

# VÆRNSREGLER VED SKATTEFRIE OMSTRUKTURERINGER UDEN TILLADELSE

Med inddragelse af Ligningslovens § 3

## ANTI AVOIDANCE RULES AT TAX EXEMPT CORPORATE RESTRUCTURINGS WITHOUT AUTHORITY PERMISSION

With the involvement of section 3 of the Danish Tax Assessment Act

af MATHIAS BERNTSEN BECK

*I Danmark blev der indført en mulighed for at foretage skattefrie omstruktureringer uden tilladelse mod opfyldelse af objektive værnsregler. Reglerne blev indført med det formål at give selskaber og koncerner en mere simpel adgang til at foretage omstruktureringer. I nærværende afhandling sondres der mellem definatoriske betingelser og objektive værnsregler. Udgangspunktet er, at de objektive værnsregler og definatoriske betingelser karakteriseres som objektive krav.*

*Disse regler har været genstand for de danske skattemyndigheders til tider vidtgående fortolkning, og i visse tilfælde er de blevet udsat for en uhensigtsmæssig gradbøjning. Ud fra en analyse af skattemyndighedernes praksis har retstilstanden rykket sig, og værnsreglerne synes kun at bevare deres objektive tilsnit i det omfang, skattemyndighederne finder det hensigtsmæssigt.*

*Samtidig er der nu vedtaget en generel omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 1 og 2, som ved en merimplementering af et EU direktiv tillige omfatter grænseoverskridende omstruktureringer foretaget uden tilladelse. Idet omgåelsesklausulen udtrykkeligt finder anvendelse på omstruktureringer uden tilladelse, vil der uundgåeligt opstå sager i grænseområdet, hvor de danske skattemyndigheder vil søge at afgrænse anvendelsesområdet for LL § 3.*

*Misforholdet mellem de hidtidigt gældende objektive værnsregler og LL § 3 risikerer derfor fremover at medføre et mindre ønske om at benytte adgangen til en skattefri omstrukturering uden tilladelse, fordi det er for uforudsigeligt, hvilke skattemæssige konsekvenser det vil medføre, hvilket vil medføre en ringere retssikkerhed for virksomheder, der indgår i grænseoverskridende omstruktureringer uden skattemyndighedernes tilladelse.*

# INDHOLDSFORTEGNELSE

<b>1. INDLEDNING .....</b>	<b>4</b>
1.1 FORKORTELSER.....	4
1.2 METODE.....	4
1.3 AFGRÆNSNING AF DEN CENTRALE PROBLEMSTILLING.....	5
<b>2. SKATTEFRIE OMSTRUKTURERINGER I ET HISTORISK PERSPEKTIV .....</b>	<b>6</b>
2.1. FUSIONSSKATTELOVEN OG INDLEDENDE BEMÆRKNINGER.....	6
2.2. FUSIONSSKATTEDIREKTIVET OG IMPLEMENTERINGEN HERAF .....	6
2.3. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER OM SPECIELLE VÆRNSREGLER (SAAR) OG GENERELLE KLAUSULER (GAAR) .....	7
<b>3. VÆRNSREGLER OG BETINGELSER FOR SKATTEFRIE OMSTRUKTURERINGER UDEN TILLADELSE.....</b>	<b>9</b>
3.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER OM VÆRNSREGLER OG BETINGELSER FOR OMSTRUKTURERINGER.....	9
3.2. TILLADELSESYSTEMET.....	10
3.3. SELSKABSRETTLIGT GRUNDLAG.....	11
3.4. FUSION .....	14
3.4.1. Handelsværdi .....	14
3.5. TILFØRSEL AF AKTIVER .....	15
3.5.1. Virksomhedskravet (grenkravet).....	16
3.5.1.1. Balancetilpasning .....	17
3.6. SPALTNING.....	20
3.6.1. Holdingkravet .....	21
3.6.1.1. Afståelsesbegrebet.....	21
3.6.2. Forholdsmæssig vederlæggelse af selskabsdeltagere.....	22
3.6.3. Forholdet mellem aktiver og forpligtelser.....	23
3.6.4. Undtagne transaktioner .....	23
3.7. AKTIEOMBYTNING .....	24
3.7.1. Substansløse transaktioner .....	25
3.8. SAMMENFATTENDE BEMÆRKNINGER .....	26
<b>4. OMGÅELES- OG REALITETSBETRAGTNINGER .....</b>	<b>27</b>
<b>5. LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 1 OG 2.....</b>	<b>29</b>
5.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER .....	29
5.2. BAGGRUND OG FORMÅL .....	30
5.2.1. Behandlingen af lovforslaget .....	30
5.3. ANVENDELSESOMRÅDE .....	32
5.3.1. Et selvstændigt indhold og forholdet til EU-retten .....	32
5.3.1.1. Merimplementering af EU-direktiv .....	32
5.3.1.2. Indholdet af omgåelsesklausulen.....	33

Kumulative betingelser .....	33
Ordlyden af LL § 3, stk. 1 og 2.....	34
Lovforslaget og høringsvar .....	35
5.3.2. Samspillet mellem omgåelsesklausulen og EU-retten .....	36
5.3.2.1. Retspraksis ved CJEU .....	37
Hans Markus Kofoed.....	37
Zwijnenburg.....	38
Foggia .....	39
Sammenfattende bemærkninger .....	41
5.3.3. Samspillet med de objektive værnsregler og definatoriske betingelser.....	41
5.3.4. Samspillet med realitetsgrundsætningen.....	43
5.4. ADMINISTRATION OG BEVISBYRDEN .....	44
5.5. IMPLIKATIONER OG RETSVIRKNINGER.....	45
<b>6. KONKLUSION.....</b>	<b>46</b>
<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>47</b>

## Abstract

Ever since it became possible to undertake tax exempt corporate restructurings, it has been heavily legislated. The Danish legislators introduced the possibility to carry out mergers, divisions, transfer of assets and exchange of shares without having to obtain permission from the Danish tax authorities by committing to comply with a set of specific anti-avoidance rules. These rules are by principle objective and unbiased and do not have legal capacity to include subjective and biased elements. However, ever since the introduction the specific anti-avoidance rules have been interpreted by the tax authorities to comply with a “*substance over form*” mindset, in whichever way the tax authorities finds it appropriate, which is principally not in compliance with the purpose of the legislation.

Recently the Danish parliament adopted section 3 in the Danish tax assessment act, which enables the tax authorities to deprive any tax exemption of a tax exempt cross border corporate restructuring, if the purpose of the restructuring is not genuine to the extent, that the restructurings are not put into place for valid commercial reasons, which reflect economic reality. This will however force an imbalance in the current Danish regime, and thereby collide with the set of special anti-avoidance rules related to the corporate restructurings without permission.

Consequently the transparency and predictability of the legislative framework will deteriorate, which profoundly weakens the general legal certainty.

# 1. Indledning

Skattefritagne omstruktureringer har været genstand for betydelige lovreguleringer, lige siden der blev dannet et lovgrundlag herfor. Problemstillingen er ikke blevet mindre relevant i de senere år, hvor globaliseringen medfører skatteretlige problematikker ved skatteflugt, skatteoptimering, skattetænkning etc. Samtidig er Danmark forpligtet til at indgå i det europæiske samarbejde og generelt sørge for, at forhindringer for den frie bevægelighed i det indre marked enten fjernes eller på anden måde retfærdiggøres.

Der er herefter skabt et utal af bestemmelser til imødegåelse af skatteundgåelse både på nationalt og europæisk plan. Disse bestemmelser har i almindelighed karakter af enten specielle værnsregler eller generelle omgåelsesklausuler.

I Danmark blev der således indført mulighed for at foretage skattefrie omstruktureringer uden tilladelse mod opfyldelse af objektive værnsregler. Reglerne blev indført med det formål at give selskaber og koncerner en mere simpel adgang til at foretage omstruktureringer. Disse regler har været genstand for de danske skattemyndigheders til tider vidtgående fortolkning, og i visse tilfælde er de blevet udsat for en uhensigtsmæssig gradbøjning.

Samtidig er der nu vedtaget en generel omgåelsesklausul i LL § 3, stk. 1 og 2,<sup>1</sup> som ved en merimplementering af et EU direktiv<sup>2</sup> tillige omfatter grænseoverskridende omstruktureringer foretaget uden tilladelse.

Nærværende afhandlings overordnede formål omfatter en grundlæggende analyse af det nuværende og fremtidig mulige anvendelsesområde for skattefrie omstruktureringer, som foretages uden skattemyndighedernes tilladelse.

## 1.1 Forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
CJEU	Den Europæiske Unions Domstol
FSD	Fusionssskattedirektivet
FUSL	Fusionssskatteloven
GRL	Grundloven
LL	Ligningsloven
MDD	Moder-/Datterselskabsdirektivet
RRD	Rente-/Royaltydirektivet
SEL	Selskabsskatteloven
SKL	Skattekontrolloven
SL	Selskabsloven
STL	Statsskatteloven

## 1.2 Metode

Problemstillingen i nærværende afhandling behandles med udgangspunkt i traditionel retsdogmatisk metode med henblik på at undersøge gældende ret. Afgørende er herefter, hvad der forstås ved *gældende ret*. Ifølge Alf Ross forstås gældende ret som det resultat, den øverste retsansværende myndighed<sup>3</sup> vil nå frem til, hvis den blev præsenteret for problemstillingen.

---

<sup>1</sup> LL § 3, stk. 3 og 4 omhandler omgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster og således uden for afhandlingens emne.

<sup>2</sup> Medlemsstaterne er alene forpligtet til at indføre en omgåelsesklausul vedrørende implementeringen af MDD, men folketinget valgte også at implementere samme omgåelsesklausul i forhold til RRD og FSD.

<sup>3</sup> Jf. Ross, Alf, *Om Ret og Retfærdighed*, 2. udgave, s. 55.

gen, som i Danmark ville være Højesteret.<sup>4</sup> I den forbindelse undersøges retspraksis, lovforarbejder, juridisk litteratur og administrativ praksis.

Det vil dog samtidig i nærværende speciale være afgørende, hvordan skattemyndighederne anlægger deres praksis, idet der kan gå adskillige år, før Højesteret får anledning til at afgøre spørgsmål vedrørende eksempelvis LL § 3, stk. 1 og 2.

Retspraksis vil både angå afgørelser og domme fra de danske domstole samt fra CJEU.

Der vil indgå afgørelser fra danske administrative nævn. Det bemærkes, at afgørelser fra de administrative nævn ikke har en direkte normerende funktion for domstolene, hvorfor en afgørelse ved domstolene ikke som udgangspunkt forudsættes at have samme udfald som ved eksempelvis Landsskatteretten.<sup>5</sup> Inden for den *skatteretlige polycentri* vil det være relevant at inddrage afgørelser fra både skatteankenævn, Skatterådet og Landsskatteretten, idet mange sager kun vil blive afgjort af disse nævn og således aldrig bliver præsenteret for en domstol.

### 1.3 Afgrænsning af den centrale problemstilling

Det overordnede emne for nærværende afhandling omfatter værnsregler ved skattefri omstruktureringer uden tilladelse herunder med inddragelse af LL § 3, stk. 1 og 2. Der vil i afhandlingen blive inddraget udvalgte værnsregler, som vurderes til sammen at udgøre et retvisende billede.

Afhandlingen søger overordnet at *analysere* værnsregler og betingelser for omstruktureringer uden tilladelse. Dernæst søger afhandlingen at *analysere* den netop vedtagne generelle omgængelsesklausul i LL § 3, stk. 1 og 2 i relation til FSD, og heraf *vurdere* hvad der fremover vil være *gældende dansk ret*. Afhandlingen giver samtidig anledning til at *vurdere* retssikkerheden i relation til den nuværende og fremtidige retstilstand.

Afhandlingen koncentrerer sig udelukkende om værnsregler og betingelser for omstruktureringer,<sup>6</sup> hvorfor behandlingen af skattemæssige tvister ved eksempelvis koncerninterne<sup>7</sup> overdragelser og rente- og royaltybetalinger er udeladt. Derudover er spørgsmål relateret til indirekte skatter ved moms, told og afgifter udeladt.

*Konkurs* og andre lignende strukturændringer vil tilsvarende blive udeladt.

Afhandlingen søger endvidere at belyse retstilstanden for klassiske kapital selskaber, herunder aktie- og anpartsselskaber. *Hybride selskaber* herunder eksempelvis interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber, partnerselskaber, fonde og foreninger vil derfor ikke være omfattet.

Inden for det skatteretlige misbrugsbegreb skelnes der konkret mellem *skatteunddragelse* eller *skattesvig* og *skatteundgåelse*.<sup>8</sup> Skatteunddragelse sigter imod en strafbar handling, imens skatteundgåelse som udgangspunkt er disponeret ved legale handlinger.<sup>9</sup> Det er eksempelvis typisk en forudsætning for en skattestrafbar handling, at der med forsæt eller ved

<sup>4</sup> EU-Domstolen må dog i hvis grad blive betragtet som en højerestående end Højesteret, i givet fald hvis dansk retsanvendelse måtte stride imod EU-retten.

<sup>5</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 6. udgave, s. 106 om den retlige polycentri.

<sup>6</sup> Herunder fusion, spaltning, aktieombytning og overførsel af aktiver.

<sup>7</sup> Herunder transfer pricing.

<sup>8</sup> Jf. Gam, Henrik, *International beskatning*, 2. udgave, s. 80, hvor begreberne *tax saving*, *tax evasion* og *tax avoidance* beskrives.

<sup>9</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 7. udgave, s. 113f.

grov uagtsomhed er givet urigtige eller vildledende faktiske oplysninger.<sup>10</sup> På den anden side vil ukorrekte retlige subsumptioner i skatteangivelsen ikke udløse et strafansvar, såfremt skattemyndighederne er forsynet med tilstrækkelige oplysninger til at foretage en korrekt retlig subsumption.<sup>11</sup> Det vil i øvrigt ikke være hverken moralsk eller juridisk forkert at indrette sig mest hensigtsmæssigt efter, hvorledes skattesystemet hænger sammen, eksempelvis ved at investere i fast ejendom frem for værdipapirer for at opnå den laveste avancebeskatning.<sup>12</sup> Det er dog tvivlsomt om sondringen i alle tilfælde kan defineres så klart, i det der er tale om en gråzone.<sup>13</sup> Skattestrafferetten vil som udgangspunkt blive udeladt af nærværende afhandling, hvorefter der alene foretages en nærmere behandling af de – i udgangspunktet – *legale arrangementer*.

## 2. Skattefrie omstruktureringer i et historisk perspektiv

### 2.1. Fusionsskatteoven og indledende bemærkninger

I almindelighed er en overdragelse af et selskabs aktiver og passiver til et andet selskab en skattepligtig transaktion. Overdragelse af kapitalandele vil almindeligvis også være en skattemæssig disposition. På samme måde vil et ophør og en deraf følgende likvidation af et selskab som udgangspunkt medvirke en ophørsbeskatning på selskabssiden samt medføre en beskatning hos selskabsdeltageren, der modtager likvidationsprovenu.

Som selskab vil der tit og ofte opstå et behov for at indgå i en omstrukturering. For at give selskaberne og deres deltagere en større fleksibilitet, blev det gjort muligt at lade et selskab og dets deltagere indgå i skattefrie omstruktureringer ved FUSL.<sup>14</sup> Før i tiden blev det ophørende selskab i en fusion anset som opløst ved en likvidation, og som følge heraf skulle der foretages en afsluttende skattemæssig ansættelse. Ligeledes blev en fusion betragtet som en likvidationsudlodning til selskabsdeltagerne.

Den første egentlige FUSL af 1967<sup>15</sup> åbnede op for selskabernes adgang til at foretage skattefrie fusioner. Det grundlæggende formål var at fremme hensigtsmæssige strukturrationaliseringer. En tilladelse til at foretage en skattefri fusion kunne herefter alene opnås, hvis det blev dokumenteret, at fusionen kunne betragtes som strukturrationaliserende. Det har således været et fokus i skattelovgivningen siden oprindelsen af lovgivningen for skattefrie omstruktureringer, at omstruktureringer skulle forfølge reelle forretningsmæssige mål og ikke bunde i substansløse transaktioner (*substance over form*).

### 2.2. Fusionsskattedirektivet og implementeringen heraf

FUSL er siden blevet påvirket i væsentlig grad af EU lovgivning i form af FSD,<sup>16</sup> som tillod grænseoverskridende skattefrie omstruktureringer. FSD harmoniserede beskatningen af erhvervmæssige omstruktureringer, hvorved direktivet muliggjorde udskydelse af beskatningen af kapitalgevinster ved fusioner, spaltninger, tilførsel af aktiver og aktieombytning, således at selskaber kan foretage omstruktureringer, uden at det som udgangspunkt får aktuelle skattemæssige konsekvenser.

---

<sup>10</sup> Jf. SKL §§ 13 og 16.

<sup>11</sup> Jf. eksempelvis Pedersen, Jan, *Skatte & afgiftsstrafferet*, 3. udgave, s. 194.

<sup>12</sup> *Tax saving* i modsætning til *tax evasion*.

<sup>13</sup> *Tax avoidance* må betragtes som definitionen på ”gråzonen”.

<sup>14</sup> Jf. Serup, Michael, *Fusionsskatteoven med kommentarer*, 2012, s. 36.

<sup>15</sup> Lov 1967.143.

<sup>16</sup> Direktiv 1990/434 med ændringsdirektiv 2005/19, som nu er konsolideret i direktiv 2009/133.

Direktivet bygger på et *successionsprincip*,<sup>17</sup> hvorefter det indskydende selskab ikke beskattes af fortjeneste eller tab på de aktiver og passiver, som overføres i forbindelse med omstruktureringen. Til gengæld anses de overtagne aktiver og passiver som anskaffet på tidspunktet og til anskaffelsesprisen, som gjorde sig gældende for det indskydende selskab. Skattemæssige afskrivninger foretaget af det indskydende selskab anses tilsvarende som foretaget af det modtagende selskab.<sup>18</sup> Samtidig tilgodeser direktivet de enkelte medlemsstaternes økonomiske interesser, hvorved der stilles krav om, at de ved omstruktureringen overførte aktiver skal forblive inden for den samme skattemæssige jurisdiktion. Af denne grund er det ved grænseoverskridende omstruktureringer alene muligt at succedere i aktier og passiver, der efterfølgende omstruktureringen tilknyttes et fast driftssted i den medlemsstat, hvor det indskydende selskab tidligere var hjemmehørende.<sup>19</sup>

Deltagerne i det indskydende selskab er tilsvarende tilgodeset af direktivet, hvorved beskattningen udskydes til tidspunktet for den endelige afhændelse af kapitalandelene, som de har modtaget i det modtagende selskab, hvorefter den oprindelige anskaffessum lægges til grund ved den endelige afhændelse.<sup>20</sup>

I relation til implementeringen af FSD har Danmark i det væsentlige valgt at gennemføre samme regler for nationale og grænseoverskridende omstruktureringer.<sup>21</sup>

### 2.3. Indledende bemærkninger om specielle værnsregler (SAAR)<sup>22</sup> og generelle klausuler (GAAR)<sup>23</sup>

Ifølge GRL § 43 kan ingen skat pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov.<sup>24</sup> Det er almindeligt accepteret og anerkendt, at GRL § 43 indeholder et *delegationsforbud*, hvorefter Folketinget ikke kan bemyndige eksempelvis skatteministeren til at pålægge skatter.<sup>25</sup>

Skattefrie omstruktureringer - nationale som internationale - har regelmæssigt udgjort et politisk følsomt retsområde, hvor hensynet til virksomhederne skulle afvejes mod hensynet til at miste et væsentligt skatteprovenu.

Spørgsmålet er således, om de skatteretlige værnsregler til imødegåelse af skattetænkning ved skattefrie omstruktureringer skal udformes i detaljer eller udformes i generelle vendinger.

Ved en udstrakt detaljeret skattelovgivning vil antallet af skatteregler typisk være uhenigtsmæssigt stort. Ved udformning af generelle og vage skatteregler vil der opnås en mere fleksibel retstilstand, som kan være nødvendigt til sikring af lovens formål.<sup>26</sup> Retssikkerheden kan ved vage og generelle skatteregler være i risiko for at blive forringet, ved at tildele skattemyndighederne en større skønsbeføjelse, som i værste fald kan være i strid med delegationsforbuddet.<sup>27</sup>

<sup>17</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 2*, 7. udgave, s. 544.

<sup>18</sup> Succession på *selskabsniveau*.

<sup>19</sup> Jf. Serup, Michael, *Fusionsskatteloven med kommentarer*, 4. udgave, s. 423.

<sup>20</sup> Succession på *selskabsdeltagerniveau*.

<sup>21</sup> Jf. Gam, Henrik m.fl., *International beskatning*, 2. udgave, s. 187.

<sup>22</sup> *Special anti-avoidance rule*.

<sup>23</sup> *General anti-avoidance rule*.

<sup>24</sup> Jf. Dam, Henrik m.fl., *Grundlæggende skatteret*, 8. udgave, s. 49f.

<sup>25</sup> Rækkevidden af delegationsforbuddet er dog et diskuteret emne, jf. Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 15. udgave, s. 105-111 samt Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 6. udgave, s. 107-110.

<sup>26</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 7. Udgave, s. 85.

<sup>27</sup> Jf. Dam, Henrik m.fl., *Grundlæggende skatteret*, 8. udgave, s. 55f.

I realiteten vil det ikke være muligt at lovgive alle skatteforhold i detaljer, men det forekommer betænkeligt i praksis at tildele lovgivningskompetencen til skatteforvaltningen. Brug af vage og skønsprægede skatteregler må således kun udstrækkes, i det omfang der er tungvejende grunde herfor, herunder at det ikke forekommer betænkeligt at lade skatteforvaltningen og i sidste ende domstolene få en regeldannende funktion.<sup>28</sup>

Danmark har i udstrakt grad gjort brug af specielle værnsregler (SAAR) for at imødegå skattetænkning.<sup>29</sup> Disse værnsregler er specielt indført for at kunne regulere og modvirke transaktioner i udenlandske skattely som eksempelvis ved *CFC-beskatning*, reglerne om *tynd kapitalisering* eller *rentefradragsbeskæringsreglerne*.<sup>30</sup>

I relation til skattefri omstruktureringer er de specielle regler til imødegåelse af skattetænkning fastsat ved de *definitoriske* betingelser og de *objektive værnsregler* for omstruktureringer uden tilladelse, som behandles nedenfor.

Ved *definitoriske* regler forstås der, at der skal være en sammenhæng mellem det civilretlige og skatteretlige grundlag, hvorefter en aktieombytning eksempelvis skal opfylde betingelserne i de selskabsretlige regler. Dvs., at hvis ikke aktieombytningen efter de definitoriske regler kan defineres som en *aktieombytning*, vil der som udgangspunkt heller ikke være et skatteretligt grundlag for foretagelse af aktieombytningen.<sup>31</sup> Med andre ord *definerer* de definitoriske betingelser, hvad der forstås ved en fusion, spaltning, aktieombytning eller tilførsel af aktiver. Disse regler gælder både for omstruktureringer med og uden tilladelse. Som udgangspunkt vil de definitoriske regler have karakter af objektive krav.<sup>32</sup>

Ved de *objektive værnsregler* forstås der, at de deltagende parter enten skal opfylde specifikke fastsatte krav, eller undlade at foretage nærmere angivne transaktioner. Disse regler er specielt vedtaget til at imødegå skatteunddragelse. For at kunne foretage en skattefri aktieombytning skal selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab eksempelvis undlade at sælge deres kapitalandele i en periode på 3 år efter den skattefri aktieombytning (*holdingkravet*). Disse regler gælder kun for omstruktureringer uden tilladelse.

Undertiden er der udviklet en generel domstolsskabt realitetsgrundsætning<sup>33</sup> til imødegåelse af transaktioner, hvor der er en klar uoverensstemmelse mellem den indre realitet og den ydre fremtoning. *Realitetsgrundsætningen* har karakter af en generalklausul, og den har således været et afgørende værn mod skattetænkning, hvor skatteforholdet ikke kunne imødegås ud fra andre relevante skatteregler.

Med LL § 2 er der endvidere tilvejebragt en klar hjemmel til at foretage *vilkårskorrekationer* til armslængdevilkår i anledning af koncernintern samhandel.<sup>34</sup>

Det nyeste skud på stammen til at værne mod skattetænkning er en lovfæstet omgåelsesklause i LL § 3, som behandles under afsnit 5.

Tendensen i den danske skattelovgivning er således et tveægget sværd. På nogle områder lovgives der ekstremt detaljeret,<sup>35</sup> imens der samtidig overlades betydelige regeldannende

---

<sup>28</sup> Jf. Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave, s. 113.

<sup>29</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 7. Udgave, s. 86.

<sup>30</sup> Jf. henholdsvis SEL §§ 32, 11 og 11 B-C.

<sup>31</sup> I flere tilfælde afviger det skatteretlige grundlag for omstruktureringen dog det selskabsretlige, hvorved det ikke kun er et spørgsmål om, at det civilretlige grundlag skal opfyldes.

<sup>32</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 103 og 134.

<sup>33</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 7. Udgave, s. 124.

<sup>34</sup> *Transfer pricing* problematikker behandles ikke i nærværende afhandling.



beføjelser til domstolene i medfør af eksempelvis *realitetsgrundsætningen* og skatteforvaltningen i medfør af eksempelvis LL § 3. Hermed efterlades virksomhederne med et væld af ekstremt komplicerede regelsæt, som kun få professionelle skatterådgivere er i stand til at gennemskue.<sup>36</sup> Samtidig er virksomhederne udsat for op til flere vage generelklausuler, som ikke nødvendigvis har samme indhold og anvendelsesområde.<sup>37</sup> Denne skattemæssige ”cocktail” forekommer uhensigtsmæssig, og den kan i sidste ende vise sig at få utilsigtede konsekvenser.

Almindelige lovfæstede skatteomgåelsesklausuler (GAAR) er ikke et sjældent fænomen. Skatteomgåelsesklausuler er lovfæstet i mange lande.<sup>38</sup> Med undtagelse af Danmark, Østrig, Holland og Polen har alle EU-medlemslandene hidtil haft en eller flere nationale omgåelsesklausuler.<sup>39</sup>

Eksempelvis har man i Sverige haft en generalklausul med mulighed for tilsidesættelse af en transaktion, der medfører en væsentlig skattefordel for skatteyderen, betinget af at skattefordelen bag transaktionen var at opnå skattefordelen, samt at transaktionen strider imod lovens ånd.<sup>40</sup> En lignende generalklausul er tidligere blevet afvist af Folketinget i Danmark.<sup>41</sup>

Traditionelt har anglosaksisk skatteret benyttet sig af *substance over form* doktrinen, som har mange lighedstræk med den danske *realitetsgrundsætning*.<sup>42</sup> Samtidig er der i amerikansk ret udviklet en *The Business Purpose Rule*,<sup>43</sup> hvorefter der stilles krav til den forretningsmæssige realitet.<sup>44</sup>

### **3. Værnsregler og betingelser for skattefrie omstruktureringer uden tilladelse**

#### **3.1. Indledende bemærkninger om værnsregler og betingelser for omstruktureringer**

Selskaber og dets deltagere må ofte konstatere, at en én gang valgt virksomhedsstruktur i tidens løb viser sig uhensigtsmæssig og derfor må foretage strukturændringer. Disse strukturændringer aktualiseres ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning. Skattelovgivningen er som udgangspunkt indrettet således, at den ikke stiller sig i vejen for, at selskaberne og dets deltagere kan foretage sådanne ændringer, så længe der er en *forretningsmæssig begrundelse*.<sup>45</sup>

---

<sup>35</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 7. Udgave, s. 86.

<sup>36</sup> Det kan eksempelvis også nævnes, at de føderale beskatningsregler i USA udgjorde 400 sider i 1913, som i 1969 var vokset til 16.500 sider og endeligt 72.513 sider i 2013, jf. The Economist, *Tax reform in America, Simpler, fairer, possible*, den 13. juli, 2013.

<sup>37</sup> Der foretages en nærmere analyse af realitetsgrundsætningen og LL § 3 under afsnit 5, for at undersøge om de dækker det samme område, eller om de skal anvendes på forskellige situationer.

<sup>38</sup> Herunder bl.a. Frankrig, Tyskland, Holland, Finland, Israel, Australien og New Zealand Jf. Gam, Henrik m.fl., *International beskatning*, 2. udgave, s. 83.

<sup>39</sup> Jf. EUROPEAN COMMISSION, PLATFORM FOR TAX GOOD GOVERNANCE, *Discussion paper on General Anti-Abuse Rules (GAAR)*, af 19/12 2014.

<sup>40</sup> Jf. Gam, Henrik m.fl., *International beskatning*, 2. udgave, s. 83.

<sup>41</sup> Jf. Betænkning nr. 1060/1985, med henvisning til at problemet kunne løses via lovfortolkning.

<sup>42</sup> Jf. Gam, Henrik m.fl., *International beskatning*, 2. udgave, s. 84.

<sup>43</sup> Jf. Gam, Henrik m.fl., *International beskatning*, 2. udgave, s. 85.

<sup>44</sup> I dansk ret anvendes *The Business Purpose Rule* i U.1982.738Ø, som behandles under realitetsgrundsætningen i afsnit 4.

<sup>45</sup> Jf. Dam, Henrik m.fl., *Grundlæggende skatteret*, 8. udgave, s. 548

For at sikre sig at omstruktureringen er begrundet i forretningsmæssige hensyn, stiller skatte­lovgivningen nogle objektive værnsregler og betingelser for omstruktureringer uden tilladelse. I medfør af reglerne om omstrukturering uden tilladelse, er der ikke stillet krav om en forretningsmæssig begrundelse.<sup>46</sup>

Som nævnt under afhandlingens nærmere afgrænsning, sondres der mellem de *definitoriske* betingelser og de *objektive værnsregler*.

I det tilfælde hvor der gives afslag på en ansøgning om tilladelse til at foretage en omstrukturering, eller situationer hvor det på baggrund af praksis må anes at være problemfyldt at opnå en tilladelse, blev der indført adgang til at foretage omstruktureringer uden tilladelse,<sup>47</sup> hvilket måtte antages at have været til stor hjælp for mange selskaber. Herved var der mulighed for at foretage omstruktureringer, uden at virksomhederne var tvunget til at give en forretningsmæssig begrundelse. I princippet vil en transaktion således være lovlig, selvom hovedformålet udelukkende er at reducere en skattemæssig forpligtelse eller helt at unddrage sig beskatning, så længe de objektive værnsregler og definatoriske betingelser er overholdt.<sup>48</sup> Dermed kunne virksomhederne spare både administrationsomkostninger og ressourcer.<sup>49</sup>

Ved iagttagelse af de objektive værnsregler er udgangspunktet herefter, at skattemyndighederne ikke skal foretage en afvejning af, om omstruktureringen er foretaget under hensyntagen til skatteundgåelse, som det gør sig gældende ved tilladelsesordningen. I medfør af forarbejderne er værnsreglerne udformet således, så det ikke burde være interessant at anvende reglerne om skattefri omstrukturering uden tilladelse, hvis hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.<sup>50</sup> Med andre ord bør adgangen til at anvende reglerne om omstrukturering uden tilladelse ikke give anledning til skattemæssige fordele, der kan overskygge de gyldige forretningsmæssige årsager.

Hvis omstrukturering uden tilladelse giver anledning til skatteundgåelse, må man erkende, at værnsreglerne ikke er tilstrækkelige til imødegåelse heraf. Det er dog værd at holde sig for øje, at de to systemer – uden og med tilladelse – ikke udelukker brugen af hinanden. Hvis man forinden en omstrukturering ikke har opnået tilladelse, kan man i stedet blot iagttage værnsreglerne. På den anden side kan virksomheden søge om tilladelse til en skattefri omstrukturering med tilbagevirkende kraft,<sup>51</sup> hvis det er besværligt at iagttage værnsreglerne.

Det bemærkes, at nogle værnsregler gælder for flere omstruktureringsformer, hvorfor de som udgangspunkt behandles samlet under ét. Eksempelvis gælder holdingkravet både for spaltninger, aktieombytning og tilførsel af aktiver.

### 3.2. Tilladelsessystemet<sup>52</sup>

Tilladelse til at foretage en skattefri spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning kan meddeles af skattemyndighederne og hviler på subjektive betingelser,<sup>53</sup> hvorefter en omstrukturering skal foretages ud fra *forsvarlige økonomiske betragtninger*.<sup>54</sup> Retskravet på at

<sup>46</sup> Jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 655.

<sup>47</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 79.

<sup>48</sup> Jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 758.

<sup>49</sup> Jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 757.

<sup>50</sup> Jf. Serup, Michael, *Fusionskatteloven med kommentar*, 4. udgave, s. 447. Se også Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 759.

<sup>51</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 95.

<sup>52</sup> Idet det centrale emne for nærværende speciale er omstruktureringer uden tilladelse, vil tilladelsessystemet ikke blive behandlet selvstændigt.

<sup>53</sup> Jf. Rosenlund, Daniell, SR.2015.155, *Skattefri omstrukturering 2015*.

<sup>54</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 67, 94, og 126.

opnå tilladelse begrænses især af FSDs skatteundgåelsesklausul. FSDs skatteundgåelsesklausul behandles under afsnit 5.3.2.1.

### 3.3. Selskabsretligt grundlag

Det er en generel betingelse, at der foreligger et civilretligt grundlag for at foretage en omstrukturering. Det er eksempelvis et grundlæggende krav, at der i omstruktureringen sker deltagelse af *selskaber*, der som udgangspunktet skal defineres ud fra en dansk selskabsretlig tilgang.<sup>55</sup> Det er således først og fremmest en betingelse, at der er et selskabsretligt grundlag til at foretage fusionen, førend der eksisterer et skatteretligt grundlag.<sup>56</sup>

Det er herefter et krav, at de deltagende selskaber ved en fusion ikke ophører ved likvidation.<sup>57</sup>

Adgangen til at foretage en skattefri fusion mellem udenlandske selskaber, jf. FUSL § 15, stk. 5 og 6, er på samme måde betinget af, at fusionen kan kvalificeres som en fusion efter der danske selskabsretlige regler.

I Skatterådets bindende svar af den 18. november 2008,<sup>58</sup> tiltrådte Skatterådet, at en række udenlandske transaktioner ikke kunne anerkendes som en fusion efter dansk ret, hvorefter der ikke var adgang til at anvende de danske successionsregler for skattefri fusion for de danske selskabsdeltagere. Sagen omhandlede en omstrukturering med formålet om en enklere ejerstruktur. De danske selskabsdeltagere ønskede at opnå direkte ejerskab i det udenlandske selskab C, hvorefter de mellemliggende, udenlandske og 100%-ejede selskaber A og B skulle ophøre med at eksistere. ”Step 2” i omstruktureringen indebar, at der ved transaktionen kortvarigt opstod et krydsejerskab mellem de to deltagende selskaber, som fulgte af det udenlandske nationale regelsæt.

SKAT udtalte herefter:

”Det forholder sig således, at en i udlandet gennemført omstrukturering skal svare til en omstrukturering efter de danske regler, før den kan få effekt som en skattefri transaktion i den danske beskatning. Når udenlandske transaktioner skal vurderes, er det den enkelte transaktion, der skal svare til en efter danske normer anerkendt transaktionstype. Hvis transaktionen gennemføres i flere led, skal hvert enkelt led vurderes separat. Summen af hver enkelt led kan således ikke samlet medføre, at resultatet anerkendes efter danske normer”

Selvom der i medfør af EU's 10. selskabsdirektiv er adgang til grænseoverskridende fusioner og spaltninger, er det afgørende, om summen af hver enkelt led i omstruktureringen kan medføre, at resultatet anerkendes efter danske normer. Det vil især få betydning i forhold til fusioner mellem udenlandske selskaber, hvor selskabsdeltagerne ønsker at opnå skattemæssige fordele i Danmark, jf. FUSL § 15, stk. 5 og 6.<sup>59</sup>

Det væsentlige er herefter, at transaktionen har de *selskabsretlige* kendetegn, der gør sig gældende ved en fusion i Danmark.

---

<sup>55</sup> Jf. FUSL §§ 1, stk. 3, 15 a, stk. 2, 1. Pkt., 15 c, stk. 2, 1. pkt. og ABL § 36, stk. 2, 1. pkt.

<sup>56</sup> Kravet om indsendelse af de selskabsretlige dokumenter ved omstruktureringen til SKAT er dog ophævet, jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 658 og 689. Dokumenterne skal dog stadigvæk sendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

<sup>57</sup> Jf. FUSL § 1, stk. 3.

<sup>58</sup> Jf. SKM2009.44.SR.

<sup>59</sup> Jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 673.

I klagen over SKATs bindende svar den 16. marts 2011,<sup>60</sup> ønskede et dansk selskab at fusionere med et cypriotisk selskab. Da Cypern endnu ikke på det daværende tidspunkt havde implementeret det 10. selskabsdirektiv, kunne fusionen ikke *selskabsretligt* kvalificeres som en dansk fusion. Skatterådet udtalte i sin afgørelse, at reglerne om skattefri fusion ikke kunne anvendes, hvis det indskydende selskab ophører ved likvidation. Endvidere begrundende Skatterådet sin afgørelse med, at hvis det indskydende selskab ophører ved likvidation, grundet mangel på selskabsretlige bestemmelser til fusion, er der ikke tale om et fusionslignende tilfælde. Man kan således ikke likvidere et selskab, uden det får skattemæssige konsekvenser for det ophørende selskab og dets deltagere. SKAT bemærkede i øvrigt i forhold til spørgsmål 3:

”Reglerne om skattefri fusion kan ikke anvendes, uanset det cypriotiske selskab skattemæssigt er hjemmehørende i Danmark efter selskabsskattelovens § 1, stk. 6, jf. svaret på spørgsmål 3.

Under henvisning til besvarelsen af spørgsmål 2 er der ikke hjemmel til eller grundlag for skatteretligt at omkvalificere en transaktion, som selskabsretligt ikke beteges som en fusion. Det forhold, at det cypriotiske selskab har ledelsens sæde i Danmark, og dermed er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark efter selskabsskattelovens § 1, stk. 6, giver ikke anledning til en anden vurdering, da det danske selskab efter selskabsretlige regler likvideres. Likvidation medfører, at der ikke er tale om en fusionslignende situation”<sup>61</sup>

Skatterådets afgørelse blev tiltrådt af Landsskatteretten:

”Ved besvarelsen af spørgsmål 3 må det - som ved besvarelsen af spørgsmål 2 - lægges til grund, at ophøret af det danske selskab i forbindelse med den påtænkte transaktion sker under anvendelse af de selskabsretlige regler om likvidation.

Uanset at det cypriotiske selskab er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark efter selskabsskattelovens § 1, stk. 6, kan reglerne i fusionsskatteloven derfor ikke anvendes, jf. herved besvarelsen af spørgsmål 2.”<sup>62</sup>

Landsskatteretten fastslår herved et afhængighedsforhold mellem den *selskabsretlige* kvalifikation og den *skatteretlige* kvalifikation.

Af nyere administrativ praksis er det relevant at inddrage Skatterådets bindende svar af 25. marts 2014.<sup>63</sup> Skatterådet svarede bekræftende på, at et selskab, der var registreret på Bahamas, men hvis ledelse var placeret i Danmark, kunne deltage i en skattefri fusion med tre danske anpartsselskaber. I medfør af dansk selskabsret, kan danske selskaber imidlertid ikke fusionere med selskaber uden for EU, hvorfor afgørelsen forekommer overraskende.

Spørgsmålet er herefter, om der kan foretages en skattefri fusion, uden der er et selskabsretligt grundlag. I bekræftende fald vil der være to uafhængige grundlag for fusioner; et *selskabsretligt* og et *skatteretligt*.

I ovenfor nævnte sag blev Skatterådet bedt om at afgive bindende svar. Baggrunden for omstruktureringen var at foretage en forenkling af koncernen. Et af de deltagende selskaber, som var indregistreret på Bahamas, var fuldt skattepligtig til Danmark, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2, jf. SEL § 1, stk. 6, og selskabet indgik i sambeskatning med de øvrige danske selskaber.

---

<sup>60</sup> Jf. SKM2011.302.LSR.

<sup>61</sup> Jf. SKM2011.302.LSR, Skatterådets afgørelse, spørgsmål 3.

<sup>62</sup> Jf. SKM2011.302.LSR, Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse, spørgsmål 3.

<sup>63</sup> Jf. SKM2014.246.SR.

Idet selskabet fra Bahamas var fuldt skattepligtigt til Danmark, anså SKAT selskabet for at kunne sidestilles med et dansk aktie- eller anpartsselskab.<sup>64</sup> Da betingelserne herfor måtte anses for at være opfyldt, var det SKATs opfattelse, at fusionen kunne gennemføres skattefrit efter reglerne i FUSL.

Det er bemærkelsesværdigt at SKAT angiver FUSL §§ 1, 2, 5 og 8, men ikke § 15 om grænseoverskridende fusioner, som burde være det relevante retsgrundlag.<sup>65</sup> Det må derfor antages, at SKAT betragter den pågældende fusion som en omstrukturering mellem danske selskaber.

I medfør af dansk selskabsret kan danske kapitalselskaber kun deltage i grænseoverskridende fusioner, hvor de øvrige deltagende selskaber er tilsvarende kapitalselskaber, der hører under EU medlemsstaternes lovgivning, jf. SL § 271. Dermed fraviger den skatteretlige kvalifikation den selskabsretlige kvalifikation, idet selskabet på Bahamas netop ikke henhørte under dansk lovgivning for selskabsret. SKATs argumentation bygger således på selskabernes umiddelbare skattepligt, og lader dette afgøre, hvorvidt en fusion skattemæssigt skal behandles som en grænseoverskridende fusion.

Afgørelsen er i direkte modsætning til afgørelsen nævnt ovenfor i SKM2011.302.LSR, hvor både Skatterådet og Landsskatteretten nægter adgangen til at anvende reglerne i FUSL, selv i det tilfælde hvor det cypriotiske selskab måtte anses for at være hjemmehørende i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 6. Det er tillige bemærkelsesværdigt, at spørgsmålet om det selskabsretlige grundlag ikke bliver behandlet i afgørelsen SKM2014.246.SR, da spørgsmålet er afgørende for, om en omstrukturering overhovedet kan omfattes af skattefriheden i FUSL. Det må således anses for nærliggende at overveje, om SKAT har ændret sin praksis.

Praksisændringen medfører i så fald en vis usikkerhed. Der kan opstå tvivl, om det er et krav, at der skal foreligge et selskabsretligt grundlag, eller om det skatteretlige alene er tilstrækkeligt. Der bør fra skattemyndighedernes side være et større fokus på, om den skatteretlige tilgang er i færd med at fravige den civilretlige tilgang.<sup>66</sup>

Det skal endeligt nævnes, at skatteretten ikke uden videre bør bevæge sig i en anden retning end civilretten, uden der i det mindste er et sagligt argument herfor. Ved fravigelser bør lovgivningsmagten gøre sig bekendt med den mulige glidebane, ved at skattemyndighederne udvikler en administrativ praksis, der regelmæssigt fører til ubegrundede fravigelser af civilretten.

Det kan i øvrigt nævnes, at den selskabs- og skatteretlige definition af spaltninger ligeledes er afvigende, hvorefter det eksempelvis ikke er et selskabsretligt krav, at en delvis spaltning skal udgøre en virksomhedsgren, at aktionærene skal vederlægges forholdsmæssigt, eller at det indskydende selskab skal ophøre ved spaltningen.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Kravet om vederlæggelse, jf. FUSL § 2, stk. 1, blev tillige anses for at være opfyldt i sagen, idet der var tale om selskaber med samme eneaktionær, hvorfor der ikke var risiko for formueforskydning mellem selskabsdeltagerne

<sup>65</sup> Jf. SKM2014.246.SR, SKATs indstilling og begrundelse, Spørgsmål 1.

<sup>66</sup> Jf. Werlauff, Erik, TfS 2015, 517, *Tanker ved prisoverrækkelse*.

<sup>67</sup> Jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. Udgave, s. 696f.

### 3.4. Fusion

For så vidt angår skattefrie fusioner, er det ikke længere et krav, at der opnås tilladelse.<sup>68</sup> Betingelserne for at foretage en skattefri fusion udmønter sig primært i de *definitoriske* betingelser.

Det følger af FUSL § 1, stk. 3:

”Fusion foreligger, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette”.

Det er således et definatorisk krav, at der deltager to eller flere *selskaber* i en fusion. Derudover foreligger fusion i begrebsmæssig forstand, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab uden at gå i likvidation.<sup>69</sup>

Det er dernæst en betingelse, jf. FUSL § 2, stk. 1:

”[...] selskabsdeltagerne i det indskydende selskab [alene] vederlægges med aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt en kontant udligningssum”,

Ombytningsforholdet for selskabsdeltagerne i det indskydende selskab skal foretages til *handelsværdien* på ombytnings tidspunktet. Ombytningsforholdet er ikke reguleret i FUSL, men fremgår i stedet af praksis.<sup>70</sup>

Det er herved også et krav, at der skal udstedes mindst én kapitalandel<sup>71</sup> til en af selskabsdeltagerne i det indskydende selskab.<sup>72</sup>

#### 3.4.1. Handelsværdi

Det er udgangspunktet, at ombytningsforholdet i en fusion skal fastsættes ud fra kapitalandelenes *handelsværdi*, og at der herved ikke opnås utilsigtede skattemæssige fordele. Det fremgår af forarbejderne til lov nr. 343 af den 18. april 2007<sup>73</sup>, at ombytningsforholdet skal fastsættes til handelsværdien, for at den pågældende fusion kan anses for at være omfattet af FUSL.

I Skatterådets bindende svar af 14. december 2010,<sup>74</sup> lagde Skatterådet vægt på, at der ikke blev opnået utilsigtede skattemæssige fordele ved fastsættelsen af ombytningsforholdet, samt at aktionæren var hjemmehørende i udlandet, og derfor kunne fastsættelsen af ombytningsforholdet i den konkrete situation fravige handelsværdien.

Se også Skatterådets bindende svar af 17. juni 2008,<sup>75</sup> hvor Skatterådet bekræftede, at en fusion mellem B A/S og C A/S kunne gennemføres som en skattefri fusion, hvis ombytningsforholdet i fusionen fastsattes som nærmere beskrevet. Moderselskabet A A/S havde ikke til hensigt at afstå aktierne i selskabet efter fusionen i en periode på mere end tre år. Særlig henset intentionen om at beholde aktierne i en længere periode fandtes det efter en samlet konkret vurdering, at der i den foreliggende situation ikke ville være mulighed for at

<sup>68</sup> Ved ændringsdirektivet 2005/19 til FSD ophævede Lov 2005.1182 kravet om tilladelse til udenlandske fusioner. Se også Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. Udgave, s. 149.

<sup>69</sup> Se også Halling-Overgaard, Søren, *Generationsskifte*, 2. udgave, s. 234ff.

<sup>70</sup> Jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 661, jf. SKM2003.574.LSR.

<sup>71</sup> Gælder i sagens natur ikke ved lodrette fusioner, da der er tale om den samme selskabsdeltagerkreds.

<sup>72</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 150.

<sup>73</sup> Jf. Lov 110 A 06/07, bilag 23, jf. Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave, s. 661.

<sup>74</sup> Jf. SKM2011.43.SR.

<sup>75</sup> Jf. SKM2008.609.SR.

opnå utilsigtede skattemæssige fordele. Der blev således i afgørelsen anlagt en variant af *holdingkravet* til grund, og idet holdingkravet generelt er garant for at modvirke skattetænkning, fandt Skatterådet i det bindende svar at fusionen kunne gennemføres skattefrit.

Se endvidere Skatterådets bindende svar af 27. januar 2009,<sup>76</sup> hvor Skatterådet tillod at kravet om handelsværdi ikke blev opfyldt i den pågældende situation, idet Skatterådet ikke fandt, at der kunne opnås utilsigtede skattemæssige fordele ved fusionen.

Konkluderende kan det derfor antages, at der i praksis lægges afgørende vægt på, om der i den pågældende fusion er en risiko for *utilsigtede skattefordele*. Hvis ikke en sådan risiko foreligger, er der en lempelig praksis for at fravige kravet om, at ombytningsforholdet skal ske til handelsværdien.

Skattemyndighederne anlægger således en udvidet formålsfortolkning ved kravet om handelsværdi. Det er især afgørende, om forholdet bevirker tilsigtede eller utilsigtede skattefordele. Hvis der er en risiko for, at skatteyder opnår skattefordele, som ikke er tilsigtet i medfør af reglerne om skattefri fusion, vil dette som udgangspunkt udelukke muligheden for at foretage en skattefri fusion.

På baggrund af kravet om anvendelse af handelsværdien i ombytningsforholdet, er det i øvrigt ikke muligt at gennemføre en skattefri fusion, hvis det indskydende selskab har en negativ egenkapital.<sup>77</sup>

### 3.5. Tilførsel af aktiver

Det følger af FUSL § 15 c, stk. 1, 1. pkt., at de deltagende selskaber skal være omfattet af begrebet *selskab*.

”Ved tilførsel af aktiver har selskaberne adgang til beskatning efter reglerne i § 15 d, når såvel det indskydende selskab som det modtagende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF og ikke ved beskatningen her i landet anses for en transparent enhed.”

Dernæst følger, jf. FUSL § 15 c, stk. 1, 4. pkt.:

”Ved tilførsel af aktiver har selskaberne som nævnt i 1. pkt. adgang til beskatning efter reglerne i § 15 d, uden at der er opnået tilladelse.”

For at have adgang til at foretage en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse er der knyttet følgende *objektive værnsregel*, jf. FUSL § 15 c, stk. 1, 5. pkt.:

”Anvendelsen af 4. pkt. er betinget af, at det indskydende selskab ikke afstår aktier i det modtagende selskab i en periode på 3 år efter vedtagelsen af tilførslen.” (*Holdingkravet*)

Adgangen til at foretage en skattefri tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse er betinget af en række *definitoriske* betingelser, jf. FUSL § 15 c, stk. 2, 1. pkt.:

”Ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anpartar i det modtagende selskabs kapital.”

<sup>76</sup> Jf. SKM2009.58.SR. Se også eksempelvis SKM2007.488.SR hvor det ligeledes blev afgørende, at der ikke fandtes at foreligge mulighed for opnåelse af utilsigtede skattemæssige fordele.

<sup>77</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 151.

Det er således et krav, at det indskydende selskab for det første overfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed (*Virksomhedskravet*), og for det andet mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital.

Virksomhedskravet defineres i samme bestemmelse, jf. FUSL § 15 c, stk. 2, 2. pkt.:

”Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler.”

Det gælder tilsvarende for tilførsel af aktiver uden tilladelse, som det gælder for spaltning og aktieombytning uden tilladelse, at der ved tilførsel af aktiver uden tilladelse ikke stilles krav om, at der er en forretningsmæssig begrundelse.<sup>78</sup>

### 3.5.1. Virksomhedskravet (*grenkravet*)<sup>79</sup>

For at have adgang til en skattefri tilførsel af aktiver er det en betingelse, at det indskydende selskab, uden det opløses, tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til det modtagende selskab.<sup>80</sup> Ved en gren af en virksomhed forstås der, at denne del af virksomheden ud fra et funktions- og organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, som omfatter alle grenens aktiver og passiver.<sup>81</sup>

Skattedepartementet har udtalt,<sup>82</sup> at der i højere grad skal anlægges en *organisationsmæssig* synsvinkel. Det var endvidere departementets fortolkning af betingelsen, at det også skal indgå i fortolkningen, om tilførslen af grenen foretages ud fra forsvarlige *økonomiske* eller *forretningsmæssige* betragtninger, som f.eks. omstrukturering, rationalisering, risikoafvejning, generationsskifteplaner mv., uden hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Der er således tale om et krav, der medfører, at der ved en skattefri tilførsel af aktiver skal ske en effektiv overførsel af en virksomhed, og at overførslen har et *reelt indhold*. Herved ønskes opnået en sikkerhed for, at den skattefri tilførsel af aktiver er foretaget ud fra gyldige forretningsmæssige og økonomiske overvejelser.

En tilførsel af aktiver skal således omfatte alle aktiver,<sup>83</sup> der udgør en gren af en virksomhed herunder driftsmidler, immaterielle aktiver, medarbejdere, debitor masse<sup>84</sup> og til dels fast ejendom.<sup>85</sup> Bestemmelsen i FUSL er i overensstemmelse med FSDs ordlyd. Det følger eksempelvis af direktivteksten at ”*en gren af en virksomhed: alle aktiver og passiver i en afde-*

<sup>78</sup> Jf. Halling-Overgaard, Søren, *Generationskifte*, 2. udgave, s. 332.

<sup>79</sup> Virksomhedskravet i FUSL er ens for spaltninger og tilførsel af aktiver. Se hertil i Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 92.

<sup>80</sup> Det er i teorien tvivl om det skatteretlige virksomhedsbegreb kun kræves opfyldt, når der udskilles dele af en virksomhed, i modsætning til hvis virksomheden overfører alle aktiver og passiver uden at udgøre en egentlig virksomhed. Der vil ikke være en nærmere analyse heraf i nærværende afhandling.

<sup>81</sup> Jf. FUSL § 15c, stk. 2.

<sup>82</sup> TfS 1996.899 DEP.

<sup>83</sup> Jf. Halling-Overgaard, Søren, *Generationskifte*, 2. udgave, s. 273ff.

<sup>84</sup> Se TfS 1998.119 LR hvor Ligningsrådet gav tilladelse til skattefri tilførsel under betingelse af, at debitorer og driftsmidler blevet overdraget til det nystiftede og modtagende selskab.

<sup>85</sup> Fast ejendom antages i praksis at være en selvstændig virksomhedsgren. Se eksempelvis TfS 1997.661 LR, hvor ejendomme, der var udlejet til tredjemand, ønskedes efterladt i det indskydende selskab, hvor der blev tildelt tilladelse. Se også Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 93.



ling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig be-  
drift”.<sup>86</sup>

Herefter må det opfattes således, at samtlige aktiver, der indgår i det indskydende selskab, skal kunne lokaliseres i det modtagende selskab.<sup>87</sup> Dette indebærer, at det indskydende selskab ikke må efterlade aktiver, som hidtil indgik som en integreret del af virksomheden. Dette gør sig især gældende for risikobetonede aktiver. Samtidig skal de overførte aktiver kunne fungere som den samme selvstændige enhed, som den gjorde i det indskydende selskab. Dette *positive* krav til tilførslen af samtlige aktiver omtales i EU-dommen *Andersen og Jensen*,<sup>88</sup> hvor det fremgår, at

”[...] bedømmelsen af, om bedriften kan fungere selvstændigt, [skal] i første række ske ud fra en funktionelt synspunkt – de overførte aktiver skal kunne fungere som en selvstændig virksomhed, uden at der hertil er behov for yderligere investeringer eller tilførsler.”

Situationen skal formentlig ses i sammenhæng med en sædvanlig virksomhedsoverdragelse til tredjemand, som ud fra funktionsmæssige overvejelser som regel ønsker at overtage en funktionsdygtig virksomhed uden delvise mangler og brister.

Det skal således sandsynliggøres, at tilførslen udgør en gren af en virksomhed ud fra en funktionel og organisatorisk vurdering. I Ligningsrådets afgørelse af den 22. oktober 1996,<sup>89</sup> gav Ligningsrådet ikke selskabet M lov til at tilføre aktierne i datterselskabet C til et nystiftet datterselskab, idet C var uden erhvervmæssig aktivitet,<sup>90</sup> og dermed ikke udgjorde en virksomhed set ud fra en funktionel eller organisatorisk betragtning. I modsat tilfælde hvor datterselskabet C havde haft en organisatorisk eller funktionel rolle i koncernen, må man således antage, at der modsætningsvis have været adgang til at foretage en skattefri tilførsel af aktiver.

Domstolen lægger således vægt på, om der i omstruktureringen indgår tomme og indholdsløse selskaber. Med andre ord skal det kunne dokumenteres at tilførslen er reel og substantiel. En umiddelbar betragtning kunne således være, at forholdet herved bliver bedømt på det konkrete grundlag ud fra subjektive momenter. Virksomhedskravet er dog som udgangspunkt et objektive krav.<sup>91</sup>

### 3.5.1.1. Balancetilpasning

Der kan opstå afgrænsningsproblemer i relation til virksomhedskravet. Som regel vil man henholde sig til den regnskabsmæssige opgørelse.<sup>92</sup> Tilførslen af virksomhedens passiver skal således eksempelvis omfatte hensættelser, driftskreditorer, leverandørgæld, lønmodtagerforpligtelser og moms-gæld.

Baggrunden for den strenge opdeling af aktiver og passiver må findes i, at der ikke skal være adgang til at isolere risikoen i det indskydende selskab. På tilsvarende måde må der heller ikke tilføres passiver, som ikke relaterer sig til virksomheden. Denne betingelse søges af og til omgået ved, at en virksomhedsgren forudgående påtager sig en gældsforpligtigelse, og

---

<sup>86</sup> Jf. FSD art. 2, litra j.

<sup>87</sup> Jf. Serup, Michael, *Fusionskatteloven med kommentar*, 4. udgave, s. 547.

<sup>88</sup> Jf. TfS 2002.211 (C-43/00).

<sup>89</sup> Jf. TfS 1996.924.LR. Se også Halling-Overgaard, Søren, *Generationsskifte*, 2. udgave, s. 285.

<sup>90</sup> Se også Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 125.

<sup>91</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. Udgave, s. 103.

<sup>92</sup> Jf. Serup, Michael, *Fusionskatteloven med kommentar*, 4. udgave, s. 561.

derved reducerer nettoværdien af en tilført virksomhedsgren. En sådan *balancetilpasning*<sup>93</sup> er som udgangspunkt ikke tilladt, idet det kan anses som en omgåelse, som derved ikke følger af *organisatoriske årsager*.

Som udgangspunkt vil virksomhedskravet ikke være til hinder for, at der forud for tilførslen sker en forretningsmæssig begrundet låneoptagelse i det indskydende selskab, hvorefter de herved opståede gældsforpligtelser bliver omfattet af tilførslen til det modtagende selskab. Herved frigøres der ved finansieringsomlægningen egenkapital, som kan placeres i aktiver, som ikke umiddelbart omfattes af virksomhedsgrenen, og som herefter ikke tilføres det modtagende selskab. Hvis hovedformålet er at nedbringe egenkapitalen i den pågældende virksomhedsgren, vil det dog være i strid med virksomhedskravet.

Dette illustreres i EU-dommen *Andersen og Jensen*,<sup>94</sup> hvor der forud for tilførslen af aktiver mellem selskabet A og et nyt driftsselskab B blev optaget et eksternt lån på 10 mio., med det formål at låneprovenuet skulle blive i A, og gælden til pengeinstituttet skulle tilføres det modtagende selskab B. Herved blev egenkapitalen i B betydeligt formindsket og aktierne heri tilsvarende billigere. Dette betød, at de nye potentielle ejere D og E nemmere kunne finansiere erhvervelsen af nogle større aktieposter i selskabet B. Ligningsrådet meddelte tilladelse med vilkår om, at hele låneengagementet skulle forblive i A eller medtages i tilførslen til B. Dette vilkår hæmmede reelt muligheden for, at D og E kunne indtræde som medejere i selskabet B, idet D og E ikke kunne finansiere erhvervelsen af deres aktiepost i B. Sagen blev senere indbragt for CJEU. CJEU udtaler blandt andet:<sup>95</sup>

”[...] en tilførsel af aktiver, [...] skal omfatte alle aktiver og passiver i en gren af en virksomhed.

[...] fællesskabslovgiver [har] dermed fundet det nødvendigt, at alle aktiver og passiver i en gren af en virksomhed overføres samlet. Såfremt det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydeligt lån, det har optaget, mens de heraf følgende forpligtelser overføres til det modtagende selskab, sker der en opdeling af disse elementer.

[...] i hovedsagen ville det indskydende og det modtagende selskab have opnået det samme resultat, hvis det modtagende selskab havde optaget lånet og derefter havde erhvervet det indskydende selskabs aktiver som modydelse dels for aktierne i det modtagende selskab, dels for lånekapitalen. En sådan overførsel, som til dels ville ske for kontante midler, ville imidlertid ikke udgøre en tilførsel af aktiver i direktivets forstand.”

Dommen fastslår, at der ikke foreligger tilførsel af aktiver, hvis transaktionen går ud på, at det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydeligt lån, imens gælden placeres i det modtagende selskab, idet det ville stride mod forbuddet mellem opdeling af aktiver og passiver samt kontantvederlagsforbuddet.

Michael Serup fremhæver i sin behandling af balancetilpasningsproblematikken,<sup>96</sup> at kriterierne, der er afgørende for at få tilladelse til overførsel af aktiver med en vis balancetilpasning, må udformes således, at den forretningsmæssigt begrundede finansieringsomlægning ikke virker diskvalificerende. En subjektiv vurdering af de konkrete forhold muliggør en

<sup>93</sup> Jf. Serup, Michael, TfS 2002.283, *Tilførsel af aktiver - balancetilpasning før og efter en tilførsel - grenkrav og kontantvederlagsforbud - sammenfatning af gældende praksis*.

<sup>94</sup> Jf. TfS 2002.211 (C-43/00).

<sup>95</sup> Jf. C-43/00, præmis 24-26.

<sup>96</sup> Jf. Serup, Michael, TfS 2002.283, *Tilførsel af aktiver - balancetilpasning før og efter en tilførsel - grenkrav og kontantvederlagsforbud - sammenfatning af gældende praksis*.

sondring mellem omstruktureringer, der er tilrettelagt med velbegrundende kommercielle årsager, og omstruktureringer der er foretaget uden reelt indhold.

I Ligningsrådets afgørelse af 26. oktober 1999<sup>97</sup> ønskede *Novo Nordisk* at grenspalte<sup>98</sup> Y-aktiviteten ud fra X-aktiviteten, hvorefter det modtagende selskab med Y-aktiviteten skulle børsnoteres. Det indskydende selskab optog forud for spaltningen et stort lån, hvorefter provenuet skulle forblive i det indskydende selskab, hvorimod gældsforpligtigelsen skulle tilføres det modtagende selskab. Begrundelsen herfor var, at X-aktiviteten igennem mange år havde finansieret Y-aktiviteten ved intern finansiering. Alternativet havde været ekstern låneoptagelse. Ligningsrådet valgte at meddele tilladelse, idet låneoptagelsen var baseret på rent forretningsmæssige vilkår. Ligningsrådet udtalte:

”Det forhold, at selskab A hidtil har valgt at egenfinansiere Y-aktiviteten frem for at lade denne aktivitets investeringer fremmedfinansiere, bør ikke ved den nu ønskede spaltning komme selskabet til skade.”

Dermed vægter de reelle forhold tungt i Ligningsrådets afgørelse af, om balancetilpasningen er i overensstemmelse med virksomhedskravet. Modsætningsvist vil der således ikke være adgang til tilførsel af aktiver, hvis omstruktureringen blot beror på omgængelsesbetragtninger.

Det viser samtidig, at skattemyndighederne ikke er blege for at fravige de objektive betingelser i den administrative praksis og tillægge de subjektive forhold vægt i vurderingen. Samtidig udtrykker Ligningsrådet:

”[...] en tilladelse til det ansøgte giver [ikke] det indskydende selskab eller det modtagende selskab utilsigtede skattemæssige fordele.”

Modsætningsvist må derfor antages, at hvis der er en risiko for, at en tilladelse vil give utilsigtede skattemæssige fordele for en virksomhed, vil ansøgningen ikke blive imødekommet. Ligningsrådet udtalte afslutningsvist:

”Nærværende afgørelse kan [...] anses som en nuancering af den bestående praksis.”

De væsentlige momenter i afgørelsen må således være, at der ikke opstår utilsigtede skattemæssige fordele, samt at balancetilpasningen er foretaget ud fra reelle forretningsmæssige årsager.<sup>99</sup>

Nuanceringen af den administrative praksis, hvorved Ligningsrådet afgør spørgsmålet ud fra subjektive momenter, forekommer skelsættende. Der er endnu ikke set et eksempel på en lovlig balancetilpasning under den forudsætning, at der ikke opnås utilsigtede skattemæssige fordele, og at balancetilpasningen er foretaget ud fra reelle forretningsmæssige årsager.

Det er dog et faktum, at *Novo Nordisk* sagen giver anledning til flere spørgsmål, end sagen besvarer. Det ser ud til, at SKAT har anlagt en ny linje ved at gradbøje reglerne, hvis det efter SKATs opfattelse findes hensigtsmæssigt. Det var ved *Novo Nordisk* eksempelvis ikke hensigtsmæssigt at forbyde en spaltning, da det ville komme *Novo Nordisk* til skade. Selvom det kom skatteyderen til gode i den konkrete sag, vil skattemyndighedernes gradbøjning af

---

<sup>97</sup> Jf. TFS 2000, 329LR.

<sup>98</sup> Virksomhedskravet er i det væsentlige det samme for grenspaltning og tilførsel af aktiver.

<sup>99</sup> Se eksempelvis SKM2007.172.SR, hvor Skatterådet udtalte at ”*Under forudsætning af, at der er realitet bag den påtænkte disposition, herunder en reel gældsforpligtelse med deraf forretningsmæssig realitet forud for spaltningstidspunktet, finder SKAT, at den påtænkte disposition opfylder betingelserne for at være en skattefri ophørsspaltning*”

reglerne ikke nødvendigvis være en fordel for virksomhederne. Tværtimod skaber en uforudsigelig praksis og mere usikkerhed på skatteområdet, hvor virksomhederne får sværere ved at gennemskue og indrette sig efter gældende ret.

Sagen om *Novo Nordisk* kom dog aldrig for en domstol, hvorefter afgørelsens retsskabende værdi ikke må overvurderes. I en senere afgørelse ved Højesterets dom af 6. februar 2009,<sup>100</sup> blev SKATs tilbagekaldelse af en tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver tiltrådt af Højesteret, som fandt, at en balancetilpasning er i strid med FUSL § 15 c, og henviser i den forbindelse til *Andersen og Jensen*.<sup>101</sup>

Såfremt sagen om *Novo Nordisk* havde været forelagt Højesteret, ville sagen formentlig ikke have fået samme udfald. I medfør af Højesterets dom af 6. februar 2009 burde balancetilpasningen ved grenspaltningen i *Novo Nordisk* sagen ikke have været tilladt. Dette kunne også antages at have været den korrekte afgørelse, idet der ikke teoretisk bør indgå subjektive momenter i fortolkningen af balancetilpasningskravet.

### 3.6. Spaltning

Det følger af FUSL § 15 a, stk. 1, 1. pkt., at de deltagende selskaber skal være omfattet af begrebet *selskab*:

”Ved spaltning af et selskab har selskaberne adgang til beskatning efter reglerne i § 15 b, stk. 1 og 2, når såvel det indskydende selskab som det modtagende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF og ikke ved beskatningen her i landet anses for en transparent enhed.”

Dernæst følger, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 4. pkt.:

”Ved spaltning af et selskab har selskaberne som nævnt i 1. pkt. adgang til beskatning efter reglerne i § 15 b, stk. 1 og 2, uden at der er opnået tilladelse hertil fra told- og skatteforvaltningen, jf. dog 5.-10. pkt.”

Dernæst følger de *objektive værnsregler*, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 5. pkt., stk. 2, 2. pkt. og stk. 2, 3. pkt.:

”Anvendelsen af 4. pkt. er betinget af, at selskaber, der efter spaltningen ejer mindst 10 pct. af kapitalen eller aktier, der er omfattet af definitionen af skattefri porteføljeaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 C, i et af de deltagende selskaber, ikke afstår aktier i det eller de pågældende selskaber i en periode på 3 år efter vedtagelsen af spaltningen.” (*Holdingskravet*)

”Det er en betingelse for anvendelsen af stk. 1, 4. pkt., at værdien af de tildelte aktier eller anparter med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de overførte aktiver og passiver.” (*Kravet om overdragelse til handelsværdi*)

”Det er endvidere en betingelse for anvendelsen af stk. 1, 4. pkt., at forholdet mellem aktiver og forpligtelser, der overføres til det modtagende selskab, svarer til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab” (*Kravet om forholdet mellem aktiver og forpligtelser*)

De *definitoriske* betingelser for spaltninger, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 1. pkt. og § 15 c, stk. 2., jf. FUSL § 15 a, stk. 3, følger herefter:

---

<sup>100</sup> Jf. SKM2009.484HR.

<sup>101</sup> Jf. TfS 2002.211 (C-43/00).

”Ved spaltning forstås den transaktion, hvorved et selskab overfører en del af eller samtlige sine aktiver og passiver til et eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i samme forhold som hidtil at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter og eventuelt en kontant udligningssum” (*Kravet om forholdsmæssig vederlæggelse af selskabsdeltagere*)

”Ophører det indskydende selskab ikke ved en spaltning, skal de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab eller til hvert af de modtagende selskaber, udgøre en gren af en virksomhed” (*Virksomhedskravet*)

Kravet om den forholdsmæssige vederlæggelse af selskabsdeltagere hænger tæt sammen med kravet om overdragelse til handelsværdi. Som førnævnt, gælder der heller ikke et krav om en forretningsmæssig begrundelse ved skattefri spaltning uden tilladelse.<sup>102</sup>

### 3.6.1. Holdingkravet<sup>103</sup>

Som betingelse for skattefriheden er der indført et krav om, at selskabsdeltageren, der efter spaltningen ejer mindst 10 % af selskabskapitalen, eller hvis aktierne er omfattet af skattefrie porteføljeaktier, ikke må afstå deres kapitalandele i det modtagende selskab i en periode på tre år.<sup>104</sup> Betingelsen indebærer, at hvis ikke holdingkravet overholdes i 3 år, vil hele spaltningen være skattepligtig. Spaltningen vil i så fald blive skattepligtig med tilbagevirkende kraft både på selskabssiden og på selskabsdeltagersiden. Dette vil i så fald få stor betydning for de øvrige selskabsdeltagere, idet skattefritagelsen ikke blot bortfalder for den enkelte selskabsdeltager, der overtræder holdingkravet.

#### 3.6.1.1. Afståelsesbegrebet

Der kan være tvivl om, hvorvidt der er tale om ”afståelse” efter det *skatteretlige* afståelsesbegreb. Holdingkravet skal sikre, at spaltningen ikke er foretaget med skatteundgåelse for øje, hvilket typisk indebærer, at der forud for spaltningen har været en hensigt om at afstå aktierne kort efter spaltningen uden avancebeskatning. Spørgsmålet er herefter om eksempelvis en kapitalnedsættelse udgør en afståelse i denne henseende, og om dette derved vil være et brud på holdingkravet.

Det er ikke usandsynligt, at et selskab må foretage en kapitalnedsættelse for at dække et driftsunderskud, hvilket naturligvis kan være motiveret af forretningsmæssige årsager og ikke umiddelbart er med skatteundgåelse for øje. Et sådant underskud kan være en konsekvens af en række uforudsete omstændigheder. I mange situationer kan det være naturligt at lade selskabskapitalen dække et underskud, hvis selskabskapitalen i øvrigt opfylder selskabslovens betingelser. Ikke desto mindre vil en kapitalnedsættelse i almindelighed udgøre en afståelse i skattemæssig forstand. Dette spørgsmål blev behandlet ved Skatterådets bindende svar af 23. februar 2010.<sup>105</sup> Anpartshaverne ønskede et bindende svar vedrørende:

”Kan SKAT bekræfte, at en kapitalnedsættelse til dækning af underskud indenfor en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet ikke anses for en ”afståelse” med den virkning, at den påtænkte aktieombytning bliver skattepligtig?”

<sup>102</sup> Jf. Halling-Overgaard, Søren, *Generations-skifte*, 2. udgave, s. 395.

<sup>103</sup> Lov 2009.525. Da holdingkravet er det samme for spaltning, aktieombytning og tilførsel af aktiver behandles holdingkravet samlet i dette afsnit.

<sup>104</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 104, samt Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten* 2, 7. udgave, s. 561.

<sup>105</sup> Jf. SKM 2010.210 SR.

Repræsentanten for anpartshavernes opfattelse var, at en tilsvarende afståelse, i det omfang der forelå en tilladelse, ikke ville have bevirket, at SKAT kunne tilbagekalde en allerede meddelt tilladelse. Med andre ord mente repræsentanten, at aktieombytningen var foretaget ud fra reelle forretningsmæssige årsager, og at kapitalnedsættelsen ikke havde en skattemæssig tilknytning hertil. Repræsentantens opfattelse var, at en afståelse af anparter som led i en kapitalnedsættelse til dækning af underskud var udtryk for, at der i selskabet var realiseret et negativt resultat, der eksempelvis af kommercielle årsager vurderes mest hensigtsmæssigt at udligne ved en kapitalnedsættelse. Desuden ville selskabsdeltagerne ikke realisere skattemæssige fordele.

SKAT bemærkede, at hovedformålet ved holdingkravet er at forhindre, at et skattepligtigt salg af kapitalandele konverteres til en skattefri gevinst. SKAT henviste til forarbejderne,<sup>106</sup> hvor skatteministeren bekræfter, at en afståelse, der sker i forbindelse med en kapitalnedsættelse til det udstedende selskab, er i strid med holdingkravet. SKAT fandt herefter, at en kapitalnedsættelse til dækning af underskud indenfor en periode på tre år efter ombytningstidspunktet må anses for en "afståelse" med den virkning, at den påtænke aktieombytning bliver skattepligtig. SKAT henviste herefter til ABL § 36, stk. 1 eller 3, hvorefter der kunne opnås tilladelse til en skattefri aktieombytning, hvis det kunne sandsynliggøres, at den efterfølgende kapitalnedsættelse i det erhvervede selskab var forretningsmæssig begrundet. SKAT undlader at tage stilling til formålet bag kapitalnedsættelsen i deres afgørelse. Alene af den grund, at der er tale om en kapitalnedsættelse, hvilket anses for at være en afståelse i *skattemæssig* forstand, vil det stride mod holdingkravet. Der vil således kun være mulighed for at vurdere de konkrete omstændigheder i tilfælde af en aktieombytning med tilladelse.

Afgørelsen forekommer korrekt. SKAT skelner korrekt mellem det objektive regelsæt og tilladelsessystemet. Således inddrager SKAT ikke andre formål, end dem der er forudsat i forbindelse med vedtagelsen af holdingkravet som værnsregel. Når det først er endeligt fastslået, at en kapitalnedsættelse i skatteretlig henseende udgør en afståelse, kan dette aldrig være i overensstemmelse med holdingkravet, idet holdingkravet netop forudsætter, at der ikke sker en afståelse i skattemæssig henseende. Dette må gælde, uanset at omstruktureringen er foretaget ud fra gyldige forretningsmæssige årsager. Dette bevirker at der opnås en højere retssikkerhed på skatteområdet, idet selskaberne i højere grad opnår gennemsigtighed. SKAT er således i dette tilfælde med til at højne retssikkerheden, idet de ikke sammenblender *mål og midler*, men sørger for at holde disse adskilt.

Afslutningsvist forekommer det besynderligt, at når der afstås kapitalandele i strid med holdingkravet, skal SKAT have oplysning herom senest en måned efter afståelsen.<sup>107</sup> Det virker selvinkriminerende, at de deltagende parter er forpligtet til at anmelde sig selv, idet oplysningspligten blot medfører at spaltningen bliver skattepligtig. Hvis ikke SKAT modtager oplysning herom, vil afståelsen under alle omstændigheder være i strid med holdingkravet og stadigvæk medføre, at omstruktureringen bliver skattepligtig. Herved opstår der en selvanmeldelsespligt, hvilket forekommer uhensigtsmæssigt.

### 3.6.2. Forholdsmæssig vederlæggelse af selskabsdeltagere

Selskabsdeltagerne skal modtage kapitalandele i samme forhold svarende det hidtidige ejerforhold.<sup>108</sup> Dette skal ske til sikkerhed for, at der ikke flyttes værdier fra en selskabsdeltager til en anden. Forholdsmæssig vederlæggelse vil særligt udgøre et problem ved interessefor-

<sup>106</sup> Forarbejderne til lov 202, jf. bilag 2 til lov 202 2008-2009.

<sup>107</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten* 2, 7. udgave, s. 105.

<sup>108</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 91.

bundne parter. Udgangspunktet er, at det påhviler de deltagende parter at dokumentere, at vederlæggelsen er sket forholdsmæssigt.

### 3.6.3. Forholdet mellem aktiver og forpligtelser

Det er en betingelse for skattefri spaltning uden tilladelse, at forholdet mellem aktiver og forpligtelser før spaltningen svarer til forholdet mellem aktiver og forpligtelser efter spaltningen. Ved opgørelsen af forholdet mellem aktiver og forpligtelser vil handelsværdien blive lagt til grund på spaltningsdatoen. Som udgangspunkt vil det bogførings- og regnskabstekniske forhold være afgørende for, hvordan forholdstallet mellem aktiver og forpligtelser deler sig.<sup>109</sup>

SKAT har imidlertid præciseret,<sup>110</sup> at fordelingen af aktiver og forpligtelser ikke må anvendes til at udnytte et af de deltagende selskaber, hvorefter dette efterlades med gælden og ikke får del i aktiverne. I SKATs kommentar<sup>111</sup> præciseres det:

”[...] [som] hovedregel respekterer SKAT en indgået aftale mellem ikke-interesseforbundne parter, idet det må antages, at den fordeling, som parterne har aftalt, er udtryk for handelsværdien.”<sup>112</sup>

Det betyder således, at SKAT anerkender forholdet mellem aktiver og forpligter, samt at disse er overdraget til handelsværdien, så længe de deltagende parter har modstridende interesser.<sup>113</sup> Det lægges altså til grund, at ikke-interesseforbundne parter har modstridende interesser, hvorfor forholdet er selvregulerende. Det er i praksis fastholdt og cementeret, at eksempelvis søskende anses som uafhængige parter, og at spaltninger hvor søskende ikke modtager ensartet spaltningssvederlag, anses for omfattet af den kategori af typetilfælde, hvor der foreligger sådanne modsatrettede interesser, at kravet af denne grund anses for opfyldt.<sup>114</sup>

### 3.6.4. Undtagne transaktioner

I nogle tilfælde vil enkelte transaktioner være uforenelige med skattefrie spaltninger uden tilladelse, idet der forekommer en særligt forhøjet risiko for skatteundgåelse. Nedenstående situationer vil derfor altid kræve en tilladelse.<sup>115</sup>

Der kan således ikke gennemføres en spaltning uden tilladelse, hvis det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager, og en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år uden at have rådet over flertallet af stemmerne og samtidig er eller ved spaltningen bliver selskabsdeltagere i det modtagende selskab, hvor de tilsammen råder over

---

<sup>109</sup> Se eksempelvis SKM2008.763.SR, hvor spaltningen blev godkendt på grundlag af de bogførte værdier i regnskabet.

<sup>110</sup> Jf. SKM2007.917.SKAT, SKATs kommentar til Skatterådets afgørelser i fire sager om skattefri ophørsspaltning af pengetankselskab uden tilladelse fra SKAT.

<sup>111</sup> Jf. SKM2007.917.SKAT, SKATs kommentar til Skatterådets afgørelser i fire sager om skattefri ophørsspaltning af pengetankselskab uden tilladelse fra SKAT.

<sup>112</sup> Herudover er det SKATs opfattelse, at det overordnede formål med bestemmelserne, om at omstruktureringen ikke må anvendes til at fylde det indskydende eller modtagende selskab med gæld og dermed undgå avancebeskatning, ikke finder anvendelse, hvor der foreligger uvildige eksterne vurderinger ved værdiansættelsen, og hvor det indskydende selskab har små gældsposter i forhold til aktivbeholdningen (*pengetankselskab*). Den objektive bedømmelse ved uvildige eksterne vurderinger legitimerer i høj grad spaltningssbalancen, og en spaltning af et pengetankselskab er i sagens natur blot en opdeling af aktiver.

<sup>113</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 108.

<sup>114</sup> Jf. SKM2008.59.SR, hvor Skatterådet accepterede, at aktiverne i spaltningssregnskabet måtte anses for optaget til handelsværdier, dels som følge af, at der ikke foreligger et gavemiljø mellem søskende.

<sup>115</sup> Jf. Wind Andersen, Kim, UFS2009.3355, *Skattefri omstrukturering af selskaber uden tilladelse - nye regler fra 2010*.

flertallet<sup>116</sup> af stemmerne, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 8. pkt.<sup>117</sup> Formålet hermed er at sikre, at det indskydende selskab ikke reelt afstår aktiver til tredjemand uden beskatning via reglerne og skattefri spaltning.

Reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse finder endvidere ikke anvendelse, hvis en selskabsdeltager, der beskattes af aktierne i det indskydende selskab som næringsaktier,<sup>118</sup> og samtidig kan modtage skattefrit udbytte af disse aktier, vederlægges med andet end aktier i det eller de modtagende selskaber, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 9. pkt. Situationen opstår hvis selskabsdeltageren der driver næring ved køb og salg af aktier, vederlægges kontant ved en grenspaltning, idet denne udbetaling må anses for udbytte. En skattepligtig aktieavance på næringsaktier ville herigennem kunne konverteres til et skattefrit udbytte.

Endeligt kan der ikke foretages en skattefri spaltning uden tilladelse, hvis en selskabsdeltager, som udøver bestemmende indflydelse i det indskydende selskab,<sup>119</sup> er hjemmehørende udenfor EU/EØS, eller i en stat som Danmark ikke har en dobbelt-beskatningsoverenskomst med, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 10. pkt. Formålet hermed er at sikre, at der ikke sker en konvertering af en skattepligtig afståelse, der ellers ville skulle beskattes i Danmark hos det indskydende selskab til en aktieavance hos en selskabsdeltager, der ikke er hjemmehørende i Danmark, og som derfor ikke kan beskattes af avancen heraf.

### 3.7. Aktieombytning

Det følger af ABL § 36, stk. 1, 1. pkt., at de deltagende selskaber skal være omfattet af begrebet *selskab*:

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

Der er herefter adgang til at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse, jf. ABL § 36, stk. 6, 1. pkt.:

”Ombytning af aktier efter stk. 1-5 kan gennemføres, uden at der er opnået tilladelse hertil fra told- og skatteforvaltningen.”

De *objektive værnsregler* følger herefter, jf. ABL § 36, stk. 6, 2. pkt. og 3. pkt.:

”Det er en betingelse, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de ombyttede aktier.” (*Kravet om ombytning til handelsværdi*)

”Det er dernæst en betingelse, at det erhvervende selskab ikke afstår aktier i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet.” (*Holdingskravet*)

De *definitoriske* betingelser følger herefter, jf. ABL § 36, stk. 2, 1. pkt.:

”Ved ombytning af aktier, jf. stk. 1, forstås den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, eller, hvis det allerede har et sådant flertal, erhverver

<sup>116</sup> Flertallet skal ses i sammenhæng med definitionen i LL § 2, stk. 2.

<sup>117</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. Udgave, s. 106.

<sup>118</sup> Jf. ABL § 17. Se Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 109.

<sup>119</sup> Jf. bestemmende indflydelse i LL § 2.



en yderligere andel ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum.”

Det er et krav, at det erhvervende selskab skal opnå stemmeflertallet, både *formelt* samt *reelt*. Herved må der ikke være indgået ejeraftaler og aktionæroverenskomster, som flytter den bestemmende indflydelse fra det erhvervende selskab.<sup>120</sup> Der skal endvidere være en *reel* overdragelse af ejendomsretten.

Der kan være adskillige motiver til den holdingdannelse, der forekommer ved en aktieombytning, der ligger ud over de skattemæssige hensyn. Ved en aktieombytning vil selskabsdeltagerne eksempelvis opnå en større risikospredning, hvis de lader det *erhvervede* selskab være driftsselskabet og det *erhvervende* selskab være holdingselskabet.<sup>121</sup> Der kan også forekomme strukturmæssige hensyn, hvorved en aktieombytning kan give mere handlefrihed, herunder også i skatteretlig henseende.<sup>122</sup> I nogle tilfælde tages der for mange hensyn til skattemæssige fordele, og for få hensyn til de øvrige økonomiske fordele. For aktieombytning uden tilladelse er det dog – i udgangspunktet – ikke nødvendigt, at ombytningen er forretningsmæssigt begrundet.<sup>123</sup>

### 3.7.1. Substansløse transaktioner

Det er en betingelse for ombytning af aktier, at holdingselskabet, der *erhverver* en andel i et andet selskab, opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, jf. ABL § 36, stk. 2, 1. pkt. Ved *erhvervelse* må det antages, at der forudsættes en reel overdragelse af ejendomsretten. Hvis der således ikke er tale om en reel overdragelse af ejendomsretten, vil der ikke være tale om en ombytning af aktier, som er omfattet ABL § 36, stk. 2, 1. pkt. Formålet hermed er at imødegå substansløse transaktioner. Bestemmelsen tager efter almindelig skatteretlig praksis sigte på rent formelle dispositioner uden nogen retlig og økonomisk realitet.<sup>124</sup>

*Proforma* aftaler, hvorved en selskabsdeltager eksempelvis kortvarigt opnår stemmeflertal for at opfylde stemmeflertalskravet, vil således være i strid med bestemmelsen.<sup>125</sup>

I Østre Landsrets dom den 12. marts 2003<sup>126</sup>, omhandlede sagen, hvorvidt sagsøgeren reelt havde erhvervet en aktie, hvorved sagsøgeren besad flertallet af stemmerne. Landsretten fandt det bevist, at der på tidspunktet for handelen med ”aktien” mellem parterne forelå en fælles forståelse eller hensigt om, at aktien kort efter skulle tilbageoverdrages. Landsretten lagde afgørende vægt på, at sagsøgeren ikke havde en reel *ejerrådighed* eller *ejerrisiko* vedrørende aktien, hvorfor sagsøgeren hverken reelt eller i skattemæssig henseende kunne anses for at være blevet ejer. Landsretten foretager således en realitetsbedømmelse af forholdet og tilsidesætter den formelle overdragelse i skattemæssig henseende. I det omfang der foretages ombytning af aktier, som reelt er substansløse transaktioner med formålet om at opnå skattefordele, vil de således ikke blive anerkendt i skatteretlig henseende.

<sup>120</sup> Jf. Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 65.

<sup>121</sup> Jf. Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, 1. udgave, s. 20.

<sup>122</sup> Jf. Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, 1. udgave, s. 22. De skattemæssige fordele kunne eksempelvis være muligheden for at modtage skattefrit datterselskabsudbytter, skattefri aktieavance og sambeskatning. Se også Bille, Jane, *Omstrukturering*, 2. udgave, s. 14, hvor der typisk er to faktorer der er afgørende for driftsformen; at kunne fradrage underskud i anden indkomst og behovet for at kunne afgrænse risikoen navnlig i forbindelse med erstatningsansvar.

<sup>123</sup> Jf. Halling-Overgaard, *Generationskifte*, 2. udgave, s. 213.

<sup>124</sup> Jf. Serup, Michael, *Fusionskatteloven med kommentar*, 4. udgave, s. 666.

<sup>125</sup> Jf. TfS 2003.355Ø.

<sup>126</sup> Jf. TfS 2003.355 Ø.

Skattemyndighederne er således ikke hindret i at anlægge en realitetsbedømmelse, uanset at de formelle vilkår er opfyldt. Skattemyndighederne anlægger således en *substance over form*-tilgang. Dermed må det antages, at der alligevel skal foreligge en *forretningsmæssig begrundelse*, selvom dette strider imod udgangspunktet for omstruktureringer uden tilladelse.<sup>127</sup>

### 3.8. Sammenfattende bemærkninger

Som det fremgår af gennemgangen af de mest relevante betingelser for omstruktureringer ovenfor, bliver der i nærværende afhandling skelnet mellem de objektive værnsregler og de definatoriske betingelser, hvorefter eksempelvis holdingkravet,<sup>128</sup> kravet om ombytning til handelsværdi<sup>129</sup> og kravet om forholdet mellem aktiver og forpligtelser<sup>130</sup> kun gælder for omstruktureringer uden tilladelse og derved må karakteriseres som objektive værnsregler. Derimod finder de definatoriske betingelser, som eksempelvis virksomhedskravet<sup>131</sup> anvendelse, uanset om der er tale om en omstrukturering med eller uden tilladelse.

Udgangspunktet, hvorefter de objektive værnsregler og definatoriske betingelser karakteriseres som objektive krav, bekræftes af chefkonsulent i SKAT, Daniell Rosenlund,<sup>132</sup> i den nyudgivne gennemgang af reglerne for skattefri omstruktureringer. Heri skelnes mellem det subjektive spor, hvorefter der skal ansøges om tilladelse, og det objektive spor, hvor der ikke skal søges om tilladelse. Samtidig fremgår det af samme artikel, at der ved bindende svar for omstrukturering uden tilladelse i øvrigt ikke skal fremlægges gyldige forretningsmæssige årsager til den ønskede omstrukturering.

Som det samtidig fremgår af indledningen, lægges der i forarbejderne til vedtagelsen af de objektive værnsregler vægt på formålet, hvorefter det ikke fremover vil være muligt at opnå skattemæssige fordele i en grad, som kan overskygge de realøkonomiske fordele. Samtidig er virksomhederne fri for at sikre sig, at omstruktureringen er forretningsmæssig begrundet, idet alene overholdelsen af værnsreglerne er tilstrækkeligt til at bibeholde adgangen til skattefri omstrukturering. På denne måde kan virksomhederne foretage legal skattetænkning inden for rammerne for de *objektive værnsregler*. Dermed opnår virksomhederne en stor retssikkerhed og gennemsigthed ved skattesystemet.

Ovenstående udgangspunkt kan dog ikke længere opretholdes undtagelsesfrit. Ved iagttagelse af de definatoriske betingelser, har SKAT anlagt en meget udvidende fortolkning af reglerne. Eksempelvis forekommer balancetilpasningskravet indenfor virksomhedskravet som en betingelse, der ikke i sig selv indeholder betydelig plads til formålsfortolkning. Det blev da også fastslået af CJEU, at balancetilpasning er i strid med virksomhedskravet.<sup>133</sup> Selvom dette udgangspunkt var slået fast af CJEU, valgte Skatterådet i medfør af *Novo Nordisk* sagen,<sup>134</sup> at godkende en balancetilpasning under inddragelse af hensynet til, at der ikke ville opnås skattemæssige fordele ved grenspaltningen, samt at forbuddet mod balancetilpasning ikke burde komme selskabet til skade. Nuanceringen af praksis har derved som konsekvens, at den forretningsmæssige begrundelse nu implicit er et krav.

<sup>127</sup> Se dog modsat SKM2008.182.SR, hvor Skatterådet alene bedømte forholdet ud fra en objektiv vurdering.

<sup>128</sup> Jf. ABL § 36, stk. 6, 3. pkt., FUSL § 15 a, stk. 1, 5. pkt. og FUSL § 15 c, stk. 1, 5. pkt.

<sup>129</sup> Jf. ABL § 36, stk. 6, 2. pkt.

<sup>130</sup> Jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 3. pkt.

<sup>131</sup> Jf. FUSL § 15 c, stk. 2, og FUSL § 15 a, stk. 3.

<sup>132</sup> Jf. Rosenlund, Daniell, SR.2015.155, *Skattefri omstrukturering* 2015.

<sup>133</sup> Jf. Tfs 2002.211EUD. (C-43/00).

<sup>134</sup> Jf. Tfs 2000, 329LR.

I flere situationer indgår kravet om en forretningsmæssig begrundelse således som en betingelse, og derved bliver den skattepligtiges hensigt en relevant faktor at inddrage. De subjektive og objektive momenter bliver herved forvekslet, hvilket må anses som en uheldig tendens, idet det væsentligt forringer virksomhedernes retssikkerhed.

Særligt de definatoriske regler bliver gradbøjet, således at situationer, hvor der er risiko for skattefordele, og som er udtryk for skattetænkning, vil kunne fortolkes til at være i strid med de definatoriske regler. Eksempelvis bliver substansløse transaktioner ved aktieombytning tilsidesat, fordi transaktionen ikke skatteretligt kan defineres som en *aktieombytning*.

Det er ikke utænkeligt, at der vil forekomme lignende situationer, hvor SKAT tilsvarende ikke vil anerkende omstruktureringer, hvis det formelle og reelle grundlag ikke stemmer overens, og virksomhederne herved forsøgte at opnå utilsigtede skattefordele. De objektive regler bliver herved tilføjet et subjektivt islæt. Dette er imidlertid principielt i strid med formålet med de objektive regler.

Med andre ord er der ikke længere tale om statiske betingelser, som kan opfyldes ved en ren objektiv gennemgang af sagen. SKAT foretager derimod en konkret vurdering af sagen, hvor selskabernes bevæggrunde og hensigter inddrages som væsentlige momenter. Dette må anses som en uheldig udvikling.

Udviklingen kan være en konsekvens af, at firkantede og uflexible værnsregler som eksempelvis holdingkravet, ikke vil være i stand til at omfatte alle tænkelige skatteforhold, hvorfor det er nødvendigt i mange tilfælde at fortolke reglerne udvidende, for at der ikke opstår u hensigtsmæssige skattemæssige *smuthuller*. Dette medfører dog, at udgangspunktet, hvor en skattepligtig alene kunne efterleve de objektive værnsregler, ikke længere vil være tilstrækkeligt. Virksomhederne skal således være påpasselige og altid sikre sig, at skattefordele ved omstruktureringen ikke overstiger de øvrige forretningsmæssige, kommercielle, realøkonomiske, strukturelle eller organisationsmæssige fordele.

De hidtidige gældende regler beskrevet i nærværende afsnit er nu blevet suppleret af omgængelsesklausulen i LL § 3, stk. 1 og 2. Det afgørende spørgsmål er nu herefter, hvilken betydning dette fremover vil få for de objektive værnsregler og definatoriske betingelser.

## 4. Omgængelses- og realitetsbetragtninger

Skattemyndighederne og domstolene har generelt ikke været forhindret i at anlægge omgængelses- og realitetsbetragtninger. I mange henseender tilsidesætter skattemyndighederne det formelle grundlag for en virksomheds dispositioner.<sup>135</sup> Den teoretiske diskussion bag realitetsgrund sætningen er omfattende, hvorfor den ikke behandles intensivt i nærværende afsnit.<sup>136</sup>

Det fremgår eksempelvis af lovforslaget til LL § 3,<sup>137</sup> at:

"Der findes ikke en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug i dansk skattelovgivning. Efter dansk (rets)praksis sker beskatningen efter der er foretaget en bedømmelse af, hvad der faktisk er sket. Det betyder, at tomme og kunstige skattebetingede dispositioner kan tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i for-

<sup>135</sup> Retspraksis for omgængelses- og realitetsbetragtninger er ganske omfattende, hvorfor der alene fremhæves et par af de mest afgørende domme.

<sup>136</sup> Jf. eksempelvis Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 15. udgave, s. 140ff.

<sup>137</sup> Lovforslag til l. 167, s. 12.

hold til den modstående realitet. Dansk skatteret er altså grundlæggende helt på linje med internationalt gældende principper om ”*substance over form*”.”

Det følger af den almindelige lære om *rette indkomstmodtager*, at skattemyndighederne har adgang til at sætte ind overfor forsøg på at omgå beskatning.<sup>138</sup> Med hjemmel i STL §§ 4-6 gav Højesteret i kraft af *Havnemølle* dommen<sup>139</sup> skattemyndighederne adgang til at tillægge omgåelses- og realitetsbetragtninger afgørende betydning.

Realitetsbetragtninger slog også igennem i *Helgestrand* dommen,<sup>140</sup> hvor en rejsebureau-direktørs ejerskab af fly alene ansås som formelt, hvorefter der ikke var fradragsret for et opstået driftsunderskud. Landsretten udtalte, at aftalerne alene var indgået med hensigt at tilvejebringe et formelt medejersforhold for sagsøgeren uden nogen økonomisk indsats eller risiko, og uden nogen adgang for sagsøgeren til at råde over anparten.

Ligeledes er Højesterets dom af 24. august 2007<sup>141</sup> værd at nævne. Sagen omhandlede, hvorvidt en kommanditist havde fradrag for renteudgifter i forbindelse med et kommanditselskabs deltagelse i ejendomsinvesteringsprojekt. Højesteret fandt, at gældsforholdet ikke var udtryk for en reel gældsforpligtigelse. Under hensyn til fraværet af realitet i de foretagne dispositioner tiltrådte Højesteret, at der ej heller kunne indrømmes fradrag for løbende ydelser for kommanditisterne.

Det er fælles for de nævnte domme, at realitetsbetragtningerne reelt afgør sagens udfald. Disse domme omhandlede henholdsvis udbyttebeskatning, skattemæssige afskrivninger og fradrag for renteudgifter, som ikke umiddelbart har nogen umiddelbare og afgørende fælles-træk. Dette må betyde, at hvis det underliggende forhold er uden realitet, har skattemyndighederne en næsten ubegrænset mulighed for at omgøre forholdet, og derved fratage skatteyder de skattemæssige fordele, som var skabt ved de indholds- og substansløse dispositioner. Denne konflikt mellem det skatteretlige grundlag og civilretlige grundlag indebærer, at en skatteyder, der udnytter det civilretlige grundlag til at opnå en skattefordel kan afskæres herfra, ved at skattemyndighederne foretager en formålsfortolkning ud fra dispositionens reelle indhold.<sup>142</sup>

Der er således ikke noget der taler imod, at omgåelses- og realitetsbetragtninger ikke også kan få umiddelbar og afgørende betydning ved afgørelsen af, om skatteyderen kan opnå de fordele der følger af FSD,<sup>143</sup> eller om skatteyderen fratages disse fordele under forudsætningen af, at skatteyderen alene har foretaget en omstrukturering med formålet om at opnå en skattefordel. Det må herefter være en betingelse for at foretage skattefrie omstruktureringer, at omstruktureringen ikke er foretaget med henblik på at opnå en skattefordel, samt hvor grundlaget for omstruktureringen forekommer indholds- og substansløst, som derved ikke afspejler den økonomiske virkelighed.

På den anden side fastslog CJEU i *Kofoed* sagen:<sup>144</sup>

<sup>138</sup> Jf. Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 15. udgave, s. 921f.

<sup>139</sup> Jf. U.1960.535H.

<sup>140</sup> Jf. U.1982.738Ø.

<sup>141</sup> Jf. U.2007.2838H.

<sup>142</sup> Jf. Pedersen, Jan, U 2003,111, *Form og indhold i dansk skatteret*.

<sup>143</sup> Jf. C-321/05, præmis 44-46, hvorefter CJEU fastslår, at hver medlemsstat ikke nødvendigvis behøver at vedtage lovgivning for at gennemføre et direktiv i national ret, hvorefter også retsgrundsætninger skal tages i betragtning.

<sup>144</sup> Jf. C-321/05, præmis 33.

”Det skal fastslås, at der i hovedsagen ikke er nogen indicier i sagsakterne, der viser, at det omhandlede udbytte udgjorde en integrerende del af den modydelse, som Dooralong skulle erlægge for erhvervelsen af Cosmopolit, hvilket er en nødvendig forudsætning for at kunne kvalificere det som en >kontant udligningssum<.”

I *Kofoed* sagen fik realitetsbetragtninger ikke afgørende betydning for sagens udfald, idet der ikke var et konkret bevis for, at udbyttebetalingen udgjorde en *kontant udligningssum*, også selvom det var klart for enhver, at hele transaktionen havde til formål at undgå udbyttebeskatningen i Danmark.

Det skal dog samtidig nævnes, at det ikke er tilstrækkeligt til at tilsidesætte en disposition i skatteretligt henseende, at dispositionen udelukkende eller hovedsageligt er foretaget i skattebesparelses- eller skatteundgåelsesøjemed, hvis dispositionen i øvrigt er juridisk bindende og foretaget på armslængdevilkår.<sup>145</sup> I TfS 1997, 506 H tilsidesatte Højesteret eksempelvis Landsrettens dom,<sup>146</sup> hvorefter Højesteret fandt, at en låneoptagelse havde karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition til finansiering af virksomhedens drift, således at der ikke var grundlag for at frakende lånet skattemæssig betydning.

En lovfæstet omgåelsesklausul gør sig gældende i tilladelsessystemet, hvorved der alene kan opnås tilladelse til at foretage en skattefri spaltning, tilførsel af aktiver eller ombytning af aktier, hvis hovedformålet ikke er skatteundgåelse, og hvis der kan dokumenteres en forretningsmæssig begrundelse. Dette behandles nærmere nedenfor i CJEU's skatteundgåelsesklausul under afsnit 5.3.2.1.

Derudover er den omfattende omgåelsesklausul i LL § 3 en realitet, hvorefter den ulovfæstede og dommerskabte realitetsgrundsætning formentlig vil få en mindre fremtrædende rolle. Se en analyse heraf straks nedenfor under afsnit 5.

## 5. Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2

### 5.1. Indledende bemærkninger

Afhandlingen søger at belyse området for værnsregler og betingelser for skattefrie omstruktureringer uden tilladelse. Med vedtagelsen af LL § 3 er der skabt et nyt retsområde for omgørelse af skattefrie omstruktureringer som er foretaget med hjemmel i FSD.

LL § 3<sup>147</sup> er en udmøntning af en politisk aftale indgået den 12. december 2014 mellem regeringen, DF, SF og EL om indførelse af en international omgåelsesklausul i dansk skatteret.

Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 (egne fremhævninger):<sup>148</sup>

Stk. 1. **Skattepligtige** har ikke de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater og **direktiv 2009/133/EF** om en fælles beskatningsordning 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 som implementeret i dansk lovgivning, til **arrangementer eller serier af arrangementer**, der er tilrettelagt med det **hovedformål eller der som et af**

<sup>145</sup> Jf. Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 15. udgave, s. 146.

<sup>146</sup> Jf. TfS 1996, 263 Ø.

<sup>147</sup> Ved Lov nr. 540 af 29. april 2015

<sup>148</sup> LL § 3, stk. 3 og 4 er udeladt af nærværende afhandling.

**hovedformålene** har at opnå en **skattefordel**, som **virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne**, og som **ikke er reelle** under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

## 5.2. Baggrund og formål

Med forslaget om en skattemæssig omgåelsesklausul gennemførte Rådet<sup>149</sup> direktivet 2015/121/EU den 27. januar 2015 ved ændring af direktivet 2011/96/EU, om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber. Med dette direktiv blev medlemsstaterne forpligtet til at implementere en obligatorisk bestemmelse om misbrug af MDD. Ved en merimplementering valgte det danske Folketing at indføre en intern skattemæssig omgåelsesklausul, som tillige skulle gælde for RRD samt FSD.

Grundlaget og hjemlen for at indføre en sådan omgåelsesklausul skal findes i art. 5 i RRD og art. 15 i FSD. Medlemslandene kan afskære skatteydere fra at opnå direktivets fordele, hvis en transaktion er i strid med nationale eller aftalebaserede omgåelsesklausuler. I medfør heraf kan Danmark således nægte at anvende FSD, hvis formålet bag en omstrukturering er *skatteunddragelse* eller *skatteundgåelse*. Heri ligger der et meget bredt anvendelsesområde. Skatteundgåelse og skatteunddragelse er imidlertid forskellige situationer, idet skatteunddragelse sigter på kriminelle forhold, imens skatteundgåelse i højere omfang er et synonym for *skattetænkning* eller *skatteoptimering*. Skatteundgåelse er dog som udgangspunkt ikke strafbart.

### 5.2.1. Behandlingen af lovforslaget

Skatteministeren<sup>150</sup> fremsatte i marts 2015 et lovforslag,<sup>151</sup> som indeholdt en udmøntning af en aftale fra december 2014 om en styrket indsats mod skattely. Aftaleparterne<sup>152</sup> var enige om, at grænseoverskridende skatteunddragelse og brugen af skattelykonstruktioner er en betydelig udfordring for det internationale samfund. Ordfører for Socialdemokraterne<sup>153</sup> fremfører følgende ved behandlingen i Folketinget:

”Vi ønsker også at indføre den omgåelsesklausul, [...] i forhold til rente/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet. Vi vil nemlig gerne gå endnu længere, end aftalen med EU forpligter, og det gør vi altså ved at indføre klausulen på flere områder, end EU-aftalen forpligter, for vi synes ikke, at der skal være mulighed for at omgå nogen af de tre direktiver.”

Ordfører for Liberal Alliance<sup>154</sup> er kritisk overfor lovforslaget og bemærker følgende ved behandlingen i Folketinget:

”Det her lovforslag støtter vi ikke, fordi det indeholder to ting, som vi er meget kritiske overfor. Der er en international omgåelsesklausul, hvor vi er meget betænkelige ved retssikkerheden. Omgåelsesklausulen indeholder det aspekt, at selv om virksomheder gør ting og sager, som ikke i sig selv er ulovlige, skal der kunne sidde folk i

<sup>149</sup> Det Europæiske Råd.

<sup>150</sup> Benny Engelbrecht.

<sup>151</sup> Lovforslag nr. L 167, fremsat den 20. marts 2015.

<sup>152</sup> Regeringen, Dansk folkeparti, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten.

<sup>153</sup> Jf. Astrid Krav, kl.13.11.

<sup>154</sup> Jf. Ole Birk Olesen, kl. 13.27.

SKAT og vurdere, hvorvidt samspillet mellem de forskellige ikke-ulovlige ting alligevel har karakter af en eller anden form for omgåelse, og at man derfor skal kunne komme efter virksomheden. Det synes vi er at åbne en ladeport for vurderinger, som ikke er nedfældet i loven.”

De to modstridende hensyn i behandlingen af lovforslaget er således dels at begrænse muligheden for at omgå direktiverne og heroverfor spørgsmålet om retssikkerheden ved at udforme en bred og uforudsigelig omgåelsesklausul.

Det har længe været en generel diskussion inden for skatteretten, om lovgiverne skal udforme brede og fleksible skatteregler, og derved overlade en betydelig kompetence til skattemyndighederne, eller om retsreglerne skal være udformet mere specifikt.<sup>155</sup> Indtil indførelsen af LL§ 3 har danske skatteregler generelt være udformet som specielle værneregler, for så vidt angår omstruktureringer.<sup>156</sup>

Teoretisk kan der rettes en kritik imod, at skatteretlig regeldannelse overlades i det væsentlige til skatteforvaltningen.<sup>157</sup> Det kan dog være nødvendigt at overlade et skøn, hvorved man undlader at detailregulere, som der ofte ses eksempler på i skattelovgivning. En mere bred lovregulering sikrer derfor en mindre kompleks og i nogen henseende mere gennemskuelig lovgivning. Det bør dog være et krav, at lovgivningsmagten fastlægger grundprincipperne for anvendelsen af bestemmelserne, hvorefter skatteforvaltningen fastsætter det nærmere anvendelsesområde, som i sidste ende efterprøves af domstolene.

I øvrigt forekommer det uheldigt at navngive lovpakken indeholdende LL § 3 som *Skattelypakken*. Dansk Erhverv<sup>158</sup> bemærker tilsvarende, at det er påfaldende, at man lovgivningsmæssigt opererer med begrebet *skattelypakke*, når man ikke i skatteministeriet eller fra anden officiel side har offentliggjort en fast definition på, hvilke lande der regnes som *skattely*.<sup>159</sup> Tilslørede selskaber på eksotiske adresser uden reelt indhold med formål at hemmeligholde skattepligtige avancer for de danske skattemyndigheder udgør uden stor tvivl et *skattely*. Det kan herved tilføjes, at FSD hovedsageligt finder anvendelse på omstruktureringer af selskaber indenfor EU. Medlemsstaterne inden for EU vil dog næppe blive betragtet som *skattely*. De politiske aftaleparter virker tilsyneladende til at være en anelse begrebsmæssigt forvirrede.

Skatteministeren erkender da også usikkerheden i rækkevidden af skattepakken ved afslutningen af behandlingen af lovforslaget.<sup>160</sup>

”Det er selvfølgelig svært at sige om de forslag, som vi nu behandler generelt, hvad provenuet er af disse tiltag, men den styrkede indsats mod skattely vil kunne gøre, at der i visse år opstår betydelige forbedringer på de her områder.”

Med andre ord er Skatteministeren overbevist om, at der vil være forbedringer på området. Skatteministeren er blot ikke klar over hvilke forbedringer, endsige i hvilken størrelsesorden provenuet vil være. En beslutning om at indføre generelle misbrugsregler i national dansk

<sup>155</sup> Se afsnit 2.3 for en uddybende behandling heraf.

<sup>156</sup> De objektive værneregler har eksempelvis sørget for at imødegå skatteundgåelse. Modsat må tilladelsessystemet betragtes som et generelt og vagt hjemmelsgrundlag for at nægte adgang til at foretage skattefrie omstruktureringer.

<sup>157</sup> Jf. Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 15. udgave s. 108f.

<sup>158</sup> Jf. Dansk Erhvervs hørings svar af den 20. februar.

<sup>159</sup> Jf. Skatteministeriet svarer hertil i kommentaren til høringssvaret, hvorefter ministeren fastslår, Danmark støtter en fælles EU-sortlistning af lande, der ikke opfylder de internationale standarder for god forvaltningspraksis

<sup>160</sup> Jf. Skatteminister Benny Engelbrecht, kl. 13.32.

lovgivning bør basere sig på grundige analyser og overvejelser, især da omgåelsesklausulen er en decideret nyskabelse inden for dansk skatteret. Derfor vil det også medføre en række betydelige afgrænsningsproblemer.

FSR<sup>161</sup> anerkender i sin kommentar nødvendigheden af at vurdere, om skattelovgivningens værneregler er tilstrækkelige til at dæmme op for snyd og omgåelse, og om fornødent foretage justeringer af reglerne. FSR udtaler dog, at det er vigtigt, at det til enhver tid sker ved en nøje afvejning af det konkrete værnshensyn og hensynet til borgerens retssikkerhed, herunder i særdeleshed at værnereglerne udformes på en sådan måde, at der ikke hersker unødigt uklarhed om, i hvilke tilfælde og i hvilke situationer værnereglerne finder anvendelse. Forudsigelighed og klarhed er helt centrale elementer i retssikkerheden. Dernæst påpeger FSR, at Skatteministeriet bør foretage en mere præcis beskrivelse og uddybning af, hvorledes de centrale begreber i lovforslaget efter Skatteministeriets opfattelse skal afgrænses.

### 5.3. Anvendelsesområde

Det bemærkes i lovforslaget til LL § 3, at omgåelsesklausulen vil finde anvendelse, uanset om der er tale om grænseoverskridende omstrukturering med eller uden tilladelse.<sup>162</sup> Samtidig anføres det i bemærkningerne til lovforslaget, at indførelsen af omgåelsesklausulen ikke begrænser de i forvejen gældende muligheder for at tilsidesætte eller omkvalificere på andet grundlag.

#### 5.3.1. Et selvstændigt indhold og forholdet til EU-retten

Ved EU-rådsmødet i januar 2015 vedtog Rådet en ændring af MDD, hvorved medlemslandene var forpligtet til at indføre en fælles minimumsregel om bekæmpelse af misbrug vedrørende MDD.<sup>163</sup> For Danmarks vedkommende blev samme bestemmelse indført for RRD og FSD, hvilket medlemsstaterne ikke var forpligtet til.

##### 5.3.1.1. Merimplementering af EU-direktiv

I høringsvarerne blev især spørgsmålet om *EU-konformitet* et centralt emne, da eksempelvis *Danske Advokater* mente, at man ikke vil have en EU-konform fortolkning af reglerne i RRD og FSD ved udbredelsen af omgåelsesklausulen fra MDD.<sup>164</sup> Skatteministeriet tog til genmæle i kommentaren hertil og anførte, at der er tale om implementering af bestemmelser i overensstemmelse med bemyndigelserne i direktiverne.<sup>165</sup>

Kommissionen varslede 2012, at den ville overveje at implementere omgåelsesklausuler i MDD, RRD og FSD, hvilket imidlertid kun har ført til en fælles omgåelsesklausul i MDD. Det fremgår af afrapporteringen fra ECOFIN<sup>166</sup> i december 2014, at formandskabet under behandlingen af kommissionens forslag til ændring af RRD har foreslået, at ændringsforslaget skulle udvides med en omgåelsesklausul i lighed med den netop vedtagne for MDD. Heri ligger der dog intet om, at ordlyden af en eventuel omgåelsesklausul for RRD skal være enslydende med den, der findes i MDD. Det er heller ikke ensbetydende med, at der foreløbig bliver indført en fælles omgåelsesklausul for FSD.

I relation til de udfordringer der udspiller sig ved udbytteudlodninger internt i EU mellem koncernforbundne selskaber, virker det naturligt at have en fælles omgåelsesklausul. Det kan

<sup>161</sup> Jf. FSR Danske Revisorer, *Henvendelse vedr. LI67*.

<sup>162</sup> Jf. Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.I.4.1.5.

<sup>163</sup> Jf. SU 2015, 203, *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen*.

<sup>164</sup> Jf. Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Dansk Erhverv, s. 12-13.

<sup>165</sup> Det må antages at der henvises til art. 15 i fusionsskattedirektivet.

<sup>166</sup> Jf. Rådsmødet for økonomi- og finansministre.



fra en umiddelbar betragtning være fornuftigt at have en fælles praksis på *beneficial owner* problematikken.<sup>167</sup>

Under alle omstændigheder har et flertal i det danske Folketing ment, at det har været nødvendigt at anvende en progressiv tilgang, hvorefter der allerede er vedtaget en fælles omgængelsesklausul for MDD, RRD og FSD, idet Folketinget har antaget, at der i fremtiden alligevel vil blive gennemført en tilsvarende ordning i EU. Folketinget har her søgt at foregribe fremtidige lovforslag fra EU's side.

I de øvrige medlemslande er en generel omgængelsesklausul i øvrigt ikke en nyskabelse. Som det fremgår af Kommissionens oplæg af den 19. december 2014,<sup>168</sup> var der på det pågældende tidspunkt kun 4 medlemslande,<sup>169</sup> der ikke havde introduceret en generel skatteretlig omgængelsesklausul i national ret. Problemet opstår dog heller ikke ved selve vedtagelsen af en omgængelsesklausul. Problemet opstår i det omfang, der ikke er klarhed over anvendelsesområdet for bestemmelsen, og i det omfang det kompromitterer allerede gældende værneregler.

### 5.3.1.2. Indholdet af omgængelsesklausulen

Det relevante spørgsmål for nærværende afhandling er, hvordan omgængelsesklausulen skal anvendes i relation til FSD.<sup>170</sup>

Hertil skal der hentes vejledning fra bemærkningerne til lovforslaget, kommentar til høringsvar, den juridiske vejledning samt diverse juridiske artikler på området. I sidste ende vil det være op til domstolene at fastlægge anvendelsesområdet, men der vil formentlig gå op til flere år, før domstolene får anledning hertil.

Virksomheder, som vil være genstand for omgængelsesklausulen, vil dog have en væsentlig interesse i at vide, i hvilket omfang de kan agere i grænseoverskridende omstruktureringer. Det er således nødvendigt som minimum at fastlægge retningslinjerne for anvendelsen af omgængelsesklausulen.

I praksis vil det som udgangspunkt være således, at domstolene anvender en form for prioritering af retskildematerialet. I første instans vil domstolene fortolke lovens ordlyd, og hvis dette ikke skaber klarhed, vil domstolene herefter tillægge lovens forarbejder betydning ved lovfortolkningen.<sup>171</sup>

## Kumulative betingelser

En umiddelbar sproglig forståelse af LL § 3, stk. 1 og 2 medfører, at bestemmelsen opstiller tre kumulative betingelser.<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten* 2, 6. Udgave, s. 327. Se også lovforslaget til L 167, bilag 1, s. 13.

<sup>168</sup> Jf. EUROPEAN COMMISSION, PLATFORM FOR TAX GOOD GOVERNANCE, *Discussion paper on General Anti-Abuse Rules (GAAR)*, af 19/12 2014.

<sup>169</sup> Danmark, Østrig, Holland og Polen.

<sup>170</sup> I medfør af det centrale emne for nærværende afhandling vil anvendelsesområdet for MDD og RRD holdes uden for analysen.

<sup>171</sup> Se også TFS1993,209Ø, hvor Landsretten udtaler: ” Enhver fortolkning, som gik ud over en lovs ordlyd, måtte – navnlig når det var en lovbestemmelse, der regulerede skattebetalinger – af retssikkerhedsmæssige grunde kræve klar støtte i lovens forarbejder.”

<sup>172</sup> Jf. Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.I.4.1.1.

Der skal således være tale om arrangementer, eller serier af arrangementer, som:

for det første skal være tilrettelagt med det hovedformål eller som et af hovedformålene af *opnå en skattefordel*,

for det andet skal virke mod *indholdet eller formålet med direktiverne*,

for det tredje *ikke er reelle*.

### **Ordlyden af LL § 3, stk. 1 og 2**

For det første skal der være tale om arrangementer, eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller som et af hovedformålene at *opnå en skattefordel*.

Heri må det antages at være en betingelse, at omstruktureringen også skal tilstræbe et yderligere formål end alene opnåelsen af en skattefordel. Det antages at øvrige anerkendte formål eksempelvis kan være strukturforenkende, besparelsesmæssige eller forretningsmæssige formål. At omstruktureringen ikke i det væsentlige må forfølge skattefordele, følger eksempelvis af Ligningsrådets argumentation i forbindelse med *Novo Nordisk* sagen,<sup>173</sup> som er gennemgået under afsnit 3.5.1.1. Heri fandtes der ikke at tilgå *Novo Nordisk* væsentlige skattefordele under hensyntagen til de forretningsmæssige fordele.

Opnåelse af en skattefordel er dog ikke i sig selv ensbetydende med, at skattemyndighederne kan afslå tilladelse til at foretage en skattefri omstrukturering. Dette følger eksempelvis af *Leur-Bloem* sagen. I *Leur-Bloem* blev det fastslået, at direktivets fordele finder anvendelse, uanset om begrundelsen for transaktionen måtte være finansiel, økonomisk eller rent skattemæssig.<sup>174</sup>

For det andet skal der være tale om arrangementer, eller serier af arrangementer, *som virker mod indholdet eller formålet med FSD*.

Det følger af præambelen til FSD, at omstruktureringer i forskellige medlemsstater kan være nødvendige for, at der i EU kan skabes vilkår, der svarer til vilkårene i et indre marked. Disse transaktioner bør ikke hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler.<sup>175</sup> FSD medfører en skattemæssig neutralitet, hvorefter virksomhederne kan tilpasse sig vilkårene i det indre marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt. Formålet med FSD er således, at det skal sikre, at omstruktureringer ikke beskattes, men samtidig tilgodese de finansielle interesser i den medlemsstat, hvor det indskydende eller erhvervende selskab er hjemmehørende. CJEU angiver i *Kofoed*-sagen:<sup>176</sup>

”Formålet med fusionsskattedirektivet består i at fjerne skattemæssige hindringer for grænseoverskridende omstruktureringer af virksomheder ved på den ene side at sikre, at stigninger i værdien af selskabsandele ikke beskattes, før de faktisk realiseres, og på den anden side undgå, at transaktioner; hvorved der realiseres betydelig kapitalvinding i forbindelse med en ombytning af selskabsandele, der undrages beskatning, blot fordi de indgår i en omstrukturering.”

---

<sup>173</sup> Jf. TfS 2000, 329LR.

<sup>174</sup> Jf. C-28/95 A, præmis 36.

<sup>175</sup> Jf. Direktiv 2009/133, præambel.

<sup>176</sup> Jf. C-321/05, præmis 32.

*For det tredje* skal der være tale om arrangementer, eller serier af arrangementer, som *ikke er reelle*.

I medfør af LL § 3, stk. 2, betragtes arrangementer eller serier af arrangementer, som *ikke er reelle*, i det omfang de ikke er tilrettelagt af *velbegrundede kommercielle årsager*, der *afspejler den økonomiske virkelighed*. Der må heri antages at være en henvisning til *substance over form* princippet, som i dansk retspraksis giver udslag i realitetsgrundsætningen. Der ligger heri tilsvarende en formodning for, at hvis transaktionen ikke er tilrettelagt af *velbegrundede kommercielle årsager*, der *afspejler den økonomiske virkelighed*, vil det skabe en formodning for, at forholdene ikke er *reelle*, og dermed skabe en formodning for, at hensigten ved omstruktureringen var at opnå en skattefordel.<sup>177</sup>

## **Lovforslaget og hørings svar**

Det fremgår af lovforslaget:<sup>178</sup>

”[...] indførelsen af en omgåelses klausul begrænser [ikke] de gældende muligheder for at tilsidesætte eller omkvalificere på andet grundlag.”

Det fremgår videre:<sup>179</sup>

”Omgåelses klausulen anvendes for at imødegå arrangementer, der i deres helhed ikke er reelle.”

Under samme afsnit fremgår det:

”[...] anvendelsen af regler om bekæmpelse af misbrug bør stå i et rimeligt forhold til målet og tjene det specifikke formål at imødegå arrangementer eller serier af arrangementer, som ikke er reelle, dvs. ikke afspejler den økonomiske virkelighed. Dette er tilfældet, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.”

Lovforarbejderne indeholder således kun en række meget generelle udtalelser om rækkevidden af de helt centrale termer ”*velbegrundende kommercielle årsager*” samt ”*afspejler den økonomiske virkelighed*”.

Derudover fremgår det af lovforslaget, at Skatteministeren i kommentarerne til hørings svaret fra FSR bekræfter, at begrebet *skattepligtig* omfatter både fysiske og juridiske personer.<sup>180</sup> Det fremgår desuden af lovforslaget,<sup>181</sup> at omgåelses klausulen vil finde anvendelse, hvad enten den grænseoverskridende omstrukturering er foretaget med eller uden tilladelse.

FSR sætter spørgsmålstegn ved forholdet mellem omgåelses klausulen og den EU-retlige praksis på området for skatteundgåelse. Således anfører FSR:<sup>182</sup>

”Skatteministeriet bedes bekræfte, at omgåelses klausulen vedrørende EU-direktiverne ses at være en direkte ordret implementering af den omgåelses klausulen, der indsættes i moder/-datterselskabs direktivet, og som efter FSRs opfattelse må antages at bygge på den EU-retlige misbrugs doktrin, der er udviklet i EU-domstolens praksis”

<sup>177</sup> Jf. C-321/05, præmis 37.

<sup>178</sup> Jf. Lovforslag nr. L 167, fremsat den 20. marts 2015, 3.3.5 *Lovforslaget*.

<sup>179</sup> Jf. Lovforslag nr. L 167, fremsat den 20. marts 2015, s. 17-19.

<sup>180</sup> Jf. Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.I.4.1.2.

<sup>181</sup> Jf. Lovforslag nr. L 167, fremsat den 20. marts 2015, 3.3.5 *Lovforslaget*. Se også Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.I.4.1.5.

<sup>182</sup> Jf. Svar på hørings svar fra FSR af 30/3 2015 til lovforslag L 167 2014/2015.

Hvortil Skatteministeriet svarer:

”Omgåelsesklausulen er i nogen udstrækning inspireret af domspraksis.”

FSR ønsker endvidere svar på, hvordan Skatteministeriet forstår ”*velbegrundede kommercielle årsager*” og ”*afspejler den økonomiske virkelighed*”, hvortil Skatteministeriet svarede:<sup>183</sup>

”Som nævnt ovenfor er vendingerne i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis. Domstolen har fortolket den lignende tankegang i fusionsskattedirektivet. Som et eksempel herpå kan nævnes C-126/10,<sup>184</sup> hvor det af EU-domstolens præmisser fremgår vedrørende anvendelsen af fusionsskattedirektivet, ”at i tilfælde af en fusion mellem to selskaber inden for samme koncern kan den omstændighed, at det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke udøver nogen virksomhed, ikke rår der over nogen finansielle andele og alene overfører store skattemæssige tab, af ubestemt oprindelse, til det overtagne selskab, udgøre en formodning for, at transaktionen ikke er foretaget ud fra ”forsvarlige økonomiske betragtninger”, i denne bestemmelses forstand, selvom transaktionen har en positiv virkning på koncernens strukturelle omkostninger.”

Heri må det antages, at skatteministeriet lader sig inspirere af CJEU's praksis, herunder den i praksis udviklede skatteundgåelsesklausul (*misbrugsdoktrin*). Det fremgår dog ikke særligt klart, om omgåelsesklausulen fuldt ud følger CJEU's praksis, idet omgåelsesklausulen kun *i nogen grad* er inspireret heraf. Det må dog stadigvæk anses som det væsentligste fortolkningsbidrag, idet der heri *i nogen grad* kan fastlægges retningslinjer for anvendelsesområdet af den danske omgåelsesklausul.

Det skal bemærkes, at omgåelsesklausulen ikke må fortolkes imod skatteundgåelsesklausulen i FSD, idet der foreligger en generel forpligtelse til at fortolke de danske regler EU konformt.

Endvidere fremgår det af kommentarerne til diverse høringssvar, at omgåelsesklausulen skal fortolkes i overensstemmelse med ordlyden af MDD. Omgåelsesklausulen må således forudsættes at skulle fortolkes i overensstemmelse med fortolkningen af den enslydende art. 1, stk. 2-3, der blev indført i MDD den 27. januar 2015.

### 5.3.2. Samspelet mellem omgåelsesklausulen og EU-retten

Som nævnt ovenfor, fremgår det af diverse høringssvar, at omgåelsesklausulen skal fortolkes i overensstemmelse med ordlyden af MDD.

I et arbejdsdokument fra Kommissionen af den 25. november 2013,<sup>185</sup> som ligger til grund for ændringen af MDD, henvises der til CJEU's udviklede skatteundgåelsesklausul, idet der specifikt refereres til *Kofoed*-sagen,<sup>186</sup> *Zwijnenburg*-sagen<sup>187</sup> og *Foggia*-sagen.<sup>188</sup> Formålet bag ændringen af MDD var, at medlemsstaterne var forpligtet til at indføre en fælles omgåelsesklausul, hvorefter en ensartet retsanvendelse også ville følge.

<sup>183</sup> Jf. Svar på høringssvar fra FSR af 30/3 2015 til lovforslag L 167 2014/2015.

<sup>184</sup> Jf. C-126/10.

<sup>185</sup> Jf. Commission staff working document – impact assessment, den 25. november 2013.

<sup>186</sup> Jf. C-321/05.

<sup>187</sup> Jf. C-352/08.

<sup>188</sup> Jf. C-126/10.

Heraf kan udledes, at den nærmere rækkevidde af ændringen af MDD og dermed også omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1 og 2 skal fastlægges på baggrund af skatteundgåelsesklausulen udviklet af CJEU, som særligt kommer til udtryk i ovennævnte afgørelser.

Idet samtlige af disse sager omhandler skatteundgåelsesartiklen i FSD,<sup>189</sup> må det herefter ligeledes antages, at termerne ”*velbegrundede kommercielle årsager*” og ”*afspejler den økonomiske virkelighed*” skal fortolkes i overensstemmelse med begrebet ”*gyldige forretningsmæssige årsager*”,<sup>190</sup> som findes anvendt i FSDs art. 15, og som samtidig er citeret i samtlige ovennævnte domme.

Hertil skal bemærkes, at rækkevidden af LL § 3, stk. 1 og 2 ikke må gå ud over skatteundgåelsesklausulen i FSD, idet dette i så fald ville være en overtrædelse heraf.<sup>191</sup>

### 5.3.2.1. Retspraksis ved CJEU

Første gang skatteundgåelsesklausulen blev fortolket var i forbindelse med *Leur-Bloem*.<sup>192</sup> Sagen omhandlede en aktieombytning, hvorved en anpartshaver, der var eneaktionær og direktør i de erhvervede selskaber, blev eneaktionær og direktør i det erhvervende selskab. Derved kunne eventuelle tab modregnes inden for en samlet skattemæssig enhed.<sup>193</sup> De væsentlige konsekvenser af *Leur-Bloem* blev overordnet, at adgangen til at foretage skattefri omstrukturering efter FSD beror på et retskrav, uanset om begrundelsen måtte være økonomisk, finansiel eller skattemæssig. Derudover er skattemyndighederne forpligtet til at foretage en konkret og samlet undersøgelse af transaktionen, og må således ikke fastsætte og anvende generelle kriterier, hvorefter visse transaktioner automatisk bliver afskåret fra at opnå de skattefordele der gælder efter FSD.<sup>194</sup>

#### *Hans Markus Kofoed*

I *Kofoed* sagen<sup>195</sup> blev skatteundgåelsesklausulen nærmere afgrænset.

Sagen vedrørte en aktieombytning. Hans Markus Kofoed og hans medaktionær ejede hver 50% af et selskab, der skulle deltage i en aktieombytning med et nyanskaffet irsk holdingselskab. Umiddelbart efter aktieombytningen blev en betydelig del af egenkapitalen i det danske selskab udloddet til det irske holdingselskab og videreudloddet til aktionærerne. Da det på daværende tidspunkt var Irland, der havde beskatningsretten til udbytter, omgik aktionærerne derved den strengere danske udbyttebeskatning. De danske skattemyndigheder anså aktieombytningen og den efterfølgende udlodning som en samlet og forudsat transaktion, hvorefter skattemyndighederne kvalificerede udbytteudlodningen som en kontant udligningssum. Da den kontante udligningssum oversteg det daværende krav på 10%, opfyldte aktieombytningen ikke betingelserne for at opnå skattefrihed.

Som CJEU allerede havde haft anledning til at præcisere,<sup>196</sup> bemærkede CJEU indledningsvist, at FSD finder anvendelse, uanset begrundelsen for transaktionen måtte være finansiel,

---

<sup>189</sup> Jf. FSD art. 15.

<sup>190</sup> Herunder ”forsvarlige økonomiske betragtninger”, som det hed i den daværende art. 11. Det må antages at anvendelsesområdet herfor er nogenlunde det samme, og begreber forekommer som synonymmer.

<sup>191</sup> I foråret 2002 anlagde skattedepartementet eksempelvis en generel nyfortolkning med et ønske om at ændre praksis, jf. udkast til afgørelse om fusionskatteloven, fra foråret 2002. Da man senere måtte indse, at dette ville stride imod skatteundgåelsesklausulen udviklet af CJEU, skete der ingen praksisændring.

<sup>192</sup> Jf. C-28/95.

<sup>193</sup> Jf. C-28/95, præmis 7.

<sup>194</sup> Jf. Serup, Michael, *Fusionskatteloven med kommentarer*, 4. udgave, s. 66.

<sup>195</sup> Jf. C-321/05.

<sup>196</sup> Jf. C-28/95.

økonomisk eller rent skattemæssig.<sup>197</sup> Forudsætningsvist vil dette medføre, at en pengeydelse, som det erhvervende selskab erlægges til selskabsdeltagere i det erhvervede selskab, ikke må kvalificeres som en *kontant udligningssum*, hvis dette alene er på baggrund af en vis tidsmæssig forbindelse. Det vil således påhvile skattemyndighederne at undersøge i hvert enkelt tilfælde, om den omhandlende ydelse, under inddragelse af de konkrete omstændigheder, har karakter af en bindende aftalt modydelse, som skal erlægges til gengæld for erhvervelsen.<sup>198</sup>

CJEU fastslår herefter, at der i sagen ikke fandtes indicier, der viser, at udbyttet udgjorde en integreret del af modydelsen, som skulle erlægges for erhvervelsen, hvilket var en nødvendig forudsætning for at kvalificere det som en *kontant udligningssum*. På den baggrund fandt CJEU ikke, at udbyttet kunne indgå i beregningen af den kontante udligningssum, og derved var der ikke grundlag for at nægte adgangen til at foretage en skattefri aktieombytning.<sup>199</sup>

Dommen fastslår, at en omstrukturering i medfør af FSD er defineret ved objektive betingelser, hvorved omgåelses- og realitetsbetragtninger ikke kan indgå som den væsentlige del af det konkrete afgørelsesgrundlag. Særligt de efterfølgende dispositioner må ikke uden videre omkvalificere transaktionen.

Afslutningsvist fastslår CJEU, at art. 15, stk. 1, litra a i FSD<sup>200</sup> afspejler det fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug. Fællesskabsbestemmelserne kan derfor ikke udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, dvs. transaktioner som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men som alene har et retsstridigt formål om at opnå fordele hjemlet i fællesskabsretten.<sup>201</sup> Samtidig bliver det fastslået, at medlemsstaterne kun *undtagelsesvist* og i *særlige tilfælde* kan afslå helt eller delvist at anvende direktivets bestemmelser.<sup>202</sup>

### **Zwijnenburg**

CJEU gentager de samme fortolkningsprincipper i *Zwijnenburg*,<sup>203</sup> som blev gjort gældende i *Leur-Bloem* og *Kofoed*.

Sagen omhandler et generationsskifte af en virksomhed mellem forældre og børn, hvis primære aktiv var en fast ejendom. Generationsskiftet blev struktureret som en fusion, hvor et af hovedformålene var at undgå transaktionsbeskatning på den faste ejendom, idet fusion ikke medførte transaktionsbeskatning i modsætning til en almindelig overdragelse af den faste ejendom, der ville have medført et transaktionsgebyr. Den nationale klagemyndighed fandt, at den finansielle konstruktion var kunstig, som alene tjente til at udnytte de skattemæssige fordele, som var forbeholdt virksomhedsfusioner, hvorefter parterne ikke havde ret til at anvende fordele i FSD.

CJEU fandt ligesom i *Kofoed*, at skatteundgåelsesklausulen som undtagelsesbestemmelsesbestemmelse skal fortolkes indskrænkende under hensyn ordlyden, formålet og den sammenhæng, hvori den indgår.<sup>204</sup>

---

<sup>197</sup> Jf. C-321/05, præmis 30.

<sup>198</sup> Jf. C-321/05, præmis 31.

<sup>199</sup> Jf. C-321/05, præmis 33-35.

<sup>200</sup> Jf. Daværende artikel 11, stk. 1, litra a.

<sup>201</sup> Jf. C-321/05, præmis 38.

<sup>202</sup> Jf. C-321/05, præmis 37.

<sup>203</sup> Jf. C-352/08.

<sup>204</sup> Jf. C-352/08, præmis 46.

CJEU fastslår, at FSD ikke finder anvendelse på de i sagen omhandlede skatter, og at skatteundgåelsesklausulen kun kan anvendes overfor den beskatning, som FSD sikrer fritagelse fra.<sup>205</sup> Dvs., at FSD kun sikrer fritagelse fra skatter som eksempelvis *kapitalvindingskatter*,<sup>206</sup> som udløses overfor selskaberne og selskabsdeltagerne i forbindelse med en omstrukturingsproces.

Herefter kan en medlemsstat, med henvisning til FSD art. 15, stk. 1, litra 1, ikke nægte de fordele, der gælder i medfør af FSD, hvis det drejer sig om skatter, som indirekte udløses ved en omstrukturering. På samme måde vil der ikke kunne opkræves eksempelvis stempelafgift i Danmark under henvisning til skatteundgåelsesklausulen. Det samme vil i øvrigt også gælde andre skatter og afgifter, der relaterer sig omstruktureringer. Der vil dog ikke være noget til hinder for at indføre specielle værnsregler for sådanne situationer. Dette skal naturligvis ske under hensyntagen til EU-retten og især etableringsfriheden, idet enhver diskrimination herimod potentielt kan stride imod de frie bevægeligheder,<sup>207</sup> med mindre det konkret kan retfærdiggøres ved *Gebhard*-testen eller som følge af tvingende almene hensyn.<sup>208</sup>

I øvrigt fremhævede Generaladvokaten<sup>209</sup> en bemærkelsesværdig betragtning i sit forslag til afgørelse:<sup>210</sup>

”Der vil således ofte være flere lovlige muligheder at vælge mellem, når man skal gennemføre et legitimt forretningsmæssigt projekt, men nogle af disse muligheder vil være skattemæssigt gunstigere end andre. At de pågældende ender med at vælge den skattemæssigt mest fordelagtige løsning, er ikke tilstrækkeligt til, at de har gjort sig skyldig i skatteunddragelse i henhold til artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434.”

Hermed understreges det, at der ikke i udgangspunktet er noget galt i at anvende skattemæssige begrundelser for en valgt omstrukturingsstruktur. Dette er således i tråd med afgørelserne i *Leur-Bloem* og *Kofoed*. Der er ikke noget til hinder for at søge den optimale løsning, både hvad end det angår den skattemæssige, funktionsmæssige, organisationsmæssige og forretningsmæssige løsning. Dette skal ses komparativt med den situation, hvor skatteyderen vælger at investere i fast ejendom frem for værdipapirer for at være underlagt den mest lempelige beskatning.

Det må herefter være op til medlemsstaterne at fastsætte konkrete og specifikke regler, der kan dæmme op for et muligt misbrug, i det tilfælde hvor der forekommer skattemæssige modeller, som virker mere fordelagtige end andre.

### **Foggia**

I den seneste afgørelse,<sup>211</sup> giver CJEU et væsentligt fortolkningsbidrag til kriteriet *forsvarlige økonomiske betragtninger*.<sup>212</sup>

---

<sup>205</sup> Jf. C-352/08, præmis 52-53.

<sup>206</sup> Jf. C-352/08, præmis 51.

<sup>207</sup> Jf. eksempelvis *Centros*, C-212/97, hvor en sekundær etableringsret ikke måtte nægtes under henvisning til at selskabet ønskede at omgå reglerne for minimumskapital.

<sup>208</sup> Jf. *Gebhard*, C-55/94, hvor Domstolen opstiller betingelserne for en undtagelse fra de frie bevægeligheder.

<sup>209</sup> J. Kokott.

<sup>210</sup> Jf. Præmis 44.

<sup>211</sup> Jf. C-126/10.

<sup>212</sup> Ordlyden af art. 15, stk. 1, litra a er nu forandret og vedrører *gyldige forretningsmæssige årsager*, som uanset den anderledes udformning må antages at omfatte de samme situationer som *forsvarlige økonomiske betragtninger*.

Sagen omhandlede det portugisiske selskab Foggia, som ved en fusion overtog en koncern, der blandt andet inkluderede tre portugisiske holdingselskaber. Foggia anmodede de portugisiske myndigheder om tilladelse til at udnytte et skattemæssigt tab, som de overtagne selskaber havde konstateret, men endnu ikke havde afskrevet. De portugisiske myndigheder nægtede tilladelse til overførsel af fradrag for driftstab fra det ene holdingselskab med henvisning til skatteundgåelsesklausulen, idet fusionen ikke var baseret på forsvarlige økonomiske betragtninger. De portugisiske myndigheder henviste til, at det pågældende selskab var oplyst med at forvalte en beholdning af kapitalinteresser. Derudover havde selskabet praktisk talt ikke haft en indtjening ved sine aktiviteter og havde alene investeret i værdipapirer. Endeligt var det ikke klargjort hvorfra selskabets skattemæssige underskud stammede.

De portugisiske myndigheder fandt ikke, at der forelå *forsvarlige økonomiske betragtninger* ved, at fusionen ville nedsætte koncernens samlede udgifter til administration.

CJEU fastslog, ligesom i de førnævnte domme, at en fusion, der bygger på flere uafhængige formål, kan være baseret på forsvarlige økonomiske betragtninger, selvom om skattemæssige betragtninger indgår, dog under hensyntagen til at de skattemæssige betragtninger ikke er fremherskende.<sup>213</sup>

Herefter fastslår CJEU, at det ikke i sig selv er afgørende, om det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke længere udøvede nogen virksomhed som holdingselskab, at det ikke længere rådede over finansielle andele, og at det overtagende selskab tilsigtede at overtage det overtagne selskabs skattemæssige tab.<sup>214</sup>

Det vil dog være således, at den omstændighed at det overtagne selskab er uden aktiver, men har et meget stort skattemæssigt underskud, og hvor det ikke er klargjort, hvorfra det skattemæssige underskud stammer, kan udgøre et indicium for skattesvig eller skatteunddragelse.<sup>215</sup> En fusion, der gør det muligt at nedsætte de administrative omkostninger, kan i sig selv forfølge forsvarlige økonomiske betragtninger, men i en situation, hvor de skattemæssige fordele langt overstiger de administrative besparelser, vil dette ikke i sig selv udgøre en forsvarlig økonomisk betragtning.<sup>216</sup>

Det må herefter antages, at de skattemæssige fordele skal være det væsentligste hensyn ved en omstrukturering, og langt overstige de øvrige forretningsmæssige begrundelser for en omstrukturering, hvis en medlemsstat skal kunne nægte en virksomhed at benytte fordelene som muligøres af FSD.

Endeligt nævner CJEU, at *omstrukturering eller rationalisering*<sup>217</sup> er eksempler på forsvarlige økonomiske betragtninger. Dog vil marginale besparelser på administrationsomkostninger ikke være tilstrækkeligt til at kvalificere en legitim omstrukturering. De konkrete omstændigheder vil være udslagsgivende for, om der foreligger de nødvendige forretningsmæssige

---

ger, på trods af at *økonomiske betragtninger* ud fra en objektiv fortolkning må antages at have et større anvendelsesområde end *forretningsmæssige årsager*.

<sup>213</sup> Jf. C-126/10, præmis 35.

<sup>214</sup> Jf. C-126/10, præmis 39.

<sup>215</sup> Efter ændringen af den danske sproglige udgave af FSD, hvor *skatteundgåelse* har erstattet *skattesvig*, må det derfor også antages at samme situation kan udgøre et indicium for *skatteundgåelse*.

<sup>216</sup> Jf. C-126/10, præmis 47.

<sup>217</sup> Jf. C-126/10, præmis 45.



begrundelser eller forsvarlige økonomiske betragtninger bag en gennemført omstrukturering.<sup>218</sup>

### Sammenfattende bemærkninger

CJEU har givet et væsentlig bidrag til forståelsen af skatteundgåelsesklausulen i medfør af ovenstående domme. CJEU fastslår overordnet, at skatteundgåelsesklausulen i art. 15 skal fortolkes indskrænkende i dens formål og ordlyd.<sup>219</sup>

Et afslag på fordele efter FSD er således undergivet nogle nærmere afgrænsede betingelser. Skattemyndighederne er forpligtet til at foretage en undersøgelse på baggrund af en konkret samlet vurdering af sagens omstændigheder. Skattemyndighederne må ikke anvende generelt fastsatte kriterier i bedømmelsen.<sup>220</sup> Dermed bliver skattemyndighederne forpligtet til at foretage en grundig undersøgelse i den konkrete transaktion. Hvis transaktionen ikke er begrundet i forretningsmæssige årsager, vil der på den anden side opstå en formodning for, at der er tale om skatteundgåelse. Dette må dog ikke uden videre medføre et afslag.

CJEU fastslår også, at de transaktioner der er indeholdt i FSD, skal defineres ud fra objektive kriterier, der som udgangspunkt skal vurderes ud fra bestemmelsernes juridiske indhold, og ikke uden videre kan fortolkes udvidende ud fra formåls- eller helhedsbetragtninger.<sup>221</sup> En transaktion kan således ikke uden videre omkvalificeres skatteretligt på grund af efterfølgende dispositioner. Det vil endvidere kræve meget klare beviser, hvilket eksempelvis ikke var tilfældet i *Kofoed* sagen.

Dernæst fastslår CJEU, at skatteundgåelsesklausulen alene finder anvendelse på skatter som er omfattet af direktivet.<sup>222</sup> Medlemsstaterne kan således ikke nægte retten til skattefritagelse for at sikre skatter, som ikke i sig selv er omfattet af direktivet.

Dernæst fastslås det, at en omstrukturering i medfør af direktivet kan være baseret på adskillige formål, herunder både forsvarlige økonomiske og skattemæssige.<sup>223</sup> Der må herefter foretages en konkret vurdering af, om de forretningsmæssige hensyn er de væsentlige og ikke fortrænges af opnåelsen af utilsigtede skattemæssige fordele.

Konkluderende antages det herefter, at det er tilladt at anvende skatteundgåelsesklausulen, hvor de skattemæssige hensyn fortrænger de forretningsmæssige hensyn. Det er dog fortsat en konkret vurdering, hvor en sådan grænse skal findes. Grænsen må formentlig ventes at blive afgrænset endnu skarpere af CJEU. Dette vil således også fastlægge anvendelsesområdet for brugen af LL § 3, stk. 1 og 2.

### 5.3.3. Samspillet med de objektive værnsregler og definatoriske betingelser

Det fremgår af lovforslaget:<sup>224</sup>

”Omgåelsesklausulen vil finde anvendelse, hvad enten den grænseoverskridende omstrukturering er foretaget med eller uden tilladelse”

<sup>218</sup> Jf. C-28/95, der fastslog at der ikke måtte fastsættes en generel administrativ praksis, hvorefter nogle situationer automatisk forekom uden forsvarlige økonomiske betragtninger.

<sup>219</sup> Jf. C-28/95 og C-321/05.

<sup>220</sup> Jf. C-28/95.

<sup>221</sup> Jf. C-321/05.

<sup>222</sup> Jf. C-352/08.

<sup>223</sup> Jf. C-126/10.

<sup>224</sup> Jf. Lovforslag nr. L 167, fremsat den 20. marts 2015, 3.3.5 *Lovforslaget*.

Der er et åbenlyst misforhold mellem LL § 3, stk. 1 og 2 og de objektive værnsregler. Misforholdet består i, at der ikke vil være grund til at følge de objektive værnsregler, hvis omstruktureringen alligevel er underlagt en subjektiv fortolkning i medfør af omgåelsesklausulen, hvorefter et selskab er tvunget til at dokumentere, at en omstrukturering er foretaget ud fra *velbegrundede kommercielle årsager*, og ikke alene af skattemæssige hensyn. Hermed er hele grundlaget og formålet bag de objektive værnsregler fortrængt af LL § 3, stk. 1 og 2.

Det væsentlige formål ved de objektive værnsregler består netop i, at selskaberne ikke skal begrunde en omstrukturering i kommercielle hensyn, men alene skal sørge for at efterleve de forudsigelige objektive regler.

Den teoretiske konsekvens heraf er, at SKAT med henvisning til omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1 og 2 vil kunne søge at tilsidesætte forudsatte skattemæssige konsekvenser af transaktioner, der i øvrigt foretages i overensstemmelse med de objektive værnsregler.

Spørgsmålet er dog hvordan LL § 3, stk. 1 og 2 vil blive anvendt i praksis, i tilfælde hvor en omstrukturering er foretaget uden tilladelse og hvor de objektive værnsregler overholdes.

Da det som altovervejende hovedregel bør have formodningen imod sig, at sådanne transaktioner udgør et misbrug, bør en anvendelse af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1 og 2 skulle begrænses til *pro forma* arrangementer, hvor den underliggende realitet ikke svarer til transaktionens ydre form.

Herefter indtager omgåelsesklausulen stillingen som en *residualbestemmelse*. Den logiske følge er herefter, at omgåelsesklausulen således kun vil blive anvendt, hvor ingen af de øvrige skatteregler finder anvendelse. Dette ville også harmonere med *lex specialis*, hvorefter den specielle regel går forud for den generelle, hvis de i øvrigt har samme anvendelsesområde. Dette princip finder dog ikke umiddelbart støtte i forarbejderne til LL § 3, hvor det alene fremgår at "*omgåelsesklausulen vil finde anvendelse, hvad enten den grænseoverskridende omstrukturering er foretaget med eller uden tilladelse*".

I medfør af *lex posterior*, hvorefter den yngste af to i udgangspunktet ligeværdige love går forud for den ældste, ville det medføre, at LL § 3, stk. 1 og 2 går forud for de objektive værnsregler. *Lex posterior* finder dog tilsvarende ikke umiddelbar støtte i forarbejderne. Ud fra disse betragtninger, må det antages at både LL § 3, stk. 1 og 2 og de objektive værnsregler skal anvendes simultant.

Der er dog fortsat ikke garanti for, at omgåelsesklausulen ikke vil blive søgt anvendt i tilfælde, hvor omstruktureringen er foretaget uden tilladelse og hvor de objektive værnsregler efterleves, men hvor selskaberne ikke har dokumentation for, at en omstrukturering er tilrettelagt ud fra velbegrundede kommercielle hensyn.

Det må samtidig antages, at reglerne om omstrukturering uden tilladelse fremover formentlig vil få et mindre anvendelsesområde, fordi transaktionen gøres mere uforudsigelig og risikabel. Når der ikke længere er en garanti for en skattefri omstrukturering ved eksempelvis at efterleve holdingkravet, vil anvendelsen heraf være begrænset. Det er i forvejen en væsentlig forpligtelse for selskaberne at leve op til holdingkravet, og hvis fordelene herfor reelt ikke længere vil eksistere, vil incitamentet til at overholde kravet forsvinde.

De objektive værnsregler, som eksempelvis holdingkravet, sættes reelt ud af kraft og kan få den følge, at værnsreglerne erstattes af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1 og 2.

Det må forventes, at SKAT vil efterprøve og udnytte muligheden for at opnå et højere skatteprovenu, ved at søge at udvide grænserne for anvendelsen af LL § 3.

Det bemærkes, at LL § 3 kun relaterer sig til grænseoverskridende omstruktureringer.<sup>225</sup> Det må dog forudsættes i medfør af Fællesskabsretten, at praksis vedrørende danske omstruktureringer i stor udstrækning vil tilstræbe at følge praksis ved grænseoverskridende omstruktureringer, idet dette modsætningsvist kunne være i strid med eksempelvis etableringsfriheden, jf. TEUF 49 og 55.

Selskaberne vil fremover være tvunget til at udvise større agtpågivenhed, idet alle arrangementer eller dele af arrangementer skal tilrettelægges ud fra dokumenterbare og velbegrundede kommercielle årsager. Dette kan også være medvirkende til, at virksomhedernes retssikkerhed forringes i væsentlig grad, fordi virksomhederne ikke på forhånd kan sikre sig at opfylde vilkårene for at foretage en skattefri omstrukturering uden tilladelse.

Endeligt bør Skatteministeriet snarest udstede en vejledning, hvor der nærmere redegøres for, hvorledes en omstrukturering uden tilladelse kan gennemføres – og samtidig opnå den ønskede skattefrihed – for at afklare den usikkerhed, der er opstået. Det er ikke hensigtsmæssigt at udstede nylovgivning, som skal finde anvendelse på et retsområde, hvor der i forvejen gælder regler, uden at give en vejledning om sammenspillet her imellem.

#### 5.3.4. Samspelet med realitetsgrundsætningen

Som det fremgår under afsnit 4, forudsætter realitetsgrundsætningen, at der foreligger en klar uoverensstemmelse mellem den indre realitet og den ydre formelle fremtoning.<sup>226</sup> En omgørelse af den skattemæssige omstrukturering efter LL § 3 forudsætter, at en omstrukturering ikke er tilrettelagt ud fra velbegrundende kommercielle hensyn, med hovedformålet eller som et af hovedformålene at opnå en skattefordel. Det antages derfor, at der vil være et større område for sager vedrørende omstruktureringer, der ikke er tilrettelagt ud fra *velbegrundende kommercielle årsager* end for sager, hvor der er en klar uoverensstemmelse mellem den indre realitet og den ydre formelle fremtoning.

Det fremgår også af lovforslaget, at den nye bestemmelse i direktivet vil kunne have et bredere anvendelsesområde end den nuværende retspraksis.<sup>227</sup>

Som det tillige fremgik af *Kofoed*,<sup>228</sup> kunne realitets- og omgørelsesbetragtninger ikke få afgørende betydning for sagens udfald. Det bemærkes dog af CJEU,<sup>229</sup> at almindelige bestemmelser eller retsgrundsætninger, hvorefter der gælder et forbud mod retsmisbrug, principielt kan fortolkes i overensstemmelse med skatteundgåelsesklausulen i FSD. Det er således ikke udelukket, at den danske realitetsgrundsætning kan finde anvendelse på skatteforhold i relation til misbrug af fordele efter FSD.

Hvis der eksisterer en lovfæstet bestemmelse, som omfatter de samme situationer som en ulovfæstet retsgrundsætning, vil den lovfæstede regel gå forud. Dette er også i overensstemmelse med *lex specialis*. Ud fra forudsigeligheds- og retssikkerhedsbetragtninger, bør ulovfæstede retsgrundsætninger desuden alene skulle anvendes, hvor dette findes nødvendigt og hensigtsmæssigt.

<sup>225</sup> Jf. Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.I.4.1.4.

<sup>226</sup> Jf. Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 6. udgave, s. 149-150, samt TfS1997,506H.

<sup>227</sup> Lovforslag til L. 167, s. 12.

<sup>228</sup> Jf. C-321/05, præmis 33.

<sup>229</sup> Jf. C-321/05, præmis 44-46.

Der vil som følge heraf formentlig ikke være et fremtidigt anvendelsesområde for realitetsgrundsætningen, da det må formodes at omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1 og 2 vil omfatte de samme forhold, som var omfattet af realitetsgrundsætningen.

Det bemærkes, at der kun henvises til skatteforhold vedrørende grænseoverskridende omstruktureringer. Der vil naturligvis være et behov for en realitetsgrundsætning i relation til øvrige skatteforhold.

#### 5.4. Administration og bevisbyrden

Det påhviler SKAT at foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurderingen af, hvorvidt transaktionen udgør et misbrug.<sup>230</sup> Dette må være i overensstemmelse med den uskrevne retsgrundsætning i *officialmaksimen*,<sup>231</sup> hvorefter en sag skal undersøges af myndigheden så langt, som det er nødvendigt i det enkelte tilfælde for at træffe en forsvarlig afgørelse.<sup>232</sup> Skattemyndighederne er underlagt en *undersøgelsespligt* ved administrationen af LL § 3, stk. 1 og 2. Det kan suppleres, at det også påhviler borgeren af medvirke til sagens oplysning.

Det vil påhvile skattemyndighederne at dokumentere, at der er tale om et arrangement med det formål at opnå en skattemæssig fordel, der virker mod indholdet og formålet med direktiverne.<sup>233</sup> Udgangspunktet vil herefter være, at bevisbyrden påhviler skatte-myndighederne.

Herefter vil det påhvile den skattepligtige at godtgøre, at transaktionen er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.<sup>234</sup>

Spørgsmålet er herefter, i hvilket omfang det påhviler myndighederne at fastslå, at der er tale om et arrangement med det formål at opnå en skattemæssig fordel, der virker mod indholdet og formålet med direktiverne. Afledt heraf skal det undersøges, om der i praksis vil forekomme en omvendt bevisbyrde.

En skattefordel, der virker mod indholdet eller formålet i et direktiv, gør sig gældende ved en omstrukturering, hvorved der realiseres en betydelig kapitalgevinst, der efterfølgende undrages beskatning, hvor omstruktureringen er *midlet* hertil og ikke *målet* i sig selv.<sup>235</sup> På den anden side er formålet med FSD netop at udligne eller neutralisere skatteforhold, som ville hæmme enhver grænseoverskridende aktivitet ved omstrukturering.<sup>236</sup> Det må herudaf udledes, at hvis det kan påvises, at skatteyderen har foretaget en omstrukturering alene for at opnå skattefordele, må det påhvile skatteyderen at påvise, at arrangementet er tilrettelagt med velbegrundende kommercielle årsager.

Hvis en omstrukturering udelukkende er foretaget med formål om at undgå beskatning, vil der næppe være rum for velbegrundede kommercielle årsager. Dette understøttes ligeledes af *officialmaksimen*, herunder at skatteyderen er forpligtet til at bidrage til sagens oplysning. I medfør heraf, må skattemyndighederne være forpligtet til at påse alle sagens faktiske omstændigheder, herunder om der forekommer andre formål end alene de skattemæssige. Det

---

<sup>230</sup> Jf. lovforslaget til L 167, bilag 1, s. 21.

<sup>231</sup> Jf. Weil, Dimitri, *Toldret og retssikkerhed*, 1. udgave, s. 93.

<sup>232</sup> Jf. Weil, Dimitri, *Toldret og retssikkerhed*, 1. udgave, s. 94, jf. Justitsministeriets vejledning nr. 11740 af 4. december 1986 om forvaltningsloven, pkt. 199.

<sup>233</sup> Jf. Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.I.4.1.6., samt lovforslaget til L 167, bilag 1, s. 18.

<sup>234</sup> Jf. Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.I.4.1.6., samt lovforslaget til L 167, bilag 1, s. 18.

<sup>235</sup> Jf. C-321/05, præmis 32.

<sup>236</sup> Jf. C-321/05.

kan således ikke umiddelbart antages, at der i medfør af LL § 3, stk. 1 og 2 i *almindelighed* forekommer en *omvendt bevisbyrde*.

I det tilfælde, hvor skattemyndighederne fastslår, at der er tale om et arrangement med det formål at opnå en skattemæssig fordel, der virker mod indholdet og formålet med direktiverne, skal skatteyderen påvise de velbegrundede kommercielle årsager. Dette kan være begrundet i adskillige formål, herunder organisatoriske, strukturelle, økonomiske eller andre kommercielle formål. Dog kan de ikke være begrundet i marginale omkostnings-besparelser i administrationen.<sup>237</sup>

Bestemmelsens brede og vage formulering skal dog tages i betragtning, og det er således ikke utænkeligt, at der vil være en risiko for, at skattemyndighederne vil føle sig nødsaget til at prøve grænserne for LL § 3, stk. 1 og 2, hvilket kan føre til mange sager.

Det kan også være relevant at overveje, om det er urealistisk høje krav at stille til skattemyndighederne, at de skal inddrage alle relevante faktiske forhold, herunder også forhold der indikerer velbegrundede kommercielle årsager. Der findes adskillige tilfælde på skattesager, hvor skattemyndighederne mere eller mindre bevist ignorerer nogle af sagens væsentligste oplysninger for at få medhold i egne påstande, uanset at de principielt er underlagt officialmaksimen.

### 5.5. Implikationer og retsvirkninger

Som det fremgår af behandlingen af lovforslaget, sigter LL § 3, stk. 1 og 2 mod misbrug af FSD, og søger samtidig at skabe grundlaget for et større skatteprovenu i statskassen.

Det fremgår af flere høringsvar, at der antages kun at eksistere få tilfælde af misbrug. En aggressiv skattelovgivning vil ramme alt for bredt, og vil være til skade for virksomheder, der generelt alene søger at efterleve de pågældende regler, hvilket i praksis har vist sig som en noget kompliceret opgave.<sup>238</sup> Det bemærkes, at LL § 3, stk. 1 og 2 ikke kun finder anvendelse i situationer, hvor virksomhederne prøve at omgå beskatning, men generelt finder anvendelse, hvor en omstrukturering ikke er foretaget af velbegrundede kommercielle hensyn. Det er ikke umiddelbart en forudsætning for anvendelse af LL § 3, at der bevist er forsøgt omgåelse. Det er således ikke utænkeligt, at virksomheder kan blive omfattet af omgåelses-klausulen, fordi de ikke formår at dokumentere de efterspurgte velbegrundede kommercielle hensyn, men uden der foreligger en egentlig hensigt om at omgå skattereglerne.

LL § 3 må generelt antages at ramme de virksomheder, som ikke besidder tilstrækkelige ressourcer til at risikofædække deres skatteforhold. Det vil således ramme de svage virksomheder, som enten ikke evner at løfte opgaven på egen hånd, eller som ikke har råd til at afsætte midler til skatterådgivning. *Tax Compliance* vil herefter blive en endnu større passivpost i virksomhedernes driftsudgifter, som i øvrigt ikke skaber nævneværdig reel værdi for virksomheden set ud fra et driftsmæssigt perspektiv.

Hvis skattemyndighederne formår at påvise, at omstruktureringen alene er foretaget ud fra hensigten om at opnå skattefordele, kan det blive meget svært – i nogle tilfælde umuligt – at påvise en reel og velbegrundet hensigt på tidspunktet for omstruktureringen.

En anden konsekvens af omgåelsesklausulen kunne vedrøre udenlandske virksomheders generelle tiltro til det danske skattesystem og den deraf følgende manglende lyst til at indgå i

---

<sup>237</sup> Jf. C-126/10.

<sup>238</sup> Jf. Lovforslaget til L 167, fremsat den 20. marts 2015, bilag 1, s. 14.

en grænseoverskridende omstrukturering. I et tænkt eksempel, hvor et selskab fra England har valgt mellem en fusion med et dansk selskab eller et tysk selskab, vil et engelsk selskab i fremtiden formentlig være mindre tilbøjeligt til at vælge det danske, forinden der sker en afklaring af anvendelsesområdet for LL § 3, stk. 1 og 2, med risiko for yderligere beskatning. Det engelske selskab vil være i tvivl om, hvorvidt de skattemæssige fordele i en omstrukturering vil overstige de forretningsmæssige, hvis transaktionen af skatte-myndighederne antages at være omfattet af LL § 3, stk. 1 og 2.

Summen af alle disse betragtninger er, at retssikkerheden for virksomheder med internationale aktiviteter i en række henseender er usikker og derfor bør genovervejes.

Endeligt forekommer det paradoksalt og bizart, at der påføres virksomhederne endnu en risiko at reducere de skattemæssige fordele, som er hjemlet i FSD, idet det grundlæggende formål med FSD er, at *”fjerne skattemæssige hindringer for grænseoverskridende omstruktureringer af virksomheder”*.<sup>239</sup>

## 6. Konklusion

Det hidtidigt gældende system for skattefrie omstruktureringer uden tilladelse, hvorefter de involverede parter er forpligtet til at efterleve et sæt objektive værnsregler, har gennem en årrække været genstand for fortolkning af de danske skattemyndigheder. Retstilstanden har rykket sig, og de objektive værnsregler synes kun at bevare deres objektive tilsnit i det omfang, skattemyndighederne finder det hensigtsmæssigt.

Samtidig er en ny omgåelsesklausul indført for grænseoverskridende skattefrie omstruktureringer i LL § 3. Idet omgåelsesklausulen udtrykkeligt finder anvendelse på omstruktureringer uden tilladelse, vil der uundgåeligt opstå sager i grænseområdet, hvor de danske skattemyndigheder vil søge at afgrænse anvendelsesområdet for LL § 3.

Misforholdet mellem de hidtidigt gældende objektive værnsregler og LL § 3 risikerer derfor fremover at medføre et mindre ønske om at benytte adgangen til en skattefri omstrukturering uden tilladelse, fordi det er for uforudsigeligt, hvilke skattemæssige konsekvenser det vil medføre. Uforudsigeligheden og uigennemsigtheden i skattesystemet kan risikere at medføre utilsigtede konsekvenser for de involverede selskaber i grænseoverskridende omstruktureringer. Det kan potentielt samtidig have den virkning, at Danmark fremover vil blive et mindre attraktivt land at udøve virksomhed i, hvilket principielt kan være i modstrid med formålet bag FSD, som sigter på at *fjerne skattemæssige hindringer for grænseoverskridende omstruktureringer af virksomheder*.

---

<sup>239</sup> Jf. C-321/05, præmis 32.

# Litteraturliste

## Domme og afgørelser

- SKM2003.574LSR
- SKM2007.172SR
- SKM2007.488SR
- SKM2007.529SKAT
- SKM2007.530
- SKM2007.917SKAT
- SKM2008.59SR
- SKM2008.182SR
- SKM2008.601SR
- SKM2008.609SR
- SKM2008.763SR
- SKM2009.44SR
- SKM2009.58SR
- SKM2009.484HR
- SKM2010.210SR
- SKM2011.43SR
- SKM2011.302LSR
- SKM2011.360SR
- SKM2012.504SR
- SKM2014.246SR
- SKM2014.422HR
  
- TFS 1993, 209Ø
- TFS 1996, 263Ø
- TFS 1996, 924LR
- TFS 1997, 506H
- TFS 1997, 661LR
- TFS 1998, 119LR
- TFS 2000, 329
- TFS 2002, 211EUD
- TFS 2003, 355Ø
  
- U.1960.535H
- U.1982.738Ø
- U.2007.2838H
  
- H2015.196/2013
  
- C-55/94, *Gebhard*
- C-28/95, *Leur-Bloem*
- C-212/97, *Centros*
- C-43/00, *Andersen og Jensen*
- C-321/05, *Hans Markus Kofoed*
- C-352/08, *Zwijnenburg*

- C-126/10, *Foggia*

## Bøger

- Bille, Jane m.fl., *Omstrukturering*, 2. udgave
- Dam, Henrik m.fl., *Grundlæggende skatteret*, 8. udgave
- Daniel, Bugge m.fl., *Grundlæggende EU-RET*, 2. udgave
- Fogh, Karen, m.fl., *Selskabsbeskatning*, 26. udgave
- Gam, Henrik m.fl., *International beskatning*, 2. udgave
- Halling-Overgaard, Søren m.fl., *Generationsskifte og omstrukturering*
- Halling-Overgaard, Søren og Sølvkær Olesen, Birgitte, *Generationsskifte, Det skatteretlige grundlag ved generationsskifte og omstrukturering*, 2. udgave
- Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 15. udgave
- Michelsen, Aage m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 16. udgave
- Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 6. udgave
- Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 2*, 6. udgave
- Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 3*, 6. udgave
- Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 4*, 6. udgave
- Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 7. udgave
- Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 2*, 7. udgave
- Pedersen, Jan, *Skatte & afgiftsstrafferet*, 3. udgave
- Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, 1. udgave
- Ross, Alf, *Om Ret og Retfærdighed*, 2. udgave
- Serup, Michael, *Fusionsskatteloven med kommentarer*, 4. udgave
- Sørensen, Karsten Engsig, *Selskabsstrukturer: joint ventures, koncerner, grænseoverskridende mobilitet og omstruktureringer*, 1. udgave
- Terkilsen, Lars Kjærgård, *Frit valg af etableringsform*, 1. udgave
- Werlauff, Erik, *Selskabsskatteret 2012*, 13, 14. udgave

## Artikler

- Englisch, Joachim, *NATIONAL MEASURES TO COUNTER TAX AVOIDANCE UNDER THE MERGER DIRECTIVE*
- Jørgensen, Vicki, SU 2012, 1, *Grænseoverskridende fusion*
- Jørgensen, Vicki, TfS 2009, 835, *Status vedrørende betingelserne for skattefrie omstruktureringer efter skattereformen*
- Kjær, Susanne, TfS 2014, 828, *Skattefri fusion uden et selskabsretligt grundlag?*
- Kristiansen, Jens, *Grænser for EU-konform fortolkning i lyset af nyere højesteretspraksis*, Juristen, nr. 1, marts 2014
- Nordentoft, Peter, SU 2006, 112, *Moms og realitetsgrundsætning*
- Pedersen, Jan, U 2003, 111, *Form og indhold i dansk skatteret*
- Pedersen, Jan, TfS 2000, 142, *Realitetsgrundsætningen i ti år*
- Peytz, Henrik, SU 2015, 230, *Beskyttelsen af skatteydernes grundlæggende rettigheder i praksis*
- Rosenlund, Daniell, SR.2015.155, *Skattefri omstrukturering 2015*
- Serup, Michael, TfS 2002.283, *Tilførsel af aktiver - balancetilpasning før og efter en tilførsel - grenkrav og kontantvederlagsforbud - sammenfatning af gældende praksis*
- Serup, Michael, TfS 2003, 17, *Skatteundgåelse som et hovedformål*
- Werlauff, Erik, TfS 2015, 517, *Tanker ved prisoverrækkelse*



- Wind Andersen, Kim, Ufs2009.3355, *Skattefri omstrukturering af selskaber uden tilladelse - nye regler fra 2010*
- Møllin Ottosen, Arne, Andersen, Stine, SU 2015, 203, *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen.*

### **Lovforslag og betænkninger**

- Betænkning nr. 1060/1985
- Lovforslag nr. L 167, fremsat den 20. marts 2015

### **National Lovgivning**

- Aktieavancebeskatningsloven, LBKG 2015-09-08 nr. 1082
- Fusionsskatteloven, LBKG 2015-08-24 nr. 1017
- Grundloven, L 1953-06-05 nr. 169
- Ligningsloven, LBKG 2015-09-07 nr. 1081
- Selskabsloven, LBKG 2015-09-14 nr. 1089
- Selskabsskatteloven, LBKG 2015-05-20 nr. 680
- Skattekontrolloven, LBKG 2013-10-31 nr. 1264

### **International Lovgivning**

- Fusionsskattedirektivet, konsolideret i direktiv 2009/133
- Moder-/datterselskabsdirektivet, direktiv 2015/121/EU
- Rente-/royaltydirektivet, direktiv 2003/49/EF
- Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF)

### **Andet**

- Den juridiske vejledning 2015-2
- *Discussion paper on General Anti-Abuse Rules (GAAR)* af 19/12 2014
- EUROPEAN COMMISSION, PLATFORM FOR TAX GOOD GOVERNANCE, *Discussion paper on General Anti-Abuse Rules (GAAR)*
- HR Revenue & Customs, *General Anti Abuse Rule (GAAR) guidance*
- Kromann Reumert, *Indførelse af generelle omgåelsesklausuler i dansk skatteret*
- PWC, *Denmark to introduce GAAR for double tax treaties and EU directives*
- Sonne, Niclas, Lov nr. 540, *Indførelse af en general misbrugsklausul i dansk skatteret*
- Skatteministeriet, Departementets afgørelse af 19. november 1996, TfS 1996.899DEP
- The Economist, *Tax reform in America, Simpler, fairer, possible*, den 13.juli, 2013