



ØSTRE LANDSRET DOM

afsagt den 19. april 2024

Sag BS-34045/2020-OLR
(8. afdeling)

Nets Denmark A/S
(advokat Jakob Skaadstrup Andersen)

mod

Skatteministeriet
(advokat Bodil Marie Søes Petersen)

Landsdommerne Frosell, Jacob Waage og Katja Høegh har deltaget i sagens afgørelse.

Sagen er anlagt ved Retten i Glostrup den 19. maj 2020. Ved kendelse af 1. september 2020 er sagen henvist til behandling ved landsretten efter retsplejelovens § 226, stk. 1.

I juni 2016 solgte Teller A/S (nu Nets Denmark A/S – i det følgende Nets Denmark) en aktie i det britiske selskab, Visa Europe Limited, til Visa Inc.

Den 15. september 2016 anmodede Nets Denmark (dengang Teller A/S) skattemyndighederne om bindende svar på i alt fem spørgsmål vedrørende de skattemæssige konsekvenser af salget af Teller A/S' ejerandel i Visa Europe Limited.

Spørgsmål nr. 1, som denne sag angår, er sålydende:

”Kan SKAT bekræfte, at vederlaget, som Teller A/S modtager i forbindelse med salget af Visa Europe Ltd. til Visa Inc. er skattefrit?”

Ved afgørelse af 23. maj 2017 svarede Skatterådet "nej" til spørgsmålet med den begrundelse, at Teller A/S' besiddelse af aktien i Visa Europe Ltd. ikke kunne anses for omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 4 C. Afgørelsen herom er stadfæstet af Landsskatteretten ved kendelse af 20. februar 2020.

Sagen drejer sig om, hvorvidt vederlaget ved salget i juni 2016 af Teller A/S' aktie i Visa Europe Limited til Visa Inc. er skattefrit i medfør af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 1 og 3. Der er i sagen spørgsmål om fortolkningen af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, og om selskabet Visa Europe Limited svarer til et dansk aktie- og anpartsselskab, som er skattepligtigt efter selskabslovens § 1, stk. 1, nr. 1. For så vidt som dette ikke umiddelbart kan antages at være tilfældet, er spørgsmålet videre, om en forståelse af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 1 og 3, hvorefter modtagelse af vederlag fra et selskab som Visa Europe Limited ikke anses for skattefrit, vil være i strid med EU-rettens regler om kapitalens frie bevægelighed i TEUF artikel 63, stk. 1.

Sagen angår situationen før Brexit og har efter det oplyste en sagsværdi på 390 mio. kr.

Påstande

Sagsøgeren, Nets Denmark A/S, har nedlagt påstand om, at Skatterådets besvarelse af sagsøgers spørgsmål 1 i bindende svar af 23. marts 2017 ændres til et "Ja".

Skatteministeriet har påstået frifindelse.

Landsretten har under sagens forberedelse ved kendelse af 21. december 2022 truffet afgørelse om, at en af Nets Denmark fremsat anmodning om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen ikke tages til følge.

Nets Danmark har gentaget anmodningen om, at der forud for landsrettens afgørelse sker præjudiciel forelæggelse, og har foreslået følgende spørgsmål stillet:

"Skal TEUF artikel 63 fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at Danmark beskatter danske selskabsinvestorer af en aktieavance ved afståelse af unoterede porteføljeinvesteringer med en ejerandel på under 10% i et private limited selskab i Storbritannien, hvorimod Danmark indrømmer skattefrihed ved en tilsvarende afståelse af unoterede porteføljeinvesteringer med en ejerandel på under 10% i bestemte nationale selskabstyper, in casu danske selskaber af typen "aktieselskab" og "anpartsselskab", oprettet i henhold til lovgivningen i den pågældende medlemsstat, selv om både de nationale selskabstyper, som berettiger til skattefordelen og et private limited selskab i Storbritannien alle er oprettet i henhold til den harmoniserede selskabsret i Den Europæiske Union og skattemæssigt anses for "et selskab i en medlemsstat"

i henhold Fusionsskattedirektivet (Rådets direktiv 2009/133/EF) , Rente-/Royaltydirektivet (Rådets direktiv 2003/49/EF) og Moder-/Datterselskabsdirektivet (Rådets direktiv 2011/96/EU)?”

Skatteministeriet har hertil anført, at det fortsat er ministeriets opfattelse, at der ikke er behov for præjudiciel forelæggelse.

Sagsfremstilling

Skattemyndighedernes afgørelser

Ved afgørelse af 23. maj 2017 svarede Skatterådet som nævnt ”nej” til spørgsmålet om, hvorvidt SKAT kunne ”bekræfte, at vederlaget, som Teller A/S modtager i forbindelse med salget af Visa Europe Limited til Visa Inc., er skattefrit. Skatterådet begrundede dette med, at Nets Denmarks besiddelse af aktien i Visa Europe Limited ikke kan anses for omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 4 C. Af afgørelsen fremgår bl.a. følgende:

”Beskrivelse af de faktiske forhold 2. Sagens faktiske forhold og oplysninger om dispositionen

2.1. Ejerforhold og aktivitet

Nassa A/S ejer Nets Holding A/S, der er Nordeuropas førende leverandør af elektroniske betalingsløsninger og sikker digital datakommunikation. Nets Holding A/S blev etableret i 2010 ved en fusion mellem det danske selskab PBS Holding A/S (stiftet i 1968) og det norske selskab Nordito AS (holdingselskab for Bankenes Betalingscentral AS og Teller AS).

Nets Holding A/S var indtil 2014 ejet af 186 hovedsageligt danske og norske banker samt den danske nationalbank (med 10%). I 2014 blev selskabet opkøbt af et konsortium bestående af ATP, Advent International og Bain Capital. Opkøbet skete via en række norske holdingselskaber og et dansk holdingselskab, Nassa A/S.

I Nets koncernen indgår det danske selskab Teller A/S, som er ejet 100% af Nets Holding A/S.

Nets Holding A/S’ formål er at udvikle innovative løsninger til pengeinstitutternes fælles infrastruktur, drive informationsformidlingsvirksomhed samt drive betalingskortsystemer til kortudstedere og kortindløbere i de nordiske lande, England, Tyskland og Baltikum. De væsentligste forretningsområder omfatter:

Merchant Services - komplet portefølje af betalingsløsninger og tillægstjenester for alle typer af virksomheder fra små forretninger til store multinationale detailkæder i alle nordiske lande.

Financial and Network Services - løsninger til kortudstedere og indløserne (formidlere af betalingen mellem sælgeren og den udstedende bank) lige fra transaktionsbehandling til hele korthåndteringssystemer. Financial and Network Services håndterer også indenlandske kortordninger i Danmark og Norge, Dankort og BankAxept.

Corporate Services – muliggør betaling af regninger via Nets' direkte løsninger, BetalingsService (Danmark) og AvtaleGiro (Norge), og leverer den infrastruktur, der anvendes af banker ved clearing og afvikling af betalingsformidling. Desuden driver Corporate Services de danske og norske nationale digitale identiteter, NemID og BankID, og muliggør papirløse forretningsprocesser.

2.2. Den påtænkte disposition

Nets Holding A/S' 100 % ejede datterselskab Teller A/S ejer en aktie i Visa Europe Ltd.

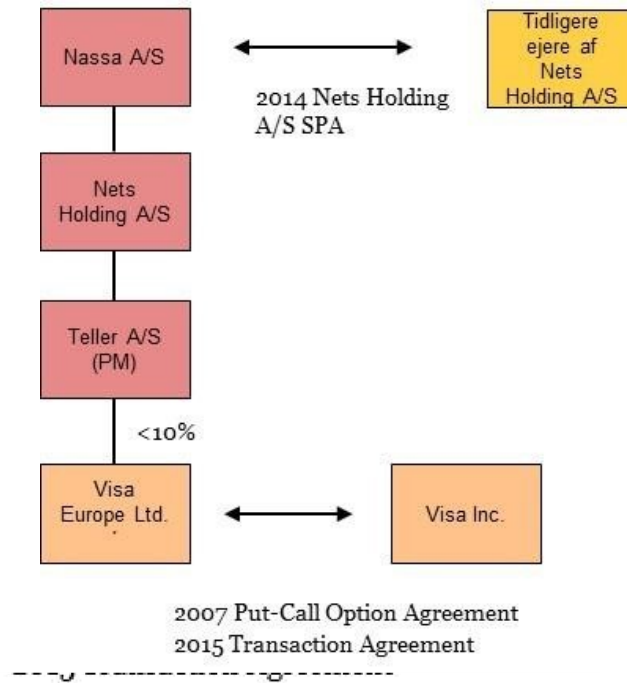
Der blev i 2007 indgået en optionsaftale med Visa Inc. vedrørende aktierne i Visa Europe Ltd til Visa Inc. Optionsvilkårene er beskrevet nedenfor i afsnit 2.2.2.

Da Nassa A/S erhvervede aktierne i Nets Holding A/S i 2014, var det ikke muligt at fastsætte en værdi af aktien i Visa Europe Ltd. Derfor blev købesummen fastsat uden hensyntagen til værdien af Teller A/S' aktie i Visa Europe Ltd. I stedet blev aftalt, at købesummen skulle forhøjes med provenuet af salget af aktien i Visa Europe Ltd., når og hvis aktien i Visa Europe Ltd. måtte blive solgt. Bestemmelsen om forhøjelse af købesummen er beskrevet nedenfor i afsnit 2.2.3.

Den 2. november 2015 blev optionen udnyttet, hvilket indebærer, at Teller A/S' aktie i Visa Europe Ltd. skal afstås til Visa Inc. Udnyttelse af optionen var betinget af godkendelse af konkurrencemyndighederne i Tyrkiet, Jersey og EU.

I overensstemmelse med salgsaftalen fra 2014 skal købesummen for salget af aktierne i Nets Holding A/S forhøjes med vederlaget modtaget af Teller A/S ved afståelse af selskabets aktie i Visa Europe Ltd.

Nassa A/S og Teller A/S ønsker en række spørgsmål afklaret dels vedrørende den skattemæssige behandling af afståelsen af aktien i Visa Europe Ltd. og dels vedrørende forhøjelsen af købesummen for aktierne i Nets Holding A/S. De relevante parter og indgåede aftaler er illustreret nedenfor. Selve dispositionen er nærmere beskrevet i det efterfølgende



2.2.1 Visa Europe Ltd.

Visa Europe Ltd. er registreret som et private limited company (aktie/anpartsselskab) i Storbritannien og er underlagt den britiske selskabslovning, Companies Act 2006. Companies Act svarer i al væsentlighed til den danske selskabslov.

Visa Europe Ltd. har eksklusivrettighederne til Visas brand og systemer på det europæiske marked. Visa rettighederne ejes af Visa Inc., der er børsnoteret på NYSE, og Visa Europe Ltd. har siden 2004 opereret uafhængigt af Visa Inc.

Banker og finansielle institutioner kan alene få adgang til at benytte Visas systemer, produkter og services, hvis de er aktionærer i Visa Europe Ltd. Aktionærerne i Visa Europe Ltd. består således af mere end 3.000 banker og finansielle institutioner i 38 europæiske lande.

Aktionærerne omfatter i henhold til vedtægternes afsnit 3-5 for Visa Europe Ltd, (Articles of Association and Membership Regulations, herefter "aktionærregulativet") *Subscriber Shareholder* og øvrige *Ordinary Shareholders* som bestyrelsen efter ansøgning har tilladt at blive aktio-

nærer i selskabet. Både *Subscriber share* og *Ordinary shares* har en nominal værdi på EUR 10 pr. aktie.

For at blive aktionær (Ordinary Shareholder) i Visa Europe Ltd. kræves visse betingelser opfyldt, jf. aktionærregulativet Part A - Membership. Blandt betingelserne er, at ansøgeren skal være omfattet af regler for banker og finansielle institutter eller lignende, svarende til at ansøgeren skal være underlagt finanstilsynet i Danmark. Derudover skal ansøgeren være autoriseret til at modtage indlån eller være en "Payment Service Provider" fra et EU/EEA medlemsland eller et andet land, hvor "Payment Services Directive" er implementeret i national lov.

Bestyrelsen i Visa Europe Ltd. skal ved optagelse af en aktionær (Ordinary Shareholder) henvise aktionæren til en af følgende kategorier:

- Principal Member;
- Associate Member;
- Participant Member;
- Group Member;
- Cash Disbursement Member;
- Plus Programme Participant Member; • V PAY Member; og eller
- V PAY Group Member.

Hver kategori er tillagt særskilte rettigheder og forpligtelser i forhold til anvendelsen af Visa's systemer, produkter og services.

Subscriber aktionæren har ikke ret til udbytte eller andre udlodninger fra Visa Europe Ltd. Alle udbytterettigheder er tillagt de ordinære aktier.

Udbytte og andre udlodninger udbetales til de ordinære aktionærer i forhold til deres *participation right* (ret til deltagelse). Beregningen af hver aktionærs *participation right* fremgår af afsnit D i aktionærregulativet, og er baseret på hver enkelt aktionærs *service fees* betalt til Visa Europe Ltd. i forhold til de samlede *service fees* betalt til Visa Europe Ltd. Aktionærernes *participation right* i relation til stemmerettigheder bestemmes på baggrund af antal Visakort, som aktionæren har udstedt. Dette fremgår af afsnit C i aktionærregulativet.

Visa Europe Ltd. er et selvstændigt skattesubjekt underlagt almindelig selskabsbeskatning i Storbritannien, dog har Visa Europe Ltd. status som en *mutual trader*. Betydningen af status som en *mutual trader* er forklaret nedenfor (Visa Europe Ltd. er benævnt VEL):

"Being taxed as a mutual trader means that VEL is subject to the normal UK corporation tax regime, except that because it is a mutual trader, it is not liable to tax on any profits arising from its mutual trade (i.e., the dealings that it has with members). No taxable profit arises on surpluses from mutual trading. This is as a result of the principle that 'a person cannot trade with themselves'. An entity such as VEL that carries on a mutual trade with its members remains liable to tax on all its other income and gains (including the profits from any trade with non-members)."

Ovenstående betyder, at eventuel indkomst, der stammer fra handel mellem Visa Europe Ltd. og selskabets aktionærer, ikke beskattes. Øvrig indkomst beskattes efter de almindelige regler for kapitalselskaber.

Visa Europe Ltd. har imidlertid ikke handel med selskabets aktionærer, idet Visa Europe Ltd. fungerer som holdingselskab for koncernen. Størstedelen af handelsaktiviteterne med aktionærerne i Visa Europe Ltd. udøves i det helejede datterselskab Visa Europe Services Inc. I regnskabsåret for 2015 udgjorde datterselskabets overskud før skat 459 MEUR. Datterselskabet selskabsbeskattes på normal måde i både Storbritannien og USA og er ikke underlagt mutual trader beskatning. Visa Europe Ltd. resultat i 2015 var et underskud på 33 MEUR.

2.2.2. Salg af Visa Europe Ltd. til Visa Inc.

I 2007 indgik Visa Inc. og Visa Europe Ltd. en Put-Call Option (optionsaftalen) vedrørende 100 % af aktierne i Visa Europe Ltd.

Optionsaftalen indeholder følgende definition af salgsprisen:

"Option Exercise Price" shall mean a purchase price for the purchase by Visa Inc. of each of the issued share in the capital of Visa Europe, following an exercise of either the Call Option or the Put Option, equal to the sum of (i) the product of (I) the sum of (x) the Visa Adjusted Net Income and (y) the Applicable Synergies Amount multiplied by (II) the Visa Inc. Forward PE Multiple, plus (ii) the fair market value of all shares Visa Inc. common stock owned by Visa Europe or any of its Affiliates that will be acquired by Visa Inc. upon an exercise of the Call Option or the Put Option, such fair market value being deemed for the purposes hereof to be such number of shares of Visa Inc. common stock owned by Visa Europe or any of its Affiliates that will be owned by Visa Europe or any of its Affiliates on the date on which the Put Option Exercise Notice or the Call Option Exercise Notice is delivered, as applicable, multiplied by the average of the last quoted price per share of Visa Inc. common stock on the close of business of each of the last thirty (30) trading days immediately preceding the delivery of the Call Option Exercise Notice or the Put Option Exercise Notice, as applicable, as quoted on the primary securities exchange on which shares of Visa Inc. common stock are listed plus (iii) the ag-

gregate amount of any surplus capital of Visa Europe, plus (iv) the aggregate amount actually received by Visa Europe in respect of the exercise price payable by the holders of any VE Equity Securities upon the conversion or exchange thereof for or into ordinary shares in the capital of Visa Europe, minus (v) the estimated amount of one-time costs associated with achieving the cost synergies reflected in the Synergies Amount multiplied by the Synergies ratio, minus (vi) the aggregate amount of any indebtedness of Visa Europe to the extent incurred to generate surplus capital, dividends or other distributions to shareholders of Visa Europe, and minus (vii) without duplication, the aggregate amount of any contingent liabilities with respect to Visa Europe or the Core Visa EU”

Visa Europe Ltd. indgik optionsaftalen på vegne af selskabet selv og sine mere end 3.000 aktionærer.

Det følger af artikel 30 i vedtægterne for Visa Europe Ltd., at ledelsen i selskabet kan disponere på selskabets og aktionærernes vegne i forbindelse med et salg af selskabet til Visa Inc. Der er tale om en for dansk ret noget usædvanlig selskabsretlig konstruktion, hvor selskabet kan indgå aftale på vegne af sig selv og selskabets aktionærer. Konstruktionen skyldes, at Visa Europe Ltd. har over 3.000 aktionærer, og det ville være praktisk vanskeligt at agere samlet, hvis alle aktionærer skulle forholde sig til og medunderskrive aftaler med Visa Inc. Aktionærerne i Visa Europe Ltd. deltog således ikke selv i forhandlingerne med Visa Inc. og havde ikke indflydelse på vilkårene for salget af aktierne i Visa Europe Ltd.

Den 2. november 2015 annoncerede Visa Europe Ltd. og Visa Inc., at der var indgået aftale om udnyttelse af put optionen, således at Visa Inc. skulle købe alle aktierne i Visa Europe Ltd.

Transaktionens gennemførelse (*Closing*) var underlagt en række betingelser, herunder godkendelse fra EU Kommissionens konkurrencemyndigheder samt konkurrencemyndighederne i Tyrkiet og Jersey.

Konkurrencemyndighederne i Tyrkiet godkendte transaktionen den 25. december 2015, men afgørelsen er os bekendt ikke offentliggjort. Konkurrencemyndighederne på Jersey godkendte transaktionen den 21. januar 2016.

Visa Europe Ltd. informerede den 21. april 2016 sine aktionærer om, at selskabet som følge af problemer med at opnå konkurrenceretlig godkendelse fra EU Kommissionen af handelsvilkårene for transaktionen, havde indledt genforhandlinger med Visa Inc. Forhandlingerne førte til

indgåelse af en aftale den 10. maj 2016 (*Amended and reinstated transaction agreement*), som ændrede vederlaget for aktierne i Visa Europe Ltd.

Visa Europe Ltd. informerede den 3. juni 2016 sine aktionærer om, at den nye aftale er blevet godkendt af EU Kommissionen. Transaktionen er efterfølgende gennemført i juni 2016.

2.2.2.1. Købesum for aktierne i Visa Europe Ltd.

I forbindelse med udnyttelse af optionen blev der lavet et tillæg til optionsaftalen (*Amendment no. 1 to the Visa Europe Ltd. Put-Call Option agreement*), der udfyldte og bilagde en uenighed mellem aftaleparterne om forståelsen af bestemmelsen vedrørende udnyttelsesprisen (værdiansættelsesbestemmelsen) i optionsaftalen.

Tillægget til optionsaftalen fremgår af Exhibit 2.2 til transaktionsaftalen af 2. november 2015 (bilag 8).

I henhold til tillæggets artikel 1.1 udgør vederlaget for aktierne i Visa Europe Ltd. i alt op til EUR 21,2 mia. fordelt på:

1. EUR 11,5 mia. i kontanter
2. Konvertible præferenceaktier i Visa Inc. til en estimeret værdi af EUR 5 mia.
 - a. Til Visa Europe Ltd.-aktionærer i Storbritannien og Irland: 2.480.500 aktier af Visa Inc. Series B Convertible Participating Preferred Stock
 - b. Til øvrige Visa Europe Ltd.-aktionærer: 3.157.000 aktier af Visa Inc. Series C Convertible Participating Preferred Stock
3. Et betinget vederlag på op til EUR 4,7 mia. (earn-out).

EU Kommissionen kunne ikke godkende det betingede vederlag, og som følge heraf indgik parterne den 10. maj 2016 en *Amended and reinstated transaction agreement*.

I den nye aftale udgør vederlaget i alt ca. EUR 18,37 mia. fordelt på:

1. EUR 11,5 mia. i kontanter
2. Konvertible præferenceaktier i Visa Inc. til en estimeret værdi af EUR 5 mia.
 - a. Til Visa Europe Ltd.-aktionærer i Storbritannien og Irland: 2.480.500 aktier af Visa Inc. Series B Convertible Participating Preferred Stock
 - b. Til øvrige Visa Europe Ltd.-aktionærer: 3.157.000 aktier af Visa Inc. Series C Convertible Participating Preferred Stock

3. Et garanteret udskudt kontantvederlag på 1,12 mia. kr. til betaling tre år efter Closing.

Det aftalte vederlag efter punkt 1 og 2 forfalder til betaling ved gennemførelsen af salget af aktierne og benævnes *up-front* vederlag.

De konvertible præferenceaktier, jf. punkt 2 ovenfor, konverteres automatisk til Class A Common Stock (børsnoterede aktier) i Visa Inc. over en periode på 4-12 år. Den efterfølgende konvertering af præferenceaktierne indeholder en regulering af købesummen, i det konverteringskursen nedjusteres hvis Visa Europe Ltd. taber verserende retssager, som EU Kommissionens konkurrencemyndigheder har anlagt vedrørende størrelsen af *multilateral interchange fees*, de såkaldte MIF-krav. Vilklårene for de konvertible præferenceaktier er beskrevet i transaktionsaftalen.

Den udskudte kontante betaling under punkt 3 forfalder til betaling på treårsdagen for Closing. Der er ingen usikkerhed om vederlagets størrelse eller varighed, og der foreligger derfor ikke en løbende ydelse som nævnt i ligningslovens § 12B.

2.2.2.2 Allokering af købesummen til aktionærerne

Transaktionsaftalen forpligter Visa Europe Ltd.s aktionærer til at sælge samtlige aktier i Visa Europe Ltd. til Visa Inc. mod en forholdsmæssig andel af det samlede vederlag.

Visa Inc. skal på tidspunktet for gennemførelsen af salget indbetale *up-front* vederlaget til en mellemmand (benævnt *Distribution Agent* i transaktionsaftalen), som skal udbetale vederlaget til Visa Europe Ltd.s aktionærer.

Den enkelte aktionærs andel af vederlaget beregnes på baggrund af aktionærens *qualifying fees*. *Qualifying fees* er de honorarer og gebyrer, som aktionærens har betalt til Visa Europe Ltd. i perioden 1. oktober 2012 - 30. september 2015. Andelen beregnes som en brøk af aktionærens *qualifying fees* i forhold til samlede *qualifying fees* for alle aktionærer. Dette fremgår af Visa Europe Ltd.s aktionærregulativ afsnit F (Membership Regulations, Part F).

Som aktionær og Principal Member i Visa Europe Ltd. er Teller A/S berettiget til en andel af vederlaget betalt af Visa Inc. efter ovenstående beregningsmetode.

Visa Europe Ltd. har beregnet Teller A/S' andel af vederlaget til 1,2601696936% fordelt på de tre elementer.

Efter transaktionens gennemførelse vil Teller A/S ikke længere være aktionær i Visa Europe Ltd. Teller A/S vil dog på uændret vis bibeholde sine rettigheder og licenser til at benytte Visa Europes systemer, services mv. gennem en ny aftalebaseret licensholderstruktur.

2.2.3. Forhøjelse af købesummen for aktier i Nets Holding A/S med Teller A/S' nettosalgssum for aktien i Visa Europe Ltd.

Teller A/S' andel af vederlaget for aktien i Visa Europe Ltd. skal som aftalt tilfalde de tidligere ejere af Nets Holding A/S (da prisen for aktierne i Nets Holding A/S i 2014 blev fastsat uden hensyn til værdien af aktieposten i Visa Europe Ltd.).

Nassa A/S erhvervede samtlige aktier i Nets Holding A/S fra 186 hovedsageligt danske og norske banker, og aktieoverdragelsesaftalerne indeholdt alle en klausul om betaling af yderligere vederlag, når og hvis aktieposten i Visa Europe Ltd. måtte blive afstået. Det aftalte yderligere vederlag svarer til salgssummen for aktieposten i Visa Europe Ltd. efter fradrag af tilknyttede omkostninger og eventuel skat.

Det var vigtigt for de sælgende banker at sikre, at købesummen blev forhøjet med værdien af vederlaget for aktieposten i Visa Europe Ltd. uanset hvorledes vederlaget herfor konkret blev fastsat som kontantvederlag, aktievederlag, udbytte eller på en helt fjerde måde. Forhøjelsen af købesummen var i aftalen forudsat at skulle ske som én enkeltstående regulering.

Aftalebestemmelsen om forhøjelse af købesummen har følgende ordlyd i de enslydende 186 Share Purchase Agreements:

...

Det følger af bestemmelsen, at købesummen skal forhøjes med et beløb svarende til:

- a) Relevant vederlag for salg af Nets-koncernens aktier i Visa Europe Ltd. til Visa Inc. ved udnyttelse af optionsaftalen mellem Visa Europe Ltd. og Visa Inc.
- Hvis optionen udnyttes inden 31. december 2018, skal købesummen forhøjes med et beløb svarende til 100 % af det relevante vederlag.

- Hvis optionen udnyttes efter 31. december 2018, men inden 31. december 2020, skal købesummen forhøjes med et beløb svarende til 50 % af det relevante vederlag.
- b) Udbytte eller andre udlodninger vedrørende Nets-koncernens aktier i Visa Europe Ltd.
- Hvis udlodningen vedtages inden 31. december 2018, skal købesummen forhøjes med et beløb svarende til 100 % af den relevante udlodning.
 - Hvis udlodningen vedtages efter 31. december 2018, men inden 31. december 2020, skal købesummen forhøjes med et beløb svarende til 50 % af den relevante udlodning.
- c) Relevant vederlag for ethvert salg af Nets-koncernens aktier i Visa Europe Ltd. til Visa Inc.
- Hvis vederlaget udbetales inden 31. december 2018 skal købesummen forhøjes med et beløb svarende til 100 % af den relevante udlodning.
 - Hvis vederlaget udbetales efter 31. december 2018, men inden 31. december 2020 skal købesummen forhøjes med et beløb svarende til 50 % af den relevante udlodning.

Det fremgår desuden af købsaftalen, at forhøjelse af købesummen skal ske hurtigst muligt efter modtagelsen af det relevante vederlag med fradrag af tilknyttede omkostninger og eventuel betalbar skat.

...

SKATs indstilling og begrundelse Spørgsmål 1

Det ønskes bekræftet, at vederlaget, som Teller A/S modtager i forbindelse med salget af Visa Europe Ltd. til Visa Inc., er skattefrit.

Begrundelse

Efter det oplyste må det lægges til grund, at der forligger en reel afståelse af aktierne i Visa Europe Ltd. omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 1.

Spørgsmålet er herefter, om aktierne er porteføljeaktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 4 C.

Det er oplyst, at Visa Europe Ltd. er et unoteret selskab, og at Teller A/S's aktie i Visa Europe Ltd. udgør mindre end 10 % af aktiekapitalen i Visa Europe Ltd.

Det er en betingelse i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, at porteføljeselskabet (Visa Europe Ltd.) er et aktie- eller anpartsselskab, som er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, eller et tilsvarende udenlandsk selskab.

Af lovbemærkningerne til aktieavancebeskatningslovens § 4 C, jf., L49, FT 2012/2013, fremgår det, at det er en betingelse, at porteføljeselskabet selskabsretligt kan anses for et aktie- eller anpartsselskab.

I relation til udenlandske selskaber lægges der ifølge lovbemærkningerne vægt på, om kapitalejerne hæfter begrænset samt modtager udbytte og har indflydelse i forhold til den indskudte kapital.

Det fremgår af de specielle bemærkninger, at s.m.b.a'ere ikke er porteføljeselskaber, fordi de efter reglerne i lov om erhvervsdrivende virksomhed ikke modtager udbytte i forhold til den indskudte kapital.

Visa Europe Ltd. er et private limited company registreret i Storbritannien og underlagt den britiske selskabslovgivning. Efter det oplyste, har ejerne af Visa Europe Ltd. begrænset ansvar, hvilket svarer til, hvad der gælder for ejerne af et dansk kapitalselskab.

Det er oplyst, at udbytte og andre udlodninger udbetales til de ordinære aktionærer i forhold til deres participation right (ret til deltagelse). Beregningen af hver aktionærs participation right er baseret på hver enkelt aktionærs service fees betalt til Visa Europe Ltd. i forhold til de samlede service fees betalt til Visa Europe Ltd. Aktionærernes participation right i relation til stemmerettigheder bestemmes på baggrund af antal Visakort, som aktionæren har udstedt.

Visa Europe Ltd. må sidestilles med et selskab, hvor kapitalejerne hverken modtager udbytte eller har indflydelse i forhold til den indskudte kapital i selskabet.

På baggrund af ovenstående, kan Visa Europe Ltd. herefter ikke anses for at svare til et dansk aktie- og anpartsselskab, jf. § aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3.

Teller A/S's besiddelse i Visa Europe Ltd. kan således ikke anses for at være omfattet af § aktieavancebeskatningslovens § 4 C.

Til spørgsmålet om forskelsbehandling skal det bemærkes, at et selskab ikke vil kunne registreres hos Erhvervsstyrelsen som et kapitalselskab, hvis selskabet fordeler overskud/likvidationsprovenuier efter medlemmernes omsætning med selskabet jf. selskabsloven med kommentarer af Lars Bunch og Ida Rosenberg, 2. udgave 2014, p. 74, note 5. (SKAT har indhentet en bekræftelse fra Erhvervsstyrelsen om at ovenstående forsat er gældende.)

Allerede af den grund foreligger der ikke en forskelsbehandling i forhold til danske selskaber, fordi et dansk selskab heller ikke vil kunne registreres hos Erhvervsstyrelsen, såfremt selskabet fordeler overskud/likvidationsprovenuier efter medlemmernes omsætning med selskabet.

SKATs bemærkninger til rådgivers høringsvar af 23. februar 2017 Rådgiver mener, at fordi Visa Europe Ltd. er omfattet af den engelske Companies Act, er selskabet ligestillet og sammenligneligt med et dansk aktieselskab.

Rådgiver henviser til, at den engelske og danske selskabslov implementerer de samme underliggende selskabsdirektiver, der fastsætter fælles europæiske krav til fx kreditorbeskyttelse, kapitaltilførsel og -afgang, minoritetsbeskyttelse, generalforsamling, stemmeret, regnskabsaflægelse, revision, publicitet, tilsyn, osv.

SKAT mener ikke, at Visa Europe Ltd er ligestillet og sammenligneligt med et danske kapitalselskab i relation til aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, fordi Visa Europe Ltd er et selskab omfattet af the Companies Act, og selskabet anses for et "selskab i en medlemsstat" ifølge de omtalte direktiver.

SKAT bemærker, at lovgiver eksplicit i lovbemærkningerne herunder spørgsmål/svar til aktieavancebeskatningslovens § 4 C har anført de relevante kriterier, som skal indgå i sammenligningen mellem et dansk og et udenlandsk selskab. Heraf fremgår blandt andet at:

Det er de almindelige karakteristika for et kapitalselskab, der er afgørende for, om det udenlandske selskab svarer til et aktie- eller anpartsselskab, der ville være skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, såfremt der var tale om et dansk selskab. Det afgørende er bl.a., at ingen af deltagerne hæfter personligt, og at deltagerne modtager udbytte i forhold til deres ejendel. (SKATs fremhævning).

Det er således udtrykkeligt en betingelse, at selskabet skal fordele udbytte på baggrund af ejerandel for at være et porteføljeselskab jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C.

Rådgiver anfører endvidere til støtte for sit synspunkt, at Visa Europe Ltd. er et "selskab i en medlemsstat", og dermed omfattet af Moder/Datterselskabsdirektivet, Rente-/Royaltydirektivets samt Fusions-skattedirektivet.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C er en dansk national bestemmelse, der ikke har til formål at implementere de omtalte direktiver. Det er således uden betydning for anvendelsen af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, at Visa Europe Ltd. kan støtte ret på direktiverne i andre sammenhænge.

Rådgiver mener, at SKAT sammenligner Visa Europe Ltd. med et s.m.b.a.-selskab, som i dag ikke er muligt at oprette. SKAT henviser alene til det forhold, at et s.m.b.a.-selskab er kendetegnet ved, at selskabet ikke modtager udbytte i forhold til den indskudte kapital, og allerede af den grund ikke kan være et porteføljeselskab, jf. lovbemærkningerne til aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3. Et s.m.b.a.-selskab vil desuden være omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2 og ikke selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, som er en betingelse jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C.

Rådgiver anfører afslutningsvist, at begrebet "tilsvarende udenlandsk selskab" benyttes både i aktieavancebeskatningslovens § 4 A og § 4 C, og at det har formodningen for sig, at lovgiver har ønsket, at begrebet skal have samme anvendelsesområde.

Det bemærkes, at aktieavancebeskatningslovens § 4 A henviser til selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h og 3 a-5 b, hvorimod aktieavancebeskatningslovens § 4 C alene henviser til selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1. Begrebet "tilsvarende udenlandsk selskab" kan derfor ikke have samme anvendelsesområde, idet lovbestemmelserne omfatter forskellige typer af selskaber.

Indstilling

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

...

Skatterådets afgørelse og begrundelse

Skatterådet tiltræder SKATs indstilling og begrundelse."

Nets Denmark påklagede Skatterådets afgørelse vedrørende spørgsmål nr. 1 til Landsskatteretten, der ved kendelse af 20. februar 2020 stadfæstede Skatterådets afgørelse. I kendelsen hedder det bl.a.:

”Der er klaget over Skatterådets bindende svar vedrørende selskabets aktier i Visa Europe Ltd. til Visa Inc.

Spørgsmålene var:

1. Kan SKAT bekræfte, at vederlaget, som Teller A/S modtager i forbindelse med salget af Visa Europe Ltd. til Visa Inc., er skattefrit?

...

Kun Skatterådets besvarelse på spørgsmål 1 er påklaget til Landsskatteretten.

Landsskatteretten stadfæster Skatterådets besvarelse.

...

Landsskatterettens afgørelse

Gevinst og tab ved afståelse af porteføljeaktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 4 C medregnes ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. aktieavancebeskatningslovens § 8.

Af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 1 og 3, fremgår:

...

Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 1255 af 18. december 2012. Vedrørende forståelsen af ”et tilsvarende udenlandsk selskab” fremgår af de almindelige bemærkninger (afsnit 3.1.2.1.) til lovforslag nr. 49 af 1. november 2012:

...

Vedrørende forståelsen af ”tilsvarende udenlandske selskaber” fremgår følgende af bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser (til § 1, nr. 1):

...

Om porteføljeselskabet udgør et ”tilsvarende udenlandsk selskab” i forhold til et dansk aktie- eller anpartsselskab skal således efter forarbejderne bedømmes ud fra en samlet vurdering af det udenlandske po-

rteføljeselskabs selskabsretlige karakteristika. Der lægges navnlig vægt på, om kapitalejerne hæfter begrænset samt modtager udbytte og har indflydelse i forhold til den indskudte kapital.

Det fremgår af selskabslovens § 1:

...

Det fremgår endvidere af selskabslovens § 45:

...

Visa Europe Limited er et private limited company registeret i Storbritannien og underlagt britisk selskabslovgivning ved Companies Act 2006. Det er oplyst, at selskabsdeltagernes hæftelse er begrænset til deres kapitalandel i selskabet.

Det fremgår af aktionærregulativet, der er et tillæg til vedtægterne i Visa Europe Limited, at udbytte og andre udlodninger, som udbetales til de ordinære aktionærer, opgøres på baggrund af hver enkelt aktionærs service fees betalt til Visa Europe Limited i forhold til de samlede service fees betalt til Visa Europe Limited, jf. afsnit D i aktionærregulativet. Stemmerettighederne fastsættes ud fra antallet af Visa-kort, som de ordinære aktionærer har udstedt, jf. afsnit C i aktionærregulativet.

Selskabet er underlagt almindelig selskabsbeskatning i Storbritannien, men har status som "mutual trader", som efter det oplyste betyder, at selskabet er skattepligtigt, men at der ses bort fra den indkomst, der opstår som led i "mutual trading". Indkomst, der sker som led i en samhandel mellem selskabet og dets aktionærer er derfor ikke skattepligtig. Tre retsmedlemmer, herunder retsformanden, bemærker:

Det må lægges til grund, at selskabet ikke har sådanne karakteristika, at det ville kunne karakteriseres som et aktie- eller anpartsselskab i henhold til den danske selskabslovs §§ 1, stk. 2, og 45. Der kan herved også henvises til Erhvervsstyrelsens udtalelse af 30. januar 2017 om, at det ikke er muligt at registrere et aktieselskab med en vedtægtsbestemmelse om, at udbytte og likvidationsprovenu fordeles efter ejernes omsætning med selskabet, idet dette ville stride mod lighedsgrundsætningen i selskabslovens § 45.

Efter en samlet vurdering findes selskabet ikke at udgøre et "tilsvarende udenlandsk selskab" i forhold til et dansk aktie- eller anpartsselskab, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3. Der er herved lagt vægt på, at kapitalejerne i porteføljeselskabet ikke fordeler udbytte eller har indflydelse i forhold til den indskudte kapital, hvilket anses for en afgørende betingelse i henhold til selskabslovens §§ 1, stk. 2, og 45.

Disse retsmedlemmer finder, at det ovenfor angivne i lovbemærkningerne til aktieavancebeskatningsloven underbygger dette synspunkt, idet det af lovbemærkningerne fremgår, at der lægges vægt på, at kapitalejerne modtager udbytte og har indflydelse i forhold til den indskudte kapital. Fordeling af udbytte og andre udlodninger sker i nærværende tilfælde i stedet på baggrund af service fees til Visa Europe Limited, mens stemmerettighederne fastsættes ud fra antallet af udstedte Visa-kort, hvilket må anses at være uforeneligt med bestemmelserne i den danske selskabslov. Aktier eller anparter i danske selskaber med tilsvarende karakteristika vil således ikke kunne være omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 4 C.

Disse tre retsmedlemmer finder herefter, at aktierne i Visa Europe Limited ikke kan anses at udgøre skattefrie porteføljeaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 1 og 3.

Repræsentanten har gjort gældende, at de danske regler om porteføljeaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 C er i strid med kapitalens frie bevægelighed, jf. artikel 63 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

Disse retsmedlemmer bemærker dertil, at området for beskatning af aktieavancer ikke er omfattet af harmoniserede EU-retlige regler.

Endvidere bemærker disse retsmedlemmer, at aktieavancebeskatningslovens § 4 C omfatter såvel danske som udenlandske porteføljeaktier. Der sker således som udgangspunkt ikke nogen diskrimination i forhold til om et dansk selskab ejer danske eller udenlandske porteføljeaktier.

Det fremgår af afsnit 3.1.2.1. i de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 49 af 1. november 2012, at skattefriheden for porteføljeselskaber ikke er begrænset til selskaber hjemmehørende her i landet, men er udvidet til at omfatte porteføljeaktier i et "tilsvarende udenlandsk selskab" for at sikre, at reglerne er forenelige med reglerne om kapitalens frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 63. Danske selskaber, som ejer udenlandske porteføljeaktier, stilles derfor ikke ringere i forhold til danske

selskaber, som ejer danske porteføljeaktier, idet betingelserne for at opnå at blive anset for et "tilsvarende udenlandsk selskab" ikke er mere restriktive i forhold til de betingelser, der stilles vedrørende danske porteføljeaktier.

At aktierne i Visa Europe Limited ikke kan anses for at udgøre skattefrie porteføljeaktier er derfor hverken udtryk for en direkte eller indirekte diskrimination, men alene at porteføljeselskabet ikke opfylder de nævnte betingelser.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, anses herefter ikke at være i strid med kapitalens frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 63. Landsskatteretten finder ikke, at der er grundlag for præjudiciel forelæggelse for EU-domstolen.

Disse retsmedlemmer voterer derfor for, at Skatterådets afgørelse stadfæstes.

Et retsmedlem bemærker:

Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, at der ved vurderingen af, om et udenlandsk selskab svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab, skal foretages en selskabsretlig vurdering. Registreringsforholdet kan ikke anses at have betydning. Det fremgår af selskabslovens § 1, at udbytte også kan fordeles ud fra andet end kapitalandele. På denne baggrund anses selskabslovens bestemmelser ikke til hinder for at anse Visa Europe Limited som et udenlandsk selskab tilsvarende danske anpartsselskaber. Det findes endvidere bedst overensstemmende med, hvad der gælder på de harmoniserede områder indenfor EU-retten at anerkende selskabet som tilsvarende et dansk anpartsselskab. Disse retsmedlemmer voterer for, at Skatterådets afgørelse ændres således, at spørgsmål 1 besvares med "Ja".

Landsskatteretten træffer afgørelse efter stemmeflertallet, hvorfor Skatterådets afgørelse stadfæstes."

Oplysninger vedrørende Visa Europe Limited

Af koncernårsrapporten for Visa-koncernen for 2013 fremgår blandt andet:

**"As a membership association. Visa Europe is a unique entity
We are a collectively owned European payments system
And our business model ensures that our own interests are directly
aligned with those of our members**

How we create value

...

- **Our systems of governance** - Visa Europe is owned and controlled by our members, which ensures that our business interests are aligned with theirs.

...

How we earn revenues

We provide, on a competitive basis, the products, services, systems and operating regulations that enable our members to participate in the global Visa system.

The majority of revenues are earned through three major areas

- **Association fees** - are determined by the number of cards issued and the extent to which these cards are used from both an issued and acquired perspective
- **Data processing fees** - are determined by each member's connections to the VisaEurope processing systems and the extent to which these systems are used
- **International fees** - are determined by the extent to which Visa cards are used outside of Visa Europe Fees are levied from both an acquiring and issuing perspective

How we enable universal payments

Almost anyone can use Visa to pay for almost anything, at almost any retailer, in more than 200 countries worldwide

What makes this possible is the Visa four party model

Visa enables participating consumers, retailers, issuers and acquirers to do business with each other Visa is the 'glue' that binds the whole system together

...

CEO's foreword

...

- **Serve our entire European footprint**
The only reason that Visa Europe exists as a distinct entity is to meet the needs of our European members

...

Scorecard results

Determined each year and agreed by the board of directors, our scorecard enables us to set targets and monitor performance across five key areas

Outlined below are some of the most important scorecard measures and details of our actual performance in 2013

Here, we provide an update on our key performance indicators

Financial performance

Total revenues (€million) earned from		The sum of all fees we have our members
13	1402	The actual performance was well ahead of our business target
12	1237''	

Af Visa Europe Limiteds "Articles of Association" (vedtægter) af 15. november 2015 fremgår blandt andet:

"1 Table A not to apply

The regulations in Table A in The Companies (Tables A to F) Regulations 1985 shall not apply to the Company.

2 Interpretation

In these Articles (if not inconsistent with the subject or context) the words and expressions set out in the first column below shall bear the meanings set opposite to them respectively:

...

Ordinary Share paid	A redeemable ordinary share of €10 in the capital of the Company. Paid or credited as paid.
Member	Any holder of an Ordinary Share in the Company.
Participant Member	A Member who is designated as a Participant Member under Article 4.2 (Admission to Membership) and as described in Part A of the Membership Regulations.
Participation Rights	The rights of any Member as to voting on a poll, dividends, return of capital, the Option Exercise Price on a Share Sale (and

such other matters specified in these Articles), in each case as from

...

Service Fees The service fees, including minimum service fees, paid by a Member to the Company (or to such other person as the Board may direct) in respect of the card products, merchants, ATM and services of the Company and the location where Service Fees shall be deemed to be paid shall be the country from which the relevant cards are issued or the location of the merchant or ATM acquirer.

Shareholder The holder of any Shares of the Company.

Shares The Ordinary Shares and the Subscriber Share.

...

Subscriber share The subscriber share of €10 in the capital of the Company.

Subscriber Shareholder The person holding the Subscriber Share.

...

Total Fees The aggregate of all fees paid to the Company (or to such other person as the Board may direct) in the relevant period and, in relation to each Member, the aggregate of all fees paid by (or on behalf of) that Member in the relevant period.

...

Voting Fees In relation to each Member, the Voting Fees as determined in accordance with Part C of the Membership Regulations.

...

Membership

...

3 Composition of Membership

- 3.1** The Shareholders shall comprise the Subscriber Shareholder and such other persons as the Board shall permit to become Members pursuant to these Articles and the Regulations.
- 3.2** Any Eligible Organisation may apply to become a Member of the Company. Application shall be made in such form as the Board may from time to time prescribe.

4 Admission to Membership

- 4.1** The Board shall decide, in its sole in its sole discretion (having regard to the terms of Part A of the Membership Regulations), whether to accept or reject any application for membership of the Company. Any such decision shall be made by resolution of the Board approved by a majority of the votes of the Directors present. In deciding to accept any application, the Board may attach to its acceptance such terms and conditions as it thinks fit.
- 4.2** Each person admitted as a Member of the Company shall be designated by the Board as one of the following categories of Member: Principal Member, Associate Member, Participant Member, Group Member, Cash Disbursement Member, V PAY Member, or V PAY Group Member and may also be designated by the Board a Plus Programme Participant or such other category of Member as the Board shall determine pursuant to the Membership Regulations.

...

5 Subscription for Ordinary Share

Where the Board decides to accept an application for membership of the Company, the Board shall require the applicant to subscribe for one Ordinary Share at par. Upon issue of that Ordinary Share, the applicant shall become a Member of the Company.

...

Share Capital

11 Amount of share capital

The share capital of the Company at the date of the adoption of these Articles is €150,000 divided into 14,999 Ordinary Shares of €10 each and one Subscriber Share of €10. The Ordinary Shares and the Subscriber Share shall constitute separate classes of shares.

12 Ordinary Shares

- 12.1** The Ordinary Shares shall confer the rights and be subject to the limitations set out in these Articles.
- 12.2** Any dividend or other distribution which the Company may determine to distribute shall be paid to the Members pro rata to their respective Participation Rights as the Board shall determine in accordance with Part D of the Membership Regulations.
- ...
- 12.4** Upon a Share Sale, the Option Exercise Price shall be applied:
- 12.4.1** Firstly, in paying to the holders of Ordinary Shares *pari passu* with the holder of the Subscriber Share a sum equal to:
- (a) the amount paid up (or credited as paid up) on its Ordinary Share; and
 - (b) any premium paid on issue thereof.
- 12.4.2** Secondly, in distributing the balance of the Option Exercise Price (if any) to the Members pro rata to their respective Participation Rights as the Board may from time to time determine in accordance with Part F of the Membership Regulations.
- 12.5** The Ordinary Shares shall entitle only those holders thereof with Participation Rights in respect of voting on a poll (as the Board may determine in accordance with Part C of the Membership Regulations) to receive notice of and to attend and vote at every General Meeting of the Company. On a show of hands, the holders of each Ordinary Share with such Participation Rights who are present in person or by a duly authorised representative shall have one vote. On a poll, each Member shall have such number of votes as accords to their respective Participation Rights as the Board may determine in accordance with Part C of the Membership Regulations.

...

13 Subscriber Share

- 13.1** The Subscriber Share shall confer the rights and be subject to the limitations set out in these Articles.
- 13.2** The Subscriber Share shall not confer any right to participate in any dividend or other distribution which the Company may determine to distribute.
- 13.3** Upon a Share Sale, the holder of the Subscriber Share shall be entitled to receive out of the Option Exercise Price, *pari passu* with the holders of the Ordinary Shares, a sum equal to the amount paid up (or credited as paid up) on the Subscriber Share and any premium on issue thereof, but shall not be entitled to any further amount of the Option Exercise Price.

- 13.4** Upon a return of capital on a winding-up of the Company or otherwise (but not upon a redemption or purchase by the Company of any of its share capital), the holder of the Subscriber Share shall be entitled to receive out of the assets of the Company available for distribution to its Shareholders, *pari passu* with the holders of the Ordinary Shares, a sum equal to the amount paid up (or credited as paid up) on the Subscriber Share and any premium on issue thereof, but shall not be entitled to any further participation in those assets.
- 13.5** The Subscriber Share shall entitle the holder thereof to receive notice of, attend and speak at, but not to vote at, any General Meeting of the Company, save in circumstances where the Subscriber Share is the only Share in issue, in which case the holder of such Subscriber Share shall be entitled to receive notice of, attend, speak and vote at any General Meeting of the Company.
- 13.6** The Subscriber Share shall not be redeemable.
- 13.7** The Subscriber Share shall not confer any right to participate in (a) any offer or invitation by way of rights or otherwise to subscribe for additional shares in the Company, or (b) any issue of bonus shares.
- ...
- 16** **Purchase of own shares**
Subject to the provisions of the Statutes, the Company may purchase, or may enter into a contract under which it will or may purchase, any of its own shares of any class (including any redeemable shares).
- 17** **Reduction of capital**
Subject to the provisions of the Statutes, the Company may by Special Resolution reduce its share capital, share premium account, capital redemption reserve or other undistributable reserve in any way.
- ...

Voting

- 42** **Demand for poll**
- 42.1** At any General Meeting a resolution put to the vote of the meeting shall be decided on a show of hands unless a poll is (before a resolution is put to the vote on a show of hands, or on the declaration of the result of, the show of hands) demanded by:
- 42.1.1** the chairman of the meeting; or

- 42.1.2 not less than three Members present in person or by proxy and entitled to vote; or a Shareholder or Shareholders present in person or by proxy and representing not less than one-tenth

...

Votes of Shareholders

46 Votes attaching to shares

Subject to any special rights or restrictions as to voting attached by or in accordance with these Articles to any class of shares, on a show of hands every Shareholder entitled to vote who is present in person or by proxy shall have one vote and on a poll every Member who is present in person or by proxy shall have such number of votes as corresponds to such Member's Participation Rights. When a quorum is present at any General Meeting, any question brought before such meeting, unless the question is one which by express provision of the Statutes, these Articles or the Regulations a different vote is required, in which case such express provision shall govern and control the decision of such question, shall be decided by a majority of votes cast

...

Powers of Directors

...

87 General powers

The business and affairs of the Company shall be managed by the Directors, who may exercise all such powers of the Company as are not by the Statutes or by these Articles required to be exercised by the Company in General Meeting subject nevertheless to any regulations of these Articles, to the provisions of the Statutes and to such regulations as may be prescribed by Special Resolution of the Company, but no regulation so made by the Company shall invalidate any prior act of the Directors which would have been valid if such regulation had not been made. The general powers given by this Article shall not be limited or restricted by any special authority or power given to the Directors by any other Article. Without limitation, the Board shall:

...

88 Membership Regulations

- 88.1 The Board (or a duly authorised committee of the Board) shall adopt Membership Regulations concerning: the matters referred to in these Articles as being the subject of such Membership Regulations; and

- 88.1.1** such matters (not being inconsistent with the Articles) relating to the rights and obligations of Members, including their authority to use products or programmes of the Company, as the Board may determine, and, subject to Article 88.2, may amend such Membership Regulations from time to time.

...

Dividends

...

107 Ranking of shares for dividend

Unless and to the extent that the rights attached to any shares or the terms of issue thereof otherwise provide, all dividends shall (as regards any shares not fully paid throughout the period in respect of which the dividend is paid) be apportioned and paid to Members in accordance with their Participation Rights pursuant to Articles 12.2 and 13.2 (Ordinary Shares and Subscriber Share) and the Membership Regulations."

I "Membership Regulations" af 15. november 2015 for Visa Europe Limited er det anført blandt andet:

"1 Purpose

These Membership Regulations have been adopted by the Board of Visa Europe Limited (the "Company") pursuant to Article 88 of the Company's Articles of Association (the "Articles") and are effective as at 15 September 2008.

Each Member is bound by these Membership Regulations and by any amendment hereto, which the Board may adopt pursuant to the Articles.

Each Member shall also comply with (i) the Visa Europe Operating Regulations (including the operating regulations specified for the Visa Europe Territory or any country within the Visa Europe Territory), (ii) all other quality standards, specifications and directions laid down, given or approved from time to time by the Company, which prescribe the manner in which the Licensed Marks are used or relate to the interoperability or integrity of the Visa System, and (iii) any associated publications to the extent that such rules and regulations or associated publications are applicable to Members (the "Operating Regulations").

PART A - MEMBERSHIP

1 Eligibility 1

Application for membership of the Company may be made by any organisation that desires to participate in a programme through which a Member provides payment services to a Cardholder or a Merchant that utilises any Licensed Mark (a "Visa Card Programme"). The applicant must be:

- 1.1 organised under the commercial banking laws, or their equivalent, of any country or subdivision thereof, and authorised to accept demand deposits or a Payment Service Provider from an EU/EEA Member State or from a country where the Payment Services Directive has been implemented by relevant national legislation; or
- 1.2 controlled by (i) one or more organisations described in paragraphs 1.1, 1.3 and/or 1.4, or (ii) an organisation which controls one or more organisations described in this paragraph 1.2, and is engaged, or to be engaged, primarily in the payment card business and related activities; or
- 1.3 an organisation whose eligibility for membership is required to prevent the Company, any of its Members, or members or owners of a Member described in paragraphs 1.2 or 1.5, from being in violation of applicable law; or
- 1.4 an organisation (i) whose membership the Board deems necessary to penetrate a given country in which no Principal Member has jurisdiction, or (ii) that the Principal Members with jurisdiction in a given country unanimously agree should be made eligible in such country, and the Board approves the membership of such organisation; or a membership corporation or unincorporated association whose entire membership consists of organisations described in paragraphs 1.1, 1.2, 1.3 and/or 1.4; provided that a membership corporation or unincorporated association described in this paragraph 1.5 shall be eligible for membership only upon an affirmative vote of three-quarters (3/4) of the Directors at any quorate meeting of the Board, (any such organisation being an "Eligible Organisation").
- 1.5 The Board may permit an organisation ineligible for membership pursuant to this paragraph 1 to participate in a Visa Card Programme on a non-Member basis on such terms as the Board thinks fit.

...

2 Categorisation of Members

For the purposes of administering the Company and pursuant to Article 4.2 (Admission to Membership), the Board shall designate each Member as one or more of the following:

...

2.2 Principal Membership

A Principal Member shall:

- 2.2.1 actively develop, maintain and service contractual relationships directly with Cardholders whose Cards bear any Licensed Mark that has been licensed by the Company to that Principal Member; and/or
- 2.2.2 actively develop, maintain and service contractual relationships directly, or indirectly through other Members, with Merchants that agree to honour such Cards; and
- 2.2.3 market and promote Visa Card Programmes; and/or
- 2.2.4 (i) extend credit to, and collect such credit from, such Cardholders; and/or (ii) purchase accounts receivable due, and collect the balances of such accounts, from such Cardholders; and/or (iii) offer other financial products that are authorised by the Operating Regulations to Cardholders; and/or
- 2.2.5 interchange drafts, contracts and other instruments arising through the use of such Cards; and
- 2.2.6 provide an authorisation service unless exempted by the Operating Regulations; and
- 2.2.7 subject to the Principal Member having obtained the prior approval of the Board and having entered into a sponsorship agreement with the Company, sponsor Associate Members, Participant Members, Cash Disbursement Members, Plus Programme Participant Members, V PAY Members and such other persons as are authorised by the Board from time to time.

...

PART B - FEES AND CERTIFICATES

...

3 Quarterly Fees**3.1 Service Fees**

Within the first 30 calendar days of each calendar quarter or at such other time specified by the Company from time to time, each Principal Member, TravelMoney Issuer, Cash Disbursement Member, Plus Programme Participant Member, Visa Cash Programme Participant, V PAY Member and V PAY Group Member shall pay a service fee to the Company (or to such other person(s) as the Company may direct) in accordance with a service fee schedule fixed from time to time by the Board by an affirmative vote of three-quarters of the Directors in attendance at any meeting of the Board at which a quorum is present (a

"Service Fee"). If the thirtieth day of such quarter, or any other payment date specified by the Company from time to time, is not a working day for any Member, such payment shall be made not later than the first working day thereafter. If voluntary termination of membership becomes effective prior to the close of a calendar quarter, any Service Fee paid for such quarter will be refunded on a pro rata basis. Members shall pay Service Fees in Euros or in any other currency so designated by the Company to any designated account of the Company (or of such other person as the Company may direct).

3.2 Capital Fees

3.2.1 Each Member having a Card Sales Volume (as defined in paragraph 4.1, 4.2 or 4.3 of this Part B) shall pay to the Company (or to such other person(s) as the Company may direct) a capital fee in accordance with a schedule to be fixed by the Board by an affirmative vote of three-quarters (3/4) of the Directors at a quorate meeting of the Board (a "Capital Fee").

3.2.2 The Board, in lieu of requiring the payment of the Capital Fees referred to in paragraph 3.2.1 above may, by an affirmative vote of three-quarters (3/4) of the Directors in attendance at a quorate meeting of the Board, authorise Members to purchase loan and/or investment certificates on such terms as the Board deems appropriate.

...

4 Card Sales Volume/Plus Programme Card Defined

4.1 "Card Sales Volume" is the total of all Euros equivalents debited by a Principal Member (or its members or owners) and its sponsored Associate Members, except sponsored Associate Members that have another sponsor whose sponsorship pre-dates that of such Principal Member (or its members or owners), to Cardholders of Cards bearing any of the Licensed Marks, and there shall be deducted from the Card Sales Volume any Card Sales Volume upon which service fees were paid to a Group Member pursuant to paragraph 3.3 of Part A. In the case of any open Group Member, shall be included in its Card Sales Volume any Card Sales Volume upon which service fees were collected pursuant to paragraph 3.3 of Part A.

Visa Cash Sales Volume is, for a Visa Cash Programme Participant, the Euros equivalent of all transactions consummated via a card bearing the Visa Cash Service Marks issued by such Visa Cash Programme Participant (and its owners and members) and its designees, less any such Visa Cash Sales Volume upon which service fees were paid to a Group Member pursuant to paragraph 3.3 of Part A, plus, in the case of a Group Member, any such Visa Cash Sales Volume upon which service fees were collected pursuant to paragraph 3.3 of Part A,

- 4.3 The exchange rate applied to non-Euros amounts to arrive at Euros amounts set by the Company from time to time.

...

6 **Minimum Service Fees**

Every Plus Programme Participant, Cash Disbursement Member, Visa Cash Programme Participant and/or Principal Member shall pay a minimum quarterly Service Fee as shall be determined from time to time by an affirmative vote of three-quarters of the Directors in attendance at any meeting of the Board of Directors at which a quorum is present.

...

PART C - VOTING

1 Allocation of Votes - General Meetings

- 1.1 As to all matters to be considered at General Meetings, voting on a poll by Members from 1 April of any year to 31 March of the following year shall be based upon the Operating Certificates covering the calendar year period preceding such 1 April, provided that such Operating Certificates have been filed properly in accordance with the Company's Articles and/or the Regulations.
- 1.2 The Participation Rights of each Member for the purposes of voting on a poll pursuant to Article 46 (Votes attaching to shares) shall be determined as follows:
- 1.2.1 each Principal Member and V PAY Member shall be entitled to one vote for each € 1,000 or fraction thereof, of Card Sales Volume as such terms are defined in Part B of these Membership Regulations;
- 1.2.2 each Plus Programme Participant Member shall be entitled to one vote for every 25 Plus Programme Cards it has in issue at the close of the calendar year period referred to in paragraph 1.1 above; and
- 1.2.3 each Group Member and V PAY Group Member shall exercise the aggregate number of votes that its members or owners would have pursuant to paragraphs 1.2.1 to 1.2.2 above were such members or owners Members of the Company.
- 1.2.4 Notwithstanding anything to the contrary contained in the Company's Articles or these Membership Regulations, no Associate Members, Participant Members or Cash Disbursement Members shall be allocated any votes or be entitled to any voting rights in respect of the Company.

...

PART D - DIVIDENDS

For the purposes of the Articles, the Participation Rights of each Member, on declaration or payment of any dividend or the making of any other distribution out of the assets of the Company, shall be calculated as follows:

$$X = \frac{A \times B}{C}$$

where:

X = the amount of gross dividend to be paid to a particular Member

A = the total amount of the dividend resolved to be distributed A

B = the aggregate amount of Service Fees based on sales volume and/or Plus Programme Cards issued and/or capital fees paid to the Company (or to such other person(s) as the Company may direct) and/or to VISA International Service Association ("VISA International") by the relevant Member of the Company from the earlier of either:

- (a) the later of (i) the date on which such Member was accepted as a member of VISA International; and (ii) 1 July 1988; and
- (b) the date on which such Member was accepted as a Member of the Company,

up to (and including) (i) 30 September 2007, in respect of any dividend declared or resolved to be paid in the calendar year 2008; or (ii) the date falling five calendar months before the date on which the relevant dividend is declared or resolved to be paid, in respect of any other year.

C = the aggregate amount of Service Fees based on sales volume and/or Plus Programme Cards issued and/or capital fees paid to the Company (or to such other person(s) as the Company may direct) and/or VISA International by all Members entitled to participate in the relevant dividend from 1 July 1988 up to (and including) (i) 30 September 2007, in respect of any dividend declared or resolved to be paid in the calendar year 2008; or (ii) the date falling five calendar months before the date on which the relevant dividend is declared or resolved to be paid, in respect of any other year.

For the purposes of this Part D, in determining a Member's entitlement to dividends the Methodology Principles set out in the document entitled "Distribution Methodology", attached to the

minutes of the meeting of the Board held on 23 May 2008, shall apply.

In determining the amount of a distribution to be made to a particular Member, the decision of the Board shall be final.

PART E - RETURN OF CAPITAL

For the purpose of the Articles, the Participation Rights of each Member on a return of capital by the Company shall be determined as follows:

$$X = \frac{A \times B}{C}$$

Where:

X = the value of the assets to be returned to a particular Member

A = the total value of the assets of the Company available for distribution.

B = the aggregate amount of Service Fees based on sales volume and/or Plus Programme Cards issued and/or Capital Fees paid to the Company (or to such other person(s) as the Company may direct) and/ or VISA International by the relevant Member of the Company from the earlier of either:

- (a) the date on which such Member was accepted as a member of VISA International; and
- (b) the date on which such Member was accepted as a Member of the Company,

up to (and including) the date on which the Company is to return its assets to the Members.

C = the aggregate amount of Service Fees based on sales volume and/or Plus Programme Cards issued and/or Capital Fees paid to the Company (or to such other person(s) as the Company may direct) and/ or VISA International by all Members entitled to participate in the relevant return of assets from the date of incorporation of VISA International up to (and including) the date on which the Company is to return its assets to the Members.

For the purposes of this Part E, the term "Member" shall include any predecessors of the Member prior to any mergers or amalgamations of former Members of the Company (or former members of VISA International, as the case may be).

PART F - DISTRIBUTION OF THE OPTION EXERCISE PRICE

For the purpose of the Articles, the Participation Rights of each Member on a Share Sale shall be determined as follows:

$$X = (A \times B) / C$$

Where:

X = the share of the Option Exercise Price attributable to a particular Member

A = the total Option Exercise Price payable pursuant to the exercise of the Put or Call Option

B = the sum for the relevant Member of:

- (a) total qualifying fees¹ paid by that Member to the Company for the three years up to and including the last day of the calendar quarter before the date of exercise of the Put or Call Option; and
- (b) qualifying contribution to be made by that Member in the two years starting on and including the day following the last day of the calendar quarter before the date of exercise of the Put or Call Option.

C = the sum of all the Company's B figures.

For the purposes of this Part F, the following principles shall apply:

..."

Af Visa Europe Limiteds "Articles of Association" (vedtægter) af 26. november 2020, som er vedtaget efter den vederlagsbetaling, som denne sag angår, fremgår blandt andet:

"1 Disapplication of Table A

The regulations contained in Table A in the Schedule to The Companies (Tables A to F) Regulations 1985 shall not apply to the Company.

1.1 Statement of Purpose

The Company is in the business of providing payment scheme services and processing services (including authorisation, clearing and settlement of transactions). The Company plays a significant role in ensuring the continued day-to-day operation of the payment systems it controls, ensuring the continued integrity of the system and managing the risk involved by supporting the stability of the broader UK financial system"

Andre oplysninger

SKAT har som led i den administrative behandling af denne sag ved mail til Erhvervsstyrelsen af 25. januar 2017 stillet spørgsmål om, "hvorvidt Erhvervsstyrelsen vil kunne anerkende et selskab som et kapitalselskab, såfremt overskuddet i selskabet alene fordeles i forhold til kapitalejernes omsætning med selskabet? (Det kan lægges til grund, at de øvrige karakteristika for et kapitalselskab er opfyldt)." Erhvervsstyrelsen har ved mail af 30. januar 2017 besvaret spørgsmålet som følger:

"Som udgangspunkt har kapitalejerne ret til andel i kapitalselskabets overskud i forhold til deres ejerandel, jf. selskabslovens § 1, stk. 2, 2. pkt.

Den tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelse har på en konkret forespørgsel tilkendegivet, at det ikke er muligt at registrere et aktieselskab med en bestemmelse om at udbytte og likvidationsprovenu fordeles i forhold til ejernes omsætning med selskabet, idet dette ville stride mod lighedsgrundsætningen i selskabslovens § 45. Erhvervsstyrelsen er ligeledes af denne opfattelse.

Ovenstående er Erhvervsstyrelsens vejledende udtalelse. Endelig afgørelse henhører under domstolene."

Der er fremlagt vedtægter for Arla Foods Amba.

Retsgrundlaget

EU-retten

Artikel 63, stk. 1, og artikel 65, stk. 1, litra a, og stk. 3, i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) har følgende ordlyd:

"Artikel 63

1. Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.

2. ...

...

Artikel 65

1. Bestemmelserne i artikel 63 griber ikke ind i medlemsstaternes ret til:
a) at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sondrer imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret b) ...

2. ...

3. De foranstaltninger og fremgangsmåder, der er nævnt i stk. 1 og 2, må ikke udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en

skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger, som defineret i artikel 63.

4. ...”

Dansk ret:

Aktieavancebeskatningsloven indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 4 A. 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.

Stk. 3. ...

...

§ 4 C. Ved skattefri porteføljeaktier forstås aktier, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet, og som ejes af et selskab m.v., der ejer mindre end 10 pct. af aktiekapitalen i porteføljeselskabet, jf. dog stk. 2-5.

Stk. 2. ...

Stk. 3. Det er en betingelse for, at aktier er omfattet af stk. 1, at porteføljeselskabet er et aktie- eller anpartsselskab, som er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, eller et tilsvarende udenlandsk selskab.

Stk. 4. ...”

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C er indført ved lov nr. 1255 af 18. december 2012. I forarbejderne hertil, jf. lovforslag nr. L 49 af 1. november 2012, de almindelige bemærkninger, er det anført bl.a.:

”2. Lovforslagets formål og baggrund

I 2009 vedtog den daværende regering og Dansk Folkeparti en omlægning af reglerne for beskatning af selskabers udbytter og aktieavancer med det formål at sikre en mere enkel og ens beskatning. Harmoniseringen af selskabers aktie- og udbyttebeskatning var en del af Forårspakke 2.0. Harmoniseringen indebar bl.a. en ophævelse af den hidtidige skattefrihed for gevinster på (noterede og unoterede) porteføljeaktier, der på afståelsestidspunktet havde været ejet i 3 år eller mere.

Beskatningen af avancer på selskabers unoterede porteføljeaktier er siden blevet kritiseret for at hæmme tilførslen af risikovillig kapital til vækstvirksomheder og har derfor fået tilnavnet »iværksætterskatten«.

...

Med det foreliggende lovforslag om ophævelse af iværksætterskatten foreslås det at indføre skattefrihed for selskabers aktieavancer (dvs. kursgevinster) af porteføljeaktier, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet (unoterede porteføljeaktier), uanset ejertid på afståelsestidspunktet. Forslaget skal ses som en erstatning for iværksætteraktieordningen, der er administrativt tung. ...

Forslaget har til formål at skabe et incitament for investorer til at foretage flere investeringer i vækstvirksomheder. Unoterede selskaber kan herved få lettere ved at tiltrække risikovillig kapital, fordi avancerne fremover bliver skattefrie. Særligt i den nuværende situation med usikkerhed på kapitalmarkederne vil det give bedre muligheder for iværksætter- og vækstvirksomheder. Et sigte med lovforslaget er således at forbedre vilkårene for iværksættere. Det er dog ikke en betingelse, at der er tale om investering i et iværksætterselskab. Efter forslaget er der tale om en generel ordning, der omfatter alle unoterede selskaber, der i øvrigt opfylder betingelserne herfor.

...

3.1.2. Forslagets indhold

3.1.2.1. Avancebeskatning m.m.

...

Ved porteføljeaktier forstås som udgangspunkt aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindre end 10 pct. Af aktiekapitalen i porteføljeselskabet, og hvor selskabet ikke har bestemmende indflydelse i porteføljeselskabet.

Det er en betingelse, at porteføljeselskabet selskabsretligt kan anses for et aktie- eller anpartsselskab. Såfremt der er tale om et selskab i udlandet, er det en betingelse, at der er tale om et selskab, der svarer til et aktie- eller anpartsselskab.

Bestemmelsen har til formål at kvalificere den type selskaber, hvori aktier vil kunne anses for skattefri porteføljeaktier. Det må anses for naturligt, at disse selskaber vil være organiseret som enten et aktieselskab eller et anpartsselskab. Der skal være tale om kapitalselskaber, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, og som ikke er investeringsselskaber. Det er desuden en betingelse for danske selskaber, at disse er skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1. Det er tillige en forudsætning, at aktie- eller anpartsselskabet opfylder de øvrige betingelser i bestemmelsen for, at aktier i selskabet kan anses for skattefrie porteføljeaktier.

Det forhold, at definitionen af porteføljeselskaber ikke er begrænset til selskaber hjemmehørende her i landet, skal sikre, at reglerne, der finder anvendelse på rene kapitalbevægelser, er forenelige med de EU-retlige regler om kapitalens frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 63.”

Endvidere fremgår bl.a. følgende af bemærkningerne til § 4 C:

”Det er en betingelse, at porteføljeselskabet er et aktie- eller anpartsselskab, jf. den foreslåede bestemmelse i § 4 C, stk. 3. For danske porteføljeselskaber er det derudover en betingelse, at de pågældende aktie- og anpartsselskaber er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, for at aktierne heri kan afstås skattefrit.

For så vidt angår udenlandske porteføljeselskaber er det afgørende, at der er tale om et selskab, som selskabsretligt svarer til et aktie- eller anpartsselskab. Der lægges i relation til de udenlandske selskaber vægt på, at der er tale om kapital-selskaber, hvor kapitalejerne hæfter begrænset samt modtager udbytte og har indflydelse i forhold til den indskudte kapital.

Hermed afgrænses porteføljeselskaber til kapital-selskaber, der er aktie- og anpartsselskaber. Undtaget fra begrebet er således bl.a. selskaber, hvor beskatning sker som en andel af selskabets formue, selskaber m.v., der alene beskattes af indtægter ved erhvervsmæssig virksomhed, og foreninger, der udsteder omsættelige beviser for medlemmernes indskud m.v. Undtaget er også selskaber med begrænset ansvar (s.m.b.a'er), som efter reglerne i lov om erhvervsdrivende virksomhed ikke modtager udbytte i forhold til den indskudte kapital.”

Af et høringskema sendt til Folketingets Skatteudvalg ved Skatteministeriets brev af 1. november 2012 vedrørende ministeriets oprindelige lovudkast fremgår:

”

Organisation	Bemærkninger	Kommentarer
...		
Danske Advokater	I forslaget til ny ABL § 4 C er der i stk. 2 henvist til, at porteføljeselskabet skal være et aktie- eller anpartsselskab, som er skattepligtig efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, eller at der er tale om et tilsvarende udenlandsk selskab. I bemærkningerne hertil er det uddybet, at de udenlandske porte-	Det er anset for naturligt at afgrænse porteføljeselskaber til aktie- og anpartsselskaber, der er en velkendt selskabsform, der ikke giver anledning til administrative afgrænsningsvanskeligheder. Denne definition vurderes at styrke og klargøre af-

	<p>føljeselskaber selskabsretligt skal svare til aktie/anpartsselskaber. I bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 1 er det i 4. afsnit anført, at porteføljeselskaber herefter afgrænses til kapital-selskaber "hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, hvor kapitalejeren modtager udbytte og har indflydelse i forhold til den indskudte kapital, og som i øvrigt ikke er investerings-selskaber".</p> <p>Denne definition svarer til definitionen på selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2. Bestemmelsen bør derfor udvides til at omfatte både selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, og nr. 2. Der synes ikke umiddelbart at være nogen begrundelse for at udeholde de såkaldte nr. 2 selskaber.</p> <p>...</p>	<p>grænsningen. I forhold til udenlandske selskaber anses det også for muligt at bedømme, hvorvidt der er tale om et selskab, der svarer til et aktieselskab eller anpartsselskab. Det er korrekt, at udenlandske aktieselskaber omfattes af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2, men denne bestemmelse omfatter her ud over tillige andre typer af selskaber – bl.a. de såkaldte s.m.b.a., som ikke nødvendigvis er kapital-selskaber. Det er derfor ikke fundet hensigtsmæssigt, at skattefritagelsen generelt omfatter selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.</p> <p>...</p>
...		
FSR – Danske Revisorer	<p>...</p> <p>Lovforslagets § 1 nr. 1 - ABL § 4 C stk. 2.</p> <p>Ifølge lovudkastet er det kun aktier i aktieselskaber og anparter i anpartsselskaber, samt andele i tilsvarende udenlandske selskaber, der kan omfattes af definitionen "skattefri porteføljeaktier".</p> <p>Ifølge bemærkningerne anser Skatteministeriet det "for naturligt, at disse selskaber vil være organiseret som enten et aktieselskab eller et anpartsselskab".</p> <p>FSR er enig i, at langt de fleste selskaber vil være organiseret som aktie- eller anpartsselskaber, men</p>	<p>...</p> <p>Der henvises til kommentaren til Danske Advokaters høringssvar.</p>

	<p>finder afgrænsningen uhensigtsmæssig i forhold til den almindelige kvalifikation af udenlandske selskaber i dansk skatteret.</p> <p>Når karakteren og dermed den subjektive skattepligt af et udenlandsk aktie- eller anpartsselskabslignede enhed skal fastlægges, foretages en analyse ud fra en række kriterier, som beskrevet i Den juridiske vejledning afsnit C.D. 1.1.3.</p> <p>Hjemlen til at pålægge udenlandske selskaber subjektiv skattepligt er SEL § 1, stk. 1. nr. 2.</p> <p>Når det udenlandske selskab ifølge lovudkastet skal være sammenligneligt med et aktieselskab eller et anpartsselskab, der er omfattet af SEL § 1, stk. 1 nr. 1, skal der foretages en anden afgrænsning, end den der almindeligvis anvendes ved fastlæggelsen af den subjektive skattepligt og som er beskrevet i Den juridiske vejledning.</p> <p>FSR finder dette uhensigtsmæssigt. Endvidere synes der ikke at være store betænkeligheder ved at lade unoterede ejerandele, som omfattes af aktieavancebeskatningsloven, være omfattet af den foreslåede bestemmelse i § 4 C.</p> <p>Såfremt Skatteministeriet ønsker at fastholde, at der skal være tale om et selskab svarende til et aktieselskab eller et anpartsselskab bedes Skatteministeriet præcisere, hvilke forhold, der vil blive lagt vægt på, når det skal vurderes om selskabet ligner et aktie/anpartsselskab, eksempelvis mht. størrelsen af minimumskapital, regler</p>	<p>Der henvises til kommentaren til Danske Advokaters høringssvar.</p> <p>Der er foretaget en udbygning af bemærkningerne på dette punkt.</p>
--	---	---

	om stiftelse, vedtægter osv.	
...		

”

Skatteministeriet har ved brev af 30. november 2012 til Folketingets Skatteudvalg oversendt Skatteministerens kommentar til FSR – Danske Revisorers bemærkninger af 23. november 2012 til det fremsatte lovforslag. Det fremgår heraf bl.a.:

”Nedenfor kommenteres **FSR – danske revisorer** henvendelse til Skatteudvalget, idet kommentarerne er indføjjet nedenfor, efter det FSR har fremført:

...

Bemærkninger til enkelte bestemmelser

Lovforslagets § 1 nr. 1 – § 4 C, stk. 2. Porteføljeselskabet

Det er efter FSRs opfattelse utilfredsstillende, at Skatteministeriet har valgt at fastholde henvisningen til, at et udenlandsk selskab skal svare til et aktie- eller anpartsselskab. Denne henvisning er efter FSRs opfattelse upræcis og afviger fra den normale behandling i dansk skatteret af et udenlandsk selskab. Kan Skatteministeriet bekræfte, at det stadig først og fremmest er kriterierne ”hæftelse” og ”overskudsdeling”, som er afgørende for hvorvidt selskabet svarer til et aktie- eller anpartsselskab?

KOMMENTAR:

Det er de almindelige karakteristika for et kapitalselskab, der er afgørende for, om det udenlandske selskab svarer til et aktie- eller anpartsselskab, der ville være skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, såfremt der var tale om et dansk selskab. Det afgørende er bl.a., at ingen af deltagerne hæfter personligt, og at deltagerne modtager udbytte i forhold til deres ejerandel.”

Selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, som der henvises til i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, er sålydende:

”§ 1. Skattepligt i henhold til denne lov påhviler følgende selskaber og foreninger mv., der er hjemmehørende her i landet:

- 1) indregistrerede aktieselskaber og anpartsselskaber,
- 2) andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes i selskabet indskudte kapital, selskaber omfattet af § 2 C og registrerede selskaber med begrænset ansvar,
- 3) ...”

Af selskabslovens § 1 og § 45 fremgår følgende:

”§ 1. Denne lov finder anvendelse på alle aktieselskaber og anpartsselskaber (kapitalselskaber).

Stk. 2. I et aktie- eller anpartsselskab hæfter aktionærene og anpartshaverne (kapitalejerne) ikke personligt for kapital-selskabets forpligtelser, men alene med deres indskud. Kapitalejerne har ret til andel i kapital-selskabets overskud i forhold til deres ejerandel, medmindre andet er fastsat i selskabets vedtægter.

Stk. 3. ...

...

§ 45. I kapital-selskaber har alle kapitalandele lige ret i selskabet. Vedtægterne kan dog bestemme, at der skal være forskellige kapital-klasser. I så fald skal vedtægterne angive de forskelle, der knytter sig til den enkelte klasse af kapitalandele, og størrelsen af den enkelte klasse.”

Af forarbejderne til § 1 og § 45 i selskabsloven fremgår, jf. bemærkningerne til bestemmelserne i lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009 om forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber:

”Til § 1

...

Den gældende bestemmelse i aktieselskabslovens § 1, stk. 4, indeholder en afgrænsning i forhold til andelsselskaber. Det fremgår således specifikt, at loven ikke finder anvendelse på selskaber, som gennem medlemmernes deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde har til formål at virke til fremme af medlemmernes fælles interesse, hvis vedtægterne bestemmer, at udbyttet - bortset fra normal forrentning af den indskudte kapital - alene anvendes til fordeling blandt medlemmerne i forhold til deres andel i omsætningen, og at formuen ved selskabets opløsning - efter tilbagebetaling af den indskudte kapital - fordeles på samme måde.

Det er fortsat hensigten, at loven ikke skal finde anvendelse på andels-selskaber. Da der i det foreslåede stk. 2 er indført en positiv definition af aktie- og anpartsselskaber, findes det imidlertid ikke længere nødvendigt at have en negativ afgrænsning i forhold til andelsselskaber i lovteksten. Dette skyldes også, at der er andre juridiske personer, som eksempelvis fonde og foreninger, der heller ikke er omfattet af loven. Andelsselskaber er defineret i lov om visse erhvervsdrivende selskaber § 4.

En ejerftale indgået mellem selskabsdeltagerne anses ikke for bindende for selskabet, og selskabet har både ret og pligt til at udlodde udbytte i henhold til forsvarligt kapitalberedskab.

I det foreslåede stk. 2 videreføres også den gældende bestemmelse om, at aktionærer og anpartshavere, under ét benævnt kapitalejere, ikke

hæfter personligt for selskabets forpligtelser. Den begrænsede hæftelse er det kendetegnende træk ved et kapitalselskab.

Det præciseres samtidigt, at kapitalejerne i et aktie- eller anpartsselskab har ret til andel i selskabets overskud samt stemmeret i forhold til deres ejerandel. Der kan være forskellige aktieklasser, der bl.a. kan give ret til forskellige stemmerettigheder eller udbytteandele. Herunder kan der findes aktieklasser, der ikke giver ret til nogen bestemt andel af selskabets overskud.

...

Til § 45

Med den i 1. pkt. foreslåede bestemmelse er der tale om en videreførelse af den gældende ligeretsgrundsætning, der er kommet til udtryk i aktieselskabslovens § 17 og i anpartsselskabslovens § 14. Ligeretsgrundsætningen betyder, at selskabet skal behandle kapitalejere i samme situation lige.

Forhold, der knytter sig til den enkelte kapitalejer eller kapitalejergruppes situation, kan imidlertid betyde, at alle kapitalejere ikke er stillet lige. Den kapitalejer, der har en lille post kapitalandele, vil således have mindre indflydelse på selskabet end den kapitalejer, som besidder en kontrollerende kapitalandelspost. Tilsvarende vil den kapitalejer, som f.eks. ved pantsætningsaftale har afskåret sig fra at disponere over sine ejerandele, ikke være ligestillet med selskabets øvrige kapitalejere. Forskellig behandling af kapitalejere kan også være konkret begrundet i præceptive danske eller udenlandske retsregler, på baggrund af fyldestgørende dokumentation for straf- eller erstatningsansvar.

Der er ikke med forslaget tilsigtet nogen ændring i de hidtil gældende regler om, at kapitalejere i samme situation har lige ret. Denne ligeretsgrundsætning gælder også som et grundlæggende princip i den europæiske selskabsret, jf. f.eks. 2. selskabsdirektiv (77/91/EØF), artikel 42, hvorefter medlemsstaternes lovgivning skal sikre en lige behandling af aktionærer, der befinder sig i samme situation.

Ligeretsgrundsætningen er ikke til hinder for vedtægtsmæssigt at aftale særlige rettigheder for visse grupper af kapitalejere, hvis blot det sikres, at kapitalejere, der befinder sig i samme situation, stilles lige.

Også for anpartsselskaber gælder noget tilsvarende. Der er således ikke noget til hinder for, at anpartshavere vedtægtsmæssigt fraviger ligeretsgrundsætningen.

...

Udvalget har ikke fundet grundlag for at anbefale en differentiering mellem aktie- og anpartsselskaber, hvad angår kapitalklasser, hvorfor bestemmelsen i forslagets 2. pkt. foreslås at gælde for begge typer af selskaber.

For at sikre den fornødne klarhed skal det fremgå af kapitalselskabets vedtægter, hvis der er forskellige klasser i det pågældende kapitalselskab. Er dette tilfældet, skal vedtægterne indeholde oplysning om, hvorledes forskelligheden kommer til udtryk, jf. den foreslåede bestemmelses 3. pkt.

Det forudsættes, at ligeretsgrundsætningen og generalklausulen om majoritetsmisbrug gælder både ved beslutningen om at oprette en klasse og ved senere ændringer eller ophævelse af sådanne klasser.

Efter de selskabsretlige regler reguleres et aktie- eller anpartsselskabs udbytteudlodning af bestemmelser i selskabets vedtægter, og udbytte skal udloddes forholdsmæssigt i forhold til størrelsen af den enkelte selskabsdeltagers kapitalandel, bortset fra de tilfælde, hvor der i vedtægterne er indsat bestemmelse om, at visse aktieklasser er tillagt forlods ret til udbytte. Efter Vestre Landsrets dom SKM 2007.524 VLR er der opstået tvivl om, hvorvidt et aktieselskab kan uddele overskud alene i forhold til medlemmernes omsætning og ikke i forhold til selskabsdeltagerens andel af selskabets kapital. Vestre Landsrets dom vedrører imidlertid alene de skattemæssige regler og tager ikke stilling til de selskabsretlige forhold.”

Af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fremgår bl.a.:

”§ 1. Loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Stk. 2. Ved virksomheder forstås i denne lov enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af selskabsloven, lov om erhvervsdrivende fonde eller §§ 133-154 i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. Filialer af tilsvarende udenlandske virksomheder er tillige omfattet af loven.

Stk. 3. ...

...

§ 3. Ved en virksomhed med begrænset ansvar forstås i denne lov et andelsselskab (andelsforening) eller en forening med begrænset ansvar, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Det er desuden en betingelse, at virksomheden har minimum to deltagere, at der er mulighed for vekslende deltagerantal, og at økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagerens andel af kapitalen.

Stk. 2. For selskaber med begrænset ansvar, der er stiftet før den 1. januar 2014, finder lovens regler om foreninger med begrænset ansvar tilsvarende anvendelse med de fornødne tilpasninger.

§ 4. Ved et andelsselskab (andelsforening) forstås i denne lov en virksomhed omfattet af § 2, stk. 1 eller stk. 2, eller § 3, hvis formål er at virke til fremme af deltagerens fælles interesser gennem deres deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på anden

lignende måde, og hvor virksomhedens afkast, bortset fra normal forrentning af den indskudte kapital, enten fordeles blandt medlemmerne i forhold til deres andel i omsætningen eller forbliver indestående i virksomheden.”

Lovens § 3, 1. pkt. og § 3, stk. 2, er affattet ved § 2, nr. 2, i lov nr. 616 af 12. juni 2013 om ændring af selskabsloven, lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, årsregnskabsloven og lov om Det Centrale Virksomhedsregister. Af de almindelige bemærkninger i lovforslaget hertil (lovforslag nr. 152 af 27. februar 2013) fremgår bl.a.:

”2.3.2. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

2.3.2.1. Selskaber med begrænset ansvar (SMBA)

2.3.2.1.1. Gældende ret

Med lov om visse erhvervsdrivende virksomheder indførte man i 1995 registrering af virksomheder med begrænset ansvar som betingelse for udøvelse af erhvervsvirksomhed i en selskabsform med begrænset hæftelse. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder er dog kun en registreringslov, og der er således aftalefrihed til at fastsætte virksomhedens vedtægter i overensstemmelse med deltagernes behov.

Det er dog et krav, at virksomheder med begrænset ansvar omfattes af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder adskiller sig væsentligt fra aktie- og anpartsselskaber, der er materielt lovreguleret i selskabsloven. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder regulerer f.eks. ikke ledelsesorganer og kapitalforhold som selskabsloven. Dog finder visse selskabsretlige principper anvendelse såsom, at virksomheden har en ledelse, f.eks. en daglig leder/direktør.

For virksomheder med begrænset ansvar, der er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, er det økonomiske ansvar over for tredjemand alene begrænset til virksomhedens kapital. Der er desuden ikke krav om, at ledelsen er ansvarlig for, at der er et forsvarligt kapitalberedskab for virksomheden. Der er ikke i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fastsat bestemmelser om aktionærlån, hvorfor det antages at være tilladt.

I henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder er det dog et krav, at økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagernes andel af kapitalen. Det vil sige, at der kan ske udlodning af udbytte også flere gange årligt, idet dette ikke er reguleret af loven, blot udlodningen ikke sker i henhold til deltagernes andel af kapitalen-

Virksomheder med begrænset ansvar omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder omfatter selskaber med begrænset ansvar (SMBA), andelsselskaber (andelsforeninger) med begrænset ansvar (AMBA) og foreninger med begrænset ansvar (FMBA).

...

SMBA var i mange år en begrænset anvendt virksomhedsform. Der er dog sket en kraftig stigning i antallet af SMBA'er indenfor de seneste år.

2.3.2.1.2. Forslagets indhold

Det foreslås, at det fremover ikke skal være muligt at oprette nye selskaber med begrænset ansvar omfattet af lov om erhvervsdrivende virksomheder.

Erhvervsstyrelsen har som led i evalueringen af selskabsloven set nærmere på denne virksomhedsform. I praksis har Erhvervsstyrelsen foretaget en række udtræk fra styrelsens registreringssystem, ligesom der er foretaget en sammenligning i forhold til anpartsselskaberne.

På baggrund af denne undersøgelse har det kunnet konstateres, at overlevelsesgraden for selskaber med begrænset ansvar er væsentligt lavere end anpartsselskaber. Det kan endvidere konstateres, at antallet af denne type virksomheder, der kommer under konkurs eller tvangsopløsning, er væsentligt højere end tilfældet for anpartsselskaber.

I forbindelse med evalueringen af selskabsloven blev der således fremsat ønske om, at man får flere virksomheder over i en lovreguleret selskabsform, hvor der - i modsætning til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, hvor der gælder meget få lovkrav - stilles krav til ledelse, kapital og åbenhed samtidig med, at man bevarer en vis fleksibilitet til gavn for især iværksættere.

På baggrund heraf foreslås det at indføre bestemmelser i selskabsloven om en ny selskabsform betegnet »iværksætterselskab«, der er en særlig type anpartsselskab, dog med særregler omkring selskabets kapitalforhold, bl.a. at der alene stilles krav om en selskabskapital på 1 kr. ved stiftelsen.

For at få flere til at benytte denne nye selskabsform foreslås det samtidigt, at det fremadrettet ikke skal være muligt at stifte selskaber med begrænset ansvar i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Dog vil eksisterende selskaber med begrænset ansvar, der er registreret i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, kunne fortsætte som hidtil. Andelsselskaber (andelsforeninger) med begrænset ansvar (AMBA) og foreninger med begrænset ansvar (FMBA) berøres ligeledes ikke af de foreslåede ændringer."

I bemærkningerne til lovforslagets § 2, nr. 2 og 3 (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 3, 1. pkt. og § 3, stk. 2) hedder det:

"Til nr. 2

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder definerer i § 3, hvad der forstås ved en virksomhed med begrænset hæftelse. Virksomheder med begrænset ansvar omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder omfatter selskaber med begrænset ansvar (SMBA), andelsselskaber (andelsforeninger) med begrænset ansvar (AMBA) og foreninger med begrænset ansvar (FMBA).

§ 3 er således en samlet definitionsbestemmelse, dog skal et AMBA tilføjede opfylde bestemmelsen i lovens § 4. Et FMBA har karaktertræk fra den almindelige foreningsret. Der vil normalt være fri indtræden, og der betales et medlemskontingent til finansiering af foreningens aktiviteter. Hvis foreningen fremmer medlemmernes økonomiske interesser ved sin erhvervsdrift, er foreningen omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og skal derfor registreres i Erhvervsstyrelsen. Det er en konkret vurdering, hvorvidt foreningen er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, eller der i stedet er tale om en ideel forening, der alene skal registreres efter de skatte- og afgiftsmæssige regler.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder anvender en afgrænsning mellem erhvervsdrivende og ideelle aktiviteter, der er inspireret af svensk ret i Lagen om ekonomiske föreningar. Denne lov finder anvendelse på foreninger, der har til formål gennem økonomisk virksomhed at fremme medlemmernes økonomiske interesser, og hvor medlemmerne deltager på en nærmere angivet måde. Svensk ret lægger vægt på, at såvel formål som den reelle virksomhed er økonomisk, når der opstår afgrænsningstilfælde. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder omfatter alene de ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift, og som i et ikke uvæsentligt omfang fremmer deltagerens økonomiske interesser.

Et SMBA har karaktertræk fra de selskabsretlige principper. Formålet med et SMBA vil således være - på baggrund af den erhvervsdrivende aktivitet - at opnå et overskud, der kan udloddes til deltagerne.

Som følge af, at det foreslås, at det fremadrettet ikke skal være muligt at stifte nye selskaber med selskabsformen SMBA, foreslås det, at § 3, 1. pkt., ændres således, at det præciseres, at der ved virksomheder med begrænset ansvar i henhold til denne lov er tale om andelsselskab (andelsforening) med begrænset ansvar og forening med begrænset ansvar.

...

Til nr. 3

Som konsekvens af, at det fremadrettet ikke vil være muligt at stifte nye selskaber med selskabsformen SMBA foreslås det, at der indføres en bestemmelse i form af et nyt stk. 2, hvori det præciseres, at for et SMBA, der er stiftet før den 1. januar 2014, vil lovens bestemmelser for foreninger med begrænset ansvar finde tilsvarende anvendelse med de fornødne tilpasninger.

..."

Anbringender

Nets Denmark har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med selskabets sammenfattende processkrift af 9. februar 2024, hvoraf fremgår bl.a. følgende (henvisninger til ekstrakt og materialesamling samt fodnoter er udeladt):

"E ANBRINGENDER – NATIONAL RET

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3 fastslår, at *"Det er en betingelse for, at aktier er omfattet af stk. 1, at porteføljeselskabet er et aktie- eller anpartsselskab, som er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, eller et tilsvarende udenlandsk selskab."*

Det gøres gældende, at Visa Europe Limited svarer til et dansk kapital-selskab, og at avancen ved salg af kapitalandele i selskabet derfor er skattefri, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C.

Som redegjort for under pkt. D.1 ovenfor beror afgørelsen af, om et udenlandsk selskab svarer til et dansk kapital-selskab, ifølge forarbejderne på en *selskabsretlig* vurdering.

Det anføres i forarbejderne, at *"Der skal være tale om kapital-selskaber, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, og som ikke er investeringsselskaber."*

De eneste betingelser, der med sikkerhed kan udledes af forarbejderne, er således, at der skal være tale om et kapital-selskab med begrænset hæftelse. Selskabet må derudover ikke være et investeringsselskab. Begge betingelser er opfyldt i nærværende sag.

Forarbejderne indeholder derudover en omtale af, hvad der er karakteristisk for et dansk aktie- eller anpartsselskab. Omtalen af karakteristiske træk for et dansk aktie- eller anpartsselskab er ikke en opregning af *betingelser*, som det udenlandske selskab skal opfylde, men angiver netop blot hvad der er typiske træk ved et dansk kapital-selskab. Der er ikke dækning for Skatteministeriets anbringende om, at omtalen af typiske træk ved danske aktie- og anpartsselskaber udgør egentlige *betingelser* for, at porteføljeselskabet kan omfattes af bestemmelsen. I så fald havde det været naturligt at nævne dette direkte i forarbejderne.

Omtalen i forarbejderne til aktieavancebeskatningslovens § 4C af udbytter og stemmeret sker i øvrigt ikke med henvisning til *formålet* med bestemmelsen, som ifølge forarbejderne er at fremme investeringslysten, men udgør alene en beskrivelse af de egenskaber, der er karakteristiske for et *dansk* aktie- eller anpartsselskab. Forarbejderne understøtter således ikke, at fordeling af stemmer og udbytter skulle have betydning for formålet om investeringsfremme og dermed for skattefritagelsen.

Når det samtidig af forarbejderne fremgår, at udtrykket "tilsvarende udenlandsk selskab" er indsat af hensyn til overholdelse af artikel 63 TEUF, har det formodningen mod sig, at lovgiver skulle have opstillet en række supplerende betingelser, i tillæg til de udtrykkelige betingelser om begrænset ansvar og ikke at være et investeringssselskab, fordi sådanne betingelser ville stride mod EU-retten i lyset af bestemmelsens formål. Lovgiver har netop ønsket en EU-konform regel, ikke en regel, som ville stride mod EU-retten.

1 Kvalifikation af Visa Europe Limited efter dansk ret

Som nævnt skal der ifølge forarbejderne foretages en *selskabsretlig* vurdering af det udenlandske selskab.

Den selskabsretlige kvalifikation må naturligt tage udgangspunkt i, hvilken dansk selskabstype Visa Europe Limited ligner mest.

Som det fremgår nedenfor, svarer Visa Europe Limited som et britisk private limited company til et dansk anpartsselskab.

Rammen for vurderingen er anvendelsen af ordet "tilsvarende" i § 4 C. Sprogligt er udtrykket "tilsvarende" bredere end "identisk", hvilket er logisk som følge af forskelle i landenes selskabslovgivninger.

Skatteretligt kvalificeres udenlandske enheder ud fra en helhedsvurdering af alle enhedens karakteristika, og "*et enkelt af disse forhold kan ikke være ubetinget afgørende*", jf. Den juridiske Vejledning afsnit C.D.1.1.3.. Det må lægges til grund, at den selskabsretlige kvalifikation tilsvarende skal ske ud fra en helhedsvurdering. De nedenfor anførte forhold viser, at Visa Europe Limited skal kvalificeres som et kapitalsselskab efter dansk ret.

2 Visa Europe Ltd svarer til et anpartsselskab

Følgende forhold taler for kvalifikation af Visa Europe Limited som et kapitalsselskab:

- 1) Selskabet har begrænset hæftelse
- 2) Selskabsdeltagerne bliver deltagere ved at tegne eller købe aktier i selskabet
- 3) Kapitalen er ikke vekslende
- 4) Medlemmerne har stemmeret, udbytteret og ret til andel i likvidationsprovenu
- 5) Højesteret har fastslået, at et private limited company er et dansk anpartsselskab
- 6) Et private limited company sidestilles med et dansk anpartsselskab iht. EU-selskabsretten
- 7) Et private limited company sidestilles med et dansk anpartsselskab iht. EU-skatteretten

- 8) Visa Europe Limited er et selskab i henhold til dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Storbritannien
- 9) Et private limited selskab anses for "et tilsvarende udenlandsk selskab" i aktieavancebeskatningslovens § 4 A
- 10) Et private limited selskab anses for "et tilsvarende udenlandsk selskab" i aktieavancebeskatningslovens § 36

Ad 1) Selskabet har begrænset hæftelse

Ingen kapitalejer i Visa Europe Limited hæfter personligt. Kapitalejerne hæfter alene med den indskudte kapital. Dette svarer fuldstændig til et dansk kapitalselskab.

Ad 2) Selskabsdeltagerne bliver deltagere ved at tegne eller købe aktier i selskabet

Kapitalejerne i Visa Europe Limited skal for at blive selskabsdeltager enten købe eller tegne en aktie. Det er ikke muligt at indtræde som selskabsdeltager uden at købe eller tegne en aktie. Forholdene svarer fuldstændig til et dansk kapitalselskab. Der er *ikke* tale om en vekslende kapital, hvor kapitalen reguleres i takt med selskabsdeltagernes ind- og udtræden.

Ad 3) Kapitalen er ikke vekslende

Hvis en kapitalejer ønsker at afhænde sin kapitalandel i Visa Europe Limited, kan kapitalejeren sælge aktien til selskabet. Kapitalandelen vedbliver med at eksistere, indtil den måtte blive solgt af selskabet eller generalforsamlingen måtte træffe beslutning om kapitalnedsættelse.

Der er ikke tale om en vekslende kapital. Forholdet svarer fuldstændig til et dansk kapitalselskab.

Ad 4) Selskabsdeltagerne har stemmeret, udbytteret og ret til andel i likvidationsprovenu

Selskabsdeltagerne i Visa Europe Limited har ret til udbytte og likvidationsprovenu og har stemmeret. Derved svarer selskabet til et dansk kapitalselskab.

Ifølge vedtægterne fordeles udbytte på grundlag af service fees betalt til selskabet og stemmer havnes på grundlag af antal udstedte Visakort.

Skatteministeriet gør gældende, at den vedtægtsbestemte fordelingsnøgle for udbytter og stemmer diskvalificerer Visa Europe Limited fra at blive anset for at kapitalselskab.

Et dansk kapitalselskab kan også fordele udbytte (og stemmer) efter andre fordelingsnøgler end indskudt kapital, jf. den udtrykkelige bestemmelse herom i selskabslovens § 1, stk. 2, 2. pkt., og

SKM2007.524VLD, som vedrørte et aktieselskab, som netop fordelte overskud på andet grundlag end kapitalindskud.

Selskabslovens § 1, stk. 2, 2. pkt. har følgende ordlyd:

...

Som det fremgår er der aftalefrihed, så længe kravet om publicitet via vedtægterne er opfyldt.

Rettighederne til udbytte og stemmer er i Visa Europe Limited vedtægtsmæssigt bestemt og fordeling sker på et for kapitalejerne oplyst og objektivt grundlag.

Professor, dr.jur. Erik Werlauff og advokat Peer Schaumburg-Müller anfører i kommentaren til § 1 i "Selskabsloven med kommentarer", følgende på side 192:

"Det fremgår af 2. pkt., at kapitalejerne i et A/S eller ApS har ret til andel i selskabets overskud samt stemmeret i forhold til deres ejerandel. Der kan være forskellige aktieklasser, der bl.a. kan give ret til forskellige stemmerettigheder eller udbytteandele. Herunder kan der findes aktieklasser, der ikke giver ret til nogen bestemt andel af selskabets overskud.

Efter Vestre Landsrets dom, SKM 2007.524 V var der opstået tvivl om, hvorvidt et A/S kunne uddele overskud alene i forhold til medlemmernes omsætning og ikke i forhold til selskabsdeltagernes andel af selskabets kapital. Vestre Landsrets dom vedrører imidlertid alene de skattemæssige regler og tager ikke stilling til de selskabsretlige forhold. 2. pkt. har nu adresseret denne problemstilling eksplicit. Jan Schans Christensen: Selskabsloven med kommentarer s. 104 og Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel: Introduktion til dansk selskabsret s. 99 mener ikke, at der vil være tale om et A/S eller ApS, men i stedet et andelsselskab, hvis overskuddet i et selskab med begrænset hæftelse fordeles i forhold til kapitalejernes omsætning med selskabet. Dette synspunkt kan med 2. pkt. i bestemmelsen ikke tiltrædes. Andelsselskaber omfattes i øvrigt ikke af SL, men skal registreres i Erhvervsstyrelsen efter LEV § 8, stk. 1.

Som Werlauff og Schaumburg-Müller anfører, er der i selskabslovens § 1, stk. 2, 2. pkt., nu taget udtrykkeligt stilling til og bestemt, at overskudsfordeling i et aktie- eller anpartsselskab kan ske på andet grundlag end indskudt kapital.

Administrativ praksis var i overensstemmelse med denne fortolkning. I Erhvervsankenævnets kendelse af 12. maj 1998, 97-91.758, udtalte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen :

"Aktieselskabsloven opstiller ikke regler om, hvordan overskuddet skal fordeles, bortset fra, at i det omfang et aktieselskabs midler uddeles til aktionærerne i selskabet, skal dette ske som udbytte eller udlodning, jf. ASL § 109."

Erhvervsstyrelsen har afgivet en kortfattet udtalelse, hvori anføres følgende:

...

Erhvervsstyrelsens udtalelse er ikke særlig detaljeret. Styrelsens opfattelse beror ikke på fortolkning af selskabslovens § 1, stk. 2, men på lighedsgrundsætningen i § 45.

Ligeretsgrundsætningen er ikke til hinder for forskelsbehandling af aktionærer, så længe dette sker på grundlag af forskellige aktieklasser, således at aktionærer i samme aktieklasse behandles ens.

Følgende er anført forarbejderne til ligeretsgrundsætningen i § 45:

...

I et dansk kapitalselskab kan udbytte således også fordeles som i Visa Europe Limited, såfremt der oprettes én aktieklasser til hver aktionær. Det er således højest et teknisk spørgsmål, hvordan udbytte og stemmeret kan fordeles som i Visa Europe Limited i et dansk kapitalselskab.

Erhvervsstyrelsens fortolkning må i øvrigt anses for tvivlsom i lyset af den udtrykkelige bestemmelse i selskabslovens § 1, stk. 2, 2. pkt. Fordelingen af Visa Europe Limiteds overskud og opgørelsen af stemmerettigheder er nøje fastlagt i selskabets vedtægter. Der henvises til Part C og Part D, som er beskrevet i detaljer af Skatteministeriet på side 33-34 i Skatteministeriets svarskrift af 13. juli 2020. Fordelingsnøglerne er baseret på objektivt konstaterbare forhold og forudsætter ikke en beslutning om fordeling ved hver udlodning af udbytte eller stemmeafgivelse. Hvis to kapitalejere i Visa Europe Limited har nøjagtig de samme forhold, nyder disse kapitalejere også nøjagtig den samme indflydelse og andel af overskuddet i selskabet. Det er vanskeligt at se, at fordeling på grundlag af objektivt konstaterbare forhold som fastlagt i vedtægterne skulle kunne udgøre arbitrær fordeling i strid med ligeretsgrundsætningen.

Vedtægterne for Visa Europe Limited er offentligt tilgængelige, og kapitalejerne har hele tiden vidst, hvorledes stemmerettigheder og overskud fordeles i selskabet. Alle kapitalejere har dermed accepteret den præmis for deltagelse, som følger af vedtægterne.

Endvidere er ligeretsgrundsætningen i selskabsloven deklatorisk og kan fraviges med samtykke af de berørte aktionærer, jf. Selskabsloven med kommentarer (3. udg.) af Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, side 422, hvor det anføres (M, s. 833) "*Ligeretsgrundsætningen er i modsætning til kravet om beslutningers materielle saglighed (dvs. generalklausulerne) deklatorisk: Hvis de aktionærer, hvis retstilling i selskabet forringes, samtykker deri, er der således intet selskabsretligt til hinder for forrykkelsen.*"

I overensstemmelse hermed havde aktionærerne i ovennævnte Vestre Landsrets dom SKM2007.524 aftalt overskudsfordeling på andet grundlag end indskudt kapital.

Erhvervsstyrelsens fortolkning er desuden tvivlsom, fordi ligeretsgrundsætningen er en almindelig retsgrundsætning, som derfor også gælder andelsselskaber, og i andelsselskaber fordeles overskud efter medlemmernes omsætning med selskabet uden at stride mod nogen ligeretsgrundsætning. Det vigtige for ligeretsgrundsætningen er, at kapitalejere med samme forhold behandles lige, og at fravigelse heraf sker på objektivt og vedtægtsbestemt grundlag.

Af de anførte grunde må det afvises, at et dansk anpartsselskab ikke kan have vedtægter svarende til Visa Europe Limited vedtægter.

Ligeretsgrundsætningen, der følger af EU's selskabsdirektiver, er også gældende for britiske kapitalselskaber. De britiske og de danske myndigheder har således en forskellig fortolkning af den samme ligeretsgrundsætning. En sådan forskellig fortolkning medfører ikke så væsentlig en forskel i de to landes kapitalselskaber, at de ikke kan anses for tilsvarende hinanden, navnlig når samme resultat kan nås i Danmark ved at indføre aktieklasser. Det er reelt kun et teknisk spørgsmål om, *hvor* dan overskudsfordeling som vedtaget i Visa Europe Limited skal gennemføres i et dansk selskab, ikke *om* overskudsfordeling kan ske som i Visa Europe Limited.

Ad 5) Højesteret har fastslået, at et private limited company er et dansk anpartsselskab

EU-Domstolen og Højesteret har i sag C-212/97, Centros, fastslået, at et private limited company registret i Storbritannien er at anse for et udenlandsk anpartsselskab, jf. sag C-212/97, Centros, præmis 4:

"Efter dansk ret anses Centros — som et »private limited company« — for et udenlandsk anpartsselskab."

Denne bemærkning fra EU-Domstolens dom kan kun stamme fra den forelæggende ret, Højesteret. Højesteret mener altså, at et selskab af typen private limited company selskabsretligt er et udenlandsk anpartsselskab, selv om det i sagen omhandlede private limited selskab kun havde en kapital på 1 pund, og et tilsvarende dansk selskab med samme karakteristika notorisk ikke kunne registreres i Danmark som følge af selskabslovens kapitalkrav.

Ad 6) Et private limited company sidestilles med et dansk anpartsselskab iht. EU-selskabsretten

Den engelske Companies Act svarer til den danske selskabslov, og begge love implementerer de samme underliggende selskabsdirektiver. Visa Europe Ltd er dermed undergivet et fuldt selskabsretligt regime svarende til den danske selskabslov, og selskabet har af samme grund den samme grundlæggende retlige struktur som et dansk kapitalselskab.

I den fællesskabsretlige selskabsret sidestilles engelske private limited selskaber udtrykkeligt med danske anpartsselskaber:

a) Selskabsdirektivet (direktiv 2017/1132):

For det første kan henvises til direktiv 2017/1132 af 14. juni 2017 om visse aspekter af selskabsretten ("selskabs/direktivet"). Direktivet dækker spørgsmål såsom stiftelse, kapital- og offentlighedskrav samt selskabers transaktioner (såsom fusioner og spaltninger).

Selskabsdirektivet udgør en sammenskrivning af seks selskabsdirektiver, herunder direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968 ("publicitetsdirektivet"), direktiv 77/91/EØF af 13. december 1976 ("kapitaldirektivet") og direktiv 78/855/EØF af 9. oktober 1978 ("fusionsdirektivet").

Det fremgår af Bilag II, at de i Danmark omfattede selskabsformer er "aktieselskab, kommanditaktieselskab, anpartsselskab" (M, s. 266) og i Storbritannien "companies incorporated with limited liability". I henhold til selskabsdirektivet er et britisk private limited company således ligestillet med danske anpartsselskaber.

b) Publicitetsdirektivet (1. selskabsdirektiv) (direktiv 68/151/EØF):

For det andet kan der henvises til direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne m.v. ("publicitetsdirektivet").

Af seneste konsoliderede udgave af 01/01/2007 fremgår af artikel 1, at de i Danmark omfattede selskabsformer er "aktieselskab, kommanditaktieselskab, anpartsselskab" og i Storbritannien "companies incorporated with limited liability". Også i henhold til publicitetsdirektivet er et private limited company således ligestillet med danske anpartsselskaber.

Der henvises til publicitetsdirektivet i blandt andet forarbejderne til selskabslovens § 291 om grænseoverskridende spaltninger. Selskabslovens § 291, stk. 1, har følgende ordlyd:

"§ 291. Kapitalselskaber omfattet af denne lov kan deltage i grænseoverskridende spaltninger, hvor de øvrige deltagende selskaber er tilsvarende kapitalselskaber, der hører under et eller flere andre EU/EØS-landes lovgivning. Den grænseoverskridende spaltning kan gennemføres uden kreditorernes samtykke"

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår (lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009):

"Et aktieselskab kan deltage i en grænseoverskridende spaltning med selskaber, der svarer til danske aktieselskaber og anpartsselskaber, og et anpartsselskab kan på tilsvarende vis deltage i en fusion med udenlandske selskaber svarende til danske aktieselskaber og anpartsselskaber, jf. det foreslåede stk. 1. De selskaber, der svarer til danske aktie- og anpartsselska-

ber, er oplyst i et bilag til 1. selskabsdirektiv (68/151/EØF)." [min understregning]

Endvidere henvises der til publicitetsdirektivet i forarbejderne til selskabslovens § 271 om grænseoverskridende fusioner. Selskabslovens § 271 har følgende ordlyd:

"§ 271. Kapital­selskaber omfattet af denne lov kan deltage i grænseoverskridende fusioner, hvor de øvrige deltagende selskaber er tilsvarende kapital­selskaber, der hører under EU/EØS-landes lovgivning. Den grænseoverskridende fusion kan gennemføres uden kreditorernes samtykke."

Af forarbejderne til selskabslovens § 271 fremgår det (lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009):

"Et aktieselskab kan deltage i en grænseoverskridende fusion med selskaber, der svarer til danske aktieselskaber og anpartsselskaber, og et anpartsselskab kan på tilsvarende vis deltage i en fusion med udenlandske selskaber svarende til danske aktieselskaber og anpartsselskaber, jf. forslaget til stk. 1. De selskaber, der svarer til danske aktie- og anpartsselskaber, er oplyst i et bilag til 1. selskabsdirektiv (68/151/EØF)." [min understregning]

I selskabsloven fremgår det således udtrykkeligt, at et private limited company som Visa Europe Ltd selskabsretligt svarer til et anpartsselskab. Visa Europe Ltd ville således kunne deltage i en grænseoverskridende spaltning og fusion med et dansk anpartsselskab (som tilsvarende dette) i henhold til reglerne i selskabsloven.

Derimod vil Visa Europe Ltd ikke kunne indgå i en grænseoverskridende fusion eller spaltning med et dansk andelsselskab efter reglerne i erhvervsvirksomhedslovens kapital 6 B. Efter reglerne i erhvervsvirksomhedslovens §§ 21 c og 21 d kan en virksomhed med begrænset ansvar (f.eks. andelsselskab) indgå i henholdsvis en fusion og en spaltning med *"en eller flere tilsvarende virksomheder med begrænset ansvar, der hører under mindst et andet EU/EØS-lands lovgivning."*

c) Enkeltmandsdirektivet (direktiv 2009/102/EF):

For det tredje kan henvises til direktiv 2009/102/EF af 16. september 2009 på selskabsrettens område om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar ("enkeltmandsdirektivet").

De af direktivet omfattede selskaber er opregnet i bilag 1, selskabsformer, og hvor der i bilag 1 ud for Danmark er anført "anpartsselskaber" (M, s. 317) og ud for Storbritannien er anført "Private Limited companies by shares or by guarantee". Det følger dermed direkte af direktivet, at et private limited company retligt svarer til et danske anpartsselskab.

d) Regnskabsdirektivet (direktiv 2013/34/EU):

For det fjerde kan der henvises til direktiv 2013/34/EU af 26. juni 2013 om årsregnskaber, konsoliderede regnskaber og tilhørende beretninger for visse virksomhedsformer.

De af direktivet omfattede virksomhedsformer er i Danmark, jf. Bilag 1, "aktieselskaber, kommanditaktieselskaber, anpartsselskaber" (M, s. 286) og i Storbritannien er det "public companies limited by shares or by guarantee, private companies limited by shares or by guarantee".

Efter regnskabsdirektivet er selskabsformerne anpartsselskaber og private companies limited by shares or by guarantee således ligestillede.

Ad 7) Et private limited company sidestilles med et dansk anpartsselskab iht. EU-skatteretten

Skatteretten er endnu ikke fuldt ud harmoniseret på fælleskabsplan. På de områder, hvor der er sket harmonisering, er danske aktie- og anpartsselskaber ligestillet med engelske limited selskaber. Dette gælder således (i) Moder-/Datterselskabsdirektivet, (ii) Fusions-skattedirektivet og (iii) Rente-royaltydirektivet. I de tre direktiver opereres med begrebet "et selskab i en medlemsstat".

a) Moder-/Datterselskabsdirektivet (direktiv 2011/96/EU):

Direktivet hjemler skattefrihed for aktieudbytter ved en ejerandel på mindst 10%.

Ifølge Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 5 er det en betingelse, at udlodningen sker fra et "selskab i en medlemsstat". Som selskab i en medlemsstat anses ifølge artikel 2 de i bilag 1 opregnede selskaber.

Ifølge bilag 1, litra e, omfatter direktivet følgende danske selskaber:

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

Ifølge bilaget, litra ab) omfatter direktivet følgende selskaber i Storbritannien:

"De selskaber, der er registreret i henhold til Det Forenede Kongeriges ret."

Som det fremgår, sidestiller Moder-/Datterselskabsdirektivet engelske private limited selskaber med danske anpartsselskaber, og Danmark er forpligtet efter direktivet til at indrømme skattefrihed af udbytter fra aktie- og anpartsselskaber og britiske limited selskaber.

Havde Nets Danmark A/S således forud for salget øget sin ejerandel i Visa Europe Limited til at udgøre 10% eller mere, så ville alle aktierne i medfør af intern dansk ret (aktieavancebeskatningslovens § 4 A) kunne have været afstået skattefrit uden avancebeskatning, herunder den aktie, der faktisk blev solgt. Der er enighed om dette mellem parterne.

b) Fusionsskattedirektivet (direktiv 2009/133/EF):

Direktivet gælder for "et selskab i en medlemsstat", jf. artikel 3, litra a), der henviser til de i bilag I, Del A, opregnede selskaber. Som selskab i en medlemsstat anses ifølge bilag A, litra e, følgende danske selskaber:

"selskaber, der i dansk ret benævnes "aktieselskab" og "anpartsselskab" og 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"

Ifølge bilaget, litra ab) omfatter direktivet følgende selskaber i Storbritannien:

"selskaber, der er registreret i henhold til Det Forenede Kongeriges lovgivning".

Aktie- og anpartsselskaber og engelske limited selskaber er omfattet alle af begrebet et "selskab i en medlemsstat".

Direktivet er implementeret ved fusionsskatteloven (lovbekendtgørelse nr. 743 af 23. april 2021) og ved aktieavancebeskatningslovens § 36, stk. 1, 1. pkt., om skattefri aktieombytning. Bestemmelsen i aktieavancebeskatningslovens § 36, stk. 1, 1. pkt., har følgende ordlyd:

"Ved ombytning af aktier har aktionærerne i det erhvervede selskab adgang til beskatning efter reglerne i fusionsskattelovens §§ 9 og 11, når såvel det erhvervende som det erhvervede selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF, eller er selskaber, som svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemmehørende i lande uden for EU. "

Danmark er efter direktivet som implementeret i dansk ret forpligtet til at behandle afståelser på samme måde i relation til afståelsesbeskatning, nemlig skattefrit, ved afståelse af aktier i aktie- eller anpartsselskaber og i private limited selskaber på en af de i direktivet omfattede afståelsesmåder. Havde Nets Danmark A/S afstået sin selvsamme aktie i Visa Europe Ltd, som konkret blev afstået til Visa Inc., ved en fusion, spaltning, tilførsel af aktiver eller aktieombytning, ville Nets Danmark A/S have haft et direktivbaseret krav på at kunne afstå aktien skattefrit.

c) Rente-/Royaltydirektivet (direktiv 2003/49/EF):

Direktivet hjemler skattefrihed ved rente- og royaltybetalinger modtaget fra et datterselskab, jf. artikel 1. Direktivet omfatter et "selskab i en medlemsstat", jf. artikel 3.

Ved "selskab i en medlemsstat" anses ifølge bilaget til Rente-/Royaltydirektivet følgende danske selskaber, litra b (M, s. 326):

selskaber, der i dansk ret benævnes »aktieselskab« og »anpartsselskab«

Ifølge bilaget, litra o) omfatter direktivet følgende selskaber i Storbritannien:

, der er registreret i henhold til Det Forenede Kongeriges lovgivning".

Også i henhold til Rente-/Royaltydirektivet sidestilles engelske private limited selskaber således med danske anpartsselskaber. Britiske limited selskaber kan således modtage renter og royalties skattefrit i samme omfang som danske aktie- og anpartsselskaber.

Ad 8) Visa Europe Limited er et selskab i henhold til dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Storbritannien

Visa Europe Limited er et selskab i henhold til dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Storbritannien, jf. artikel 3, tk. 1, litra g) hvorefter, "skal i denne overenskomst ... udtrykket "selskab" betyde enhver juridisk person eller enhver sammenslutning, der i skattemæssig henseende behandles som en juridisk person".

Ad 9) Et private limited selskab anses for "et tilsvarende udenlandsk selskab" i aktieavancebeskatningslovens § 4 A

Udtrykket "tilsvarende udenlandsk selskab" anvendes andre steder i aktieavancebeskatningsloven end i § 4 C, blandt andet i aktieavancebeskatningsloven § 4 A om datterselskabsaktier, som vedrører ejerandele på 10% eller mere (§ 4 C vedrører ejerandele på under 10%).

§ 4 A implementerer Moder-/Datterselskabsdirektivet i dansk ret. Ifølge Moder-/Datterselskabsdirektivet har en aktionær krav på skattefrit at kunne modtage aktieudbytter ved en ejerandel på 10 % eller mere fra et "selskab i en medlemsstat". Visa Europe Limited og danske aktie- og anpartsselskaber er alle et sådant "selskab i en medlemsstat", jf. direktivets Bilag 1.

§ 4 A, stk. 2, er sålydende:

"Det er en betingelse efter stk. 1, at datterselskabet er omfattet af selskabs-skattelovens § 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."

Aktie- og anpartsselskaber er skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1. Udtrykket "et tilsvarende udenlandsk selskab" i § 4 A må derfor nødvendigvis for alle selskaber, der i direktivet har status af "et selskab i en medlemsstat", henvise tilbage aktie- og anpartsselskaber, som er de danske selskabstyper omfattet af direktivet (direktivet gælder for danske aktie- og anpartsselskaber og andre danske selskaber, der er selskabsskattepligtige, og hvis indkomst beregnes på samme måde som for aktieselskaber).

Ad 10) Et private limited selskab anses for "et tilsvarende udenlandsk selskab" i aktieavancebeskatningslovens § 36

Udtrykket "tilsvarende udenlandsk selskab" anvendes også i aktieavancebeskatningslovens § 36, stk.1, 1. pkt., om skattefri aktieombytning, der har følgende ordlyd:

"§ 36

Ved ombytning af aktier har aktionærerne i det erhvervede selskab adgang til beskatning efter reglerne i fusionsskattelovens §§ 9 og 11, når såvel det erhvervende som det erhvervede selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF, eller er selskaber, som svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemmehørende i lande uden for EU. "

§ 36 implementerer Fusionsskattedirektivet, som giver adgang til omstrukturering med skattemæssig succession. Direktivet gælder for "et selskab i en medlemsstat", jf. artikel 3, litra a), der henviser til de i bilag I, Del A, opregnede selskaber. Som selskab i en medlemsstat anses ifølge bilag A, litra e, følgende danske selskaber:

"selskaber, der i dansk ret benævnes "aktieselskab" og "anpartsselskab" og 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"

Ifølge bilaget, litra ab) omfatter direktivet følgende selskaber i Storbritannien:

"selskaber, der er registreret i henhold til Det Forenede Kongeriges lovgivning".

Dermed er private limited selskaber utvivlsomt omfattet af Fusionsskattedirektivet og dermed utvivlsomt omfattet af udtrykket "selskab i en medlemsstat" i aktieavancebeskatningslovens § 36, der sammen med fusionsskatteloven udgør den danske lovgivning, der implementerer fusionsskattedirektivet. Et selskab uden for EU, som altså ikke er et selskab i en medlemsstat, som er identisk med Visa Europe Limited, vil således blive anset for svarende til et dansk aktie- eller anpartsselskab og kunne støtte ret på § 36.

Det ville være særdeles kunstigt, hvis det samme udtryk "tilsvarende udenlandsk selskab" skulle have et forskelligt indhold i aktieavancebeskatningslovens § 4 A og § 36 på den ene side og aktieavancebeskatningslovens § 4C på den anden side. Det har formodningen imod sig, at lovgiver ved at bruge præcis samme udtryk "tilsvarende udenlandsk selskab" i de tre bestemmelser i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, § 4 C og § 36 skulle have tillagt samme formulering forskelligt indhold. Tværtimod har det formodningen for sig, at lovgiver ved at bruge præcis samme formulering har ønsket, at bestemmelserne skal have samme anvendelsesområde.

3 Visa Europe Ltd svarer *ikke* til et andelsselskab eller nogen anden selskabstype omfattet af erhvervsvirksomhedsloven

Det kan overvejes, om Visa Europe Limited svarer (bedre) til andre gældende selskabstyper i Danmark. Dette er ikke tilfældet. Visa Europe Limited opfylder ikke kravene til nogen anden dansk selskabstype omfattet af erhvervsvirksomhedsloven.

Andelsselskaber er reguleret i erhvervsvirksomhedslovens § 4, der har følgende ordlyd:

...

m betingelserne i bestemmelsen fremgår følgende af lovforslaget om erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovforslag nr. 84 af 24. november 1993:

"Ved vurderingen af, hvorvidt der er tale om et andelsselskab, vil der blive lagt vægt på, at vedtægten indeholder det karakteristiske andelsformål, at deltagerkredsen og kapitalgrundlaget er vekslende, samt at der gælder den karakteristiske bestemmelse om fordeling af overskud og et eventuelt likvidationsprovenu."

Der kan på grundlag af loven og forarbejderne opstilles følgende betingelser for kvalifikation som andelsselskab:

1. Selskabet skal have et andelsformål, dvs. at selskabets vedtægtsmæssige formål skal være at virke til fremme af medlemmernes fælles erhvervmæssige interesser som aftagere, leverandører eller på lignende måde. Dette er en egentlig lovmæssig betingelse, jf. ordlyden af erhvervsvirksomhedslovens § 4.
2. Overskud og likvidationsprovenu skal fordeles blandt medlemmerne i forhold til deres andel af omsætningen med selskabet. Dette forhold er ligeledes en egentlig lovmæssig betingelse, jf. ordlyden af erhvervsvirksomhedslovens § 4.
3. Selskabets deltagerantal og kapital skal være vekslende. Dette kriterium fremgår af de citerede forarbejder.

Derudover fremgår et fjerde kriterium af Erhvervsstyrelsens vejledning om virksomheder med begrænset ansvar:

4. Indflydelse (stemmeret) skal være uafhængig af indskudt kapital eller omsætning med selskabet.

I det følgende foretages en vurdering af Visa Europe Limited i forhold til de fire betingelser. Som det fremgår, er ingen af de fire betingelser opfyldt.

Ad 1) Andelsformål

Kravet om andelsformål fremgår direkte af lovbestemmelsen og er således en egentlig lovmæssig betingelse. Visa Europe Limiteds formål er ifølge vedtægterne [vedtægter af 26. november 2020]:

...

Selskabet har således sit eget kommercielle formål, og selskabet tjener tillige det bredere samfunds interesser. At tilgodese kapitalejernes interesser som aftagere eller leverandører (andelsformål) er ikke en del af selskabets formål, og selskabet har således ikke et andelsformål.

Ad 2) Fordeling af overskud og likvidationsprovenu efter omsætningen med selskabet

Overskuddet i Visa Europe Limited fordeles ikke efter omsætning med selskabet.

Selskabets overskud fordeles ifølge Membership Regulations, part D, på grundlag af Service Fees og Capital Fees betalt ikke blot til selskabet, men til "*the Company (or to such other persons as the Company may direct) and/or to Visa International Service Organisation*". Likvidationsprovenu fordeles efter samme fordelingsnøgle.

Hverken Service Fees eller Capital Fees fastsættes på grundlag af omsætningen med selskabet, jf. definitionen af Service Fees og Capital Fees i Membership Regulations part B.

Da udlodninger til kapitalejerne ikke sker efter omsætning, er kvalifikation som andelsselskab udelukket.

Kvalifikation som andelsselskab forudsætter endvidere efter dansk ret, at kapitalejernes omsætning er med *andelsselskabet* selv. Omsætning med *koncernselskaber* bevirker ikke, at selskabet er et andelsselskab.

Ifølge det oplyste har selskabet i England status som mutual trader, hvorefter omsætning med medlemmerne er undtaget fra beskatning, men der har efter det oplyste ikke været nogen omsætning med medlemmerne, og dermed heller ikke noget at undtage fra beskatning.

Ad 3) Vekslede deltagerantal og kapital

Selskabet har ikke en vekslende kapital, men en fast kapital, jf. vedtægternes pkt. 11:

...

En kapitalnedsættelse kræver en generalforsamlingsbeslutning, jf. vedtægternes punkt 17, hvoraf følger:

...

Det fremgår dermed af vedtægterne, at selskabets registrerede aktiekapital alene kan nedsættes ved generalforsamlingsbeslutning. Det er nøjagtigt det samme krav, der gælder efter selskabsloven for kapitalnedsættelse i danske anparts- og aktieselskaber. Visa Europe Limited har således ikke en vekslende kapital, og forholdet er til hinder for at kvalificere Visa Europe Limited som et andelsselskab (og i det hele taget som noget som helst selskab omfattet af erhvervsvirksomhedsloven).

En kapitalejers udtræden sker i form af tilbagesalg af kapitalandelen til selskabet. Kapitalandelen vedbliver med at eksistere efter tilbagesalget, og selskabskapitalen ændrer sig ikke. Dette forhold svarer til et dansk kapitalselskab. Der kan henvises til Erik Hørlyck, Dansk Andelsret (3. udg.) side 9:

"Er det klart, at de lovmæssige betingelser er opfyldt, er det uden betydning, om andelsprincipperne i øvrigt er tilsidesat, for eksempel gennem en lukket deltagerkreds, overdragelsesadgang eller stemmeret i forhold til kapitalindskud. Sådanne forhold, der er atypiske for andelsselskaber, vedrører ikke de lovmæssige betingelser. På den anden side er det naturligvis givet, at er der tale om et grænsetilfælde, hvor det er tvivlsomt, om der foreligger et andelsformål, vil tilstedeværelsen af de øvrige karakteristika være af betydning. I praksis er det i så fald navnlig afgørende, om der er tale om vekslende deltagerkreds og vekslende kapital, idet der i modsat fald vil foreligge et aktieselskab eller anpartsselskab." [min fremhævnings]

Til det fremhævede afsnit bemærkes, at eftersom der hverken foreligger et egentligt andelsformål eller en vekslende selskabskapital, kan selskabet ikke kvalificeres som et andelsselskab, og som følge heraf må selskabet som anført af Hørlyck kvalificeres som et aktie- eller anpartsselskab, som er det eneste selskabsretlige alternativ.

Ad 4) Stemmeret må ikke afhænge af indskudt kapital eller omsætning med selskabet

Det følger af Erhvervsstyrelsens vejledning, at det er karakteristisk for andelsselskaber, at deltagerens indflydelse i selskabet er *uafhængig* af indskudt kapital eller deltagerens omsætning med selskabet. Erhvervsstyrelsen anfører videre i den omtalte vejledning, at

"Deltagerens indflydelse i selskabets øverste ledelsesorgan sker som udgangspunkt på lige fod, altså efter "hoveder"."

Kapitalejernes stemmeret i Visa Europe Limited afhænger af Card Sales Volumes (kortholdernes brug af de af kapitalejeren udstedte Visa-kort). Når indflydelse i selskabet udøves på grundlag af kortholdernes forbrug, fordeles stemmeret ikke "efter hoveder", hvilket strider mod andelstanken og andelsbegrebet.

Det er ikke korrekt, når Skatteministeriet på side 4 i svarskrift af 13. juli 2020 anfører, at "*Stemmerettighederne fordeles således ikke ud fra ejerandele, men ud fra den enkelte ejers omsætning med Visa Europe Ltd*".

Kortholdernes forbrug på deres Visa-kort udgør ikke nogen omsætning mellem Nets Danmark A/S og Visa Europe Limited. Kortholders forbrug er et mellemværende mellem det enkelte medlem (banken) og kortholderen. I den anden ende af betalingstransaktionen er der en forretning, som Visa – når der er tale om udenlandsk forbrug – fordeler kortholders forbrug til.

Hvis Skatteministeriets opfattelse lægges til grund, vil dette i øvrigt også tale imod at anse Visa Europe Limited som et andelsselskab, da det netop er karakteristisk for andelsselskaber, at deltagernes indflydelse er uafhængig af omsætningen med selskabet, og det kan således uanset hvad lægges til grund, at dette kriterium taler imod at anse Visa Europe Limited som et andelsselskab.

4 Konklusion om dansk selskabsretlig kvalifikation

Visa Europe Limited kan ikke kvalificeres som andelsselskab efter dansk selskabsret. Selskabet opfylder hverken de lovbundne betingelser i erhvervsvirksomhedslovens § 4, stk. 1, om andelsformål og fordeling af overskud og likvidationsprovenu efter omsætning, eller den i forarbejderne formulerede betingelse om vekslende deltagerantal og kapital, eller den af Erhvervsstyrelsen formulerede grundsætning om indflydelse "efter hoveder".

Visa Europe Limited er et britisk kapitalselskab oprettet i henhold til samme fællesharmoniserede EU-lovgivning som aktie- og anpartsselskaber. Selskabet har som kapitalselskab samme grundlæggende retlige struktur som et dansk kapitalselskab.

Det forhold, at et udenlandsk kapitalselskab ikke svarer 100% til et dansk kapitalselskab er en logisk konsekvens af, at medlemsstaternes selskabsret nok er harmoniseret, men ikke er totalharmoniseret. Der gælder ikke et krav om 100% match for at være "tilsvarende". Selskabet må således anses for tilsvarende et dansk selskab, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C, uanset om det lægges til grund, at fordeling af udbytte og stemmerettigheder som sket i Visa Europe Limited i et dansk kapitalselskab - som følge af forskelle i Storbritanniens og Danmarks fortolkning af ligeretsgrundsætningen - måtte skulle ske gennem oprettelse af særlige aktieklasser.

Britiske private limited selskaber anses i alle øvrige henseender for selskaber svarende til danske aktie- og anpartsselskaber, jf. blandt andet aktieavancebeskatningslovens § 4 A og 36. Højesteret og EU-Domstolen har i overensstemmelse hermed i Centros-dommen fastslået, at et britisk private limited selskab er et udenlandsk "anpartsselskab".

F ANBRINGENDER – EU-RET

I medfør af artikel 63, stk. 1, TEUF, er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.

Ifølge EU-Domstolens praksis omfatter restriktionsforbuddet " ... foranstaltninger, som kan afholde ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en medlemsstat, eller sådanne, der kan afholde hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i andre stater...", jf. sag C-472/22, NO, pr.23 (min fremhævning).

Det følger af fast praksis fra EU-Domstolen, at selv om direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, skal medlemsstaterne udøve denne kompetence inden for rammerne af EU-retten, herunder artikel 63 TEUF og det grundlæggende ækvivalensprincip. På skatteområdet foreligger der i henhold til Domstolens praksis en restriktion for de frie kapitalbevægelser, hvis en skattefordel forbeholdes investeringer i hjemmehørende selskaber, men ikke indrømmes ved investeringer i ikke-hjemmehørende selskaber, jf. blandt andet sag C-472/22, NO, pr. 24-25 og den deri nævnte praksis.

Undtagelsen i artikel 65, stk. 1, litra a) har et snævert anvendelsesområde, jf. bl.a. sag C-472/22, NO, præmis 27-28.

Restriktionsvurderingen

Skattestyrelsens og Skatteministeriets fortolkning af aktieavancebeskatningslovens § 4 C indebærer, at danske selskabsaktionærer, som investerer i et engelsk kapital-selskab som Visa Europe Limited, udsættes for aktieavancebeskatning, hvorimod danske aktionærer er fritaget for aktieavancebeskatning ved investering i et hjemmehørende dansk kapital-selskab. Denne forskelsbehandling gør det mindre attraktivt for danske investorer at investere i det ikke-hjemmehørende selskab Visa Europe Limited sammenlignet med investering i hjemmehørende danske kapital-selskaber, og denne forskel udgør derfor utvivlsomt en restriktion for kapitalens frie bevægelighed.

Skatteministeriet har anført, at kravene i aktieavancebeskatningslovens § 4 C i princippet gælder lige for danske og udenlandske selskaber, og at der derfor ikke foreligger en restriktion, idet det ikke kun er investeringer i danske aktie- og anpartsselskaber, der kan opfylde betingelserne for skattefritagelse, jf. f.eks. duplikkens, s. 6.

Ministeriets retsopfattelse er ikke forenelig med gældende ret. En national bestemmelse udgør således en restriktion, uanset at denne ikke forskelsbehandler direkte på baggrund af nationalitet, eller denne opstiller betingelser, som det også er muligt for udenlandske enheder at opfylde. Dette fremgår bl.a. af EU-Domstolens dom i sag C-342/20, SCPI, der vedrørte en national finsk bestemmelse, hvorefter finske investeringsfonde og sammenlignelige udenlandske investeringsfonde, som var oprettet ved aftale, kunne fritages for beskatning. De finske skattemyndigheder var kommet frem til, at et fransk selskab, der var oprettet ved *vedtægt*, ikke kunne sammenlignes med en finsk investeringsfond oprettet ved *aftale*, men i stedet skulle sammenlignes med et finsk aktieselskab. Det franske selskab var derfor ikke berettiget til skattefritagelsen. Følgende fremgik af den omhandlede finske bestemmelse, jf. præmis 9:

...

Den finske lovgivning sondrede således ikke på grundlag af nationalitet, men på grundlag af objektive krav til den juridiske form, jf. præmis 52. Den af Domstolen vurderede finske retstilstand er således en-til-en sammenlignelig med situationen i nærværende sag. EU-Domstolen fastslog, at den finske bestemmelse udgjorde en restriktion for de frie kapitalbevægelser med følgende begrundelse, jf. præmis 61 og 63-65:

...

Domstolens henvisning til "*Henset til den manglende harmonisering*" i præmis 61 viser, at forskelle i medlemsstaternes (selskabs)lovgivning ikke har betydning for restriktionsvurderingen. Trods den manglende harmonisering fandt Domstolen således, at der forelå en restriktion, ...

Når forskelsbehandling på grundlag af objektive forskelle i den retlige form på et ikke-harmoniseret område udgør en ulovlig restriktion i strid med artikel 63, så meget desto mere vil forskelsbehandling på grundlag af retlig form udgøre en restriktion for de frie kapitalbevægelser på et harmoniseret område som kapital-selskaber. Harmonisering er nemlig udtryk for, at de harmoniserede forhold er tilstrækkeligt ens til at skulle behandles ens. Det er i øvrigt et grundlæggende krav i EU-retten, jf. artikel 20 i EU's chartret om grundlæggende rettigheder, som fortolkes af Domstolen i f.eks. sag C205/20.

Der kan videre henvises til de forenede sager C-478/19 og C-479/19, UBS Real Estate, der omhandlede en bestemmelse i italiensk ret om lempelse af realkredit- og tinglysningsafgifter for ejendomsfonde. Bestemmelsen sondrede ikke vedrørende nationalitet, men adgangen til lempelse var alene forbeholdt lukkede ejendomsfonde (og ikke åbne ejendomsfonde). Domstolen fastslog, at den italiensk lovgivning og sondringskriteriet udgjorde forskelsbehandling og en restriktion af de frie kapitalbevægelser, jf. præmis 42-43.

I både sag C-342/20, SCPI, og i de forenede sager C-478/19 og C-479/19, UBS Real Estate, fastslog EU-Domstolen således, at der var tale om en

restriktion, uanset at den nationale bestemmelse ikke forskelsbehandlede på baggrund af nationalitet, men på grund af objektive forhold, og uanset at det ikke kun var nationale enheder, der kunne opfylde betingelserne for skattefordelen. De objektive krav i national ret til en bestemt juridisk form stillede ikke-hjemmehørende ringere, fordi de var oprettet i hjemlandet og som følge heraf *kunne* have en anden juridisk form, som afveg fra den krævede form.

I sag C-342/20, SCPI, var det ulovlige kriterium for forskelsbehandling baseret på, hvorvidt en investeringsfond var stiftet ved »aftale« eller »vedtægt«, og i de forenede sager C-478/19 og C479/19, UBS Real Estate, om en ejendomsfond var »åben« eller »lukket«. I begge tilfælde ville de nationale enheder som fordelten var rettet imod opfylde betingelserne og være berettiget til skattefordelen, mens det samme ikke i alle tilfælde ville gælde for øvrige medlemsstaters juridiske modstykke til de tilgodesete nationale enheder, der herved blev stillet ringere.

I aktieavancebeskatningslovens § 4 C er der tale om forskelsbehandling på grundlag af juridisk form. Danske aktie- og anpartsselskaber opfylder i sagens natur altid betingelsen for skattefordelen, mens det samme ikke altid er tilfældet for andre medlemsstaters modstykke til aktie- og anpartsselskaber, idet disse opfylder betingelserne i hjemlandets lovgivning. Udenlandske selskaber stilles derfor ringere, hvilket udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser, jf. art. 63 TEUF, uanset at forskelsbehandlingen ikke sker på baggrund af nationalitet, men på baggrund af juridisk form, og uanset at det ikke kun er danske aktie- og anpartsselskaber, der kan opfylde betingelsen. Se i overensstemmelse hermed tillige sag C-156/17, Köln Aktienfonds-Deka, og sag C-580/15, Van der Weegen.

Skatteministeriet anfører, at den danske regering uden for direktivernes anvendelsesområde har uindskrænket kompetence til selv at bestemme indholdet af den danske beskatningsordning. Dette synspunkt er afvist af EU-Domstolen (Store Afdeling) i sag C-466/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, præmis 68-69. Sagen drejede sig om beskatning af udbytte i en situation, hvor ejerandelens lille størrelse gjorde, at situationen ikke var omfattet af direktiv 90/435. Domstolen statuerede, at den omstændighed, at direktivet ikke fandt anvendelse, ikke betød, at medlemsstaten kunne anvende en ordning, hvor udbytte af udenlandsk oprindelse og udbytte af indenlandsk oprindelse ikke skattemæssigt behandles lige.

Af de anførte grunde kan det konkluderes, at Skatteministeriets fortolkning af aktieavancebeskatningslovens § 4 C udgør en restriktion af de frie kapitalbevægelser.

Objektivt sammenlignelige situationer

En restriktion kan efter EU-Domstolens praksis efter omstændighederne være lovlig, hvis restriktionen vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige.

Sammenlignelighed skal bedømmes med udgangspunkt i formålet med bestemmelsen

Det fremgår af EU-Domstolens praksis, at sammenligneligheds-vurderingen af en national og en grænseoverskridende situation skal foretages med udgangspunkt i formålet med den nationale bestemmelse, jf. bl.a. sag C-650/16, Bevola, præmis 32:

...

Undertiden nævner EU-Domstolen i sine præmisser, at sammenlignelighedsvurderingen skal ske med udgangspunkt i beskatningsordningens "formål, indhold og genstand". "Indholdet" og "genstanden" for bestemmelsen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C er skattefrihed for aktieavancer ved porteføljeinvesteringer (ejerandel under 10%) i unoterede selskaber. Situationerne er sammenlignelige i relation til skatteordningens indhold og genstand, da Nets Danmark A/S netop havde foretaget en porteføljeinvestering i et unoteret selskab. Beskatningsordningens "indhold" og "genstand" er således uden selvstændig betydning for sammenlignelighedsvurderingen.

Formålet med den danske skatteordning er at fremme investeringslysten gennem afskaffelse af den investeringshæmmende aktieavancebeskatning

Formålet med skattefriheden for avancer på porteføljeaktier efter aktieavancebeskatningslovens § 4 C er ifølge forarbejderne at fremme investorers incitament til investering i unoterede selskaber, jf. lovforslag nr. 49 af 1. november 2012:

...

Lovgiver anså således beskatningen af avancer for at hæmme investeringslysten, hvorfor avancer blev gjort skattefrie for at tilskynde til investering og give selskaber bedre muligheder for at tiltrække kapital.

Vurdering af sammenlignelighed i forhold til formålet med den danske beskatningsordning

Formålet med den danske beskatningsordning er som nævnt at fremme investeringslysten gennem afskaffelse af den investeringshæmmende aktieavancebeskatning.

Aktieavancebeskatning er logisk set lige investeringshæmmende, uanset den retlige form for det selskab, som der investeres i. Den retlige form har således ingen betydning for den investeringshæmmende effekt, og derfor befinder investorer sig med hensyn til investeringshæmmende effekt i samme situation, når de investerer, uanset den retlige form for det selskab, der investeres i. Der kan derfor ikke sondres på grundlag af retlig form, når den retlige form er uden betydning for formålet. Sagen C-303/07, Aberdeen Property, vedrørte en finsk lovgiv-

ning, som fritog udbytte for kildeskat, når udbyttet udbetaltes af et datterselskab til et moderselskab i Finland, men som undergav tilsvarende udbytte kildebeskatning, når det udbetaltes til et moderselskab af SICAV-typen hjemmehørende i en anden medlemsstat.

Den juridiske form SICAV (Société d'Investissement à Capital Variable) fandtes ikke i Finland, og det var ikke muligt at registrere et SICAV i Finland.

Den finske regering gjorde gældende, at der ikke ifølge den finske lovgivning kunne stiftes et selskab i Finland, som havde en juridisk form som et SICAV stiftet efter luxembourgsk ret.

Det var derfor den finske regerings holdning, at et SICAV på grund af sin juridiske form og skattemæssige behandling befandt sig i en objektivt anden situation end selskaber eller investeringsfonde etableret i Finland.

Domstolen afviste dette anbringende, jf. pr. 50:

...

EU-Domstolen fandt herefter, at et SICAV stiftet efter luxembourgsk ret (investor) befandt sig i en objektivt sammenlignelig situation med et aktieselskab stiftet efter finsk ret.

Dommen viser, at forskelle i medlemsstaternes selskabslovgivninger ikke kan begrunde en indskrænkning af frihedsrettighederne.

Den omstændighed, at der ikke i dansk ret måtte findes et kapital-selskab med præcis samme karakteristika som Visa Europe Limited, kan således ikke begrunde en forskelsbehandling, da denne forskel beror på, at medlemsstaternes selskabsret ikke er fuldt ud harmoniseret. Ved at lægge vægt på denne forskel fratager Danmark frihedsrettighederne enhver effektiv virkning.

Et SICAV er i øvrigt fjernere fra et kapital-selskab end et limited selskab som Visa Europe Limited, da et SICAV – modsat et limited selskab - ikke omfattes af den harmoniserede selskabsret eller den harmoniserede selskabsskatteret. Resultatet i Aberdeen Property gælder derfor så meget desto mere i nærværende tilfælde, hvor Visa Europe Ltd. er registreret som et limited company i Storbritannien, der ligesom et dansk aktieselskab anses for "et selskab i en medlemsstat", hvilket et SICAV ikke gør.

EU-Domstolen har med sag C-303/07, Aberdeen Property, fastslået, at det er forbudt at lægge vægt på, om et ikke-hjemmehørende selskab er anderledes end nationale selskaber, når forskellene ikke har betydning for formålet. Et sådant sonderingskriterium ville nemlig som anført af Domstolen medføre, at *"det forhold, at medlemsstaternes selskabsret ikke fuldt ud er harmoniseret på fælleskabsplan, i så fald ville fratage etableringsfriheden enhver effektiv virkning"*.

Et kriterium om at svare nøjagtigt til et selskab af en bestemt national type vil i øvrigt altid være mere byrdefuldt at opfylde for ikke-hjemmehørende, som i forvejen indrettes efter lovgivningen i hjemlandet. Hensynet til at kunne blive accepteret i Danmark vil ikke nødvendigvis indgå i disse overvejelser. Et kriterium om at svare til en national selskabstype udgør således skjult forskelsbehandling i strid med EU-retten.

Det er ikke relevant for formålet om at afskaffe den investeringshæmmende avancebeskatning, hvorledes udbytter og stemmerettigheder fordeles i det kapitalsselskab, hvori der investeres. Fordeling af udbytte og stemmeret kan derfor ikke anvendes som sonderingskriterium, fordi sonderingen er uden betydning for formålet.

Af øvrige fortolkningsbidrag om sammenlignelighed skal fremhæves følgende:

Fusionsskattedirektivet

Fusionsskattedirektivet bestemmer, at fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning ikke udløser avancebeskatning af kapitalejerne. Fusionsskattedirektivet angiver i artikel 3, litra a, jf. bilag I, Del A, de selskaber og kapitalejere heri, der kan støtte ret på direktivet. Britiske limited selskaber er omfattet af direktivet ligesom danske kapitalsselskaber.

Hvis Nets Danmark A/S havde afstået sin aktie i Visa Limited Europe i forbindelse med en omstrukturering, havde Nets Danmark A/S i medfør af Fusionsskattedirektivet haft et direktivbaseret krav på at kunne udskyde afståelsesbeskatningen ved skattemæssig succession til de nye aktier i det modtagende selskab på samme måde som havde Nets Danmark A/S ejet aktier i et dansk kapitalsselskab. Når investorerne befinder sig i en sammenlignelig situation med hensyn til avancebeskatning ved afståelse på én måde (ved omstrukturering), er den logiske konsekvens, at investorerne også befinder sig i en sammenlignelig situation med hensyn til avancebeskatning ved afståelse af selv samme aktier på en anden måde (ved salg). Selskabernes selskabsretlige karakteristika og aktieavancebeskatningens hæmmende effekt for afståelser ændrer sig jo ikke, blot fordi afståelse sker på forskellig måde.

Moder-/Datterselskabsdirektivet og Rente-/Royaltydirektivet

Moder-/Datterselskabsdirektivet forbyder medlemsstaterne at kildebeskatte udbytter, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab (ejerandelen skal være mindst 10%).

Tilsvarende forbyder Rente-/Royaltydirektivet medlemsstaterne at kildebeskatte renter og royalties mellem associerede selskaber.

Britiske og danske kapitalsselskaber er begge omfattet af direktiverne. EU har således vedtaget, at britiske og danske kapitalsselskaber befinder sig i sammenlignelige situationer med hensyn til beskatning af udbytter og beskatning af renter og royalties. Direktiverne gælder kun for udbytter, renter og royalties mellem associerede selskaber (ejerandel over

10%), men det er utænkeligt at forestille sig, at EU-Domstolen skulle nå frem til, at selskaberne alene befinder sig i en sammenlignelig situation, når ejerandelen er over 10%, men ikke når ejerandelen er under 10%. Selskabernes selskabsretlige karakteristika ændrer sig jo ikke, blot fordi ejerandelen i selskabet er højere eller lavere end 10%, som er grænsen for at være omfattet af direktiverne. Se hertil sag C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, pr. 69, hvor Domstolen udtalte, at ligebehandlingskravet også gjaldt i en situation, der faldt uden for anvendelsesområdet for direktiv 90/435.

Domstolens praksis

Følgende EU-domme skal fremhæves:

...

5 Tvingende almene hensyn

Der er reelt ikke angivet noget formål med restriktionen. Der angives blot i forarbejderne til § 4 C, at det "*er anset for naturligt*" at begrænse skattefordelen til investering i aktie- og anpartsselskaber, jf. lovforslag nr. 49 af 1. november 2012. Skatteministeriet har da heller ikke under sagens forberedelse gjort gældende, at det kan begrundes i et tvingende alment hensyn at udelukke investering i et private limited company som Visa Europe Limited fra skattefordelen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C.

Den eneste vage begrundelse, som næppe kvalificerer til et egentligt formål, gives ikke i lovforslaget men i et ministersvar i høringsskemaet til lovforslag nr. 49 af 1. november 2012 som svar på en henvendelse fra Danske Advokater (min fremhævelse):

...

Begrundelsen for afgrænsningen til aktie- og anpartsselskaber var altså ifølge ministeren båret af administrative hensyn. Det blev anset for lettest at afgrænse med udgangspunkt i velkendte (danske) selskaber. Et hensyn til nem administration er dog ikke et tvingende hensyn, der kan begrunde en restriktion for den frie bevægelighed, jf. bl.a. sag C-342/20, *SCPI*, præmis 90.

Hensynet til nem administration kan i øvrigt ikke begrunde et regelsæt, der er vanskeligt at administrere. Udenlandske selskaber oprettes nemlig i henhold til hjemlandets lovgivning, og den af Skatteministeriet hævdede fortolkning indebærer, at Skattestyrelsen ikke skal foretage en enkel konklusion af, om der er tale om et kapitalselskab, men en kompliceret vurdering af, om selskabet "*ligner*" et dansk aktie- eller anpartsselskab.

I øvrigt, og meget væsentligt, når investering i Visa Europe Limited ved ejerandele på 10% eller mere skal behandles på samme måde som investering i et dansk aktie- eller anpartsselskab, så er det tæt på utænkeligt, at der alene som følge af en ejerandel på under 10% skulle opstå tvin-

gende almene hensyn, som ville kunne begrunde ikke at behandle investeringer i selvsamme aktier i selvsamme selskab på samme måde som investeringer i et aktie- eller anpartsselskab.

Af de anførte grunde må det afvises, at det kan begrundes i et tvingende alment hensyn, at investering i et private limited company som Visa Europe Limited udelukkes fra skattefordelen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C i modsætning til danske aktie- og anpartsselskaber.

6 Proportionalitet

Det er kun relevant at vurdere proportionalitet, såfremt restriktionen findes at kunne begrundes i tvingende almene hensyn, hvilket restriktionen som nævnt ikke kan.

Kriteriet "aktie- eller anpartsselskab" er desuden hverken neutralt eller proportionalt. Det ville have været mindre indgribende at anvende de mere objektive og neutrale kriterier "et selskab i en medlemsstat" eller lignende.

G FORELÆGGELSE FOR EU-DOMSTOLEN

Landsretten fastslog ved kendelse af 21. december 2022, at det efter en foreløbig vurdering ikke var nødvendigt med en præjudiciel forelæggelse.

1 Der skal ske forelæggelse ved risiko for afvigende praksis i EU

De nationale domstole har i samarbejde med EU-Domstolen en fælles opgave bestående i at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten i hele EU og dermed anvende EU-retten korrekt, jf. også EU-Domstolens dom af 27. februar 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, præmis 33:

...

I sin nylige dom af 6. oktober 2021, Consorzio Italian Management("Cilfit 2"-dommen) har EU-Domstolen (Store Afdeling) principielt taget stilling til, hvornår der bør ske præjudiciel forelæggelse.

Sagen vedrørte pligten for en national domstol - hvis afgørelser i henhold til national ret ikke kan appelleres - til at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen, men giver også en indikation af, hvornår det er hensigtsmæssigt for en national domstol - hvis afgørelser i henhold til national ret kan appelleres - at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen.

Indledningsvist fastslog EU-Domstolen i dommens præmis 27 og 28 det overordnede formål med præjudicielle forelæggelser:

...Slutteligt uddybende Domstolen i præmis 39-41, at der må udvises en betydelig ydmyghed, når det i en konkret situation skal vurderes, om den korrekte fortolkning af EU-retten er klar eller nødvendiggør en forelæggelse :

...Domstolen henviser til risikoen for afvigende praksis i EU. Det er således nødvendigt at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen, hvis der er risiko for afvigende praksis inden for Unionen.

2 Der er konkret tvivl om rigtigheden af Skatteministeriets fortolkning

Som det fremgår ovenfor, vurderer Domstolen skatteregler med udgangspunkt i formålet med den nationale regel.

Som gengivet ovenfor har Domstolen i flere tilfælde statueret, at forskelle i juridisk form ikke har betydning for restriktionsvurderingen med henvisning til, at ellers ville artikel 63 blive indholdsløs som følge af den manglende harmonisering på selskabsrettens område. Det må formodes, at Domstolen vil se endnu strengere på tilfælde af forskelsbehandling på grundlag af juridisk form på et harmoniseret område som kapital selskaber.

Hertil kommer, at Domstolen har afvist restriktioner, som sondrer på grundlag af selskabsretlige forhold, som ingen betydning har for formålet med den nationale regel.

Det er relevant at få fastslået, om det er foreneligt med artikel 63 TEUF, at en medlemsstat forbeholder en skattefordel til investering i medlemsstatens egne selskabstyper oprettet i henhold til den fælleskabsharmoniserede selskabsret og udenlandske selskaber med præcis samme karakteristika med det resultat, at investering i nogle selskaber oprettet i andre medlemsstater i henhold til samme harmoniserede selskabsret udelukkes fra skattefordelen.

Til afklaring af disse spørgsmål har NETS udarbejdet følgende tentative forslag til formulering af et præjudicielt spørgsmål:

..."

Skatteministeriet har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med ministeriets sammenfattende processkrift af 9. februar 2024, hvoraf fremgår bl.a. følgende (henvisninger til ekstrakt og materialesamling er udeladt):

"Skatteministeriet gør overordnet gældende, at Visa Europe Ltd. ikke svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab, og at Visa Europe Ltd. derfor ikke opfylder betingelsen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3.

3.1 Fortolkningen af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3

Det følger af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 1, at der ved skattefri porteføljeaktier forstås aktier, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet, og som ejes af et selskab m.v., der ejer mindre end 10 % af aktiekapitalen i porteføljeselskabet, jf. dog stk. 2-5.

Aktieavancebeskatningslovens regler om aktier finder tilsvarende anvendelse på anpartar i anpartsselskaber, andelsbeviser, omsættelige investeringsbeviser og lignende værdipapirer, samt ejerandele i selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 2 C samt konvertible obligationer, jf. lovens § 1, stk. 2 og 3.

Skattefrihed i medfør af aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 1, er betinget af følgende, jf. § 4 C, stk.3:

...

Et udenlandsk porteføljeselskab som Visa Europe Ltd. opfylder derfor alene betingelsen i § 4 C, stk. 3, hvis det udenlandske porteføljeselskab må anses for at *svare* til et dansk aktie- eller anpartsselskab. Tilsvarende opfylder et dansk porteføljeselskab alene betingelse i § 4 C, stk. 3, hvis selskabet er et aktie- eller anpartsselskab, som er skattepligtig efter selskabslovens § 1, stk. 1, nr. 1.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C om skattefrie porteføljeaktier blev indført ved lov nr. 1255 af 18. december 2012 og har til formål at skabe et incitament for investorer til at foretage flere investeringer i vækstvirksomheder, således at unoterede selskaber lettere kan få tilstrækkelig risikovillig kapital, jf. de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 49 af 1. november 2012.

Videre følger det af lovforslagets almindelige bemærkninger, at bestemmelsen i § 4 C, stk. 1, har til formål at kvalificere den type selskaber, hvori aktier vil kunne anses for skattefri porteføljeaktier, og at lovgiver anså det for naturligt, at disse selskaber er organiseret som enten et aktie- eller anpartsselskab. Sammesteds anføres, at tilføjelsen "*eller et tilsvarende udenlandsk selskab*" sikrer, at reglerne om skattefrie porteføljeaktier er forenelige med de EU-retlige regler om kapitalens frie bevægelighed, jf. nærmere herom i afsnit 3.3 nedenfor.

Afgrænsningen af udenlandske porteføljeaktier skal ifølge bemærkningerne til § 4 C, stk. 3, foretages på følgende måde:

...

Det følger således klart af forarbejderne, at det alene skal afgøres, om det udenlandske porteføljeselskab svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab – og altså ikke, om det udenlandske selskab i stedet svarer til f.eks. et andelsselskab eller en af de andre danske selskabsformer. Hvis det udenlandske porteføljeselskab har (afgørende) lighedspunkter med et dansk andelsselskab, som det er tilfældet med Visa Europe Ltd., jf. afsnit 3.2 nedenfor, underbygger dette imidlertid netop, at porteføljesel-

skabet ikke svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab og derfor ikke opfylder betingelsen i § 4 C, stk. 3.

Forarbejderne fastslår også klart og utvetydigt, at det er afgørende for, om et udenlandsk porteføljeselskab svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab er, at ingen af deltagerne hæfter personligt, at deltagerne modtager udbytte efter ejerandele, og at deltagerne modtager stemmeret efter ejerandele.

Skatteministeriet er således ikke enig i, at udtrykket "lægges vægt på" i forarbejderne skal eller kan forstås på den måde, at det ikke er afgørende karakteristika for aktie- og anpartsselskaber, at kapitalejerne modtager udbytte og indflydelse i forhold til deres ejerandele (stævningen, side 6, første afsnit). Dette fremgår også klart af skatteministerens besvarelse af en henvendelse fra FSR, hvor ministeren netop blev bedt om at bekræfte, "*at det først og fremmest er kriterierne "hæftelse" og "overskudsdeling", som er afgørende for, hvorvidt selskabet svarer til et aktie- eller anpartsselskab"....*

...

Der er således ingen holdepunkter i aktieavancebeskatningsloven for Nets Danmarks synspunkt om, at fordeling af overskud i aktie- og anpartsselskaber kan ske på andet grundlag end ejerandele, hvis blot dette følger af vedtægterne "*og dermed er bestemt på et for aktionærerne kendt grundlag og ud fra objektive kriterier*" (stævningen, side 12, 2. afsnit). Heller ikke selskabsloven giver holdepunkter for et sådant synspunkt.

Selskabslovens § 1, stk. 2, 2. pkt., bestemmer, at kapitalejere har ret til andel i kapital-selskabets overskud i forhold til deres ejerandel, medmindre andet er fastsat i selskabets vedtægter. Muligheden for at bestemme "andet" i vedtægterne indebærer alene en adgang til at oprette aktieklasser og at give aktieklasserne forskellige rettigheder, jf. lovfor-slag nr. 170 af 25. marts 2009:

...

Forarbejderne giver intet grundlag for, at der kan ske skævdeling mellem aktionærerne i selskaber, hvor der ikke er flere aktieklasser, eller inden for samme aktieklasse i selskaber, hvor der er flere aktieklasser. Skævdeling er alene tilladt mellem aktieklasser, og muligheden for skævdeling ved aktieklasser indebærer ikke en adgang til fordele udbytte og indflydelse efter andet end ejerandele. Ved opdeling i aktieklasser sker fordeling af overskud og indflydelse stadig *i forhold til* ejerandele – under hensyntagen til de bestemmelser vedrørende de på forhånd fastlagte rettigheder, der knytter sig til de ejerandele, der henhører under hver aktieklasse.

Fordeling af udbytte og indflydelse efter ejerandele *adskiller* netop aktie- og anpartsselskaber fra – bl.a. – andelsselskaber. Dette fulgte af § 1, stk. 4, i den tidligere gældende aktieselskabslov, og afgrænsningen blev videreført i § 3, 2. pkt., i erhvervsvirksomhedsloven samtidig med indfø-

relsen af selskabsloven. Det følger således af bestemmelsen, at det er en betingelse, at virksomhedsdeltagere ikke kan stemme og modtage udbytte i forhold til deres andel af kapitalen, samt der skal være mulighed for vekslende deltagerantal. Formålet med bestemmelsen er at sikre, at virksomheder, der burde registreres efter reglerne i selskabsloven, ikke registreres efter reglerne i erhvervsvirksomhedsloven, og det er i samme forbindelse anført, at det er et "*grundlæggende kendetegn*" ved et kapitalsselskab, at selskabsdeltagerne stemmer og modtager udbytte i forhold til deres kapitalindskud, jf. lovforslag nr. 171 af 25. marts 2009.

Hvis udbytte og stemmeret i aktie- og anpartsselskaber kunne fordeles efter andet end ejerandele, som hævdet af Nets Danmark, ville den afgrænsning, der tidligere fulgte af § 1, stk. 4, i aktieselskabsloven, og som nu følger af § 3, 2. pkt., i erhvervsvirksomhedsloven, være uden indhold, for så vidt angår betingelsen om fordeling af udbytte og indflydelse efter ejerandel. Den manglende videreførelse af § 1, stk. 4, i selskabsloven skyldtes, at indførelsen af en positiv definition af aktie- og anpartsselskaber i selskabslovens § 1, stk. 2, gjorde den negative afgrænsning overflødig, jf. lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, hvilket således blot understøtter, at aktie- og anpartsselskaber skal fordele udbytte efter ejerandele.

Erhvervsstyrelsen har i overensstemmelse med det ovenfor anførte bekræftet over for Skattestyrelsen under sagens administrative behandling, at det ikke er muligt at registrere et aktieselskab med en bestemmelse om, at udbytte og likvidationsprovenu fordeles i forhold til ejerens omsætning med selskabet, fordi en sådan fordeling vil være i strid med lighedsgrundsætningen i selskabslovens § 45. Nets Danmark har ikke påvist eksempler på det modsatte.

Det er ikke korrekt, som anført af Nets Danmark, at udtrykket "*tilsvarende udenlandsk selskab*" skal fortolkes ens, uanset hvilken af aktieavancebeskatningslovens regler, udtrykket anvendes i (stævningen, afsnit 4.1).

Med anvendelsen af udtrykket "*tilsvarende*" i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 2, samt "*svarer til*" i § 36, stk. 1, menes således blot, at et udenlandsk selskab skal svare til de selskaber, der er nævnt i den konkrete bestemmelse – og bestemmelserne fører dermed ikke til en generel definition af "udenlandske selskaber".

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, der regulerer datterselskabsaktier, omfatter således de selskaber, der er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2h eller 3 a-5 b. Et "*tilsvarende udenlandsk selskab*" kan derfor i den sammenhæng kun være et selskab, der har samme karakteristika som de selskaber, der er omfattet af disse bestemmelser i selskabsskatteloven.

Aktieavancebeskatningslovens § 36, stk. 1, omfatter derimod selskaber, der er omfattet af begrebet "*selskab i en medlemsstat*" i artikel 3 i fusions-skattedirektivet samt selskaber, der ikke er hjemmehørende inden for EU, hvis disse selskaber "*svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber*". Udtrykket "*svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber*" knytter sig der-

med alene til selskaber, der ikke er hjemmehørende inden for EU, efter-
som selskaber hjemmehørende inden for EU er omfattet af § 36, stk. 1,
hvis selskaberne er omfattet af fusionsskattedirektivet.

Det er derfor ikke korrekt, som anført af Nets Danmark, (stævningen,
side 10, 3. afsnit, at "*private limited selskaber utvivlsomt [er] omfattet af ud-
trykket tilsvarende udenlandsk selskab i aktieavancebeskatningslovens § 36*".
Et britisk privat limited selskab var således – før Brexit – omfattet af ak-
tieavancebeskatningslovens § 36 som følge af, at selskabstypen var om-
fattet af fusionsskattedirektivet.

I modsætning til aktieavancebeskatningslovens § 4 a, stk. 2, og § 36 om-
fatter § 4 C, stk. 3, alene selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 1,
stk. 1, nr. 1 (aktie- og anpartsselskaber).

I forbindelse med høringen af lovforslag nr. 49 af 1. november 2012,
hvor § 4 C blev indført, foreslog Danske Advokater, at aktieavancebe-
skatningsloven blev udvidet således, at bestemmelsen også omfattede
selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2, der dengang
omfattede "*andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for
selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes i
selskabet indskudte kapital, selskaber omfattet af § 2 C selskaber m.v. omfattet
af § 3 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, som ikke er omfattet af nr.
3, 3 a eller 4*".

Skatteministeren afviste en sådan udvidelse af anvendelsesområdet for
skattefri porteføljeaktier, jf. høringsskemaet til lovforslaget:

...

3.2 Visa Europe Ltd. svarer ikke til et dansk aktie- eller anpartssel- skab, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3

Visa Europe Ltd. er hjemmehørende i Storbritannien og er registreret
som et private company limited by shares i henhold til den britiske
Companies Act 2006.

Visa Europe Ltd. har efter det oplyste eksklusivrettighederne til Visas
"brand" og systemer på det europæiske marked. Det er videre oplyst, at
banker og finansielle institutioner alene kan få adgang til at benytte
Visas systemer, produkter og services, hvis de har ejerandele i Visa Eu-
rope Ltd.

Ejernes rettigheder og pligter er reguleret i Articles of Association and
Membership Regulations. Regulativet sonder mellem *Subscriber Share-
holders* og *Ordinary Shareholders*. Såvel en "Subscriber Share" som en
"Ordinary Share" har en nominel værdi på 10 euro.

Der er enighed om, at udbytte og indflydelse i Visa Europe Ltd. ikke
fordeles ud fra ejerandele, jf. eksempelvis Nets Danmarks sammenfat-
tende processkrift om forelæggelse for EU-Domstolen, side 2, 2. sidste

afsnit. Visa Europe Ltd. svarer altså på dette afgørende punkt ikke til et dansk aktie- eller anpartsselskab, jf. afsnit 3.1 ovenfor.

Visa Europe Ltd. bærer derimod på dette punkt det karakteristikum, der er helt centralt for et dansk andelsselskab. Skatteministeriet gør ikke gældende, at Visa Europe Ltd. *svarer* til et dansk andelsselskab, men derimod at selskabets (afgørende) lighedspunkter med et dansk andelsselskab netop underbygger, at Visa Europe Ltd. ikke svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab.

Det følger af vedtægterne for Visa Europe Ltd., at fordelingen af stemmerettigheder for Principal Members og V Pay Members sker på grundlag af hvert medlems "Card Sales Volume". "Card Sales Volume" opgøres som summen af de beløb, som medlemmet (her Nets Danmark) har debiteret sine kunders betalingskort, og medlemmernes indflydelse afhænger derfor i det hele af, i hvilket omfang medlemmet har genereret "Card Sales Volume", herunder hvor stor denne volumen er set i forhold til de øvrige medlemmers "Card Sales Volume".

Alle medlemmer, der genererer "Card Sales Volume" er desuden forpligtet til at betale et "Capital Fee" til selskabet, som opgøres på grundlag af medlemmets "Card Sales Volume". Der er således en direkte sammenhæng mellem størrelsen af de fees, hvert medlem betaler til Visa Europe Ltd. og det enkelte medlems indflydelse i selskabet. Jo mere medlemmets kunder anvender Visas produkter, des større indflydelse vil medlemmet få i Visa Europe Ltd.

Det samme gør sig gældende for medlemmernes andel af overskuddet i Visa Europe Ltd., idet udbyttet også afhænger af størrelsen af de fees, som hvert medlem betaler til Visa Europe Ltd. Medlemmernes betalinger af fees, som altså opgøres ud fra brugen af Visas produkter, udgør udover grundlaget for udbyttefordelingen også hovedindkomstgrundlaget i Visa Europe Ltd., jf. herved beskrivelsen i selskabets årsregnskab for 2013, hvor følgende bl.a. er anført:

...

Visa Europe Ltd.s egen beskrivelse af selskabet er altså, at selskabet er en *medlemsforening*, hvis interesser er direkte afstemt med medlemmernes interesser, og hvis indtægter i altovervejende grad beror på medlemmernes (dvs. ejernes) betaling af gebyrer (de såkaldte "fees"), som opgøres ud fra brugen af Visas produkter. Visa Europe Ltd. anfører da også videre i årsregnskabet, at "*The only reason that Visa Europe exists as a distinct entity is to meet the needs of our European members*".

Ejerne i Visa Europe Ltd. beskrives også konsekvent i vedtægterne (og i årsregnskabet) som *medlemmer*, ligesom det følger af vedtægterne, at man alene kan blive kapitalejer efter ansøgning om *medlemskab* i selskabet, hvilken beslutning det påhviler bestyrelsen i selskabet at træffe. Til sammenligning kan der henvises til, at det danske andelsselskab Arla Foods amba ligeledes omtaler sine andelshavere som medlemmer i vedtægterne, ligesom opnåelse af ejerskab i Arla Foods også alene kan

ske ved ansøgning om medlemskab til selskabets bestyrelse, jf. pkt. 3 i vedtægterne.

Visa Europe Ltd.'s funktionsmåde og beskrivelsen af Visa Europe Ltd som værende en *medlemsforening* viser, at selskabet – ligesom f.eks. Arla Foods a.m.b.a. – virker til fremme af medlemmernes fælles erhvervsmæssige interesser som aftagere, leverandører eller på lignende måde. Visa Europe Ltd. svarer derfor også på dette punkt til et dansk andelsskab.

Visa Europe Ltd. fordeler – ubestridt – ikke udbytte og indflydelse efter ejerandele, men derimod efter medlemmernes betaling af fees til selskabet. Visa Europe Ltd. svarer derfor ikke til et dansk aktieselskab, og Visa Europe Ltd. opfylder derfor ikke betingelsen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3.

3.3 Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, strider ikke mod EU-retten

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3 strider ikke mod EU-retten. Bestemmelsen stiller nemlig ikke hjemmehørende porteføljeselskaber bedre end ikke-hjemmehørende porteføljeselskaber, og bestemmelsen udgør derfor ikke en restriktion af kapitalens fri bevægelighed. Hverken danske eller udenlandske selskaber, der fordeler udbytte og indflydelse på andet grundlag end i forhold til den investerede kapital, er omfattet af bestemmelsen.

EU-Domstolen har i sin omfattende praksis meget klart fastslået, at hvor der ikke på fællesskabsplan er truffet foranstaltninger med henblik på at indføre ensartede eller harmoniserede regler, er medlemsstaterne fortsat kompetente til at fastlægge kriterierne for beskatning af indkomst og formue, jf. eksempelvis sag C-157/07, *Krankenheim Ruhe-sitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, præmis 48, sag C-67/08, *Margarete Block*, præmis 30 og 31 og sag C-298/05, *Columbus Container*, præmis 51. Medlemsstaternes kompetence skal udøves under overholdelse af EU-retten, og medlemsstaterne må derfor ikke indføre regler, der udgør en restriktion i strid med traktaten.

Det forholder sig anderledes i de tilfælde, hvor skattereglerne er harmoniseret, hvilket er sket med fusionsskattedirektivet, rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabet. Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, gennemfører ikke regler i et af disse direktiver, og bestemmelsen strider ubestridt ikke mod direktiverne.

I de tilfælde, hvor der *ikke* er sket harmonisering, tilkommer det altså medlemsstaterne frit at fastlægge kriterierne for beskatning af indkomst og formue, når blot reglerne ikke udgør en restriktion for den fri bevægelighed. Hvorvidt det er tilfældet, beror ikke på, om Visa Europe Ltd. i henhold til de førnævnte direktiver skal anerkendes som "*et selskab i en medlemsstat*".

En beskatningsordning som aktieavancebeskatningslovens § 4 C kan ifølge Domstolens faste praksis alene udgøre en restriktion i strid med traktaten, hvis foranstaltningen fører til forskelsbehandling af den rent

nationale situation sammenlignet med den grænseoverskridende situation, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-28/17, NN A/S, præmis 30.

Der findes ikke eksempler på, at Domstolen har anset en beskatningsordning for traktatstridig, uden at Domstolens vurdering er baseret på, at ordningen indebærer enten direkte eller indirekte forskelsbehandling af den nationale og den grænseoverskridende situation og dermed altså, at nationalitet eller hjemsted – direkte eller indirekte – er årsagen til (negativ) forskelsbehandling af nationale og grænseoverskridende situationer, jf. herved Domstolens dom i sag C-28/17, NN A/S, præmis 18.

Domstolens faste praksis viser, at der først foretages en vurdering af, om den pågældende nationale beskatningsordning indeholder eller beror på et sondringskriterie, der relaterer sig til bopæl, hjemsted eller nationalitet, og om denne sondring fører til, at den grænseoverskridende situation behandles skattemæssigt mindre gunstigt end den rent nationale, jf. eksempelvis dommen i sag C-388/14, Timac Agro, præmis 22-23. Er det tilfældet, er reglen (direkte) diskriminerende, og Domstolen undersøger herefter, om den nationale situation og den grænseoverskridende situation er objektivt sammenlignelige, jf. eksempelvis Timac Agro-dommen præmis 26. Denne vurdering foretages i lyset af formålet med den lovregel, der indebærer sondringen til ugunst for den grænseoverskridende situation, jf. eksempelvis samme dom, præmis 27-28.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, sondrer ikke mellem, om et porteføljeselskab er hjemmehørende i Danmark, en anden EU- eller EØS-medlemsstat eller et tredjeland, og bestemmelsen er derfor ikke direkte diskriminerende.

Når beskatningsordningen, ligesom aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, ikke indeholder et sådant geografisk baseret sondringskriterie, men efter sin ordlyd finder anvendelse uden forskel på nationale og grænseoverskridende situationer, undersøger Domstolen, hvor der er anledning hertil, om lovgivningens sondringskriterier eller betingelser alligevel fører til, at lovgivningen altid, generelt, som oftest eller i de fleste tilfælde, er til ugunst for den grænseoverskridende situation sammenlignet med den tilsvarende nationale situation. Dette kan være tilfældet, hvis de fastsatte betingelser har karakter af nationale særkrav eller af anden grund i almindelighed ikke opfyldes i den grænseoverskridende situation. Hvis det er tilfældet, kan lovgivningen være indirekte diskriminerende, og i givet fald prøver Domstolen herefter tilsvarende, om den nationale situation og den grænseoverskridende situation – i lyset af det formål, der forfølges med den omhandlede lovgivning – er objektivt sammenlignelige.

Der kan herved henvises til eksempelvis dommene i sag C-323/18, Tesco-Global, præmis 62-73, sag C-236/16, ANGED, præmis 16-23 og sag C-449/20, Real Vida Seguros, præmis 18-25 samt 30-32. Som ANGED-dommen klart illustrerer, beror afgørelsen af, om en skatteregel er indirekte diskriminerende, på reglens generelle betydning for henholdsvis hjemmehørende og ikkehjemmehørende, og en konklusion om indirekte diskrimination, kræver dokumentation for sådanne generelle

virksomheder til skade for den grænseoverskridende situation, jf. ANGED-dommens præmis 20-22.

For vurderingen af, om skatteregler fører til indirekte diskrimination, har det også betydning, om en begunstigende skattebestemmelse fastsætter formelle krav, som hjemmehørende altid kan opfylde, men som lovgivningen i andre medlemsstater ikke gør det muligt at opfylde, jf. herved dommen i sag C-342/20, SCPI og de forenede sager C-478/19 og C-479/19, UBS Real Estate eller som det af åbenlyse årsager ikke vil være naturligt for ikke-hjemmehørende at opfylde, jf. sag C-449/20, Real VidaSeguros, præmis 23. Samme principper kan udledes af Domstolens domme i sag C-156/17, KölnAktiefonds Deka og sag C-580/15, van der Wegen, som Nets Danmark påberåber sig.

I sag C-156/17, Köln-Aktiefonds Deka, var spørgsmålet, om det var i strid med kapitalens fri bevægelighed, at retten til tilbagebetaling af udbytteskat for investeringsforeninger efter hollandsk ret var afhængig af en række forhold, herunder om investeringsforeningen var noteret på børsen i Amsterdam, jf. præmis 12. Investeringsforeninger som ikke var noteret på børsen i Amsterdam var således ifølge Domstolen underlagt strengere betingelser end de investeringer, der var noteret på børsen i Amsterdam, jf. præmis 53.

Domstolen udtalte i præmis 42, at det tilkommer hver enkel medlemsstat under overholdelse af EU-retten at indrette sin ordning for beskattning af udloddet udbytte, og i den forbindelse at fastsætte beskattingsgrundlaget og den skattesats, der skal finde anvendelse med hensyn til den aktionær, der modtager udbyttet.

Domstolen udtalte videre, at der efter hollandsk ret ikke blev sondret mellem hjemmehørende og ikkehjemmehørende investeringsforeninger, jf. præmis 54, men at der alligevel godt kunne være tale om (indirekte) forskelsbehandling i strid med kapitalens fri bevægelighed, hvis disse nationale betingelser reelt eller efter deres art er særlige for det nationale marked, således at alene de erhvervsdrivende, der befinder sig på det nationale marked, kan opfylde disse betingelser eller forpligtelser, mens ikke-hjemmehørende erhvervsdrivende, som i det væsentligste er sammenlignelige, i almindelighed ikke opfylder dem, jf. præmis 55-56.

Også dommen i sag C-580/15, van der Wegen, illustrerer Domstolens prøvelse vedrørende indirekte diskrimination. Sagen angik en belgisk skattefritagelsesordning vedrørende afkast fra opsparingskonti, der gjaldt uanset om disse opsparingskonti var oprettet i Belgien eller i en anden medlemsstat. Beskattingsordningen udgjorde derfor ikke direkte forskelsbehandling. Der gjaldt dog efter belgisk ret en række betingelser for at blive omfattet af ordningen, herunder vedrørende metoden for beregning af afkast af opsparingen. Domstolen fandt, at disse betingelser udgjorde *særtræk* ved det belgiske marked, som indebar, at reglerne kunne udgøre en restriktion af tjenesteydelseernes fri bevægelighed. Denne konklusion var imidlertid baseret på en indledende konstatering af, at der ikke i nogen andre medlemsstater end Belgien fandtes

ordninger for opsparingskonti, der opfyldte disse nationale betingelser, jf. præmis 32.

Ved afgørelsen af, om kriterier eller betingelser i en national lovgivning *generelt* eller *som oftest* er til ugunst for den grænseoverskridende situation sammenlignet med den rent nationale situation, skal sammenligningen naturligvis foretages med en national situation, der svarer til den grænseoverskridende situation, der påstås at være udsat for indirekte diskrimination. Diskriminationsvurderingen skal således netop isolere betydningen af det grænseoverskridende element, og sammenligningen skal derfor ske i forhold til alle danske selskaber og ikke i forhold til danske aktie- og anpartsselskaber, som Nets Danmark synes at antage.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, kræver således netop ikke, at et porteføljeselskab skal være, kaldes eller registreres som et dansk aktie- eller anpartsselskab for at være omfattet, og det materielle krav til et porteføljeselskabs funktion, som bestemmelsen fastsætter, gælder og finder også faktisk anvendelse i forhold til danske porteføljeselskaber, der fordeler udbytte på andet grundlag end den investerede kapital. Som det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, var det netop hensigten, at eksempelvis danske andelsselskaber, der som Visa Europe Ltd. fordeler udbytte på grundlag af medlemmernes omsætning med selskabet, ikke skulle være omfattet af bestemmelsen. Bestemmelsen fastlægger ingen *formelle* krav, som lettere kan opfyldes af danske selskaber end af udenlandske selskaber.

Kriterierne fastlagt af Domstolen, som ikke giver anledning til fortolkningstvivl i relation til den foreliggende sag, viser, at aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, ikke udgør en restriktion af kapitalens fri bevægelighed. Bestemmelsen udgør hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller hjemsted. Bestemmelsen sondrer nemlig ikke mellem, om et porteføljeselskab er hjemmehørende i Danmark, en anden EU- eller EØS-medlemsstat eller et tredjeland, og bestemmelsen finder heller ikke anvendelse ved afhændelse af ejerandele i *danske* selskaber, der fordeler udbytte og indflydelse efter andet end den investerede kapital. Dette gælder eksempelvis, som nævnt i bestemmelsens forarbejder, for danske andelsselskaber, der efter de danske regler *skal* fordele udbytte på andet grundlag end investeret kapital.

Der er intet grundlag for at mene, at udenlandske porteføljeaktier altid, generelt, som oftest eller i de fleste tilfælde skulle have sværere ved at opfylde betingelsen i § 4 C, stk. 3, end danske porteføljeselskaber.

Landsskatterettens (og Skatterådets) afgørelse om, at Visa Europe Ltd. ikke opfylder betingelsen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, beror på en konkret bevisbedømmelse af, om selskabet kan anses for svarende til et dansk aktie- eller anpartsselskab, og dermed om Visa Europe Ltd. har de samme *karakteristika*, som gør sig gældende for aktie- og anpartsselskaber.

Skattefriheden af porteføljeaktier er således i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, begrænset til aktie- og anpartsselskaber, som er skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1. Dette betyder, at alle andre (danske) selskaber, som er skattepligtige efter en af de øvrige bestemmelser i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, (heller) ikke kan omfattes af skattefriheden i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3. Som eksempel kan således nævnes andelsselskaber, der er skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 4. Gevinsten ved afståelse af andelsbeviser i et andelsselskab vil derfor ikke kunne være skattefri efter aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3.

Nets Danmark bærer bevisbyrden for, at aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, der beror på sondringskriterier, der *ikke* fører til direkte forskelsbehandling, resulterer i en skattemæssig behandling af grænseoverskridende situationer, der i de fleste tilfælde er til skade for disse, når der sammenlignes med en rent national situation, jf. herved EU-Domstolens dom i sag C-236/16, ANGED, præmis 18-23. Nets Danmark har imidlertid ikke påvist, at aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, opstiller betingelser, som det reelt alene er danske aktie- og anpartsselskaber, der kan opfylde, eller i det væsentlige udelukker udenlandske selskaber fra at være omfattet af bestemmelsen.

Nets Danmark har navnlig ikke påvist, at private limited-selskaber efter britisk selskabsret ikke må fordele udbytte- og stemmerettigheder efter ejerandele, og at selve selskabstypen – og ikke blot det konkrete selskab – derfor ikke "i almindelighed" kan svare til et dansk aktie- eller anpartsselskab. Nets Danmark har ikke forholdt sig hertil under skriftvekslingen. Skatteministeriet bekendt er der intet til hinder for, at et private limited-selskab som Visa Europe Ltd. kunne vælge at fordele udbytte og indflydelse efter ejerandele.

Det må derfor lægges til grund, at aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, ikke har karakter af et nationalt særkrav, som i almindelighed ikke kan opfyldes i den grænseoverskridende situation.

Hvis Østre Landsret måtte finde, at reglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, fører til indirekte forskelsbehandling af grænseoverskridende situationer sammenlignet med rent nationale situationer, følger det som nævnt af Domstolens faste praksis, at det herefter skal vurderes, om et udenlandsk selskab, der ikke opfylder betingelserne i lovgivningen, og et dansk selskab, der opfylder betingelserne i bestemmelsen, befinder sig i en objektivt sammenlignelig situation, og denne vurdering skal ske i lyset af, hvad formålet med den danske lovbestemmelse er. Hvis bestemmelsen til gengæld *ikke* indebærer direkte eller indirekte forskelsbehandling af den nationale og den grænseoverskridende situation, har formålet med lovbestemmelsen ingen betydning for spørgsmålet om bestemmelsens overensstemmelse med EU-retten, da det netop fuldt ud henhører under medlemsstaternes autonomi på skattemrådet, udenfor direktivernes harmoniserede anvendelse, at fastsætte de kriterier, der skal gælde for beskatningen, når blot lovgivningen ikke fører til forskelsbehandling, jf. eksempelvis sag C-298/05, Columbus Container, præmis 51.

Reglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, har efter forarbejderne til hensigt at fremme investering i iværksætterselskaber, og det anføres videre i forarbejderne, at det er fundet naturligt at afgrænse de selskaber, der kan omfattes af bestemmelsen, som kapitalselskaber, der har de karakteristika, som danske aktie- og anpartsselskaber har, hvilket altså indebærer, at udbytte og indflydelse skal fordeles på grundlag af investeret kapital. I et andelsselskab, hvor udbytte fordeles efter medlemmets omsætning med selskabet, består der intet incitament til at investere mere end en minimumskapital i selskabet. Derimod består der et incitament til at have en høj omsætning med selskabet, og som nævnt er et sådant dansk andelsselskab heller ikke omfattet af bestemmelsen. Visa Europe Ltd., som fordeler udbytte og indflydelse efter størrelsen af medlemmernes betaling af fees, befinder sig derfor ikke - i relation til den omhandlede bestemmelse - i en objektivt sammenlignelig situation med aktie- og anpartsselskaber, som fordeler udbytte og indflydelse efter ejerandele.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Denne sag angår, om vederlaget ved Teller A/S' (nu Nets Denmark) salg i juni 2016 af en aktie i det britiske selskab Visa Europe Limited er skattefri i medfør af aktieavancebeskatningslovens § 8, jf. § 4 C, stk. 1 og 3. Der skal herved tages stilling til, om det britiske selskab skal anses for at være et udenlandsk selskab som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, der svarer til et danske aktie- eller anpartsselskab, som er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, således at skattefritagelsen af porteføljeaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 C finder anvendelse på det udbetalte vederlag. Det følger i den forbindelse af forarbejderne til aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med de EU-retlige regler om kapitalens frie bevægelighed i TEUF artikel 63.

Selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, angiver som skattepligtige selskaber in- registrerede aktieselskaber og anpartsselskaber.

Landsretten finder, at det efter ordlyden af og forarbejderne til selskabslovens § 1, stk. 2, 2. pkt., og § 45 sammenholdt med ordlyden af og forarbejderne til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 3 og § 4 må anses for en ufravigelig betingelse for at kunne registrere et selskab som aktieselskab eller anpartsselskab, at kapitalejerne skal have ret til andel i selskabets overskud i forhold til deres ejerandel. Der kan dog være forskelle i fordelingen til vedtægtsmæssigt bestemte kapitalklasser. Aktie- og anpartsselskaber omfattet af selskabsloven er således grundlæggende karakteriseret ved, at de fordeler udbytte efter ejerandel, og adskiller sig bl.a. herved fra de selskabsformer, som er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. I forarbejderne til aktieavancebeskatningslovens § 4 C, stk. 3, er det i overensstemmelse hermed angivet, at det ved vurderingen af, om et udenlandsk selskab skal anses for svarende til de i bestemmelsen nævnte dansk aktie- eller anpartsselskaber, er afgørende, om det udenlandske selskab selskabsretligt svarer til de i bestemmelsen nævnte selska-

ber. I den forbindelse skal der lægges vægt på, om der er tale om et kapital-selskab, hvor kapitalejerne hæfter begrænset samt modtager udbytte og har indflydelse i forhold til den indskudte kapital.

Visa Europe Limited er registreret som et private company limited by shares i henhold til den britiske Companies Act fra 2006. Der er mellem parterne enighed om, at udbytte i Visa Europe Limited ikke fordeles ud fra den indskudte kapital, men ud fra kriterier, der relaterer sig til de "Service Fees", medlemmerne (dvs. ejerne) har betalt til Visa Europe Limited set i forhold til de samlede "Service Fees". Disse "Service Fees" opgøres således på grundlag af den omsætning, det enkelte medlem generer til selskabet. Det samme følger klart af de dagældende Articles of Association, jf. navnlig pkt. 12.2, jf. dagældende Membership Regulations, afsnit D. Selskabet besidder følgelig ikke det ovennævnte grundlæggende træk om at udbetale udbytte efter ejerandel, som efter selskabsloven er afgørende for, om et selskab kan registreres som et aktie- eller anparts-selskab.

Medmindre andet måtte følge af TEUF artikel 63, stk. 1, som bestemmelsen er fortolket i EU-Domstolens praksis, kan Visa Europe Limited herefter ikke anses for at opfylde betingelsen for skattefritagelse efter aktieavancebeskatningsloven § 4 C, i bestemmelsens stk. 3, om at være et til et dansk aktie- eller anpartsselskab svarende udenlandsk selskab.

Som anført i landsrettens kendelse af 21. december 2022 foreligger der en omfattende praksis fra EU-Domstolen om, hvornår en national beskatningsordning udgør en restriktion af kapitalens fri bevægelighed, som strider mod TEUF artikel 63, stk. 1, jf. f.eks. dom af 30. januar 2020 i sag C-156/17 (KölnAktienfonds Deko).

Det følger herved af EU-Domstolens faste praksis, jf. bl.a. dom af 7. april 2022 i sag C-342/20 (SCPI) præmis 49, 54 og 55, og den heri citerede retspraksis, at forbuddet i TEUF artikel 63, stk. 1, omfatter foranstaltninger, som kan afholde ikke-hjemmehørende personer fra at investere i en medlemsstat, eller foranstaltninger, som kan afholde personer, der er hjemmehørende i denne medlemsstat, fra at foretage investeringer i andre stater. En national lovgivning, som finder anvendelse uden forskel på hjemmehørende og ikke-hjemmehørende erhvervsdrivende, og som hviler på objektive kriterier, kan udgøre en restriktion for de frie kapitalbevægelser, hvis den de facto er mindre gunstig for grænseoverskridende situationer. Det er bl.a. tilfældet, hvis ikke-hjemmehørende erhvervsdrivende kun vanskeligt kan opfylde betingelser eller forpligtelser, som hjemmehørende erhvervsdrivende, som i det væsentlige er sammenlignelige uden problemer kan opfylde.

I tilfælde, hvor der ikke foreligger direkte forskelsbehandling, påhviler det efter Domstolens praksis den, som gør gældende at være udsat for en indirekte forskelsbehandling, at godtgøre, at det nationale krav, som hævdes at medføre indirekte forskelsbehandling, i de fleste tilfælde er til skade for statsborgere fra andre medlemsstater eller selskaber, der har hjemsted i andre medlemsstater, jf. bl.a. Domstolens dom af 26. april 2018 i sagerne C-236/16 og C-237/16 (AN-GED), præmis 20-23. Det skal således påvises, at ikke hjemmehørende erhvervsdrivende, som i det væsentlige er sammenlignelige med nationale erhvervsdrivende, som nyder godt af den pågældende skatte- eller afgiftsfordel, ikke i al almindelighed kan opfylde det pågældende krav.

Henset til den nævnte omfattende retspraksis fra EU-Domstolen er der i den foreliggende sag ikke en tvivl om forståelsen af bestemmelsen i TEUF artikel 63, stk. 1, eller EU-Domstolens praksis herom, der nødvendiggør en forelæggelse for EU-Domstolen, jf. TEUF artikel 267, stk. 2. Landsretten tager derfor ikke Nets Danmarks genfremsatte anmodning om præjudiciel forelæggelse til følge.

Bestemmelsen i aktieavancelovens § 4 C, stk. 3, sidestiller efter sit indhold og forarbejderne udenlandske selskaber, som svarer til danske aktie- og anpartsselskaber, med de i bestemmelsen nævnte danske aktie- og anpartsselskaber. Der foreligger følgerig ikke direkte forskelsbehandling.

Nets Denmark har ikke søgt at godtgøre, at der i andre medlemsstater ikke i al almindelighed kan registreres selskaber, der ligesom danske aktie- og anpartsselskaber udbetaler udbytte efter ejerandel, eller at det i praksis skulle være mere byrdefuldt eller usædvanligt at anvende en sådan selskabsform i andre medlemsstater, herunder før Brexit i Storbritannien. Det forekommer da også usandsynligt, at det i andre EU-medlemsstater skulle være vanskeligt at oprette selskaber, der ligesom danske aktie- og anpartsselskaber udbetaler udbytte efter ejerandel, og at sådanne selskaber ikke i praksis skulle være en hyppigt anvendt selskabsform der.

Det kan derfor ikke antages, at en betingelse for at opnå skattefrihed af en investering i et porteføljeselskab om, at porteføljeselskabet skal udbetale udbytte efter ejerandel, i al almindelighed vil gøre det mere byrdefuldt eller mindre fordelagtigt at investere i porteføljeselskaber i andre medlemsstater end at investere i danske aktie- og anpartsselskaber.

Der er herefter ikke grundlag for at anse en forståelse af aktieavancelovens § 4 C, stk. 3, hvorefter det alene er udenlandske selskaber, der ligesom danske aktie- og anpartsselskaber udbetaler udbytte efter ejerandel, der anses for svarende til de i bestemmelsens første led nævnte danske aktie- og anpartsselskaber, for at være i strid med TEUF artikel 63, stk. 1.

Da Visa Europe Limited ikke opfylder denne betingelse, og da betingelserne for skattefrihed i aktieavancelovens § 4 C dermed ikke er opfyldt, har Skatterådet i sin besvarelse af 27. maj 2017 af Nets Denmarks anmodning om bindende forhåndsbesked med rette besvaret spørgsmål 1 negativt.

Herefter, og da det, som Nets Denmark i øvrigt har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tager landsretten Skatteministeriets frifindelsespåstand til følge.

Efter sagens udfald skal Nets Danmark i sagsomkostninger betale 1.000.000 kr. til Skatteministeriet til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Beløbet er fastsat ud fra, hvad der efter sagens karakter og omfang og det ansvar, der er forbundet med sagens førelse, skønnes rimeligt. Der er herved henset praksis i lignende sager om store værdier, og der er henset til, at sagen i det væsentlige har angået et enkelt, rent retligt spørgsmål, at der har været mundtlig forhandling om spørgsmålet om præjudiciel forelæggelse, og at hovedforhandlingen har været begrænset til halvanden retsdag.

THI KENDES FOR RET:

Skatteministeriet frifindes.

I sagsomkostninger skal Nets Denmark A/S inden 14 dage betale 1.000.0000 kr. til Skatteministeriet. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.