

Beskatning af livsforsikringselskaber

En analyse af den finansielle sektors øgede skattebyrde og forholdet til den skatteretlige omgåelsesklausul

Antal tegn: 115.211 (inkl. mellemrum)

Studerende: Oliver Langkilde Bladrose

Student ID: S97348

Vejleder: Peter Koerver Schmidt, Professor MSO, CBS LAW

Indholdsfortegnelse

Abstract	5
1. Indledning	6
1.1 Problemstilling.....	7
1.2 Problemformulering.....	7
1.3 Afgræsning.....	7
2. Teori og metode	8
2.1 Generelt om retskildelære.....	8
2.2 Metode.....	10
2.3 Opgavens struktur.....	11
3. Analyse	12
3.1 Generelt om livsforsikringsselskaber.....	12
3.2 Relevant lovgivning.....	13
3.3 Omstrukturering.....	16
3.4 LL § 3.....	21
3.5 Retsfaktum.....	27
3.6 Retsvirkning.....	28
4. Diskussion	34
4.1 Retsskabende værdi for LL § 3.....	34
4.2 Retssikkerhed.....	34
4.3 Beskatter samfundsbidraget korrekt?.....	35
5. Konklusion	36
6. Perspektivering	38
6.1 L7 - Lagerbeskatning af fast ejendom.....	38
7. Litteraturliste	39

Tabeller

Tabel 1 – Asset vs. Share deal.....	13
Tabel 2 – Fradragsbegrænsning og opgørelse af skattepligtig indkomst	15
Tabel 3 – Økonomiske effekter.....	19
Tabel 4 – Vurdering af skattefordel	30

Figurer

Figur 1 – Forretningsmodel (Pension)	12
Figur 2 – Ejendomsstruktur (Kapitalselskaber).....	13
Figur 3 – Ejendomsselskab ejet af livsforsikringsselskab.....	14
Figur 4 – Skattefri tilførsel af aktiver – Eksempel A	18
Figur 5 – Skattefri tilførsel af aktiver – Eksempel B	18
Figur 6 – Retsfaktum.....	27

Ordliste

3 A selskab	Ejendomsselskab omfattet af selskabsskatteloven § 3 A
AIF	Alternativ investeringsfond
AMP	Arbejdsmarkedspensionskasse
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CFC	Controlled Foreign Company
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
F&P	Forsikring & Pension – Danske forsikringselskaber og pensionskassers interesseorganisation
FAIF	Forvaltere af alternative investeringsfonde
Faktormodellen	Beregningsmodel til forhøjelse af finansielle selskaber omfattet af SEL § 17 A, stk. 3 skattepligtige indkomst
GAAR	General anti-avoidance rule
L7 (2021 – 2022)	Lovforslag L7 (2021 – 2022)
L7 (2022 – 2023)	Lovforslag L7 (2022 – 2023)
L28A	Lovforslag L28A (2018 – 2019)
L161	Lovforslag 161 (2021 – 2022)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
SAAR	Specific anti-avoidance rules
TEUF	Traktaten om den europæiske unions funktionsområde
§ 8-selskaber	Livforsikringselskaber omfattet af pensionsafkastbeskatningsloven § 8 (selskabsbeskattede livforsikringselskaber)

Direktiver og love

Direktiver	
Direktiv 133/2009/EU	Fusionskattedirektivet
Direktiv 96/2011/EU	Moder-/Datterselskabsdirektivet
Direktiv 49/2003/EU	Rente/Royaltydirektivet
Direktiv 1164/2016/EU	Skatteundgåelsesdirektivet
Love	
ABL	Aktieavancebeskatningsloven
FBL	Fondsbeskatningslovens
FUL	Fusionskatteloven
LL	Ligningsloven
ML	Momsloven
PAL	Pensionsafkastbeskatningsloven
SEL	Selskabsskatteloven
SFL	Skatteforvaltningsloven
SKL	Skattekontrolloven

Abstract

The Social Democratic Party introduced during the election campaign in 2019 a new political retirement reform *New right to early retirement*. The reform allow workers with 42 years or more of employment by age 61 to be eligible to the public pension scheme (folkepension) up to 3 years before the normal retirement age, which is 67. The new pension scheme is aimed for lower-skilled blue-collar workers who tend to enter the jobmarket earlier and have more physically demanding professions.

In 2020 the Danish Parliament enacted the *New right to early retirement* reform, which were to be financed through a rollback of previous tax cuts, change in principle of taxation for real estate and higher taxation of financial institutions. During the summer of 2022, the Danish Parliament enacted a change of the Danish Corporate Tax Act by introducing a new corporate income tax rate for financial institutions being 25.2% (2023) and 26% (2024).

The new legislation was only supposed to tax financial institutions by their financial activities, however the increased corporate tax rate applied to the entire taxable income of the relevant legal entities. This could lead to taxation of non-financial activities if the current legal entity also has non-financial activities. The Danish Ministry of Taxation comments in the preliminaries of the new legislation, that it is possible to carve-out the non-financial activities through a tax free restructuring into a separate legal entity.

The preliminaries of the new legislation explicitly states, that the anticipated tax free restructuring would not be subject to the General anti-avoidance rule ("GAAR") originating from the Anti Tax-Avoidance Directive ("ATAD") implemented in the Danish Tax Assessment Act section 3. This led to a variety of discussions between the Danish Ministry of Taxation and relevant stakeholders including tax advisors, non-governmental organizations representing the Danish financial industry and the political opposition.

This master thesis analyze the new legislation in the light of commercial life insurance companies¹ and demonstrates the tax implications for their underlying investments relating to commercial real estate. This involves analyzing the commercial life insurance companies' options to avoid the increased tax burden for their underlying commercial real estate investments. Further, the master thesis include an analysis of the anticipated tax free restructuring in the light of the GAAR in order to verify the Danish Ministry of Taxation's proposal.

The overall conclusion is that the increased tax burden affects the commercial life insurance companies' underlying real estate investments. This is due to the Danish deduction limitation rules applying for life insurance companies². It is possible to conduct the anticipated tax free restructuring within the applicable law of the GAAR. However, the tax free restructuring's effect on the effective taxation of the real estate activities is limited to the real estate operations (including rent etc.). The gains related to the appreciation of the underlying property are still included in the taxable income of the commercial life insurance company, which is due to the Danish deduction limitation rules.

¹ Limited to commercial life insurance companies subject to corporate income tax

² Danish Corporate Tax Act Section 13, Articles 4 – 10.

1. Indledning

Socialdemokratiet (S) gik i 2019 til folketingsvalg med mærkesagen, at indføre en ret til tidlig pension for de mest nedslidte. Valgets resultat faldt ud til Socialdemokratiet, som dannede et-partis regering med Enhedslisten, Radikale Venstre og Socialistisk Folkeparti som parlamentarisk grundlag.

Regeringen (S) fremsatte i august 2020 reformudspillet *Ny ret til tidlig pension* vedrørende ret til tidlig pension for de mest nedslidte med virkning pr. 01.01.2021.³ *Ny ret til tidlig pension* blev personificeret ved bryggeriarbejderen Arne Juhl og indebar, at personer med eller over 42 års anciennitet på arbejdsmarkedet optjener en ret til at gå tidligere på pension. Udspillet blev senere fremstillet ved lovforslag L104 (2020-2021) d.18.11.2020 og Regeringen (S) indgik i efteråret 2020 en bred politisk aftale med Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten om retten til tidlig pension.⁴

Finansieringen af *Ny ret til tidlig pension* skal imidlertid findes ved blandt andet tilbagerulning af tidligere skattelettelser, omlægning af beskatningsprincip for selskabers fast ejendom samt øgede skatter. Helt konkret skal *Ny ret til tidlig pension* finansieres via følgende⁵:

1. Forhøjelse af den progressive sats for aktieindkomst og loftet for positiv nettokapitalindkomst fra 42% til 45%
2. Loft over fradrag i selskabsskatten for høje lønninger
3. Lagerbeskatning af selskabers ejendomsavancer
4. Særlig selskabsskat for den finansielle sektor

Størstedelen af finansieringen stammer fra lagerbeskatning af selskabers ejendomsavancer og en særlig selskabsskat for den finansielle sektor. Sidstnævnte er fremsat i lovforslag L161 (2021-2022) ("L161") og denne afhandling har til formål at analysere en række problemstillinger forbundet med L161.

L161 indebærer ændring af selskabsskatteoven ("SEL") ved tilføjelse af SEL § 17 A og dermed en forhøjelse af den skattepligtige indkomst for udvalgte selskaber i den finansielle sektor.⁶ Den øgede skattebyrde omtales populært som et "samfundsbidrag", "arneskat" eller "bankskat" og fællesbetegnelsen herfor må være "særskat". Det politiske narrativ for særskatten har i offentligheden været:⁷

"... den finansielle sektor skal bidrage yderligere til samfundsøkonomien. Det skal blandt andet ses i lyset af, at bankerne og kreditinstitutterne har haft særdeles store overskud før skat i de senere år – overskud, der er skabt i forlængelse af, at det danske samfund måtte tage et stort ansvar for den finansielle sektor efter den seneste finanskriser i 2008"

Det skal her bemærkes, at der ikke er tale om en forhøjelse af den relevante skattesats, men derimod en faktorforhøjelse af den skattepligtige indkomst ("Faktormodellen"). Implementeringen af SEL § 17 A forårsager en række skattemæssige udfordringer i relation til beskatning af livforsikringselskaber omfattet af pensionsafkastbeskatningsloven ("PAL") § 8 (i.e. selskabsbeskattede livforsikringselskab eller "§ 8-selskab"). Den finansielle sektor har derfor også været særdeles aktiv i forbindelse med det lovforberedende arbejde herunder lovudvalgsbehandlingen af L161, hvilket også fremgår af lovens forarbejder.

Det følger af EU-retten om kapitalens frie bevægelighed, at skatteydere har frihed til at strukturere sig på den mest gunstige måde i overensstemmelse med gældende ret jf. Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde ("TEUF") Art. 26, stk. 2. L161 sonder mellem ikkefinansiel og finansiell aktivitet, hvor at sidstnævnte er omfattet af Faktormodellens mekanismer. Af L161 fremgår det, at skatteydere gerne må fortage udskilning af ikkefinansielle

³ L104 (2020-2021)

⁴ Beskæftigelsesministeriet, <https://bm.dk/arbejdsomraader/aktuelle-fokusomraader/ny-ret-til-tidlig-pension/>

⁵ Beskæftigelsesministeriet, Rapport: Faktaark - *Ny ret til tidlig pension*, 2020, Side 40

⁶ Vedtaget d. 9. juni 2022 og indført ved lov nr. 905 af 21. juni 2022

⁷ Beskæftigelsesministeriet, Rapport: Faktaark - *Ny ret til tidlig pension*, 2020, Side 45

aktiviteter og her kommenterer Skatteministeriet positivt, at dette ikke er omfattet af den generelle omgåelsesklausul i Ligningsloven ("LL") § 3.⁸ Skatteministeriets behov for at kommentere konkret på forholdet til LL § 3, som i skrivende stund ikke har været prøvet ved landets domstole, vidner om problemstillingens tyngde og skatterettens bevågenhed overfor denne bestemmelse.

1.1 Problemstilling

Implementeringen SEL § 17 A kan skabe en konkurrenceforvridende situation, da § 8-selskabers konkurrenter (på ejendomsinvesteringsområdet) ikke nødvendigvis er omfattet af SEL § 17 A. Skatteministeriet udtrykker her, at § 8-selskaber blot kan strukturere sig ud af denne situation og at denne omstrukturering ikke er omfattet af LL § 3. Der er en række problemstillinger forbundet med denne type omstrukturering for § 8-selskaber. Denne afhandling vil fokusere særligt på de administrative problemstillinger samt SEL § 3 A og reglerne om fradragbegrænsning jf. SEL §§ 13, stk. 4 - 10.

Ved lovudvalgsbehandlingen har Advokatrådet og Forsikring & Pension ("F&P" - danske forsikringselskaber og pensionskassers interesseorganisation) stillet spørgsmål til Skatteministeriet og her bekræftes det, at den anbefalede type af omstrukturering af ikkefinansiel virksomhed ikke er omfattet af LL § 3 og dermed ikke anses for omgåelse.⁹

1.2 Problemformulering

Kerneforretningen for livsforsikringselskaber består i at modtage indbetalinger, som investeres med henblik på et positivt afkast og senere udbetaling til pensionskunderne. I jagten på et stabilt afkast over tid, placeres en stigende andel af § 8-selskabers aktiver under forvaltning i alternative investeringer, herunder særligt fast i ejendom.

SEL § 17 A har indvirkning på beskatningen af § 8-selskabers ejendomsinvesteringer, da den forårsager en øget beskatning heraf. Denne afhandling undersøger hvilke muligheder, i henhold til gældende ret, som § 8-selskaber har for at strukturere sig ud af den øgede skattebyrde, men samtidig indenfor rammerne af LL § 3.

Omstrukturering, med henblik på at nedbringe en skattebyrde, vil i mange tilfælde anses som omgåelse, hvorfor dette område er tæt reguleret med en række værnsregler. Det er derfor bemærkelsesværdigt, at Skatteministeriet finder det nødvendigt at kommentere på, at en given omstrukturering ikke er omfattet af LL § 3 i forarbejderne til SEL § 17 A. Afhandlingen vil derfor efterprøve om lovens forarbejders behandling af LL § 3 er i overensstemmelse med gældende ret.

1.3 Afgræsning

Finansieringen af *Ny ret til tidlig* skal som sagt finansieres via omfattende skattereformer herunder en særlig selskabsskat for udvalgte selskaber i den danske finansielle sektor (i.e. samfundsbidrag). Grundet afhandlingens fokus og natur udgør forarbejderne til L161 vedrørende beskatning af § 8-selskaber afsættet til afhandlingens analyse. Forarbejderne til L161 afføder en lang række problemstillinger og afhandlingens afgrænses således til de implicite problemstillinger forbundet med og afledt af SEL § 17 A forbundet med beskatning af § 8-selskabers ejendomsinvesteringer i relation til LL § 3. Afhandlingen vedrører derfor ikke de eventuelle skattemæssige problemstillinger forbundet med de øvrige finansieringstiltag benævnt i afhandlingens indledning.¹⁰

⁸ L161 (2021-2022), Side 18

⁹ L161 (2021-2022), Bilag 1 – Høringsskema, Side 9

¹⁰ Forhøjelse af den progressive sats for aktieindkomst og loftet for positiv nettokapitalindkomst fra 42% til 45% samt loft over fradrag i selskabsskatten for høje lønninger.

2. Teori og metode

Vurderingen af retskilder og dermed den retsdogmatiske lære er essentiel for en afhandling af juridisk karakter. Dette afsnit har til formål at beskrive, systematisere og vurdere retskilderne som afhandlingen anvender.

2.1 Generelt om retskildelære

Retskilder indenfor skatteretten er opstået som led i den polycentriske retskildelære, da gældende ret er dannet af lovgivning, administrative forskrifter og, ikke mindst, praksis.¹¹ Skattelovgivningens retskilder inddeles i et hierarki, hvor en lavere rangerende retskilde ikke må være i uoverensstemmelse med en højere rangerende retskilde.¹² Nedenstående afsnit gennemgår generelt om retskildehierakiet og de relevante retskilder for denne afhandling.

2.1.1 Skattelove og legalitetsprincippet

Den centrale juridiske grundsætning, *legalitetsprincippet*, sikrer at ingen indskrænkning af menneskers rettigheder eller frihed, kan foretages uden lovhjælp.¹³ Indenfor skatteretten er heller ingen undtagelse, hvor at Grundloven § 43, stk. 1 foreskriver:

”Ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov”.

Dette udgør således statens, herunder skatteforvaltningens, kompetence til skatteopkrævning i national ret (i.e. hjemmelskravet). Skattelove er dog langt fra komplette og det er således ikke muligt at dække alle tænkelige fiskale scenarier med beskrivelser i loven. Dette kan lede til fortolkningstvivil af skattelove, hvorfor dette er yderligere reguleret i diverse administrative forskrifter og andre relevante fortolkningsbidrag.

Af legalitetsprincippet udspringer to af de væsentligste grundprincipper indenfor skatteretten, herunder retssikkerhed og objektivitet. Retssikkerheden er med til at sikre beskyttelse af individet imod myndighederne, i relation til formel retssikkerhed (krav om processuel beskyttelse, retten til appel samt domstolsprøvelse) og materiel retssikkerhed (krav om, at myndighederne træffer den korrekte afgørelse).¹⁴ Dette er samtidig med til at styrke lovens forudberegnelighed, da borgeren skal kunne forudse sin retsstilling.¹⁵ Ved objektivitet forstås krav om saglighed, forbud mod magtfordrejning og ligeledes krav om lighed for loven mellem individer.¹⁶

Danmark er underlagt forordninger og direktiver udstedt af EU og har i de senere år indgået i en EU-harmonisering, når det kommer til direkte skatter.¹⁷ Eksempler på EU-harmonisering af skatteregler er Fusions-skattedirektivet (Direktiv 133/2009/EU), Moder-/Datterselskabsdirektivet (Direktiv 96/2011/EU) og Rente/Royaltydirektivet (Direktiv 49/2003/EU).

Et direktiv er ikke i sig selv et hjemmelsgrundlag, da det skal være ratificeret af Folketinget. EU's medlemslande har dog pligt til at indarbejde de EU vedtagende direktiver i national lovgivning, indenfor en given tidsramme fastsat af EU, og herefter underrette EU-kommissionen.¹⁸

2.1.2 Administrative forskrifter

Der eksisterer en lang række administrative forskrifter indenfor retskildelæren og fælles for dem alle er, at de ikke er tilblevet ved lov. De administrative forskrifter inddeles traditionelt i bekendtgørelser og cirkulærer, hvor førstnævnte

¹¹ (Bundgaard, et al., 2018), side 91

¹² (Bundgaard, et al., 2018), side 91

¹³ (Bundgaard, et al., 2018), side 97

¹⁴ (Bundgaard, et al., 2018), side 97

¹⁵ Det er centralt for retssikkerheden, at én borger kan forudse sin retsstilling ved en given disposition. Skatteministeriet (2003), <https://www.logting.fo/files/casestate/12467/175.11%20Skjal%20A.pdf>, side 13

¹⁶ (Bundgaard, et al., 2018), side 97

¹⁷ TEUF Art. 115

¹⁸ Europa-Kommissionen (2022)

udstedes med hjemmel i loven og cirkulærer udgør forvaltningens fortolkning af gældende ret (i.e. generelle tjenestebefalinger).¹⁹ Cirkulærer må ikke være i uoverensstemmelse med loven. Cirkulærer, styresignaler og vejledninger udgør administrative cirkulærer og anses som meddelelser fra myndighederne. Meddelelserne udgør ofte beskrivelse af nye skatteområder (uden tidligere praksis), præciseringer eller praksisændringer. Disse administrative forskrifter udgør således et vigtigt fortolkningsbidrag til udledning af gældende ret. Det skal ses i lyset af *den formelle lovs princip* som indebærer, at myndighederne er forpligtet af loven og dermed ikke kan træffe enkeltafgørelser eller udarbejde cirkulærer uden hjemmel.²⁰ Administrative forskrifter er således bindende for myndighederne, men ikke i sig selv bindende for skatteyderne. Skatteyder kan dog altid påberåbe sig at støtte ret på en administrativ forskrift, som stiller skatteyderen mere gunstigt, end eventuelle følger af en konkret afgørelse (administrativ praksis) jf. lighedsgrundsætningen. En forudsætning for bindende virkning af skatteforvaltningen er dog, at den pågældende administrative forskrift har hjemmel i loven og ikke er i uoverensstemmelse med en højere rangerende retskilde.²¹

2.1.3 Praksis

2.1.3.1 Administrativ praksis

Administrativ praksis er en samlet betegnelse for afgørelser, som er truffet af Skatterådet, skatteforvaltningen (i.e. Skattestyrelsen), Skatteankenævnet, Skatteankestyrelsen samt Landsskatteretten. Skatterådet udgør et uafhængigt råd bestående af 19 medlemmer herunder skatteretlige eksperter, som har til formål at bistå Skattestyrelsen i fortolkningen af skattelovgivningen jf. Skatteforvaltningsloven ("SFL") §§ 2 – 3.²²

Skatterådet udgør sammen med skatteforvaltningen landets øverste administrative ligningsmyndighed, hvor Skatterådets primære funktion, er vurdering af principielle anmodninger fra skatteydere vedrørende bindende svar.²³

Landsskatteretten, Skatteankestyrelsen og Skatteankenævnene er administrative myndigheder og udgør uafhængige klageorganer.²⁴ Skatteyder kan påklage og indbringe administrative afgørelser mv. for Landsskatteretten. Afgørelser truffet af Landsskatteretten kan indbringes for landets domstole jf. SFL § 48 - 49. Dette betyder, at Skatteministeriet sagsøges af skatteyderen. Skatteministeriet indbringer som hovedregel ikke afgørelser fra Skatteankenævnet og Landsskatteretten for landets domstole. Ydermere anker Skatteministeriet som udgangspunkt ikke byrets- eller landsretsdomme, men dette kan dog fraviges, hvis der er tale om en afgørelse af principiel karakter eller andre særlige forhold til for.²⁵

Præjudikatsværdien af administrativ praksis afhænger af hvor vidt, at der er afsagt flere administrative domme (i.e. administrativ praksis) på området og hvor vidt, at et givent sagskompleks er offentliggjort. En ikke offentliggjort dom fra Landsskatteretten skal således ikke tilskrives lige så meget værdi, som en offentliggjort dom.²⁶

Skattemyndighederne er bundet af den administrative praksis, som de selv har skabt. Dette betyder, at skatteforvaltningen og underordnede klageorganer er bundet af tidligere afsagte landsskatteretskendelser, da disse har præjudikatsskabende værdi for skatteforvaltningen forudsat, at disse ikke er åbenlyst i strid med loven.²⁷

Afgørelser truffet af Skatterådet kan påklages til Landsskatteretten af skatteyderen. Skatteministeriet kan også indbringe en afgørelse truffet af Skatterådet for Landsskatteretten, forudsat at denne indeholder en stillingtagen til et

¹⁹ Generelle tjenestebefalinger / instrukser udstedt med hjemmel i myndighedernes over-/underordningsforhold. (Bundgaard, et al., 2018), side 100

²⁰ (Garde, et al., 2016), side 151.

²¹ (Bundgaard, et al., 2018), side 103

²² Folketinget vælger 6 medlemmer, og skatteministeren udnævner 13 medlemmer. Blandt de medlemmer, som skatteministeren udnævner, skal 4 medlemmer være repræsentanter for henholdsvis landbruget, industrien eller håndværket, handelen og lønmodtagerne, og 4 medlemmer udnævnes efter indstilling fra KL (Kommunernes Landsforening) jf. SFL § 3, stk. 1.

²³ (Skatteforvaltningen, 2022) <https://www.skatteforvaltningen.dk/skatteaaadet/om-skatteaaadet/>

²⁴ (Bundgaard, et al., 2018), side 104

²⁵ SKM2017.436.DEP - Særlige grunde kan være, at sagen drejer sig om væsentlige beløb eller har betydelig interesse, selv om den ikke er principiel.

²⁶ (Bundgaard, et al., 2018), side 106 – 108.

²⁷ (Bundgaard, et al., 2018), side 111

EU-retligt spørgsmål.²⁸ Som led i den statsretlige grundpille vedrørende magtens tredeling (magtadskillelæse) har administrativ praksis (den udøvende magt) ingen bindende retsvirkning for landets domstole (den dømmende magt).²⁹

2.1.3.2 Domspraksis

Domspraksis er afgørelser truffet af landets domstole, herunder byretten, landsretten og Højesteret. En domstolsafgørelse må ikke træffes i uoverensstemmelse med en højere retsinstitution.

Afgørelser afsagt ved landets domstole har retsskabende værdi og kan dermed skabe præjudikatsværdi.³⁰ Det afgørende for styrken af præjudikatsværdien er dommens placering i domstolshierarkiet, dommens præmis samt om dommen er afsagt med dissens. Jo højere i domstolshierarkiet en dom er afsagt, jo mere praksisskabende vil den pågældende dom være (i. e. høj præjudikatsværdi). Højesteretsafgørelser har således tvingende retlig karakter for samtlige involverede herunder myndigheder og skatteydere.³¹

2.2 Metode

Afhandlingen tager udgangspunkt i den klassiske retsdogmatiske metode med henblik på at afdække gældende ret (de lege lata).³² Dette udføres igennem beskrivelse, fortolkning, analyse og ikke mindst systematisering af de relevante retskilder. Der er tale om en afhandling, som berører to hovedområder indenfor skatteretten: beskatning og omstrukturering/omgåelse. Den retsdogmatiske analyse vil tage sit udgangspunkt i den relevante danske lovgivning herunder SEL (beskatning) og LL § 3 (omgåelse). Sidstnævnte er en såkaldt GAAR og er et produkt af EU's skatteundgåelsesdirektiv³³, hvorfor dette også benyttes som retskilde.

Der er i skrivende stund ikke truffet afgørelser ved landets domstole med hjemmel i SEL § 17 A. Dette var også forventeligt, da loven er vedtaget i 2022 med effekt for indkomstår startende pr. 01.01.2023 eller efter.³⁴ Dette opstiller naturlige begrænsninger i relation til den retsdogmatiske analyses berøring af eksisterende praksis i relation til SEL § 17 A. Dette skal sammenholdes med afhandlingens formål, som netop er en analyse af de underliggende skattemæssige udfordringer ved implementeringen af SEL § 17 A. Grundet den manglende praksis, lovens alder og afhandlingens natur tillægger den retsdogmatiske analyse vedrørende SEL § 17 A stor vægt på lovens forarbejder – L161 og de afledte konsekvenser som udspringer heraf.

LL § 3 er også af nyere dato, hvorfor retspraksis også er meget begrænset. På nuværende tidspunkt foreligger der 36 bindende svar fra Skatterådet³⁵ og en enkelt afgørelse fra Landsskatteretten.³⁶ Det vigtigt at slå fast, at de ovenstående bindende svar behandler forskellige skattemæssige problemstillinger, herunder fortolkningen af LL § 3. De relevante bindende svar vil indgå i afhandlingens fastlæggelse af gældende ret i relation til fortolkningen af LL § 3.

²⁸ (Skatteforvaltningen, 2022) <https://www.skatteforvaltningen.dk/skatteaaadet/om-skatteaaadet/>

²⁹ (Bundgaard, et al., 2018), side 111

³⁰ (Bundgaard, et al., 2018), side 106

³¹ (Bundgaard, et al., 2018), side 91

³² (Tvarnø & Nielsen, 2014), side 31

³³ Direktiv 1164/2016/EU - Den generelle omgåelsesklausele i Direktiv 1164/2016/EU art. 6 er indført i national ret i LL § 3, stk. 1-4, ved lov nr. 1726 af 27. december 2018

³⁴ Vedtaget d. 9. juni 2022 og indført ved lov nr. 905 af 21. juni 2022.

³⁵ SKM2017.74.SR, SKM2017.333.SR, SKM2017.626.SR, SKM2018.209.SR, SKM2018.466.SR, SKM2018.504.SR, SKM2019.349.SR, SKM2019.413.SR, SKM2020.39.SR, SKM2020.257.SR, SKM2020.274.SR, SKM2020.282.SR, SKM2020.293.SR, SKM2020.352.SR, SKM2020.359.SR, SKM2020.115.SR, SKM2021.30.SR, SKM2021.151.SR, SKM2021.177.SR, SKM2021.280.SR, SKM2021.414.SR, SKM2021.518.SR, SKM2021.521.SR, SKM2022.12.SR, SKM2022.97.SR, SKM2022.99.SR, SKM2022.139.SR, SKM2022.140.SR, SKM2022.141.SR, SKM2022.171.SR, SKM2022.200.SR, SKM2022.249.SR, SKM2022.259.SR, SKM2022.267.SR, SKM2022.390.SR og SKM2022.391.SR.

³⁶ SKM2020.355.LSR – klage over SKM2018.466.SR vedrørende dagældende LL § 3, stk. 3 (nu LL § 3, stk. 5)

2.3 Opgavens struktur

Livsforsikringssekskabers forretningsmodel er kompleks, hvorfor afhandlingen indledningsvis foretager en kort gennemgang heraf. Dette vil gøre læseren i stand til at forstå konteksten, som de forestående retsfølger skal analyseres og læses i. Dette indgår i afhandlingens første del, som foretager en analyse af, hvorfor livsforsikringssekskaber ikke blot kan strukturere sig ud af de afledte effekter af SEL § 17 A i relation til ejendomsinvesteringer. Den relevante lovgivning gennemgås og analyseres herefter i konteksten af forarbejderne, L161, og de forbundne praktiske udfordringer.

For at sætte de skattemæssige udfordringer i det rette perspektiv, gennemgår afhandlingen et hypotetisk, men realistisk eksempel vedrørende ejendomsinvesteringer foretaget af det fiktive selskab Liv A/S (§ 8-selskab). Formålet er at illustrere den øgede skattebyrde forbundet med SEL § 17 A. Dette giver en naturlig indgangsvinkel til afhandlingens analyse og fortolkning af L161's afledte effekter i relation til indhold, rækkevidde og omfang.

Afhandlingen afsluttes med analyse af § 8-selskabers mulighed for at strukturere sig ud af den øgede skattebyrde afledt af L161. Skatteministeriet kommenterer positivt på at udskilning af ikkefinansiel virksomhed, ikke er omfattet af den generelle omgåelsesklausul i LL § 3.³⁷ Analysen vil her foretage en analyse af de relevante bindende svar afgivet indenfor LL § 3 samt inddrage de relevante forarbejder til LL § 3.

³⁷ L161 (2021-2022), Bilag 1 – Høringsskema, Side 9

3. Analyse

Beskatning af livsforsikringselskaber er en kompleks størrelse, hvilket bunder i forretningsmodellens underliggende kompleksitet samt lovens udformning. Dette afsnit foretager en kort gennemgang forretningsmodellen samt lovbestemmelserne, som er relevante for denne afhandling i relation til beskatning af livsforsikringselskaber samt LL § 3.

3.1 Generelt om livsforsikringselskaber

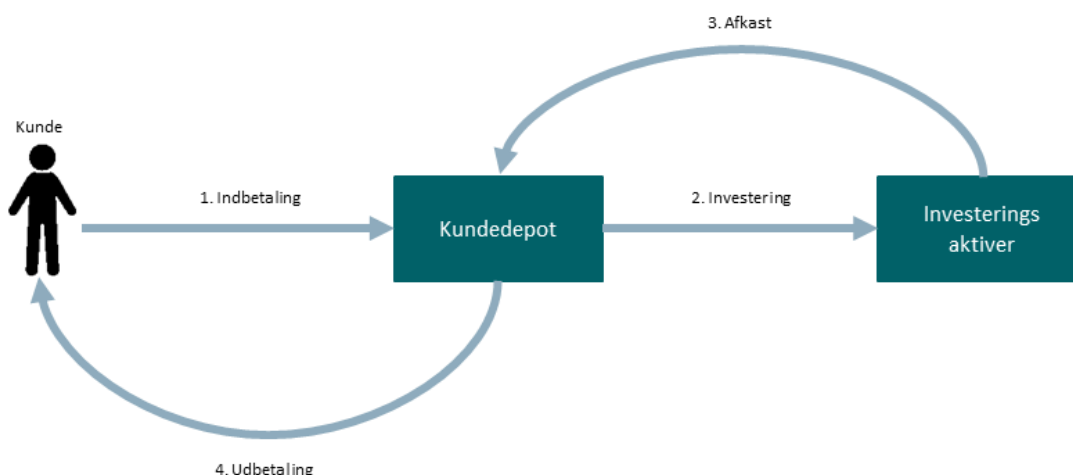
3.1.1 Forretningsmodel

Det danske marked for pension og livsforsikring er tæt forbundet, da produkterne typisk sælges som én samlet pakke til forbrugerne via en pensionsordning. Størstedelen af de danske pensionsordninger etableres igennem arbejdsmarkedspensioner eller firmapensioner. Arbejdsmarkedspensioner er aftalt som led i et ansættelsesforhold eller ved kollektiv overenskomst mellem arbejdsmarkedets parter.³⁸ Arbejdsmarkedspensioner repræsenterer ofte en bestemt faggruppe og udbydes typisk af arbejdsmarkedspensionskasser ("AMP") eller tværgående pensionskasser, hvor sidstnævnte repræsenterer flere faggrupper. Eksempel på dette er AkademikerPension, PenSam og SamPension. Ved firmapensioner forstås pensionsordninger som virksomheder har indgået på vegne af deres ansatte. Denne type af pensionsordning udbydes ofte af kommercielle livsforsikringselskaber som Velliv, Danica Pension og PFA Pension. Kommercielle livsforsikringselskaber tegner også individuelle pensionsordninger for privatpersoner.

Pensionsprodukter er klassiske opsparingsprodukter såsom ratepension, aldersopsparing (tidligere kaldet kapitalpension) og livrente. Livsforsikringsprodukter relaterer sig til tab af erhvervsevne, syge- og ulykkeforsikring (herunder kritisk sygdom) samt udbetaling til nærmeste familie i forbindelse med død.

Forretningsmodellen består i at modtage kundernes indbetalinger i form af præmier, som herefter investeres med henblik på et positivt afkast, som tilskrives kundens individuelle depot. Midlerne kommer til udbetaling, når pensionering indtræder og udbetalingsprofilen afhænger af det pågældende pensionsprodukt. En forsimplet udgave af forretningsmodellen kan illustreres som følger:

Figur 1 – Forretningsmodel (Pension)



I praksis administreres pensionsindbetalinger ofte af kundens arbejdsgiver. Midlerne placeres i aktiver, som er i overensstemmelse med den af kunden, valgte investeringsprofil i relation til risiko.

³⁸ (Pensionskommissionen, 2015), s. 6

3.1.2 Investeringsaktiver

Livsforsikringselskaber placerer og investerer midler i en bred vifte af aktiver herunder noterede og unoterede aktiver. Noterede aktiver udgør børsnoterede aktier, obligationer eller derivater. Unoterede aktiver udgør særligt fondsinvesteringer (private equity og illikvid kredit etc.) samt alternative investeringer. Sidstnævnte udgør infrastruktur, vedvarende energi (vindmølleparker, solcelle- og jordvarmeanlæg etc.) og fast ejendom. Denne afhandling fokuserer særligt på § 8-selskabers investeringer i fast ejendom og beskatning heraf, set i lyset af SEL § 17 A.

3.2 Relevant lovgivning

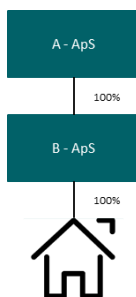
3.2.1 Beskatning af fast ejendom

Hjemmel til beskatning af fast ejendom findes i statsskatteloven ("SL") § 5 litra a og er yderligere reguleret i ejendomsavancebeskatningsloven ("EBL"). For selskaber omfattet af EBL § 6, stk. 1 beskattes ejendomsavancer ved afståelse (i.e. realisationsprincippet). Avance og tab på fast ejendom opgøres efter principperne i EBL § 4, stk. 1 og henføres til den skattepligtige indkomst i afståelsesåret jf. SL § 4, litra a.

3.2.1.1 Kapitalselskaber

Investering i fast ejendom er i praksis, typisk, struktureret ved etablering af et kapitalselskab (A/S eller ApS), som ejer den pågældende ejendom og er illustreret som følger:

Figur 2 – Ejendomsstruktur (Kapitalselskaber)



Som fremført ovenfor, er kapitalselskaber realisationsbeskattet af avance og tab vedrørende fast ejendom og beskatningstidspunktet indtræder først ved afståelse af den pågældende ejendom jf. EBL § 6, stk. 1. Dansk skattelovgivning er dog indrettet sådan, at avance og tab forbundet med afståelse af datterselskabsaktier er skattefrit / ej fradragsberettiget jf. aktieavancebeskatningsloven ("ABL") § 8 for kapitalselskaber.³⁹ Nedenstående eksempel illustrerer forskellen mellem afståelse af aktiver (asset deal) og aktier (share deal) med en positiv ejendomsværdiregulering på 10. Eksemplet er forsimplet og tager ikke højde for eventuelle reguleringer af anskaffelsessum efter EBL.

Tabel 1 – Asset vs. Share deal

Kr.	A - ApS	B - ApS	Kr.	Asset deal	Share deal
<u>Balance</u>			<u>Salg</u>		
<i>Aktiver</i>			Salgspris, Ejendom		
Ejendom (Anskaffelse)	0	100		110	n.a.
Værdiregulering, Ejendom	0	10	Salgspris, Aktier	n.a.	110
Kapitalandele (B)	110	n.a.	Skattepligtig ejendomsavance - EBL § 6, stk. 1	10	n.a.
Total, Aktiver	<u>110</u>	<u>110</u>	Skattefri aktieavance - ABL § 8	n.a.	0
<i>Passiver</i>			<u>Skattepligtig indkomst</u>		
Egenkapital	110	100	Skattepligtig indkomst - A	0	0
Opskrivning af egenkapital	0	10	Skattepligtig indkomst - B	10	0
Total, Passiver	<u>110</u>	<u>110</u>			

³⁹ Den teoretiske hjemmel til beskatning af aktier er SL § 5, litra a og yderligere reguleret i ABL. Datterselskabsaktier (ejerandel > 10% - ABL § 4 A) eller koncernselskabsaktier (ejerandel > 50% - ABL § 4 B) gevinst/tab medregnes ikke i den skattepligtige indkomst jf. ABL § 8. Skattefriheden skal ses på baggrund af et ønske om - uanset koncernstruktur - at undgå dobbeltbeskatning af selskabsindkomst og dermed opnå skattnoneutralitet (Eriksen, Ferniss, Kerzel, & Pedersen, 2019), side 359 – 360.

Den foretrukne strukturering i forhold til køb og salg af fast ejendom for kapitalselskaber er derfor via share deal. På denne måde udskydes den skattemæssige realisation og dermed beskattningstidspunktet for ejendomsinvestorer. Placering af fast ejendom i selvstændige juridiske enheder er således branchestandard med henblik på at leve op til Finanstilsynets regler, fleksibilitet og risikospredning via fælles investeringer.⁴⁰

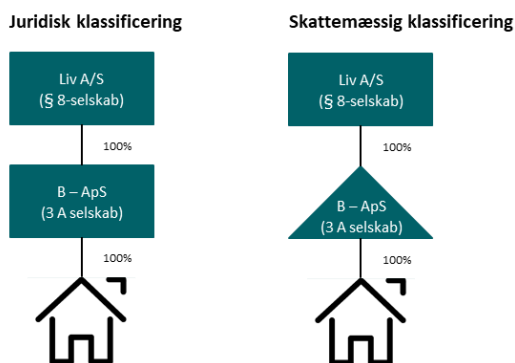
3.2.1.2 Livsforsikringsselskaber

§ 8-selskaber følger ikke de samme principper som kapitalselskaber, når det kommer til beskattning af fast ejendom. Dette skyldes reglerne i SEL § 3 A vedrørende ejendomsselskaber helejet af livsforsikringsselskaber samt særreglerne om fradragsbegrænsning i SEL §§ 13, stk. 4 – 10. Kapitalselskaber kan opnå status som ejendomsselskab efter bestemmelserne i SEL § 3 A ("3 A selskab")⁴¹ forudsat nedenstående objektive kriterier er opfyldt:⁴²

1. Omfattet af SEL § 1, stk. 1;
2. Hele kapitalen ejes direkte eller indirekte af et skattesubjekt omfattet af PAL § 1, stk. 2⁴³ igennem hele indkomståret;
3. Kapitalselskabets aktiver i gennemsnit over indkomståret for mindst 90%'s vedkommende består af fast ejendom og;
4. Kapitalselskabet har samme regnskabsår som det relevante skattesubjekt omfattet af PAL § 1, stk. 2.

Opnår et kapitalselskab status som 3 A selskab skal den skattepligtige indkomst, der i indkomståret er indtjent af kapitalselskabet, betragtes som indtjent i samme indkomstår af det relevante skattesubjekt omfattet af PAL § 1, stk. 2. Kapitalselskabet anses dermed som skattemæssigt transparent og strukturen illustreres som følger:

Figur 3 – Ejendomsselskab ejet af livsforsikringsselskab



§ 8-selskaber er underlagt to skatteregimer i relation til direkte skatter: SEL § 1, stk. 1 og PAL § 8. Dette bevirker, at der er indført særlige regler i relation til fradragsbegrænsning jf. SEL §§ 13, stk. 4 – 10. Fradragsbegrænsningen blev indført i 1998⁴⁴ og begrænser forsikringsselskabers fradrag for udbetalinger til de forsikrede, fradrag for hensættelser efter SEL § 13, stk. 2, 1. pkt. samt livsforsikringsselskabers fradrag for realrenteafgift. SEL § 13, stk. 3, 1. pkt. indeholder en prioriteringsregel, som foreskriver blandt andet, at 8 §-selskaber ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst først kan fradrage:

- Udbetalinger;
- Hensættelser til de forsikrede;
- PAL skat⁴⁵

Når summen af disse overstiger summen af selskabets eller et sambeskattet datterselskabs skattefrie udbytter, aktie- og ejendomsavancer (Dette indebærer også skattefrie gevinster på investeringsbeviser). Årsagen er, at disse typer af

⁴⁰ L161 (2021-2022), Bilag 1, side 46

⁴¹ Denne type af ejendomsselskaber bliver også benævnt som "90%-ejendomsselskaber" i litteraturen jf. (Bergenfelt, 2016), s. 130

⁴² SEL §§ 3 A, stk. 1 – 3

⁴³ Livsforsikringsselskab, pensionskasse eller pensionsfond skattepligtig efter PAL § 1, stk. 2

⁴⁴ Indført ved lov nr. 420 af 26. juni 1998

⁴⁵ PAL § 2

beløb anses som medgået til udbetalinger, hensættelser til de forsikrede og PAL-skat før de kan fradrages i den skattepligtige indkomst.⁴⁶ De skattefrie aktie- og ejendomsavancer efter SEL § 13, stk. 4 opgøres som forskellen mellem værdien ved det pågældende indkomstårs udløb og begyndelse (i.e. lagerprincippet).⁴⁷ Fradragsbegrænsningens mekanisme består således i, at selskabets skattefrie indtægter skal henføres til de udgifter, som ellers ville være fradragsberettigede driftsomkostninger efter SL § 6. Der kan således kun opnås et skattemæssigt fradrag, hvis de fradragsberettigede udgifter overstiger de skattefrie indtægter.⁴⁸

Nedenstående eksempel illustrerer konsekvensen af fradragsbegrænsningen for det fiktive selskab Liv A/S⁴⁹ (§ 8-selskab) med et datterselskab B - ApS (opfylder kravene til 3 A selskab) med en skattepligtig indkomst på 100 kr., positiv ejendomsværdiregulering på 10 kr. samt udlodning af et udbytte på 10 kr. til Liv A/S. Beregningseksemplet er som følger:

Table 2 – Fradragsbegrænsning og opgørelse af skattepligtig indkomst

Kr.	Hjemmel	Liv A/S
Beskatningsregime	SEL § 1, stk. 1 og PAL § 8	
Regnskabsmæssigt resultat før skat		1.000
<i>Skattemæssige reguleringer</i>		
Diverse skattemæssige reguleringer ⁵⁰	SL §§ 4 - 6	100
Skattepligtig indkomst, B ApS (3 A selskab)	SEL § 3 A	100
Skattemæssigt resultat før fradragsbegrænsning		1.200
<i>Opgørelse af fradragsbegrænsning</i>		
Værdiregulering, ejendom i B - ApS	SEL § 13, stk. 4, 1. pkt.	10
Skattefrit udbytte, B - ApS		10
Subtotal		20
Skattepligtig indkomst	SEL § 13, stk. 8	1.220

Ved et frasalg af aktier eller fast ejendom i løbet af indkomståret, nedbringes summen af skattefrie udbytter og avancer efter SEL § 13, stk. 4, 1 – 2 pkt. med en eventuel skattepligtig avance relaterende til de afståede aktier eller fast ejendom i det pågældende indkomstår. Ud fra ovenstående eksempel og relevant lovgivning udledes det, at § 8-selskaber beskattes efter lagerprincippet af investeringer i fast ejendom qua reglerne om fradragsbegrænsning jf. SEL §§ 13, stk. 4 - 10. Selskabsskattepligtige enheder omfattet af SEL § 1, stk. 1 skal som udgangspunkt beskattes med 22% af den skattepligtige indkomst jf. SEL § 17, stk. 1. Som fremført i afhandlingens indledning eksisterer der en særbestemmelse for finansielle selskaber omfattet af SEL § 17 A, stk. 3 nr. 1 – 14.⁵¹ Dette betyder at for indkomstår påbegyndende 1. januar 2023 eller herefter pålægges en øget beskatning.⁵² Der er ikke tale om en forhøjelse af den relevante

⁴⁶ (JV, 3.9, 2022-1), C.D Selskabs-, fonds- og foreningsbeskatning, Afsnit 8.2.3

⁴⁷ SEL § 13, stk. 9

⁴⁸ (JV, 3.9, 2022-1), C.D Selskabs-, fonds- og foreningsbeskatning, Afsnit 8.2.3 foreskriver, at begrundelsen for at inddrage skattefrie udbytter og avancer hos datterselskaber, sambeskattet med et forsikringselskab er, at forsikringselskaber ellers ville kunne undgå den tilsigtede begrænsning af fradragene ved at placere aktier mv. i sambeskattede selskaber, som ikke er forsikringselskaber. Først begrænses fradragene for udbetalinger og hensættelser til de forsikrede og fradraget for skat efter PAL med et beløb svarende til summen af indtægter i form af skattefrie udbytter, aktie- og ejendomsavancer hos forsikringselskabet eller hos et eller flere datterselskaber, som indgår i sambeskatningskredsen. Derefter begrænses fradragene med et beløb svarende til eventuelle udbytter skattefritaget efter DBO. Der er ikke en bestemt rækkefølge, hvorefter visse fradrag skal begrænses før andre. Det enkelte forsikringselskab kan selv vælge rækkefølgen for begrænsning af fradrag for udbetalinger, hensættelser og skat efter PAL

⁴⁹ Beregningseksemplet er baseret på investeringsstrukturen illustreret i Figur 3 – Ejendomsselskab ejet af livsforsikringselskab

⁵⁰ Dette er et hypotetisk beløb og udgør en lang række skattemæssige regulering herunder midlertidige- og permanente afvigelser samt andre udgifter, som ikke er fradragsberettiget efter SL § 6

⁵¹ § 8-selskaber er omfattet af SEL § 17 A, stk. 3, nr. 4

⁵² Vedtaget d. 9. juni 2022 og indført ved lov nr. 905 af 21. juni 2022

selskabsskattesats eller ændring af opgørelsesprincipperne af den skattepligtige indkomst, men derimod tale om en faktorforhøjelse af den skattepligtige indkomst og heraf navnet Faktormodellen.⁵³ Dette leder dog stadig til en højere effektiv skatteprocent, som normalt er givet ved $\frac{\text{Betalt skat}}{\text{Resultat før skat}}$.

Der foretages en gradvis indfasning af den øgede beskatning for de i SEL § 17 A, stk. 3 nr. 1 – 14 omtalte finansielle selskaber. Den gradvise indfasning af Faktormodellen betyder, at for indkomståret 2023 multipliceres den skattepligtige indkomst (opgjort efter skattelovgivningens almindelige regler) med 25,2/22 og for indkomståret 2024 med 26/22.⁵⁴ Den øgede relative skattebyrde udgør således 14,55% (2023) og 18,18% (2024).

Baseret på ovenstående kan det således konkluderes, at § 8-selskaber lagerbeskattes af værdireguleringer, og dermed afkast af fast ejendom, og at den løbende skattepligtige indkomst⁵⁵ i ejendomsselskaber henføres til beskatning i § 8-selskab jf. transparensreglen i SEL § 3 A.

Den skattepligtige indkomst i § 8-selskabet forhøjes jf. Faktormodellen og pålægger dermed en øget skattebyrde for § 8-selskaber i relation til ejendomsinvesteringer foranlediget af SEL § 17 A.

3.3 Omstrukturering

3.3.1 Skattetænkning og omgåelse

Skatteudnyttelse, skattetænkning, skatteunddragelse, skatteoptimering og ikke mindst skatteplanlægning er udtryk, som ofte anvendes i flæng og misforståede sammenhænge. Fælles for alle er, at det indebærer en skatteudnyttelse, hvor retsanvendelsens konsekvenser ikke er åbenbar og dermed efterlader et gråt område.⁵⁶ Det relaterede begrebsapparat til dette emne er derfor essentiel for denne afhandling. Skattetænkningen defineres i denne afhandling i overensstemmelse med litteraturen som:⁵⁷

”... Betegnelsen skattetænkning om skatteudnyttelser, som efter en retlig prøvelse ikke kan konstateres at være i modstrid med skattelovgivningen...”

Dette leder til et krydsfelt i relation til lovfortolkning, da skattetænkning jf. ovenstående er indenfor lovens rammer. Ligeledes må skatteoptimering og skatteplanlægning kunne rummes indenfor ovenstående beskrivelse, da det beror på konkret vurdering af en skatteudnyttelse. Ved skatteunddragelse forstås en skatteudnyttelse, som ikke er i overensstemmelse med gældende ret, men samtidig ikke er omfattet af Skattekontrollovens (”SKL”) straffebestemmelser.⁵⁸ Hvis en skatteudnyttelse udløser et strafansvar efter SKL’s straffebestemmelser kategoriseres dette som skattesvig.⁵⁹

Subjektive hensigter og motiver for en given økonomisk disposition bør som udgangspunkt ikke have indflydelse på retsanvendelsen. Dette skyldes, at beskatning og dermed retsanvendelsen altid skal ske på et objektivt grundlag jf. kravet om objektivitet. Der kan dog eksistere særlig hjemmel, hvor at det er nødvendigt at vurdere formålet og motivet med én given økonomisk disposition og dermed skattemæssig afledt effekt.⁶⁰ Det forudsættes dog, at dette er eksplicit stipuleret i den relevante lovgivning.

⁵³ Årsagen til Faktormodellen fremfor en ændring af den relevante skattesats skyldes, at sidstnævnte kræver ændringer af materielle skatteregler i relation til adgang til modregning af underskud på tværs af en sambeskatningskreds - L161 (2021-2022), Lovforslag som fremsat, side 9-10.

⁵⁴ SEL § 17 A, stk. 1, 1. pkt.

⁵⁵ Løbende driftsindtjening og dermed driftsafkast opgjort efter SL §§ 4 – 6

⁵⁶ (Bundgaard, et al., 2018), side 126

⁵⁷ (Bundgaard, et al., 2018), side 125

⁵⁸ SKL §§ 82 – 82a (Kapitel 9)

⁵⁹ (Bundgaard, et al., 2018), side 125

⁶⁰ (Bundgaard, et al., 2018), side 123

Selve omgåelsesbegrebet beror på konkret vurdering af en økonomisk disposition sammenholdt med den relevante lovgivning. Dette er således centralt i relation til skatteundgåelsesproblemet, som indebærer, at skatteyder opnår en utilsigtet skattefordel på baggrund af den relevante lovgivning.⁶¹

Det er virksomhedens ledelses fornemmeste opgave at skabe overskud og dermed værdi for aktionærerne. Overskud skabes ved et positivt gab mellem virksomhedens indtægter og omkostninger. Skatter og afgifter er en omkostning for virksomheder, hvorfor virksomheder således også er berettiget til at strukturere sig skattemæssigt optimalt indenfor gældende ret herunder LL § 3.⁶² Dette kan derfor udelukkende mødes med en moralsk eller politisk stillingtagen. Det handler ikke om at betale så lidt i skat som muligt, det handler om at betale den rigtige skat.

3.3.2 Skatteministeriets anbefaling

Formålet med særskatten har været delfinansiering af Regeringens (S) reform *Ny ret til tidlig pension* ved at pålægge udvalgte finansielle selskaber en særskat. Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår det, at det vil være den samlede skattepligtige indkomst for de omfattede selskaber, der skal faktorforhøjes og efterfølgende pålægges særskatten. Der er således ikke mulighed for opdeling af selskabets indkomst i henholdsvis en finansiell og ikkefinansiell del. Skatteministeriet åbner derfor op for, at hvis finansielle selskaber har ikkefinansiell aktivitet, så kan denne udskilles via skattefri tilførsel af aktiver etc.⁶³ Figur 4 nedenfor illustrerer den praktisk implementering af Skatteministeriets anbefalede omstrukturering herunder de juridiske og praktiske implikationer afledt heraf.

3.3.3 Skattefri tilførsel af aktiver

Skattefri tilførsel af aktiver er en type skattemæssig omstrukturering, hvor et selskab (i.e. det indskydende selskab) tilførsel aktiver og passiver (som udgør en virksomhed eller gren heraf) til et modtagende selskab. Vederlaget for aktiverne udgør aktier i det modtagende selskab⁶⁴. Skattefri tilførsel af aktiver er reguleret i Fusionskattelovens ("FUL") §§ 15 c-d.⁶⁵ Denne type af skattefri omstrukturering kan gennemføres med og uden tilladelse fra skatteforvaltningen. Forudsætningen for begge typer af skattefri omstrukturering er, at omstruktureringen er drevet af forretningsmæssige hensyn⁶⁶ samt objektive kriterier om, at både indskydende og modtagende selskab er omfattet af selskabsbegrebet i artikel 3 i Fusionskattedirektivet (Direktiv 133/2009/EU) og ikke ved beskatningen her i landet anses for en transparent enhed.

3.3.3.1 Skattefri tilførsel af fast ejendom (plain vanilla)

Til udskilning af ikkefinansielle aktiviteter fremgår det af L161, at en skattefri tilførsel af aktiver er en mulighed.⁶⁷ Det fremgår dog ikke om den anbefalede omstrukturering er med eller uden tilladelse. I praksis vil en skattefri tilførsel af fast ejendom (aktiver) for et § 8-selskaber foregå ved stiftelse af et datterselskab, B – ApS, og herefter tilføres aktivet (fast ejendom) til B – ApS mod, at Liv A/S (§ 8-selskab) modtager samtlige aktier i B – ApS som vederlag. Problemet med ovenstående omstrukturering er, at det ikke leder til en faktisk udskilning af ejendomsaktiviteten i det underliggende ejendomsselskab. Årsagen til dette er, at B – ApS opfylder kravene til 3 A selskab og dermed gælder transparensreglen som fremført i afsnit 3.2.1.2. Ydermere lagerbeskattes Liv A/S forsat af værdireguleringerne og dermed afkastet af fast ejendom med henvisning til reglerne om fradragsbegrænsning jf. SEL §§ 13, stk. 4-10. Ovenstående omstrukturering er illustreret i figuren på næste side.

⁶¹ (Bundgaard, et al., 2018), side 150

⁶² L28 (2018-2019), side 23 – Dette er berørt i administrativ praksis af Skatterådet i SKM2021.518.SR. Her indebar arrangementet en reel aktieafståelse, hvorfor et af de væsentligste formål ikke kunne siges at være en skattefordel, som virkede mod hensigten og formålet med skatteretten, uanset arrangementet var tilrettelagt på den skattemæssigt mest optimale måde.

⁶³ L161 (2021-2022), Lovforslag som fremsat, Side 9 – citat er gengivet i fuld længde qua vigtighed for afhandlingen.

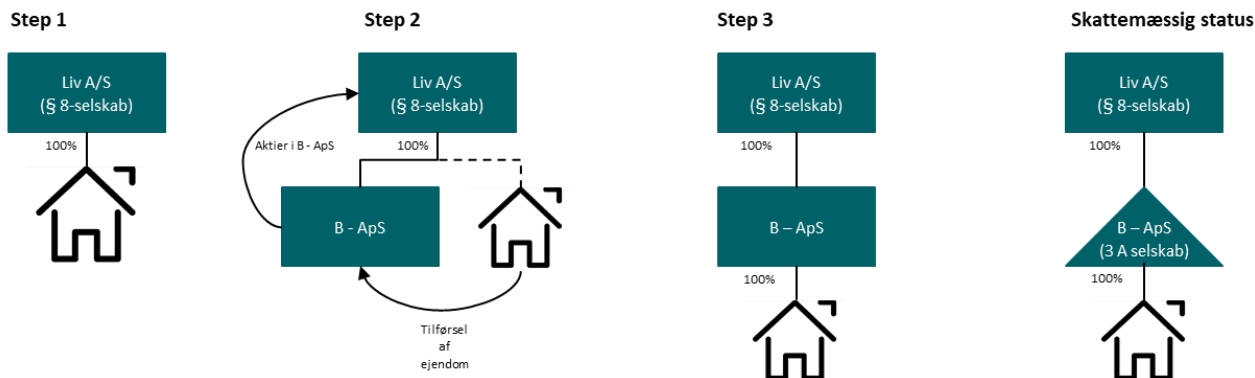
⁶⁴ (JV, 3.9, 2022-1), C.D Selskabs-, fonds- og foreningsbeskatning, Afsnit 7.3

⁶⁵ FUL udspringer af Fusionskattedirektivet (Direktiv 133/2009/EU)

⁶⁶ Fusionskattedirektivet (Direktiv 133/2009/EU) – Artikel 16, stk. 1, litra a - hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

⁶⁷ L161 (2021-2022), Lovforslag som fremsat, Side 9.

Figur 4 – Skattefri tilførsel af aktiver – Eksempel A



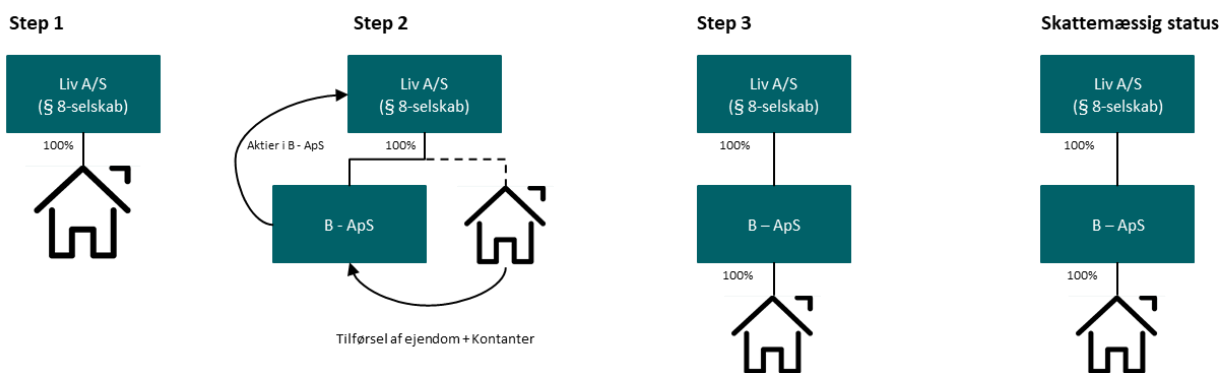
3.3.3.1 Skattefri tilførsel af aktiver inkl. fast ejendom (modificeret)

En skattefri tilførsel af aktiver udelukkende bestående af fast ejendom forårsager, at Liv A/S (§ 8-selskab) etablerer en skattemæssig selskabsstruktur med et 3 A selskab. På denne måde vil Liv A/S ikke strukturere sig ud af den øgede skattebyrde forbundet med SEL § 17 A grundet transparensreglen.

Dette kan delvist mitigeres af Liv A/S, hvis det ikke udelukkende er aktiver bestående af fast ejendom, som tilføres B - ApS. Dette kunne være, hvis Liv A/S tilførte en aktivmasse bestående af 89,99% fast ejendom og 10,01% kontanter. På denne måde vil B - ApS ikke opfylde de objektive kriterier til 3 A selskab og transparensreglen indtræder ikke jf. SEL § 3 A, stk. 1. Eksemplet er illustreret i figuren nedenfor.

Tilførsel af aktiver bestående af fast ejendom og kontanter bevirker, at B - ApS bevarer sin status som selvstændigt skattesubjekt. Den skattepligtige indkomst der i indkomståret er indtjent af B - ApS, betragtes dermed ikke som indtjent i samme indkomstår af det relevante skattesubjekt omfattet af PAL § 1, stk. 2 (i.e. Liv A/S). B - ApS er ikke omfattet af kredsen af finansielle selskaber omfattet af SEL § 17 A, stk. 3, nr. 1 - 14⁶⁸ og B - ApS' skattepligtige indkomst beskattes med 22% jf. SEL § 17, stk. 1.

Figur 5 – Skattefri tilførsel af aktiver – Eksempel B



Liv A/S er stadig omfattet af reglerne om fradragsbegrænsning for livsforsikringselskaber jf. SEL §§ 13, stk. 4-10. Dette bevirker, at summen af Liv A/S' eller et sambeskattet datterselskabs (B - ApS) skattefri udbytter, aktie- og ejendomsavancer udgør fradragsbegrænsningen for Liv A/S jf. SEL § 13, stk. 4, 1-2 pkt. Liv A/S bliver således stadig lagerbeskattet af værdireguleringerne vedrørende fast ejendom i B - ApS. Liv A/S beskattes med en forhøjet selskabsskattesats jf. SEL § 17 A, stk. 1.

⁶⁸ L161 (2021-2022), Høringskema, Side 23.

De økonomiske effekter ved Skatteministeriets anbefalede metode til omstrukturering jf. ovenfor er illustreret i nedenstående tabeller. Eksemplerne tager udgangspunkter i tre scenarier:

- Scenarie 1 – Fast ejendom ejes direkte af Liv A/S
- Scenarie 2 – Skattefri tilførsel af aktiver bestående af fast ejendom (ovenstående eksempel A)
- Scenarie 3 – Skattefri tilførsel af aktiver bestående af fast ejendom og kontanter (ovenstående eksempel B)

Alle ovenstående scenarier forudsætter skattepligtig indkomst på 1.000 hos Liv A/S samt skattepligtig indkomst på 100 og positiv værdiregulering på 50, som kan henføres til den relevante faste ejendom.

Table 3 – Økonomiske effekter

Mio. Kr.	Scenarie 1	Scenarie 2	Scenarie 3
<u>Regnskabsmæssigt resultat før skat</u>			
Liv A/S (§ 8-selskab)	1.100	1.000	1.000
B – ApS (Kapitalselskab)	n.a.	100	100
<u>Skattemæssige reguleringer</u>			
Skattepligtig indkomst, 3 A selskab	n.a.	100	-
Skattemæssigt resultat før fradragsbegrænsning	<u>1.100</u>	<u>1.100</u>	<u>1.000</u>
<u>Opgørelse af fradragsbegrænsning</u>			
Værdiregulering, ejendom	50	50	50
Subtotal	<u>50</u>	<u>50</u>	<u>50</u>
<u>Opgørelse af skattepligtig indkomst</u>			
Skattepligtig indkomst, Liv A/S (omfattet af SEL § 17 A)	1.150	1.150	1.050
Skattepligtig indkomst, B - ApS (ikke omfattet af SEL § 17 A)	n.a.	n.a.	100
Faktorforhøjelse (26/22) ⁶⁹ , Liv A/S	<u>1.359,09</u>	<u>1.359,09</u>	<u>1.240,91</u>
<u>Betalbar skat</u>			
Liv A/S	299,00	299,00	273,00
B - ApS	n.a.	n.a.	22,00
Resultat efter skat, Total	<u>851,00</u>	<u>851,00</u>	<u>855,00</u>

Ud fra ovenstående kan det således udledes, at det kun er muligt for § 8-selskaber at delvist strukturere sig ud af den øget skattebyrde forårsaget af SEL § 17 A. Det fremgår af lovens forarbejder, at ejendomsselskaber som B – ApS ikke anses for et finansiel selskab.⁷⁰ Særreglerne om fradragsbegrænsning jf. SEL §§ 13, stk. 4 – 10 skal dog stadig respekteres, hvorfor det kun er den løbende driftindtjening hidrørende fra fast ejendom (ekskl. værdireguleringer), som kan udskilles til selvstændig beskatning efter SEL § 17, stk. 1 og dermed ikke omfattet af SEL § 17 A.

⁶⁹ Eksemplerne tager udgangspunkt i et indkomstår startende pr. 01.01.2024 eller senere, da perioden 01.01.2023 – 31.12.2023 udgør en overgangsperiode, hvor faktorforhøjelse udgør 25,2/22 jf. SEL § 17 A, stk. 1, 2. pkt.

⁷⁰ L161 (2021-2022), Høringssekema, Side 23

3.3.3.2 Afledte konsekvenser og effekter

3.3.3.2.1 Transfer pricing

Ovenstående omstrukturering og antagende selskabsstruktur har indflydelse på B – ApS' status fra et transfer pricing perspektiv. B – ApS opnår herefter ikke længere status som skattemæssig transparent og kontrollerede transaktioner mellem Liv A/S og B – ApS vil derfor være omfattet af SKL § 39, stk. 1, nr. 5.⁷¹ Dette betyder, at koncernen skal udarbejde transfer pricing dokumentation, hvilket må anses for en signifikant øget administrativ byrde, som pålægges skatteyderen.⁷²

3.3.3.2.2 Moms

Ovenstående omstrukturering og antagende selskabsstruktur har også indflydelse på ejendomsselskabets status fra et momsmæssigt perspektiv. I Skattestyrelsens seneste udgave af den Juridiske Vejledning vedrørende Momslovens ("ML") § 13, stk. 1, nr. 11, litra f⁷³ præciseres det hvornår en investeringsforening kan anses som en momsfrigatet investeringsforening. Ejendomsselskaber, som kun har investeret i én enkelt ejendom, opfylder ikke betingelsen om, at det pågældende investeringsinstitut investerer ud fra princippet om risikospredning. Dette har ellers tidligere været praksis.⁷⁴ Således vil ovenstående selskabskonstruktion lede til, at ejendomsselskabet ikke vil kunne modtage momsfrie ydelser og dette vil øge skattebyrden (i. e. omkostningerne) og dermed have negativ påvirkning på kundernes afkast.

3.3.3.2.3 Forretningsmæssige hensyn

En stor del af § 8-selskabers forretningsmodel består i at modtage indbetalinger fra pensionskunder, som herefter investeres med henblik på et positivt afkast og senere udbetaling til kunderne, når pensionsalderen indtræder.⁷⁵ Ved ovenstående eksempel B (skattefri tilførsel af fast ejendom og tilstrækkelig likviditet til at bryde 90%-grænsen) vil det betyde, at det pågældende ejendomsselskab vil skulle have en konstant signifikant mængde af likviditet til rådighed. Dette skal samtidig kunne forsvares fra et kommercielt perspektiv i relation til afkast samt kunne rummes indenfor investeringsrammerne fastsat af det pågældende § 8-selskab.

90%-grænsen opgøres på årlig basis og er baseret på den regnskabsmæssige værdi af den relevante faste ejendom.⁷⁶ Ved generelle udsving i samfundsøkonomien og fluktuerende ejendomsværdier vil det kræve nøje monitorering af ejendomsværdier og likviditet for at bevare 3 A status.

Det fremgår ikke tydeligt af L161 om der er tale om en skattefri tilførsel aktiver med eller uden tilladelse. Skattefri tilførsel aktiver uden tilladelse forudsætter, at det indskydende selskab holder og dermed ikke afstår aktierne i det modtagende selskab i en periode på tre år efter tilførslen (i.e. "Holding reglen").⁷⁷ Kravet om en karenperiode på tre år medfører, at § 8-selskabers ejendomsporteføljer bliver mindre fleksible.

⁷¹ Behandlet i forarbejderne til ændringen af SKL (L7 (2021 - 2022)). Skatteministeret svarer til spørgsmål 11 af 11. oktober 2021, at 3 A selskaber ejet af et § 8-selskab som udgangspunkt ikke er forpligtet til at udarbejde transfer pricing dokumentation. Hvis det pågældende 3 A selskab har kontrollerede transaktioner med koncernselskaber, som ikke er omfattet af SEL eller udelandske enheder, vil disse kontrollerede transaktioner skulle indgå i transfer pricing dokumentationen for § 8-selskabet jf. transparensreglen i § 3 A, stk. 4, 1. pkt.

⁷² Ved "koncernen" forstås gruppen af selskaber Liv A/S og B - ApS og transfer pricing dokumentations-pligten forudsætter, at de relevante selskaber har kontrollerede transaktioner omfattet af LL § 2

⁷³ (JV, 3.9, 2022-1), D.A.5.11.9.2

⁷⁴ (JV, 3.9, 2022-1), D.A.5.11.9.2 – Om betingelsen om risikospredning er opfyldt ved investering i fx to ejendomme, afhænger derimod af en konkret vurdering

⁷⁵ Jf. afsnit 3.1

⁷⁶ Jf. SEL § 3 A, stk. 1

⁷⁷ Jf. FUL § 15 c, stk. 1, 5. pkt. Der er tale om 3 år efter vedtagelsen af den skattefrie tilførsel af aktiver

3.4 LL § 3

3.4.1 Baggrund

Skatteundgåelsesdirektivet⁷⁸ så dagens lys da G20-landenes finansministre i 2012 konstaterede, at multinationale selskaber systematisk udnytter forskellene i medlemslandenes skattesystemer med henblik på at minimere deres skattemæssige aftryk (i.e. skattebetalinger).⁷⁹ Udnyttelse af skattesystemerne har de facto ledt til faldende skatteindtægter, idet de relevante skattebaser udhules og distributionen af skatteprovenu skævvrides landene imellem. I 2013 indledte Organisation for Economic Co-operation and Development ("OECD") det fælles projekt – Base Erosion and Profit Shifting ("BEPS") projekt, med det formål at imødegå grænseoverskridende skatteundgåelse med henblik på at sikre, at selskaber beskattes dér, hvor værdien skabes.⁸⁰ BEPS-projektet blev publiceret i oktober 2015 med offentliggørelsen af handlingspunkterne i 15 særskilte rapporter (i.e. action plans).⁸¹

Skatteundgåelsesdirektivet har til formål at styrke EU medlemslandenes modstandsevne overfor grænseoverskridende økonomiske dispositioner i relation til skatteundgåelse. De konkrete tiltag tager afsæt i OECD BEPS' handlingspunkter samt andre tiltag fra EU-kommissionen til at imødegå skatteundgåelse. EU-kommissionens tiltag bestod af en række værneregler⁸² ("Specific anti-avoidance rules"- SAARs) herunder rentefradragsbegrænsning, CFC-beskatning⁸³, hybrid mismatch, exit-beskatning samt en GAAR om bekæmpelse af misbrug.⁸⁴ Sidstnævnte var den vidtrækkende generelle omgåelsesklausul, som er en værneregel affødt direkte af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6, med inspiration fra OECD BEPS Action plan 6. Den generelle omgåelsesklausul er implementeret i national ret via en opdatering af LL § 3, stk. 1 – 4.⁸⁵ Implementeringen svarer til ordlyden af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6. Opdateringen bestod af en justering af den eksisterende GAAR fra Moder-/Datterselskabsdirektivet⁸⁶, således at GAAR'en også afspejler det udvidede anvendelsesområde fra skatteundgåelsesdirektivet implementeret i dagældende LL § 3, stk. 1 – 3.⁸⁷ Den dagældende GAAR i LL § 3, stk. 3 er i dag implementeret i LL § 3, stk. 5 og er en klausul mod misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁸⁸ Der er ikke foretaget ændringer i den materielle tilgang til selve misbrugsvurderingen.⁸⁹

Et af hovedformålene med den generelle omgåelsesklausul var mitigerende af "huller" og samtidig udfylde de eventuelle rum efterladt af de øvrige værneregler fra ATAD I og II.⁹⁰ Lovens forarbejder berører dette emne, og her konkluderes det, at den generelle omgåelsesklausul gælder uafhængigt af og parallelt med de øvrige værneregler indenfor dansk skatteret.⁹¹ Rækkevidden af den generelle omgåelsesklausul må derfor anses for særdeles vidtrækkende.

⁷⁸ EU's skatteundgåelsesdirektiv, direktiv 2016/1164/EU (også benævnt som "ATAD I") er siden ændret ved direktiv 2017/952/EU (også benævnt som "ATAD II"), indeholder tre særskilte artikler, som håndterer situationer med skattemæssige kvalifikationskonflikter af henholdsvis finansielle instrumenter, skattemæssigt hjemsted og selskabsenheder kan føre til forskellige skattemæssige mismatch med tredje lande (i.e. hybrid mismatch). Disse hybrid mismatch regler er implementeret i national ret i SEL §§ 2 A, 2 B, 2 C og 8 D – 8 E. Dette er yderligere beskrevet i SR.2019.0053 (Bundgaard, Schmidt, & Tell, Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret, 2019) side 1

⁷⁹ L28 A (2018-2019), Lovforslag som fremsat, side 14 – 16

⁸⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021), side. 99

⁸¹ OECD BEPS Action plans 1 - 15

⁸² Værneregler udgør lovbestemmelser, som er skabt til at imødegå afgænsede former for skatteudnyttelse og forhindre opnåelse af utilsigtede skattefordele. Værneregler bidrager således til at værne om skatteprovenu. (Bundgaard, et al., 2018), side 138

⁸³ Controlled Foreign Company – præsenteret i OECD BEPS Action plan 3

⁸⁴ SR.2019.0053 (Bundgaard, Schmidt, & Tell, Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret, 2019), side 1

⁸⁵ Direktiv 96/2011/EU

⁸⁶ Direktiv 1164/2016/EU – Den generelle omgåelsesklausul i Direktiv 1164/2016/EU art. 6 indført i national ret i LL § 3, stk. 1-4, ved lov nr. 1726 af 27. december 2018

⁸⁷ SR.2019.0053 (Bundgaard, Schmidt, & Tell, Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret, 2019), side 5

⁸⁸ (JV, 3.9, 2022-1), C.1. Generel omgåelsesklausul, Afsnit 4.2

⁸⁹ (Bjare & Sønderholm, 2019), side 2

⁹⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021), side. 104 - 105

⁹¹ L28 A (2018-2019), Bilag 1 – Høringskema, side 3. Skatteministeriet svarer konkret på en henvendelse fra Advokatrådet: "Den foreslåede generelle omgåelsesklausul er en selvstændig bestemmelse, der gælder parallelt og uafhængigt af andre omgåelsesklausuler og værneregler i dansk ret. Den foreslåede bestemmelse hverken udvider eller begrænser anvendelsesområdet af de øvrige omgåelsesklausuler og værneregler i dansk ret, herunder adgangen til at tilsidesætte skattemæssigt begrundede arrangementer i overensstemmelse med eksisterende domstolspraksis. Såfremt et arrangement, der kan tilsidesættes efter den generelle omgåelsesklausul, ikke ville kunne tilsidesættes efter de eksisterende omgåelsesklausuler og værneregler i dansk ret, vil den generelle omgåelsesklausul kunne indebære en udvidelse af, hvornår skattemæssigt begrundede arrangementer kan tilsidesættes". (Egen understregning)

3.4.2 LL § 3 – Lovens anvendelse

Skatteydere omfattet af LL § 3 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 jf. LL § 3, stk. 1.

Den generelle omgåelsesklausul finder anvendelse på selskaber omfattet af SEL §§ 1 eller 2 og fonde og foreninger m.v. omfattet af fondsbeskatningslovens ("FBL") § 1. LL § 3 finder anvendelse på både danske selskaber, fonde og foreninger m.v., der er fuldt skattepligtige til Danmark samt udenlandske selskaber, fonde og foreninger m.v., der er begrænset skattepligtige til Danmark for eksempel som følge af, at de har et fast driftssted i Danmark eller modtager udbytte-, rente- eller royaltymbetalinger fra Danmark. Den generelle omgåelsesklausul gælder derfor også udenlandske selskaber, der deltager i en international sambeskatning i Danmark eller er omfattet af reglerne om beskatning af kontrollerede datterselskaber (CFC-reglerne).⁹²

Ud fra lovens ordlyd kan der således udledes fem kumulative betingelser, som lægger til grund for misbrugsvurderingen. For at den generelle omgåelsesklausul kan finde anvendelse, skal der være tale om:⁹³

1. Et arrangement eller serier af arrangementer,
2. der er tilrettelagt med det hovedformål eller med et af hovedformålene,
3. at opnå en skattefordel
4. som virker mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret, og
5. som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder (i.e. realitetskravet).

Hvis et arrangement ikke er tilrettelagt af velbegrundede økonomiske og kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed, vil det blive anset som ikke-reelt fra et skattemæssigt perspektiv.⁹⁴ Det er skatteforvaltningen, som bærer bevisbyrden i forhold til misbrugsvurderingen. Baseret på ovenstående bør det klarlægges, hvad der menes med en lang række centrale begreber i henhold til gældende ret.

3.4.2.1 Arrangement

Den juridiske forståelse af udtrykket "arrangement" er bred og er en direkte oversættelse af det engelske udtryk "arrangement". Udtrykket blev oprindeligt præsenteret i udkastet til Moder-/Datterselskabsdirektivet og var her defineret som "en transaktion, en plan, en handling, en operation, en forståelse, et løfte, eller et tilsagn".⁹⁵ ATAD I og ATAD II giver i sig selv ikke en udtømmende liste over, hvad der kan fortolkes som et arrangement. Skeles der til litteraturen må begrebet anses for særdeles vidtrækkende og kan derfor potentielt anses for alle økonomiske dispositioner.⁹⁶ Dette er forhold er også behandlet i lovbemærkningerne og her tilslutter Skatteministeriet sig den brede fortolkningsramme⁹⁷:

"Arrangementer skal fortolkes bredt og vil omfatte enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serier heraf, uanset om der kan støttes ret herpå."

Skattestyrelsen tilføjer, at et arrangement omfatter enhver form for stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed forbundet med indkomstkabelsen, etablering eller kvalifikation.⁹⁸ Formålet med den brede fortolknings- og anvendelsesramme er således at sikre, at misbrugsvurderingen opnår størst mulig effektivitet og samtidig opfylder proportionalitetsprincippet.

⁹² L28 A (2018-2019), Lovforslag som fremsat, side 24

⁹³ SR.2019.0053 (Bundgaard, Schmidt, & Tell, Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret, 2019), side 6

⁹⁴ SR.2019.0053 (Bundgaard, Schmidt, & Tell, Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret, 2019), side 6

⁹⁵ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021), side. 112

⁹⁶ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021), side 112 og (Bjare & Sønderholm, 2019)

⁹⁷ L28 A (2018-2019), Lovforslag som fremsat, side 9

⁹⁸ (JV, 3.9, 2022-1), C.I. Generel omgåelsesklausul, Afsnit 4.1.3

3.4.2.2 Tilrettelagt som hovedformål eller et af biformål

Det pågældende arrangement skal have til hovedformål eller biformål at opnå en skattefordel. Dette er således en subjektiv vurdering og grundelementet i den pågældende værnsregel.⁹⁹ Ud fra lovens ordlyd kan det udledes, at det blot skal være et af biformålene med det pågældende arrangement, for at den generelle omgåelsesklauseul finder anvendelse.

Lovgiver har i denne forbindelse været yderst sparsommelig med vejledning omkring vurdering af dette element af selve misbrugsvurderingen. Litteraturen drager dog en parallel til regelsættet vedrørende indberetningspligt af grænseoverskridende ordninger (DAC6), som indebærer kriteriet om det primære formål.¹⁰⁰

3.4.2.3 Eksistensen af en skattefordel

Den generelle omgåelsesklauseuls formål er at imødekomme skatteundgåelse i relation til aggressiv skatteplanlægning. Det er derfor en forudsætning, at det pågældende arrangement opnår en skattefordel. EU-kommissionen bidrager dog med et fortolkningsbidrag ved nedenstående henstilling om aggressiv skatteplanlægning:¹⁰¹

"... In determining whether an arrangement or series of arrangements has led to a tax benefit as referred to in point 4.2, national authorities are invited to compare the amount of tax due by a taxpayer, having regard to those arrangement(s), with the amount that the same taxpayer would owe under the same circumstances in the absence of the arrangement(s).."

Ud fra ovenstående kan det objektivt konstateres om hvorvidt, at der er tale om en skattefordel. Den objektive vurdering foretages ved at sammenholde skattebetaling med og uden anvendelse af det pågældende arrangement. Hvad udgør sammenligningsgrundlag til vurdering af en skattefordel, beror på konkret vurdering af det respektive arrangement.¹⁰² Det er dog vigtigt at slå fast, at en lang række økonomiske dispositioner indebærer opnåelse af skattefordele herunder fradrag, undgåelse af kildeskatte via dobbeltbeskatningsoverenskomster ("DBO") samt anvendelse af EU-direktiver på skatteområdet. Vurderingen af en skattefordel skal foretages i lyset af den forretningsmæssige begrundelse. Dette kan udledes af præmisserne i EU-domstolens afgørelse i Foggia-sagen, hvor skattemæssige motiver kunne lægges til grund af skatteyder, så længe disse ikke var fremherskende.¹⁰³

3.4.2.1 Imod formålet med skatteretten

Skatteforvaltningen skal foretage en objektiv vurdering af om der er tale om et arrangement eller serie af arrangementer, som virker mod formålet med skatteretten, med henblik på misbrug. Anlægges en ordlydsfortolkning, må det anses for en vidtrækkende formulering. Ved gennemgang af lovbemærkningerne spørges Skatteministeriet til fortolkning bestemmelsens ordlyd:¹⁰⁴

"Kromann Reumert anmoder om, at det bekræftes, at "formålet og hensigten med skatteretten" i forslaget til ligningslovens § 3, stk. 1, skal fortolkes som formålet og hensigten med den danske regel, som konkret anvendes (på engelsk: "the applicable tax law")."

⁹⁹ Hvis dette subjektive kriterium ikke var til stede ville enhver skattefordel udløse den generelle omgåelsesklauseul, hvilket er i klar strid med formålet med loven (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklauseul, 2021), side. 113

¹⁰⁰ Lovfæstet i bekendtgørelse nr. 1634 af 27/12/2019 § 20

¹⁰¹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklauseul, 2021), side. 118 som henviser til Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU)

¹⁰² Se SKM2021.30.SR – her sammenlignes etablering af et holding selskab (H2) via en skattepligtig aktieombytning efterfulgt af en grænseoverskridende fusion med det eksisterende danske holding selskab (H1). H2 er det modtagende selskab i fusionen. Til vurdering af den opnåede skattefordel sammenlignes arrangementet med likvidation H1 og dermed beskatning af likvidationsprovenu foretaget ved udlodning i likvidationsåret. SKM2021.30.SR er yderligere behandlet i litteraturen i (Bundgaard, Grænseoverskridende fusion endnu en gang anset for at udgøre omgåelse, 2021)

¹⁰³ Sag C-126/10, Foggia – Præmis 49

¹⁰⁴ L28 A (2018-2019), Spørgsmål 16, punkt 8, side 6

Skatteministeriet svarer i denne sammenhæng:¹⁰⁵

”Dette kan bekræftes. Formålet med en given regel og de overordnede skatteregler vil skulle fastlægges ud fra almindelig juridisk fortolkning herunder en formålsfortolkning bl.a. baseret på forarbejderne til den enkelte bestemmelse.”

Der skal anvendes en udvidende fortolkning ved vurderingen af, om et arrangement(er) virker mod formålet med skatteretten for den enkelte bestemmelse. Dette skal ses i lyset af, at udgangspunktet i 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.¹⁰⁶

3.4.2.2 Realitetskravet

Hvis et arrangement eller serie af arrangementer er kunstige (i.e. *pro forma*) skal det anses som værende ikke reelt. Dette skal fortolkes i en kontekst om hvor vidt, at en given disposition er kommercielt begrundet og afspejler den økonomiske virkelighed. Dette drager en parallel til realitetsgrundsætningen, som er relevant ved den præjudicielle fastlæggelse af faktum (i.e. ”substance over form”).¹⁰⁷ Litteraturen beskriver dette krav som, at dispositionerne skal være af ”kød og blod”.¹⁰⁸

Realitetskravet indeholder ikke hjemmelmæssige udfordringer, da det ikke vedrører analogislutninger eller fortolkninger ud over de relevante skatteloves klare ordlyd. Realitetskravet vedrører nærmere den præjudicielle fastlæggelse af det retsfaktum, som de relevante skattelove skal anvendes på.¹⁰⁹ Det skal her bemærkes, at Skatteministeriet overordnet kommenterer om valg af den skattemæssige mest fordelagtige struktur. Her fremføres det, at minimering af skattebetalingen ikke er en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand (i.e. den generelle omgåelsesklausul i LL § 3). På den anden side er opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier heller ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne.¹¹⁰

3.4.3 Praksis

I forbindelse med udledningen af gældende ret, er det vigtigt at forholde sig til praksis. Dette afsnit har til formål at belyse praksis, som er relevant for denne afhandling.

3.4.3.1 Retspraksis

Der er i skrivende stund ikke truffet afgørelser ved landets domstole vedrørende den generelle omgåelsesklausul jf. LL § 3, stk. 1 – 4.¹¹¹ Der eksisterer en enkelt afgørelse fra Skatterådet, som senere blev påklaget til Landsskatteretten.¹¹² Skatteyder fik medhold i en ikke offentliggjort kendelse og Skatteministeriet har efterfølgende indbragt kendelsen for domstolene. Skatteministeriet indbringer som hovedregel ikke afgørelser fra de uafhængige klageorganer for landets domstole, men kan fravige herfra forudsat, at der er tale om en afgørelse af principiel karakter eller andre særlige forhold taler for.¹¹³ SKM.2019.413.SR er anket til domsstolssystemet. Der er ikke truffet afgørelse og sagen er i skrivende stund ikke berammet. Sagen har dermed ikke præjudikatskabende værdi hidrørende fra domsstolssystemet. Det fremgår ikke om sagskomplekset starter i By- eller Landsretten. Således kan det konkluderes, at der ikke eksisterer national domspraksis vedrørende den generelle omgåelsesklausul.

¹⁰⁵ L28 A (2018-2019), Spørgsmål 16, punkt 8, side 6. (Egen understregning)

¹⁰⁶ L28 A (2018-2019), Høringsskema, side 2 og præambel til Direktiv 1164/2016/EU præmis 11, side 4

¹⁰⁷ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021), side 62 – 63 samt 135 - 138

¹⁰⁸ (Pedersen, 2000), Side 2

¹⁰⁹ (Pedersen, 2000), Side 2

¹¹⁰ L28 A (2018-2019), Høringsskema, side 2

¹¹¹ (JV, 3.9, 2022-1), C.I. Generel omgåelsesklausul, Afsnit 4.1

¹¹² SKM2019.413.SR

¹¹³ SKM2017.436.DEP

3.4.3.2 Administrativ praksis

Administrativ praksis udgør afgørelser og kendelser, som er afsagt af skatteforvaltningen og indeholder dermed ikke afgørelser hidrørende fra domstolssystemet. Af lovens forarbejder fremgår en anbefaling fra Skatteministeriet om, at klagesager vedrørende den generelle omgængelsesklausul skal behandles af Skatterådet.¹¹⁴ Formålet er at sikre, at der sker en korrekt og ensartet retsanvendelse og dette indikerer kompleksitet forbundet med regelsættets anvendelse, omfang og dybde.

Ved gennemgang af administrativ praksis og relevante artikler på området, udtrykkes der kritik af Skatterådet og dens manglende struktur i den første række af afgørelser vedrørende LL § 3.¹¹⁵ Baseret på den efterfølgende administrative praksis virker det til, at Skatterådet har taget kritikken til efterretning.

Skatterådet går nu metodisk til værks, når der foretages vurdering af spørgsmål vedrørende den generelle omgængelsesklausul i LL § 3, stk. 1 - 4. Af Juridiske Vejledning fremgår det, at der er tale om tre kumulative forhold:¹¹⁶

1. Der skal være en skattefordel.
2. Et af de væsentligste formål med arrangementet skal være at opnå en skattefordel som virker mod formålet og hensigten med skatteretten.
3. Arrangementet er ikke reelt under hensyntagen til alle de relevante faktiske forhold og omstændigheder, herunder er arrangementet ikke tilrettelagt af velbegrundede, kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Skatterådet har i skrivende stund foretaget vurdering af 36 bindende svar, hvor af tre afgørelser er påklaget til Landsskatteretten og en enkelt sag er afgjort. De tre bindende svar, som er påklaget til Landsskatteretten udgør SKM2017.333.SR, SKM.2019.413.SR¹¹⁷, SKM2020.239.SR¹¹⁸ og sagen hvor der er truffet afgørelse er SKM2020.355.LSR.¹¹⁹ Nedenfor gennemgås de bindende svar, som er anket til eller behandlet af Landsskatteretten.

3.4.3.2.1.1 SKM2017.333.SR

Sagen vedrørte en multinational koncern, som flyttede moderselskabet til et dansk datterselskab til Luxembourg fra Danmark. Forud for flytningen var moderselskabet selskab også flyttet til Luxembourg fra Bahamas og motivet var at spare administrationsomkostninger forbundet med den daglige drift. Skatterådet fandt, at der var tale om misbrug af Moder-/datterselskabsdirektivet, da flytningen af moderselskabet fra Bahamas til Luxembourg forårsagede, at den relevante likvidationsudlodning afledt af at flytte det danske selskab var skattefri. Skatterådet fandt således ikke, at der forelå velbegrundede kommercielle årsager, som var proportionelle med den opnåede skattefordel. Sagen vedrørte ganske vidst den tidligere generelle omgængelsesklausul bestemmelse i LL § 3, stk. 1 – 2, som havde til formål at forhindre misbrug af EU-direktiver.¹²⁰ Ikke desto mindre er misbrugsvurderingen opbygget på samme måde. SKM2017.333.SR var den første afgørelse fra Skatterådet vedrørende LL § 3. Afgørelsen blev påklaget til Landsskatteretten, men klagen blev senere tilbagetrukket.

3.4.3.2.1.2 SKM2020.355.LSR

Sagen er en klage over SKM2018.466.SR og vedrørte en multinational koncern, som ønskede at foretage en international omstrukturering. Stridspunktet bestod i hvor vidt, at det nystiftede holdingselskab H2 Ltd. (Singapore) var begrænset skattepligtig til Danmark af et udbytte (kontanter og datterselskabsaktier) fra H1 ApS (Danmark) jf. SEL § 2, stk. 1, litra c), 3. pkt. Det var ligeledes påtænkt, at udlodningen til H2 Ltd. (Singapore) delvist skulle videreudlodde til den

¹¹⁴ L28 A (2018-2019), Lovforslag som fremsat, side 25. Dette er senere vedtaget ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 og implementeret i national ret LL § 3, stk. 7

¹¹⁵ (Bundgaard, Grænseoverskridende fusion endnu en gang anset for at udgøre omgængelse, 2021) vedrørende SKM2021.30.SR

¹¹⁶ (JV, 3.9, 2022-1), C.I. Generel omgængelsesklausul, Afsnit 4.1.6.1

¹¹⁷ Påklaget til Landsskatteretten og senere anket til domstolssystemet af Skatteministeriet

¹¹⁸ SKM2022.418.LSR - Sagen angik en klage over, at Skatterådet havde svaret nej på et spørgsmål om, hvorvidt en påtænkt omstrukturering ikke var omfattet af LL § 3 (SKM2020.293.SR)

¹¹⁹ SKM2020.355.LSR – dette var en klage over SKM2018.466.SR vedrørende dagældende LL § 3, stk. 3 (nu LL § 3, stk. 5)

¹²⁰ Indført ved lov nr. 540 af 29. april 2015 og sidenhen blevet erstattet af direktiv 2016/1164/EU og implementeret i national ret ved lov nr. 1726 af 27. december 2018

bagvedliggende personlige aktionær (Singapore). Skatterådet konkluderede, at H2 Ltd. (Singapore) ikke blev anset som retsmæssig ejer (i.e. "beneficial owner") af den del af den kontante udlodning, der påtænkte videreudloddet til den personlige aktionær i modsætning til den del, som ikke blevet videreudloddet. Der var således opnået en skattefordel efter DBO'en (mellem Danmark og Singapore) og dette var et af de væsentligste formål med arrangementet. Skatterådet fandt ikke at etableringen af H2 Ltd. (Singapore) var af forretningsmæssige årsager, der var proportionelle i forhold til den opnåede skattefordel. Arrangementet blev omfattet af LL § 3, stk. 3 ifølge Skatterådet.¹²¹

Skatteyder påklagede Skatterådets afgørelse til Landsskatteretten og her blev afgørelsen delvist omstødt og kontantudlodningen til H2 Ltd. (Singapore) kunne foretages uden indeholdelse af kildeskat i Danmark, da det ikke kunne bevises, at H2 Ltd. (Singapore) ville foretage videreudlodning. De relevante datterselskabsaktier kunne udloddes uden indeholdelse af kildeskat i Danmark, da det var oplyst, at videreudlodning ikke var aktuelt. Det kunne derfor ikke bevises, at der var tale om misbrug af de skattefordele, som følger af DBO'en mellem Danmark og Singapore.

3.4.3.2.1.3 SKM.2019.413.SR

Sagen vedrørte en multinational koncern H1, hvis ultimative ejer A var hjemmehørende i et land som Danmark ikke havde en DBO med udenfor EU. I indkomstårene 2016 – 2019 foretog koncernen en række omstruktureringer, som blandt andet indebar, at det danske selskabs udenlandske holdingselskab blev likvideret. Efterfølgende blev det danske dansk holdingselskab H3 likvideret og datterselskabsaktierne udloddes ved likvidationen til et nystiftet holdingselskab H2 i et EU-land, som Danmark har en DBO med. Skatterådet skulle her vurdere hvor vidt, at H2 var begrænset skattepligtig af likvidationsprovenuet fra H3, som udloddes i samme indkomstår, som H3 ophørte.

Skatteforvaltningen indstillede til Skatterådet, at LL § 3 skulle finde anvendelse på dette arrangement. Der var tale en serie af arrangementer (to transaktioner), der medførte en skattefordel som ellers ville være begrænset skattepligtigt af udbytteudlodninger. Den begrænsede skattepligt ophørte således, da H2 blev indskudt og kunne modtage udbytte skattefrit grundet beskyttelse af Moder-/datterselskabsdirektivet.

Skattefordelen opstod ved, at likvidationsprovenuet fra H3 (Danmark) udloddes til H2 (EU-land, som Danmark har en DBO med) og videre H5 (Land udenfor EU, som Danmark ikke har en DBO med) i stedet for direkte til den tidligere ejer (Land udenfor EU, som Danmark ikke har DBO med). En transaktion, som ellers ville være omfattet af kildeskat. Arrangementet gjorde det således muligt at opnå udlodning til landet indenfor EU, og landet uden for EU uden DBO med Danmark uden indeholdelse af kildeskat i Danmark. Skatteyder havde ikke godtgjort, at dette var tilrettelagt af tilstrækkeligt velbegrundede kommercielle årsager. Skatterådet tiltrådte derfor skatteforvaltningens indstilling, at arrangementet skulle tilsidesættes jf. LL § 3.

Dette bindende svar blev påklaget til Landsskatteretten, som gav skatteyder medhold i en ikke offentliggjort kendelse d. 27.05.2021 og har således ændret det bindende svar. Skatteministeriet har efterfølgende indbragt kendelsen for domstolene.

3.4.3.2.1.4 SKM2020.293.SR

Sagen vedrørte om en nærmere beskrevet spaltning kunne foretages skattefrit og ikke berørte skattefriheden forbundet med den forudgående aktieombytning. Umiddelbart efter aktieombytningen og ophørsspaltningen blev det ene selskab likvideret, som var stiftet i forbindelse med spaltningen. I tilfælde hvor en ophørsspaltning efterfølges af likvidation, bringes selskabsstrukturen tilbage til den oprindelige struktur forud for spaltningen. Dette medførte, at et skattepligtigt udbytte blev til udlodning af likvidationsprovenu. Dette beskattes således efter ABL og anparternes anskaffelsessum kunne modregnes ved avanceopgørelsen på anparterne. Øvelsen medførte en skattepligtig avance på 10,5 mio. kr. sammenlignet med 50 mio. kr., hvis udbyttet var udloddet direkte til skatteyderen.

Skatterådet konkluderede, at det var i strid med formålet og hensigten med loven (i.e. skatteretten), hvis det således var muligt at omkvalificere et skattepligtigt udbytte til likvidationsprovenu, hvor anskaffelsessummen på anparterne kunne modregnes ved avanceopgørelsen. Skatterådet fandt dermed, at LL § 3 fandt anvendelse.

¹²¹ Dagældende LL § 3, stk. 3 (nu LL § 3, stk. 5)

Sagen blevet påklaget til Landsskatteretten (SKM2022.418.LSR), som senere afviste klagen under henvisning til, at klagerens selskab, ifølge de offentligt tilgængelige oplysninger i Erhvervsstyrelsens selskabsregister var opløst ved erklæring med ophørsdato den 17. maj 2021, og at den påtænkte omstrukturering ifølge registreringerne vedrørende selskabet endnu ikke var gennemført. Klageren blev herefter ikke anset for at have en retlig interesse i, at Landsskatteretten tog stilling til, hvorvidt den påtænkte samlede omstrukturering ville være omfattet af LL § 3.¹²²

3.4.3.2.1.5 Opsummering

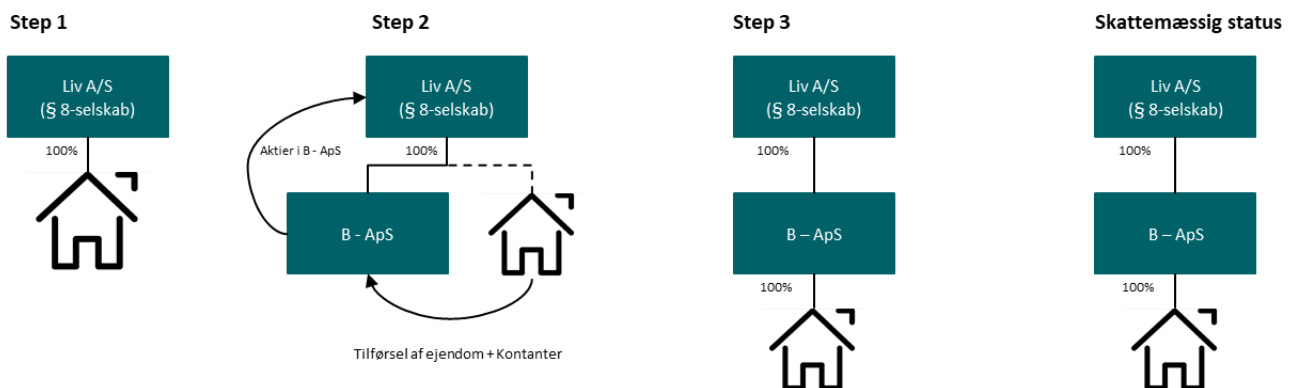
Baseret på ovenstående gennemgang kan det konstateres, at den nugældende generelle omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 1 – 4 endnu ikke er behandlet i Landsskatterettens praksis. Det er således kun omgåelsesklausulen vedrørende misbrug af DBO'er¹²³, som er vurderet af Landsskatteretten. Det kan konkluderes, at selve misbrugsvurderingen er uændret. Det er særligt den subjektive vurdering af motivation, formål og hovedformål bag et givent arrangement samt realitetskravet, som er stridspunktet i sagerne.

3.5 Retsfaktum

Dette afsnit vil i lyset af gennemgangen af relevant lovgivning og overordnet gennemgang af praksis foretage en konkret vurdering af hvor vidt, at den generelle omgåelsesklausul finder anvendelse på den anbefalede omstrukturering jf. afsnit 3.3.3.1. Retsfaktum er gengivet nedenfor.

Liv A/S (§ 8-selskab) ønsker at foretage selskabsretlig og skattemæssig omstrukturering vedrørende fast ejendom. Ifølge Skatteministeriet kan omstrukturen foretages via en skattefri tilførsel af aktiver.¹²⁴ Liv A/S tilfører aktiver bestående af 89,99% fast ejendom og 10,01% kontanter til kapital-selskabet B - ApS. Herved vil B - ApS ikke opfylde de objektive kriterier til et 3 A selskab og transparensreglen indtræder dermed ikke jf. SEL § 3 A, stk. 1. I modsætning til størstedelen af de relevante bindende svar, så vedrører den konkrete sag udelukkende et nationalt forhold.¹²⁵

Figur 6 – Retsfaktum



¹²² (JV, 3.9, 2022-1), C.I. Generel omgåelsesklausul, Afsnit 4.1.6.4

¹²³ Dagældende LL § 3, stk. 3 (nu LL § 3, stk. 5)

¹²⁴ Reguleret af FUL §§ 15 c-d

¹²⁵ SKM2020.39.SR var udelukkende en vurdering af et rent nationalt forhold og her foretog Skatterådet en vurdering af om ABL § 4 A, stk. 3 (i.e. "mellemløsholdingsreglen") fandt anvendelse.

3.6 Retsvirkning

Retsvirkningen af ovenstående skattefrie omstrukturering gennemgås nedenfor set i lyset af de fem kumulative betingelser gennemgået i afsnit 3.4.2.

3.6.1 Lovens anvendelsesområde

Liv A/S og B – ApS er fuld skattepligtig til Danmark og dermed omfattet af SEL § 1, stk. 1. Dette bevirker, at kredsen af relevante selskaber er indenfor anvendelsesområdet for LL § 3, stk. 1 – 4. Det kan derfor konkluderes, at de objektive betingelser for, at den generelle omgåelsesklausul potentielt kan finde anvendelse er opfyldt.

3.6.2 Vurdering

For at klarlægge om hvorvidt, at der er tale om misbrug bør det også defineres hvad misbrug udgør. Jf. administrativ praksis defineres misbrug som:¹²⁶

”...som kunstige konstruktioner uden økonomisk realitet, som i det væsentligste er iværksat for at kunne opnå skattefordele, som den skattepligtige ikke ville være berettiget til foruden de ”kunstfærdige juridiske konstruktioner”.”

3.6.2.1 Arrangement

Til vurdering af om der er tale om et arrangement, skal dette fortolkes særdeles bredt som tidligere fremført.¹²⁷ I den nærværende sag er der tale om skattefri tilførsel af aktiver mellem Liv A/S og B – ApS, hvilket er en selskabsretlig og skattemæssig omstrukturering omfattet af FUL §§ 15 c-d. De tilførte aktiver består af fast ejendom og kontanter.

Baseret på lovens forarbejder¹²⁸ og ovenstående administrativ praksis på området (SKM2017.333.SR, SKM.2019.413.SR og SKM2020.293.SR mv.)¹²⁹ er skattemæssige omstruktureringer omfattet af begrebet ”arrangement”. I skrivende stund eksisterer der ikke eksempler i dansk administrativ praksis, hvor noget har været underkendt som værende et arrangement.¹³⁰

Det kan dermed konkluderes, at der er tale om et arrangement, hvilket er en objektiv betingelse for, at den generelle omgåelsesklausul kan finde anvendelse.

3.6.2.2 Tilrettelagt som hovedformål eller et af biformal

Til vurdering af om et arrangements hovedformål eller biformal er at opnå en skattefordel, beror dette på en konkret vurdering. I den nærværende sag er arrangementet tilrettelagt med det hovedformål at udskille fast ejendom i en selvstændig juridisk enhed. Der eksisterer både et kommercielt- og skattemæssigt rationale bag arrangementet. Den skattefri tilførsel af aktiver består af:

1. Fast ejendom
2. Kontanter

Formålet med sidstnævnte er at undgå 3 A status for B – ApS og bringe den løbende drift hidrørende fra B – ApS ud af den skattepligtige indkomst for Liv A/S. B – Aps undgår således den øgede skattebyrde forbundet med SEL § 17 A (i.e. Faktormodellen).

3.6.2.2.1 Fast ejendom

Fra et kommercielt perspektiv placerer § 8-selskaber og andre sammenlignelige ejendomsinvestorer i stort omfang investeringer i selvstændige juridiske enheder med henblik på at leve op til Finanstilsynets regler, samt praksis, for placering af alternative investeringer m.v. Anvendelsen af selvstændige juridiske enheder giver samtidig en øget

¹²⁶ SKM2020.355.LSR

¹²⁷ L28 A (2018-2019), Lovforslag som fremsat, side 9

¹²⁸ L28 A (2018-2019), Lovforslag som fremsat, side 9

¹²⁹ Størstedelen af de afsagte bindende svar i skrivende stund vedrørende LL § 3 indebærer selskabsretlige og skattemæssige omstruktureringer som leder til omkvalificering af indtægter, misbrug af DBO og / eller EU direktiver

¹³⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021), side. 113

fleksibilitet samt mulighed for risikospredning ved co-investeringer med andre aktører, herunder kapitalfonde, forsikrings-, pensionselskaber samt ATP. Dette taler således for at udskilningen af den faste ejendom er kommercielt velbegrunder, da det tidligere er slået fast, at praksis for ejendomsinvesteringer foretages igennem selvstændige juridiske enheder.¹³¹

3.6.2.2.2 Kontanter

Formålet med at tilføre kontanter i forbindelse med den skattefrie tilførsel af aktiver er, at B – ApS ikke vil opfylde de objektive betingelser for 3 A selskaber. Helt konkret vil det betyde B – ApS' aktiver bestående af fast ejendom for indkomståret udgør mindre end 90%. B – ApS vil forsat udgøre et selvstændigt skattesubjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1 og dermed ikke være omfattet af transparensreglen i SEL § 3 A. Beskatningen af den løbende drift hidrørende fra ejendomsvirksomhed indgår dermed ikke i Faktormodellen for Liv A/S.

3.6.2.2.3 Vurdering

Baseret på ovenstående foreligger der både kommercielle og skattemæssige motiver bag den pågældende omstrukturering. Det skal være et af de væsentligste formål med et arrangement at opnå en utilsigtet skattefordel, før den generelle omgåelsesklausul finder anvendelse.¹³² Det er i tidligere administrativ praksis fremført, at en simplificering af en koncernstruktur kan udgøre en velbegrunder kommerciel årsag jf. SKM2020.293.SR.¹³³ I den nærværende sag vil arrangementet gøre det mere simpelt at drive forretning, da det giver lettere adgang til diversificering via co-investorer mv. Omstruktureringen må derfor være anset for kommercielt velbegrunder.

I relation til det skattemæssige aspekt af motivationen, er dette forhold afklaret i forarbejderne til SEL § 17 A. F&P spørger i denne sammenhæng til LL § 3's rækkevidde i relation til omstruktureringer direkte afledt af SEL § 17 A:¹³⁴

"F&P anmoder endvidere om, at det bekræftes, at ingen form for udskillelse af aktiviteter, som helt eller delvis har til formål at bringe indkomst af ikkefinansiel aktivitet ud af særbeskatningen, vil kunne tilsidesættes efter ligningslovens § 3 alene med henvisning til dette formål."

Skatteministeriet svarer i denne sammenhæng:¹³⁵

"Som F&P selv henviser til, er det udtrykkeligt anført i bemærkningerne til lovforslaget, at det ikke i sig selv kan begrunde en skattemæssig tilsidesættelse af en selskabsmæssig udskillelse af ikkefinansiel aktivitet efter ligningslovens § 3, at denne udskillelse har til formål at undgå, at aktiviteten beskattes med den forhøjede skattesats. Det af F&P anførte kan derfor bekræftes."

Baseret på Skatteministeriets udtalelser kan det konkluderes, at kriteriet om arrangementet er tilrettelagt med hovedformål eller biformal at opnå en skattefordel sættes under pres, når det vedrører omstruktureringer med hovedformål at udskille ikkefinansiel virksomhed afledt af SEL § 17 A.

Skatteministeriet har været særdeles eksplicit i ovenstående udtalelse og de konkrete type-eksempler i forarbejderne vedrører udskilning af ejendomme mv.¹³⁶ Den nærværende sag er dog ikke omtalt i lovens forarbejder, hvorfor det må skulle fortolkes hvor vidt at tilførsel af kontanter er omfattet af den generelle omgåelsesklausul. Hele formålet med tilførsel af kontanter, er som beskrevet, at B – ApS beholder sin status som selvstændigt skattesubjekt og beskatningen af den løbende drift hidrørende fra ejendomsvirksomhed i B – ApS indgår ikke til Faktormodellen for Liv A/S. Hvis skatteyder skulle blive udfordret på den skattefrie tilførsel af kontanter, ville en løsning være, at B – ApS ikke udbetaler udbytter til Liv A/S indtil der er tilstrækkelig likviditet i B – ApS til at bryde 90%-grænsen jf. SEL § 3 A, stk. 1. Skatteydere

¹³¹ Se afsnit 3.2.1 for yderligere beskrivelse.

¹³² (JV, 3.9, 2022-1), C.I. Generel omgåelsesklausul, Afsnit 4.1.6.3

¹³³ Skatterådet fastslog, at hovedformålet med arrangementet var forsøg på omkvalificering af et udbytte til likvidationsprovenu og dermed lempeligere beskatning

¹³⁴ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 42

¹³⁵ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 42 (Egen understregning)

¹³⁶ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 21 – 26

har ikke pligt til at udbetale årets overskud som udbytte til kapitalejerne¹³⁷, hvilket også er bekræftet i lovens forarbejder.¹³⁸

3.6.2.3 Eksistensen af en skattefordel

Formålet med den generelle omgåelsesklausul er, som tidligere gennemgået, at etablere en værnsregel mod opnåelse af utilsigtede skattefordele, som ikke allerede er dækket af de øvrige værnsregler implementeret i dansk ret.¹³⁹ Den generelle omgåelsesklausul kan således kun finde anvendelse, hvis der foreligger en skattefordel.

3.6.2.3.1 Sammenligningsgrundlaget

Ved vurdering af en skattefordel, skal der etableres et sammenligningsgrundlag. Det er behandlet i litteraturen om hvad, bør udgøre sammenligningsgrundlag og om hvor vidt, at dette altid skal være den løsning med højeste skattebyrde forbundet.¹⁴⁰ I den nærværende sag er det naturligt at sammenligne koncernstrukturen før og efter omstruktureringen.¹⁴¹

3.6.2.3.2 Konkret vurdering af skattefordelen

Til vurdering af den opnåede skattefordel forbundet med arrangementet opstilles et hypotetisk eksempel, som forudsætter skattepligtig indkomst på 1.000 hos Liv A/S samt skattepligtig indkomst på 100 og positiv værdiregulering på 50, som kan henføres til den relevante faste ejendom.

Tabel 4 – Vurdering af skattefordel

Mio. Kr.	Før	Efter
<u>Regnskabsmæssigt resultat før skat</u>		
Liv A/S (§ 8-selskab)	1.100	1.000
B – ApS (Kapitalselskab)	n.a.	100
<u>Skattemæssige reguleringer</u>		
Skattepligtig indkomst, 3 A selskab	n.a.	-
Skattemæssigt resultat før fradragsbegrænsning	<u>1.100</u>	<u>1.000</u>
<u>Opgørelse af fradragsbegrænsning</u>		
Værdiregulering, ejendom	50	50
Subtotal	<u>50</u>	<u>50</u>
<u>Opgørelse af skattepligtig indkomst</u>		
Skattepligtig indkomst, Liv A/S (omfattet af SEL § 17 A)	1.150	1.050
Skattepligtig indkomst, B - ApS (ikke omfattet af SEL § 17 A)	n.a.	100
Faktorforhøjelse (26/22) ¹⁴² , Liv A/S	<u>1.359,09</u>	<u>1.240,91</u>
<u>Betalbar skat</u>		
Liv A/S	299,00	273,00
B - ApS	n.a.	22,00
Resultat efter skat, Total	<u>851</u>	<u>855</u>

¹³⁷ <https://erhvervsstyrelsen.dk/vejledning-udbytte-i-kapitalselskaber>, kapitel 7

¹³⁸ L28 A (2018-2019), Spørgsmål 4, side 2-4

¹³⁹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021), side 104 - 105

¹⁴⁰ (Bundgaard, Udviklingen vedrørende den generelle omgåelsesklausul, 2020), side 1 – 2. Forfatteren i denne artikel kritiserer, at Skatteforvaltning vælger den hårdest muligt beskatningsmodel til vurdering af om der er opnået en skattefordel i relation til SKM.2020.293.SR. Der argumenteres således for, at der bør fokuseres mere på om hvor vidt, at den anvendte fremgangsmåde og relaterende skattefordel virker mod hensigten og formålet med den konkrete bestemmelse

¹⁴¹ Se figur Figur 6

¹⁴² Beregningseksemplerne tager udgangspunkt i et indkomstår startende pr. 01.01.2024 eller senere, da perioden 01.01.2023 – 31.12.2023 udgør en overgangsperiode, hvor faktorforhøjelse kun udgør 25,2/22 jf. SEL § 17 A, stk. 1, 2. pkt.

Ud fra ovenstående kan det objektivt konkluderes, at den pågældende omstrukturering medfører en skattefordel, da den løbende drift er udskilt fra Faktormodellen i Liv A/S. Dette påvirker den betalbare skat grundet diskrepansen imellem beskatningsregimerne SEL § 1, stk. 1 og SEL § 17 A.

3.6.2.4 *Imod formålet med skatteretten*

Til vurdering af om en økonomisk disposition strider mod formålet med skatteretten, er det nødvendigt at klarlægge hvad formålet med den relevante lovbestemmelse er. Dette indebærer blandt andet at inddrage den pågældende lovs relevante forarbejder og dermed anlægge en formålsfortolkning.¹⁴³

I den konkrete sag afgrænses den relevante lovbestemmelse til SEL § 17 A, stk. 1 – 3 inklusive lovens forarbejder.¹⁴⁴ Baseret på lovens forarbejder kan det udledes, at formålet med loven er at beskatte finansielle selskaber, som er underlagt tilsyn af Finanstilsynet i medfør af lov om finansiel virksomhed eller de speciallove, der gælder for særlige typer af finansielle selskaber.¹⁴⁵

”Det ene finansieringselement, som lovforslaget har til hensigt at udmønte, vedrører et samfundsbidrag i form af en forhøjet selskabsskat for finansielle selskaber, som medfører, at den finansielle sektor vil bidrage mere til fællesskabet.”

De særlige typer af finansielle selskaber er oplistet i SEL § 17 A, stk. 3, nr. 1 – 14. De relevante finansielle selskaber skal opgøre den skattepligtige indkomst efter skattelovgivningens normale bestemmelse og herefter anvende Faktormodellen.¹⁴⁶ Det er ikke muligt for de relevante selskaber at foretage en særskilt opgørelse af skattepligtig indkomst hidrørende fra henholdsvis finansiel og ikkefinansiel aktivitet. Skatteministeriet åbner derfor op for, at hvis finansielle selskaber har ikkefinansiel aktivitet, så kan denne udskilles¹⁴⁷:

”Finansielle selskaber, der udøver ikkefinansiel virksomhed, der kan udskilles i et særskilt selskab, vil kunne gennemføre en sådan udskillelse ved f.eks. en skattefri tilførsel af denne virksomhedsgren til et nystiftet datterselskab og derved som udgangspunkt kunne opnå, at indkomsten fra de ikkefinansielle aktiviteter ikke bliver beskattet med den forhøjede selskabsskat...”

Skatteministeriet har samtidig kommenteret positivt på, i L161, at udskilning af ikkefinansielle aktiviteter ikke er omfattet af den generelle omgåelses klausul jf. LL § 3:¹⁴⁸

”...En eventuel udskillelse i et særskilt datterselskab med henblik på at sikre, at de ikkefinansielle aktiviteter ikke pålægges den forhøjede selskabsskat, vil ikke kunne anses for en disposition, der strider mod formålet med de foreslåede regler, og den vil derfor ikke kunne tilsidesættes med henvisning til den generelle omgåelses klausul i ligningslovens § 3.”

Det er ikke muligt ud fra lovens ordlyd i SEL § 17 at udlede hvad ”ikkefinansielle aktivitet” udgør. Udledning af ”ikkefinansielle aktiviteter” er essentiel for behandlingen, da det har konsekvenser for retsanvendelsen og rækkevidden af SEL § 17 A og LL § 3. Det er således afgørende for § 8-selskabers mulighed for at strukturere sig ud af den øgede skattebyrde illustreret i afsnit 3.2.1.2. Der må således anlægges en subjektiv fortolkning med henblik på at få afdækket dette centrale begreb.

I lovens forarbejder afspejles det tydeligt, at den finansielle sektors interesseorganisationer og andre interessenter har været særdeles aktive i perioden mellem 1. og 2. behandling af L161. Særligt har forvaltere af alternative investeringsfonde (”FAIF”) ydet en stor indsats for, at FAIF’ere ikke bør være omfattet af kredsen af selskaber i SEL § 17 A, stk. 1 – 14. EjendomDanmark udtrykker i høringsvar frustration over, at FAIF’ere relaterende til

¹⁴³ L28 A (2018-2019), Lovforslag som fremsat, side 98 – 99

¹⁴⁴ L161 (2021-2022), Bilag 1, side 46

¹⁴⁵ L161 (2021-2022), Skatteministeriet, j.nr. 2021-9643., side 1 (Egen understregning)

¹⁴⁶ Se afsnit 3.2.1.1 for yderligere beskrivelse her af

¹⁴⁷ L161 (2021-2022), Lovforslag som fremsat, Side 9 – citat er gengivet i fuld længde qua vigtighed for afhandlingen

¹⁴⁸ L161 (2021-2022), Lovforslag som fremsat, Side 9 – citat er gengivet i fuld længde qua vigtighed for afhandlingen (Egen understregning)

ejendomsinvesteringer er omfattet af SEL § 17 A, stk. 3, nr. 9¹⁴⁹. De underliggende ejendomsinvesteringer anses ikke for finansiel virksomhed, men er derimod ejendomsvirksomhed, som blot er juridisk underlagt Finanstilsynet. Skatteministeriet kommenterer i denne sammenhæng, at alternative investeringsfonde ("AIF")¹⁵⁰ ikke anses for finansielle selskaber og ejendomsinvesteringer således kan udskilles til selvstændige juridiske enheder, som ikke er omfattet af særskatten:¹⁵¹

"Efter forslaget anses alternative investeringsfonde (AIF'er) ikke for finansielle selskaber, der omfattes af samfundsbidraget, heller ikke AIF'er, der investerer i fast ejendom. Det er kun forvalterne af disse fonde – FAIF'erne – der omfattes... Hvis en FAIF udover at levere ydelser i form af forvaltning af AIF'ere har foretaget investeringer i fast ejendom, vil disse investeringer kunne udskilles i en selvstændig juridisk enhed, der ikke vil være et finansielt selskab, som omfattes af den forhøjede selskabsskat. Forslaget medfører således ikke, at ejendomsselskaber omfattes af samfundsbidraget."

Baseret på ovenstående kan det således konkluderes, at ejendomsvirksomhed ikke anses for finansiel virksomhed og det har ikke været formålet med loven at beskatte ejendomsselskaber med særskatten. Liv A/S opnår således ikke en utilsigtet skattefordel ved arrangement. Dette bekræftes også af Skatteministeriet senere i lovens forarbejder, da Advokatrådet søger begrundelsen for hvorfor, at den pågældende disposition ikke vil kunne tilsidesættes efter LL § 3 og hertil svarer Skatteministeriet¹⁵²:

"Det er en betingelse for, at den generelle omgåelsesklausul i ligningslovens § 3 kan finde anvendelse, at der er søgt opnået en skattefordel, der strider mod skattereglernes formål. Det er anført i bemærkningerne til forslaget, at det ikke strider mod formålet med de foreslåede bestemmelser, hvis der foretages en udskillelse af ikkefinansielle aktiviteter i et særskilt selskab. Denne udtrykkelige omtale af problemstillingen har netop til hensigt at gøre det klart, at sådanne selskabsmæssige omstruktureringer ikke vil kunne tilsidesættes efter ligningslovens § 3."

På baggrund heraf kan det konkluderes, at den konkrete udskilning ikke er i strid med formålet med SEL § 17 A.

3.6.2.5 Realitetskravet

Ved vurdering af om et arrangement er kommercielt velbegrunderet og illustrerer den økonomiske virkelighed, skal arrangementet vurderes proportionelt i forhold til den opnåede skattefordel. Den kommercielle fordel skal således kunne dokumenteres, hvilket Skatterådet tidligere har lagt særligt vægt på i blandt andet SKM2020.355.LSR og SKM2017.333.SR¹⁵³. I sidstnævnte argumenterede skatteyder for, at det pågældende arrangement ville nedbringe de administrative omkostninger i koncernen. Besparelserne var ikke dokumenteret, hvorfor arrangementet blev tilsidesat jf. den generelle omgåelsesklausul. I SKM2020.355.LSR kunne Skatterådet således ikke dokumentere, at en videreudlodning var tiltænkt, hvorfor den generelle omgåelsesklausul ikke fandt anvendelse på en del af arrangementet. I SKM.2019.413 var det dog muligt for Skatterådet at påvise, at en omstrukturering og afledt skattefri udlodning af likvidationsprovenu var i strid med moder-/datterselskabsdirekte, hvorfor LL § 3 fandt anvendelse. Dette blev dog senere omstødt af Landsskatteretten og Skatteministeriet har indbragt sagen for domsstolene.

Det nærværende arrangement er relativt simpelt og udskiller fast ejendom fra Liv A/S til den selvstændige juridiske enhed B – ApS. Der er ikke tale om et holding selskab, men et faktisk driftsselskab, som driver ejendomsvirksomhed. Til vurdering af den økonomiske realitet af et arrangement har Skatterådet tidligere lagt vægt på elementer som regnskaber, omkostningsstruktur, drift i selskab mv. i det pågældende selskab.¹⁵⁴ Ejendomsvirksomheden udskilles fra

¹⁴⁹ L161 (2021-2022), Bilag 1, Side 22.

¹⁵⁰ Ejendomsselskaber kan skattemæssigt anses som AIF i overensstemmelse med begrebet i § 3, stk. 1, nr. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. defineret som en kollektiv investeringsenhed eller investeringsafdelinger deraf, som a) Rejser kapital fra en række investorer med henblik på at investere den i overensstemmelse med en defineret investeringspolitik til fordel for disse investorer og b) ikke skal have tilladelse i henhold til de regler, der gennemfører artikel 5 i direktiv 2009/65/EF af 13. juli 2009 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter)

¹⁵¹ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 23 (Egen understregning)

¹⁵² L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 9

¹⁵³ Skatterådet fandt i SKM2020.257.SR ikke, at det relevante arrangement var kommercielt velbegrunderet og LL § 3, stk. 1 – 4 fandt således anvendelse

¹⁵⁴ SKM2019.349.SR

Liv A/S til B – ApS og fortsætter i B – ApS. Dette taler således for, at arrangementet er i overensstemmelse med den økonomiske virkelighed.

Arrangementet er illustreret i figur 6 og heraf kan det konkluderes, at den juridiske struktur ændrer sig på baggrund af omstruktureringen. Dette er tidligere berørt i SKM2020.293.SR, hvor det pågældende arrangement bestod af en omstrukturering og efterfølgende likvidation. Her fremgår det dog af den konkrete sag, at den kommercielle årsag ifølge skatteyder var simplificering af koncernstrukturen (i.e. reorganisering). Det er et krav, at der skal være tale om en dokumenteret og reel reorganisering, som illustrerer den økonomiske virkelighed. Skatterådet fandt, at den generelle omgåelsesklausele fandt anvendelse, da det konkrete arrangement bestod af én omstrukturering efterfulgt af likvidation, som bragte koncernstrukturen tilbage til sin oprindelige form.

En lignende sag er behandlet af Højesteret, SKM.2014.422.HR. Her var ejerforholdene uændret efter de pågældende arrangementer, var udført. Højesteret fandt, at arrangementerne skulle tilsidesættes, da de ikke afspejlede den økonomiske virkelighed, men udelukkende var konstrueret med henblik på at opnå en skattefordel efter dagældende ABL. Der kan argumenteres for, at denne del af den generelle omgåelsesklausele udgør den skatteretlige realitetsgrundsætning implementeret i lovgivningen¹⁵⁵, som tidligere kun har været behandlet i praksis blandt andet af Højesteret.¹⁵⁶

Baseret på ovenstående og ud fra en modsætningslutningsbetragtning med nærværende retsfaktum bør der lægges særligt vægt på, at koncernstrukturen før og efter omstruktureringen ikke er ens. Ydermere er der tale om et faktisk driftsselskab, som driver ejendomsvirksomhed, hvorfor arrangementet illustrerer den økonomiske virkelighed og dermed skal anses for reel.

Omstruktureringen er ikke grænseoverskridende og en vurdering af geografisk tilhørsforhold er ikke aktuel. Dette ville være naturligt som led i substansvurderingen, at inddrage geografisk tilknytning for de involverede parter. Dette har tidligere været genstand for vurdering af Skatterådet jf. SKM2017.333.SR, SKM2017.626.SR og SKM2018.466.

Den objektive analyse af de relevante faktiske forhold og omstændigheder viser, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed, hvorfor der er tale om en reel disposition.

3.6.3 Delkonklusion

Ved gennemgang af Skatteministeriets anbefalede arrangement set i lyset af LL § 3, konstateres det, at der er tale om et arrangement og Liv A/S opnår en skattefordel. Således er samtlige objektive betingelser for, at arrangementet potentielt kan være indenfor anvendelsesområdet af LL § 3 opfyldt. Arrangementet vurderes ikke at være i strid med formålet med SEL § 17 A. Dette forhold er behandlet i L161 jf. F&P's forespørgsel, hvor Skatteministeriet bekræfter, at ingen form for udskilning af ikkefinansiel aktivitet kan ses som omgåelse efter LL § 3.¹⁵⁷ Det kan dog diskuteres, hvor vidt at udskilning af kontanter udgør ikkefinansiel virksomhed, men at dette kan mitigeres ved ikke at udbetale udbytte og dermed opspare likviditet nok i B – ApS, til at bryde 90%-grænsen.

Afslutningsvis lever arrangementet op til realitetskravet, da det er ejendomsvirksomhed, som udskilles i en selvstændig juridisk enhed. Den daglige drift af ejendomsvirksomhed fortsætter i B - ApS. Arrangementet afspejler således den økonomiske virkelighed og at der ikke tale om et *pro forma* set-up. Arrangementet er motiveret af både kommercielle- og skattemæssige årsager herunder adgang forretningsmæssig diversifikation, efterlevelse af Finanstilsynets regulering, fleksibilitet samt at undgå beskatning efter SEL § 17 A.

Baseret på ovenstående kan det konkluderes, at Skatteministeriets anbefalede omstrukturering via skattefri tilførsel af aktiver kan foretages indenfor rammerne af LL § 3. Det kan samtidig udledes, at området for én tvist vedrørende LL § 3 i relation til SEL § 17 A vil være klassifikation af finansiel vs. ikkefinansiel aktivitet.

¹⁵⁵ (Bundgaard, et al., 2018), side 141

¹⁵⁶ SKM2014.422.HR, SKM2016.16.HR og SKM2018.305.HR

¹⁵⁷ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 42

4. Diskussion

4.1 Retsskabende værdi for LL § 3

Det skabte furore i den danske finansielle sektor, da Regeringen (S) i august 2020 offentliggjorde reformudspillet *Ny ret til tidlig pension*. En stor del af finansieringen til *Ny ret til tidlig pension* skulle komme fra en øget beskatning af udvalgte finansielle virksomheder (i.e. samfundsbidrag). Dette materialiserede sig i L161, som vakte opsigt da Skatteministeriet lagde op til, at det nu var muligt at strukturere sig ud af en øget skattebyrde indenfor rammerne af LL § 3. Tidligere har LL § 3 været kritiseret rammelovgivning, da den anses for at være for ukonkret og særdeles vidtrækkende.¹⁵⁸ En stor del af motivationen for denne afhandling har derfor været, at efterprøve hvor vidt LL § 3 alligevel kunne finde anvendelse ved Skatteministeriets anbefalede arrangement.

LL § 3 indgår som tidligere fremført som en del af forarbejderne til SEL § 17 A. Fra et retsdogmatisk perspektiv kunne dette anses for efterarbejder, da det er lovgivers udtalelser efter lovens vedtagelse. Generelt defineres efterarbejder som en retskilde bestående af tilkendegivelser eller en anden adfærd fra lovgivningsmagten eller Folketinget, som vedrører forståelsen af vedtagne love.¹⁵⁹ Dette forudsætter dog, at L161 yder et faktisk fortolkningsbidrag til LL § 3. Ved nærlæsning af L161 kommenterer Skatteministeriet på, at forudsat udskilningen udelukkende indeholder ikkefinansielle aktiviteter virksomhed, så vil det ikke kunne tilsidesættes med hjemmel i LL § 3.¹⁶⁰ Skatteministeriet lægger således til grund i deres svar, at ikke alle betingelserne for, at LL § 3 finder anvendelse, er opfyldt. Formålet med SEL § 17 A er at beskatte udvalgte finansielle virksomheder af finansielle aktiviteter, hvorfor det ikke strider mod lovens formål; at undgå den øgede beskatning ved udskilning af ikkefinansielle aktivitet. Dermed opfylder arrangementet ikke kravet om, at det skal stride mod formålet med den relevante lovgivning. L161 kan dermed ikke anses for at være efterarbejder og fortolkningsbidrag til LL § 3, da Skatteministeriet forudsætter i den konkrete analyse, at arrangementet ikke strider mod formålet med SEL § 17 A. På baggrund af ovenstående konkluderes det, at L161 hverken har retsskabende eller præjudikatsværdi i relation til LL § 3.

4.2 Retssikkerhed

Som denne afhandling illustrerer, så har LL § 3 været genstand for diskussion, hvilket også underbygges af mængden af kritiske artikler gennemgået. Dette er på trods af gode bagvedliggende intentioner med lovgivningen. Der skal ikke herske nogen tvivl om, at skatteunddragelse er noget som det globale verdenssamfund ønsker at komme til livs. En af de centrale grundsten i en retsstat er, at borgere (i.e. skatteydere) skal kunne forudse en retsstilling ved en given økonomisk disposition.

Ordlyden og konstruktionen af LL § 3 er til dels upræcist og bredt formuleret. Det er ikke umiddelbart muligt ud fra lovens ordlyd eller lovens forarbejder at forudsige den konkrete retsstilling. Forudberegnelighedskravet udgør en væsentlig forudsætning for retssikkerheden og fortolkes således i almindelighed som et tilsagn om størst mulig lovklarhed og specificationsgrad.¹⁶¹ Dette er tidligere behandlet af Skatterådet i relation til notat om brugen af rammelovgivning indenfor skatteretten:¹⁶²

“Idealet er, at borgerne direkte i loven kan aflæse deres retsstilling, og at man i størst mulig udstrækning bør undgå lovregler med et upræcist indhold, herunder dårligt definerede begreber og lovregler, der i væsentlig grad lader retsstillingen bero på et skøn fra myndighedernes side”.

¹⁵⁸ (Bjare & Sønderholm, 2019), (Bundgaard, Udviklingen vedrørende den generelle omgængelses klausul, 2020) og (Bundgaard, Omgængelses klausulen og de nervøse rådgivere, 2020) mv.

¹⁵⁹ (Hagel-Sørensen, 2013), side 78

¹⁶⁰ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 9

¹⁶¹ (Bjare & Sønderholm, 2019), side 7

¹⁶² Skatteministeriet (2003), <https://www.logting.fo/files/casestate/12467/175.11%20Skjal%20A.pdf>, side 13

En af ulemperne ved udarbejdelse af en bred lovbestemmelse er, at lovens faktiske anvendelsesområdet først fastlægges, når Højesteret tager stilling til det pågældende fortolkningsspørgsmål. Skatterådet kommenterer i denne sammenhæng:¹⁶³

“...at overlade det til administrationen og domstolene at udfylde lovreglerne, må den enkelte skatteyder i skattesagen nødvendigvis blive offer for udviklingen i praksis”

På baggrund af Skatterådets ovenstående udtalelser kan der sås tvivl om hvor vidt, at rammelovgivning (herunder LL § 3) virker efter hensigten eller blot skaber usikkerhed for borgerne. Dette er også berørt i litteraturen:¹⁶⁴

“Ret beset er en lovfæstet omgåelsesklausul udtryk for en generel fravigelse af den øvrige materielle skattelovgivning, der herefter kan bortses fra under uklare og ikke konkret fastsatte omstændigheder. Følgerne heraf er, at der skabes usikkerhed om selve anvendelsesområdet for den øvrige skattelovgivning og skabes tvivl om borgernes principielle og hidtil uantastede adgang til at indrette sig under varetagelse af – lovlige – skattemæssige hensyn”

Som tidligere fremført er der siden LL § 3's implementering ikke afsagt domme ved domstolene vedrørende den generelle omgåelsesklausul. Lovens anvendelsesområde er dermed forsat uklart og domsstolspraksis har derfor endnu ikke bidraget til lovens forudberegnelighed.

4.3 Beskatter samfundsbidraget korrekt?

SEL § 17 A blev implementeret som led i finansieringen af *Ny ret til tidlig pension* og motivationen var fra Regeringen (S), at den finansielle sektor skulle bidrage, efter at være blevet reddet i kølvandet på den globale finansielle krise i 2008.¹⁶⁵ Der er dog ikke tale om hele den finansielle sektor, da det kun indebærer en afgrænset sfære af finansielle virksomheder, som er oplyst i SEL § 17 A, stk. 3 nr. 1 – 14. De kommercielle livsforsikringselskaber, herunder § 8-selskaber, er omfattet af SEL § 17 A, stk. 3 nr. 4. Dette er i skærende kontrast til flere af de direkte konkurrenter til § 8-selskaberne på pensionsområdet, som bl.a. er skattefritaget efter SEL § 3, stk. 1, nr. 9 (firmapensionskasser) og SEL § 3, stk. 1, nr. 18 (arbejdsmarkedsrelaterede livsforsikringsaktieselskaber) og dermed kun er omfattet af PAL beskatning.

SEL § 17 A medfører således asymmetrisk beskatning, som må anses for uhensigtsmæssig i relation til den konkurrencemæssige situation. Asymmetriske skattestrukturer, hvor udvalgte brancher pålægges højere skattebyrder end andre brancher, skævvrider beslutninger når det kommer til investeringer. Afslutningsvis er det konkurrenceforvridende, da ejendomsvirksomhed beskattes forskelligt, alt efter om aktiviteten er ejet af et § 8-selskab, som er underlagt en anden skattesats end andre normale selskabsskattepligtige selskaber.

Som tidligere fremført i denne afhandling er det kun de finansielle aktiviteter, som er tiltænkt at skulle beskattes af den øgede skattebyrde via Faktormodellen. Efter Skatteministeriets opfattelse har det således ikke været formålet med SEL § 17 A, at lade ikkefinansielle aktiviteter indgå i Faktormodellen. Det er tidligere afdækket ejendomsvirksomhed ikke anses for at være finansielle aktivitet og at dette med fordel kan udskilles via en skattefri tilførsel af aktiver.¹⁶⁶

Denne afhandling har tidligere gennemgået, at det kun er delvist muligt for § 8-selskaber at udskille ejendomsvirksomhed fra Faktormodellen, da reglerne fradragsbegrænsning jf. SEL § 13, stk. 4 – 10 stadig skal respekteres.

Baseret herpå kan det grundlæggende diskuteres om hvor vidt, at SEL § 17 A virker i overensstemmelse med lovens oprindelige formål.

¹⁶³ Skatteministeriet (2003), <https://www.logting.fo/files/casestate/12467/175.11%20Skjal%20A.pdf>, side 13

¹⁶⁴ (Bundgaard, Winther-Sørensen, & Ramsdahl Jensen, Den evige udfordring - omgøelse og misbrug i skatteretten, 2015), side 118

¹⁶⁵ Beskæftigelsesministeriet, Rapport: Faktaark - *Ny ret til tidlig pension*, 2020, Side 45

¹⁶⁶ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 23

5. Konklusion

Socialdemokratiets (S) mærkesag fra folketingsvalget i 2019 *Ny ret til tidlig pension* betyder, at personer med eller over 42 års anciennitet på arbejdsmarkedet optjener en ret til at gå tidligere på pension. Reformen blev vedtaget i efteråret 2020 og har afledt en række tiltag og lovændringer på skatteområdet med henblik på højere skatteprovenu og dermed sikre finansieringen af *Ny ret til tidlig pension*.

En af de centrale finansieringskilder blev fundet ved at indføre en særskat pålagt udvalgte selskaber i den finansielle sektor i Danmark. Særskatten udgør en faktorforhøjelse af den skattepligtige indkomst og er implementeret i SEL § 17 A, stk. 1 – 3. Skatteministeriet har i det lovforberedende arbejde lagt særligt vægt på, at det udelukkende er finansielle aktiviteter, som pålægges den øgede skattebyrde. De omfattede selskaber skal opgøre en samlet skattepligtig indkomst og det er således ikke muligt at udskille den ikkefinansielle indkomst indenfor samme juridiske enhed.¹⁶⁷ Finansielle selskaber er derfor nødsaget til at udskille de ikkefinansielle aktiviteter via eksempelvis skattefri tilførsel af aktiver til et selvstændigt skattesubjekt, hvis den øgede skattebyrde skal undgås ifølge Skatteministeriet.¹⁶⁸

§ 8-selskaber er en del af kredsen af selskaber, som er underlagt den øgede skattebyrde foranlediget af SEL § 17 A. Ved gennemgang § 8-selskabers forretningsmodel kan det udledes, at dette også indebærer ikkefinansielle aktiviteter. Af lovens forarbejder fremgår det blandt andet, at ejendomsinvesteringer er anset som ikkefinansiell aktivitet og dette kan ifølge Skatteministeriet udskilles via skattefri omstrukturering.¹⁶⁹ Denne type af omstrukturering kommer dog ikke uden en pris, da skattefri tilførsel af aktiver kan indebære et 3-årigt holding krav. Dette medfører mindre fleksibilitet for § 8-selskabers ejendomsinvesteringer i kommende år. Ydermere afleder det andre administrative konsekvenser herunder moms- og transfer pricing relaterede problemstillinger.

Ved gennemgang af Skatteministeriets anbefalede arrangement set i lyset af LL § 3 og herunder relevant praksis, analyseres et hypotetisk eksempel med Liv A/S (§ 8-selskab), som ønsker at udskille fast ejendom til det nyetablerede B – ApS via skattefri tilførsel af aktiver. Her kan det konkluderes, at der er tale om et arrangement, hvor ikke Liv A/S opnår en skattefordel. Dette skyldes transparensreglen jf. SEL § 3 A, som forårsager, at B – ApS opnår status som 3 A selskab. Den skattepligtige indkomst af B – ApS henføres således til beskatning i Liv A/S. LL § 3 finder derfor ikke anvendelse på det konkrete arrangement, da der ikke opnås en skattefordel.

Som konsekvens heraf og med henblik på ikke at opfylde kriterierne til 3 A selskab, inkluderer Liv A/S også kontanter til B – ApS i forbindelse med den skattefrie tilførsel af aktiver. Dette bevirker, at den løbende drift fra B – ApS udskilles fra Faktormodellen og der opstår skattefordel. Arrangementet vurderes dog ikke at være i strid med formålet med SEL § 17 A. Det kan dog diskuteres, hvor vidt at udskilning af kontanter udgør ikkefinansiell virksomhed, men at dette kan mitigeres ved at undgå at udbetale udbytte og dermed opspare tilstrækkelig likviditet i B – ApS, til at bryde 90%-grænsen på sigt.

Arrangementet lever op til realitetskravet, da ejendomsvirksomheden udskilles i en selvstændig juridisk enhed. Den daglige drift af fast ejendom forsættes i B – ApS og afspejler således den økonomiske virkelighed. Der er således ikke tale om et *pro forma* set-up. Arrangementet er motiveret af både kommercielle- og skattemæssige årsager herunder adgang forretningsmæssig diversifikation, efterlevelse af Finanstilsynets regulering, fleksibilitet samt at undgå beskatning efter SEL § 17 A.

Skatteministeriets anbefalede omstrukturering via skattefri tilførsel af aktiver kan foretages indenfor rammerne af LL § 3 og er i overensstemmelse med gældende ret. Området for en eventuel tvist vedrørende LL § 3 i relation til SEL § 17 A vil være klassifikation af finansiell vs. ikkefinansiell aktivitet.

¹⁶⁷ L161 (2021-2022), Lovforslag som fremsat, Side 9

¹⁶⁸ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 23. Der fremgår af lovens forarbejder om der er tale om en skattefri tilførsel med eller uden tilladelse

¹⁶⁹ L161 (2021-2022), Høringsskema, Side 23 (Egen understregning)

Ud fra analyse og gennemgang af Skatteministeriets anbefalede omstrukturering konkluderes det, at § 8-selskaber kun delvist har mulighed for at strukturere sig ud af den øgede skattebyrde forbundet med SEL § 17 A i relation til ejendomsinvesteringer. Dette skyldes at, § 8-selskaber er underlagt bestemmelserne i SEL § 3 A (transparensregel for ejendomsselskaber) samt §§ 13, stk. 4 – 10 (fradragsbegrænsning). Det kan derfor konkluderes, at det kun er muligt at udskille den løbende drift til et ejendomsselskab ejet af et § 8-selskab fra Faktormodellen. § 8-selskaber lagerbeskattes forsat af summen af selskabets- eller et sambeskattet datterselskabs ejendomsavancer via Faktormodellen.¹⁷⁰

Afslutningsvis konkluderes det, at der ikke fuldstændig eksisterer kongruens mellem lovgivers politiske intention for SEL § 17 A og lovens faktiske rækkevidde, når det kommer til beskatning af fast ejendom for § 8-selskaber.

¹⁷⁰ Se beregningseksempler i Tabel 3

6. Perspektivering

6.1 L7 - Lagerbeskatning af fast ejendom

Siden den brede politiske aftale om *Ny ret til tidlig pension*, hvor lagerbeskatning af fast ejendom indgik som finansieringselement, har der været uklarhed om, hvordan dette skulle gennemføres i praksis. Skatteministeriet fremsatte d. 05.10.2022 et lovforslag om lagerbeskatning af investeringsejendomme L7 (2022-2023). Dette betyder, at løbende værdistigninger (eller fald) på investeringsejendomme henføres til indkomstopgørelsen for selskaber. Lovforslaget har virkning pr. 01.01.2023 og omfatter kun ejendomme, der udlejes i overvejende omfang og at den samlede ejendomsportefølje overstiger en samlet handelsværdi på 100 mio. kr. Motivationen for ændringen til lagerprincippet er, at det svarer til den måde, pensions- og livsforsikrings-selskaber beskattes i dag.¹⁷¹

Fast ejendom og andre typer af unoterede alternative investeringer anses som et supplement til investering i børsnoterede aktiver for institutionelle investorer. Selskabers beskatning af avance og tab på fast ejendom følger i dag realisationsprincippet.¹⁷² I praksis foretages køb og salg af fast ejendom typisk via share deal af datterselskabs- eller koncernselskabsaktier, da dette kan gøres skattefrit jf. ABL §§ 4 A - 4 B. På denne måde udskydes eller undgås beskatningen af avancen hidrørende fra den pågældende faste ejendom.¹⁷³ Ved realisation henføres ejendomsavancen til den skattepligtige indkomst og beskattes med 22%. Som tidligere fremført forårsager reglerne om fradragsbegrænsning, at § 8-selskaber lagerbeskattes af urealiserede ejendomsavancer og at disse indgår i Faktormodellen. Dette medfører en øget skattebyrde for § 8-selskaber set i forhold til andre ejendomsinvestorer.

Grundet reglerne om fradragsbegrænsning foreslår L7, at livsforsikrings-selskaber (herunder § 8-selskaber) i første omgang ikke inkluderes. I forbindelse med, at lovudkastet var i høring i sommeren 2022, gjorde F&P opmærksom på, at lovændringen potentielt kunne lede til dobbeltbeskatning eller dobbeltfradrag af fast ejendom for selskaber allerede omfattet af den særlige fradragsbegrænsning i SEL § 13, stk. 4 – 10. § 8-selskaber er derfor ikke omfattet af L7 indtil én passende overgangsordning er på plads.¹⁷⁴

På trods af den gode intention om at ensarte beskatningsprincippet for fast ejendom, så formår L7 ikke at løse udfordringen med den asymmetriske beskatning af fast ejendom for § 8-selskaber afledt af SEL § 17 A.

Hvis L7 vedtages forårsager det, at skattefordelen ved skattefri afståelse fast ejendom via share deal ophører. L7 blev dog fremsat samme dag som Regeringen (S) udskrev valg til Folketinget. Spændingen og fremtiden for lovforslaget må således være intakt ind til 01.11.2022, hvor valget afholdes.

¹⁷¹ L7 (2022-2023), side 6

¹⁷² Jf. EBL § 6, stk. 1 og idligere gennemgået i afhandlingens afsnit 3.2.1

¹⁷³ L7 (2022-2023), side 6

¹⁷⁴ L7 (2022-2023), side 9 - 10

7. Litteraturliste

Bøger

Hagel-Sørensen, K. (2013). *Efterarbejder*. I J. H. Danielsen, *Max Sørensen 100 år* (1. udgave). København: Jurist og økonomiforbundets forlag.

Tvarnø, Christina. D. ; Nielsen, Ruth (2014). *Retskilder og Retsteorier* (4. udg). København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag

Bundgaard, Jakob; Winther-Sørensen, Niels; Ramsdahl Jensen, Dennis (2015). *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten* (1. udgave). København: Ex Tuto.

Bergenfelt, Kjeld (2016). *Beskatning af finansielle selskaber* (1. udg), Frederiksberg, Karnov Group Denmark

Garde, Jens; Jensen, Jørgen Albæk; Jensen, Orla Friis; Madsen, Helle Bødker; Mørup, Søren Højgaard; Revsbech, Karsten (2016). *Forvaltningsret – Almindelige emner* (6. udg). København. Jurist- og Økonomiforbundets forlag.

Bundgaard, Jakob; Eriksen, Claus H.; Ferniss, Jane; Kerzel, Malene; Langhave, Inge; Pedersen, Jan; Siggaard, Kurt; Winther-Sørensen, Niels; Wittendorf, Jens (2018). *Skatteretten I* (8. udg), København, Karnov Group Denmark.

Eriksen, Claus H.; Ferniss, Jane; Kerzel, Malene; Pedersen, Jan. (2019). *Skatteretten 2* (9. udgave), København, Karnov Group Denmark.

Bolander, Jane; Langhave, Inge; Laursen, Anders Nørgaard; Madsen, Liselotte; Michelsen, Aage. (2019). *Lærebog om indkomstskat* (18. udg). København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag

Budgaard, Jakob; Kjærsgaard, Louise Fjord, Tell, Michael. (2021). *Den skatteretlige omgåelsesklausul* (1. udgave). København. Ex Tuto.

Artikler

Bjare, Peter Rose ; Sønderholm, Søren: *Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3*, SR.SKAT.2019.0110, 2019

Bundgaard Jakob, Schmidt Peter Koerver, Katja Dyppel; Tell, Michael: *Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret*, SR.SKAT.2019.005, 2019

Bundgaard, Jakob: *Omgåelsesklausulen og de nervøse rådgivere*. Taxo.04.2020, 2020

Bundgaard, Jakob: *Udviklingen vedrørende den generelle omgåelsesklausul*. Taxo.07.2020, 2020

Bundgaard, Jakob: *Grænseoverskridende fusion endnu en gang anset for at udgøre omgåelse*. Taxo.03.2021, 2021

Pedersen, Jan: *Realitetsgrundsætningen i ti år*, Tfs 2000, 142, 2000

Rapporter, vejledninger, betænkning mv.

Det danske pensionssystem - International anerkendt, men ikke problemfrit, Pensionskommissionen, 2015

Den juridiske vejledning, 2022-2, Skattestyrelsen, 2022

Ny ret til tidlig pension – Faktaark, Beskæftigelsesministeriet, 2020

Forarbejdere

Lovforslag L28A (2018 – 2019) - <https://www.ft.dk/samling/20181/lovforslag/L28/index.htm>

Lovforslag L7 (2021 – 2022) - <https://www.ft.dk/samling/20211/lovforslag/L7/index.htm>

Lovforslag L161 (2021 – 2022) - <https://www.ft.dk/samling/20211/lovforslag/L161/index.htm>

Lovforslag L7 (2022 – 2023) - <https://www.ft.dk/samling/20221/lovforslag/L7/index.htm>

Hjemmesider

Beskæftigelsesministeriet, 2022, <https://bm.dk/arbejdsomraader/aktuelle-fokusomraader/ny-ret-til-tidlig-pension/>, Besøgt d.11.07.2022

Europa-Kommissionen, 2022, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law_da, Besøgt d. 20.08.2022.

Skatteforvaltningen, 2022,, <https://www.skatteforvaltningen.dk/skatte raadet/om-skatte raadet/>, Besøgt d. 22.09.2022

Erhvervsstyrelsen, 2022, <https://erhvervsstyrelsen.dk/vejledning-udbytte-i-kapitalselskaber>, Besøgt d. 29.10.2022

Skatteministeriet, 2022, <https://www.logting.fo/files/casestate/12467/175.11%20Skjal%20A.pdf>, Besøgt d. 29.10.2022

Socialdemokratiet, 2022, <https://www.socialdemokratiet.dk/det-vil-vi-vaerdig-pension/>, Besøgt d. 29.10.2022

Afgørelser og praksis

Domstolspraxis

EU

C-126/10, Foggia

Højesteret

SKM.2014.422.HR

SKM2016.16.HR

SKM2018.305.HR

Administrativ praksis

Cirkulærer

SKM2017.436.DEP – Retssagsvejledning

Skatterådet

SKM2017.333.SR

SKM2017.626.SR

SKM2018.466.SR

SKM2019.349.SR

SKM2019.413.SR

SKM2020.293.SR

SKM.2020.257

SKM2021.30.SR




SKM.2021.518.SR

Landsskatteretten

SKM2020.355.LSR

SKM2022.418.LSR

Figurforklaring

	Selvstændigt skattesubjekt
	Skattemæssigt transparent enhed
	Fysisk person