-2(d). Det erindres hertil at reglen kun får relevans ved ejerskabsgrader mellem 80% og 100%. Der henvises derfor til nedenstående afsnit 2.3. i del VI for en generel beskrivelse.

3. Omstruktureringer gennem spaltning

3.1. *Ratio legis – almindeligt led*

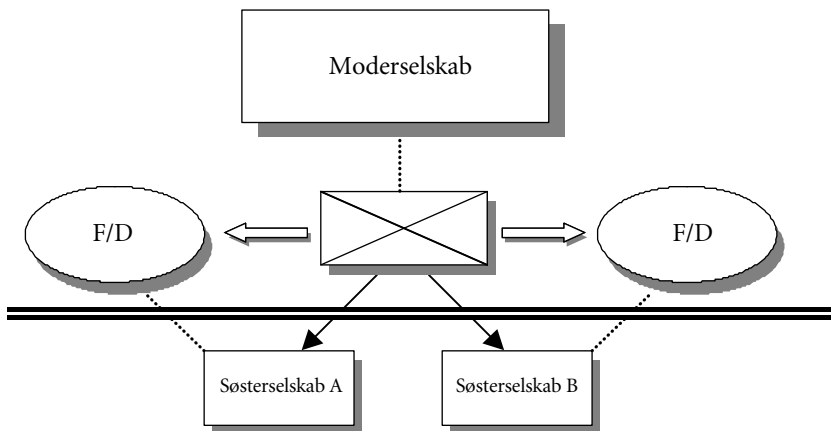
Omstrukturering kan ydermere foregå gennem spaltning af selskaber i koncernen. Situationen hvor et moderselskab spaltes gennem fuld spaltning vil være udtryk for et ophør af koncernforhold. For en gennemgang af sådanne transaktionstyper henvises, trods ligheden i retsvirkninger, til nedenstående afsnit om koncernophør. Omstrukturering gennem brug af spaltning sinstitut vil da typisk være karakteriseret ved en spaltning af et datterselskab i koncernen til to datterselskaber (D1 og D2), således, at D1 og D2 efterfølgende vil udgøre søsterselskaber. Baggrunden for dispositionen kan variere, men én tænkelig årsag kunne være et ønske om at skabe mulighed for intensiveret aktivitet (f.eks. forøget forskning og udvikling) på et forretningsområde ved udskillelse af en selvstændig enhed hertil eller det kan mere generelt være transaktionsomkostningbesparende at organisere sig på den givne måde⁶⁸¹.

Retsgrundlaget⁶⁸² for grænseoverskridende spaltning findes unilateralt i FUL §§15a og 15b. Reglerne herom blev indført med fusionsdirektivet,

681. Transaktionsomkostningsteorien tager sit udgangspunkt i de seminale arbejder af nobelpristager *Ronald H. Coase*: The nature of the firm fra *Economica* 1937, vol. 4, p- 386-405 og sammes The problem of social cost, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960. Paradigmet er siden udviklet betydeligt af blandt andre *Oliver Williamson* se hertil blandt andet værket: The Economic Institutions and Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting, 1985. Teoriretningen kan betegnes *kontraktsøkonomi* og udgør en undergruppering af den såkaldte *new institutional economics*. Teorihenviisningen skal ikke forstås som betingelsesløs overgivelse hertil, men blot som en anerkendelse af, at disse præsenterede modeller kan udgøre mulige forklaringer på observerede transaktioner.

og der fandtes ikke tilsvarende regler før dette tidspunkt. Transaktionen defineres i FUL § 15a, stk. 2 og omtrent tilsvarende i direktivets art. 2(b) som *den transaktion hvorved et selskab overfører en del af eller samtlige sine aktier og passiver til et eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i henhold til en pro rata-regel at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller ande-
parter i det eller de modtagende selskaber og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10% af disse værdipapirers pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi.*

Herved ses det, at definitionen bortset fra pro rata-kravet tilsvarende fusionsdefinitionen i fusionsdirektivets art. 2, litra a. Den danske definition adskiller sig dog fra direktivets definition, idet det efter den danske definition også er tilladt, at foretage en spaltning uden at det indskydende selskab nødvendigvis skal opløses (delvis spaltning = spin off)⁶⁸³. Direktivet formulerer det derimod således, at der ikke kan være tale om en delvis overførsel af aktiverne og passiverne, samt at transaktionen indebærer det indskydende selskabs samtidige opløsning uden likvidation. Denne nationale afvigelse er i fuld overensstemmelse med direktivets karakter af minimumsdirektiv, hvor det uproblematisk er tilladt at gennemføre lempeligere skatteregler. Dog bør det erindres, at andre unionsstater ikke er forpligtede ud over hvad direktivet normerer, hvorfor den danske delvise spaltning ikke er garanteret anerkendelse i andre medlemsstater.



Figur 7: Eksempel på omstrukturering gennem spaltning af et datterselskab.

682. Hvilket som nævnt ovenfor er *lex imperfecta* f.s.v.a. grænseoverskridende spaltninger. De selskabsretlige regler er ligeledes begrænset til udelukkende at finde anvendelse på anpartsselskaber. Hjemmelen for aktieselskaber findes i AL § 136.

683. Definitionen er ændret i 1996, og før dette tidspunkt var definitionerne identiske.

En spaltning uden likvidation minder meget om tilførsel af aktiver. Forskellene er imidlertid, at der ved spaltning ydes en kontant udlignings-sum samt at vederlaget ved opløsningsfri spaltning tilfalder aktionærerne mens det ved tilførsel af aktiver tilfalder det indskydende selskab.

Såfremt en spaltning aktuelt i sin form tilsvarende en af regelsættet omfattet, vil der kunne komme succession på tale, jfr. henvisningen til FUL § 8 og § 11. I dansk skatteret er transaktionen betinget af LR's tilladelse, hvilken kan gives efter ansøgning herom. De unilaterale regler på området tillader spaltning behandlet efter samme regler som fusioner, jfr. herved FUL § 15a, 1. pkt. Tilsvarende er de supranationale regler fælles for de nævnte transaktionstyper. Den skattemæssige virkning af en omfattet spaltning er derfor, at beskatningen der ellers ville komme til udløsning, udskydes – realisationen og ophøret ses i et koncernperspektiv. I hovedtræk indebærer skattefri spaltning, at der sker succession for det indskydende selskab og dets aktionærer. Det indskydende selskab pålignes således ikke skat i forbindelse med realisationen af hidtidige værdistigninger, mens aktionærerne ej heller bliver beskattet af aktieafståelsen i forbindelsen med spaltningen, jfr. direktivets successionsprincipper som de kommer til udtryk i direktivets artikler 4, 5 og 8.

Uden nærmere detaljegenngang kan det nok konstateres, at den her omhandlede spaltningstype ved koncernomstruktureringer vil falde under spaltningsdefinitionen, og derfor åbner mulighed for anvendelse af skattemæssig succession ved gennemførelsen. Herved undgås likvidationsbeskatning af selskaber og realisationsbeskatning af dets aktionærer.

Baggrunden for spaltningsreglerne er i store træk identiske med det ovenfor fremførte. Den fælles baggrund kommer tydeligst til udtryk i fusionsdirektivets præampel. Uden en trættende gentagelse erindres om direktivets smidiggørende formål og virkning f.s.v.a. indtil videre både etablering af koncerner men også omstruktureringer heraf. Slutningen bliver derfor uvægerligt den samme på dette punkt; gennem eksisterende unilateral og supranational skatteret er der principielt sikret skattnneutralitet ved omstruktureringer gennem brug af spaltningsinstituttet. Udledningen overføres som et positivt bidrag til påvisningen af koncernomstruktureringshypotesen.

3.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

Der findes på tilsvarende måde visse krav der kan stilles før neutralitetsbehandling kan finde sted ved koncernomstruktureringer gennem spaltning. Indledningsvis må transaktionen selvsagt falde under den givne spaltningsdefinition, sml. fusionsdirektivets art. 2 b) og FUL § 15

a, stk. 2 – *neutralitetsobjektet*. Heri indgår tillige begrebet “uden likvidation” i den unionsretlige definition. Fortolkningen heraf foretages ad modum ovenfor om det supranationale fusionsbegreb. Som det fremhævedes ovenfor er det ikke et krav efter dansk ret, at der sker opløsning af det indskydende selskab, hvorved der kan forekomme delvise spaltninger (spin-offs). Yderligere foreskrives i EU-retten tildeling “af *samt-lige aktiver og passiver*”, hvilket også må fortolkes tilsvarende. Forskellen viser sig ved kravet om en pro rata fordeling af de nye selskabsandele. Pro rata-reglen medfører, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab skal vederlægges med aktier eller anparter i de modtagende selskaber efter forholdet mellem værdien af de aktiver og passiver, som overføres til de respektive selskaber. Samtidigt skal selskabsdeltagerne i det spaltede selskab vederlægges med selskabsandele fra alle modtagende selskaber. Ved fusion er der efter definitionen kun ét modtagende selskab, mens der kan være et eller flere indskydende selskaber. Ved spaltning forholder det sig omvendt, idet det definitorisk er ét indskydende selskab, mens der som et minimum er to modtagende selskaber

Det udspringer af spaltningsdefinitionen, at der navnlig skal ydes vederlag i form af aktietildeling men at der må ydes op til 10% kontantvederlag. Den under del III afsnit 2.1. behandlede mulighed for at foretage skævdeling af den kontante udligningssum, jfr. TfS 1997.229 (efter forespørgsel til Kommissionen) gælder ikke ved spaltning. Dette beror på kravet om, at der ved spaltning skal ske aktiefordeling efter pro rata-reglen, og en skævdeling er efter Skatteministeriets opfattelse uforeneligt med pro rata-reglen⁶⁸⁴. Ved “*et værdipapirs bogførte værdi*” skal i.h.t. et rådsprotokollat til art. 2 forstås den værdi, som fremkommer ved at dividere beløbet for den i selskabet indbetalte kapital med antallet af udstedte værdipapirer.

Såfremt muligheden for delvis spaltning efter dansk ret udnyttes, er det et krav efter FUL § 15 a, stk. 3, at de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab eller hvert af de modtagende selskaber, udgør en gren af en virksomhed, jfr. FUL § 15 c, stk. 2 (tilførsel af aktiver)⁶⁸⁵. Der henvises for en fortolkning heraf til gennemgangen ovenfor om tilførsel af aktiver i afsnit 4.2. i del III. Ophører det indskydende selskab derimod stilles der ikke det samme krav.

684. Sml. LVS 1997 S.D.2. og Cirk. nr. 105 af 4.7. 1997 (om spaltning, fusion og aktieombytning – herefter benævnt spaltningscirkulæret), pkt. 2.3. I selskabsretten kan der meget vel foretages en skævdeling af såvel stemmer som kapital i en spaltning, jfr. AL § 79, stk. 2, nr. 5 (9/10 majoritetskrav) eller § 79, stk. 3 (2/3 majoritetskrav).

Efter fusionsdirektivet er de materielle regler vedrørende spaltninger de samme som også regulerer fusioner, jfr. art. 4-9 og 10. Den skattemæssige behandling af selskaberne følger derfor af art. 4-7 og 10. Medlemsstaterne må ikke gennemføre nogen beskatning som følge af spaltningen, såfremt aktiverne og passiverne i det indskydende selskab knyttes til de faste driftssteder i det indskydende selskabs hjemstat. Dette gælder kun under forudsætning af, at de modtagende selskaber succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling i relation til opgørelse af kapitalvinding eller -tab samt ved beregning af afskrivninger. For større detaljeringsgrad henvises til del III, afsnit 2.2. På dette sted skal blot fremhæves visse for spaltningstransaktionen særegne problemstillinger⁶⁸⁶.

Ved spaltninger må der opstilles et krav om økonomisk sammenhæng mellem de overførte aktiver og passiver. Det er således ikke tilladt at overføre aktiver til ét selskab og passiver med tilknytning til samme aktiver til et andet selskab. Dette gælder dog formentlig kun, når der består en nærmere sammenhæng mellem aktiverne og passiverne. Som følge heraf skal samtlige passiver i et selskab, der spaltes, ikke fordeles mellem de modtagende selskaber efter værdien af de aktiver der modtages. Den givne betingelse om tilknytning af aktiverne og passiverne fra det indskydende selskab til et fast driftssted, kan give anledning til visse problemer, såfremt der ikke forinden spaltningen eksisterer et sådant fast driftssted. Det skal jo konstateres hvorvidt det indskydende selskabs aktivitet faktisk kvalificerer til benævnelsen fast driftssted, sml. OECD-modellens art. 5. Hvor dette ikke er tilfældet, kan skattebegunstigelsen efter direktivet ikke komme på tale.

Som nævnt findes de danske implementerede spaltningsregler i FUL §§ 15a og b⁶⁸⁷. Anvendelse af reglerne er betinget af, at de deltagende selskaber er omfattet af begrebet "selskab i en medlemsstat" efter art. 3 i direktivet, jfr. FUL § 15 a, stk. 1. Således er instituttet i Danmark åbent

685. Reglen er indført i erkendelse af lighederne mellem spin-offs og virksomhedsoverdragelse. Ud over muligheden for delvist kontant vederlæggelse ved spaltning er forskellen blot, hvem der modtager vederlaget for det indskydende selskab. I en spaltning er det aktionærerne der modtager vederlaget, mens tilførsel af aktiver udelukkende er en transaktion mellem selskaberne og vederlaget derfor udelukkende går til det indskydende selskab. Af frygt for omgåelse af kravet om kvalifikation som "gren af virksomhed" ved virksomhedsoverdragelse blev kravet ved L 118 tillige overført til også at gælde for delvise spaltninger, jfr. herom Søren Næsborg Jensen i SU 1996.196 (specialnummeret om L 118).

686. Otmar Thömmes: EC Corporate Tax Law, binder *, kap. 5, samt Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 178ff.

for aktie- og anpartsselskaber, hvilke hermed udgør *neutralitetssubjektet*. Reglerne gælder for såvel skattefrie spaltninger for danske som for udenlandske selskaber. Det er en betingelse for anvendelse af reglerne, at der er opnået tilladelse hertil fra Ligningsrådet, hvilket kan fastsætte særlige vilkår for tilladelsen.

FUL § 15 b, stk. 1, omhandler den situation, hvor et *udenlandsk selskab spaltes*. Bestemmelsen får betydning når det udenlandske selskab før spaltningen er begrænset skattepligtigt i Danmark. Efter § 15 b, stk. 1 finder FUL § 5 om fusionsdatoen tilsvarende anvendelse. Det vil sige, at datoen for den i forbindelse med spaltningen udarbejdede åbningsstatus for det eller de modtagende selskaber i skattemæssig henseende anses for spaltningsdatoen. Det er en betingelse for anvendelse af lovens regler, at spaltningsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det eller de modtagende selskabers regnskabsår. Formforskrifterne i § 6, stk. 1, 3, 4 og 6 finder ligeledes tilsvarende anvendelse. Det eller de modtagende selskaber skal således indsende genpart af de dokumenter, der i medfør af AL § 136, jfr. §§ 134-134i, skal udarbejdes i forbindelse med spaltningen, til Told- og Skattestyrelsen senest 6 måneder efter spaltningsdatoen⁶⁸⁸. Ved spaltningsansøgning bør medfølge udkast til regnskabsopstilling og åbningsbalance med visse nærmere indholdskrav, jfr. LVS 1997 S.D.2.

Ophører det indskydende selskab ved spaltningen finder FUL § 7, stk. 1 tilsvarende anvendelse. Ved opgørelsen af det indskydende selskabs skattepligtige indkomst i tiden fra udløbet af sidste sædvanlige indkomstår og indtil spaltningsdatoen ansættes indkomsten således for hele denne perioden uden hensyn til dens længde. Ansættelsen finder, bortset fra de tilfælde hvor aktiver og passiver ved spaltningen går ud af den danske beskatningsret, sted uden hensyn til, at selskabet ophører ved spaltningen. Det indebærer, at der ikke sker ophørsbeskatning efter reglerne i SEL § 5. Ophører det indskydende selskab ikke ved spaltningen,

687. Se herom Cirk. nr. 105 af 4.7. 1997, LVS 1997 S.D.2, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1997, s. 526ff, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1994, s. 443ff, *Søren Næsborg Jensen* op.cit., s. 178ff, *Margrethe Nørgaard* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 790ff, *Michael Serup* i R&R 1994/4, s. 27ff, *Susanne Kjær* i TfS 1997.106 og samme i TfS 1997.662, *Susanne Nørgaard* i SO 1995.152, *Peter Rose Bjare* i SR-skat 1994.381, *Allan Pelvang* i SR-skat 1993.50, *Hanne Østergaard* i TfS 1993.536 og *Søren Næsborg Jensen* i SU 1996.196.

688. Som nævnt under behandlingen af fusioner lader skattemyndighedernes praksis om indsendelse af endelige dokumenter mv. ikke at være hjemlet i lovens § 6 eller fusionscirkulæret. Således må det eksplicitte udtryk i LVS 1997 S.D.2., s. 142 ej heller være tilstrækkeligt hjemlet.

indgår fortjeneste eller tab på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der som et led i spaltningen overføres til et eller flere modtagende, ikke i det indskydende selskabs skattepligtige indkomst, når aktiverne og passiverne også efter spaltningen er knyttet til et her hjemmehørende modtagende selskab eller et udenlandsk selskabs herværende faste driftssted eller faste ejendom⁶⁸⁹.

Bestemmelsen i FUL § 8 om den skattemæssige behandling af de aktiver og passiver, der ved fusionen er i behold i det indskydende selskab finder tilsvarende anvendelse ved spaltning af et udenlandsk selskab. Det indebærer, at aktiver og passiver, der ved spaltningen overføres fra det indskydende selskab til et modtagende selskab, ved indkomstopgørelsen behandles som om, de var anskaffet af dette selskab på de tidspunkter, hvor de er erhvervet af det indskydende selskab, og for de anskaffelsessummer, hvortil de er erhvervet. Reglerne i § 8, stk. 1-4 finder dog kun anvendelse i det omfang det udenlandske selskabs aktiver og passiver enten knyttes til et fuldt skattepligtigt dansk selskab eller til et udenlandsk selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet. Det er herved en forudsætning, at der eksisterer en dansk skattemæssig værdi for det pågældende aktiv eller passiv, hvori der kan succederes. Reglerne finder ikke anvendelse på eventuelle aktiver og passiver, der ved spaltningen går ud af dansk beskatningsret. Ophører det udenlandske selskab ved spaltningen, eller ophører det med at drive virksomhed her i landet, skal fortjeneste og tab på sådanne aktiver beskattes efter SEL § 7. Ophører det udenlandske selskab ikke ved spaltningen sker der beskatning efter SEL § 2⁶⁹⁰. FUL § 8, stk. 5, om den skattemæssige behandling af aktiver der ikke er erhvervet fra det indskydende selskab finder fuldt ud anvendelse. Ligeledes gælder reglen i § 8, stk. 6 om underskudsfræmsel fuldt ud. Dette medfører, at såfremt der foreligger underskud fra tidligere år i det indskydende selskab eller i et modtagende selskab, kan disse underskud ikke fradrages ved det eller de modtagende selskabers indkomstopgørelse. Underskud i et indskydende selskab, der ikke ophører ved spaltningen, kan fradrages i det indskydende selskabs indkomstopgørelse efter LL § 15. FUL § 8, stk. 7, om begrænsningen af underskud opstået mellem fusionsdatoen og vedtagelsen af fusionen, finder også anvendelse ved spaltning.

Ophører det indskydende selskab finder reglerne i § 10 (annullation af aktier) tilsvarende anvendelse, hvorimod kun § 10, stk. 2 (erhvervelse af egne aktier lades ude af betragtning) finder anvendelse såfremt det indskydende selskab ikke ophører.

689. Spaltningscirkulæret pkt. 2.4.3.

690. Jfr. spaltningscirkulæret pkt. 2.4.4.

I forhold til tilfældet for fusioner gennem FUL § 15, indeholder § 15 b visse særbestemmelser der tager højde for, at der ved spaltninger kan være to eller flere modtagende selskaber. Således skal der efter § 15 b, stk. 1 ske fordeling af selskabets skattemæssige afskrivninger, henlæggelser m.v. Det modtagende selskab kan overtage den del af det indskydende selskabs skattemæssige afskrivninger, nedskrivninger og henlæggelser, der vedrører de overtagne aktiver⁶⁹¹. I.h.t. § 15 b, stk. 1 i.f. anses de af et udenlandsk indskydende selskabs aktiver og passiver, der som følge af spaltningen knyttes til det danske selskabs faste driftssted i udlandet, som anskaffet til handelsværdien på spaltningsdatoen, sml. FUL § 15, stk. 2. Lempelse kan gives efter LL § 33, stk. 3.

Ud over spaltning af udenlandske selskaber finder spaltning sin tillige anvendelse på *spaltning af danske selskaber*, jfr. § 15 b, stk. 2. Heri ligger såvel rent nationale spaltninger som grænseoverskridende spaltninger med et dansk selskab som indskydende selskab. Efter henvisning i bestemmelsen finder § 5 om fusionsdatoen, § 6, stk. 1, 3, 4 og 6 om formforskrifterne tilsvarende anvendelse.

Ophører det indskydende selskab, finder den omtalte § 7, stk. 1 anvendelse. Ophører det indskydende selskab ikke ved spaltningen, indgår fortjeneste eller tab på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der som led i spaltningen overføres til et eller flere modtagende selskaber, ikke i det indskydende selskabs skattepligtige indkomst. Dette er betinget af, at aktiverne og passiverne efter spaltningen er knyttet til et her hjemmehørende modtagende selskab eller et i udlandet hjemmehørende modtagende selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet.

§ 8 om den skattemæssige behandling af de aktiver og passiver, der ved fusionen er i behold i det indskydende selskab finder tilsvarende anvendelse i denne relation, se hertil for virkningerne og forudsætningerne just ovenfor. Reglerne finder ikke anvendelse på aktiver og passiver der ved spaltningen går ud af den dansk beskatningsret. Her vil der ske beskatning efter SEL § 5 (fuldt skattepligtige selskaber). Der kan foretages lempelse efter LL § 33, stk. 4 for beregnet skat, ved beskatning af fortje-

691. Søren Næsborg Jensen anfører i EU-selskabsskatteret, 1997, s. 183f, at der kan opstå visse problemer i forbindelse med denne regel, når en gruppe under ét afskrives efter en saldoafskrivningsmetode, idet det ikke umiddelbart er muligt at identificere de afskrivninger, der er foretaget vedrørende det enkelte aktiv. Forfatteren slutter, at det formentlig ikke vil stride mod direktivets art. 4, stk. 2 såfremt der foretages en forholdsmæssig fordeling af afskrivningerne på de overførte aktiver. Michael Serup antager i R&R 1994/4, s. 33, at det er nødvendigt for det modtagende selskab at holde aktiver og passiver, der er erhvervet fra det indskydende selskab adskilt både i regnskaberne og selvangivelse mv.

neste og tab på aktiver og passiver i det indskydende danske selskabs udenlandske faste driftssteder, der ved spaltningen bliver knyttet til et udenlandsk modtagende selskab.

Der skal foretages en tilsvarende fordeling af skattemæssige afskrivninger og henlæggelser m.v. efter § 15 b, stk. 2 jfr. stk. 1 in fine.

FUL § 7, stk. 2 om hæftelse m.v. ved fusioner finder ikke anvendelse ved spaltninger. I stedet foreskriver § 15 b, stk. 3 regler om indgivelse af selvangivelse, hæftelse for skattekrav m.v. Ophører det indskydende selskab i forbindelse med spaltningen, påhviler det de modtagende selskaber at indgive selvangivelse for det indskydende selskab for tiden fra sidste sædvanlige indkomstår og indtil spaltningsdatoen⁶⁹². Ophører selskabet ikke, overføres pligten ikke. Det eller de modtagende selskaber hæfter solidarisk for eventuelle skattekrav og for ethvert bødeansvar, der efter skattelovgivningen vil kunne rettes mod det indskydende selskab⁶⁹³. Dette gælder såvel tidligere indkomstår som spaltningsåret. Ved ophør succederes i krav efter SEL § 29 B, stk. 5 og 6. Dette er ikke tilfældet uden ophør.

Hvad angår selskabsdeltagernes skattemæssige stilling efter direktivets art. 8 er denne identisk med fusionssituationen, hvorfor henvisning til del III, afsnit 2.1. foretages. Efter dansk ret normeres dette forhold af FUL § 15 b, stk. 4. Der sondres i denne forbindelse mellem situationer, hvor det indskydende selskab ophører og situationer, hvor dette ikke er tilfældet. Ved ophør anses de afhændede aktier og den del af vederlæggelsen, der udgøres af kontantudligning for afhændet til tredjemand til kursen på spaltningsdatoen. Dette vil sige, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab bliver beskattet af den kontante udligningssum, der modtages som en del af vederlaget for selskabsandelene i det indskydende selskab. § 9, stk. 2 (beskatning efter ABL ved kontantindløsning) og stk. 3 (FIFO) finder tilsvarende anvendelse. Aktier der ikke anses for afhændet, anses for ombyttet med aktier eller anparter i de modtagende selskaber efter forholdet mellem kursværdien af aktierne i hvert enkelt af de modtagende selskaber og den samlede kursværdi af aktierne i det modtagende selskab på spaltningsdatoen. Successionsreglen i FUL § 11 finder tilsvarende anvendelse. Ophører det indskydende selskab ikke ved spaltningen, anses en kontant udligningssum som ud-

692. Jfr. spaltningscirkulærets pkt. 2.6.

693. Erik Werlauff stiller sig i Selskabsskatteret, 1994, s. 447 tvivlende overfor bestemmelsens hjemmelsgrundlag i relation til spaltningsdirektivets (6. selskabsdirektiv) art. 12.

bytte for aktionærerne i det indskydende selskab, jfr. § 15 b, stk. 4, 4. pkt. Det følger endvidere af bestemmelsens 7. pkt., at aktionærerne i et indskydende selskab der ikke ophører, anses for at have erhvervet aktierne eller anparterne i det modtagende selskab på samme tidspunkt som aktierne i det indskydende selskab⁶⁹⁴. Ved beregning af den anskaffelsessum, deltagerne i det indskydende selskab skal anvende for aktierne hos modtagerne, fordeles anskaffelsessummen for aktierne i det indskydende selskab før spaltningen på de aktier, selskabsdeltagerne sidder inde med i det indskydende selskab og dem de har modtaget fra det modtagende selskab. Fordelingen foretages efter forholdet mellem kursværdien af aktierne i det indskydende selskab og aktierne i hvert af de modtagende selskaber, og den samlede kursværdi af aktierne i det indskydende selskab og aktierne i det eller de modtagende selskaber på spaltningsdatoen, jfr. 8. pkt. I.h.t. 9. pkt. opfattes næringsaktier også som næringsaktier i det modtagende selskab efter ombytningen. Samme klassifikation følger aktier omfattet af ABL §§ 2 b, 2 c eller 2 e. Er aktierne i det indskydende selskab omfattet af ABL § 2 a, følger behandling som § 2 a-aktier, jfr. § 15 b, stk. 4, 10. pkt., kun aktierne i 3 indkomstår. Dette med mindre en selvstændig bedømmelse fører til et andet resultat⁶⁹⁵. Har aktierne i det indskydende selskab forskellig skattemæssig status, for eksempel nogle tilhørende anlægsbeholdningen og andre omsætningsformuen, foretages en forholdsmæssig fordeling for aktierne i det eller de modtagende selskaber, jfr. bestemmelsens 12. pkt. Har aktierne ikke samme kursværdi, og samtidig den omtalte forskellige status, foretages fordelingen, jfr. § 15, stk. 4, 13. pkt., efter kursværdien af aktierne i det indskydende selskab på spaltningsdatoen. Såfremt aktierne har knyttet forskellige rettigheder til sig, foretages beregningen af aktiernes anskaffelsessum særskilt for hver art af de modtagne aktier på grundlag af disses kursværdi på spaltningsdatoen, jfr. 14. pkt.

De danske spaltningsregler medfører, jfr. § 15, stk. 5, at også selskaber udenfor EU kan foretage begunstigede spaltninger. Dog bringes udelukkende bestemmelsen i stk. 4, om succession for selskabsdeltagerne, i anvendelse idet det anses nødvendigt, at sikre behandlingen af danske aktionærer.

694. Ved forskellige anskaffelsestidspunkter foretages der en forholdsmæssig fordeling beregnet efter kursværdien i det indskydende selskab på spaltningsdatoen, jfr. 12 og 13. pkt.

695. De ordinære kriterier efter ABL § 2 a benyttes til denne bedømmelse, jfr. spaltningscirkulærets pkt. 2.7.2.

Som et afsluttende forhold af interesse findes der efterhånden en betydelig praksis udspringende omkring LR's tilladelser til skattefri spaltninger⁶⁹⁶. Denne praksis gælder dog (oftest) for nationale spaltninger men antages ligeledes at kunne danne retningslinier for fremtiden når det internationale spaltning sinstituts tilstand af *lex imperfecta* ophører⁶⁹⁷. Det bør yderligere være således, at nationale og grænseoverskridende transaktioner ikke undergives varierende behandling, idet dette ellers ville forpurre reguleringens målsætning. Den foreliggende praksis kan inddeles i tre kategorier; tilladelser uden vilkår, tilladelser med vilkår og endelig afslag på ansøgning⁶⁹⁸.

Tilladelse uden vilkår

Visse spaltninger er blevet tilladt af Ligningsrådet uden særlige vilkår. I TfS 1994.816 blev spaltningen således tilladt. Transaktionens omstændigheder var, at et selskab M A/S ønskedes spaltet ved overdragelse af anlægsaktiver/værdipapirer til 4 nystiftede selskaber. LR fandt ikke forholdet af en sådan betydning, at særlige vilkår burde fastsættes, idet spaltningen var begrundet med, at den nuværende hovedaktionær, som var 75 år, ønskede en opdeling i flere selskaber, for derved via testamenteriske dispositioner at kunne fordele selskaberne mellem sine arvinger.

I TfS 1995.644 gav LR tilladelse til spaltning uden vilkår i forbindelse med en eneaktionærs forestående pensionering. Et selskab ønskedes spaltet i to nye selskaber, hvorefter det ene selskab umiddelbart efter ønskedes overdraget til eneaktionærens søn under anvendelse af reglerne om skattemæssig succession ved familieoverdragelse (ABL § 11).

En ikke offentliggjort LR afgørelse, jfr. LVS S.D.2.1.1 blev spaltning ligeledes tilladt vilkårsfrit, idet spaltning sønsket var begrundet med at der herved opnåedes risikoafgrænsning. Herudover ville spaltningen give bedre rammer for eventuelt i fremtiden at indgå i samarbejde med andre indenfor branchen samt bedre muligheder for generationsskifte. Transaktionen angik et selskab A, som hidtil havde drevet maskinfabrik og ingeniørvirksomhed og derudover besiddet fem ejendomme. Spalt-

696. Se afsnit 2.2. i del III for en generel diskussion af denne betingelse om forhåndsgodkendelse og retmæssigheden heraf. Der foretages en specifik behandling af praksis omkring skattefrie spaltninger hos *Susanne Kjær* i TfS 1997.106, *Susanne Nørgaard* i SO 1995.152, *Hanne Østergaard* i TfS 1993.536 og *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 320ff.

697. Enkelte grænseoverskridende transaktioner er kommet til bedømmelse, jfr. eksempelvis TfS 1996.763 LR.

698. Sml. LVS 1997. S.D.2.1.

ningen ønskedes gennemført således, at de hidtidige erhvervsaktiviteter blev videreført i et rent driftsselskab med uændrede aktiviteter, mens ejendommene ønskedes udskilt til et separat ejendomsselskab.

Som en sidste eksemplifikator kan fremhæves LR's afgørelse som refereret i R&R 1998/4 SM 137 hvor et A/S der var et helejet datterselskab af et holdingselskab, og som drev virksomhed med 2 forskellige aktiviteter, ansøgte LR om tilladelse til skattefri spaltning i 2 nye selskaber, hvoraf det ene ønskedes solgt. Kommunen indstillede, at der blev nægtet tilladelse til spaltningen, idet holdingselskabet havde ejet datterselskabet i mere end 3 år, hvorfor den udspaltede aktivitet kunne sælges skattefrit. LR fandt ud fra en samlet bedømmelse, at spaltningen ikke var motiveret af skatteundgåelse/skatteudnyttelse, idet selskabet ikke opnåede gunstigere stilling end andre selskaber, der benyttede FUL's regler om succession. Rådet imødekom derfor ansøgning uden fastsættelse af særlige vilkår.

Tilladelse med særlige vilkår

Flere afgørelser med særlige vilkår er givet de seneste år efter reglernes ikrafttræden. Det er nu muligt på baggrund af denne udspringende praksis, at foretage en opridsning af konturerne heri. Som det mest hyppigt forekommende vilkår, stilles der fra Ligningsrådets side krav om, at de aktier der modtages som vederlag, ikke afhændes i en periode på 3 år efter spaltningsdatoen⁶⁹⁹. Dette krav fremkommer således i TfS 1993.516 (TSN 1993.21.1002). Heri gav LR tilladelse med de vilkår, at anpartshaverne, udover at blive vederlagt med anparter i de modtagne selskaber i samme forhold, som de besad anparter i det indskydende selskab ikke inden for et tidsrum af 3 år fra spaltningsdatoen måtte afhænde de modtagne anparter på en måde, som medførte en forrykkelse af det indbyrdes ejerforhold. I samme tidsrum måtte anpartshaverne heller ikke afhænde de modtagne anparter på en måde, så mere end 10% af pålydende værdi for de modtagne anparter blev vederlagt med andet end anparter. Vilkårene var begrundet i, at et salg af anparter eller

699. Vilkåret undersøges nærmere af Søren Næsborg Jensen i EU-selskabsskatteret, 1997, s. 322ff, hvor kravet findes legitimt i visse sammenhænge og mindre legitimt i andre. Ligeledes anføres det som problematisk i relation til offentlighedslovens krav, at LR ikke med vilkåret fremhæver hvilken skatteudnyttelse rådet har søgt at undgå hermed. Endelig finder forfatteren det formildnende, at det efter alt at dømme kan komme på tale med vurdering af senere transaktioner hos Ligningsrådet på ny, jfr. TfS 1995.70. Vilkåret er tillige underkastet temmelig kritisk analyse i TfS 1997.696 af Michael Serup hvor ligeledes Ligningsrådets kompetencegrundlag betvivles med den følge, at visse dele af den gældende praksis må ændres.

aktier i umiddelbar forlængelse af en skattefri spaltning efter Ligningsrådet opfattelse bevirker en omgåelse af de to betingelser for skattefri spaltning FUL § 15 b, stk. 2, nemlig dels pro rata-reglen og dels 10%-reglen. Se endvidere TfS 1995.71 og TfS 1996.104 begge med tidskravet som et vilkår. Det kan jfr. ovenstående om tilladelse uden vilkår nok konstateres, at LR hovedsageligt vil fravige kravet om denne standard ejertid, såfremt generationsskifte er aktuelt i fornødent omfang⁷⁰⁰.

Ved TfS 1997.669 (R&R 1997/11 SM 415) anmodede et selskab, der var blevet stiftet i forbindelse med en skattefri aktieombytning, om tilladelse til skattefri spaltning. I forbindelse med tilladelsen til aktieombytningen var der blevet stillet vilkår om, at det nystiftede moderselskabs ejerandel i det fremtidige datterselskab skulle bevares i mindst 3 år. Da spaltningen var i strid med dette vilkår var det i anmodningen forudsat, at de selskaber der opstod ved spaltningen, kunne indtræde i aktieombytningsvilkåret. LR fandt ikke hjemmel i spalttningsreglerne til en sådan succession. Aktieombytningsvilkåret måtte derfor lempes ved en selvstændig revurdering. LR gav efterfølgende tilladelse til spaltning på vilkår af, at aktionærernes indbyrdes ejerforhold i de modtagende selskaber efter spaltningen skulle bestå uændret i en periode af 3 år regnet fra spaltningsdatoen, samt at aktionærerne ikke indenfor den samme periode måtte afhænde de modtagne aktier på en måde, der ville medføre, at mere end 10% af den pålydende værdi af de ved spaltningen modtagne aktier blev vederlagt med andet end aktier.

I TfS 1998.13 fremkom et vilkår om udspaltning af en erhvervsmæssigt anvendt bil til det modtagende selskab. Det indskydende selskab havde oprindeligt to biler hvoraf kun den ene ønskedes inddraget.

Endelig kan nævnes afgørelsen i TfS 1997.940. Vilkårene heri svarer til ovennævnte TfS 1993.516. To brødre fik tilladelse til at indskyde deres aktieposter i et nystiftet holdingselskab (aktieombytning). Der blev stillet vilkår om 3 års ejerskab for holdingselskabet. I umiddelbar forlængelse af aktieombytningen ønskedes det nystiftede holdingselskab spaltet, således at det indskydende selskab ophørte. Der blev givet tilladelse hertil. De 2 modtagende selskaber skulle i den forbindelse overtage aktieombytningsvilkåret om bevarelse af det relative ejerskab i datterselskabet i 3 år. Det var et vilkår for spaltningen, at de 2 brødre ikke i 3 år efter spaltningen afhændede deres aktier i de modtagende selskaber på en måde, der medførte, at mere end 10% af pålydende værdi af de modtagende aktier blev vederlagt med andet end aktier.

700. Jfr. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1997, s. 532.

Sammenfattende kan det siges om vilkåret om, at kapitalandelene i det indskydende selskab ikke må afhændes, er begrundet i at man ikke må omgå den lovmæssige betingelse om en begrænset kontantvederlæggelse (på 10%). Yderligere er baggrunden for 10% reglen, at man vil sikre reel succession. Tilsvarende er det andet vilkår, om en bibeholdelse af selskabsdeltagerens indbyrdes ejerforhold i de modtagende selskaber i 3 år, funderet i forhindring af opdeling mellem selskabsdeltagerne ved spaltningen⁷⁰¹.

Som et andet vilkår fremkommer kravet om, at der skal tages hensyn til goodwill såfremt der til en udspaltet virksomhed er knyttet sådant, jfr. ordene “*samlede aktiver*” og “*gren af virksomhed*” i § 15 b. Medmindre der er tale om bogført, erhvervet goodwill, kræves det ikke, at en sådan værdi indgår i det modtagende selskabs åbningsbalance. Goodwillværdien må dog alligevel kræves opgjort (til handelsværdi) af hensyn til fordelingen af successionsgrundlaget på de nyudstedte aktier, jfr. LR 99/95-4314-49 (ikke offentliggjort). Afgørelsen er gengivet hos *Erna Christensen m.fl.* op.cit., s. 529 hvor det yderligere anfører, at noget tilsvarende må antages at gælde for andre immaterielle aktiver, der er knyttet til det indskydende selskabs virksomhed.

Den praksis der fremkommer ved fortolkning af kravet om “*gren af en virksomhed*” ved delvise spaltninger er tillige righoldig. Behandlingen heraf er identisk med den praksis, der er opstået ved fortolkning af reglerne om tilførsel af aktiver, af denne årsag henvises til ovenstående afsnit 4.2. i del III herom for nærmere belysning.

Afslag på anmodning

I visse afgørelser har LR givet afslag på ansøgningerne om skattefri spaltning.

I TfS 1995.664 fandt LR, at en anmodning om spaltning af et ApS til to nyetablerede selskaber ikke kunne imødekommes, idet det spaltede selskab overførte samtlige aktiver og passiver til det ene af de nye selskaber, hvorefter det andet nye selskab i forbindelse med spaltningen ville modtage en fordring på ApS'et. Fordringen ville blive tilvejebragt ved en regnskabsmæssig postering, og det var ikke hensigten, at det andet nye selskab skulle modtage nogen likvider fra det indskydende selskab. Betingelsen i FUL § 15 b, stk. 2, om at en spaltning skal omfatte to eller flere selskaber, var følgelig

701. FT 1991-92, tillæg A sp. 507.

ikke opfyldt. Afgørelsen vedrører spaltning uden likvidation fra tiden fra før ændringen i 1996 af spaltningbegrebet.

I TfS 1996.631 fandt LR ikke, at kravet om, at der skal ske udspaltning til mindst to selskaber, var opfyldt. Det spaltende selskab skulle efter planen tilføre samtlige aktiver og passiver til kun det ene af to nyetablerede modtagende selskaber (fuld spaltning). Det andet modtagende selskab skulle udelukkende modtage en fordring på det førstnævnte modtagende selskab. Den pågældende fordring ville først opstå ved selve spaltningen, og der blev således ikke overført hverken aktiver eller passiver fra det spaltende selskab til det pågældende modtagende selskab. Mellemregningen mellem de to modtagende selskaber fandtes endvidere alene at være etableret med det formål, at ansøgeren efter en fremlagt spaltningssmodel kunne opfylde betingelsen om, at en spaltning skal omfatte 2 eller flere modtagende selskaber. LR imødekom herefter ikke den ansøgte spaltning.

I R&R 1998/5 SM 181 blev LR anmodet om tilladelse til skattefri spaltning af et datterselskab, der påtænkte at indskyde selskabets faste ejendom i koncernens moderselskab mod vederlag i form af egne aktier. Ligningsrådet kunne ikke imødekomme ansøgningen, idet betingelsen om at vederlag til deltagerne i det indskydende selskab ikke kunne anses for opfyldt. Der ville heller ikke kunne gives tilladelse til skattefri spaltning uden vederlag til aktionæren i det indskydende selskab, der var identisk med det modtagende selskab.

Afslagene ses at være begrundet i transaktionernes karakter af definitivt ikke at være omfattet af spaltningbegrebet i FUL.

3.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret*

Der findes vidt udbyggede muligheder for foretagelse af skatteneutrale spaltninger i USA⁷⁰². Reglerne i Sec. 355 gælder for tre typer af transaktioner: spin-offs⁷⁰³, split-offs⁷⁰⁴ og split-ups⁷⁰⁵. Disse begreber er mere vidtrækkende end blot ordinære spaltninger, men reglerne er samlet i et

702. Generelt herom Cheryl D. Block op.cit., s. 383ff, Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg op.cit., s. 248ff, Stephen A. Lind et al, op.cit, s. 509ff og Samuel C. Thompson op.cit., s. 832ff.

703. Hvor aktierne i et kontrolleret selskab fordeles til aktionærerne i det delende selskab. Begrebet lader ikke til at anvendes om den helt samme transaktion som i dansk skatteret.

704. Hvor aktionærerne i et delende selskab overgiver en portion aktier for en aktiepost i det kontrollerede selskab.

705. Det delende selskab foretager en likvidationsudlodning af aktierne i to eller flere kontrollerede selskaber.

afsnit om “*devisive reorganization*”. Dette afsnit er fælles for såvel omstruktureringer som ophør, idet der ikke er forskellige virkninger knyttet til sondringen. Rationalet for skattebegunstigende regler ved spaltninger m.v., lader til at være det alt dominerende rationale bag alle reorganisierungsreglerne, nemlig; at transaktionerne kun repræsenterer en formændring i investeringen.

Flere lovfæstede og ikke-lovfæstede krav skal opfyldes før skattebegunstigelsen tillades. De lovmæssige krav udgør: (1) det udloddende selskab må kun udlodde aktier mv. fra et selskab som det kontrollerer inden udlodningen, jfr. Sec. 355(a)(1)(A). (2) Det udloddende selskab skal udlodde alle aktierne eller øvrige værdipapirer i det kontrollerede selskab, der besiddes umiddelbart før distributionen. Hertil skal der udloddes alle aktierne eller tilstrækkeligt til at statuere kontrol, jfr. Sec. 368(c). Vælges det sidstnævnte, skal Treasury Secretary finde, at transaktionen ikke hovedsageligt er motiveret af skatteundgåelse. (3) Både det udloddende og det kontrollerede selskab skal udøve aktiv handel eller forretninger umiddelbart efter transaktionen. Dette krav findes i Sec. 355(b), og giver anledning til de fleste vanskeligheder med reglernes kompleksitet. Heri ligger såvel et krav om præ- og post aktivitet. Post-kriteriet findes der stort set ikke eksisterende fortolkningsbidrag til, mens prækriteriet findes i Sec. 355(b)(2)(B) med krav om 5 års forudgående erhvervsaktivitet. (4) Endelig gælder som et negativt krav, at transaktionen ikke må bruges primært som en “udlodningsdevice” i hverken det udloddende, det kontrollerede eller begge selskaber, jfr. Sec 355(a)(1)(B). Til dette krav kan der opstilles flere indikatorer, herunder bl.a. pro rata tildeling eller efterfølgende salg af de udloddede aktier, mens et forudarrangeret eller aftalt salg anses som substantielt bevis på udlodningshensigten.

I tilknytning hertil gælder flere judicielt udviklede krav parallelt med de øvrige. Disse inkluderer (1) et demonstrerbart “*forretningsformål*”⁷⁰⁶, (2) “*continuity of the business enterprise*”⁷⁰⁷ og (3) “*continuity of interest*”⁷⁰⁸. Der henvises til ovenstående afsnit 2.3. i del III, herunder skal særegne karakteristika gennemgås. Ad (1) fortolkes dette således, at Sec. 355 transaktionen skal være en sidste udvej for at opnå forretningsformålet. Ad (3) i denne kontekst om spaltninger har doktrinen den betyde-

706. Treas Reg. §1.355-2(b).

707. Treas Reg. §1-355-1(b).

708. Treas Reg. §1.355-2(c).

ning, at den skal være opfyldt for hver udspaltet enhed. Hertil kommer, at også step-transaction doktrinen finder anvendelse.

Der er visse overlapninger mellem Sec. 355 og type D reorganiseringerne, og de spaltende transaktioner er kendetegnet ved at være mere restriktivt reguleret grundet frykten for misbrug.

Opfyldes kravene, er der åbnet for udeholdelse af tab og gevinster ved distributionen af aktier samt tilførslen af aktiver, jfr. Sec. 361⁷⁰⁹ for det uddelende selskab. Det kontrollerede selskab skal ligeledes ikke medregne nogen fortjeneste eller noget tab, jfr. Sec. 1032 og benytter en værdisættelse efter Sec. 362. Det delende selskab friholdes yderligere for skat efter Sec. 355(c) ved fordelinger af aktier fra det kontrollerede selskab. Det er efter bestemmelsens ordlyd et krav, at udlodningen ikke er sket som et led i en reorganiseringsplan. Endelig er aktiemodtagelsen hos aktionærerne er tilsvarende skattefri, jfr. Sec. 355(a)(1). Det er muligt, at modtage "Boot" (andet vederlag end aktier), men dette beskattes efter Sec. 356. Ved split-offs og split-ups medfører Sec. 358(a), at værdien af de modtagne aktier skal være den samme som de overgivne aktier, dog reduceret med værdien af anden vederlæggelse og forhøjet med gevinstbeløbet eller beløb behandlet som udbytte. Hvad angår spin-offs medfører, Sec. 358(c), at transaktionen opfattes som en ombytning i hvilken aktierne i det udloddende selskab først overdrages og siden modtages igen i bytte. Virkningen af begge regler i Sec. 358 er, at der foretages en fordeling af den gamle basis på alle de aktier der efter udlodningen ejes, efter en rimelig markedsværdi på udlodningsdatoen.

4. Omstruktureringer gennem opkøb af virksomhed mod vederlag i aktier og omdannelse af filial til datterselskab (tilførsel af aktiver)⁷¹⁰

4.1. *Ratio legis – almindeligt led*

Omstruktureringer i koncernforhold kan tillige finde sted ved opkøb af virksomhed og gennem omdannelse af filial til datterselskab (denne transaktion er nok den samme som ved koncerndannelse idet en af moderselskabet hidtil foretaget virksomhed udskilles i et nyt datterselskab).

709. Det er dog her et krav at også betingelserne til en type D devisive reorganisering opfyldes.

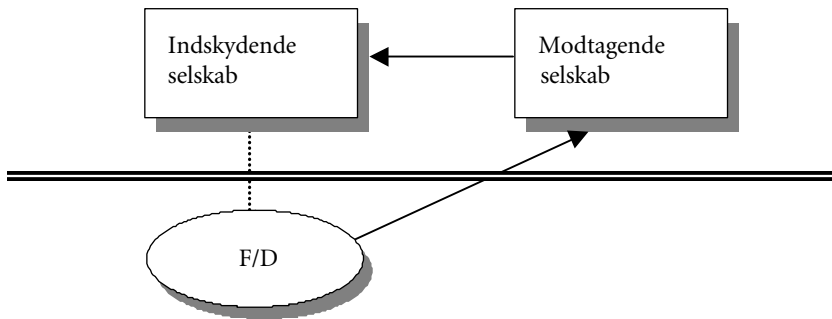
710. Inspiration til denne overskriftsinddeling vedkendes hentet hos Søren Sønderholm: Omstrukturering af foretag, Dansk nationalrapport, 1993, s. 21ff.

Det benyttede retsinstitut er i begge situationer; virksomhedsoverdragelse (udtrykt i civilretlige termer), eller tilførsel af aktiver (udtrykt i skatteretlige termer). Reglerne på området kan således bruges til at tilvejebringe en mere hensigtsmæssig koncernstruktur. Eksempelvis drives der flere forskellige virksomhedstyper i forskellige af koncernens selskaber, og der efterfølgende ønskes afhændet enkelte af disse til nye datterselskaber⁷¹¹. Reguleringen af denne situation ut 'supra behandlet medfører ikke anderledes skattemæssig stilling når sigtet og konsekvensen er omstrukturering. Undladelse af fornyet gennemgang findes derfor berettiget.

Opkøb af virksomhed kan foregå således, at et modtagende selskab med ønske om overtagelse af en virksomhed, overtager en gren af et eksisterende selskabs virksomhed mod tildeling af aktier til indskydende selskab i modtagende selskab. Reglerne kan derfor også principielt bruges som koncerndannelsesinstrument idet man gennem reglerne kan overtage virksomhed og ikke kun selv starte datterselskab, men forudsætningen for håndfast af falde under almindelig koncernopfattelse, er en efterfølgende omdannelse af det erhvervede faste driftssted til et datterselskab. Den skattemæssige behandling af transaktionerne er identisk, jfr. FUL § 15c-d og dir. 90/434 art. 9 jfr. art. 4-6, men situationerne er modsatrettede; (1) datterselskabsudskillelse eller filialomdannelse: man vil ændre organisationsformen af egen virksomhed (2) virksomhedsopkøb: man vil tilføre selskabet ny eller forøget aktivitet. Reelt set er der tale om, at et selskab sælger nogle af sine aktiver til et andet selskab, som – i stedet for kontant el.lign. vederlæggelse – vederlægger førstnævnte selskab med egne selskabsandele⁷¹². Ovenfor er simplificeret afbilledet en datterselskabsudskillelse, mens en illustration af virksomhedsovertagelse her er passende. Skattereglerne som allerede gennemgået i hovedtræk sikrer en neutral behandling af disse transaktioner, når der sker vederlæggelse i aktier. Formål og baggrund for reglerne lader da til at udmynte sig i konkrete erhvervsgavnlige skatteordninger. Herfra kan der derfor tilføres et udsagn om, at omstruktureringer foretaget gennem filialomdannelse og virksomhedsopkøb principielt er tilgodeset skattemæssig neutralitet gennem eksisterende lovgivning. Det hertil hørende led i hypotese #3 er derfor påvist.

711. Et aktuelt koncerndannelseseksempel efter denne model findes i TfS 1993.279 TS, hvor et selskab der drev tre typer af virksomhed ønskede aktiviteterne henført til tre nye datterselskaber og med koncernstiftende selskab som udøvende udelukkende holdingfunktioner. Konstruktionen blev tilladt af LR.

712. Søren Næsberg Jensen: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 186.



Figur 8: Eksempel på etablering af filial ved virksomhedsoverdragelse.

4.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led

Den skattemæssige behandling for denne transaktionstyper tilsvare den under afsnit 4.2. behandlede i del III, hvorfor der henvises dertil.

4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Det komparative indblik vedrørende omdannelse af filialer er givet ovenfor under koncernetablering i del III, afsnit 4.3. Men som det nævntes findes der to sæt regler, hvor det ene netop tager sigte på virksomhedsoverdragelse⁷¹³, nemlig “stock for assets merger”, jfr. Sec. 368(a)(1) (C), hvor definitionen er: “...the acquisition by one corporation, in exchange solely for all or a part of its voting stock (or in exchange solely for all or a part of the voting stock of a corporation which is in control of the acquiring corporation), of substantially all of the properties of another corporation, but in determining whether the exchange is solely for stock the assumption by the acquiring corporation of a liability of the other, or the fact that property acquired is subject to a liability, shall be disregarded...”

Der skal gennemgås tre tests før reglerne finder anvendelse: (1) det overtagende selskab skal overtage substantielt alle aktiverne i det sælgende selskab, idet der ellers definatorisk ikke er tale om en akquisitorisk transaktion. Overføres kun en del af aktiverne, kan der stadig være tale om en skattefri transaktion, men da som en type D – delende transaktionstype⁷¹⁴. I kravet ligger at næsten alle aktiver skal overdrages. Hver-

713. Se generelt herom Cheryl D. Block: Corporate Taxation, 1998, s. 344ff, Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg: Federal Corporate Taxation, 1998, s. 219ff, Stephen A. Lind et al: Fundamentals of Corporate Taxation, 1997/98, s. 460ff og Samuel C. Thompson: Taxation of Business Entities, 1994, s. 890ff.

ken IRC eller de tilhørende regulations specificerer kravet nærmere. I forbindelse med Internal Revenue Service's udstedelse af forhåndsbeskeder benyttes dog et krav på 90% af målselskabets aktivers markedsværdi og 70% af en rimelig markedsværdi af målselskabets bruttoaktiver. Den eneste anden ydelse der kan godtages er overtagelse af passiver. (2) Udelukkende stemmegivende aktier i det overtagende selskab (eller dettes moderselskab) må benyttes. Heri ligger på trods af ordlyden i Sec. 368(a)(1)(C), at minimum 80% af betalingen skal foreligge i aktier, og 20% må udgøres af penge eller andre aktiver. Procentsatserne tages af en rimelig markedsværdi af det overtagne selskab. Aktierne der modtages skal fordeles blandt selskabets aktionærer. Endelig (3) skal det sælgende selskab likvideres med følgende udlodning med mindre der foreligger frafaldelse fra Treasury Secretary.

Er disse betingelser opfyldt er konsekvensen på selskabs- og aktionærniveau de følgende. Det skal bemærkes, at målselskabets aktionærer ikke direkte omfattes af transaktionen, idet det er selskabet der overfører aktiver til gengæld for aktier. Transaktionen er ikke skattepligtig for målselskabet i henhold til Sec. 361(a). Målselskabets basis i de modtagne aktier er den samme, som den var i de overførte aktiver, og der udløses ikke skat af udlodningen efter Sec. 361(c). Eftersom målselskabets aktionærer har byttet deres aktier i målselskabet med aktier i det fortsættende selskab, skal også disse behandles skattefrit ved likvidationen. Dette foretages efter reglen i Sec. 354. Aktionærernes basis er den samme som den tidligere indehavende aktieposts, jfr. Sec. 358.

Det tvivlsomt hvorvidt det kan lade sig gøre at foretage en tidsfor-skudt overtagelse idet retspraksis har indlagt visse "fælder" heri.

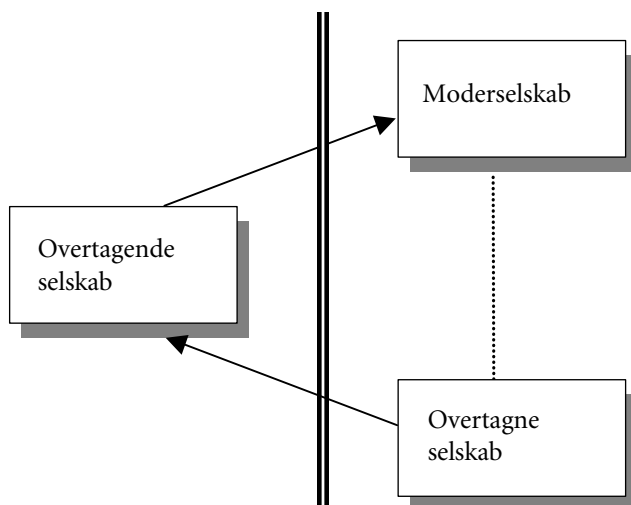
5. Omstruktureringer gennem majoritetsoverdragelse (aktieombytning)

5.1. *Ratio legis – almindeligt led*

Omstrukturering kan endelig finde sted ved opkøb af aktier i andre selskaber, hvorved der altså føjes kontrol over flere juridiske personer til koncernstrukturen. Desuden kan man forestille sig den situation hvor et dansk moderselskab A, der er moderselskab til det danske selskab B, ønsker at overdrage sine aktier i B til det hollandske selskab C med den følge, at der bliver etableret en koncernstruktur med A som moderselskab i Danmark, C som dettes umiddelbare datterselskab i Holland og B som

714. Type D kan rumme såvel "acquisitive" som "divisive" transaktioner.

dettes datterselskab i Danmark, altså datter-datterselskab af det danske A⁷¹⁵. Ved disse transaktioner er det muligt for koncerner, at foretage transaktioner med henblik på optimal indretning af virksomhedsstrukturen.



Figur 9: Eksempel på omstrukturering gennem aktieombytning.

Retsgrundlaget og ratio herfor tilsvarende den ovenfor gennemgåede, hvorfor der ikke skal knyttes yderligere bemærkninger hertil. Som det ses af de fremhævede eksempler, eksisterer der altså efter den unilaterale og supranationale regulering mulighed for brug af successionsprincippet ved omstruktureringer foretaget gennem aktieombytning. Således er der principielt også på dette område sikret neutralitet i koncernbeskattningen, en konstatering der bekræfter hypotese # 3.

5.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led

Behandlingen heraf er ligeledes den samme som gennemgået i del III (afsnit 5.2), hvortil der henvises.

5.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Se overfor i del III, afsnit 5.3.

715. Eksemplet er hentet fra Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, s. 202.

6. Sammenfatning

Sammenfattende om omstruktureringer må vi i vidt omfang støtte os til behandlingen og slutningerne fra del III. Dog er det særegent for denne del, at spaltningens instituttet finder anvendelse. Indledningsvis påvistes principiel neutralitet også for denne transaktion. Der fandtes ikke forhold af en sådan karakter i forbindelse med analysen heraf, at den principielle neutralitet forvanskes. Dog er der en vidtrækkende praksis om tilladelser til spaltning, og det lader til at denne praksis tager til i bebyrdende retning. Det er svært at udtale sig om hvorvidt lovforslag nr. L 87 kan få gavnlig effekt på denne tendens. Tilsvarende kan gøre sig gældende om transaktionerne behandlet i det øvrige af denne del og i del III. Yderligere skal resultatet modificeres med det forhold, at der gælder flere særregler for vertikale fusioner, og at disse regler overvejende er af mere restriktiv karakter end ellers. Men det findes ikke, at dette sammenholdt med de øvrige problemer udgør tilstrækkeligt grundlag for at antage at den principielle skattneneutralitet forsvinder eller formindskes. Derfor konstateres det, at der i forbindelse med koncernomstruktureringer er tale om *stærk skattneneutralitet*, hvilket sikres gennem successionsprincippet.

De komparative element bekræfter os i den allerede anvendte tilgang, idet stort set tilsvarende løsningsmodeller kendes fra den anden side af Atlanten⁷¹⁶.

716. Overordnet set, idet der ikke tages stilling til den praktiske behandling mv.

Del VI Koncernophør

Hypotese #4: Koncernophør

Ophørssituationen er der ikke specifikt er taget højde for i neutralitetsmæssig sammenhæng. Almindelig likvidation af en koncern udløser beskatning. Der findes udelukkende regler herom i den nationale skatteret, og disse har ikke neutralitetshensyn for øje. Det kan dog anføres, at skatteneutralitet bør anses realisationsprincipper ud fra et koncernperspektiv, hvorved beskatning udløses når transaktionen foretages udenfor koncernerne eller når disse bringes til ophør (uden fortsættelse af en ny koncern). Dette er nok baggrunden for den manglende eksistens af skatteneutrale regler i ophørssituationen.

Af mindre indgribende karakter overfor en koncernstruktur men med samme virkning - koncerns ophør – kan der foretages fusion og spaltning, hvorved koncernen bliver til ét subjekt eller hvor der udspaltes til forskellige selskaber uden efterfølgende koncernrelation mellem disse. Det fremhæves ikke eksplicit, at koncernophør skal opnå skatteneutralitet, men det reelle resultat medfører nok noget sådant. Idet der efter disse to typer af koncernophør stadig består skattesubjekter har den ovenfor fremhævede neutralitet således tillige principiel virkning i denne situation. Derfor kan det statuere, at koncernophør gennem fusion og spaltning underkastes skatteneutralitet gennem skattereglernes eksistens.

1. Indledning

Som afrunding på den kronologiske betragtningsmåde, skal i det følgende behandles de transaktionstyper der for mig at se udgør et ophør af koncernsituationen. Disse transaktioner udgør for en umiddelbar betragtning likvidation af selskaber i koncernen, således, at der efterfølgende ikke er basis for anvendelse af organisationsbenævnelsen – koncern – eller sågar, at hele foretagendet likvideres med henblik på udlodning. Igen på dette sted dukker fusion og spaltning frem som mulige transaktioner der medfører ophør af koncernforhold⁷¹⁶.

2. Ophør gennem likvidation

2.1. Almindeligt led

Ved koncernophør gennem likvidation tænkes der i denne forbindelse på, at et datterselskab i udlandet opløses, eller at det danske moderselskab opløses. Da der ikke findes fælleseuropæiske harmoniseringsforskrifter⁷¹⁷ på området eller folkeretsforskrifter er den skattemæssige behandling overladt til nationalstaterne. Det ligger uden for fremstillingens sigte, at beskrive de forskellige europæiske retssystemers behandling af likvidation. Af denne årsag behandles de rent danske skatteregler vedrørende likvidation. Det lægges herved til grund, at der i indholdet findes stort set tilsvarende regulering i mange unionsstater.

I dansk skatteret er der beskatningshjemmel ved likvidation af selskaber og udenlandske filialer i hhv. SEL § 5 og § 7⁷¹⁸. SEL § 7 skal dog ikke behandles i det følgende, idet der her er tale om en situation hvor udenlandske selskaber har faste driftssteder i Danmark og ønsker disse likvideret. Dette forhold falder uden for fremstillingens sigte, selvom behandlingen kan overstås hurtigt ved at konstatere henvisning til reglerne i SEL § 5, stk. 2 og stk. 3.

SEL § 5 indeholder reglerne om tidspunktet for og konsekvenserne af, at et selskab opløses⁷¹⁹. Om ophørstidspunktet kan det generelt siges, at et

716. Ophør af selskaber kan forekomme på flere måder. Der kan overordnet sondres mellem frivillig og tvungen opløsning, hvor den tvungne kan ske gennem universalforfølgning eller tvangsopløsning grundet overtrædelse af selskabsretlige formalia. I nærværende afhandling foretages udelukkende en behandling af situationer, hvor der er et frivillighedselement tilknyttet, idet der ellers ikke er tale om en egentlig disposition fra koncernernes side.

717. Den fællesskabsretlige selskabsret indeholder et (om end set med danske øjne primitivt) udkast til et likvidationsdirektiv. Se herom *Peer Schaumburg Müller og Erik Werlauff*: Unionsretlige selskabs- og børsregler, 1995, s. 281 og sidstnævnte i EF-selskabsret, 1992, 392ff.

718. National – dansk – likvidationsbeskatning er blandt andet behandlet i Cirk. nr. 136 af 7.11.1988 (om SEL), pkt. 31, i LVS 1997, S.B.2, hos *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteoven med kommentarer, 1997, s. 156ff, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1997, kap. 3, af *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 1995, 376ff, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 1997, s. 761ff og endelig hos *Erik Werlauff*: Selskabsskattebet, 1994, s. 135ff.

719. Ligeledes indeholdt i SEL § 5 er reglerne om tidspunktet og konsekvenserne af, at et normalt beskattet selskab ændrer skattemæssig status til en nr. 6-forening eller til en skatteundtaget § 3-institution, jfr. stk. 1, 2. pkt. og stk. 4, at en nr. 6-forening ophører med at drive erhvervsmæssig virksomhed, jfr. stk. 6, at et fuldt skattepligtigt selskab flytter sin ledelses sæde til udlandet eller i henhold til en DBO bliver hjemmehørende i udlandet, jfr. stk. 5 og 7.

selskab er ophørt, når der er truffet beslutning herom af det kompetente selskabsorgan og når en eventuel aktivitet er indstillet og selskabets formue er fordelt til selskabsdeltagerne eller andre modtagere⁷²⁰. Registrerede aktie- og anpartsselskaber ophører skatteretligt (og selskabsretligt) først ved afregistreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Skattepligten løber altså indtil opløsningen af selskabet⁷²¹. Den objektive skattepligt for disse selskaber antages imidlertid i almindelighed kun at omfatte indkomsterne frem til skæringsdagen i det endelige likvidationsregnskab. Denne skæringsdag markerer således det skatteretlige ophørstidspunkt⁷²². Efter stk. 3 gælder der en strafsanktioneret anmeldelsesfrist på 1 måned for likvidator (eller bestyrelsen i mangel heraf) til de kommunale skattemyndigheder. Denne anmeldelse kræves indeholdt en opgørelse for indkomsten for det afsluttende indkomstår⁷²³.

Det ophørte selskab beskattes i det afsluttende indkomstår efter de almindelige og hidtil gældende regler frem til ophørstidspunktet, dels af sine løbende indkomster og dels af fortjenester og tab, der opnås ved afhændelse og afvikling af aktiver og passiver⁷²⁴. Eksempelvis kan opløsningen herved udløse ejendomsavancebeskatning efter EBL, aktieavancebeskatning efter ABL, eller kursgevinstbeskatning efter KGL samt

720. Jfr. J.O. Engholm Jacobsen op.cit., s. 158f.

721. Selskabets sidste indkomstperiode løber fra indkomstårets begyndelse indtil ophøret. Dette medfører, at sidste indkomstår praktisk talt altid vil være kortere end 12 måneder. Dette er dog via SEL § 5, stk. 2 modificeret f.s.v.a. skattesubjekter med bagudforskuet indkomstår.

722. Ibid.

723. Som rådgiver bør det stedse have i erindring, at der skal tilsidesættes et beløb i likvidationsregnskabet til dækning af selskabets skatteforpligtelse, idet der efter SEL § 33 findes en solidarisk hæftelsesregel for aktionærer og likvidator vedrørende skatteskyldens betaling. For likvidator (eller bestyrelse i mangel heraf) er hæftelsen begrænset til summen af udlodningerne mens dette for aktionærernes vedkommende er begrænset til at omfatte det beløb denne har modtaget i likvidationsprovenu.

724. Såfremt der i selskabet var ubenyttede investeringsfondshenlæggelser, vil disse skulle efterbeskattes, jfr. INVFL § 10. Skattekravene er efterfølgende i forhold til indkomstperioden, hvorfor det normalt for likvidator el. lign. vil være muligt, at beregne det eksakte skattekrav for sidste indkomstperiode i likvidationsregnskabet. Et begreb der har relevans i denne sammenhæng er såkaldt *skattekvittance*, hvorefter likvidator efter indsendelse af regnskabsudkast omfattende perioden frem til den vedtagne skæringsdag, kan få beregnet skatten for denne sidste periode. Skattemyndighederne er følgelig bundet, begribeligvis kun såfremt der ikke er sket afgørende ændringer i forudsætningerne for beregningerne, og likvidator kan lægge det beregnede skattekrav til grund ved udarbejdelsen af likvidationsregnskabet.

goodwillbeskatning efter LL § 16 E⁷²⁵. Der foretages en afsluttende ansættelse men efter skatteårsbegrebets afskaffelse ikke længere en ekstraordinær ansættelse som foreskrevet af Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 punkt 31⁷²⁶.

Afhændelse af aktiver eller udlodninger til aktionærerne skal ske til handelsværdien (jfr. ellers arm's length korrektionsmulighederne), og naturalieudlodninger skal sidestilles med salg. Udloddes goodwill til aktionærerne, skal dette sidestilles med salg og prisfastsættes til handelsværdien, hvilket resulterer i avancebeskatning for selskabet samt etablering af et afskrivningsgrundlag for aktionærerne. Beskatningen af a conto (forud for opløsningsåret) likvidationsprovenu hos selskabsdeltagerne sker efter udbyttebestemmelsen i L § 16 A, stk. 1 (ved personaktionærer), hvorefter der foretages almindelig udbyttebeskatning uden fradrag for aktiernes anskaffelsessum. Ved likvidationsprovenu i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses foretages beskatning efter aktieavancebeskatningsreglerne i ABL, jfr. dennes § 1, stk. 3. Der er dog mulighed for dispensation for udbyttebeskatningen, når særlige omstændigheder taler derfor, jfr. LL § 16 A, stk. 3, hvorefter man kan falde over på aktieavancebeskatning⁷²⁷.

Ved likvidation af et selskab i en koncern ses det, at der i almindelighed udløses likvidationsbeskatning, og at der ikke findes regulering med neutralitetsvirkning knyttet hertil. Det er altså ikke på skatterettens nuværende stadi muligt at overtage latente skattebyrder ved opløsning af et selskab. Det kan kritisk anføres, hvorfor det udelukkende er og skal være overtagelse af et selskabs formuegoder gennem fusion og spaltning der er neutrale⁷²⁸. Hvorfor skal selskaber, der ejer 50% hver af et "fælles datterselskab" ikke kunne opløse dette skatteneutralt gennem overtagelse af skattebyrden og gennem succession. Hertil kan den tyske Umwandlungssteuergesetz (UmwG) nævnes – denne tillader et bredt spek-

725. Tillige bør der erindres om, at der efter afskrivningslovens § 9 ikke kan foretages afskrivninger i opløsningsåret og at allerede foretagne afskrivninger skal tilbageføres.

726. Jfr. Lov nr. 180 af 23.3. 1995.

727. Efter tilnærmelsen af skatteprocenterne mellem udbytte- og aktieavancebeskatningsreglerne er forskellen ikke længere så stor som tidligere. Den eneste forskel er nu, at der efter avancebeskatningen kan fradrages aktiernes anskaffelsessum i beregningen.

728. *Thøger Nielsens* bemærkninger i Indkomstbeskatning, Bind II, 1972, s. 405 synes at kunne tages til indtægt for opfattelsen af at likvidation i koncernforhold burde være irrelevant for opgørelsen af koncernindkomsten.

trum af transaktioner skatteneutralt- det kan altså teknisk godt lade sig gøre, jfr. hertil *Jens Wittendorff* i SR-skat 1995.130ff og *Klaus Tipke*⁷²⁹ & *Joachim Lang*: Steuerrecht, 1996, s. 468ff⁷³⁰.

2.2. Bemærkninger i fraværet af skatteneutralitet – specielt led

Som det er fremgået findes der ikke regler der medfører skatteneutral behandling af koncerner ved likvidation. Som regelsættet er opbygget lader der efter min orientering ikke til at kunne foretages indretninger således, at likvidation i koncernforhold medfører skatteneutralitet. Herefter bør det vurderes hvorvidt en sådan mulighed er ønskelig overordnet anskuet. Ved en likvidation af datterselskaber ind i moderselskabet, er det ganske i overensstemmelse med enhedsteorien at undergive sådanne transaktioner en neutral skattemæssig behandling. Gældende danske likvidationsskatte regler forekommer derfor med enhedsbetragtningens briller på ikke ganske fordelagtig. Følgelig må det specielt i sådanne situationer anses for principielt ønskeligt med en skatteneutral udformning af reguleringen. Næste spørgsmål er, hvorledes dette kan gennemføres. Jeg vil ikke brug megen energi på besvarelsen heraf, idet det findes, at lovgiver med fordel kunne kalkere amerikanske føderale

729. Tysk skatteretslæres nestor, jfr. *Henning Becker*: Fiskalstaat Deutschland, 1995, s. 239. Netop *Klaus Tipke* har som et forbedringsforslag til det tyske system foreslået en generel foretagendebeskatning.

730. Det bør fremhæves, at likvidation udløser likvidationsbeskatning i Tyskland, jfr. körperschaftsteuergesetz (KStG) §11. De mange umwandlungsmuligheder skitseres illustrativt af *Klaus Tipke & Joachim Lang* op.cit., s. 470. I lovens § 1 defineres umwandlung. Herefter er der mulighed for at foretage umwandlung med eller uden formueovergang (vermögensubergang). Uden formueovergang er der mulighed for formwechsel (§§ 190ff). I tilfælde med formueovergang forgrener der sig et vidtrækkende netværk. Der kan foretages umwandlung med vederlag i ejerskab (1) eller ved anden modydelse (2). (2) Herunder kan der ske formueoverførsel (vermögenübertragung, jfr. §§ 174ff) som fuld eller delvis. Ad (1) kan der ske fuldstændig formueoverførsel gennem sammensmeltning- fusion (verschmelzung, jfr. §§ 2ff) eller spaltning (§§ 123ff). Spaltning kan foregå ved (1) opløsning af det overdragende selskab (aufspaltung jfr. § 123 I) eller (2) uden sådan opløsning. Herunder kan der ske abspaltning (§ 123 II) eller udskillelse (ausgliederung, jfr. § 123 III). Forskellen på de to sidstnævnte er hvem der vederlægges med selskabsandele. En af lovens kvaliteter lader til at være de vide muligheder for, hvilke subjekter der kan drage nytte af reglerne. Således kan tilførsel af aktiver foretages skatteneutralt til interessentskaber eller fysiske personer, forskellige omdannelser af interessentskaber til selskaber og vice versa samt tilførsel af virksomheder, grene af virksomheder og interessentskaber til selskaber eller interessentskaber. Oprindeligt kunne flere af transaktionerne gennemføres uden, at skattemæssige underskud fortabes, men der er i de senere år beskåret betydeligt i denne ret, jfr. om stramnningen *Henrik Arhnung* i R&R 1998/1, s. 55.

koncernskatteregler af i tillempet form blot med et væsentligt lavere ejerskabskrav således, at selskaber der ejer eksempelvis 50% hver af et fælles datterselskab kan likvidere datterselskabet og overtage skattebyrden gennem succession. Læseren henvises derfor til straks følgende afsnit.

2.3. *Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret*

Specifik likvidationslovgivning findes i IRC Subchapter C, Part II: Corporate Liquidations, Sec. 331-346⁷³¹. Før 1987 var tilstanden således, at der ved likvidation generelt ikke udløstes beskatning hos selskabet efter doktrinen om "*General Utilities (GU)*"⁷³². Selvom denne doktrin skabte megen fuore blev den kodificeret i Sec. 311(a)(2). Siden blev området for General Utilities indskrænket kontinuerligt indtil 1986 hvor den helt ophævedes. Dette skaber den dag i dag betydelige problemer for den praktiske anvendelse af flere regelsæt der er udformet i tiden for doktrinens virke. Herefter er der imidlertid indført ordinær skattepligt med visse essentielle modifikationer. Udgangspunktet er således, at selskabets beskattes af genvundne afskrivninger og aktionærerne beskattes af kapitalgevinsten på aktierne, jfr. Sec. 331 og 336. Imidlertid findes der flere lovfæstede undtagelser hertil. Begribeligvis er de skattefrie reorganiseringer fritaget, jfr. Sec. 351-368. Hertil kommer visse kvalificerede aktiedistributioner i et kontrolleret datterselskab fra moderselskabet til dets aktionærer (spin-offs).

Endelig af største relevans er der en særregel for likvidation af visse datterselskaber, jfr. Sec 332 og 337. Baggrunden herfor er, at Kongressen ønskede det smidiggjort at kunne foretage simplificerende tiltag inden for komplicerede koncernstrukturer ved at tillade, at sådanne transaktioner ikke umiddelbart udløste skattemæssige konsekvenser. Et andet (godt) argument var, at aktiverne jo ikke forlader koncernen idet datterselskaber likvideres ind i moderselskabet og der herved ikke udløses ekstern realisation. Et sådant argument kunne efter min mening også berettigge tilsvarende regler i Danmark/EU. Den skattemæssige behandling svarer i store stæk til den behandling der kendes fra de øvrige reorganiseringssituationer. Reglen i Sec. 332 fungerer som en undtagelse til hovedreglen i Sec. 331 mens Sec. 337 fungerer som en undtagelse til hovedreglen i Sec. 336.

731. Jfr. herom Cheryl D. Block op.cit., s 211ff, Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg op.cit., s. 170ff, Stephen A. Lind et al op.cit, s. 311ff og Samuel C. Thompson op.cit., s. 586ff.

732. General Utilities & Operating Co. v. Helvering, 296 U.S. 299, 56 S.Ct. (1935).

Den skattemæssige virkning af reglerne er, at der ikke foretages beskatning af det likviderede selskab ved udlodningen af tab og gevinster, samt at der ikke anerkendes noget tab eller nogen gevinst af ejendom hos moderen, Sec. 332. Betingelserne herfor er; at (1) moderen skal eje 80% af stemmemagten og 80% af alle aktieklasser i datterselskabet⁷³³. Denne test skal være opfyldt på dagen for likvidationsplanens fremkomst frem til udlodningsdagen. (2) Alle datterselskabets aktier skal annulleres eller indløses efter en likvidationsplan; (3) alt ejendom skal udloddes enten inden for det pågældende indkomstår eller efter en likvidationsplan inden for 3 år efter likvidationsplanens udfærdigelse⁷³⁴. "Ejendom" dækker her også over kontantudlodning. Efter Sec 334(b) skal den udloddede ejendoms basis være den samme i modtagerens hænder som tilfældet var i overførerens hænder.

Såfremt der er gæld hos datterselskabet til moderen, vil betalinger til indfrielse af denne gæld ikke kunne benytte reglen i Sec. 332.

Ved udlodninger til minoritetsaktionærer sker der ordinær beskatning efter Sec. 331 idet reglen i Sec. 332 kun omhandler majoritetsaktionærer.

Virkningen for det likviderende selskab normeres af Sec. 337. Der er herefter ingen skattemæssig virkning knyttet til transaktionen. "*...no gain or loss shall be recognized to the liquidating corporation on the distribution to the 80-percent distributee of any property in a complete liquidation to which Sec. 332 applies.*" Datterselskabet beskattes ikke af gældsbetalinger til moderen, jfr. Sec. 337(b)(1). Ved udlodninger til minoritetsaktionærer beskattes datterselskabet dog efter Sec. 336, hvorved der altså skal medregnes gevinster og tab ved aktiver udloddet hertil. I Sec. 336(d)(3) findes en omgængelsesregel der søger at dæmpe op for den situation, at der bevidst udloddes gevinstaktiver til moderselskabet (80%) mens tabsaktiver udloddes til minoritetsaktionærer, hvorved Sec. 337 udnyttes samtidig med Sec. 336. Yderligere findes andre anti-udnyttelsesbestemmelser.

I Sec. 346 findes definitionen af den fuldstændige likvidation (udsondret overfor delvis likvidation), men denne definition giver ikke anvisninger på hvad der egentlig skal forstås herved. Derfor er det naturligt at se nærmere efter i bemyndigelseslovgivningen i form af Treas. Reg. spe-

733. Der er her tale om kriteriet i Sec. 1504(a)(2) til at indgå i Consolidated returns, hvilket er behandlet ovenfor under afsnittet om underskudsmedregningsmuligheder.

734. Sec. 332(b)(2), (3).

cielt § 1.332-2(c), hvor det antages at likvidation er kendetegnet ved et ophør af going concern samt forretningsaktiviteternes afvikling⁷³⁵.

Reglerne om skattefri datterselskabslikvidation forekommer gunstige for erhvervslivet, men ville være betydeligt bedre såfremt ejerskabskravet blev nedsat. Det er uklart i hvilket omfang en koncern i stedet kan benytte sig af en vertikal fusion efter Sec. 368 type A i stedet, men dette må antages at være tilfældet hvis ejerskabsgraden er mindre end til at opfylde kriteriet i Sec. 332. Dog skal der stedse være tilstrækkelig majoritet til at foretage en fusionsbeslutning efter selskabsretlige regler og transaktionen underkastes ligeledes de øvrige kriterier fra type A situationen.

3. Ophør gennem fusion

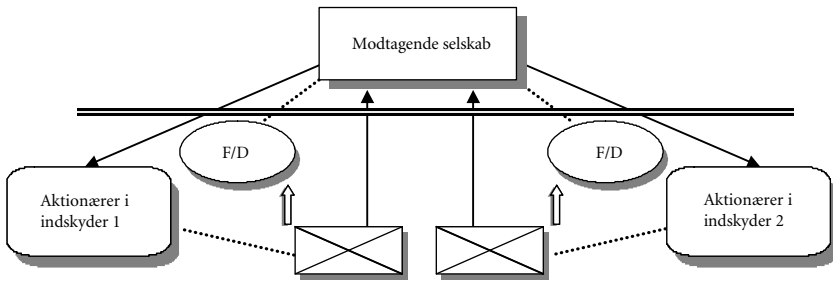
3.1. *Ratio legis – almindeligt led*

Følgervirkningen af en fusion kan ud over koncerndannelse og ændring af koncernstrukturering være ophør af selve koncernorganisationen. Forudsætningen for at det er relevant at tale om noget sådant er, at fusionen ikke er båret af en overtagelseshensigt, men snarere af et ønske om en egentlig sammensmeltning af to eller flere selskaber.

Den type af fusion der har størst aktualitet bliver følgende den type der er nævnt i fusionsdirektivets art. 2 litra 3. tankestreg: *to bliver til én-fusion*. Her overfører to eller flere selskaber som følge af og samtidig med deres opløsning uden likvidation deres samlede aktiver og passiver til et selskab, som de opretter ved at tildele deres selskabsdeltagere aktier eller anpartes i det nye selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10% af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi.

De skattemæssige virkninger af en sådan fusionstype er efter de gældende unilaterale og supranationale regler identisk med de for de ovenfor beskrevne typer. Der gælder altså et successionsprincip for såvel indskydende selskabers aktionærer som for det modtagende selskab. Der findes ikke særegne forhold der skal observeres blot fordi fusionen antager en anden karakter, end de hidtil behandlede, så længe transaktions-typen blot kan rummes indenfor de eksisterende fusionsdefinitioner. Det ovenfor fremhævede ratio bag reglerne har derfor lige så stor værdi her, hvorved altså fremkommer et klart bidrag til hypotesen om neutralt koncernophør.

735. Kvalifikationen er autonom i forhold til civilretten.



Figur 10: Eksempel på koncernophør gennem to bliver til én-fusion.

3.2. Neutralitetsbehandlingens forudsætninger og fremtræden – specielt led

Virkningen er tilsvarende ovenfor i del III, afsnit 2, hvorved der reelt er sikret skattneneutralitet i transaktionen. Den til dette afsnit hørende hypotese er dermed bekræftet.

3.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Se generelt ovenfor i del III, afsnit 2.3.

4. Ophør gennem spaltning

4.1. Ratio legis – almindeligt led

Endelig kan spaltning medføre ophør af koncernforhold ved det, at evt. moderselskabet i koncernen udspaltes til andre selskaber med fremmed ejerkreds. Herved opløses moderselskabet (hvilket som nævnt ikke er et krav efter dansk ret), og der eksisterer nu to eller flere selskaber med faste driftsteder i det indskydende selskabs stat. En spaltning der skal medføre ophør, kan formentlig være en såkaldt vandret deling, der netop er udtryk for en sådan deling, så der ikke længere består et koncernforhold⁷³⁶.

Såfremt transaktionen falder under spaltningsdefinitionen, udløses skattneneutraliteten principielt. Der lader ikke til at eksistere særegne forhold blot ved den konstatering, at spaltninger har den reelle virkning at et koncernforhold bringes til ophør. Så længe der er et modtagende selskab, vil skattebyrden kunne udskydes gennem successionsprincippet.

736. Se for denne terminologi Erik Werlauff i UfR 1984B.217, hvor der over for dette sondres overfor begrebet lodret deling, forstået som en udskillelse af det fradelte selskab som et datterselskab.

Baggrunden herfor er den samme som allerede fremhævet tidligere. En koncerns ophør, kan meget vel være begyndelsen på et nyt grænseoverskridende koncernforhold, og det er jo netop hvad der tilsigtes med den supranationale regulering. Så udfaldet i denne situation er modsat det for likvidationssituationen gældende, nemlig, at koncernophør sikres skatteneutralitet og smidiggøres gennem den til spaltning sinstituttet knyttede gunstige mulighed.

4.2. Neutralitetsbehandlings forudsætninger og fremtræden – specielt led

I relation til denne transaktion finder de ovenfor behandlede regler om spaltning tilsvarende anvendelse. Dog er der anledning til at være opmærksom på de fremhævede regler om muligheden for at foretage delvise spaltninger (spin-offs), idet sådanne transaktioner ikke vil være udtryk for egentligt koncernophør. Derfor skal der bortses fra disse regler ved henvisningen herfra til afsnit 3.2. i del V. Alligevel er der også reelt sikret skatteneutralitet ved denne transaktion, hvilket bekræfter koncernophørshypotesen.

4.3. Komparativt vue – amerikansk føderal koncernskatteret

Se ovenfor i del V, afsnit 3.3.

5. Sammenfatning

Der ses ikke at kunne foretages en skatteneutral behandling af koncernlikvidationer, og specielt ved likvidationer af datterselskaber taler meget for, at dette burde kunne lade sig gøre gennem brug af successionsprincippet. Det blev i denne forbindelse foreslået at hente inspiration fra den amerikanske føderale koncernskatteret, hvor der findes en god mulighed herfor. Det amerikanske system lader dog ej heller til at benytte et sådant ejerskabskrav, at anvendelsesmulighederne eksisterer i fornødent udvidet omfang. Den nærmere udformning af et dansk/europæisk system herfor kræver nærmere undersøgelser. I forbindelse med de ophørsformer der kendetegnes ved fusion og spaltning, må der i vidt omfang hentes konklusioner fra ovenstående dele om etablering og omstruktureringer. Det er derfor min overbevisning, at den principielle neutralitet for fusion og spaltning er eksisterende, og at der samlet set i relation til området for koncernophør må konstateres tilstedeværelse af *middelstærk skatteneutralitet*.

Del VII Vurdering af enhedsbetragtningen

1. Generelt

Denne afhandling er baseret på den antagelse, at det er fordelagtigt for såvel skattesubjekter, stater som for samfundsøkonomien at enhedsbetragtningen i international koncernskatteretlig sammenhæng anvendes i så stort et omfang som muligt. Dette afsnit søger at komme en stillingtagen hertil nærmere ved selvstændigt at undersøge validiteten af det underliggende hypotetiske udgangspunkt. Denne undersøgelse læner sig op ad visse økonomiske kriterier, idet sådanne bør være af stor betydning ved udformningen af skattesystemet. Ligeledes inddrages forhold af juridisk natur og andre praktiske spørgsmål af ligeledes skønnet betydning.

Før en egentlig undersøgelse af den holistiske koncernopfattelse, bør vi nærmere se på hvad denne i givet fald udgør et alternativ for. Enheds-
tankegangen udgør en fravigelse fra det globalt herskende princip om opfattelsen af koncerner som selvstændige uafhængige subjekter. Den følgende analyse skal vise, at holismetilgangen er dette princip overlegent, ved på identiske forudsætninger at medføre positive virkninger på økonomien og samtidig leve bedre op til de øvrigt fastlagte kriterier. Ved en anbefaling af enhedsteorien bør man tillige undersøge de mulige implementeringsmodeller. I denne kontekst undersøges den fra angloamerikansk skatteret kendte unitary method (og hermed ofte formula apportionment) og et hidtil uomtalt system om konsoliderede EU profitter, og metoderne holdes op mod hinanden. Titlen på denne del i afhandlingen kunne af disse årsager meget vel have været vurdering af enhedsbetragtningen og alternative løsningsmodeller under hensyntagen til samme.

Det bør fremhæves, at analysen er begrænset til det geografiske område for EU og derfor ikke tager stilling til den globale skattesccenes problemstillinger.

2. Økonomiske faktorer

Indledningsvis bør der fastlægge visse retningslinier efter hvilke den ideelle udformning af koncernskatteretten kan måles. Sådanne kan være følgende⁷³⁷:

- *Allokativ efficiens*

Dette kriterium om allokativ efficiens betvinger kravet om skatternes neutralitet, at de skal interferere så lidt som muligt i de økonomiske agencers præferencer og disses allokering af ressourcer. En neutral skattemæssig behandling forhindrer de forstyrrelser der forekommer når ressourcer ikke rettes mod lande og projekter, hvor der findes det højeste før skat-afkast. Der er altså tale om en måling af CEN og CIN.

- *Effektivitet*

Elementet herom kunne også kaldes regeringernes evne til håndhævelse af de intenderede lovmæssige skattebyrder. Dette fordrer fravær af dobbeltbeskatning og underbeskatning af den samme nettoindkomst. Der skal således etableres metoder til forebyggelse og ophævelse af international dobbeltbeskatning og hindrende tiltag mod den naturlige tendens til, at stater ønsker at tilegne sig den størst mulige bid af den samlede kage. På samme tid må der eksistere modtiltag overfor såvel ulovlig skatte-svig og skatteomgåelse.

737. Med støtte i public finance litteraturen lader der til at være nogenlunde konsensus herom. Der benyttes dog varierende nomenklatur og varierende antal kriterier. Således indgår der visse steder ud over de her opregnede kriterier tillige et krav om rimelighed (fairness) i fordelingen mellem stater, men det kan nok antages at dette kan henføres til det infra nævnte kriterium om interstatslig lighed. For en gennemgang af vurderingselementerne til udformningen af skattesystemet henvises til *Richard M. Bird*: Shaping a new international tax order, BIFD 1988.292 og *Johanna Hey*: Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, 1997, s. 133ff, *Peter A. Harris*' doktordisputats: Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries – a comparison of imputation systems, 1996, s. 1ff samt *Sylvain Plasschaert*: An EU tax on the consolidated profits of multinational enterprises, ET 1997.2, hvor sidstnævnte fungerer som den absolut største inspirationskilde til de følgende betragtninger. Det er oftest blandt økonomer den største støtte for enhedsbetragtningen findes men det er ikke med samme sigte for øje der kan observeres en stigende tilslutning. Nogle benytter sig af logikken til helt at forkaste det nuværende internationale skatteregime og/eller anbefale unitary method som beskatningsinstrument, andre er fortalere for andre systemer, mens helt tredje forfattere blot tilslutter sig betragtningen uden at gøre brug heraf. Se for eksempel *Stanley Langbein*: Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, i Tax Notes, Special Report, 1989, s. 1391-1413.

- *Simplicitet og lave efterlevelseseomkostninger*

Simplicitet skal her forstås primært som minimeringen af efterlevelseseomkostningerne for såvel skatteydere som for skattemyndigheder. Selvom rådgivere kan tænkes at finde komplicerede skattelove til deres egen benefice, må det fastslås, at en sådan brug af ressourcer ikke er socialt optimal.

- *Interstatslig lighed*

Der er her tale om en på skattepolitikken uhyre vigtig dimension, idet interstatslig lighed betinger den politiske acceptabilitet af varierende skatteregimer. Traditionelt relaterer begrebet skattelighed sig til fordelingen af skattebyrder mellem borgere (der tales i den forbindelse om vertikal (redistribution) og horisontal lighed (ækvivalent skattebehandling)). Når det derimod drejer sig om multinationale selskaber, er der derimod tale om fordelingen af skattefordringen mellem de involverede stater.

Hermed er banen kridtet af, og det introducerede apparat kan benyttes til analyse af mulige alternativer.

2.1. *Paradigmet om separate enheder i økonomisk belysning*

Som det flere gange er fremhævet, er det overvejende (skatteretlige) syn på koncerner baseret på opfattelsen af disse som bestående af separate enheder. Uanset graden af interdependens mellem de koncernforbundne selskaber, opretholdes fiktionen, og enhederne opfattes ikke som et organisk hele eller på en holistisk måde.

Den gældende opfattelse har den fordel, at den har eksisteret i lang tid, således at koncernerne og skattemyndighederne har tilvænnet sig tilstanden. Modellen falder dog igennem når den vurderes som en ideel model for international beskatning.

For så vidt angår *allokativ efficiens*, bør der foretages en undersøgelse af hhv. CEN og CIN. Disse kan ikke opnås samtidigt, medmindre identiske principper er gældende i såvel residensstater som kildestater. Dette er selvsagt for EU, OECD og så meget desto mere for hele verden, en urealistisk forudsætning. Under CEN ville det ikke gøre nogen skattemæssig forskel, om en investering bliver foretaget i en fremmed jurisdiktion eller i hjemlandet. Et sådant udfald fremkommer hvis (1) koncernens globale indkomst – herunder tilbageholdt overskud hos affilierede foretagender – blev underkastet beskatning i hjemstaten, og hvis (2) skatte kreditten for udenlandsk indkomst ikke kun kom på tale, hvis den effektive skattebyrde i hjemlandet overstiger skattebyrden i kildestatens land men tillige, i den modsatte situation, hvis den restitution moder-

selskabet modtager for det i kildelandet overskydende betalte beløb⁷³⁸. Som vi ved, beskattes overskud kun ved hjemtagelsen (udskydelsesreglen) mens der ikke findes creditordninger, der refunderer for meget betalt udenlandsk skat. Derfor er CEN langt fra at være opnået, og det forholder sig endda således, at udskydelsesreglen inciterer til geninvestering indenfor det affilierede foretagende. I henhold til princippet om CIN, skal udenlandske foretagender, der investerer i kildelandet, ikke være undergivet større skattebyrde end lokale selskaber. En sådan situation opnås, når hjemstaten ikke beskatter overskuddet af fremmede affilierede, enten fordi staten udelukkende benytter territorialprincippet, eller fordi der unilateralt lempes for fremmed kildeindkomst. Herved ville udenlandske og nationale enheder blive behandlet identisk i hjemstaten. Hvad enten det multinationale foretagende skulle investere udenlands eller hjemligt, ville beslutningen, såfremt denne udelukkende beror på skattemæssige forhold, afhænge af den effektive skattebyrde de respektive steder. Ved udelukkende at fokusere på CIN til at dirigere kapitalbevægelserne til den mest fordelagtige skattejurisdiktion, medfører dette ikke den optimale allokering af investeringsressourcer mellem konkurrerende nationer⁷³⁹.

I relation til *effektivitet* som defineret ovenfor kan anføres, at det nuværende system medfører en hel del effektivitet, men med en umådelig kompleksitet til følge. De gældende arrangementer fjerner eller mildner den internationale dobbeltbeskatning. Men det er påvist af OECD, at dobbeltbeskatning alligevel påvirker koncernernes aktivitet. Således findes det i *Taxing Profits in a Global Economy: Domestic and International Issues*, OECD, 1992, at oftest mødes FDI (foreign direct investment) men en højere skattebyrde end tilfældet er det for nationale investeringer. Et andet tilfælde opstår ved manglende eller for dårlige underskudsmedregningsmuligheder mellem koncernselskaberne. Som det viste apparatus om international beskatning viser, kan en vis grad af effektivitet kun opnås på bekostning af simplicitet med kompleksitet til følge. Multinationale foretagender er konfronteret med myndigheder i flere stater, hvilket medfører høje *efterlevelselsesomkostninger*⁷⁴⁰.

Vedrørende *interstatslig lighed* må det konstateres, at værtslande har forsterket til beskatning af udenlandske datterselskaber og filialer. I reali-

738. Sylvain Plasschaert op.cit., s. 5.

739. Loc. cit.

740. Denne sammenhæng er påvist f.s.v.a. amerikanske MNE'er når disse beskattes af kildeindkomst fra udlandet i USA, hos M. Blumenthal og J. Slemrod: *The Compliance Cost of taxing Foreign Source Income: Its Magnitude, Determinants, and Policy Implications*, International Tax and Public Finance, Vol. 2, 1995, s. 37-53.

teten (den økonomiske realitet, men ikke i praksis) sejrer territorialitetsprincippet over residensprincippet, hvilket kan retfærdiggøres ved det faktum, at værtslandes statsbudgetter støtter infrastruktur til service for foretagender på denne stats område, hvorimod residenslandet har et meget svagere krav⁷⁴¹.

Herved ses det med ganske slående tydelighed, at det nuværende system ikke lever op til kravene for et økonomisk set ideelt skattesystem. Kritikken af det grundlæggende paradigme kan føres videre til at stille spørgsmål ved selve eksistensen heraf og dettes teoretiske fundaments relevans i forbindelse med beskatning af multinationale foretagender. Det kan således anføres, at de enkelte enheder indenfor en koncern, ikke er selvstændige enheder, men tilhører den samme "familie", idet de deler skæbne og strategi og er interdependente. Af specifik økonomisk karakter kan fremhæves, at der kan være tale om synergiprofitter afledt af internalisering, i.e. udnyttelsen indenfor foretagendet af ejerskabsspecifikke fordele⁷⁴². Retsbeskyttede eller endda ubeskyttede immaterielle aktiver udgør hovedkilden til "marked power", og uden sådanne aktiver og andre centralt udførte serviceydelser, ville udenlandske datterselskaber ikke succesfuldt kunne stå på egne ben⁷⁴³. En anden teoriretning repræsenterer bl.a. *Stanley Langbein* der i *Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, Special Report, 1989*, s. 1391-1413, tager udgangspunkt i transaktionsomkostningsteorien, og dermed ikke begrundet multinationale foretagenders superioritet i produktionsfaktorer eller immaterielle aktiver, men derimod foretagendet som et hele. Således forklares MNE's overlegenhed i verdensøkonomien ud fra disses organisatoriske kendetegn⁷⁴⁴.

Disse generelt kritiske bemærkninger finder støtte i det faktum, at direkte investeringer nu til dags bliver anskuet som en overførsel af et "bundt af ressourcer" – først og fremmest know-how i forskellige ud-

741. Jfr. *Sylvain Plasschaert* i ET 1997, s. 3.

742. Begrebet introduceres af fortalene for den fremherskende "eclectic theory" til at forklare vækst og aktiviteten hos multinationale foretagender, se hertil *J. Dunning: Multinational Enterprises and the Global Economy, 1993*.

743. Jfr. *Sylvain Plasschaert* op.cit., s. 7. Denne forfatter taler dog om patenterede aktiver, hvilket jeg har tilladt mig at udvide til generelt at omfattet immaterialretlig beskyttelse, idet patentering langt fra er den eneste eller vigtigste eneretsbeskyttelse i disse digitaliserede tider, hvor ophavsrettigheder og varemærkerrettigheder er af største betydning.

744. Uden forfatteren eksplicit gør anmærkning herom må det antages, at den observerede organisationsform således har været den mest transaktionsomkostningsøkonomiserende.

formninger – og ikke længere udelukkende som finansiel kapital⁷⁴⁵, hvilket ligger til grund for det separate enhedsparadigme⁷⁴⁶.

Det anføres endda visse steder, at den gængse opfattelse, omtalt som den *“fiskale myte”*, er skyld i de væsentligste problemer omkring bestemmelsen af hvilke profiler der skal beskattes og hvor⁷⁴⁷.

Professor Sylvain Plasschaert op.cit. benytter den fremførte grundlæggende kritik til at vurdere kravene til koncerners interne afregningspriser. Forfatteren vælger dog at udvide den komplekse problemstilling til også at tage hensyn til nutidens profitcenterorganisationstruktur i multinationale selskaber, samt motivationsfaktoren, præstationsevaluering og fairness⁷⁴⁸. Der skal dog ikke her foretages en tilsvarende undersøgelse, men udelukkende benyttes den fundamentale kritik af det separate enhedsparadigme.

Enhedsbetragtningen forekommer som et bedre alternativ. Denne tankegang kan komme til udtryk på i hvert tilfælde to måder; gennem the unitary method og gennem et system med konsolideret opgørelse af overskud.

745. Jfr. P. Buckley og M. Casson: *The Future of Multinational Enterprise*, 1976 og Sylvain Plasschaert op.cit.

746. Det er i denne forbindelse blevet fremført, at der herved er behov for at sondre mellem de traditionelle aktiviteter med produktion og distribution overfor headquarter services, jfr. C. Hufbauer: *US Taxation of International Income*, 1992.

747. Således hedder det hos Richard M. Bird i IBFD 1988.292ff med inspiration i *Rotterdam Institute for Fiscal Studies: International Tax Avoidance*, 1979: »...*These problems largely arise from the widespread acceptance of the “fiscal myth” that every subsidiary of a multinational enterprise is a completely separate entity operating at arm’s length from its parent and other subsidiaries. That this is a myth is obvious from the very existence of such enterprises. The essence of a multinational firm, its competitive edge as it were, is its ability to operate as a single entity in world financial and technological markets, thus achieving higher net revenues from its operations as a whole than could be achieved under separate management on an arm’s length basis. To attempt, as most tax systems do – and as recently codified by the OECD – the treat such intrafirm transactions as loans, management fees, and sales of intermediate products as if they took place between independent, competitive forms flies in the face of reality.*«

748. For en økonomisk gennemgang af transfer pricing problematikken, med tilsvarende slutninger som hos Sylvain Plasschaert op.cit., kan henvises til Morten Jappe og Jakob Bundgaard: *Transfer pricing – en skatteretlig og retsøkonomisk analyse*, ikke offentliggjort Videregående Projekt, HHK, 1997, med henvisninger til den eksisterende litteratur.

2.2. Unitary method

Som allerede anført anbefaler flere fortalere for den holistiske opfattelse brugen af en unitær beskatning som den kendes fra bl.a. USA⁷⁴⁹. Denne metode fungerer således, at en given stat (forstået som amerikansk stat) benytter en på forhånd fastsat formel til at bestemme hvor meget af et foretagendes samlede indkomst der skal undergives statens selvvalgte skattesats. Sædvanligvis lægges der i beregningen lige vægt på ejendom, lønudgifter og salg, hvorved beskatningsandelen beløber sig til;

$$\frac{\text{Ejendom i staten}}{\text{Total ejendom}} + \frac{\text{lønudgifter i staten}}{\text{totale lønudgifter}} + \frac{\text{Salg i staten}}{\text{totalt salg}}$$

3

Den geografiske udstrækning kan enten følge et globalprincip eller den såkaldte “water’s edge approach”, hvor førstnævnte er os ganske bekendt indebærer sidstnævnte, at der kun beskattes aktiviteter indenfor USA⁷⁵⁰. Specielt tre forhold udgør baggrunden for brugen af unitær beskatning og dennes til tider afledte om apportionment by formula hos Amerikanske og Canadiske decentrale myndigheder⁷⁵¹; (1) selskabs-skatte er en stor provenuekilde, (2) der mangler administrative resourcer til at benytte den separate enheds opfattelse, hvorved det befrægtes, at der manipuleres gennem transfer pricing, og (3) det er ikke givet, at foretagender der er undergivet unitær beskatning holder separate regnskaber for hver af de (nationale) jurisdiktioner hvori de opererer.

Brugen af formula apportionment i USA og Canada faciliteres af en række faktorer. Således findes der ingen handelstariffer eller andre hindringer for varernes, serviceydelse og personernes frie bevægelighed mellem staterne, hvorved disse økonomier er særdeles integrerede. Der findes kun én valuta, regnskabsstandarderne og retsreglerne er stort set identiske, og af største vigtighed spiller de subcentrale skatter en meget lille rolle i forhold til de føderale skatter, hvortil kommer, at de subcentrale skatter kan fratrækkes i den føderale skat. Det forekommer klart, at verden som en helhed uden eksistensen af en supranational regering umuligt kan gennemføre en unitær beskatning. Men dette kunne ander-

749. Jfr. bl.a. *Richard M. Bird* i IBFD 1988.292ff, se generelt om metoden *Joann E. Weiner* i Ruding-rapportens annex 9C, s. 417ff, *OECD Transfer Pricing Guidelines*, s. III-19ff, *Joseph C. Amico*: Introduction to the US Income Tax System, 1993.

750. Det lader til, at Water’s edge er klart foretrukket også selvom den Amerikanske Supreme Court har opretholdt world wide tilgangen, jfr. *Joanna Weiner* op.cit. s. 426.

751. Gennemgået hos *Sylvain Plasschaert* op.cit., s. 9.

ledes være tilfældet indenfor EU. Afgrænsende hertil må der gøres visse forudsætninger⁷⁵²; (1) skatten baseres på “*water’s edge approach*” gældende for hele EU, (2) alle medlemsstaterne ville gennemføre den fælles unitære skat, og (3) medlemsstaterne kan enes om fordelingsnøglerne og disses relative vægtning, og der ville være ensartet opfattelse af begrebet “*kombinerede profitter*” samt at medlemsstaterne endelig måtte afstå fra at opkræve egne nationale tilsvarende skatter.

På denne baggrund forekommer det, at en unitær skat ville indebære visse fordele frem for det gældende idet; (1) der er større simplicitet, idet det ikke længere ville medføre de samme problemer med fordelingen af koncernomkostninger mv. på tværs af landegrænser, og (2) skattemæssigt betinget transfer pricing manipulation ville formindskes hvorved der ville være færre anstrengelser omkring overvågning heraf, (3) endelig undgår den unitære metode behovet for direkte at måle, hvorfra overskud specifikt stammer i koncernen og foretage fordeling mellem enhederne i koncernen.

I termer af *allokativ efficiens* medfører den unitære metode, at der bliver et incitament til investering i den stat hvor der er den laveste skattebyrde⁷⁵³. Her ud over medfører metoden en anden effekt på ressourceallokeringen. Det forholder sig således, at apportioneringen er baseret på den simplificerede antagelse, at hver enkelt valutaregningsenhed investeret i ejendom og lønudgift og hver enhed modtaget gennem salg, repræsenterer et nogenlunde ligevægtigt bidrag til den overordnede nettoindkomst i foretagendet.

Hvad angår *effektivitet* ville unitær beskatning medføre undgåelse af dobbeltbeskatning og under-rapportering indenfor EU, såfremt der er passende approksimation og uniformitet i definitionen af opgørelsesgrundlaget.

Alt i alt ville *efterlevelsedomkostningerne* for koncernerne blive mindre byrdefulde end tilfældet er det under den separate enheds anskuelse, også selvom foretagendet stadig skulle indberette indtjeningen til hver involveret jurisdiktion⁷⁵⁴. Dog ville dette billede eroderes så snart der tillades blot minimale afvigelser i definitionen af kombineret indkomst. Herved ville ethvert multinationalt foretagende igen være udsat for stor variation i de skattemæssige ordninger. Gennemførelsen af systemet kræver også, at medlemsstaterne afgiver en hel del suverænitæt på skatteområdet.

752. Sylvain Plasschaert loc.cit.

753. Under den ceteris paribus antagelse, at alle andre determinanter er de samme.

754. Sylvain Plasschaert loc.cit.

Vurderet ud fra kriteriet om *interstatslig efficiens* vil den unitære metode allokere mere skattepligtig profit og provenu til stater, hvor profitten ikke faktisk er realiseret, end tilfældet er det efter det separate enhedsparadigme. Således ville metoden modarbejde det i økonomien foretrukne territorialprincip. Dette ville medføre en interstatslig omfordeling af selskabsskatteprovenu på baggrund af et kriterium for hvilket der ikke lader til at være noget overbevisende rationale⁷⁵⁵. Således vil et succesfuldt selskab, men højere ratio end forudsat i den på forhånd fastlagte formel, grundet ledelsesmæssig præstation, undergives en mindre beskatning end sit mindre succesfulde søsterselskab, og et tabsgivende selskab er stadig skattepligtigt af en tilsvarende del af overskuddet, såfremt den samlede helhed stadig har overskud. Dette virker som et stimulus for medlemmer af den multinationale familie til at forbedre deres resultater, idet en del af overskuddet faktisk undslipper beskatning.

Selvom suverænitetsafgivelsesproblemet kunne overkommes ville der stadig være visse tilbageværende problemer. Det ville udgøre en stort problem, at aktiviteter udenfor EU skulle opfattes efter den traditionelle opfattelse, og forholdet til omverdenen skulle omdefineres i det nye forhold med EU som én stor unitær blok, mens andre stadig benytter den separate tilgang. Hertil kommer, at foretagenderne stadig efter en eventuelt gennemførelse af det unitære system skal udfærdige de hidtidige regnskabsdokumenter mv. til offentligheden⁷⁵⁶.

2.3. *En skat på konsoliderede EU overskud*

Den efter min overbevisning seminale artikel af *Sylvain Plasschaert* på det anførte sted i *European Taxation* frembringer en anden type af holistisk selskabsskat, nemlig på konsoliderede EU profitter. Alle enheder, såvel datterselskaber som filialer, tilhørende det samme MNE indenfor EU skal omfattes af den konsoliderede opgørelse hos moderselskabet. Der ville således være tale om en helt ny skat. Der skal lovgives herom fra EU's side og systemet bør tillige administreres af samme organ. Indtjeningen af disse kanaler kunne enten tilfalde selve unionen eller de enkelte medlemsstater. Fordelingsnøglen kunne med fordel søge inspiration i de erfaringer der er gjort forskellige steder med fiskal føderalisme. Systemet anbefales indledningsvis kun at omfatte meget store multinationale foretagender. Det er dog klart, at indførelse af et sådant system kræver en betydelig politisk velvilje grundet den supranationale karakter og alene af den grund kan forekomme noget virkelighedsfjern. Syste-

755. *Sylvain Plasschaert* op.cit., s. 10.

756. Loc.cit.

met skal følgelig vurderes efter de ovenfor introducere kriterier om et ideelt skattesystem.

Systemets virkning for den *allokative efficiens* forekommer såvel det eksisterende system som den unitære metode overlegen idet⁷⁵⁷:

- direkte investeringer i EU ville forekomme på et fiskalt ensartet område, idet en enkelt sats og opgørelsesgrundlag ville fremkomme; og
- beskatningens neutralitet vil fremmes, idet en enkelt skattemyndighed skulle administrere systemet, og dermed fjerne nuværende skjult diskrimination grundet forskelligt kompetenceniveau;
- fuld horisontal underskudsmedregning mellem forbundne foretagender ville automatiske fremkomme. Foretagender ville derfor blive behandlet som én enhed indenfor EU, og
- en væsentlig forskel fra den unitære metode findes derved, at den konsolidere opgørelse baserer sig på aktuelle profitter, og ikke approksimationer heraf. Således er det i overensstemmelse med den måde hvorpå forretninger drives på.

I relation til *effektiviteten* ville systemet medføre væsentlige forbedringer, idet:

- dobbeltbeskatningsrisikoen automatisk ville forsvinde med introduktionen at kun én europæisk skattemyndighed;
- skatteplanlægningsforsøg indenfor EU gennem forskellige midler ville ikke længere være fordelagtige.

Et sådant system ville medføre store forbedringer for *simpliciteten* såvel som en minimering af *efterlevelsomkostningerne* for skatteyderne, idet:

- foretagendet kun skal indsende ét skatteregnskab og kun har med én skattemyndighed at gøre;
- det ville ikke længere være nødvendigt for EU-baserede koncerner, at skelne mellem residens- og kildelandsprincipper med deres medfølgende komplikationer i skattesystemerne, og
- konsolidering ville eliminere alle behov for undersøgelser af koncerninterne transaktioner ud fra skattemæssige overvejelser

og tilsvarende gøre arbejdet lettere for skattemyndighederne, idet:

- der ikke ville være de samme problemer med uenigheder om indkomsters geografiske oprindelse, definition af opgørelsesgrundlag og udfindelse af rette arm's længde priser mv.;

757. Op.cit., s. 11.

- flere kendte fænomener i den internationale skatteret ville falde bort. Nævnt er allerede sondringen mellem kilde og domicil, men yderligere kan nævnes den juridiske sondring mellem datterselskab og filial. En hel del af de eksisterende dobbeltbeskatningsaftaler ville ikke længere finde anvendelse; og
- indførelsen af EURO'en ville medføre endnu flere fordele i relation til regnskabsmateriale mv.

For så vidt angår *interstatslig lighed*, kan der gøres flere betragtninger. Såfremt det aftales, at lade alle skatterne tilfalde fællesskabet, ville spørgsmålet om interstatslig lighed ikke eksistere. Men da selskabsskatterne generelt udgør mere end EU's budget, kan argumentationen ikke stoppe her, idet de således forekommende overskydende indtægter skal fordeles. Hertil fremhæves s. 12, at inspiration kan søges i erfaringerne fra de øvrige føderale stater. To metoder identificeres i den forbindelse, (1) uddeling til de subcentrale jurisdiktioner hvor skatterne blev opkræves, og (2) fordeling efter differentierede behov således, at der tildeles de største beløb til jurisdiktioner med den laveste levestandard. Denne sidste metode kunne meget vel træde i stedet for den allerede eksisterende omfordistribuerende politik gennem strukturfondene.

Før en eventuel gennemførelse kræves forskellige forhold opfyldt, særligt 6 *forudsætninger*:

- indvilligelse i afgivelse af fiskal suverænitet;
- de relevante myndigheder skulle definere opgørelsesgrundlaget og skattesatsen;
- denne skat vil højst sandsynligt virke som en fornyet drivkraft i integrationen. Således vil gennemførelsen være betydeligt smidiggjort såfremt de omfattede foretagender var i en situation hvor de kunne vælge at gøre brug af SE-statutten;
- langsigtet ikke-diskriminatorisk definition af rettighedssubjekterne
- ved et stort antal omfattede foretagender, er der risiko for at den enkelte myndighed ikke er tilstrækkelig og man dermed bør falde tilbage på de nationale myndigheder, og derved igen skabe visse de facto forstyrrelser. En supranational definition af opgørelsesgrundlaget og skattesatsen vil modvirke dette; og
- Unionens forhold til omverdenen skulle omdefineres, men eksisterende dobbeltbeskatningstraktater skulle ikke nødvendigvis ophæves, idet skatten falder på ganske traditionel profit (modsat den unitære metode). Det kunne ganske vist være problematisk, at systemet udelukkende dækker EU, men det må erkendes, at det kun er indenfor unionen, at integrationsprocessen er så fremskreden, at

konsolidering kun giver økonomisk mening indenfor netop denne. Aktivitet udenfor dette område må behandles som tilfældet er det i dag.

For en helt overordnet betragtning er der næppe tvivl om den helt fabelagtige simplificering et sådant EU konsolideringssystem ville medføre på skatteområdet, og dette må tillige ses på baggrund at den konstatering, at det meste af den udgående direkte investering fra EU-hjemmehørende multinationale foretagender rettes mod andre medlemsstater⁷⁵⁸.

Et konsolideringssystem kan ikke siges, at være så fjernt endda for Kommissionen idet denne i sit oprindelige forslag til Moder/datterselskabsdirektivet COM (69) 6 final foreslår gennemførelsen af et ganske tilsvarende system, og betvinger et ejerskabskrav på 50%. Systemet var dengang som nu ganske fornuftigt og fordelagtigt, men stødte, og vil ganske givet støde på, politisk modvilje⁷⁵⁹. Der var dog ikke nærmere i COM (69) 6 redegjort for administrationen af forslaget og det lader ej heller til umiddelbart skulle indebære en supranational skat i EU, men forekommer mere som et harmoniseringstiltag. Det kan anføres, at de præliminære overvejelser over de tilknyttede komplekse problemer nu er foretaget af *Sylvain Plasschaert* op.cit. samt på den 52. årlige konference for the International Institute of Public Finance, Tel Aviv, 26.-29. august 1996 og gennemgået ovenfor. Det burde derfor være muligt, at nedsætte et udvalg til nærmere granskning af muligheden for gennemførelsen af et system med EU konsoliderede profiler.

3. Juridiske og almene faktorer

De følgende bemærkninger forholder sig udelukkende til fordelagtigheden af enhedsbetragtningen som sådan i forhold til nugældende alternativ. Der gøres ikke overvejelser om de mulige gennemførelsesforanstaltninger. Sådanne konkrete foranstaltninger relaterer sig formentlig til en beskrivelse af den relative skatteneutralitetsstandard.

758. *United Nations: World Investment Report. Transnational Corporations and Competitiveness*, 1995.

759. Baggrunden for bortfaldet af forslaget er gennemgået hos *Otmar Thömmes* i *EC Corporate Tax Law*, binder *, kap. 6.9 Appendix, s. 81ff. Forskellene mellem Kommissionens daværende industripolitik og den nuværende er, at sidstnævnte nærmere har til formål at sikre effektiviteten af det indre marked under hensyntagen til subsidiaritetsprincippet og ikke som førstnævnte søge at gennemføre en generel harmonisering.

3.1. Retssikkerhed

Ved retssikkerhed skal specifikt her forstås materiel retssikkerhed idet der heri ligger et krav til myndighederne om materielt korrekte afgørelser og forudberegnelighed⁷⁶⁰. Det kan ikke siges at være udtryk for materiel retssikkerhed, såfremt der (1) ikke findes klare retningslinier for hvornår enhedsbetragtningen vil finde anvendelse (eksempelvis gennem domstolsanvendelse), eller (2) når det er en overvejende tendens, at pligter behandles mere lempeligt end tilfældet er det for rettigheder for koncerner.

Det lægges i denne afhandling til grund, at standpunktet om at koncerner i virkeligheden er organiseret som enheder uden klare skillelinier, er opfyldt. Dette standpunkt støttes ved konstatering at den udbredte brug af tankegangen i forbindelse med udformningen af pligtlovgivning eller pålæggelse af pligter gennem domstolene. De påtvungne pligter, som følge af en ufrivillig koncernidentifikation gennem lovgivningen er mangfoldige. Et klart eksempel er korrektion af indkomstgrundlaget ved transfer pricing sager. Sådanne transaktioner er udvidet med L101 af 2. juni 1998, gennem ophævelse af hidtil gældende SEL § 12 og indsættelse af ny LL § 2. Der ses ingen tøven at være med pålæggelsen af yderligere pligter og udvidelse af anvendelsesområdet. Hertil kommer at andet eksempel i samme lov, nemlig ved regler om værn mod tynd kapitalisering indsat i SEL § 11, herunder specielt konsolideringsreglen i stk. 4. Nævnes bør også reglerne om tvungen sambeskatning i SEL § 32, der klart er motiveret af at skabe neutralitet således at der ikke opstår mindrebeskatning af visse koncerner. Ved sådanne tiltag og andre eksisterende retsinstitutter lader det til, at retsformen ikke tages så nøje når pligten skal pålægges. Modsat er det påvist i afhandlingens øvrige afsnit, at koncernrettighederne kun tildeles i klare og veldefinerede situationer. Denne retstilstand er ikke retssikkerhedsmæssig ubetænkelig, når det specielt erindres, at tendensen viser videreførelse af denne linie. Det skal også være muligt at bruge enhedsteorien i forbindelse med rettigheder, så ret og pligt følges ad, og pligterne ikke behandles lempeligere end tildeling af rettigheder.

I domstolspraksis (fra andre retsområder end skatteretten) er det efterhånden også temmelig udbredt, at opfatte koncerner som én enhed. Karakteristisk for denne praksis er, ligesom for lovgivningens vedkommende, at tankegangen oftest benyttes i forbindelse med pålæggelse af ulemper for koncernerne⁷⁶¹. Til skade for selskaberne findes U 1978.880

760. Jfr. herom *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s.308ff.

V (*Inka Print*; moratoriekreditor oprettede finansieringsselskab, der imidlertid ikke drev reel, selvstændig virksomhed og derfor identificeredes med konkursramt selskab), U 1980.806 V (*Frigor*; datterselskab oprettet proforma af lønmodtagerhensyn; identifikation efter konkurs), U 1996.12 V (identifikation af selskaber med samme direktør i relation til gentagelsesvirkning ved straf efter arbejdsmiljøloven), TfS 1997.780 H (*midtlynsfestivalen*; objektivt hæftelsesgennembrud over for søsterselskab, pga. formuesammenblanding). Her overfor er der en mere sparsom fordelspraksis: U 1994.621 H (*Dagrofa*; koncernen blev betragtet som en enhed i relation til omstødelse; omstødelse kunne derfor ikke ske)⁷⁶². EF-domstolen lader derimod til at være mere tilbøjelig til at opfatte koncerner som én enhed når dette medfører fordele for koncernerne end tilfældet er det for ulemper. *Erik Werlauff* op.cit. fremhæver hertil visse afgørelser indenfor udbudsretten (afgørelse af 14/4 1994, *Ballast Nedam Groep*), konkurrenceretten (dom af 24/10 1996, *Parker*, ad TEF art. 85), om lovvalg (afgørelse af 10/9 1996 i sagen C-222/94, *Kommissionen mod Storbritannien*), mens to skadegørende afgørelser fremhæves gennem værnetingsagen i EFD's afgørelse af 9/12 1987, sag 218/86, *Parfums Rotschild* og afgørelse af 20/6 1991, sag C-60/90, *Polysar* fra momsretten. Hertil kan jeg måske føje endnu en kategori til skade for koncernerne, nemlig doktrinen om varemærker med fælles oprindelse, hvor der sker konsumtion af eneretten såfremt der er én enheds kontrol idet der herved automatisk er sket opfyldelse af det afgørende kriterium om samtykke (bedømt efter TEF art. 30 og 36). Overvejelserne herom fremkommer bl.a. i domstolens dom af 22/6 1994 i sag C-9/93 (*Ideal-Standard GmbH mod Wabco Standard GmbH*) og dom af 22/6 1976 i sag 119/75 (*Terrapin Ltd. mod Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.*).

Alt i alt ses der at være ganske vidtstrakt brug af enhedstankegangen i såvel den retlige regulering som domstolspraksis⁷⁶³, og dette kan ikke anses som udpræget heldigt, når der ikke findes klare retningslinier herfor. Dog er denne kritik kun berettiget såfremt det er et ønske at indrette det juridiske system således, at det skal være muligt for borgerne på for-

761. Praksis er gennemgået af *Erik Werlauff* i SU 1998.178 i forbindelse med modregning ved tilbagebetaling af AMBI. Generelt sluttet det efter gennemgangen, at der skal være meget tungtvejende begrundelser for koncernidentifikationen, og at det normalt skal være således, at koncernen som helhed ellers i bestemte henseender kan omgå visse forpligtelser.

762. Dommen er også omtalt hos *Søren Friis Hansen*: Europæisk koncernret, 1995, s. 364f.

763. Hvilket medfører ad hoc løsninger og sag for sag resultater.

hånd at kende deres retsstilling, jfr. forudberegnelighedskravet i den materielle retssikkerhed. Det bør fremtidigt være således, at der er konsekvens i anvendelse af enhedskriteriet i forbindelse med såvel pligter som rettigheder, og dette bør i videre omfang indbygges i lovgivningen, så der ikke findes så store tvivlsspørgsmål (som ved retstomhed) efterfølgende.

3.2. *Bred teoretisk tilslutning, overensstemmelse med virkeligheden og anvendelse indenfor andre retsområder*

Såvel i den juridiske som i den økonomiske teori lader det til, at flere og flere kommentatorer ser muligheden for en holistisk koncernbeskatning som det eneste virkelige alternativ. Blot kan erindres om ovennævnte økonomiske udsagn og de dér foretagne litteraturhenvisninger. I dansk nyere (og ældre⁷⁶⁴) dansk koncernretlig- og koncernskatteretlig sammenhæng, lader der også til at være almindelig positiv indstilling overfor den holistiske tilgang⁷⁶⁵. Den helt klare begrundelse for tilslutningen hos juriststanden lader til at være, at enhedsteorien er den bedste indikator for hvorledes erhvervslivet i realiteten har indrettet sig, og at der i så vid udstrækning som muligt bør være kongruens mellem lovene og virkeligheden. Sådanne argumenter kan jeg kun tilslutte mig fuldt ud, idet det bør være klart, at der ikke ønskes regulering, der er i disharmoni med virkeligheden. Erhvervslivet lader også til at nære store ønsker om en enhedspræget formning af skattesystemet vedrørende koncerner⁷⁶⁶.

Endelig bør det kort nævnes, at enhedstankegangen vinder indpas i

764. Svend Høgsberg Kristensen i R&R 1980.573.

765. Se Susanne Pedersen: Sambeskatning i koncernforhold, 1995, s. 313 hvor det anføres, at en enhedsbeskatning utvivlsomt vil være teoretisk optimal, men samtidig s. 314, at det ville medføre for store praktiske vanskeligheder og at en gennemført enhedsbeskatning ikke nødvendigvis ville medføre en forenkling i forhold til nutidens regulering. Yderligere Erik Werlauff: Koncernretten, 1996, passim, og i SU 1996.231, Søren Friis Hansen fremsætter som sin helt overordnede hypotese i Europæisk koncernret, 1995, at der ikke er overensstemmelse mellem gældende selskabsret og virkeligheden i dansk erhvervsliv, s. 48. Flere steder i samme afhandling fremkommer det yderligere, at netop enhedsteorien stemmer overens med virkeligheden, hvorfor forfatteren foreslår ændringer således at der bliver størst mulig kongruens mellem lovene og virkeligheden. Således ytrer forfatteren s. 367, at "...det store spørgsmål i den forbindelse synes ikke længere at være om, men snarere hvornår og hvordan selskabsretten vil omstille sig til enhedsteorien..." Noget mere modstræbende forholder Thøger Nielsen sig i Indkomstbeskatning, Bind I, 1965, s. 40f hvorimod forfatteren dog lader til at vedkende sig enhedsopfattelsens realisme i Bind II, s. 405. Det kan dog undre, at den netop forsvarede disputats: Studier i dansk koncernret, 1997, af Paul Krüger Andersen ikke lader til at ofre fænomenet stor opmærksomhed, bortset fra i en bibemærkning at nævne teorien i forbindelse med omtale af ÅRL.

flere og flere retlige discipliner såvel gennem lovgivning som domstolspraksis (jfr. ovenfor). Af specifikke reguleringstiltag kan nævnes koncernregnskabsreglerne, jfr. ÅRL § 57, med udspring i 7. selskabsdirektiv, området for koncerner i den finansielle sektor⁷⁶⁷, momsretten, jfr. momsloven § 47, stk. 4, med udspring i 6. momsdirektiv, art. 4, stk. 4, 2. led, og konkurrenceretten jfr. konkurrencelovens § 5 og TEF art. 85 der udtrykkeligt undtager koncerninterne aftaler fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler⁷⁶⁸.

4. Resultat og udledninger

Det kan forsigtigt sluttes, at vi bør benytte os af en holistisk tilgang i koncernskatteretlige spørgsmål og forkaste den fiskale myte ved gennemførelsen af et system med konsoliderede profit på EU-plan. Det er konstateret, at enhedsbetragtningen medfører forbedringer i flere relationer både ud fra økonomiske standarder, men også bibringer forøget retssikkerhed ind i koncernskatteretten. Det er også påvist, at der er en tendens til forøget tilslutning til teorien. Dog må det realistisk set også erindres, at der ikke på fællesskabsrettens nuværende stade, lader til at være grundlag for en således relativt radikal ændring i skattesystemet.

Ovenstående analyse tog sigte på en overordnet og konsekvent gennemførelse af enhedsbetragtningen, men ikke den mellemform der er konstateret i afhandlingens tidligere afsnit, hvor der hist og her dukker neutralitetsregler frem, dog uden noget egentligt samlet mønster. Der kan ikke ytres noget kvalificeret om den økonomiske virkning af den blandede brug af holisme og separate enhedsbetragtninger, idet der er for mange forstyrrelser i den økonomiske vurdering. Rent pragmatisk må det da antages, at så længe det generelt antages at være fordelagtigt at anvende enhedsbetragtningen, så er det også fornuftigt at bruge denne så mange enkeltstående steder som overhovedet muligt, og det må da ej heller forglemmes, at betragtningen i form af skatteneutralitet medfører

766. Jfr. *Ib Cordel* (Danisco) i *Civiløkonomen* 1990/1, s. 14ff og *M. Tabaksblat* (Unilever N.V) i *Intertax* 1993.16.

767. Jfr. *Søren Friis Hansen*: *Europæisk koncernret*, 1995, s. 356ff.

768. § 5 skal fortolkes konformt med TEF art. 85. Se generelt om dette forhold, *Jens Fejø*: *Konkurrenceloven af 1997*. Den med hjemmel i KL § 5, stk. 2 udstedte bekendtgørelse nr. 1029 af 12.12.1997 begrænser mere præcist undtagelsen for vertikale koncernaftaler til aftaler mellem dattervirksomheder, der "ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet", jfr. § 2, nr. 1. Instruktionsbeføjelse og selvstændighed synes at være en selvfølge for konkurrenceretten, jfr. *Bernhard Gomard* i *UfR* 1998B.175.

fordele for skatteyderne. Som det fremkommer er det min anbefaling, at enhedsbetragtningen bruges mere konsekvent end tilfældet er det i dag. Dette standpunkt gælder for så vidt også en anvendelse i relation til pålæggelse af pligter for koncernerne således at der ikke opstår situationer med mindrebeskatning.

Del VIII Afsluttende bemærkninger

1. Konklusion

På grundlag af det i afhandlingen behandlede materiale er der nu dannet basis for en endelig konklusion. Ved at gennemgå hypotetiske koncerners livsforløb er det undersøgt, i hvilken udstrækning tænkelige transaktioner er undergivet en skatteneutral behandling i relation til rettigheder. Dermed er det undersøgt i hvilken udstrækning tankegodset fra enhedsteorien finder anvendelse i koncernskatteretten. Det blev indledningsvis konstateret, at der i erhvervslivet findes et ønske om behandling af koncerner som enkeltstående skattesubjekter, eller med andre ord ønskes en holismetilgang anvendt. At en sådan koncernopfattelse er fordelagtig og ønskværdig er da også en grundopfattelse, denne afhandling har bygget på og siden søgt tilvejebragt dokumentation for. Afhandlingen har søgt at foretage en nærmere definition og placering af skatteneutralitetsbegrebet, idet dette begreb ikke er brugt konsekvent i lovgivning og den øvrige eksisterende litteratur. Afhandlingen bygger på begrebet med et tillagt juridisk indhold. Det erkendes, at der er tale om et ellers økonomisk funderet begreb, men samtidig, at de opnåede resultater i afhandlingen efterfølgende bør vurderes selvstændig økonomisk, hvis en sådan analyse ønskes. Dette har ikke været formålet med afhandlingen.

Ved koncernetablering fandtes det, at området er karakteriseret ved *stærk skatteneutralitet* trods visse problemer. Hovedårsagen hertil ligger i det faktum, at fusionsbeskatningsdirektivet (90/434/EØF) udgør kernen i reguleringen, og dette er baseret på forudsætninger om skatteneutralitet. Optimale regler kan sikres blot ved at være opmærksom på de praktiske problemer og rette sådanne til løbende. En gennemførelse af selskabsretlige direktiver på EU-plan finder i denne relation forhåbentlig sted inden for en overskuelig årrække. Mere problematisk er konklusionen vedrørende det allervigtigste område nemlig koncernernes drift og eksistens. Herunder måtte det konstateres, at der ikke tegner sig et billede af neutral behandling af koncerner i skattemæssig henseende. Der er gjort enkelte tiltag, hvilke man naturligt må begejstres over, men der er slet ikke sammenhæng i behandlingen. Visse områder er temmelig fornuftigt reguleret, men står ganske alene. Et andet problem, hvilket kom kraftigst til udtryk ved koncerninterne udbyttebetalinger, er, at praktiske problemer i realiteten gør principielt neutrale regler mindre

anvendelige. Dette udsagn blev dog mildnet efter fremkomsten af lov nr. 1026 af 23.12 1998 hvor de danske udbytteregler, med virkning for indkomstår der påbegyndes 1. januar 1999 eller senere, blev ændret betydeligt i lempelig retning. Området om blandt andet avancebeskatning ved koncerninterne handler ville være oplagt for en mere konsekvent gennemførelse af enhedsteorien i skatteretten. Problemerne er for mange til at fremhæve udtømmende på dette afsluttende sted i afhandlingen. Det måtte derfor endelig slutes, at området for koncerneksistens er underlagt *svag skatteneutralitet*. Derimod kunne der igen på grundlag af den tidligere gennemgåede etableringsregulering konstateres *stærk skatteneutralitet* ved koncernomstruktureringer. Yderligere fandt spaltningssinstituttet anvendelse herunder hvilket dog kun forstærkede opfattelsen. Der findes dog anledning til at påpege det u hensigtsmæssige i en fortsat stramning af den administrative godkendelsespraksis. Det er dog i denne forbindelse fremhævet, at et foreliggende forforslag (L 87) måske kan dæmme op for denne tendens, men at det endnu er for tidligt, at bedømme dette spørgsmål endeligt. Sluttelig fandtes ophør af koncerner undergivet *middelstærk skatteneutralitet*. Baggrunden herfor er faktisk den samme som reguleringen af etablering og omstruktureringer. Det er dog ikke muligt, at foretage skatteneutral likvidation af daterselskaber, et forhold der skønnes vigtigt for erhvervslivet.

Det billede der hermed lader til at tegne sig, kunne tolkes som overvejende positivt. Det er dog ikke helt tilfældet. Begrundelsen for den i afsnittene betydelige fremkomst af skatteneutralitet skyldes hovedsageligt det omtalte fusionsbeskatningsdirektiv, hvorfor det ville være misvisende at give det indtryk af, at der kan konstateres en generel og konsekvent skatteneutral koncernbehandling. Dette ses også ved det vigtigste i koncernernes livsforløb, selve eksistensen, at det her kun findes sporadisk regulering med et skatteneutralt indhold. Hertil kommer, at afhandlingens sigte betyder en medtagelse af reguleringstiltag, der endnu ikke er gældende ret men kun forventes en fremtidig indflydelse. Skulle konklusionen derfor udelukkende tage stilling til gældende koncernskatteret, ville resultatet se værre ud. Den endelige vurdering af de behandlede områder af koncernskatteretten er følgelig, at skatteneutralitet ikke i tilstrækkelig grad har indfundet sig. Herved undertrykkes den nærliggende tankegang repræsenteret ved enhedsteorien og internationale koncerner besværes unødigt, samtidig med det indre markedes optimale funktion hindres.

Af den komparative behandling har vi fundet bekræftelse i flere løsningsmodeller på koncernskatteretlig problemstillinger. Men der fand-

tes tillige mindre områder, hvor inspiration med fordel kunne hentes. Således lader det til, at der eksempelvis i amerikansk føderal skatteret findes bedre regler vedrørende skatteneutral datterselskabslikvidation, koncerntilskud og en mere konsekvent underskudsmedregningsmodel. Hertil kommer de temmelig fleksible regler om carry over. Der tegner sig ikke noget billede af, at man i USA har fundet de vise sten og man kæmper med mange af de samme problemer som den kontinentale skattejurist.

Det er min overbevisning, at foreliggende afhandling samler et materiale der giver en dokumentation for koncernskatterettens tilstand og sætter dette i perspektiv i forhold til en samlet begrebsdannelse. Det er så vidt muligt søgt at give et generelt billede med henblik på normative udsagn om helheden, men der er ikke givet en udtømmende behandling af alle de tænkelige koncerntransaktioner. Der sammenlignes med løsningsmodeller anvendt i amerikansk føderal skatteret. Ud over dette bibringes en præliminær dokumentation for det teoretisk optimale i en konsekvent brug af enhedstankegangen i koncernforhold, specielt indenfor EU. Emnet er dog ikke udtømt og det kunne være særdeles interessant hvis de kommende år igen ville byde på debat om grundbegreberne i koncernbeskatning og ikke blot stadig flere særregler. Området behøver efter min vurdering nærmere dyrkning og grundforskning bør iværksættes idet mange problemer stadig ikke er endeligt afklaret.

2. Retspolitik og fremtidsvisioner (*De lege ferenda*)

De følgende retspolitiske bemærkninger falder sammen med nogle gjorde overvejelser om mulige fremtidige tiltag til udbedring af den konstaterede retstilstand. Mulighederne er opstillet efter disses indgribende karakter.

A. Laissez faire?

En mulighed er simpelthen at undlade at gøre noget som helst ved koncernskatteretten ud over at søge at indføre restriktioner som følge af skatteplanlægning. Naturligvis er det nødvendigt at dæmme op for disse tendenser hvor de ikke er tilsigtede i loven, men det bør vel ikke være det eneste hensyn der præger tænkningen hos vore lovgivere.

B. Justere eksisterende surrogater?

En anden mulighed er at foretage sådanne tiltag, at de allerede eksisterende skatteneutralt udformede regler virker efter deres formål. De ty-

deligste eksempel herpå er udbyttereglerne administration og fortolkning i Danmark. En forbedring heraf krævede som det er set ikke enorme ressourcer og vidtgående reformer, en ændring af forskellige eksisterende forskrifter. Hermed kunne den danske regulering igen komme til at afspejle den bagvedliggende intention.

Et andet forhold der kunne være anledning til at kommentere, er den tilsyneladende stadige skærpelse i Ligningsrådets praksis vedrørende skatteneutrale omstruktureringer mv. Det bør stedse sikres, at denne praksis ikke strækkes længere end en fortolkning af den eksisterende anti-misbrugshjemmel kan bære. Til tider lader de administrative organer til at være uanfægtede heraf. L 87 har muligvis positiv effekt herpå i fremtidige afgørelser. De gode regler om sambeskatning bør ikke undergives flere restriktioner end allerede foretaget idet noget sådant vil hindre reglerne målsætning. Ligeledes meget vigtigt er det, at de eksisterende retlige instrumenter til ophævelse af dobbeltbeskatning som følge af transfer pricing fungerer bedre end tilfældet er det i dag. Dette er et uhyre svært område at udtale sig om, idet man endnu ikke efter årtiers debat har fundet en virkelig god løsning grundet den betydelige politiske modvilje. En international voldgiftsret er blevet fremhævet, men antages ikke mulig at gennemføre grundet de fiskale interesser der er involveret. Derfor bør vi nok så vidt muligt benytte den gensidige aftaleprocedure og EU-Voldgiftkonventionen. Eventuelt kunne der foretages visse ændringer i konventionen ved ophøret af den 5-årige virkningsperiode, selvom der ikke er dannet grundlag herfor gennem praktisk anvendelse. Dette er dog ikke sket ved forslaget til den mindst 5-årige forlængelse. Danmark har nu anerkendelsesværdigt ladet en afprøvning af denne sidstnævnte komme nærmere ved direkte henvisning og beskrivelse i Cirk. nr. 84 af 15.5. 1998.

Endelig vil det være en vigtig forudsætning, at de foreliggende direktivudkast der er i overensstemmelse med Kommissionens nuværende harmoniseringsstrategi vedtages snarest muligt, samt at der skabes selskabsretlig hjemmel til grænseoverskridende fusioner og spaltninger, der jo allerede er sikret skatteretlig neutral behandling.

C. Justere eksisterende og tilføje nye oplagte surrogater?

En tredje mulighed at mere indgribende karakter kan bestå i (1) at foretage de under litra B nævnte forbedringer, håbe på den snarlige supranationale direktivgennemførelse og (2) samtidig at tilvejebringe skattnetralitet på nogle åbenbare områder. Sådanne områder kunne være; mulig skatteneutral datterselskabslikvidation og bortseelse fra koncernintern realisationsbeskatning. Muligheden for datterselskabslikvidation skulle grundlæggende sikre, at selskaber med fælles datterselskaber,

skatteneutralt kunne likvidere datterselskabet og succedere i dets skattebyrde⁷⁶⁹. En regulering kunne tænkes foretaget ad modum de behandlede amerikanske regler. Som fremhævet ville det være nødvendigt, at ejerskabskravet blev nedsat, eventuelt til omkring 50%. De provenumæssige konsekvenser heraf kan ikke antages at være betydelige. Som en anden mulighed nævntes udeholdelse af interne avancer fra koncernernes indkomstopgørelse gennem succession. Begrundelsen for medtagelsen af et sådant reguleringskrav kunne være, at dette på tydeligste vis er udtryk for den manglende logik i koncernbeskatningen. Det burde jo være således, at realisationer koncerneksternt var den afgørende faktor fremfor tillige koncerninternt. I relation til den danske 3-års regel vedrørende aktieavancer for selskaber lader da der heller ikke til at kunne findes mange argumenter for en opretholdelse af heraf. En sådan ordning ville utvivlsomt medføre provenumæssige konsekvenser, men ikke af uoverstigeligt omfang. Det bør jo erindres, at det samlede selskabsskatteprovenu i EU i 1996 udgjorde 6,9%⁷⁷⁰ og i Danmark udgør om trent 1/10 af de samlede skatter⁷⁷¹. Den største hindring er nok den manglende politiske velvilje. Det bør være klart, at sådanne ordninger bedst lader sig gøre overordnet, altså med fællesskabet som lovgiver og som det erindres, gør enstemmighedskravet i TEF art. 100 ikke denne opgave nemmere⁷⁷².

D. En dansk koncernskattelov (koncern/enhedsbeskatning)?

Der kunne udformes en generel dansk koncernskattelov. For at give dette mening måtte udformningen heraf tage udgangspunkt i neutralitetsprincippet. Udformningen af en generel enhedsbeskatning ville således sikre opfyldelse af målsætningen om skattemæssig neutralitet, og derved være teoretisk optimal⁷⁷³. Mig bekendt findes der ikke tiltag i fremmede jurisdiktioner, der kunne give os tilpas inspiration til en sådan udformning. Når der netop er tale om en rent national dansk koncernskattelov, ville det have betydelig provenumæssig effekt for landet. Blev der således etableret en ordning med enhedsbeskatning ville interne transaktioner i Danmark ganske rigtigt være neutrale, men idet udlandet ikke

769. Netop successionsprincippet bør spille en stor rolle idet dette netop er baseret på skatteneutralitet, jfr. dokumentationen hos *Roger Persson Österman*: Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskatningen, 1997 passim.

770. Jfr. Revenue Statistics of OECD Member Countries, 1965-1996, table 32, s. 90.

771. Jfr. estimatet hos *Erik Werlauff* i Selskabsskatteret, 1994, s. 56.

772. Dog forholder det sig anderledes, hvis den tendens der kommer til udtryk hos *Steen Gade* (SF) i Berlingske Tidende 11.5. 1998 er generel og såfremt den af *Mario Monti* i ECTR 1998.2 skildrede tendens ligeledes har noget for sig.

773. Sml. *Susanne Pedersen*: Sambeskatning i koncernforhold, 1995, s. 313.

ville foretage tilsvarende ændringer i koncernopfattelsen, ville Danmark blot foranstalte gunstig koncernbeskatning og miste beskatningsretten til alle transaktioner foretaget koncerninternt ud af landet, og samtidig miste muligheden for at korrigere indkomstgrundlaget ved indkomstforvridninger m.m.

En forudsætning for gennemførelse af en sådan lov, ville yderligere være, at det skulle udgøre en forenkling i forhold til gældende ret. Det ville således være nødvendigt, at det konsoliderede regnskab til skattebrug skulle tage udgangspunkt i det efter regnskabsreglerne udarbejdede regnskab. Derved ville det medføre flere praktiske problemer, og ikke nødvendigvis udgøre en forenkling i forhold til den nuværende situation.

En koncernskattelov kunne udformes som det blev foreslået af *Mogens Glistrup* ved lovforslaget fra 1982, L 68 af 23. november 1982. Som det dog burde være fremkommet lever en sådan lov ikke op til fundamentelle krav der bør indgå i reguleringen, også selvom forslaget i realiteten tilgodeså skatteneutralitetsbehovet.

Man kunne ligeledes forestille sig en generel koncernskattelov, der dels indeholdte flere af de her behandlede og anbefalede surrogater for enhedsbeskatning, og dels indeholdte alle de særregler der i dag findes til regulering af koncernforhold. Og det er da interessant om sådanne tiltag kunne gennemføres. Men allerede på dette sted bør det formånes, at en sådan lov uden hensyntagen til den internationale dimension på forhånd vil være dødsdømt. En sådan lov ville ej heller ikke være udtryk for en konsekvent koncerindkomstopgørelse. Det kan da heller ikke anses hensigtsmæssigt at iværksætte udredningsarbejde om sådanne nye løsninger, med ressourceforbrug til følge, der end ikke i teorien er fordelagtigt.

Et nyere tiltag ved lov. nr. 420 af 26.6. 1998 baseret på L 81 minder om en egentlig koncernbeskatning. Herefter er der indsat særbestemmelser i SEL § 13, stk. 11-13 og § 6, stk. 1, pkt. i realrenteafgiftloven. Det bør dog understreges, at der er tale om pligtlovgivning. Baggrunden for tiltaget er u hensigtsmæssige indkomstopgørelsesmuligheder for forsikrings selskaber. Sådanne selskaber kan fuldt ud fradrage hensættelser og udbetalinger til de forsikrede og betaling af realrenteafgift, mens den indkomst der medgår hertil, kun delvis beskattes. Formålet med fradragene er, at der ikke skal ske selskabsbeskatning af midler, som tilgår de forsikrede. Virkningen af fradragsreglerne er imidlertid, at forsikrings selskaber også kan fradrage udbetalinger, hensættelser og betalinger af realrenteafgift som foretages på grundlag af ubeskattede indkomster.

Der blev med andre ord givet en form for dobbelt skattefrihed for indkomster, der efter art allerede er skattefri. Af denne årsag havde forsikringsselskaber oftest et skatteteknisk underskud, hvilke tillige bevirkede, at andre selskaber, der driver anden virksomhed, og som forsikringsselskaberne var sambeskattede med, også fik nedbragt deres selskabsskat. På den baggrund blev det foreslået at fjerne forsikringsselskabernes mulighed for at danne skattetekniske underskud ved at begrænse deres hensættelsesfradrag m.v. Hovedprincippet er, at forsikringsselskabernes fradrag for hensættelser og udbetalinger til de forsikrede og fradrag for realrenteafgift reduceres med et beløb, som svarer til summen af selskabets skattefri udbytter og skattefri aktie- og ejendomsavancer (herom gælder der tillige gunstige særregler, jfr. pkt. i bemærkningerne til L 81). Virkningen heraf er, at forsikringsselskaberne som udgangspunkt kun kan fradrage udbetalinger, hensættelser og betalinger af realrenteafgift i det omfang, de foretages på grundlag af beskattede indkomster. Efter reglerne gives der "kun" fradrag én gang, hvorved det sikres, at de midler, der går til de forsikrede, fortsat er fritaget for selskabsskat. Der hvor de nye regler har betydning for denne kontekst, er i relation til sambeskatningsreglerne. For selskaber, der er inddraget i en sambeskatning med et forsikringsselskab betyder SEL § 13, stk. 11 reelt, at der nu foretages en egentlig koncernbeskatning. Afkast fra aktier og ejendomme for de selskaber, der er inddraget i sambeskatning med et forsikringsselskab som moderselskab og herved også de datterselskaber, der ikke er forsikringsselskaber, underkastes en koncernbeskatning. Sambeskattede selskaber vil derfor ikke længere kunne få overført de underskud, der ville hidrøre fra de særlige fradrag. Der knytter sig yderligere en væsentlig ikrafttrædelsesbestemmelse til reglerne, der har virkning fra indkomståret 1998, ved det at ubenyttede underskud fra før indkomståret 1998 i et forsikringsselskab omfattet af en sambeskatning, ikke kan fradrages i overskud fremover hos selskaber, der er sambeskattet med det pågældende forsikringsselskab. Disse underskud kan kun fremføres efter almindelige regler. Dette må forstås således, at det skal gælde for såvel forsikringsselskaber som andre selskaber, samt at det gælder for såvel selskaber højere oppe i sambeskatningskæden samt datterselskaber og andre selskaber længere nede i sambeskatningspyramide, sml. den korte omtale hos *Christen Amby* i SO 1998.144. Bestemmelsen lyder således: "*Stk. 11. Udbytter og aktie- og ejendomsavancer, som ikke skal medregnes til et forsikringsselskabs eller til et dermed sambeskattet datterselskabs skattepligtige indkomst, og derefter udbytter omfattet af § 17, stk. 2, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst anses i størst muligt omfang for medgået til udbetalinger til de forsikrede, til de i stk. 2, 1. pkt., nævnte hensættelser og til realrenteafgift, før disse beløb fragår i den skattepligtige ind-*

komst. Udbytter og avancer vedrørende aktier i de af sambeskatningen omfattede datterselskaber medregnes ikke ved forsikringsselskabets, moder-selskabets, opgørelse af de i 1. pkt. nævnte udbytter og avancer. For det ind-komstår, hvori aktier eller fast ejendom sælges, reduceres summen af ud-bytter og avancer som opgjort efter 1. og 2. pkt. med den skattepligtige fortjeneste ved salget. Hvis et forsikringsselskab er sambeskattet med et eller flere andre forsikringsselskaber, foretages en samlet opgørelse af skattefri og lempelsesberettigede udbytter og avancer m.m. efter reglerne i 1.-3. okt., og beløbet fordeles mellem forsikringsselskaberne i forhold til summen af det enkelte forsikringsselskabs egne skattefri og lempelsesberettigede udbytter og avancer.”

Hermed ses, at systemer med egentlig koncernbeskatning ikke er så fjerne endda.

E. Konsolideret opgørelse af EU profitter

Et system som det i del VII, afsnit 2.3. gennemgåede, lader til at have stærke argumenter for sig, på et teoretisk plan. En sådan drastisk nytænkning forekommer da også temmelig besnærende. Men noget ganske andet er de politiske problemer, et sådant system vil stå over for, for ikke at nævnte de praktiske. På lang sigt kan det være, at der findes nok velvilje til en gennemførelse af et system om konsolideret opgørelse af profitter indenfor EU. Systemet minder egentlig meget om den “ønskeseddel” Erik Werlauff opstiller i SU 1996.231, s. 342, hvor det skattemæssige ideal for internationale koncerner fremhæves som; enhedsbeskatning, konsekvent brug af hovedsædekriteriet, beskatningsret hos hovedsædestaten, ligning efter koncernregnskabet og provenudeling med de stater, hvor der findes aktiviteter gennem filialer eller datterselskaber. Systemet om konsoliderede EU profitter bevæger sig dog videre end denne “ønskeseddel” idet systemet har indbygget sådanne virkninger, at den nævnte forfatters forudsætninger om afkald på spekulation og afkald på skattekonkurrence falder umiddelbart bort.

F. Vurdering af alternativerne

Der er for så vidt ingen tvivl om, at det femte forslag er den ideelle overordnede løsningsmodel. På den anden side må det erkendes, at der her er tale om et overordentligt vanskeligt opnåeligt ideal med lange – om nogen – udsigter for sig. Kun tiden kan vise, om det engang bliver muligt at samle tilstrækkelig politisk velvilje til sådanne tiltag, der bør foretages på fællesskabsretligt plan af hensyn til det indre markeds funktion og virksomhedernes internationale konkurrenceevne. Vurderingen af de provenumæssige konsekvenser må da også vente til denne fremtidsvisions forestående. Ambitioner og visioner kan være af det gode, og bør

ikke permanent forkastes, men denne afhandling må nok lade pragmatikken sejre. Derfor forekommer det mig mere realistisk at forsøge at få retstilstanden tilnærmet skatteneutral koncernbehandling og samtidig at vedligeholde og værne om de få muligheder, der allerede eksisterer. Heraf kan det derfor udeledes, at min anbefaling, under pragmatikkens tvang, lander på alternativet i litra C om justering af eksisterende (lige-
som ved L 53) og tilføjelse af oplagte enhedssurrogater. Herved sikres som noget ganske vigtigt, at skattesystemet fungerer rimeligt, uden enorme urimeligheder, skævvridninger, indeholder blot en smule logik, og samtidig lader os se lyset i ny og næ. Selvom denne afhandling har været perspektiverende, er denne sidstnævnte målsætnings opfyldelse tilstrækkelig til at tilfredsstille mine ambitioner på skattesystemets vegne indtil videre, og giver da også ganske gode beskæftigelsesmuligheder i hele samfundet. Reformen lader følgelig vente på sig, og det turde da også fremstå, at ingen løsning er ligefrem. Lad mig afslutte med et citat, formuleret i en anden sammenhæng, der rammer koncernskatteretten lige der hvor det gør ondt:

“En koncern består af selvstændige enheder og er dog en enhed. Løsningen af koncernrettens problemer er lige så let at finde som løsningen af cirkelns kvadratur⁷⁷⁴.”

774. Cit. *Bernhard Gomard*: Aktieselskabers årsregnskab og lovgivningen, Nordisk Fjerfabrik 1901-1976, s. 102.

Abstract in English

This is an abstract of a candidate thesis from Aalborg University under the Business Administration and Commercial Law Programme. The thesis was handed in and assessed on in 1998. The title is "Neutrality studies within company group tax law".

The subject of the thesis is "tax neutrality" for transactions in international group relations. Tax neutrality is comprehended as the matter whereby groups of companies in tax matters are not treated different than a singular tax entity. The focus in this regard is placed on group rights rather than group obligations and limitations. The tax neutrality concept can appear in different ways such as use of the continuity principle (i.e. the basic carry-over principle) or abolition of economic and international double taxation. Conventional perception holds that a separate entity paradigm prevails rather than a holistic enterprise paradigm. The thesis examines to what extent the tax neutrality principle is employed within international Danish group tax law. Where such a principal aim is found the actual effect of the regulation and the qualifying conditions are thoroughly analysed. Where no such aim is found, alternative remarks are made in the absence hereof. The investigation is based on the assumption, in a working hypothesis, that holistic group perception in general is recommendable.

Introductory documentation of a real business life need of tax neutral treatment at group transactions is procured. The phenomenon itself is being further investigated and related to the privilege aspect of the "unity theory" and enterprise law. The tax law of groups is based on a variety of group definitions as the concept changes with the undertaken transaction. Examining Federal American approaches to identical problems carries out the comparative studies of the thesis.

Hereafter a thorough treatment of the sources of law important for this thesis is carried out. It is noticed that the subject is placed within the three existing hierarchies of international tax law; national tax law, modeltreatybased tax law and tax law of the European Union.

The structure uses a chronological point of view, whereby situations regarding groups of companies' establishment, existence, restructuring and dissolution are treated. As regards the establishment of group's tax neutrality opportunities in mergers, "sham" divisions, transfers of assets and exchanges of shares are examined. It is concluded, following the finding of the principal objective of the rules to be mainly neutrality related

and examination of the practical elaboration and treatment hereof, that the area of group establishment is characterised by the existence of *strong tax neutrality*. A variety of transactions deemed occurring are examined where the subject is the utmost important area of group existence. The Classification is carried out in surplus and deficit operation of the groups of companies. Regarding profitable operation a further classification is carried out including; group internal trade with intangible assets, tangible assets and financial assets. The thesis touches the treatment of R&D cost contributions, royalty payments, trade with the underlying assets, goodwill handovers, sales of goods, other tangible assets and group internal services. Furthermore dividend payments, interest payments, losses/gain on group obligations, sales of stock and other securities and the existing possibilities of abolishing economic double taxation arising from tax transfer pricing adjustments. Finally at the non-profitable deficit situations, carry over possibilities, arrangements taking into account enterprise losses and group contributions are treated. It is concluded, that the area of group existence is very motley in relation to tax neutrality. Certain transactions have fundamentally ensured such treatment, most have no such treatment attached and finally some are principally ensured but disturbed by the practical treatment. Therefore the area of group existence is characterised by a condition of *weak tax neutrality*. On the other hand concerning group restructuring the evaluation is the same positive as the aforementioned regarding groupestablishling, which ascertained *strong tax neutrality*, as the controlling rules are identical. The covered transactions consist of mergers, divisions, and transfers of assets and exchanges of shares. In the section of group dissolution, liquidations, mergers and divisions are examined. As tax neutral subsidiary liquidations are not possible *de lege lata*, the assessment holds that the area is characterised by *semistrong tax neutrality*.

The comparative emphasis carried out during the treatment does not provide us with a basis for complete revaluation of the domestic tax system or the common European efforts but reaffirms us in some already applied solutions to complex problems and provides us with inspiration at various extremely relevant places.

Hereafter an evaluation of the underlying enterprise/unity rationale is carried out. Partly based on economic argumentation it is presented that this rationale is the prevailing separate entity paradigm superior.

Finally the results of the thesis are stated in the conclusion followed by the formulation of different statements *de lege ferenda*. Having examined five alternative opportunities, the theoretical optimal solution of the consolidated EU profit system is rejected in favour of the more prag-

matic solution of adjusting the existing surrogates of a consequent group taxation added a few newly formulated surrogates. The reasoning behind this result is obvious lack of political will and consensus combined with the tremendous practical problems connected with a change in paradigm (tax system).

Litteraturfortegnelse

Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg

- Federal Corporate taxation, 4th ed. 1998, Foundation Press.

Dirk Albregtse og Edwin Heithuis

- Towards a strategic programme for the internal market: A working document of the commission of the EC, ECTR 1994.7.

Christen Amby

- Ændring i sambeskatningsreglerne, SO 1996.182.
- Udviklingen i sambeskatningsreglerne, SO 1998.144.

Joseph C. Amico

- Introduction to the US Income Tax System, 1993, Kluwer.

Ann Andersen

- Grænseoverskridende fusion indenfor EF, R&R 1990/5, s. 39ff.

Jørgen Andersen

- Vejledning i Aktieselskabsbeskatning m.m, Bind I, 1966, FSR.

Niels Andersen

- Simultane revisioner – en ny form for internationalt kontrolsamarbejde, SU 1994.145.

Niels Andersen og Svend Allan Jensen

- Skatterevision, Bind 2, Danmarks Forvaltningshøjskoles Forlag, 2. udgave 1997.

Jørgen Juul Andersen

- Implementering af en fælles beskatningsordning ved fusion m.m., kaldet fusionsdirektivet, SU 1992.341.
- Transfer pricing i Danmark, SU 1998.77.

Peter Sick Andersen

- Den retskildemæssige værdi i dansk ret af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, SU 1995.206.

Edward Andersson, Nils Mattson, Aage Michelsen & Frederik Zimmer

- Det nordiska skatteavtalet med kommentarer, andra upplagan, 1991, Samarbejde mellem Juristförbundets Forlag o.a.

Frans Andriessen

- Prospects for integration in the European Community, ECTR 1993.74.

Jean Arthuis'

- Dobbeltbeskatning er ikke overbeskatning, SU 1995.280.

Hugh J. Ault

- The role of the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties, Intertax 1994.144.

John F. Avery Jones et al.

- The non-discrimination article in tax treaties, ET 1991.310.
- Carry on discriminating, ET 1996.46.

Helmut Becker

- Editorial: Europe 92 and taxation, Intertax 1990.408.
- The new OECD report on transfer pricing – a first overview and comment, Intertax 1994.356.
- Comments on profit methods proposed by the OECD discussion report, Intertax 1995.256.
- Editorial: Tax havens within the EU: Barriers, harmonization, og competition?, Intertax 1997.80.
- Fordeling af omkostninger afholdt af moderselskabet på andre koncernselskaber – nogle praktiske aspekter, SU 1993.240.

Henning Becker

- Fiskalstaat Deutschland – Entwicklung – Zustand – Perspektiven, 1995, Verlag Franz München.

Dominique Berlin

- Trends in the jurisprudence of the ECJ, ECTR 1993.80.

Rijkele Betten

- A proposed EC system for the taxation of corporate income and dividends, ET 1992.7.
- An analysis of the 1995 update of the OECD Model Convention, ET 1996.55.

Betænkninger:

- om selskabsbeskatning, nr. 640, 1972.
- om ophævelse af dobbeltbeskatningen af aktieudbytter, nr. 1098, 1987.
- Om driftomkostningsbegrebet, nr. 1221, 1991.

Peter Biering & Klaus A. Holm

- Amsterdam Traktaten, 1997, Jurist- og Økonomforbundets forlag- og Økonomforbundets Forlag.

Richard M. Bird

- Shaping a New International Tax Order, BIFD 1998.292.

-Ole Bispelund

- Fusionsbeskatning – udvalgte emner, SR-skat 1992.364.

Peter Rose Bjare

- Kommentarer til udvalgte afgørelser, R&R 1994/8 SM 215.
- Skattefri fusion m.v., SR-skat 1994.381.
- Skattefri fusion m.v. SR-skat 1994.457.
- Skattefri tilførsel af aktiver, SR-skat 1995.129.

Cheryl D. Block

- Corporate Taxation – Examples & Explanations, 1998, Aspen Law & Business.

Michael Bogdan

- Komparativ Rättskundskap, Norstedts Juridik, 1993.

Kirsten Borgsmidt

- Skatter og afgifter i det indre marked, 1993, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.

Poul Bostrup

- Fikserede renter, SO 1997.146.

Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff

- Tynd kapitalisering efter reglen i SEL § 11, stk. 4, fuld eller delvis konsolidering? I TfS 1999.36.
- Placering af holdingselskaber i Danmark?, SU 1999.6.

Mario Burgio

- The abuse of law in the framework of the european tax law, I Intertax 1991.82.

Dali Bouzzoraa

- The parent-subsidialy direktive: Dankavit's lessons, ET 1997.14.

Anni Børsting

- EU-rettens betydning for dansk skatteret, INSPI 8/1995, s. 5ff.

Jan Børjesson og Thomas Frøbert

- Aktieombytning – selskabsretligt og skatteretligt, R&R 1998/7, s. 7ff.

Guillermo Campos

- Beskatning i USA, SR-skat, 1994.459.
- Treaty provision for the arbitration of transfer pricing disputes, Intertax 1996. 370.
- Transfer Pricing of Major Trading Nations, BIFD 1996.212.

John Chown

- The merger directive- some broader issues, Intertax 1990.409.

John Chown & William Hopper

- Company Tax Harmonization in the European Economic Community, Intertax 1982.275.

Erna Christensen, Alex Dalgaard og Erik M. Hansen

- Selskabsbeskatning, 15. og 17. udg. 1995 og 1997, A/S Forlaget Kommuneinformation.

Jens Christiansen og Åge Købke

- Priser og vilkår i samhandel mellem selskaber i internationale koncerner – arms længde-princippet, R&R 1984.503.

Nis Jul Clausen

- Det selskabsretlige og konkursretlige koncernbegreb, UfR 1987B 417.

Ib Cordel

- Civiløkonomen nr. 1, 1990, s. 14ff.

Maurice Cozian

- What is abuse of law? Intertax. 1991.103.

Georg Crezelius

- Steuerrecht II – Besonderes Steuerrecht, 1991, C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung.

Deloitte & Touche

- Reorganisation Directives in Europe, The Mergers Directive.
- Extract International Acquisitions, Mergers and Reorganisations in Europe, 1990.
- Group Taxation in the European Unions
- Inbound Investment Planning
- The Cooperation Tax Implication of European Law
- World tax News, diverse numre.
- Tax management Transfer Pricing Report, 10. dec. 1997 og 20. maj 1998.

Michael Devereux & Mark Pearson

- Corporate Tax Harmonisation and Economic Efficiency, IFS report series, no. 35, 1989, The Institute for Fiscal Studies.

David R. Doublet og Jan Fridthjof Bernt

- Retten og Vitenskapen, 3. utg., 1993, Alma Mater.

Ana Paula Dourado

- Free Movement of Capital and Income Taxation within the European Union, ECTR 1994.176.

Helen Doyle

- Is article 26 of the Netherlands-US tax treaty compatible with EC law?, ET 1995.14.

Peter Dyhr

- Kapitaltilførselsafgiftsdirektivet: Dommen om rentefrie lån, SU 1996.326.

A.J. Easson

- Taxation in the European Community, 1993, The Athlone Press.

Umberto Eco

- Kunsten at skrive speciale – Hvordan man udarbejder skriftlige opgaver, Akademisk Forlag, 1997.

EC tax review

- 1992/2 hele nummeret om Ruding-rapporten.

Claus Engelsted

- Transfer pricing i USA – Øget dansk aktualitet, SR-skat 1994.465.

Lars Eriksen

- Ledelsens sæde som grundlag for fuld skattepligt, SU 1995.174.

Europakommissionen

- Bulletin Supplement 4/91, dansk og engelsk version.
- Report of the Committee of Independent Experts on Company taxation, 1992 (Citeret som Ruding-rapporten).
- Bulletin Supplement 1/97.
- Bulletin Supplement 1/98.
- Action Plan for the Internal Market, CSE (97)1.
- Guidelines on company taxation, SEC (90) 601, også i Intertax 1990/10, s. 487-493

European taxation

- Special Issue; 1992/4-5, The EC on the brink of full corporate tax harmonization? Conclusions and recommendations of the Ruding committee. Commentaries on the Ruding report. Implementation of the parent-subsidiary directive in the EC member states
- Round the table on the Ruding report, 1993/1.

Lena Falk & Claus Pedersen

- Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996, FSR's Forlag.

Ria Falk

- Transfer Pricing, 1997, Forlaget FSR A/S (ITID A/S).

Ria Falk og Michael Sørensen

- Fornyet fokus på transfer pricing, R&R 1997/9, s. 9ff.
- Ny dansk transfer pricing lovgivning, R&R 1998/4, s. 7ff.

Paul Farmer og Richard Lyal

- EC tax law, 1994 og 1997, Clarendon Press – Oxford.

Ulrik Fleischer-Michaelsen

- Nye transfer pricing Guidelines fra OECD – kan en skærpelse af dansk praksis forventes?, SU 1996.1.
- Nye OECD-retningslinier om immaterielle rettigheder, SU 1996.348.

Ulrik Fleischer-Michaelsen og Jan Nygaard

- Nye transfer pricing Guidelines fra OECD – kan en skærpelse af dansk praksis forventes?, SU 1996.1.

Isi Foighel & Kjeld Hemmingsen

- Skat Erhverv 1997-1998, Forlaget Magnus A/S – Skattekartoteket A/S.

Jan A.G. van der Geld

- Some General Problems in the Implementation of the Parent-Subsidiary Directive, ECTR 1994.224.

Peter Germer

- Indledning til folkeretten, 2. udg., 1997, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.

Michael Glarbo

- USA, månedens land i SU 1997.227.

Bernhard Gomard

- Aktieselskaber & anpartsselskaber, 3. udgave, 1996, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Federalisme i koncernretten – e pluribus unum, UfR 1998B 175.

Palle Graff

- International skatte- og afgiftskontrol, SU 1997.122.

Claus Gulmann og Karsten Hagel Sørensen

- EU-ret, 3. udg. 1995, Jurist- og Økonomforbundets forlag.

Claus Gulmann, John Bernhard & Tyge Lehmann

- Folkeret, 1989, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.

Richard M. Hammer

- Will the arm's length standard stand the test of time? the specter of apportionment, Intertax 1996. 2.

Anders Oreby Hansen

- Nye OECD-retningslinier om den skattemæssige behandling af koncerninterne tjenesteydelser, SU 1996.347.
- Nye OECD-retningslinier om den skattemæssige behandling af omkostningsfordelingsaftaler, SU1997.331.

Mogens Hansen, Øjvind Hulgaard, Jens Møller og Susanne Pedersen

- Skattevejledning 1997, Eksempler og oversigter, Forlaget Magnus A/S, 1. udg. 1997.

Lars Cort Hansen

- Nye regler om tynd kapitalisering, TfS 1998.569.

Søren Friis Hansen

- Europæisk Koncernret, 1995, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.

Jan Guldman Hansen

- Omstruktureringer af koncerner – konsekvenser for en eksisterende sambeskatning, SR-skat 1996.226.

Peter Skov Hansen

- Indarbejdning af moder-/datterselskabsdirektiv, SO 1992.207.

Søren Vestergaard Hansen

- Koncernbidrag, SR-skat 1992.445.

Cristopher Harding & Ann Sherlock

- European Community Law, text and Materials, 1995, Longman Group Ltd.

Peter A. Harris

- Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries – A Comparison of Imputation Systems, 1996, IBFD Publications BV.

Diane Hay, Frances Horner and Jeffrey Owens

- Past and present work in the OECD on transfer pricing and selected issues, Intertax 1994.423.

Flemming Heegaard

- Transfer Pricing – virksomheders afregning af koncernmæssige ydelser, SU 1993.359.

Johanna Hey

- Harmonisierung der unternehmensbesteuerung in Europa, 1997, Verlag Dr. Otto Schmidt.

Luc Hinnekens

- Compatibility of bilateral tax treaties with European Community law. The rules, ECTR 1994.146.
- Free movement of capital and capital income taxation within the European Union, ECTR 1994.176.
- Compatibility of bilateral tax treaties with European Community law – applications of the rules, ECTR 1995.202.
- The arbitration convention. Its significance for the EC based enterprise, the EC itself, and for Belgian and International Tax law, ECTR 1992.70.
- The Monti report: the uphill task of harmonizing direct tax systems of EC member states, 1997.31.
- Non-discrimination in EC income tax law: painting in the colours of a chameleon-like principle, ET 1996.286.

François Hoenjet

- The Leur Bloem judgement: the jurisdiction of the ECJ and the interpretation of the anti-abuse clause in the merger directive, ECTR 1997.206.

Fred C. de Hosson

- The parent-subsidiary directive i Intertax 1990.414.

Lida Hulgaard, Magrethe Nørgaard, Aage Michelsen & John Ensig

- Lærebog om indkomstskat, 7 udg., bind I og II, 1995 og 8. udg. 1997.

Kirsten Hvelplund

- Moder/datterselskabsdirektivet, SU 1990.221.
- Moder/datterselskabsdirektivet og fusionsdirektivet. Hvad betyder vedtagelsen for Danmark? Del II, SU 1991.19.

IBFD

- Survey of the Implementing of the EC Corporate Tax Directives, 1995, IBFD Publications BV.

IFA

- Report 1992, Tax Consequences of international acquisitions and business combinations.
- The effect of losses in one country on the income tax treatment in other countries of an enterprise or of assoited companies engaged in international activities. Cahiers de droit fiscal international, Volume LXIVb, 1979, Kluwer Law and Taxation Publishers.

Intertax

- 1995/6-7 special issue, OECD draft Transfer Pricing Guidelines.
- Taxation in the EU: Report on the development of tax systems (Com(96) 546) 1997/1 s. 23-30.
- 1997/4 special issue: International tax issues in cyberspace.

Otto H. Jacobs og Frank Schmidt

- The allowance for corporate equity as a method of harmonizing corporate taxation in Europe?, Intertax 1997.232.

Jens Olav Jacobsen, Jan Pedersen, Kurt Siggaard & Niels Winther-Sørensen

- Skatteretten 2 og 3, 2. udgave 1995, Gadjura.

Jens Olav Engholm Jacobsen

- Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, Gadjura.

Martin Jann

- The formation of a common tax law in the European Union and in Switzerland, 1996.81.
- The ECJ and its impact on direct taxation, ECTR 1996.160.

Søren Næsborg Jensen

- EU-selskabsskatteret, 1997, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.
- EU's voldgiftkonvention, SU 1995.90.
- Fortolkningsspørgsmål vedrørende moder/datterselskabsdirektivet, SU 1993.93.
- Udbytte fra datterselskaber i udlandet, SU 1997.300.

Sv. A. Jensen og Erna Christensen

- Transfer Pricing – praksis og ændringer, 1992.73.

Paul Johan George Kapteyn

- Introduction to the law of the European communities after the coming into force of the Single European Act, 1990, Kluwer Law and Taxation Publishers.

Peter Kavelaars

- Direct taxation and some basic principles in EC law: a general overview, Intertax 1993.597.

Eric Kemmeren

- The termination of the most favoured nation clause dispute in tax treaty law and the necessity of a Euro Model Tax Treaty, ECTR 1997.146.

Yann Kergall

- Editorial: Using the treaty of Maastricht to combat discriminatory tax practices in 1995, Examples in France, Intertax 1995.174.

Yann Kergall & Phillippe Juilhard

- EC directives: do they need more than direct and indirect effects to have full efficacy?, Intertax 1992.266.

Juergen Killius

- The EC arbitration convention, Intertax 1990.437.

Susanne Kjær

- Spaltning og tilførsel af aktiver – praksis om udvalgte emner, TfS 1997.106.
- Spaltning og tilførsel af aktiver – mere om praksis, TfS 1997.662.

Maurice de Kleer

- Towards a European Anti-abuse Doctrine in Direct Taxation?, Intertax 1996.137.

Brigitte Knobbe-Keuk

- The EC corporate tax directives—antiabuse provisions, direct effect, German implementation law, Intertax 1992.485.

Carsten Koch

- Regeringens syn på forholdet mellem EU-retten og de direkte skatter, R&R 1996/7, s. 9ff.

Robert Koch-Nielsen

- Skatteplanlægningens grænser – grænser for skatteplanlægning, SO 1984.46.

Jörg-Dietrich Kramer

- Abuse of law by tax saving devices, Intertax 1991.96.

Svend Høgsberg Kristensen

- Beskatning af koncerner, G.E.C.GAD 1981.
- En konsekvent indkomstopgørelse, R&R 1980.572.
- Ændringer i sambeskatningsreglerne?, R&R 1980.319.

B. H. Ter Kuile

- Legal aspects of fiscal sovereignty within the internal market, Intertax 1991.503.
- Taxation, discrimination and the internal market, ET 1992.402.

Michael Lang

- Later Commentaries of the OECD Committee on fiscal affairs, not to affect the interpretation of previously concluded tax treaties, Intertax 1997.7.

Stanley I. Langbein

- Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, September 18, 1989, Special Report.

Barry Larking

- The Merger directive: Will it work?, ET 1990.362.
- Permanent confusion ? The role of the permanent establishment in the merger directive, ET 1992.304.

Niels Lauesen

- Om kolde fusioner og lovfortolkning, TfS 1990.1.
- Om generalklausulen i dansk skatteret og praksis, TfS 1993.85

A.S. Lier, D.G. van Vliet, A.D.g. Heering & G.H. Zevenboom

- Tax and Legal Aspects of EC Harmonisation, 1992, Kluwer.

Stephen A. Lind, Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope & Joshua D. Rosenberg

- Fundamentals of Corporate Taxation – Cases and Materials, 4th. ed, 1997, Foundation Press.
- 1998 supplement to Fundamentals of Corporate Taxation, 1998, Foundation Press.
- Teacher's Manual, 4th ed., 1997, Foundation Press.

Sven-Olof Lodin

- Is the American approach fair? – Some critical views on the transfer pricing issues, Intertax 1995.240.
- Koncernbeskatning i USA – Studier i koncernens skatterettslige behandling, 1973, P A Norstedt & Söners förlag.

Henrik Louv

- Afgifter ved skattefri omstruktureringer, TfS 1997.710.

I. Macleod, I.D. Hendry & Stephen Hyett

- The External Relations of the European Communities, 1996, Clarendon Press – Oxford.

Guglielmo Maisto

- The EC court's interpretation of the parent-subsidiary directive under the Denavit case, Intertax 1997.180.

Jacques Malherbe og Olivier Delattre

- Compatibility of limitation on benefits provisions with EC law, ET 1996.12.

Paul R. Mcdaniel & Hugh J. Ault

- Introduction to United States International Taxation, 1998, 4th ed., Kluwer Law International.

Henrik Meldgaard

- Bemærkninger til L 20 om gennemførelse af moder-/datterselskabsdirektivet.

J Roger Mentz og Linda E. Carlisle

- Planning the location of future income and deductions, Intertax 1997.84.

Ken Messere

- The 1992 OECD Model Treaty: The precursors and successors of the new OECD model tax convention on income and capital, ET 1993.246.

Michael Meyer og Christina J. Rattray

- EF's voldgiftskonvention til undgåelse af dobbeltbeskatning, R&R 1991/5, s. 40ff.

Aage Michelsen

- International skatteret, 2. udg. 1996, Gadjura.
- i Nis Jul Clausen (red.) Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Tynd kapitalisering – skatteretligt belyst
- Voldgiftskonventionen og interne afregningspriser, R&R 1996/7, s. 15ff.
- Forholdet mellem intern skatteret og dobbeltbeskatningsaftaleret, SO 1993.65.
- Retskildepolycentri i skatteretten, SR-skat 1996.183.
- Polycentri i skatteretskildelæren, R&R 1994 SM 35.
- Bopælsbegrebet - forventningsprincip – retskildepolycentri, R&R 1994 SM 159.
- Den nye nordiske dobbeltbeskatningsaftale fra 1996, SR-skat 1997.232.

Mario Monti

- Editorial: The single market and beyond: challenges for the tax policy in the European Union, ECTR 1997.2.

Maurice Mulders

- Compensation of losses within the EC, ECTR 1996.123.

Roger H.A. Muray

- European direct tax harmonization – progress in 1990, ET 1991.74.

Leif Mutén

- Inspiration of desperation – European reactions to US tax thinking, IFA 1992, s. 311ff.

Mogens Eggert Møller

- Om skatteneutralitetens renæssance og merværdiskatten i Danmark og Fællesmarkedet, Afhandlinger fra Handelshøjskolen i København, udsendt i anledning af højskolens 50 års jubilæum den 1. oktober 1967, Erhvervsøkonomisk forlag I/S i kommission hos Einar Harcks Forlag, 1967.

Ulrik Gorm Møller

- Skatterådgivning – metode og teknik, 1995, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.

Jan Nielsen og Gitte Ebert

- Koncernbidrag og skat, R&R 1989/9, s. 24ff.

Poul Runge Nielsen

- Fortolkningstvivil vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet afklaret, SU 1997.74.

Poul Runge Nielsen og Karsten Engsig Sørensen

- National skatteret og EU-retten, 1994, FSR's perspektivserie, FSR's Forlag.

Ruth Nielsen

- EU-ret, 1996, Gadjura.
- Retskilderne, 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Thøger Nielsen

- Indkomstbeskatning I, Juristforbundets forlag, 1965.
- Indkomstbeskatning II, Juristforbundets forlag, 1972.
- Koncernskatteproblemer, SO 1977.55.

Michael Kirkegaard Nielsen

- EU direktiver om skatter og afgifter, 1994, A/S Skattekartoteket.
- Strider de danske regler om begrænset skattepligt mod EU-reglerne? Reflektioner over Schumacker-dommen og den danske beskatning af grænsegængere, SU 1995.121.
- Wielockx-dommen – en ny EU-dom om diskriminering, SU 1995.286.
- Danske skatteregler i strid med EU-retten – et debatoplæg, SU 1996.124.
- Kontantvederlæggelse af aktionærer ved skattefri fusion, TfS 1993.297.

Nordisk skattevitenskaåliga forskningsrådets skriftsserie

- omstrukturering av företag, 1993, nr. 29
- skatteudviklingen og EF, 1992 nr. 27
- Internprissætning i multinationella koncerner, 1987, nr. 19.

Nordic Council for Tax Research

- Tax Reforms in the Nordic Countries, 1993.

Jan Nyggard

- Implementering af fusionsdirektivet i dansk lovgivning, SU 1992.403.

Susanne Nørgaard

- Særlige vilkår – spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning, SO 1995.152.
- Slut med særlige vilkår – tilførsel af aktiver, SO 1996.313.
- Udenlandske udbytter, SR-skat 1994.226.

OECD

- OECD Model Tax Convention, latest update 1997.
- Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 1995-1998.
- Taxing Profits in a Global Economy, 1991.

Klaus Okholm

- Aktieafgift og aktieombytning – et fortsat problem, TfS 1998.261.

J. David B. Oliver

- The drafting of european community directives, Intertax 1991.248.
- Editorial: The OECD Model and controlled foreign company regimes, Intertax 1995.556.
- Editorial: The OECD Model and non-member countries, Intertax 1997.178.

Erik Olsen

- Skatteudviklingen og EF, 1992, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag, NSFS nr. 27.

H.C. Orth-Johansen

- Mere om kontantvederlæggelse af aktionærer ved skattefri fusion, TfS 1993.376.

Erik Overgaard

- Ruding-rapporten – set fra en dansk synsvinkel, SU 1993.195.
- Hjemmel eller mangel heraf til rentefiksering, TfS 1998.207.

Jan Pedersen

- Skatteudnyttelse, doktordisputats, 1989, G.E.C.Gad.
- Skatte- og afgiftsstrafferet, 1996, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.
- Transfer Pricing – den internationale udvikling især i USA, SU 1993.278.
- Rentefradrag – fiktion eller realitet?, TfS 1994.658.
- Rentefrie lån – endnu engang, TfS 1995.81.

Susanne Pedersen

- Sambeskatning i koncernforhold – en belysning samt en vurdering af det danske sambeskatningsinstitut, 1995, Det erhvervsøkonomiske Fakultets Skriftserie, nr. 24, Handelshøjskole Syd.

Jan Hald Pedersen

- Genbeskatning af underskud i udlandet, R&R 1998/6, s. 7ff.

Bente Møll Pedersen

- Udbytte fra udlandet, R&R 1994/10, s. 24ff.

Allan Pelvang

- EF landenes implementering af EF's moder-/datterselskabsdirektiv, SU 1992.340.
- Ændringer i skattelovgivningen i forbindelse med gennemførelsen af EF's Fusionsdirektiv og Moder-/datterselskabsdirektiv, SR-skat 1992.144.
- Status vedrørende spaltning, SR-skat 1993.50.

Kirsten Høpner Petersen

- Nye afgørelser om sambeskatning herunder om tilladelse til fornyet sambeskatning, TfS 1998.466.
- Aktieombytning, sambeskatning, udbytte m.v., SR-skat 1996.229.

Sol Picciotto

- International Business Taxation, 1992, Weidenfeld and Nicolson.

Sylvain Plasschaert

- An EU tax on the consolidated profits of multinational enterprises, ET 1997.2.

Price Waterhouse

- Doing business in the United States, 1994 with 1996 suppl.

Kees van Raad

- The impact of the Treaty's fundamental freedoms provisions on EU member states' taxation in bordercrossing situations – current state of affairs, ECTR 1995.190.
- Tax treaty issues – Current and future developments: Interpretation and Application of tax treaties by tax courts, ET 1996.3.

Nick Raby

- National Implementering of the Parent-Subsidiary Directive: Some Problems and Opportunities Identified, ECTR 1992.216.

Claudio M. Radaelli

- The Politics of Corporate Taxation in the European Union, 1997, Routledge.

Bent Ramskov

- Koncernetablering ved aktieombytning og uegentlig fusion, Skatteorientering 1997, S.8.

Hjalte Rasmussen

- EU-ret i kontekst, 1995, Gadjura.
- European Community Case Law, 1993, Handelshøjskolens Forlag.
- European Court of Justice, 1997, Gadjura.

Mogens Rasmussen

- 1995-opdateringen af OECD-modeloverenskomsten vedrørende indkomst og formue, SU 1996.153.
- 1997-opdateringen, SU 1998.130.

Søren Rasmussen og Jens Wittendorff

- Aktuell koncernbeskatning (1), lov om international beskatning, R&R 1995 nr. 9, s. 19-29.
- Aktuell koncernbeskatning (2), R&R nr. 10 1995, s. 33- 41.

H.O.C.R. Ruding

- Fiscal Sovereignty in the internal market, Intertax 1991.249.
- Harmonization of company taxation in Europe, ECTR 1992.68.

Albert J. Rädler

- Where does the harmonization stand today?, ECTR 1993.198.

Gert Sass

- Harmonization of corporation tax systems in the EC, ECTR 1993.77.

Dirk Schelpe

- The arbitration convention: Its origin, its opportunities and its weaknesses, ECTR 1995.68.
- The Denkavit-Vitic-Voormeer case, ECTR 1997.17.

Peter Schonewille

- The strategic programme for the internal market and direct taxation, ECTR 1994.56.

Josef Schuch

- Most favoured nation clause' in tax treaty law, ECTR 1996.161.

Christiane Scrivener

- Harmonization of tax law within the community, ET 1990.355.

Michael Serup

- Underskudsfrømsel og sambeskatning efter skattefri fusion, TfS 1993.126.
- Underskudsfrømsel og sambeskatning efter skattefri fusion – endnu engang, TfS 1993.504.
- Ligningsrådets kompetence til meddelelse af tilladelse til skattefri aktieombytning m.v., TfS 1997.696.
- Skattemyndighedernes korrektionsadgang, R&R 1989/7, s. 29ff.
- Spaltning (1), R&R 1994/4, s. 9ff.
- Spaltning (2). R&R 1994/4, s. 27ff.
- Udvid adgangen til tilførsel af aktiver, SO 1996.21.

Skatteministeriet

- Redegørelse fra retssikkerhedsudvalget, Februar 1996.
- Redegørelse fra retssikkerhedsudvalget, Juni 1997.
- Skattepolitisk redegørelse, juni 1994, s. 15ff.

Skattepolitisk Oversigt

- Fikserede renter i hovedaktionærforhold 1996.56.
- Skat af udbytter, renter og royalties til udlander, 1987.315.

Skat Udland

- Kommissionens vurdering af Ruding-rapporten, 1992.237.
- Ruding-rapporten, 1992.167.
- EU-forslag– status, 1994.251.
- Nyt lys over sagerne om EU-stridige registreringsafgifter for selskaber, redaktionel, 1995.18.
- Domme: Schumacker, 1995.95.
- EU-domsregister over sager i SU 1995.265.
- Domme: Luxembourg, 1995.365.
- Statusrapport over fiskale EU-forslag, 1996.97.
- Domme: Asscher, 1996.232.
- Domme: Leur Bloem, 1997.257.
- Maj 1995 temanummer om L 35.
- Juni 1996 om L 118.
- 1998.44 skatteministerens kommentar til SU 1997.330.
- Meddelelse fra skatteministeriet om datterselskabslempelse, SU 1998.193.

Jonna Sneum og Mogens Rasmussen

- Ikke-diskrimineringsregler i international beskatning, SU 1993.306.

David Snowden

- A comparison of European Holding Companies, ET 1994.139.

Niels Christian Steen

- Fusionsdirektivet, lovforslaget om tilførsel af aktiver, Tfs 1992.126.

Josephine Steiner & Lorna Woods

- Textbook on EC Law, 5th ed., 1996, Blackstone Press Limited.

Søren Stenholdt

- Skatteplanlægning i internationale koncerner, i Skatteorientering 7.7., artikler 57, 1990, Foreningen af Yngre Revisorer.
- Beskatning af udbytter – selskaber, fonde og fysiske personer, SU 1994.202.
- Fusioner og virksomhedsoverdragelser i Europa i skattemæssig belysning, R&R 1990/7, s. 18ff.

Iain S. A. Stitt

- Skattelovgivningen i EU, SU 1994.294.

Kristina Ståhl

- Dividens taxation in a free capital marked, ECTR 1997.227.

Michael Svanholm og Anders Oreby Hansen

- Fordeling af koncernudgifter, TfS 1996.285.
- Renteberegning af lån i koncernforhold, TfS 1995.869.
- Mere om renteberegning af lån i koncernforhold og rentefrie lån fra hovedaktionærer til selskaber, TfS 1996.661.
- Rentefrie lån fra hovedaktionærer til selskaber og i koncernforhold, TfS 1998.249.

Jens Christian Grejs Svolgaard

- Transfer pricing – dokumentations- og oplysningspligt, SR-skat, 1998.102.
- Update on Denmark Transfer Pricing Legislation, Tax Management Transfer Pricing Report, 20. maj 1998, s. 47ff.

Claus Sørensen

- Formelle krav ved tilladelse til skattefri fusion, TfS 1997.18.

Karsten Engsig Sørensen

- Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, G.E.C. Gads Forlag.
- Kapitalens fri bevægelighed i EU- og skatteretlige hindringer herfor, R&R 1996/7, s. 25ff.
- Skatteretlige hindringer for den frie bevægelighed i EU, SR-skat 1996.142.
- Skattekonkurrence og ulovlig statsstøtte, SU 1998.320.

P.G. Sørensen

- Åsregnskabet, 1994, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.

Michael Sørensen

- Nye transfer pricing Guidelines fra OECD, SO 1995.270.
- Beskatning efter SEL § 13, stk. 3 af koncernbidrag mellem svenske selskaber, SR-skat 1994.116.

M. Tabaksblat

- Harmonization of Corporation Tax in the EC; the view of a multinational, Intertax 1993.16.

Ben Terra & Peter Wattel

- European Tax Law, 2nd ed., 1997, Kluwer Law International.

Eigil Thielesen og Mogens Rasmussen

- Lempelse af dobbeltbeskatning, 2. udgave 1992, A/S Skattekartoteket.

Samuel C. Thompson

- Taxation of Business Entities, 1994, West Publishing Co.

Otmar Thömmes

- Harmonization of enterprise taxation in the EC, i Intertax 1990.208.
- The European dimension in international tax law, i Intertax 1990.464.
- The New EC Commission's proposals for directives on cross-border investments, Intertax 1991.158.

Otmar Thömmes & Rijkele Betten (ed.)

- EC Corporate Tax Law, 1991-1998, Binder *, **, ***, IBFD Publications BV.

Otmar Thömmes & Eric Tomsett

- Issues of the Implementering of the Merger Directive in the EC Member States, ECTR 1992.229.

Tidsskrift for skatter og afgifter

- Afgørelse fra skatteministeriet om skattefrit udbytte, TfS 1994.555.

Klaus Tipke & Joachim Lang

- Steuerrecht, 15 völliig überarbeitete Auflage, 1996, Verlag Dr. Otto Schmidt.

Gerlad Toifl

- Can a discrimination in the state of residence be justified by the taxable situation in the state of source?, ECTR 1996.165.

Told & Skat

- Ligningsvejledningen 1995-1997, specielt LVA, LVS og LVD.

Eric Tomsett

- The Impact of EC Tax Directives on U.S. Groups with European Operations, BIFD 1992.123.

Christina D. Tvarnø

- Udviklingen i de danske regler om overførsel fra udenlandsk filial eller datterselskab i et EU-retligt perspektiv, Julebog 1997, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København.
- Skatteharmoniseringen i EU: En langvarig proces, SU 1998.375.

S. Vanhaute

- Future strategy for direct taxation in the European Union – some critical observations, ET 1997.234.

Frans Vanistendael

- The role of the ECJ as supreme judge in tax cases, ECTR 1996.114.
- The limits to the new community tax order, CMLR 1994.293.

Willem Vermeend

- Editorial: The court of justice of the European Communities and direct taxes: Ést-ce que la justice est de ce monde?, ECTR 1996.54.

Jørn Vestergaard-Jensen og Ulrik Fleischer-Michaelsen

- Skattemæssige aspekter forbundet med licensaftaler, Revisorbladet 1997/2, s. 31ff.

Klaus Vogel

- Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and tax Neutrality under European Community Law, 1994, Kluwer Law and Taxation Publishers.

David A. Ward

- Abuse of tax treaties, Intertax 1995.176.

Dennis M. Weber

- A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the merger directive, ECTR 1996.63.
- The first step of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes, ECTR 1997.22.

Peter J. Wattel

- The Schumacker Legacy: Introduction:, ET 1995.347.
- Home neutrality in an internal market, ET 1996.159.

Morten Wegener

- Juridisk Meotde, 1994, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.

Leif Weizman

- Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.
- Kontrollkravet i SEL § 12, TfS 1993.114.
- Transfer pricing: dystre udsigter for multinationale selskaber, SO 1992194.
- Nyt fra USA, SU 1998.98.
- USA's skattereform af 1993, SU 1993.295.
- USA's modeloverenskomst af 1996, SU 1997.111.

Erik Werlauff

- Fælleseuropæisk procesret – Europaretlige krav til dansk retspleje, 1997, Jurist- og Økonomforbundets forlag og Økonomforbundets Forlag.
- Selskabsskatteret, 2. udg., 1994, G.E.C. Gads Forlag.
- Selskabsret, 3 udg. 1997, G.E.C. Gads Forlag.
- Koncernretten, 1996, G.E.C. Gads Forlag (Studenterrudgave med speciel tilladelse fra G.E.C. Gad have – forskellige sidetal).
- Selskabsmasken, doktordisputats, 1991, G.E.C. Gad.
- From a national company law towards a "federal" enterprise law, 1995, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.
- Forhåndstilladelse til spaltning, R&R 1993/8 s. 44.
- Om forelæggelse for Europa-Domstolen – nogle bemærkninger til Højesterets praksis, TfS 1994.288.
- Internationale koncernforhold, R&R 1995/9, s. 31-43.
- Forelæggelse for EF-domstolen af parallel national (skatte)ret, SU 1997.256.
- Koncernbeskatningen – perspektivering af den stedfundne udvikling, SU 1996.231.
- "Kontrollerede transaktioner" – indirekte diskrimination af uden-

landske selskaber, SU 1997.330.

- Skatteretten i Europaunionen, TfR 1994.337.
- Skattefrie overtagelser, vilkårsfastsættelse og proportionalitetsprincip, Tfs 1997.779.
- Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, Tfs 1997.822.
- Koncern-enhed og ambi-krav, SU 1998.178.
- Forhåndstilladelse til spaltning, R&R 1993/8, s. 44ff.
- Deling af aktie- og anpartsselskaber, UfR 1983B 217.
- Fra “entity law” til “enterprise law” i J. 1994.93.
- Om de forskellige koncernbegreber, J. 1991.125.

Jos W.B. Westerburgen

- Tax harmonization in the EC – where are we and what are the prospects? I Intertax 1990.483.

Jonna C. Wheeler

- What the merger directive does not say, ET, 1995.142.

Michael Wichmann

- Key statements on compliance practices in the OECD 1995 Transfer Pricing Guidelines, Intertax 1996.410.

David W. Williams

- EC Tax Law, 1998, Addison Wesley Longman.
- Assher: the European Court and the power to destroy, ECTR 1997.4.

Bertil Wiman

- Koncernbeskatning, Iustus Förlag, 3. upplagan, 1995.

Niels Winther-Sørensen

- EU-retten og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, R&R 1996/7, s. 19ff.

Niels Winther-Sørensen og Jens Wittendorf

- International skatteret, SR-skat 1998.55.

Jens Wittendorf og Guillermo Campos

- Amerikanske transfer pricing-regler, SU 1995.129.

Michel De Wolf

- The Power of Taxation in the EU and in the US, ECTR 1995.124.

Ove Lykke Zeimer

- Strafbeskatning ved fiksering af renter i koncerneer, Tfs 1994.345.

Hanne Østergaard

- Spaltning af selskab – særlige vilkår, Tfs 1993.536.

Roger Persson Österman

- Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskattningen, 1997, Juristförlaget.

Domme, kendelser mv.

Refereret i:	1994.57
<i>Tidsskrift for skatter og afgifter (tidsskrift for skatteret indtil 1992) – TfS</i>	1994.184 H
1984.2 H	1994.374
1984.61 LSK	1994.555 SKM
1985.14 LSK	1994.731 LSK
1985.439 Ø	1994.924 LR
1986.402 V	1995.26 V
1987.60 Ø	1995.69 LR
1987.177 LSK	1995.70 LR
1986.146 LSK	1995.71 LR
1987.60 Ø	1995.117 LR
1987.61 H	1995.152 LR
1988.292 H	1995.199 LR
1990.214 H	1995.286 LR
1990.218 H	1995.287 LR
1990.240 LSK	1995.339 V
1990.274 LSK	1995.285 LR
1990.298	1995.528 LSK
1990.561	1995.618 LR
1991.240	1995.806 LR
1991.269 LSK	1996.101 LR
1992.291 Ø	1996.102 LR
1992.302 Ø	1996.104 LR
1992.395 H	1996.108 LR
1992.451 LR	1996.166 LR
1993.7 H	1996.167 LR
1993.57 LR	1996.177 LR
1993.104 LR	1996.282 Ø
1993.196 LSK	1996.579 (Skm. udt.)
1993.236 Ø	1996.608 LR
1993.261 LSK	1996.631 LR
1993.279 TS	1996.642 H
1993.302 Ø	1996.668 LR
1993.308 LR	1996.669 LR
1993.323 BF	1996.696 LR
1993.457 V	1996.715 Ø
1993.515 LR	1996.763 LR
1993.516 LR	1996.821 LR
1993.560 SKM	1996.899 LR
1993.563 BF	1996.924 LR
	1997.102 Ø

1997.186 LR
1997.207 LR
1997.229 (SKMD)
1997.353 LR
1997.354 LR
1997.431 V
1997.445 LR
1997.446 LR
1997.447 LR
1997.571 LR
1997.593 LSK
1997.661 LR
1997.665 V
1997.700 Ø
1997.705 LR
1997.752 H
1997.780 H
1997.941 LR
1998.13 LR
1998.137 LR
1998.199 H
1998.490 LR
1998.491 LR
1998.415 LR
1998.536 LR
1998.598 LR
1998.599 LR
1998.678 LR
1998.679 LR
1998.797 LR
1998.823 LSK
1998.825 LR

– Ugeskrift for Retsvæsen (UfR eller U)

1914.379 H
1922.728 H
1976.60 H
1978.880 H
1980.606 V
1984.90 H
1984.160 H
1990.448 H
1992.560 H
1993.143 H

1993.416 H
1994.621 H
1996.12 V
1996.1328 H
1997.1642 H
1998.1534 H

– Skat Udland

1995.94 EFD
1995.365 EFD
1996.232 EFD
1996.372 EFD (spm.)
1997.208 LSK

– EF-domstolens domme herunder fra samlingen

C-175/88
C-60/90
C-164/90
C-50/91
C-112/91
C-330/91
C-9/93
C-273/93
C-386/93
C-80/94
C-107/94
C-151/94
C-222/94
Forenede sager C-283/94, C-291/94
og C-292/94
C-28/95
C-250/95
C-118/96
C-264/96
C-8/97

– Skat

1986.307 V
1990.361 H

– Told & Skat nyt (TSN)

1991.544 LSK
1992.297 LSK
1992.547 LR

1993.1002 LR

1993.1057 V

1993.1077

*– Landsskatterettens afgørelser og
meddelelser (LSRM)*

1973.97

1980.211

– Revision & Regnskabsvæsen (R&R)

1995 SM 269 LR

1997 SM 14 LR

1997 SM 27 LR

1997 SM 73 LR

1997 SM173 LR

1997 SM 174 LR

1997 SM 175 LR

1997 SM 213 LR

1997 SM 243 LR

1997 SM 287 LR

1997 SM 288 LR

1997 SM 360 LSK

1997 SM 372 LR

1997 SM 415 LR

1997 SM 435 LR

1997 SM 459 Ø

1998 SM 71 LR

1998.72 LR

1998 SM 73 LR

1998 SM 99 LR

1998 SM 137 LR

1998 SM 181 LR

1998.191 LR

1998 SM 221 LR

1998 SM 222 LR

1998 SM 269 LR

1998 SM 288 LR

1998 SM 289 LR

1998 SM 290 LR

1999 SM 19

Nyttige internetadresser

Danmark

- www.retsinfo.dk
- www.skm.dk
- www.si.dk

EU

- www.eu.int/comm/dg15/en/main.htm
- www.curia.eu.int

USA og internationalt i øvrigt

- www.taxlibrary.com
- www.law.house.gov
- www.irs.ustreas.gov.htm
- www.taxnews.com
- www.bubl.bath.ac.uk/bubl/tree
- www.lawcrawler.com
- www.fedlaw.gas/fedfra27.htm
- www.law.cornell.edu

Stikordsregister

Numerics

- 1 bliver til 1-fusion 76
- 2 bliver til 1-fusion 76
- 2 bliver til 1-fusioner 93
- 2.4.2 253

A

- absolut og relativ ligebehandling 31
- absorptionsfusion 93
- abspaltung 311
- adfærdskodeks 17, 189, 142
- adfærdskodeks mod skadelig skattekonkurrence 64
- adfærdskodekset for erhvervsbeskatning 187
- administrativ konvens 124
- administrativ praksis 42
- ADR-forum 228
- Advance Pricing Agreements 226, 228
- AETR-sagen 71
- affiliated group 199, 264
- afgivelse af fiskal suverænitet 327
- afholdte F&U omkostninger 45
- afholdte F&U udgifter 139
- afregistreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 309
- afskaffelse af økonomisk dobbeltbeskatning 45, 217
- afskrivninger 83, 85, 144, 162, 246, 264, 266, 288, 291, 292, 310
- afskrivningsmuligheder 83, 179, 162
- afslag på anmodning 297
- afslag på ansøgning 294, 297
- afsluttende ansættelse 254, 310
- afståelsesbeskatning 84, 117, 280
- akkordfordele 212
- aktieafgift 130, 131, 134
- aktieafståelsen 76, 286
- Aktieavancebeskatningscirkulæret 124
- aktieavancer 36, 187, 189, 190, 209, 215, 258, 339
- aktieombytning 119-134, 303-304
- aktier erhvervet for lånte midler 126, 214
- aktier i investeringsforeninger 126
- aktier i udenlandske skattelyselskaber 126
- aktier uden stemmeret 132
- aktionærinteresse 145
- aktionærstatus 87, 97
- allokativ efficiens 318, 319, 324
- almindelig likvidation 307
- almindelige genbeskatningsregel, den 247
- Alternative Dispute Resolution 228
- AMBI 330
- amerikansk kildeindkomst 159, 199, 208
- amerikansk koncernskatteret 48
- amerikanske søsterselskab 43
- Amsterdam-traktaten 60, 64
- andele i visse andelsselskaber 126, 214
- anlægs- og etableringsudgifter 268, 269, 271
- anlægsinvesteringer 210
- annullation af aktier 290
- annullering af det modtagne selskabs kapitalandele 86
- anskaffelseshensigt (næring eller spekulation) 85
- antimisbrugs- og udnyttelsesbestemmelse 199, 235
- APA 226, 228
- applicable Federal rate 206
- arbejdshypotese 38
- arm's length princippet 136, 137, 140, 148, 164, 167, 219, 222, 223
- arm's length-problematikken 41

arms længde princippet 140, 158,
163, 164, 166, 167, 168, 222
arms længde vilkår 141
assets for stock acquisitions 118
associeret virksomhed 156
aufspaltung 311
ausgliederung 311
autonomt EU-retligt begreb 195
avancebaserede metoder 148, 169
Avoir-fiscal-dommen 65

B

Bachmann-sagerne 65
back up credit 196
back-up 184, 190
bagudforskuet indkomstår 309
balancens aktivside 45
Ballast Nedam Groep 330
bankreglen 211
bankruptcy reorganization 95
begrænset genbeskatning 258
begrebet "løsøre" 154, 163
Belgien 65, 187
bemyndigelseslov 56, 57
benzinstationer 267, 268
beskatningsretten til kapitalgevin-
ster 209, 214
betingelse 1.2 252
betingelse 1.3 252
betingelse 1.4 252
bevisbyrderegler 141
bi- og multilaterale advance pricing
agreements 228
bi- og multilaterale retskildefaktorer
54
Biehl-sagen 65
bilaterale forpligtelser 57
bindende forhåndsbesked 53, 226
boot 95, 276, 300
(brutto) indtægter 191
breach of treaty 57
brugsforeninger 249
bundne fradrag 2460 255
bundet af ressourcer 321
bødesanktioner 148

C

Canada 323
Capital loss carryovers 96
carry back 96, 213, 229, 235, 236
carry forward 213, 229, 235, 236
carry-over 179
cash flow-problemer 155
CEN 22, 28, 177, 318, 319, 320
Centrumdemokraterne 143
Christiani & Nielsen A/S 267
CIN 22, 28, 177, 318, 320
Cirkulære om international beskat-
ning 244
Citibank-sagen 152
Climatec 65
Code of Good Conduct 27
Co-decisionsproceduren 61
Commerzbank 65
Commissioner 264
common law 49
Comparable Profits Method 148, 166
Comparable Uncontrolled Price 166
Comparable Uncontrolled Transac-
tion 159
consolidated group taxation 263
consolidated profits – consolidé bé-
néfice 175
Consolidated returns 198, 263, 313
continuity of interest 97, 299
continuity of the business enterprise
299
Cost plus 166
Cost plus metoden 169
CPM 144, 148, 166
credit med loft 196
creditlempelse 154, 173, 181, 184,
186, 199, 235, 236, 245
creditorndning 196
creeping acquisition 133
CUP 144, 166, 169
CUT 159

D

Dagrofa 330
Daily Mail 65

Danisco 332
 dansk koncernskattelov (koncern/
 enhedsbeskatning) 339
 danske fusionsdefinition, den 81
 datterselskabsbrøken 185
 datterselskabslempelse 172 *f*, 184
 datterselskabslikvidation 284, 314,
 338
 datterselskabsopkøb gennem majo-
 ritetsovertagelse 119
 datterselskabsudskillelse 104, 301
 de facto kontrol 148
 de frie kapitalbevægelser 244
 de lege ferenda 270
 de lege lata 33, 48, 267
 debitors domicilland 157
 deklareret udbytte 195
 delvis spaltning 98, 110, 285, 316
 Denkavit-dommen 66, 156, 178, 184
 Depreciation method 96
 devisive reorganization 299
 Die Einheitstheorie 33
 die Wirtschaftliche Betrachtungs-
 weise 35
 direkte virkning 66 *f*
 direktivafvigende indhold 159, 163
 direktivets antiudnyttelsesbestem-
 melse 92
 direktivets successionsprincipper
 77, 286
 direktivforslag 41, 64, 150, 158, 163,
 204, 230, 241, 277
 direktivudkast 27, 67, 155, 203, 204,
 219, 233, 237, 265
 diskontoen plus 4% 200
 diskriminationsforbud 63
 dispensation til aktieombytning 127
 dividend stripping 199
 dobbelt domicil 222
 dobbelt domicilklausul 249
 dobbeltbeskatning 30
 dobbeltbeskatningskonventionen
 64, 200, 218
 dobbeltbeskatningsoverenskomster
 fortolkning 56 *ff*

indgåelse 56 *ff*
 virkning 56 *ff*
 dobbeltfradrag 210, 230, 250, 264
 dokumentationskrav 140
 Double dip – no dip 255, 256
 downward adjustments 198
 driftsomkostning 130, 265, 266, 268 *ff*
 driftsstedforbehold 153, 204
 driftstilskud 265, 267, 272
 dynamisk fortolkningsmåde 58
 dynamiske samspil, det 68
 dødsbocirkulære 213, 216, 227

E

Earnings & Profits (E&P) 96, 197
 Earnings Stripping 207
 effectively connected 159, 199
 effektharmonisering 31
 effektivitet 29, 318
 efterlevelsomkostninger 320
 egentlig enhedsbeskatning 262
 egentlig koncernbeskatning (en-
 hedsbeskatning) 241
 egne aktier 34, 88, 115, 121, 123, 130,
 249, 298
 Einheitstheorie 33
 eksisterende driftsomkostningsbe-
 greb, det 265
 eksplanatorisk memorandum 175,
 219
 eksterne aktieombytningsformer 125
 eksterne traktatkompetence 70, 159,
 163, 187, 204
 en skat på konsoliderede EU over-
 skud 325
 England 175
 enhedsbeskatning 30, 241, 262, 277,
 331, 339, 342
 enhedsbeskatningsmetoden 275
 enhedsteorien 32, 33
 enkeltmandsselskaber 249
 enstemmighed 61
 enstemmighedskravet 61, 339
 enterprise law 35
 ERTA 71

ESSO A/S 268
etablering af filial ved virksomheds-
overdragelse 302
EURO'en 327
Europa Parlamentet 61
europæiserede neutralitetsbegreb,
det 242
europæisering af skatteneutralitets-
begrebet 29
Europæiske Fælles Akt, den 61
Europæiske Union, Den 17, 20
EU-Voldgiftskonventionen (90/
436/EØF) 218, 221
exemptionfilial 247
exemptionsordning 196
exemptionsprincip 175, 177, 184
exemptionsstater 246
exemptionstraktater 237, 238
exchange of stock for stock 132

F

faktorallokationsneutralitet 22
faste driftssteds beliggenhedsstat, det
87
fast ejendom 153, 209
faste steder 154, 163
federal enterprise law 36
FIFO 182 197, 292
FIFO-princippet 88, 182
filialomdannelse 119, 301
filialoverdragelse 163
finansiell integration 31
finansiell karakter 191
finansielle (brutto) aktiver 191
finansielle datterselskaber i lavskat-
telande 189
finansielle sektor, den 33, 332
finansieringsvilkår 200, 273
finansvirksomheder 233
fiscal unity 263
fiskal føderalisme 325
"fiskale myte", den 322
fiskalstrafferetten 19
Flaminio Costa mod ENEL 68

flerårig bindende forhåndsbesked
227
folkeretlige fortolkningsregler 58
folkeretsbrud 57, 68
fondsaktier 121, 123, 125
forbudet mod underkurs 123
fordelingsneutralitet 22
fordelingsnøgle 146, 147, 168, 324,
325
fordelslovgivning 21
fordrejning af konkurrencen 61
foreign direct investment 320
foretagendebeskatning 35, 36, 311
forhandlingspligt 220
formel ligebehandling 31
formelle side af transfer pricing, den
217
formula apportionment 317
Forrangsprincippet 69
forretningsformål 299
forsikringsvirksomhed 191
forstyrrelser i kapitalbevægelserne
41
fortabelse af fremførselsberettiget
underskud 232
forudsatte kompetencer 70
forventet nytte 150
forøget dokumentationsbyrde 140
fradrags- og efterpålyngningsmetode
260 f
fradragsbegrænsning 202, 246, 254,
255
fradragsbegrænsningsreglerne 231
Frankrig mod UK (fiskeripolitik) 70
fremførselsberettiget underskud
232, 246
Fremskridtpartiet 233, 239, 275
fremtidsvisioner 51, 337
fri bevægelighed 61
fri bevisbedømmelse 143
Frigor 330
frihedsrettighederne 64, 69
frihedsrettighederne for arbejds-
kraft 64
frivillig akkord 231

fuld genbeskatning 247, 257
 fuld spaltning 284, 298
 fusion 74 ff, 281 ff, 314 ff
 fusion gennem absorption 76
 fusion med udenlandske selskaber 84
 fusion mellem sambeskattede dat-
 terselskaber 259
 fusionsdatoen 84, 85, 86, 88, 89, 113,
 289, 290
 fusionsdokumenter 89
 fusionsplan 89
 fusionsprocedure 34
 fælles datterselskab 310, 312, 338
 fælleseklæring 222
 fælleseuropæisk konsolidering af
 profiler 176
 fælleseuropæisk transfer pricing re-
 gulering 140
 fælles markeds funktion, det 60
 fællesnordiske overenskomst 56
 Færøerne 249
 føderal amerikansk skatteret 48

G

gavebetragtning 268
 genbeskatning 86, 246 f, 257 ff, 283
 genbeskatningssaldoen, 237 f, 247
 General Utilities (GU) 312
 generationsskifte 36, 232
 gennembrudshæftelse 36
 gennemsnitsbetragtning 182
 genoptagelse af skatteansættelsen 141
 genoptagelsescirkulære 178
 gensidige aftaleprocedure, den 57,
 200, 217, 218, 220, 221, 223, 226,
 338
 gensidige forsikringsselskaber 249
 genvundne afskrivninger 170, 171,
 179, 251, 312
 gevinst og tab på værdipapirer 85
 gevinst og tab ved frigørelse fra gæld
 210
 gevinst på gæld til koncernforbund-
 ne selskaber 212
 Gilly 72

globalbeskatningsprincippet 53, 87
 globalindkomstprincippet 229, 237
 goodwill 35, 108, 117, 129, 137, 149,
 154, 160 ff, 270, 297
 goodwillcirkulæret 154, 160
 graden af integration 30, 32
 group contribution system 274
 group relief 275
 Grækenland 67, 156
 grænseoverskridende aktivitet 25
 grænseoverskridende fusion 75, 77,
 82, 338
 grænseoverskridende spaltninger
 78, 90, 100, 285, 291, 338
 grænseoverskridende virksomheds-
 dannelser 62
 Grønland 249
 gylden regel 57
 gælds/egenkapitalforhold 202
 gældsbreve 210
 gældseftergivelse 231, 274
 gældskonvertering 231

H

Haarup Maskinfabrik A/S 267
 Halliburton services 65
 handel med varer 164 ff
 handel med værdipapirer 138, 214 ff
 handelsværdien på fusionsdatoen 86
 handelsværdien på ombytningsda-
 toen 130
 handelsværdien på spaltningsdato-
 en 291
 handlingsplan 17
 Haribo Lakrids A/S 267
 headquarters funktioner 188
 hjemtagelse af overskud via udbyt-
 tebetalinger 171 ff
 holdingkonstruktion 183
 holdingselskab 109, 127, 128, 129,
 130, 133, 183 ff, 187, 205, 215, 240,
 296
 holistisk koncernbeskatning 331
 holistiske koncernopfattelse 317
 Holland 65, 183, 187, 239, 303

Hollandske regering, Den 187
horisontal neutralitet 22
hovedsædeteorien 39
hæftelse for skattekrav 292
hæftelsesgennembrud 259
høj integrationsgrad 274

I

ICEA A/S 267
ICI 142
Ideal-Standard GmbH mod Wabco
 Standard GmbH 330
ideelle rettigheder 154
identifikation 36
identifikation i skatteretten 35
ikke strafbar skatteunddragelse 90
ikke-moderselskaber 182
immaterielle aktiver 137, 139 ff
immaterielle goder 45
implied powers 70, 204
indgangsværdier 250, 254
indre marked, det 25, 40, 60 f
indsigelsesprocedurer 91
indskydende selskabs stat, det 87, 315
initiativret 221
Inka Print 330
inkorporationsteorien 39
Instalment method 96
integrationsniveau 32
interessefællesskab 21, 31, 38
International Institute of Public Fi-
 nance 328
internationale Domstol i Haag, Den
 57
internationalisering 17, 244
interne lovgivningskompetence 70
interne tilskud 45
interstatslig lighed 319
Intra-Group Services 166
Inventories 96
investeringsfondshenlæggelser 85
investment account 264
Irland 175
IRS 49, 206, 227, 229

J

judiciael 66
jura som et ledelsesredskab 47
juridisk dobbeltbeskatning 55

K

kapital eksport neutralitet 22
kapital import neutralitet 22
kapitalforhøjelse 121, 123, 125, 267
kapitalforhøjelse via fondsaktier 121
kapitalgevinster 138, 153, 154, 163,
 171, 197, 213, 216
kapitalgevinstskat 213
kapitalindskud 99, 232, 270
kapitalplacering 23
kautionsforpligtelse 273
klassisk system 197
klassiske neutralitetsnorm 28
klassiske koncernret, den 33
Kleinwort Benson 68
kombinerede profitter 324
kommensurabilitetsprincippet 159
Kommissionen mod Frankrig 65
Kommissionen mod Luxembourg
 65
Kommissionen mod Storbritannien
 330
Kommissionens skattestrategi 151
Kommissionens ændringsforslag til
 moder-/datterselskabsdirektivets
 anvendelsesområde 185
koncentrationspolitikken 174
koncernbegrebet 38 f
koncernbidrag 265 ff
koncernbidrag, tilskud o.lign. 138,
 265 ff
koncernbidragsmetoden 275
koncernbidragsregler 270
koncernbidragsregulering 275
koncerndannelse gennem én bliver
 til én-fusion 77
koncerndannelse gennem fusion 74 ff
koncernens interesse 158
koncernernes konsoliderede profit
 37

koncernetablering 73 ff
 koncerninteresse 34, 36, 43, 139, 161, 169, 205
 koncernintern finansiering 205
 koncernintern handel med aktier 214 ff
 koncernintern realisationsbeskatning 338
 koncernintern virksomhedsoverdragelse 160
 koncerninterne aktieoverdragelser 209, 214 ff
 koncerninterne rente- og royaltybetalinger 149 ff, 200 ff
 koncerninterne serviceydelser 144
 koncerninterne tjenesteydelser 166
 koncerninterne udbyttebetalinger 138, 171 ff
 koncerninterne udbytteudlodninger 171 ff
 koncerninterne ydelser 30, 275
 koncernlikvidationer 316
 koncernomstrukturering 41, 279 ff
 koncernophør 41, 307 ff
 koncernophør gennem to bliver til én-fusion 315
 koncernregnskab 33, 45, 263, 342
 koncernregnskabsreglerne 332
 koncernrelaterede neutralitetsstandard 23
 koncernrelaterede skatteneutralitet 29
 koncernrepræsentation 34
 koncernrettigheder 32, 39, 139, 329
 koncerntilskud 147, 265 ff
 koncessioner 149 ff
 konkurrenceforvridende statsstøtte 64
 konkurrencemæssig neutralitet 177
 konkurrencemæssigt neutrale regler 27, 79
 konkurrenceneutralitet 22
 konkurs 116, 250, 252, 257, 258, 330
 konsekvent indkomstopgørelse for koncerner 26

Konservative Folkeparti, Det 143
 konsoliderede EU profiler 317, 325 ff
 konsoliderede opgørelse hos moderselskabet 325
 konsoliderede regnskab, det 340
 konsolideret opgørelse af EU profiler 342, 323 ff
 konsultationsproceduren 221
 konsumption 330
 kontant udligningssum på højst 10 pct. 81, 99, 120, 285, 314
 kontante indløsningssum, den 88
 kontantindskud 267
 kontraktøkonomi 284
 kontrolbegreb 141, 248
 kontrollerede transaktioner 140
 kontrollerende aktiepost 182
 kontrolleret gæld 202
 kontrolomkostninger 167
 korrektion af indkomstgrundlaget 36, 217, 329
 korrektion af indkomstopgørelsen 139, 145
 korresponderende nedsættelse 141
 korresponderende reguleringer 217, 218, 228
 kursen på spaltningsdatoen 292
 kursgevinst 208 ff, 232
 kursgevinstbeskatningsinstituttet 212
 kurstab 202, 208 ff, 253
 kursværdi på fusionsdatoen 88
 kvalificeret majoritet 122
 kvasi likvidationsfusion 93, 281

L

L 35 24, 17, 39, 126, 128, 180
 L 53 343, 187 ff, 253
 L 81 340
 L 87 91 ff, 336, 338
 L 118 24, 17, 99, 181, 241, 244, 245, 256, 288
 lagerprincip 212
 Laissez faire 337
 latente skattebyrde, den 130, 115

lavbeskattede selskaber 180
leasingydelser 232
legale sambeskatningsbetingelser 249
legalitetsprincippet 153
legalitetsprøvelse 92
lempelsesberegningen 245
Leur-Bloem dommen 67, 68, 90, 117, 122, 157, 178
licensaftale 149, 152
licenser 26, 149 ff
LIFO-princippet 182
lifting the corporate veil 36
lifting the veil 35
ligebehandling 30 ff
ligelig fordeling af afgiftsbetalingen 131
ligelig fordeling af den kontante ud-
ligningssum 81
lighedsprincip 30 ff
Ligningsrådets betingelser 249
Ligningsrådets kompetence 92
likvidation 46, 78, 308 ff
likvidationsbeskatning 308, 310
likvidationsdirektiv 308
likvidator 309
lodret deling 315
lovlig skattetænkning 90
lovregulerede koncernret, den 33
Luxembourg 65, 187, 272
løbende genbeskatning 247, 255

M

majoritetsoverdragelse 45, 131, 133 ff, 303 ff
majoritetsoverdragelse til holding-
selskab via aktieombytning 133
majoritetsovertagelse 45, 119 ff
maksimeret credit 196
maksimeret genbeskatning 248
management fees 166
maskerede bidrag 265, 273
maskerede gældskonverteringer 232
maskerede udlodninger 131, 195
maskinfabrik 294

materiel koncernret 36
materiel retssikkerhed 329
materiel transfer pricing 17
materielle goder 137, 164 ff
medarbejderaktier 126, 249
medregning af datterselskabers un-
derskud 45, 236 ff
mestbegunstigelsesklausul 69
Method of accounting 96
Midtfyns Festivalen 36, 259
mikroneutralitet 28
millisekundmodeller 128
mindsterenten 212, 254
minimumsdirektiv 75, 100, 156, 285
mixer-selskaber 184
moder/datterselskabsdirektiv 64, 70, 174, 193 ff
moderselskabets afsætningsmæssige
interesse 269
moderselskabsbrøken 185
moderselskabsdannelse gennem
majoritetsoverdragelse 133 ff
momsretten 332
Monti-rapport 17
most-favoured nation clause 69
motivneutralitet 22
muligheder for underskudsmedreg-
ning 236 ff
muligheder for underskudsoverfør-
sel (carry over) 229 ff
mutual agreement procedure 218, 220
målselskabets bruttoaktiver 303

N

national skatteneutralitet 25
nationale traktatkompetence, den 71
nationalstaternes eksterne traktat-
kompetence 159
Net operating loss carryovers 96
net operating losses – NOL 236
nettofinansieringsudgift 253
nettogodtgørelseskrav 235
nettokapitalimporterende lande 156
nettokapitalindtægter 232

nettoneutralitetsvirkning 43
 neutralitetsprincippet 21 ff
 new institutional economics 284
 non-recognition rules 214
 nystiftelse af selskab 121, 123
 nytteprøve 150
 nytteværdi 146, 147
 næringsaktier 88, 126, 214, 293
 nødlidende kreditforhold 211

O

objektive betingelser ved aktieom-
 bytninger 121
 obligationer 203, 210, 212, 214, 231
 OECD's Guidelines 142, 144
 oliesagerne 141
 ombytningsdatoen 124
 omdannelse af filial til datterselskab
 300 ff
 omdannelsesinstituttet 280
 omgørelse 220
 omkostninger ved service- og tjene-
 steydelser 167
 omkostningsfordeling 168
 omkostningsfordelingsaftaler 144
 omkostningsneutralitet 22
 omlægning af regnskabsår 35
 omstrukturering gennem spaltning
 af et datterselskab 284 ff
 omstruktureringer gennem fusion
 281 ff
 omstruktureringer gennem majori-
 tetsoverdragelse 303 ff
 omstruktureringer gennem spalt-
 ning 284 ff
 omvendt bevisbyrde 141
 opbevaringspligt 142
 ophævelse af økonomisk dobbeltbe-
 skatning 165, 173, 217 ff
 ophør at koncernforhold 284, 307 ff
 ophør gennem fusion 314 ff
 ophør gennem likvidation 308 ff
 ophør gennem spaltning 315 ff
 opkøb af virksomhed mod vederlag
 i aktier 300 ff

opløsning uden likvidation 80
 oplysningspligt 224, 141, 142
 Öppna koncernbidrag 274
 optioner 132
 ordinær (eller maksimeret) creditle-
 mpelse 185
 ordinær creditlempelse 256
 ordinære afskrivninger 266
 organbeherskelse 38
 Organschaft 275
 Original Interest Discount 206
 overdragelse af goodwill 45, 137, 160
 ff
 overkurs 123
 overlapning mellem overenskom-
 ster og unionsreglerne 72
 overskudsgivende drift 139 ff
 øvrige goder 45
 øvrige materielle goder 170

P

pacta sunt servanda 57
 pantebreve 210
 paradigmet om separate enheder
 319
 Parfums Rotschild 330
 Parker 330
 patenter 149 ff
 pengeinstitutter 232
 pengeneringsvirksomhed 209
 pinsepakke 17
 pligtlovgivning 21, 34, 211, 329
 polycentri i retskildelæren 54
 Polysar 330
 porteføljeaktionærer 36
 Portugal 33, 156
 potentielt skadelige skatteforan-
 staltninger 188
 primær fællesskabsret 63
 primær korrektion 219
 pro rata fordeling 287
 pro rata synspunktet 123
 professor-dommen 59
 profitbaserede metoder 169

proportionalitetsprincippet 91, 92, 157

præferenceaktier 132

præjudicielle afgørelser 67, 221

PSM 144

public finance 318

Q

quasi-likvidationsfusion 76

R

realindskud 78, 267

realitetsgrundsætning 35

realkreditinstitutter 249

realøkonomisk aktivitet 188

reel markedsrisiko 199

reel nytte 145

refusion 157, 254

regnskabsmæssige underskud 230

re-indkooporing 95

re-kapitalisering 95

rekonstruktion 231

rekonstruktionsreglen 211

relationsbetingede koncernbegreb,
det 194

relativ ligebehandling 31

rentebegrebet 203

rentebetaling 45, 138, 200 ff

rentedefinitionen 157

rentefiksering 36, 140, 200

rentekildeskat 64, 203

rente-royaltyskattedirektiv 155 ff

renvoi-klausul 72

renvoi-regel 58

repatriation 220

Resale Price Method 166

residensprincippet 321

resolution 187

restgenbeskatningssaldoen 258

resultatudjævningsmuligheder 263

retlige effektstudier 51

retmæssig ejer 156

retmæssige ejer, den 151, 204

retningslinier for selskabsbeskatning 151

retskrav på lempelse 184

retskrav på skattefritagelse 190

retsmidler til afbødning af transfer

pricing korrektioner 138, 217 ff

retspolitiske bemærkninger 51

retssikkerhed 93, 329

retstomhed 88, 331

rettighedshaverstaten 154

royalties og licenser 137, 149 ff

royalty 26, 30, 149 ff

royalty på softwareudnyttelse 150

royalty/licensbetalinger 139, 149 ff

royaltydefinitionen 157

royaltyskat 152

royaltytydelser 150

RPM 144, 166

Ruding-komiteén 63, 154

Ruding-rapporten 26

Ruding-rapportens konklusioner 41

rule of reason 159

rørlig formue 154

rådgivende udvalg, det 223, 224

S

Safe harbours 226 f

safe haven 206

Safir 65

sagsudlægning 126

sagsudlægningsbekendtgørelse 92

sambehandlingsgrundsætning 241

sambeskatning 17, 34, 236 ff, 248,

sambeskatningscirkulæret 236 ff,
251

sambeskatningsinstituttet 24, 236 ff

sambeskatningsvilkår 202, 236 ff 252

sambeskattet datterselskab i en

exemptionsstat 237

samme regnskabsår 249, 252

sammenlignelig beskatning 178,
180, 191

sammenlægningsmetoden 275

Schumacker-sagen 65

Schweiz 43

Segaltmøllens Brødfabrik A/S 267

Segré-rapporten 27

- sekundære fællesskabsret 64
- sekundære korrektioner 220
- selskab i en medlemsstat 81, 125, 194, 288
- selskabsrettens universalsuccession 75
- selskabsstatuttet 39
- selvstændighedsfiktion 152
- separat ejendomsselskab 295
- separate enhedsparadigme, det 322
- servicefunktioner 167
- SE-statutten 243, 327
- Singer 65, 142
- singulær skatteretlig identifikation 36
- skattefri datterselskabslikvidation 284, 314
- skattefri fusion 74 ff, 281 ff, 314 ff
- skattefri gældsovertagelse 96
- skattefri spaltning 286 ff
- skattefrit datterselskabsudbytte 147, 141 ff
- skattefrit udbytte 24, 36, 171 ff
- skattegodtgørelse 197, 182, 255
- skattekonkurrence 17, 342
- skattekredit 240, 319
- skattekvittance 309
- skattelyaktier 187
- skattelylande 192
- skattemæssig enhedsbetragtning 38
- skattemæssig konsolidering 26
- skattemæssig succession ved familieoverdragelse 294
- skattemæssige underskud 230
- skatteministeren 89
- Skatteministeriet 180
- skatteneutral holdinggørelse 122
- skatteneutralitetsbegrebet 21 ff
- skatteomgåelse 90
- skattepakke 64
- skatteplanlægning ex ante 47
- skatteplanlægning ex post 47
- skatteretlig identifikation 36
- skatteretlige ophørstidspunkt, det 309
- skatteretlige successionsprincip, det 75
- skatterettens polycentriske karakter 54
- skatterettens relationsbetingede koncernbegreb 38 ff
- skattesvig 63, 90
- skatteudskydelse 95, 126
- skriftlig redegørelse om fusionsplanen 89
- skæringsdatoen 89, 113, 117, 289
- skævdeling af kontantvederlæggelsen 123
- sociale bidrag 20
- soft law 18
- solidarisk hæftelsesregel 309
- solidaritetsprincip 70
- solvensgrad 202
- spaltning af danske selskaber 291
- spaltning uden likvidation 286
- spaltninger 46, 284 ff
- spaltningsbegrebet 284 ff, 298
- spaltningscirkulæret 287
- spaltningsdatoen 292
- spaltningsdirektivet 292
- spaltningsinstituttet 284 ff, 336
- Spanien 187
- sparekasser 249
- spin-offs 285, 288, 298, 300, 312, 316
- split-offs 298, 300
- split-ups 298, 300
- statutory merger or consolidation 93
- stemmeflertallet i målselskabet 122
- stempelafgift 82, 134
- stock for assets merger 118, 302
- stock for stock merger 132
- strukturrationaliseringssynspunkter 77
- subsidiaritetsprincippet 62, 151, 328
- subsidiær beskatningsret 186
- substance over form 35
- “summariske” oplysninger 143
- super royalty provision 159
- supranational fortolkning 67

supranationale retskildefaktorer 59
suspense account 264
svensk koncernskatteret 24
svenske koncernbidragsregler 255
synergiprofitter 321
særlige kreditinstitutter 249
søsterselskab i USA 43

T

tab/gevinst på koncerninterne fordringer og gæld 45, 208 ff
tabsfradragsbegrænsning 210, 213 ff
tabsfradragsbegrænsningsreglen 35
tabsudnyttelsesstrategier 230
Taiwan 179
teknologioverførselsaftaler 91
teleologiske fortolkningsstil 60
Terranova 330
Terrapin Ltd. 330
territorialitetsprincippet 321
territorialprincippet 153, 172, 245, 245, 320
testamentariske dispositioner 294
Texaco-dommen 59
the Treasury Bill or Bond rate 206
Tidsskrift afgørelse 65
tidsubegrænset carry forward 235
tilbagekøbsbestemmelse 258
tilførsel af aktiver 73, 103 ff, 300 ff
tilførsel af et fast driftssted 86 f
tilladelse med særlige vilkår 295 ff
tilladelse uden vilkår 294 f
tjenesteydelser, 64, 166 ff
TNMM 144, 148
to bliver til én-fusion 314 f
todelte kildebeskatning, den 186
tomt selskab 233
total harmonisering 26, 41
totalsynspunktet 123
traktatbrud 57, 67
Traktatens loyalitetsprincip 70
Traktatens statsstøtteregler 64
traktatkrænkelsesprocedure 67, 221
traktatstridig diskrimination 142
transactional net margin method 148

transaktionsomkostninger 22
Transaktionsomkostningsteorien 284
transfer pricing 17, 24, 137, 139 ff
Transfer Pricing Guidelines 144
transfer pricing korrektioner 42, 139 ff
transfer pricing-sager 139 ff
Treasury Departments sekretariat 263
Treasury Secretary 299
treaty overriding 57
tvangsakkord 231
tvungen sambeskatning 141, 187, 240, 252, 329
tynd kapitalisering 17, 187, 201
type A 93, 97, 118, 132, 284, 314
type B 98, 132
type C 118, 132
type D 118, 300, 302
tyske koncernregler 36
tyske skattegodtgørelsessystem 255

U

ubenyttede investeringsfondshenlæggelser 309
udbyttebetalinger fra kapitalinteresser i selskaber 171 ff
udbyttebetalinger til moderselskabet i Danmark 190
udenlandsk tilkøbt selskab 250
udenlandske filialer 65, 238, 244, 308
udenlandske holdingselskaber 183
udførelse af tjenesteydelser 45, 166 ff
udgifter til forskning og udvikling 139
udlandsbrøken 245
udlandslempelsen 172
udlodningsdevice 299
udlån til moderselskabet 43
udveksling af oplysninger 55
udvidet selvangivelsespligt 142
uegentlig fusion 120, 121, 122, 125, 134

ufrivillig identifikation 35
 ulempe Lovgivningen 21
 ulovlig og strafbar skattesvig 90
 umiddelbar anvendelighed 66
 umwandlung 311
 Umwandlungsteuergesetz 279
 underskudsfremførselsretten 232
 underskudsmedregning 30, 138, 236
 ff
 Underskudsmedregningsdirektiv-
 forslaget 66, 259 ff
 underskudsmedregningsforslaget
 242
 underskudsoverførsel 45, 138, 229 ff
 underskudsoverførselsdirektivet 66,
 234, 243
 underskudsselskaber 231
 underskudsudnyttelse 83
 unilaterale dispositioner 115, 135
 unilaterale retskildefaktorer 53
 Unilever N.V 332
 Unionsskatteretten
 – baggrund 59 ff
 – formål 59 ff
 – udviklingsstatus 59 ff
 unitary method 317, 323 ff
 universalsuccession 75, 85
 upward adjustments 198
 “uægte” spaltninger 45, 73, 98 ff

V

Vald. Birns Jernstøberi A/S 267
 valget mellem ind- eller udlandsak-
 tivitet 40
 vandret deling 315
 varelagre 116, 171
 varemærker 149 ff
 varemærker med fælles oprindelse
 330
 vederlagsfri tilrådighedsstillelse 139,
 146
 vederlagsnæringsfordringer 211
 vedtagelsen af fusionen 290
 Venstre 143
 vermögensübergang 311

verschmeltung 311
 vertikal neutralitet 22
 vertikale fusioner 83, 94, 281 f
 vilkår 2.1 253
 vilkår 2.2 253
 vilkår 2.4.1 253
 vilkår 2.5 254
 vilkår 2.6 254
 vilkår 2.8 254
 vilkår 2.9 254
 vilkår 2.10 252
 vilkår 2.11 254
 vilkår 3.1 252
 vilkår 3.2 252
 5. selskabsdirektiv 37
 6. momsdirektiv 332
 6. selskabsdirektiv 292
 7. selskabsdirektiv 332
 vilkår for en aktieombytning 126
 virksomhed i en medlemsstat 156
 virksomhed med hjemsted i en
 medlemsstat 259
 virksomhedsopkøb 301
 virksomhedsoverdragelse 45, 103 ff,
 288
 virksomhedsovertagelse 76, 105,
 164, 301
 virksomhedsskatteordningen 24
 voldgiftskonvention 61, 64, 221 ff
 Voldgiftskonventionens procedure
 223 ff
 voldgiftsudvalget 221, 224
 vurdering af enhedsbetragtningen
 317 ff
 værdipapirs bogførte værdi 81, 287
 værnregel 125, 163
 væsentlig ændring i aktionærkredsen
 232

W

warrants 132
 water's edge approach 323
 Werner-sagen 65
 Wielockx-sagen 65
 Wiener-konventionen 58

Æ

ændringer i koncernen 41

ændringsforslaget 196

Ø

ØKOFIN 154

økonomisk dobbeltbeskatning 30,
55, 137, 146, 172, 173, 175, 185,
197, 217 ff, 277

økonomisk enhed 33

økonomisk integration 27

økonomiske analyser 38

økonomiske dobbeltbeskatning 55,
176

økonomiske enhed 26

økonomiske fællesskab 34

økonomiske faktorer 318

økonomiske neutralitetsbegreb, det
28

økonomiske neutralitetsstandard 28

Økonomiske og Sociale udvalg 63

økonomiske teori, den 51, 331

Å

åbenbart misforhold mellem egen-
kapital og fremmedkapital 202

Åbningsbalance

åbningsstatus 89, 113, 289