

Den internationale omgåelsesklausul En væsentlig forringelse af grænseoverskridende koncerners retsstilling?

The International Anti-Abuse Rule A Substantial Reduction in the Legal Certainty for Cross-Border Corporations?

af ANNE-MARIE BACH HOFFMANN

I foråret 2015 vedtog Folketinget et ændringsforslag til ligningslovens § 3. Ændringen indeholder den såkaldte internationale omgåelsesklausul, jf. LL § 3, stk. 1. Den internationale omgåelsesklausul udgør den nationale implementering af Rådets ændring til misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2, fra januar 2015.

Myndighedernes formål med implementeringen af misbrugsklausulen er bl.a. et ønske om at styrke og udvide det nationale beskatningsgrundlag. Omgåelsesklausulen er implementeret som en opsamlingsklausul, der finder anvendelse, hvor en misbrugssituation ikke dækkes af allerede eksisterende regler. På baggrund heraf er det forfatterens konklusion, at omgåelsesklausulen er implementeret med det yderligere formål at danne hjemmel til tilsidesættelse af de klassiske gennemstrømningskonstruktioner. Herved omgår myndighederne det ellers omdiskuterede krav om retmæssig ejer.

De nationale myndigheder er begrænset i deres anvendelse af klausulen, da det kun er "rent kunstige arrangementer", der ikke afspejler et økonomisk formål, der kan tilsidesættes. Afgørelse for myndigheders vurdering er, hvorvidt et givent arrangement afspejler en økonomisk virkelighed gennem reel driftsmæssig aktivitet.

Anvendelsesområdet for omgåelsesklausulen er indskrænket. Klausulen er dog så generelt formuleret, at der er væsentlig risiko for, at myndighedernes fortolkning heraf er udvidet og dermed usikker. Retssikkerheden for grænseoverskridende koncerner er derfor væsentligt forringet. Det konkluderes herudover, at det er blevet nemmere for myndighederne at tilsidesætte kunstige arrangementer, der tidligere ville have været underlagt en retmæssig ejertest.

Indholdsfortegnelse

Engelsk resumé.....	2
Indledning.....	3
Problemformulering.....	3
Afgrænsning.....	4
Metode.....	5
Definition af begreber.....	5
Hvad er formålet med den internationale omgåelsesklausul?.....	6
Formålet med den international omgåelsesbestemmelse ifølge forarbejderne.....	7
Formålet med ændringen til moder-/datterselskabsdirektivet.....	7

Beneficial owner	10
Sammenfatning – undersøgelsesspørgsmål 1.....	13
Misbrugsscenarier.....	14
Eksempel 1 – SKM 2012.26 LSR	14
Eksempel 2 - SKM 2011.485 LSR	15
Eksempel 3 - SKM 2011.57 LSR.....	17
Rækkevidden af den internationale omgåelsesklausul.....	18
Erfaring med skatteretlige omgåelsesbestemmelser inden for EU	18
Det EU-retlige misbrugsprincip	19
Rent kunstige arrangementer	20
Tvingende alment hensyn	21
Fusionsskattedirektivet.....	22
C-28/95, Leur-Bloem	25
Proportionalitetsprincippet.....	25
Erfaringer med omgåelsesbestemmelser i Danmark	26
Realitetsgrundsætningen	26
”Det forretningsmæssige kriterium”	29
Specifikke værnsregler	30
Statsskatteloven §§ 4 og 6.....	30
Ligningslovens § 2	31
Aktieavancebeskatninglovens § 4 A	32
Administrative praksis.....	33
Skøn under regel	33
Proportionalitetsprincippet.....	33
Fusionsskattedirektivet.....	34
Sammenfatning – undersøgelsesspørgsmål 2.....	35
Undersøgelsesspørgsmål 3.....	37
Medfører den internationale omgåelsesklausul en forringelse af retssikkerheden?	37
Den internationale omgåelsesklausul kontra kravet om beneficial owner.....	38
SKM 2012.26 LSR.....	39
SKM 2011.485 LSR.....	39
SKM 2011.57 LSR.....	40
Konklusion.....	41
Perspektivering	42
Litteraturliste	43

Engelsk resumé

In the Spring of 2015 the Danish Parliament (Folketinget) adopted an amendment to Ligningslovens § 3. The amendment includes an International Anti-Abuse Rule in Ligningslovens § 3, para. 1. This Anti-Abuse Rule is the national manifestation of the adopted change to the European Council’s Parent Subsidiary Directive art. 1, para. 2.

The authorities’ purpose, with regards to implementation of the Rule, includes an intention to widen and strengthen the national tax base. The Rule is formed as a general rule, which can come into effect where an abuse situation is not covered by existing specific anti-abuse rules. It is, therefore, the author’s conclusion that the Anti-Abuse Rule is designed to combat artificial constructions - namely those where a corporation inserts an intermediate company, which only acts as a conduit, hereby circumventing the controversial beneficial owner requirement.

The national authorities are limited in their application of the Rule, as only “wholly artificial constructions”, which do not reflect an economic purpose, can be disregarded. Crucial for the tax authorities’ application of the Anti-Abuse Rule is that a given arrangement does not represent economic reality through significant operational activity.

The application of the Rule is determined to be restrictive. The Rule is, however, generally worded, why the interpretation hereof by the national authorities becomes unclear and unsure. The legal certainty for the cross-border corporations is, therefore, significantly reduced. It is also concluded that application of the Rule makes it easier for the tax authorities to invalidate artificial arrangements, which earlier would have been subject to a beneficial ownership test.

Indledning

Regeringen, på daværende tidspunkt Socialdemokratiet og Radikale Venstre, indgik sammen med Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten i december 2014 en aftale om en styrket indsats mod skattely. Denne indsats fra regeringen kom i kølvandet på en række uheldige sager¹, hvor det blev tydeligt, at det er muligt for private personer såvel som virksomheder, at unddrage skattebetaling i Danmark. Regeringen samt Dansk Folkeparti, SF og Enhedslisten er enige om, at skatteunddragelse udgør en betydelig udfordring for det internationale samfund.

Ligeledes på EU niveau har der over længere tid været diskussion om begrænsningen af muligheden for etablering af skattely samt unddragelse af skattebetaling i EU medlemsstater. Denne EU indsats kom i hælene på finanskrisen, der indledningsvis førte til en global opgørelse mod bankhemmeligheder, ligesom der gennem senere tid har været et øget fokus på mindskning af hvidvaskning samt etablering af kunstige selskabskonstruktioner. I lyset heraf vedtog Kommissionen i december 2012 en handlingsplan til imødegåelse af aggressiv skatteplanlægning, der indeholdt en anbefaling til implementering af en generel omgåelsesklausul.² Den 21. maj 2013 vedtog Europa-Parlamentet en beslutning³, hvori de opfordrede medlemsstaterne til at optage forhandlinger vedrørende Kommissionens handlingsplan og implementerer dennes henstilling om aggressiv skatteplanlægning. Samtidig opfordrede Europa-Parlamentet i deres beslutning til, at Kommissionen præsenterede et forslag til ændring af den daværende misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet.

På EU-niveau udmøntede Kommissionens handlingsplan sig blandt andet i en ændring til moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) i januar 2015, hvor der blev vedtaget en ny misbrugsklausul i direktivets artikel 1. Denne misbrugsklausul fremstår som en generel omgåelsesklausul, der også på engelsk kaldes ”a general anti-abuse rule” eller med en yndet EU-forkortelse ”a common GAAR”.

Det danske lovforslag nummer L167 følger op på den daværende regerings ”Aftale om en styrket indsats mod skattely”. Ligesom forslaget ændring til ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 udgør en implementering af Rådets ændring til moder-/datterselskabsdirektivets art. 1.

Problemformulering

Den 21. april 2015 blev lovforslag nummer 167 om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningslovens og forskellige andre love vedtaget i Folketinget.

¹ <http://www.dr.dk/Nyheder/Penge/2013/11/03/213704.htm>,

http://finans.borsen.dk/artikel/1/278453/tiltalt_for_skattely_jeg_fulgte_mine_raadgivere.html.

² COM(2012) 8806.

³ Europa-Parlamentets beslutning af den 21. maj 2013 om bekæmpelse af skattesvig, skatteunddragelse og skattely.

Loven indeholder blandt andet en international omgængelsesklausul til værn mod misbrug i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner omfattet af EU's selskabsskattedirektiver, jf. lovens § 3. Klausulen anses som en implementering af ændringen (2015/121/EU) til direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (moder /datterselskabsdirektivet) art. 1, stk. 2.

I denne afhandling vil jeg indledningsvist undersøge formålet bag indførelsen af den internationale omgængelsesklausul. Dernæst vil jeg søge at kortlægge rækkevidden af den internationale omgængelsesklausul i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner, med særlig fokus på fortolkningen af bestemmelsens misbrugskriterium fremført i lovens § 3, stk. 2, der siger, ”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.”

Dette ved inddragelse af inspiration fra EU-retten og dennes misbrugsdoktrin, den gældende omgængelsesklausul i fusionsskattedirektivet samt specifikke omgængelsesregler i gældende dansk ret.

Det er min tese, at den internationale omgængelsesklausul og særligt kriteriet vedrørende ”velbegrundede kommercielle årsager” giver SKAT en meget bred beføjelse til at underkende grænseoverskridende transaktioner og derved væsentligt forringe retssikkerheden for selskaber, hvor moder og datterselskaber er etableret i forskellige EU medlemslande.

På dette grundlag vil jeg analysere, hvorvidt den internationale omgængelsesklausul kan forventes at leve op til lovgivers umiddelbare hensigt med loven; som et redskab til værn mod skatteunddragelse og skattelykonstruktioner, uden at skabe en betydelig retsusikkerhed for selskaber, der foretager grænseoverskridende skattekonstruktioner inden for EU.

Undersøgelsesspørgsmål:

1. Hvad er formålet med indførelsen af den internationale omgængelsesklausul?
2. Hvilken fortolkning af den internationale omgængelsesklausul bør de danske skattemyndigheder anlægge ved anvendelsen af bestemmelsen – med særlig fokus på fortolkning af misbrugskriteriet i LL § 3, stk. 2?
3. Vil indførelsen af den internationale omgængelsesklausul medføre en forringet retssikkerhed for selskaber med moder og datterselskaber i forskellige EU lande? Herunder hvilke konsekvenser vil bestemmelsen have i de sager, der allerede foreligger ved domstolene, der vedrører fortolkning af kravet om *beneficial ownership* (retmæssig ejer)?

Afgrænsning

Afhandlingen fokusere alene på EU's selskabsskattedirektiver, herunder særligt moder-/datterselskabsdirektivet, dog vil rente- og royalty direktivet samt fusionsskattedirektivet inddrages, hvor dette findes relevant for analysen. Afhandlingen inddrager ikke en fortolkning af den internationale omgængelsesklausul i forbindelse med dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Afhandlingens undersøgelsesspørgsmål har til formål at kortlægge retsstillingen for grænseoverskridende transaktioner i relation til udbytteudlodning fra et datterselskab til et moderselskab. Der foretages ikke i afhandlingen nogen nærmere analyse af, hvad der definatorisk forstås ved denne indkomstform. Det lægges til grund, at modtageren af de pågældende udbytter er et moderselskab og derfor en juridisk person. Eventuelle regler, der udelukkende relaterer sig til fysiske personer, vil ikke blive inddraget.

Afhandlingen vil alene foretage en analyse af den internationale omgængelsesklausul i et skatteretligt perspektiv. Afhandlingen indeholder derfor ikke en selskabsretlig vurdering af grænseoverskridende koncerners retsstilling i lyset af den internationale omgængelsesklausul. Selskabsretten og andre retsområde vil alene blive inddraget i afhandlingen, hvor forfatteren vurderer, at dette er uundgåeligt og af væsentlig betydning for det skatteretlige perspektiv. Afhandlingen indeholder

derfor ikke en udtømmende analyse af de forhold, der har betydning for en grænseoverskridende koncerns retsstilling.

På baggrund heraf må det konstateres, at afhandlingen ikke egner sig som værktøj til vejledning i forbindelse med rådgivning af den skattemæssige retsstilling hos grænseoverskridende koncerner. Afhandlingens hovedfokus er at besvare de tre undersøgelsesspørgsmål, der er opregnet i problemformuleringen.

Metode

Denne afhandling tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, idet afhandlingen søger at kortlægge gældende ret, der vedrører eller har betydning for fortolkningen af den nye internationale omgængelsesklausul. I den forbindelse vil afhandlingen inddrage de traditionelle juridiske retskilder, navnlig lovgivningen, forarbejder, praksis og litteratur.

Afhandlingen bygger både på internationalret, herunder særligt EU-retten samt dansk ret. Undtagelsesvist inddrages også en fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster (DBO'er) herunder særligt OECD's Modeloverenskomst, hvor forfatteren har fundet dette uundværligt for forståelsen. Af hensyn til afhandlingens omfang vil fortolkning heraf ikke være i fokus.

Ved inddragelse af EU-retten anvendes både primære og sekundære retskilder. De primære retskilder vil her være Traktaten om den Europæiske Union og særligt Traktaten om den Europæiske Funktionsmåde (TEUF). De sekundære retskilder der medtages, vil primært være moder-/datterselskabsdirektivet, og hvor dette findes relevant, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattdirektivet. Herudover vil Kommissionens offentliggjorte kommentarer til ovenstående anvendes som fortolkningsbidrag.

Retspraksis, både EU-domspørgsmål samt dansk domspørgsmål fra forskellige instanser medtages, hvor det vurderes at bidrage til besvarelse af afhandlingens problemformulering.

Definition af begreber

Jan Pedersen definerer i sin doktordisputats, *Skatteudnyttelse*, fra 1989, begrebet "skatteudnyttelse" således at begrebet indbefatter tre former for udnyttelse af skattelovgivning: *skattetækning*, der skal accepteres af myndigheder og domstole, *skatteunddragelse*, der skal tilsidesættes, og endelig *skattesvig*, der skal tilsidesættes og strafbelægges.⁴ Disse definitioner lægges til grund i nærværende afhandling. Ligesom begreberne *skatteplanlægning* og *skatteundgåelse* anvendes som synonyme for begrebet *skattetækning* med det formål at skabe sproglig variation i afhandlingen.

Ligeledes anvendes begreberne *beneficial owner* og *retsmæssig ejer* som synonyme i afhandlingen.

Moder-/datterselskabsdirektivets definition af et moderselskab lægges til grund i denne afhandling. Et moderselskab er således et aktie- eller anpartsselskab, eller den tilsvarende selskabsform i en anden medlemsstat, samt SE-selskaber, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i et selskab hjemmehørende i et andet medlemsland, jf. direktivets art. 2, stk. 1 og art. 3, stk. 1, litra a.

Moder-/datterselskabsdirektivets definition af et datterselskab lægges ligeledes til grund i denne afhandling. Et datterselskab kan således defineres som et selskab, hvis kapital et andet selskab har en andel af, jf. direktivets art. 3, stk. 1, litra b.

Denne selskabskonstruktion, hvor der eksisterer et moderselskab i et medlemsland og et datterselskab i et andet medlemsland omtales i følgende afhandling som en grænseoverskridende koncern. Dette gælder også, hvor flere selskaber, indenfor og udenfor EU, tilføjes konstruktionen.

⁴ Jan Pedersen: *Skatteudnyttelse*, 1991, s. 25 ff.

Hvad er formålet med den internationale omgåelsesklausul?

Regeringen indgik i december 2014 aftale med Dansk Folkeparti, SF og Enhedslisten, om at styrke indsatsen mod skattely. I forbindelse med denne aftale fremsatte regeringen lovforslag nummer 167, bl.a. indeholdende den internationale omgåelsesklausul.

Partierne blev i foråret 2015 enige om at vedtage det fremsatte forslag. Omgåelsesklauslen i ligningslovens § 3, er implementeringen på nationalt niveau af den EU-retlige misbrugsklausul vedtaget i EU's moder-/datterselskabsdirektiv.⁵ Rådet vedtog den 27. januar 2015 ændringen af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse fundet i art. 1, stk. 2.

Direktivets art. 1, stk. 2, havde før ændringen følgende ordlyd:

"2. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelse af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug."

Rådets ændringsforslag gav direktivets art. 1, stk. 2, følgende ordlyd samt tilføjede art. 2, stk. 3 og 4:

"2. Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv, til 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 dette direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

3. Med hensyn til stk. 2 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.

4. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug."

Medlemslandene forpligter sig i medfør af EU-retten til at implementere vedtagne EU-direktiver på nationalt niveau inden for en given tidsfrist. I dette tilfælde inden den 31. december 2015.

Moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) er implementeret i dansk lovgivning for så vidt angår:

1. Udbyttmodtagere, der er udenlandske moderselskaber omfattet af direktivet, jf. selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra c,
2. Udbyttmodtagere, der er fysiske personer, der modtager udbytte via en transparent moderenhed omfattet af direktivet, jf. kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6,
3. Udbytter, der modtages fra et udenlandsk datterselskab omfattet af direktivet, jf. selskabsskatteloven § 13, stk. 1, nr. 2.

I det følgende vil der særligt kastes opmærksomhed på betydningen af den internationale omgåelsesklausul for udbyttmodtagere, der er udenlandske moderselskaber omfattet af direktivet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c.

Det følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, at der sker begrænset kildebeskatning af udbytter i Danmark medmindre moder-/datterselskabsdirektivet eller en eventuel DBO finder anvendelse. Moder-/datterselskabsdirektivet påfører medlemslandet en pligt til at fratage kildebeskatningen, hvor udbytte udloddes fra et datterselskab inden for EU til et moderselskab også inden for EU.⁶

⁵ Direktiv (EU) 2015/121.

⁶ Direktiv 2011/96/EU

Direktivets skattefritagelse har, indtil seneste lovændring, skabt en grobund for udnyttelse af samme hos grænseoverskridende koncerner inden for EU. Særligt har konstruktioner, hvor der er indskudt et mellemholdingselskab alene med det formål at kanalisere skattefrit udbytte videre til den ultimative ejer, også kaldet et gennemstrømningsstrømningselskab, været diskuteret i teorien og i praksis.⁷

Formålet med den internationale omgængelsesbestemmelse ifølge forarbejderne

Skatteministeriet har i bemærkningerne til lovforslaget fremført, at ændringen vil reducere mulighederne for skatteunddragelse, samt medvirke til en mere ensartet beskatning af virksomhederne og virksomhedsejerne. Herved opnås der mere ligelige konkurrenceforhold indenfor erhvervslivet.⁸ Heraf forstås, at Skatteministeriet ønsker at styrke og udvide den lovgivning, der bevarer beskatningsgrundlaget i Danmark, særligt i skatteundragelsessituationer.

Dette støttes af Skatteministeriets bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, hvoraf fremgår, at den internationale omgængelsesklausul bør indføres således, at skattepligtige ”ikke skal kunne opnå de fordele, der er ved moder-/datterselskabsdirektivet, hvis de deltager i 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 direktivet, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.” (Mine fremhævninger).⁹ Denne ordlyd er indført direkte i ordlyden af den internationale omgængelsesklausul, som den fremgår i ligningslovens § 3, stk. 1.

For at få klarlagt de situationer, hvor ligningslovens § 3, stk. 1, kan anvendes og derved underkende skattetransaktionen, er det først og fremmest nødvendigt at undersøge, hvad indholdet og formålet med moder-/datterselskabsdirektivet er.

Formålet med ændringen til moder-/datterselskabsdirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet er oprindeligt vedtaget i 1990, hvor det blev indført med udgangspunkt i et ønske om at harmonisere beskatningsreglerne for grænseoverskridende koncerner inden for EU samt lette byrden for disse koncerner ved at undgå dobbeltbeskatning i forbindelse med udbetaling af udbytte mellem datterselskaber og moderselskaber i hver sin medlemsstat.¹⁰ Herved skabes der lige vilkår for disse selskaber i hver sin medlemsstat med tilsvarende selskaber etableret i den samme medlemsstat. Dette i overensstemmelse med EU's regler om fri etablering, jf. TEUF art. 49 og art. 54 samt reglerne om kapitalens fri bevægelighed, jf. TEUF art. 63 ff.¹¹

Kommissionen fremsatte den 25. november 2013 bl.a. to ændringsforslag til det oprindelige direktiv.

1. Det blev foreslået, at medlemslandene skal beskatte moderselskabet i et givet EU-land af modtagne udbytter, i det omfang betalingen er fradragsberettiget for datterselskabet i

⁷ Olde Steen Schmidt: Gennemstrømningselskaber, SU 2013, 1, Erik Banner-Voigt: L10: udbyttebeskatning og gennemstrømningselskaber, SR-Skat 1/2013, Martin Poulsen: Gennemstrømningselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?, SU 2008.89.

⁸ Lovforslag nr. 167, (2014/15), almindelige bemærkninger, s. 21.

⁹ Ibid.

¹⁰ Direktiv 2011/96/EU og COM(2013) 814, s. 6.

¹¹ Der kan stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt Rådets vedtagelse af GAAR'en i art. 1, stk. 2, er i overensstemmelse med de grundlæggende friheder fremført i Traktaten om den Europæiske Funktionsmåde, så som TEUF art. 49 – 54 og TEUF art. 63. Af hensyn til afhandlingens længde og omfang behandles dette spørgsmål ikke. Se i stedet Romero J.S. Tavares & Bret N. Bogenschneider, ”The New *De Minimis* Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?”, Intertax, Volume 43.

et andet EU-land. Dette forslag skal sikre, at direktivet ikke fører til situationer med dobbelt ikke-beskatning, f.eks. som følge af forskellig skattemæssig behandling af hybride finansielle instrumenter i forskellige EU-medlemslande.

2. Det blev foreslået, at det bliver obligatorisk for medlemslandene at vedtage en fælles minimumsbestemmelse om bekæmpelse af misbrug.

Punkt 1 blev vedtaget allerede den 8. juli 2014, hvor punktet om den fælles omgåelsesklausul blev vedtaget den 27. januar 2015.¹²

Kommissionen anfører i deres forslag til Rådets direktiv om ændring af moder-/datterselskabsdirektivet, at direktivets tidligere misbrugs-klausul i art. 1, stk. 2, har været uklar og givet anledning til forvirring. Ønsket var derfor ved gennemførelsen af ændringsforslaget at indskærpe reglerne om bekæmpelse af misbrug ved at indsætte en mere omfattende regel om bekæmpelse af misbrug.¹³ Derved ønsker man hos EU at forbedre effekten af de foranstaltninger, der træffes på nationalt niveau til at modvirke international skatteundgåelse.

Ligeledes følger det af Kommissionens forslag, at en fælles bestemmelse om bekæmpelse af misbrug vil bidrage til klarhed og sikkerhed for alle skatteydere og skatteadministrationer i alle medlemsstater.¹⁴ Sigtet med omgåelsesklausulen er således at ensrette og harmonisere medlemsstaternes misbrugsregler. Dette støttes yderligere af, at det ved direktivets endelige ændring¹⁵ er obligatorisk for medlemsstaterne at indføre ændringsdirektivets generelle GAAR.

Det er generelt udfordrende at udlede formålet af et EU-direktiv, da der til EU lovgivning ikke medfølger samme udførlige forarbejder, som der er kutyme i dansk lovgivning. En vis vejledning kan dog findes i direktivets præambler, ligesom Kommissionens bemærkninger til lovforslaget kan give en vis rettesnor.

I det endelige direktiv til ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet understøtter præamblerne det formål med direktivet, der er præsenteret af Kommissionen i deres bemærkninger til forslaget, som de er nævnt ovenfor. Det fremgår af præambel 5, at en minimumsregel skal implementeres med det formål at hindre misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet samt sikre en mere harmoniseret tilgang til bekæmpelse af misbrug hos de forskellige medlemsstater.¹⁶

Rådet blev i januar 2015 enige om, at vedtage bestemmelsen som den er gengivet ovenfor. Bestemmelsen er generelt formuleret, hvilket svarer overens med Kommissionens formål med bestemmelsen. Nemlig, at vedtage en generel minimumsregel til bekæmpelse af misbrug med det formål at modvirke aggressiv skatteplanlægning, hvor konstruktionerne ikke rammes af allerede eksisterende specifikke regler om bekæmpelse af skatteunddragelse.¹⁷ Med andre ord kan misbrugsbestemmelsen anses som en opsamlingsbestemmelse, der har til formål at underkende grænseoverskridende skattetransaktioner, hvor en sådan transaktion ikke rammes af eksisterende specielle regler.

Skatteministeriet er således korrekt i deres vurdering, fremført i bemærkningerne til L 167, at formålet bag den nye bestemmelse i direktivet er, at denne skal have et bredere anvendelsesområde end den nuværende (rets)praksis.¹⁸

Kommissionen offentliggjorde samtidig med sit ændringsforslag et eksempel, hvor misbrugs-klausulen vil finde anvendelse.¹⁹

¹² Lovforslag nr. 167, (2014/15), almindelige bemærkninger, s. 15.

¹³ COM(2013) 814, s. 3.

¹⁴ Ibid., s. 4.

¹⁵ Direktiv (EU) 2015/121.

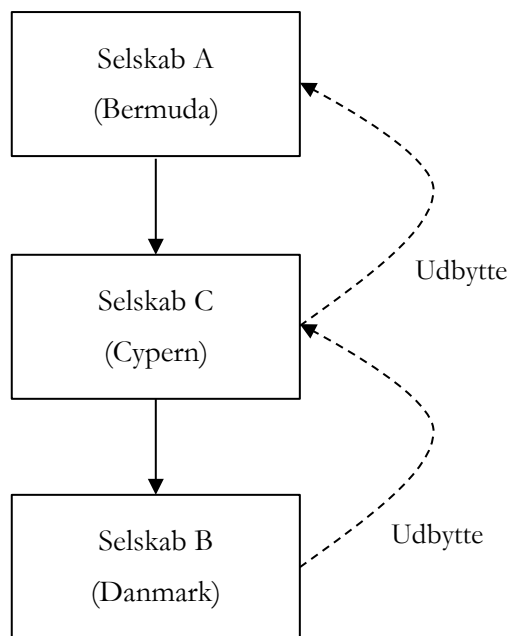
¹⁶ Ibid., præambel 5.

¹⁷ SWD(2013) 473, s. 3.

¹⁸ Lovforslag nr. 167, (2014/15), almindelige bemærkninger, s. 17.

Det fremførte eksempel, er et klassisk eksempel på en gennemstrømningskonstruktion, hvor der eksisterer et moderselskab i land C, uden for EU. Derudover eksisterer der to datterselskaber i henholdsvis land A og B, begge inden for EU, idet selskabet i land A er datterselskab til selskabet i land B, der er datterselskab til selskabet i land C.

Idet følgende gennemgås eksemplet, hvor vi formoder, at et datterdatterselskab har hjemsted i land A, Danmark, det øvrige datterselskab har hjemsted i land B, nemlig Cypern. Moderselskabet har hjemsted uden for EU i land C, Bermuda.



Efter de danske regler, skal der indeholdes kildeskat på udbytter til moderselskaber, der ikke har hjemsted i EU. I det tilfælde hvor det danske datterdatterselskab var ejet direkte af moderselskabet i Bermuda, ville der således skulle ske en kildebeskatning af en udbytteudlodning i Danmark fra det danske datterselskab til moderselskabet på Bermuda, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 1. På Cypern gælder der ikke en lignende regel om kildebeskatning af udbytter til moderselskaber uden for EU. Moderselskabet vælger derfor at indskyde et mellemholdingselskab på Cypern, da udbytteudlodningen fra det danske (nu) datterdatterselskab til det cypriotiske datterselskab kan ske skattefrit i medfør af reglerne i moder-/datterselskabsdirektivet. Det danske beskatningsgrundlag bliver ved en sådan konstruktion undermineret, da det cypriotiske datterselskab kan videreføre udlodningen til moderselskabet, uanset at datterselskabet ikke har nogen reel aktivitet eller bærer nogen risiko i virksomhedsførelsen.

Ifølge Kommissionen vil konstruktionen kunne underkendes i medfør af den nye misbrugsklausele i moder-/datterselskabsdirektiv, hvor det kan påvises, at hovedformålet med indskydelsen af selskabet i land B, i dette eksempel Cypern, alene har været at undgå kildeskat på udbytter fra datterdatterselskabet. Efter ændringen til moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2, vil land A, Danmark, således kunne nægte fordelene ifølge direktivet og indeholde kildeskat på udlodningen.

¹⁹ Kommissionen, Memo/13/1040, s. 3.

Beneficial owner

Skatteministeriet noterer i sine bemærkninger til lovforslaget, at denne situation ifølge dansk ret allerede anses som ulovlig i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, da der er tale om et gennemstrømningseksempel, hvor datterselskabet i land B (vores eksempel Cypern) ikke kan anses at være den retmæssige ejer af udbyttet.²⁰

Ved denne bemærkning springer Skatteministeriet let og elegant over den i skatteretten meget omtalte og diskuterede problemstilling vedrørende beneficial ownership.²¹ Problemstilling handler nærmere om, hvorvidt der i moder-/datterselskabsdirektivet kan indfortolkes et krav om, at direktivets skattefrihed forudsætter, at modtageren er retmæssig ejer.

Hvad der ligger i begrebet beneficial owner, har ligeledes været omdiskuteret i både teori og praksis²², og skal ikke nærmere undersøges her. Det skal blot nævnes, at begrebet oprindeligt blev indført i 1977 af OECD's (Organisation for Economic Co-operation and Development) Model Tax Convention on Income and Capital. Formålet med modellen er at nægte overenskomstbeskyttelse til fysiske eller juridiske personer, der ikke er beneficial owner af de indkomster, der er anført i modellens art 10, 11, og 12. Herved begrænses overenskomstbeskyttelse til "the effective and true beneficiaries".²³ Med andre ord følger det af formålet med OECD's Modeloverenskomst, at den retmæssige ejer må være den enhed, der ultimativt har kontrol med og bærer risikoen for forretningsførelsen samt opnår fordelene i forbindelse hermed – også i skattemæssig henseende.

Hvor begrebet anvendes i det ovenfor nævnte eksempel vil det indskudte cypriotiske selskab sjældent kunne betragtes som den retsmæssige ejer af udbytte udlodningen, hvor selskabet har meget begrænset magt eller dispositionsret i forbindelse med forretningsførelsen og alene har karakter af administrator af indkomsten. Har selskabet ingen kontorer eller egne forretninger vil dette skærpe omstændighederne omkring vurderingen af, hvorvidt selskabet er den retmæssige ejer af udbyttet udloddet fra det danske datterdatterselskab.

Danmark har ikke indtil 2012 anvendt begrebet om beneficial owner inden for skatteretten eller andre områder. Begrebet "retmæssig ejer" blev dog indført i forbindelse med vedtagelsen af Skatteministeriets forslag (L 10) til ændring af selskabsskattelovens § 1, stk. 2, litra c, fra december 2012. Skatteministeriet søgte ved lovændringen at begrænse grænseoverskridende koncerners mulighed for at udnytte de skattemæssige fordele, de måtte opnå ved udnyttelse af gennemstrømningskonstruktionen, der underminerede det danske beskatningsgrundlag. Begrebets implementering i dansk ret synes dog ikke at bidrage væsentligt til fortolkningen af, hvilke momenter der har betydning for kravets anvendelse. Det følger af bemærkningerne til lovforslaget, at det bør have betydning, hvorvidt det danske selskab blot er etableret af det udenlandske selskab med det formål, at opnå en skattemæssig fordel, det udenlandske selskab ikke i sig selv ville kunne opnå. Ligesom der lægges vægt på, hvorvidt det udenlandske selskab fører en videre styring og planlægning med det danske selskab, der ligger udover den kontrol man almindeligvis ser i grænseoverskridende koncernforhold.²⁴

Disse bemærkninger viser, at Danmark har valgt at fortolke begrebet i overensstemmelse med den internationale forståelse af begrebet, som det fremgår af OECD's Modeloverenskomst og

²⁰ Lovforslag nr. 167, (2014/15), almindelige bemærkninger, s. 23.

²¹ Jakob Bundgaard: Beneficial ownership: nu en reel bestanddel af dansk skatteret, SU 2011, 31, Thomas Booker: Beneficial owner, Revision og Regnskabsvæsen, 2012, nr. 10, Thomas Booker: Beneficial Owner, SU 2011, 415, Mads Severin Hansen: Beneficial owner, TfS 2010.

²² Mads Severin Hansen: Beneficial owner, TfS 2010.

²³ Thomas Booker: Beneficial Owner, Revision og Regnskabsvæsen, 2012, nr. 10, s. 32.

²⁴ Lovforslag nr. 10, (2012/13), afsnit 3.2.2.

common law-retstraditioner. Denne fortolkning synes også understøttet af dansk retspraksis, jf. f.eks. ISS-sagen, Tfs 2010.502 LSR og SKM 2012.121 ØLR.

Den skatteretlige teori er af den opfattelse, at der ikke i moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) kunne indfortolkes et krav om, at modtageren af udbyttet skulle være beneficial owner. Ud fra de samme betragtninger, der blev anvendt ved vurderingen af beneficial ownership kravet i direktiv 2011/96/EU, er det tvivlsomt om et sådan krav nu kan indfortolkes i Rådets ændring til direktivet 2015/121.²⁵

Ifølge teorien kan der ikke ud fra moder-/datterselskabsdirektivets ordlyd udledes et krav om, at modtageren skal være beneficial owner.²⁶ Direktivets ordlyd opstiller alene et krav om, at modtageren må opfylde kravene for værende et selskab, jf. art. 2, et ejerskabskrav på 10 procent til moderselskabet, jf. art. 3, stk. 1, litra a, nr. 1, samt et krav om at moderselskabet skal have været i besiddelse af de kapitalandele, der tilsammen udgør opfyldelse af ejerskabskravet i en sammenhængende periode på mindst 2 år, jf. art. 3, stk. 2, litra b. Dette modsat det sammenlignelige rente-/royaltydirektivs²⁷ artikel 1, stk. 1, der udtrykkeligt indeholder et krav om, at det modtagende udenlandske selskab skal være "retmæssig ejer af de pågældende renter eller royalties" før direktivet kan finde anvendelse.

Formålet med direktivet inden ændringen til misbrugsbestemmelsen, var som anført ovenfor, at fjerne hindringer for etablering af grænseoverskridende selskaber, således der ikke skete en forskelsbehandling af selskaber, der måtte anses som værende en hindring til EU's grundlæggende princip om retten til fri etablering. At indfortolke et yderligere krav end hvad der måtte fremgå af direktivets ordlyd, må derfor anses som stridende mod direktivets formål om at lette den skattemæssige byrde for EU koncerner.

Skattemyndighederne har derimod fastholdt, at der i moder-/datterselskabsdirektivets²⁸ forhenværende misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2, eksisterede hjemmel for at den enkelte medlemsstat kunne indsætte nationale lovbestemmelser til bekæmpelse af misbrug. Denne bestemmelse er ført videre i ændringen til direktivet i art. 1, stk. 4.

Direktivets misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 4, lyder:

"Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug."

Ændringen til direktivet erstattede den tidligere ordlyd "svig og misbrug" med tilføjelsen "skatteunddragelse, skattesvig og misbrug".

Artikel 1, stk. 4, giver ifølge Skatteministeriets fortolkning de danske myndigheder adgang til at fastsætte yderligere betingelser for direktiv beskyttelse, hvor et sådan yderligere krav kan begrundes i en begrænsning af misbrugsmulighederne.²⁹

Danmark havde ikke indtil den internationale omgængelsesklausul i LL § 3, udnyttet ovenstående mulighed ved vedtagelsen af en bestemmelse, hvormed der var direkte hjemmel til at tilsidesætte skattefritagelsen i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet grundet i beneficial owner kravet.

En sådan hjemmel kan heller ikke nu indfortolkes i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. En umiddelbar ordlydsfortolkning af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. punkt, synes at understrege, at betingelserne for skattefritagelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 7.

²⁵ Romero J.S. Tavares & Bret N. Bogenschneider: The New *De Minimis* Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?, Intertax, 2015.

²⁶ Mads Severin Hansen, "Beneficial owner", Tfs 2010, s. 27.

²⁷ Direktiv 2003/49/EF.

²⁸ Direktiv 2011/96/EU.

²⁹ Lovforslag nr. 167, (2014/15), almindelige bemærkninger, s. 17.

punkt, er opfyldt, hvor udbytteudlodningen er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 8. punkt. Ligesom det ikke er et krav, at det danske mellemholdingselskab skal være retmæssig ejer.

Skattemyndighederne gør gældende, at moder-/datterselskabsdirektivets³⁰ art. 1, stk. 2, indeholdt en adgang for myndigheden til at underkende direktivets skattefritagelse, hvor en dobbeltbeskatningsoverenskomst indeholder et krav om modtageren som beneficial owner. Alle dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er omfattet af OECD's Modeloverenskomst indeholder et sådan krav, jf. modeloverenskomstens art. 10. Skattemyndighederne fastholder således, at Danmark har mulighed for at nægte direktiv beskyttelsen, hvor dette krav ikke er opfyldt, idet Danmark har tiltrådt modeloverenskomsten med det formål at begrænse skattemisbrug. Dette gælder uanset at der ikke stilles et sådan krav direkte i moder-/datterselskabsdirektivet, som tilfældet i rente-/royalty direktivet.

Hvorvidt skattemyndighedernes fortolkning af direktivets³¹ art. 1, stk. 2, er korrekt, er behandlet af Landskatteretten i SKM 2012.26 LSR.

Sagen ligner vores gennemstrømningseksempel, som det er anført ovenfor. I den konkrete sag ejede et amerikansk selskab et dansk ApS gennem dets datterselskab på Bermuda. Da en udbyttebetaling fra det danske selskab til det bermudianske selskab ville have udløst en kildebeskatning stiftede selskabet på Bermuda et cypriotisk selskab, der købte alle anparterne i det danske selskab. Det cypriotiske selskab lånte pengene til opkøbet af de danske anparter fra moderselskabet på Bermuda. Kort tid efter det cypriotiske selskabs stiftelse udloddede det danske selskab udbytte til det cypriotiske holdingselskab. Det cypriotiske selskab anvendte udbyttet til at afdrage på lånet ydet af selskabet på Bermuda. Landskatteretten tillagde det ikke betydning, at udbyttebeløbet blev videreført fra det cypriotiske selskab til selskabet på Bermuda som afdrag på gæld.

Landsretten konstaterede, at det ikke fandtes godtgjort, at det cypriotiske selskab var beneficial owner af det modtagne udbytte. Ved denne vurdering lagde Landsskatteretten særligt vægt på, at det cypriotiske selskab ikke havde et kontor eller ansatte samt at dets væsentligste funktion alene var at eje anparter i det danske selskab. Det cypriotiske selskab kunne derfor ikke opnå beskyttelse i medfør af den dobbeltbeskatningsoverenskomst, der var gældende mellem Danmark og Cypern.

Spørgsmålet var derefter, hvorvidt det cypriotiske selskab kunne opnå beskyttelse i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet. Landsskatteretten konkluderede, at Danmark ikke havde udnyttet den mulighed direktivet opstillede i art. 1, stk. 2, til at fastsætte interne lovbestemmelser, der gav Danmark mulighed for at underkende konstruktioner, der havde til formål at misbruge direktivets skattefritagelse. Landsskatteretten konkluderede herefter, hvor Danmark ikke havde udnyttet muligheden for at vedtage lovbestemmelser, der kunne underkende konstruktioner med et misbrugsformål, måtte hjemlen til at bortset fra formelt lovlige og korrekte dispositioner i tilfælde af misbrug følge af de almindelige retsgrundsætninger, herunder retspraksis. Landsskatteretten henviste herefter til Finwill-³² og Overhold-sagen³³, hvori Højesteret ikke fandt grundlag for at tilsidesætte et i øvrigt lovligt stiftet selskab alene med henvisning til, at stiftelsen var foretaget af skattebesparelseshensyn.

Landsskatteretten konkluderede således, at moder-/datterselskabsdirektivet finder anvendelse, uanset om det modtagende selskab er retmæssig ejer eller ej. Ligesom direktivets fordele ikke kunne nægtes ud fra misbrugsbetragtninger uden udtrykkelig hjemmel hertil.

³⁰ Direktiv 2011/96/EU.

³¹ Ibid.

³² SKM 2006.749 HR

³³ SKM 2003.482 HR

Det skal bemærkes, at Landsskatterettens afgørelse i SKM 2012.26 LSR er anket af Skatteministeriet.

Der verserer fortsat en række andre sager om spørgsmålet³⁴, hvor skattemyndighedernes fortolkning af direktivets forhenværende art. 1, stk. 2, synes at stride gevaldigt med teoriens.

På baggrund af ovenstående kan det således konkluderes, at hverken direktivets ordlyd samt retspraksis vedrørende skattemyndighedernes anvendte fortolkning af direktivets art. 1, stk. 2, nu art. 1, stk. 4, giver anledning til at indfortolke et krav om retmæssig ejer i moder-/datterselskabsdirektivet. Skattemyndighedernes hidtidige fortolkning af direktivets art. 1, stk. 2, samt selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, står således på vaklende grund.

Sammenfatning – undersøgelsesspørgsmål 1

Det følger af ovenstående gennemgang, at den internationale omgåelsesklausul er implementeret i dansk lovgivning på baggrund af Rådets ændring i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2. Formålet med denne ændring var et ønske oprindeligt fremsat af Kommissionen og senere støttet af medlemsstaterne om at harmonisere misbrugsreglerne i medlemslandene.

Kommissionen tilkendegav i deres ændringsforslag, at den tidligere gældende art. 1, stk. 2, gav anledning til uklarhed og fortolkning, hvorfor vedtagelsen af en mere omfattende minimumsregel bedre ville støtte EU's generelle ønske om at modvirke aggressiv skatteplanlægning på tværs af landegrænser i tilfælde, hvor de kunstige konstruktioner ikke allerede rammes af eksisterende værnsregler. Rådet vedtog således en opsamlingsbestemmelse, der kunne ramme disse arrangementer, der havde til hensigt at misbruge direktivets fordele. På engelsk har denne misbrugsklausul fået den rammende betegnelse "general anti-abuse rule" eller "GAAR".

Rådets ændring til moder-/datterselskabsdirektivet bevirker, at alle medlemslandene er forpligtede til at implementere GAAR'en i national lovgivning. Skatteministeriets formål med ændringen til ligningslovens § 3 må således afledes af EU's intentioner med ændringen.

Skatteministeriets formål med den internationale omgåelsesklausul er derfor at styrke og bevare det nationale beskatningsgrundlag. Dette ses særligt, hvor de danske myndigheder har valgt at implementere den internationale omgåelsesklausul, således at denne ikke alene finder anvendelse ved arrangementer, der omfattes af moder-/datterselskabet, men tillige arrangementer der er omfattet af rente-/royalty direktivet og fusionsskattedirektivet.

Ved Kommissionens præsentation af ændringsforslaget henviste de til den klassiske gennemstrømningskonstruktion som eksempel på, hvornår den nye misbrugsklausul vil finde anvendelse. Skatteministeriet henviser ligeledes til eksemplet i lovens forarbejder, dog uden nogen konkret vejledning til bestemmelsens anvendelse. Dette efterlader det indtryk, at både EU og Skatteministeriet ved lovændringen har til formål at omgå den ellers meget omdiskuterede fortolkning af "beneficial owner" kravet, da ændringen lovfæster muligheden for at tilsidesætte kunstige konstruktioner.

Kigges der på Skatteministeriets forarbejder til loven kan det konstateres, at hensigten med bestemmelsen netop er at lovfastsætte en mere generel omgåelsesklausul, der kan være dækkende i de tilfælde, hvor den specielle lovgivning ikke er tilstrækkelig, f.eks. hvor det konkluderes af domstolene, at de eksisterende regler ikke indeholder et "retmæssig ejer" krav.

Det skal her nævnes, at der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem de momenter, der anvendes ved en vurdering af modtageren som retmæssig ejer og momenterne knyttet til anvendelsen af den internationale omgåelsesklausul.

³⁴ Lovforslag nr. 167, (2014/15), almindelige bemærkninger, s. 17.

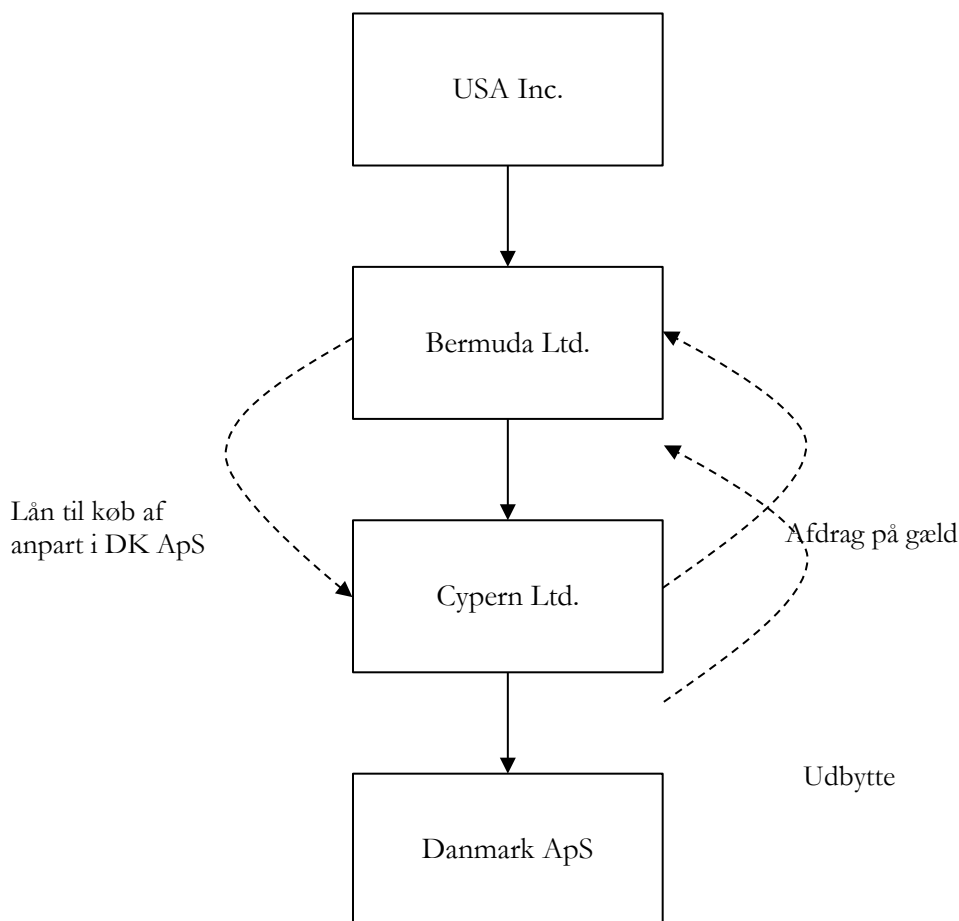
Misbrugsscenarier

Idet følgende opregnes nogle eksempler på selskabskonstruktioner og transaktioner, hvor det umiddelbart kan tænkes, at den internationale omgåelsesklausul kan finde anvendelse. Der er draget inspiration til følgende misbrugsscenarier fra sager, der har været ført ved de danske domstole for så vidt angår fortolkning af kravet om beneficial ownership. Fælles for sagerne er at de er anket.

Formålet med at opregne ”misbrugsscenerierne” på nuværende tidspunkt er, at disse kan holdes i mente ved gennemgangen af næste afsnit, der vedrører fortolkningen af den internationale omgåelsesklausul. Afhandlingens sidste afsnit vil på baggrund heraf søge at vurdere, hvorvidt disse tænkte ”misbrugsscenerier” vil være omfattet af klausulens anvendelsesområde.

Opregningen af eksempler skal ikke anses at være udtømmende for de situationer, hvor den internationale omgåelsesklausul eventuelt kan finde anvendelse. Eksemplerne er alene egnede som et bidrag til forståelsen.

Eksempel 1 – SKM 2012.26 LSR



Danmark ApS var en del af en stor multinational koncern. Selskabet var indtil september 2005 ejet af Bermuda Ltd. Koncernens ultimative ejer er USA Inc., som er et børsnoteret amerikansk selskab. Danmark ApS udfører alene salgs- og support aktivitet. Bermuda Ltd. stiftede i september 2005 Cypern Ltd. og via en koncernintern omstrukturering blev det cypriotiske selskab indskudt mellem Danmark ApS og det hidtidige moderselskab på Bermuda. Købesummen blev af-

talt til 90 mio. euro. Danmark ApS solgte derpå aktierne i D Holland B.V. til sit søsterselskab H Holland B.V. Aktierne blev solgt til en pris på 14 mio. euro, og Danmark ApS bogførte et tilgodehavende for salgsprisen hos H Holland B.V.

Om baggrunden for omorganiseringen var anført, at det ikke var hensigtsmæssigt, at de samlede europæiske aktiviteter var kontrolleret af det danske salgs- og support selskab, hvis ansatte alene var medarbejdere involveret i salgs- og supportfunktioner på det danske marked, og som derfor ikke havde kompetencer eller ekspertise i relation til ejerskab af de underliggende datterselskaber.

I september 2005 vedtog selskabet at udlodde udbytte med ca. 566 mio. kr. til Cypern Ltd. Ifølge Danmark ApS blev det udbytte, som blev modtaget af Cypern Ltd., anvendt af dette selskab til betaling af gælden til moderselskabet Bermuda Ltd., som hidrørte fra købet af anparterne i Danmark ApS.

I oktober 2006 deklarerede Danmark ApS endnu et udbytte til Cypern Ltd. – denne gang på godt 92 mio. kr.

Også denne udlodning blev videreført fra Cypern Ltd. til Bermuda Ltd.

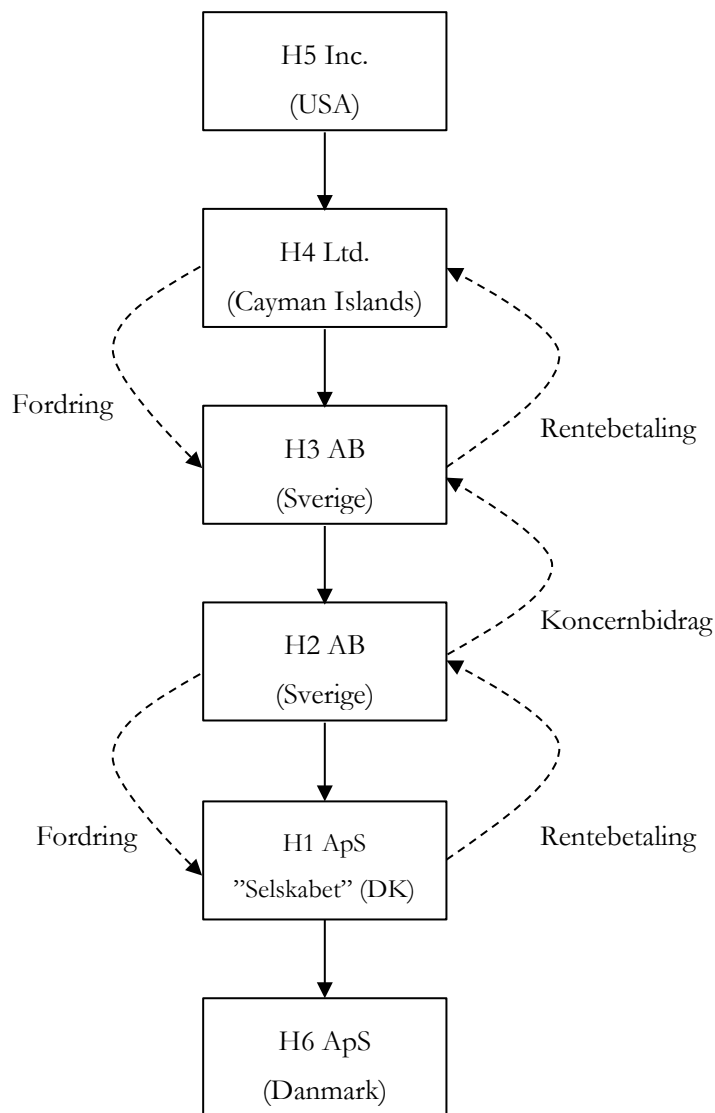
Om Cypern Ltd. fremgik af selskabets regnskaber, at den væsentligste funktion for selskabet i disse år var at eje aktier i Danmark ApS. Selskabet havde hverken lokaler eller personale til rådighed. Om Bermuda Ltd. var i en henvendelse til SKAT oplyst, at selskabet ejer alle de immaterielle aktiver, som er nødvendige for at producere og markedsføre produkterne udenfor USA og forbundne markeder. Aktiviteterne uden for USA er således organiseret under selskabet.

Danmark ApS blev ikke anset for indeholdelsespligtig af udbytteskat vedrørende udbytte udbetalt til moderselskabet på Cypern, idet der ikke kunne indfortolkes et krav om retmæssig ejer i moder-/datterselskabsdirektivets daværende art. 1, stk. 2.

Landsskatterettens afgørelse er gengivet udførligt i det forudgående afsnit.

Eksempel 2 - SKM 2011.485 LSR

Uanset at SKM 2011.57 LSR og SKM 2011.485 LSR vedrører det tilfælde, hvor der sker en gennemstrømning af rentebetalinger igennem EU etablerede mellemholdingselskaber og ikke en udbytteudlodning, har sagerne ikke desto mindre præjudikat værdi for vurderingen af mellemholdingselskaber i udbytteudlodningskonstruktionerne. Forskellen fra ovenstående sag er, at der i disse sager blev afsagt dom til fordel for skattemyndighederne, idet mellemholdingselskaberne ikke kunne anses for beneficial owner efter det udtrykkelige krav herom i rente-/royaltydirektivet.



Selskabet H1 ApS i SKM 2011.458 LSR blev således anset for indeholdelsespligtigt af renteskat vedrørende renter betalt til et koncernforbundet svensk selskab, jf. kildeskattelovens § 65 D og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og selskabet hæftede for manglende indeholdelse af renteskat efter kildeskattelovens § 69.

Det danske selskab H1 ApS havde siden januar 2005 været øverst moderselskab i den danske del af den amerikanske H-koncern, hvis ultimative moderselskab var H5 Inc., USA. Indtil ultimo 2004 var H6 ApS det øverste danske moderselskab. Dette selskab var direkte ejet af H4 Ltd., Cayman Islands, som i forbindelse med stiftelsen af H6 ApS og koncerninterne køb af den danske koncern i 1999 havde ydet dette selskab et lån. Ultimo 2004 gennemførtes en omstrukturering i koncernen, hvorved der blev indskudt 2 svenske selskaber H3 AB og H2 AB og et dansk selskab H1 ApS.

H4 Ltd. overførte ultimo 2004 anparterne i H6 ApS samt eksisterende lån fra H4 Ltd. til H2 AB og tilskrevne renter blev ligeledes overført. H4 Ltd. afstod ultimo 2004 aktierne i H3 AB og H2 AB mod at få nye gældsbreve på x mio. euro og z mio. euro. H2 AB konverterede gældsrevet mod H6 ApS inkl. renter til anparter. Primo 2005 solgte H2 AB aktierne i H6 ApS til Selskabet for 2 nye gældsbreve på x mio. euro og z mio. euro.

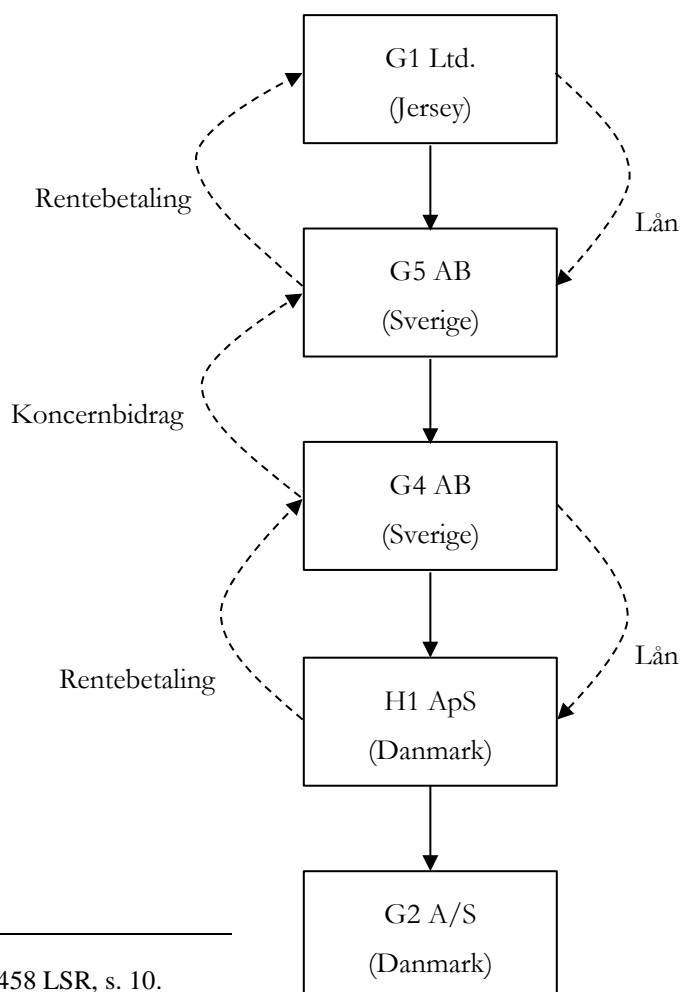
Gældsbrevene på henholdsvis x mio. euro og z mio. euro var identiske for så vidt angik beløb og vilkår med undtagelse af debitorangivelsen.

Via den gennemførte omstrukturering og de i den forbindelse etablerede gældsforhold, der var udtryk for transaktioner mellem interesseforbundne parter, overførte H2 AB ved brug af de svenske regler om koncernbidrag de fra Selskabet modtagne renteindtægter til H3 AB, mens H3 AB førte beløbene videre til H4 Ltd. som renteudgifter. Da der i medfør af de svenske skatteregler ikke kom nogen skattepligtig nettoindkomst til beskatning i Sverige, overførtes de Selskabet påhvilende rentebetalinger således ubeskåret til H4 Ltd. via de svenske selskaber.

H2 AB ansås herefter for et gennemstrømningsselskab med så få beføjelser over de modtagne beløb, at dette selskab hverken i medfør af den nordiske DBO eller i relation til rente- og royaltidirektivet kunne anses som retmæssig ejer af de fra selskabet modtagne renter. Landsretten lagde ved sin afgørelse særligt vægt på, at *”ingen af de ved omstruktureringen etablerede selskaber havde anden aktivitet end holdingvirksomhed, hvorfor deres forventelige fremtidige indtægter alene var de, der naturligt er knyttet til holdingaktivitet. Ved etableringen af gældsforholdene i forbindelse med omstruktureringen må det derfor have været en forudsætning – såfremt debitorselskaberne skulle kunne opfylde de herved påtagne forpligtelser – at disse selskaber ville få tilført midler fra øvrige koncernselskaber. Dette må have været en fra starten forudsat præmis”*.³⁵

Eksempel 3 - SKM 2011.57 LSR

Et dansk selskab (H1 ApS) blev anset for indeholdelsespligtig af renteskat vedrørende renter udbetalt til sit moderselskab i Sverige, der var ultimativt ejet af et selskab på Jersey, jf. kildeskattelovens § 65 D og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d. Sagen er indbragt for EU-domstolen.



³⁵ SKM 2011.458 LSR, s. 10.

Selskabet G1 Ltd., Jersey, erhvervede den 1. juli 2002 den danske koncern med selskabet G2 A/S øverst i koncernen.

Den 25. juni 2003 erhvervede G1 Ltd. to svenske skuffeselskaber, G4 AB og G5 AB.

Den 26. juni 2003 fik G4 overført aktierne i G2 A/S ved et ”ovillkorat aktieægertilskott”. Aktierne i det danske selskab var ansat til en værdi på X mio. euro. Samtidig blev aktierne i G4 overdraget til G5 AB for X mio. euro. Overdragelsen blev finansieret ved lån fra G1 Ltd. til G5 AB.

Den 27. juni 2003 erhvervede G4 AB aktierne i H1 ApS fra G6 ApS for Y mio. kr. Erhvervelsen blev finansieret ved lån fra G6 ApS til G4 AB.

Den 1. juli 2003 erhvervede H1 ApS endelig aktierne i G2 A/S fra G4 AB for X mio. euro. Finansieringen af købet skete ved lån fra G4 AB til H1 ApS.

I forbindelse med G1 Ltd.’s erhvervelse af den danske koncern og den efterfølgende omstrukturering m.v. blev således etableret to gældsbreve på X mio. euro. Det ene gældsbrief er udstedt af det øverste danske holdingselskab, H1 ApS til det nederste svenske selskab, G4 AB. Det andet gældsbrief er udstedt af det øverste svenske holdingselskab, G5 AB til G1 Ltd.

Om G4 AB er oplyst, at selskabets eneste aktivitet er at eje aktier i H1 ApS. Selskabet, der er uden ansatte, administreres af G7, hvis ansatte bestrider posterne som direktion og bestyrelse i selskabet, som også har samme adresse som G7.

Om G5 AB er oplyst, at selskabets eneste aktivitet er at eje aktier i G4 AB. Selskabet, der er uden ansatte, administreres af G7, hvis ansatte bestrider posterne som direktion og bestyrelse i selskabet, som også har same adresse som G7. Renteudgifterne til moderselskabet G1 Ltd. finansieres ved overførsel fra G4 AB af modtagne renter fra H1 ApS, idet overførelsen sker i form af koncernbidrag. For så vidt angår renter fra 1. januar til 30. juni 2004 er der dog ikke sket kontant betaling fra H1 ApS til G4 AB, eller fra G5 AB til G1 Ltd., idet renterne fra H1 ApS indgår i en gældskonvertering af dette selskabs gælds til G4 AB, mens renterne fra G5 AB til G1 Ltd., indgår i et aktieejertilskud fra G1 Ltd. til G5 AB.

Af selskabernes bogføring fremgår, at G1 Ltd., har betalt de svenske selskabers udgifter til revisor samt administrationselskabet G7.

Efter de svenske regler er koncernbidraget fra G4 AB til G5 AB fradragsberettiget for G4 AB, mens det er skattepligtigt for G5 AB.

Rækkevidden af den internationale omgængelsesklausul

I ovenstående afsnit bliver formålet med indførslen af den internationale omgængelsesklausul i ligningslovens § 3 fremført. Som nævnt ovenfor fremgår det af bemærkningerne til lovforslagets fremsættelse, at bestemmelsen er tilsigtet et bredere anvendelsesområde end de eksisterende regler.

Med henblik på at kunne kortlægge, hvilken betydning omgængelsesklausulen har for grænseoverskridende koncerners retsstillingen, er det nødvendigt først at bedømme, hvilken rækkevidde klauslen kan tillægges. Inspiration til, hvad der måtte ligge i denne formulering kan først og fremmest findes i EU-retten, da bestemmelsens udgør en implementering af EU-retten i dansk lovgivning.

Erfaring med skatteretlige omgængelsesbestemmelser inden for EU

FSR – danske revisorer bad ved lovforslagets høring, Skatteministeriet bekræfte, at den internationale omgængelsesklausul i ligningslovens § 3 skulle ses at være en direkte, ordret implementering af den misbrugs-klausul, der indsættes i moder-/datterselskabsdirektivets art 1, stk. 2, og som efter FSR’s opfattelse må antages at bygge på den EU-retlige misbrugsdoktrin, der er udviklet i

EU-domstolens praksis.³⁶ Skatteministeriet svarede bekræftende på, at der er tale om en ordret implementering af direktivets misbrugsklausul.³⁷ Skatteministeriet svarede dog at omgåelses-klausulen kun i nogen udstrækning er inspireret af domspraksis.³⁸ Ikke desto mindre er det nærliggende indledningsvist at redegøre for udstrækningen af EU's misbrugsdoktrin. Herefter redegøres det yderligere for rækkevidden af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsklausul, og som følge heraf den internationale omgåelsesklausul i LL § 3, ved at drage inspiration fra fusions-skattedirektivet, hvori der gælder en lignende udvidet misbrugsklausul.

Det EU-retlige misbrugsprincip

Skatteministeriet giver udtryk for, at ændringen i ligningslovens § 3 i nogen grad skal fortolkes i overensstemmelse med det af EU domstolene udviklede misbrugsprincip.³⁹

EU's misbrugsprincip giver mulighed for, at medlemslandene kan anvende værnsløvgivning, der har til formål at udelukke en direktivsikret skattemæssig fordel, hvor der foreligger et **rent kunstigt arrangement**, der har til **formål at omgå den nationale lovgivning**.⁴⁰

EU-domstolen fastslog i C-321/05, Kofoed, at fusions-skattedirektivets art. 15 (daværende art. 11) afspejlede det almindelige EU-retlige misbrugsprincip.⁴¹ Det fastslås i det følgende, at misbrugsbestemmelserne i moder-/datterdirektivet og fusions-skattedirektivet er ligelydende. Det lægges derfor til grund, at misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivets art 1, stk. 2, skal fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsprincip. Dette støttes af de indtil videre begrænsede udgivelser om netop denne ændring.⁴²

I forbindelse med fortolkningen af ligningslovens § 3 er det relevant at forstå, hvad det EU-retlige misbrugsprincip indeholder, idet princippet afgrænser anvendelsesområdet for den internationale omgåelsesklausul. Med andre ord er spørgsmålet, hvor vidtgående en anvendelse af den internationale omgåelsesklausul de nationale myndigheder kan implementere – inden en sådan anvendelse kommer i konflikt med EU-retten. Herunder misbrugsprincippet og de traktatsikrede grundlæggende frihedsrettigheder så som etableringsretten og kapitalens frie bevægelighed.⁴³

Ifølge nyere praksis⁴⁴, synes misbrugsprincippet reduceret til blot at omfatte en prøvelse af, hvorvidt der foreligger et kunstigt arrangement. Ikke en vurderingen af, hvorvidt det pågældende arrangementet er i overensstemmelse med det relevante direktivs formål. Det følger dog af ordlyden af ændringen til moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2, at medlemslandene har mulighed for at nægte direktivets fordele, hvor myndighederne i en konkret sag kan påvise, at formålet med arrangementet har været skatteunddragelse. En omgåelseshensigt, der strider mod

³⁶ Høringssvar fra FSR af den 25. februar 2015, s. 5.

³⁷ Skatteministeriets høringsskema, s. 22.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave, 2010, s. 552 ff..

⁴¹ C-321/05, Kofoed, præmis 38.

⁴² Se hertil Martin Poulsen, Skattelypakken – ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret, SR-SKAT, juni 2015, Jakob Bundgaard: Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skat-teplanlægning: om ændringsforslaget til EU's moder-/datterselskabsdirektiv, SU2014.45, Romero J.S. Tavares & Bret N. Bogenschneider: The New *De Minimis* Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?, Intertax, 2015.

⁴³ Se hertil Romero J.S. Tavares & Bret N. Bogenschneider: The New *De Minimis* Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?, Intertax, 2015, hvori det er fremført, at ændring 2015/121 er i strid med EU-rettens grundlæggende frihedsrettigheder.

Af pladmæssige årsager behandles dette ikke i afhandlingen.

⁴⁴ C-653/11, Poul Newey.

formålet med direktivet, skal således inddrages i det EU-retlige misbrugsprincip. Ligesom det også var tilfældet i tidligere retspraksis.⁴⁵

Rent kunstige arrangementer

Domstolen har generelt udtalt i forbindelse med ”rent kunstige arrangementer”, at dette mest oplagt foreligger i tilfælde, hvor den skattepligtige søger at flytte et skattetilsvær fra en medlemsstat til en anden medlemsstat.⁴⁶ Et karakteristisk tilfælde vil være det tilfælde, hvor et selskab undlader at flytte sine aktiviteter til et andet medlemsland, med det formål at blive underlagt den der gældende skattelovgivning, men derimod opstiller kunstige arrangementer, der har til hensigt at få en indkomst, som er skattepligtig i den oprindelige medlemsstat til at fremstå som skattepligtig i en anden medlemsstat.

Sag C-196/04, Cadbury Schweppes, kan tages til indtægt for, at det er et misbrug af EU-retten, når et selskab er kunstigt eller fiktivt etableret i en anden medlemsstat uden nogen reel økonomisk aktivitet, der kan begrunde indtægtsførelsen i dette land.⁴⁷ Domstolen antyder ligeledes i sagen, at der ved vurderingen heraf blandt andet skulle lægges vægt på ”*graden af ... selskabets fysiske eksistens mht. lokaler, personale og udstyr*”.⁴⁸

I sag C-80/12, Felixstowe, blev begrebet ”rent kunstige arrangementer” udvidet. I sagen ønskede britiske selskaber at udnytte, den særlige engelske form for konsortiebeskatning, men blev forhindret, da det selskab, der skulle forbinde to koncerner, mellem hvilke et underskud skulle overføres, ikke var hjemmehørende i UK. Restriktionen i den britiske lovgivning kunne ikke retfærdiggøres i relation til art. 49 og 54 TEUF, da der ikke forelå et ”*rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet*” (min fremhævning).

Det er således klart i overensstemmelse med EU’s misbrugsprincip at underkende et arrangement, der indeholder et gennemstrømningsselskab uden nogen reel aktivitet eller dispositionsret andet end at besidde ejerandel i et datterselskab.

Domstolen understreger i C-196/04, Cadbury Schweppes, at den omstændighed, at et hjemmehørende selskab opretter en sekundær etablering, så som et datterselskab, i en anden medlemsstat, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om skattesvig, og tjene som begrundelse for en foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, som er sikret ved traktaten.⁴⁹ Domstolene understreger herved, at der ikke kan opstilles generelle formodningsregler for skatteunddragelse eller skattesvig. Ligesom Jakob Bundgaard i SU2010.111⁵⁰, anfører, at der ikke kan opstilles som et generelt krav til en etablering, at der foreligger lokaler, personale m.m. Det må bero på en konkret bedømmelse af den aktivitet, der skal foretages med henblik på at varetage virksomhedsførelsen.

Herudover har Domstolen ved sin praksis forelagt andre tilfælde, der kan anses som kunstige arrangementer. For eksempel, hvor der ikke handles på armslængdevilkår.⁵¹ Ligeledes kan det anses som et kunstigt arrangement, hvis der foreligger et mistænkeligt rejsemønster, hvor en

⁴⁵ Se hertil C-425/06, Part Service Srl., C-196/04, Cadbury Schweppes, C-255/02, Halifax.

⁴⁶ Karsten Engsig Sørensen: Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis, SU 2008, 84, s. 232.

⁴⁷ Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave, 2010, s. 558. Søren Næsborg Jensen: Realitetsgrundlægningen og EU-retten, Festskrift til Jan Pedersen, 1. udgave, 2011 s. 213.

⁴⁸ C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 67.

⁴⁹ C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 50.

⁵⁰ Jakob Bundgaard: Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber, SU 2010, 111, s. 260.

⁵¹ C-264/94, ICI, og C-524/04, Thin Cap.

skatteyder straks efter fraflytning realisere sine aktier og straks derefter flytter tilbage til den oprindelige medlemsstat.⁵²

Idet den internationale omgåelsesklausul er en implementering af det EU-retlige misbrugsprincip, vil disse eksempler kunne anvendes, hvor klausulens anvendelsesområde skal vurderes. Det kan således antages, at skattemyndighederne kan anvende den internationale omgåelsesklausul, hvor der sker en udlodning af aktier, der ikke er på armslængde vilkår, eller såfremt selskabet flytter sin aktivitet til et andet medlemsland med det formål at udlodde udbytte til en lavere skattesats.⁵³

Skatteyderen skal dog levnes mulighed for at bevise, at selskabets tilstedeværelse i den pågældende medlemsstat er reel.⁵⁴ Dette fordi alternativet vil betyde, at skatteyderens situation ikke bedømmes enkeltvis, jf. C-28/95, Leur-Bloem.

Uanset ovenstående synes det generelt antaget i praksis, at der foreligger snævre grænser for, hvornår et arrangement kan anses som kunstigt/fiktivt.⁵⁵ Skattemyndighederne vil således have en tilsvarende snæver grænse for, hvornår et arrangement kan underkendes i medfør af den internationale omgåelsesklausul, idet misbruget skal kunne konstateres på baggrund af objektive omstændigheder og ikke alene på formodninger og antagelser.

Tvingende alment hensyn

Som anført ovenfor følger det af EU-rettens misbrugsprincip, at myndighederne er afskåret fra at nægte direktivets fordele alene ud fra et hensyn til skatteunddragelse, beskrevet som et "tvingende alment hensyn".⁵⁶ Der skal samtidige foreligge et rent kunstigt arrangement, der kan underkendes ud fra objektive omstændigheder.

I sag C-446/03, Marks & Spencer foretog domstolen en mere dybdegående forklaring af, hvorvidt en medlemsstat kunne påberåbe sig skatteunddragelse som et "tvingende alment hensyn", der gav grundlag for at nægte beskatningen, hvor der ikke forelå et rent kunstigt eller fiktivt arrangement. C-446/03, Marks & Spencer, er indtil videre den eneste EU sag, hvor skatteunddragelse er prøvet som et tvingende alment hensyn alene, hvor der ikke samtidig foretages en vurdering af, hvorvidt den etablerede konstruktion er kunstig. Sagen må derfor anses som en undtagelse. Sagen kan dog anvendes til at vurdere rækkevidden af hensynet til skatteunddragelse i tilfælde, hvor der samtidig foreligger et kunstigt arrangement.⁵⁷

Set i lyset af anvendelsesområdet for ligningslovens § 3, stk. 1, kan sagen give idé til, hvornår skatteyderen har til hensigt at udnytte EU-lovgivningen, således at denne har som hovedformål at opnå en uberettiget fordel i medfør af direktivet og som konsekvens heraf tilsidesættes.

Sagen vedrørte en engelsk lovgivning, hvorefter selskaber inden for samme koncern med hjemsted i England indbyrdes kunne modregne deres overskud og underskud. Denne mulighed var ikke tilstede hos datterselskaber, der ikke havde hjemsted i England. Lovgivningen kunne derfor ses som en hindring i etableringsfriheden og som resultat i strid med EU-retten. Domstolen konkluderer, at en sådan hindring i etableringsfriheden kun vil være tilladt, *"hvis den forfulgte et*

⁵² C-9/02, Lastyrie du Salliant.

⁵³ Sanne Neve Damgård: EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer, 1. udgave, 2012, s. 82

⁵⁴ Mads Severin Hansen: Beneficial owner, TfS 2010, s. 31-32.

⁵⁵ Ibid., s. 33, Karsten Engsig Sørensen: Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis, SU2008, 84, Martin Poulsen: Gennemstrømmingsselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?, SU 2008, 89.

⁵⁶ Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave, 2010, s. 573.

⁵⁷ Sanne Neve Damgård: EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer, 1. udgave, 2012, s. 82, Thomas Rønfeldt Skatteværn og EU-frihed: 1. udgave, 2010, s. 559.

legitimt mål, som var forenligt med traktaten, og var begrundet i tvingende almene hensyn".⁵⁸ I dette tilfælde blev forskelsbehandlingen af udenlandske datterselskaber, ikke anset for en hindring, da lovgivningen, set i lyset af nedenstående hensyn, i helhed forfulgte et legitimt formål.

Domstolen anførte i den forbindelse tre begrundelser for forskelsbehandlingen. 1) Overskud og tab skulle behandles symmetrisk i samme skattesystem, således at beskatningskompetence i forskellige medlemsstater var balanceret. I den forbindelse skal nævnes, at hensynet til et lavere skatteprovenu ikke i sig selv kan anses for et tvingende alment hensyn. 2) Det skulle undgås, at der blev givet dobbeltfradrag for underskuddene. Dette blev anset for et tvingende alment hensyn i sig selv. 3) Sidst men ikke mindst forklarede domstolene, at medlemsstaterne havde adgang til at sikre sig mod skatteunddragelse, hvor lovgivningen havde til formål at hindre praksis, hvor koncerner udnyttede de forskelle, der måtte være i skattesatserne i forskellige medlemsstater.

Det følger således af sagen, at hvor skattemyndighederne kan påvise, at skatteyderen havde til hensigt at udnytte de forskellige skattesatser, der foreligger i forskellige medlemsstater, kan der foreligge en omgåelseshensigt ved arrangementet. Dette er et moment, der kan indgå ved anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1.

Det skal dog nævnes, at i og med C-446/03, Marks & Spencer, fremstår som en undtagelse og det faktum, at almindelig skatteplanlægning ikke sædvanligvis kan betragtes som en hensigt til skatteunddragelse, må ovenstående hensyn have et meget snævert anvendelsesområde, der meget sjældent vil kunne stå alene. Dette understøttes af det faktum, at EU Domstolen accepterer, at skatteyderen vælger at underlægge sig regulering i en anden medlemsstat, hvis den opfylder betingelserne herfor, med det formål at undgå beskatning i en anden medlemsstat, uden at dette betragtes som misbrug.⁵⁹

Fusionskattedirektivet

Der har i en årrække eksisteret en misbrugsklausul i fusionskattedirektivets⁶⁰ art. 15, stk. 1. Klausulen har følgende ordlyd:

"Artikel 15, stk. 1,

1. *En medlemsstat kan nægte at anvende eller kan tilbagekalde anvendelse af alle eller enkelte af bestemmelserne i artikel 4-14, hvis en af de i artikel 1 nævnte transaktioner:*
 - a) *som hovedformålet eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, **at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager** som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.*
 - b) *[udeladt]"* (Mine fremhævninger)

Misbrugsklausulen i fusionskattedirektivet er sammenlignelig med misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, idet begge misbrugsklausuler indeholder et krav om omgåelseshensigt, der giver medlemslandene adgang til at nægte direktivets fordele, hvor hovedformålet bag henholdsvis transaktionen eller arrangementet er skatteunddragelse eller skatteundgåelse – eller som ordlyden af moder-/datterselskabsdirektivet tilsiger, at *"opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet"* med direktivet. Ligeledes følger det af begge bestemmelsers

⁵⁸ C-446/03, Marks & Spencer, præmis 35.

⁵⁹ Karsten Engsig Sørensen: Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis, SU2008, 84, s. 231. Se hertil C-315/02, Lenz og C-294/07, Eurowings.

⁶⁰ Direktiv 2009/133/EF.

ordlyd, at de foretagne transaktioner skal være begrundet i virksomhedsførelsen.⁶¹ Med andre ord indeholder bestemmelserne en substansbetragtning. I fusionsskattedirektivet kommer dette til udtryk i det ovenfor fremhævede afsnit, hvor det i moder-/datterselskabsdirektivet er understreget, at de foretagne arrangementer må være reelle. Dette krav er udpenslet yderligere i direktivets art. 1, stk. 3. Det samme krav må anses at være gældende i fusionsskattedirektivets, art. 15, stk. 1, litra a, modsætningsvist.

Fusionsskattedirektivets misbrugsklausul er en undtagelsesbestemmelse⁶², der giver medlemsstaterne adgang til at nægte direktivets fordele vedrørende skatteudskydelse til grænseoverskridende omstrukturering, hvor hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Idet der er tale om en undtagelsesbestemmelse, må denne fortolkes indskrænkende. Misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivet fremstår ligeledes som en undtagelsesbestemmelse, da den også giver mulighed for, at medlemsstaterne kan fravige direktivets udgangspunkt, nemlig at skatteyderne nægtes udnyttelse af direktivets fordele om udbyttebeskatning.

At der er tale om undtagelsesbestemmelser betyder herudover, at misbrugsklausulerne er begrænset til at finde anvendelse alene på de transaktioner eller arrangementer, hvor der er direkte hjemmel i fusionsskattedirektivet⁶³ eller moder-/datterselskabsdirektivet.

Fusionsskattedirektivets art. 15 finder således alene anvendelse på den beskatning, der udløses af grænseoverskridende omstruktureringstransaktioner. Det gælder tilsvarende ved moder-/datterselskabsdirektivet, at GAAR'en finder anvendelse på de skatter, der udløses af udbytteudlodning mellem grænseoverskridende koncerner.

Det fremgår af ordlyden af art. 1, stk. 2, at skatteyderen kan nægtes fordele, hvor dennes hovedformål eller dele heraf, virker mod formålet eller indholdet af direktivet. Anvendelsesområdet for moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse synes således at være bredere end fusionsskattedirektivet, da et arrangement også kan underkendes af medlemsstaterne, hvor det strider mod direktivets formål, og ikke alene indholdet i direktivet. Det må dog antages blot at have været lovgivers hensigt at tydeliggøre, at direktivets formål har en væsentlig betydning ved anvendelsen af misbrugsbestemmelsen. Et lignende krav om, at en omstrukturering ikke må stride mod formålet med fusionsskattedirektivet gælder i hvert fald også i medfør af EU-praksis.⁶⁴

Det følger af fusionsskattedirektivets art. 15, at skatteyderen vil have skatteunddragelse eller skatteundgåelse som hovedformål eller et af hovedformålene, hvor den grænseoverskridende omstrukturering ikke er foretaget af gyldige forretningsmæssige årsager. Som nævnt ovenfor lægger moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsklausul sig tæt op af denne formulering, hvor den påpeger, at udbyttearrangementer kan betragtes som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, jf. art. 1, stk. 3. For at forstå, hvad der nærmere måtte ligge i kravet om "velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed", er det derfor være relevant at undersøge, hvad der nærmere måtte ligge i fusionsskattedirektivets krav om "gyldige forretningsmæssige årsager".

Der er begrænset retspraksis vedrørende fortolkningen af begrebet. Domstolen har dog fastslået, at begrebet er "*mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel. En*

⁶¹ Sanne Neve Damgård: EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer, 1. udgave, 2012, s. 89.

⁶² C-352/08, Zwijnenburg, præmis 45.

⁶³ Sanne Neve Damgård: EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer, 1. udgave, 2012, s. 88.

⁶⁴ Sag C-352/08, Zwijnenburg, præmis 46.

*fusion ved ombytning af aktier, der kun skal tjene et sådan formål, kan derfor ikke anses for en økonomisk forsvarlig betragtning.*⁶⁵

At en skatteyder alene foretager en omstruktureringen ud fra en hensigt om at opnå en rent skattemæssig fordel, er således ikke en ”forsvarlig økonomisk betragtning” alene. Begrebet skal fortolkes i lyset af de omstruktureringsformer, direktivet giver hjemmel til samt direktivets formål.⁶⁶

Formålet med fusions-skattedirektivet er blandt andet at lette en grænseoverskridende omstrukturering af en europæisk koncern, således at virksomhederne får mulighed for at tilpasse sig vilkårene i det fællesmarked og opnå en lettere adgang til styrkelse af deres konkurrencemæssige stilling internationalt.⁶⁷ Eventuelt gennem en øget produktivitet og/eller rationalisering af aktiviteterne inden for koncernens selskaber.⁶⁸ Herudover vil mere specifikke selskabsretlige grunde til omstrukturering kunne betragtes som gyldige forretningsmæssige årsager. For eksempel væsentlige besparelser i virksomhedsførelsen, risikoafgrænsning og risikofordeling.⁶⁹

Overfører vi denne argumentation til moder-/datterselskabsdirektivets krav om økonomisk realitet, kan det først og fremmest konstateres, at formålet med direktivet i store træk er at smidiggøre udbytte betalingen mellem koncernforbundne selskaber, således disse ikke bliver stillet mindre gunstigt - og dermed på mindre konkurrencedygtige vilkår - som følge af en dobbeltbeskatning. Med andre ord vil en udbyttebetaling, der stiller koncernen stærkere konkurrencemæssigt, ofte kunne betragtes som en velbegrundet kommerciel årsag.

Neve Damgård argumenterer i sin udvidede phd-afhandling, *EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer*, for at misbrugsvurderingen og anvendelsen af fusions-skattedirektivets art. 15 skal foretages på koncernniveau, hvor direktivets formål tages i betragtning.⁷⁰ En lignende argumentation kan overføres til moder-/datterselskabsdirektivet, da det ligeledes følger af direktivets formål, at det er hele koncernens samlede konkurrencemæssige styrke, der er afgørende og ikke det enkelte selskab inden for koncernen. Dette støttes også yderligere af det faktum, at Kommissionen i en memo⁷¹ vedrørende moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2, har anvendt gennemstrømningseksemplet, hvor koncerns transaktioner som helhed vurderes. Skatteyderen er således pligtig til at bevise, at udbytteudlodningen er velbegrundet i kommercielle årsager, der gælder for hele koncernen.

Ovenstående argumentation synes at tildele skatteyderne meget spillerum, hvor medlemsstaterne er pligtige at anerkende en transaktion eller arrangement, hvor skatteyderne blot har bevist, at den pågældende transaktion styrker koncernen konkurrencemæssigt. Det er derfor værd at bemærke, at formålene med fusions-skattedirektivets samt moder-/datterselskabsdirektivet er dobbelt. Ved implementering af misbrugsklausulerne har begge direktiver, uanset ovenstående, også til formål at beskytte medlemsstaternes beskatningsgrundlag ved at tillægge medlemsstaterne kompetence til at bekæmpe skatteunddragelse.⁷² At en udbytteudlodning fra datter til moderselskab styrker koncernen konkurrencemæssigt, kan således ikke nødvendigvis stå alene som en ”velbegrundet kommerciel årsag”, jf. moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2 og LL § 3, stk. 1.

⁶⁵ C-28/95, Leur-Bloem, præmis 47.

⁶⁶ Sanne Neve Damgård: *EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer*, 1. udgave, 2012, s. 90.

⁶⁷ C-352/08, Zwijnenburg, præmis 38.

⁶⁸ C-28/95, Leur-Bloem, præmis 39.

⁶⁹ Sanne Neve Damgård: *EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer*, 1. udgave, 2012, s. 90.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Kommissionen, Memo/13/1040.

⁷² Sanne Neve Damgård: *EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer*, 1. udgave, 2012, s. 92.

C-28/95, Leur-Bloem

Sag C-28/95, Leur-Bloem, er den første sag, hvori EU-domstolene blev pålagt at tage stilling til fortolkningen af art. 15, stk. 1, litra a (daværende art. 11, stk. 1, litra a).

I den forbindelse fastslog domstolen, at ”... den fælles beskatningsordning, som er indført ved direktivet (...), finder anvendelse uden forskel på samtlige transaktioner (...), uanset om begrundelsen for transaktionen måtte være finansiel, økonomisk eller rent skattemæssigt”.⁷³ Denne udtalelse i afgørelsen lægger op til, at skatteyderens hensigt med transaktionen ikke er det bærende punkt i vurderingen af, om en given omstrukturering er omfattet af direktivets fordele. Det følger således, at betingelsen om, at ”transaktionerne som hovedformål eller et hovedformålene har skatteundgåelse,” skal fortolkes indskrænkende.⁷⁴ Dette bekræftes af senere retspraksis.⁷⁵

Dette betyder dog ikke, at skatteyderens hensigt fuldstændigt kan holdes uden for vurderingen, men at hensigten indgår som et moment i vurderingen af, hvorvidt misbrugsbestemmelsen finder anvendelse.

Det er nærliggende grundet bestemmelsernes sammenlignelige ordlyd, at anlægge samme indskrænkende fortolkning til moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2, således at skatteyderens hovedformål med transaktionen ikke er det eneste moment i vurderingen. Dette kan dog ikke endegyldigt fastlægges uden bekræftelse fra EU-domstolene. Der synes dog at foreligge et flertal af argumenter for at lægge dette til grund, særligt hvor misbrugs klausulen og LL § 3, stk. 1, skal fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsprincip, som det er anført ovenfor.

Ligeledes fremhæves det C-28/95, Leur-Bloem, at det er nødvendigt at foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion.⁷⁶

Det kan konkluderes ved sammenligningen af ordlyden af de to direktivers misbrugsbestemmelser, at såfremt der foreligger velbegrundede økonomiske årsager til den foretagne transaktion, der stemmer overens med de situationer direktivet regulerer samt direktivets formål, uanset skatteyderens hensigt med transaktionen, vil medlemsstaterne have svært ved at nægte skatteyderen direktivets fordel.

Kan myndighederne derimod påvise, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, f.eks. hvor en given transaktion eller etablering har en kunstig natur, har de ”gyldige forretningsmæssige årsager” mindre betydning.

Proportionalitetsprincippet

Det følger af EU-retten, at nationale myndigheder er underlagt et proportionalitetsprincip, hvis de anvender en værnsregel. Dette fremgår for eksempel i C-442/03, Marks & Spencer, hvor Domstolen udtaler, at en hindring i den fri bevægelighed kun vil være tilladt, hvor ”hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det”.⁷⁷

Dette proportionalitetsprincip vil også være gældende for skattemyndighedernes anvendelse af den internationale omgåelses klausul, da bestemmelsen fremstår som en national kodificering af det EU-retlige misbrugsprincip. Skattemyndighederne må således kun anvende LL § 3, stk. 1, hvor tilsidesættelsen af et givent arrangement udgør en beskyttelse mod misbrug af direktivet. Ligeledes må skattemyndighederne ikke opstille en generel praksis for anvendelsen af den inter-

⁷³ C-28/95, Leur-Bloem, præmis 36.

⁷⁴ Sanne Neve Damgård: EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer, 1. udgave, 2012, s. 91.

⁷⁵ C-352/08, Zwijnenburg, præmis 45-46 og C-126/10, Foggia.

⁷⁶ C-28/95, Leur-Bloem, præmis 41.

⁷⁷ C-446/03, Marks & Spencer, præmis 35.

nationale omgåelsesklausul ved fastlæggelse af sådanne retningslinjer, at disse erstatter den individuelle og konkrete bedømmelse af sagen.

Erfaringer med omgåelsesbestemmelser i Danmark

Indtil vedtagelsen af ændringen til ligningslovens § 3 og indførelsen af den internationale omgåelsesklausul, har lignende generelle omgåelsesklausuler ikke været en bestanddel af dansk skatteret. Der har i længere tid været diskussioner vedrørende fordelene og ulemperne ved implementeringen af en sådan generalklausul.⁷⁸ Ordlyden af den internationale omgåelsesklausul synes i særligt grad at lægge vægt på hovedformålet – hensigten – med arrangementet. Bestemmelsen kan dermed betragtes som en generel misbrugsklausul, uanset at klausulen kun kan anvendes ved vurderingen af rigtigheden af de arrangementer der er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet.

Gældende dansk ret har indtil implementeringen af den internationale omgåelsesklausul primært fokuseret på en regulering af specifikke omgåelseskonstruktioner gennem såkaldte værnsregler. Den omstændighed, at en disposition er væsentligt påvirket af et skattebesparelseshensyn, gør ikke at arrangementet kan underkendes i medfør af skatteretten, medmindre der foreligger en lovhjemmel, der underkender netop den anvendte konstruktion.⁷⁹

Omgåelseshensigten inddrages dog af og til som moment ved lovfortolkningen.⁸⁰ Dette kan således føre til en udvidet eller analog fortolkning af den specifikke bestemmelse. Anvendelsesområdet for omgåelseshensigten som moment i vurderingen af rigtigheden af et arrangement inddrages i følgende gennemgang af realitetsprincippet, specifikke værnsregler samt retspraksis som et fortolkningsbidrag til ligningslovens § 3.

Udfordringen ved en generelt formuleret klausul som den internationale omgåelsesklausul er, som fremhævet af FSR ved lovforslagets høring, at lovgivningsmagten mister indflydelse på, hvorledes rammerne for klausulens anvendelse skal være, da fortolkningsmulighed og kompetence overlades i større grad til skattemyndighederne og i sidste ende domstolene.⁸¹ Skatteministeriet fremhæver ligeledes skattemyndighedernes rolle ved anvendelsen af ligningslovens § 3 i lovens forarbejder, da det fremhæves, at *”det påhviler skattemyndighederne at foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurderingen af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug, dvs. virker mod indholdet eller formålet med direktivet”*.⁸²

Følgende afsnit vil i lyset heraf ved en gennemgang af udvalgte værnsregler, principper og retspraksis vurdere, hvilke momenter skattemyndighederne bør tillægge betydning ved anvendelsen den internationale omgåelsesklausul.

Realitetsgrundsætningen

Det har i dansk skatteret været diskuteret, hvorvidt en skattedisposition kunne underkendes, hvor dispositionen ikke har den fornødne realitet eller hvorvidt, der kunne foretages en korrektion af en disposition, der ikke hviler på den objektive realitet i koncernforholdet, men er foretaget i den hensigt at unddrage et lovbestemt beskatningsgrundlag. Med andre ord skal beskatningen under

⁷⁸ Aage Michelsen: Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten?, Skattepolitisk oversigt, 1984, Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1991, Erik Werlauff: Realitet i selskabs- og skatteretten – om realitetsgrundsætningens berettigelse og begrænsninger i Festskrift til Jan Pedersen, 1. udgave, 2011.

⁷⁹ Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2014/15, 16. udgave, 2014, s. 393.

⁸⁰ Erik Werlauff: Realitet i selskabs- og skatteretten – om realitetsgrundsætningens berettigelse og begrænsninger i Festskrift til Jan Pedersen, 1. udgave, 2011.

⁸¹ Høringssvar fra FSR af den 25. februar 2015.

⁸² Lovforslag nr. 167, (2014/15), bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, s. 22.

visse betingelser rettes mod den ”faktiske økonomiske realitet på bekostning af den modstående civilretlige formalitet”.⁸³ Dette kaldes realitetsgrundsætningen.

Set i lyset af den nye internationale omgængelsesklausul kan det diskuteres, hvorvidt realitetsgrundsætningen allerede giver myndighederne adgang til at tilsidesætte en disposition, hvis hovedformål eller som et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, der ikke er berettiget i medfør af de faktiske forhold og omstændigheder.

Hvorvidt der gælder en realitetsgrundsætning i dansk skatteret har været diskuteret i teorien.⁸⁴ Jan Pedersen har gennem en årrække fastholdt grundsætningens eksistens. Dette synspunkt er støttet gennem en række sager fra praksis, hvor domstolene giver myndighederne mulighed for at foretage en dispositionskorrektur.⁸⁵

Denne praksis synes nu at være modificeret ved TfS 2006.1062 (Elevator model-sagen/ Finwill-sagen), hvori Højesteret har tilkendegivet, at transaktioner, der er forankret i en lovbestemt civilretlig regulering, i dette tilfælde selskabsretlig regulering, ikke kan tilsidesættes skattemæssigt ved en inddragelse af et omgængessynspunkt i fortolkningen uanset dispositionens realitet.⁸⁶

Landskatteretten anvendte en konkret realitetsbedømmelse ved sin tilsidesættelse af tilbagesalgssalgsskemaet. Landsskatteretten lagde ved sin bedømmelse vægt på, at tegningsbeløbet var forudbestemt til udbetaling til den udtrædende aktionær, og at dispositionerne ikke var begrundet i forretningsmæssige hensyn, men derimod som omgængelse af reglen i aktieavancebeskatningslovens § 2, stk. 1.⁸⁷

Højesteret tilsidesatte efterfølgende Landsskatterettens kendelse og Landsrettens senere frifindelse af Skatteministeriet med den begrundelse, at Finwill ApS' aktiesalg var foretaget i overensstemmelse med gældende regler, der medførte skattefrihed. Højesteret tillagde ikke selskabets eventuelle omgængeshensigt ved arrangementet betydning, da Finwills påstand fremført ved Landsretten blev taget til følge: ”Der er tale om selskabsretlige gyldige dispositioner, som ikke kan omkvalificeres i skattemæssig henseende, ej heller med udgangspunkt i ’realitetsgrundsætningen’.”⁸⁸ Det skal dog bemærkes at Højesterets afgørelse er afsagt med dissens, hvor to dommere, ligesom Landsretten, tillagde det betydning, at transaktionerne udelukkende blev tilrettelagt på denne måde ud fra en skattebesparelseshensigt, hvor udover der ingen forretningsmæssige begrundelse var for den anvendte fremgangsmåde.⁸⁹

Det følger af dommen, at lovgiver er nødt til at lovregulere specifikt for at imødegå de ”smarte” skattemodeller, da en sådan ikke kan underkendes i medfør af realitetsgrundsætningen. En sådan indfortolkning af et generelt princip, hvor dispositionen i øvrigt er i overensstemmelse med gældende lovgivning, vil medføre, at domstolene risikere at bryde med Grundlovens § 43 samt legalitetsprincippet.⁹⁰ Der gælder således ikke nogen domstolsskabt omgængelsesklausul i dansk skatteret.

⁸³ Jakob Bundgaard: Hvad er realiteterne? – Bemærkninger til den første landsskatteretskendelse i tilbagesalgsskemaet, TfS 2004, 68, s. 230.

⁸⁴ Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udg., 2013, s. 140 ff. med yderligere henvisninger, Henrik Dam: Rette indkomstmottager – allokering og fiksering, 1. udgave, 2005, s. 40 og s. 451 ff.

⁸⁵ Jan Pedersen, m.fl.: Skatteretten 1, 6. udgave, 2013, s. 883-884. Se for eksempel TfS 2000.148H og UfR 2000.1509H.

⁸⁶ Nikolaj Vinther: Om brug og misbrug i skatteretten, SREV 2007.1.33, s. 4.

⁸⁷ Jakob Bundgaard: Hvad er realiteterne? – Bemærkninger til den første landsskatteretskendelse i tilbagesalgsskemaet, TfS 2004, 68, s. 230.

⁸⁸ SKM 2005.235 VLR (TfS 2005.490), s. 4.

⁸⁹ SKM 2006.749 HR (TfS 2006.1062 H)

⁹⁰ Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udg., 2013, s. 140.

På baggrund heraf kan det derfor kort konkluderes, at der er et selvstændigt anvendelsesområde for den internationale omgåelsesklausul. Idet denne klausul udgør et sikret, lovfæstet hjemmel for skattemyndighederne til at foretage en tilsidesættelse af transaktioner, hvor det er påvist at hensigten bag transaktionen, har været et misbrug af reglerne.

Realitetsgrundsætningen kan, uanset ovenstående, fortsat bidrage til fortolkningen af den internationale omgåelsesklausul, hvor grundsætningen ses som en samlebetegnelse for de tilfælde, hvor domstolene har foretaget indgreb i en given transaktion med begrundelse i substansen af arrangementet snarere end formen.⁹¹ Det er ubestridt i diskussionen, at domstolene ved anvendelse af almindelige lovfortolkningsprincipper lægger afgørende vægt på sagens økonomiske realitet og ikke alene den valgte juridiske form.⁹²

Skatteyderne vil ofte frembringe det anbringende i en retssag, at en disposition, der er udelukkende er foretaget af skattemæssige hensyn, ikke kan frakendes sine tilsigtede skattemæssige konsekvenser. Realitetsgrundsætningen indebærer, at der under særligt kvalificerede omstændigheder kan stilles spørgsmålstejn ved rigtigheden af dette anbringende. Disse særligt kvalificerede omstændigheder eller med andre ord, betingelser, for anvendelsen af realitetsgrundsætningen er udviklet gennem retspraksis. Det kan dog være svært at gengive betingelserne for grundsætningens anvendelse fuldstændigt, da anvendelsen afhænger af sagens konkrete omstændigheder.

Realitetsgrundsætningen medfører, at dispositionen skal betragtes som 1) en helhed uanset, at dispositionerne må fremstå som en række selvstændige eller del dispositioner. 2) De formelle civilretlige dispositioner skal indebære ikke væsentlige anderledes økonomiske eller retlige konsekvenser for de involverede parter end den simple transaktion, der ønskes gennemført af parterne. 3) Dette medfører et forøget dokumentationskrav for de af skatteyderne påberåbte dispositioner. 4) Der gælder et væsentlighedskrav, nemlig at den hævdede form slet ikke svarer til de økonomiske realiteter. 5) Der skal bestå en faktisk modstrid mellem formalitet og realitet. 6) Selvom realitetsgrundsætningen er en misbrugsklausul, er det ikke klart om grundsætningen indeholder et sådant subjektivt element, at skatteydernes motiv skal tillægges betydning. Det erkendes dog, at et vist subjektivt moment indgår, idet grundsætningens anvendelsesområde er fiktive og proformaagtige dispositioner, som alene eller i overvejende grad har fundet deres eksistens eller nærmere udstrækning ud fra skattemæssige formål. Graden af det fiktive element skærpes dog, hvor der ved siden af den skattemæssige hensigt foreligger en almindelig forretningsmæssig hensigt.⁹³

Betingelserne for anvendelsen af realitetsgrundsætningen synes at lægge sig tæt op af betingelserne for anvendelsen af den internationale omgåelsesklausul. Først og fremmest kan det noteres, at transaktionen skal vurderes som en helhed ud fra de konkrete og faktiske omstændigheder, jf. LL § 3, stk. 1. Ligesom den formelle disposition ikke må indebære konsekvenser, der strider mod formålet med direktivet, jf. LL § 3, stk. 1. Det følger ligeledes af bestemmelsens stk. 2, at der skal bestå en faktisk modstrid mellem realitet og formalitet for at transaktionen kan underkendes. Med andre ord kan de skatteretlige transaktioner foretaget i medfør af direktivets regler (formaliteten) underkendes, hvor de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed (realiteten).

Modsat ved anvendelsen af realitetsgrundsætningen står det derimod i medfør af ordlyden af ligningslovens § 3 klart, at formålet/hensigten bag transaktionen har afgørende betydning for anvendelse af bestemmelsen. Det kan dog konstateres, at der, som i tilfældet med realitetsgrund-

⁹¹ Erik Werlauff: Realitet i selskabs- og skatteretten – om realitetsgrundsætningens berettigelse og begrænsninger i Festskrift til Jan Pedersen, 1. udgave, 2011, s. 462 ff. Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udg., 2013, s. 141.

⁹² Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udg., 2013, s. 141.

⁹³ Jakob Bundgaard: Hvad er realiteterne? – Bemærkninger til den første landsskatteretskendelse i tilbagesalgskomplekset, TfS 2004, 68, s. 230 ff.

sætningen, må foreligge et tydeligt og beviseligt fiktivt element, hvis der samtidigt med den skattemæssige hensigt foreligger en almindelige forretningsmæssig hensigt. Dette stemmer overens med fortolkningen af den EU-retlige GAAR, som den er fremført ovenfor.

”Det forretningsmæssige kriterium”

I praksis foretager domstolene ofte en udvidet fortolkning af formålet bag en skattebestemmelse, således at en eventuel omgåelseshensigt kan inddrages.⁹⁴ En transaktion kan derved blive omfattet af bestemmelsen, uanset at dette ikke fremgår umiddelbart af bestemmelsens ordlyd eller klare forarbejder. Dette gælder uanset legalitetskravet i skatteretten.⁹⁵

Domstolene foretager herudover en indfortolkning af et yderligere krav, således at bestemmelsens overordnede formål kan opretholdes, nemlig et krav om ”forretningsmæssig begrundelse”. Vurderingen er objektiv i den forstand, at det er tilstrækkeligt, at myndighederne *kan sandsynliggøre, at dispositionen afviger væsentligt fra den (hypotetiske) parallelle forretningsmæssige disposition*.⁹⁶

Ved fortolkningen af LL § 3, stk. 2, om ”velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed”, kan inspiration hentes i retspraksis vedrørende det forretningsmæssige kriterium.

Det er en forudsætning for anvendelsen af ”det forretningsmæssige kriterium”, at det er muligt at fastlægge, hvad der udgør en normal, forretningsmæssig disposition.⁹⁷

Når domstolen skal fastlægge, hvorvidt en transaktion er forretningsmæssigt begrundet, lægges der afgørende vægt på de konkrete omstændigheder. Som allerede etableret ovenfor, er en konkret vurdering også afgørende ved anvendelsen af den internationale omgåelsesklausul.

Ved anvendelsen af det forretningsmæssige kriterium er det afgørende, hvorvidt dispositionen er motiveret af andre hensyn end rent skatteretligt.⁹⁸ En transaktion kan således tilsidesættes af domstolene i medfør af dette kriterium, hvor dispositionen savner forretningsmæssig begrundelse, og den er konstrueret på en måde, hvor risikofaktorerne reelt er bortsorteret.⁹⁹

Ovenstående betyder dog ikke, at skattetænkning ikke principielt er lovlig. Dette ses tydeligst i de velkendte Finwill- og Overhold-sager. I TfS 2003.889, Overhold-sagen, faldt et moderselskabs skattemæssige disposition vedrørende datterselskabets underskud inden for den dagældende LL § 15, stk. 7, nr. 3. Dette medførte, at uanset dispositionen ikke havde et forretningsmæssigt begrundet formål, men alene var foretaget som en skattemæssig disposition, kunne dispositionen ikke underkendes af skattemyndighederne. Dommen viser, at skatteydernes udnyttelse af udtrykkelige skattelovsbestemmelser ikke kan tilsidesættes, i det tilfælde skatteyderen opfylder bestemmelsens retsbetingede kendsgerninger. Det er i den forbindelse uden betydning, at anvendelsen af bestemmelsen er sket uden forretningsmæssig begrundelse.¹⁰⁰ Ligeledes ses det i UfR 2007.736, Finwill-sagen, at en skattebesparelseshensigt ikke i sig selv kan føre til at en given transaktion tilsidesættes eller omkvalificeres, hvor dispositionen opfylder de betingelser, der er opstillet i den civilretlige lovgivning. I dette tilfælde var der tale om selskabsretten.

⁹⁴ TfS 1998.99 H og TfS 1999.213 H

⁹⁵ Nikolaj Vinther: Imødegåelse af skatteretlig omgåelse gennem ”det forretningsmæssige kriterium”, 2004, Juristen nr. 6, s. 312.

⁹⁶ Nikolaj Vinther: Om brug og misbrug i skatteretten, SREV 2007.1.33, s. 2.

⁹⁷ Nikolaj Vinther: Imødegåelse af skatteretlig omgåelse gennem ”det forretningsmæssige kriterium”, 2004, Juristen nr. 6.

⁹⁸ Se U2002.1395H, U2002.1399H, TfS 2002.804Ø, TfS 2002.805Ø og U2002.2472H.

⁹⁹ Sanne Neve Damgård: EU-selskabers- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer, 1. udgave, 2012, s. 316.

¹⁰⁰ Nikolaj Vinther: Om brug og misbrug i skatteretten, SREV 2007.1.33, s. 3.

Konklusionen ud fra ovenstående sager er, at der ikke eksisterer en generel adgang til at underkende civilretlige transaktioner, der ikke er forretningsmæssigt begrundet. Det kan dog udledes af sagerne, at jo mere en disposition er forretningsmæssigt begrundet, og jo mere den falder inden for kerneområdet for en skattelovsbestemmelse, desto større er sandsynligheden for, at dispositionen ikke kan underkendes skatteretligt.¹⁰¹

Der kan argumenteres for, at denne læresætning også vil gælde for den internationale omgængelses-klausul, idet bestemmelsens stk. 2 indeholder et krav om en forretningsmæssig begrundelse eller ”*velbegrundet kommerciel årsag*”, jf. LL § 3, stk. 2.

Bestemmelsen har dog et noget bredere anvendelsesområde end domstolenes ”forretningsmæssigt begrundet” kriterium, da der i den internationale omgængelsesklausuls ordlyd lægges betydelig vægt på hovedformålet med transaktionen. Det må derfor gælde, at uanset at en transaktion er civilretligt gyldig og falder inden for en udtrykkelig skattelovsbestemmelse, som f.eks. SEL § 2, stk. 1, litra c, vil transaktionen kunne tilsidesættes med hjemmel i LL § 3, stk. 1, hvor det kan påvises, at hovedformålet bag bestemmelsen var en skatteunddragelse.

Kan det derimod påvises ved en konkret vurdering af de faktiske forhold, at transaktionen blot havde et skatteplanlægningsmæssigt formål og ikke tilsigtede et misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet, vil transaktionen ikke kunne tilsidesættes. Det er her væsentligt at understrege, hvor svær en sådan distinktion vil være, idet myndighederne og selskaberne utvivlsomt har vidt forskellige skattemæssige mål for øje, hvilket unægtelig vil resultere i mange sager for domstolene.

Specifikke værnsregler

Det kan konstateres, at skattemyndighedernes adgang til at underkende kunstige arrangementer i høj grad hviler på specifikke lovbestemmelser. Der gælder ikke nogen udvidet adgang til at tilsidesætte arrangementer ud fra en ren omgængelsesbetragtning, hvor dette ikke samtidig kan støttes på vedtaget lovgivning. Det er derfor nærliggende at drage inspiration til fortolkning af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, ved en gennemgang af dansk rets mere specifikke værnsregler til imødegåelse af misbrug.

Statsskatteloven §§ 4 og 6

Ved gennemgangen af de specielle værnsregler er det nærliggende at tage udgangspunkt i statskattelovens §§ 4 – 6, der danner en grundsten i dansk skatteret.

Statsskattelovens §§ 4 – 6 indeholder hjemmel til princippet om rette indkomstmodtager. Princippet om rette indkomstmodtager giver skattemyndighederne adgang til at korrigere en aftale, der forsøger at forvride et selskabs indkomstgrundlag. Dette kan for eksempel ske, hvor det ikke er de rigtige kontraktparter, der er defineret i en aftale om fordeling af indtægter og udgifter, og de indgåede vilkår ikke svarer til markedsvilkårene. Der kan således drages paralleller til diskussionen vedrørende den retmæssige ejer, som den er refereret ovenfor, hvor holdingselskabet ikke er det ultimative ejer af udbyttet. Det må dog konstateres, at der ikke er fuldstændigt sammenfald mellem de to begreber, ”rette indkomstmodtager” og ”retmæssig ejer”.¹⁰²

Det følger direkte af skattelovgivningen, at princippet om rette indkomstmodtager skal respekteres.¹⁰³ Det er derfor ikke nødvendigt for skattemyndighederne at henvise til skatteyderens omgån-

¹⁰¹ Nikolaj Vinther: Imødegåelse af skatteretlig omgængelse gennem ”det forretningsmæssige kriterium”, 2004, Juristen nr. 6, s. 320.

¹⁰² Jakob Bundgaard: Beneficial owership: nu en reel bestanddel af dansk skatteret, SU 2011, 31, Thomas Booker: Beneficial owner, Revision og Regnskabsvæsen, 2012, nr. 10, Thomas Booker: Beneficial Owner, SU 2011, 415, Mads Severin Hansen: Beneficial owner, TfS 2010.

¹⁰³ Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udg., 2013, s. 660.

elses-, skattebesparelses- eller skatteudnyttelseshensigt ved håndhævelse af princippet. Med andre ord er det ikke nødvendigt for skattemyndighederne at bevise, hvad hensigten bag transaktionen måtte være ved anvendelsen af den værnsregel som SL §§ 4 – 6 udgør. Dette er anderledes end ved skattemyndighedernes anvendelse af den internationale omgåelsesklausul, hvor hovedformålet bag transaktionen eller arrangementet har betydning for skattemyndighedernes adgang til at tilsidesætte det pågældende arrangement.

Ved anvendelsen af SL §§ 4 – 6 er det udelukkende et spørgsmål om, at skattemyndighederne skal sandsynliggøre, at den skatteretlige aftale eller transaktion ville have haft et andet indhold, ”hvis den var indgået af en ’bonus pater forretningskyndig’”.¹⁰⁴ Ved anvendelsen af bestemmelsen må myndigheden således påvise, at aftalen ikke er indgået i overensstemmelse med armslængdeprincippet, samt at myndighederne kan sandsynliggøre et bestemt hændelsesforløb. Myndighedernes vurdering må som minimum tage hensyn til planlægning, tiden og selskabernes indbyrdes risikofordeling samtidig med deres mulighed for at styre forløbet.¹⁰⁵ Denne vurdering myndighederne må foretage inden anvendelsen af SL §§ 4 – 6 danner ligheder med betingelsen i LL § 3, stk. 2, hvor arrangementet må være foretaget af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Særligt da der er tale om en aftale indgået mellem interesse- eller koncernforbundne parter.

Myndigheder skal således, ved anvendelsen af den internationale omgåelsesklausul, også inddrage hensynet til koncernens planlægning, tiden og selskabernes indbyrdes risikofordeling samt deres mulighed for at styre forløbet, ved deres vurdering i medfør af LL § 3, stk. 2.

Ligningslovens § 2

Der eksisterer i medfør af ligningslovens § 2 en speciel adgang for skattemyndighederne til at foretage en korrektion af vilkårene for skatteyderens disposition, hvor bestemmelsens betingelser herfor er opfyldt. Koncernforbundne selskaber er i medfør af bestemmelsen forpligtet til at indgå aftaler på markedsvilkår, jf. LL § 2, stk. 1 og 2. Ligningslovens omgørelsesadgang repræsenterer således en lovfæstelse af armslængdeprincippet.¹⁰⁶

Det er diskuteret i teorien, hvorvidt armslængdeprincippet i LL § 2 afgrænses således, at det alene giver hjemmel til vilkårskorrektioner - en korrektion af gensidigt bebyrdende aftaler - og ikke dispositionskorrektioner, hvormed der også kan foretages en korrektion af ensidige dispositioner.¹⁰⁷ Det lægges i nærværende afhandling til grund, at LL § 2 alene giver hjemmel til vilkårskorrektioner. Det forudsættes herved, at der eksisterer en aftale mellem to parter, en ydelse og en modydelse, der skal være indgået på markedsmæssige vilkår. I modsætning hertil vil de arrangementer, der er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet og som følge LL § 3, stk. 1 og 2, oftest have karakter af ensidige dispositioner, idet der ved en udlodning af udbytte fra datterselskab til moderselskab ikke foreligger en modydelse fra moderselskabet til datterselskabet. Det faktum, at værdien af et udbytte altid vil være fastsat i regnskabet typisk påtegnet af en godkendt revisor, betyder også, at SKAT's korrigerende indgriben i den fastsatte værdi vil være unødvendig. At forestille sig udbyttetransaktioner, der indeholder en modydelse, eller hvor der foreligger en mulighed for korrektion af værdiansættelsen af udbyttet, vil fremstå konstrueret.

En sammenligning mellem LL § 2 og LL § 3, stk. 1 og 2, synes derfor noget vidtrækkende. Der kan dog fortsat drages inspiration til fortolkningen af den internationale omgåelsesklausul gen-

¹⁰⁴ Nikolaj Vinther: Imødegåelse af skatteretlig omgåelse gennem ”det forretningsmæssige kriterium”, 2004, Juristen nr. 6, s. 317.

¹⁰⁵ Ibid., s. 318.

¹⁰⁶ Jan Pedersen, m.fl.: Skatteretten 2, 6. udgave, 2013, s. 448.

¹⁰⁷ Karin Skov Nilausen: Anvendelsesområdet for ligningslovens § 2, Tfs 2005, 573 og Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udg., 2013, s. 665 f. Modsat Erik Werlauff i Selskabsskatteretten 2014/15, 16. udgave, 2014, s. 411-412.

nem LL § 2, da der ved anvendelsen af reglen også indgår en vurderingen af, hvornår et givent arrangement fremstår som kunstigt samt ikke afspejler den økonomiske virkelighed.

Afgørende for, hvornår der kan foretages en korrektion, er vurderingen af, hvorvidt de interne koncerndispositioner er foretaget på armslængdevilkår. At en koncerndisposition ikke er foretaget på ”armslængdevilkår” er udtryk for, at vilkårene er styret og dikteret af andre hensyn end almindelige kommercielle og markedsbestemte hensyn.¹⁰⁸ Netop denne definition af armslængdevilkår, giver adgang til en klar sammenligning med den internationale omgængelsesklausul, der efter dennes ordlyd kan underkende dispositioner, der ikke er tilrettelagt ud fra ”velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed”, jf. LL § 3, stk. 2.

Inspiration til, hvad der måtte gælde af armslængde standarder, kan hentes hos OECD’s-Transfer Pricing Guidelines. Det fremgår af forarbejderne til LL § 2, at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med OECD’s modeloverenskomst art. 9, herunder Transfer Pricing Guidelines, der ligeledes er henvist til i forarbejderne.¹⁰⁹

Ifølge OECD’s Transfer Pricing Guidelines kan almindelige og kommercielle hensyn vurderes med henblik på produktets værdi ved transaktionen og/eller transaktionens funktion. Særligt sidste del af vurderingen vedrørende transaktionens funktion har relevans, hvor der sker en sammenligning med LL § 3, stk. 1 og 2, idet det særligt er disse vilkår, der træder frem, hvor realiteten af en ensidig disposition, f.eks. udbytteudlodning, skal vurderes.

Vedrørende den funktionelle analyse fremhæver OECD’s Transfer Pricing Guidelines, at denne;

”seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions. For this purpose, it may be helpful to understand the structure and organisation of the group and how they influence the context in which the taxpayer operates. It will also be relevant to determine the legal rights and obligations of the taxpayer in performing its functions.”¹¹⁰

Det vil således være relevant at inddrage koncernens økonomiske situation, forretningsstrategier og risikofordeling ved sammenligningen med ikke interesseforbundne parter. Det vil ligeledes være relevant for skattemyndighederne at inddrage disse hensyn i vurderingen i medfør af LL § 3, stk. 2.

Hvorvidt ”velbegrundende kommercielle årsager” i den internationale omgængelsesklausul forstand, skal forstås som de kommercielle årsager, der vil være gældende udenfor det interessefællesskab der foreligger mellem koncernforbundne selskaber, kan ikke uden videre tilsluttes. Dette fordi det er en forudsætning, at der eksisterer et sammenligningsgrundlag, der kan karakteriseres som normalt. Ligesom det er tilfældet ved anvendelsen af armslængdeprincippet, hvormed det forudsættes, at der til den omhandlede koncerndisposition eksisterer sammenlignelige vilkår i et frit og uafhængigt marked.¹¹¹ Det er uhyre vanskeligt at fastsætte, hvilke elementer der skal være til stede ved en ”normal” udbytteudlodning, da der indenfor hver koncern eksisterer hensyn og omstændigheder, der er særegen netop for dette tilfælde.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 A

Aktieavancebeskatningsloven indeholder værnsregler, der har til formål at forhindre misbrug af mellemholdingselskaber. I de tilsigtede konstruktioner, også kaldet ”omvendte juletræer”, puljer flere aktieejende selskaber deres aktiebesiddelse i et selskab i et mellemholdingselskab. Derved

¹⁰⁸ Jan Pedersen, m.fl.: Skatteretten 2, 6. udgave, 2013, s. 448.

¹⁰⁹ Lovforslag nr. 101, (1997/98), almindelige bemærkninger.

¹¹⁰ OECD: OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, *Chapter 1: The Arm’s Length Principle*, 2010, s. 45.

¹¹¹ Jan Pedersen, m.fl.: Skatteretten 2, 6. udgave, 2013, s. 459.

opnår de aktieejende selskaber skattefrie udbytter, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, som alternativ til beskatning af udbyttet af porteføljeaktier, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2 og 3.

Værnsreglens anvendelse er betinget af, at kriterierne i ABL § 4A, stk. 3, nr. 1-5, er opfyldt. Her skal specifikt fremhæves substans testen i ABL § 4A, stk. 3, nr. 2, der indeholder kravet om, at mellemholdingselskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.

Den måde, hvorpå skattemyndighederne anvender dette krav, kan give inspiration til, hvordan skattemyndighederne vil fortolke kravet i LL § 3, stk. 2.

Kravet indebærer, at holdingselskabet i det mindste skal have en bestyrelsespost i det pågældende selskab, jf. TfS 2010.555 SR. Det vil ofte være tilrådeligt, at holdingselskabet går et skridt videre og har 1-2 arbejdende bestyrelsesmedlemmer, der evt. tillige er konsulenter i det pågældende selskab, jf. TfS 2011.206 SR.¹¹² Herudover skal selskabet også have en fysisk eksistens, dvs. lokaler, personale og udstyr.¹¹³ Ifølge bemærkningerne til værnsreglen følger det, at et moderselskab, der er administrationselskab i en sambeskatning, ikke automatisk holdes uden for bestemmelsens anvendelsesområde.

Administrative praksis

Som nævnt ovenfor kan omgåelseshensigten anlægges som et moment af betydning ved fortolkning af en lovbestemmelse. Dette gælder uanset, at der ikke eksisterer en generel domstolsskabt omgåelsesklausul. I Danmark vil det være skattemyndighederne, der har kompetence til at anlægge denne udvidede fortolkning, da det er denne myndighed, der administrerer skattereglerne og træffer afgørelser på baggrund heraf.

Dette medfører dog en vis grad af retsikkerhed, idet skatteyderen ikke med sikkerhed kan forudberegne deres retsstilling, hvis skattemyndighederne mere eller mindre vilkårligt kan anlægge en udvidet fortolkning – kun hæmmet af domstolene.

Spørgsmålet er således, i hvilket omfang skattemyndigheder har adgang til at anlægge en udvidet fortolkning?

I den forbindelse er det relevant at diskutere, hvorvidt skattemyndighederne er underlagt nogle mere generelle principper, når de anvender adgangen til at foretage en udvidet fortolkning for således at inddrage omgåelsesmomentet. Ligeså hvorvidt disse betragtninger også vil have betydning ved SKAT's anvendelse af den internationale omgåelsesklausul.

Skøn under regel

Det ses fra afhandlingens forudgående drøftelser, at skattemyndighederne ikke vil kunne opstille en generel regel for, hvornår der er tale omgåelse. SKAT vil altid være forpligtede til at foretage en konkret vurdering af omstændighederne sag for sag. Denne konkrete vurdering skal efterfølgende kunne undergives en retlig prøvelse. Dette stemmer overens med forudsætningen i den internationale omgåelsesklausul, der understreger, at der må tages hensyn til "alle relevante faktiske forhold og omstændigheder" ved skattemyndighedernes vurdering af, hvorvidt bestemmelsen finder anvendelse på det givne forhold.

Proportionalitetsprincippet

Det følger af det forudgående afsnit om det EU-retlige proportionalitetsprincip, at skattemyndighederne ved anvendelsen af LL § 3, stk. 1 og 2 ikke har adgang til at anvende værnsregler, der går udover, hvad der måtte være nødvendigt og egnet til at opnå det tilsigtede mål, navnlig en hindring af misbrug. SKAT har pligt til at iagttage det EU-retlige proportionalitetsprincip for så

¹¹² Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2015/16, 17. udgave, 2015, s. 241.

¹¹³ Henrik Stig Lauritsen: Værnsregler mod mellemholdingselskaber: en status, TfS 2010, 548, s. 2645.

vidt angår bestemmelser, der angår grænseoverskridende transaktioner inden for EU, idet national ret skal fortolkes EU-konformt.

Et tilsvarende princip er som bekendt en velkendt bestanddel af dansk forvaltningsret.

Proportionalitetsprincippet medfører, at skattemyndighederne er forpligtede til at vurdere konsekvenserne af en omgørelse eller tilsidesættelse, hvor de ønsker at imødegå misbrug. Formodning vil således være, at skattemyndighederne ikke har adgang til at tilsidesætte et arrangement i medfør af LL § 3, stk. 1, hvis det kan påvises, at der ikke er opnået en gevinst ved udbytteudlodningen.

Dette synspunkt støttes også af ordlyden af bestemmelsen, nemlig at det ved et givent arrangement skal være hensigten at opnå en fordel, der strider imod formålet med direktivet. I og med at det overordnede formål med moder-/datterselskabsdirektivet er at skabe lige konkurrencemæssige vilkår mellem koncerner etableret i et medlemsland eller i flere medlemslande, er der således ikke nogen strid med formålet, hvis der ikke ved arrangementet rent faktisk er opnået en gevinst.

Proportionalitetsprincippet synes derved at tilføje den internationale omgørelsesklausul et væsentlighedskriterium, da der kun foreligger et misbrug, der bør underkendes af LL § 3, stk. 1, hvor skatteyderen rent faktisk har opnået en gevinst.

Fusionskattedirektivet

Fusionskattedirektivets¹¹⁴ art. 15 indeholder en misbrugsklausul, der er implementeret i dansk ret. Denne misbrugsklausul hjemler klart et omgørelsessynspunkt.¹¹⁵

Praksis viser, at skattemyndighederne ved deres anvendelsen af reglen i høj grad lægger vægt på, hvorvidt arrangementet har den fornødne forretningsmæssige baggrund, da det kan skabe en formodning for at hovedformålet (eller et af hovedformålene) ved arrangementet er skatteunddragelse, hvis denne betingelse ikke er godtgjort.¹¹⁶ Dette følger ligeledes af ordlyden af fusionskattedirektivets art. 15, stk. 1, litra a.

Retspraksis kan give visse retningslinjer til, hvornår en transaktion kan anses for forretningsmæssigt begrundet. Ikke alle momenter fra de nævnte sager har dog relevans for fortolkningen af kriteriet i ligningslovens § 3, stk. 2, idet der her er tale om en udbytteudlodningstransaktion og ikke en omstrukturering af en koncernstruktur.

I, SKM 2002.579 LSR stadfæstede Landsskatterettens regionens afslag til skattefri aktieombytning i medfør af aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 1, med hjemmel i fusionskattedirektivets art. 11, stk. 1, litra a (nu art. 15). Regionen lagde ved afslaget vægt på, at der ved aktieombytningen ikke opnås en hensigtsmæssig koncernstruktur, ligesom de væsentligste driftsaktiviteter forblev samlet i et nyt selskab. Sag SKM 2002.428 LSR vedrørte en lignende ansøgning om skattefri aktieombytning, der blev nægtet, idet de for det nye selskab planlagte aktiviteter i forvejen faldt naturligt ind under det oprindelige selskabs aktiviteter, at klageren via tegningsreglerne i selskabet havde bestemmende indflydelse, samt at ombytningen efter regionens opfattelse var begrundet i klagerens personlige ønsker. I SKM 2006.345 LSR blev regionens afslag derimod tilsidesat, da Landsskatteretten lagde vægt på, at en ændring i koncernstrukturen ville optimere koncernens risikoafgrænsning.

Det er nærliggende at overføre de relevante momenter til skattemyndighedernes anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, hvor der særligt kan henses til, om udbytteudlodningen er hensigtsmæssig inden for den pågældende koncernstruktur, om udbytteudlodningen fremstår som et

¹¹⁴ Direktiv 2009/133/EF.

¹¹⁵ Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udg., 2013, s. 147.

¹¹⁶ SKM 2002.579LSR, SKM 2002.428LSR, SKM 2006.345 LSR og SKM 2005.167 ØLR.

naturligt led i koncernens forretningsførelse, om udlodningen er begrundet i en aktionærs personlige ønsker samt om udlodningen forskubber selskabernes risiko.

Det følger af sag, SKM 2007.806 LSR, hvor Skatteministeriet senere tog bekræftende til genmæle¹¹⁷, at tilladelse til skattefrie selskabsmæssige omstruktureringer ikke kan nægtes, hvis parterne har lagt vægt på muligheden for at undgå eller udskyde beskatningen. Skatteundgåelse kan kun anses for at være et af hovedformålene med en omstrukturering, hvis hensynet til at opnå en skattemæssig fordel reelt har været den væsentligste årsag til ønsket om at gennemføre den pågældende selskabsmæssige omstrukturering.

En lignende anvendelse af hensigtskriteriet i fusionsskattedirektivets art. 15 må overføres til skattemyndighedernes anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1.

Sammenfatning – undersøgelsesspørgsmål 2

Det følger af Skatteministeriets bemærkninger i lovens forarbejder, at fortolkningen af den internationale omgåelsesklausul ”i nogen grad” måtte hvile på det domstolsskabte EU-retlige misbrugsprincip. Det fremgår dog af ECJs sag C-321/05, Kofoed, der foretog en prøvelse af rækkevidden af den yderst sammenlignelige misbrugsbestemmelse i fusionsskattedirektivets art 15, stk. 1 (daværende art. 11, stk. 1, litra a), at denne afspejlede det almindelige EU-retlige misbrugsprincip. Det lægges derfor til grund, at misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivets art 1, stk. 2, skal fortolkes i overensstemmelse med dette princip.

Ifølge misbrugsprincippet kan medlemslandene nægte direktivets fordele, hvor det kan påvises, at et givent arrangement er kunstigt og har til formål at omgå den nationale lovgivning.

Momenter, der taler for at anse en given konstruktion for kunstig, kan f.eks. foreligge, hvor der er etableret et selskab i en anden medlemsstat uden nogen reel økonomisk aktivitet, jf. C-196/04, Cadbury-Schweppes og C-80/12, Felixstowe. Selskabet kan anses for værende uden reel økonomisk aktivitet, hvor det reelt ikke har nogen dispositionsret over den modtagne indkomst, og/eller hvor selskabet ingen lokaler, personale eller udstyr har. Ligeledes vil det være et moment i vurderingen, hvorvidt der er handlet på armslængdevilkår med et koncernforbundet selskab.

Det EU-retlige misbrugsprincip opstiller ligeledes den betingelse, at det pågældende arrangement skal have til formål at omgå den nationale lovgivning. I den forbindelse er det væsentlig at understrege, at myndighederne er forpligtede til at påvise, at netop omgåelse har været det væsentligste hensyn bag arrangementet. Skattemyndighederne må holde for øje, at skatteplanlægning ikke i sig selv er udtryk for omgåelse.

Gennem sammenligningen med fusionsskattedirektivets art. 15 konstateres det, at den internationale omgåelsesklausul skal anvendes som en undtagelsesbestemmelse. Der skal således anlægges en indskrænkende fortolkning af kravene for dens anvendelse. Dette harmonerer med, at hensynet bag skatteplanlægningen - f.eks. at udnytte de muligheder, der måtte lægge i, at forskellige medlemslande har forskellige skattesatser - ikke i sig selv kan underkendes i medfør af bestemmelsen.

Det følger af ordlyden af den internationale omgåelsesklausul, at denne bl.a. finder anvendelse, hvor hovedformålet eller et af hovedformålene ved et givent arrangement strider mod direktivets formål. Formålet med moder-/datterselskabsdirektivet er som udgangspunkt at styrke grænseoverskridende koncerner konkurrencemæssigt, således at der opnås ”a level playing field” mellem disse og deres modstykker etableret i et medlemsland. Skattemyndighederne er således forpligtede til at acceptere et arrangement, der har til formål at styrke den pågældende koncern konkurrencemæssigt. Dette vil således være en ”velbegrundet kommerciel årsag”, jf. LL § 3, stk. 2.

¹¹⁷ SKM 2007.807 DEP.

Dette moment giver skatteyderne et bredt spillerum og begrænser derved tilsvarende skattemyndighedernes mulighed for underkendelse af arrangementet.

Udover EU-retten som kilde til, hvordan skattemyndighederne bør implementere den internationale omgåelsesklausul undersøges eksisterende dansk ret også i ovenstående analyse. Hensyn, der er tillagt betydning ved anvendelse af nationale regler til værn mod misbrug eller omgåelse af skattereglerne, kan også have betydning, når der henses til, hvordan det forventes at skattemyndighederne anvender den internationale omgåelsesklausul.

Det følger af domstolens anvendelse af realitetsgrundsætningen, at der skal foreligge et tydeligt og beviseligt fiktivt element i et skattearrangement, før det kan tilsidesættes, hvis der samtidig foreligger en almindelige forretningsmæssig hensigt. Udfordringen ved skattemyndighedernes anvendelse af dette princip vil være at fastlægge, hvad der udgør en **normal** forretningsmæssig disposition. Ligesom det kan konstateres ved myndighedernes anvendelse af SL §§ 4-6, at disse skal sandsynliggøre, at en given aftale eller transaktion ville have haft et andet indhold, hvis den havde været underlagt en almindelig forretningsmæssig hensigt.

Dansk skatterets principper og specielle værnsregler peger på, at det er momenter, som f.eks. tid, selskabernes planlægning, indbyrdes risikofordeling og selskabernes mulighed for at styre forløbet, der har betydning for vurdering af, hvorvidt der foreligger ”velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed”. Ligesom selskabernes økonomiske situation, forretningsstrategier, og hvorvidt der er handlet på almindelige handelsmæssige vilkår, kan tillægges betydning, hvor skattemyndighedernes anvendelse af den internationale omgåelsesklausul vurderes. Erik Werlauff argumenterer ligeledes for, at skattemyndighederne ved deres anvendelse af ABL § 4A tillægger det betydning, at selskabet har en fysisk eksistens og en bestyrelse, der møder og afholder generalforsamling.

Skattemyndighedernes anvendelse af fusionsskattedirektivets art. 15, stk. 1, litra a, tillægger bl.a. følgende momenter betydning, hvor de vurderer, hvorvidt et givent arrangement er foretaget af gyldige forretningsmæssige årsager: 1) Er koncernstrukturen hensigtsmæssig? 2) Hvordan fordeles selskabets driftsmæssige aktiviteter? 3) Fremstår arrangementet som et naturligt led i forretningsførelsen eller er det begrundet i aktionærens personlige ønsker?

Ovenstående momenter harmonerer med de hensyn, der tillægges betydning af EU-domstolen, hvor denne anvender det EU-retlige misbrugsprincip. De nævnte momenter er derfor også, de momenter der må tillægges betydning ved skattemyndighedernes anvendelse af misbrugskriteriet i ligningslovens § 3, stk. 2. Momenterne kan sammenfattes således, at skattearrangementet skal afspejle en reel driftsmæssig aktivitet på alle niveauer i koncernen.

Skattemyndighederne vil som urokkelig hovedregel være forpligtet til at foretage en konkret vurdering af det pågældende arrangement fra sag til sag, jf. LL § 3, stk. 1, samt C-28/95, Leur-Bloem. Dette følger også af dansk forvaltningsrets almindelige princip om skøn under regel. Princippet forhindrer skattemyndighederne i at implementere abstrakt præventive regler, hvor LL § 3, stk. 1, anvendes.

På baggrund heraf kan det konkluderes, at skattemyndighedernes mulighed for anvendelse af den internationale omgåelsesklausul er bemærkelsesværdigt indskrænkede. Skattemyndighederne vil ikke have adgang til at gå ud over, hvad der følger af det EU-retlige misbrugsprincip – uanset at art. 1, stk. 2, er en minimumsregel – idet skattemyndighederne derved vil foretage en indskrænkning af EU's grundlæggende frihedsrettigheder, der ikke er tilladelig. En direktivsikret rettighed som art. 1, stk. 2 udgør, må ikke stride mod primær EU-ret, som de traktatsikrede frihedsrettigheder.

Skattemyndigheder vil således kun have adgang til at anvende den internationale omgåelsesklausul i undtagelsestilfælde, hvor det kan påvises, at den anvendte konstruktion er rent kunstig, har til formål at omgå direktivets regler samt ikke afspejler nogen økonomisk realitet – herunder, at der ikke udføres reel driftsmæssig aktivitet af på alle niveauer i koncernen.

Undersøgelsesspørgsmål 3

Medfører den internationale omgængelsesklausul en forringelse af retssikkerheden?

Det konkluderes i det ovenstående afsnit, at skattemyndighedernes anvendelse af den internationale omgængelsesklausul bør være i overensstemmelse med EU-retten, hvilket medfører en indskrænkende fortolkning af bestemmelsens anvendelsesområde. Som konsekvens heraf bør myndighederne begrænse deres anvendelse af bestemmelsen til undtagelsestilfælde, der klart og tydeligt udgør et kunstigt arrangement, der havde til formål at opnå en uberettiget fordel i medfør af EU-direktivernes regler.

Størstedelen af bevisbyrden for at betingelserne i LL § 3, stk. 1, er opfyldt, vil ligge hos skattemyndighederne, idet der ikke gyldigt kan opstilles en forhåndsformodning for omgængelse eller misbrug af regler ved at pålægge den pågældende koncern at bevise hensigten ved et arrangement **ikke** er omgængelse eller misbrug. Ligesom skattemyndighederne er nødt til at foretage en konkret vurdering fra sag til sag uden at anvende forud antaget generelle regler.

Dette i overensstemmelse med EU-retten. Det vil derimod være i strid med EU-retten, hvis de danske skattemyndigheder vælger at fortolke den internationale omgængelsesklausul strengere, således at myndighederne nægter direktivets fordele i tilfælde, der ikke vil blive betegnet som misbrug i henhold til EU-retten.¹¹⁸

Det synes således, at retsstillingen for grænseoverskridende koncerner ikke er væsentligt forringet ved skattefri udbytteudlodning foretaget i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet og SEL § 1, stk. 2, litra c.

Den internationale omgængelsesklausul er dog så generelt formuleret, at der ikke opstilles klare grænser for myndighedernes anvendelse af reglen. Ligesom de i lovbestemmelsen anvendte begreber ikke defineres, hverken i bestemmelsen selv eller i forarbejderne. Jakob Bundgaard fremhæver i sin artikel "*Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning: om ændringsforslaget til EU's moder-/datterselskabsdirektiv*", vedrørende Kommissionens oprindelige ændringsforslag, at det er betænkeligt, at lade så vanskelige vurderinger foretages af skattemyndighederne, der ikke har nogen forudsætninger herfor.¹¹⁹ Bestemmelsen i dens uklarhed giver skattemyndighederne lettere ved at udfordre givne arrangementer eller konstruktioner.

Hvor skattemyndighederne vælger at anlægge en vidtgående fortolkning af bestemmelsen vil dette unægteligt føre til utallige retssager, hvor rækkevidden af bestemmelsens søges klarlagt. Sager vedrørende den internationale omgængelsesklausul vil kunne føres både på nationalt niveau samt på EU-niveau, idet ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, lægger op til en svær grænsedragning og fortolkning af EU-retten.

Øverste retsinstans er i medfør af EU-retten forpligtet til at høre EU-domstolen ved præjudicielle fortolkningsspørgsmål. Denne proces er utroligt langvarig, da de europæiske domstole har en meget lang behandlingstid. Det er kun ved den øverste instans, hvor der ikke længere eksisterer en national ankemulighed, der har pligt til at stille præjudicielle spørgsmål. Skattemynderen vil derfor være forpligtet til også at gennemføre en langvarig national sag inden dennes retsstilling er endeligt fastlagt. Det vil vare mange år inden der foreligger generelle retningslinjer for reglens anvendelse - både for skattemyndighederne samt skatteyderne.

¹¹⁸ Martin Poulsen: Skattelypakken – ny international omgængelsesklausul i dansk skatteret, SR-SKAT, juni 2015, s. 102, Romero J.S. Tavares & Bret N. Bogenschneider: The New *De Minimis* Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?, Intertax, 2015.

¹¹⁹ Jakob Bundgaard, Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning: om ændringsforslaget til EU's moder-/datterselskabsdirektiv, SU2014, 45, s. 97

Retsstillingen for grænseoverskridende koncerner er således uvægerligt blevet mere uklar, og som konsekvens heraf væsentligt forringet ved implementeringen af den internationale omgåelsesklausul.

Den internationale omgåelsesklausul kontra kravet om beneficial owner

EU's formål med ændringen af direktivets art. 1, stk. 2, indebærer et ønske om at implementere en bestemmelse, der gør det muligt at tilsidesætte direktivets fordele, hvor der foreligger en selskabskonstruktion, der indeholder et gennemstrømningselskab. Kommissionen henviser til denne konstruktion ved deres præsentation af ændringsforslaget. Ligesom Skatteministeriet henviser til eksemplet i forarbejderne til den internationale omgåelsesklausul.

Den internationale omgåelsesklausul indeholder hjemmel til at underkende netop disse kunstige konstruktioner, hvor det påvises, at der reelt ikke er nogen driftsmæssig aktivitet i det indskudte mellemholdingselskab. Konstruktionen vil således ikke afspejle nogen økonomisk realitet. Der ved vil der foreligge en formodning for, at der er tale om et rent kunstigt arrangement. Dette løser en af skattemyndighedernes store udfordringer ved anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivet (ligeledes rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet), idet det giver mulighed for at omgå den ellers vanskelige fortolkning af kravet om retmæssig ejer.¹²⁰ Der fokuseres i stedet på det objektive krav om et rent kunstigt arrangement samt den subjektive omgåelseshensigt.

Som nævnt ovenfor er de momenter, der lægges til grund ved anvendelse af retsmæssig ejer begrebet og anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1, ikke fuldstændigt identiske. Der vil dog nødvendigvis være et vist sammenfald mellem de hensyn og momenter, der tillægges betydning ved anvendelsen af beneficial owner begrebet og de momenter og hensyn, der konstaterer et kunstigt arrangement i medfør ligningslovens § 3, stk. 1 og 2.

Det følger af ovenstående analyse af både EU-ret og dansk ret, at den internationale omgåelsesklausul sætter skærpede krav til vurderingen af kunstigheden af et givent arrangement. Med andre ord skal mønstrene i det pågældende arrangement være åbenbart fiktive før direktivets fordele kan nægtes.

I den forbindelse skal der særligt kigges på, hvorvidt arrangementet ikke har reel økonomisk aktivitet og mangler et forretningsmæssigt formål. Herunder kan der kigges på, hvorvidt det pågældende mellemholdingselskab, som myndighederne vurderer, er et gennemstrømningselskab: 1) har nogen reel dispositionsret over den pågældende indkomst (udbytteudlodning), 2) har nogen fysisk eksistens, 3) har ansatte, 4) har en bestyrelse, der mødes og afholder general forsamling, herunder hvem der er repræsenteret i denne bestyrelse, 5) har nogen aktivitet ud over den blotte aktiebesiddelse i datterselskabet samt 6) uden ophold lader den modtagne indkomst strømme videre til sit moderselskab.

Niveauet af aktivitet og forretningsmæssigt formål varierer i høj grad i holdingselskaber, hvorfor skattemyndighederne vil møde en udfordring, hvis de alene vurderer arrangementets "rigtighed" ud fra ovenstående momenter. Det fremgår ligeledes af C-196/04, Cadbury Schweppes¹²¹ og C-28/95, Leur-Bloem¹²², at det blotte faktum, at et hjemmehørende selskab etablerer et datterselskab i en anden medlemsstat ikke par tout betyder, at koncernen har skatteunddragelse i tankerne.

¹²⁰ Det erindres, at teorien har anlagt den fortolkning af moder-/datterselskabsdirektivet, at der ikke kan indfortolkes et krav om retmæssig ejer. I modsætning til skattemyndighedernes fortolkning af bestemmelsen.

¹²¹ C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 50.

¹²² C-28/95, Leur-Bloem, præmis 42.

I det følgende vurderes den internationale omgåelsesklausuls udstrækning i allerede anlagte sager vedrørende fortolkningen af beneficial owner kravet. Det gives et bud på afgørelsen af de pågældende sager, var de anlagt i dag og dermed omfattet af de nye regler.

De nærmere omstændigheder for sagerne er opridset i ovenfor.

SKM 2012.26 LSR

I Landsskatterettens vurdering af, hvorvidt Cypem Ltd. er et gennemstrømningsselskab, der ikke opfylder retmæssig ejer kravet, lægges der vægt på, 1) det cypriotiske selskab var uden egne lokaler eller eget personale, havde kun meget beskedne driftsudgifter, samt at selskabets væsentligste funktion var at eje aktier i Danmark ApS. Ligesom der var taget hensyn til, 2) der indenfor en kortere periode er foretaget flere af hinanden afhængige transaktioner mellem interesseforbudne parter, herunder parter hjemmehørende i lande, som er beliggende udenfor EU.

Hvor disse momenter overføres til vurdering i medfør af den internationale omgåelsesklausul vil punkt 1 udgøre den objektive vurdering af, hvorvidt der foreligger et kunstigt arrangement, hvorimod punkt 2 udgør det subjektive element, hvor der pålægges skatteyderen en omgåelseshensigt. Det subjektive element skal særligt ses i lyset af, at det cypriotiske selskab blev stiftet kort tid inden udbytteudlodningerne blev foretaget.

Interessant er i denne henseende, hvilke objektive momenter, der skal foreligge, hvis et arrangement skal underkendes, da det vurderes at være et rent kunstigt arrangement.

Det cypriotiske selskab ejer alle anparter i det danske selskab uden dog at have nogen fysisk eksistens, eget personale eller driftsmæssig aktivitet ud over at eje disse anparter. Der sker en næsten øjeblikkelig viderebetaling af udbyttet fra det cypriotiske selskab til den ultimative ejer uden for EU, hvilket taler for at det cypriotiske selskab ikke har nogen reel dispositionsret. Uanset at selskabet argumenterer for, at det cypriotiske selskab har bevaret de sædvanlige selskabsretlige beføjelser i forhold til både ejerskabet af aktierne i det danske selskab og i forhold til det udbytte, der er modtaget.

Disse momenter i lyset af at selskabet er stiftet kort tid inden transaktionerne, må konstruktionen i SKM 2012.26 fortolkes som et rent kunstigt arrangement.

Cypem Ltd. har ikke det nødvendige minimumsniveau af forretningsmæssig aktivitet i selskabet, der gør, at det kan udøve nogen form for magt eller dispositionsret over for den indkomst, selskabet modtager fra Danmark ApS.

Var sagen anlagt således, at denne skulle dømmes i medfør af de nugældende regler, vil arrangementet således kunne tilsidesættes af skattemyndighederne i medfør af ligningslovens § 3, stk. 1. I modsætning til Landsskatterettens afgørelse vil der således kunne pålægges en kildebeskatning af udbytteudlodningen fra Danmark ApS.

SKM 2011.485 LSR

Landsskatteretten lægger ved denne afgørelse vægt på, at der var tale om forudgående transaktioner mellem interesseforbudne parter, at der ikke kom nogen nettoindtægt til beskatning i Sverige, og at renterne således ubeskattet kunne kanaliseres til Cayman Islands, ingen af de etablerede holdingselskaber havde anden aktivitet end holdingaktivitet og der kunne derfor ikke forventes anden indkomst end den indkomst, som typisk genereres fra holdingaktivitet. Ligesom at der ikke blev tilført midler fra andre koncernselskaber til holdingselskaberne med henblik på at kunne servicere den opståede gæld.

SKATs oprindelige afgørelse i sagen lagde vægt på, at de svenske selskaber ingen ansatte, intern fakturering af løn eller lignende administrationsomkostninger havde. Ligesom selskabet ingen særskilt kontorindretning, huslejekontrakt eller omkostninger til fysisk ophold havde. De svenske selskaber havde ingen anden aktivitet eller plan om aktivitet ud over at eje aktier i de danske sel-

skaber. Selskaberne havde reelt ingen økonomisk risiko, idet gældsbrevene i Danmark/Sverige og Sverige/Cayman var identiske, og selskabet på Cayman Island garanterer for, at egenkapitalen i H3 AB altid som minimum udgør aktiekapitalen.

Arrangementet i SKM 2011.485 LSR vil således også kunne underkendes i medfør af ligningslovens § 3, stk. 1, idet etableringen af de svenske selskaber ikke har noget økonomisk formål andet end at kanalisere de skattefrie rentebetalinger videre til Cayman Island. Der foreligger ikke nogen indtjening i de svenske selskaber, der kan udgøre en økonomisk risiko ved geninvestering og/eller driftsmæssig aktivitet.

Det kan derved konkluderes, at arrangementet er et rent kunstigt arrangement, der ikke har andet formål end at omgå direktivets regler. Ligesom arrangementet ikke kan begrundes med ”velbegrundede kommercielle årsager”, jf. LL § 3, stk. 2.

Interessant er i denne henseende, at Landsskatteretten ved deres oprindelige afgørelse af sagen – og kravet om beneficial owner – lagde vægt på mere konkrete momenter, end de der fremføres af SKAT.¹²³ Det er særligt disse momenter, der kan tillægges betydning ved anvendelsen af den internationale omgåelsesklausul. Det synes herved, at bedømmelsen efter den internationale omgåelsesklausul er noget friere end vurderingen af retmæssig ejer kravet.

SKM 2011.57 LSR

Ved Landsskatterettens afgørelse i SKM 2011.57 SLR blev der lagt særlig vægt på, at den anvendte konstruktion medførte, at der var fradrag i Danmark, men ingen nettobeskatning i hverken Sverige eller Jersey. De svenske selskaber havde ingen reel dispositionsret over de pågældende rentebetalinger, der blev viderekaliseret til Jersey per automatik allerede samme dag, som de var modtaget.

Det oplyses i sagen, at de svenske selskaber er uden ansatte og er underlagt administration af et andet selskab, hvis ansatte bestrider posterne som direktion og bestyrelse i selskaberne. Administrations-selskabet har samme adresse som begge de svenske selskaber.

Det lægges således til grund i den foreliggende sag, at det svenske selskab, der modtager rentebetalingerne fra H1 ApS ikke havde nogen dispositionsret over de modtagne rentebetalinger, der straks blev viderekaliseret til den ultimative ejer i Jersey. Selskabet i Jersey må anses at have haft den reelle beføjelse over indkomsten – uanset at der eksisterede et administrations-selskab. De svenske selskaber ansås derfor for at være gennemstrømmingsselskaber, der derfor ikke opfyldte retmæssig ejer kravet.

Det må konstateres, at den pågældende konstruktion ligeledes kunne underkendes i medfør af den internationale omgåelsesklausul, idet det svenske selskab ikke udførte nogen form for erhvervsmæssig aktivitet, ligesom det ingen råderet havde over de modtagne beløb.

Forestiller man sig i stedet den situation, hvor der eksisterede en reel bestyrelse, der ikke alene udførte administration af selskabet, men mødtes ved general forsamling og formelt besluttede, at rentebetalingerne skulle anvendes til afdrag på de pågældende lån, vil det være et væsentligt moment i vurderingen af, hvorvidt det pågældende arrangement faktisk var rent kunstigt. I og med at en etablering af et holdingselskab i sig selv ikke medfører, at et arrangement betragtes som kunstigt, skal der ikke megen aktivitet i selskabet til, at dette ikke længere betragtes som ”rent kunstigt”. Dette også i overensstemmelse med den indskrænkede anvendelse af den internationale omgåelsesklausul ovenstående analyse giver anledning til.

¹²³ Jakob Bundgaard: Sagaen fortsætter: om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, SU 2012, 98, s. 185.

Kunne det lægges til grund i SKM 2011.57 LSR, at der rent faktisk forelå en bestyrelse med sådanne aktiviteter vil arrangementet formodentligt ikke kunne tilsidesættes med hjemmel i den internationale omgåelsesklausul.

Konklusion

Folketinget vedtog den 21. april 2015 ændringsforslaget til ligningslovens § 3. Ændringen fulgte op på den daværende regerings ”aftale om en styrket indsats mod skattely” ved implementeringen af en såkaldt international omgåelsesklausul. Den internationale omgåelsesklausul udgør samtidig den nationale implementering af Rådets ændring til moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsklausul i art. 1, stk. 2, der blev vedtaget i januar 2015.

Formålet med denne afhandling er at undersøge, hvorvidt den internationale omgåelsesklausul medfører en væsentlig forringelse af grænseoverskridende koncerners retsstilling ved skatte-transaktioner på tværs af landegrænser. Dette er søgt opnået gennem besvarelsen af tre undersøgelsesspørgsmål.

Afhandlingens indledende afsnit viser, hvad myndighedernes formål med indførelsen af den internationale omgåelsesklausul er.

Skatteministeriets formål med vedtagelsen af reglen – ud over den forpligtelse, der følger af ændringen til moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2 – konkluderes at være en udvidelse og styrkelse af det nationale beskatningsgrundlag, i de tilfælde der indeholder et misbrug af direktivets regler. Den internationale omgåelsesklausul er implementeret som en slags opsamlingsbestemmelse, hvormed kunstige konstruktioner kan underkendes, hvis de ikke allerede rammes af eksisterende specifikke værneregler. Det er således lovgivers intention også at ramme gennemstrømningskonstruktionerne uden om kravet om beneficial owner.

Dette formål harmonerer med Kommissionens erklærede formål, da de præsenterede ændringsforslaget til moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsklausul i art. 1, stk. 2. Kommissionen ønskede en mere omfattende minimumsregel, der bedre ville støtte EU's generelle ønske om at modvirke aggressiv skatteplanlægning på tværs af lande grænser. Ligesom Kommissionen ønskede at implementere fælles bindende regler for bekæmpelse af skattemisbrug inden for EU.

Det andet undersøgelsesspørgsmål omhandler anvendelsesområdet for den internationale omgåelsesklausul i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner, med særlig fokus på fortolkningen af misbrugskriteriet i ligningslovens § 3, stk. 2.

Undersøgelsen heraf fører til, at den internationale omgåelsesklausul skal anvendes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsprincip. Et givent arrangement kan tilsidesættes i medfør heraf, hvor det kan påvises, at der er tale om en rent kunstig konstruktion, der ikke afspejler den økonomiske virkelighed og har til formål, at omgå den nationale lovgivning.

Afhandlingen konkluderer, at der ikke foreligger et rent kunstigt arrangement, men derimod ”velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed”, jf. LL § 3, stk. 2, hvor der foreligger økonomisk og/eller driftsmæssig aktivitet i konstruktionen. Herved tænkes der særligt på de konstruktioner, hvor der er indskudt et mellemholdingselskab. Der opregnes en række momenter trukket fra både national og EU ret, der indikerer, hvorvidt der er tale om driftsmæssig aktivitet. I den forbindelse kan særligt fremhæves, hvorvidt koncernstrukturen er hensigtsmæssig, hvordan de driftsmæssige aktiviteter er fordelt, herunder risikofordelingen, hvorvidt arrangementet fremstår som et naturligt led i forretningsførelsen, har selskabet, der modtager udbyttet, en fysisk eksistens, har selskabet personale, en aktiv bestyrelse samt er der indgået aftale om udbytte udlodning på handelsmæssige vilkår.

Det skal nævnes, at det i afhandlingen er en svaghed, at mange af de analyser, der foretages til besvarelse af undersøgelsesspørgsmål 2, ikke kan støttes af konkret praksis. Det vil derfor være

interessant, at gentage analysen om nogle år, hvor denne eventuelt kan be- eller afkræftes af relevant retspraksis.

Det konstateres således ved besvarelsen af afhandlingens undersøgelsesspørgsmål 3, at en endelig konklusion af retsstillingen for grænseoverskridende koncerner derfor er utrolig svær at drage, da det er nødvendigt at forudsætte, hvilken måde hvorpå skattemyndigheder forventes anvende reglen. Forfatterens oprindelige tese – at den internationale omgåelsesklausul og særligt kriteriet vedrørende ”velbegrundende kommercielle årsager” giver SKAT en bred beføjelse til at underkende grænseoverskridende koncerner og derved forringe retssikkerheden ved udbytte udlodning indenfor grænseoverskridende koncerner – kan derfor ikke uden videre bekræftes.

Uanset at en analyse af bestemmelsen fører til, at skattemyndighederne bør anlægge en særdeles indskrænkende anvendelse af bestemmelsen, bevirker bestemmelsens uklare ordlyd og lovforarbejdernes manglende definition af de anvendte begreber, at retssikkerheden for grænseoverskridende koncerner er væsentligt forringet. Dette gælder særligt, idet den uklare ordlyd giver skattemyndighederne mulighed for at foretage en friere og mere vilkårlig anvendelse af bestemmelsen. Dette gælder uanset, at analysen understreger vigtigheden af, at der i hver enkelt sag foretages en konkret vurdering af de forhold, der kan udgøre en omgåelse i den internationale omgåelsesklausuls forstand.

Det kan dog konkluderes, at retsstillingen for grænseoverskridende koncerner ved udbytte af udbytte i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet er blevet forplumret ved implementeringen af den internationale omgåelsesklausul i ligningslovens § 3, stk. 1.

Afhandlingen har herudover særligt søgt at klarlægge retsstillingen i gennemstrømningssituationerne, idet det er forfatterens opfattelse, at skattemyndighederne ved implementeringen af den internationale omgåelsesklausul søger at omgå det ellers omdiskuterede krav om beneficial owner. Afhandlingen konkluderer, at netop disse tilfælde vil kunne tilsidesættes i medfør af den internationale omgåelsesklausul, hvis myndighederne kan påvise, at der foreligger et rent kunstigt arrangement. Det vil være nærliggende for domstolene at komme frem til dette resultat i gennemstrømningstilfældene, hvor der eksisterer et mellemholdingselskab, der ikke har nogen selvstændig aktivitet, men alene fungerer som conduit.

Grænseoverskridende koncerner der ønsker at foretage skattefri udbytteudlodning i medfør af direktivets regler, står over for en periode med mange langvarige retssager, hvor rækkevidden af den internationale omgåelsesklausul søges klarlagt både for skatteyderen og for myndighederne. Dette vil unægtelig føre til en mere forsigtig anvendelse af direktivets regler. Den situation, hvor grænseoverskridende koncerner vil foretage en mere omhyggelig dokumentation af givne transaktioner og arrangementer for ikke senere at kunne beskyldes for omgåelseshensigt, kan sagtens ses. Hermed synes skattemyndighedernes implicite formål med implementeringen af en generel omgåelsesklausul – nemlig at modvirke omgåelse – at være opfyldt ved den internationale omgåelsesklausul i dens nuværende udformning.

Perspektivering

Det fremgår af afhandlingens øvrige dele, at det danske formål med implementering af den internationale omgåelsesklausul afspejler formålet med ændringen i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2. Denne ændring har til hensigt at imødegå aggressiv skatteplanlægning, herunder den klassiske gennemstrømningskonstruktion. Det konkluderes i afhandlingen, at det ligeledes er et ønske for de danske skattemyndigheder at vedtage klar hjemmel til at underkende en gennemstrømningskonstruktion. Dette er nu opnået ved ændringen i ligningslovens § 3.

Dette dobbelte formål – set i lyset af den manglende definition af de anvendte begreber – gør at retssikkerheden for grænseoverskridende koncerner er væsentligt forringet.

Ønskede skattemyndighederne blot at fastsætte hjemmel til at tilsidesætte gennemstrømningskonstruktionerne, kunne dette opnås mere succesfuldt ved en mere specifikt formuleret klausul. F.eks. ved implementeringen af en beneficial owner test i moder-/datterselskabsdirektivet. En mere specifik klausul vil uden tvivl føre til mindre usikkerhed for de grænseoverskridende koncerner samt flere domstolsprøvelser af bestemmelsens rækkevidde.

Den internationale omgåelsesklausul opfylder dog skattemyndighedernes erklærede formål om imødegåelse af misbrug, da det forventes, at bestemmelsens vage formulering har en præventiv effekt hos grænseoverskridende koncerner, der gerne vil foretage en skattefri udbytteudlodning i medfør af moder-/datterselskabsdirektivets regler. De grænseoverskridende koncerner vil unægtelig søge at sikre sig deres retsmæssighed ved øget forsigtighed.¹²⁴

Litteraturliste

Bøger

Dam, Henrik: Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2005.

Damgård, Sanne Neve: EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2012.

Kerzel, Malene (Red.): Festskrift til Jan Pedersen, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Kerzel, Malene: Hovedaktionærpositioner – i skatteretlig belysning, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

Michelsen, Aage: International skatteret, 3. udgave, Forlaget Thomson, 2003.

Michelsen, Aage, m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 15. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013.

Pedersen, Jan: Skatteudnyttelse, Gads forlag, 1991.

Pedersen, Jan, m.fl.: Skatteretten 1, 6. udgave, Karnov Group Denmark, 2013.

Pedersen, Jan, m.fl.: Skatteretten 2, 6. udgave, Karnov Group Denmark, 2013.

Rønfeldt, Thomas: Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

Stokholm, Jeppe R.: EU Skatteret, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2008.

Werlauff, Erik: Selskabsskatteret 2014/15, 16. udgave, Karnov Group Denmark, 2014.

Werlauff, Erik: Selskabsskatteret 2015/16, 17. udgave, Karnov Group Denmark, 2015.

Artikler

Banner-Voigt, Erik: ”L10: udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber”, SR-SKAT 1/2013.

Banoun, Bettina: ”Hvordan bør skattelovgivning utformes for å motvirke omgåelse?”, Skatterett, 2004, 1.

Booker, Thomas: ”Beneficial owner”, SU 2011, 415.

¹²⁴ Hvorvidt dette er i overensstemmelse med EU's fundamentale frihedsrettigheder, er et emne for en anden afhandling.

- Booker, Thomas "Beneficial owner", Revision og Regnskabsvæsen, 2012, nr. 10.
- Bundgaard, Jakob: "Hvad er realiteterne? – Bemærkninger til den første landsskatteretskendelse i tilbageslagskomplekset", TfS 2004, 68.
- Bundgaard, Jakob: "Direktivkonformitet ved anvendelse af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber", SU 2010, 111.
- Bundgaard, Jakob: "Beneficial ownership: nu en reel bestanddel af dansk skatteret", SU 2011, 31.
- Bundgaard, Jakob: "Sagaen fortsætter: om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership", SU 2012, 98.
- Bundgaard, Jakob: "Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning: om ændringsforslaget til EU's moder-/datterselskabsdirektiv", SU 2014, 45.
- Engsig Sørensen, Karsten: "Skatteretlige værnsregler og udvikling i EF-Domstolens praksis", SU 2008, 84.
- Greve Hansen, Lars: "EU-Kommissionen opfordrer til en mere målrettet og bedre koordineret anvendelse af medlemsstaternes omgåelsesregler på skatteområdet", Ugeskrift for Skat 2008.1.
- Lauritsen, Henrik Stig: "Værnsregler mod mellemholdingselskaber: en status", TfS 2010, 548.
- Michelsen, Aage: "Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten", Skattepolitisk oversigt, 1984.
- Nilausen, Karin Skov: "Anvendelsesområdet for ligningslovens § 2", TfS 2005, 573.
- Pedersen, Jan: "Skatteflugt og skattely: et essay", 2014, Juristen nr. 5.
- Poulsen, Martin: "Gennemstrømningsselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?", SU 2008, 89.
- Poulsen, Martin: "Skattelypakken – ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret", SR-SKAT, juni 2015.
- Rønfeldt, Thomas: "Tax Havens and Tax Shelters – A legal View on the Cross-Border Intermediate Holding Companies within the EU", Intertax, 2015, Volume 43, Issue 4.
- Rønfeldt, Thomas: "Marks & Spencer – Community Law Extends a Helping Hand", European Business Law Review, 2006, Volume 17, Issue 6.
- Schmidt, Ole Steen, m.fl.: "L 10 - Gennemstrømningsselskaber", SU 2013, 1.
- Serup, Michael: "Fusionsskattedirektivet er nu ændret", TfS 2005, 371.
- Severin Hansen, Hans, m.fl.: "Danish 'Beneficial Owner' Cases – A Status Report", Bulletin for International Taxation, April/May 2013.
- Severin Hansen, Mads: "Beneficial owner", TfS 2010, 10/3 2010.
- Tavares, Romero J.S. & Bogenschneider, Bret N.: "The New *De Minimis* Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?", Intertax, 2015, Volume 43, Issue 8 & 9.
- Tenore, Mario: "Taxation of Dividends: A Comparison of Selected Issues under Article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive", Intertax, 2010, Volume 38, Issue 4.
- Vinther, Nikolaj: "Om brug og misbrug i skatteretten", SREV 2007.1.33.
- Vinther, Nikolaj: "Imødegåelse af skatteretlig omgåelse gennem 'det forretningsmæssige kriterium'", 2004, Juristen nr. 6.

Werlauff, Erik: ”Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten”, TfS 2006, 603.

Publikationer, lovforarbejder mv.

OECD: ”OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010”, *Chapter 1: The Arm’s Length Principle*, 2010.

COM(2013) 814 final: Forslag til Rådets Direktiv om ændringen af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater af den 25. november 2013.

SWD(2013) 473 final: Ledsagedokument til forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater af den 25. november 2013.

Kommissionen, Memo/13/1040: ”Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive” af den 25. november 2013.

COM(2012) 8806 final: Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning.

Europa-Parlamentets beslutning af den 21. maj 2013 om bekæmpelse af skattesvig, skatteunddragelse og skattely (2013/2060(INI)).

Forslag om ændring af ligningsloven, mv., lovforslag nummer 167, Folketinget 2014-2015.

Skatteministeriets høringsskema til Folketingets Skatteudvalg vedr. ændringen af ligningsloven mv., j.nr. 14-5230259.

FSR – dansk revisorer: ”Ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven og skatteforvaltningsloven (Skattelypakke mv.) H017-15”, høringssvar af den 25. februar 2015.

Forslag om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven, lovforslag nummer 10, Folketinget 2012-2013.

Forslag til lov om ændring af ligningslovens mv., lovforslag nummer 101, Folketinget 1997-1998.

Danmarks Radio (2013): ”Jyske Bank rådgiver danskere til brug af skattely”.
<http://www.dr.dk/Nyheder/Penge/2013/11/03/213704.htm>

Børsen Finans (2014): ”Tiltalt for skattely: Jeg fulgte mine rådgivere”.
http://finans.borsen.dk/artikel/1/278453/tiltalt_for_skattely_jeg_fulgte_mine_raadgivere.html

International retspraksis

C-264/94, ICI.

C-28/95, Leur-Bloem.

C-9/02, Lastyrie du Salliant.

C-255/02, Halifax.

C-315/02, Lenz.

C-294/07, Eurowings.

C-446/03, Marks & Spencer.

C-196/04, Cadbury Schweppes.

C-524/04, Thin Cap.

C-321/05, Kofoed.
C-425/06, Part Service Srl.
C-352/08, Zwijnenburg.
C-126/10, Foggia.
C-653/11, Poul Newey.
C-80/12, Felixstowe.

Dansk retspraksis

TfS 1998.99 H
TfS 1999.213 H
TfS 2000.148 H
UfR 2000.1509 H
UfR 2002.1395 H
UfR 2002.1399 H
TfS 2002.804 Ø
TfS 2002. 805 Ø
SKM 2002.428 LSR
SKM 2002.579 LSR
UfR 2002.2472 H
SKM 2003.482 HR
SKM 2005.167 ØLR
SKM 2005.235 VLR (TfS 2005.490)
SKM 2006.345 LSR
SKM 2006.749 HR (TfS 2006.1062 H)
SKM 2007.806 LSR
SKM 2007.807 DEP
SKM 2011.57 LSR
SKM 2011.485 LSR
SKM 2012.26 LSR
SKM 2012.121 ØLR

Love

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

Rådets direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015, om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fællesbeskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

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 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.

Ligningsloven – Lovebekendtgørelse 2015-09-07 nr. 1081 om påligning af indkomstskat til staten.

Selskabsskatteloven – Lovbekendtgørelse 2015-05-20 nr. 680 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.

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

Aktieavancebeskatningsloven – Lovbekendtgørelse 2015-09-08, nr. 1082 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.

Grundloven – Lov 1953-06-05 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov.