

Selskabers begrænsede skattepligt af udbytte særligt set i lyset af begrebet retmæssig ejer og ligningsloven § 3

Companies' limited tax liability on dividends particularly in the light of the concept of beneficial owner and section 3 of the Danish Tax Assessment Act

af TRINE THOMSEN og MARIE BÆKGAARD STISEN

Nærværende afhandling belyser den generelle omgåelsesklausul i LL § 3 til bekæmpelse af misbrug af moder-/datterselskabsdirektivets og dobbeltbeskatningsoverenskomsternes fordele, særligt i forhold til udbytteudlodninger fra danske selskaber. Omgåelsesklausulen er indført for at hindre de åbninger og ubalancer, der opstår i den internationale skattelovgivning, og den ikke acceptable aggressive skatteplanlægning, som internationale virksomheder fører som konsekvens heraf. Retsfølgen af omgåelsesklausulerne i LL § 3 er, at skattepligtige bliver nægtet opnåede fordele efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Dermed risikerer de at blive begrænset skattepligtige til Danmark af det modtagne udbytte, hvis lovgivningen misbruges for netop at opnå disse fordele.

Det er en betingelse for at kunne påberåbe sig en dobbeltbeskatningsoverenskomst, at udbyttemodtageren i henhold til den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst er beneficial owner (retmæssig ejer). En lignende betingelse fremgik ikke udtrykkeligt af moder-/datterselskabsdirektivet før indførelsen af en misbrugsklausul i moder-/datterselskabsdirektivet, men EU-domstolen har fået forelagt en række præjudicielle spørgsmål om en betingelse om at udbyttemodtageren er beneficial owner kan indfortolkes i moder-/datterselskabsdirektivet. Efter indførelsen af den internationale omgåelsesklausul i dansk ret, står det klart, at det er en betingelse for at kunne påberåbe sig både dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og moder-/datterselskabsdirektivet, at udbyttemodtageren er retmæssig ejer. LL § 3 har et selvstændigt anvendelsesområde, og finder anvendelse på arrangementer eller transaktioner, uanset om udbyttemodtageren er retmæssig ejer.

Formålet med en generel international omgåelsesklausul er at hindre misbrug af lovgivningen, idet der er bred enighed om, at aggressiv skatteplanlægning udgør en betydelig udfordring for hele det internationale samfund. Danmark er som medlemsstat i EU forpligtet til at implementere misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 og 3, hvorfor Danmark har indført LL § 3, stk. 1 og 2, hvis ordlyd er fuldstændigt overensstemmende med moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 og 3. I samme omgang valgte regeringen at indføre LL § 3, stk. 3, som er næsten enslydende med OECD's PPT-klausul fra BEPS action 6, som også forventes at svare

til formuleringen i fremtidige omgåelsesklausuler. Skatteministeriet har ved flere lejligheder udtalt, at der ikke er indholdsmæssige forskelle på de to omgåelsesklausuler i LL § 3, som har virkning for transaktioner, arrangementer eller serier af arrangementer fra og med den 1. maj 2015.

Abstract

Due to the continued rising internationalization and different tax legislations, the multinational companies engage in aggressive tax planning by taking advantage of technicalities of a tax system or of mismatches between two or more systems for the purpose of reducing tax liability. As a consequence, both national and international legislators have taken initiatives to avoid abuse of the Parent-Subsidiary Directive and the Double Taxation Conventions. Denmark has introduced two general anti avoidance rules in section 3 of the Danish Tax Assessment Act, one concerning the Parent-Subsidiary Directive and one concerning the Double Taxation Conventions signed by Denmark, both entered into force on May 1, 2015. This thesis will investigate when dividends from Danish companies paid to foreign companies are subject to the limited Danish tax liability.

The national tax base has been widened and strengthened by the concept of beneficial ownership and the anti avoidance rules. The taxpayer is denied any obtained benefits under the Parent-Subsidiary Directive and the Double Taxation Conventions if the taxpayer abuses these. Prior to the introduction of the anti avoidance rules, there was no statutory general rule in the Danish tax law to combat abuse of the Parent-Subsidiary Directive and the Double Taxation Conventions, however the Danish case law found basis to combat some kind of abuse with for instance international principles of “*substance over form*”. The scope of the new rule in section 3 of the Danish Tax Assessment Act is wider than the prior case law. Earlier it was doubtful whether the Parent-Subsidiary Directive required beneficial ownership, which is no longer the case, as both anti avoidance rules require the beneficiary of a dividend to be the beneficial owner. Section 3 of the Danish Tax Assessment Act also applies in cases, where the beneficiary of a dividend is the beneficial owner, but where other kinds of abuse can be stated.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	4
1.1 Problemformulering	5
1.2 Afgrænsning af problemformulering	5
1.3 Metodiske og retskildemæssige overvejelser	6
2. Økonomiske betragtninger ved grænseoverskridende skattekonstruktioner	7
2.1 Økonomisk betydning på international plan	8
2.2 Økonomisk betydning på EU-plan	8
2.3 Økonomisk betydning på national plan	8
3. Begrænset skattepligt af udbytte	8
3.1 Beskatning af udbytte ved begrænset skattepligt	10
3.2 Indeholdelse af udbytteskat	10
4. Begrænset skattepligt af udbytte bortfalder	11
4.1 Skattefrit udbytte af datterselskabsaktier	11
4.1.1 Definitionen af datterselskabsaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 A	11

4.1.1.1 Selskabsskattepligt uden fritagelse i hjemlandet.....	12
4.1.1.2 Aftale om udveksling af skatteoplysninger.....	13
4.1.2 Moder-/datterselskabsdirektivet	13
4.1.2.1 Definitionen af moderselskaber og datterselskaber	13
4.1.2.2 Skattefrit udbytte fra datterselskaber til moderselskaber	14
4.1.3 Dobbeltbeskatningsoverenskomster	14
4.1.3.1 Udbyttedefinition	14
4.1.3.2 Fordeling af beskatningsretten	15
4.2 Skattefrit udbytte af koncernselskabsaktier.....	16
4.2.1 Definitionen af koncernselskabsaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 B	16
4.2.2 Frafald eller nedsættelse efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, såfremt det havde været datterselskabsaktier.....	17
5. Begrænset skattepligt af udbytte bortfalder ikke.....	17
5.1 Beneficial owner	17
5.1.1 OECD's modeloverenskomsts begreb.....	17
5.1.1.1 Agenter, mellemmand og gennemstrømningselskaber.....	18
5.1.2 Autonom eller internretlig fortolkning af begrebet beneficial owner.....	18
5.1.3 Beneficial owner i international praksis	19
5.1.3.1 Indofood.....	19
5.1.3.2 Prévost	21
5.1.3.3 Velcro	22
5.1.4 Beneficial owner i moder-/datterselskabsdirektivet.....	24
5.1.5 Beneficial owner i dansk skatteret.....	25
5.1.6 En kort bemærkning om princippet om rette indkomstmodtager	25
5.1.7 Beneficial owner i dansk praksis	26
5.1.7.1 SKM2012.26.LSR	26
5.1.7.2 SKM2012.121.ØLR.....	29
5.1.7.3 SKM2016.281.HR	31
5.2 Misbrug.....	34
5.2.1 Misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet	35
5.2.1.1 Det EU-retlige grundlag.....	35
5.2.1.1.1 Det EU-retlige misbrugsprincip	35
5.2.1.1.2 Misbrugs klausulen i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1	37
5.2.1.2 Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2	44
5.2.1.2.1 Delt bevisbyrde mellem skattemyndighederne og den skattepligtige	46
5.2.1.2.2 Eksempel.....	47
5.2.2 Misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster.....	48
5.2.2.1 Det internationale retsgrundlag.....	48
5.2.2.1.1 Kommentarer til OECD's modeloverenskomst artikel 1	48
5.2.2.1.2 Generalklausulen i BEPS action point 6	49
5.2.2.2 Ligningslovens § 3, stk. 3	53
5.2.2.2.1 Delt bevisbyrde mellem skattemyndighederne og den skattepligtige	54
5.2.2.2.2 Eksempler	54
5.2.3 Direktivernes forrang ifølge ligningslovens § 3, stk. 4.....	56
5.2.4 Forskelle mellem ligningslovens § 3, stk. 1 og § 3, stk. 3.....	57
6. Aggressiv skatteplanlægning fra en corporate social responsibility vinkel.....	59
6.1 Definition af aggressiv skatteplanlægning	59
6.2 Definition af corporate social responsibility	60
6.3 Skattestrategi i lyset af corporate social responsibility og koncernens konkurrenceevne	61
7. Perspektivering – tilfører ligningslovens § 3 noget nyt?.....	62
7.1 Retsstillingen vedrørende omgåelse før indførslen af ligningslovens § 3.....	62
7.2 Retsstillingen ved indførslen af omgåelses klausulen i ligningslovens § 3	65
7.3 Vurdering af betydningen af indførslen af ligningslovens § 3 i dansk skatteret.....	66
7.3.1 Ligningslovens § 3 anvendt i SKM2017.333.SR	68

7.3.1 En kort bemærkning om retssikkerhed.....	69
8. Sammenfatning.....	70
9. Litteraturliste.....	71

1. Indledning

En fortsat stigende internationalisering og forskellige skattelovgivninger rundt om i verden skaber åbninger og ubalancer, hvor selskaberne får mulighed for at indrette sig på en måde, så den mest lempelige beskatning opnås.¹ Idet skat er en omkostning for selskaberne, er der nærmest opstået en pligt til, at ledelsen, inden for lovgivningens rammer, vælger de transaktioner og arrangementer, som resulterer i det mest gunstige skattemæssige resultat.² Omvendt er der et ganske diffust krav fra offentligheden om, at de multinationale koncerner ikke bør benytte aggressiv skatteplanlægning til opnåelse af fordele på andre skatteyderes bekostning.³ Problematikken har skabt både national og international bevågenhed, og idet skatteplanlægning konstant udvikles, er håbet, at en generel international omgåelsesklausul kan hindre misbrug af lovgivningen.⁴ På baggrund heraf indførtes i dansk ret LL § 3 til bekæmpelse af misbrug af moder-/datterselskabsdirektivets og dobbeltbeskatningsoverenskomsternes fordele, der følger af den såkaldte Skattelypakke, som blev indført ved lov nr. 540 af 29. april 2015. Denne lov er resultatet af lovforslaget L 167 fremsat den 20. marts 2015 i forlængelse af regeringens aftale om en styrket indsats mod skattely i november 2014,⁵ hvor aftaleparterne er enige om, at skatteunddragelse og anvendelsen af skattelykonstruktioner udgør en betydelig udfordring for det internationale samfund.⁶ LL § 3 har virkning for transaktioner, arrangementer eller serier af arrangementer fra og med den 1. maj 2015.⁷

Nærværende afhandling vil fokusere på den danske begrænsede skattepligt af udbytte i lyset af omgåelsesklausulen i LL § 3. Som hovedregel vil et udenlandsk selskab, som modtager udbytte fra et dansk selskab, blive begrænset skattepligtig til Danmark heraf, og det danske selskab skal indeholde udbyttekildeskatt. Denne hovedregel vil blive behandlet i afhandlingens afsnit 3. Der er dog ikke begrænset skattepligt af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier under forudsætning af, at beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Disse undtagelser omtales under afsnit 4. Danmarks beskatningsret begrænses kun, såfremt den udenlandske udbyttmodtager er beneficial owner (retmæssig

¹ Peter Koerver Schmidt, Peter Koerver Schmidt mfl., *International skatteret i et dansk perspektiv*, 1. udgave, 2015, side 265

² Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djævlens i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 54

³ Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238

⁴ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen, *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen*, SU 2015, 203

⁵ Skatteministeriet, *Styrket indsats mod skattely - bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner*, november 2014

⁶ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 2.1 Aftale om en styrket indsats mod skattely

⁷ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.5 Lovforslaget

ejer). Danmark kan derudover nægte fordele i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, såfremt der er tale om misbrug af disse. Undtagelserne til begrænsningen i dansk beskatningsret belyses i afhandlingens afsnit 5.

1.1 Problemformulering

Hvornår er udbytte fra danske selskaber, som betales til udenlandske selskaber, omfattet af den begrænsede danske skattepligt?

1.2 Afgrænsning af problemformulering

Med nærværende afhandling er det ikke tilsigtet at lave en detaljeret og udtømmende redegørelse af samtlige problemstillinger ved grænseoverskridende udlodninger. Kun regler på området for direkte beskatning inddrages i afhandlingen, hvorimod undersøgelser vedrørende området for indirekte skatter, herunder momsområdet, udelades. Det lægges til grund, at udbyttedtageren er en juridisk person, og eventuelle regler, der udelukkende relaterer sig til fysiske personer, vil derfor ikke blive behandlet. Ligeledes vil regler vedrørende transparente selskaber ikke blive behandlet. Afhandlingen tager udgangspunkt i SEL § 2 om begrænset skattepligt ved udbytteudlodninger til udenlandske selskaber, hvorfor regler vedrørende den ubegrænsede skattepligt for udbytter ikke behandles.

Afhandlingen begrænses til indkomstformen udbytter, hvorfor renter og royalties ikke bliver yderligere analyseret. På baggrund heraf, vil afhandlingen fokusere på moder-/datterselskabsdirektivet, hvorimod rente-/royaltydirektivet samt fusionsskattedirektivet kun inddrages i det omfang, de findes relevante for analysen. I afhandlingen inddrages ikke specifikke dobbeltbeskatningsoverenskomster, men der tages udelukkende udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst, som også udgør grundlaget for langt de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster, Danmark har indgået.⁸

Den internationale omgåelsesklausul vil udelukkende blive analyseret ud fra et skatteretligt perspektiv. Afhandlingen vil kun i stærkt begrænset omfang analysere reglernes overensstemmelse med EU-rettens frihedsrettigheder, ligesom selskabsretten og øvrige retsområder ikke inddrages til analyse af konsekvenserne ved grænseoverskridende udbytteudlodning i forbindelse med den internationale omgåelsesklausul. Ligeledes vil aspekter fra skatteforvaltningsretten og skattestrafferetten ikke inddrages i nærværende afhandling. Afhandlingen indeholder dermed ikke en udtømmende analyse af alle relevante forhold vedrørende en grænseoverskridende concerns retsstilling.

En gennemgang af specifikke værnsregler til hindring af misbrug ligger uden for rammerne af denne afhandling, som primært retter sit fokus mod rækkevidden af den generelle omgåelsesregel. Ligeledes vil behandling af regler eksempelvis om transfer pricing, hybride mismatches mv. ligge udenfor rammerne af denne afhandling.

⁸ Anders Nørgaard Laursen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 1108

I nærværende afhandling skelnes der ikke nærmere mellem begreberne ”omgåelse” og ”misbrug”. Ydermere er der af OECD overvejende brugt udtrykket ”generalklausul”, alt imens EU-institutionerne anvender ”misbrugsklausul” og dansk ret benytter ”omgåelsesklausul”. Disse 3 begreber vil i afhandlingen blive behandlet som synonyme.

1.3 Metodiske og retskildemæssige overvejelser

Denne afhandling behandler regler vedrørende beskatning af udbytteudlodninger og omgåelse af disse regler før og efter indførslen af en international omgåelsesklausul i LL § 3 til bekæmpelse af misbrug i forbindelse med grænseoverskridende arrangementer og transaktioner omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet eller af danske dobbeltbeskatningsoverenskomster. I afhandlingen er der anvendt retsdogmatisk metode, hvor gældende ret (*de lege lata*) systematiseres, beskrives, analyseres og fortolkes.⁹ Afhandlingens problemformulering vil blive besvaret ved anvendelse af juridiske retskilder, herunder både internationale, EU-retlige og nationale retskilder, til undersøgelse af gældende ret. Således arbejdes der i afhandlingen retsdogmatisk, idet konkrete juridiske problemstillinger løses ved undersøgelse af gældende ret og besvares ved hjælp af retskilder.¹⁰

Den internationale omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 1 er indført til bekæmpelse af misbrug i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Indsættelsen af omgåelsesklausulen i dansk ret er en konsekvens af Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015, der ændrede moder-/datterselskabsdirektivet. Idet EU-retten har forrang for national ret,¹¹ var medlemsstaterne, herunder Danmark, forpligtet til at implementere en international omgåelsesklausul.¹² Ved samme lejlighed indførtes i LL § 3, stk. 3 en tilsvarende omgåelsesklausul vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomster, som bygger på OECD's arbejde i BEPS-projektet.¹³ Da LL § 3, stk. 3 kun er en implementering af OECD's anbefalede omgåelsesklausul i artikel X, stk. 7, inddrages artikel X, stk. 1-6 og 8 ikke.

OECD's modeloverenskomst samt kommentarerne til de enkelte artikler antages at have betydelig retskildeværdi, når internationale skatteretlige konflikter skal løses.¹⁴ Derfor er disse tillagt stor vægt i nærværende afhandling. Ligeledes er der anvendt international domspraksis til nærmere fortolkning af begrebet ”beneficial owner”, som indgår i OECD's modeloverenskomst. På det internationale skatterets område kan praksis i andre lande tillægges betydning som retskilde.¹⁵

Der er i afhandlingen gjort brug af EU-domstolens retspraksis, blandt andet til at udlede et generelt EU-retligt misbrugsprincip. Det forudsættes, at EU-domstolens domme anses som præjudikater af

⁹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier*, 4. reviderede udgave, 2014, side 30

¹⁰ *Ibid.*, side 30

¹¹ *Ibid.*, side 148

¹² Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.1 Moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet

¹³ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.3 Dobbeltbeskatningsoverenskomster og omgåelsesklausuler

¹⁴ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 132

¹⁵ *Ibid.*, side 135

de forskellige medlemsstater, for at sikre ensartet fortolkning af EU-retten.¹⁶ Ifølge EU-domstolen er de nationale domstole forpligtet til at rette sig efter EU-domstolens fortolkning,¹⁷ hvorfor EU-domstolens retspraksis får stor retskildeværdi i forhold til den internationale omgængelsesklausul. I afhandlingen er der ikke mindst anvendt en stor mængde skattelovgivning. Lovgivningen må anses for at være den vigtigste danske retskilde næstefter grundloven, og øvrig regeldannelse kan kun ske inden for lovens rammer.¹⁸ De danske domstole benytter i høj grad subjektiv fortolkning af lovtteksterne,¹⁹ som medfører, at lovtteksten læses i lyset af forarbejderne.²⁰ I nærværende afhandling er der ligeledes ved tvivl om anvendelsesområdet og rækkevidden af de enkelte bestemmelser, herunder særligt LL § 3, anvendt subjektiv fortolkning ved inddragelse af diverse forarbejder. Denne fortolkningsmetode anses for at være i overensstemmelse med dansk retstradition.²¹ I afhandlingen er der til klarlæggelse af lovbestemmelsernes nærmere indhold anvendt såvel domspraksis som administrativ praksis. Domstolenes afgørelser har en betydelig præjudikatværdi.²² Af administrativ praksis er der blandt andet anvendt afgørelser fra Landsskatteretten, som også spiller en betydelig rolle ved fastlæggelse af gældende dansk skatteret,²³ men som dog ikke har samme retskildeværdi som domstolenes afgørelser.²⁴ Ligeledes har Skatterådets afgørelser i sager om bindende svar stor betydning for skattemyndighedernes praksis.²⁵

Det bemærkes, at samtlige figurer i afhandlingen er udarbejdet af denne afhandlings forfatter.

Der vil generelt være fokus på anvendelse af de nyeste retskilder, men materiale fremkommet efter den 30. maj 2017 er ikke medtaget i denne afhandling.

2. Økonomiske betragtninger ved grænseoverskridende skattekonstruktioner

Problemerne vedrørende internationale skatteforhold har aldrig været så højt på den politiske dagsorden, som de er i dag. Integrationen af nationale økonomier og markeder er steget betydeligt i de senere år, hvilket har lagt et pres på de internationale skatteretlige rammer, der er designet for lang tid siden.²⁶ I det følgende vil afhandlingen belyse, hvor stor økonomisk betydning omgængelse har på både national, EU og international plan, og hvorfor netop denne problemstilling berettiget har fået så stor bevågenhed.

¹⁶ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier*, 4. reviderede udgave, 2014, side 184

¹⁷ *Ibid.*, side 191

¹⁸ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 132

¹⁹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier*, 4. reviderede udgave, 2014, side 94

²⁰ *Ibid.*, side 95

²¹ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 116

²² Jan Pedersen, Jan Pedersen mfl., *Skatteretten 1*, 7. udgave, 2015, side 98

²³ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 120

²⁴ Jan Pedersen, Jan Pedersen mfl., *Skatteretten 1*, 7. udgave, 2015, side 80

²⁵ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 121

²⁶ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Reports, *Explanatory Statement*, side 4

2.1 Økonomisk betydning på international plan

På international plan skønnes tabet i manglende global selskabsskat at udgøre 100-240 milliarder USD årligt, svarende til 4-10 pct. af den samlede globale selskabsskat. Dette tab skyldes en række forskellige årsager, som eksempelvis aggressiv skatteplanlægning i multinationale selskaber, samspillet mellem de nationale skatteregler samt manglende gennemsigtighed og koordinering mellem de nationale skattemyndigheder.²⁷

2.2 Økonomisk betydning på EU-plan

Grundet skattesvig, skatteunddragelse, skatteundgåelse og aggressiv skatteplanlægning anslås der hvert år at gå en skandaløs sum af 1 billion EUR tabt i mulige skatteindtægter i EU, svarende til en udgift for hver EU-borger på 2.000 EUR, uden at der reageres med passende foranstaltninger. De mulige skatteindtægter, der går tabt, udgør blandt andet en trussel for et velfungerende indre marked, og er et skår i EU-skattesystemernes effektivitet og retfærdighed.²⁸

2.3 Økonomisk betydning på national plan

Det er en betydelig udfordring for hele det internationale samfund, at der foregår grænseoverskridende skatteunddragelse og anvendes skattelykonstruktioner. Ifølge forskning på området, anslås det, at godt 3-5 milliarder kr. årligt går tabt i Danmark grundet den manglende beskatning af afkast af finansielle formuer, der sker ved skatteunddragelse gennem skattely.²⁹

Det bemærkes, at der er forskellige definitioner på skattesvig, skatteunddragelse, skatteundgåelse og aggressiv skatteplanlægning alt efter hvilken institution eller organisation, der omtaler problemerne herved. Af hensyn til at der ligger noget forskelligt i begreberne alt efter om der kigges på national, EU eller på international plan, er begreberne i nærværende afsnit bevaret, men vil efterfølgende gå under en samlet betegnelse kaldet enten ”omgåelse” eller ”misbrug”.

Ud fra ovenstående kan udledes, at der ved misbrug går betydelige økonomiske midler tabt – ikke blot på national plan, men også på EU plan og på et større internationalt plan. En del af problemstillingen kan henføres til de økonomiske midler, der går tabt ved manglende udbyttebeskatning grundet internationale koncerners skatteplanlægning.

3. Begrænset skattepligt af udbytte

Udbytte omfattet af LL § 16 A, stk. 1 og 2 oppebåret af udenlandske selskaber og foreninger mv., som er omfattet af SEL § 1, stk. 1, er som udgangspunkt begrænset skattepligtige, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt.³⁰ Bestemmelsen er formuleret som følger:

²⁷ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Reports, *Explanatory Statement*, side 4

²⁸ Committee on Economic and Monetary Affairs, *Report on Fight against Tax Fraud, Tax Evasion and Tax Havens*, (2013/2060(INI)), 2 May 2013, side 4

²⁹ Skatteministeriet, *Styrket indsats mod skattely - bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner*, november 2014, side 2

³⁰ Liselotte Madsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 827

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

c) oppebærer udbytte omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2, bortset fra udbytte fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning omfattet af ligningslovens § 16 C, der udelukkende investerer i fordringer omfattet af kursgevinstloven, aktier i det administrationselskab, der forestår investeringsinstituttets administration, afledte finansielle instrumenter efter Finanstilsynets regler herom og beviser i investeringsinstitutter med minimumsbeskatning omfattet af ligningslovens § 16 C, der udelukkende investerer i aktiver som nævnt i denne bestemmelse, eller oppebærer afståelsessummer omfattet af ligningslovens § 16 B, stk. 1.“

Den begrænsede danske skattepligt omfatter i vid forstand flere former for udbytte. Først og fremmest omfattes deklareret udbytte fra enten et dansk indregistreret aktie- eller anpartsselskab eller fra andre selskaber, hvor deltagerne ikke hæfter personligt. Derudover omfattes eksempelvis udlodning i forbindelse med kapitalnedsættelse i et dansk selskab, maskeret udbytte eller udlodning fra et dansk selskab samt tilbagesalg af aktier i et dansk selskab til selskabet selv.³¹

Der er hjemmel til beskatning af udlodninger fra selskaber og foreninger mv. i LL § 16 A, som bevarer hovedreglen fra den oprindelige hjemmel i SL § 4, litra e om, at alt, hvad der af selskabet bliver udbetalt til selskabsdeltagerne, skal betragtes som skattepligtigt udbytte.³² Den nuværende hjemmel i LL § 16 A, stk. 1 og 2 lyder som følger:

“Stk. 1. Ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst medregnes udbytte af aktier, andelsbeviser og lignende værdipapirer, jf. dog stk. 4.

Stk. 2. Til udbytte henregnes:

1) Alt, hvad der af selskabet udloddes til aktuelle aktionærer eller andelshavere, jf. dog stk. 3. (...).”

Udbyttebegrebet er i skatteretten bredt formuleret. Uanset om selskabet er hjemmehørende her i landet eller ej, er aktionærerne som udgangspunkt ikke blot skattepligtige af deklareret udbytte, men også af enhver af selskabets udlodninger, ligegyldigt hvordan udlodningen er betegnet, og uanset om udlodningen hidrører fra selskabets indtjente overskud, en skattefri formueforøgelse eller indskudt kapital.³³ Det afgørende for, om der er tale om en udlodning efter LL § 16 A er, at modtageren er aktionær på tidspunktet for generalforsamlingens beslutning om udlodning.³⁴

³¹ Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2016/17*, 18. udgave, 2016, side 150

³² Liselotte Madsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 589

³³ Karnovs note 329 til Ligningslovens § 16 A, stk. 1

³⁴ Erik Banner-Voigt, *Aktieavance- og udbyttebeskatning for udenlandske investorer*, SR.2016.0210

3.1 Beskatning af udbytte ved begrænset skattepligt

Udbytte omfattet af den begrænsede skattepligt efter SEL § 2, stk. 1, litra c, beskattes som udgangspunkt med 22 pct. af de samlede udbytter, jf. SEL § 2, stk. 3, 2. pkt. Herved skal forstås en endelig bruttoskat, hvilket medfører, at udbytte ikke kan modregnes i eventuel anden negativ indkomst fra kilder, der medfører begrænset skattepligt.³⁵ Indkomstskattesatsen er ved lov nr. 652 af 8. juni 2016 blevet nedsat fra 27 pct. til 22 pct., da det ikke anses for at være proportionalt i forhold til EU-retten at beskatte udbyttebetaling med en skattesats, der er højere end selskabsskattesatsen på 22 pct. Herefter svarer indkomstskatteprocenten for de udenlandske selskaber til selskabsskattesatsen for danske selskaber, som fra og med indkomstskatteåret 2016 er på 22 pct.³⁶

Såfremt den kompetente myndighed i den stat, i Grønland eller på Færøerne, hvor selskabet mv. er hjemmehørende, skal udveksle oplysninger med de danske myndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager, udgør indkomstskatten kun 15 pct., jf. SEL § 2, stk. 3, 3. pkt. Det er dog en betingelse, at udbyttemodtageren ejer mindre end 10 pct. af aktiekapitalen i det udbytteudloddende selskab, jf. SEL § 2, stk. 3, 5. pkt. Er det udenlandske selskab hjemmehørende uden for EU, er det yderligere en betingelse, at selskabet sammen med koncernforbundne parter, jf. LL § 2, ejer mindre end 10 pct. af aktiekapitalen i det udbytteudloddende selskab, jf. SEL § 2, stk. 3, 6. pkt.³⁷ Skattepligten er endeligt opfyldt ved indeholdelse af udbytteskat efter KSL § 65 eller betaling af skatten i henhold til KSL § 65 A, stk. 1, jf. SEL § 2, stk. 3, 4. pkt.

3.2 Indeholdelse af udbytteskat

Som hovedregel indeholdes en endelig udbytteskat ved kilden på 27 pct., jf. KSL § 65, og der ændres således ikke ved lov nr. 652 af 8. juni 2016 på indeholdelsesprocentsatsen for udbytteudbetalende selskaber. Forskellen mellem den indeholdte skat og indkomstskatten kan tilbagesøges af det udenlandske selskab, jf. KSL § 67, stk. 3.³⁸

I visse tilfælde er der hjemmel til helt at undlade indeholdelse af kildeskat, eller blot at indeholde udbytteskatten med en lavere procentsats.³⁹ Eksempelvis er der ikke pligt til at indeholde udbytteskat, når det pågældende udbytte ikke er omfattet af skattepligten i SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65, stk. 4.

³⁵ Peter Koerver Schmidt, Peter Koerver Schmidt mfl., *International skatteret i et dansk perspektiv*, 1. udgave, 2015, side 63

³⁶ Lovforslag nr. L 123, fremsat d. 23/2 2016, almindelige bemærkninger, 2.3.2 Lovforslaget

³⁷ Lovforslag nr. L 123, fremsat d. 23/2 2016, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 6

³⁸ Ibid.

³⁹ Anders Nørgaard Laursen, Aage Michelsen mfl., *International skatteret*, 4. udgave, upubliceret, Kapitel 11 begrænset skattepligt III, Afsnit 2.1. De internretlige danske regler om udbytteskat

Forpligtelsen til at indeholde udbytteskat kan i sagens natur kun knytte sig til deklareret udbytte, da det ikke ville være meningsfuldt at forlange indeholdelse af udbytteskat i en maskeret udlodning. Desuagtet opstår der dansk skattepligt, og for disse udbytter, som ikke omfattes af indeholdelsesforpligtelsen i KSL § 65, betales en endelig skat på 22 pct., jf. KSL § 65 A, stk. 1.⁴⁰

Det selskab, som undlader at opfylde pligten til at indeholde udbytteskatten, eller som indeholder denne med et for lavt beløb, hæfter umiddelbart over for det offentlige for betaling af det manglende beløb, medmindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed, jf. KSL § 69, stk. 1.⁴¹

4. Begrænset skattepligt af udbytte bortfalder

Såfremt et udenlandsk selskabs aktier i et dansk udbytteudloddende selskab har karakter af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, og Danmarks beskatningsret skal nedsættes eller frafalder efter enten moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil det modtagne selskabs begrænsede skattepligt vedrørende udbytte, som beskrevet ovenfor under afsnit 3, bortfalde.

4.1 Skattefrit udbytte af datterselskabsaktier

Den begrænsede skattepligt af udbytte, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., omfatter ifølge SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. ikke:

”c) (...) udbytte af datterselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafalder eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.”

Altså skal to krav opfyldes, førend den begrænsede skattepligt bortfalder. Der skal være tale om datterselskabsaktier efter ABL § 4 A, og beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal kunne frafalder eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

4.1.1 Definitionen af datterselskabsaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 A

Definitionen af datterselskabsaktier fremgår af ABL § 4 A, stk. 1 og 2, der lyder som følger:

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

⁴⁰ Anders Nørgaard Laursen, Aage Michelsen mfl., *International skatteret*, 4. udgave, upubliceret, Kapitel 11 begrænset skattepligt III, Afsnit 2.1. De internretlige danske regler om udbytteskat

⁴¹ *Ibid.*

*Stk. 2. Det er en betingelse efter stk. 1, at datterselskabet er omfattet af selskabsskatte-
lovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h eller 3 a-5 b, eller at datterselskabet er et
tilsvarende udenlandsk selskab, der er selskabsskattepligtigt uden fritagelse i den
stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, herunder efter en dobbeltbeskatnings-
overenskomst, og den kompetente myndighed i denne stat skal udveksle oplysninger
med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en an-
den international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået af-
tale om bistand i skattesager.“*

Afgrænsningen af hvornår der foreligger datterselskabsaktier efter ABL § 4 A, stk. 2, er ved lov nr. 652 af 8. juni 2016 blevet udvidet, som følge af EU-Domstolens dom af 11. september 2014, sag C-47/12, *Kronos*.⁴² Med ændringen vil det ikke længere være et krav, at beskatningen af ud-
bytte fra udenlandske selskaber skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet
eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, for at der er tale om datterselskabsaktier.⁴³ Oprethol-
delse af denne betingelse blev anset for uforenelig med EU-rettens artikel 63 TEUF om kapitalens
frie bevægelighed, der også finder anvendelse i forhold til tredjelande. Dette var begrundet i, at
ejerskabet af aktier i et dansk datterselskab, og aktier i et datterselskab hjemmehørende i et tred-
jeland, som ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, forskelsbehand-
les, hvilket ikke kunne begrundes med tvingende almene hensyn, hvorfor datterselskabsaktiedefi-
nitionen omformuleres.⁴⁴

Definitionen af datterselskabsaktier omfatter efter ændringen aktier, som ejes af et selskab, der
ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, og hvor datterselskabet er skattepligtigt uden
fritagelse i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende. Det er yderligere en betingelse for
udenlandske datterselskaber, at den kompetente myndighed i datterselskabets hjemland ved an-
modning skal udveksle skatteoplysninger med danske skattemyndigheder efter en aftale om ud-
veksling af oplysninger.⁴⁵

4.1.1.1 Selskabsskattepligt uden fritagelse i hjemlandet

Betingelsen om, at datterselskabet skal være selskabsskattepligtigt uden fritagelse i den stat, hvor
det er hjemmehørende, medfører både et krav om subjektiv og objektiv skattepligt. Kravet vedrø-
rende den subjektive skattepligt betyder, at selskabet er omfattet af selskabsskatte lovgivningen.
Kravet vedrørende den objektive skattepligt får den betydning, at selskabets indkomst skal være
selskabsskattepligtigt, hvilket eksempelvis ikke vil være tilstrækkeligt opfyldt, såfremt selskabet
har en skattesats på 0.⁴⁶ Dog kan enkelte indkomsttyper godt være skattefrie for selskabet.⁴⁷

⁴² Kim Wind Andersen og Christoffer B. Rønning, *Udvidelse af definitionen af skattefrie datterselskabsak-
tier*, SpO.2016.169

⁴³ Lovforslag nr. L 123, fremsat d. 23/2 2016, bemærkninger til lovforslagets § 3, nr. 1

⁴⁴ Lovforslag nr. L 123, fremsat d. 23/2 2016, almindelige bemærkninger, 2.2.2 Lovforslaget

⁴⁵ Lovforslag nr. L 123, fremsat d. 23/2 2016, bemærkninger til lovforslagets § 3, nr. 1

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Lovforslag nr. L 123, Skatteministerens svar på spørgsmål 4 til Hansen TaxLegal Advokatfirma

4.1.1.2 Aftale om udveksling af skatteoplysninger

Betingelsen om, at den kompetente myndighed i datterselskabets hjemland på anmodning udveksler oplysninger med Danmark, er en restriktion af kapitalens frie bevægelighed, der udelukkende kan opretholdes, såfremt det kan begrundes i tvingende almene hensyn. I de tilfælde, hvor der ikke er en aftale om udveksling af skatteoplysninger mellem de danske skattemyndigheder og skattemyndighederne i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende, kan restriktionen begrundes i hensynet til en effektiv skattekontrol, hvilket er accepteret i EU-Domstolens dom af 18. december 2007, sag C-101/05, *Skatteverket*, præmis 63 og 67.⁴⁸

Af aftaler om udveksling af skatteoplysninger har Danmark både aftaler med medlemslandene i EU, EØS og OECD. Foruden dette er der indgået aftaler med en lang række andre lande og jurisdiktioner via dobbeltbeskatningsoverenskomster, særlige udvekslingsaftaler og OECD's konvention om gensidig bistand i skattesager.⁴⁹

4.1.2 Moder-/datterselskabsdirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) blev første gang indført den 23. juli 1990 og er sidenhen blevet ændret væsentligt ved flere lejligheder til det nuværende direktiv (2011/96/EU) indført den 30. november 2011.⁵⁰ Direktivet har til formål at fritage kildeskat på udbytte og andre udlodninger af overskud, som betales fra datterselskaber til deres moderselskaber, samt at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau.⁵¹ Efter moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5 skal ”*det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat*“. Danmark er således efter moder-/datterselskabsdirektivet forpligtet til at statuere frihed for udbytteskat og udbyttekildeskat, når der foreligger et moder-/datterselskabsforhold efter direktivet.⁵²

4.1.2.1 Definitionen af moderselskaber og datterselskaber

Ifølge direktivets artikel 3, stk. 1, litra a, i) er et moderselskab defineret som et selskab i en medlemsstat, der har en andel på mindst 10 pct. af kapitalen i et selskab hjemmehørende i en anden medlemsstat. Modsat er et datterselskab i artikel 3, stk. 1, litra b defineret som et selskab, i hvis kapital et andet selskab har den andel, der er omhandlet i punkt a. Anvendelsen af direktivet forudsætter, at selskaberne er organiseret i en af de i direktivet anførte selskabsformer, at selskaberne ifølge skattelovgivningen i en medlemsstat anses for at være skattemæssigt hjemmehørende i denne medlemsstat og som ikke i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et tredjeland er hjemmehørende uden for EU, samt at selskaberne uden valgmulighed og uden fritagelse er

⁴⁸ Lovforslag nr. L 123, Skatteministerens svar på spørgsmål 14 til Rune Lund (EL)

⁴⁹ Lovforslag nr. L 123, fremsat d. 23/2 2016, almindelige bemærkninger, 2.2.2 Lovforslaget

⁵⁰ Rådets direktiv af 2011-11-30 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (2011/96), præambelens pkt. 1

⁵¹ Ibid., præambelens pkt. 3

⁵² Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2016/17*, 18. udgave, 2016, side 151

omfattet af selskabsskat i et EU-medlemsland, jf. moder-/datterselskabsdirektivet artikel 2, stk.1, litra a.⁵³

4.1.2.2 Skattefrit udbytte fra datterselskaber til moderselskaber

Såfremt betingelserne er opfyldt, skal et moderselskab i en EU-medlemsstat skattefrit kunne modtage udbytte fra sit datterselskab i en anden EU-medlemsstat, eller kunne fratrække den del af datterselskabets skat vedrørende udbyttet i moderselskabets egen skattebetaling i det land, hvori moderselskabet er hjemmehørende. Den enkelte medlemsstat kan frit vælge, om der skal anvendes førstnævnte eksemptionslempelse eller sidstnævnte creditlempelse for at undgå dobbeltbeskatning, hvoraf de fleste medlemsstater, herunder Danmark, anvender eksemptionslempelse.⁵⁴ Herudover medfører moder-/datterselskabsdirektivet, at den EU-medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, ikke må opkræve kildeskat på udbytter udbetalt til moderselskabet, der er hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat. Moderselskabet fritages således for beskatning af udbyttet i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende.⁵⁵

For så vidt angår udbyttedtagere, der er udenlandske moderselskaber omfattet af direktivet, er moder-/datterselskabsdirektivet i dansk lovgivning implementeret i SEL § 2, stk. 1, litra c.⁵⁶

4.1.3 Dobbeltbeskatningsoverenskomster

Dobbeltbeskatningsoverenskomster anvendes side om side med intern dansk ret. Dobbeltbeskatningsoverenskomster kan i dansk ret kun lempe beskatningsretten, og kan således ikke udvide dansk beskatningsret. Dobbeltbeskatningsoverenskomster kan heller ikke fortrænge eller ændre på intern dansk ret, medmindre der er særskilt hjemmel hertil i intern dansk ret.⁵⁷ I OECD's modeloverenskomst behandles fordelingen af beskatningsretten til udbytte i artikel 10, som gennemgås nedenfor.

4.1.3.1 Udbyttedefinition

I artikel 10, stk. 3 er udbytteudtrykket eksemplificeret ved:

“Stk. 3. Udtrykket »udbytte« betyder i denne artikel indkomst af aktier, udbyttebeviser eller udbytterettigheder, mineaktier, stifterandele eller - bortset fra gældsfordringer - andre rettigheder til andel i fortjeneste, såvel som indkomst fra andre selskabsrettigheder, der underkastes samme beskatning som indkomst fra aktier i henhold til skattelovgivningen i den stat, i hvilken det selskab, der foretager udlodningen, er hjemmehørende“

⁵³ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.1 Moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet

⁵⁴ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.1 Moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.4 Gældende ret

⁵⁷ Aage Michelsen mfl., *International skatteret*, 4. udgave, upubliceret, Kapitel 3 Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, Afsnit 5.2. Rangforholdet mellem intern skatteret og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

Artikel 10, stk. 3 er blot en række eksempler og ikke en egentlig definition af udbytte. På grund af de store forskelle, der er mellem de enkelte OECD-medlemslandes lovgivninger, er det umuligt at definere udbytteudtrykket fuldt og udtømmende.⁵⁸ Udbyttebegræbet vedrører primært udlodning af fortjeneste fra selskaber med begrænset ansvar, som omfattet af artikel 3, stk. 1, litra b.⁵⁹

Det er ikke blot betalinger af overskud besluttet på aktionærernes årlige generalforsamling, der betragtes som udbytte, men eksempelvis også maskeret udlodning af fortjeneste.⁶⁰ Som hovedregel er det kun aktionæren selv, der opnår indtægter af aktier i et selskab. Opnår andre personer end aktionæren indtægter, kan dette betragtes som udbytte, hvis de juridiske forbindelser mellem personen og selskabet kan sidestilles med besiddelse af aktier i et selskab, og såfremt personen og en aktionær er nært forbundne.⁶¹

4.1.3.2 Fordeling af beskatningsretten

Af OECD's modeloverenskomsts artikel 10, stk. 1 følger, at udbyttedtagerens domicilland har beskatningsretten:

“Stk. 1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en af de kontraherende stater, til en person, som er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne stat“

Bestemmelsen foreskriver et princip om delt beskatningsret, hvor stk. 1 angiver, at udbyttet kan beskattes i den stat, i hvilken den berettigede er hjemmehørende.⁶² Beskatningsretten for udbyttets kildestat, hvilket vil sige den stat, hvor det udbytteudbetalende selskab er hjemmehørende, er imidlertid begrænset i artikel 10, stk. 2:

”Stk. 2. Sådant udbytte, der er betalt af et selskab, som er hjemmehørende i en af de kontraherende stater, kan imidlertid også beskattes i denne stat i overensstemmelse med lovgivningen i denne stat, men hvis den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, må den skat, der pålægges, ikke overstige:

- a) 5 pct. af bruttoudbyttet, hvis den berettigede modtager er et selskab (bortset fra et interessentskab), som direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet;*
- b) 15 pct. af bruttoudbyttet i alle andre tilfælde.”*

Som udgangspunkt er skattesatsen for beskatningen af udbytte i kildelandet begrænset til 15 pct. For at lette international investering og undgå dobbeltbeskatning, findes det rimeligt, at betaling af fortjeneste fra datterselskabet i den ene stat, der med mindst 25 pct. af kapitalen ejes direkte af et moderselskab i den anden stat, beskattes lempeligere. Derfor er det udtrykkeligt fastsat i artikel

⁵⁸ Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2014), pkt. 23

⁵⁹ Ibid., pkt. 24

⁶⁰ Ibid., pkt. 28

⁶¹ Ibid., pkt. 29

⁶² Ibid., pkt. 7

10, stk. 2, litra a, at beskatningen i kildelandet ikke må overstige 5 pct. for udbytte, der betales af et datterselskab til sit moderselskab.⁶³ De to satser i modeloverenskomstens artikel 10, stk. 2 er maksimumssatser, der giver mulighed for, at medlemsstaterne under bilaterale forhandlinger kan aftale lavere satser eller at der udelukkende skal ske beskatning i domicilstaten.⁶⁴

Modeloverenskomstens artikel 10 regulerer ikke hvorledes domicilstaten skal tage hensyn til beskatningen af udbyttets kildeskat. I stedet behandles dette spørgsmål i artikel 23 A og 23 B.⁶⁵ Efter disse regler kan der opnås almindelig creditlempelse i den stat, hvor den berettigede er hjemmehørende, for den skat, der efter modeloverenskomsten er betalt i kildelandet, jf. artikel 23 A, stk. 2 eller artikel 23 B, stk. 1.⁶⁶

4.2 Skattefrit udbytte af koncernselskabsaktier

Udover ovenfor nævnte undtagelse vedrørende datterselskabsudbytte, undtager SEL § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt. udbytte:

”(...) af koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 B, der ikke er datterselskabsaktier, når det udbyttmodtagende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier”

Efter undtagelsesbestemmelsens ordlyd, skal to krav altså opfyldes, førend den begrænsede skattepligt bortfalder. Der skal være tale om koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 B, og beskatningen af udbytter fra koncernselskabet skal kunne frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.

4.2.1 Definitionen af koncernselskabsaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 B

Definitionen af koncernselskabsaktier findes i ABL § 4 B, stk. 1, 1. og 2. pkt., som er formuleret som følger:

”Stk. 1. Ved koncernselskabsaktier forstås aktier, hvor ejeren og det selskab, hvori der ejes aktier, er sambeskattede efter selskabsskattelovens § 31 eller kan sambeskattes efter selskabsskattelovens § 31 A. Ved koncernselskabsaktier forstås desuden aktier, hvor en fond m.v. og det selskab, hvori der ejes aktier, er koncernforbundne, jf. selskabsskattelovens § 31 C, og hvor selskabet kan indgå i en sambeskatning.”

⁶³ Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2014), pkt. 9-10

⁶⁴ Ibid., pkt. 13

⁶⁵ Ibid., pkt. 21

⁶⁶ Peter Koerver Schmidt, Peter Koerver Schmidt mfl., *International skatteret i et dansk perspektiv*, 1. udgave, 2015, side 196

Ud fra dette kan fastslås, at der er tale om koncernselskabsaktier, når ejeren af aktierne og det selskab, hvori der ejes aktier, er underlagt obligatorisk national sambeskatning efter SEL § 31, eller når de frivilligt kan vælge international sambeskatning efter SEL § 31 A. Koncernselskabsaktier omfatter desuden aktier ejet af selskaber, fonde mv., der er koncernforbundne efter SEL § 31 C, og hvor selskabet kan indgå i en sambeskatning.⁶⁷

4.2.2 Frafald eller nedsættelse efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, såfremt det havde været datterselskabsaktier

Skattefriheden for udbytte af koncernselskabsaktier er betinget af, at det udbyttemodtagende moderselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og at udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.⁶⁸ Hertil henvises til ovenforstående afsnit 4.1 vedrørende skattefritagelse for datterselskabsaktier.

5. Begrænset skattepligt af udbytte bortfalder ikke

Har et udenlandsk selskab indtægt i form af udbytte fra et dansk selskab, er der begrænset dansk skattepligt efter SEL § 2, stk. 1, litra c. Skattepligten omfatter dog ikke udbytte af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, som gennemgået ovenfor. Beskatningsretten begrænses kun, hvis modtageren af udbyttet er beneficial owner og at der ikke er tale om misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

5.1 Beneficial owner

Begrebet beneficial owner blev i 1977 indsat i OECD's modeloverenskomst. Begrebet blev omtalt i kommentarerne til artikel 10 om udbytte, artikel 11 om renter og artikel 12 om royalties. Efterfølgende er kommentarerne udvidet i forbindelse med opdateringer i 2003 og 2014. I nærværende afhandling omtales alene kommentarerne fra 2014 til artikel 10 om udbytte. Der findes dog næsten enslydende kommentarer i artikel 11 om renter og artikel 12 om royalties.⁶⁹ Efter at Danmark indførte regler om begrænset skattepligt for udbytte, renter og kursgevinster fra koncernforbundne danske selskaber, fik begrebet "*beneficial owner*" særlig betydning i dansk skatteret.⁷⁰

5.1.1 OECD's modeloverenskomsts begreb

Som udgangspunkt pålægges der ikke dansk kildeskat af udbytte, hvis dansk beskatning skal frafalde eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som allerede beskrevet under afsnit 4. Som betingelse for begrænsningen af kildelandets beskatning af udbytte, gælder i medfør

⁶⁷ Lovforslag nr. L 123, fremsat d. 23/2 2016, almindelige bemærkninger, 2.2.1 Gældende ret

⁶⁸ Peter Koerver Schmidt, Peter Koerver Schmidt mfl., *International skatteret i et dansk perspektiv*, 1. udgave, 2015, side 62

⁶⁹ Ibid., side 207

⁷⁰ Niels Winther-Sørensen, Niels Winther-Sørensen mfl., *Skatteretten* 3, 6. udgave, 2013, side 92

af artikel 10, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst, at den i domicillandet hjemmehørende udbyttemodtager er beneficial owner.⁷¹ Dette krav blev indsat for at præcisere betydningen af formuleringen ”betalt (...) til en hjemmehørende”, som anvendes i artikel 10, stk. 1. Det tydeliggøres således, at blot fordi udbytteindkomsten betales direkte til en person hjemmehørende i en stat, hvormed kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er kildestaten ikke forpligtet til at give afkald på beskatningsretten til indkomsten.⁷² Hensigten med tilføjelsen af ”beneficial owner” var ikke, at udtrykket skulle anvendes i en snæver, teknisk forstand, men at det skulle fortolkes i sin kontekst og i særdeleshed i sammenhæng med formuleringen ”betalt (...) til en hjemmehørende” i stk. 1 samt i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder undgåelse af dobbeltbeskatning og forhindring af omgåelse.⁷³

5.1.1.1 Agenter, mellemænd og gennemstrømningselskaber

Det vil ikke være i overensstemmelse med en overenskomsts hensigt og formål, at kildestaten indrømmer lempelse eller skattefritagelse, såfremt indkomsten betales til en person, som er hjemmehørende i en anden kontraherende stat, når denne person handler i sin egenskab af agent eller mellemmand.⁷⁴ På samme måde som ved agenter og mellemænd, vil det ikke være i overensstemmelse med overenskomstens hensigt og formål, at kildestaten skal indrømme lempelse eller skattefritagelse i situationer, hvor en person hjemmehørende i den anden kontraherende stat blot fungerer som gennemstrømningsenhed for den person, der rent faktisk er modtager af den pågældende indkomst. Et gennemstrømningselskab kan af disse grunde normalt ikke anses for at være beneficial owner, uanset at selskabet er den formelle ejer, hvis selskabet har meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst, og dermed alene har karakter af en nullitet eller en administrator, som handler på vegne af andre parter.⁷⁵

I de tilfælde, hvor den direkte udbyttemodtager er agent, mellemmand eller gennemstrømningselskab, er denne ikke udbyttets retmæssige ejer, hvis retten til at nyde og bruge udbyttet for modtageren er begrænset af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at formidle de modtagne betalinger videre til en anden person. Selvom forpligtelsen ofte fremgår af relevante, juridiske dokumenter, kan forpligtelsen være til stede blot i kraft af de faktiske omstændigheder, som tydeligt viser, at modtageren substantielt ikke har rettighederne til udbyttet.⁷⁶

5.1.2 Autonom eller internretlig fortolkning af begrebet beneficial owner

Ved fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomsters udefinerede udtryk er det muligt enten at fortolke i overensstemmelse med intern ret eller ved autonom fortolkning. Fortolkes der i overensstemmelse med intern ret, skal den internretlige fortolkning kun fraviges, såfremt det klart fremgår

⁷¹ Jakob Bundgaard, Niels Winther-Sørensen mfl., Skatteretten 3, 6. udgave, 2013, side 243

⁷² Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2014), pkt. 12

⁷³ Ibid., pkt. 12.1

⁷⁴ Ibid., pkt. 12.2

⁷⁵ Ibid., pkt. 12.3

⁷⁶ Ibid., pkt. 12.4

af sammenhængen. Pålægges der i stedet en autonom fortolkning, når der frem til et fortolkningsresultat uden brug af intern ret.⁷⁷ I den internationale teori er den overvejende opfattelse, at udefinerede udtryk i vid udstrækning skal fortolkes autonomt.⁷⁸

5.1.3 Beneficial owner i international praksis

Idet kommentarerne til artikel 10, 11 og 12 om beneficial ownership er næsten enslydende, indrages praksis vedrørende både udbytte, renter og royalties til at belyse begrebet beneficial owner i international praksis.

5.1.3.1 Indofood

Den 2. marts 2006 blev der første gang, efter indsættelse af bemærkningerne i OECD's modeloverenskomst fra 2003, afsagt en dom vedrørende fortolkning af begrebet beneficial owner.⁷⁹ Retssagen mellem Indofood International Finance Ltd. og JP Morgan Chase Bank N.A. vedrørte beneficial ownership for mellemliggende selskaber i forbindelse med rentebetalinger. Dommen blev afsagt af den engelske domstol Court of Appeal.

5.1.3.1.1 Sagens faktum

Det indonesiske selskab, Indofood, ønskede i 2002 at rejse kapital ved udstedelse af obligationer på det internationale marked. Såfremt Indofood udstedte obligationerne direkte, ville der ifølge intern indonesisk ret pålægges en 20 pct. kildeskat på rentebetalingerne. Fremfor selv at udstede obligationerne, blev obligationerne udstedt af et helejet datterselskab på Mauritius, FinCo, som dernæst videreudlånte proventet fra disse obligationer til Indofood. På denne måde blev kildeskatten reduceret til 10 pct. i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Indonesien og Mauritius. JP Morgan fungerede som administrator for obligationsejerne.⁸⁰

FinCo kunne ifølge aftalte vilkår kræve obligationerne tilbagekøbt før tid, såfremt der blev indført markante ændringer i indonesisk ret, som ville forårsage, at den pålagte kildeskat oversteg 10 pct. Tilbagekøbsretten kunne ikke finde anvendelse, hvis FinCo kunne undgå dette ved at foretage "*reasonable measures*".⁸¹ Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Indonesien og Mauritius blev i 2005 ophævet, hvilket fik den konsekvens, at kildeskatten på renterne steg til 20 pct.⁸²

Indofood ville udnytte tilbagekøbsmuligheden med henvisning til dobbeltbeskatningsoverenskomstens ophævelse og til at denne kildeskat ikke let kunne undgås. Derimod hævdede JP Morgan, at obligationerne ikke kunne indfries før tid, idet Indofood ved at indskyde et selskab i Holland, NewCo, kunne undgå den forhøjede rentekildeskat, og således ved anvendelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Holland og Indonesien kunne reducere kildeskatten på renterne til

⁷⁷ Niels Winther-Sørensen, Niels Winther-Sørensen mfl., *Skatteretten* 3, 6. udgave, 2013, side 56

⁷⁸ *Ibid.*, side 57

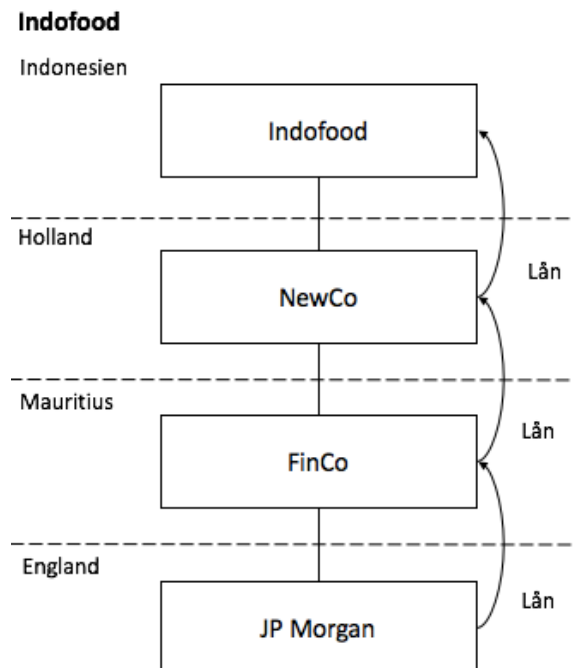
⁷⁹ Thomas Booker, *Beneficial owner*, SU 2011, 415

⁸⁰ Indofood International Finance Ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A., Court of Appeal (EXCA Civ. 158), præmis 1

⁸¹ *Ibid.*, præmis 2

⁸² *Ibid.*, præmis 3

10 pct. eller mindre. Indofood var af den holdning, at denne struktur ikke kunne omfattes af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Holland og Indonesien, idet NewCo ikke ville være beneficial owner af rentebetalingerne.⁸³



5.1.3.1.2 The Court of Appeals afgørelse og begrundelse

Den første instans, High Court, havde givet JP Morgan medhold og var dermed af den overbevisning, at når FinCo var beneficial owner, ville NewCo også være beneficial owner.⁸⁴ The Court of Appeal var af en anden overbevisning, og fulgte dermed Indofoods argumentation, hvorved det fastslås, at NewCo ikke ifølge dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Indonesien og Holland ville være beneficial owner af renteindtægterne.

Ovenstående blev begrundet med, at begrebet "*beneficial owner*" ikke skulle fortolkes efter national ret, men at begrebet i stedet skulle fortolkes ud fra en "*international fiscal meaning*", som ikke ud fra de kontraherende staters interne ret kunne udledes. Dette kunne the Court of Appeal udlede fra OECD's kommentarer til OECD's modeloverenskomst.⁸⁵

The Court of Appeal konkluderede herefter, at hverken FinCo eller NewCo, ud over at overholde deres egen forpligtelse til at betale renter til obligationsejerne, kunne opnå nogen direkte fordele af renterne modtaget fra Indofood. Arrangementet medførte dermed, at hverken FinCo eller NewCo kunne nyde det fulde privilegium, der var nødvendigt for at kvalificere sig som beneficial owner, men at de nærmere kvalificerede sig som administratorer af indkomsten.⁸⁶

⁸³ Indofood International Finance Ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A., Court of Appeal (EXCA Civ. 158), præmis 4-6

⁸⁴ Thomas Booker, *Beneficial owner*, SU 2011, 415

⁸⁵ Indofood International Finance Ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A., Court of Appeal (EXCA Civ. 158), præmis 42

⁸⁶ Indofood International Finance Ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A., Court of Appeal (EXCA Civ. 158), præmis 44

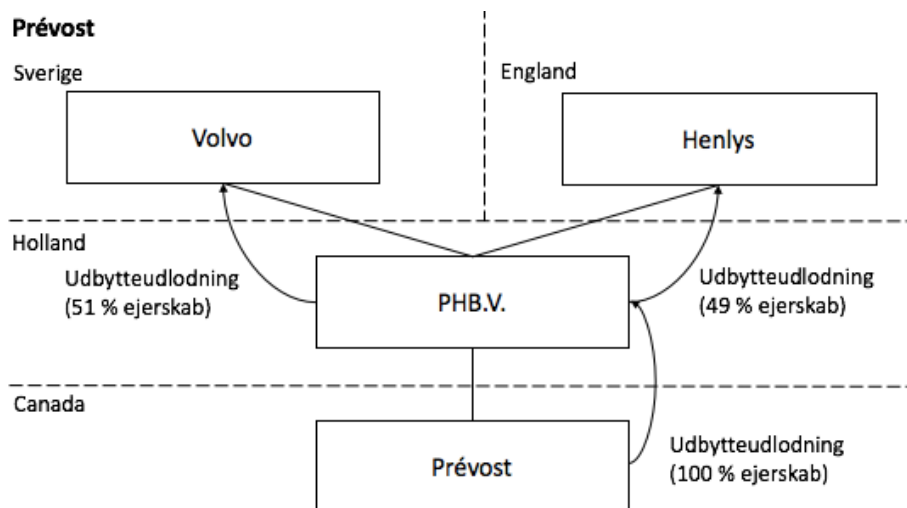
Af dommen kan det udledes, at begrebet ”*beneficial owner*” skal fortolkes autonomt, at der ved bedømmelsen af hvem der er beneficial owner lægges vægt på det reelle frem for det formelle ejerskab, og at et selskab ikke anses for beneficial owner, hvis det har meget snævre beføjelser i henhold til indkomsten, og kun har karakter af en nullitet eller en administrator, som handler på vegne af andre parter.

5.1.3.2 *Prévost*

Den 26. februar 2009 blev der afsagt dom i retssagen mellem *Prévost Car Inc.* og *Her Majesty the Queen*. Sagen vedrørte beneficial ownership for mellemliggende selskaber i forbindelse med udbytteudlodninger, og blev afgjort af den canadiske Federal Court of Appeal. Afgørelsen var i udstrakt grad baseret på præmisserne fra den tidligere instans, the Tax Court of Canada.

5.1.3.2.1 Sagens faktum

Det canadiske selskab, *Prévosts*, aktier blev i 1995 afstået til det svenske selskab, *Volvo*, og det engelske selskab, *Henlys*. På samme tidspunkt indgik *Volvo* og *Henlys* en aktionæroverenskomst, hvoraf fremgik, at de forpligtede sig til at indskyde et hollandsk selskab, *PHB.V.*, hvor samtlige *Prévost*-aktier skulle overføres til. Aktierne i *PHB.V.* var ejet henholdsvis 51 pct. af *Volvo* og 49 pct. af *Henlys*.⁸⁷ Herudover forudsatte aktionæroverenskomsten, at ikke mindre end 80 pct. af overskuddet i *PHB.V.* og dets datterselskaber, skulle udloddes til aktionærerne.⁸⁸ *PHB.V.* havde hverken eget kontor eller medarbejdere i Holland og heller ingen investeringer udover aktierne i *Prévost*.⁸⁹



⁸⁷ *Prévost Car Inc. mod Her Majesty the Queen*, The Tax Court of Canada (2008 TCC 231), præmis 3

⁸⁸ *Ibid.*, præmis 12

⁸⁹ *Ibid.*, præmis 24-25

5.1.3.2.2 The Federal Court of Appeals afgørelse og begrundelse

The Federal Court of Appeal stadfæstede the Tax Court of Canadas afgørelse og fastlog, at senere ændringer af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst kunne anvendes som fortolkningsbidrag til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, selvom denne var af ældre dato.⁹⁰ Begge instanser fandt, at PHB.V hverken var agent, mellemmand eller gennemstrømningsenhed for aktionærene, Volvo og Henlys, og dermed blev PHB.V anset som beneficial owner af udbyttet fra Prévost.⁹¹ PHB.V. var et lovligt stiftet selskab i Holland, som udøvede forretningsaktiviteter i overensstemmelse med hollandsk lovgivning. PHB.V. var ikke part i aktionæroverenskomsten, hvorfor PHB.V. ikke var kontraktlig forpligtet til at udbetale udbytte, og derfor kunne hverken Volvo eller Henlys gennemtvinge PHB.V.'s overholdelse af aktionæroverenskomsten.⁹² PHB.V. var registreret ejer af Prévost-aktierne, og havde selv betalt og ejet disse aktier. Når PHB.V. modtog udbytte i forbindelse med ejerskabet af aktierne i Prévost, ville dette udbytte tilhøre PHB.V., og ville i tilfælde af insolvens være til rådighed for selskabets kreditorer indtil PHB.V. udloddede udbyttet til aktionærene, Volvo og Henlys.⁹³

Dommen gav endnu et fortolkningsbidrag til begrebet beneficial owner, da det blev fastslået, at den der var beneficial owner, var den person, som modtog udbyttet til egen brug og nydelse, og som påtog sig risikoen og kontrollen over det modtagne udbytte.⁹⁴

Af dommen kan det udledes, at senere ændringer af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst vedrørende beneficial owner kan anvendes som fortolkningsbidrag til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, selvom denne er af ældre dato, at et holdingselskab ikke kan udelukkes fra at være beneficial owner, blot fordi det ikke har de fysiske rammer, og at der i højere grad skal lægges vægt på, hvilket selskab der har rådigheden og risikoen i forhold til indkomsten, alt imens der i mindre grad skal lægges vægt på, hvor denne indkomst rent faktisk ender.

5.1.3.3 Velcro

Den 24. februar 2012 blev der afsagt dom i retssagen mellem Velcro Canada Inc. og Her Majesty the Queen. Sagen vedrørte beneficial ownership for mellemliggende selskaber i forbindelse med royaltybetalinger, og blev afgjort af the Tax Court of Canada.

5.1.3.3.1 Sagens faktum

I 1987 indgik det hollandske selskab, Velcro Industries, en licensaftale med det canadiske selskab, Velcro Canada, hvormed Velcro Canada modtog rettighederne til benyttelse af en særlig teknologi, Velcro Brand Technology, mod betaling af royalties til Velcro Industries.⁹⁵ Ifølge den hollandsk-

⁹⁰ Her Majesty the Queen mod Prévost Car Inc., The Federal Court of Appeal (2009 FCA 57), præmis 11

⁹¹ Prévost Car Inc. mod Her Majesty the Queen, The Tax Court of Canada (2008 TCC 231), præmis 100-102

⁹² Ibid., præmis 103

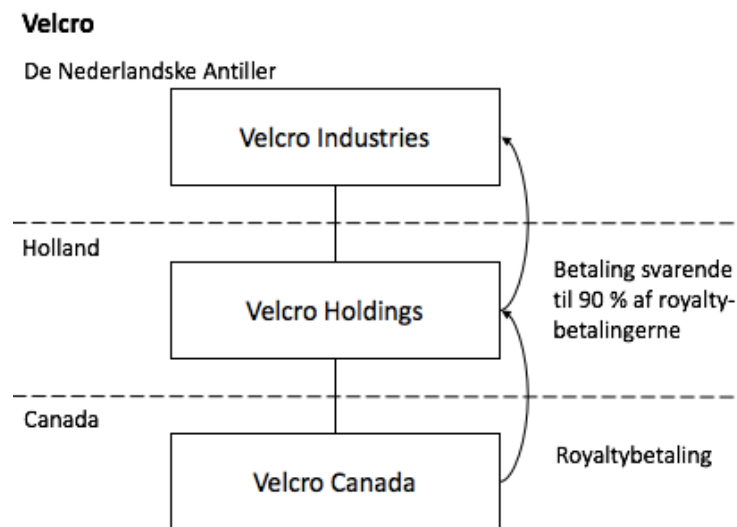
⁹³ Ibid., præmis 105

⁹⁴ Ibid., præmis 100

⁹⁵ Velcro Canada Inc. mod Her Majesty the Queen, The Tax Court of Canada (2012 TCC 57), præmis 2-3

canadiske dobbeltbeskatningsoverenskomst blev den canadiske kildeskat på royalties reduceret fra 25 pct. til 10 pct. indtil 1998, og herefter blev den yderligere reduceret til 0 pct.⁹⁶

I 1995 reorganiserede koncernen sig, således at Velcro Industries blev hjemmehørende på de Nederlandske Antiller, hvormed Canada ikke havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.⁹⁷ Umiddelbart herefter blev det mellem Velcro Industries og Velcro Holdings aftalt, at Velcro Holdings skulle opkræve royalty fra Velcro Canada, håndhæve betingelserne i licensaftalen og tage nødvendige skridt i tilfælde af Velcro Canadas misligholdelse af licensaftalen.⁹⁸ Således kunne kildeskatten på royaltybetalingerne fortsat være reduceret efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten.⁹⁹ Velcro Holdings var dog forpligtet til at betale et beløb svarende til 90 pct. af den modtagne royaltybetaling til Velcro Industries.¹⁰⁰



Velcro Canada påstod med henvisning til Prévost, at Velcro Holdings efter reorganiseringen var beneficial owner af royaltybetalingerne fra Velcro Canada, og var dermed berettiget til den reducerede kildeskat i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Canada og Holland.¹⁰¹

Omvendt påstod de canadiske skattemyndigheder, at Velcro Industries efter reorganiseringen stadig var beneficial owner af royaltybetalingerne fra Velcro Canada, da Velcro Holdings måtte ses som en agent eller et gennemstrømningsselskab, der ikke var berettiget til den reducerede kildeskat.¹⁰²

⁹⁶ Ibid., præmis 1-4

⁹⁷ Ibid., præmis 1-3

⁹⁸ Ibid., præmis 13

⁹⁹ Ibid., præmis 1-3

¹⁰⁰ Ibid., præmis 44

¹⁰¹ Velcro Canada Inc. mod Her Majesty the Queen, The Tax Court of Canada (2012 TCC 57), præmis 18

¹⁰² Ibid., præmis 19-20

5.1.3.3.2 The Tax Court of Canadas afgørelse og begrundelse

Ved fastlæggelse af begrebet ”*beneficial owner*” citerede the Tax Court of Canada Prévost-sagen, og anviste, at der ved fastlæggelsen af om modtageren er beneficial owner, kunne anvendes fire elementer, nemlig *possession, use, risk and control*.¹⁰³ The Tax Court of Canada fandt, at Velcro Holdings havde råderetten (*possession*) over royaltybetalingen, idet selskabet blandt andet var berettiget til at modtage royalty i henhold til licensaftalen samt at beløbet ikke var holdt adskilt og ikke var direkte sammenfaldende med den betaling, der skete til Velcro Industries.¹⁰⁴ Derudover fandt domstolen, at Velcro Holdings kunne anvende (*use*) royaltybetalingerne, idet der blandt andet ikke var kontraktretlige begrænsninger herfor.¹⁰⁵ Risikoen (*risk*) blev ydermere båret af Velcro Holdings, da de havde påtaget sig valutarisikoen og at royaltybeløbene var tilgængelige for Velcro Holdings kreditorer, uden at Velcro Industries havde fortrinsret.¹⁰⁶ Til sidst fastslog domstolen, at Velcro Holdings havde kontrollen (*control*) over royaltybetalingerne, idet betalingerne ikke var forudbestemt til at blive viderekaliseret og kun udgjorde et beløb svarende til 90 pct. af royaltybetalingerne.¹⁰⁷

Af dommen kan udledes fire elementer til fastlæggelse af, hvem der er beneficial owner. En modtager af beløbet må anses for værende beneficial owner, når denne har råderetten, kan anvende beløbet samt har risikoen og kontrollen over beløbet.

5.1.4 Beneficial owner i moder-/datterselskabsdirektivet

Rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1 indeholder udtrykkeligt en betingelse om, at et selskab i en anden medlemsstat er ”*den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties*”. I modsætning til det sammenlignelige rente-/royaltydirektiv, indeholdte moder-/datterselskabsdirektivet før Rådets ændring til direktivet 2015/121/EU ikke nogen udtrykkelig betingelse om, at modtageren af udbytte skulle være beneficial owner. Det afgørende for at kunne anvende moder-/datterselskabsdirektivet til fritagelse for kildebeskatning af udbytte var således alene, at moder- og datterselskab begge var selskaber i en medlemsstat, der opfyldte kravene til ejerandel, som beskrevet i afsnit 4.1.2.1.

Moder-/datterselskabsdirektivet bidrager således ikke uden videre til en nærmere fastlæggelse af begrebet ”*beneficial owner*”, men som det i nedenstående afsnit 5.1.7.1.2.1 beskrives, fremfører Skatteministeriet i SKM.2012.26.LSR, at det er en betingelse for at kunne påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivet, at udbyttmodtageren er beneficial owner. Der er stillet præjudicielle spørgsmål til EU herom, og det må være op til EU-domstolen at afgøre, om det i den tidligere version af moder-/datterselskabsdirektivet var en betingelse for påberåbelse af direktivet, at modtageren af udbyttet var beneficial owner. Der er tvivl om, hvordan EU-domstolen vil fortolke den tidligere artikel 1, stk. 2 i moder-/datterselskabsdirektivet i de verserende sager om udbytte-

¹⁰³ Ibid., præmis 26-27

¹⁰⁴ Ibid., præmis 35

¹⁰⁵ Ibid., præmis 36-38

¹⁰⁶ Ibid., præmis 39-40

¹⁰⁷ Ibid., præmis 41-45

strømme i holdingselskabsstrukturer, som flere medlemsstater har pålagt kildeskat ud fra betragtningen om, at det mellemliggende EU-holdingselskab ikke var beneficial owner til udbytteudbetalingerne.¹⁰⁸

Med indførslen af Rådets direktiv 2015/121/EU er misbrugsklausulen generelt udformet, men Kommissionen har formentlig særligt været optaget af netop det klassiske eksempel med en holdingselskabsstruktur, hvor et holdingselskab indsættes i en medlemsstat, der kan opnå kildeskattefritagelse, mens en tilsvarende kildeskattefritagelse ikke kan opnås af det oprindelige moderselskab, som gennemgås under afsnit 5.2.1.2.2.¹⁰⁹ Der er næppe tvivl om, at den nyligt indførte misbrugsklausul indeholder en betingelse om, at udbyttemodtageren skal være beneficial owner.¹¹⁰ Rådets direktiv 2015/121/EU er behandlet nedenfor under 5.2.1.1.2.

5.1.5 Beneficial owner i dansk skatteret

Siden 1977-revisionen har begrebet "*beneficial owner*" været anvendt i OECD's modeloverenskomst, og begrebet "*retmæssig ejer*" er en dansk oversættelse heraf. Dog er begrebet omtvistet i forhold til dansk ret.¹¹¹ SKAT har over en årrække rejst flere sager, hvor det er påstået, at der skulle indeholdes kildeskat af udbetaling af udbytte til udlandet, idet modtagerne ikke var retmæssige ejere.¹¹² Den tidligere opfattelse var, at der var overensstemmelse mellem begrebet "*retmæssig ejer*" og princippet om "*rette indkomstmodtager*",¹¹³ hvilket senere er underkendt i dansk praksis, som gennemgås nedenfor under 5.1.7.1.3.

5.1.6 En kort bemærkning om princippet om rette indkomstmodtager

Det er fremført, at princippet om rette indkomstmodtager kan udledes af de almindelige principper i SL §§ 4-6. I SL § 4 anvendes udtrykket "*den skattepligtiges samlede årsindtægter*", hvilket anses for at indeholde, at ikke andre end den skattepligtige skal beskattes af de indtægter, der må anses for at være den skattepligtiges.¹¹⁴ Fortalerne for princippet har det synspunkt, at den rette indkomstmodtager er det skattesubjekt, som har retlig adkomst til et indkomstgrundlag. Eksempelvis vil den, der har en aktiepost, være den der er rette indkomstmodtager til afkastet af aktierne.¹¹⁵

¹⁰⁸ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret*, 1. udgave, 2015, side 243

¹⁰⁹ Ibid., side 245

¹¹⁰ Anders Nørsgaard Laursen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 1166

¹¹¹ Liselotte Madsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 829

¹¹² Ibid., side 829

¹¹³ Se hertil blandt andet Martin Poulsen, *Gennemstrømningselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?*, SU 2008, 89 samt Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen, *Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering - 1. del*, SR 2007.395

¹¹⁴ Jan Pedersen, Jan Pedersen mfl., *Skatteretten 1*, 7. udgave, 2015, side 120

¹¹⁵ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 676

Internationale koncerner kan have en skattemæssig interesse i at henføre indtægtsposter til koncernselskaber hjemmehørende i lande med en lav skatteprocent, alt imens koncernens udgiftsposter henføres til koncernselskaber hjemmehørende i lande med en høj skatteprocent. Det retlige problem i skattemæssig henseende er at fordele koncernens indkomster og udgifter til de koncernselskaber, der er rette indkomstmottager og rette udgiftsbærer.¹¹⁶ Fordelingen foretages med hjemmel i SL §§ 4-6, der angiver, at koncernens indtægter skal henføres til det selskab i koncernen, der har det retlige krav på indtægten, alt imens koncernens udgifter tilsvarende henføres til det selskab i koncernen, der bærer en retlig forpligtelse til at afholde udgiften.¹¹⁷

5.1.7 Beneficial owner i dansk praksis

5.1.7.1 SKM2012.26.LSR

Landsskatteretten har den 16. december 2011 afsagt dom i en sag vedrørende indeholdelsespligt af kildeskat på en udbytteudlodning fra et dansk datterselskab til moderselskabet på Cypern. Sagen er indbragt for Domstolene.

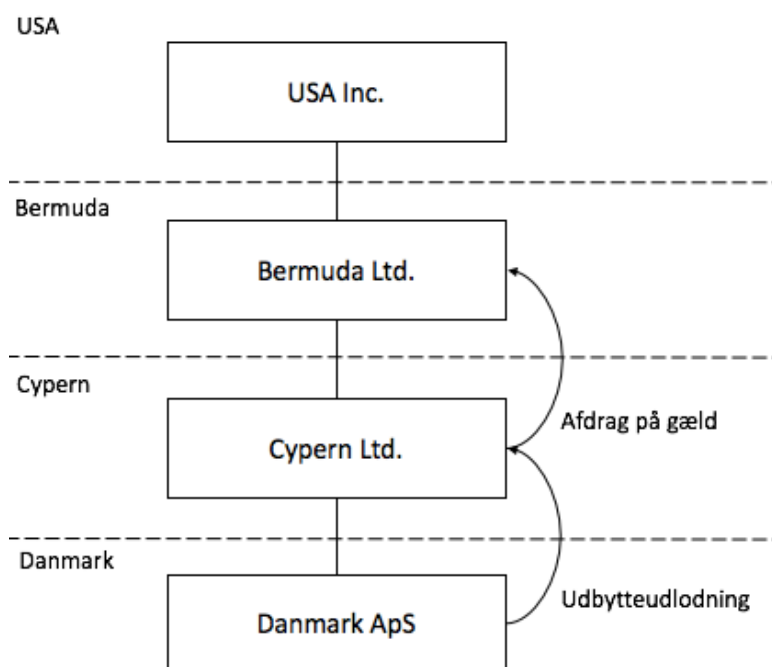
5.1.7.1.1 Sagens faktum

Et dansk selskab, Danmark ApS, stiftet i marts 2000, udgjorde en del af en stor multinational koncern. Indtil 2005 var Danmark ApS ejet af et selskab på Bermuda, Bermuda Ltd., og den ultimative ejer af koncernen var et børsnoteret amerikansk selskab, USA Inc. I 2005 blev et cypriotisk selskab, Cypern Ltd., stiftet af Bermuda Ltd. Cypern Ltd. blev efterfølgende indskudt mellem Danmark ApS og Bermuda Ltd. til en købesum på 670 mio. kr. Samtidig udloddede Danmark ApS et udbytte på 566 mio. til Cypern Ltd., som af Cypern Ltd. blev anvendt til betaling af gæld til Bermuda Ltd. hidrørende fra køb af anparter i Danmark ApS. I 2006 blev der udloddet endnu et udbytte på 92 mio. kr. fra Danmark ApS til Cypern Ltd., som ligeledes blev videreført til Bermuda Ltd. Af de første års regnskaber for Cypern Ltd. fremgik, at selskabets væsentligste funktion var at eje aktier i Danmark ApS, og at Cypern Ltd. hverken havde lokaler eller personale til rådighed.

¹¹⁶ Jan Pedersen, Jan Pedersen mfl., *Skatteretten* 2, 7. udgave, 2015, side 386

¹¹⁷ *Ibid.*, side 386

SKM2012.26.LSR



5.1.7.1.2 Parternes anbringender

5.1.7.1.2.1 Skatteministeriet

Skatteministeriet påstod, at Danmark ApS var indeholdelsespligtig af udbytteskat, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65. Skatteministeriet anførte, at beskatningen ikke skulle frafaldes efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, da dette var betinget af, at Cypern Ltd. kunne anses som udbyttets retmæssige ejer. Cypern Ltd. kunne ikke efter Skatteministeriets opfattelse anses som retmæssig ejer i relation til udbytteudbetalingerne fra Danmark ApS, fordi Cypern Ltd. ikke havde beføjelser til at træffe selvstændige ledelsesbeslutninger vedrørende udbytteudlodningerne, som de koncernkontrollerende personer allerede forinden havde besluttet skulle videreføres til Bermuda Ltd. Skatteministeriet fremførte, at Cypern Ltd. fik karakter af et gennemstrømnings-selskab uden reel substans, at Cypern Ltd. udelukkende var indskudt i koncernen for at opnå skattemæssige fordele ved at undgå kildeskat på udbytteudlodninger til Bermuda Ltd., og at der ikke var et kommercielt formål med denne omstrukturering. Af international praksis blev der blandt andet henvist til Indofood-sagen, som var sammenlignelig med nærværende sag. I begge sager bestod viderekaliseringen af udbytteerne ikke af en retlig forpligtelse, men derimod blev der disponeret på en måde, så udbytteudtageren reelt ikke kunne råde over indkomsten.

Foruden ovenstående gjorde Skatteministeriet gældende, at beskatningen ligeledes ikke skulle frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet, idet udgangspunktet om skattefrihed skulle fraviges, såfremt nationale bestemmelser eller overenskomster var nødvendige for at hindre svig og misbrug, jf. artikel 1, stk. 2. Skatteministeriet fremførte, at begrebet retmæssig ejer netop tjente til bekæmpelse af svig og misbrug.

5.1.7.1.2.2 Danmark ApS

Danmark ApS nedlagde påstand om, at der skulle ske ophævelse af indeholdelsespligten vedrørende udbytteudbetalingen til Cypern Ltd., jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65, idet moder-/datterselskabsdirektivet ikke indeholdte et krav om retmæssig ejer. Derudover gav direktivets artikel 1, stk. 2 mulighed for at indføre nationale værnsregler mod svig og misbrug. Dette var ikke indført i dansk skatteret, hvorfor misbrug kun kunne udledes af læren om rette indkomstmodtager, hvoraf gjaldt, at indkomst fra kapital skulle beskattes hos ejeren af det aktiv, hvorfra indkomsten kom.

Derudover gjorde Danmark ApS gældende, at Cypern Ltd. skulle fritages for dansk udbyttebeskatning, jf. dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Cypern, idet Cypern Ltd. måtte anses for værende retmæssig ejer af udbyttet, og dermed ikke et gennemstrømningsselskab etableret for omgåelse af dansk udbyttebeskatning. Dette blev begrundet med, at Cypern Ltd. havde alle beføjelser vedrørende anvendelse af udbyttet udloddet fra Danmark ApS samt at udbyttet i vid udstrækning var anvendt til tilbagebetaling af gæld, hvorfor det ikke blot blev viderekanaliseret til de ovenforstående koncernselskaber. Danmark ApS gjorde gældende, at der herskede betydelig usikkerhed vedrørende begrebet retmæssig ejer og at det måtte fortolkes i sammenhæng med begrebet rette indkomstmodtager samt at Cypern Ltd. var rette indkomstmodtager.

5.1.7.1.3 Landsskatterettens afgørelse og begrundelse

Landsskatteretten fastslog med henvisning til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, at et gennemstrømningsselskab ikke kunne anses for at være retmæssig ejer, hvis det reelt havde meget snævre beføjelser, og handlede på vegne af andre parter i relation til en indkomst. Herefter fremhævede Landsskatteretten, at der i dansk ret ikke var sammenfald mellem begrebet "*retmæssig ejer*" og princippet om "*rette indkomstmodtager*".

Det var ubestridt, at Cypern Ltd. videreoverførte det af Danmark ApS modtagne udbytte til Bermuda Ltd. Cypern Ltd. blev stiftet umiddelbart forud for erhvervelsen af Danmark ApS, var uden egne lokaler samt eget personale og havde kun beskedne driftsudgifter. På denne baggrund fandt Landsskatteretten det ikke godtgjort, at Cypern Ltd. var retmæssig ejer af det fra Danmark ApS udloddede udbytte, hvorfor Cypern Ltd. ikke var berettiget til at modtage skattefrie udbytter, jf. dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10. Efter Landsskatterettens bedømmelse var Cypern Ltd. dog rette indkomstmodtager af udbytte, da Cypern var lovligt stiftet og indregistreret samt skattepligtigt på Cypern, hvorfor den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst skulle anvendes ved vurderingen af, om der skulle indeholdes dansk kildeskat, uanset at udbyttet videreoverføres.

I forhold til moder-/datterselskabsdirektivet fremhævede Landsskatteretten, at der i de almindelige bestemmelser ikke kunne indfortolkes et misbrugsforhold, men at artikel 1, stk. 2 gav mulighed for at fravige direktivet ved vedtagelse af nødvendige nationale lovbestemmelser for at hindre svig eller misbrug, hvilket Danmark ikke havde benyttet sig af. Derudover fremførtes, at Højesteret ikke havde tilsidesat et lovligt stiftet selskab udelukkende med henvisning til, at stiftelsen var

foretaget af skattebesparelseshensyn.¹¹⁸ Selvom Cypem Ltd.'s eneste aktivitet var at eje Danmark ApS, var det ikke ensbetydende med, at det ikke havde erhvervmæssig drift.¹¹⁹ Dermed var udbyttet fritaget for kildeskat, jf. moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, og var ikke omfattet af begrænset dansk skattepligt og indeholdelsespligt, jf. SEL § 2, stk. 1, litra C og KSL § 65, stk. 5.

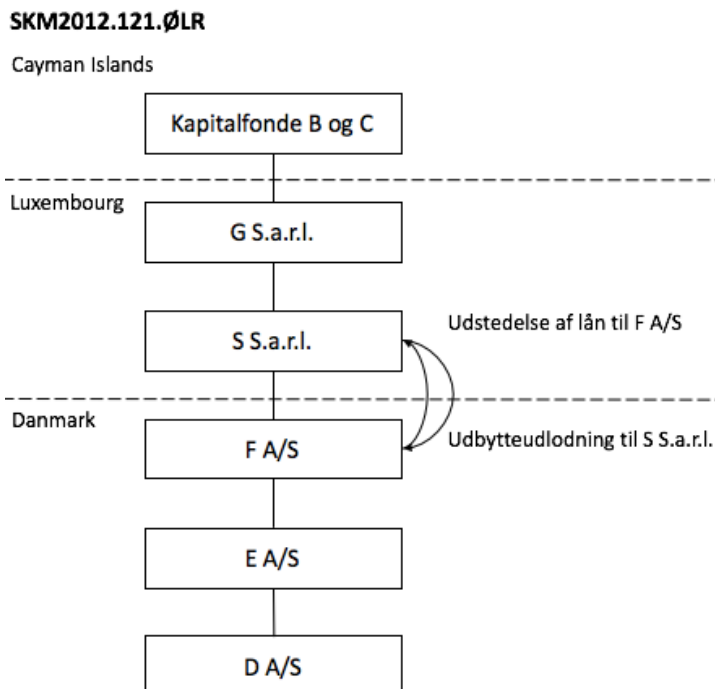
Af dommen kan det udledes, at der ikke er sammenfald mellem begrebet ”retmæssig ejer” og princippet om ”rette indkomstmodtager” i dansk skatteret. Ydermere er det fastslået, at et gennemstrømningsselskab ikke kan anses for retmæssig ejer, hvis det reelt har meget snævre beføjelser, og handler på vegne af andre parter i relation til en indkomst. Derudover fastslås det, at der i de almindelige bestemmelser ikke kan indfortolkes et misbrugsforhold, men at artikel 1, stk. 2 giver mulighed for at fravige direktivet ved vedtagelse af nødvendige nationale lovbestemmelser for at hindre svig eller misbrug.

5.1.7.2 SKM2012.121.ØLR

Østre Landsret har den 20. december 2011 afsagt dom i en sag vedrørende indeholdelsespligt af kildeskat på en udbytteudlodning fra et dansk datterselskab til et holdingselskab i Luxembourg. SKM2012.121.ØLR var den første sag om retmæssig ejer, der blev behandlet ved de danske domstole.¹²⁰

5.1.7.2.1 Sagens faktum

En række kapitalfonde, B og C, havde i maj/juni 2005 købt et børsnoteret selskab, D A/S, med følgende ejerstruktur:



¹¹⁸ Højesterets domme i SKM2003.482 (Overhold-sagen) og SKM2006.749 (Finwill-sagen)

¹¹⁹ Højesterets dom i SKM2004.297 (Johnson Holding-sagen)

¹²⁰ SKM 2012.100.SKAT, Skatteministeriets kommentar til Østre Landsrets dom af 20. december 2011

De fire holdingselskaber, G S.a.r.l., S S.a.r.l, F A/S og E A/S, havde ingen anden aktivitet end at eje og finansiere deres datterselskaber. F A/S afholdte den 10. maj 2005 ordinær generalforsamling, hvorpå det blev besluttet at udlodde udbytte på 5.544,2 mio. kr. til S S.a.r.l. Samme dag ydede S. S.a.r.l. både et konvertibelt lån på 5,500 mio. kr. og et ikke-konvertibelt lån på 37,2 mio. kr. til F A/S, som i alt omtrent svarede til det af F A/S deklarerede udbytte.

5.1.7.2.2 Parternes anbringender

5.1.7.2.2.1 Skatteministeriet

Skatteministeriet nedlagde påstand om, at det af F A/S udloddede udbytte til S S.a.r.l. var begrænset skattepligtigt til Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Afskæringen af Danmarks beskatningsret var efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst betinget af, at S S.a.r.l. var udbyttets retmæssige ejer. Der skulle pålægges en autonom fortolkning af det særlige overenskomstbegreb retmæssig ejer, hvorfor Skatteministeriet henviste til forståelsen efter OECD's modeloverenskomst og kommentarerne til artikel 10. S S.a.r.l. kunne ikke anses for at være udbyttets retmæssige ejer, idet S S.a.r.l. havde haft for snævre beføjelser i forhold til udbyttet, fordi de bagvedliggende ejere allerede på forhånd havde truffet beslutning om, at S S.a.r.l. forpligtedes til at genudlåne det udloddede udbytte til F A/S. Den formelle beløbsmodtager, S. S.a.r.l., havde ikke reelt faktisk rådighed over udbyttet. Efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, var Danmark således ikke forpligtet til at afskære beskatningsretten efter SEL § 2, stk. 1, litra c.

Det var skatteministeriets opfattelse, at der var klar hjemmel til håndhævelse af direktivets artikel 1, stk. 2 i SEL § 2 stk. 1, litra c, 3. pkt., idet både ordlyden og forarbejderne hertil utvetydigt viste, at der skulle pålægges kildebeskatning, medmindre beskatningen stred mod EU-retten og/eller dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, hvilket ikke var tilfældet i denne sag.

5.1.7.2.2.2 F A/S

F A/S nedlagde påstand om frifindelse, og dermed fritagelse for beskatning efter SEL § 2, stk. 1, litra c, idet beskatning skulle frafalde både efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg og efter moder-/datterselskabsdirektivet. F A/S mente, at der i nærværende sag ikke var tale om gennemstrømning af udbytte til bagvedliggende ejere, men at udbyttet var kommet modtageren til gode, hvorfor S S.a.r.l. måtte anses som retmæssig ejer af udbyttet. F A/S anførte, at moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 ikke havde karakter af en materiel misbrugsregel. Der henvistes til den i Danmark domstolsskabte praksis om rette indkomstmodtager og realitetsbetragtninger, hvoraf F A/S fastslog, at denne praksis ikke kunne føre til, at S S.a.r.l. kunne nægtes skattefritagelse af udbyttet.

5.1.7.2.3 Østre Landsrets afgørelse og begrundelse

Østre Landsret henviste til, at OECD's modeloverenskomsts formål tilsagde, at der burde tilstræbes en ensartet anvendelse af overenskomsterne, og derfor skulle begrebet retmæssig ejer fortolkes autonomt. Derudover blev det fastslået, at ændringerne i 2003 kommentarerne blot var præciseringer, hvorfor de kunne inddrages ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg fra 1980.

Landsretten bemærkede, at det normalt ikke kunne antages, at holdingselskaber, hvor ledelsen havde selskabsretlige beføjelser til at råde over selskabet, herunder over modtagne udbytter fra datterselskaber, ikke skulle anses for retmæssig ejer. Tilsvarende måtte gælde, såfremt der var indsat mellemholdingselskaber, og Landsretten konstaterede, at det måtte kræves, at ejeren af mellemholdingselskabet udøvede kontrol med dette, der rakte videre end den sædvanlige forekomne planlægning og styring i internationale koncerner, for at mellemholdingselskabet ikke kunne anses for retmæssig ejer.

Tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildelandets beskatningsret forudsatte ifølge kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, at udbytteudlodningen videreførtes, eller med sikkerhed var bestemt til at blive videreført til personer i tredjelande, hvormed der ikke var indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Da udbyttet udloddedes fra F A/S til S S.a.r.l. ikke blev videreført, men tilbageført som lån til F A/S, og idet der ikke var truffet bestemmelser om senere videreførelse til bagvedliggende investorer, var forudsætningen ikke opfyldt. Derfor måtte S S.a.r.l. anses som retmæssig ejer af udbyttet, og var ikke skattepligtig af udbyttet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c og dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10, stk. 2, og F A/S var ikke pligtig til at indeholde kildeskat på udbytteudbetalingen, jf. KSL § 65, stk. 1 og 5.

Som følge af ovenstående resultat, var det ikke aktuelt at tage stilling til, om S S.a.r.l. ville være skattefritaget efter moder-/datterselskabsdirektivet.¹²¹

Skatteministeriet valgte ikke at anke afgørelsen, da det blev vurderet, at Østre Landsrets klare afgørelse medførte, at en anke af sagen til Højesteret næppe kunne antages at føre til en yderligere afklaring af retstilstanden.¹²²

Af dommen kan udledes, at begrebet "*retmæssig ejer*" skal fortolkes autonomt og at ændringerne i 2003 kommentarerne er præciseringer, således at de kan inddrages ved fortolkningen af begrebet. For at et mellemholdingselskab ikke kan anses som retmæssig ejer, må kræves, at ejeren af mellemholdingselskabet udøver kontrol med dette, der rækker videre end den sædvanlige forekomne planlægning og styring i internationale koncerner. En tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildelandets beskatningsret forudsætter, at udbytteudlodningen videreføres, eller med sikkerhed er bestemt til at blive videreført til personer i tredjelande, hvormed der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

5.1.7.3 SKM2016.281.HR

Højesteret har den 18. maj 2016 afsagt dom i en sag vedrørende indeholdelsespligt af kildeskat på udbytteudlodning fra et dansk datterselskab.

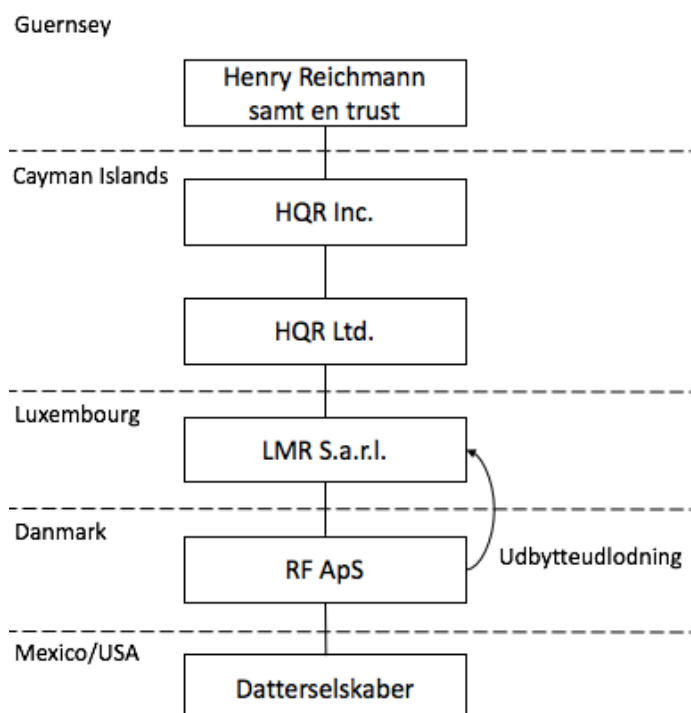
¹²¹ SKM 2012.100.SKAT, Skatteministeriets kommentar til Østre Landsrets dom af 20. december 2011

¹²² SKM 2012.100.SKAT, Skatteministeriets kommentar til Østre Landsrets dom af 20. december 2011

5.1.7.3.1 Sagens faktum

Et dansk selskab, RF ApS, indgik i en større international koncern, som ultimativt var ejet af Henry Reichmann og en trust på Guernsey. Siden 2005 var RF ApS ejet af et luxembourgsk selskab, LMR S.a.r.l., og mellem dette selskab og de ultimative ejere var to selskaber på Cayman Islands, HQR Inc. og HQR Ltd. På en generalforsamling i 2006 besluttede RF ApS at udlodde udbytte på ca. 63 mio. kr. til LMR S.a.r.l. Udbyttet bestod af 5 fordringer (promissory notes) på HQR Inc., men udlodningen blev ikke faktisk viderekaliseret fra LMR S.a.r.l. LMR S.a.r.l. havde oprindeligt ikke indtægtsført udbyttet i sin årsrapport for 2006, hvilket ifølge selskabets repræsentant var en åbenlys fejl, blandt andet begrundet med, at Luxembourg normalt ikke var underlagt revisionskrav, og at der var mange komplicerede transaktioner i 2006. Efter SKATs henvendelse i sagen blev årsrapporten rettet.

SKM2016.281.HR



5.1.7.3.2 Parternes anbringender

5.1.7.3.2.1 RF ApS

RF ApS havde nedlagt påstand om, at RF ApS ikke havde indeholdelsespligt vedrørende udbyttet til LMR S.a.r.l., jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65, idet beskatning skulle frafalde både efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg og efter moder-/datterselskabsdirektivet. Det var gjort gældende, at LMR S.a.r.l. både var rette indkomstmodtager og retmæssig ejer af udbyttet, hvorfor LMR S.a.r.l. ikke var begrænset skattepligtig til Danmark.

RF ApS fremførte, at det klare udgangspunkt vedrørende princippet om rette indkomstmodtager i dansk skatteret var, at udbytte beskattes hos den, der civilretligt måtte anses for ejeren af aktierne i det selskab, der udloddede udbytte. På baggrund af en gyldig overdragelsesaftale og selskabets

ejerbog var LMR S.a.r.l. den civilretlige ejer af anparterne i RF ApS og HQR Inc. havde ikke de sædvanlige ejerbeføjelser. Derudover havde LMR S.a.r.l. faktisk modtaget det udloddede udbytte, uanset at der var sket en åbenlys fejl vedrørende årsrapporten, som i øvrigt blev lagt til grund af de luxembourgiske myndigheder. LMR S.a.r.l. var med henblik på at undgå udbyttebeskatningen berettiget til at påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Luxembourg og Danmark samt moder-/datterselskabsdirektivet og EU-retten i øvrigt.

5.1.7.3.2 Skatteministeriet

Skatteministeriet anså RF ApS for indeholdelsespligtig af udbytteskat, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65, idet udbyttet hidrørte fra det danske selskab RF ApS og ydermere blev betalt opad i koncernen, og dermed oppebåret af et udenlandsk selskab. Skatteministeriet fremførte, at udlodningen af udbyttet ikke fremgik af LMR S.a.r.l.s oprindelige årsrapport, som blev ændret efter SKATs henvendelse. Det kunne ikke dokumenteres, at udbyttet blev modtaget af LMR S.a.r.l., uanset at ændringerne i årsrapporten havde udløst en ubetydelig skattebetaling i Luxembourg, set i forhold til den danske udbytteskat. Derudover blev det ikke anset for godtgjort, at udbyttet ikke blev medtaget i LMR S.a.r.l.s årsrapport grundet en fejl. Udbytteudlodningen ansås reelt for at være ført helt uden om LMR S.a.r.l., og dermed ført direkte til HQR Inc., som derfor måtte være rette indkomstmodtager. HQR Inc. var beliggende på Cayman Islands, som ikke var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet og heller ikke havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorfor RF ApS ikke kunne fritages for at indeholde dansk udbytteskat, idet undtagelserne til begrænset skattepligt ikke fandt anvendelse.

Skatteministeriet fremførte tilmed, at LMR S.a.r.l., såfremt denne måtte anses for at være rette indkomstmodtager, udelukkende havde fungeret som gennemstrømningsenhed, idet LMR S.a.r.l. kun havde koncernintern gæld og fordringer samt kapitalandele i RF ApS. Den globale omstrukturering, hvor LMR S.a.r.l. blev indsat som moderselskab for RF ApS, havde efter Skatteministeriets opfattelse til formål at undgå dansk kildebeskatning eller at opnå andre skattemæssige fordele og havde ikke noget kommercielt formål.

5.1.7.3.3 Højesterets afgørelse og begrundelse

Højesteret stadfæstede Østre Landsrets dom afsagt den 13. marts 2015.¹²³ Højesteret fastslog, at RF ApS selv anså udlodningen af de 5 fordringer (promissory notes) for udbytte, og dermed fandtes der ingen anledning til at kvalificere udlodningen anderledes. Det blev slået fast, at for at der kunne ske fritagelse for pligt til at indeholde udbytteskat forudsatte det, at udbyttet blev oppebåret af et udenlandsk moderselskab, der opfyldte de krav der stilledes i SEL § 2, stk. 1, litra c.

Højesteret fandt, ligesom Landsretten, at RF ApS ikke kunne godtgøre, at der blev udloddet udbytte til LMR S.a.r.l., hvorfor udbyttet ansås for at være ledt uden om LMR S.a.r.l. De efter Landsrettens dom udarbejdede reviderede årsrapporter for LMR S.a.r.l. på grundlag af de under denne sag allerede fremlagte bilag kunne ikke føre til ændret bevisvurdering. RF ApS havde ikke godtgjort, at et udenlandsk moderselskab, der opfyldte betingelserne for fritagelse for at indeholde

¹²³ SKM2015.397.ØLR

udbytteskat efter KSL § 65, havde modtaget udbytte. Derudover tiltrådte Højesteret, at RF ApS hæftede for den udbytteskat, der ikke var indeholdt, jf. KSL § 69, stk. 1, da det ikke fandtes godtgjort, at der ikke var udvist forsømmelighed ved udlodningen af udbyttet.

Højesteretsdommen synes at bryde med den almindelige fortolkning af princippet om rette indkomstmodtager, da der i tilfælde, hvor udbytte tilfalder andre end selskabets aktionær, er sædvanlig praksis for, at denne ikke frakendes status som rette indkomstmodtager.¹²⁴ Højesteret kunne i stedet have nægtet skattefrihed på udbyttet med henvisning til, at det luxembourgske selskab var rette indkomstmodtager, men ikke retmæssig ejer af udbyttet, idet den manglende indtægtsføring af udbyttet i dette selskab ikke kunne tilskrives en fejl. Med denne løsning ville Højesteret være nødsaget til at fastslå, om det tidligere var en betingelse for frafald af beskatningsretten efter moder-/datterselskabsdirektivet, at udbyttemodtageren var retmæssig ejer.¹²⁵ Dette herskede der berettiget tvivl om inden indførelsen af misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2 og implementeringen af denne i LL § 3, stk. 1, jf. SKM2012.26.LSR. En sådan usikkerhed vedrørende anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivet kan kun afklares ved at forelægge sagen for EU-domstolen som en præjudiciel forespørgsel. Ved at fastslå, at udbyttet ikke var udloddet til et selskab, der kunne påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivet, undgik Højesteret at gå denne lange vej for at nå til det resultat, som de allerede havde besluttet sig for efter den bevismæssige vurdering.

Da dommen primært er båret af bevismæssige hensyn og konkrete afvejninger, må denne vurderes at have yderst begrænset præjudikatværdi i forhold til princippet om rette indkomstmodtager. Det må holdes for øje, at Højesteret, i modsætning til parterne i sagen, ikke anvender udtrykket ”rette indkomstmodtager”, men derimod henviser til, at udbyttet er ”ledt uden om” det luxembourgske selskab.¹²⁶

5.2 Misbrug

International omgåelse og misbrug har betydelig national og international bevågenhed. Staternes vidt forskellige skattesystemer giver rig mulighed for omgåelse og misbrug, som at det er svært for de nationale skattemyndigheder at afdække, hvilket truer skatteprovenuet og dermed hele det internationale samfundsfundament.¹²⁷ Dette ses blandt andet ved, at der i 2013 blev fremsat 10 indsatsområder i den såkaldte ”Lough Erne declaration” af G8,¹²⁸ hvilket blev startskuddet til OECD’s iværksættelse af det ambitiøse initiativ betegnet ”Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” (BEPS). Helt konkret indeholder BEPS 15 indsatsområder inklusive forslag til, hvordan

¹²⁴ Anders Nørgaard Laursen, *Kommentarer til udvalgte afgørelser – SKM2016.281.HR – rette indkomstmodtager og udbytte*, RR.SM.2016.8

¹²⁵ Anders Nørgaard Laursen, *Kommentarer til udvalgte afgørelser – SKM2016.281.HR – rette indkomstmodtager og udbytte*, RR.SM.2016.8

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Jan Pedersen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Omgåelse og misbrug i skatteretten – før, nu og i fremtiden, 1. udgave, 2015, side 125

¹²⁸ G8, Lough Erne Declaration, 18. juni 2013 (<https://www.gov.uk/government/publications/g8-lough-erne-declaration>)

der på både nationalt og internationalt plan, kan laves foranstaltninger.¹²⁹ På EU-plan har problemstillingen ligeledes været højt på dagsordenen, og på denne baggrund, er der foretaget ændringer i moder-/datterselskabsdirektivet og hermed indført en misbrugs klausul rettet mod beneficial owner problemstillingen for koncerninterne udbytter. Ydermere bliver de forskellige internationale tiltag suppleret af en omfattende national værnslovgivning rettet mod international skatteomgåelse.¹³⁰

5.2.1 Misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet

På EU-plan har der været foretaget en række tiltag for at modvirke misbrug, hvilket blandt andet ses ved indførslen af en misbrugs klausul i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2.¹³¹

5.2.1.1 Det EU-retlige grundlag

5.2.1.1.1 Det EU-retlige misbrugsprincip

EU-rettens misbrugsprincip er udviklet i en ulovreguleret form gennem EU-domstolens praksis. Efterfølgende fremgår misbrugsprincippet lovreguleret i direktiverne med først fakultative bestemmelser og senere obligatoriske bestemmelser, som medlemsstaterne er forpligtede til at implementere.¹³²

Det er som udgangspunkt legitimt at skatteplanlægge, hvilket EU-domstolen præciserer i en række sager.¹³³ Der efterlades et væsentligt rum for acceptabel skatteplanlægning,¹³⁴ men samtidig er der grænser for, hvor aggressiv en skatteplanlægning, der kan føres, før det bliver uacceptabelt.¹³⁵ Der bør på et principielt plan sondres mellem realitetsbetragtninger og misbrugsbetragtninger.¹³⁶

5.2.1.1.1.1 Tilsidesættelse baseret på realitetsbetragtninger

Ved realitetsbetragtninger er de retsanvendende myndigheder berettiget til at tilsidesætte skatteyderens skattearrangement med henvisning til, at skatteyderens kvalifikation af transaktionerne ikke stemmer overens med de faktiske forhold. Realitetsbetragtninger er udtryk for, at der frem for skatteyderens egen kvalifikation af transaktionerne, lægges afgørende vægt på sagens økonomiske realitet.¹³⁷ Dette illustreres i sag C-185/01, *Auto Lease*, hvor EU-domstolen sidestillede lea-

¹²⁹ www.oecd.org/ctp/beps

¹³⁰ Jan Pedersen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Omgåelse og misbrug i skatteretten – før, nu og i fremtiden, 1. udgave, 2015, side 127

¹³¹ Anders Nørgaard Laursen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten, 1. udgave, 2015, side 208

¹³² Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djævlens i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 56

¹³³ C-4/94, *BLP Group plc*, præmis 26, C-108/99, *Cantor Fitzgerald International*, præmis 33, C-255/02, *Halifax*, præmis 73, C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 49-50 og C-425/06, *Part Service*, præmis 47

¹³⁴ Dette ses blandt andet ud fra ovenstående domme og sag C-277/09, *RBSD Deutschland*, præmis 42

¹³⁵ C-277/09, *RBSD Deutschland*, præmis 50-53

¹³⁶ Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djævlens i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 65

¹³⁷ Dennis Ramsdal Jensen, Malene Kerzel (red.), *Festskrift til Jan Pedersen*, Realitets- og misbrugsbetragtninger i EU-skatteretten, 1. udgave, 2011, side 173

singgivers rolle med en kreditgivers, hvilket stred imod skatteyderens egen kvalifikation af transaktionen.¹³⁸ Hermed fastslog EU-domstolen, at kvalifikationen af transaktionerne naturligvis skulle ske ud fra deres økonomiske realitet, i stedet for skatteyderens formelle betegnelse af transaktionerne. Omvendt kan dette ikke betragtes som om, at EU-domstolen tilsidesatte skatteydernes kvalifikation ud fra misbrugsbetragtninger.¹³⁹ Det vil ikke være muligt, at skattearrangementer tilsidesættes ud fra realitetsbetragtninger, uanset at transaktionernes formål udelukkende er at opnå en skattefordel, såfremt skatteydernes kvalifikation af transaktionerne må antages at være i overensstemmelse med den økonomiske realitet. Derfor skal det herefter overvejes, om skattearrangementer i stedet kan tilsidesættes ud fra misbrugsbetragtninger.¹⁴⁰

5.2.1.1.1.2 Tilsidesættelse baseret på misbrugsbetragtninger

Modsat realitetsbetragtninger berettiger misbrugsbetragtninger de retsanvendende myndigheder til at tilsidesætte den retsposition, der følger af lovgivningen, med henvisning til, at skatteyder misbruger lovgivningens ordlyd i modstrid med formålet, uanset om det faktum, som skatteyder påberåber sig i skatteretlig kontekst ikke kan tilsidesættes ud fra realitetsbetragtninger.¹⁴¹ I en lang række sager fra EU-domstolen, er det fastslået, at EU-retten ikke kan påberåbes i misbrugstilfælde, selvom betingelserne i de påberåbte bestemmelser formelt set er overholdt.¹⁴² EU-domstolens anvendelse af misbrugsbetragtninger illustreres i sag C-110/99, *Emsland-Stärke*, hvor EU-domstolen præsenterede en definition på retsstridigt misbrug af EU-retten ved følgende præmis: ”*Konstateringen af, at der er tale om misbrug, nødvendiggør dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt*”.¹⁴³ I forlængelse heraf udtalte EU-domstolen, at ”*der kræves dels et subjektivt element, der består i ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel*”.¹⁴⁴ Sidenhen er definitionen gentaget i en række sager,¹⁴⁵ hvor det er præciseret, at det i forhold til det subjektive element er tilstrækkeligt for anvendelsen af misbrugsprincippet, at det kan fastslås, at transaktionerne har til hovedformål at opnå en skattefordel.¹⁴⁶

¹³⁸ C-185/01, *Auto Lease*, præmis 34-36

¹³⁹ Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djævlens i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 66

¹⁴⁰ Dennis Ramsdal Jensen, Malene Kerzel (red.), *Festskrift til Jan Pedersen*, Realitets- og misbrugsbetragtninger i EU-skatteretten, 1. udgave, 2011, side 175

¹⁴¹ Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djævlens i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 67

¹⁴² Se hertil blandt andet C-33/74, *Van Binsberg*, C-212/97, *Centros*, C-110/99, *Emsland-Stärke*, C-255/02, *Halifax plc*, C-446/03, C-169/04, *Cadbury Schweppes plc*, C-446/03, *Marks & Spencer plc* og C-653/11, *Paul Newey*

¹⁴³ C-110/99, *Emsland-Stärke*, præmis 52

¹⁴⁴ *Ibid.*, præmis 53

¹⁴⁵ Se hertil blandt andet C-255/02, *Halifax*, præmis 74-75, C-169/04, *Cadbury Schweppes plc.*, præmis 63-64, C-425/06, *Part Service Srl.*, præmis 58 samt C-277/09, *RBSD Deutschland*, præmis 49

¹⁴⁶ Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djævlens i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 69

Det må imidlertid erkendes, at EU-domstolen i praksis ikke foretager en præcis grænsedragning mellem realitets- og misbrugsbetragtninger, men i stedet ofte reducerer dem til én.¹⁴⁷ Dette kan blandt andet ses i sag C-653/11, *Paul Newey*, hvor EU-domstolen kun anførte en enkelt betingelse for misbrug, nemlig at det skulle undersøges, om der var tale om ”rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som blot foretages med henblik på opnåelse af en (...) fordel”.¹⁴⁸

For yderligere at modvirke misbrug er der i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1 indført en obligatorisk misbrugs klausul, og den nærmere anvendelse af det EU-retlige misbrugsprincip må herefter forventes at give anledning til en lang række sager for EU-domstolen.

5.2.1.1.2 Misbrugs klausulen i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1

I 2012 udgav Europa Kommissionen en handlingsplan kaldet ”*Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*”,¹⁴⁹ som skulle modvirke misbrug. Dette gav udslag i ændringsforslag til moder-/datterselskabsdirektivet¹⁵⁰ og en omgåelses klausul blev således vedtaget ved Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015 samt indsat i moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁵¹ Med direktiv 2015/121/EU og indførelsen af en ny artikel 1, stk. 2 og 3, blev det obligatorisk for medlemsstaterne, heriblandt Danmark, at implementere en omgåelses klausul i de respektive landes skattelovgivninger, som skal forhindre misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁵² Omgåelses klausulen er formuleret som følger:

“2. Member States shall not grant the benefits of this Directive to an arrangement or a series of arrangements which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of this Directive, are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances. An arrangement may comprise more than one step or part.

3. For the purposes of paragraph 2, an arrangement or a series of arrangements shall be regarded as not genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality.”

Før Rådets direktiv 2015/121/EU blev vedtaget fandtes i moder-/datterselskabsdirektivet en fakultativ misbrugsbestemmelse i artikel 1, stk. 2, som ikke har været implementeret af alle medlemsstater, herunder implementerede Danmark ikke bestemmelsen ved lov. Misbrugsbestemmelsen

¹⁴⁷ Ibid., side 69

¹⁴⁸ C-653/11, *Paul Newey*, præmis 46

¹⁴⁹ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, COM(2012) 722 final, Brussels, 6 December 2012

¹⁵⁰ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugs klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 242

¹⁵¹ Liselotte Madsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 830

¹⁵² Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3 Indførelse af en international omgåelses klausul i dansk skattelovgivning

blev ændret, da den tidligere gældende bestemmelse savnede klarhed over, hvordan denne skulle fortolkes.¹⁵³ Den tidligere misbrugsbestemmelse er nu rykket til artikel 1, stk. 4, og lyder som følger:

”4. This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of tax evasion, tax fraud or abuse.”

Ud over at rykke den tidligere misbrugsbestemmelse til stk. 4, er den tidligere ordlyd *”fraud or abuse”* blevet erstattet med *”tax evasion, tax fraud or abuse”*. Rådets direktiv 2015/121/EU er et minimumsdirektiv, som skal sikre fælles minimumsregler for bekæmpelse af misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁵⁴ Medlemsstaterne har mulighed for at indføre andre bestemmelser end artikel 1, stk. 2 og 3 til bekæmpelse af misbrug på grundlag af artikel 1, stk. 4, der stadig er en fakultativ bestemmelse, som kan anvendes af medlemsstaterne til at bekæmpe skatteunddragelse, skattesvig og misbrug. Det er uklart, hvilke bestemmelser om bekæmpelse af misbrug, som artikel 1, stk. 4 tillader, men bestemmelsen tillader næppe mere vidtrækkende bestemmelser til bekæmpelse af misbrug end artikel 1, stk. 2.¹⁵⁵

5.2.1.1.2.1 Arrangement or series of arrangements

Første betingelse for anvendelse af misbrugs klausulen i artikel 1, stk. 2 og 3 er, at der skal være tale om *”arrangementer eller serier af arrangementer”*. Dette udtryk er ikke nærmere defineret i moder-/datterselskabsdirektivet, modsat det oprindelige direktivudkast, hvor udtrykket *”arrangement eller en del af en serie af arrangementer”* blev defineret som *”en transaktion, en plan, en handling, en operation, en aftale, en forståelse, et løfte eller et tilsagn”*.¹⁵⁶ Selvom definitionen ikke er videreført i den nye misbrugs klausul, kan udtrykket gives en lignende bred fortolkning.¹⁵⁷

Formålet med artikel 1, stk. 2 og 3 er at imødegå arrangementer, der i deres helhed ikke er reelle eller tilfælde, hvor enkelte trin i eller dele af et arrangement i sig selv ikke er reelle. Misbrugs klausulen kan også anvendes af medlemsstaterne til imødegåelse af disse specifikke trin eller dele, uden de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet berøres. Effektiviteten af misbrugs klausulen

¹⁵³ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugs klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 243

¹⁵⁴ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the cases of parent companies and subsidiaries of different Member States*, document no. 16435/14, Brussels, 5 December 2014, bilag 1, præambelens pkt. 5

¹⁵⁵ Dennis Weber, *The New Common Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive is a ‘De Minimis Rule’, But Not a Carte Blanche for the National Legislature*, Kluwer International Tax Blog, July 10, 2015

¹⁵⁶ European Commission, *Proposal for a council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the cases of parent companies and subsidiaries of different Member States*, COM(2013) 814 final, Brussels, 25 November 2013, artikel 1, stk. 2, forslag til artikel 1 a, stk. 2

¹⁵⁷ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 224

vil herved blive størst mulig samtidig med, at proportionalitetsprincippet opfyldes, idet klausulen står i rimeligt forhold til målet.¹⁵⁸

5.2.1.1.2.2 For the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage

Ovennævnte arrangementer skal være ”tilrettelagt med det hovedformål, eller som et af hovedformålene at opnå en skattefordel”. Dette kan betragtes som misbrugsklausulens subjektive test. Der er ikke et krav om, at det eneste formål med et arrangement eller serier af arrangementer, er at opnå en skattefordel – ej heller, at det er det dominerende, væsentligste eller essentielle formål med et arrangement eller er selve hovedformålet heri.¹⁵⁹ Det lader i stedet til at være tilstrækkeligt, at blot et af hovedformålene med arrangementet er at opnå en skattefordel.¹⁶⁰ Et arrangement, der er inspireret af et eller flere vigtige formål, som ikke er relateret til at opnå fordelene ved moder-/datterselskabsdirektivet, kan således blive omfattet af misbrugsklausulen, såfremt det at opnå disse fordele også er et hovedformål.¹⁶¹

Den lave subjektive tærskel kan anses for at være fundamentalt uacceptabel, idet moder-/datterselskabsdirektivets formål blandt andet er at ophæve international dobbeltbeskatning med henblik på at fjerne forhindringer for et indre marked. Formålet er desuden at fremme transaktioner, der ikke ville have fundet sted uden moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁶² I lyset heraf synes det tvetydigt at nægte fordelene ved moder-/datterselskabsdirektivet, blot fordi en skatteyder påberåber sig direktivets fordele, når skatteyderen træffer forretningsmæssige beslutninger, idet skat er en af de vigtigste forretningsomkostninger, og at enhver virksomhed vil tage hensyn til skatteeffekten af sine forretningsbeslutninger.¹⁶³

Den subjektive test i moder-/datterselskabsdirektivet ligner tilnærmelsesvist misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet, som bruger betegnelsen ”*principal objective or one of its principal objectives*”.¹⁶⁴ I sag C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, præciserede EU-domstolen, at fusionsskattedirektivet bestemmelse om bekæmpelse af misbrug afspejlede det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug, og at misbrugsbestemmelsen havde til formål at omfatte ”*retsstridige transaktioner, dvs. transaktioner, som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i*

¹⁵⁸ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the cases of parent companies and subsidiaries of different Member States*, document no. 16435/14, Brussels, 5 December 2014, bilag 1, præambelens pkt. 8

¹⁵⁹ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 224

¹⁶⁰ Ibid, side 224, som herved henviser til den parallelitet der er til bestemmelsen vedrørende PPT-testen udarbejdet af OECD, som gennemgås nedenfor.

¹⁶¹ Ibid., side 225

¹⁶² Ibid., side 225

¹⁶³ Ibid., side 225

¹⁶⁴ Rådets direktiv af 2009-10-19 om en fælles beskatnings ordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater (2009/133), artikel 15, stk. 1, litra a

fællesskabsretten” (egne understregninger).¹⁶⁵ I sag C-126/10, *Foggia*, fastslog EU-domstolen endvidere, at hvis et arrangement er motiveret af ”*flere formål, hvori skattemæssige betragtninger ligeledes kan indgå*”, var der intet misbrug til stede, ”*hvis de skattemæssige betragtninger imidlertid ikke er fremherskende i forbindelse med den påtænkte transaktion*” (egne understregninger).
166

Udtrykket ”*principal objective or one of its principal objectives*” i fusions-skattedirektivet fortolkes således restriktivt i den forstand, at kun transaktioner, hvor det eneste eller det overvejende formål er at opnå en skattefordel efter direktivet, kan blive ramt af misbrugsbestemmelsen. Det kan hævdes, at betingelsen om ”*main purpose or one of the main purposes*” ligeledes skal fortolkes på en måde, så det subjektive element fokuserer på, om det at opnå en skattefordel efter moder-/datterselskabsdirektivet er det eneste eller det overvejende formål. Dette vil betyde at en skatteyder i princippet kan afværge anvendelsen af misbrugsbestemmelsen, såfremt skatteyderen kan fremsætte reelle og ikke-ubetydelige kommercielle formål.¹⁶⁷

Med betingelsen om ”*at opnå en skattefordel*”, må der sigtes til de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁶⁸ EU-domstolen gjorde i sag C-352/08, *Zwijnenburg*, gældende, at fordelene ved direktivet ”*may not be withheld from a taxpayer who has sought, by way of a legal stratagem (...) to avoid the levying of a tax (...), where that tax does not come within the scope of application of that directive*”.¹⁶⁹ Således blev det med sagen fastslået, at skattefordelen skal vedrøre skatter omfattet af direktivet, og et formål om at opnå en skattefordel vedrørende andre skatter, kan derfor ikke anses for at være et formål om, at opnå en skattefordel i misbrugs-klausulens forstand.¹⁷⁰ De nationale myndigheder bør ved afgørelse af, om et arrangement eller serie af arrangementer har medført en ”*skattefordel*” for en skatteyder, sammenholde dennes skattebetaling med hvad skatteyderen skulle betale under samme omstændigheder, men uden de pågældende arrangementer eller serie af arrangementer.¹⁷¹

Slutteligt skal det tages i betragtning, at misbrugs-klausulen ikke henviser til den skattepligtige, der angiveligt har begået selve misbruget, men at anvendelsesområdet er åbent i forhold til, hvilke

¹⁶⁵ C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, præmis 38

¹⁶⁶ C-126/10, *Foggia*, præmis 35

¹⁶⁷ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 225

¹⁶⁸ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Internationale omgåelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret*, 1. udgave, 2015, side 251

¹⁶⁹ C-352/08 *Zwijnenburg*, præmis 56

¹⁷⁰ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Internationale omgåelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret*, 1. udgave, 2015, side 251

¹⁷¹ The European Commission, *Commission recommendation on aggressive tax planning*, C(2012) 8806 final, Brussels, 6 December 2012, artikel 4.7

skattepligtige, der kan omfattes af bestemmelsen. Der kan derfor argumenteres for, at en skattepligtig, der ikke spiller en aktiv rolle i misbrugsarrangementet, kan blive omfattet af misbrugs-klausulen.¹⁷²

5.2.1.1.2.3 Defeats the object or purpose of this Directive

Misbrugsklausulen finder kun anvendelse, når opnåelse af en skattefordel “*virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne*”, hvilket kan betragtes som den objektive test i misbrugs-klausulen. Denne test er meget sammenlignelig med den objektive test, der traditionelt er fremført af EU-domstolen i misbrugstilfælde. Dette er blandt andet fremført i sag C-255/02, *Halifax*, hvoraf fremgik, at der var tale om misbrug når “(...) *transaktioner – selv om de betingelser formelt er overholdt, der er fastsat i de relevante bestemmelser i [direktivet] og i den nationale lovgivning til gennemførelse af direktivet – ville indebære, at der er opnået en [skattefordel], som det ville stride mod formålet med disse bestemmelser at tildele.*”¹⁷³ Ved vurderingen i forbindelse med den objektive test, skal det således undersøges, om et givet ønsket resultat er modstridende med direktivets indhold og formål.¹⁷⁴ Ifølge EU-domstolens faste retspraksis, kræver en vurdering af direktivets indhold og formål almindeligvis en undersøgelse af direktivets præambel, jf. eksempelvis sag C-28/95, *Leur-Bloem*.¹⁷⁵

Som tidligere nævnt er formålet med moder-/datterselskabsdirektivet at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau.¹⁷⁶ Derudover siges det sande formål og hensyn bag moder-/datterselskabsdirektivet at være, at udbytter mellem internationale koncerner behandles på lige fod med tilsvarende selskaber i nationale forhold,¹⁷⁷ hvilket udtrykkes som:

”Sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe forhold i Unionen, der svarer til forholdene på et indre marked, og dermed sikre, at et sådant indre marked kommer til at fungere bedst muligt. Sådanne sammenslutninger bør ikke hæmmes af særlige restriktioner, forskelsbehandlinger eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes beskatningsregler. Det er derfor vigtigt at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler for disse sammen-

¹⁷² Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 226

¹⁷³ C-255/02 *Halifax*, præmis 74

¹⁷⁴ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret*, 1. udgave, 2015, side 252

¹⁷⁵ C-28/95 *Leur-Bloem*, præmis 45

¹⁷⁶ Rådets direktiv af 2011-11-30 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (2011/96), præambelens pkt. 3

¹⁷⁷ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret*, 1. udgave, 2015, side 253

slutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater, så virksomhederne får mulighed for at tilpasse sig det indre markedes krav, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige position på internationalt plan.”¹⁷⁸

En skattepligtig kan påberåbe sig fordelene ved moder-/datterselskabsdirektivet, medmindre misbrugsklausulen, herunder den objektive test, er opfyldt. Det er således op til skattemyndighederne at bevise, at den opnåede fordel vil stride mod direktivets indhold og formål.¹⁷⁹ Moder-/datterselskabsdirektivet har adskillige og modstridende formål, hvorfor det, med undtagelse af de simpleste sager, altid vil være diskutabelt, hvornår et arrangement vil virke mod formålet med direktivet.¹⁸⁰ Grundet den brede og generelle karakter af moder-/datterselskabsdirektivets indhold og formål, er skattemyndighedernes bevisbyrde ikke let at tilvejebringe, og som følge heraf, vil den objektive test ikke let kunne opfyldes.¹⁸¹

5.2.1.1.2.4 Are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances

Ud fra ordlyden af misbrugsklausulen kan det udledes, at fordele efter moder-/datterselskabsdirektivet kun kan nægtes, såfremt arrangementer eller serier af arrangementer, udover at opfylde den objektive og den subjektive test, også opfylder betingelsen om, at de *“ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder”*.¹⁸² Hvad der nærmere skal forstås ved reelle arrangementer, præciseres i artikel 1, stk. 3, hvoraf det fremgår, at *“an arrangement or a series of arrangements shall be regarded as not genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality”*. Således anses arrangementerne ikke for at være reelle, såfremt de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.¹⁸³

Betingelsen om, at arrangementer skal være *“reelle”*, er hidtil ukendt i EU-rettens begrebsverden, og begrebet er aldrig blevet brugt af hverken EU-domstolen eller af EU-lovgiver i forbindelse med bekæmpelse af misbrug. Modsat har begrebet *“kunstige transaktioner”* hidtil spillet en betydelig rolle.¹⁸⁴ Eksempelvis blev der i EU-kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning brugt vendingen *“et kunstigt arrangement eller en kunstig serie af arrangementer”*.¹⁸⁵ Direktivforslaget fastslår, at der er tale om et kunstigt arrangement eller en del af en kunstig

¹⁷⁸ Rådets direktiv af 2011-11-30 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (2011/96), præambelens pkt. 3

¹⁷⁹ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 227

¹⁸⁰ Patrick Bock, *Den Danske GAAR – Kamp for fællesskabet eller intellektuel træghed?*, SpO.2015.317

¹⁸¹ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 227

¹⁸² *Ibid.*, side 227

¹⁸³ *Ibid.*, side 227

¹⁸⁴ *Ibid.*, side 227

¹⁸⁵ The European Commission, *Commission recommendation on aggressive tax planning*, C(2012) 8806 final, Brussels, 6 December 2012, artikel 4.2

serie af arrangementer, hvis der ikke er tale om en afspejling af den økonomiske realitet,¹⁸⁶ hvorfor kunstige arrangementer nærmest kan anses som synonym for ikke-reelle arrangementer.

Begrebet ”*velbegrundede kommercielle årsager*” kan siges blot at gøre den subjektive test mere konkret,¹⁸⁷ hvilket understøttes af formuleringen i fusionsskattedirektivet, hvor der af misbrugsreglen fremgår, at ”*forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager (...), kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse*”.¹⁸⁸

Betingelsen om, at arrangementet ”*afspejler den økonomiske virkelighed*” stammer fra begrebet ”*kunstige arrangementer*”, som er anvendt af EU-domstolen ved vurdering af, om en national misbrugsregel, der er en restriktion for de grundlæggende frihedsrettigheder, kan begrundes med behovet for at forebygge misbrug.¹⁸⁹ Dette fremgår klart af sag C-282/12, *Itelcar*, hvor EU-domstolen fastslog, at ”*det følger af fast retspraksis, at en national foranstaltning, der begrænser kapitalens frie bevægelighed, kan være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet*”.¹⁹⁰

Bestemmelsen i artikel 1, stk. 3 vil være effektiv i tilfælde, hvor de pågældende enheder som sådan er reelle, men hvor eksempelvis de aktier, som overskuddet stammer fra, ikke reelt kan henføres til en skatteyder, som er hjemmehørende i en medlemsstat. Skatteyderen kan således ikke modtage skattefrit udbytte efter moder-/datterselskabsdirektivet, hvis arrangementet på grundlag af sin juridiske form overdrager ejerskabet til aktierne, men dets karakteristika ikke afspejler den økonomiske virkelighed.¹⁹¹

Der kan nævnes tilfælde, hvor realitetsbetingelsen ikke synes at være effektiv. Kernen i det til tænkte anvendelsesområde for misbrugs klausulen er formentlig i tilfælde, hvor der anvendes holdingselskaber til brug for gennemstrømning af udbytter.¹⁹² Ved første blik på betingelsen om reelle arrangementer, kan det hævdes, at et selskab, der ikke har økonomisk substans og ikke udfører

¹⁸⁶ European Commission, *Proposal for a council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the cases of parent companies and subsidiaries of different Member States*, COM(2013) 814 final, Brussels, 25 November 2013, artikel 1, stk. 2, forslag til artikel 1 a, stk. 2

¹⁸⁷ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 227

¹⁸⁸ Rådets direktiv af 2009-10-19 om en fælles beskatnings ordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater (2009/133), artikel 15, stk. 1, litra a

¹⁸⁹ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 227

¹⁹⁰ C-282/12, *Itelcar*, præmis 34

¹⁹¹ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the cases of parent companies and subsidiaries of different Member States*, document no. 16435/14, Brussels, 5 December 2014, bilag 1, præambelens pkt. 8

¹⁹² Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgæelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgæelses- og misbrugs klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 257

egentlige forretnings- eller driftsaktiviteter, ikke er et reelt arrangement. Selvom manglende aktivitet og økonomisk substans kan være en indikator for misbrug, skal det dog bemærkes, at nogle aktiviteter ikke kræver en omfattende grad af økonomisk substans. Et perfekt eksempel herpå er holdingselskaber. Det kan dog ikke uden videre konstateres, at realitetsbetingelsen indebærer, at fordele efter moder-/datterselskabsdirektivet nægtes holdingselskaber, herunder holdingselskaber, der udfører alle væsentlige, men minimale aktiviteter i forbindelse med aktiebesiddelse, blot fordi de ikke er involveret i den daglige ledelse og ikke har fysiske faciliteter, udstyr og personale. I tilfælde af, at rene holdingselskaber, der udelukkende ejer aktier, ikke opfylder realitetsbetingelsen, kan der opstå forskelsbehandling i forhold til holdingselskaber med blandede funktioner, der foruden aktiebesiddelsen også har driftsaktiviteter, selv om den yderligere aktivitet, der udføres for at styre aktiebeholdningen, sandsynligvis ikke adskiller sig, eller som måske endda er mindre betydningsfuld, end de aktiviteter, der udføres af rene holdingselskaber.¹⁹³

Når der skal foretages en vurdering af, om arrangementer er reelle, skal der tages hensyn til ”*alle relevante faktiske forhold og omstændigheder*”. Der kan henses til at EU-domstolen i sag C-126/10, *Foggia*, har udtrykt, at de kompetente nationale myndigheder ikke blot kan ”*anvende forud fastsatte, generelle kriterier, men skal foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion*”.¹⁹⁴

5.2.1.2 Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2

I Danmark blev der ved lov nr. 540 af 29. april 2015 indført en international omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 1, for at bekæmpe misbrug i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁹⁵ Derudover indførtes omgåelsesklausulen i dansk ret også for transaktioner omfattet af rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet.¹⁹⁶

Hensigten med den internationale omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 1 er at have mulighed for at afskære skattepligtige de fordele, der opnås i form af skattelempler efter ovennævnte direktiver, såfremt transaktionerne er modstridende med de nationale eller aftalebaserede omgåelsesklausuler.¹⁹⁷ Denne mulighed opstår, hvis den skattepligtige deltager i:

”Stk. 1. (...) 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 indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.”

¹⁹³ Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6, side 227

¹⁹⁴ C-126/10, *Foggia*, præmis 37

¹⁹⁵ Liselotte Madsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 830

¹⁹⁶ *Ibid.*, side 830

¹⁹⁷ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3 Indførsel af en international omgåelsesklausul i dansk skattelovgivning

LL § 3, stk. 2 definerer, hvad der skal forstås ved arrangementer eller serier af arrangementer som ikke er reelle, og er udformet således:

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

Det tilstræbes, at ordlyden af den danske omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 1 og 2 skal stemme fuldstændigt overens med formuleringen i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 og 3.¹⁹⁸ Derfor vurderes det, at den danske bestemmelse skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets bestemmelse, og at eventuel retspraksis fra EU-domstolen vedrørende forståelsen af omgåelsesklausulen dermed skal respekteres.¹⁹⁹ Det understøttes af, at Skatteministeriet i det nedenfor refererede fra forarbejderne også henviser til disse fortolkningsbidrag.

Den danske omgåelsesklausul forhindrer arrangementer, der i deres helhed ikke er reelle. Imidlertid kan der være enkelte trin i eller dele af et arrangement, som i sig selv ikke er reelle, hvor det ved anvendelse af omgåelsesklausulen er muligt at imødegå disse specifikke trin eller dele, uden at berøre øvrige reelle trin i eller dele af et arrangement.²⁰⁰ Effektiviteten af omgåelsesklausulen vil dermed blive størst mulig, og det sikres samtidig, at omgåelsesklausulen står i rimeligt forhold til målet.²⁰¹

Anvendelsen af omgåelsesklausulen skal tjene det specifikke formål at imødegå arrangementer eller serier af arrangementer, der ikke er reelle, hvilket vil sige, at de ikke afspejler den økonomiske virkelighed.²⁰² Udformningen af LL § 3, stk. 2 resulterer i, at omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1 kan anvendes, såfremt arrangementer eller serier af arrangementer ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.²⁰³

Omgåelsesklausulen kan eksempelvis anvendes i tilfælde, hvor de pågældende enheder som sådan er reelle, men hvor de aktier, hvorfra udlodningen af overskuddet stammer, ikke reelt kan henføres til en i EU hjemmehørende skatteyder. Dette vil være tilfældet, såfremt arrangementets karakteristika ikke afspejler den økonomiske virkelighed, men hvor det på baggrund af den juridiske form overdrager ejerskabet af aktierne.²⁰⁴

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 248

²⁰⁰ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Liselotte Madsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 830

²⁰⁴ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

Ved vurdering af om arrangementet ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, kan der tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede koncerns forhold. Vendingerne ”*velbegrundede kommercielle årsager*” og ”*der afspejler den økonomiske virkelighed*” er i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis.²⁰⁵ Skatteministeriet har udtalt, at skatteminimering ikke kan anses for at være en velbegrundet kommerciel årsag.²⁰⁶ Omvendt anerkender EU-domstolen skattebesparelse som en legitim erhvervsmæssig interesse, som gennemgået ovenfor under afsnit 5.2.1.1.1. Det står dog klart, at Skatteministeriet udtaler, at vendingerne er inspireret af EU-domstolens praksis og at EU-retten har forrang ved fortolkningen af direktivbaserede begreber,²⁰⁷ hvorfor skattebesparelse må anses for at være en legitim erhvervsmæssig interesse.

Skatteministeriet udtaler, at opfyldelsen af objektive kriterier ikke er udtryk for misbrug af reglerne.²⁰⁸ Eksempelvis vil erhvervelse af yderligere aktier i et selskab, for at opfylde betingelsen om 10 pct. ejerskab i reglerne om datterselskabsudbytter, som udgangspunkt ikke udgøre misbrug. Det kan dog være udtryk for misbrug, såfremt der eksempelvis alene er tale om en midlertidig pro forma erhvervelse uden velbegrundede kommercielle årsager.²⁰⁹

5.2.1.2.1 Delt bevisbyrde mellem skattemyndighederne og den skattepligtige

Ved vurderingen af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug, hvilket vil sige, at det virker mod direktivets indhold eller formål, skal skattemyndighederne foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Herefter påhviler det skattemyndighederne at fastslå, at der er tale om et arrangement eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der har som et af hovedformålene at opnå en skattefordel, der virker mod indholdet af eller formålet med moder-/datterselskabsdirektivet.²¹⁰ Såfremt dette er tilfældet, vil det påhvile den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.²¹¹

²⁰⁵ Lovforslag nr. L 167, Skatteministerens svar spørgsmål 1 til FSR – danske revisorer

²⁰⁶ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Skatteministeriets kommentarer til FSR – danske revisorer

²⁰⁷ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugs klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 255

²⁰⁸ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Skatteministeriets kommentarer til FSR – danske revisorer

²⁰⁹ Ibid.

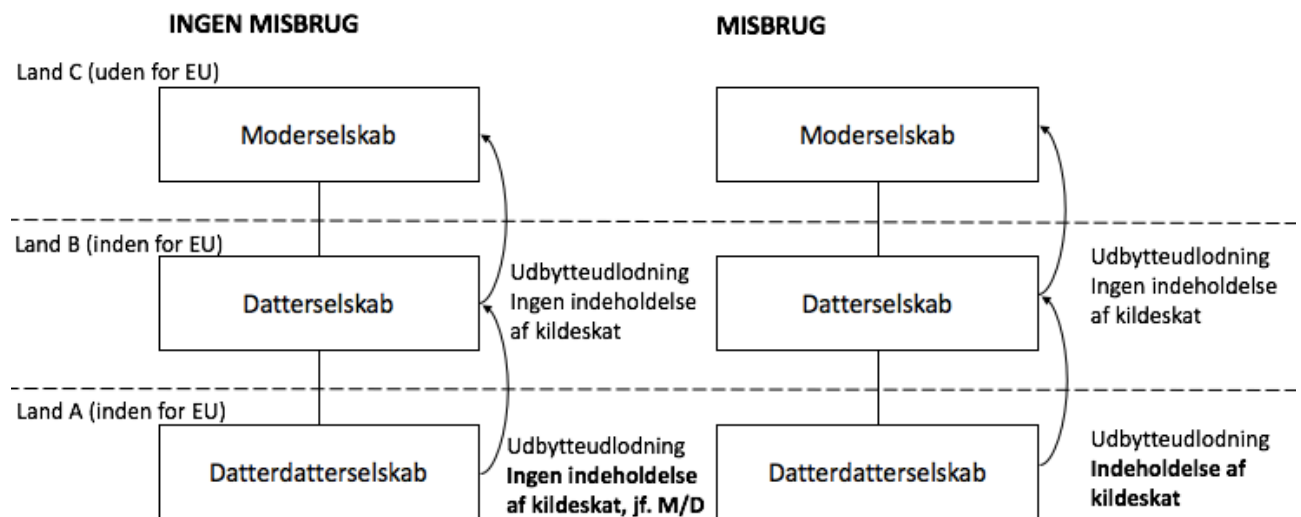
²¹⁰ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²¹¹ Ibid.

5.2.1.2.2 Eksempel

EU-Kommissionen har den 25. november 2013 i et offentliggjort memo²¹² angivet følgende eksempel, der er gentaget i lovforslag nr. L 167,²¹³ og som skildrer, hvor omgåelsesklausulen vil finde anvendelse.

I land A skal der efter de interne regler indeholdes kildeskat på udbytte til moderselskaber hjemmehørende uden for EU, hvilket indebærer, at en eventuel udbytteudlodning skal kildebeskattes i land A, såfremt selskabet i land A er ejet direkte af selskabet i land C. Dog findes en sådan regel om indeholdelse af kildeskat på udbytter til moderselskaber uden for EU ikke i land B. Indskyder moderselskabet et holdingselskab mellem A og C i land B, vil det være muligt at undgå kildeskatten på udbytter til land C, idet der ifølge moder-/datterselskabsdirektivet ikke tillades kildeskat på udbytter mellem datterselskaber og moderselskaber hjemmehørende i EU, hvilket vil sige mellem land A og B.²¹⁴



Er hovedformålet eller et af hovedformålene ved at indskyde datterselskabet i land B, at undgå kildeskat på udbytte fra datterdatterselskabet i land A, eksempelvis fordi datterselskabet i land B fungerer som et såkaldt "postkasseselskab" uden større substans, vil det være muligt for land A, at nægte datterselskabet moder-/datterselskabsdirektivets fordele ifølge LL § 3, stk. 1, og dermed indeholde kildeskat på udlodningen fra datterdatterselskabet i land A til datterselskabet i land B med henvisning til omgåelsesklausulen.²¹⁵ Det bemærkes af Skatteministeriet, at der grundlæggende er tale om et klassisk gennemstrømningseksempel, hvilket i forvejen er omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra c, da den retmæssige ejer af udbyttet ikke kan antages at være datterselskabet i land

²¹² European Commission MEMO, *Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive*, Brussels, 25 November 2013

²¹³ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²¹⁴ European Commission MEMO, *Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive*, Brussels, 25 November 2013

²¹⁵ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

B.²¹⁶ Hertil bemærkes det, at der om netop dette forhold verserer en række sager ved domstolene.²¹⁷

Viser den objektive analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder derimod, at et arrangement eller dele heraf er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, vil det i stedet være en reel disposition, hvorfor omgåelsesklausulen ikke kan finde anvendelse, jf. LL § 3, stk. 2.²¹⁸

5.2.2 Misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster

Dobbeltbeskatningsoverenskomsternes hovedformål er at fjerne international dobbeltbeskatning og at fremme vareudveksling, tjenesteydelser samt kapitalens, fysiske og juridiske personers bevægelighed. Et andet formål er at hindre skatteundgåelse og skatteunddragelse.²¹⁹ En stats skatte-lovgivning kan misbruges ved udnyttelse af forskelle mellem forskellige landes skattelovgivning, hvilket kan imødegås ved interne bestemmelser og retsregler i den pågældende stat. Denne stat vil højst sandsynligt ikke acceptere bestemmelser i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der tillader eller gør det muligt med misbrugstransaktioner, som ellers ville være hindret af denne stats nationale lovgivning.²²⁰ Udbredelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster øger risikoen for misbrug, idet de letter anvendelsen af kunstfærdige juridiske konstruktioner, som tilsigter at sikre både nationale skattefordele samt dobbeltbeskatningsoverenskomsters skattelempelser.²²¹

5.2.2.1 Det internationale retsgrundlag

5.2.2.1.1 Kommentarer til OECD's modeloverenskomst artikel 1

Ifølge 2014-kommentarerne til OECD's modeloverenskomsts artikel 1 er der bred enighed om, at staterne ikke er forpligtet til at indrømme fordele efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis der deltages i arrangementer, som indebærer misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsters bestemmelser.²²² Det er udgangspunktet, at hvor et hovedformål ved deltagelse i transaktioner eller arrangementer er at sikre en mere gunstig skattemæssig position, som er i strid med formålet og hensigten med dobbeltbeskatningsoverenskomstens bestemmelser, skal der ikke indrømmes fordelene efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten.²²³

Imødegåelse af misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster, herunder ved "*substance over form*", "*økonomisk realitet*" og generelle anti-misbrugsregler fastsat i national lovgivning, er ikke i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dog bør staterne omhyggeligt overholde de spe-

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Kommentarer til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (2014), pkt. 7

²²⁰ Ibid., pkt. 7.1

²²¹ Ibid., pkt. 8

²²² Ibid., pkt. 9.4

²²³ Ibid., pkt. 9.5

cifikke forpligtelser, som er indeholdt i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne til at lempe dobbeltbeskatning, såfremt der ikke er klart bevis for, at dobbeltbeskatningsoverenskomsterne misbruges.²²⁴

5.2.2.1.2 Generalklausulen i BEPS action point 6

I 2015 udkom OECD's final report on BEPS Action point 6 "*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*", som skal imødegå misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster. OECD har besluttet at tilføje en generalklausul i modeloverenskomsten, som inkorporerer principper, der allerede er anerkendt i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 1, som beskrevet ovenfor i afsnit 5.2.2.1.1.²²⁵ OECD's generalklausul har følgende ordlyd:

"Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention."

Reglen er udformet som en Principal Purpose Test (PPT), som vil finde anvendelse, såfremt blot et af hovedformålene med en given disposition er at opnå fordele efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og såfremt opnåelsen af disse fordele ville stride mod indholdet af og formålet med denne dobbeltbeskatningsoverenskomst.²²⁶ Af generalklausulen kan udledes en række kumulative betingelser, som gennemgås nedenfor.

5.2.2.1.2.1 A benefit under this Convention

Udtrykket "*fordel*" i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst omfatter alle fordele forbundet med denne dobbeltbeskatningsoverenskomst, som for eksempel skattelempelse, skattefritagelse, skatteudskydelse og andre godtgørelser. Alle begrænsninger i skatten pålagt af kildestaten efter artikel 6 til 22, fritagelse for dobbeltbeskatning efter artikel 23, beskyttelse af indbyggere og statsborgere i en kontraherende stat efter artikel 24 eller andre tilsvarende begrænsninger omfattes heraf. Dette inkluderer eksempelvis begrænsninger i den kontraherende stats beskatningsret i henhold til udbytter, renter eller royalties i denne stat, der betales til en person hjemmehørende i den

²²⁴ Ibid., pkt. 22-22.2

²²⁵ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6*, pkt. 26

²²⁶ Jens Wittendorff, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster, 1. udgave, 2015, side 281

anden kontraherende stat, som er den retmæssige ejer, efter artikel 10, 11 eller 12. Når en dobbeltbeskatningsoverenskomst indeholder andre fordele, gælder bestemmelserne i denne artikel også for en sådan fordel.²²⁷

Anvendelsesområdet for en regel svarende til ovenforstående generalklausul, vil være begrænset til den dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvori den indføres. Selvom generalklausulen ikke kan føre til den konklusion, at noget andet gælder uden for anvendelsesområdet, kan skattefordele, der opnås på grundlag af national skattelovgivning ikke nægtes ved at påberåbe sig generalklausulen. Ligeledes er det utænkeligt, at generalklausulen kan skabe et retsgrundlag for at nægte fordele i henhold til andre dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået af en af de kontraherende stater, eller endda indgået af helt andre stater. En regel svarende til ovenforstående generalklausul vil ikke engang kunne dække andre internationale aftaler indgået mellem samme kontraherende stater, selvom de har samme eller tilsvarende anvendelsesområde.²²⁸

5.2.2.1.2.2 Reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances

Det skal være ”rimeligt at fastslå, under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder”, at der foreligger den fornødne hensigt. Hertil er det vigtigt at foretage en objektiv analyse af formålet og hensigten for alle personer involveret i arrangementet eller transaktionen. For at fastslå, hvad formålet er, skal der fra sag til sag tages hensyn til alle omstændigheder i forbindelse med arrangementet eller transaktionen. Det er ikke nødvendigt, at der foreligger egentligt bevis for, at en person med et arrangement eller en transaktion har til hensigt at opnå en fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, men det skal være rimeligt at konkludere, efter en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at det var et af de væsentligste formål.²²⁹

Det bør imidlertid ikke let kunne antages, at opnåelse af en fordel i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst er et af de væsentligste formål med et arrangement eller en transaktion, og en konklusion vedrørende formålet kan normalt ikke drages blot ved at se på arrangementets konsekvenser. Kan et arrangement med rimelighed kun begrundes med opnåelse af fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan det fastslås, at dette er et af de væsentligste formål med arrangementet.²³⁰ Betingelsen skal sikre, at dobbeltbeskatningsoverenskomster anvendes i overensstemmelse med deres formål, nemlig at indrømme fordele i forbindelse med vareudvekslinger og tjenesteydelser samt kapital- og personbevægelser, i modsætning til arrangementer med et væsentligt formål om opnåelse af en bedre skattemæssig behandling.²³¹

²²⁷ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 7

²²⁸ Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, volume 74, number 7, 19. maj 2014, side 656

²²⁹ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 10

²³⁰ Ibid., pkt. 10

²³¹ Ibid., pkt. 6

5.2.2.1.2.3 That obtaining that benefit was one of the principal purposes

En anden betingelse er, “*at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål*”, der udgør et subjektivt element og er det essentielle krav til anvendelsen af generalklausulen.²³² Betingelsen indebærer, at opnåelse af fordelene i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke behøver at være det eneste eller det dominerende formål ved et arrangement eller en transaktion, men at det er tilstrækkeligt, at mindst et af de væsentligste formål er at opnå fordelene.²³³ Problemet med betingelsen er, at det forekommer umuligt at bevise en hensigt.²³⁴

Selvom det subjektive element er afgørende for anvendelsen af PPT-klausulen, giver OECD ingen retningslinjer for, hvordan der skelnes mellem væsentlige formål og tilknyttede formål samt mellem flere forskellige væsentlige formål.²³⁵ I kommentarerne til generalklausulen fremgår det dog, at et formål ikke er væsentligt, når det er rimeligt at fastslå, under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelse af fordelene ikke var et væsentligt formål og ikke ville være årsagen til indgåelse i arrangementer eller transaktioner, der hverken alene eller sammen med andre transaktioner, ville resultere i fordelene.²³⁶

Hvis et arrangement er uadskilleligt fra en kommerciel kerneaktivitet, og arrangementet ikke er drevet af overvejelser om at opnå en fordel, er det usandsynligt, at et af arrangementets væsentligste formål vil blive betragtet som opnåelse af denne fordel. Hvis der deltages i et arrangement med henblik på at opnå lignende fordele efter en række dobbeltbeskatningsoverenskomster, bør opnåelse af fordele efter andre dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke anses for at forhindre, at opnåelse af en fordel efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst er et af de væsentligste formål med det pågældende arrangement. Derudover kan formål, der vedrører misbrug af national lovgivning, ikke anvendes som argument for, at opnåelse af en fordel efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst blot er tilknyttet et sådant formål.²³⁷

5.2.2.1.2.4 Of any arrangement or transaction, that resulted directly or indirectly in that benefit

Generalklausulen gælder “*i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene*”. Begreberne “*arrangement*” eller “*transaktion*” skal fortolkes bredt og omfatte enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om

²³² Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, volume 74, number 7, 19. maj 2014, side 658

²³³ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6*, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 12

²³⁴ Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, volume 74, number 7, 19. maj 2014, side 658

²³⁵ Luc de Broe og Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, Intertax, Volume 43 (2015), Issue 2, side 131

²³⁶ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6*, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 13

²³⁷ Ibid., pkt. 13

der kan støttes ret på dem eller ej. Særligt omfatter begreberne stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstkabelsen.²³⁸ Det kan enten være en transaktion, der alene resulterer i en fordel, eller serier af transaktioner, der tilsammen resulterer i en fordel.²³⁹

Udtrykket ”*som direkte eller indirekte medfører fordel*” er bredt og skal omfatte situationer, hvor en person påberåber sig en fordel efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst vedrørende en transaktion, som ikke udgør den direkte omfattede transaktion, men som er afledt heraf.²⁴⁰

5.2.2.1.2.5 Unless it is established that granting the benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provision of this Convention

Den sidste del af PPT-klausulen udformes som en undtagelse, der oversat til dansk lyder ”*medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordel* under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten”. Denne undtagelse giver skatteyderen mulighed for at modbevise skattemyndighedernes fastslåede tilstedeværelse af en skattemæssig fordel efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som et af skatteyderens væsentligste formål.²⁴¹ Omgåelsesklausulen skal læses i overensstemmelse med resten af den pågældende overenskomst, især når det skal fastslås, hvad der er indholdet og formålet med den pågældende bestemmelse.²⁴²

Det påhviler skattemyndighederne at bevise, at et af skatteyderens væsentligste formål er at opnå fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, men det er nok, at det er rimeligt at fastslå tilstedeværelsen af dette subjektive element.²⁴³ Såfremt det er rimeligt at fastslå (”*reasonable to conclude*”), at den subjektive test er opfyldt, er det op til skatteyderen at godtgøre (”*establish*”), at opnåelsen af fordel under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet og formålet med den pågældende bestemmelse i dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Idet skattemyndighederne blot skal gøre det ”*reasonable to conclude*”, imens skatteyderne skal ”*establish*”,

²³⁸ Ibid., pkt. 9

²³⁹ Ibid., pkt. 9

²⁴⁰ Ibid., pkt. 8

²⁴¹ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 268

²⁴² OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 5

²⁴³ Luc de Broe og Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, Intertax, Volume 43 (2015), Issue 2, side 132

er bevisbyrden åbenbart ubalanceret.²⁴⁴ Skattemyndighederne vil blive fristet til at antage, at skattebesparelse er hensigten, blot på grund af tilstedeværelsen af en skattemæssig fordel.²⁴⁵ Da skattemyndighederne ikke får vanskeligt ved at gøre det ”reasonable to conclude”, flyttes bevisbyrden de facto til skatteyderen.²⁴⁶

5.2.2.2 Ligningslovens § 3, stk. 3

I OECD-regi er der som beskrevet ovenfor enighed om, at landene skal have mulighed for at bekæmpe misbrug i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst,²⁴⁷ hvorfor der ligeledes ved lov nr. 540 af 29. april 2015 blev indført en international omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 3. Bestemmelsen er formuleret som følger:

”Stk. 3. Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten”

Som det kan ses ud fra det ovenforstående, er den danske omgåelsesklausul for dobbeltbeskatningsoverenskomster i LL § 3, stk. 3 utrolig tæt på at være en ordret gengivelse af OECD’s PPT-klausul. Derfor må det antages, at både OECD’s kommentarer og eksempler vedrørende PPT-klausulen vil spille en stor rolle i forbindelse med fortolkningen af LL § 3, stk. 3.²⁴⁸ Det understøttes af, at Skatteministeriet i det nedenfor refererede fra forarbejderne også henviser til disse fortolkningsbidrag.

LL § 3, stk. 3 finder anvendelse på fordele i dobbeltbeskatningsoverenskomster, ligegyldigt hvornår disse er indgået og med hvilket land, hvorfor omgåelsesklausulen vil finde anvendelse på alle Danmarks eksisterende og fremtidige dobbeltbeskatningsoverenskomster.²⁴⁹

De ”fordele”, der bortfalder ved anvendelsen af LL § 3, stk. 3, er alle fordele forbundet med overenskomsten, som eksempelvis skattefritagelse, skatteudskydelse eller andre godtgørelser.²⁵⁰

²⁴⁴ Ibid., side 132

²⁴⁵ Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, volume 74, number 7, 19. maj 2014, side 658

²⁴⁶ Luc de Broe og Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, Intertax, Volume 43 (2015), Issue 2, side 132

²⁴⁷ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3 Indførsel af en international omgåelsesklausul i dansk skattelovgivning

²⁴⁸ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgøelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgøelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 274

²⁴⁹ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.5 Lovforslaget

²⁵⁰ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

Der skal foretages en bred fortolkning af vendingen ”*ethvert arrangement eller enhver transaktion*”, hvilket vil sige, at vendingen omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om der kan støttes ret på dem eller ej. Særligt omfatter vendingen enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstkabelsen. Derudover omfatter vendingen endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation.²⁵¹

5.2.2.2.1 Delt bevisbyrde mellem skattemyndighederne og den skattepligtige

Under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, vil det påhvile skattemyndighederne at fastslå, at opnåelse af fordelene er et af de væsentligste formål i et arrangement eller en transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene. Såfremt skattemyndighederne har fastslået dette, vil det dernæst påhvile den skattepligtige at godtgøre, at indrømmelsen af fordelene er i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.²⁵²

5.2.2.2.2 Eksempler

OECD har i deres kommentarer til PPT-klausulen i BEPS 2015 final report action point 6 angivet følgende eksempel B,²⁵³ der er gentaget i lovforslag nr. L 167,²⁵⁴ som skildrer hvor omgælsesklausulen vil finde anvendelse.

Selskabet i land B er datterselskab til selskabet i land C. Land B og C har ikke indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvilket indebærer, at der ved enhver udbytteudlodning fra datterselskabet til moderselskabet, skal indeholdes kildeskat på 25 pct. efter en intern kildeskatteregel i land B. Land A og B har til gengæld indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der på udbytteudlodninger skal indeholdes kildeskat på 5 pct. Der indgås en aftale mellem moderselskabet i land C og finansselskabet i land A, hvilket indebærer, at moderselskabet udsteder stemmeløse præferenceaktier, som i en 3-årig periode giver finansselskabet i land A en udbytteret. Ejeren af aktierne er dog stadig moderselskabet i land C. For udbytteretten betaler finansselskabet et beløb svarende til nutidsværdien af udbytte tilknyttet præferenceaktierne med et fradrag, der svarer til en rente, som moderselskabet i land C kunne låne af finansselskabet i land A. Finansselskabet i land A anses umiddelbart for modtager af udbytte efter skattereglerne i de berørte lande.²⁵⁵

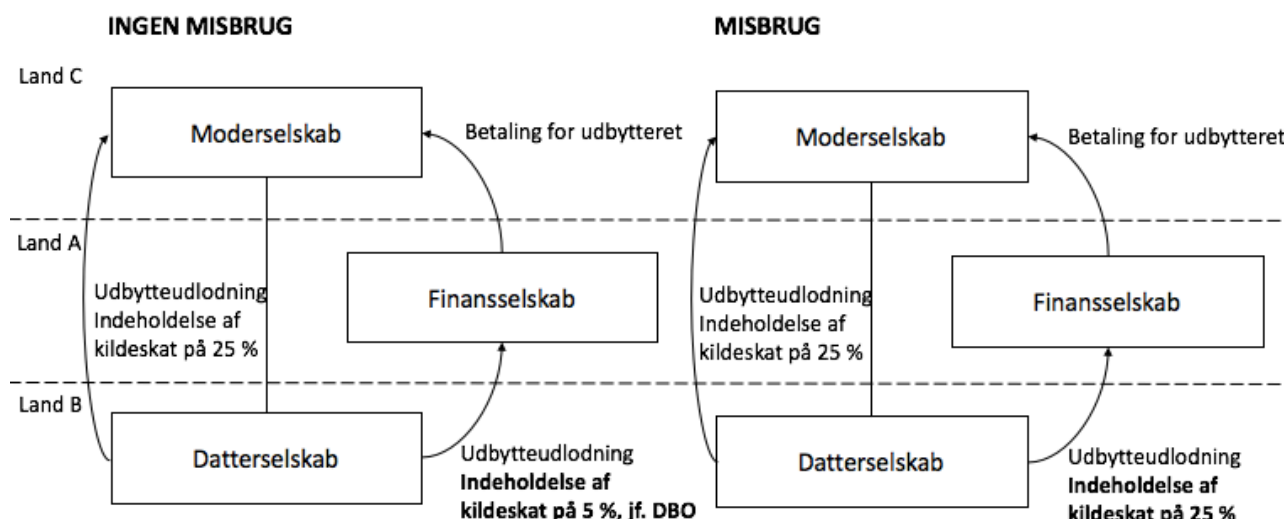
²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

²⁵³ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 14, example B

²⁵⁴ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²⁵⁵ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 14, example B



Medmindre andre faktiske forhold og omstændigheder tilsigter et andet resultat, kan det være rimeligt at konkludere, at et af hovedformålene med ovennævnte arrangement har været at opnå fordelene ved den mellem land A og B indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der på udbytteudlodningen kun skal indeholdes en kildeskat på 5 pct. Fordelene bør derfor nægtes, jf. LL § 3, stk. 3, da den ved arrangementet opnåede fordel strider mod indholdet og formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsten.²⁵⁶

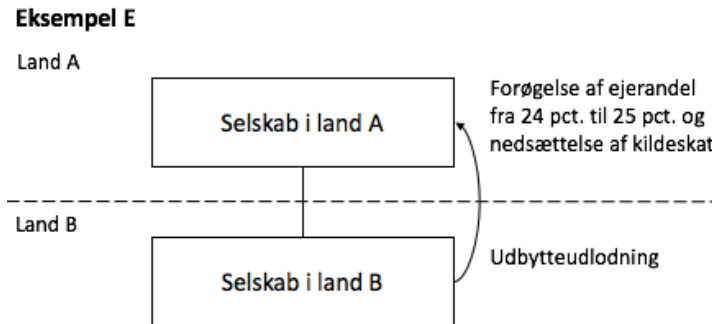
Det påhviler skattemyndighederne at foretage den objektive analyse af, om et arrangement eller en transaktion er foretaget med henblik på at opnå en fordel ved dobbeltbeskatningsoverenskomsten, på baggrund af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.²⁵⁷

I kommentarerne til PPT-klausulen i BEPS 2015 final report action point 6 er eksempel E ligeledes interessant.²⁵⁸ I dette eksempel er et selskab hjemmehørende i land A og har i de sidste 5 år ejet 24 pct. af aktiekapitalen i et selskab hjemmehørende i land B. Efter indgåelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem land A og land B beslutter selskabet hjemmehørende i land A at forøge sin ejerandel i selskabet hjemmehørende i land B til 25 pct.

²⁵⁶ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6, pkt. 26, kommentarer til artikel X, stk. 7, pkt. 14, example B



De faktiske forhold og omstændigheder viser, at beslutningen om at erhverve disse yderligere aktier er foretaget primært for at opnå fordelene ved den lavere skattesats i artikel 10, stk. 2, litra a i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.²⁵⁹ Selvom et af de væsentligste formål med denne transaktion klart er at opnå fordelene efter artikel 10, stk. 2, litra a, vil generalklausulen ikke finde anvendelse, da det kan godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder er i overensstemmelse med indholdet af og formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10, stk. 2, litra a. Bestemmelsen anvender en arbitrær tærskelværdi på 25 pct. med henblik på at afgøre hvilke aktionærer, der har ret til fordelene ved den lavere skattesats på udbytte. Det er i overensstemmelse hermed, at fordelene efter artikel 10, stk. 2, litra a tildeles en skatteyder, der reelt forøger sin ejerandel i et selskab med henblik på at opfylde dette krav.²⁶⁰

Eksempel E strider mod 2014-kommentarerne til artikel 10, stk. 2. I henhold til artikel 10, stk. 2, litra a, som er beskrevet ovenfor under afsnit 4.1.3.2, er der nemlig specifikt i kommentarerne nævnt, at der i tilfælde af misbrug af bestemmelsen ikke skal ske nedsættelse fra 15 pct. til 5 pct. kildeskat på udbytter. Som eksempel på misbrug fremhæves netop tilfælde hvor et selskab med en ejerandel på under 25 pct. kort forinden udbyttets udbetaling forøger sin ejerandel, primært for at opnå fordelene herved, eller i andre tilfælde, hvor der tilvejebringes et kvalificeret ejerskab, primært for at opnå nedsættelse.²⁶¹ Således er der ikke overensstemmelse mellem eksempel E og den lignende situation i kommentarerne pkt. 17 til artikel 10, der netop angiver, at en sådan situation er udtryk for misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.²⁶²

5.2.3 Direktivernes forrang ifølge ligningslovens § 3, stk. 4

LL § 3, stk. 4 regulerer tilfældet, hvor en skatteyder både kan påberåbe sig fordelene efter direktivene og efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og er formuleret som følger:

”Stk. 4. Uanset stk. 3 skal stk. 1 og 2 anvendes ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst

²⁵⁹ Ibid. pkt. 14, example E

²⁶⁰ Ibid., pkt. 14, example E

²⁶¹ Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2014), pkt. 17

²⁶² Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgæelse og misbrug i skatteretten, Internationale omgæelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret*, 1. udgave, 2015, side 275

med et land, der er medlem af EU, hvis den skattepligtige alternativt kunne påberåbe sig en fordel i et af direktiverne om direkte beskatning”

Såfremt en skatteyder både kan påberåbe sig fordelene efter direktiverne og efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, skal omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne anvendes til at nægte fordelene. Med andre ord kan det således fastslås, at omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne har forrang.²⁶³ Hvis omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomster ender med at få et andet og lempeligere indhold end, hvad EU-domstolen læser i omgåelsesklausulen vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet, vil lovgiver med denne bestemmelse sikre sig, at effektiviteten af omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne ikke udvandes.²⁶⁴

5.2.4 Forskelle mellem ligningslovens § 3, stk. 1 og § 3, stk. 3

Formuleringen af omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne i LL § 3, stk. 3 adskiller sig fra formuleringen af omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne i LL § 3, stk. 1. Skatteministeriet vurderer alligevel, at der ikke er væsentlig forskel på de to omgåelsesklausuler.²⁶⁵ Der er således tekstmæssige forskelle, men imidlertid ikke indholdsmæssige forskelle.²⁶⁶ Baggrunden for den forskellige formulering af de to omgåelsesklausuler for henholdsvis direktiverne og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er, at der med førstnævnte omgåelsesklausul tilstræbes en formulering nøjagtigt svarende til direktivets formulering, og i forhold til sidstnævnte omgåelsesklausul tilstræbes en formulering i overensstemmelse med OECD's anbefalinger.²⁶⁷

Retsfølgen af begge omgåelsesklausuler er, at den skattepligtige nægtes fordele efter direktiverne eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, men at det pågældende arrangement eller den pågældende transaktion desuagtet anses for gennemført.²⁶⁸ Vedrørende både LL § 3, stk. 1 og § 3, stk. 3 kan de danske skattemyndigheder kun nægte en skatteyder en fordel, som opnås i Danmark, idet andre stater har mulighed for at nægte en skatteydere fordel i denne stat.²⁶⁹

I den af EU vedtagne omgåelsesklausul i direktiverne, vil omgåelsesklausulen efter ordlyden ikke gælde, såfremt transaktionen eller arrangementet er udtryk for reel økonomisk aktivitet. Dette kan formentlig indfortolkes i OECD's omgåelsesklausul i kraft af henvisningen til hensigten og indholdet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Hensigten og formålet omfatter tilvejebringelse af

²⁶³ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²⁶⁴ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen, *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen*, SU 2015, 203

²⁶⁵ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3 Indførsel af en international omgåelsesklausul i dansk skattelovgivning og Lovforslag L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²⁶⁶ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Skatteministeriets kommentarer til FSR – danske revisorer

²⁶⁷ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3 Indførsel af en international omgåelsesklausul i dansk skattelovgivning

²⁶⁸ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Skatteministeriets kommentarer til FSR – danske revisorer

²⁶⁹ Ibid.

traktatmæssig beskyttelse for at undgå dobbeltbeskatning i tilfælde, hvor personer reelt i god tro er engageret i grænseoverskridende handel og investeringer.²⁷⁰

Generelt er der en høj grad af parallelitet mellem de to omgåelsesklausuler, men de er dog ikke underlagt samme fortolkningsbidrag. Derudover er der forskel på, om den endelige retsinstans er EU-domstolen eller forskellige nationale domstole. På denne baggrund må konsekvensen af Skatteministeriets udsagn være begrænset til dansk ret.²⁷¹ Skatteministeriet har lagt til grund, at der med rette kan skeles til bemærkningerne knyttet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, når omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne skal fortolkes.²⁷² Dette indebærer, at fortolkningsbidragene i BEPS action 6 kan tillægges retskildeværdi, når LL § 3, stk. 1 skal fortolkes.²⁷³ EU-domstolene er dog ikke forpligtet til og vil næppe heller direkte inddrage retskilder vedrørende OECD's omgåelsesklausul, når de fortolker omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne.²⁷⁴

Ved en direkte sammenligning af bevisbyrden, synes LL § 3, stk. 3 at pålægge skattemyndighederne en mindre bevisbyrde end i LL § 3, stk. 1. Efter ordlyden pålægger LL § 3, stk. 1 *skattemyndighederne* bevisbyrden for, at den opnåede skattefordel virker mod indholdet af *eller* formålet med direktiverne, hvorimod bevisbyrden i LL § 3, stk. 3 flyttes over på *skatteyderen*, som pålægges at godtgøre, at indrømmelsen af fordelingen vil være i overensstemmelse med indholdet af *og* formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten. Således er der umiddelbart forskel på, hvem der de facto har bevisbyrden og hvor stor bevisbyrden er. Ud fra det i lovforslaget statuerede vedrørende bevisbyrden i henhold til de to omgåelsesklausuler, som også er beskrevet ovenfor under afsnit 5.2.1.2.1 og 5.2.2.2.1, er der dog umiddelbart ikke forskel på den delte bevisbyrde i de to omgåelsesklausuler, hvilket også bekræftes af Skatteministeriets udtalelse vedrørende bevisbyrden, hvor det konkluderes, at "*de to analyser er således ganske ens*".²⁷⁵

En eventuel forskel på de to omgåelsesklausuler, må være et spørgsmål, der afklares i domspraksis, herunder ved forelæggelse for EU-domstolen.²⁷⁶ Det må hertil bemærkes, at den EU-retlige omgåelsesklausul vil tendere til at blive den fremherskende af de to omgåelsesklausuler. Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne vil antageligt få afsmittende effekt på omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, idet der allerede er en domstol, der med bindende virkning for både involverede stater og involverede virksomheder, kan fortolke den EU-retlige omgåelsesklausul.²⁷⁷

²⁷⁰ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²⁷¹ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 246

²⁷² Lovforslag nr. L 167, Skatteministerens svar spørgsmål 1 til FSR – danske revisorer

²⁷³ Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 246

²⁷⁴ *Ibid.*, side 247

²⁷⁵ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Skatteministeriets kommentarer til FSR – danske revisorer

²⁷⁶ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2

²⁷⁷ Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2016/17*, 18. udgave, 2016, side 79

6. Aggressiv skatteplanlægning fra en corporate social responsibility vinkel

Politikere, interessegrupper og medier har i en årrække været særdeles optaget af, at der af multinationale selskaber betales en fair andel i skat. Efter OECD's opfattelse vil mulighederne for aggressiv skatteplanlægning underminere selve integriteten i skattesystemet, idet multinationale koncerners effektive skattesats reduceres til et minimum, hvilket offentligheden ikke finder retfærdigt. Sådanne krav til en fair skattebetaling for multinationale koncerner findes også på EU-plan og i dansk kontekst, idet multinationale koncerner bør bidrage mere til finansieringen af velfærdssamfundet.²⁷⁸

I debatten er fair beskatning ikke et spørgsmål om skattesystemets indretning i sig selv, men nærmere et spørgsmål om, at nogle skatteydere, særligt de multinationale koncerner, på andre skatteyderes bekostning, udnytter svagheder i landenes skattesystemer eller gunstige skatteregimer til at opnå fordele – altså et spørgsmål om, om den multinationale koncern har brugt aggressiv skatteplanlægning.²⁷⁹

6.1 Definition af aggressiv skatteplanlægning

I OECD-regi er der i forbindelse med BEPS givet et bud på en definition af begrebet aggressiv skatteplanlægning:

*"(...) tax planning strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to make profits 'disappear' for tax purposes or to shift profits to locations where there is little or no real activity but the taxes are low, resulting in little or no overall corporate tax being paid."*²⁸⁰

Ovenstående fokuserer primært på de lovlige arrangementer, som resulterer i enten dobbelt ikke-beskatning eller udnyttelse af skattelovgivningens huller og manglende sammenhæng landene imellem, som giver mulighed for kunstigt at adskille den skattepligtige indkomst fra aktiviteterne, der har genereret indkomsten.²⁸¹

Europa Kommissionen har ligeledes udtalt sig vedrørende aggressiv skatteplanlægning, og anfører, at skatteplanlægningsteknikkerne udvikler sig på tværs af forskellige juridiktioner og at der

²⁷⁸ Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Reports, *Frequently Asked Questions*, answer to no. 113: What is BEPS?

²⁸¹ Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238

effektivt henføres skattepligtige profitter til stater med fordelagtige skattesystemer, hvorved skatten reduceres gennem lovlige arrangementer, som dog strider mod lovens hensigt.²⁸² Europa Kommissionens bud på definitionen af begrebet aggressiv skatteplanlægning, lyder som følger:

“Aggressive tax planning consists in taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability. Aggressive tax planning can take a multitude of forms. Its consequences include double deductions (e.g. the same loss is deducted both in the state of source and residence) and double non-taxation (e.g. income which is not taxed in the source state is exempt in the state of residence).”²⁸³

Europa Kommissionens definition er i det store hele overensstemmende med OECD's definition. I Europa Kommissionens definition fokuseres der også på, at skatteplanlægningsteknikkerne strider mod lovgivningens formål og ånd, selvom teknikkerne efter lovgivningens ordlyd er lovlige.²⁸⁴

6.2 Definition af corporate social responsibility

Såfremt en multinational concerns skatteplanlægning bliver for aggressiv, risikerer koncernen at offentligheden ikke oplever koncernens skattebetaling som en fair andel. For en multinational koncern og dens ejere kan dette have en negativ effekt, hvorfor det bør overvejes, om koncernen skal inddrage betragtninger fra managementdisciplinen corporate social responsibility (CSR).²⁸⁵

CSR angår grundlæggende den måde, hvorpå virksomheden håndterer de relationer til samfundet, som rækker ud over virksomhedens rent økonomiske og juridiske forpligtelser.²⁸⁶ Europa Kommissionen har tidligere defineret CSR som:

“a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis”²⁸⁷

Sidenhen har Europa Kommissionen givet en ny definition af CSR, som lyder:

“the responsibility of enterprises for their impacts on society”²⁸⁸

²⁸² The European Commission, *Commission recommendation on aggressive tax planning*, C(2012) 8806 final, Brussels, 6 December 2012, pkt. (1)

²⁸³ Ibid., pkt. (2)

²⁸⁴ Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238

²⁸⁷ Commission of the European Communities, *Green Paper: Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility (CSR)*, COM(2001) 366 final, Brussels, 18 July 2001, pkt. 20

²⁸⁸ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A renewed EU strategy*

For at leve op til dette ansvar, er det en forudsætning, at den gældende lovgivning overholdes. Ydermere skal virksomheden have en strategi, der indarbejder sociale, miljømæssige og etiske aspekter, for fuldt ud at leve op til det sociale ansvar. Målet med CSR er blandt andet at skabe størst mulig fælles værdi for virksomhedens ejere, øvrige interessenter og samfundet som en helhed. Ifølge Europa Kommissionen er CSR vigtigt for bæredygtighed, konkurrencedygtighed og innovation blandt virksomheder i EU og for selve økonomien i EU.²⁸⁹

6.3 Skattestrategi i lyset af corporate social responsibility og koncernens konkurrenceevne

En lang række multinationale koncerner har valgt at indskrive skattestrategien i deres CSR-politik, for over for offentligheden at markere, at koncernen ikke ønsker at snyde eller udnytte skattereglerne til det yderste ved dispositioner, som alene er skattemæssigt begrundet.²⁹⁰

CSR-overvejelser kan medvirke til at sætte fokus på, hvordan virksomhedens omdømme kan skades af en aggressiv skatteplanlægning, eksempelvis ved negativ medieomtale, som i værste fald medfører en faldende omsætning grundet forbrugerboycot. Derudover vil en aggressiv skatteplanlægning øge risikoen for tvister med skattemyndighederne, herunder hvis virksomheden bliver ramt af omgåelsesklausulen i LL § 3, som kan skabe usikkerhed om virksomhedens fremtidige cash flow.²⁹¹

Virksomhedens indtjening efter skat indgår i virksomhedens price/earnings ratio, som ofte er nøgleindikator for share value. Det kan have en negativ indflydelse på investorernes risikovurdering af koncernen og dens aktiekurs, såfremt der er usikkerhed vedrørende de skattemæssige dispositioners påvirkning på koncernens finansielle stilling. CSR handler ikke kun om at imødegå risici, men også om at skabe værdi for virksomheden, hvilket transparens vedrørende virksomhedens skatteforhold potentielt kan bidrage til.²⁹² Ud fra ovenstående kan konstateres flere valide forretningsmæssige grunde til at anvende CSR ved udformning og implementering af virksomhedens skattestrategi, særligt med henblik på i hvilket omfang og hvordan virksomheden skal forsøge at nedbringe skatteomkostningerne.

Omvendt kan multinationale koncerner svække deres konkurrenceevne ved ikke at føre aggressiv skatteplanlægning, såfremt koncernens konkurrenter benytter sig heraf. Det vil således svække

2011-14 for Corporate Social Responsibility (CSR), COM(2011) 681 final, Brussels, 25 October 2011, pkt. 3.1

²⁸⁹ Ibid., pkt. 1.1-1.2

²⁹⁰ Jacob Ravn, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Erhvervslivets perspektiv på omgåelse, herunder diskussionen om fair beskatning, 1. udgave, 2015, side 180

²⁹¹ Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238

²⁹² Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238

koncernens konkurrenceevne, hvis koncernens effektive skattesats konsekvent er højere end konkurrenternes, hvilket kan få alvorlige konsekvenser for koncernens fremtidige vækst- og overlevelsesmuligheder i en verden med fortsat øget konkurrence og globalisering.²⁹³

De multinationale koncerner står over for en stor udfordring, når det skal vurderes hvorvidt og i hvilken grad der skal føres en aggressiv skatteplanlægning, eller om der i højere grad skal fokuseres på offentlighedens anerkendelse ved at betale en fair andel i skat – en grænse, der er særdeles svær at fastsætte. Hvis de multinationale koncerner byder BEPS-tiltagene velkommen, og såfremt projektet lykkes med at lægge en dæmper på skattekonkurrencen landene imellem og føre til implementering af en ny og samordnet skattelovgivning, vil koncernernes ressourcer og konkurrence i højere grad gå på, hvem der driver virksomheden bedst fremfor, hvem der er bedst til at udnytte svagheder og særlige fordele i landenes skattesystemer.²⁹⁴

7. Perspektivering – tilfører ligningslovens § 3 noget nyt?

Tidligere har der ikke i dansk skatteret eksisteret lovbestemte omgængelsesklausuler eller tilsvarende regler, der tilsigter at imødegå misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomster, men ved indførelsen af en international omgængelsesklausul i LL § 3, skete der et radikalt nybrud i dansk skatteret.²⁹⁵ Ved omgængelse forstås traditionelt, at parterne indgår en aftale, hvor det forsøges at komme uden om et forbud indeholdt i en præceptiv lov, ved at lade aftalen fremtræde i en skikkelse, der ikke er omfattet af lovens ord.²⁹⁶ I dette afsnit undersøges det nærmere, om indførelsen af en international omgængelsesklausul i dansk skatteret har tilført noget nyt i forhold til omgængelsesproblematikken.

7.1 Retsstillingen vedrørende omgængelse før indførelsen af ligningslovens § 3

Efter dansk praksis sker beskatningen ud fra en bedømmelse af, hvad der rent faktisk er sket. Dette indebærer, at der kan ske tilsidesættelse af tomme og kunstige skattebetingede dispositioner, således at beskatningen i stedet skal foretages i forhold til skattearrangementets realitet. Grundlæggende er dansk skatteret således i overensstemmelse med internationalt gældende principper om ”*substance over form*”. De retsanvendende myndigheder tilsidesætter skattearrangementer alene ud fra generelle retlige overvejelser uden henvisning til specifikke værnsregler.²⁹⁷

Det er i dansk skatteret sædvanligvis anerkendt, at der kan lægges vægt på omgængeshensyn ved lovfortolkning, hvilket blandt andet følger af TfS 1998, 199 H og SKM2014.422.HR. I TfS 1998, 199 H fastslog Højesteret, at der ikke i nogle lovbestemmelser fandtes hjemmel til rentefiksering, men forudsat at ”*der med de foretagne dispositioner er tilsigtet en omgængelse af skattelovgivnin-*

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Anders Nørgaard Laursen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 1163

²⁹⁶ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 144

²⁹⁷ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.4. Gældende ret

gen”, alligevel kunne ske rentefiksering. Ud fra denne dom kan udledes, at der i særlige misbrugs-tilfælde kan tillægges omgåelsessynspunktet betydning.²⁹⁸ Der er dog, ifølge dommens præmisser, kun belæg for at anlægge et omgåelsessynspunkt, såfremt det kan påvises, at en konkret lovbestemmelse tilsigtes omgået.²⁹⁹ Højesteret tilsidesatte skatteydernes arrangement i SKM2014.422.HR med henvisning til, at ”*dispositionernes eneste formål og eneste virkning var at skabe et fradragsberettiget tab*” og at det ud fra en helhedsvurdering ikke kunne ”*anses for reelle tab, men må anses for tab, der er konstrueret alene med henblik på at opnå et fradragsberettiget tab*”.³⁰⁰

Selvom det sædvanligvis ud fra ovenstående er anerkendt, at der kan lægges vægt på omgåelseshensyn ved lovfortolkning, konkluderes det i SKM2006.749.HR og SKM2003.482.HR som også kort nævnt i afsnit 5.1.7.1.3, at juridisk gyldige transaktioner ikke tilsidesættes på grund af, at transaktionerne medfører fordelagtige skattemæssige konsekvenser. Domstolene er således påpasselige med at udøve for meget retsskabende virksomhed, når der af lovgivningsmagten er tilstræbt en udtømmende regulering af et område, uanset at det er åbenbart for enhver, at de gennemførte regler fører til resultater, der er åbenbart urimelige eller åbenbart uhensigtsmæssige.³⁰¹

I Jan Pedersens doktordisputats ”*Skatteudnyttelse*” fra 1989 fremfører han, at der eksisterer en i retspraksis udviklet realitetsgrundsætning i dansk skatteret, hvorefter ”*beskatningen ved skatteudnyttelser knyttes til realøkonomien og realindholdet i de dispositioner, som beskatningen skal ske i forhold til, snarere end dispositionens formelle ikklædning*”.³⁰² Realitetsgrundsætningen har været omdiskuteret og har mødt megen kritik.³⁰³ Uanset hvilket synspunkt der tilsluttes i relation til omgåelsesproblematikken, synes domstolene med deres eksplicitte retorik at afspejle en vis vilje til, i tilfælde hvor transaktioner alene eller i alt overvejende grad tilrettelægges med et hovedformål om at reducere skattebyrden, at kvalificere faktum anderledes i skatteretlig henseende, end kvalifikationen efter civilretten.³⁰⁴ Dette er netop i overensstemmelse med internationale principper om ”*substance over form*”.

Udgangspunktet i dansk skatteret og hidtidig praksis er, at det er afgørende, at en udenlandsk udbyttemodtager er retmæssig ejer i dobbeltbeskatningsoverenskomsternes forstand. De danske

²⁹⁸ Ole Bjørn, *Rentefiksering – Højesteretsdommen i TfS 1998, nr. 199*, SR.1998.141

²⁹⁹ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 150

³⁰⁰ Ann Rask Vang og Thomas Booker, *Kapitalforhøjelse – realitet og formalitet?*, TfS 2014, 473

³⁰¹ Aage Michelsen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 113

³⁰² Jan Pedersen, *Skatteudnyttelse*, 1. udgave, 1989, side 435

³⁰³ Se hertil bl.a. Aage Michelsen, *Kommentarer til udvalgte afgørelser – Fradrag for renter, non-recourse lån, skattearrangement, ”realitetsgrundsætningen”, administrativ praksis som retskilde, lighedsgrundsætningen*, RR.SM.2000.130, Søren Friis Hansen, *Nekrolog over realitetsgrundsætningen – En analyse af konsekvenserne af EF-domstolens dom af 5. juli 2007 i sag C-321/05, Kofoed mod Skatteministeriet*, SpO.2007.265 og Thøger Nielsen, Steen Askholdt mfl., *Dansk Skattevidenskabelig Forening 1965-1990*, Den evige udfordring, udgivet af Dansk Skattevidenskabelig Forening i anledning af foreningens 25 års jubilæum den 26. maj 1990, 1990, side 46 ff.

³⁰⁴ Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djæveln i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 58

myndigheders opfattelse er, at der er tale om misbrug efter moder-/datterselskabsdirektivets tidligere artikel 1, stk. 2, såfremt udbyttemodtageren ikke er retmæssig ejer,³⁰⁵ hvilket blandt andet også fremførtes i SKM2012.26.LSR, som er behandlet ovenfor under afsnit 5.1.7.1. Landsskatteretten kom dog i sagen frem til, at det ikke var en udtrykkelig betingelse for at undgå beskatning efter moder-/datterselskabsdirektivet, at udbyttemodtageren var retmæssig ejer. Sagen er anket til domstolene, hvor Østre Landsret har stillet præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen om netop dette forhold.

Af den tidligere bestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 fremgik, at direktivet ikke hindrer, at der kan anvendes interne bestemmelser eller overenskomster, der er nødvendige for at hindre svig og misbrug.

Det følger af sag C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, som også er nævnt ovenfor under afsnit 5.2.1.1.2.2, at misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet ikke ”i sig selv og uafhængigt af national lovgivning (...) skaber forpligtelser for borgere eller fastsætter eller skærper et strafansvar for personer, der handler i strid med dets bestemmelser”.³⁰⁶ De enkelte medlemsstater behøver ikke nødvendigvis at vedtage lovgivning for at gennemføre et direktiv i national ret. Det kan ”i visse tilfælde være tilstrækkeligt til gennemførelse heraf, at der er fastlagt en generel retlig ramme, således at en ordret og udtrykkelig gentagelse af direktivets bestemmelser i specifikke nationale bestemmelser ikke er nødvendig”.³⁰⁷ Således kan implementeringen af direktivet og dermed pligtpådragelsen for borgene følge af almindelige retsprincipper og lignende.³⁰⁸ Skatteministeriet valgte i den konkrete sag at tage bekræftende til genmæle under hensyn til Landsskatterettens kendelse i TfS 1999, 491, som kom til det modsatte resultat. Skatteministeriet anfører endvidere, at denne landsskatteretskendelse ikke er korrekt, idet EU-domstolen nu har statueret, at uskrevede retsgrundsætninger også kan danne baggrund for anvendelse af fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse.³⁰⁹

Henset til sammenligneligheden mellem misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet og den tidligere misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, må sidstnævnte ligeledes antages ikke at være direkte anvendelig, og skal implementeres i national ret, hvor det eventuelt er tilstrækkeligt, at det blot følger af en retsgrundsætning om misbrug. Landsskatteretten bemærkede i SKM2012.26.LSR, at der i tilfælde af misbrug var hjemmel til, som følge af almindelige retsgrundsætninger, herunder retspraksis, at se bort fra formelt lovlige og korrekte dispositioner.

Slutteligt kan der stilles spørgsmål ved, om domstolene ud fra princippet om rette indkomstmodtager kan tilsidesætte begrænsningerne i Danmarks beskatningsret. Dette synes at være tilfældet i SKM2016.281.HR, som beskrevet ovenfor under afsnit 5.1.7.3.3, hvor der netop gribes ind over

³⁰⁵ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.4. Gældende ret

³⁰⁶ C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, præmis 45

³⁰⁷ *Ibid.*, præmis 44

³⁰⁸ Søren Næsborg Jensen, *Kommentar til EF-Domstolens afgørelse i Kofoed-sagen samt Skatteministeriets reaktion herpå*, SKM 2007.843 (TfS 2008.45), SR.2008.124

³⁰⁹ SKM2007.843.DEP

for noget, der ligner misbrug, ved at fastslå, at udbyttet er ledt uden om det selskab, der efter sædvanlig praksis før Højesteretsdommen måtte anses for at være rette indkomstmottager, og derved fastslår, at udbyttet ikke er modtaget af et udenlandsk moderselskab, som opfylder betingelserne for fritagelse for indeholdelse af udbytteskat. Som også nævnt i samme afsnit, har dommen dog yderst begrænset præjudikatværdi i forhold til princippet om rette indkomstmottager.

7.2 Retsstillingen ved indførelsen af omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3

Ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet indebærer, at Danmark i dansk skattelovgivning skulle indsætte en generelt formuleret bestemmelse om bekæmpelse af misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. Skatteministeriet vurderer, at den nye lovbestemte regel i LL § 3 har et bredere anvendelsesområde end den nuværende praksis.³¹⁰

Det EU-retlige misbrugsprincip, som beskrevet ovenfor under afsnit 5.2.1.1.1, synes dog at være bredere end den danske retsgrundsætning udledt af dansk skatteretlig praksis. Som det også fremgår af afsnit 5.2.1.1.1, indikerer EU-domstolen, at selvom faktum måtte stå for selvstændig skatteretlig prøvelse, risikerer en skatteyder ikke at opnå retspositionen, der følger af det påberåbte retsgrundlags ordlyd, hvis der i det konkrete tilfælde foreligger misbrug af den pågældende regulering.³¹¹

Omgåelsesklausulen i LL § 3 er forbeholdt omgåelse af visse EU-direktiver på det skatteretlige område og omgåelse af internationale dobbeltbeskatningsoverenskomster. Således får omgåelsesklausulen ikke virkning over for rene nationale omgørelser, som fortsat vil blive reguleret af uskrevne og domstolsbestemte principper.³¹²

LL § 3 vil finde anvendelse i sager om retmæssigt ejerskab, hvor udbytte går igennem mellemliggende holdingselskaber, der er beliggende i stater som, grundet moder-/datterselskabsdirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem de pågældende stater, friholder udbyttet for beskatning og tillader skattefrie videreudlodninger til øvrige koncernselskaber, uanset om disse er beliggende i skattelystater, hvilket fremgår af de ovenforstående eksempler i afsnit 5.2.1.2.2 og 5.2.2.2.2.³¹³ Omgåelsesklausulen omfatter situationer, hvor skatteyder illoyalt lader skattehensyn være afgørende for sine transaktioner, således at disse ikke accepteres i skattemæssig henseende. Heriblandt vil det blive betragtet som omgørelse, såfremt en umiddelbar udbyttedtager ikke er udbyttets retmæssige ejer.³¹⁴ Således er det utvivlsomt en betingelse for påberåbelse af moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, at mottageren af udbyttet er

³¹⁰ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.4. Gældende ret

³¹¹ Dennis Ramsdal Jensen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgørelse og misbrug i skatteretten*, Misbrugsprincippet – djæveln i skyggerne, 1. udgave, 2015, side 58

³¹² Jan Pedersen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgørelse og misbrug i skatteretten*, Omgørelse og misbrug i skatteretten – før, nu og i fremtiden, 1. udgave, 2015, side 118-119

³¹³ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2 og Jan Pedersen, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgørelse og misbrug i skatteretten*, Omgørelse og misbrug i skatteretten – før, nu og i fremtiden, 1. udgave, 2015, side 120

³¹⁴ Anders Nørgaard Laursen, Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, 2015, side 1163

retmæssig ejer, hvilket allerede forinden indførelsen af LL § 3 var en betingelse i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne ifølge afsnit 5.1.1.

Skatteministeriet er af den opfattelse, at omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3 vil finde anvendelse på fordele i dobbeltbeskatningsoverenskomster, uanset hvem overenskomsterne er indgået med og hvornår. Dermed finder LL § 3, stk. 3 anvendelse på alle eksisterende og fremtidige danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.³¹⁵ I litteraturen er det diskuteret om beskatning på baggrund af LL § 3, stk. 3 er et tilfælde af utilsigtet treaty override, da bestemmelsen blev vedtaget med forsikringer om, at den var konform med de danske overenskomster.³¹⁶ Skatteministeriet refererer til punkt 9.5 i OECD's kommentarer til artikel 1, som gennemgået ovenfor under afsnit 5.2.2.1.1 og anser hermed, at LL § 3, stk. 3 nøje reflekterer de almindelige principper for, i hvilket omfang et land kan imødegå misbrug af de allerede eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomster.³¹⁷ Forfatterne af ovennævnte litteratur stiller sig kritisk overfor, om misbrugsklausulen kan implementeres i national ret uden genforhandling af de enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster, medmindre der udtrykkeligt er indført en misbrugsklausul i de pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomster. Hertil kan nævnes, at der i BEPS action 15 er analyseret en mulighed for at udvikle et multilateralt instrument, som giver landene mulighed for hurtigt at ændre deres dobbeltbeskatningsoverenskomster med henblik på at gennemføre de anbefalinger, som vedrører dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, uden at genforhandle hver enkelt dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det multilaterale instrument blev vedtaget den 24-25. november 2016 og der afholdes en tiltrædelsesceremoni den 7. juni 2017 i Paris.³¹⁸

7.3 Vurdering af betydningen af indførelsen af ligningslovens § 3 i dansk skatteret

Den ændrede retsstilling efter indførelsen af LL § 3 får betydning i dansk skatteret. Den før LL § 3 gældende i praksis udviklede retsgrundsætning om misbrug vil stadig kunne finde anvendelse på nationale omgåelsessager, men LL § 3 må anses for at udvide anvendelsesområdet i forhold til at kunne gøre misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomster gældende. Det EU-retlige misbrugsprincip er bredere end den danske retsgrundsætning. Det er slået fast, at den danske omgåelsesklausul skal fortolkes i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivets ordlyd, og at direktivet bygger på EU-praksis, hvorfor dette kan være relevant at inddrage i denne fortolkning.³¹⁹ Netop derfor kan det EU-retlige misbrugsprincip antages at kunne udvide anvendelsesområdet.

³¹⁵ Lovforslag nr. L 167, fremsat d. 20/3 2015, almindelige bemærkninger, 3.3.5 Lovforslaget

³¹⁶ Jens Wittendorff, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster, 1. udgave, 2015, side 316 og Jakob Bundgaard, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret, 1. udgave, 2015, side 278 og Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen, *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen*, SU 2015, 203

³¹⁷ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Skatteministeriets kommentarer til Advokatrådet

³¹⁸ <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-for-beps-tax-treaty-measures-the-ad-hoc-group.htm>

³¹⁹ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Skatteministeriets kommentarer til FSR – danske revisorer

Førhen fremgik det ikke udtrykkeligt af moder-/datterselskabsdirektivet, at udbyttemodtageren skulle være retmæssig ejer, som behandlet ovenfor under afsnit 5.1.4. Der har dog været tvivl om, om et sådant forbehold kunne indfortolkes i den tidligere bestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2. Dette blev afvist af Landsskatteretten i SKM2012.26.LSR, som dog er anket. Efter ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet er der ikke længere tvivl om dette, idet der med den nye formulering kan stilles krav om, at udbyttebytteudtager skal være retmæssig ejer.

En enkelt transaktion, som eksempelvis en udbytteudlodning, vil være omfattet af omgåelsesklausulen i LL § 3. Skatteministeriet bemærker hertil, at kravet om, at udbytteudtager skal være retmæssig ejer, fortsat finder anvendelse efter indførslen af LL § 3.³²⁰ Ved anvendelse af begrebet retmæssig ejer, foretages en realitetsbedømmelse i forhold til selve ejerskabet, alt imens realitetsbedømmelsen efter LL § 3 går på om arrangementet er reelt. Således synes anvendelsesområdet af LL § 3 bredere end det hidtil gældende vedrørende retmæssigt ejerskab, hvilket også bekræftes i SKM2017.333.SR, som analyseres nedenfor under 7.3.1.

I fremtidige sager, som ligner de her omtalte sager C-321/05, *Hans Markus Kofoed* og SKM2012.26.LSR vil den nye omgåelsesklausul ud fra det ovenforstående kunne finde anvendelse, og således kan der med henvisning til omgåelsesklausulerne gribes ind over for misbrug.

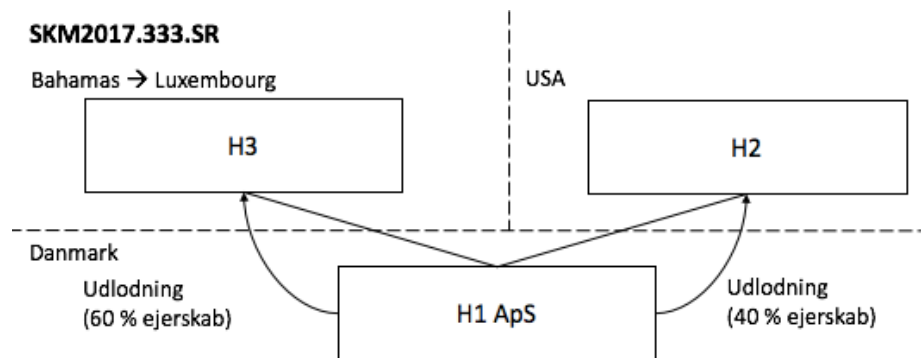
I sag C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, var der tale om udbytteudlodning umiddelbart efter en omstrukturering, hvilket må udgøre en serie af arrangementer, der var tilrettelagt med det hovedformål at opnå en skattefordel, i form af skatteudskydelse og skattefrihed, som virkede mod indholdet af eller formålet med direktivet og som ikke formodes reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, idet der ikke var fremlagt velbegrundede kommercielle årsager for omstruktureringen, der afspejlede den økonomiske virkelighed. Derfor kan skattemyndighederne i dag med henvisning til LL § 3 gribe ind over for et sådant arrangement og fratage dets fordele i form af skattefrihed.

Ligeledes blev arrangementet i SKM2012.26.LSR ikke tilsidesat, fordi der ikke var indført en omgåelsesklausul i dansk skatteret. Med indførslen af LL § 3 vil det i dag være muligt at fratage Cypern Ltd. sin skattefordel i form af skattefrihed af det modtagne udbytte. Dette fordi de objektive kriterier i LL § 3, stk. 1 og 2 kan opfyldes, idet at arrangementet kunne anses for tilrettelagt med hovedformålet om at opnå denne skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktivet og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, særligt henset til, at Cypern Ltd. blev stiftet umiddelbart forud for erhvervelsen af Danmark ApS, var uden egne lokaler samt eget personale og kun havde beskedne driftsudgifter samt at der ikke var fremlagt velbegrundede kommercielle årsager for arrangementet, som afspejlede den økonomiske virkelighed.

³²⁰ Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Danske Advokater

7.3.1 Ligningslovens § 3 anvendt i SKM2017.333.SR

I SKM2017.333.SR ønskede et selskab, H1 ApS, at flytte fra Danmark til Luxembourg og derved bringe den danske skattepligt til ophør. H1 ApS var med 40 % ejet af det amerikanske selskab, H2, og 60 % ejet af H3. Umiddelbart inden den påtænkte flytning af H1 ApS til Luxembourg var H3 flyttet fra Bahamas til Luxembourg. I forbindelse med flytningen ønskede skatteyderen det bekræftet, at der ikke opstod dansk begrænset skattepligt for aktionærerne i H1 ApS efter SEL § 2, stk. 1, litra c.



Idet H1 ApS ophørte med at være skattepligtigt til Danmark, skulle den udlodning, der opstod herved, behandles som udbytte efter LL § 16 A, stk. 2, såfremt det modtagende selskab ejede mindst 10 pct. af aktiekapitalen i H1 ApS og udlodningen omfattes af SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. LL § 16 A, stk. 3, litra a. Den første betingelse var opfyldt, idet de modtagende selskaber ejede mindst 10 pct. Den anden betingelse var, at udlodningen omfattes af SEL § 2, stk. 1, litra c, hvor det fremførtes, at betingelserne for bortfald af begrænset skattepligt til Danmark som udgangspunkt var opfyldt for både H2 og H3. Der kunne dog alligevel være begrænset skattepligt til Danmark, såfremt H2 eller H3 ikke var retmæssige ejere af udlodningen eller såfremt H2 eller H3 kunne omfattes af den generelle omgåelsesklausul i LL § 3 sigtende på misbrug af fordele forbundet med moder-/datterselskabsdirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Skatterådet henviste til praksis, herunder SKM2012.121.ØLR, og konkluderede at hverken H2 eller H3 var gennemstrømningselskaber i relation til udlodningen, da udlodningen ikke efterfølgende ville blive ført ud af H2 eller H3. Dermed fastslog Skatterådet, at kapitalejerne, H2 og H3, var retmæssige ejere.

H3's flytning fra Bahamas til Luxembourg medførte, at udlodningen ikke ville blive beskattet som udbytte, idet H3 efter flytningen var beliggende i et land, hvor moder-/datterselskabsdirektivet fandt anvendelse og hvormed Danmark havde en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Såfremt H3 ikke var flyttet fra Bahamas til Luxembourg, ville udlodningen anses som udbytte med begrænset skattepligt til følge. Således opnåede H3 en klar skattefordel ved den forudgående flytning. Det var oplyst, at baggrunden for flytningen var at forenkle selskabsstrukturen og skabe større transparens. Skatterådet fastlog, at der ikke nærmere var redegjort eller dokumenteret for, hvilke kom-

mercielle årsager, der skulle begrunde flytningen. Skatterådet anså, at hovedformålet med flytningen var at opnå en skattefordel samt at der ikke forelå velbegrundede kommercielle årsager, idet selskabsstrukturen og selskabernes aktiviteter var uændret. Dermed var der tale om arrangementer, hvis hovedformål eller et af hovedformålene var at opnå en skattefordel, der virkede mod moder-/datterselskabsdirektivets indhold og formål, samt at opnå en skattefordel, der var i strid med formålet og hensigten med de relevante bestemmelser i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Da omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne havde forrang, jf. LL § 3, stk. 4, opnåede H3 således ikke de fordele, der fulgte af moder-/datterselskabsdirektivet, jf. LL § 3, stk. 1 og 2. Skatterådet bemærkede, at den begrænsede skattepligt kun relaterede sig til H3.

Af SKM2017.333.SR kan udledes, at LL § 3 har et selvstændigt anvendelsesområde, og at bestemmelsen kan finde anvendelse, uanset at modtageren er retmæssig ejer. Ligeledes kan det konstateres, at LL § 3 i fremtidige sager, der ligner den tidligere omtalte SKM2012.121.ØLR, kan finde anvendelse, selvom en udbytteudlodning ikke videreføres eller med sikkerhed er bestemt til at blive videreført til personer i tredjelande, hvormed Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

7.3.1 En kort bemærkning om retssikkerhed

En tvivl om hjemmelsgrundlag for omgåelsesbetragtninger fjernes ved indførslen af LL § 3, hvilket i en vis grad kan forøge en skatteydners retssikkerhed i form af forudberegnelighed.³²¹ Omvendt må det dog erkendes, at indførslen af LL § 3 giver anledning til en ikke-ubetydelig usikkerhed, idet bestemmelsen er bredt og generelt formuleret og idet ordlyden samt bemærkninger til lovforslaget kun giver begrænset støtte til fortolkning af reglerne i praksis.³²² Hidtil har Danmark i udstrakt grad gjort brug af specielle værnsregler for at imødegå misbrug.³²³ Der er en øvre grænse for, hvor detaljeret der med fordel kan lovgives, idet et forsøg på at regulere alle forhold vil føre til en alt for omfattende og kompleks lovgivning.³²⁴ Der kan argumenteres for, at en vis fleksibilitet i lovtæksten kan være at foretrække, sådan at bestemmelsen kan tilpasses individuelle forhold og sager.³²⁵ LL § 3 er et eksempel på en ny, bred og upræcist formuleret værnsregel, der gør det umuligt at nå en sikker konklusion vedrørende de skattemæssige konsekvenser.³²⁶ Skattelypakken, herunder indførsel af LL § 3, har således vægtet hindring af omgåelse højere end retssikkerhed. Hensynet til den individuelle retssikkerhed, herunder forudberegnelighed, har således måttet vige

³²¹ Jane Bolander og Peter Koerver Schmidt, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten – den evige diskussion om forudberegnelighed contra bekæmpelse af misbrug, 1. udgave, 2015, side 40

³²² Lovforslag nr. L 167, bilag 1, Høringsskema og høringssvar, fra Skatteministeren, Advokatrådets og FSR's høringssvar

³²³ Jan Pedersen, Jan Pedersen mfl., *Skatteretten* 1, 7. udgave, 2015, side 86

³²⁴ Jane Bolander og Peter Koerver Schmidt, Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten – den evige diskussion om forudberegnelighed contra bekæmpelse af misbrug, 1. udgave, 2015, side 30

³²⁵ *Ibid.*, side 30

³²⁶ *Ibid.*, side 31

for hensynet til den relative retssikkerhed, der primært indebærer, at andre skatteydere ikke undergives en for lav skatteansættelse.³²⁷

8. Sammenfatning

Det kan i denne afhandling sammenfattes, at udgangspunktet er, at udenlandske selskaber og foreninger er begrænset skattepligtige af udbytte omfattet af LL § 16 A, stk. 1 og 2. Udbytte omfattet af den begrænsede skattepligt beskattes som udgangspunkt med 22 %, og udbytteskatten skal indeholdes af det danske udbytteudloddende selskab.

Udenlandske selskaber fritages for denne begrænsede skattepligt, såfremt der er tale om datterselskabsaktier, hvor beskatningen af datterselskabsudbytter skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Ligeledes omfatter den begrænsede skattepligt ikke udbytte af koncernselskabsaktier, der ikke er datterselskabsaktier, når det udbyttemodtagende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.

Den danske beskatningsret bortfalder kun, hvis de udenlandske selskaber i henhold til den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst kan anses for at være beneficial owner (retmæssig ejer) af udbyttet. Hvorvidt det tidligere har været en betingelse for at påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivet, at udbyttemodtageren er beneficial owner, er op til EU-domstolen at afklare. Ligeledes bortfalder den danske beskatningsret kun, såfremt de skattepligtige ikke misbruger enten moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst til at opnå skattemæssige fordele. I dansk skatteret er der hjemmel til at imødegå misbrug i LL § 3, stk. 1 og 2 for moder-/datterselskabsdirektivets vedkommende og i LL § 3, stk. 3 for dobbeltbeskatningsoverenskomsters vedkommende. Førstnævnte har fuldstændig overensstemmende ordlyd med moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 og 3, og sidstnævnte er næsten enslydende med OECD's PPT-klausul fra BEPS action 6, hvorfor EU-retlige og internationale retskilder får betydning ved fortolkningen af LL § 3.

Retsfølgen af omgåelsesklausulerne i LL § 3 er, at den skattepligtige bliver nægtet opnåede danske fordele efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, alt imens arrangementet eller transaktionen fortsat anses for gennemført. Selv om Skatteministeriet ved flere lejligheder har udtalt, at der ikke er indholdsmæssige forskelle på de to omgåelsesklausuler i LL § 3, er det faktum, at de er formuleret forskelligt, at de ikke er underlagt samme fortolkningsbidrag og at de ikke har samme endelige retsinstans. Spørgsmålet om forskellighed må afklares ved den efterfølgende domspraksis, herunder ved forelæggelse for EU-domstolen.

Offentligheden finder det ikke retfærdigt, at multinationale koncerner reducerer den effektive skattesats til et minimum, hvorfor der stilles krav om, at disse betaler en fair andel i skat. Netop derfor

³²⁷ Ibid., side 42

er det vigtigt, at de multinationale koncerner overvejer at indskrive skattestrategien i deres CSR-politik, for at markere over for offentligheden, at de ikke ønsker at snyde eller at udnytte skattereglerne til det yderste med skattemæssigt begrundede dispositioner, og for at sikre, at virksomhedens omdømme ikke skades af en aggressiv skatteplanlægning. Med BEPS-tiltagene og en ny samordnet skattelovgivning, vil koncernerne konkurrere på, hvem der driver virksomheden bedst fremfor, hvem der er bedst til at udnytte svagheder og særlige fordele i landenes skattesystemer.

Før indførslen af LL § 3 var der ikke en lovfæstet generel regel til bekæmpelse af misbrug i dansk skatteret, men tilsyneladende var der i dansk praksis udviklet en retsgrundsætning om misbrug, hvor omgåelseshensyn, realitetsbedømmelser og internationale principper om ”*substance over form*” kan tillægges betydning. Anvendelsesområdet af den nye lovbestede regel i LL § 3 er bredere end den hidtil gældende praksis på området, særligt fordi det EU-retlige misbrugsprincip kan antages at skulle inddrages i fortolkningen af LL § 3. Hvor der før var tvivl om, om det var en betingelse for påberåbelse af moder-/datterselskabsdirektivet, at udbyttemodtager var retmæssig ejer, er dette ikke længere tilfældet, idet begge omgåelsesklausuler i LL § 3 betinger, at udbyttemodtageren er retmæssig ejer. LL § 3 har et selvstændigt anvendelsesområde, og finder anvendelse på arrangementer eller transaktioner, uanset om udbyttemodtageren er retmæssig ejer. Hvor der før ikke var hjemmel i dansk skatteret til at tilsidesætte arrangementer eller transaktioner grundet misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomster, er der nu indført en sådan hjemmel i LL § 3. Med indførslen af LL § 3 er der i højere grad vægtet en hindring af omgåelse og relativ retssikkerhed, fremfor den individuelle retssikkerhed og forudberegnelighed.

9. Litteraturliste

Artikler

Aage Michelsen, *Kommentarer til udvalgte afgørelser – Fradrag for renter, non-recourse lån, skattearrangement, ”realitetsgrundsætningen”, administrativ praksis som retskilde, lighedsgrundsætningen*, RR.SM.2000.130

Anders Nørgaard Laursen, *Kommentarer til udvalgte afgørelser – SKM2016.281.HR – rette indkomstmodtager og udbytte*, RR.SM.2016.8

Ann Rask Vang og Thomas Booker, *Kapitalforhøjelse – realitet og formalitet?*, Tfs 2014, 473

Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen, *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen*, SU 2015, 203

Dennis Weber, *The New Common Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive is a ‘De Minimis Rule’, But Not a Carte Blanche for the National Legislature*, Kluwer International Tax Blog, July 10, 2015

Erik Banner-Voigt, *Aktieavance- og udbyttebeskatning for udenlandske investorer*, SR.2016.0210

Filip Debelva og Joris Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55 (2015), No. 6

Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen, *Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering - 1. del*, SR 2007.395

Kim Wind Andersen og Christoffer B. Rønning, *Udvidelse af definitionen af skattefrie datterselskabsaktier*, SpO.2016.169

Luc de Broe og Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, Intertax, Volume 43 (2015), Issue 2

Martin Poulsen, *Gennemstrømningselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?*, SU 2008, 89

Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, volume 74, number 7, 19. maj 2014

Ole Bjørn, *Rentefiksering – Højesteretsdommen i Tfs 1998, nr. 199*, SR.1998.141

Patrick Bock, *Den Danske GAAR – Kamp for fællesskabet eller intellektuel træghed?*, SpO.2015.317

Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, Tfs 2015, 238

Søren Friis Hansen, *Nekrolog over realitetsgrundsætningen – En analyse af konsekvenserne af EF-domstolens dom af 5. juli 2007 i sag C-321/05, Kofoed mod Skatteministeriet*, SpO.2007.265

Søren Næsborg Jensen, *Kommentar til EF-Domstolens afgørelse i Kofoed-sagen samt Skatteministeriets reaktion herpå*, SKM 2007.843 (Tfs 2008.45), SR.2008.124

Thomas Booker, *Beneficial owner*, SU 2011, 415

Bøger

Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskat*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 16. udgave, 2015

Aage Michelsen mfl., *International skatteret*, Karnov Group, 4. udgave, upubliceret

Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2016/17*, Karnov Group, 18. udgave, 2016

Jakob Bundgaard mfl., *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening, Ex Tuto Publishing, 1. udgave, 2015

Jan Pedersen mfl., *Skatteretten 1*, Karnov Group, 7. udgave, 2015

Jan Pedersen mfl., *Skatteretten 2*, Karnov Group, 7. udgave, 2015

Jan Pedersen, *Skatteudnyttelse*, Gads Forlag, 1. udgave, 1989

Malene Kerzel (red.), *Festskrift til Jan Pedersen*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 2011

Niels Winther-Sørensen mfl., *Skatteretten 3*, Karnov Group, 6. udgave, 2013

Peter Koerver Schmidt mfl., *International skatteret i et dansk perspektiv*, Hans Reizels Forlag, 1. udgave, 2015

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 4. reviderede udgave, 2014

Steen Askholdt mfl., *Dansk Skattevidenskabelig Forening 1965-1990*, udgivet af Dansk Skattevidenskabelig Forening i anledning af foreningens 25 års jubilæum den 26. maj 1990, 1990

Dokumenter udstedt af EU-institutionerne

Commission of the European Communities, *Green Paper: Promoting a European framework for Committee on Economic and Monetary Affairs, Report on Fight against Tax Fraud, Tax Evasion and Tax Havens*, (2013/2060(INI)), 2 May 2013

Corporate Social Responsibility (CSR), COM(2001) 366 final, Brussels, 18 July 2001

Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the cases of parent companies and subsidiaries of different Member States*, document no. 16435/14, Brussels, 5 December 2014

European Commission MEMO, *Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive*, Brussels, 25 November 2013

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, COM(2012) 722 final, Brussels, 6 December 2012

European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility (CSR)*, COM(2011) 681 final, Brussels, 25 October 2011

European Commission, *Proposal for a council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the cases of parent companies and subsidiaries of different Member States*, COM(2013) 814 final, Brussels, 25 November 2013

The European Commission, *Commission recommendation on aggressive tax planning*, C(2012) 8806 final, Brussels, 6 December 2012

Dokumenter udstedt af OECD

Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst af 1992 som revideret senest pr. 15. juli 2014

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Reports, *Explanatory Statement*

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Reports, *Frequently Asked Questions*

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), 2015 Final Report, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6*, OECD Publishing, Paris

Domme

Danske afgørelser

SKM2003.78.LR

SKM2003.457.LR

SKM2003.482.HR

SKM2004.297.HR

SKM2006.749.HR

SKM2012.26.LSR

SKM2012.121.LSR

SKM2014.422.HR

SKM2017.333.SR

TfS 1998, 199 H

TfS 1999, 491

EU-retlige afgørelser

C-33/74, *Van Binsberg*

C-4/94, *BLP Group*

C-28/95, *Leur-Bloem*

C-212/97, *Centros*

C-108/99, *Cantor Fitzgerald International*

C-110/99, *Emsland-Stärke*

C-255/02, *Halifax*

C-446/03, *Marks & Spencer*

C-169/04, *Cadbury Schweppes*

C-101/05, *Skatteverket*

C-321/05, *Hans Markus Kofoed*

C-425/06, *Part Service*

C-352/08, *Zwijnenburg*

C-277/09, *RBSD Deutschland*

C-126/10, *Foggia*

C-653/11, *Paul Newey*

C-47/12, *Kronos*

C-282/12, *Itelcar*

Internationale afgørelser

Indofood International Finance Ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A. (EXCA Civ. 158), England and Wales, Court of Appeal, 2 March 2006

Prévost Car Inc. mod Her Majesty the Queen, Canada, The Tax Court of Canada (2008 TCC 231), 22 April 2008

Her Majesty the Queen mod Prévost Car Inc. (2009 FCA 57), Canada, The Federal Court of Appeal, 26 February 2009

Velcro Canada Inc. mod Her Majesty the Queen, Canada, The Tax Court of Canada (2012 TCC 57), 24 February 2012

Hjemmesider

www.gov.uk

www.oecd.org

Karnovs noter til de forskellige love

Ligningslovens § 16 A, stk. 1, note 329

Love

Danske skattelove

Aktieavancebeskatningsloven (ABL) – Lovbekendtgørelse 2016-08-29, nr. 1148 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.

Kildeskatteloven (KSL) – Lovbekendtgørelse 2016-01-29 nr. 117

Ligningsloven (LL) – Lovbekendtgørelse 2016-09-01 nr. 1162 om påligning af indkomstskat til staten

Selskabsskatteloven (SEL) – Lovbekendtgørelse 2016-09-06 nr. 1164

Statsskatteloven (SL) – Lov 1922-04-10 nr. 149 om indkomstskat til staten

Direktiver

Fusionsskattedirektivet - Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009, om en fællesbeskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater.

Moder-/datterselskabsdirektivet - Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

Rente/Royalty direktivet - Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater

Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en gælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

Forordninger

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

Lovforslag

Lovforslag nr. L 10, samling 2012-13, fremsat d. 3. oktober 2012, *Forslag til lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven*

Lovforslag nr. L 167, samling 2014-15, fremsat den 20. marts 2015, *Forslag til lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love*

Lovforslag nr. L 167, samling 2014-15, fremsat den 20. marts 2015, *Spørgsmål og svar*

Lovforslag nr. L 123, samling 2015-16, fremsat den 23. februar 2016, *Forslag til lov om ændring af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., aktieavancebeskatningsloven, virksomheds-skatteloven og forskellige andre love samt ophævelse af lov om investeringsfonds*

Lovforslag nr. L 123, samling 2015-16, fremsat den 23. februar 2016, *Spørgsmål og svar*

SKAT meddelelser

Skatteministeriet, *Styrket indsats mod skattely - bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner*, november 2014

SKM2007.843.DEP

SKM2012.100.SKAT