

Udskriftsdato: 19. december 2025

AFG nr 9867 af 29/09/2020 (Gældende)

Udbytter til moderselskab i Liechtenstein - begrænset skattepligt - ikke i strid med EØS-aftalen

Ministerium: Skatteministeriet

Journalnummer: 20-0661414

Udbytter til moderselskab i Liechtenstein - begrænset skattepligt - ikke i strid med EØS-aftalen

Det ønskedes bekræftet, at det var i strid med EØS-aftalen, at Danmark beskatter udbytter fra det danske datterselskab H2 A/S til dets moderselskab H1 i Liechtenstein.

Dette kunne dog ikke bekræftes.

Det var Skattestyrelsens opfattelse, at moderselskabet i Liechtenstein ikke befandt sig i en situation, der var sammenlignelig med et dansk moderselskab, da moderselskabet i praksis reelt havde mulighed for under visse omstændigheder helt at undgå indkomstbeskatning i Liechtenstein. Det var derudover også Skattestyrelsens opfattelse, at den danske udbyttebeskatning kunne begrundes i det tvingende almene hensyn til sammenhængen i skattesystemet. Dette blev tiltrådt af Skatterådet.

Skatterådsmøde 29. september 2020 - SKM2020. 445. SR

Spørgsmål

1. Kan Skatterådet bekræfte, at beskatningen af udbytter fra H2 A/S til moderselskabet i Liechtenstein er i strid med EØS-aftalen medførende, at der skal ske nedsættelse af beskatningen til DKK 0?

Svar

1. Nej

Beskrivelse af de faktiske forhold

H2 A/S' formål er fremstilling, salg, service og drift af maskiner og anlæg.

Selskabet er en del af en international koncern, som har forskellige aktiviteter inden for Y-industrien. Selskabet ejes 100% af H1 AG, som er beliggende i Liechtenstein. H1 AG er koncernens moderselskab.

Koncernens hovedkontor er beliggende i EU-land 1. Koncernens primære produktionsfacilitet er beliggende i EU-land 1, og de reelle ejere af koncernen er bosat i EU-land 1.

Selskabet påtænker at udlodde ordinært udbytte i forbindelse med aflæggelse af årsrapporten for 2019 og ønsker i den forbindelse sikkerhed for de skattemæssige konsekvenser, før udlodningen gennemføres.

Det kan lægges til grund, at der er frie reserver til at gennemføre udlodningen. Endeligt kan det lægges til grund, at H1 AG ikke kan opnå creditlempelse i indkomsten i Liechtenstein, hvis der indeholdes dansk kildeskat.

Om beskatningen af H1 AG i Liechtenstein

Det lægges til grund, at H1 AG er et aktieselskab oprettet i henhold til selskabslovgivningen i Liechtenstein. Det er af repræsentanten oplyst, at selskabsformen er sammenligneligt med et tysk Aktiengesellschaft.

Selskabet er fuldt skattepligtigt i Liechtenstein. Selskabsskattesatsen i Liechtenstein udgør 12,5 %. Minimumsskatten udgør CHF 1.800 (ca. DKK 12.500).

Den skattepligtige indkomst tager udgangspunkt i det regnskabsmæssige resultat tillagt diverse skattemæssige justeringer. Liechtenstein anvender ligesom Danmark et territorialbeskatningsprincip, dvs. resultatet fra udenlandske faste ejendomme og faste driftssteder medregnes ikke i det skattepligtige resultat.

Udbytter og aktieavancer er i alle tilfælde skattefri for selskaber, og der pålægges i ingen tilfælde kildeskat på udbytter udloddet fra selskaber i Liechtenstein.

Selskaber i Liechtenstein har desuden i henhold til Liechtensteins Steuergesetz, artikel 54 ("Eigenkapital-Zinsabzug") mulighed for at fratrække et beløb svarende til en årligt fastsat forrentning (aktuelt 4 %) af en beregnet egenkapital. Denne form for fradrag kaldes også "notional interest deductions" (NID) eller "allowance for corporate equity" (ACE).

Den beregnede egenkapital skal fratrækkes værdien af datterselskaber, ikke-driftsrelaterede aktiver samt et beløb svarende til 6 % af resterende aktiver. Fradraget for forrentning af egenkapitalen kan dog ikke resultere i et underskud eller forhøje et allerede realiseret underskud.

Ikke-driftsrelaterede aktiver er defineret i artikel 32a i Verordnung vom 21. Dezember 2010 über die Landes- og Gemeindesteuern (Steuerverordnung) med senere ændringer. Heraf fremgår, at ikke-driftsrelaterede aktiver omfatter formuegenstande, som ikke overvejende tjener den faktiske virksomhed, navnlig luksus- og kunstgenstande, jord samt overskydende likviditetsreserver ("übermässige Liquiditätsreserven").

Steuerverordnung artikel 32a, nr. 2 og 3, bestemmer, at overskydende likviditetsreserver formodes at foreligge, hvis kortfristede fordringer og likvide midler overstiger kortfristet gæld til nærtstående personer samt 160% af kortfristet gæld til tredjemand. Artikel 32a, nr. 5, bestemmer dog, at dette ikke gælder for banker, forsikringsselskaber, holdingselskaber og finansieringsselskaber.

Spørgers opfattelse og begrundelse

1. Retsgrundlaget

Sagen vedrører den forskellige behandling af henholdsvis et dansk selskab og et selskab hjemmehørende i Liechtenstein, for så vidt angår kildeskat på udbytter, hvorfor både internationale retsakter såvel som rent national lovgivning er relevant.

Både Danmark og Liechtenstein er omfattet af EØS-aftalen, som er særligt relevant, da aftalen forpligter medlemslandene til at hindre forskelsbehandling af hjemmehørende selskaber og selskaber hjemmehørende i andre EØS-medlemslande.

Derudover er de danske regler om begrænset skattepligt og opkrævning af kildeskat for ikke-hjemmehørende selskaber, samt de interne regler om fritagelse for kildeskat for hjemmehørende selskaber og visse ikke-hjemmehørende selskaber relevante for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en forskelsbehandling.

Endeligt inddrages praksis fra EU-Domstolen for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt forskelsbehandling kan retfærdiggøres i henhold til tvingende almene hensyn. Vi skal i det følgende skitsere det relevante retsgrundlag.

1.1. EØS-aftalen

Liechtenstein er en del af EØS, ligesom Norge, Island og EU-medlemslandene. EØS-aftalen udvider det Indre Marked til at omfatte landene i Det Europæiske Frihandelsområde. Det fremgår således af artikel 1 af EØS-aftalen, at formålet med aftalen er at fremme vedvarende og afbalanceret styrkelse

af handelsmæssige og økonomiske forbindelser mellem de deltagende stater. EØS-aftalen indfører frihedsrettigheder, således der inden for medlemslandene er fri varebevægelighed, fri bevægelighed for personer, fri bevægelighed for tjenesteydelser, etableringsfrihed og fri kapitalbevægelser. Derudover er der bestemmelser i aftalen, der sikrer, at konkurrencen ikke forbrejdes, ligesom der er indgået et nærmere samarbejde på andre områder (forskning, udvikling, miljø og socialpolitik).

Aftalens DEL III, kapitel 2 omhandler etableringsretten, og de relevante artikler er skitseret nedenfor.

EØS-aftalens artikel 31:

"Inden for rammerne af denne aftales bestemmelser skal statsborgere i en EF-medlemsstat og en EFTA-stat frit kunne etablere sig på en hvilken som helst anden af disse staters områder. Dette gælder også for oprettelse af agenturer, filialer, datterselskaber, som foretages af statsborgere i en EF-medlemsstat eller en EFTA-stat, der er etableret på en af disse staters område.

Med forbehold af bestemmelserne i kapital 4 indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 34, stk. 2 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere" [vores fremhævnings].

EØS-aftalens artikel 33:

"Bestemmelserne i dette kapitel og forholdsregler, der træffes i medfør heraf, udelukker ikke anvendelse af love eller administrative bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed."

EØS-aftalens artikel 34:

"Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en EF-medlemsstats eller en EFTA-stats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for de kontraherende parters område, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel med personer, der er statsborgere i EF-medlemsstaterne eller EFTA-staterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, deri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst øje."

1.2. Nationale regler

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1:

Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de

a) Oppebærer udbytte omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2. 1. pkt. omfatter ikke udbytte fra investeringsselskaber, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19, og udbytte fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, jf. ligningslovens § 16 C, dog forudsat at investeringsselskabet henholdsvis investeringsinstituttet ved investering i danske aktier eller andele har betalt en indkomstskat på 15 pct. af modtaget udbytte. 2. pkt. omfatter ikke udbytte af egne aktier, udbytte af aktier i investeringsselskabets henholdsvis investeringsinstituttets administrationsselskab, udbytte fra et investeringsselskab, jf. § 3, stk. 1, nr. 19, og udbytte fra et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. § 1, stk. 1, nr. 5 c, hvis dette har valgt beskatning af udbytter eller efter vedtægterne ikke kan investere i aktier eller

andele i selskaber m.v., der er hjemmehørende her i landet. Uanset 3. pkt. må investeringsinstituttet eje aktier i det administrationsselskab, som forestår instituttets administration. Som udbytte behandles tillige tilskud til koncernforbundne selskaber, jf. § 31 D, hvis tilskudsmodtageren, såfremt denne var moderselskab til tilskudsyderen, ville være skattepligtig af udbytte efter denne bestemmelse. Skattepligten omfatter ikke udbytte af datterselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte af koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 B, der ikke er datterselskabsaktier, når det udbyttemodtagende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier. Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte, som oppebæres af deltagere i moderselskaber, der er optaget på listen over de selskaber, der er omhandlet i artikel 2, litra a, nr. i, i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, men som ved beskatningen her i landet anses for at være transparente enheder. Det er en betingelse, at selskabsdeltageren ikke er hjemmehørende her i landet. 6. og 7. pkt. finder ikke anvendelse, hvis udbyttet fra det danske selskab er en videreudlodning af udbytte, som dette selskab har modtaget direkte eller indirekte af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A og 4 B, i et selskab hjemmehørende i udlandet, og det danske selskab ikke var retmæssig ejer af det modtagne udbytte. Dette gælder dog ikke, hvis beskatningen af udbytteudlodningen fra det danske selskab skal frafaldes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU [vores fremhævning].

Selskabsskattelovens § 13

Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke:

2. Udbytte, som de i § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 3 a-5 b, nævnte selskaber og foreninger mv. modtager af aktier eller andele i selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j og 3 a-5 b, eller selskaber hjemmehørende i udlandet. Dette gælder dog kun udbytter af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A og 4 B. 1. pkt. omfatter ikke udbytter, i det omfang det udbyttegivende selskab har fradrag for udlodningen. Bestemmelsen i 1. pkt. omfatter heller ikke udbytte, i det omfang et datterselskab på et lavere ejerniveau har haft fradrag for udbytteudlodningen, uden at fradraget er modsvaret af beskatning af udbytteudlodningen til et mellemliggende niveau. Bestemmelsen i 1. pkt. omfatter ikke udbytte vedrørende aktier som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 19 A. Bestemmelserne i 1.-5. pkt. finder tilsvarende anvendelse, hvis udbyttemodtageren er et tilsvarende selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 2, stk. 1, litra a, og selskabet eller foreningen m.v. er hjemmehørende i en fremmed stat, der er medlem af EU eller EØS, på Færøerne eller i Grønland eller en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Ved bedømmelsen af, om et selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 2, stk. 1, litra a, opfylder betingelsen i 2. pkt., medregnes samtlige aktiebesiddelser, som selskabet eller foreningen m.v. har i det udbyttegivende selskab [vores fremhævning].

Kildeskattelovens § 65

Stk. 1. I forbindelse med enhver vedtagelse eller beslutning om udbetaling eller godskrivning af udbytte af aktier eller andele i selskaber eller foreninger m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, 2, 2 e, 2 h, 4 og 5 a, skal vedkommende selskab eller forening m.v. indeholde 27 pct. af det samlede udbytte, medmindre andet er fastsat i medfør af stk. 3 eller følger af stk. 4-6. Opkøb af egne aktier eller andele sidestilles med en beslutning om udbetaling eller godskrivning. Til udbytte henregnes beløb

omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 2, og udlodning af likvidationsprovenu foretaget i kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, når en af betingelserne i ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a-d, er opfyldt. Bestemmelsen i § 46, stk. 3, finder tilsvarende anvendelse. Det indeholdte beløb benævnes »udbytteskat«.

Stk. 3. Skatteministeren kan fastsætte regler om, at der ikke skal indeholdes udbytteskat i udbytter, der ikke skal medregnes ved opgørelsen af modtagerens skattepligtige indkomst. Skatteministeren kan endvidere fastsætte regler om offentliggørelse af en database over selskaber og foreninger m.v., som er berettiget til at modtage udbytte uden indeholdelse af udbytteskat. § 65 C, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse vedrørende indeholdelse af udbytteskat.

Stk. 4. Der indeholdes ikke udbytteskat i udbytte, som et selskab, der er hjemmehørende i udlandet, modtager fra et selskab, der er hjemmehørende her i landet, når det pågældende udbytte ikke er omfattet af skattepligten, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Kildeskattebekendtgørelsens § 31

Selskaber og foreninger m.v., der udlodder udbytte, skal undlade at indeholde udbytteskat, når betingelserne som angivet i nr. 1-6, henholdsvis stk. 2-6, er opfyldt:

2. Udbyttet er udbytte af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A eller 4 B, under de betingelser, der er anført i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, eller § 13, stk. 1, nr. 2, fondsbeskatningslovens § 10, stk. 1, jf. selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, eller kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. og 6. pkt. Dette gælder dog ikke, hvis udbytteudlodder er omfattet af selskabsskattelovens § 3, stk. 1, nr. 19, og der ikke er tale om udbytte af egne aktier.

1.3. Praksis fra EU-Domstolen:

Nedenfor er skitseret relevante afgørelser fra EU-Domstolen omhandlende opkrævning af kildeskat og foreneligheden med henholdsvis etableringsfrihed og kapitalens fri bevægelighed. Der skelnes i denne forbindelse ikke på henholdsvis praksis vedrørende EU-medlemslande og praksis vedrørende EØS-medlemslande, da bestemmelser i EØS-aftalen, som i det væsentligste er identiske med traktaten, skal fortolkes ensartet inden for medlemslandene, jf. EU-domstolens afgørelse i sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland, præmis 95.

C-170/05 Denkavit Internationaal BV og Denkavit France SARL mod Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (herefter Denkavit)

Sagen er en præjudiciel afgørelse omhandlende franske skatteregler om kildeskat på udbytter. I den pågældende sag skulle der indeholdes kildeskat med 25% på udlodninger fra franske datterselskaber til ikke-hjemmehørende moderselskaber, mens udlodninger fra franske datterselskaber til hjemmehørende franske selskaber var fritaget for udbytteskat.

I henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Frankrig og Holland kunne udbyttet beskattes i det land, hvor udbyttedtageren var hjemmehørende (Holland). I henhold til overenskomsten kunne udbyttet desuden beskattes i det land, hvor det udbyttebetalende selskab var hjemmehørende (Frankrig), dog højst med 5%. Der ydedes dog fradrag i Holland for den skat, der var betalt til Frankrig, uden at fradraget kunne overstige den hollandske skat. I henhold til intern hollandsk ret var modtagne udbytter fra udenlandske kilder fritaget for hollandsk skat. Der kunne således ikke ske modregning i Holland, hvorfor den franske kildeskat blev en endelig skat.

Twisten blev i den konkrete situation afgjort på baggrund af traktaten, idet de faktiske udlodninger var foretaget forud for vedtagelse af moder/datterselskabsdirektivet.

Domstolen fandt, at reglerne var en diskriminerende hindring af etableringsfriheden, idet et ikke-hjemmehørende moderselskab udbyttebeskattedes, mens hjemmehørende moderselskaber næsten fuldstændig blev fritaget for udbyttebeskatning. Udbytte betalt til ikke-hjemmehørende moderselskaber (i modsætning til udbytte betalt til hjemmehørende moderselskaber) blev gjort til genstand for en kædebeskatning, idet der først pålagdes selskabsskat hos datterselskabet og dernæst kildeskat af udlodningen til moderselskabet.

Diskriminationen kunne ikke retfærdiggøres med fordeling af beskatningskompetence. En lempelse for hjemmehørende moderselskaber medførte derimod, at Frankrig måtte udvide lempelsen til at gælde ikke-hjemmehørende moderselskaber, når netop beskatningen af ikke-hjemmehørende moderselskaber fulgte af Frankrigs udøvelse af sin beskatningskompetence over disse. Se dommens præmis 37 og 28.

C-379/05 Amurta SGPS mod Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam

Sagen er en præjudiciel afgørelse omhandlende hollandske skatteregler om kildeskat på udbytter. Udbytteudlodningerne var ikke omfattet af moder/datterselskabsdirektivet, hvorfor sagen er afgjort på baggrund af traktaten.

I sagen var et hollandsk selskab (Retailbox) ejet af henholdsvis et hollandsk selskab med 66% samt af portugisiske selskaber, blandt andet af Amurta med 14%. Twisten i sagen omhandler overordnet kildeskat på udbytteudlodninger gennemført til det portugisiske selskab Amurta.

De hollandske skatteregler var opbygget således, at der opkrævedes skat på udbytte udloddet fra selskaber hjemmehørende i Holland. Indeholdelse kunne dog udelades, såfremt udlodningen gennemførtes til et selskab hjemmehørende i Holland eller til udenlandske aktionærer med fast driftssted i Holland. Der var desuden fritagelse for udbytteskat, når udlodningen er omfattet af moder/datterselskabsdirektivet. Konsekvensen af de hollandske regler var således, at der ikke blev pålagt udbytteskat til den hollandske aktionær, mens der blev indeholdt udbytteskat på 25% i det udbytte, der blev udloddet til Amurta samt til de to øvrige portugisiske selskaber.

Domstolen fandt, den forskellige behandling af udbytter udloddet til henholdsvis hjemmehørende og ikke-hjemmehørende moderselskaber udgjorde en forskelsbehandling.

Forskelsbehandlingen kunne hverken retfærdiggøres i hensynet til sammenhængen i skattesystemet eller i hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemslandene.

C-284/09 Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland

Sagen er et traktatbrudssøgsmål anlagt af Kommissionen på baggrund af de tyske regler om kildeskat. I henhold til tyske skatteregler skulle der indeholdes udbytteskat med 25%. Reglerne var opbygget således, at moderselskaber hjemmehørende i Tyskland kunne modregne kildeskatten i den endelige indkomstskat, eller såfremt indkomstskatten var lavere end kildeskatten, opnå tilbagebetaling af kildeskatten. For moderselskaber hjemmehørende uden for Tyskland var kildeskatten endelig. Det var således kun moderselskaber beliggende i Tyskland, der i sidste ende undgik den økonomiske byrde i forbindelse med betaling af kildeskat, idet de i realiteten ikke betalte skat af det udloddede udbytte, hvorimod moderselskaber hjemmehørende i andre EØS-lande ikke havde mulighed for at undgå den økonomiske byrde ved kildeskatten, idet denne var endelig ved indeholdelsen, jf. dommens præmis 26.

De tyske regler medførte således en forskelsbehandling af henholdsvis hjemmehørende udbyttmodtagende selskaber og ikke-hjemmehørende udbyttmodtagende selskaber, uanset at de ikke-hjemmehørende selskaber var hjemmehørende inden for EU/EØS.

Forskelsbehandlingen kunne ikke retfærdiggøres af hensyn til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemslandene. Ifølge Domstolen kan en medlemsstat ikke, når den har valgt ikke at beskatte hjemmehørende selskaber af én type indkomst, påberåbe hensynet med henblik på at begrunde en beskatning af ikke-hjemmehørende selskaber af samme type indkomst, jf. dommens præmis 78.

Domstolen fandt, at forpligtelser i henhold til EØS-aftalen var tilsidesat, idet forskelsbehandlingen tillige ramte selskaber etableret i EØS-medlemslande, og idet EØS-aftalen kan fortolkes i overensstemmelse med traktaten.

2. Vores opfattelse samt begrundelsen herfor

Moderselskabet H1 AG er som tidligere nævnt beliggende i Liechtenstein. Da Liechtenstein ikke er en del af EU, er udbyttmodtagende moderselskaber hjemmehørende i Liechtenstein således ikke omfattet af moder/datterselskabsdirektivet. Der er ikke indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og Liechtenstein.

Det er vores opfattelse, at spørgsmål 1 skal besvares med "ja".

Det fremgår af ordlyden af selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra c, at ikke-hjemmehørende selskaber er begrænset skattepligtige af udbytter, der udloddes fra et dansk selskab, når udbyttet ikke skal frafaldes i henhold til moder/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Da et moderselskab i Liechtenstein ikke er omfattet af moder/datterselskabsdirektivet, og da der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og Liechtenstein, kan det således konstateres fra ordlyden i bestemmelsen, at moderselskabet i Liechtenstein er begrænset skattepligtigt til Danmark af udbytter, der udloddes fra det danske datterselskab. Der sker derfor indeholdelse af 27% i kildeskat, jf. kildeskattelovens § 65. Da moderselskabet ikke kan få lempelse for den danske kildeskat, er der derfor tale om en endelig skat på 22%.

Det er vores opfattelse, at selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c samt kildeskattelovens § 65 er i strid med EØS-aftalen

- Da et moderselskab fra Liechtenstein diskrimineres i forhold til et hjemmehørende selskab, og
- Da moderselskabet i Liechtenstein og moderselskabet i Danmark er i sammenlignelige situationer, og
- Da diskriminationen ikke kan retfærdiggøres i tvingende almene hensyn.

Vi skal i det følgende redegøre for vores opfattelse.

2.1. Diskrimination

Etableringsfriheden i henhold til EØS-aftalens artikel 31 medfører, at medlemslandene frit kan etablere sig på et andet medlemslands område på de vilkår, som er fastsat for medlemslandets egne statsborgere. Etableringsretten indeholder et diskriminationsforbud af statsborgere fra andre EØS-lande samt selskaber hjemmehørende i et EØS-land.

Selskaber, der er hjemmehørende uden for Danmark, er begrænset skattepligtige af udbytter, der modtages fra selskaber hjemmehørende i Danmark, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1 litra c. Omfattet af den begrænsede skattepligt er dog ikke selskaber, der er hjemmehørende uden for Danmark, når aktierne er datterselskabsaktier, og når beskatningen skal frafaldes eller nedsættes enten i henhold til moder/datterselskabsdirektivet eller i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomst.

I forbindelse med sådanne skattepligtige udlodninger skal det udloddende selskab indeholde udbytteskat med 27%, jf. kildeskattelovens § 65. Den endelige udbytteskat nedsættes dog til 22%, og forskellen kan søges retur. Det er ikke muligt at modregne kildeskatten i Liechtenstein, og der er derfor tale om en endelig skat.

Selskaber, der er hjemmehørende i Danmark, er fuldt skattepligtige til Danmark. Modtagne udbytter medregnes dog ikke til den skattepligtige indkomst, såfremt udbyttet stammer fra datterselskabsaktier, jf. selskabsskattelovens § 13. Det er en betingelse for skattefriheden af udbyttet, at det udbyttebetalende selskab ikke har fradrag for udbyttet.

For udbytte udloddet til ubegrænset skattepligtige selskaber indeholdes ikke kildeskat på udloddede udbytter fra datterselskaber. Tilsvarende gælder for udbytter udloddet til faste driftssteder, som er skattepligtige efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a. Udlodninger til disse faste driftssteder kan ligeledes gennemføres uden indeholdelse eller betaling af udbytteskat. Der er end ikke tale om modregning af udbytteskatten i øvrige skatter, men derimod at udbyttet er specifikt undtaget fra modregning til den skattepligtige indkomst. "Lempelsen" er således uafhængig af, hvorvidt moderselskabet generer skattepligtig indkomst eller ikke har anden indkomst end de modtagne udbytter fra datterselskabet.

I den konkrete situation er moderselskabet (H1 AG) beliggende i Liechtenstein. Liechtenstein er ikke en del af EU og er derfor ikke omfattet af moder/datterselskabsdirektivet. Der er heller ikke nogen dobbeltbeskatningsaftale med Liechtenstein. Selvom ejerskabet til det danske selskab skal kvalificeres som datterselskabsaktier, vil H1 AG i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c være omfattet af den begrænsede skattepligt på udbytterne, idet beskatningen hverken frafaldes i henhold til moder/datterselskabsdirektivet eller i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Der sker derved for det første en indeholdelse, idet datterselskabet allerede ved udlodningen skal indeholde kildeskatten, hvilket i sig selv er en likviditetsmæssig belastning. For det andet er der ikke mulighed for tilbagesøgning af kildeskatten eller modregning af kildeskatten. Moderselskabet fra Liechtenstein bliver derfor belastet med en endelig skat, som det danske moderselskab hverken belastes midlertidigt eller permanent med.

Der er derved en forskellig behandling af henholdsvis selskaber hjemmehørende i Danmark og selskaber hjemmehørende i EØS, for så vidt angår beskatningen af udbytter fra et dansk datterselskab, når der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende EØS-land.

De danske regler er bygget op omkring, at det er en forudsætning for at undgå forskelsbehandling, at der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende EØS-land. EU-Domstolen har slået fast, at medlemslande kan udligne forskelsbehandling i henhold til intern lovgivning ved at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med henblik på at opfylde forpligtelser i henhold til traktaten, jf. C-379/05 præmis 79.

Den konkrete danske regel (SEL § 2, stk. 1, litra c) er rent teknisk opbygget således, at den subjektive skattepligt på (forhånd) afhænger af, om der er indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorimod dobbeltbeskatningsoverenskomster sædvanligvis anvendes til at henføre skattepligten, når der allerede er skattepligt i flere lande. Reglens opbygning er dermed uhensigtsmæssig i den forstand, at den forhindrer forskelsbehandling, *såfremt* der er indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende land. Når der ikke er indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende land, tager bestemmelsen slet ikke højde for, at det udbyttemodtagende selskab kan være hjemmehørende i et EØS-medlemsland. Ifølge de danske regler vil et moderselskab i Liechtenstein og et moderselskab i Danmark således blive behandlet forskelligt, for så vidt angår indeholdelse og endelig betaling af udbytteskat vedrørende udbytter udloddet fra et dansk datterselskab.

2.2. Objektivt sammenlignelige situationer

Et hjemmehørende moderselskab er sammenligneligt med et ikke-hjemmehørende moderselskab derved, at moderselskabet ejer et datterselskab, som er hjemmehørende i Danmark. Datterselskabet er skattepligtigt til Danmark og beskattes af indkomst, der er skattepligtigt til Danmark. Den værdiskabende aktivitet (driften) beskattes således i Danmark for begge moderselskabers vedkommende.

De danske skatteregler er opbygget omkring territorialprincippet. I forbindelse med, at der pålægges kildeskat på de udbytter, et dansk selskab udlodder til et ikke-hjemmehørende moderselskab, nærmer det ikke-hjemmehørende selskab sig det hjemmehørende selskabs situation. Hvor udgangspunktet er, at det ikke-hjemmehørende moderselskab ikke er skattepligtigt til Danmark (men i stedet i Liechtenstein), medfører de danske skatteregler således, at moderselskabet bliver begrænset skattepligtigt til Danmark. Selskabets situation bliver derved mere sammenlignelig med det hjemmehørende moderselskabs situation med hensyn til risikoen for kædebeskatning af udbyttet udloddet af det hjemmehørende selskab. Se sag C-170/05 Denkavit, præmis 35, sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland, præmis 56 og sag C-379/05 Amurta, præmis 38

De danske regler hindrer, at der sker økonomisk kædebeskatning af udloddet udbytte i visse situationer. Moderselskaber, som er hjemmehørende uden for Danmark, belastes ikke af kædebeskatningen, hvis selskabet er omfattet af moder/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Et moderselskab, som er hjemmehørende uden for Danmark, og som ikke er omfattet af hverken direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil derimod blive belastet med kildeskatten på udbyttet hidrørende fra det danske datterselskab, uanset at det danske datterselskab allerede vil være beskattet indkomsten før udlodningen. Moderselskaber, der er etableret i Liechtenstein, har dermed ikke mulighed for at undgå den økonomiske byrde i forbindelse med betaling af kildeskatten, og udlodningen vil være omfattet af kædebeskatning. Kildeskatten er i denne forbindelse en endelig skat og ikke blot en midlertidig indeholdelse.

De danske regler medfører således en forskelsbehandling, for så vidt angår hindring af kædebeskatning, hvorved det er mindre attraktivt for et moderselskab i Liechtenstein af etablere sig i Danmark, end det er for et dansk selskab. Fordele, der indrømmes i forbindelse med beskatning af udbytte, og hvis økonomiske virkning er at udligne kildeskatten, kan dog ikke begrænses til hjemmehørende udbyttemodtagere, men skal omfatte udbyttemodtagere, der er hjemmehørende i et andet EØS-land, jf. sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland, præmis 28.

Vi bemærker, at samtlige de EU-afgørelser, som vi henviser til i vores anmodning om bindende svar, alle kommer til det resultat, at der er en sammenlignelig situation, hvor et land forskelsbehandler udbyttemodtagere i andre EU-/EØS-land i forhold til en udbyttemodtager i eget land.

- C-170/05 Denkavit, særligt præmis 25 og 35
- C-379/05 Amurta, Præmis 33-41
- -284/09 Kommissionen mod Tyskland, præmis 56.

Gældende ret på dette EU-retsområde dannes gennem domstolsafgørelser fra EU-domstolen. Vi bemærker, at Skatterådet er forpligtet til at træffe den rigtige afgørelse, og dette kan ikke gøres, uden at disse domme fra EU-domstolen medtages i bedømmelsen.

Skattestyrelsen har i sin indstilling især lagt vægt på følgende tre forhold:

1. At beskatningen af udbytter til moderselskaber i Liechtenstein og andre lande, som enten ikke er medlem af EU, eller som Danmark ikke har indgået en DBO med, har til formål at modvirke brugen af skattely, og undgå at danske skatteregler anvendes til international skatteplanlægning med henblik på at undgå beskatning i Danmark eller i udlandet.

Det er vores vurdering, at dette forhold **intet** har at gøre med, om et moderselskab i Danmark henholdsvis i Liechtenstein er i en objektiv sammenlignelig situation, men derimod EU-retligt skal kategoriseres som et tvingende alment hensyn - nemlig hensynet mod skatteundgåelse.

En forskelsbehandling skal bestå en to-leddet test, der indebærer, at man først vurderer, om forskelsbehandlingen kan begrundes i tvingende almene hensyn. Hvis forskelsbehandlingen kan begrundes i tvingende almene hensyn, skal det dernæst vurderes, om den er proportional. I proportionalitetskravet ligger, at den omhandlende lovgivning skal være egnet til at sikre det formål, som lovgivningen forfølger, og at den ikke går videre end nødvendigt for at nå målet.

Vi medgiver, at hensynet mod skatteundgåelse kan begrundes i tvingende almene hensyn, men en generel regel, der sikrer beskatning i enhver henseende, er disproportional.

Med ligningslovens § 3 er der etableret et værn mod skatteundgåelse, da der med denne bestemmelse værnes mod, at dansk skattelovgivning omgås med udgangspunkt i arrangementer, der ikke er reelle. Der er således taget højde for proportionalitet, idet bestemmelsen ikke rammer ethvert arrangement, men er målrettet de arrangementer, der søges værnet mod.

2. At H1 AG på grund af skattereglerne i Liechtenstein, herunder navnlig skattefrihed for udbytter og aktieavancer samt fradragsret for forrentning af egenkapitalen, i praksis reelt har mulighed for under visse omstændigheder helt at undgå indkomstbeskatning i Liechtenstein.

Vi kan ikke følge Skattestyrelsen i, at et moderselskab i Danmark og et moderselskab i Liechtenstein ikke er i en objektiv sammenlignelig situation som følge af, at moderselskabet i Liechtenstein er skattefri af udbytter og aktieavancer. Vi kan oplyse over for Skattestyrelsen, at et dansk moderselskab, der ejer 100% af et dansk datterselskab, også er skattefri af udbytter og aktieavancer. Der er således på disse to punkter - udbytter og aktieavancer - en 1:1 objektiv sammenligning.

Der er dog den skærpelse i de interne regler i Liechtenstein, at i visse tilfælde er udbytter skattepligtige. Dette gælder, hvis et Selskab i Liechtenstein ejer aktier i et udenlandsk selskab hjemmehørende i et lavskattelands, og som har passiv indkomst. Dette er en bestemmelse, der skal imødegå skatteundgåelse. Skatteundgåelsesreglen medfører, at udbytter ændres fra skattefri til skattepligtige mod, at den udenlandske skat på samme indkomst kan modregnes i den højere skat i Liechtenstein.

At H1 AG på grund af skattereglerne i Liechtenstein i praksis reelt har mulighed for under visse omstændigheder helt at undgå indkomstbeskatning i Liechtenstein kan ikke tages til følge som argument for, at selskabet ikke er i en sammenlignelig situation med et moderselskab hjemmehørende i Danmark. Sidstnævnte selskab vil, såfremt det eneste resultat stammer fra datterselskabsaktierne, reelt undgå indkomstbeskatning i Danmark.

Det er korrekt, at der i de danske skatteregler ikke er fradragsret for forrentning af egenkapitalen, hvorimod dette er muligt i Liechtenstein. Vi har dog mere end vanskeligt ved at se, hvorfor denne forskel mellem det danske og liechtensteinske skattesystem har nogen betydning. Ingen landes skatteregler er fuldstændig identiske - ej heller det danske og liechtensteinske skattesystem. Vi kan heller ikke se, at dette særlige egenkapitalfradrag gør, at landets skattesystem kommer i en kategori, der gør, at Danmark - uanset sine forpligtelser ifølge EØS-aftalen - altid kan indeholde kildeskat ved udlodning af udbytte fra et dansk selskab til liechtensteinsk moderselskab.

Dette må gælde desto mere henset til, at Danmark også har haft overvejelser om indførelse af et sådant egenkapitalfradrag, og at disse overvejelser har været så fremskredne, at disse har været fremlagt i

daværende regerings lovgivningsovervejelser i 2017, jf. erhvervs- og iværksætterudspillet "Sammen om fremtiden virksomheder", faktaark, pkt. 16. Begrundelsen herfor var:

"Et ACE-fradrag vurderes at være et målrettet initiativ til at øge investeringer, arbejdsproduktivitet og vækst. Indførelse af ACE blev anbefalet af blandt andet De Økonomiske Råd og senest også IMF."

Det er derfor vores samlede vurdering, at Skattestyrelsen heller ikke vedrørende disse forhold kan anføre, at der ikke er tale om sammenlignelige situationer.

3. At de hensyn, der ligger bag EU's moder-/datterselskabsdirektiv, navnlig hensynet til at de omfattede selskaber skal være underlagt lokal selskabsskat uden valgmulighed og uden fritagelse, ikke ses at være til stede i forhold til H1 AG.

Vi er ikke enige i Skattestyrelsens opfattelse. Vi henser til, at H1 AG er almindelig selskabsskattepligtig efter liechtensteinske skatteregler. Der er vedlagt bilag til anmodningen, hvor de liechtensteinske skattemyndigheder bekræfter dette.

I aktieavancebeskatningslovens § 4a står følgende (relevante del):

"Stk. 1. Ved datterselskabsaktier forstås aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, jf. dog stk. 2, 3 og 7.

Stk. 2. Det er en betingelse efter stk. 1, at datterselskabet er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h eller 3 a-5 b, eller at datterselskabet er et tilsvarende udenlandsk selskab, der er selskabsskattepligtigt uden fritagelse i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, herunder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og den kompetente myndighed i denne stat skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager". [Vores understregning].

Det følger af spørgsmål/svar nr. 4 og 12 til L 123 FT 2015/16, at begrebet "selskabsskattepligtigt uden fritagelse" skal fortolkes på samme måde som i moder-/datterselskabsdirektivet.

I spørgsmål/svar nr. 4 og 12 til L 123 FT 2015/16 anføres følgende om fortolkningen:

"Det skal desuden bemærkes, at selskabsskattesatsen oftest ikke afspejler beskatningsniveauet i de pågældende lande og jurisdiktioner. Jurisdiktionerne vil således som regel have regler, der medfører, at selskaberne har et meget begrænset selskabsskattegrundlag. Det kan eksempelvis nævnes, at jurisdiktioner som Panama og Hong Kong udelukkende beskatter indkomst, der har kilde i jurisdiktionen. Dette betyder, at de reelt kun beskatter lokale selskaber, der har lokal aktivitet. Udenlandsk ejede selskaber vil typisk kun have meget begrænset lokal aktivitet, om nogen overhovedet, og vil derfor reelt ikke betale nogen selskabsskat. Selskaberne vil dog være omfattet af definitionen, da de er selskabsskattepligtige og pålægges beskatning af visse indkomster." [Vores understregning]

Egenkapitalfradraget har haft virkning fra og med indkomståret 2011 i Liechtenstein. Hovedformålet med at introducere egenkapitalfradraget er at neutralisere de skatemæssige konsekvenser af at finansiere et selskab med egenkapitalfinansiering versus fremmedfinansiering.

Egenkapitalfradraget kan illustreres med følgende fire scenarier.

	DKK	DKK	DKK	DKK
Egenkapital, brutto	1.000.000	1.000.000	1.000.000	1.000.000

Aktier i datterselskaber	-500.000	-500.000	-500.000	-500.000
Reguleret egenkapital	500.000	500.000	500.000	500.000
Indtjening	50.000	100.000	150.000	200.000
Egenkapitalfradrag 4%	-20.000	-20.000	-20.000	-20.000
Skattepligtig indkomst	30.000	80.000	130.000	180.000
Skattesats 12,5%	3.750	10.000	16.250	22.500
Effektiv skatteprocent	7,5%	10,0%	10,8%	11,25%

Det skal i den forbindelse erindres, at egenkapitalfradraget generelt ikke har nogen betydning for holdingselskaber, idet værdien af aktier i datterselskaber ofte er højere end egenkapitalen i Selskabet. Dette betyder også, at flertallet af holdingselskaber i Lichtenstein ikke har gavn af egenkapitalfradraget.

Vi er på grundlag af ovenstående uenige i, at H1 AG ikke er almindelig selskabsskattepligtig til Liechtenstein.

Vi skal for god ordens skyld bemærke, at moder-/datterselskabsdirektivet principielt intet har med den sag at gøre, **idet** Lichtenstein ikke er omfattet af direktivet, **idet** EU-traktaten har forrang fremfor et direktiv, og **idet** det allerede inden direktivets vedtagelse var i strid med EU-traktaten at diskriminere et moderselskab i en medlemsstat i forhold til et dansk moderselskab, jf. atter C-170/05 Denkavit.

2.3. Tvingende almene hensyn

Spørgsmålet er herefter, om der er hensyn, der kan retfærdiggøre forskelsbehandlingen, og om de er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt, for at formålet opfyldes.

Der er inden for EU eller EØS ikke gennemført en harmonisering af direkte skatter, og det henhører derfor til de enkelte medlemslandes beskatningskompetence at fastsætte regler for de direkte skatter. For udlodninger uden for moder/datterselskabsdirektivet er det desuden de enkelte medlemslande, der fastsætter, om og under hvilke betingelser, dobbeltbeskatning eller kædebeskatning skal undgås, jf. sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland, præmis 48. De enkelte medlemslandes beskatningskompetence er et naturligt hensyn, der skal iagttages.

Hensynet til afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kan efter praksis anerkendes, hvis den forskelsbehandling, der følger af de interne skatteregler har til formål at hindre former for adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dens område.

I den konkrete situation kan både Liechtenstein, som følge af globalindkomstprincippet, og Danmark, som følge af territorialprincippet, udøve beskatningskompetencen i forhold til udloddet udbytte til H1 AG, da der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem landene, som endeligt tildeler beskatningsretten til det ene land.

Det er netop udøvelse af Danmarks beskatningskompetence i form af territorialprincippet, der uafhængigt af beskatning i Liechtenstein, skaber risiko for kædebeskatning. Det er imidlertid op til det enkelte

medlemsland, hvorvidt og hvordan man søger at undgå kædebeskatning uden for moder/datterselskabsdirektivet.

I det omfang skattereglerne er opbygget med henblik på at undgå kædebeskatning af en sådan art, må det dog sikres, at det ikke-hjemmehørende selskab får en behandling, der svarer til de hjemmehørende selskabers, således reglerne ikke strider mod fri bevægelighed, jf. sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland, præmis 48 og 57. Hensynet til beskatningskompetencen kan imidlertid ikke retfærdiggøre reglerne, da Danmark kun udnytter den beskatningskompetence over for ikke-hjemmehørende selskaber. Der er således ikke risiko for, at beskatningskompetencen bliver ubalanceret, jf. sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland, præmis 78 og sag C-379/05 Amurta, præmis 59.

Nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen er anerkendt sammen med andre begrundelser, f.eks. risikoen for skatteunddragelser eller risikoen for, at underskud fradrages to gange. Sådanne hensyn er dog ikke aktuelle i den konkrete situation, hvor der ved anvendelse af territorialprincippet pålægges en kildeskat af udlodninger, som stammer fra allerede beskattet indkomst i datterselskabet. Der er ikke risiko for skatteunddragelse, da beskatningen af den virksomhed, der udøves i Danmark, er uafhængig af udlodninger (og beskatning heraf) til moderselskabet. Datterselskabet vil, uafhængigt af hvordan udlodninger til moderselskabet behandles, være omfattet af den ubegrænsede skattepligt til Danmark. Danmark og Liechtenstein har desuden indgået aftale om udveksling af skatteoplysninger, jf. aftale indgået den 17. december 2010 og bekendtgørelse nr. 9 af 17. marts 2012.

Det skal i øvrigt overvejes, om hensynet til sammenhængen i skattesystemet i denne sammenhæng er et retfærdiggørende hensyn. Hensynet til sammenhængen i skattesystemet kræver efter praksis, at der er en direkte sammenhæng mellem skattefritagelse på den ene side og skatteopkrævning på den anden side. I den pågældende situation fritages hjemmehørende moderselskaber for den kildeskat, der pålægges i forbindelse med udlodningen fra det hjemmehørende datterselskab. Til gengæld er det hjemmehørende moderselskab omfattet af den danske skattepligt og vil blive beskattet af den skattepligtige indkomst med selskabsskattesatsen. Der er imidlertid ikke en direkte sammenhæng mellem kildeskatten på den ene side og selskabsskatten på den anden side. Tværtimod er kildeskatten umiddelbart fritaget for moderselskabets skattepligtige indkomst - uanset moderselskabets resultat m.v. Der kan således ikke konstateres at være en direkte sammenhæng mellem skattefritagelsen for udbytteskatten på den ene side og den objektive skattepligt af moderselskabets skattepligtige indkomst på den anden side.

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at en forskelsbehandling kan begrundes i tvingende almene hensyn, navnlig hensynet til at sikre sammenhængen i det danske skattesystem.

Dette spørgsmål er bl.a. blevet behandlet i C-379/05 Amurta, der også angik kildeskat på udbytte:

"42 Det skal endvidere undersøges, om en sådan restriktion kan være begrundet i tvingende almene hensyn. Den nederlandske regering har, støttet af den italienske regering og af Det Forenede Kongeriges regering, således gjort gældende, at nævnte ordning er begrundet i hensyn til sammenhængen i skattesystemet.

43 Efter den nederlandske regerings opfattelse er fritagelsen for kildeskat på udbytte et nødvendigt supplement til moderselskabsfritagelsen i Wet Vpb's artikel 13. Uden fritagelsen for kildeskat på udbytte ville moderselskabsfritagelsen delvist, om end kun midlertidigt, blive ophævet, fordi en indkomst, som i princippet er fritaget for skat, alligevel beskattes, indtil udbytteskatten modregnes i selskabsskatten.

44 Den nederlandske regering har gjort gældende, at de to fritagelser vedrører den

samme skattepligtige person, og at selv om udbytteskatten og selskabsskatten formelt set er to særskilte skatter, er udbytteskatten i den interne sammenhæng blot en forskudsskat, der fuldt ud kan modregnes i selskabsskatten. Det skattesystem, der er tvist om i hovedsagen, kan således begrundes i hensyn til sammenhængen i skattesystemet, selv om skattesystemet til forskel fra det system, der gav anledning til dom af 28. januar 1992, Bachmann (sag C-204/90, Sml. I, s. 249), ikke indebærer tildeling af en skattefordel på den ene side og udligning af denne skattefordel ved en skatteopkrævning på den anden side.

45 Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at sammenhængen i skattesystemet skal vurderes på det grænseoverskridende plan, for så vidt som det via en dobbeltbeskatningsoverenskomst er sikret, at den udbytteskat, der indeholdes i udbetalt udbytte, kan fradrages i den selskabsskat, som et selskab, der modtager udbytte, skal betale i Portugal.

46 I denne henseende skal der henvises til, at Domstolen i Bachmann-dommens præmis 28, henholdsvis præmis 21 i dom af 28. januar 1992, Kommissionen mod Belgien (sag C7 300/90, Sml. I, s. 305), har anerkendt, at hensynet til at sikre sammenhængen i et skattesystem kan begrunde en begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten. For at et anbringende, der bygger på en sådan begrundelse, kan tages til følge, skal det dog være fastslået, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skatemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning (Manninen-dommen, præmis 42, og dom af 13.3.2007, 0524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 68).

47 Det skal ligeledes bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at et anbringende, der bygger på hensynet til at sikre sammenhængen i et skattesystem, skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende beskatningsordning (jf. dom af 11.3.2004, sag C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 67, og Manninendommen, præmis 43).

48 Det er ubestridt, at den nederlandske regering med sin argumentation søger at bevise, at fritagelsen for kildeskat på udbytte er nødvendig for at sikre en korrekt anvendelse af moderselskabsfritagelsen i Wet V p b ' s artikel 13. Som generaladvokaten har anført i punkt 65 i forslaget til afgørelse, kan regeringen med denne argumentation dog højst fremhæve den administrative forenkling, som det nederlandske skattesystem tilsigter at gennemføre, og som ikke i sig selv kan begrunde en restriktion.

49 Den nederlandske regering har selv erkendt, at der ikke er nogen skatteopkrævning, der udligner fritagelsen for kildeskat på udbytte, der udbetales til selskaber, der er etableret i Nederlandene.

50 Selv hvis man antager den opfattelse, at fritagelsen for kildeskat på udbytte og moderselskabsfritagelsen i det væsentlige er forbundne, skal det bemærkes, at det ikke er godtgjort, at der, for så vidt som de har til formål at forhindre økonomisk dobbeltbeskatning, er en direkte forbindelse mellem denne skattefordel, der udelukkende indrømmes selskaber, der er etableret i Nederlandene, og en udlignende skatteopkrævning.

51 I det omfang udbytte udloddet til såvel selskaber, der er etableret i Nederlandene, som til selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat, er undergivet selskabsskat hos det udloddende selskab, har den nederlandske regering ikke bevist, hvorledes sammenhængen i dens skattesystem bringes i fare, hvis fritagelsen for udbytteskat også blev indrømmet selskaber, der modtager udbytte, og som er etableret i en anden medlemsstat, og som, selv om de ikke skal betale selskabsskat i Nederlandene, er i en situation, der er sammenlignelig med situationen for selskaber, der modtager udbytte, og som i Nederlandene har deres hjemsted eller et fast driftssted, i hvis formue aktierne i det udloddende selskab indgår, med hensyn til udbyttebeskatningen og de eventuelle skattefordele knyttet til ophævelsen af dobbeltbeskatningen."

[Vores understregninger]

Det kan af Amurta-sagen udledes,

- At der skal foreligge en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning (præmis 46),
- At forannævnte skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende beskatningsordning.

Ingen af disse to betingelser er opfyldt i dette tilfælde. Der er således ingen direkte sammenhæng mellem en fordel og en udligning af en fordel. Derudover er reglens formål skatteundgåelse, og som tidligere anført går reglen langt videre end formålet, og dermed er dette heller ikke et gyldigt argument i EU-retlig henseende.

Det skal heller ikke overses, at det er kædebeskatningen, som udgør udfordringen for etableringsfriheden, og at det er derfor, at der værnes om dette for at få et effektivt indre marked. Det er tillige grunden til, at EU-domstolen i 3 afgørelser har fundet, at de tyske udbyttekildeskatteregler er fællesskabsstridige (C-284/09 Tyskland mod Kommissionen), at de franske udbyttekildeskatteregler er fællesskabsstridige (C-170/05 Denkavit), og at de hollandske udbyttekildeskatteregler er fællesskabsstridige (C-379/05).

Kædebeskatning betyder, at der kan ske beskatning i flere led. Dette kan illustreres ved følgende eksempel, hvor vi har antaget, at den fysiske ultimative aktionær er hjemmehørende i Danmark (men dette kunne også være i et andet EU-land):

Der sker således en betydelig kædebeskatning af den værdiskabende aktivitet, som beskattes ubegrænset i Danmark.

I den konkrete situation er der således en skattefordel for danske moderselskaber, som er fritaget for udbytteskat vedrørende udbytter udloddet fra et dansk selskab. Det danske selskab, såfremt der udloddes til fysiske personer hjemmehørende i Danmark, vil beskattes en yderligere udlodning. Beskatningen er dog afhængig af udbyttemodtagerens skattemæssige forhold - og ikke beskatningen af moderselskabet. Der er således ikke en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning.

Skattestyrelsen mener dog ikke, at de fordele, der følger af EØS-aftalen, gælder for Liechtenstein, idet Skattestyrelsen anfører i indstillingen:

"Da kun Island og Norge specifikt er nænt i dommen, kan dommen efter Skattestyrelsens opfattelse ikke tages til indtægt for, at moderselskaber i Liechtenstein var berettiget til de samme skattemæssige fordele som moderselskaber i Tyskland samt de øvrige EU-lande og EØS-lande, som Tyskland havde indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med."

"Dette er også i overensstemmelse med Skattestyrelsens opfattelse ovenfor, hvorefter moderselskaber i Liechtenstein er underlagt et selskabsskattesystem, der fundamentalt afgiver fra det danske. Derfor befinder moderselskaber i Liechtenstein sig for det første ikke i en sammenlignelig situation med moderselskaber i Danmark, og for det andet, selv hvis man anerkender, at der foreligger en sammenlignelig situation, så er en eventuel forskelsbehandling begrundet i det tvingende almene hensyn at sikre sammenhængen i det danske skattesystem."

Skattestyrelsens anfører således, at det kan læses modsætningsvist af C-284/09 (Kommissionen mod Tyskland), at moderselskaber i Liechtenstein ikke var berettiget til de samme fordele som selskaber i øvrige EØS-lande. Vi bemærker indledningsvist, at Liechtenstein hverken er positivt eller negativt nævnt i

den pågældende afgørelse. Det fremgår derfor ikke, om forholdet til Lichtenstein har været behandlet af Domstolen. Det er dog, efter vores opfattelse, heller ikke afgørende, jf. straks nedenfor.

I forbindelse med forberedelserne til nærværende bemærkninger til Skattestyrelsens indstilling, er vi blevet opmærksomme på EU-Domstolens dom; C-540/07 Kommissionen mod Den Italienske Republik, som vedrører Italiens skattemæssige behandling af udbytter til henholdsvis hjemmehørende og ikke-hjemmehørende moderselskaber.

Kort fortalt blev udbytter fra et hjemmehørende selskab til et andet hjemmehørende selskab beskattet med 33%. Grundlaget for beskattningen var 5% af det udbetalte udbytte. Udbytter betalt til ikke-hjemmehørende selskaber blev imidlertid beskattet med 27% kildeskat, hvoraf højst 4/9 efter anmodning kunne tilbagebetales (svarende til en endelig skat på 15%). Forskellige DBO'er kunne medføre en lavere kildeskatteprocent, hvis visse betingelser var opfyldt. Uanset ville denne procentsats dog være højere end den, der fandt anvendelse på udbytter til hjemmehørende selskaber.

Italien forsøgte at retfærdiggøre forskelsbehandlingen i hensynet til dels sammenhængen i beskatningssystemet og dels fordeling af beskatningskompetencen derved, at der skal tages hensyn til, at hjemmehørende fysiske personer, der er aktionærer, i Italien er undergivet indkomstbeskatning. Domstolen anfører dog herom:

"42 Hvad angår det andet punkt kan Den Italienske Republik heller ikke gøre gældende, at den forskellige behandling, som blev konstateret i denne doms præmis 33, ikke er til stede, fordi det er nødvendigt at tage hensyn til det italienske skattesystem i sin helhed, hvis formål er direkte eller indirekte at sikre beskatningen af fysiske personer, som er endelige modtagere af udbyttet, og navnlig til den omstændighed, at den hjemmehørende fysiske person, der er aktionær, er personskattepligtig af sin indkomst, således at beskatningsniveauet mellem den hjemmehørende fysiske person, der er aktionær, og den ikke-hjemmehørende aktionær reelt bliver det samme.

43 For at forkaste dette argument er det tilstrækkeligt at anføre, at det går ud på en sammenligning af ordninger og situationer, der ikke er sammenlignelige, nemlig på den ene side fysiske personer, der modtager indenlandsk udbytte, og deres indkomstbeskatningsordning og på den anden side kapital selskaber, der modtager udgående udbytte, og den kildeskat, der opkræves af Den Italienske Republik. Det er i denne henseende uden betydning, at formålet med den italienske lovgivning ifølge Den Italienske Republik er at rette en eventuel ulige vægt i beskatningsniveauet for fysiske personer, der har kapitalandele i de selskaber, til hvilke udbyttet betales." [Vores understregning]

Derudover forsøgte Italien at retfærdiggøre forskelsbehandlingen med skattesvig. Dertil anfører Domstolen:

"58 En begrundelse med henvisning til bekæmpelse af skattesvig anerkendes således kun, hvis den sigter på rent fiktive arrangementer, der har til formål at omgå den nationale skattelovgivning, hvilket udelukker enhver generel formodning for, at der er tale om svig. En generel formodning for skatteunddragelse eller skattesvig kan følgelig ikke tjene som tilstrækkelig begrundelse for en skattemæssig foranstaltning, som er i strid med formålene med traktaten (jf. i denne retning dom af 26.9.2000, sag C-478/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7587, præmis 45, og dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

59 I det foreliggende tilfælde er alt udbytte udloddet til selskaber, der er etableret i andre medlemsstater, generelt undergivet en mindre gunstig beskatningsordning. En sådan generelt mindre gunstig behandling kan følgelig ikke retfærdiggøres med bekæmpelse af skattesvig." [Vores understregning]

Efter behandlingen af spørgsmålet om, hvorvidt de italienske skatteregler var i strid med Traktaten, blev samme skatteregler behandlet, for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt reglerne var i strid med EØS-aftalen. Domstolen slår fast, at der tilsvarende er tale om en forskelsbehandling. Forskelsbehandlingen kan dog begrundes i hensynet til bekæmpelse af skattesvig:

"71 Den Italienske Republik har endvidere gjort gældende, uden at blive modsagt, at der ikke er noget system for udveksling af oplysninger mellem den og Fyrstedømmet Lichtenstein. Den Italienske Republik har endelig gjort gældende, også uden at blive modsat på dette punkt, at de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som den har indgået med Republikken Island og Kongeriget Norge, ikke indeholder bestemmelser om en forpligtelse til at give oplysninger.

72 Under disse omstændigheder må den omtvistede italienske lovgivning anses for begrundet i forhold til de stater, der er parter i EØS-aftalen, i det tvingende almene hensyn til bekæmpelse af skattesvig og egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål uden at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det."

Da Den Italienske Republik ikke på det pågældende tidspunkt havde bistandsaftaler med de pågældende EØS-lande, kunne forskelsbehandlingen altså begrundes i hensynet til bekæmpelse af skattesvig.

Da Danmark har indgået en aftale om udveksling af skatteoplysninger med Liechtenstein, og da Liechtenstein siden januar 2019 ifølge ECOFIN opfylder sine forpligtelser i henhold til adfærdskodekset, vil hensynet til skattesvig ikke kunne begrunde en generel forskelsbehandling. Hensynet til skattesvig skal, som angivet i præmis 58, være proportional og dermed sigte på rent kunstige arrangementer.

I den konkrete situation vil en opretholdelse af skattepligten på udbytter til et moderselskab i Liechtenstein medføre, at alle moderselskaber i Lichtenstein forskelsbehandles. Skattepligten på udbytter begrænses ikke til tilfælde, hvor skatteundgåelse er aktuel - altså hvor der etableres arrangementer, der ikke er reelle med henblik på at opnå skattefordele.

Skattestyrelsens argument om, at Liechtensteins skattesystem afviger så fundamentalt fra det danske, at der kan ske en lovlig og kategorisk forskelsbehandling af selskaber fra Liechtenstein, kan på baggrund af ovenstående ikke tages til følge, idet en sådan kategorisk forskelsbehandling ikke kan begrundes i sammenhængen i skattesystemet og opretholdelse af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen. Der kan ikke med disse hensyn tages højde for, hvordan hjemmehørende **fysiske** personer beskattes, jf. dommens præmis 56 og 43. Desuden kan en sådan kategorisk forskelsbehandling heller ikke retfærdiggøres i hensynet til skattesvig, idet den pågældende regel ikke sigter mod kunstige arrangementer og dermed ikke er proportional, jf. dommens præmis 58.

2.4. Konklusion

Det er vores opfattelse, at moderselskabet H1 AG behandles forskelligt i forhold til moderselskaber hjemmehørende i Danmark i situationer, hvor begge moderselskaber har et dansk datterselskab. De to moderselskaber er i sammenlignelige situationer, da der i Danmark pålægges udbytteskat på udlodninger fra et dansk datterselskab til et moderselskab i Liechtenstein, når samme udlodning er undtaget fra skat, såfremt den foretages til et selskab hjemmehørende i Danmark. Der forskelsbehandles ikke på hjemmehørende og ikke-hjemmehørende moderselskaber, når der er indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst. Men konkret er der de facto forskelsbehandling, fordi der tilfældigvis ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem de to EØS-lande.

Diskriminationen kan ikke retfærdiggøres i hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, da Danmark har valgt ikke at beskatte hjemmehørende moderselskaber af udbyttet. Diskriminati-

onen kan heller ikke retfærdiggøres i hensynet til det nationale skattesystem, da der ikke ses at være en direkte sammenhæng mellem på den ene side skattefritagelsen og på den anden side den objektive skattepligt for det hjemmehørende moderselskab. Desuden kan en sådan kategorisk forskelsbehandling heller ikke retfærdiggøres i hensynet til skattesvig, idet den pågældende regel ikke sigter mod kunstige arrangementer og dermed ikke er proportional.

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c er således i strid med EØS-aftalen, idet bestemmelsen medfører skattepligt på udbytte udloddet til moderselskab i Liechtenstein i modsætning til udbytte udloddet til et tilsvarende moderselskab i Danmark. Kildeskatten bør i forbindelse med udlodning fra H2 A/S til H1 AG nedsættes til DKK 0 eller kunne tilbagesøges med hele det indeholdte beløb.

Skattestyrelsens indstilling og begrundelse

Spørgsmål 1

Det ønskes bekræftet, at beskatningen af udbytter fra et dansk datterselskab til et moderselskab beliggende i Liechtenstein, er i strid med EØS-aftalen.

Selskabsskattelovens (SEL) § 2, stk. 1, litra c, bestemmer, at selskaber, der er hjemmehørende i udlandet, er skattepligtige af udbytter, som oppebæres fra selskaber her i landet.

Skattepligten gælder dog ikke for moderselskaber, der modtager udbytter fra "datterselskabsaktier", hvis den danske skat skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i Rådets direktiv (EU) 2011/96 (moder-/datterselskabsdirektivet) eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO) mellem Danmark og den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Se SEL § 2, stk. 1, litra c, 6. pkt.

Datterselskabsaktier er defineret i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 1, som aktier, der ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet.

Efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. pkt., gælder skattepligten af udbytter heller ikke for koncernselskaber, der modtager udbytter fra "koncernselskabsaktier", når

1. det udbyttemodtagende koncernselskab er hjemmehørende i et EU/EØS-land, og
2. udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet eller DBO'en med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.

Koncernselskabsaktier er defineret i aktieavancebeskatningslovens § 4 B som aktier, hvor ejeren og det selskab, hvori der ejes aktier, er sambeskattede efter SEL § 31 eller kan sambeskattes efter SEL § 31 A (international sambeskatning).

Udbytter fra H2 A/S til H1 AG er derfor heller ikke fritaget fra skattepligten efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. pkt.

Udbytter fra datterselskabsaktier er kun skattefri, hvis den danske skat af udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller den relevante DBO.

Udbytter fra koncernselskabsaktier er derimod kun skattefri, hvis det udbyttemodtagende selskab

1. er hjemmehørende i et EU- eller EØS-land, og
2. den danske skat af udbyttet skulle være frafaldet eller nedsat efter moder-/datterselskabsdirektivet eller den relevante DBO, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.

Forskellen på beskatningen af udbytter fra datterselskabsaktier og udbytter fra koncernselskabsaktier er således alene, at udbytte fra koncernselskabsaktier til lande uden for EU/EØS er skattepligtige efter SEL § 2, stk. 1, litra c, uanset om der foreligger en DBO med det pågældende land.

Udbytter fra et dansk selskab til et selskab beliggende i et land inden for EØS, som ikke har en DBO med Danmark og som ikke er medlem af EU, er derimod skattepligtige uanset om der er tale om datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier eller øvrige aktier.

Selskaber i Liechtenstein er ikke omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, og Danmark har ikke indgået en DBO med Liechtenstein. Udbytter fra H2 A/S til H1 AG er derfor ikke fritaget fra skattepligten efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 6. og 7. pkt.

Efter kildeskattelovens (KSL) § 65, skal det danske selskab ved udbetaling af udbytte til et udenlandsk selskab, som er skattepligtig af udbyttet efter SEL § 2, stk. 1, litra c, indeholde 27 pct. udbytteskat.

For at vurdere, om denne beskatning er i strid med EØS-aftalen, skal det først fastslås, hvordan danske selskaber beskattes af udbytter.

1. Beskatning af danske selskaber

Selskaber, der er hjemmehørende i Danmark, er skattefri af udbytter modtaget fra danske og udenlandske selskaber, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Det gælder dog kun udbytter af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, 2. pkt. Udbytter af øvrige aktier er enten skattepligtige med 70 % af udbyttebeløbet, hvis der er tale om skattefri porteføljeaktier omfattet af ABL § 4 C, eller skattepligtige med 100 % af beløbet.

Skattepligtige udbytter beskattes som almindelig selskabsindkomst med selskabsskattesatsen på 22 %.

Efter KSL § 65, stk. 3, og bekendtgørelse nr. 499 af 27. marts 2015 med senere ændringer (kildeskattebekendtgørelsen) § 31, skal der ikke indeholdes udbytteskat i udbytte, der udbetales til et dansk selskab, der ikke er skattepligtig af udbyttet.

Sammenligning af beskatningen

For udbyttmodtagende moderselskaber, der er hjemmehørende i EØS (som modtager udbytter fra danske selskaber), kan det herefter konstateres, at udbytte fra datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier er skattepligtige, når der ikke foreligger en DBO med Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, mens udbyttmodtagende moderselskaber, der er hjemmehørende i Danmark, er skattefri af udbytte fra datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2.

Det kan således konstateres, at der er forskel på beskatningen af udbytter til moderselskaber i EØS-lande uden DBO med Danmark sammenlignet med beskatningen af udbytter til moderselskaber i Danmark.

Det bør herefter undersøges, om denne forskel i beskatningen er i strid med EØS-aftalen.

2. Om EØS og EØS-aftalen

Aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejde (EØS-aftalen) blev underskrevet den 2. maj 1992 mellem de daværende 12 EF-lande og de daværende 7 medlemmer af Det Europæiske Frihandelsområde (EFTA): Finland, Island, Liechtenstein, Norge, Schweiz, Sverige og Østrig.

Finland, Sverige og Østrig blev optaget som medlemmer af EU i 1995. Schweiz valgte ikke at ratificere EØS-aftalen, efter at aftalen var blevet forkastet ved en folkeafstemning i december 1992.

EØS-landene er herefter de nuværende 27 EU-lande samt Norge, Island og Liechtenstein.

Formålet med EØS-aftalen er at udvide EU's indre marked til også at omfatte EØS-landene, således at principperne om den fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital, herunder den fri etableringsret, finder anvendelse inden for hele EU/EØS-området.

Twister vedrørende EØS-aftalen kan behandles af den særlige EFTA-domstol og af EU-domstolen. EU-domstolens afgørelser vedrørende den fri bevægelighed i forhold til EU-lande har også retskraft i forhold til EØS-landene.

Ifølge EØS-aftalens artikel 31 skal statsborgere i en EF-medlemsstat og en EFTA-stat frit kunne etablere sig på en hvilken som helst anden af disse staters områder. Etableringsfriheden indebærer bl.a. adgang til at oprette selskaber på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.

Selskaber, der er oprettet i en EF-medlemsstat eller en EFTA-stat sidestilles i denne forbindelse med statsborgere, jf. EØS-aftalens artikel 34.

EU-domstolen har udtalt, at EØS-aftalens artikel 31 vedrørende etableringsfriheden svarer til de samme bestemmelser i EU-traktaten. Se sag C-269/09 Kommissionen mod Spanien (gengivet i SU 2012, 318) præmis 95.

3. Vurdering i forhold til etableringsfriheden

Det stillede spørgsmål skal vurderes ud fra EØS-aftalens artikel 31 om etableringsfriheden, herunder EU-domstolens praksis i forhold til artikel 49 TEUF.

I henhold til EU-domstolens praksis er der følgende tre betingelser for, at en medlemsstats lovgivning kan udgøre en hindring for etableringsfriheden:

1. Lovgivningen fører til en forskelsbehandling til skade for selskaber, der udøver etableringsfriheden.
2. Forskelsbehandlingen vedrører situationer, der er objektivt sammenlignelige.
3. Forskelsbehandlingen er ikke begrundet i tvingende almene hensyn eller står i rimeligt forhold til dette mål.

Se hertil fx EU-domstolens dom af 4. juli 2018 i sag C-28/17 NN A/S mod Skatteministeriet, præmis 18.

3.1. Er der tale om forskelsbehandling?

Som beskrevet ovenfor kan det umiddelbart konstateres, at der er forskel på beskatningen af på den ene side udbytter fra et dansk datterselskab til et moderselskab i Danmark og på den anden side udbytter fra et dansk datterselskab til et moderselskab i Liechtenstein.

Forskelsbehandlingen fremkommer, fordi SEL § 2, stk. 1, litra c, ikke fritager moderselskaber i EØS-lande fra beskatning af udbytter, medmindre beskatningen af udbyttet skal nedsættes eller frafaldes efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Da Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Liechtenstein, og da Liechtenstein ikke er omfattet af EU's moder-/datterselskabsdirektiv, er betingelserne for fritagelse for beskatning af udbyttet således ikke opfyldt.

Det kan også umiddelbart konstateres, at denne forskelsbehandling er ufordelagtig for udøvelsen af etableringsfriheden for moderselskabet i Liechtenstein, da det indebærer, at udbytter fra det danske selskab beskattes i Danmark med 22 %, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 3, 2. pkt. Selskabsskatten opkræves som kildeskat med 27 %, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 1, og der kan herefter søges om refusion af for meget indeholdt kildeskat, dvs. forskellen mellem skattesatsen på 22 % og kildeskattesatsen på 27 %. Der indeholdes derimod ikke kildeskat på udbytter til moderselskaber i Danmark, EU-lande eller DBO-lande,

når udbyttet ikke er skattepligtigt, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 3 og 4 og bekendtgørelse nr. 499 af 27. marts 2015 (kildeskattebekendtgørelsen) § 31, stk. 1, nr. 2.

Forskelsbehandlingen kan således gøre det mindre attraktivt for moderselskaber i Liechtenstein at udøve etableringsfriheden ved oprettelsen af datterselskaber i Danmark. Den er imidlertid kun uforenelig med etableringsfriheden i EØS-aftalen og EU-traktaten, hvis den vedrører objektivt sammenlignelige situationer, jf. sag C-28/17 NN A/S, præmis 30.

3.2. Vedrører forskelsbehandlingen situationer, der er objektivt sammenlignelige?

Sammenligneligheden af en grænseoverskridende situation med en national situation skal ifølge EU-domstolens praksis vurderes under hensyntagen til, hvilket formål der forfølges med de omhandlede nationale bestemmelser, jf. sag C-28/17 NN A/S, præmis 31.

3.2.1. Formålet med SEL § 2, stk. 1, litra c)

Ved lov nr. 282 af 25. april 2001 (lovforslag L 99 af 10. november 2000) blev det indført som en betingelse for skattefrihed af udbytter til moderselskaber i udlandet, at beskatningen af udbyttet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i EU's moder-/datterselskabsdirektiv eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor selskabet er hjemmehørende.

Lovændringen var en reaktion på, at Danmark var blevet et attraktivt land for placering af holdingselskaber, som primært havde til formål at undgå andre landes udbyttebeskatning.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår bl.a. følgende:

"Lovforslaget genindfører 25 pct. kildeskat på udbytte, som et dansk datterselskab betaler til dets udenlandske moderselskab. Dette sker dog kun i de tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i et land, som ikke er medlem af EU, eller i et land, som Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Efter de gældende regler er der ingen dansk skat på udbytte, som et dansk selskab udlodder til dets udenlandske moderselskab, uanset hvor moderselskabet er hjemmehørende. Uden for moder/datterselskabsforhold opkræves der 25 pct. skat på udbytte, der udloddes af et dansk selskab til dets udenlandske aktionærer.

De nuværende holdingregler blev indført ved lov nr. 1026 af 23. december 1998 om ændring af forskellige skattelove (international beskatning af udbytter og aktieavancer m.v.). Ved denne lov blev alle udbytter fra udenlandske datterselskaber gjort skattefri uanset beskatningen i udlandet, og kildeskatten på udgående udbytter til udenlandske moderselskaber blev ophævet uden hensyn til, hvor det udenlandske moderselskab er beliggende. (...)

Baggrunden for 1998-forslaget var, at de tidligere holdingregler var vanskelige at administrere og gav et lille provenu.

Når et dansk datterselskab udloddede udbytte til et udenlandsk moderselskab, skulle moderselskabet efter de tidligere gældende regler i teorien betale 25 pct. dansk skat af udbyttet, men skatten skulle næsten altid ophæves eller nedsættes. Hvis moderselskabet var hjemmehørende i et andet EU-land, må Danmark efter moder/datterselskabsdirektivet ikke beskatte udbyttet. Hvis moderselskabet var hjemmehørende i et andet land, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, skulle Danmark nedsætte skatten fra 25 pct. til den sats, der var aftalt i den pågældende overenskomst, typisk 5 - 10 pct.

(...)

Erfaringen har imidlertid vist, at de ny regler åbnede op for etablering af danske holdingselskaber, som alene har til formål at omgå andre landes beskatning, og at denne mulighed er blevet markedsført af danske skatterådgivere i udlandet. I tilfælde, hvor et datterselskab i f.eks. et EU-land er ejet af et moderselskab i et skattely uden dobbeltbeskatningsoverenskomster, kan koncernen ofte undgå den beskatning, som det førstnævnte land ville gennemføre ved direkte udlodning af udbytter fra datterselskabet i dette land til dets udenlandske moderselskab ved at indskyde et dansk holdingselskab.

Lovforslaget om at genindføre udbytteskatten for moderselskaber i ikke-EU-lande uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark er også et bidrag til de internationale bestræbelser på at modvirke skadelig skattekonkurrence eller skadelig skattepraksis, som foregår både i EU-regi og i OECD-regi.

EU-landene vedtog på ECOFIN-Rådet den 1. december 1997 en adfærdskodeks for erhvervsbeskatning. Kodeksen er en politisk aftale om, at et EU-land ikke må have særregler om skattebegunstigelse, der skal tiltrække investeringer fra udlandet og derfor er isoleret fra landets indenlandske økonomi. Kodeksen opstiller kriterier for, hvornår en skattemæssig ordning anses som skadelig.

(...)

De danske holdingregler adskiller sig fra andre landes tilsvarende regler derved, at de danske regler medfører skattefritagelse både for udbyttebetalinger fra et udenlandsk datterselskab og for udbyttebetalinger til et udenlandsk moderselskab. Det medfører som nævnt, at de danske regler kan anvendes til at udhule andre landes beskatning. Andre lande, som beskatter udbytter fra selskaber i disse lande til moderselskaber i skattely-lande, er derfor utilfreds med, at deres beskatning kan omgås ved hjælp af de danske holdingregler.

Det foreslås derfor som et bidrag fra dansk side til at modvirke brugen af skattely og for at imødekomme udenlandsk kritik at genindføre skatten på 25 pct. af udbyttebetalinger fra et dansk datterselskab til dets udenlandsk moderselskab, men kun i tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i et land uden for EU eller i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark."

Af bemærkningerne til lov nr. 1026 af 23. december 1998 (lovforslag L 53 af 21. oktober 1998), som indførte de kritiserede holdingregler, fremgår bl.a. følgende:

"Det foreslås generelt at afskaffe kildeskatten på udbytter betalt til udenlandske moderselskaber, når det danske datterselskab er omfattet af EU's moder/datterselskabsdirektiv, således at EU-selskaber og ikke-EU-selskaber ligestilles. Dette vil betyde, at indkomst i et dansk datterselskab i Danmark alene vil blive pålagt dansk selskabsskat. Herved vil et udenlandsk moderselskab skattemæssigt i Danmark blive ligestillet med et dansk moderselskab, som efter de allerede gældende regler ikke beskattes af udbytte fra et dansk datterselskab. Endvidere vil datterselskabet skattemæssigt blive ligestillet med en filial af et udenlandsk selskab i Danmark - et fast driftssted - idet et sådant i Danmark ikke pålægges nogen udbytteskat, men alene pålægges dansk selskabsskat af sit overskud."

Fra 1. januar 1999 og indtil 1. juli 2001 kunne udbytter fra danske datterselskaber til udenlandske moderselskaber således udloddes uden dansk udbytteskat, uanset hvor det udenlandske moderselskab var hjemmehørende. Baggrunden herfor var en administrativ lettelse, da udbytter til udenlandske moderselskaber i de fleste tilfælde alligevel var helt eller delvist fritaget for beskatning efter EU's moder-/datterselskabsdirektiv eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Da det imidlertid viste sig, at Danmark hermed blev et attraktivt land for placering af holdingselskaber, der primært havde til formål at kanalisere udbytter skattefrit fra underliggende selskaber til moderselskaber i lande, der normalt ikke ville kunne modtage disse udbytter skattefrit direkte fra de underliggende

selskaber, blev SEL § 2, stk. 1, litra c) ændret, således at det blev en betingelse for skattefrihed, at udbyttet var beskyttet af EU's moder-/datterselskabsdirektiv eller en indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Formålet med den nugældende betingelse er således at modvirke brugen af skattely og undgå at de danske skatteregler anvendes til international skatteplanlægning med henblik på at undgå beskatning i Danmark eller i udlandet. Ved udbytter fra et dansk datterselskab til et dansk moderselskab er denne risiko ikke til stede.

Omvendt er formålet med skattefriheden for udbytter til EU- og DBO-lande dels at leve op til Danmarks forpligtelser i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet og dels - som en administrativ lettelse - at sidestille udenlandske moderselskaber i EU- og DBO-lande med danske moderselskaber i relation til beskatning af udbytte fra danske datterselskaber, når Danmarks beskatningsret til disse udbytter alligevel vil være begrænset af enten moder-/datterselskabsdirektivet eller den relevante DBO.

Repræsentanten har henvist til tre afgørelser fra EU-domstolen, der konkluderer, at moderselskaber i et andet EU-land end datterselskabet, befinder sig i en sammenlignelig situation med moderselskaber i samme land som datterselskabet.

Skattestyrelsen bestrider ikke, at dette er udgangspunktet.

Det bemærkes dog, at de afgørelser fra EU-domstolen, der er henvist til, alle omhandler udbytter fra en EU-medlemsstat til en anden EU-medlemsstat eller en EØS-medlemsstat, med hvilket, der eksisterer en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland er den eneste af de tre afgørelser, der tager stilling til EØS-aftalen, og her nævnes specifikt EØS-landene Norge og Island, mens Liechtenstein ikke nævnes i afgørelsen.

Som beskrevet nedenfor under afsnit 3.2.2 er det Skattestyrelsens opfattelse, at fritagelsen for beskatning af udbytter mellem moder- og datterselskaber inden for EU som er indeholdt i moder-/datterselskabsdirektivet, hviler på en forudsætning om, at der finder en tilstrækkelig effektiv beskatning sted i de forskellige EU-lande.

Som beskrevet i afsnit 3.2.3 er det desuden Skattestyrelsens opfattelse, at der ikke finder en tilstrækkelig effektiv beskatning sted i Liechtenstein.

Det er derfor Skattestyrelsens opfattelse, at de nævnte afgørelser fra EU-domstolen er baseret på en forudsætning om, at der finder en effektiv beskatning sted i de pågældende lande, og at det ikke kan udelukkes, at afgørelserne var faldet anderledes ud, hvis EU-domstolen havde forholdt sig konkret til udbytteudlodninger til moderselskaber i Liechtenstein, hvor der ikke foreligger en dobbeltbeskatningsoverenskomst og hvor der efter Skattestyrelsens opfattelse ikke sker en effektiv beskatning af det udbyttmodtagende moderselskab.

3.2.2. EU's moder-/datterselskabsdirektiv (Rådets direktiv (EU) 2011/96)

Liechtenstein er ikke omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet eller af en aftale om tilsvarende tiltag. Selskaber, der er hjemmehørende i Liechtenstein, kan derfor i ingen tilfælde påberåbe sig beskyttelse efter moder-/datterselskabsdirektivet.

Det kan dog overvejes, om de hensyn, der ligger bag Danmarks forpligtelser i henhold til EU's moder-/datterselskabsdirektiv, som forbyder beskatning af udbytter fra et datterselskab i ét EU-land til et moderselskab i et andet EU-land, også gør sig gældende i forhold til EØS-landene, herunder Liechtenstein.

Som tidligere nævnt gælder etableringsfriheden og det heraf følgende diskrimineringsforbud også i forhold til Liechtenstein, uanset at moder-/datterselskabsdirektivet ikke finder anvendelse. Moder-/datterselskabsdirektivet indfører i princippet blot fælles minimumsregler i EU for beskattning af udbytter. National lovgivning, der ikke lever op til moder-/datterselskabsdirektivet, kan således derudover også være i strid med etableringsfriheden.

Af præamblen til moder-/datterselskabsdirektivet (oprindeligt direktiv 90/435/EØF) fremgår bl.a. følgende:

"(3) Formålet med dette direktiv er at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau.

(4) Sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe forhold i Unionen, der svarer til forholdene på et indre marked, og dermed sikre, at et sådant indre marked kommer til at fungere bedst muligt. Sådanne sammenslutninger bør ikke hæmmes af særlige restriktioner, forskelsbehandlinger eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes beskatningsregler. Det er derfor vigtigt at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler for disse sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater, så virksomhederne får mulighed for at tilpasse sig det indre markeds krav, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige position på internationalt plan.

(5) Sådanne sammenslutninger kan føre til, at der oprettes koncerner bestående af moder- og datterselskaber.

(6) Inden direktiv 90/435/EØF trådte i kraft, varierede de beskatningsregler, der regulerer forbindelserne mellem moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, betydeligt fra medlemsstat til medlemsstat, og de var generelt mindre fordelagtige end de regler, der gælder for forbindelserne mellem moder- og datterselskaber fra samme medlemsstat. Samarbejdet mellem selskaber fra forskellige medlemsstater var således undergivet ringere vilkår end samarbejdet mellem selskaber fra samme medlemsstat. Det var nødvendigt at fjerne denne forskelsbehandling gennem indførsel af en fælles ordning, hvorved det bliver lettere at sammenslutte selskaber på EU-plan."

Formålet med direktivet er således navnlig at sikre, at grænseoverskridende koncerner bestående af moder- og datterselskaber i forskellige medlemsstater, ikke er undergivet mindre attraktive vilkår end tilsvarende rent indenlandske koncerner, og at afskaffe dobbeltbeskatning af udbytter (dvs. beskatning både i moderselskabets og i datterselskabets hjemland), således at koncernerne kan indrette deres virksomhed i forhold til det indre marked uden at nationale, skattemæssige forhold skaber ulige konkurrencevilkår.

Moder-/datterselskabsdirektivet hviler dog også på en forudsætning om, at de selskaber, der nyder beskyttelse af direktivet, er underlagt et skattesystem, som ikke indebærer en reel skattefrihed.

Ifølge direktivets artikel 2, litra a) iii) (tidligere artikel 2, litra c) forstås ved et "selskab i en medlemsstat" ethvert selskab, som uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af en af de former for skat, som er anført i direktivets bilag 1, del B, eller enhver anden form for skat, der træder i stedet for en af disse former for skat.

"Uden fritagelse" skal i denne forbindelse forstås således, at direktivet ikke finder anvendelse på selskaber, som i kraft af særlige skatteregler i hjemlandet, reelt ikke beskattes i hjemlandet.

Et eksempel herpå er EU-domstolens dom af 8. marts 2017 i sag C-448/15 *Belgische Staat mod Wereldhave NV m.fl.* Sagen vedrørte et belgisk kommanditaktieselskab (partnerselskab), som havde udloddet

udbytter til bl.a. to nederlandske aktionærer, Wereldhave NV og Wereldhave International NV, som ejede henholdsvis 44 % og 35 % af aktierne i det belgiske selskab.

De nederlandske aktionærer var udloddende, kollektive investeringsinstitutter efter nederlandsk ret. Et udloddende investeringsinstitut var i princippet omfattet af nederlandsk selskabsskattepligt, men hvis det fuldt ud udloddede sit overskud til sine aktionærer, så var det berettiget til en selskabsskatteprocent på nul.

Den belgiske stat var af den opfattelse, at selskaber, som er selskabsskattepligtige med en nulsats, ikke var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet og derfor var Belgien berettiget til at beskatte udbytterne til de nederlandske aktionærer.

EU-domstolen bemærker i sagen bl.a. følgende (præmis 31-41):

"31. Det bemærkes i denne henseende, at artikel 2, litra c), i direktiv 90/435 indeholder et positivt kvalifikationskriterium, nemlig at være omfattet af den pågældende skat, og et negativt kvalifikationskriterium, nemlig at være uden fritagelse for denne skat og uden valgmulighed.

32. Angivelsen af disse to kriterier - det ene positivt, det andet negativt - fører til den antagelse, at betingelsen i nævnte direktivs artikel 2, litra c), ikke alene kræver, at et selskab er omfattet af anvendelsesområdet for den pågældende skat, men tilsigter ligeledes at udelukke de situationer, der indeholder den mulighed, at selskabet, til trods for at være omfattet af denne skat, ikke reelt skal betale den nævnte skat.

33. Selv om et selskab, der er omfattet af en skat med en nulsats på den betingelse, at hele dets overskud udloddes til dets aktionærer, ikke er fritaget for en sådan skat, befinder det sig imidlertid i praksis i samme situation som den, som betingelsen i artikel 2, litra c) tilsigter at udelukke, nemlig den situation, hvor selskabet ikke skal betale skatten.

34. At den nationale lovgivning indeholder en bestemmelse, hvorefter en bestemt kategori af selskaber under visse omstændigheder kan være berettiget til en skatteprocent på nul, svarer nemlig til (...) at disse selskaber ikke undergives denne skat (...)

35. En sådan fortolkning er i overensstemmelse med opbygningen af direktiv 90/435 og det formål, der forfølges hermed, om at sikre en skattemæssig neutralitet for udlodning af udbytte fra et datterselskab med hjemsted i en medlemsstat til dets moderselskab med hjemsted i en anden medlemsstat ved at fjerne dobbeltbeskatning af disse udbytter.

(...)

40. Når et moderselskab, ligesom de i hovedsagen omhandlede udloddende investeringsinstitutter, i medfør af lovgivningen i den medlemsstat, hvor det har hjemsted, er berettiget til en skatteprocent på nul for hele sit overskud på den betingelse, at dette overskud fuldt ud udloddes til dets aktionærer, er risikoen for dobbelt beskatning hos moderselskabet af det udbytte, som dets datterselskab har udloddet til det, imidlertid udelukket.

41. Henset til samtlige ovenstående betragtninger må det følgelig fastslås at et selskab, der ligesom de i hovedsagen omhandlede udloddende investeringsinstitutter er undergivet en selskabsbeskatning med en nulsats på den betingelse, at hele deres overskud udloddes til dets aktionærer, ikke opfylder betingelsen i artikel 2, litra c) i direktiv 90/435 og derfor ikke er omfattet af begrebet »selskab i en medlemsstat« i dette direktivs forstand." (Skattestyrelsens understregning)

Det følger således af EU-domstolens dom, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke beskytter selskaber, som principielt er omfattet af sædvanlig skattepligt, men som pga. særlige regler har mulighed for i praksis at undgå denne beskatning, hvis de opfylder bestemte betingelser.

Dommen understreger også, at moder-/datterselskabsdirektivets formål ikke er at afskaffe beskatning af udbytter, men at fjerne dobbeltbeskatning af udbytter.

Det bør herefter undersøges, om H1 AG kan siges reelt ikke at være undergivet selskabsskat i Liechtenstein.

3.2.3. Om beskatningen af H1 AG i Liechtenstein

Som beskrevet ovenfor lægges det til grund, at H1 AG er et aktieselskab oprettet i henhold til selskabslovgivningen i Liechtenstein, og at selskabsformen er sammenlignelig med et tysk Aktiengesellschaft.

Selskabet er fuldt skattepligtigt i Liechtenstein. Selskabsskattesatsen i Liechtenstein udgør 12,5 %. Minimumsskatten udgør CHF 1.800 (ca. DKK 12.500).

Den skattepligtige indkomst tager udgangspunkt i det regnskabsmæssige resultat tillagt diverse skattemæssige justeringer. Liechtenstein anvender ligesom Danmark et territorialbeskatningsprincip, dvs. resultatet fra udenlandske faste ejendomme og faste driftssteder medregnes ikke i det skattepligtige resultat.

Udbytter og aktieavancer er i alle tilfælde skattefri for selskaber, og der pålægges i ingen tilfælde kildeskat på udbytter udloddet fra selskaber i Liechtenstein.

Selskaber i Liechtenstein har desuden mulighed for at fratrække et beløb svarende til en årligt fastsat forrentning (aktuelt 4 %) af en beregnet egenkapital. Denne form for fradrag kaldes også "notional interest deductions" (NID) eller "allowance for corporate equity" (ACE).

Den beregnede egenkapital skal fratrækkes værdien af datterselskaber, ikke-driftsrelaterede aktiver samt et beløb svarende til 6 % af resterende aktiver. Fradraget for forrentning af egenkapitalen kan dog ikke resultere i et underskud eller forhøje et allerede realiseret underskud.

Ikke-driftsrelaterede aktiver er defineret i artikel 32a i Verordnung vom 21. Dezember 2010 über die Landes- og Gemeindesteuern (Steuerverordnung) med senere ændringer. Heraf fremgår, at ikke-driftsrelaterede aktiver omfatter formuegenstande, som ikke overvejende tjener den faktiske virksomhed, navnlig luksus- og kunstgenstande, jord samt overskydende likviditetsreserver ("übermässige Liquiditätsreserven").

Steuerverordnung artikel 32a, nr. 2 og 3, bestemmer, at overskydende likviditetsreserver formodes at foreligge, hvis kortfristede fordringer og likvide midler overstiger kortfristet gæld til nærtstående personer samt 160% af kortfristet gæld til tredjemand. Artikel 32a, nr. 5, bestemmer dog, at dette ikke gælder for banker, forsikringsselskaber, holdingselskaber og finansieringsselskaber.

I 2017 foretog EU-rådet for økonomi og finans (ECOFIN) en analyse af Liechtensteins regler om fradrag for forrentning af egenkapitalen i henhold til EU's adfærdskodeks for erhvervsbeskatning, jf. Rådets resolution af 1. december 1997.

ECOFIN konkluderede, at reglerne kunne medføre en væsentligt lavere beskatning end det generelle beskatningsniveau på 12,5 % for selskaber i Liechtenstein. ECOFIN konkluderede også, at der i henhold til EU's adfærdskodeks for erhvervsbeskatning var tale om skadelig skattekonkurrence, da reglerne fandt anvendelse også i situationer uden reel økonomisk aktivitet i Liechtenstein, og i øvrigt kun indeholdt få værneregler til undgåelse af misbrug ved transaktioner mellem forbundne enheder.

I 2018 indførte Liechtenstein en række værneregler i lovgivningen for at imødegå misbrug ved visse transaktioner mellem forbundne enheder og herved imødekomme kritikken fra ECOFIN. Reglerne fik virkning fra 1. januar 2019. Den 2. oktober 2018 accepterede ECOFIN, at Liechtenstein herved havde opfyldt sine forpligtelser i henhold til adfærdskodekset.

Selvom Liechtensteins regler om fradrag for forrentning af egenkapital hermed ikke længere kategoriseres som skadelig skattekonkurrence i henhold til EU's adfærdskodeks for erhvervsbeskatning, gælder det dog fortsat, at reglerne kan medføre en væsentligt lavere beskatning end det generelle beskatningsniveau på 12,5 % for selskaber i Liechtenstein.

I mange tilfælde, navnlig for holdingselskaber med passiv formueanbringelse, hvor det skattepligtige afkast ikke overstiger de nuværende 4 % af nettoaktiverne, vil fradraget i praksis reelt kunne eliminere enhver potentiel skattebetaling, bortset fra minimumsskatten.

Reelt har holdingselskaber i Liechtenstein dermed mulighed for at akkumulere overskud uden indkomstbeskatning af afkastet af den opsparede formue.

Skattefriheden for udbytter og aktieavancer samt fradraget for forrentning af egenkapitalen medfører derfor efter Skattestyrelsens opfattelse, at H1 AG i praksis reelt kan undgå beskatning i Liechtenstein, uanset hvilke aktiver, selskabet investerer i.

På denne baggrund er det Skattestyrelsens opfattelse, at H1 AG ikke lever op til moder-/datterselskabsdirektivets krav om, at et selskab skal være omfattet af skattepligt "uden fritagelse" for at være omfattet af direktivet. Da H1 AG ikke beskattes i Liechtenstein af udbytterne fra H2 A/S, er der ingen risiko for dobbeltbeskatning af udbyttet.

Til sammenligning er et dansk moderselskab, som er et aktie- eller anpartsselskab, i alle tilfælde omfattet af direktivet, da den danske selskabsskatte Lovgivning ikke indeholder regler, der giver danske selskaber mulighed for at akkumulere formue uden beskatning af afkastet af denne formue.

Repræsentanten har herimod anført, at egenkapitalfradraget generelt ikke har nogen betydning for holdingselskaber, da værdien af aktier i datterselskaber ofte er højere end egenkapitalen i selskabet. Dette betyder også, at flertallet af holdingselskaber i Liechtenstein ikke har gavn af egenkapitalfradraget.

Repræsentanten har desuden præsenteret fire scenarier for beregningen af den effektive beskatning ved brug af egenkapitalfradraget, hvor den effektive skatteprocent nedbringes fra den nominelle 12,5% til 7,5% - 11,25% afhængig af indtjeningen.

Skattestyrelsen skal til de fire scenarier bemærke, at scenarierne forudsætter en indtjening, der svarer til et skattepligtigt afkast på hhv. 10%, 20%, 30% og 40% af den investerede egenkapital ud over aktier i datterselskaber. Dette svarer til en forrentning af egenkapitalen (Return on Equity) efter skat på hhv. 9%, 18%, 27% og 36%.

Ifølge Danmarks Statistik ligger den gennemsnitlige forrentning af egenkapitalen efter skat for samtlige brancher i Danmark i årene 2008-2018 mellem 6,3% og 17,7%. Gennemsnittet for alle årene er 10,9% (Kilde: Statistikbanken, Erhvervslivet på tværs, REGN5A).

Ved en formueanbringelse til et afkast, der ikke overstiger egenkapitalfradraget på 4 %, vil den effektive skatteprocent nedbringes til nul.

Skattestyrelsen skal desuden bemærke, at uanset om et selskab konkret har gavn af egenkapitalfradraget eller ej (fx fordi der ikke er skattepligtige indtægter at tage fradrag i) så ændrer det ikke på, at egenkapitalfradraget sammen med den manglende kildeskat på udbytter fra liechtensteinske selskaber

og skattefriheden for udbytter og aktieavancer, reelt giver mulighed for at akkumulere overskud uden indkomstbeskatning af afkastet af den opsparede formue.

Repræsentanten har desuden henvist til, at det i 2017 har været overvejet af den daværende regering at indføre et egenkapitalfradrag i den danske skattelovgivning. Der blev dog aldrig fremsat noget lovforslag herom.

Efter Skattestyrelsens opfattelse kan tidligere overvejede lovinitiativer ikke have betydning for en bedømmelse, der tager udgangspunkt i en sammenligning af eksisterende regler.

Skatteministerens svar på spørgsmål 12 til lovforslag L 123 af 23. februar 2016

Repræsentanten har i forhold til begrebet "uden fritagelse" henvist til Skatteministerens svar af 17. maj 2016 på spørgsmål 12 til lovforslag L 123 af 23. februar 2016, hvor det bl.a. fremgår vedr. Panama og Hong Kong, at selvom udenlandsk ejede selskaber i disse lande pga. de lokale skatteregler typisk reelt ikke vil betale nogen selskabsskat, så vil de stadigvæk være omfattet af begrebet "selskabsskattepligtigt uden fritagelse" således som dette begreb anvendes i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 2.

Efter aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 2, forudsætter kvalifikationen af aktier som datterselskabsaktier, at datterselskabet er selskabsskattepligtigt uden fritagelse i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, herunder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og at den kompetente myndighed i denne stat udveksler oplysninger med de danske skattemyndigheder.

Det følger af Skatteministerens ovennævnte svar, at betingelsen om at datterselskabet er "selskabsskattepligtigt uden fritagelse" svarer til den betingelse, der findes i moder-/datterselskabsdirektivet for så vidt angår selskaber hjemmehørende i EU-lande.

I den forbindelse skal det bemærkes, at aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 2, før vedtagelsen af L 123 henviste direkte til moder-/datterselskabsdirektivet, og at ændringen var foranlediget af, at bestemmelsen var i uoverensstemmelse med det EU-retslige princip om kapitalens frie bevægelighed. Aktieavancebeskatningslovens § 4 A er dog til stadighed en del af implementeringen af moder-/datterselskabsdirektivet i dansk ret som følge af henvisningen i selskabsskatteovens § 13, stk. 1, nr. 2, og som anført af skatteministeren svarer betingelsen i stk. 2 til den betingelse, der findes i moder-/datterselskabsdirektivet.

Skatteministerens udtalelse om forholdet til en skattelovgivning, der er baseret på et territorialprincip såsom det i Panama og Hong Kong, skete i forlængelse af henvisningen til, at betingelsen svarerede til den betingelse, der findes i moder-/datterselskabsdirektivet.

Når det endvidere tages i betragtning, at formålet med ændringen alene var at sikre, at forhold som omhandlet i moder-/datterselskabsdirektivet tilsvarende kunne finde anvendelse på selskaber i tredjelande, har det formodningen imod sig, at bestemmelsen skulle være gunstigere for selskaber i tredjelande end selskaber hjemmehørende i Den Europæiske Union.

På den baggrund må udtalelsen betragtes som en vejledende forklaring, sådan som dette udtrykt har været forstået på daværende tidspunkt. Det har med andre ord ikke været tilsigtet, at udtalelsen skulle afvige indholdsmæssigt fra begrebsdannelsen i moder-/datterselskabsdirektivet.

Siden skatteministerens svar på spørgsmål 12 har begrebet været omdrejningspunktet i flere præjudicielle forespørgsler hos EU-Domstolen, og EU-Domstolens afgørelser har efterfølgende vist en mere nuanceret fortolkning af udtrykket.

I sag C-448/15 - Belgische Staat mod Wereldhave Belgium m.fl., som nævnt ovenfor, fandt EU-Domstolen, at et moderselskab, der på den betingelse, at overskuddet fuldt ud udloddes til dets aktionærer, var berettiget til en skatteprocent på nul for hele sit overskud, ikke opfyldte betingelsen i artikel 2, litra c), i direktiv 90/435 (nu artikel 2, litra a, nr. iii, i direktiv 2011/96) og derfor ikke var omfattet af begrebet »selskab i en medlemsstat«.

Endvidere fandt EU-Domstolen i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 N Luxembourg 1 m.fl. mod Skatteministeriet, at et luxembourgsk SICAR - til trods for at være omfattet af impôt sur le revenu des collectivités (selskabsskat) i Luxembourg - ikke opfyldte betingelsen i rente-/royaltydirektivets (direktiv 2011/96/EU) artikel 3, litra a, nr. iii), hvis renterne, som selskabet modtog, faktisk var fritaget for impôt sur le revenu des collectivités i Luxembourg.

Selvom sagen principielt omhandlede fortolkningen af rente-/royaltydirektivets artikel 3, litra a, nr. iii), hvorefter anvendelsen af direktivet bl.a. forudsætter, at selskabet uden fritagelse er omfattet af én af de opremsede skatter, må den enslydende ordlyd »uden fritagelse« tilsvarende skulle gælde ved fortolkningen af bestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet.

Synspunktet, der således kommer til udtryk i sagerne, er, at det ikke alene er tilstrækkeligt, at selskabet er omfattet af landets skattelovgivning, men at der faktisk skal være en pligt til at betale skat af de modtagende indtægter. Baggrunden for dette synspunkt synes efter Skattestyrelsens opfattelse at være, at formålet, som forfølges med direktivets bestemmelser, om at undgå dobbeltbeskatning, ikke er til stede, hvis selskabets aktivitet de facto er fritaget fra skattepligten.

Henset til ordlyden i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 2, der er tiltænkt at skulle svare til den EU-retslige begrebsanvendelse, kan Skatteministerens udtalelse i svaret på spørgsmål 12 til lovforslag L 123 som følge af EU-Domstolenes efterfølgende afgørelser ikke længere tillægges vægt.

3.2.4. Sammenfattende om sammenlignelighed

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at H1 AG ikke befinder sig i en situation, der er objektivt sammenlignelig med situationen for et dansk moderselskab.

Der lægges i denne forbindelse især vægt på,

- At beskatningen af udbytter til moderselskaber i Liechtenstein og andre lande, som enten ikke er medlem af EU eller som Danmark ikke har indgået en DBO med, har til formål at modvirke brugen af skattely og undgå at de danske skatteregler anvendes til international skatteplanlægning med henblik på at undgå beskatning i Danmark eller i udlandet.
- At H1 AG på grund af skattereglerne i Liechtenstein, herunder navnlig skattefriheden for udbytter og aktieavancer samt fradraget for forrentning af egenkapitalen, i praksis reelt har mulighed for under visse omstændigheder helt at undgå indkomstbeskatning i Liechtenstein.
- At de hensyn, der ligger bag EU's moder-/datterselskabsdirektiv, og som genfindes i den danske beskatning af danske kapitalselskaber, navnlig hensynet til at de omfattede selskaber skal være underlagt lokal selskabsskat uden valgmulighed og uden fritagelse, ikke ses at være til stede i forhold til H1 AG.

Det bemærkes endvidere, at ingen af de EU-domme, som repræsentanten har henvist til, tager konkret stilling til, om et moderselskab i udlandet befinder sig i en sammenlignelig situation med et moderselskab i Danmark, når moderselskabet i udlandet reelt har mulighed for at undgå indkomstbeskatning. EU-domstolen har derimod fastslået, at et moderselskab, der reelt har mulighed for at undgå indkomstbeskatning, ikke skal nyde de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet - et direktiv, der har til formål at harmonisere udbyttebeskatningsreglerne i koncernforhold for at eliminere dobbeltbeskatning og sikre at bl.a. etableringsfriheden ikke overtrædes.

Den forskelsbehandling af H1 AG i relation til beskattningen af udbytter, som selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c) indebærer, er derfor ikke i strid med etableringsfriheden efter EU-traktaten eller EØS-aftalen.

3.3. Tvingende almene hensyn

Ud over, at H1 AG ikke befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med et dansk moderselskab, er det Skattestyrelsens opfattelse, at en forskelsbehandling kan begrundes i tvingende almene hensyn, navnlig hensynet til at sikre sammenhængen i det danske skattesystem.

Hensynet til at sikre sammenhængen i skattesystemet er tidligere anerkendt af EU-domstolen fx i domstolens dom af 23. oktober 2008 i sag C-157/07 *Krankenheim* samt i domstolens dom af 28. januar 1992 i sag C-204/90 *Bachmann*.

Den helt grundlæggende sammenhæng i det danske skattesystem består i, at indkomst, som optjenes i selskaber og udloddes til fysiske aktionærer, beskattes to gange: Første gang, når indkomsten realiseres i selskabet (i form for selskabsskat), og anden gang når der udloddes udbytte til en fysisk aktionær (i form af udbytteskat).

Hovedreglen om at udbytter fra datterselskaber til moderselskaber som udgangspunkt ikke beskattes, sikrer, at der ikke sker dobbeltbeskatning ved udlodning gennem en kæde af koncernforbundne selskaber.

I EU-sammenhæng udstrækkes skattefriheden for datterselskabsudbytter til moderselskaber i andre medlemsstater, der er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, netop for at undgå dobbeltbeskatning. Skattefriheden udstrækkes endvidere til moderselskaber i tredjelande uden for EU, hvis landet har et skattesystem, der ikke underminerer sammenhængen i det danske beskatningssystem. Dette sker på aftalebasis ved indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster.

For så vidt angår Liechtensteins skattesystem er det Skattestyrelsens opfattelse, at dette fundamentalt afviger fra det danske. Danmark har ikke nogen dobbeltbeskatningsoverenskomst med Liechtenstein. En dobbeltbeskatningsoverenskomst med Liechtenstein ville nemlig underminere sammenhængen i det danske beskatningssystem.

Som anført ovenfor kan navnlig holdingselskaber i Liechtenstein som følge af fradraget for forrentning af egenkapitalen reelt akkumulere overskud uden beskatning af afkastet af den opsparede formue, da beskatning af formueafkast som fx renter modsvares af et tilsvarende fradrag for forrentning af egenkapital.

Når selskaber i Liechtenstein udlodder udbytte til aktionærer, herunder fysiske aktionærer, indeholdes der ingen kildeskat på udbyttet. Hvis aktionæren ikke er skattepligtig af udbyttet i sit hjemland, kan udbyttet altså oppebæres helt uden beskatning ved brug af et moderselskab etableret i Liechtenstein og et eller flere datterselskaber etableret i Danmark.

Liechtensteins skattesystem sikrer således ikke en to-leddet beskatning af indkomsten. En sådan to-leddet beskatning er som nævnt en helt grundlæggende forudsætning for skattefrihed for udbytter til moderselskaber efter det danske system.

Efter Skattestyrelsens opfattelse vil det derfor stride mod sammenhængen i det danske beskatningssystem, hvis udbytter fra danske datterselskaber kunne udloddes skattefrit til moderselskaber i Liechtenstein, da der mangler et led af beskatningsordningen.

Det grundlæggende formål med EU-traktatens frihedsrettigheder er at sikre virksomhederne lige vilkår i det indre marked. Denne målsætning om lige vilkår vil blive undermineret, hvis skattefriheden for datter-

selskabsudbytter udstrækkes til tilfælde, hvor der drives virksomhed gennem moderselskaber etableret i lande med skattesystemer, der på centrale punkter ikke er sammenlignelige.

C-284/09 EU-kommissionen mod Tyskland

Repræsentanten har henvist til EU-domstolens dom af 20. oktober 2011 i sag C-284/09 EU-kommissionen mod Tyskland. I denne sag fandt EU-domstolen, at Tyskland havde tilsidesat sine forpligtelser efter EF-traktatens artikel 56 (nu EU-traktatens artikel 63) og EØS-aftalens artikel 40 om kapitalens fri bevægelighed, idet Tyskland beskattede udbytter til selskaber i EU- og EØS-lande hårdere end udbytter til selskaber i Tyskland.

Tyskland gjorde i sagen bl.a. gældende, at ordningen for beskatning af udbytte var begrundet i hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen. Fritagelsen for beskatning af udbytte til tyske selskaber, blev således udlignet ved en skattemæssig ulempe, nemlig beskatning af aktionærerne. Selv i tilfælde, hvor udbytte ikke blev udloddet til aktionærerne, blev den anden beskatningsetape foretaget i Tyskland, dvs. beskatning af selskabet af det opsparede og ikke-udloddede overskud.

Domstolen kunne dog ikke tiltræde Tysklands begrundelse, men fandt at der ikke forelå en tilstrækkelig direkte sammenhæng mellem fritagelsen for beskatning af udbyttet og den senere beskatning af aktionærerne (eller hvis der ikke skete udlodning: selskabet), at det kunne begrunde den pågældende forskelsbehandling.

Domstolen tog dog kun stilling til, om Tyskland havde overtrådt EØS-aftalen i forhold til Island og Norge. Liechtenstein er ikke omtalt i dommen, selvom Liechtenstein blev medlem af EØS i 1995. Kommissionen havde i sagen også kun nedlagt påstand om, at Tyskland havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØS-aftalens artikel 40 i forhold til Island og Norge.

I dommens konklusion udtaler EU-domstolen:

"Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 40 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992, idet den undergiver udbytte, der udloddes til et selskab, der er etableret i Republikken Island eller Kongeriget Norge, en i økonomisk forstand højere beskatning end udbytte, der udloddes til et selskab, der har hjemsted på dens område."

Det fremgår af sagen, at Tyskland havde indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med samtlige EU-lande samt Island og Norge. Kommissionen gjorde derfor gældende, at den konkrete skattefordel, som Tyskland gav moderselskaber beliggende i Tyskland, også skulle gives til de øvrige EU-lande samt Island og Norge, hvilket blev tiltrådt af EU-domstolen. Domstolen nævner derimod ikke, at dette også skulle gælde for Liechtenstein.

Da kun Island og Norge specifikt er nævnt i dommen, kan dommen efter Skattestyrelsens opfattelse ikke tages til indtægt for, at moderselskaber i Liechtenstein var berettiget til de samme skattemæssige fordele som moderselskaber i Tyskland samt de øvrige EU-lande og EØS-lande, som Tyskland havde indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med.

Dette er også i overensstemmelse med Skattestyrelsens opfattelse ovenfor, hvorefter moderselskaber i Liechtenstein er underlagt et selskabsskattesystem, der fundamentalt afviger fra det danske. Derfor befinder moderselskaber i Liechtenstein sig for det første ikke i en sammenlignelig situation med moderselskaber i Danmark, og for det andet, så er en eventuel forskelsbehandling begrundet i det tvingende almene hensyn at sikre sammenhængen i det danske skattesystem.

C-379/05 Amurta SGPS mod Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam

Repræsentanten har endvidere henvist til EU-domstolens dom af 8. november 2007 i sag C-379/05 Amurta. Denne afgørelse er således truffet før ovennævnte sag C-284/09 Kommissionen mod Tyskland.

Sagen vedrørte et nederlandsk selskab, Retailbox BV, som udloddede udbytte til sine aktionærer, herunder et nederlandsk selskab, der ejede 66% af aktierne, og et portugisisk selskab, Amurta SGPS, som ejede 14 % af aktierne.

Nederlandene indeholdt kildeskat på det udbytte, der blev udloddet til Amurta SGPS, mens der ikke blev indeholdt kildeskat på det udbytte, der blev udloddet til den nederlandske aktionær.

På tidspunktet for udbytteudlodningen fritog moder-/datterselskabsdirektivet kun udbytter for kildeskat, hvis udbyttedtageren ejede mindst 25 % af kapitalen i det udloddende selskab. Amurta SGPS kunne derfor ikke påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivet som begrundelse for at være fritaget for nederlandsk udbytteskat.

EU-domstolen fandt på trods heraf, at det var i strid med kapitalens fri bevægelighed, at Nederlandene fritog nederlandske aktionærer for udbytteskat, hvis de ejede mere end 5 % af aktierne, mens dette ikke var tilfældet for aktionærer i andre EU-lande. EU-domstolen fandt, at der var tale om en forskelsbehandling, der udgjorde en restriktion af kapitalens fri bevægelighed, som ikke kunne begrundes med henvisning til tvingende almene hensyn.

EU-domstolen afviste Nederlandenes argument om, at fritagelsen for udbytteskat til nederlandske aktionærer var nødvendig for at undgå kædebeskatning. For aktionæren gjaldt der en regel om, at modtagne udbytter var skattefri, når de blev modtaget fra et selskab, hvor aktionæren ejede mindst 5%. Denne regel ville ikke være effektiv, hvis der i stedet for blev pålagt kildeskat på udbyttet for det udloddende selskab. EU-domstolen fandt dog, at dette højst kunne fremhæves som en administrativ forenkling, som ikke i sig selv kunne begrunde en restriktion.

Domstolen udtaler bl.a. i præmis 51:

"I det omfang udbytte udloddet til såvel selskaber, der er etableret i Nederlandene, som til selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat, er undergivet selskabsskat hos det udloddende selskab, har den nederlandske regering ikke bevist, hvorledes sammenhængen i dens skattesystem bringes i fare, hvis fritagelsen for udbytteskat også blev indrømmet selskaber, der modtager udbytte, og som er etableret i en anden medlemsstat, og som, selv om de ikke skal betale selskabsskat i Nederlandene, er i en situation, der er sammenlignelig med situationen for selskaber, der modtager udbytte, og som i Nederlandene har deres hjemsted ..."

Skattestyrelsen bemærker for det første, at Amurta-sagen er afgjort efter reglerne om kapitalens fri bevægelighed og ikke etableringsfriheden. EU-domstolen har i sin dom af 11. september 2014 i sag C-47/12, Kronos International Inc., mod Finanzamt Leverkusen, fastslået, at i situationer, hvor moderselskabet udøver en afgørende indflydelse på datterselskabet, skal spørgsmål bedømmes efter etableringsfriheden.

Skattestyrelsen bemærker for det andet, at EU-domstolen i sagen kun forholder sig til lande i EU, og ikke EØS-landene, herunder Liechtenstein. De samme forhold som i C-284/09 Kommissionen mod Tyskland gør sig derfor også gældende her.

Skattestyrelsen bemærker for det tredje, at EU-domstolen i præmis 51 i Amurta-sagen lægger vægt på, at Nederlandene ikke har bevist, at sammenhængen i skattesystemet bringes i fare, hvis fritagelsen for udbytteskat også indrømmes selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat, og som er i en situation, der er sammenlignelig med situationen for nederlandske selskaber.

Som beskrevet ovenfor er det Skattestyrelsens opfattelse, at udbyttmodtagende selskaber, der er hjemmehørende i Liechtenstein, og som modtager udbytte fra et dansk selskab, ikke befinder sig i en situation, der kan sammenlignes med udbyttmodtagende selskaber, der er hjemmehørende i Danmark, og som modtager udbytte fra et dansk selskab.

Kædebeskatning

Repræsentanten har anført, at der sker en betydelig kædebeskatning af den værdiskabende aktivitet, som beskattes ubegrænset i Danmark, og der gives et eksempel, hvor aktionærerne i H1 AG er hjemmehørende i Danmark. I eksemplet udløses beskatning på 22 % af selskabsindkomsten i H2 A/S, 22% (af 78%) udbyttebeskatning af det udloddede udbytte til H1 AG og endelig 42% (af 61%) udbyttebeskatning i Danmark af udbytte modtaget fra H1 AG svarende til en samlet, effektiv beskatning på 65%.

Skattestyrelsen skal hertil bemærke, at der ikke ses at være noget kommercielt formål for danske aktionærer med at eje et dansk driftsselskab via et holdingselskab i Liechtenstein. Det må derfor have formodningen for sig, at en sådan struktur primært vil være etableret af skattemæssige årsager, herunder muligheden for at akkumulere opsparet overskud uden beskatning heraf. Der ses derfor ikke at være noget beskyttelsesværdigt hensyn, der tilsiger, at Danmark har pligt til at sikre, at kædebeskatning kan elimineres i en sådan situation.

C-540/07 Kommissionen mod Den Italienske Republik

Repræsentanten har endelig henvist til EU-Domstolens dom af 19. november 2009 i sag C-540/07 Kommissionen mod Den Italienske Republik.

Dommen omhandlede de italienske udbyttebeskatningsregler, hvorefter udbytter fra et italiensk selskab til en italiensk selskabsaktionær ikke blev pålagt kildeskat, og i øvrigt blev kun 5% af udbyttet behandlet som skattepligtig indkomst hos aktionæren til en selskabsskattesats på 33 % svarende til en effektiv beskatning af udbyttet på 1,67 %. Herimod blev udbytter til udenlandske selskabsaktionærer pålagt kildeskat på 27 % hvoraf 4/9, dvs. 12 % kunne refunderes, således at den effektive beskatning af udbyttet ville ende på 15 %.

EU-Domstolen fandt at den italienske skatteordning udgjorde en restriktion for de frie kapitalbevægelser, der i relation til de øvrige EU-lande ikke kunne begrundes i tvingende almene hensyn.

EU-Domstolen tog dog også stilling til EØS-landene, og fandt at skatteordningen også udgjorde en restriktion for de frie kapitalbevægelser i henhold til EØS-aftalens artikel 40. Domstolen fandt dog, at skatteordningen kunne begrundes i det tvingende almene hensyn at bekæmpe skattesvig. Domstolen lagde herved vægt på, at Italien på daværende tidspunkt ikke havde nogen aftale med Liechtenstein omkring udveksling af oplysninger, ligesom Italiens DBO'er med Norge og Island heller ikke indeholdt bestemmelser, der forpligtede landene til at udveksle oplysninger.

EU-Domstolen fandt af samme årsager, at den italienske skatteordning heller ikke udgjorde en restriktion af etableringsfriheden efter EØS-aftalens artikel 31.

Dommen indikerer, at såfremt Italien på daværende tidspunkt havde haft aftaler med EØS-landene om udveksling af oplysninger i skattesager, så ville de italienske udbyttebeskatningsregler blive anset for at udgøre en restriktion af både de frie kapitalbevægelser efter EØS-aftalens artikel 40 og etableringsfriheden efter EØS-aftalens artikel 31.

Skattestyrelsen bemærker, at dommen er afsagt før EU-domstolens dom i C-284/09 Kommissionen mod Tyskland, som har et lignende faktum, nemlig at udbytter til selskaber i EU- og EØS-lande blev beskattet

hårdere end udbytter til selskaber i Tyskland. Begge sager er traktatbrudssøgsmål anlagt af Kommissionen. I C-540/07 Kommissionen mod Italien nedlagte Kommissionen påstand om at de italienske regler udgjorde et brud på EØS-aftalen i forhold til alle EØS-lande. I C-284/09 Kommissionen mod Tyskland nedlagde Kommissionen imidlertid kun påstand om at de tyske regler udgjorde et brud på EØS-aftalen i forhold til Norge og Island, som Tyskland havde DBO'er med.

EU-domstolen henviser i C-284/09 (Tyskland) til sag C-540/07 (Italien) men alene som begrundelse for at selv om direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, skal disse dog udøve denne under overholdelse af EU-retten, hvilket er fast praksis.

At hverken Kommissionen eller EU-domstolen i C-284/09 (Tyskland) forholder sig til Liechtenstein på trods af, at Liechtenstein er behandlet i sag C-540/07 (Italien) må derfor efter Skattestyrelsens opfattelse indebære, at der er skabt berettiget tvivl om, hvorvidt den praksis, som C-540/07 (Italien) er udtryk for, fortsat skal anses for gældende ret for så vidt angår Liechtenstein.

Hertil kommer, at EU-domstolen i C-540/07 (Italien) frikender Italien for overtrædelse af EØS-aftalen allerede fordi det tvingende almene hensyn at bekæmpe skattevig fandt anvendelse. Domstolen konkluderede, at de italienske regler isoleret betragtet var en overtrædelse af EØS-aftalens bestemmelser om kapitalens fri bevægelighed og etableringsfriheden, men domstolen foretog ikke en dybere analyse af, om der var særlige forhold fx i Liechtenstein som gjorde, at der i forhold til Liechtenstein konkret ikke var tale om en restriktion alligevel. Domstolen undersøgte heller ikke nærmere, om der eventuelt var andre tvingende almene hensyn end bekæmpelsen af skattevig, som kunne begrunde de italienske regler i forhold til Liechtenstein.

3.4. Anti-misbrugsbestemmelser

I henhold til EU-domstolens praksis kan EU-traktatens frihedsrettigheder ikke påberåbes i situationer, hvor der er tale om misbrug af EU-retten til at opnå fordele, som ikke svarer til de reelle, økonomiske omstændigheder.

Se hertil EU-domstolens dom af 26. februar 2019 i de forenede sager C-116/16 og C-117/16 Skatteministeriet mod T Danmark og Y Denmark ApS. Det følger således af dommens præmis 81, at en skattepligtig person "ikke kan indrømmes en ret eller en fordel, der følger af EU-retten, såfremt den omhandlede transaktion økonomisk set er et rent kunstigt arrangement, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning."

Det følger endvidere af dommens præmis 100, at "en koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse, kan anses for et kunstigt arrangement."

Ligningslovens § 3 medfører, at der skal ses bort fra arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, dvs. som ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Endelig er det Skattestyrelsens opfattelse, at hverken moder-/datterselskabsdirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomsterne afskærer Danmark fra at indeholde kildeskat på udbytter til udlandet, hvis modtageren af udbytterne ikke er den retmæssige ejer. Se Den juridiske vejledning 2020-2, afsnit C. D. 8.10.5. Dette må efter Skattestyrelsens opfattelse også gælde i forhold til EØS-medlemslandene.

Begrebet retmæssig ejer fortolkes i dansk ret i overensstemmelse med den internationale forståelse, der er kommet til udtryk i blandt andet kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, jf. Østre Landsrets dom i SKM2012. 121. ØLR. Vurderingen af, hvem der kan anses for retmæssig ejer (beneficial owner) er en transaktionsbestemt vurdering, der skal foretages for hver enkelt udbytteudlodning.

Som beskrevet ovenfor er det Skattestyrelsens opfattelse, at hverken EU-traktaten eller EØS-aftalen forhindrer Danmark i at beskatte udbytter fra et dansk datterselskab til et moderselskab i Liechtenstein.

Skattestyrelsen har derfor ved denne indstilling ikke taget stilling til, om der i den konkrete sag er tale om et tilfælde af misbrug, hvor EU-traktaten og EØS-aftalens frihedsrettigheder ikke kan påberåbes. Skattestyrelsen har heller ikke taget stilling til, om ligningslovens § 3 vil kunne finde anvendelse, såfremt det måtte følge af EU-traktaten og EØS-aftalen, at Danmark ikke har ret til at beskatte udbytter til moderselskaber i Liechtenstein.

Endelig har Skattestyrelsen ikke taget stilling til, om H1 AG kan anses for at være retmæssig ejer af udbyttet. Dette vil i øvrigt som nævnt ovenfor være en konkret vurdering i forhold til hver enkelt udbytteudlodning.

3.5. Proportionalitet

Repræsentanten har henvist til, at en beskatning af udbytter til Liechtenstein i alle tilfælde ikke lever op til proportionalitetskravet, dvs. at reglen skal være egnet til at sikre det formål, som lovgivningen forfølger, og at den ikke går videre end nødvendigt for at nå målet.

Det er således repræsentantens opfattelse, at ligningslovens § 3 indeholder et tilstrækkeligt værn mod konkrete misbrugstilfælde, og at en beskatning af udbytter i alle situationer går videre end nødvendigt for at forhindre misbrug.

Skattestyrelsen skal hertil bemærke, at da skattesystemet i Liechtenstein efter Skattestyrelsens opfattelse afviger fundamentalt fra det danske skattesystem, og ikke sikrer en sådan to-leddet beskatning af indkomsten, som udgør en grundlæggende forudsætning for skattefrihed for udbytter til moderselskaber efter det danske system, så er der ikke tale om at der i konkrete tilfælde kan være en risiko for misbrug. Det er derimod helt generelt, at skattesystemet i Liechtenstein ikke lever op til de forudsætninger, som skattefriheden for udbytter efter dansk ret hviler på. Derfor er det efter Skattestyrelsens opfattelse ikke disproportionalt at beskatte udbytter til moderselskaber i Liechtenstein, således som det er foreskrevet i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Indstilling

Skattestyrelsen indstiller, at spørgsmål 1 besvares med "Nej".

Skatterådets afgørelse og begrundelse

Skatterådet tiltræder Skattestyrelsens indstilling og begrundelse.

Lovgrundlag, forarbejder og praksis

Spørgsmål 1

Lovgrundlag

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c

Stk. 1. Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de

a) ...

b) ...

c) oppebærer udbytte omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2. 1. pkt. omfatter ikke udbytte fra investeringsselskaber, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19, og udbytte fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, jf. ligningslovens § 16 C, dog forudsat at investeringsselskabet henholdsvis investeringsinstituttet ved investering i danske aktier eller andele har betalt en indkomstskat på 15 pct. af modtaget udbytte. 2. pkt. omfatter ikke udbytte af egne aktier, udbytte af aktier i investeringsselskabets henholdsvis investeringsinstituttets administrationsselskab, udbytte fra et investeringsselskab, jf. § 3, stk. 1, nr. 19, og udbytte fra et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. § 1, stk. 1, nr. 5 c, hvis dette har valgt beskatning af udbytter eller efter vedtægterne ikke kan investere i aktier eller andele i selskaber m.v., der er hjemmehørende her i landet. Uanset 3. pkt. må investeringsinstituttet eje aktier i det administrationsselskab, som forestår instituttets administration. Som udbytte behandles tillige tilskud til koncernforbundne selskaber, jf. § 31 D, hvis tilskudsmodtageren, såfremt denne var moderselskab til tilskudsyderen, ville være skattepligtig af udbytte efter denne bestemmelse. Skattepligten omfatter ikke udbytte af datterselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte af koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 B, der ikke er datterselskabsaktier, når det udbyttemodtagende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier. Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte, som oppebæres af deltagere i moderselskaber, der er optaget på listen over de selskaber, der er omhandlet i artikel 2, litra a, nr. i, i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, men som ved beskatningen her i landet anses for at være transparente enheder. Det er en betingelse, at selskabsdeltageren ikke er hjemmehørende her i landet. 6. og 7. pkt. finder ikke anvendelse, hvis udbyttet fra det danske selskab er en videreudlodning af udbytte, som dette selskab har modtaget direkte eller indirekte af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A og 4 B, i et selskab hjemmehørende i udlandet, og det danske selskab ikke var retmæssig ejer af det modtagne udbytte. Dette gælder dog ikke, hvis beskatningen af udbytteudlodningen fra det danske selskab skal frafaldes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU.

Selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2

Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke:

1) ...

2) Udbytte, som de i § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 3 a-5 b, nævnte selskaber og foreninger mv. modtager af aktier eller andele i selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j og 3 a-5 b, eller selskaber hjemmehørende i udlandet. Dette gælder dog kun udbytter af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A og 4 B. 1. pkt. omfatter ikke udbytter, i det omfang det udbyttegivende selskab har fradrag for udlodningen. Bestemmelsen i 1. pkt. omfatter heller ikke udbytte, i det omfang et datterselskab på et lavere ejerniveau har haft fradrag for udbytteudlodningen, uden at fradraget er modsvaret af beskatning af udbytteudlodningen til et mellemliggende niveau. Bestemmelsen

i 1. pkt. omfatter ikke udbytte vedrørende aktier som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 19 A. Bestemmelserne i 1.-5. pkt. finder tilsvarende anvendelse, hvis udbyttetagere er et tilsvarende selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 2, stk. 1, litra a, og selskabet eller foreningen m.v. er hjemmehørende i en fremmed stat, der er medlem af EU eller EØS, på Færøerne eller i Grønland eller en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Ved bedømmelsen af, om et selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 2, stk. 1, litra a, opfylder betingelsen i 2. pkt., medregnes samtlige aktiebesiddelser, som selskabet eller foreningen m.v. har i det udbyttegivende selskab.

EØS-aftalen artikel 31

1. Inden for rammerne af denne aftales bestemmelser skal statsborgere i en EF-medlemsstat og en EFTA-stat frit kunne etablere sig på en hvilken som helst anden af disse staters områder. Dette gælder også for oprettelse af agenturer, filialer og datterselskaber, som foretages af statsborgere i en EF-medlemsstat eller en EFTA-stat, der er etableret på en af disse staters område.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitel 4 indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 34, stk. 2, anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.

2. Bilag VIII-XI indeholder særlige bestemmelser om etableringsretten.

TEUF artikel 49

Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.

Gesetz vom 23. September 2010 über die Landes- und Gemeindesteuern (Steuergesetz; SteG), artikel 54 (kilde: www.gesetze.li)

1) Als geschäftsmässig begründete Aufwendung gilt auch die angemessene Verzinsung des modifizierten Eigenkapitals in Höhe des Sollertrags nach Massgabe des Art. 5 (Eigenkapital-Zinsabzug). Durch den Eigenkapital-Zinsabzug kann kein laufender Verlust entstehen oder sich erhöhen.

2) Das modifizierte Eigenkapital umfasst das einbezahlte Grund-, Stamm- oder Anteilskapital und die eigenes Vermögen darstellenden Reserven. Von diesem sind in Abzug zu bringen:

- a) eigene Anteile;
- b) Beteiligungen an juristischen Personen;
- c) nicht betriebsnotwendiges Vermögen;
- d) ein Abzug von 6 % aller Vermögenswerte unter Ausschluss der Vermögenswerte gemäss Bst. a bis c.

Die Bewertung erfolgt auf den Beginn des Geschäftsjahres; dabei sind die Zu- und Abgänge des laufenden Geschäftsjahres zu berücksichtigen. Ist das modifizierte Eigenkapital negativ, beträgt der Eigenkapital-Zinsabzug 0 Franken.

3) Von dem gemäss Abs. 1 und 2 ermittelten Eigenkapital-Zinsabzug ist bei Forderungen gegenüber Anteilseignern, Errichtern und Begünstigten sowie diesen nahestehenden Personen, welche unter dem Eigenkapital-Zinssatz verzinst sind, die Differenz der tatsächlichen Verzinsung zur Verzinsung zum Eigenkapital-Zinssatz in Abzug zu bringen. Kein Abzug ist jedoch vorzunehmen, sofern die Forderungen aus der operativen Haupttätigkeit der juristischen Person stammen.

4) Werden Beteiligungen an juristischen Personen, die einen Eigenkapital-Zinsabzug nach den Bestimmungen dieses Gesetzes oder einen diesem in der Wirkung vergleichbaren Abzug geltend machen, mit Fremdkapital finanziert, erfolgt eine steuerwirksame Aufrechnung im Umfang des Sollertrags dieser Fremdfinanzierung, maximal jedoch in der Höhe des von der Beteiligung geltend gemachten Eigenkapital-Zinsabzuges. Die massgebende Fremdfinanzierung ergibt sich durch den Abzug eigener Anteile und Beteiligungen nach Satz 1 vom Eigenkapital nach Abs. 2 Satz 1.

5) Im Falle der folgenden Transaktionen wird der Eigenkapital-Zinsabzug nicht gewährt, es sei denn, der Steuerpflichtige weist nach, dass die Transaktionen nicht aus steuerlichen, sondern aus wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründen erfolgten:

- a) Geld- und Sacheinlagen von nahe stehenden Personen, soweit nicht bereits von Abs. 2 Bst. c erfasst;
 - b) Erwerb von Betrieben oder Teilbetrieben, die von verbundenen Unternehmen gehalten werden;
 - c) Übertragung von Beteiligungen an nahe stehende oder von nahe stehenden Personen.
- 6) Die Regierung regelt das Nähere mit Verordnung.

Verordnung vom 21. Dezember 2010 über die Landes- und Gemeindesteuern (Steuerverordnung; SteV), artikel 32a (kilde: www.gesetze.li)

1) Als nicht betriebsnotwendiges Vermögen gelten Vermögenswerte, die nicht überwiegend dem tatsächlichen Unternehmensgegenstand dienen, insbesondere Luxus- und Kunstgegenstände, Landreserven sowie übermässige Liquiditätsreserven.

2) Eine übermässige Liquiditätsreserve wird bei operativ tätigen Unternehmen vorbehaltlich Abs. 3 in dem Umfang vermutet, als aufgrund folgender Berechnung ein positiver Saldo erzielt wird:

	Bilanzposten	Bewertung zu
	kurzfristige Forderungen, Rechnungsabgrenzungsposten und flüssige Mittel	100 %
abzüglich	kurzfristige Verbindlichkeiten und Rechnungsabgrenzungsposten gegenüber Dritten	160 %
abzüglich	kurzfristige Verbindlichkeiten gegenüber nahe stehenden Personen	100 %

Nicht zu den kurzfristigen Verbindlichkeiten und Rechnungsabgrenzungsposten gehören Anzahlungen und Umsatzabgrenzungen.

- 3) Bei operativ tätigen Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als 10 000 000 Franken wird eine übermäßige Liquiditätsreserve in dem Umfang, als die flüssigen Mittel 25 % des Nettoumsatzerlöses überschreiten oder im Umfang des positiven Saldos nach Abs. 2 vermutet. Massgebend ist der tiefere der beiden Werte.
- 4) Beschlossene Ausschüttungen werden von den übermäßigen Liquiditätsreserven nach Abs. 2 und 3 in Abzug gebracht.
- 5) Die Bestimmungen nach Abs. 2 bis 4 gelten nicht für Banken, Versicherungen sowie Holding- und Finanzgesellschaften

Forarbejder

Rådets direktiv af 2011-11-30 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (2011/96) (moder-/datterselskabsdirektivet)

Art. 2.

I dette direktiv forstås ved:

- a) »selskab i en medlemsstat«: ethvert selskab
- i) der er organiseret i en af de former, der er anført i bilag I, Del A
- ii) som ifølge skattelovgivningen i en medlemsstat anses for at være skattemæssigt hjemmehørende i denne medlemsstat, og som i henhold til en overenskomst om dobbeltbeskatning med et tredjeland ikke anses for at være hjemmehørende uden for Unionen
- iii) som desuden uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af en af de former for skat, som er anført i bilag I, del B, eller af enhver anden form for skat, der træder i stedet for en af disse former for skat

Bilag I, Del A:

Liste over de selskaber, der er omhandlet i artikel 2, litra a), nr. i

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) ...
- e) De selskaber, der i dansk ret benævnes »aktieselskab« og »anpartsselskab«. Andre selskaber, der er skattepligtige i henhold til selskabsskatteloven, forudsat at deres skattepligtige indkomst beregnes og beskattes i henhold til de almindelige skatteregler, der gælder for »aktieselskaber«
- f) ...

Bilag I, del B:

Liste over de former for skat, der er omhandlet i artikel 2, litra a), nr. iii

- ...

- selskabsskat i Danmark
- ...

Lovforslag L 99 af 10. november 2000 (lov nr. 282 af 25. april 2001)

ALMINDELIGE BEMÆRKNINGER

Lovforslaget genindfører 25 pct. kildeskat på udbytte, som et dansk datterselskab betaler til dets udenlandske moderselskab. Dette sker dog kun i de tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i et land, som ikke er medlem af EU, eller i et land, som Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Efter de gældende regler er der ingen dansk skat på udbytte, som et dansk selskab udlodder til dets udenlandske moderselskab, uanset hvor moderselskabet er hjemmehørende. Uden for moder/datterselskabsforhold opkræves der 25 pct. skat på udbytte, der udloddes af et dansk selskab til dets udenlandske aktionærer.

De nuværende holdingregler blev indført ved lov nr. 1026 af 23. december 1998 om ændring af forskellige skattelove (international beskatning af udbytter og aktieavancer m.v.). Ved denne lov blev alle udbytter fra udenlandske datterselskaber gjort skattefri uanset beskatningen i udlandet, og kildeskatten på udgående udbytter til udenlandske moderselskaber blev ophævet uden hensyn til, hvor det udenlandske moderselskab er beliggende. Samtidig blev CFC-beskatningen udvidet, således at ejerbetingelserne for CFC-beskatningen kom til at svare til ejerbetingelsen for skattefrihed for skattefri udbytter, nemlig 25% af aktiekapitalen. CFC-beskatning medfører, at et dansk moderselskab beskattes efter danske regler af dets udenlandske datterselskabs finansielle indtægter, såfremt den udenlandske beskatning er væsentlig lavere end her i landet.

Baggrunden for 1998-forslaget var, at de tidligere holdingregler var vanskelige at administrere og gav et lille provenu.

Når et dansk datterselskab udloddede udbytte til et udenlandsk moderselskab, skulle moderselskabet efter de tidligere gældende regler i teorien betale 25 pct. dansk skat af udbyttet, men skatten skulle næsten altid ophæves eller nedsættes. Hvis moderselskabet var hjemmehørende i et andet EU-land, må Danmark efter moder/datterselskabsdirektivet ikke beskatte udbyttet. Hvis moderselskabet var hjemmehørende i et andet land, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, skulle Danmark nedsætte skatten fra 25 pct. til den sats, der var aftalt i den pågældende overenskomst, typisk 5 - 10 pct.

Lov nr. 1026 af 23. december 1998 ophævede derfor beskatningen af udbytte, som et udenlandsk moderselskab modtog fra dets danske datterselskab, uanset hvor moderselskabet er hjemmehørende. Herefter sker der ikke dansk beskatning af udbytte fra et dansk datterselskab til dets udenlandske moderselskab udover den skat, som datterselskabet har betalt af dets overskud.

Erfaringen har imidlertid vist, at de ny regler åbnede op for etablering af danske holdingselskaber, som alene har til formål at omgå andre landes beskatning, og at denne mulighed er blevet markedsført af danske skatterådgivere i udlandet. I tilfælde, hvor et datterselskab i f.eks. et EU-land er ejet af et moderselskab i et skattely uden dobbeltbeskatningsoverenskomster, kan koncernen ofte undgå den beskatning, som det førstnævnte land ville gennemføre ved direkte udlodning af udbytter fra datterselskabet i dette land til dets udenlandske moderselskab ved at indskyde et dansk holdingselskab.

Lovforslaget om at genindføre udbytteskatten for moderselskaber i ikke-EU-lande uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark er også et bidrag til de internationale bestræbelser på at modvirke skadelig skattekonkurrence eller skadelig skattepraksis, som foregår både i EU-regi og i OECD-regi.

EU-landene vedtog på ECOFIN-Rådet den 1. december 1997 en adfærdskodeks for erhvervsbeskatning. Kodeksen er en politisk aftale om, at et EU-land ikke må have særregler om skattebegunstigelse, der skal tiltrække investeringer fra udlandet og derfor er isoleret fra landets indenlandske økonomi. Kodeksen opstiller kriterier for, hvornår en skattemæssig ordning anses som skadelig.

En særlig adfærdskodeks-gruppe har undersøgt 271 nuværende skatteordninger i EU-landene (samt i afhængige eller tilknyttede områder), der kan være omfattet af kodeksen. Gruppens flertal har peget på 66 ordninger, som flertallet anser for at stride mod kodeksen, og som derfor hurtigst muligt skal ophæves eller ændres, så de skadelige virkninger af ordningerne fjernes (rollback).

ECOFIN-Rådet skal den 27. november 2000 tage stilling til rollback for de 66 ordninger.

De danske holdingregler er blandt de ordninger, som adfærdskodeksgruppens flertal nævner.

Danmark har erklæret sig uenig i denne vurdering, idet Danmark ikke er af den opfattelse, at helt generelle regler er i strid med kodeksens kriterier.

Men Danmark støtter en hurtig gennemførelse af adfærdskodeksen. Desuden må det erkendes, at kodeksen er en politisk aftale, der også skal fortolkes ud fra dens intentioner.

De danske holdingregler adskiller sig fra andre landes tilsvarende regler derved, at de danske regler medfører skattefritagelse både for udbyttebetalinger fra et udenlandsk datterselskab og for udbyttebetalinger til et udenlandsk moderselskab. Det medfører som nævnt, at de danske regler kan anvendes til at udhule andre landes beskatning. Andre lande, som beskatter udbytter fra selskaber i disse lande til moderselskaber i skattely-lande, er derfor utilfreds med, at deres beskatning kan omgås ved hjælp af de danske holdingregler.

Det foreslås derfor som et bidrag fra dansk side til at modvirke brugen af skattely og for at imødekomme udenlandsk kritik at genindføre skatten på 25 pct. af udbyttebetalinger fra et dansk datterselskab til dets udenlandsk moderselskab, men kun i tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i et land uden for EU eller i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Praksis

C-269/09 EU-domstolens dom af 12. juli 2012

Europa-Kommissionen mod Kongeriget Spanien

Dommen konkluderede, at Spaniens regler om fraflytningsbeskatning var i strid med EU-traktatens regler om arbejdskraftens fri bevægelighed og etableringsfriheden. Reglerne var dog ikke i strid med de tilsvarende bestemmelser i EØS-aftalen, da Spanien ikke havde indgået aftaler med Norge, Island eller Liechtenstein om gensidig bistand til opkrævning eller inddrivelse af skatter. De spanske regler gik derfor i relation til EØS-landene ikke ud over, hvad der var nødvendigt for at opnå formålet om at sikre en effektiv skattekontrol og bekæmpe skatteunddragelse.

EU-Domstolen udtaler i præmis 94-100:

"94 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØS-aftalens art. 28 og 31 vedrørende henholdsvis arbejdskraftens frie bevægelighed og etableringsfriheden, idet det har vedtaget og opretholdt art. 14, stk. 3, i lov nr. 35/2006.

95 Det skal indledningsvis bemærkes, at de nævnte bestemmelser i EØS-aftalen svarer til bestemmelserne i art. 39 EF og 43 EF, således at de betragtninger vedrørende disse artikler, der er anført i denne doms præmis 51-64, i princippet ligeledes finder anvendelse på de tilsvarende artikler i EØS-aftalen.

96 Det må imidlertid fastslås, at hvad angår begrundelsen vedrørende behovet for at sikre en effektiv opkrævning af skattegælden, eksisterer de rammer for samarbejde mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder, som er indført ved direktiv 76/308, 77/799 og 2008/55, ikke mellem disse myndigheder og de kompetente myndigheder i et tredjeland, når dette ikke har påtaget sig en forpligtelse til at yde gensidig bistand (jf. bl.a. dom af 5/5 2011, sag C-267/09, Kommissionen mod Portugal (SU 2011, 231), endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 55).

97 Det må i denne forbindelse konstateres, at Kongeriget Spanien har gjort gældende, at det ikke har indgået en bilateral traktat med Kongeriget Norge og heller ikke med Republikken Island eller Fyrstendømmet Liechtenstein om gensidig bistand til opkrævning eller inddrivelse af skatter. I tilfælde af, at en skattepligtig flytter sin bopæl til en af disse stater, der har tiltrådt EØS-aftalen, fremgår det ikke, at de spanske myndigheder råder over noget middel, der gør det muligt at drage fordel af et effektivt samarbejde med myndighederne i disse stater.

98 Ved i sine bemærkninger til besvarelse af interventionsindlæg fra Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Nederlandene og Den Portugisiske Republik at begrænse sig til på helt generel vis at nævne de overenskomster, der er indgået mellem Kongeriget Spanien og de stater, der har tiltrådt EØS-aftalen, men som ikke er EU-medlemsstater, har Kommissionen endvidere ikke godtgjort, at disse overenskomster effektivt fastsætter mekanismer til udveksling af oplysninger, der er tilstrækkelige til at prøve og kontrollere erklæringer, der fremlægges af skattepligtige, der er hjemmehørende i disse stater.

99 Under disse omstændigheder må det fastslås, at forpligtelsen for skattepligtige, som flytter deres bopæl til udlandet, til at medregne al indkomst, som ikke er blevet beskattet, i beskatningsgrundlaget vedrørende det seneste skatteår, hvor de er blevet anset for at være hjemmehørende skattepligtige, for så vidt som den vedrører skattepligtige, der er bosiddende i stater, der har tiltrådt EØS-aftalen, mens som ikke er EU-medlemsstater, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet om at sikre en effektiv skattekontrol og bekæmpe skatteunddragelse.

100 Kongeriget Spanien bør derfor frifindes for så vidt angår påstanden om, at der foreligger en tilsidesættelse af forpligtelser, der påhviler det i henhold til EØS-aftalens art. 28 og 31."

C-284/09 EU-domstolens dom af 20. oktober 2011

Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland

Dommen konkluderede, at Tysklands regler om beskatning af udbytter til udenlandske moderselskaber var i strid med EU-traktatens regler om kapitalens fri bevægelighed samt de tilsvarende regler i EØS-aftalen for så vidt angår Island og Norge.

Domstolen udtaler i præmis 16 og 95-99:

"16 De dobbeltbeskatningsoverenskomster, som Forbundsrepublikken Tyskland har indgået med samtlige medlemsstater samt med Republikken Island og Kongeriget Norge, fastsætter bestemmelser om modregning af den kildeskat, der er opkrævet i Tyskland, i den skyldige skat i den medlemsstat, hvor

moderselskabet er etableret. Skattegodtgørelsen kan ikke overstige den del af skatten - beregnet inden modregningen - som vedrører indtægter hidrørende fra Tyskland, og disse overenskomster foreskriver ikke en tilbagebetaling af et eventuelt skatte tilgodehavende for differencen mellem skattebyrden i den pågældende medlemsstat og den kildeskat, der er indeholdt i Tyskland.

95 Et af hovedformålene med EØS-aftalen er at opnå den videst mulige gennemførelse af den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital inden for hele EØS, således at det indre marked, der består på Unionens område, kan blive udstrakt til EFTA-staterne. I dette perspektiv har flere af bestemmelserne i aftalen til formål at sikre en så ensartet fortolkning som mulig af aftalen inden for hele EØS (jf. udtalelse 1/92 af 10.4.1992, Sml. I, s. 2821). Det tilkommer herved Domstolen at sørge for, at de bestemmelser i EØS-aftalen, der i det væsentlige er identiske med bestemmelserne i traktaten, fortolkes ensartet inden for medlemsstaterne (dom af 23.9.2003, sag C-452/01, *Ospelt og Schlössle Weissenberg*, Sml. I, s. 9743, præmis 29, og dommen i sagen *Kommissionen mod Italien*, præmis 65).

96 Heraf følger, at selv om restriktioner for de frie kapitalbevægelser mellem statsborgere i stater, der er parter i EØS-aftalen, skal vurderes i henhold til aftalens artikel 40 og bilag XII, har disse bestemmelser samme retlige indhold som de i det væsentlige identiske bestemmelser i artikel 56 EF (jf. dom af 11.6.2009, sag C-521/07, *Kommissionen mod Nederlandene*, Sml. I, s. 4873, præmis 33, og dommen i sagen *Kommissionen mod Italien*, præmis 66).

97 Som det er fastslået i denne doms præmis 49, udsættes modtagende selskaber, der er etableret i Tyskland, ikke for den skattebyrde, der følger af kildebeskatning af udbytte, som udloddes til dem af deres datterselskaber.

98 Hvad angår udbytte, som betales til selskaber, der er etableret i Island og Norge, anses kildeskatten i henhold til tysk skatteret for endeligt erlagt.

99 På baggrund af de grunde, der er fremført under prøvelsen af søgsmålet med hensyn til artikel 56, stk. 1, EF, må det følgelig fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØS-aftalens artikel 40, idet den undergiver udbytte, der udloddes til et selskab, der er etableret i Island eller Norge, en i økonomisk forstand højere beskatning end udbytte, der udloddes til et selskab, der har hjemsted på dens område."

C-448/15 EU-Domstolens dom af 8. marts 2017

Belgien mod Wereldhave NV m.fl.

Dommen konkluderede, at Belgien havde ret til at beskatte udbytter til nederlandske investeringsinstitutter, som under visse omstændigheder kunne undgå at betale selskabsskat i Nederlandene.

Domstolen udtaler i præmis 29-43:

"29 Parterne i hovedsagen er uenige om, hvorvidt den tredje betingelse, som er fastsat i samme direktivs artikel 2, litra c), hvorefter det pågældende selskab desuden uden valgmulighed og uden fritagelse skal være omfattet af en af de former for skat, der er opregnet i denne bestemmelse, herunder vennootschapsbelasting i Nederlandene, eller enhver anden form for skat, der træder i stedet for en af disse former for skat, er opfyldt i den i hovedsagen omhandlede situation.

30 Det skal derfor afgøres, om denne betingelse er opfyldt, når det pågældende selskab er omfattet af en sådan form for skat med en nulsats på den betingelse, at hele dets overskud udloddes til dets aktionærer.

31 Det bemærkes i denne henseende, at artikel 2, litra c), i direktiv 90/435 indeholder et positivt kvalifikationskriterium, nemlig at være omfattet af den pågældende skat, og et negativt kvalifikationskriterium, nemlig at være uden fritagelse for denne skat og uden valgmulighed.

32 Angivelsen af disse to kriterier - det ene positivt, det andet negativt - fører til den antagelse, at betingelsen i nævnte direktivs artikel 2, litra c), ikke alene kræver, at et selskab er omfattet af anvendelsesområdet for den pågældende skat, men tilsigter ligeledes at udelukke de situationer, der indeholder den mulighed, at selskabet, til trods for at være omfattet af denne skat, ikke reelt skal betale den nævnte skat.

33 Selv om et selskab, der er omfattet af en skat med en nulsats på den betingelse, at hele dets overskud udloddes til dets aktionærer, ikke er fritaget for en sådan skat, befinder det sig imidlertid i praksis i samme situation som den, som betingelsen i artikel 2, litra c), tilsigter at udelukke, nemlig den situation, hvor selskabet ikke skal betale skatten.

34 At den nationale lovgivning indeholder en bestemmelse, hvorefter en bestemt kategori af selskaber under visse omstændigheder kan være berettiget til en skatteprocent på nul, svarer nemlig til - således som generaladvokaten har anført i punkt 43 og 44 i sit forslag til afgørelse - at disse selskaber ikke undergives denne skat (jf. ligeledes dom af 20.5.2008, Orange European Smallcap Fund, C-194/06, EU:C:2008:289, præmis 33 og 34).

35 En sådan fortolkning er i overensstemmelse med opbygningen af direktiv 90/435 og det formål, der forfølges hermed, om at sikre en skattemæssig neutralitet for udlodning af udbytte fra et datterselskab med hjemsted i en medlemsstat til dets moderselskab med hjemsted i en anden medlemsstat ved at fjerne dobbeltbeskatning af disse udbytter.

36 Nævnte direktiv har nemlig til formål at forhindre dobbeltbeskatning af det udbytte, som datterselskaber udlodder til moderselskaber (jf. bl.a. dom af 3.4.2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel, C-27/07, EU:C:2008:195, præmis 27, af 22.12.2008, Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, præmis 37, og af 1.10.2009, Gaz de France - Berliner Investissement, C-247/08, EU:C:2009:600, præmis 57) ved hjælp af de mekanismer, der er fastsat i artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 90/435.

37 For det første bestemmer artikel 4, stk. 1, i direktiv 90/435 således, at når et moderselskab som selskabsdeltager fra sit datterselskab modtager udbytte, skal den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, enten undlade at beskatte dette udbytte eller give selskabet tilladelse til fra skattebeløbet at trække den del af datterselskabets skat, der vedrører dette udbytte, og i givet fald det kildeskattebeløb, der er opkrævet af den medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, dog højst den tilsvarende nationale skat (dom af 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 102, og af 3.4.2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel, C-27/07, EU:C:2008:195, præmis 25).

38 For det andet indeholder artikel 5, stk. 1, i direktiv 90/435 en bestemmelse, hvorefter der ved udlodning af udbytte til moderselskabet sker fritagelse for kildeskat i den medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, i det mindste når moderselskabet mindst besidder 25% af kapitalen i datterselskabet (dom af 3.4.2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel, C-27/07, EU:C:2008:195, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

39 Dette direktivs mekanismer er således udformet med henblik på de situationer, hvor medlemsstaternes udøvelse af deres beskatningbeføjelse kunne føre til - såfremt mekanismerne ikke fandt anvendelse - at udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, undergives dobbeltbeskatning.

40 Når et moderselskab, ligesom de i hovedsagen omhandlede udloddende investeringsinstitutter, i medfør af lovgivningen i den medlemsstat, hvor det har hjemsted, er berettiget til en skatteprocent på nul

for hele sit overskud på den betingelse, at dette overskud fuldt ud udloddes til dets aktionærer, er risikoen for dobbelt beskatning hos moderselskabet af det udbytte, som dets datterselskab har udloddet til det, imidlertid udelukket.

41 Henset til samtlige de ovenstående betragtninger må det følgelig fastslås, at et selskab, der ligesom de i hovedsagen omhandlede udloddende investeringsinstitutter, er undergivet en selskabsbeskatning med en nulsats på den betingelse, at hele deres overskud udloddes til dets aktionærer, ikke opfylder betingelsen i artikel 2, litra c), i direktiv 90/435 og derfor ikke er omfattet af begrebet »selskab i en medlemsstat« i dette direktivs forstand.

42 Udlodning af udbytte fra et datterselskab med hjemsted i en medlemsstat til et sådant selskab med hjemsted i en anden medlemsstat er under sådanne omstændigheder ikke omfattet af nævnte direktiv.

43 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at direktiv 90/435 skal fortolkes således, at dets artikel 5, stk. 1, ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter der opkræves forskudsskat af det udbytte, som et datterselskab med hjemsted i en medlemsstat udlodder til et udloddende investeringsinstitut med hjemsted i en anden medlemsstat, som er undergivet en selskabsbeskatning med en nulsats på den betingelse, at hele dets overskud udloddes til dets aktionærer, eftersom et sådant investeringsinstitut ikke udgør et »selskab i en medlemsstat« i dette direktivs forstand."

C-28/17 EU-Domstolens dom af 4. juli 2018

NN A/S mod Skatteministeriet

Dommen omhandlede de danske regler, som ikke tillod fradrag i sambeskatningsindkomsten for underskud i udenlandske koncernselskabers faste driftssteder i Danmark, hvis det pågældende underskud kunne medregnes i det udenlandske koncernselskabs indkomstopgørelse. Domstolen konkluderede, at de danske regler kunne være i strid med EU-traktatens regler om etableringsfriheden, hvis anvendelsen af reglen medførte, at den pågældende koncern blev frataget enhver reel mulighed for at fradrage det pågældende underskud i sin samlede indkomst, når en modregning af dette underskud i det udenlandske koncernselskabs indkomst ikke var mulig.

Domstolen udtaler i præmis 17-18 og 29-31:

"17 Etableringsfriheden, som artikel 49 TEUF anerkender for borgerne i Den Europæiske Union, omfatter i henhold til artikel 54 TEUF en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, til at udøve virksomhed i andre medlemsstater via et datterselskab, en filial eller et agentur.

18 For at en medlemsstats lovgivning kan udgøre en hindring for etableringsfriheden for selskaber, er det en forudsætning, at den fører til en forskelsbehandling til skade for selskaber, der udøver denne frihed, at denne forskelsbehandling vedrører situationer, der er objektivt sammenlignelige, og at den ikke er begrundet i tvingende almene hensyn eller står i rimeligt forhold til dette mål (jf. i denne retning dom af 25.2.2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, præmis 20).

29 I denne henseende skal det fastslås, at den i hovedsagen omhandlede skattelovgivning faktisk medfører en forskelsbehandling. Den skattemæssige behandling af en dansk koncern, der har et fast driftssted i Danmark via et ikke-hjemmehørende datterselskab, er i henhold til selskabsskatteovens § 31, stk. 2, andet punktum, mindre fordelagtig end behandlingen af en koncern, hvori alle selskaberne har deres hjemsted i Danmark.

30 Denne forskelsbehandling kan gøre det mindre attraktivt at udøve etableringsfriheden ved oprettelsen af datterselskaber i andre medlemsstater. Den er imidlertid kun uforenelig med traktatens bestemmelser, hvis den vedrører objektivt sammenlignelige situationer.

31 Det bemærkes, at sammenligneligheden af en grænseoverskridende situation med en national situation ifølge Domstolens praksis skal vurderes under hensyntagen til, hvilket formål der forfølges med de omhandlede nationale bestemmelser (dom af 25.2.2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, præmis 22, af 12.6.2014, SCA Group Holding m.fl., C-39/13 - C-41/13, EU:C:2014:1758, præmis 28, af 22.6.2017, Bechtel, C-20/16, EU:C:2017:488, præmis 53, og af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 32)."