



LIGNINGSLOVEN § 3 – REALITETSGRUNDSÆTNINGEN I NY FORKLÆDNING?

The Danish Tax Assessment Act, section 3 –
Principle of Reality in a new guise?

Afhandling - Master i Skat
CBS – Copenhagen Business School
Udarbejdet af: Carsten Lund Sørensen
Vejleder: Lars Kjærgaard Terkilsen
Afleveringsdato: 15. april 2020

English summary

Effective 1 January 2019, Denmark has its first national general anti abuse rule (GAAR), as the EU-directive “Anti-Tax Avoidance Directive” (ATAD) was implemented in the Danish Tax Assessment Act. Until then Danish legislation had only had a GAARs in relation to the EU-directives and double taxation treaty and a not statutory Principle of Reality when it came to override events in the case of tax evasion.

This master-thesis wishes to disclose whether implementation of ATAD into Danish law has contributed to material changes, if the changes are coexisting with the Principle of Reality or if the implementation of ATAD has resulted in a termination of the Principle of Reality.

The preparatory works were very general and did not contribute to significant extent to the interpretation of application of the provisions. The Danish Ministry of Taxation was very reluctant to come up with specific answers to questions asked in connection with the bill, which has led to considerable uncertainty regarding the application of the provisions.

Thru analysis of the preparatory works, Legal Guidance and decisions of the Danish Tax Council in relations to the GAAR, the EU Court also regarding the GAAR and the Danish Supreme Court in regards to the Principle of Reality the significance of the GAAR has been tried to be elucidated and compared to the results of the application og the Principle of Reality.

The findings of this master-thesis are that the uncertainty regarding the application of the provisions not necessarily are as great as first assumed. It seems that the biggest differences appear in the extend the tax authorities must prove circumvention exists. The rulings from the Danish Supreme Court regarding the Principle of Reality seems to have set the bar for when events can be overridden in relation to tax evasion and implementing a national GAAR does not change that.

The EU Court has earlier been considered to have higher standard as to when an arrangement was believed to be an expression of tax evasion than Danish case law. However, the EU Court has in its newly rulings regarding beneficial ownership lowered the bar, and only time will tell if this means, that the Principle of Reality will be terminated as the GAAR in Danish law is an implementation of an EU-directive.

Indholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| English summary..... | 1 |
| 1. Indledning og problemformulering | 2 |
| 1.1 Indledning..... | 2 |
| 1.2 Problemformulering | 3 |
| 1.3 Afgrænsning..... | 4 |
| 1.4 Metode | 4 |
| 2. Ligningslovens § 3 – en generel omgåelsesklausul..... | 5 |
| 2.1 Skatteundgåelsesdirektivets artikel 6..... | 5 |
| 2.2 Gældende ret inden vedtagelse af L 28 A 2018/19 (omgåelse i historisk perspektiv)..... | 6 |
| 2.3 Ligningsloven § 3 som vedtaget ved L 28 A 2018/19 | 7 |
| 2.4 Ligningsloven § 3 i dybden | 9 |
| 2.4.1 Beskrivelse | 9 |
| 2.4.2 Analyse af forarbejder og Den juridiske vejledning..... | 11 |
| 2.4.3 Fortolkning af afgørelser og domme | 29 |
| 2.4.4 Et EU-retligt fortolkningsbidrag | 36 |
| 3. Realitetsgrundsætningen | 41 |
| 3.1 SKM2016.16.HR..... | 41 |
| 3.2 SKM2014.422.HR..... | 42 |
| 3.3 Opsummering | 44 |
| 4. Konklusion | 44 |
| 5. Perspektivering..... | 46 |
| 6. Litteraturliste | 47 |

1. Indledning og problemformulering

1.1 Indledning

I 2012 konstaterede finansministrene i G20-landene, at der skete en systematisk udnyttelse af forskellene imellem landenes skattesystemer til at minimere skattebetalinger og at denne udnyttelse særligt blev anvendt af multinationale koncerner. Konsekvensen af denne udnyttelse er, at der sker en udhuling af landenes selskabsskattebasen og et medfølgende fald i skatteindtægterne. Foranlediget af G20-landene, indledte OECD derfor det såkaldte BEPS-projekt (Base Erosion and Profit Shifting) i 2013, der havde til hensigt at imødegå udnyttelsen af skatteundgåelse på tværs af landegrænser. Da projektet blev afsluttet i 2015, mundede det ud i en 15 punkters handlingsplan. De 15 punkter i handlingsplanen har til formål gennem en mere ensartet skattelovgivning landene imellem at sikre en mere fair og korrekt fordeling af skattebasen og på den måde sørge for, at virkningerne af skatteundgåelse minimeres.

I forlængelse af BEPS-projektet blev det på EU-plan besluttet, at der er behov for at indføre fælles bestemmelser, som er i overensstemmelse med anbefalingerne fra OECD. I EU blev de fælles bestemmelser indført ved direktiv 2016/1164/EU også kaldet skatteundgåelsesdirektivet og består dels af anbefalingerne fra OECD, dels af andre EU-tiltag, som skal medvirke til at forhindre skatteundgåelse. Skatteundgåelsesdirektivet indeholder en række værnsregler, heriblandt en generel regel til bekæmpelse af misbrug (GAAR¹), en omgåelsesklausul. Formålet med en generel omgåelsesklausul er at sikre, at der ikke sker misbrug af de huller, der måtte være i skattelovgivningen. Omgåelsesklausulen vil kunne anvendes i de tilfælde, hvor arrangementer ikke er reelle, men konstrueret med henblik på skatteundgåelse og hvor arrangementet ikke er omfattet af andre, specifikke værnsregler (SAAR²), mod netop dette.

I dansk skatteret har der ikke tidligere været en lovfæstet generel omgåelsesklausul. Ligningslovens § 3 har tidligere indeholdt en omgåelsesklausul til forhindring af at moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet skulle blive anvendt til misbrug, men den 27. december 2018 blev der med vedtagelsen af lov nr. 1726 foretaget en række ændringer til LL § 3. Ændringer betød, at de tidligere regler mod misbrug af specifikke direktiver blev erstattet af en generel omgåelsesklausul.

¹ General Anti-Avoidance Rule.

² Specific Anti-Avoidance Rule.

1.2 Problemformulering

Selvom der ikke tidligere har været en lovfæstet generel omgåelsesklausul i dansk skatteret, og det har været diskuteret i litteraturen hvorvidt en sådan eksisterer, så ses det alligevel af retspraksis fra Højesteret, at der i flere tilfælde er afsagt dom i henhold til realitetsgrundsætningen³. Hovedindholdet i realitetsgrundsætningen er, at det er muligt for skattemyndighederne at tilsidesætte kunstige arrangementer, der er uden reelt indhold, men alene konstrueret med henblik på at opnå en skattefordel og dermed lade dispositionen beskattes ud fra de økonomiske realiteter i en aftale frem for det faktiske aftalegrundlag.

I forbindelse med udarbejdelse af L 28 A 2018/19 blev der i forarbejderne stillet en række spørgsmål til fortolkning af anvendelsen af den generelle omgåelsesklausul. Generelt var Skatteministeriet meget tilbageholdende med at komme med konkrete svar på de stillede spørgsmål, men henviste i stedet til, at det afgørende for, om en given situation er omfattet af bestemmelserne i LL § 3 er: *”om der er tale om arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Arrangementer eller serier af arrangementer skal anses som ikke-reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.*

Der vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition. Det beror således på en konkret bedømmelse, om dispositionen i det konkrete tilfælde må anses for at være tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Da tidligere afgørelser er foretaget på et andet grundlag, kan der derfor ikke siges noget generelt om, hvordan de konkrete situationer vil blive bedømt efter den foreslåede nye generelle omgåelsesklausul.

Da der er tale om en ny bestemmelse i dansk skatteret, hvor afgrænsningen ikke kan anses for helt klar, er det foreslået, at sager om anvendelsen skal forelægges Skatterådet til afgørelse. Dette sker for at sikre, at der fremadrettet sker en korrekt og ensartet anvendelse af bestemmelsen”.⁴

Formålet med denne afhandling er derfor at undersøge, hvorvidt ændringerne af LL § 3 har praktisk relevans og til trods for Skatteministeriets kommentarer bidrager med nyt til dansk skatteret, når der henses til Højesterets hidtidige praksis på området for omgåelse med henvisning til realitetsgrundsætningen. Desuden

³ Fx TfS 1998.485 H.

⁴ Fx Skatteministeriets svar på spørgsmål 17, Bilag 10 til L 28 2018/19.

ønskes det undersøgt, hvorvidt der er en sameksistens mellem de to eller om ændringerne af LL § 3 ligefrem har aflivet realitetsgrundsætningen.

1.3 Afgrænsning

Ligningslovens § 3 tager sigte i skattepligtige selskaber og foreninger, men kan også omfatte skattepligtige omfattet af KSL § 1 eller 2 eller DBSK § 1, stk. 2, såfremt de er part i arrangementer eller dele af arrangementer, der omfattes af LL § 3. Denne afhandling vil dog alene behandle de skattemæssige konsekvenser for selskaber og ikke de afledte effekter det kan medføre for personer og dødsboer.

Da afhandlingen har til hensigt at belyse virkningerne af LL § 3 og hvorvidt der er tale om ændringer til praksis med særligt fokus på realitetsgrundsætningen, vil afhandlingen ikke omhandle det indbyrdes forhold mellem bestemmelserne i LL § 3, hvorfor betydningen af stk. 6 ikke behandles.

På trods af den i litteraturen herskende uenighed om hvorvidt realitetsgrundsætningen eksisterer i retspraksis, vil dens eksistens i denne afhandling blive accepteret uden at foretage en nærmere analyse heraf. Anvendelsen af realitetsgrundsætningen vil derfor ske med inddragelse af højesteretsdomme, hvor den findes at have været inddraget i præmisserne for dommen.

1.4 Metode

Løsning af denne afhandlings problemstilling vil basere sig på juridisk metode. Ved anvendelse af juridisk metode tages der udgangspunkt i en retsdogmatisk tilgang, hvorved det gennem beskrivelse, analyse og fortolkning af retskilder søges fastslået, hvad der er gældende ret.⁵

Analysen tager udgangspunkt i L 28 A 2018/19 samt forarbejderne hertil. Der anvendes en ordlydsfortolkning af lovgivningen, som suppleres af en objektiv fortolkning af lovforarbejderne. Forarbejderne, der særligt består af bemærkninger og kommentarer til høring af lovudkastet og lovforslaget, vil indgå som fortolkningsbidrag til analysen. Derudover vil der, såfremt det skønnes at bidrage til fortolkning af L 28 A 2018/19, inddrages historisk lovgivningen. Her tænkes på L 167 2014/15, idet den omhandlede indførelse af en international omgængelsesklausul i dansk skatteret og at der i forarbejderne til L 28 A er henvist til denne.

Desuden vil det blive inddraget artikler fra faglige tidsskrifter, selvom disse ikke kan anses for at være retskilder. Dog giver forfatterne deres bud på, hvad der er gældende retsstilling.

Endeligt inddrages Den juridiske vejledning (JV), som tillige er et bud på gældende retsstilling. JV er en tjenestemandsbefaling til medarbejderne i Skattestyrelsen, som er bundet heraf, forudsat at den ikke går

⁵ C. D. Tvarnø og R. Nielsen Retskilder & Retsteorier, s. 34.

imod højere retskilder. Skatteyder er ikke bundet af JV, men vil kunne støtte ret herpå, hvis ikke den strider mod højere retskilder.

Det vurderes, at de anvendte kilder har en høj grad af reliabilitet og validitet, da det er tale om retskilder, faglitteratur og faglige tidsskrifter. Faglige tidsskrifter kan indeholde en grad af subjektivitet, men der er for alle artiklers vedkommende tale om højt fagligt uddannede forfattere indenfor området. Derfor vurderes reliabiliteten også at være høj for disse kilder.

2. Ligningslovens § 3 – en generel omgåelsesklausul

2.1 Skatteundgåelsesdirektivets artikel 6

Som nævnt i indledningen udspringer LL § 3 af et internationalt ønske om at forhindre skatteudnyttelse på tværs af landegrænser og det medførte oprindeligt en international omgåelsesklausul i dansk skatteret. Med lov nr. 1726 af 27. december 2018 ændredes dette, da der blev indført en generel omgåelsesklausul på selskabsskatteområdet, der har til formål at lukke huller i skattelovgivningen og forhindre misbrug af reglerne såvel nationalt som internationalt.

Indførslen af en generel omgåelsesklausul er en konsekvens af implementering af EU-direktiv 2016/1164 af 12. juli 2016⁶, artikel 6. Den generelle omgåelsesklausul indføres med det formål at lukke de huller, der måtte være i selskabsskattelovgivningen. Af direktivets betragtning nr. 11 fremgår det bl.a., at *”... og bør ikke påvirke anvendelsen af specifikke regler om bekæmpelse af misbrug”*. Det er således ikke tanken, at den generelle omgåelsesklausul skal erstatte eksisterende SAAR, men koeksistere. Omgåelsesklausulen bør anvendes på arrangementer, der ikke anses for at være reelle. Vurderingen, af hvorvidt et arrangement er reelt eller ej, vil bero på, om arrangementet er foretaget ud fra velbegrundede økonomiske hensyn, altså *”substance over form”*-princippet. Omgåelsesklausulen skal dog ikke ændre på det udgangspunkt, at selskaber har ret til at anvende den skattemæssigt mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet⁷.

Det fremgår af direktivets artikel 6, at der er tale om omgåelse, hvis hovedformålet eller et af hovedformålene med det tilrettelagte arrangement eller serier af arrangementer er at opnå en skattefordel, som virker mod skatterettens indhold eller formål. Der skal tages højde for alle relevante faktiske forhold, når det vurderes, om et arrangement skal anses for ikke at være reelt.

⁶ ATAD – Anti-Tax Avoidance Directive.

⁷ L 28 2018/19, s.23, afsnit 2.3.1.

Omgåelse vil ikke foreligge i de tilfælde, hvor arrangementet er foretaget med udgangspunkt i velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed.

Hvis det skønnes, at arrangementet er konstrueret med henblik på omgåelse, skal der ved beregning af skattetilsvaret ses bort fra arrangementet og beskatningen vil skulle beregnes i overensstemmelse med national ret.

2.2 Gældende ret inden vedtagelse af L 28 A 2018/19 (omgåelse i historisk perspektiv)

Med vedtagelsen af L 28 A 2018/19 fik dansk skatteret sin første generelle omgåelsesklausul. Tidligere har der ikke i dansk skatteret været en lovbestemt national omgåelsesklausul, men af retspraksis følger, at der eksisterer en realitetsgrundsætning⁸, om end dette i litteraturen er anfægtet⁹. Det ses bl.a. i SKM2016.16.HR, hvor Højesteret henset til sagens samlede omstændigheder ikke anerkender den forretningsmæssige begrundelse for de foretagne dispositioner, men anser dem for at være båret af skattemæssige hensyn. Konsekvensen heraf var, at det, der efter skatteydernes opfattelse var skattefri aktieavance, blev omkvalificeret til i stedet at udgøre skattepligtigt udbytte.

Der findes udover ovennævnte sag flere eksempler i retspraksis på, at der er sket beskatning efter, hvad der reelt er udfaldet foretagne dispositioner således at arrangementer, der er uden egentligt indhold, men motiveret af skattehensyn er blevet tilsidesat og skattemæssigt behandlet ud fra de faktiske realiteter. I den henseende er dansk skatteret grundlæggende på linje med "substance over form"-princippet, som er gældende internationalt.

Udover anvendelsen af realitetsgrundsætningen findes der i dansk skatteret tillige en GAAR. Denne har til formål at hindre misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet, så der ikke uberettiget kan opnås fordele i form af fritagelse for eller udskydelse af skat i henhold til direktiverne. Samme GAAR har desuden til formål at modvirke misbrug af alle fordele, der ville kunne opnås ved brug af dobbeltoverenskomstaftaler (DBO), som Danmark har indgået.

GAAR'en i dansk skatteret blev indført ved indsættelse i LL § 3 ved lov nr. 540 af 29. april 2015, delvist som følge af ændring til et EU-direktiv delvist som følge af handlepunkt nr. 6 i BEPS-projektet.

Når det skal vurderes, om et arrangement eller en serie af arrangementer er konstrueret med henblik på misbrug, sker det på baggrund af en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, som det påhviler Skattemyndighederne at foretage. Det er herefter op til Skattemyndighederne på baggrund

⁸ J. Pedersen m.fl., *Skatteretten 1*, 7. udgave, s. 124ff.

⁹ Se bl.a. Aa. Michelsen m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, s. 144ff.

af den foretagne analyse at fastslå, om hovedformålet eller et af hovedformålene med arrangementet har været at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet eller formålet med direktiverne.

Hvis det vurderes, at omgåelse har været et af motiverne bag arrangementet, påhviler det herefter den skattepligtige at bevise, at der ligger velbegrundede kommercielle årsager til grund for arrangementet og at disse afspejler den økonomiske virkelighed. Er den skattepligtige ikke i stand til dette, vil konsekvensen være, at den skattepligtige ikke vil kunne drage fordel af bestemmelserne i henholdsvis direktiverne eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

2.3 Ligningsloven § 3 som vedtaget ved L 28 A 2018/19

Indførslen af en generel omgåelsesklausul i dansk skatteret er en konsekvens af implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6. Formålet med omgåelsesklausulen er at hindre misbrug af selskabsbeskatningen.

Ved fremsættelse af lovforslaget, blev omgåelsesklausulen foreslået implementeret ved at erstatte de gældende misbrugsbestemmelser vedrørende selskabsdirektiverne. Samtidig fremgår det af lovforslaget, at omgåelsesklausulen fortsat skal finde anvendelse i tilfælde af misbrug af selskabsskattedirektiverne.

De, som bliver omfattet af omgåelsesklausulen, vil være selskaber omfattet af SL §§ 1 og 2 samt foreninger og fonde omfattet af FBL § 1. Dermed vil såvel fuldt skattepligtige selskaber, foreninger og fonde samt begrænsede skattepligtige selskaber, foreninger og fonde blive omfattet. Derudover er det foreslået, at også skattepligtige omfattet af KSL §§ 1 eller 2 samt DBSL § 1, stk. 2 omfattes, såfremt de er part i et arrangement, der omfattes af omgåelsesklausulen.

Det er efterstræbt, at ordlyden af omgåelsesklausulen i dansk skatteret i videst muligt omfang skal svare til ordlyden af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6. Dette betyder, at selskaber, foreninger og fonde ved opgørelse af den skattepligtige indkomst skal se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, som, når der tages hensyn til alle relevante faktiske forhold, ikke er reelle, men i stedet har som hovedformål eller et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, der virker mod forholdet og hensigten med skatteretten. Arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt ud fra velbegrundede kommercielle årsager og afspejler den økonomiske virkelighed vil dog blive anset for reelle.

I tilfælde af at der skal ses bort fra et arrangement, vil det betyde, at den skattepligtige indkomst skal opgøres på baggrund af de faktiske forhold bag arrangementet. Der skal ses på realiteterne i arrangementet og beskattes herefter.

I tilfælde hvor Skattestyrelsen ønsker at anvende omgåelsesklausulen, er det foreslået, at sagerne skal forelægges Skatterådet til afgørelse. Formålet med dette er at sikre, at anvendelsen af omgåelsesklausulen sker ensartet og korrekt.

Endeligt er det i lovforslaget bemærket, at indsættelsen af en generel omgåelsesklausul ikke begrænser Skattemyndighedernes mulighed for på andre allerede eksisterende grundlag at tilsidesætte eller omkvalificere arrangementer.

Det fremsatte lovforslag har udmøntet sig i en affatning af LL § 3 som følger:

§ 3

Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

Stk. 2. Ved anvendelsen af stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke-reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Stk. 3. Indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal foretages på baggrund af det reelle arrangement eller serie af arrangementer, hvis der ses bort fra arrangementer eller serier af arrangementer efter stk. 1.

Stk. 4. Stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serierne af arrangementer, når deltagerne er skattepligtige omfattet af kildeskattelovens §§ 1 eller 2 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2.

Stk. 5. Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

Stk. 6. Stk. 1-4 har forrang i forhold til stk. 5 ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU.

Stk. 7. Told- og skatteforvaltningen skal forelægge sager om anvendelse af stk. 1-5 for Skatterådet til afgørelse. Fristerne i skatteforvaltningslovens § 26, stk. 1, 2. pkt., og § 27, stk. 2, 2. pkt., for foretagelse eller ændring af ansættelser, der er en direkte følge af anvendelsen af stk. 1-5, forlænges med 1 måned og anses for afbrudt ved told- og skatteforvaltningens fremsendelse til Skatterådet og den skattepligtige af indstilling til afgørelse.

2.4 Ligningsloven § 3 i dybden

I det foregående afsnit, blev der foretaget en overordnet gennemgang af L 28 A 2018/19. For at forstå konsekvenserne af LL § 3 som vedtaget, vil der i det efterfølgende foretages følgende:

1. beskrivelse af indholdet af loven med udgangspunkt i bemærkningerne til lovforslaget,
2. dernæst en analyse af anvendelsen af loven med baggrund i forarbejderne i lovforslaget. Herunder kommentarer og spørgsmål/svar samt Den juridisk vejledning, og
3. endeligt, såfremt analysen ikke giver klare svar, en tolkning af anvendelsen af loven ud fra andre relevante retskilder.

2.4.1 Beskrivelse

Med lov nr. 1726 af 27. december 2018 blev den tidligere omgåelsesklausul, som sigter mod misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet, erstattet af en generel omgåelsesklausul. I tilfælde hvor omgåelsesklausulen finder anvendelse, vil konsekvensen være, at der i indkomstopgørelsen og beregning af skatten skal ses bort fra det eller de arrangementer, som ikke anses for reelle. Skatteberegningen foretages i stedet på baggrund af realiteterne i arrangementet eller serie af arrangementer. Eksempler på forhold, som korrigeres ved anvendelse af omgåelsesklausulen, kan være reel modtager af en betaling, hvad der modtages eller tidspunkt for modtagelse. Det fremgår desuden, at det, der ses bort fra, kan være blot den eller de dele af et samlet arrangement, som ikke anses for reelle, mens de øvrige dele af arrangementet ikke berøres af anvendelsen af omgåelsesklausulen, hvis disse findes reelle.

Arrangementer eller serier af arrangementer anses for ikke reelle, hvis de er tilrettelagt med det hovedformål eller et af hovedformålene at opnå en skattefordel, som virker imod indholdet af eller formålet med loven. Ikke-reelle arrangementerne afspejler ikke den økonomiske virkelighed og er ikke tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager.

Det er fremhævet, at de kriterier, som er anvendt til vurdering af misbrug efter den hidtidige gældende omgåelsesklausul i LL § 3 videreføres.

Udtrykket "arrangementer" skal tolkes bredt og omfatter enhver aftale, uanset formen og om hvorvidt de er retsgyldige eller ej. Det kan være en aftale, en fælles forståelse, ordning eller transaktioner, og kan fx være stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst.

Skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 er rettet mod selskabsskattepligtige og ved implementering i dansk ret er omgåelsesklausulen også direkte rettet med skattepligtige selskaber og foreninger mv., uanset om de er fuldt skattepligtige eller begrænset skattepligtige til Danmark. Implementeringen går dog videre end minimumsbestemmelserne i skatteundgåelsesdirektivet, idet LL § 3 tillige kan anvendes på fysiske personer og dødsboer, hvis de er deltagere i arrangementer, der underlægges LL § 3, stk. 1-3. Dette er for at sikre symmetri i tilfælde af misbrug. Alt andet lige vil det være uhensigtsmæssigt, at et arrangement, der underkendes for de juridiske deltagere, behandles anderledes for de fysiske deltagere i selvsamme arrangement.

Ved ændringen af LL § 3 sker der ingen ændring i den materielle vurdering af, om der foreligger misbrug i forhold til, hvordan vurderingen har skulle foretages ved anvendelse af den tidligere LL § 3. Det er fortsat op til Skattemyndighederne at *"foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurdering af, hvorvidt et arrangement eller serie af arrangementer udgør et misbrug, dvs. virker mod formålet og hensigten med skatteretten. Vurderingen af, om et arrangement eller en serie af arrangementer virker mod formålet og hensigten med skatteretten, vil skulle inddrage både formålet med den enkelte bestemmelse og de overordnede principper, som skattereglerne er baseret på."*¹⁰

Det er Skattemyndighederne, som skal påvise, at der er tale om et arrangement eller en serie af arrangementer, hvis hovedformål eller et af sine hovedformål er at opnå en skattefordel, og at denne skattefordel virker mod formålet og hensigten med skatteretten. Tages alle relevante faktiske forhold og omstændigheder i betragtning og kan arrangementet eller serien af arrangementer herefter anses for reelle, finder omgåelsesklausulen ikke anvendelse.

Ved vurdering af om den skattepligtige kan udnytte fordelene i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som Danmark har med et andet EU-land, skal det først vurderes, om der er tale om misbrug efter bestemmelserne i LL § 3, stk. 1-4. Bestemmelserne i stk. 1-4 har nemlig forrang i forhold til bestemmelsen i stk. 5. Dette fremgår af stk. 6 og årsagen hertil er, at den generelle omgåelsesklausul er en følge af implementeringen af et EU-direktiv, mens omgåelsesklausulen mod misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster udspringer af BEPS-anbefalingerne. For at undgå enhver tvivl om hvilke bestemmelser, der har forrang frem for andre, er dette tydeliggjort i LL § 3, stk. 6.

¹⁰ Jf. bemærkningerne til § 4, nr. 1, L 28 (2018/19), s. 99.

Ønsker Skattemyndighederne at anvende bestemmelserne i LL § 3, stk. 1-5, er det besluttet, at sagerne skal forelægges Skatterådet. Årsagen til at sager, som omfattes af LL § 3, stk. 1-5, skal forelægges Skatterådet er, at alle afgørelser vedrørende omgåelsesklausulen anses for at være af principiel karakter og da reglen er ny, findes der ved lovens indførelse ikke fylldig praksis for anvendelse. Der er generel mulighed for at forelægge sager af principiel karakter for Skatterådet, men dette er ikke et krav. Omgåelsesklausulen er en direktivbaseret regel, der her til hensigt at virke mod misbrug og den finder anvendelse inden for hele skatteretten. Anvendes bestemmelsen har det den konsekvens, at der helt ses bort fra et arrangement eller serie af arrangementer, der vurderes at have som hovedformål eller et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet eller hensigten med skatteretten. Da der ønskes en korrekt og ensartet fortolkning af en så indgribende regel, som en generel omgåelsesklausul, er det derfor ved lov besluttet, at alle sager skal forelægges Skatterådet.

Det afgørende for om en sag skal forelægges Skatterådet er, om det efter Skattemyndighedernes opfattelse i begrundelse af afgørelsen bør indgå, at afgørelsen er baseret på eller vil kunne baseres på anvendelse af bestemmelserne i LL § 3, stk. 1-5.

2.4.2 Analyse af forarbejder og Den juridiske vejledning

Idet der ikke tidligere har været en lovfæstet generel omgåelsesklausul i dansk skatteret, er det interessant at se på, hvordan lovgiver har til hensigt, at bestemmelserne skal anvendes. Til vurdering af hvorvidt der foreligger misbrug, henvises der i lovforslaget til de kriterier, der i SKM2017.333.SR blev anvendt til vurdering heraf. Sagen er afgjort ud fra kriterierne i den tidligere LL § 3, men det fremgår af lovforslaget, at disse kriterier videreføres i den generelle omgåelsesklausul. Af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 såvel som LL § 3, stk. 1, kan der udledes følgende fem kumulative betingelser, der skal være opfyldt for anvendelse af LL §3¹¹. Der skal være tale om:

- et arrangement eller serie af arrangementer,
- der er tilrettelagt med det hovedformål eller med et af hovedformålene,
- at opnå en skattefordel,
- som virker mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret, og
- som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder.

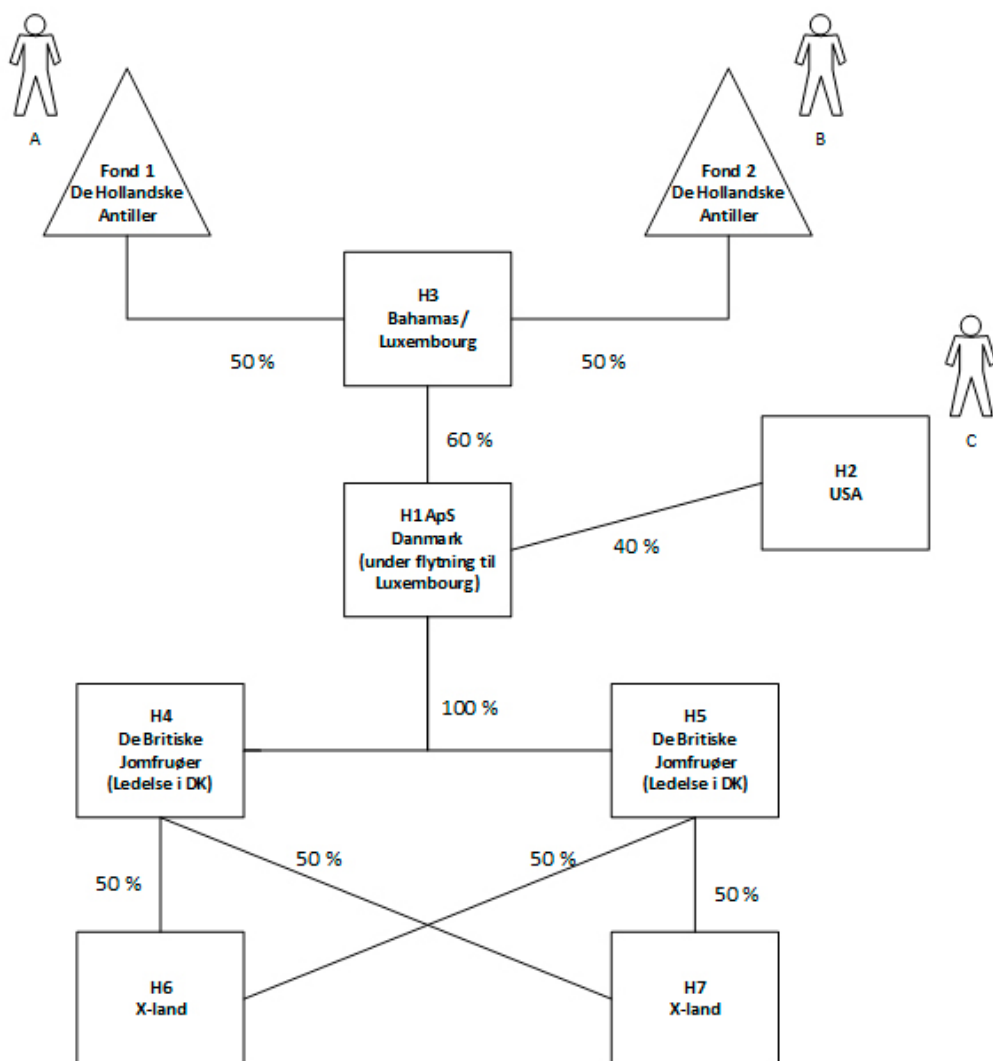
¹¹ Jf. P. Koerver Schmidt, J. Bundgad, M. Tell, Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret, SR.2019.0053.

2.4.2.1 SKM2017.333.SR - Sagens faktum:

Sagen i SKM2017.333.SR er den første kendelse, der vedrører omgåelsesklausulen i LL § 3. Sagen vedrører et selskab, der ønsker at udflytte til Luxembourg, men inden dette gøres, har forespurgt på et bindende svar på, hvorvidt selskabets aktionærer (H2 og H3) i forbindelse med selskabets (H1) udflytning fra Danmark vil blive begrænset skattepligtige til Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c.

Forud for den påtænkte udflytning er ejerstrukturen i koncernen, at den ultimative ejerkreds bestod af 3 personer. Personerne A og B er bosiddende i land X og ejer gennem hver sin fond beliggende i De Hollandske Antiller 50 % af H3, der oprindeligt er beliggende på Bahamas, men flyttet til Luxembourg. H3 ejer 60 % af H1. Person C er bosiddende i USA og ejer gennem H2, der er et selskab etableret i USA, 40 % af H1.

H1 ejer 100 % af selskaberne H4 og H5, som er indregistreret på De Britiske Jomfruøer, som gennem en årrække har været anset som skattepligtige i Danmark, da ledelsen faktisk har ligget i Danmark. Selskaberne H4 og H5 er rene holdingselskaber og ejer hver især 50 % af henholdsvis H6 og H7, som er beliggende i X-land. Begge selskaber er driftsselskaber, hvor der er væsentlig større aktivitet i H6 end i H7.



Figur 1 struktur i SKM2017.333.SR¹²

Første led i omstrukturering af koncernen er, at H3 flyttes til Luxembourg og både skattemæssigt og selskabsretligt bliver hjemmehørende i Luxembourg fra og med tidspunktet for flytningen. Det ønskes herefter tillige at flytte H1's skattemæssige og selskabsretlige hjemsted til Luxembourg. Flytningen er betinget af, at den kan foretages skattefrit, hvorfor Skattemyndighederne anmodes om et bindende svar herpå, som forventes besvaret bekræftende.

Som begrundelse for at foretage flytningen af H1 fra Danmark til Luxembourg er et ønske om at forenkle selskabsstrukturen og samtidig skabe større transparens. Desuden vil flytningen af samtlige holdingselskaber

¹² Figur fra SKM2017.333.SR.

til samme land medføre en udgiftsbesparelse på administration. Det er således spørgers påstand, at udflytningen fra Danmark ikke er båret af et skattemæssigt hensyn.

Udgangspunktet er, at der ved udflytning skal ske exitbeskatning, jf. SEL § 5. Exitbeskatning medfører, at det danske holdingselskab beskattes som om alle aktiver og passiver, der ikke længere omfattes af dansk beskatning, anses for afstået. Likvidationsprovenuet vil, som hovedregel, blive anset som skattepligtigt aktieavance, men for at et skattepligtigt udbytte ikke kan omklassificeres til skattefri aktieavance, indeholder LL § 16 A, stk. 3, nr. 1 en række værnsregler, som skal sikre, at likvidationsprovenu beskattes som udbytte. Idet H1 som eneste aktivitet har at eje samtlige aktier i datterselskaberne, vil aktieavancen være skattefri.

Det er ikke spørgers opfattelse, at der er noget til hinder for, at der kan foretages et skattefrit exit og at H2 og H3 ikke, som følge af fraflytningen af H1, vil blive begrænset skattepligtige til Danmark. Der synes ikke i spørgers optik at findes værnsregler, der skulle kunne forhindre den skattefri udflytning. Om end den oprindelige koncernstruktur har givet mulighed for at foretage dispositioner, som i skattemæssig henseende ville have været attraktive, så har der ikke tidligere været foretaget sådanne dispositioner. Der har aldrig været udloddet udbytte til eller fra H1 og ej heller været udlån fra H1's datter- eller datterdattervirksomheder til H1's aktionærer eller ultimative ejere. H1 har således ikke været anvendt til at opnå skattemæssige fordele, som ellers har været muligt med den valgte konstruktion.

Udflytningen af H1 anses som likvidation, og dermed vil der ske udlodning af likvidationsprovenuet, som oppebæres af H2 og H3. I nærværende sag udgøres likvidationsprovenuet af værdien af de underliggende selskaber. Som følge af at selskaberne H2 og H3 ikke er hjemmehørende i Danmark, er spørgsmålet derfor, om de 2 selskaber vil blive begrænset skattepligtige til Danmark i forbindelse med udflytningen af H1?

Det er spørgers opfattelse, at dette ikke vil være tilfældet. For moderselskabet H2, der er hjemmehørende i USA, argumenteres for, at selskabet er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA. For moderselskabet H3, der er beliggende i Luxembourg, vil der med henvisning til moder-/datterselskabsdirektivet kunne undgås at blive begrænset skattepligtig til Danmark af likvidationsprovenuet.

Endeligt anfører spørger, at såfremt Skattemyndighederne ikke anser selskabet H3 for at være den retmæssige ejer af likvidationsprovenuet, vil det fortsat ikke lede til indeholdelse af udbytteskat, da de bagvedliggende fonde, som ejer H3, er skattemæssigt transparente og det derfor vil være den skattemæssige stilling for de retmæssige ejere, person A og B, der skal tages udgangspunkt i. Person A og B er begge bosiddende i et land, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Ved Skattemyndighedernes vurdering af, hvorvidt selskaberne H2 og H3 indtræder i begrænset skattepligt, som følge af at H1 udflytter fra Danmark og etablerer nyt hjemsted i Luxembourg, fastslår de indledningsvist,

at sagen skal vurderes med udgangspunkt i reglerne for exitbeskatning. Skattemyndighederne gennemgår herefter værnsreglerne, der er gældende på området, med henblik på at konstatere, om udflytningen strider mod en eller flere af disse værnsregler.

For det første konstaterer Skattemyndighederne, at det af SEL § 5, stk. 5 fremgår, at hvis et selskab ophører med at være skattepligtigt til Danmark, finder bestemmelserne i LL § 16 A, stk. 3, nr. 1 tilsvarende anvendelse. Konsekvensen heraf er, at likvidationsprovenuet beskattes som aktieavance, forudsat at betingelserne i LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, b eller c er opfyldt. Hovedreglen om at beskatning sker efter reglerne i ABL fraviges dog således, at likvidationsprovenuet i stedet beskattes som udbytte, hvis følgende betingelser opfyldes:

1. at det modtagne selskab ejer mindst 10 % af aktiekapitalen af det selskab, der likvideres, samt
2. at likvidationsprovenuet er omfattet af reglerne i SEL § 2, stk. 1, litra c.

I nærværende sag kan det konstateres, at de modtagne selskaber ved H1's ophør af dansk skattepligt som udgangspunkt er selskabets direkte ejere H2 (40 % ejerandel) og H3 (60 % ejerandel). Ejerandelen overstiger for begge selskaber 10% og den første betingelse i LL § 16 A, stk. 3., litra a er dermed opfyldt.

Anden del af betingelsen er, at udlodningen omfattes af SEL § 2, stk. 1, litra c. Hovedreglen i denne bestemmelse er, at udenlandske selskaber bliver begrænset skattepligtige til Danmark af udbytter, der oppebæres, såfremt de er omfattet af LL § 16 A, stk. 1 og 2. Denne betingelse anses ikke for at være opfyldt, da den begrænsede skattepligt ikke omfatter udbytter af datterselskabsaktier, jf. ABL §§ 4 A og 4 B, når beskatningen af disse udbytter frafaldes eller nedsættes som følge af moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsindkomst. Modtagerne er hjemmehørende i henholdsvis Luxembourg og USA.

På baggrund af ovenstående er det derfor Skattemyndighedernes opfattelse, at betingelserne for beskatning efter ABL er opfyldt og selskaberne H2 og H3 bliver i udgangspunktet ikke begrænset skattepligtige til Danmark af likvidationsprovenuet.

Skattemyndighederne bemærker dog, at såfremt H2 og H3 ikke er retmæssige ejere (beneficial owner) af likvidationsprovenuet, så kan det komme på tale, at der foreligger begrænset skattepligt.

Af praksis fremgår det, at hvis ikke udbyttet er ført videre fra det modtagne selskab hjemmehørende i EU, og at det ikke med sikkerhed kan fastslås, at udbyttet er tiltænkt videreudlodning til tredjeland uden en DBO, hvorefter beskatning af udbytte skal frafaldes eller nedsættes, vil "beneficial owner" af udbyttet være det modtagne selskab hjemmehørende i EU.

I den konkrete sag er der ikke tale om egentlig udbytteudlodning, men alene tale om en udflytning af H1, hvor ledelsens sæde og omregistrerede hjemsted flyttes fra Danmark til Luxembourg.

Skattemyndighederne gør gældende, at de ikke opfatter H2 og H3 som gennemstrømningselskaber i relation til likvidationsprovenuet ved udflytningen af H1 til Luxembourg, idet likvidationsprovenuet ikke bliver udloddet eller på anden måde ført ud af H2 og H3, og de anser derfor H2 og H3 som "beneficial owner" af likvidationsprovenuet. Selskaberne anses ikke for begrænset skattepligtige til Danmark.

Derfor er udgangspunktet, at beskatningen af likvidationsprovenuet skal frafalde eller nedsættes for H3 med henvisning til moder-/datterselskabsdirektivet, da H3 forud for udflytningen af H1 har flyttet sit skattemæssige og selskabsretlige hjemsted til Luxembourg. Beskatningen af likvidationsprovenuet fra H1 til H2 skal frafalde eller nedsættes med henvisning til DBO'en mellem Danmark og USA. Konsekvensen er, at likvidationsprovenuet for både H2 og H3 bliver skattefrit.

I forlængelse af, at Skattemyndighederne anerkender, at de specifikke værnsreglerne ikke finder anvendelse i nærværende sag, gør de gældende, at likvidationsprovenuet for så vidt angår H3 til gengæld omfattes af den generelle omgåelsesklausul i LL §3. Dette begrundes med, at flytningen af H3 fra Bahamas til Luxembourg forud for udflytningen af H1 alene er sket med det formål at omgå beskatning af likvidationsprovenuet.

Skattemyndighederne anfører i deres argumentation, at såfremt H3 fortsat havde været skattemæssigt hjemmehørende på Bahamas, ville likvidationsprovenuet være blevet anset som udbytte og H3 ville dermed være begrænset skattepligtig til følge. Flytningen af H3 har således medført en klar skattefordel.

Spørger har som den kommercielle baggrund for udflytningen anført, at den bunder i et ønske om at forenkle selskabsstrukturen og skabe større transparens. Ifølge Skattemyndighederne er der dog ikke nærmere redegjort eller dokumenteret for hvilke kommercielle årsager, der skulle begrunde flytningen, ligesom det ikke er dokumenteret, at det reelt vil medføre en udgiftsbesparelse at have de to selskaber beliggende i samme land. Endeligt er der ikke redegjort for den kommercielle årsag til, at H3 er flyttet til Luxembourg forud for udflytningen af H1.

På baggrund af ovenstående konkluderer Skattemyndighederne, at hovedformålet med udflytningen har været at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med moder-/datterselskabsdirektivet og at udflytningen ikke er båret af velbegrundede kommercielle årsager, da selskabsstrukturen og selskabernes aktiviteter er de samme som før flytningerne.

I forhold til H2, som er hjemmehørende i USA, så eksisterer der mellem Danmark og USA en DBO. Den skattemæssige stilling for H2 er derfor upåvirket af det skattemæssige hjemsted for H3 og likvidationsprovenuet, som tilgår H2 omfattes derfor ikke af anvendelsen af LL § 3. Det er dermed kun likvidationsprovenuet tilhørende H3, der omfattes.

Skatterådet har tiltrådt sig Skattemyndighedernes indstilling og begrundelse, og H3 bliver dermed skattepligtig af likvidationsudlodningen fra Danmark.

Sagen opsummeret

Sagen omhandler et bindende svar på, hvorvidt der ved udflytning af et selskabs hjemsted fra Danmark til Luxembourg med henblik på at forenkle selskabsstrukturen og opnå administrationsbesparelser vil indtræde begrænset skattepligt af selskabets aktionærer.

Forud for udflytningen fra Danmark er det ene af selskabets moderselskaber H3 flyttet fra Bahamas til Luxembourg. Moderselskabets flytningen fra et skattelyland til et EU-land medførte, at likvidationsprovenuet fra H1 til H3 skulle anses for at være en skattefri avance i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet. Var kun H1 udflyttet fra Danmark til Luxembourg, ville likvidationsprovenuet i stedet skulle anses for at være et skattepligtigt udbytte.

Da spørger ikke i tilstrækkeligt omfang havde redegjort for eller dokumenteret udgiftsbesparelserne eller i øvrigt påvist den kommercielle årsag for udflytningen, anså Skattemyndighederne flytningerne af skattemæssigt og selskabsretligt hjemsted for at være ikke-reelle og uden velbegrundede kommercielle årsager. De fandt i stedet, at flytningerne var båret af skattemæssige hensyn, som strider mod formålet og hensigten med moder-/datterselskabsdirektivet. Som følge heraf blev LL § 3 anvendt til at se bort fra flytningerne og likvidationsprovenuet blev underlagt beskatning.

2.4.2.2 Omgåelsesklausulen i lyset af SKM217.333.SR

Det kan af sagens faktum udledes, at muligheden for at anvende specifikke værnsregler skal være udtømt, før denne generelle omgåelsesklausul kan bringes i anvendelse. Først efter at have konstateret, at specifikke værnsregler ikke kan anvendes i situationen, tager Skattemyndighederne LL § 3 i anvendelse.

Som beskrevet ovenfor, skal 5 kumulative betingelser være opfyldt, før LL § 3 kan anvendes. Ud fra nærværende sag kan det udledes, at Skattemyndighederne fortolker første punkt *”et arrangement eller serie af arrangementer”* bredt. Det er således ikke udflytningen af H1, der leder til anvendelse af LL § 3, men i stedet at det udenlandske moderselskab H3 forud herfor flytter sit selskabsretlige og skattemæssige hjemsted til EU. Der er således tale om et rent udenlandsk arrangement, som fører til anvendelse af omgåelsesklausulen, og på baggrund heraf må det konkluderes, at Skattemyndighederne tillægger sig selv beføjelser til at ramme såvel nationale som internationale arrangementer, såfremt de resulterer i, at der opnås en direkte eller indirekte skattefordel i Danmark.

Det kan tillige udledes, at Skattemyndighederne har et mindstekrav til, hvilken form for dokumentation eller udførlig redegørelse, der skal til, for at en disposition anses for at være tilrettelagt af velbegrandede kommercielle årsager. Konsekvensen af den holdning, som Skattemyndighederne anlægger i nærværende sag, er, at det fremadrettet sandsynligvis bliver vanskeligt at flytte rene holdingselskaber ud af Danmark, hvis det samtidig medfører en skattefordel. Dette begrundes i, at det vil være vanskeligt for rene holdingselskaber at dokumentere de velbegrandede kommercielle årsager til en hjemstedsflytning, henset til den begrænsede aktivitet, der typisk foreligger i et holdingselskab.

Gennemføres et arrangement både af hensyn til kommercielle og skattemæssige årsager, kan det give anledning til afgrænsningsvanskeligheder og lede til, at det kan være problematisk for skatteyderen at argumentere for, at arrangementet også er drevet af kommercielle hensyn. Der er en risiko for, at Skattemyndighederne primært vil fokusere på de skattemæssige konsekvenser og ikke tillægge de kommercielle årsager nogen særlig værdi, hvilket også synes at være tilfældet i nærværende sag. Det synes at kunne udledes, at Skattemyndighederne har en formodning om, at omgåelse har været intentionen, såfremt der er opnået en skattefordel.

Skattemyndighedernes anvendelse af omgåelsesklausulen i SKM2017.333.SR medførte, at skatteyderen blev skattepligtig af likvidationsprovenuet. På trods af Skattemyndighedernes henvisning til afgørelsen i tolkning af anvendelsen af LL § 3, giver den ikke megen vejledning til forståelsen. *Sagen synes således ikke at indeholde principielle betragtninger. Hertil kommer, at SKAT har håndteret bevisbyrdespørgsmålet meget let.*¹³

Afgørelsen synes ikke at have principiel betydning for tolkningen af anvendelsesområdet for omgåelsesklausulen. Det forventes derfor ikke, at afgørelsen vil udgøre et væsentligt bidrag til fortolkning af anvendelsesområdet for bestemmelsen¹⁴. Dette til trods for, at der er henvist til den i såvel L 28 A 2018/19 som i JV 2020-1, kapitel C.I.4.1.8.

Skattemyndighederne har i nærværende sag afholdt sig fra systematisk at analysere forholdene i forhold til de kumulative betingelser, der er nævnt ovenfor som en betingelse for at anvende omgåelsesklausulen. Nedenfor vil sagens faktiske omstændigheder derfor blive gennemgået med henblik på at vurdere, hvorvidt betingelserne er opfyldt for at anvende LL § 3.

Første betingelse er, at der skal være tale om et arrangement eller serie af arrangementer. Idet begrebet arrangementer skal fortolkes bredt, kan der heller ikke være tvivl om, at flytning af hjemsted er omfattet af

¹³ Jf. J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 6.

¹⁴ Jf. J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 6.

begrebet. I nærværende sag er der både selskabsretligt og skattemæssigt sket flytning af hjemsted, hvorfor betingelsen anses for at være opfyldt. I denne sag er det interessant at se, at Skattemyndighederne har fokus på moderselskabet H3's flytning som den udløsende faktor for anvendelse af LL § 3 og ikke H1's udflytning fra Danmark, selvom det er dette, der spørges til. Det synes dog at være en korrekt betragtning, idet flytningerne i sammenhæng kan anses for at være en serie af arrangementer.

Anden betingelse er, at arrangementet eller serien af arrangementer er tilrettelagt med hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel. Hvorvidt denne betingelse er opfyldt eller ej synes ikke at være klart. Der findes ikke et fortolkningsbidrag til at foretage denne sondring mellem hoved- og biformål, og Skattemyndighederne har heller ikke i deres argumentation fundet det nødvendigt, at komme med yderligere retningslinjer for at foretage sondring mellem hoved- og biformål. I stedet lægger Skattemyndighederne vægt på, at der ikke i tilstrækkeligt omfang er redegjort for eller dokumenteret den udgiftsbesparelse, som hjemstedsflytningen medfører for selskaberne.

At Skattemyndighederne anlægger sit synspunkt om hovedformål alene på baggrund af den manglende dokumentation for udgiftsbesparselsen vidner om, at Skattemyndighederne har sat en meget lav tærskel for formålstesten for, hvornår hovedformålet med et arrangement anses for at være opnåelse af en skattefordel. Det kan udledes, at Skattemyndighederne anser betingelsen for at være opfyldt, når blot den skattepligtige ved arrangementet har opnået en skattefordel.

At tillægge sig den tolkning vil i praksis betyde, at det ofte vil være op til skatteyderen at bevise, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, når blot der opnås en skattefordel.¹⁵ Denne bevisbyrde syntes af Skattemyndighederne og Skatterådet ikke løftet i nærværende sag.

Den tredje betingelse om, at der skal være opnået en skattefordel, er opfyldt. Der hersker ingen tvivl om, at H3 med flytningen fra Bahamas til et EU-land opnår en skattemæssig fordel, da likvidationsprovenuet fra H1 omfattes af moder-/datterselskabsdirektivet, hvormed det opnås skattefrihed. Uden flytning af selskabsretligt og skattemæssigt hjemsted, havde H3 været begrænset skattepligtig af det modtagne likvidationsprovenu.

Fjerde betingelse er, at den opnåede skattefordel ikke må virke mod indholdet eller formålet med skatteretten. Heller ikke denne betingelse fandt Skattemyndighederne anledning til at foretage en nærmere analyse af. I sin argumentation fremfører Skattemyndighederne blot, at der er tale om en serie af arrangementer, hvis hovedformål er eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, der virker mod

¹⁵ Jf. J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 6.

direktivets indhold eller formål, da det ikke er godtgjort, at arrangementerne er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager.¹⁶ Skattemyndighederne synes ikke med ovenstående begrundelse at have løftet bevisbyrden for, at arrangementet er i strid med formålet med moder-/datterselskabsdirektivet, om end det skal indrømmes, at direktivet har et bredt og diffust formål. Dette skal dog ikke fritage Skattemyndighederne fra at foretage en analyse af direktivets indhold og formål.

Femte og sidste betingelse for anvendelse af LL § 3 er realitetskravet. Dette synes i denne sag kun at være opfyldt, såfremt der foretages en udvidende fortolkning af omgåelsesklausulen. Ordlyden af bestemmelsen kan indebære en "substance over form" betragtning, der tillige findes i dansk skatteret kendt som realitetsgrundsætningen.¹⁷ Realitetsgrundsætningen sikrer en vis beskyttelse af dispositioner, der foretages i overensstemmelse med civilretten.¹⁸ I nærværende sag har det dog ikke afholdt Skattemyndighederne fra at underkende såvel den selskabsretlige som skattemæssige flytning af H3 til et EU-land i relation til den skattemæssige behandling af likvidationsprovenuet. At Skattemyndighederne for at kunne bringe LL § 3 i anvendelse tillægger et udenlandsk selskabs flytning udslagsgivende virkning, må alt andet lige kræve, at der foretages en detaljeret analyse og stærkt begrundet argumentation, hvilket ikke synes foretaget i nærværende sag.

Til vurdering af om et arrangement falder inden for de af Kommissionen tiltænkte anvendelsesområder for omgåelsesklausulen, er det formålstjenligt at inddrage punkt 4.4 i Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning. Henstillingen indeholder en uddybende forklaring af, hvornår Kommissionen ønsker at arrangementer tilsidesættes, fordi de er et udslag af manglende realitet.¹⁹

"4.4 I punkt 4.2 forstår ved "kunstige" som karakteristik af et arrangement eller serie af arrangementer som er uden reelt forretningsmæssigt indhold. Når de nationale myndigheder skal afgøre, om arrangementer eller serier af arrangementer er kunstige, bør de overveje, om der er tale om en eller flere af følgende situationer:

- a) Den juridiske karakter af de enkelte trin, som arrangementet består af, er uden sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed.*
- b) Arrangementet eller serien af arrangementer udføres på en måde, som ville være usædvanlig i en forretningspraksis, der kan anses for fornuftig.*

¹⁶ Jf. J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 6-7.

¹⁷ Se bl.a. afhandlingens afsnit 2.2.

¹⁸ Jf. J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 7.

¹⁹ Som øvrige steder i EU-tekster formuleret som kunstige arrangementer.

- c) *Arrangementet eller serien af arrangementer omfatter elementer, der udligner eller ophæver hinanden.*
- d) *Der gennemføres cirkeltransaktioner.*
- e) *Arrangementet eller serien af arrangementer resulterer i en betydelig skattelettelse, men dette afspejles ikke i den forretningsrisiko, som skatteyderen indgår, eller i skatteyderens likviditetsstrømme.*
- f) *Det forventede overskud før skat er ubetydeligt i forhold til størrelsen af den forventede skattefordel.”²⁰*

I nærværende sag kan det for så vidt angår punkterne a), c) og d) konstateres, at der ikke er tvivl om, at serien af arrangementer ikke indeholder de situationer, der er omtalt, idet der de facto er tale om en reel selskabsretlig flytning af H3, som hverken udligner eller ophæver andre arrangementer. Flytningen af selskabet er heller ikke en cirkeltransaktion. Heller ikke punkt f) synes relevant i den konkrete sag. Den manglende tilstedeværelse af omstændigheder beskrevet i punkterne a), c), d) og f) er ikke i sig selv en klar indikation af at omgåelsesklausulen ikke kan finde anvendelse, men synes dog at tale for, at det er tilfældet.

Hvorvidt punkt b) i nærværende sag er opfyldt, er på baggrund af sagens faktum vanskeligt at fastslå. Flytningen foretages af et holdingselskab, hvis aktivitet er begrænset til den aktivitet, som er almindelig for holdingselskaber, nemlig at besidde aktier. Det kræver ikke omfattende aktiviteter at udøve denne funktion og i nærværende sag er funktionen blevet varetaget af lokale rådgivere. Skattemyndighederne antager, at en flytning af holdingselskabet ligger ud over det, der kan anses for fornuftigt i forhold til forretningspraksis. Denne antagelse anlægges dog uden, at der foretages en egentlig analyse heraf, og Skattemyndighedernes eneste argument er, at der er opnået en skattefordel. Skattemyndighedernes manglende analyse af forretningspraksis for flytning af holdingselskaber bidrager derfor ikke til fortolkning af, hvad der anses for usædvanlig forretningspraksis, der ikke anses for at være fornuftigt.

For så vidt angår punkt e) er det ubestridt, at flytningen af holdingselskabet resulterer i en skattefordel uden væsentlig forretningsrisiko, og efter henstillingen taler det imod, at der er realitet i arrangementet.

Med udgangspunkt i ovenstående må det konstateres, at Skattemyndighederne har foretaget en vidtgående fortolkning af LL § 3 for at nå til en tilsidesættelse af flytningen af H3, og dermed anse selskabsstrukturen, aktiviteter mv. for at være de samme, som før flytningen.²¹

²⁰ Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU)

²¹ Jf. J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 7.

Afgørelsens udfald synes at bero på en lav barre for opfyldelse af Skattemyndighedernes bevisbyrde. Det synes derfor ikke utænkeligt, at sagen havde fået et andet udfald, hvis dels Skattemyndighederne foretaget en systematisk analyse af de kumulative betingelser for anvendelse af omgåelsesklausulen, dels hvis skatteyder havde fået lejlighed til yderligere at dokumentere besparelser ved udflytningen samt at redegøre for de kommercielle årsager. Af bemærkningerne til L 167 2014/15 fremgår det, at Skattemyndighederne ved anvendelse af omgåelsesklausulen skal tage alle relevante forhold og omstændigheder i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger misbrugstilfælde. Dette synes ikke at være tilfældet i nærværende sag med henvisning til den manglende analyse af de kumulative betingelser, idet afgørelsen primært synes truffet på baggrund af, at der har kunne konstateres en skattefordel. Håndteringen af bevisbyrdespørgsmålet synes således ikke korrekt.²²

Til trods for den subjektive vurdering af om, hvorvidt der foreligger misbrug og at omgåelsesklausul dermed finder anvendelse, anses retsvirkningen af afgørelsen at være korrekt. Det bestrides ikke af Skattemyndighederne, at der er sket en flytning af H3 til Luxembourg, men omgåelsesklausulen anvendes til at imødegå specifikke trin eller dele af arrangementet, som ikke anses for reelle, men de øvrige trin eller dele af arrangementet forbliver uberørte. Dette er helt i tråd med de retsvirkningerne, som omgåelsesklausulen er tiltænkt. Den fordel, som ellers er opnået gennem direktiverne eller dobbeltbeskatningsoverenskomster, men nægtes efter omgåelsesklausulen, tilsidesættes, mens de øvrige forhold i arrangementet består uanfægtede²³.

På baggrund af de oven for beskrevne forhold, synes afgørelsen, som også tidligere nævnt, ikke at have principiel betydning, når der skal tolkes på anvendelsesområderne for LL § 3. Det er uheldigt, at Skattemyndighederne ikke har anlagt en mere systematisk analytisk tilgang til sin bevisførelse og taget højde for de kumulative betingelser for anvendelse af LL § 3. Meget groft sagt kan det af afgørelsen udledes, at opnås der en skattefordel, vil Skattemyndighederne anse det for omgåelse, hvorfor de vil tage LL § 3 i anvendelse.

Afgørelsen er påklaget, og det skal blive interessant at se, om en yderligere bevisførelse fra skatteydernes side angående de kommercielle årsager samt en forhåbentlig systematisk analytisk tilgang til bevisførelsen fra Skattemyndighederne kan føre til et andet resultat.

²² Jf. J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 8.

²³ Se Skatteministeriets høringsvar, bilag 1 til L 167, hvor departementet på spørgsmålet: "Skatteministeriet bedes bekræfte, at anvendelse af den foreslåede omgåelsesklausul alene medfører, at den skattepligtige nægtes en fordel efter et direktiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, men at den pågældende transaktion/arrangement desuagtet vil blive anset for gennemført" svarer, at "Dette kan bekræftes."

2.4.2.3 Behandling af L 28 A 2018/19 – Spørgsmål/svar

Idet afgørelsen i SKM2017.333.SR ikke synes at have principiel betydning og ikke bidrager væsentligt til fortolkning af anvendelsesområdet for bestemmelsen, er det interessant at se, om der i forbindelse med behandling af L 28 A 2018/19 kan hentes fortolkningsbidrag i de spørgsmål/svar, som blev stillet.

Advokatrådet har indledningsvis påpeget, at der med en generel omgåelsesklausul kan opstå den problemstilling, at skatteyder har valgt en struktur for sin forretningsaktivitet med henblik på at opnå den skattemæssigt mest fordelagtige stilling, men at SKAT opfatter dette valg som ikke reelt og dermed bringer omgåelsesklausulen i anvendelse. Til dette svarer Skatteministeriet, at udgangspunktet for skatteretten er, at en skatteyder har ret til at vælge den skattemæssigt mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet, og dette ændrer skatteundgåelsesdirektivet – og dermed lovforslaget – ikke på.²⁴

I forlængelse af ovenstående stillede Advokatrådet et konkret spørgsmål til, om LL § 3 kan bringes i anvendelse, såfremt en hovedaktionær vælger at indskyde egenkapital i sin virksomhed fremfor at foretage en direkte kontooverførsel. Ved indskydelse af egenkapital, vil det ikke have skattemæssige konsekvenser for selskabet, hvorimod et tilskud vil medføre tilskudsbeskatning og tilførslen af kapital gennem en kapitalforhøjelse vil derfor være truffet udelukkende af skattemæssige årsager. Hertil svarer Skatteministeriet, at det bemærkes overordnet om valg af den skattemæssigt mest fordelagtige struktur, at minimering af skattebetalingen ikke er en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand. På den anden side er opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier heller ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne.²⁵ Desuden svares det, at baseret på Advokatrådets kortfattede beskrivelse er der ikke tale om, at hovedaktionæren misbruger reglerne, idet der blot vælges den mest fordelagtige struktur til forretningsaktiviteten, og den skattemæssige virkning heraf er i overensstemmelse med skattereglernes formål og indhold.²⁶

Af ministersvarene på de stillede spørgsmål kan det udledes, at skatteyder fortsat har mulighed for at strukturere sig skattemæssigt mest fordelagtigt, og at en opnået skattefordel ikke i sig selv er ensbetydende med, at Skattemyndighederne vil bringe omgåelsesklausulen i anvendelse. Implementeringen af en generel omgåelsesklausul ændrer således ikke i udgangspunktet på praksis og bidrager på dette punkt ikke med noget nyt til dansk skatteret.

²⁴ Jf. høringsskema til L 28 2018/19, bilag 1, s. 2.

²⁵ Jf. høringsskema til L 28 2018/19, bilag 1, s. 2.

²⁶ Jf. høringsskema til L 28 2018/19, bilag 1, s. 2.

Under behandling af lovforslaget blev Skatteministeriet forelagt yderligere en række konkrete eksempler, som det blev bedt om at forholde sig til, bl.a.:

1. Vil LL § 3 ændre på den praksis, der blev etableret med SKM2003.482.HR vedrørende udnyttelse af skattemæssige underskud jf. SEL § 12 D, stk. 7, så længe betingelserne for særreglerne overholdes?²⁷
2. Vil eksisterende holdingselskaber etableret af fysiske personer som hovedaktionærer med det formål at oppe oppebære skattefrie udbytter på datterselskabsaktier herunder at lade holdingselskabet genplacere udbytterne i passive investeringer blive omfattet af LL § 3?²⁸
3. Vil eksisterende holdingselskaber etableret af fysiske personer som hovedaktionærer med formål at opnå nedsættelse af udbyttebeskatningen på noterede porteføljeaktier og skattefritagelse for avancer ved afståelse af noterede porteføljeselskaber blive omfattet af LL § 3?²⁹
4. Vil en konstruktion, hvor der etableres et dansk holdingselskab med det formål at etablere en fradragsberettiget rentebærende gæld til overliggende aktionærer – som etableres ved at holdingselskabet bliver ejer af den danske koncern, og hvor holdingselskabets ejerskab til den danske koncern finansieres med lån fra holdingselskabets aktionærer – og hvor holdingselskabets renter på gælden til aktionærerne fradrages i den danske koncern via sambeskatningsreglerne blive omfattet af LL § 3?³⁰
5. Vil en struktur, som hidtil har været fritaget fra bestemmelserne vedrørende mellemholdingselskaber på grund af en majoritetsaktionær blive omfattet af LL § 3?³¹
6. Vil LL § 3 ændre på den praksis, der blev etableret med SKM2006.749.HR vedrørende salg til udstedende selskab og samtidig kapitalforhøjelse?³²
7. Vil en skattefri fusion, som opfylder betingelserne i fusionsskatteloven kunne blive omfattet af LL § 3, og i bekræftende fald, hvorledes kan en selskabsretlig gyldig fusion anses som *"ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder"*?³³
8. Vil en skattefri omstrukturering gennemført uden tilladelse efter bestemmelserne i det objektive system kunne blive omfattet af LL § 3, og i bekræftende fald, hvorledes kan en selskabsretlig gyldig

²⁷ Jf. henvendelse fra FSR danske revisorer af 26. oktober 2018, L 28 2018/19, bilag 2, s. 48ff.

²⁸ Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 2018/19, bilag 5.

²⁹ Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 2018/19, bilag 5.

³⁰ Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 2018/19, bilag 5.

³¹ Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 2018/19, bilag 5.

³² Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 2018/19, bilag 9, s. 1.

³³ Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 2018/19, bilag 9, s. 1-2.

omstrukturering anses som *"ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder"*?³⁴

9. Vil et selskabs tilbagekøb af aktier med overskudslikviditet frem for udlodning af udbytte kunne blive omfattet af LL § 3, såfremt tilbagekøbet vil medføre skattefrihed i modsætning til udbytteudlodning og i bekræftende fald, hvorledes transaktioner kan anses for *"ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder"*?³⁵
10. Vil en aktieombytning, som medfører, at selskabsdeltagerne kan modtage skattefri udbytter i modsætning til situationen forud for ombytningen blive omfattet af LL § 3?³⁶
11. Kan det lægges til grund, at dispositioner med det hovedformål at opnå skattefordele, og hvor helt tilsvarende dispositioner tidligere er godkendt af Skatterådet eller domstolene, ikke omfattes af LL § 3?³⁷

Det er beklageligt, at Skatteministeriet som følge af de mange konkrete spørgsmål, der blev stillet under behandling af lovforslaget, ikke har fundet det nødvendigt at besvare spørgsmålene på en sådan måde, at de bidrager væsentligt til et fortolkningsbidrag af den generelle omgængelsesklausul, som er fremmed for dansk ret. Det havde været formålstjenligt for at skabe klare retningslinjer for bestemmelsens anvendelse.

Til de konkrete spørgsmål i punkt 2 og 3 svarer Skatteministeriet, at etablering af et holdingselskab ikke i sig selv fører til anvendelse af LL § 3. Der findes i dansk skatteret ikke en forpligtelse til at udlodde udbytte fra selskaber til privatsfæren og dermed lade udbyttet beskattes hos den fysiske person.³⁸ Det er således anerkendt, at aktionærene kan vælge at lade kapitalen forblive i deres selskaber, herunder i et evt. holdingselskab.³⁹ Afslutningsvis konstateres det dog samtidig, at LL § 3 kan bringes i anvendelse, såfremt det ud fra en konkret vurdering konstateres, at der er tale om et arrangement, hvormed der opnås en uberettiget skattefordel, der ikke er begrundet i kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed.⁴⁰

Vedrørende spørgsmålet i punkt 4 svarer Skatteministeriet afkræftende på, at blot fordi der eksisterer en række værn til at imødegå udtyndning af beskatningsgrundlaget med finansieringsomkostninger, vil det afskære fra at bringe LL § 3 i anvendelse.⁴¹

³⁴ Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 2018/19, bilag 9, s. 2.

³⁵ Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 2018/19, bilag 9, s. 2-3.

³⁶ Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 2018/19, bilag 9, s. 4.

³⁷ Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 29. november 2018, L 28 2018/19, bilag 10.

³⁸ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål nr. 4, 12. december 2018, L 28 2018/19, s. 2.

³⁹ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål nr. 4, 12. december 2018, L 28 2018/19, s. 2-3.

⁴⁰ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål nr. 4, 12. december 2018, L 28 2018/19, s. 3.

⁴¹ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål nr. 4, 12. december 2018, L 28 2018/19, s. 3.

Stort set tilsvarende svar giver Skatteministeriet til spørgsmålet i punkt 5, hvor det, at der findes værneregler mod anvendelse af melleholdingselskaber, ikke afskærer fra at anvende LL § 3. Desuden påpeges det, at den generelle omgåelsesklausul er en selvstændig bestemmelse, der gælder parallelt og uafhængigt af andre omgåelsesklausuler og værneregler i dansk ret.⁴²

Et gennemgående tema for besvarelsen af spørgsmålene er, at der vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition, hvorefter det vil bero på en konkret bedømmelse, om dispositionen i det konkrete tilfælde må anses for at være tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Desuden udtales det, at da tidligere afgørelser er foretaget på et andet grundlag, kan der derfor ikke siges noget generelt om, hvordan de konkrete situationer vil blive bedømt efter LL § 3.⁴³

Som det fremgår af ovenstående, er der ikke meget hjælp at hente i ministersvarene til fortolkning af anvendelsesområderne for LL § 3. Dog må det kunne udledes, at det ikke som udgangspunkt er lovgivers intention at anvende LL § 3 ved enhver given lejlighed, men om ikke andet så friholde de rent nationale selskabsstrukturer bestående af et holdingselskab med et eller flere datterselskaber. Samtidig synes standardsvaret om, at det kommer an på en konkret vurdering at åbne op for, at Skattemyndighederne fremadrettet vil afsøge rækkevidden af LL § 3 ved at bringe den i anvendelse, uanfægtet at der findes praksis på området, hvor en skattefordel ikke er tilsidesat.

2.4.2.4 Den juridiske vejledning

Da forarbejderne til lov nr. 1726 af 27. december 2018 ikke indeholder væsentlige fortolkningsbidrag til anvendelse af den generelle omgåelsesklausul i LL § 3, er det nærliggende at se på, om der i JV kan hentes hjælp til fortolkning.

JV er dog ikke meget mere uddybende end forarbejderne og er i det store hele blot en gengivelse af forarbejderne. Alligevel er der blevet indarbejdet 2 konkrete eksempler for henholdsvis at belyse en situation, hvor der er tale om omgåelse, henholdsvis et eksempel, der skal belyse en situation, hvor der foreligger misbrug af en DBO.

Eksemplet, der skal belyse omgåelse, omhandler en selskabsstruktur, hvor moderselskabet er beliggende i land C, uden for EU, mens datterselskabet er beliggende i land A, indenfor EU. Der er efter de interne regler i land A pligt til at indeholde kildeskat på udbytteudlodninger til moderselskaber udenfor EU.

Der er i land B, som også er et EU-land, ikke de samme regler om indeholdelse af kildeskat på udbytteudlodninger ud af EU. Derfor indsættes der mellem datterselskabet i Land A og moderselskabet i land

⁴² Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål nr. 4, 12. december 2018, L 28 2018/19, s. 4.

⁴³ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål nr. 16, 12. december 2018, L 28 2018/19, s. 3.

C et nyt selskab beliggende i land B, for på den måde at undgå kildeskatten, da moder-/datterselskabsdirektivet ikke tillader kildeskat på udbytter mellem datterselskaber og moderselskaber, som begge er hjemmehørende i EU.

Er datterselskabet i land B uden større substans og etableret med hovedformål eller et af sine hovedformål at undgå kildeskatten på udbytteudlodningen fra datterselskabet i land A til moderselskabet i land C ved at lade det passere datterselskabet i land B, vil land A kunne nægte fordelene i moder-/datterselskabsdirektivet og indeholde kildeskat på udlodningen med henvisning til omgåelsesklausulen.⁴⁴

Af det ovenstående kan det udledes, at LL § 3 ikke tillader anvendelsen af gennemstrømningselskaber, og at sådanne arrangementer vil blive tilsidesat. Det skal bemærkes, at der allerede findes værnsregler mod dette i SEL § 2, stk. 1, litra c, hvorfor det kan konkluderes, at LL § 3 i forhold til eksemplet ikke bidrager med noget nyt til dansk skatteret. Desuden er eksemplet meget simplificeret, og hvorvidt det bidrager væsentligt til en egentlig fortolkning af anvendelsen af LL § 3, synes ikke at være tilfældet.

LL § 3 er tiltænkt rettet mod arrangementer, der ikke er reelle. Det er op til Skattemyndighederne på baggrund af en objektiv analyse at vurdere, hvorvidt der foreligger misbrug. Herefter har den skattepligtige mulighed for at godtgøre, at det foretagne arrangement er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.⁴⁵ For at kunne påberåbe sig kommercielle årsager, er det dog et krav, jf. JV, at den opnåede skattefordel er proportionel med den kommercielle årsag. Der henvises i JV til SKM2017.333.SR. Denne sag er ovenfor gennemgået, og synes ikke at bidrage til fortolkning af anvendelsesområdet for LL § 3.

At der skal være proportionalitet mellem den opnåede skattefordel og den kommercielle årsag er ikke direkte omtalt i forarbejderne til L28 2018/19, men stammer fra L167 2014/15, hvor begreberne "velbegrundede kommercielle årsager" og "økonomisk virkelighed" bekræftes i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis.⁴⁶ Der henvises til sag C-126/10, der omhandlede en fusion mellem 2 selskaber i samme koncern. Det overtagne selskab havde på tidspunktet for fusionen ingen aktivitet og rådede ikke over finansielle andele. Det kunne alene overføre et skattemæssigt underskud, som var af ubestemmelig oprindelse. Det fandtes ud fra sagens omstændigheder, at transaktionen ikke var foretaget ud fra "forsvarlige økonomiske betragtninger", selvom fusionen havde positiv indvirkning på koncernens strukturelle omkostninger, henset

⁴⁴ JV 2020-1, afsnit C.I.4.1.6.

⁴⁵ JV 2020-1, afsnit C.I.4.1.8.

⁴⁶ Se Skatteministeriets høringsvar, bilag 1 til L 167 2014/15, hvor departementet på spørgsmålet "hvordan Skatteministeriet forstår "velbegrundede kommercielle årsager" og "afspejler den økonomiske virkelighed"", svarer at "Som nævnt ovenfor er vendingerne i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis. Domstolen har fortolket den lignende tankegang i fusionsskattedirektivet."

til at der overførtes skattemæssige tab på 2 mio. EUR.⁴⁷ Samme hensyn er anvendt i SKM2018.466.SR, om end sagens omstændigheder ikke er direkte sammenlignelige.

Som ovenfor nævnt indeholder JV også et eksempel på, hvordan LL § 3, stk. 5 vedrørende DBO'er finder anvendelse. I eksemplet er moderselskabet T beliggende i land T, mens datterselskabet S er beliggende i land S. Der er ikke nogen DBO mellem landene T og S, hvilket indebærer, at der på udbytteudlodninger fra selskab S til selskab T skal indeholdes kildeskat på 25 % som følge af interne kildeskatteregler i land S.

Mellem land S og land R er der indgået en DBO, hvorefter indeholdelse af kildeskat på udbytter skal ske med 5 %.

Moderselskabet i land T indgår en aftale med et finansieringsselskab R, som er beliggende i land R. Moderselskabet udsteder stemmeløse præferenceaktier, der giver finansieringsselskabet R en udbytteret i 3 år. Moderselskabet er fortsat ejer af aktierne.

Som betaling for udbytteretten, skal finansieringsselskabet R betale det, der svarer til nutidsværdien af udbytterne, der er tilknyttet præferenceaktierne med et fradrag til en rente, som moderselskabet T kunne låne fra finansieringsselskabet R.

Efter skatteregler i de berørte lande anses finansieringsselskabet R umiddelbart som modtager af udbytterne.

Hvis ikke andre faktiske forhold eller omstændigheder taler for et andet resultat, kan et af hovedformålene med arrangementet anses at være opnåelse af fordelene i DBO'en mellem land R og land S således, at der kun indeholdes 5 % i kildeskat på udbytterne. Da det strider mod indholdet og formålet med DBO'en, bør fordelene nægtes.⁴⁸

Af ovenstående eksempel kan det udledes, at LL § 3, stk. 5 finder anvendelse, uanset om der kan støttes ret på arrangementet eller ej, hvis det skønnes, at hovedformålet eller et af hovedformålene med arrangementet er at opnå fordelene ved en DBO, som virker mod formålet eller hensigten med DBO'en.

Som fortolkningsbidrag henviser JV til OECD's BEPS-rapport vedrørende action 6 – Preventing Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.⁴⁹ Dette findes at være i overensstemmelse med Skatteministeriets svar på FSR's henvendelse under arbejdet med L167 2014/15, hvor FSR konstaterer at *"På nuværende tidspunkt har OECD ikke afsluttet sit arbejde, og dermed er OECD's formulering af en omgængelsesklausul endnu ikke endelig. FSR antager, at en eventuel ændring af OECD's formulering af*

⁴⁷ C126/10, præmis 52.

⁴⁸ Eksempel fra JV 2020-1, afsnit C.I.4.2.3

⁴⁹ JV 2020-1, afsnit C.I.4.2.6

*omgængelsesklausulen vil blive indarbejdet i den foreslåede bestemmelse i ligningslovens § 3, stk. 3.*⁵⁰ Dette besvares bekræftende.

Den samlede vurdering af JVs bidrag til fortolkning af LL § 3 anvendelsesområder synes ikke at være væsentlig uddybende i forhold til bemærkningerne til L28 2018/19. Godt nok indeholder JV 2 konkrete eksempler, hvilket Skatteministeriet på trods af gentagne anmodninger har afholdt sig totalt fra ved behandlingen af L 28 2018/19, men de er så unuancerede, at udfaldet af dem er indlysende. Derudover må det forventes, at de fleste sager omhandlende LL § 3 vil afhænge af skatteydere evne til at påvise, at arrangementet er tilrettelagt ud fra velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Dette berøres kun ganske kort med henvisning til, at definitionen i et vist omfang er inspireret af EU-domstolens praksis og herefter en reference til sag C-126/10, hvor der er tale om et tomt selskab, hvor de samme besparelser sandsynligvis kunne være opnået med en likvidation af selskabet. Konsekvensen ville dog være en fortabelse af det skattemæssige underskud. Det fremgår ikke klart om en fusion af selskaber, som muligvis har begrænset, men alligevel nogen aktivitet altid vil være afskåret fra at kunne fusionere, hvis det medfører en ikke ubetydelig skattebesparelse.

Selvom afgørelsen i SKM2017.333.SR, hvortil der også henvises, ikke direkte vedrører en fusion, så understøtter den, at der stilles høje krav til skatteydere bevisførelse for velbegrundede kommercielle årsager, hvis der er tale om selskaber med begrænset aktivitet.

Det havde været et formålstjenligt bidrag til fortolkning, hvis JV havde været mere præcis i fortolkningen af LL § 3's anvendelsesområder.

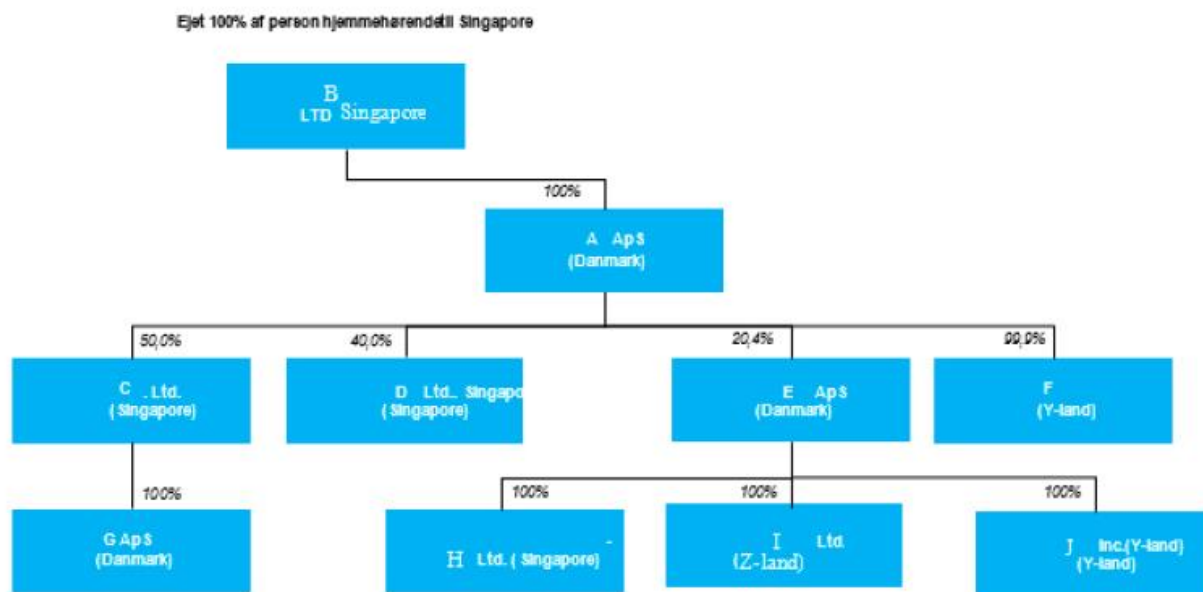
2.4.3 Fortolkning af afgørelser og domme

Hverken lovforarbejder eller JV bidrager væsentligt til fortolkningsbidraget af anvendelsesområdet for LL § 3, og det er derfor relevant at se på, om der ved fortolkning af udvalgte afgørelser og domme kan udledes retningslinjer for anvendelsen af LL § 3.

2.4.3.1 SKM2018.466.SR

I SKM2018.466.SR anmodes om et bindende svar på, hvorvidt moderselskabet B Ltd., som selskabsretligt er hjemmehørende i Singapore og skatteretligt fuld skattepligtig til Singapore, er begrænset skattepligtig til Danmark af et påtænkt udbytte, der udloddes fra datterselskabet A ApS, som selskabsretligt er hjemmehørende i Danmark og skatteretligt fuld skattepligtig til Danmark. Moderselskabet B er ejet af en fysisk person, som ligeledes er hjemmehørende i Singapore og skatteretligt fuld skattepligtig til Singapore.

⁵⁰ Jf. høringskema til L 167 2014/15, bilag 1, s. 24-25.

Figur 2 struktur i SKM2018.466.SR⁵¹

Den påtænkte udlodning skulle dels bestå af en kontantudlodning fra A ApS samt udlodning af aktierne i C Ltd. samt D Ltd. Begge selskaber beliggende i Singapore.

Formålet med udlodning af aktierne var at etablere en selvstændig Singapore koncern under det ultimative moderselskab og på sigt forenkle koncernstrukturen ved at likvidere A ApS. Det er endvidere tiltænkt, at moderselskabet B Ltd. fremadrettet selvstændigt kan foretage investeringer, både i allerede eksisterende datterselskaber samt starte nye direkte ejede datterselskaber, der også skal operere i Singapore. Årsagen til at aktiviteterne ønskes samlet i Singapore er, at Singapore er det førende land i Asien inden for koncernens forretningsområde og dermed anses for et strategisk vigtigt land at være til stede i. Koncernens eneaktionær er tillige bosiddende i Singapore. Endeligt skal en mindre del af det samlede udbytte på sigt videreudloddet til hovedaktionæren.

Efter spørgers opfattelse, så er moderselskabet B Ltd. retmæssige ejer af udbyttet. Argumentet fremføres, idet det udover de øvrige bestemmelser i DBO'en artikel 10 er et krav jf. DBO'ens artikel 10, stk. 2, at modtager af udbyttet også er retmæssige ejer af udbyttet. Som understøttelse af dette argument fremhæver spørger, at moderselskabet B Ltd. i kraft af at være det ultimative moderselskab træffer selvstændige beslutninger om anvendelse af udbyttet og om det skal investeres, om nye datterselskaber startes op, om der skal investeres i obligationer eller børsnoterede aktier, etc. Desuden påpeges det, at selskabets ejer er

⁵¹ Figur fra SKM2018.466.SR

en fysisk person bosiddende i Singapore og fuldt skattepligtig i Singapore, og at udbyttet derfor ikke kan videre-udloddet til et tredjeland uden en DBO.

Det bemærkes endvidere, at substanskravet anses for opfyldt, fordi der i moderselskabet B Ltd. er en tegningsberettiget direktør og tre aktive datterselskaber i Singapore, alle med ansatte. Der er således ikke tale om et tomt selskab.

Samlet set fører spørgers bevisfremførelse til dennes opfattelse af, at såvel kravet til retmæssig ejer som kravet til substans er opfyldt. Det er desuden spørgers opfattelse, at arrangementet er båret af velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed. Spørger mener således, at kravet til "beneficial owner" er opfyldt, hvorfor der ikke skal indeholdes kildeskat på den del af udbyttet, der på sigt er tiltænkt videreudlodning til hovedaktionæren og tillige at arrangementet ikke omfattes af LL § 3, stk. 3⁵², hvorfor moderselskabet B Ltd. ikke bliver begrænset skattepligtig af det udbytte, der modtages fra datterselskabet A ApS.

Skattestyrelsen er ikke af samme opfattelse. For så vidt angår den del af det kontante udbytte, der på sigt påtænkes videreudloddet til hovedaktionæren, anses moderselskabet B Ltd. ikke som "beneficial owner". Dette begrundes med, at det allerede på forhånd er besluttet, at udlodningen skal videreføres til hovedaktionæren, hvorfor moderselskabet B Ltd. ikke har haft dispositionsret over den del af udbyttet.

For den del af udbyttet, som forbliver i moderselskabet B Ltd. anerkendes B Ltd.'s "beneficial ownership" vedrørende dette. Konsekvensen heraf er i udgangspunktet, at udbyttet ikke omfattes af begrænset skattepligt, men kan udloddet uden indeholdelse af kildeskat med henvisning til artikel 10 i DBO'en mellem Danmark og Singapore.

Skattestyrelsen anfører dog, at selvom moderselskabet B Ltd. anses for "beneficial owner" af en del af udlodningen, så medfører det ikke, at der i nogle situationer kan ske anvendelse af LL § 3, hvorved udbyttet alligevel bliver skattepligtigt. Efter Skattestyrelsens opfattelse, skal det derfor undersøges, hvordan beskatningen havde været, såfremt det mellemliggende selskab B Ltd. ikke eksisterede, men udlodningen i stedet var foretaget direkte fra A ApS til hovedaktionæren. Det skal undersøges, om eksistensen af det mellemliggende B Ltd. i kombination med den planlagte udbytteudlodning kan medføre en skattemæssig fordel.

⁵² Nu LL § 3, stk. 5 efter vedtagelsen af L 28A 2018/19.

Havde udlodningen været foretaget direkte fra A ApS til hovedaktionæren, der er en fysisk person bosiddende i Singapore, ville udbyttet efter KSL § 2 være skattepligtigt. Derfor er det Skattestyrelsens opfattelse, at der er opnået en skattefordel ved, at B Ltd. ligger mellem hovedaktionæren og A ApS.

Det anføres af Skattestyrelsen, at det, jf. LL § 3, stk. 3⁵³, tillige er et krav, at den opnåede fordel er et af de væsentligste formål med arrangementet. Heri ligger, at der skal foretages en objektiv analyse af, om arrangementet kan anses for reelt, når der tages hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Herunder er det Skattestyrelsens opfattelse, at et arrangement kan anses for reelt, når et selskab råder over personale og har det nødvendige udstyr til at udøve reel økonomisk virksomhed og at der tillige er fysiske lokaler til personalet. Samtidig forudsættes det, at personalet rent faktisk udøver økonomisk virksomhed.

I nærværende sag er det Skattestyrelsens opfattelse, at moderselskabet B Ltd. ikke udøver reel økonomisk virksomhed. Dette er begrundet med, at selskabet hverken råder over personale, fysiske lokaler eller andet udstyr til at varetage selskabets aktiviteter. Holdingselskabet anses derfor for at fremstå som tomt, og at der er en tegningsberettiget direktør og at selskabet ejer datterselskaber med ansatte, hvoraf tre er aktive i samme land, ændrer ikke herpå.

Desuden tillægger Skattestyrelsen det ikke værdi, at det fra spørgers side er oplyst, at et af formålene med moderselskabet B Ltd. er at foretage reinvesteringer i Singapore samt opstart af nye datterselskaber, idet planerne ikke er konkretiserede og ikke fremstår som aktuelle.

Hovedaktionærens tilflytning til Singapore er foretaget ca. 1 ½ år forud for udlodning, mens oprettelsen af holdingselskabet i Singapore er sket 1 år forud for udlodningen. Efter Skattestyrelsens opfattelse er der derfor en så nær tidsmæssig sammenhæng mellem tilflytningen til Singapore, etableringen af holdingselskabet og den foretagne udlodning, at det fremstår som sket med henblik på at undgå kildeskatten.

På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger er det Skattestyrelsens opfattelse, at hovedformålet med arrangementet har været at opnå en skattefordel ved at lægge B Ltd. ind mellem hovedaktionæren og A ApS, hvorved der undgås dansk kildeskat på udlodningerne. Ved hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder er det Skattestyrelsens opfattelse, at opnåelsen af fordelen er et af de væsentligste formål i arrangementet som medfører fordelene, jf. ligningslovens § 3, stk. 3.

Det er ikke godtgjort, at indrømmelse af fordele efter omstændighederne vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten. Skattestyrelsen finder

⁵³ Nu LL § 3, stk. 5 efter vedtagelsen af L 28A 2018/19.

derfor, at LL § 3, stk. 3⁵⁴ finder anvendelse. Konsekvensen heraf bliver, at B Ltd. anses for at være begrænset skattepligtig til Danmark af den påtænkte udbytteudlodning.

Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling, men fandt det nødvendigt at fremkomme med sin egen begrundelse. Skatterådet anfører, at det ved vurdering af om et arrangement er et udtryk for misbrug omfattet af LL § 3, skal følgende 3 elementer indgå:

1. Der skal være en fordel af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.
2. Et af de væsentligste formål med arrangementet skal være at opnå fordelene.
3. Det godtgøres ikke, at der er en forretningsmæssig begrundelse for arrangementet.

Det anføres, at der ved vurderingen skal foretages en konkret afvejning af fordelene ved arrangementet i forhold til den forretningsmæssige begrundelse. Der skal således tages hensyn til proportionaliteten.

Ad 1. Skatterådet konstaterer, at der er opnået en skattefordel ved arrangementet. Var B Ltd. ikke blevet indsat mellem hovedaktionæren og A ApS, ville udbyttet være blevet pålagt kildeskat i forbindelse med udlodningen. Med arrangementet opnås, at der ikke skal indeholdes kildeskat på udbytter til hovedaktionæren.

Ad 2. Ved den efterfølgende vurdering af hvorvidt opnåelse af fordelene har været et af de væsentligste formål med arrangementet, konstaterer Skatterådet, at opnåelse af skattefordelene er opnået ved at etablere et nyt holdingselskab i Singapore over det danske holdingselskab. På baggrund af de foreliggende oplysninger finder Skatterådet, *”at det nyetablerede holdingselskab i Singapore ikke har en reel virksomhed med forvaltning af de underliggende selskaber, og at der ikke er godtgjort at være en forretningsmæssig begrundelse for at oprette endnu et holdingselskab i strukturen.”*⁵⁵

På baggrund heraf fastslår Skatterådet, at ét af de væsentligste formål med arrangementet er at opnå fordelene.

Ad 3. Skatterådet anser ikke de forretningsmæssige grunde i arrangementet tilstrækkeligt begrundede. Det findes ikke bevist, at etablering af et holdingselskab i Singapore og at samle de to Singapore datterselskaber under dette medfører fordele, som ikke tilsvarende kunne opnås med den tidligere struktur med et dansk holdingselskab. Det kan ikke tillægges værdi, at hovedaktionæren er flyttet til Singapore, da bosættelse i land Y ikke afholdt denne fra at bevare det danske holdingselskab som moderselskab i koncernen. Tillige er der heller ikke fremlagt oplysninger om aktuelle eller konkrete planer for etablering af nye selskaber i Singapore.

⁵⁴ Nu LL § 3, stk. 5 efter vedtagelsen af L 28A 2018/19.

⁵⁵ SKM2018.466.SR.

Skatterådet er derfor af den opfattelse, at det ikke er godtgjort, at etableringen af et holdingselskab i Singapore er sket af forretningsmæssige årsager, som er tilstrækkelige i forhold til den fordel, der opnås ved arrangementet.

Afslutningsvis bemærker Skatterådet, ”at dansk skatteret ikke indeholder en forpligtelse til at udlodde udbytter fra selskabssfæren til privatsfæren og dermed til at lade udbyttet beskattes hos den fysiske person. Det er således anerkendt, at aktionærerne kan vælge at lade kapitalen forblive i deres selskaber, herunder i et evt. holdingselskab. Denne afgørelse ændrer ikke herpå. Skatterådet mener imidlertid, at der er forskel på denne almindelige anvendelse af holdingselskaber og på situationen i denne sag, hvor holdingselskabet indgår i et arrangement, som ikke kan begrundes forretningsmæssigt, og som gør det muligt helt at undgå dansk beskatning ved udlodning til privatsfæren.”⁵⁶

2.4.3.2 Omgåelsesklausulen i lyset af SKM2018.466.SR

I kendelsen blev en skattefordel opnået gennem en DBO tilsidesat ved anvendelse af LL § 3, stk. 5. Den opnåede skattefordel blev tilsidesat, da Skatterådet ikke anerkendte skatteyderens argumenter for de forretningsmæssige begrundelser, der lå til grund for arrangementet. Af kendelsen kan det udledes, at opnåelse af en skattebesparelse ikke kan anvendes som et argument for kommercielt velbegrundede årsager, hvilket også ses ud af SKM2017.333.SR.⁵⁷

Skatterådet har ved vurderingen af kommercielle begrundelser i begge kendelser inddraget koncernens tilknytningsforhold til det land, hvorigennem der opnås en dansk skattefordel. I SKM2017.333.SR var der ingen tilknytning til Luxembourg forud for flytningen, mens der i SKM2018.466.SR var sket etablering kort forinden udlodningen blev foretaget. Den uvæsentlige eller kortvarige karakter af tilknytningsforholdet blev derfor ikke anset for at give arrangementerne kommerciel karakter, hvorfor flytningen henholdsvis etableringen af et holdingselskab i Singapore blev anset for tiltag udløst af ønsket om at opnå en skattefordel. Hverken af lovbestemmelsens ordlyd, lovbemærkningerne hertil eller moder-/datterselskabsdirektivet følger det, at der er krav om geografisk tilknytning.⁵⁸ At det alligevel tillægges værdi ved vurdering af, om et arrangement er båret af velbegrundede kommercielle årsager eller med sigte på at opnå en skattefordel, findes at være en naturlig del af den konkrete subjektive vurdering⁵⁹, idet der ved vurdering af, om et

⁵⁶ SKM2018.466.SR.

⁵⁷ Se desuden J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, L. Bo Aarup, Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen, SU 2017, 228, s. 5.

J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, M. Tell, Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR, SU 2018, 172, s. 948.

⁵⁸ J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, M. Tell, Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR, SU 2018, 172, s. 949.

⁵⁹ J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, M. Tell, Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR, SU 2018, 172, s. 949.

arrangement er reelt eller hovedformålet har været at opnå en skattefordel, skal tages hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Samtidig kan det dog føre til forskellig skattemæssig behandling, afhængigt af om skatteyderen tilfældigvis havde et tilknytningsforhold til landet i forvejen. I SKM2018.466.SR synes kendelsen at kunne have haft et andet udfald, såfremt etableringen i Singapore havde eksisteret i en længere periode.

Af SKM2017.333.SR og SKM2018.466.SR synes det at kunne udledes, at der fra Skattemyndighedernes side stilles strenge krav til, hvornår et arrangement eller serie af arrangementer anses for at være kommercielt velbegrundede, og det forudsættes bl.a. at der skal fremlægges dokumentation for, at der som følge af arrangementet opnås konkrete driftsmæssige fordele. Dette kan f.eks. være i form af dokumenterede besparelser eller konkrete planlagte investeringsplaner.⁶⁰

Den tilgang som Skattemyndighederne har haft til behandlingen af spørgsmålene i SKM2017.333.SR og SKM2018.466.SR kan ikke tolkes på anden måde, end at der lægges en tung bevisbyrde på skatteyder. Kan der ikke fremlægges konkret dokumentation for de reelle driftsøkonomiske fordele ved et arrangement, der samtidig medfører en skattefordel, synes dette at medføre, at arrangementet ikke anses for reelt og dermed tilsidesættes.⁶¹ I realiteten betyder det, at Skattemyndighederne indirekte blander sig i, hvordan virksomheder strukturerer sig. Det er således ikke hensigtsmæssigt eller i overensstemmelse med retspraksis, at Skatterådet tiltager sig kompetence til at bestemme, hvorledes skatteydere skal tilrettelægge den forretningsmæssige drift.⁶²

For danske holdingselskaber kan den umiddelbare kendelse i SKM2018.466.SR synes vidtrækkende. Mange danske holdingselskaber vil ikke være i stand til at bestå den 3-punkts test, som Skatterådet lægger op til i SKM2018.466.SR. I mange tilfælde vil årsagen til etablering af et holdingselskab udover risikoafdækning være, at der kan hjemtages udbytte og aktieavance skattefrit og først udløse skatten, når der sker udlodning fra holdingselskabet til den fysiske aktionær. Samtidig vil det være svært for holdingselskaberne at bevise, at der udøves reel virksomhed, ud fra Skatterådets definition.⁶³ Det skal dog bemærkes, at Skatterådet afslutter sin afgørelse med *"Afslutningsvis bemærkes det, at dansk skatteret ikke indeholder en forpligtelse til at udlodde udbytter fra selskabssfæren til privatsfæren og dermed til at lade udbyttet beskattes hos den fysiske person. Det er således anerkendt, at aktionærene kan vælge at lade kapitalen forblive i deres selskaber,*

⁶⁰ J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, M. Tell, Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR, SU 2018, 172, s. 949.

⁶¹ J. Bundgaard, L. Fjord Kjærgaard, M. Tell, Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR, SU 2018, 172, s. 949.

⁶² P. Rose Bjare og S. Sønderholm, Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3, SR.2019.0110, s. 9.

⁶³ P. Rose Bjare og S. Sønderholm, Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3, SR.2019.0110, s. 9.

herunder i et evt. holdingselskab. Denne afgørelse ændrer ikke herpå. Skatterådet mener imidlertid, at der er forskel på denne almindelige anvendelse af holdingselskaber og på situationen i denne sag, hvor holdingselskabet indgår i et arrangement, som ikke kan begrundes forretningsmæssigt, og som gør det muligt helt at undgå dansk beskatning ved udlodning til privatsfæren. I det konkrete tilfælde undgås således den danske kildeskat på 10 procent på udbyttet til personlige aktionærer.” Med den afsluttende bemærkning synes det tydeligt, at der er afgørende forskel på, hvordan Skatterådet vil vurdere de skattemæssige konsekvenser for en holdingstruktur afhængigt af, om holdingselskabet er beliggende i Danmark eller udlandet.

Som SKM2017.333.SR er SKM2018.466.SR også påklaget. Med den i lovforarbejderne samt i administrativ praksis manglende klarhed over, hvad der skal forstås ved et ikke-reelt arrangement skal det blive interessant at se, hvordan domstolene vil bedømme velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

2.4.4 Et EU-retligt fortolkningsbidrag

Idet det ikke ud af lovforarbejderne eller af administrativ praksis klart kan udledes, hvordan omgåelsesklausulen skal fortolkes og da omgåelsesklausulen i ordlyden er i overensstemmelse med ordlyden af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 og dermed skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets bestemmelse⁶⁴, er det nærliggende at se på EU-domstolens retspraksis for yderligere fortolkningsbidrag. Skatteministeriet har da også til L 167 2014/15 svaret, at *”Som nævnt ovenfor er vendingerne i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis. Domstolen har fortolket den lignende tankegang i fusionsskattedirektivet.”*⁶⁵, men samtidig til L 28 A 2018/19 svaret at *”Det bemærkes, at det udelukkende henhører under EU-Domstolen at fortolke EU-retten, og at det er de retsanvendende danske myndigheder og domstole, der skal anvende EU-Domstolens fortolkning af EU-retten på den konkrete sag på grundlag af deres egen fastlæggelse af de for sagens afgørelse relevante faktiske omstændigheder og eventuelt på grundlag af en samtidig stillingtagen til relevante danske retsregler.”*⁶⁶

Kort efter implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 i dansk skatteret med vedtagelsen af L 28 A 2018/19 afsagde EU-Domstolen sine domme i de såkaldte ”beneficial owner”-sagerne. I sagerne har EU-Domstolen fortolket det EU-retlige misbrugsbegreb og det er derfor relevant at se på, hvorvidt dommene bidrager til fortolkning af omgåelsesklausulen. Der er i alt tale om 6 sager, hvoraf 2 vedrører betaling af renter (herefter rentedommen), mens 4 af sagerne omhandler udbetaling af udbytter (herefter udbyttedommen).

⁶⁴ P. Rose Bjare og S. Sønderholm, Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3, SR.2019.0110, s. 3.

⁶⁵ Se Skatteministeriets høringssvar, bilag 1 til L 167 2014/15

⁶⁶ Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål nr. 35, 19. december 2018, L 28 2018/19, s. 4.

I alle sagerne er situationen den, at der fra et dansk selskab betales udbytter henholdsvis renter til et moderselskab beliggende i et andet EU-land, som efterfølgende viderefører udbytte eller renter til en kapitalfond eller andet selskab, der er beliggende uden for EU, og som Danmark ikke har en DBO med.

I behandling af sagerne valgte EU-Domstolen at opdele spørgsmålene en række temaer, bl.a.:

- Begrebet retmæssig ejer.
- Spørgsmålet om, hvorvidt det er nødvendigt, at der findes en specifik national eller overenskomstmæssig bestemmelse for at nægte et selskab direktivernes fordele.
- Bevisbyrden for, at der foreligger retsmisbrug.

Det fremgår i rentedommens præmis 88, at begrebet retmæssig ejer i forhold til rente-/royaltydirektivet skal forstås som den, der reelt modtager de renter, som betales til denne. Det fremgår af direktivet, at der henses til den økonomiske realitet således, at en enhed kun anses for at være den reelle ejer, såfremt denne modtager betalinger til eget brug og frit kan disponere over disse og ikke er formidler eller på anden måde forpligtet til at viderebetale de modtagne renter.

Sagerne vedrører dispositioner, som alle er foretaget forud for vedtagelsen af L 167 2014/15, hvorfor der ikke på tidspunktet i dansk skatteret fandtes lovbestemmelser til hindring af svig eller misbrug af direktiverne. I EU-Domstolens behandling blev der derfor forespurgt, om det er en forudsætning for nægtelse af fordelene i et direktiv eller en overenskomst, at disse er implementeret i national ret, at der i national ret eller i en overenskomst fremgår anti-misbrugsprincipper eller -bestemmelser eller om en grundsætning om svig og misbrug kan fortolkes i overensstemmelse med direktiverne.

Til spørgsmålet om hvorvidt der er krav om en national implementering af direktiverne eller andre lovbestemte anti-misbrugsprincipper eller -bestemmelse for at nægte fordele efter direktiverne, svarede EU-Domstolen, at *"... følger det af fast retspraksis, at der findes et almindeligt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug..."*.⁶⁷ Det påhviler de nationale myndigheder og domstole at skulle nægte skattepligtige indrømmelse af fritagelse for kildeskat på udbytter efter moder-/datterselskabsdirektivet eller kildeskatter på renter efter rente-/royaltydirektivet i de tilfælde, hvor der er tale om misbrug eller svig, uagtet om der findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse.

Med vedtagelsen af L 167 2014/15 har ovenstående primært historisk betydning, idet LL § 3, stk. 1-4 nu indeholder værnsregler mod misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet, men

⁶⁷ Se præmis 96 i rentedommen samt præmis 70 i udbyttedommen.

det er alligevel værd at bemærke, at EU-Domstolens domme med ordvalget *skal* forpligter de nationale myndigheder og domstole at nægte fordelene i direktiverne i de tilfælde, hvor der foreligger misbrug i EU-retlig henseende⁶⁸. Det skal tillige bemærkes, at både Landsskatteretten og Generaladvokaten var af modsat opfattelse og mente at nægtelse af fordelene netop kræver, at der er sket særskilt implementering af direktivernes værneregler i national ret.

Det, der i EU-Domstolens domme bidrager væsentligst til fremtidig fortolkning, er vurderingen af, hvorvidt der foreligger retsmisbrug. Hvilke elementer udgør retsmisbrug og hvordan påvises det, at disse elementer foreligger? Selvom EU-Domstolen overlader vurderingen af, om de faktiske omstændigheder foreligger i rentedommen og udbyttedommen, så fremkommer den alligevel med en vejledning til de nationale domstole i fortolkningen heraf.

EU-Domstolens domme på spørgsmålet har følgende ordlyd:

*”Med henblik på at bevise, at der foreligger retsmisbrug, kræves dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. Den omstændighed, at en række holdepunkter foreligger, kan godtgøre, at der foreligger retsmisbrug, forudsat at disse holdepunkter er objektive og samstemmende. Sådanne holdepunkter kan bl.a. være, at der findes gennemstrømningsselskaber, som ikke har nogen økonomisk begrundelse, og den rent formelle karakter af en koncerns struktur, af den finansielle konstruktion og af lån.”*⁶⁹

Af dommen kan udledes, at det for at bevise, at der foreligger retsmisbrug skal påvises, at:

- der er sammenfald mellem de objektive omstændigheder, der viser, at formålet med en EU-retlig regel ikke er opnået, og
- en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel.

Af rentedommens præmis 125-139 samt udbyttedommens præmis 98-114 fremgår de væsentlige omstændigheder og holdepunkter efter hvilke, EU-Domstolen bedømmer om det foreligger retsmisbrug. Præmisserne synes at være rettet mod de subjektive elementer og primært beskrive de forhold, der taler for, at der er tale om et kunstigt arrangement. Fra præmisserne kan følgende fremhæves:

⁶⁸ Se særligt præmis 110, 111 og 120 i rentedommen samt præmis 82,83 og 92 i udbyttedommen.

⁶⁹ EU-Domstolens afgørelse C-115/16 m.fl. 3. punkt.

- En koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse, kan anses for et kunstigt arrangement. Dette er navnlig tilfældet, når betalingen af renteskat/udbytteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en gennemstrømningsenhed mellem det selskab, som overfører renterne/udbyttet, og det selskab, som er renternes/udbyttets retmæssige ejer.
- Det udgør således et holdepunkt for at antage, at der foreligger et arrangement, som har til formål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse, der er fastsat i direktiverne, at disse renter/udbytte i deres helhed eller stort set i deres helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf videreformidles af det selskab, som har modtaget dem, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktivet.
- Den kunstige karakter af et arrangement kan ligeledes underbygges ved, at den pågældende koncern er tilrettelagt således, at det selskab, der modtager de renter/det udbytte, der betales af debitorselskabet, selv skal betale disse renter/videreudlodde udbyttet til et tredje selskab, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktiverne, hvilket medfører, at dette selskab alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, når det opererer som gennemstrømningsselskab for at muliggøre pengestrømmen fra debitorselskabet til den enhed, som er de overførte beløbs retmæssige ejer.
- Den omstændighed, at et selskab opererer som gennemstrømningsselskab, kan godtgøres, såfremt selskabets eneste aktivitet er at modtage renterne/udbyttet og videreoverføre dem til den retmæssige ejer eller til øvrige gennemstrømningsselskaber. Den manglende faktiske økonomiske aktivitet skal i denne henseende i lyset af de særlige kendetegn ved den pågældende økonomiske aktivitet udledes af en undersøgelse af samtlige relevante elementer vedrørende bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og udstyr, som det råder over.
- Derudover kan der findes holdepunkter for, at der foreligger et kunstigt arrangement, i fremgangsmåden for transaktionernes finansiering, i vurderingen af de mellemliggende selskabers egenkapital og i gennemstrømningsselskabernes manglende beføjelser til at råde økonomisk over de modtagne renter/udbytte. I denne henseende er det ikke alene en kontraktuel eller juridisk forpligtelse for det selskab, der modtager renterne/udbyttet, til at videreformidle dem til tredjemand, der kan udgøre et sådant holdepunkt, men ligeledes den omstændighed, at dette

selskab, uden at være bundet af en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse, ”substantielt”, ikke har rettighederne til at bruge og nyde disse midler.

- Sådanne holdepunkter kan i øvrigt bestyrkes i tilfælde af sammenfald eller tidsmæssig nærhed mellem på den ene side ikrafttrædelsen af ny vigtig skattelovgivning, såsom den i hovedsagerne omhandlede danske lovgivning, som visse koncerner forsøger at omgå, og på den anden side iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncern.

Udover at forholde sig til hvilke forhold, som kan indikere, at der foreligger retsmisbrug, så forholder EU-Domstolen sig tillige til, om der kan foreligge retsmisbrug, hvis renter/udbytte via gennemstrømnings-selskaber overføres til den retmæssige ejer, hjemmehørende i et tredjeland, hvormed kildelandet har en DBO, således at der efter danske regler ikke skal indeholdes kildeskat, hvis overførslen var sket direkte til den retmæssige ejer. Af EU-Domstolen konkluderes det, at eksistensen af en DBO ikke i sig selv udelukker, at der kan foreligge retsmisbrug.⁷⁰ Videre konkluderer EU-Domstolen dog samtidig, at det ikke er ensbetydende med misbrug,⁷¹ at renter/udbytte passerer et gennemstrømnings-selskab.

Vedrørende bevisbyrdespørgsmålet så konstaterer EU-Domstolen, at det påhviler de modtagne selskaber, som ønsker at opnå fritagelse for kildeskat efter direktiverne, at bevise, at de opfylder de objektive betingelser, der skal være til stede, for at kunne opnå skattefritagelsen. Ønsker skattemyndigheder herefter at gøre gældende, at der er tale om retsmisbrug, hvorfor fritagelse for kildeskat efter direktiverne søges nægtet, skal skattemyndighederne godtgøre, at elementerne, som udgør et retsmisbrug foreligger ved at tage hensyn til samtlige relevante forhold, herunder at det modtagne selskab af renterne/udbyttet, ikke er renternes/udbyttets retmæssige ejer.⁷²

I relation til LL § 3 bidrager de 2 EU-domme til forståelse af det EU-retlige misbrugsbegreb og dermed LL § 3, idet LL § 3 er implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6. LL § 3 indeholder derfor de samme kriterier som det generelle EU-retlige anti-misbrugsbegreb, EU-Domstolen har beskrevet i de to ”beneficial owner”-domme.⁷³

Af dommene ses det tydeligt, at EU-Domstolen lægger stor vægt på den økonomiske realitet og i mindre grad, hvad der er den juridiske realitet – ”substance over form”. Betragtningen gælder både i henseende til ”beneficial owner” samt i relation til om der er tale om et kunstigt arrangement. For bedømmelse af det EU-retlige misbrugsbegreb er udgangspunktet formålet med den enkelte EU-regel, men dommernes præmisser

⁷⁰ Præmis 135 i rentedommen og 108 i udbyttedommen.

⁷¹ Præmis 137 i rentedommen og 110 i udbyttedommen.

⁷² Præmis 142 i rentedommen og 115 i udbyttedommen.

⁷³ Jf. J. Guldmand Hansen, Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christiansen, s. 234.

koncentrerer sig om misbrug efter de i dommene omhandlende direktiver, og bidrager derfor ikke direkte til fortolkning af, hvornår arrangementer efter øvrige regler kan påberåbes at være i strid med deres formål.

Der har hidtil været grund til at antage, at EU-Domstolens fortolkning af økonomisk realitet har haft et mere snævert anvendelsesområde end hidtidig dansk praksis⁷⁴, og det dermed også vil gælde for LL §3, men med dommene i ”beneficial owner”-sagerne, synes denne antagelse ikke længere at gælde. I stedet synes barrieren for, hvornår skattemyndighederne ud fra det EU-retlige misbrugsbegreb kan anfægte skatteydere dispositioner at være blevet lavere, end hvad der hidtil har været gældende efter dansk praksis.⁷⁵

3. Realitetsgrundsætningen

Som indledningsvist omtalt er det relativt nyt, at der findes en lovfæstet generel omgåelsesklausul. Dette er dog ikke ensbetydende med, at der ikke er sket tilsidesættelse af arrangementer og dispositioner, som ikke er blevet anset for at indeholde realitet. I stedet har der eksisteret en ulovbestemt generalklausul, realitetsgrundsætningen, som er dannet på baggrund af domstolenes retspraksis. Realitetsgrundsætningens formål er at virke bestemmende for den retlige afgrænsning mellem skattetænkning og skatteunddragelse.⁷⁶ Højesteret har således ved flere lejligheder med henvisning til den manglende økonomiske realitet tilsidesat de formelle forhold i et arrangement, fordi arrangementet blev anset for at være konstrueret med henblik på at opnå en skattemæssig fordel. Nedenfor vil enkelte af disse domme blive gennemgået med henblik på at konstatere, hvorvidt betingelserne i dommene varierer væsentligt fra de forudsætninger, der skal lægges til grund i tilfælde af, at skattemyndighederne ønsker at gøre brug af LL § 3.

3.1 SKM2016.16.HR

Sagen omhandler en række færøske aktionærer, som sælger aktierne i et holdingselskab til et andet nyetableret holdingselskab. Det købende holdingselskab er ejet af de samme aktionærer som det første selskab med samme ejerandele. Købesummen var aftalt til 250 mio. kr., hvoraf 97,5 mio. kr. blev indskudt som apportindskud. Den resterende del af købesummen blev delvist afregnet kontant, finansieret af et banklån samt lån ved det afståede selskab, samt ved et lån, der skulle afdrages over 10 år. I det efterfølgende år blev det afståede selskab og det købende selskab fusioneret med det afståede selskab som det fortsættende, hvorefter aktionærerne igen havde samme ejerandel i det afståede selskab som inden salget.

⁷⁴ Jf. P. Rose Bjare og S. Sønnerholm, Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3, SR.2019.0110, s. 5.

⁷⁵ Jf. J. Guldmand Hansen, Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christiansen, s. 235.

⁷⁶ J. Pedersen m.fl., *Skatteretten 1*, 7. udgave, s. 124.

Skattemyndighederne anså den del af afståelsessummen, som ikke var berigtiget med apportindskud for at skulle beskattes som udbytte, mens det var aktionærernes opfattelse, at der var tale om en skattefri afståelsesavance.

Efter de dagældende færøske regler var det således, at alt, hvad et selskab udloddede til sine aktionærer, ville skulle anses for at være udbytte med en dertilhørende beskatning. Der havde i mange år ikke været udloddet udbytte fra selskabet til aktionærerne, og derfor var der opsparet betydelige midler i selskabet. Aktionærerne ønskede nu at få dele af disse værdier overført til privatsfæren. Grundet en ejertid på over 3 år ville værdierne kunne overføres skattefrit ved et salg af aktionerne, men aktionærerne ønskede ikke at afgive ejendomsretten til selskabet til andre. Ved at oprette et nyt selskab, hvortil aktierne i det oprindelige selskab blev solgt, udløstes en skattefri avance, uden at der var afgivet ejendomsret til selskabet.

I det erhvervende selskab var der ingen økonomisk aktivitet og der var heller ikke planlagt konkrete fremtidige planer herfor. Desuden var det heller oplyst, hvorvidt selskabet skulle afvikle sin gæld opstået på baggrund af aktieerhvervelsen. I stedet blev selskabet i forbindelse med fusionen med det erhvervede selskab opløst og forpligtelsen til at betale gælden for køb af aktierne var nu pålagt det oprindelige selskab.

På baggrund af de foreliggende oplysninger finder Højesteret ikke, at der var nogen forretningsmæssig begrundelse i at etablere og overdrage aktierne til det nye selskab. I stedet anses arrangementet for at være konstrueret med henblik på at kunne overføre opsparede midler fra det oprindelige selskab uden at udløse udbyttebeskatning. Dette understøttes bl.a. af, at der året efter salget foretages en fusion af de 2 selskaber med den begrundelse, at det er uhensigtsmæssigt, at aktionærerne ejer et holdingselskab, som ejer et andet holdingselskab. Ud fra en helhedsvurdering finder Højesteret ikke, at der er realitet i de foretagne dispositioner, og anser derfor i skattemæssig henseende den del af afståelsessummen, der ikke berigtiges ved apportindskud, for at være skattepligtigt udbytte.

3.2 SKM2014.422.HR

Sagen omhandler en dansk koncern, som gennem en række valutaterminsforretninger opnår tab i 2 datterselskaber. Tabet blev dækket ind ved at foretage kapitalforhøjelser og ved et senere salg at datterselskaberne til andre koncernforbundne selskaber, blev der realiseret et tab på datterselskabsaktierne. Samtidig med de tabsgivende valutaterminsforretninger blev der i 2 andre datterselskaber oprettet modsatrettede, men ellers stort set identiske valutaterminskontrakter, hvilket resulterede i stort set tilsvarende gevinster. Disse datterselskaber blev ikke afhændet og der blev ikke udløst en tilsvarende aktieavance.

Skattemyndighederne anså hele arrangementet konstrueret med henblik på at opnå et tab ved salget af aktierne, og mente derfor ikke, at kapitaltilskuddene skulle tillægges anskaffelsessummen på de tabsgivende aktier med en reduktion af tabet til følge. Skatteyder var i modsætning af den opfattelse, at der ikke var lovhjemmel til at tilsidesætte kapitalforhøjelserne, hvorfor det konstaterede tab på aktierne skulle anerkendes i indkomstopgørelsen.

H1 A/S var moderselskab i koncernen og ejede udover H1.1 ApS også H1.2 A/S og H1.5 A/S. H1.1 ApS ejede H1.3 ApS og H1.6 ApS. Alle selskaberne var sambeskattede og udover valutaterminskontrakterne, er der ikke aktiviteter i selskaberne H1.2 A/S, H1.5 A/S, H1.3 ApS og H1.6 ApS. Gennem valutaterminskontrakter realiserede H1.2 et tab på 15.929.865 kr., mens H1.5 via modsatrettede valutaterminskontrakter realiserede en gevinst på 16.333.200 kr. I datterselskaberne under H1.1 var fremgangsmåden den samme, hvor H1.3 realiserede et tab på 25.024.150 kr., mens H1.6 realiserede en gevinst på 25.294.680 kr. Idet selskaberne alle er sambeskattede udligner henholdsvis gevinster og tab på valutaterminskontrakterne hinanden i opgørelsen af årets skattepligtige indkomst.

Valutaterminskontrakterne har alle en kort løbetid og afvikles i perioden fra ultimo november 2000 til medio december 2000 og er alle indgået med Jyske Bank. Til at dække tabene ind i selskaberne H1.2 og H1.3 afregner H1 Jyske Bank mod at få en fordring på H1.2 og H1.3. Efterfølgende foretages der en kapitalforhøjelse i selskaberne, som anvendes til at indfri H1's fordring. Som følge af kapitalforhøjelsen øges anskaffelsessummen for kapitalandelene i selskaberne. Inden udgangen af år 2000 sælges de underskudsgivende selskaber til andre selskaber i koncernen og som følge af kapitalforhøjelserne opnås et tab ved salget, som for H1's vedkommende udgør 13.034.942 kr. og for H1.1 udgør 25.047.934 kr. Der er således konstrueret tab på 28 mio. kr. uden der har været en reel risiko forbundet hermed og på koncernniveau er der ikke sket ændring i de reelle ejerforhold.

På baggrund af de foreliggende oplysninger finder Højesteret, at valutaterminsforretningerne er uden nævneværdig økonomisk risiko og har ingen forretningsmæssig begrundelse. Det eneste formål med arrangementet er at påføre to af datterselskaberne tab, som i det væsentligste modsvarer af en gevinst i to andre datterselskaber. Samlet set er arrangementet tilrettelagt således, at det i realiteten er økonomisk neutralt for koncernen.

Højesteret finder desuden, at det på forhånd er planlagt, at de tabsgivende selskaber via en kapitaludvidelse skulle indfri sin gæld. Kapitaludvidelsen medførte forhøjede anskaffelsessummer på kapitalandelene i datterselskaberne, hvilket resulterede i større tab ved salg af kapitalandelene inden for 3 år efter erhvervelsen. På den måde som valutaterminskontrakterne var konstrueret og gennemført og som følge af

selskabernes sambeskatning, anså Højesteret det for dispositionernes eneste formål og virkning, at skabe et fradragsberettiget tab for moderselskaberne efter den på tidspunktet gældende aktieavancebeskatningslov.

Efter en helhedsvurdering kan den del af tabet, som stammer fra kapitaludvidelsen derfor ikke anses for et reelt tab, men må i stedet anses for et konstrueret tab med et ene formål at opnå et fradragsberettiget tab. Højesteret finder derfor, at der ved opgørelse af tab på kapitalandelene skal ses bort fra den del af tabet, som stammer fra kapitaludvidelsen.

3.3 Opsummering

I både SKM2016.16.HR og SKM2014.422.HR tilsidesætter Højesteret civilretlige dispositioner ud fra betingelsen om manglende realitet. For begge domme er det værd at bemærke, at skattemyndighederne ved lavere instanser ikke fik medhold i sine påstande. Desuagtet finder Højesteret efter en samlet vurdering i begge sager, at de foretagne dispositioner savner økonomisk realitet, men alene er konstrueret med det formål at opnå en skattemæssig fordel. Der har i ingen af sagerne været velbegrundede forretningsmæssige årsager til at foretage dispositionerne og der er ikke sket forskydning i ejerforholdene. På trods af manglende lovhjemmel vælger Højesteret derfor med henvisning til den manglende realitet – realitetsgrundsætningen – at dømme til fordel for skattemyndighederne således, at den skattemæssige behandling sker på baggrund af realiteterne i arrangementerne med henholdsvis udbyttebeskatning og nedbringelse af tab på kapitalandele til følge.

4. Konklusion

Formålet med denne afhandling var at belyse hvorvidt indførslen af en generel omgåelsesklausul i dansk skatteret rent faktisk har nogen praktisk relevans eller om der blot er tale om ”gammel vin på nye flasker”. Desuden ønskedes det at undersøge, om en indførsel af en lovfæstet generel omgåelsesklausul skulle sameksistere med realitetsgrundsætningen eller om denne ej lovhjemlede bestemmelse blev aflivet med vedtagelsen af L 28 A 2018/19.

På spørgsmålet om hvorvidt realitetsgrundsætningen som en direkte konsekvens af L 28 A 2018/19 er aflivet, kan det kort og godt svares besvares med et nej. Dette følger af et af ministersvarene til Skatteudvalget i forbindelse med behandlingen af L 28 A 2018/19, hvor ministeren direkte sagde, *”at den generelle omgåelsesklausul er en selvstændig bestemmelse, der gælder parallelt og uafhængigt af andre omgåelsesklausuler og værnsregler i dansk ret.”* Med en sådan udtalelse kan det ikke være mere tydeligt, at den generelle omgåelsesklausul ikke fjerner allerede eksisterende omgåelsesklausuler og værnsregler, herunder realitetsgrundsætningen. Denne udtalelse bekræfter samtidig, at realitetsgrundsætningen

sameksisterer med LL § 3, og at Skattemyndighederne fortsat vil have mulighed for frit at vælge mellem de 2 bestemmelser, når der skal tages stilling til, om et arrangement skal tilsidesættes, fordi det er drevet af skattemæssige hensyn.

Idet vedtagelsen af L 28 A 2018/19 ikke ændrer på realitetsgrundsætningens eksistens og fortsatte anvendelsesmulighed, bliver det ikke mindre interessant at se på den praktiske relevans af LL § 3. Som det fremgår af de 2 Højesteretsafgørelser SKM2016.16.HR og SKM2014.422.HR tilsidesættes arrangementerne med udgangspunkt i realitetsgrundsætningen, fordi det efter en samlet vurdering ikke findes, at arrangementerne er foretaget ud fra forretningsmæssige begrundelser, men at de i stedet er drevet af skattemæssige hensyn. Havde sagerne skulle bedømmes efter LL § 3, skulle arrangementerne have været underlagt samme realitetsbetragtning, idet LL § 3, stk. 2 forskriver *"...som værende ikke-reelle i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed."* Den materielle vurdering synes derfor ikke at være anderledes.

Som beskrevet ovenfor synes LL § 3 at indeholde 5 kumulative betingelser for, at LL § 3 finder anvendelse. I SKM2017.333.SR og SKM2018.466.SR ses det dog ikke, at Skattemyndighederne har foretaget denne analyse af sagens faktum, men alene på baggrund af den konstaterede skattefordel konkluderer, at der er tale om omgåelse. Såfremt det er skattemyndighedernes fremgangsmåde for anvendelse af LL § 3, findes der heller ikke her at være væsentlige forskelle mellem den hidtidige gældende retspraksis og LL § 3.

Da omgåelsesklausulen i LL § 3 er en implementering af skatteundgåelsesdirektivet må det også følge, at LL § 3 skal tolkes i forhold til EU-retten. Dette synes tidligere at ville have medført et mere snævert anvendelsesområde for omgåelsesklausulen, men med afgørelserne fra "beneficial owner"-sagerne, synes EU-Domstolen nu at have sat barren lavt for, hvornår skattemyndighederne ud fra det EU-retlige misbrugsbegreb kan anfægte skatteydere dispositioner. Det er derfor forventeligt, at skattemyndighederne fremadrettet i højere grad vil gøre brug af LL § 3 ved tilsidesættelse af dispositioner, fremfor at anvende en realitetsgrundsætning, som er ulovhjemlet.

Samlet set vurderes det, at der med indførelsen af en lovfæstet generel omgåelsesklausul i dansk skatteret ikke er sket væsentlige ændringer i skattemyndighedernes mulighed for at tilsidesætte arrangementer, som ikke er foretaget ud fra forretningsmæssige velbegrundede årsager, der afspejler den økonomiske realitet. Den største praktiske ændring er nu, at der findes en lovhjemlet anvisning på, hvordan skattemyndighederne skal vurdere sager om omgåelse og at disse skal forelægges Skatterådet.

5. Perspektivering

Som konkluderet ovenfor så synes indførslen af en generel omgåelsesklausul i dansk skatteret mest af alt at være en lovfæstning af tidligere retspraksis med de nuancer, der er i vurderingen af, hvornår der foreligger omgåelse. Fortolkningsbidragene til bestemmelserne er dog så sparsomme, og særligt med henvisningen til Skatteministeriets afvigende svar i forbindelse med behandling af loven og standardsvaret om *”det kommer an på en konkret vurdering”*, må ses som et vindue for Skattemyndighederne til at teste rækkevidden af bestemmelserne. Konsekvensen heraf er, at der i kølvandet på vedtagelsen af L 28 A 2018/19 er opstået en betydelig usikkerhed på anvendelsesområdet for LL § 3 og om hvorvidt der sker ændring i hidtidig retspraksis.

Inden EU-Domstolens afgørelse i *”beneficial owner”*-sagerne, synes LL § 3 at have et mere snævert anvendelsesområde en hidtidig dansk retspraksis⁷⁷, men der er ingen tvivl om, at der nu er åbnet op for, at der med henvisning til EU-retten er en meget lav barre for, hvornår misbrugsbegrebet vil blive forsøgt bragt i spil.

Det skal derfor blive spændende at følge praksis fremadrettet, da det må konstateres, at der vil gå mange år, inden retspraksis er omfattende nok til, at retstilstanden er afklaret. Det skal desuden blive spændende at se, om domstolene ligger sig i tråd med hidtidig retspraksis i tråd med realitetsgrundsætningen eller om de vælger en linje, der i højere grad ligger sig op af præmisserne fra *”beneficial owner”*-sagerne. De sidste er nok mest sandsynligt og skulle det gøre sig gældende, så vil realitetsgrundsætningen på sigt om ikke anset for aflivet, så i hvert fald få en mere tilbagetrukket rolle.⁷⁸

⁷⁷ Jf. P. Rose Bjare og S. Sønderholm, Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3, SR.2019.0110, s. 5.

⁷⁸ Jf. J. Guldmand Hansen, Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christiansen, s. 235.

6. Litteraturliste

Bøger:

- Michelsen, Aage, m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 16. udgave, 1. oplag, 2015
- Pedersen, Jan, m.fl.: *Skatteretten 1*, 6. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 7. udgave, 1. oplag, 2015
- Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen, *Retskilder & Retsteorier*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave, 2. oplag, 2017
- Bagge, Torben og Jantzen, Leo, *Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christiansen*, Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 1. oplag, 2019

Artikler:

- Koerver Schmidt, Peter, Bundgaard, Jakob og Tell, Michael, *Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret*, SR.2019.0053
- Rose Bjare, Peter og Sønderholm, Søren, *Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3*, SR.2019.0110
- Bundgaard, Jakob, Fjord Kjærsgaard, Louise og Aarup, Lars Bo, *Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen*, SU 2017, 228
- Bundgaard, Jakob, Fjord Kjærsgaard, Louise og Tell, Michael, *Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ved overgang til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR*, SU 2018, 172
- Bundgaard, Jakob, *Den generelle omgåelsesklausul efter implementering af skatteundgåelsesdirektivet*, SU 2018, 173
- Bolander, Jane, *Udvalgte domme, kendelser og afgørelser*, SR-SKAT 2018, nr. 6

EU-domme:

- Sag C-115/16 m.fl., N Luxembourg 1 mod Skatteministeriet, Domstolens dom (Store afdeling), 26. februar 2019
- Sag C-116/16 m.fl., Skatteministeriet mod T Danmark, Domstolens dom (Store afdeling), 26. februar 2019

Højesteretsdomme:

- SKM2014.422.HR
- SKM2016.16.HR

Skatterådsafgørelser:

- SKM2017.333.SR
- SKM2018.466.SR

EU-direktiver:

- Rådets Direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion

Love:

- Ligningsloven, Lovbekendtgørelse 2019-08-08 nr. 806 om påligningen af indkomstskat til staten
- Ligningsloven, Lovbekendtgørelse 2014-09-15 nr. 1041 om påligningen af indkomstskat til staten

Lovforarbejder:

- L 28 2018/19 af 3. oktober 2018, Forslag til Lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love
- Skatteudvalget 2018-19, L 28, Bilag 1, Offentligt, Skatteministeriet, 4. oktober 2018, J. nr. 2017-1461
- Skatteudvalget 2018-19, L 28, Bilag 2, Offentligt, Folketingets Skatteudvalg, 26. oktober 2018
- Skatteudvalget 2018-19, L 28, Svar spørgsmål 4, Bilag 5, Offentligt, Folketingets Skatteudvalg, 12. december 2018
- Skatteudvalget 2018-19, L 28, Svar spørgsmål 16, Bilag 9, Offentligt, Folketingets Skatteudvalg, 12. december 2018
- Skatteudvalget 2018-19, L 28, Svar spørgsmål 17, Bilag 10, Offentligt, Folketingets Skatteudvalg, 12. december 2018
- Skatteudvalget 2018-19, L 28, Svar spørgsmål 34, Bilag 23, Offentligt, Folketingets Skatteudvalg, 12. december 2018
- Skatteudvalget 2018-19, L 28, Svar spørgsmål 35, Bilag 24, Offentligt, Folketingets Skatteudvalg, 12. december 2018

Rapporter og vejledninger:

- Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning
- Den juridiske vejledning 2020-1 af 31. januar 2020, afsnit C.I Generel omgængelses klausul
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances; Action 6: 2015 Final Report