

The background of the entire page is a collage of the Danish flag (red with a white Scandinavian cross) and the European Union flag (blue with twelve yellow stars). The flags are depicted as if they are waving and overlapping each other, creating a textured, layered effect.

EU-skatte

En analyse af hvorvidt fortolkningen og anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er i overensstemmelse med EU-retten

Udfærdiget af:

Johan Rathlau Møller

& Michelle Khaleque

Juridisk kandidatafhandling ved Juridisk
institut, Aalborg Universitet

Titelblad

Universitet: Aalborg Universitet

Studie: Jura

Fag: EU-skatte ret

Vejleder: Charlotte Sørensen

Dansk titel: En analyse af hvorvidt fortolkningen og anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er i overensstemmelse med EU-retten.

Engelsk titel: An analysis of whether the interpretation and enforcement of ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 is in a concordance with the EU-legislation.

Antal sider: 67

Afleveringsdato: Den 17. maj 2018

Udfærdiget af: Johan Rantlau Møller: studienr: 20136148 & Michelle Khaleque: studienr: 20136167

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1	4
1.1. Indledning.....	4
1.2. Problemfelt.....	5
1.3. Problemformulering.....	6
1.4. Afgrænsning.....	6
1.5. Metode og retskildemæssige overvejelser.	7
Kapitel 2	12
2.1. Indledning.....	12
2.2. Arrangementer eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel.....	13
2.3. Skattefordelen virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne.....	16
2.4. Ikke reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder	18
2.5. Hvad er gældende EU-ret?	22
Kapitel 3	23
3.1. Indledning.....	23
3.2. Resume af SKM.2017.333 og SKM.2017.262.....	25
3.3. Arrangementer eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel.....	29
3.4. Skattefordelen virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne.....	34
3.4. Ikke reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder	38
3.5. Hvad er gældende national ret?	44
Kapitel 4	48
4.1. Indledning.....	48
4.2. Er fortolkningen og anvendelsen af omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, i overensstemmelse med af omgåelsesklausulen i artikel 1 stk. 2 og 3 i moder/datterselskabsdirektivet?.....	49
4.3. Er myndighedernes fortolkningen og anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 foreneligt med TEUF artikel 49?	53
Kapitel 5	57
5.1. Konklusion.....	57
5.2. Retstillingen fremadrettet og retssikkerhedsmæssige betænkeligheder	59
Kapitel 6	62
6.1. Abstract.....	62
6.2. Litteraturliste	63

Kapitel 1

1.1. Indledning

Der har i nyere tid i EU-regi været særligt fokus på bekæmpelse af skatteunddragelse, som led i skatteplanlægning på tværs af medlemsstater.¹ Af EU-kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning, fremgår det af retsaktens første betragtning, at *"lande rundt om i verden har traditionelt behandlet skatteplanlægning som en legitim praksis. Med tiden er skatteplanlægningen dog blevet mere og mere sofistikeret. Den strækker sig over forskellige retssystemer og medfører reelt, at skattepligtige overskud overføres til stater med fordelagtige skattesystemer"*². Aggressiv skatteplanlægning kan således forekomme i mange varianter. Dette kan bestå af, at skatteydere i forskellige medlemsstater udnytter alle teknikaliteter i skattesystemerne, herunder uforeneligheder mellem flere skattesystemer med henblik på at nedsætte eller undgå beskatning.³ Et væsentligt eksempel herpå er dobbelt skattefritagelse, hvor indkomsten hhv. fritages for beskatning i både bopælsstaten og kildestaten. Som et led i at styrke indsatsen mod sådan grænseoverskridende skatteunddragelse og brugen af skattelykonstruktioner⁴, fremsatte daværende skatteminister Benny Engelbrecht i 2014 det hidtil mest omfattende lovforslag om bekæmpelse af skatteunddragelse. Lovforslaget introducerede særlig ny skattelovgivning på området. Som følge herfra blev Danmarks første generelle internationale omgåelsesklausul vedrørende direktiv 2011/96/EU om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (nu omtalt moder/datterselskabsdirektivet) indført efter dennes vedtagelse på EU-rådsmøde d. 27. januar 2015. Omgåelsesklausulen blev ligeledes indført ved dansk ret ved direktiv 2003/49/EF om fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber fra forskellige medlemsstater (nu omtalt rente-/royaltydirektivet) og ved direktiv 2009/133/EF om fællesbe-

¹ Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning 1. betragtning.

² Ibid., 2. betragtning.

³ Ibid., 3. Betragtning.

⁴ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 5.

skatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (nu omtalt fusionsskattedirektivet). Fælles for omgåelsesklausulerne er at forsøge at hindre misbrug af direktivernes skattefordele. I OECD-regi har der ligeledes været et ønske om at modvirke fysiske og juridisk personers misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, hvorfor der også her, er indført en omgåelsesklausul.

Denne afhandling ønsker at belyse anvendelsesområdet og rækkevidden af omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet. Idet der i skrivende stund endnu alene foreligger enkelte skrevne værker om omgåelsesklausulerne, er afhandlingen en af sine første, der behandler emnet med særlig fokus på de to eneste afgørelser, myndighederne har afsagt på området. Den begrænsende retspraksis på skatteområdet, har været en væsentlig motivations faktor for nærvende afhandling, da det er afhandlingens opfattelse, at der stadig foreligger uhensigtsmæssigheder ved forståelsen og anvendelsen af omgåelsesklausulerne.

1.2 Problemfelt

Afhandling har først og fremmest til formål at undersøge og afklare, hvordan den internationale omgåelsesklausul i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 skal fortolkes og anvendes i national ret. Afhandlingen har for andet taget sigte på at foretage en juridiske vurdering af, om anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er i overensstemmelse med EU-retten og fortolkning og anvendelsen af omgåelsesklausulen, som foreskrevet i moder/datterselskabsdirektivets i artikel 1, stk. 2 og 3.

Problemformuleringen vil forsøgs besvaret ved inddragelse af relevante retskilder og fortolkningsredskaber. Ved vurderingen af, hvorvidt de danske myndighedernes fortolkning og anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er i overensstemmelse med EU-retten, søges det i forlængelse heraf belyst, om håndhævelsen af klausulen strider mod de af Trakta-

ten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (nu omtalt TEUF) gældende frihedsrettigheder.

1.3. Problemformulering

Hvordan fortolkes og anvendes omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2? Er anvendelsen i overensstemmelse med omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3 i moder/datterselskabsdirektivet og foreneligt med TEUF artikel 49?

1.4. Afgrænsning

Det følger af forarbejderne til lovforslag L 167 folketinget 2014-15, at omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne har forrang forud for omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, såfremt en skatteyder påberåber sig de af direktiverne og dobbeltbeskatningsoverenskomsternes gældende fordele.⁵ Et særligt fokus på begge omgåelsesklausuler synes at favne for bredt, hvorfor nærværende afhandlingen alene afgrænses til at fokusere på anvendelsesområdet og rækkevidden af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2. Omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne vil derfor alene inddrages, hvor dette findes relevant og understøtter afhandlingens undersøgelse. Af samme årsager vil OECD's anbefalinger kun inddrages, såfremt det vurderes relevant for besvarelsen af afhandlingens problemformulering. OECD's anbefalinger vil med andre ord benyttes som fortolkningsbidrag til omgåelsesklausulen vedrørende moder/datterselskabsdirektivet, når dette vurderes relevant.

Afhandlingen vil desuden fokusere på om omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet, hvorfor omgåelsesklausulerne i rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet alene vil inddrages, i det omfang det vurderes af at være af relevans for afhandlingens problemfelt.

Den nærmere analyse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 afgrænses alene til at vedrøre direkte beskatning, hvorfor andre skatteretlige områder, herunder moms og afgiftsretten,

⁵ Ibid., side 12.

ikke vil blive behandlet yderligere. De danske værneregler vil inddrages, hvor disse findes relevante for analysen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2. Afhandlingens undersøgelse centrerer sig ydermere på, om implementeringen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er foretaget i overensstemmelse med misbrugsklausulen i moder/datterselskabsdirektivet, hvorfor afhandlingen afgrænses til de af EU-domstolens afgørelser, der særligt behandler misbrugsbegrebet og kunstige konstruktioner. EU-afgørelserne vil endvidere inddrages, i det omfang, de er af relevans for TEUF's grundlæggende frihedsrettigheder.

I afhandlingens kapitel 3 vil afgørelserne SKM.2017.333 og SKM.2017.262 være genstand for en nærmere analyse med henblik på at vurdere, hvordan danske myndigheder fortolker og anvender ligningslovens § 3, stk. 1 og 2. Da begge afgørelser omfatter relativt komplekse internationale omstruktureringer, vil en række andre love og bestemmelser behandles ved myndighedernes indstillinger og svar. Der vil i afhandlingens kapitel 3 alene fokuseres på anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, hvorfor beneficial-owner-reglerne, mellemholding-reglerne, aktieavancebeskatningsloven, ligningslovens og selskabsskattelovens øvrige bestemmelser kun overfladisk behandles.

Slutteligt vil afhandlingen udelukkende vedrøre en rent skatteretlig behandling af problemformuleringen, hvorfor eventuelle formue- og strafferetlige problemstillinger alene vil inddrages, i det omfang det er af relevans for af afhandlingens undersøgelse.

1.5. Metode og retskildemæssige overvejelser.

Det har været af afgørende nødvendighed at sikre en bestemt fremgangsmåde ved håndteringen og besvarelsen af de juridiske problemstillinger, som undervejs er opstået i processen med at besvare afhandlingens problemformulering. Af denne årsag har nærværende afhandling anvendt den *retsdogmatiske metode*. Nærværende afsnit indeholder derfor en forklaring af den konkrete brug af metoden.

Metode anvendes først og fremmest med ønsket om, at alle relevante og betydningsfulde retskilder inden for emneområdet bliver belyst for at få en dybdegående undersøgelse af afhandlingens problemfelt. For det andet anvendes metoden til at besvare afhandlingens problemformulering ud fra en systematisk sammenhæng.

Den *retsdogmatiske metode* indtager en juridisk indgangsvinkel til en given problemstilling med det formål at fastlægge *de lege lata*. Dette sker ved, at "(...) beskrive, fortolke/analysere og systematisere gældende ret.⁶ Alle retskilder der vurderes at være af relevans – både nationale såvel som internationale - inddrages derfor i processen med det mål for øje, at de problemformulering der ønskes afklares, kan besvares *fyldestgørende*. Eftersom afhandlingens hovedsigte er at belyse anvendelsesområdet og rækkevidden af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 set i forhold til EU-harmoniseringen af omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet, vil der som en naturlig følge heraf være særlig fokus på både national ret såvel som EU-ret.

Retskilderne i dansk ret består af både skrevne og uskrevne retskilder. De skrevne retskilder omfatter love, anordninger, bekendtgørelser og cirkulærer m.m., mens de uskrevne retskilder udgøres af retspraksis, administrativ praksis, retssædvaner og forholdets natur.⁷ De centrale skrevne (primære) EU-retskilder omfatter traktater, forordninger og direktiver, mens de uskrevne (sekundære) retskilder udgøres af EU-retspraksis, henstillinger og udtalelser og andre ikke-bindende retsakter.⁸

I praksis vil det almindeligvis ikke være fyldestgørende alene at inddrage en enkelt retskilde, men at flere retskilder må sammenholdes. Inddragelsen af flere forskellige retskilder aktualiserer spørgsmålet om, hvorledes disse retskilder afvejes over for hinanden. Med andre ord, hvilken retskildemæssig værdi, hver enkelt retskilde har. I almindelighed anses alle retskilder principielt for ligestillede, men det er dog naturligt at lægge særlig vægt på, hvad der fremgår af de skrevne retskilder, hvilket også i litteraturen omtales som de primære retskilder.⁹ Det er særligt den retlige trinfølge, der som led heri kan benyttes til at fastsætte den retskildemæssige "rangorden".

Afhandlingen vil i nedenstående kapitler forsøge at skille disse national ret og EU-retten for sig for at skabe et bedre overblik for slutteligt at vurdere, om omgåelsesklausulen i ligningsloven § 3, stk. 1 og 2 i national ret, gyldigt kan anvendes og fortolkes i overensstemmelse med

⁶ Evald Jens, Schaumburg-Müller Sten, Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retkildelære, Jurist- og Økonomiforbundets forlag side 207.

⁷ Evald, Jens, Retkilderne og den juridiske metode s. 5.

⁸ Sørensen, Karsten m.f. : Uddrag af EU-retten s. 82.

⁹ Blume, Peter, Retssystemet og juridisk metode s. 167.

EU-retten. Dog fremgår det af EU forskrifter¹⁰, at medlemsstaternes nationale anvendelse af omgængelsesklausulen, skal varetages i overensstemmelse med EU-retten. En fuldstændig adskillelse af national ret og EU-ret, vil derfor ikke forekomme. EU-kommissionens meddelelser, henstillinger og domme vil i afhandlingens kapitel 3 inddrages og benyttes som fortolkningsbidrag, i den udstrækning disse er af relevans for anvendelsen og forståelsen af bestemmelsen.

Ved at **beskrive** gældende ret, vil der i afhandlingen tilstræbes at præsentere en objektiv og saglig beskrivelse af retskildematerialet.¹¹ Den beskrivende del ses særligt under afhandlingens kapitel 3.2, hvor der foreligger en ren objektiv redegørelse af afgørelserne SKM.2017.333 og SKM.2017.262's omstændigheder. Dog vil afhandlingen i et bredt omfang bestå af diskuterede elementer, hvorfor den beskrivende del ikke er fremherskende. Afhandlingen tager som førnævnt ligeledes udgangspunkt i af en analyse og fortolkning af, hvorvidt anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er foretaget i overensstemmelse med EU-retten.

Afhandlingen vil som førnævnt i vidt omfang inddrage nationale såvel som EU-retlige retskilder. Disse inddrages særligt i afhandlingens kapitel 2 og 3, der har særlig fokus på, hvordan omgængelsesklausulerne skal anvendes og forstås ud fra *lovteksten, forarbejderne og retspraksis*. Denne meningsafklaring og forståelse af disse retskilder udgør derfor den bærende **fortolkning** i afhandlingen.¹²

Fortolkningen af de skrevne retskilder, herunder særligt ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 og moder/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 og 3, findes nødvendig, da begge bestemmelser og disses anvendte ord og udtryk, kan forstås på flere måder. Af samme grund er forarbejderne til lovforslag L 167 inddraget i det omfang, der af disse kan udledes forhold og omstændigheder, der ikke fremgår direkte af bestemmelsen¹³, men er af betydning for forståelse af retsreglen. Det er ligeledes tilfældet med forarbejderne til moder/datterselskabsdirektivet. Det er særligt direktivets præambel, EU-kommissionens meddelelser og henstillinger, der inddrages,

¹⁰ Fx rådets direktiv om ændringen af direktiv 2011/96/EU om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater side 4.

¹¹ Evald Jens, Schaumburg-Müller Sten, Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retsskildelære, Jurist- og Økonomiforbundets forlagside 207.

¹² Ibid., side 222.

¹³ Ibid., side 223.

i det omfang det synes nødvendigt for at forstå artikel 1, stk. 2. De danske forarbejder udgør et væsentligt fortolkningsbidrag til at forstå bestemmelsen og dennes kontekst. Samme gælder EU-kommissions meddelelser og henstillinger, der alene udgør soft law, og dermed ikke er tillagt bindende virkning.¹⁴ De vil dog alligevel anvendes i den udstrækning disse findes relevant som fortolkningsbidrag.

Da det ikke altid er tilstrækkeligt alene at inddrage de grundlæggende principper som hhv. ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 og moder/datterselskabsdirektivet artikel 1, stk. 2 og 3, hviler på, vil det ligeledes være nødvendigt at tage hensyn til de forudsætninger, som ligger bag.¹⁵ Det er særligt officialprincippet og proportionalitetsprincippet, der udgør et bærende element for anvendelsen og forståelsen af omgåelsesklausulerne. Principperne vil derfor, særligt under afhandlingens kapitel 3 og 4, inddrages og gøres til genstand for diskussion for at vurdere, i hvilket omfang principperne har haft betydning for myndighedernes og domstolenes håndhævelse af bestemmelsen.

For at besvare afhandlingens problemformulering, er det ligeledes nødvendigt at **systematisere** gældende ret. Det skal herved forstås, at det er nødvendigt at indplacere afhandlingens retsstof for at skabe *overblik, sammenfatte og beskrive* bestemmelseernes indbyrdes sammenhæng.¹⁶ Systematiseringen er særligt nødvendig, da der i afhandlingens kapitel 4 foreligger en diskussion af, om hvorvidt den danske anvendelse af ligningslovens § 3, er i overensstemmelse med EU-retten, herunder om bestemmelsen håndhæves mere eller mindre restriktivt. Det er derfor særligt nødvendigt at systematisere og sammenfatte de hensyn, som særligt EU-domstolene i afhandlingens kapitel 2 og de danske myndigheder i kapitlet 3 anvender for slutteligt at vurdere disses ligheder og uoverensstemmelser.

Da afhandlingen både inddrager national ret såvel som EU-ret, vil der i forlængelse heraf, skulle inddrages national retspraksis samt afgørelser fra EU-domstolene. De EU-afgørelser, som inddrages, har til formål at fastslå, hvorledes det EU-retlige misbrugsbegreb skal forstås, samt belyse hvornår der efter EU-retten foreligger et egentlig misbrug fælleskabsretten.

¹⁴ Europa Parlament, arbejdsdokument om institutionelle og retlige virkning af anvendelsen af soft law-instrumenter, 14.2.2007 side 2.

¹⁵ Evald, Jens, Schaumburg-Müller, Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære, Juris- og Økonomiforbundets forlag side 223.

¹⁶ Ibid., side 226.

Da omgåelsesklausulen som nævnt først blev indført ved dansk lovgivning i 2015, har det også den betydning, at der er sparsommeligt litteratur omhandlende denne. Der vil i afhandlingen således inddrages tidsskrifter og fagartikler, som supplerer afhandlingens videre undersøgelse.

Det faktum at omgåelsesklausulen først indførtes ved dansk lovgivning i 2015, betyder også, at der endnu ikke foreligger en dansk dom omhandlende denne. Der foreligger på nuværende tidspunkt alene to bindende svar fra SKAT. Men idet bindende svar behandles som afgørelser, der kan påklages til Landskatteretten og herefter domstolene, vil disse i afhandlingen fremadrettet, omtales som afgørelser.

Der skal dog særligt i afhandlingens kapitel 3.5 tages forbehold for, at *de lege lata* er særlig svær at fastlægge, når retspraksis på området er så sparsomt. Ligeledes forekommer der en vis usikkerhed ved at udlede retstilstanden, når der alene foreligger to afgørelser omhandlende denne. Det skal endvidere ses i forlængelse af, at det altid er en *konkret* vurdering, hvilke forhold myndighederne ligger vægt, jf. officialprincippet. Det er derfor også udfordrende at give et entydigt svar på, hvorledes myndighederne anvender og fortolker ligningslovens § 3, , når bestemmelsen ikke er anvendt i en særlig stor udstrækning.

Endvidere er den retskildemæssige værdi af de to afgørelser begrænset af, at der kun foreligger domsreferater. Det er derfor ikke alt, der kan læses ud fra disse. Dette skal særlig tages in mente', når der i afhandlingens kapitel 3 foreligger en analyse af officialprincippet, da det ikke med sikkerhed tør siges, om alle *relevante faktiske forhold* rent faktisk er inddraget i afgørelserne.

Slutteligt skal særligt afhandlingens kapitel 4 læses med det forbehold om, at de danske afgørelser både kan være udtryk for myndighedernes generelle anvendelse af bestemmelsen, men at det dog også alene kan udgøre enkelttilfælde. Det kan ikke med sikkerhed fastslås, førhen der foreligger mere retspraksis på området.

Kapitel 2

2.1. Indledning

Som nævnt i afhandlingens kapitel 1.1 er omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet vedtaget på EU rådsmøde d. 27. januar 2015.¹⁷ Såfremt et direktiv skal have direkte virkning for borgerne, kræves det, at det pågældende direktiv først indføres ved national lovgivning.¹⁸ Danmark implementerede omgåelsesklausulen d. 15. maj i national ret ved ligningslovens § 3.¹⁹

Når en direkte implementering af et direktiv i dansk ret foretages, medfører det, at fortolkningen af implementeringsloven i væsentlig omfang påvirkes af EU-retten og EU-domstolens fortolkning af direktivet.²⁰ Implementeringen af et direktiv i national ret kan derfor i nogle tilfælde indebære en vis usikkerhed om fortolkningen af bestemmelsens præcise anvendelse og rækkevidde.²¹

Af forarbejderne til ligningslovens § 3, anføres det dog, at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med ordlyden af omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet.²² Forarbejderne anfører yderligere, at omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet i en vis udstrækning bygger på EU-domstolens praksis om svig og misbrug.²³ En nærmere fortolkning og analyse af ligningslovens § 3 forudsætter derfor, at omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektiv i første række fortolkes og analyseres med inddragelse af EU-rettens principper om svig og misbrug.²⁴

Omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet vil i nærværende afsnit fortolkes ved inddragelse af lovteksten, bemærkninger, henstillinger, og meddelelser fra EU-

¹⁷ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 12.

¹⁸ Webside - folketingets EU-oplysning, www.eu.dk/da/danmark-i-eu/euret-i-danmark/faelles-regler-til-dansk-lov.

¹⁹ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 12.

²⁰ SR.2016.405 Poulsen, Martin, EU-rettens indflydelse på dansk skatteret – Karnov Group – side 3 – 4. afsnit side.

²¹ Ibid.

²² Skatteudvalget 2014-15 L167 Bilag 1 side 25.

²³ SR.2015. 0097, Poulsen, Martin, Skattelyparken, en ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret side 3 – 3 afsnit.

²⁴ Ibid.

kommissionen samt EU-retspraksis, for slutteligt at kunne vurdere anvendelsesområdet og rækkevidden af klausulen. I afhandlingens kapitel 4 vil der foreligge en sammenfatning af, hvorvidt implementeringen i ligningslovens § 3 anvendes og fortolkes i overensstemmelse med omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet.

Direktivets art 1, stk. 2 og 3 har følgende ordlyd:

”Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med dette direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.”

Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

3. Med hensyn til stk. 2 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

2.2. Arrangementer eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel

Ved en ordlydsfortolkning af artikel 1, stk. 2 og 3, kan det fastslås, at der er 3 kumulative betingelser, der skal opfyldes, førend omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3 kan finde anvendelse. For det første skal der foreligge et arrangement eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel.

Det følger af ordlyden i bestemmelsen, at et arrangement kan omfatte flere trin eller dele heraf. Hvorledes selve ”arrangement” eller ”serier af arrangementer” skal forstås, er dog ikke uden videre muligt at udelede, hverken af bestemmelsens ordlyd eller direktivets præambel.

Før ændringen af moder/datterselskabsdirektivet skulle begrebet ”arrangement” forstås som ”en transaktion, en plan, en handling, operation, en aftale, en forståelse, et løfte eller et

*tilsagn*²⁵. Begreberne "arrangement" eller "serier af arrangementer" har således skulle forstås bredt, og det er stort set alle skatteretlige konstruktioner, der ville være omfattet af begrebet.²⁶ Det fremgår dog ikke længere af moder/datterselskabsdirektivet, hvorledes begreberne nærmere skal forstås, hvorfor EU-domstolene nu har til opgave at fortolke begrebet.²⁷ Det må dog kunne lægges til grund, at den oprindelige definition i nogen grad stadig kan benyttes som "rettesnor" for, hvorledes begrebet bør afgrænses, hvorfor begrebet med en vis sandsynlighed stadig skal anvendes og fortolkes bredt.

Det følger af EU-kommissionens henstilling af 25. november 2011, at "arrangementer" skal forstås som led i "*en strafbar handling i medfør af strafferetten, og skatteunddragelse generelt omfatter ulovlige arrangementer, hvor det skjules eller ignoreres*"²⁸. Det kan af henstillingen udledes, at begrebet "arrangement" både skal ses som led i at begå skatte-svig såvel som skatteunddragelse. Det fremgår bl.a. af skattekontrollovens § 13, at det ved skatteunddragelse skal forstås som, at "*unddrage det offentlige skat, afgiver urigtige eller vildledende oplysninger*". Det må af EU-kommissionens udtalelse derfor formodes at være skatteunddragelse begrebet "arrangement" særligt skal ses i forbindelse med, da det anføres, at skattepligten via arrangementerne skal ses som led i, at dette "*skjules eller ignoreres*".

På baggrund heraf må det vurderes, om "arrangement" således ses i den sammenhæng, at skatteyderen ønsker at opnå en skattemæssig position, der strider imod straf- eller skatte-lovgivningen.

Det kan dog ikke med sikkerhed afvises, at begrebet "arrangement" også omfatter andre konstruktioner, der ikke er omfattet af strafferetten. Det er dog en problemstilling, der varierer i medlemsstaternes forskellige straffelove- og systemer, hvorfor det er svært at give et entydigt svar på, hvad begrebet præcist omfatter.

²⁵ Forslag til rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EY om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater artikel 1a.

²⁶ SU 2017,228, Bund Jakob, Kjærsgaard, Louise, Aarup Lars, første afgørelse om den danske generelle omgåelses klausul side 8.

²⁷ Ottosen, Andersen: Danmark skal implementerer EU-omgåelses klausulen, side 3.

²⁸ Forslag til rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EY om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater side 7.

Endvidere følger det af bestemmelsen, at arrangementet eller en serie af arrangementer skal være tilrettelagt med det hovedformål, eller som et af hovedformålene, at *opnå en skattefordel*. Hvorvidt begrebet "skattefordel" omfatter en fordel, der opnås igennem lovlig skatteplanlægning, eller om det alene omfatter fordele opnået igennem skatteunddragelse, fremgår ikke af bestemmelsens ordlyd. Det må dog vurderes, at begrebet "skattefordel" skal ses i sammenhæng med begrebet "arrangement", således at skattefordelen opnås som led i skatteunddragelse. Det kan i nogen grad også understøttes af EU-afgørelsen *Centros, Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (1999) C-212/97 (nu omtalt *Centros-sagen*), hvor det af præmis 27 fremgår:

"under disse omstændigheder kan det forhold, at en statsborger i en medlemsstat, der ønsker at stifte et selskab, vælger at stifte det i den medlemsstat, hvis selskabsretlige regler forekommer den pågældende at være de mindst byrdefulde, og at oprette filialer i andre medlemsstater, ikke i sig selv udgøre et misbrug af etableringsretten".

Det fremgår af præmissen, at alene det, at en skatteyder vælger en medlemsstat med mere fordelagtige regler, ikke i sig selv udgør et misbrug. Det må lægges til grund, at begrebet "skattefordel" skal fortolkes i overensstemmelse med præmissen, hvorfor det at opnå en skattefordel som led i lovlig skatteplanlægning, ikke udgør et misbrug af direktivet.

Et eksempel på en skattefordel, som vil være omfattet af klausulen, vil være scenariet med aktier, der hidrører fra udlodning af overskud, der reelt ikke stammer fra en skatteyder hjemmehørende i en EU-medlemsstat, men at konstruktionen alene er blevet tilrettelagt på sådan en måde, at indrømme de fordele der følger af direktivet.²⁹

Endvidere fremgår det ikke af ordlyden, om hvorvidt skatteyderens subjektive eller objektive hensigt med arrangementet er af betydning for vurderingen. Det følger af EU-kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning, at *"hvis arrangementet eller arrangementerne hindrer de skatteregler der ellers ville gælde, i at finde anvendelse i overensstemmelse med deres hensigt, formål og ånd, (..) er det uanset skatteyderens subjektive hensigter"*. Henstillingen angiver således, at det alene er objektive konstaterbare forhold, der gør sig gældende ved vurderingen af, om arrangementet er til-

²⁹ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 12.

rettelagt på en sådan måde at undgå beskatning. Det er derfor underordnet om skatteyderen har til hensigt at begå skatteunddragelse, da omgængelsesklausulen alligevel vil finde anvendelse på den pågældende transaktion.

2.3. Skattefordelen virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne

Det fremgår af ordlyden af artikel 1, stk. 2 og 3, at bestemmelsens anden betingelse er, at den nævnte skattefordel skal *virke imod indholdet eller formålet af direktiv 2011/96/EU*. Formålet med moder/datterselskabsdirektivet fremgår af direktivets præambel. Det følger af retsaktens tredje betragtning, at direktivet *fritager udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskab, for kildeskat og afskaffer dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau*.³⁰ Direktivets indhold er således møntet på, at undgå dobbeltbeskatning i forbindelse med udbyttebetaling til moderselskaber beliggende i hver deres medlemsstat.³¹ Dette sker ved fratagelse for udbytte-skat, da udbytte fra datter til moderselskaber kan frafaldes eller nedsættes (eksemptionslempelse)³², såfremt de øvrige betingelser i direktivet er opfyldt.

Formålet med den skattenedsættelse eller fratagelse, der følger af direktivet, skal klart ses som led i at fremme det indre marked. Det følger bl.a. af retsaktens fjerde betragtning, at *"sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe forhold i Unionen, der svarer til forholdene på det indre marked"*³³. Der har fra EU-kommissionen og medlemsstaternes side været et ønske om at skabe et indre marked, som efter eget udsagn, skal fungere *"bedst muligt"*³⁴. Formålet med moder/datterselskabsdirektivet skal ligeledes ses i lyset af TEUF art. 49. Ved en ordlydsfortolkning af artiklen fremgår det, at etableringsfriheden indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, og der heraf er forbud mod restriktioner, som

³⁰ Ændring af rådets direktiv 2015/121 4. betragtning.

³¹ L 167. 2014/2015 side 11.

³² SKAT vejledning C.D.8.10.5 Udbytteindtægter.

³³ Ændring af rådets direktivet 2015/121 4. betragtning.

³⁴ Rådets direktiv 2011/96/EU 4. betragtning.

hindrer statsborgere i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område.³⁵ Ved vurderingen af, hvorvidt skattefordelen virker imod indholdet og formålet, må TEUF's art. 49 således spille en væsentlig rolle. Det må lægges til grund, at der ved vurderingen skal foreligge en egentlig afvejning, hvor Unionens ønske om virkeliggørelse af det indre marked kraftigt skal tages i betragtning, når det skal vurderes, om der foreligger misbrug af direktivet.

Dette understøttes ligeledes af EU-domstolens retspraksis, nærmere C-321/05 Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet (nu omtalt Kofoed-sagen). Her angiver domstolene i præmis 48, at *"i medfør af artikel 11, stk. 1 litra a (..) kan medlemsstaterne undtagelsesvis og i særlig tilfælde afslå helt eller delvis at anvende dette direktivs bestemmelser eller inddrage adgangen til at anvende dem bl.a. såfremt en ombytning af aktier som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse"*. Det kan af præmissen udledes, at der kun i ganske få tilfælde kan nægtes de fordele, der følger af fusions-skatteskedirektivet. Dette må alene ske, såfremt skatteyderens transaktioner har haft til hovedformål at undgå beskatning, herunder enten i form af skattesvig eller skatteunddragelse. Samtidig skal der foreligge en væsentlig hensyntagen til direktivets formål om, at fremme det indre marked med en fællesbeskatningsordning, jf. dommens præmis 45.³⁶

Selvom Kofoed-sagen er konkret og alene vedrører, hvornår medlemsstaterne kan nægte de af fusionsskattedirektivets bestemmelser om skattefrihed, er der ved præmissen anvendt en generel formulering. Det må vurderes, at præmissen også har en vis betydning for vurderingen af, hvornår misbrugsklausulen i moder/datterselskabsdirektivet finder anvendelse.

Ved vurderingen af, hvorvidt skattefordelen virker mod indholdet eller formålet af direktivet, skal det derfor vurderes, om transaktions hovedformål er at undgå beskatning i form af skattesvig og skatteunddragelse. Ligeledes er lovlig skatteplanlægning ej heller omfattet af vurderingen. Der skal dog samtidig foreligge en stærk hensyntagen til Unio-

³⁵ TEUF 49.

³⁶ -321/05 Hans Markus Kofoed præmis 45.

nens ønske om at fremme det indre marked, herunder TEUF art. 49, der fastlægger forbud mod restriktioner, som hæmmer etableringsretten.

2.4. Ikke reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder

Ud fra en ordlydsfortolkning af artikel 1, stk. 2 og 3 kan det udledes, at den tredje og sidste kumulative betingelse er, at det eller de nævnte arrangementer *"ikke må være reelle under hensyntagen til alle relevante faktisk omstændigheder"*. Arrangement skal således undergives, hvad der angives som realitetsvurderingen.³⁷ Af artikel 1, nr. 3 fremgår det endvidere, at arrangementet anses for værende reelt, i det omfang det er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Hvordan begreberne *"velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed"* skal forstås, kan hverken udledes af ordlyden eller af direktivets præambel. Det følger alene af retsaktens syvende betragtning, at medlemsstaternes skatteadministrationer i deres vurdering, skal fortage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Ved vurderingen skal således alle relevante forhold, herunder den samlede koncerns forhold, skulle inddrages.³⁸

Af EU-kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning foretages der en analogt anvendelse af begrebet "ikke reelt" med "kunstigt arrangement". Der udtales i denne sammenhæng, at der ved "kunstigt" skal forstås, at et arrangement er uden reelt forretningsmæssigt indhold. Dette kan tolkes bredt, da det kan forekomme i en lang række situationer, at et arrangement intet forretningsmæssigt indhold har.

Det kan bl.a. forekomme ved, at arrangementet eller en serie af arrangementer udføres på en sådan måde, der vil være usædvanlig i en forretningspraksis.³⁹ Det kan ligeledes omfatte, at arrangementet resulterer i en skattelettelse, men at dette ikke afspejler den forretningsrisiko skatteyderen indgår eller skatteyderens likviditetstrømme.⁴⁰ Fælles for situa-

³⁷ Luts og Debelva, European Taxtion 2015/6 side 223 og Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anderved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 4.

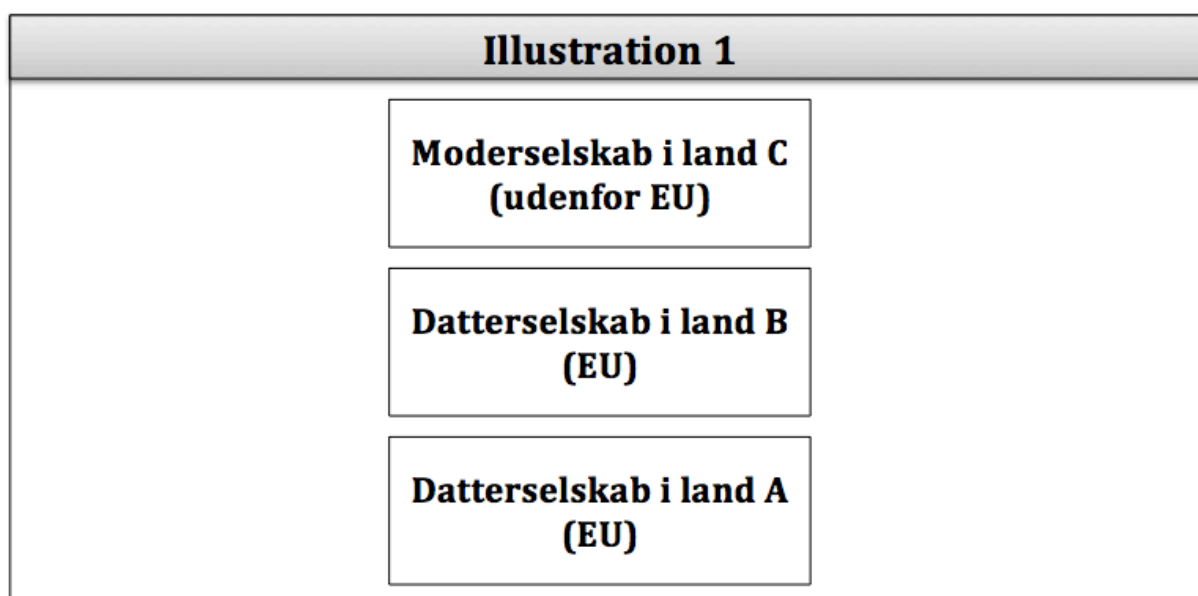
³⁸ Ottosen, Andersen: Danmark skal implementerer EU-omgåelsesklausulen, side 7.

³⁹ Kommissionens Henstilling af 6. December 2012 om aggressiv skatteplanlægning om generel regel om bekæmpelse af misbrug pkt. 4.4.

⁴⁰ Ibid., afsnit 4.4 e

tionerne må dog være, at arrangementet eller en serie af arrangementer skal afspejle de faktiske omstændigheder, herunder stå i rimelig forhold til koncernens økonomiske forhold.

EU-kommissionen har d. 25. november 2013 offentliggjort et memo på, hvornår arrangementet eller en serie af arrangementer er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.⁴¹ Illustrationen nedenfor angiver den hypotetiske koncerns omstrukturering.



Figur 1

Efter land A's nationale og interne regler ville udbytte til moderselskaber udenfor EU indeholde kildeskat. Det ville være aktuelt, hvis selskabet i land C, som ikke er hjemmehørende i EU, er 100% ejer af selskabet i land A. Tilsvarende regler finder ikke anvendelse for datterselskabet beliggende i land B. Der vil derfor ikke skulle indeholdes kildeskat på udbytte til moderselskaber beliggende uden for EU.

Såfremt moderselskabet C ønsker at undgå kildebeskatning på udbytte til land C, kan de indskyde et holdingselskab i land B beliggende mellem selskaberne i landene C og A. Dermed ville kildebeskatning på udbytte kunne undgås, da moder/datterselskabsdirektivet

⁴¹ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 18.

fastslår, at kildeskat kan frafalde eller nedsættes, såfremt moder- og datterselskaber er beliggende inden for EU og direktivets øvrige betingelser er opfyldt.

I tilfælde af at indskydelsen af holdingselskabet i land B alene har til formål at undgå kildeskat på udbytte fra datterselskabet i land A, vurderer kommissionen, at en sådan konstruktion ikke er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Dette skyldtes, at det indskydende selskab alene agerer som et "postkasseselskab", dvs. et selskab uden kommercielt formål og uden yderligere substans. Omstruktureringen og indskydelsen af holdingselskabet i land B ville således kunne karakteriseres som et gennemstrømningselskab, og moderselskabet i land B vil ikke være udbyttes retsmæssige ejer (beneficial owner).⁴²

Det kan af gennemstrømningseksemplet udledes, at der skal lægges vægt på om konstruktionen er tilrettelagt med det formål at undgå beskatning, herunder om arrangementet resulterer i en betydelig skattelettelse eller skattefrihed.⁴³ Ved vurderingen heraf, skal koncerns samtlige forhold tages i betragtning, da medlemsstaternes skatteadministrationen skal foretage en objektiv analyse af alle relevante faktisk forhold og omstændigheder, herunder om skatteyderen har tilrettelagt dispositionerne af kommercielle årsager.

Vurderingen af, hvornår et arrangement eller serier af arrangementer er kunstige og uden reelt indhold, kan i nogen grad afklares af foreliggende retspraksis. Det følger bl.a. af C-161/10 Foggia Sociedade Gestora de Participações Sociais SA mod Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (nu omtalt Foggia-sagen) og Cadbury Schweppes plc mod Commissioners of Inland Revenue (nu omtalt Cadbury Schweppes-sagen).

Det følger bl.a. af præmisserne 50, 51 og 55 i Cadbury Schweppes-sagen, at der ved kunstige arrangementer skal forstås dispositioner *"der ikke bygger på nogen økonomiske realitet, og hvis formål er at opnå den pågældende medlemsstats lovgivning og navnlig at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed"* (..) Det kan herved udledes, at "kunstige" arrangementer skal forstås som dispositioner, der ikke afspejler sel-

⁴² Ibid.

⁴³ Kommissionens Henstilling af 6. December 2012 om aggressiv skatteplanlægning om generel regel om bekæmpelse af misbrug pkt. 4.4 e.

skabets økonomiske forhold, men at dispositionen alene er foretaget for at undgå beskatning i medlemsstaten. Ligeledes fremgår det af Foggia-sagens præmis 50, at kunstige arrangementer skal forstås som *”transaktioner som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i EU-retten”*.

Det bemærkes dog, at alene det, at en skatteyder spekulerer i, hvilken medlemsstat der har de mest gunstige skattevilkår, ikke i sig selv udgør et kunstigt arrangement.⁴⁴ Dette understøttes af Cadbury Schweppes-sagens præmis 36, hvoraf det fremgår, at *”den omstændighed, at en fællesskabsborger, hvad enten det er en fysisk eller juridisk person, har haft til hensigt at drage fordel af en fordelagtig skattelovgivning, der er gældende i en anden medlemsstat end den, hvori personen er hjemmehørende, tillader imidlertid ikke i sig selv, at personen fratages muligheden for at påberåbe sig traktatens bestemmelser.”*⁴⁵ Det fremgår af præmissen, at såfremt en skatteyder etablerer sig i en sekundær medlemsstat, og på baggrund herfra opnå en væsentlig skattefordel, kan dette ikke i sig selv stride mod traktatens bestemmelser om etableringsfriheden.

Præmissen må også vurderes at have en vis betydning for anvendelsen af moder/datterdirektivet. En skatteyderes udnyttelse af direktivets gældende skattefordele vil ej heller kunne udgøre et misbrug. Det skal naturligvis ses i forlængelse af, at der ikke foreligger kunstige arrangementer, og at konstruktionen ikke alene er blevet tilrettelagt med det formål at undgå beskatning.⁴⁶

Dette understøttes ligeledes af førnævnte Foggia-sag, hvor EU-domstolen fastslår, at en fusion, der bygger på flere formål, hvori skattemæssige betragtninger indgår, kan udgøre en forsvarlig økonomisk betragtning, så længe de skattemæssige betragtninger ikke er fremherskende.⁴⁷

⁴⁴ Cadbury Schweppes dommen, C-196/04 – præmis 37.

⁴⁵ Ibid., præmis 36.

⁴⁶ Kommissionens Henstilling af 6. December 2012 om aggressiv skatteplanlægning om generel regel om bekæmpelse af misbrug pkt. 4.2.

⁴⁷ Foggia dommen, sag C-126/10 præmis 35.

2.5. Hvad er gældende EU-ret?

Indtil der foreligger en endelig dom fra EU-domstolene vedrørende artikel 1, stk. 2, må førnævnte EU-praksis lægges til grund som værende af afgørende betydning, når omgængelsesklausulens anvendelsesområde skal vurderes.

Det må på denne baggrund fastslås, at der ved anvendelsen af misbrugsklausulen i moder/datterselskabsdirektivet, alene skal indgå objektive kostbarere forhold ved vurderingen af, om arrangementet eller serier af arrangementer strider mod formålet eller indholdet af direktivet. Det er i forlængelse heraf underordnet, om skatteyderen har til hensigt at begå skatteunddragelse.

Ved vurderingen af om et arrangement eller serier af arrangementer er reelle, skal der foretages en objektiv analyse af sagens omstændigheder, herunder om dispositionerne er foretaget af kommercielle årsager eller om dispositionerne består af kunstige transaktioner. Der skal dog samtidigt foreligge en stærk hensyntagen til Unionens ønske om at fremme det indre marked, herunder TEUF art. 49, der hindrer forbud mod restriktioner, der hæmmer etableringsretten.

Slutteligt kan det lægges til grund, at det forhold, at en skatteyder vælger den medlemsstat med de mest fordelagtige regler, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at udgøre et misbrug af moder/datterselskabsdirektivet, jf. Centros-sagen og Cadbury Schweppes-sagen.

Kapitel 3

3.1. Indledning

I tiden forud for omgåelsesklausulens vedtagelse ved EU rådsmøde d. 27. januar 2015, var der ingen generel lovbestemt regel, der hindrede misbrug af moder/datterselskabsdirektivet i dansk skattelovgivning. Beskatning skete alene efter det hidtil gældende princip "substance over form", hvorved tomme og kunstige dispositioner blev tilsidesat, således beskatningen blev foretaget efter de faktiske omstændigheder.⁴⁸

Efter EU-rådsmøde d. 27. januar 2015 blev den internationale omgåelsesklausul vedtaget. Danmark og en række andre medlemslande skulle herefter implementere omgåelsesklausulen i deres nationale skattelovgivning for at hindre skattemisbrug, der strider mod formålet eller indholdet af direktivet.

Indførelsen af omgåelsesklausulen gjorde det således obligatorisk for medlemsstaterne at vedtage en fælles bestemmelse om bekæmpelse af misbrug, samtidig med at det forsøgte at fremme tiltag, der virkeliggjorde det indre marked.⁴⁹

Behovet for indførelsen af en international omgåelsesklausul i national skattelovgivning skal ses i sammenhæng med C-321/05 Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet⁵⁰ (Kofoed-sagen). Af dommens præmis 37 fremgår det, at "*(n)år der foreligger visse indicier, som eventuelt kunne begrunde anvendelse af nævnte artikel, men at national ret i den berørte medlemsstat ikke indeholder nogen specifik bestemmelse til gennemførelse af denne, kan det begrundes, at den omhandlende ombytning af selskabsandele beskattes, hvis der i national ret, findes en almindelig bestemmelse eller grundsætning, hvorefter der gælder et forbud mod retsmisbrug, eller andre bestemmelser om skattesvig eller skatteunddragelse*". Det kan af præmissen udledes, at der hovedsageligt skal foreligge en national bestemmelse eller

⁴⁸ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 12.

⁴⁹ Forslag til rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EY om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater side 4.

⁵⁰ Ottosen, Andersen: Danmark skal implementerer EU-omgåelsesklausulen, side 3.

retsgrundsætning mod skattesvig- og unddragelse før skattefriheden af aktieombytning, der følger af fusionsskattedirektivet, kan nægtes.⁵¹

Det må vurderes, at princippet om national implementering også må gælde for anvendelsen af misbrugs klausulen i moder/datterselskabsdirektivet. Implementeringen af omgåelses klausulen i medlemsstaternes nationale skattelovgivning er derfor en nødvendighed, før direktivets fordele om fritagelse af udbytte for kildeskat mellem moder- og datterselskaber kan nægtes.

Ligeledes skal implementeringen af omgåelses klausulen i national lovgivning ses i forlængelse af EU-harmonisering. Ved harmonisering forstås det, at medlemsstater indfører fælles regelsæt og standarder, som led i at fremme det indre marked.⁵² Totalharmonisering af medlemsstaternes lovgivning medfører, at medlemsstaterne ikke må afvige disse nationale regler fra visse fælles EU-regler.⁵³ Implementeringen af omgåelses klausulen i ligningslovens § 3 skal utvivlsomt ses i forlængelse af EU-harmonisering, hvorfor bestemmelsen ikke må fortolkes eller anvendes mere eller mindre restriktivt, end hvad EU-retten tilsigter.

I det følgende vil ligningslovens § 3 analyseres ved inddragelse af bestemmelsens ordlyd, forarbejder og national retspraksis for dermed at kunne vurdere bestemmelsens anvendelsesområde og rækkevide.

I afhandlingens kapitel 4 vil der som førnævnt foreligge en sammenfatning af, hvorvidt ligningslovens § 3 fortolkes og anvendes i overensstemmelse med omgåelses klausulen i moder/datterdirektivet og det EU-retlige misbrugsbegreb.

Ligningslovens § 3, har følgende ordlyd:

§ 3. *Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, direktiv*

⁵¹ Ibid.

⁵² Webservice - Folketingets EU-oplysning, <http://www.eu.dk/da/fakta-om-eu/politikker/dim/harmonisering-af-lovgivningen-og-standardisering>

⁵³ Ibid.

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 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.

3.2. Resume af SKM.2017.333 og SKM.2017.262

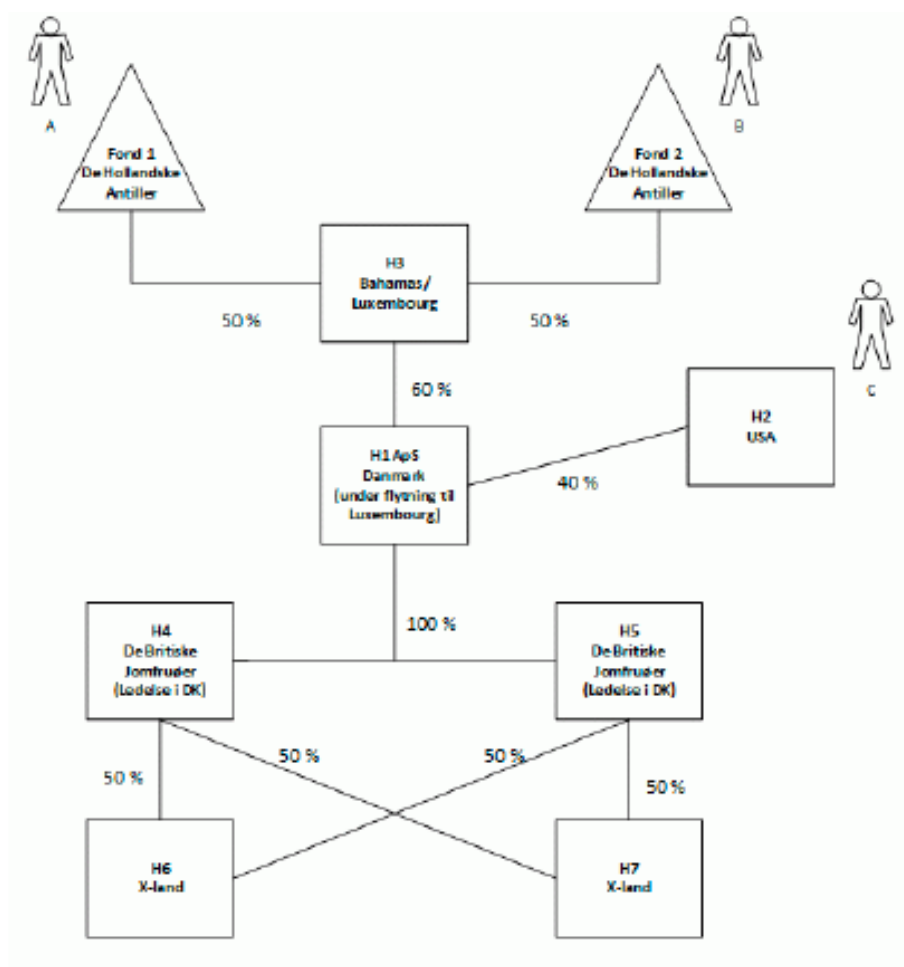
Som nævnt i afhandlingens kapitel 1.1 foreligger der alene to danske afgørelser vedrørende ligningslovens § 3. Disse afgørelser vil gøres til genstand for en nærmere analyse og fortolkning, hvorfor der i nærværende afsnit vil foreligge en kort redegørelse af afgørelsernes omstændigheder.

SKM.2017.333.SR

Afgørelsen omhandlede en koncern, hvor ejerkredsen bestod af to skatteydere bosat i X-land, hvor disse i X-land ejede hver deres transparente fonde på De Hollandske Antiller, der igen ejede 50% af et holdingselskab (H3) beliggende på Bahamas. Holdingselskabet på Bahamas ejede videre 60% af et dansk holdingselskab (H1), hvor af de sidste 40% procent af holdingselskabet var ejet af et amerikansk holdingselskab (H2), som var ultimativt ejet af skatteydere bosat i USA. Beliggende under H1 lå to yderligere holdingselskaber og to driftsselskaber. Koncernen ønskede en omstrukturering, hvorved H1 skulle flyttes fra Danmark til Luxembourg samtidigt med, at de to skatteydere i X-landet ønskede at flytte H3 fra Bahamas til Luxembourg. Forinden omstruktureringen ønskede skatteyderne et

bindende svar fra SKAT, om hvorvidt de var begrænset skattepligtig til Danmark. SKAT lagde først og fremmest til grund, at de danske værneregler ikke fandt anvendelse. Herefter foretog SKAT en vurdering af, om ligningslovens § 3 fandt anvendelse på transaktionen. SKAT vurderede, at transaktionerne ikke var tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager, hvorfor ligningslovens § 3 fandt anvendelse på transaktionen.⁵⁴

Den påtænkte omstrukturering kan illustreres således⁵⁵:



Figur 2

⁵⁴ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017.

⁵⁵ Figur 2 fra Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 1.

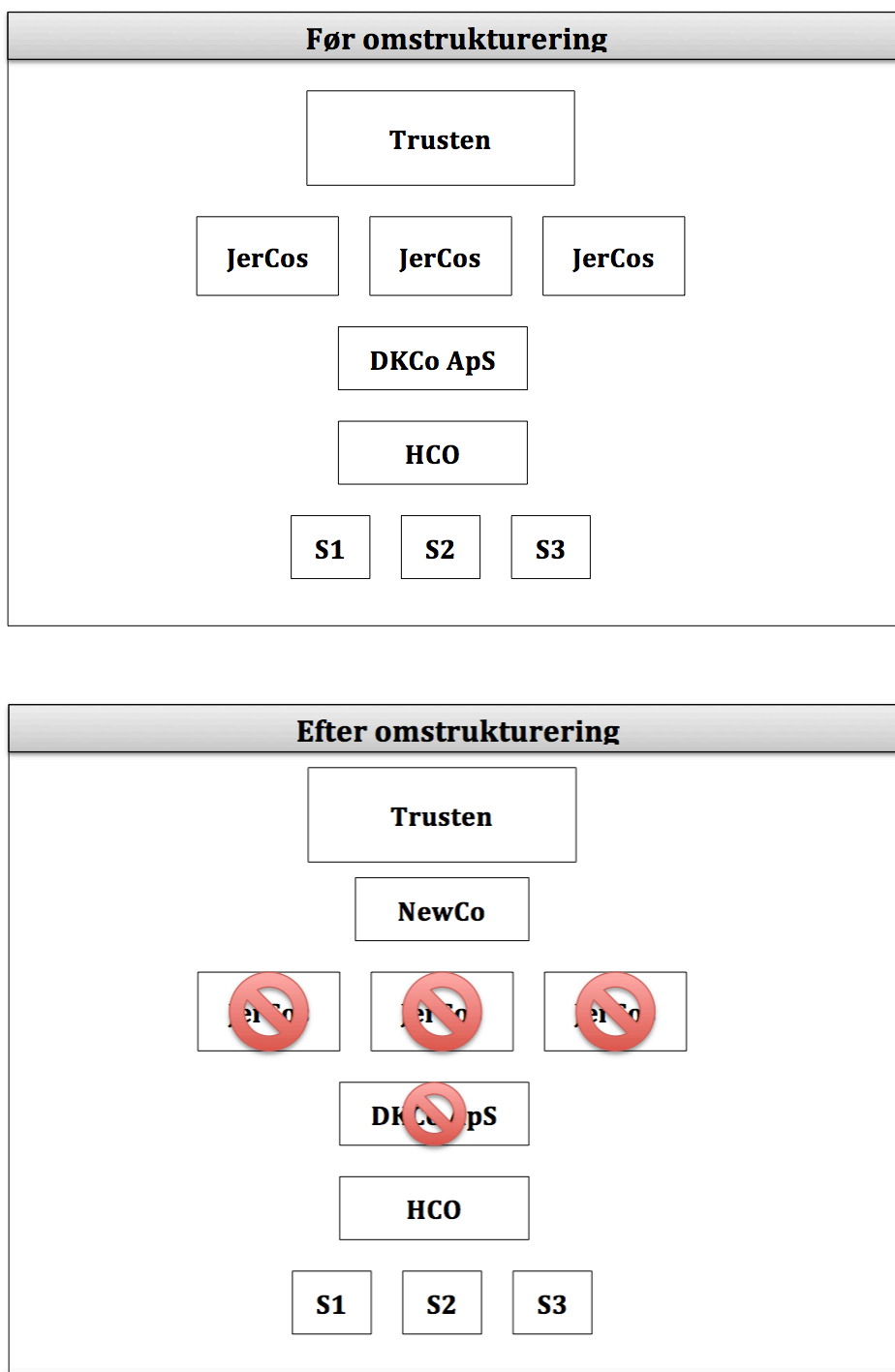
Afgørelsen omhandlede det dansk ejet anpartsselskab "DKCo", der fungerede som et holdingselskab anbragt i en international koncern. "DKCo" var ejet af et det hollandsk selskabs "HCO", der agerede som et driftsselskab i koncernen. "HCO" havde andre selskaber beliggende under sig, og fungerede som koncernens hovedselskab. "JerCoS" bestod af tre holdingselskaber, der tilsammen ejede "DKCo". Holdingselskaberne var ejet af "Trusten", der var beliggende på øen Jersey. Efter de nationale regler i Holland, var Trusten skattemæssig transparent, hvorfor "JerCos" skattemæssige resultat skulle henføres til Trusten⁵⁶. Skatteyderen ønskede Skatterådets stillingtagen til, om hvorvidt en omstrukturering af koncernen medførte beskatning i Danmark.

Omstruktureringen af koncernen resulterede i, at Trusten etablere et holdingselskab "NewCo", der stadig var beliggende i Holland. "JerCos" aktier blev herefter overført til NewCo, hvorefter "JerCos" ønskedes likvideret. "DKCo" var derfor hundrede procent ejet af NewCo, der fungerede som anden øverste led i koncernen. Slutteligt ønskedes "DKCo" likvideret. I forlængelse af SKAT's stillingtagen til, hvorvidt omstruktureringen medførte beskatning i Danmark, vurderede SKAT, at ligningslovens § 3 ikke fandt anvendelse. Dette begrundes med, at transaktionen var udtryk for koncerns økonomiske velbegrundenet årsager. Læser bedes bemærke, at Spørger i afhandlingen fremover omtales som "DKo".

⁵⁶ RR.SM.2018.1 En kommentar til SKM.2017. 262 og ligningslovens § 3, Bjørn, Anders og Clausen, Juul side 8.

Omstrukturering kan illustreres således:

Figur 3



3.3. Arrangementer eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel

Ved en ordlydsfortolkning af ligningslovens § 3 kan det fastslås, at tre kumulative betingelser skal opfyldes, før bestemmelsen finder anvendelse. For det første skal der foreligge et arrangement eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel.

Det følger af ordlyden af bestemmelsen, at et arrangement kan omfatte flere trin eller dele. Forarbejderne anfører, at dette kan være tilfældet, når *"enkelte trin i eller dele af et arrangement i sig selv ikke er reelle"*⁵⁷. Det må herved forstås, at klausulen kan anvendes på specifikke trin eller dele af trinene i et arrangement, uden at det er af betydning for arrangementets øvrige reelle trin. Det fremgår af forarbejderne, at en sådan anvendelse af bestemmelsen har til formål at sikre effektivitet af klausulen, samtidig med at *"det sikres, at klausulen står i et rimeligt forhold til målet"*⁵⁸. Der gælder således et proportionalitetsprincip, hvorved bestemmelsen kan anvendes på et enkelt arrangement eller dele af arrangementet, uden at dette berører de øvrige transaktioner. Anvendelsen af bestemmelsen vil derfor stå i rimelig forhold til sagens omstændigheder og sagens mål.

Hvorledes begreberne "arrangement eller serier af arrangementer" yderligere skal forstås, udledes ikke af ordlyden. Det fremgår imidlertid af forarbejderne, at vendingen *"et ethvert arrangement eller enhver transaktion skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej. Dette omfatter særligt stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstkabelsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation"*⁵⁹. Forarbejderne angiver således et vidt spænd for myndighederne til at anvende og fortolke begrebet "arrangement". Alle forhold og transaktioner inden for ordlyds- og formålsfortolkningen, vil som udgangs-

⁵⁷ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 17.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid., side 18.

punktet være omfattet, og det er ligeledes underordnet om transaktionerne er retskraftige eller ej⁶⁰.

Endvidere fremgår det af bestemmelsen, at "arrangementet eller serier af arrangementer", skal have til hovedformål at opnå en skattefordel. Forarbejderne angiver desuden, at der ved dette begreb skal forstås de "*fordele, der omfatter alle fordele forbundet med overenskomsten, såsom skattefritagelse, skatteudskydelse eller andre godtgørelse*"⁶¹. Disse skattefordele må således omfatte de af moder/datterdirektivets nævnte fordele om fritagelse af udbytte for kildeskat mellem moder/datterselskaber og undgåelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med udbytte mellem moder- og datterselskaber beliggende i hver deres medlemsstat.⁶² Skattefordelene skal dog naturligvis ses i forlængelse af, at de ikke må stride mod formålet eller indholdet af at direktivet.

Hvordan myndighederne faktisk skal foretage vurderingen af, om arrangementet reelt har medført en skattefordel eller ej, kan hverken udledes af ordlyden af bestemmelsen eller forarbejderne. EU-kommissionens henstilling af 6. december 2012 råder dog nationale myndigheder til at foretage en egentlig sammenligning af det beløb, skatteyderen skulle beskattes af, efter det pågældende arrangement er trådt i kraft, med det beløb skatteyderen skulle beskattes af uden sådan et arrangement. Såfremt der i beskatningsgrundlaget fremgår et beløb, der ikke betales kildeskat af, at udenlandsk skat udlignes, eller skatteyderen får et fradrag, bør dette give et "fingerpeg" i retningen af, om at arrangementet har medført en skattefordel.⁶³

Hvornår et arrangement udgør et hovedformål, eller alene blot er ét af mange årsager for tilrettelæggelsen af arrangementet, udledes ej heller af bestemmelsen. Det er svært behandlet i forarbejderne, da det alene fremgår, at "*det vil påhvile skattemyndighederne at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af*

⁶⁰ SU 2017,228, Bund Jakob, Kjærsgaard, Louise, Aarup Lars, første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklause side 8.

⁶¹ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 18.

⁶² Ibid., side 11.

⁶³ Kommissionens Henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning om generel regel om bekæmpelse af misbrug pkt. 4.7.

fordelen er af de væsentlige formål med arrangementet eller transaktionen, som direkte eller indirekte medfører fordelene”⁶⁴. Det er derfor pålagt de nationale myndigheder at vurdere, hvornår skattefordelen er ”væsentlig”, da det i forarbejderne ikke anføres, hvornår arrangementet anses for at være væsentlig. Som muligt fortolkningsbidrag, kan EU-kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning muligvis hjælpe. Det fremgår af henstillingen, at et givet formål anses for værende et hovedformål, hvis de andre formål i arrangementet eller serier af arrangementer forekommer ubetydelige. Det kan udledes, at såfremt alle sagens omstændigheder er taget i betragtning, men at hovedformålet stadigvæk udgøres af en skattefordel, ville et sådant arrangementet dermed være omfattet af bestemmelsen.

Det er dog klart, at det altid er en konkret vurdering, hvornår arrangementet netop udgør et hovedformål eller blot er en af mange årsager for tilrettelæggelsen af arrangementet.

Det er væsentligt at bemærke, at der af ordlyden af ligningslovens § 3 fremgår en klar to-delt bevisbyrdefordeling.⁶⁵ Det anføres, at myndighederne i første række har til opgave at sandsynliggøre, at opnåelsen af skattefordelen er et væsentligt hovedformål, der strider imod formålet eller indholdet af direktivet. Såfremt myndighederne løfter denne bevisbyrde, skal skatteyderen først herefter sandsynliggøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundende økonomiske årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.⁶⁶

Som tidligere angivet i afhandlingens kapitel 3.2 foreligger der endnu kun to afgørelser vedrørende ligningslovens § 3. Hvordan myndighederne fortolker og anvender vendingen ”arrangement eller serier arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel” fremgår dog ikke klart af afgørelserne. Som anført i afhandlingens kapitel 3.2 vedrørende afgørelsen SKM.2017.333.SR, ønsker skatteyderen en omstrukturering, hvorved H1 skal flyttes fra Danmark til Luxembourg, samtidig med de at to skatteydere i X-landet flytter

⁶⁴ Lovforslag 167. 2014/2015 side 18.

⁶⁵ Ibid., side 18.

⁶⁶ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anders, ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 4.

H3 fra Bahamas til Luxembourg. Arrangementet må således udgøre det forhold, at H3' flyttes til Luxembourg inden flytningen af H1. Det fremgår af myndighedernes angivelse, at betydning med *"H3' flytning til Luxembourg (..) ved en efterfølgende flytning af H1 (..) medføre at likvidationsudlodningen som udgangspunkt ikke beskattes, som udbytte, men som aktieavance, idet H3 efter flytningen er beliggende i et land hvori moder-/datterselskabsdirektivet finder anvendelse"*⁶⁷.

Arrangementet må derved udgøre forhold det forhold, at H3 flyttes til Luxembourg inden H1, da H3 dermed omfattes af moder/datterselskabsdirektivet. Skattefordelen udgør ligeledes det forhold, at likvidationsprovenuet behandles som aktieavance.

Dette kan endvidere understøttes af, at såfremt H3 stadig ville have haft hjemsted på De Britiske Jomfruøer med ledelsens hovedsæde på Bahamas forinden den forudgående flytning af H1, ville likvidationsudlodningen skulle behandles som begrænset skattepligtig til Danmark, da udlodningen vil anses for udbytte. Der foreligger derfor ingen tvivl om, at der ved flytningen af H3 opnås en skattefordel.⁶⁸

Hvorvidt skattefordelen udgør et egentlig hovedformål, eller alene blot er ét af mange årsager for transaktion, fremgår dog ikke tydeligt i SKM.2017.333. Det følger alene af SKM.2017.333, at der efter SKAT's opfattelse *"er tale om arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel (..)"* samt at disse *"har været, at sikre en gunstige skattemæssige position"*⁶⁹. Det kan af afgørelsen udledes, at hovedformålet eller et af hovedformålene med arrangementet, således måtte være at opnå en skattefordel. Det kan dog ikke ud fra afgørelsens udledes, hvorfor myndighederne når frem til dette resultat. I afgørelsen angives det alene, at *"SKAT fastholder, at hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg, umiddelbart inden påtænkte flytning af H1 til Luxembourg, er at opnå en skattefordel, der ikke er foretaget af velbegrundende kommercielle årsager"*⁷⁰.

⁶⁷ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 9.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 9.

⁷⁰ Ibid., side 10.

I øvrigt bemærkes det, at myndighederne i afgørelsen anvender en analog mellem det faktum, at skatteyderen ikke har sandsynliggjort, at arrangementet er tilrettelagt af kommercielle årsager, mod at opnåelsen af en skattefordel udgør et hovedformål i strid med formålet eller indholdet af direktivet. Dette kan undre, da der i kapitlets ovenstående afsnit fremgår en klart todelte bevisbyrde. Som nævnt skal myndighederne først sandsynliggøre, at flytningen af H3 sammenholdt med den skattebesparelse, der opnås i forlængelse heraf, strider imod moder/datterselskabsdirektivet, før myndighederne kan pålægge skatteyderen at sandsynliggøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager.⁷¹ Det fremgår klart af afgørelsen, at myndighederne ikke følger denne todelte bevisbyrde. Skatteyderen bliver således pålagt en væsentlig større bevisbyrde, end det tilsigtes, jf. førnævnte ordlyds- og formålsfortolkning af bestemmelsen. Der vil i afhandlingens kapitel 3.5 foretages en diskussion af, hvilken betydning dette har for håndhævelsen af bestemmelsen.

I afgørelsen SKM.2017.262 fremgår det en anelse mere klart, hvordan myndighederne anvender og fortolker vendingen "arrangement eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel". Som allerede anført i afhandlingens kapitel 3.2 ønsker skatteyderen en omstrukturering, hvor det danske anpartsselskab "DKCo" bliver likvideret, så koncernen alene består af en ren hollandsk struktur med det nystiftede selskab "Newco" som koncerns moderselskab. Omstruktureringen består af en række trin, og det præciseres ikke af myndighederne, hvilket af de specifikke trin, der anses for at være "arrangementet eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel". Det følger alene af afgørelsen, at *"hvis Spørger likvideres i forbindelse med den påtænkte omstrukturering, så vil likvidationsprovenuet skulle behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven"*⁷². Arrangementet må således udgøre det forhold, at "DKCo" likvideres samtidig med at "Newco" stiftes, hvorved likvidationsprovenuet fra "DKCo" til "Newco" ikke undergives dansk beskatning. Stiftelsen af "Newco" medfører derfor utvivlsomt en skattefordel.

⁷¹ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 18.

⁷² Skatterådets bindende svar af 24. oktober 2017, side 13.

Hvorfor myndighederne i SKM.2017.626 vurderer, at skattefordelen ikke udgør et hovedformål eller et af hovedformålene, fremgår kun overfladisk af afgørelsen. Det må dog lægges til grund, at det skal ses i forlængelse af, at myndighederne anser skattefordelen for et bi-formål. Det understøttes bl.a. af, at myndighederne i sin afgørelse tillægger det betydning, at omstruktureringen samlet set skal ses som et led i at forenkle hele koncernstrukturen og bidrage til, at alle enheder vil være hjemmehørende i Holland. Ligeledes angives det i afgørelsen, at de begunstigede i Trusten er to selskaber og en humanitær hjælpeorganisation, men at den eneste begunstigede efter omstruktureringen, er den humanitær hjælpeorganisationen.

3.4. Skattefordelen virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne

Ved en ordlydsfortolkning af ligningslovens § 3, stk. 1, nr. 2 fremgår det af bestemmelsens anden betingelse, at den nævnte skattefordel skal virke imod indholdet eller formålet med direktiverne. Med andre ord har ligningslovens § 3, stk. 1, nr. 2 til formål at bekæmpe misbrug af moder/datterselskabsdirektivet i dansk skattelovgivning.⁷³

Direktivet er implementeret i dansk skattelovgivning i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c og selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2. Begge bestemmelser finder anvendelse på moder- eller datterselskaber, der er omfattet af direktivet, og som er udbyttemodtagere i beliggende i medlemsstater. Direktivets formål kan udledes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, der angiver, at *"skattepligten omfatter ikke udbytte af datterselskaber, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4A, når beskatning af udbytte fra datterselskabet skal frafalder eller nedsættes efter direktiv 2011/96/EU om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater*. Selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2 angiver ligeledes, at danske moderselskaber ikke er skattepligtige af udbytte fra datterselskaber, såfremt beskatning nedsættes eller frafalder efter moder/datterselskabsdirektivet. Formålet med direktivet kan således ud fra de nationale bestemmelser, forstås som, at fritage udbytte for kildeskat, som datterselskaber betaler til moderselskaber samt at undgå dob-

⁷³ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 12.

beltbeskatning i forbindelse med udbytte mellem moder- og datterselskaber beliggende i hver deres medlemsstat.

Som tidligere angivet i afhandlingens kapitel 2.3 skal direktivets formål ses i sammenhæng med Unionens ønske om at fremme det indre marked, herunder TEUF's gældende frihedsrettigheder om etablering. Dette understøttes ligeledes af forarbejderne, der fremhæver vigtigheden af, at bestemmelsen fortolkes i overensstemmelse med direktivets formål og gældende frihedsrettigheder. Det angives bl.a., at *"bekæmpelse af misbrug ikke må føre til resultater, der er uforenelig med de grundlæggende friheder i traktaten, ligesom det også understreges, at den foreslåede misbrugsregel er på linje med den proportionalitetsgrænse, som fremgår af EU-Domstolens retspraksis"*⁷⁴.

Ved myndighedernes vurderingen af, hvorvidt skattefordelen virker imod formålet eller indholdet af direktivet, vil der derfor skulle indgå en afvejning af Unions ønske om at virkeliggøre det indre marked samtidig med at misbrug af moder/datterselskabsdirektivet må forsøgs hindret. Afvejningen synes dog ikke at gøres til genstand for megen behandling i hverken SKM.2017.333 eller SKM.2017.262.

Som nævnt i afhandlingens kapitel 3.4 må det forhold, at H3 flyttes fra Bahamas til Luxembourg inden flytningen af H1 udgøre en uberettiget skattefordel, da H3 bliver omfattet af moder/datterselskabsdirektivet og likvidationsprovenuet herefter behandles som aktieavance. For at transaktionen skal være omfattet af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, skal dette arrangement og skattefordelen *virke imod formålet eller indholdet af direktivet*. Hvorfor myndighederne vurderer, at netop denne transaktion strider imod direktivets formål eller indhold, er særligt udfordrende at udlede. Myndighederne synes dog særligt at lægge vægt på det forhold, at H1 og H3 er rene holdingselskaber, og at selskabernes aktivitet alene har været af udgiftsmæssige karakter bestående af administration og revisorer.⁷⁵ Hvorfor myndighederne anser det forhold, at skatteyderen ønsker at flytte to holdingselskaber for at være i strid med direktivet, er svært at vurdere. Det kan hverken ud-

⁷⁴ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 7.

⁷⁵ Ibid., side 5.

ledes af lovtæksten eller forarbejderne, om at der stilles et vist aktivitetskrav til selskaberne, før de må nyde de af moder/datterselskabsdirektivets gældende fordele.

Som fortolkningsbidrag må der henvises til afhandlingens kapitel 2.5 oven for, der fastlægger, at såfremt skatteyderens eneste formål eller et af hovedformålene med etablering i en sekundær medlemsstat, er at nedsætte eller frafalde beskatning, kan dette tale for, at denne transaktion er i strid med direktivet, og fordele kan herefter nægtes, jf. Centros og Cadbury Schweppes-sagen. I afgørelsen anføres det bl.a., at *"ovenfor anses hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg, umiddelbart inden den påtænkte flytning af H1 til Luxembourg, at opnå en skattefordel"*⁷⁶. Det kunne derfor tyde på, at SKAT anser opnåelsen af skattefordelen i SKM.2017.333 som værende hovedformålet med transaktionen, hvorfor skattefordelen, efter myndighedernes egen opfattelse, må være i strid med formålet i moder/datterselskabsdirektivet.

Endvidere må det forhold, at H3 forinden omstruktureringen er beliggende i et "skattely" land, ligeledes være af betydning for afgørelsen. Det angives bl.a., at *"selve ophøret af skattely-status til fordel for at blive hjemmehørende i EU, og dermed underkaste sig de regler, som er gældende i Luxembourg i sig selv kan tyde på omgåelse"*⁷⁷. Tesen uddybes dog ikke yderligere af myndighederne. Afgørelsen kan dog tyde på, at det forhold, at H3 forinden er beliggende i såkaldt "skattely" land, kan pege i retningen af, at transaktionen strider imod formålet med moder/datterselskabsdirektivet.

Det bemærkes, at der særligt i denne del af afgørelsen, foreligger en række påstande, der kan undre.⁷⁸ Dette skyldes hovedsageligt, at myndighederne vurderer, *"at hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg, umiddelbart inden den påtænkte flytning af H1 til Luxembourg, er at opnå en skattefordel, der ikke er foretaget velbegrundende kommercielle årsager"*⁷⁹. Det særligt undrende ved en sådan udtalelse er, af det må være begrænset, hvilket kommercielle formål der kan foreligge i at flytte rene holdingselskaber som H1 og H3. Det er endvidere væsentligt at bemærke, at der ud over ejerskabet i et rent holdingsel-

⁷⁶ Ibid., side 11.

⁷⁷ Ibid., side 6.

⁷⁸ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anders ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 4.

⁷⁹ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 10.

skab, samt de skattefordele og spredning af risici der følger af en ren holdingstruktur, ej heller foreligger yderligere kommercielle formål.⁸⁰ Dog fastslås det i U.2004.2397.H (Johnson-Holding), at rene holdingselskaber skal anerkendes som erhvervsvirksomheder, og at disse i skatteretligt henseende, skal behandles som sådanne.⁸¹ Aktiviteten ved sådanne rene holdingselskaber består således af aktieejerskab i koncernen, afholdelse af generel forsamling, bog- og regnskabsføring samt dertilhørende resterende selskabsaktiviteter.⁸² Hvorfor myndighederne alligevel vurderer, at det faktum, at H1 og H3 flyttes til samme medlemsstat, hvorefter der fremover ville skulle aflægges regnskaber, bogføring m.m. til samme land, ikke i sig selv er en væsentlig begrundelse for kommercielle årsager, kan derfor forekomme undrende.

I SKM.2017.262 vurderer myndighederne tværtimod, at skattefordelen ikke strider imod formålet eller indholdet af direktivet. Hvorfor myndighederne når frem til dette resultat, kan kun udledes ud fra ganske få sætninger i afgørelsen. Det angives, at *"den påtænkte omstrukturering ikke kan anses for at være udtryk for misbrug af de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet. Der er herved bl.a. lagt vægt på, at NewCo skattemæssigt vil være hjemmehørende i Holland, ligesom at alle enheder – bortset fra Trusten – efter den påtænkte omstrukturering skattemæssigt vil være hjemmehørende i Holland"*⁸³. Myndighederne anser altså en række forhold vedrørende transaktionen for at være i overensstemmelse med direktivet. Det fremgår dog af afgørelsen, at myndighederne synes at lægge megen vægt på, at koncernens samlede aktivitet ville være beliggende i Holland, og at alle enheder fremover ville være beliggende i samme medlemsstat.

Hvorfor det netop er i overensstemmelse med direktivet, at koncernens aktiviteter fremover samles i ét land, er svært at redegøre for. Det må dog formentlig skyldes, at koncernen forinden omstruktureringen havde en række aktiviteter i Holland og dermed en vis

⁸⁰ Ibid., side 5.

⁸¹ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anders ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 4.

⁸² Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 5.

⁸³ Skatterådets bindende svar af 24. Oktober 2017, side 14.

tilknytning til landet, hvorimod selskaberne i til SKM.2017.333 modsætningsvis *"ikke have nogen tilknytning til Luxembourg inden flytningen"*⁸⁴.

Det skal her fremhæves, at det ikke ud fra ligningslovens § 3 eller moder/datterselskabsdirektivet kan udledes, at selskaberne skal have et vist tilhørshold til den sekundære medlemsstat, før transaktionen er i overensstemmelse med forholdet eller indholdet af direktivet. Det fremgår tværtimod af Cadbury Schweppes-sagen, at *"etablering skal anses for at være reel, når den på grundlag af en evaluering af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, angående bl.a. tegn på fysisk eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr, afspejler en økonomisk realitet, dvs. en reel etablering, hvorfra der faktisk udøves økonomisk virksomhed, og ikke blot et "postkasse"- eller "skærm"-datterselskab"*⁸⁵. Præmissen anfører, at såfremt selskabet reelt har etableret sig i medlemsstaten, og at etableringen kan efterprøves af tredjemand, ville en sådan etablering være tilstrækkelig for at selskaber kan nyde de af direktivets gældende skattefordel.⁸⁶

Hvorfor myndighederne i sin argumentation alligevel tillægger det betydning, at koncernen i SKM.2017.262 har et tilhørsforhold til Holland før flytning, men at selskabet i SKM.2017.333 ingen tilknytning har til Luxembourg, kan derfor virke uhensigtsmæssigt. Det er særligt undrende i SKM.2017.333, da nedenstående analyse af bestemmelsens tredje betingelse fastlås, at H3 reelt og formelt er etableret i Luxembourg.

3.4. Ikke reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder

Ved en ordlydsfortolkning af ligningslovens § 3, stk. 2, nr. 3 fremgår det, at arrangementet skal være reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold. Videre fremgår det af ligningslovens § 3, stk. 2, at arrangementet anses for værende ikke reelt, i det omfang det ikke er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

⁸⁴ Ibid., side 14.

⁸⁵ Cadbury Schweppes sagen, præmis 37.

⁸⁶ Mellem brug og misbrug, af Nørgaard Laursen, Ander ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 5.

Ved en ordlydsfortolkning af bestemmelsens tredje betingelse, fremgår der således to væsentlige faktorer. For det første, skal myndighederne ved realitetsvurderingen inddrage alle faktiske forhold og omstændigheder, der er af betydning for sagens udfald. Myndighederne er således underlagt det forvaltningsretlige princip officialprincippet.⁸⁷

Officialprincippet har til formål at sikre, at myndighederne oplyser og undersøger en sags omstændigheder i tilstrækkeligt omfang, inden der træffes afgørelse i sagen.⁸⁸ Såfremt myndigheden ikke har kendskab til det retlige grundlag og ikke har tilvejebragt alle oplysninger, der er af betydning for sagens omstændigheder, vil afgørelsen kunne tilsidesættes som værende ugyldig.⁸⁹ Det fremgår ligeledes af forarbejderne, at myndighederne ved realitetsvurderingen er underlagt officialprincippet. Det følger bl.a., at *"det vil påhvile skattemyndighederne at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder (..)"*⁹⁰ *"Det påhviler skattemyndighederne at foretage en objektiv vurdering af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder"*⁹¹.

Som ledende eksempel på at alle forhold, der er af betydning, skal inddrages, er et scenarie, der gentagende gange angives i forarbejderne. Det anføres, at såfremt udlodningen af overskuddet reelt ikke strammer fra en skatteyder beliggende i en medlemsstat, men at arrangementet alene er tilrettelagt på en sådan måde, at skatteyderen kan nyde den skattefritagelse, der følger af direktivet, ville dette være en klar formodning for, at arrangementet ikke afspejler den økonomiske virkelighed og dermed er reelt.⁹²

Alle relevante forhold og omstændigheder kan således tale for eller imod realitetsvurderingen, men det afgørende er, at myndighederne foretager en objektiv vurdering og inddrager *alle forhold*, der er af relevans for problemstillingen.

For det andet, skal realitetsvurderingen ses i forlængelse af, om skatteyderen har tilrettelagt arrangementet af velbegrundende kommercielle årsager.

⁸⁷ SKAT vejledning A.A.7.4.3 Sagens oplysning.

⁸⁸ Webside - Folketingets ombudsmand, www.ombudsmanden.dk/myndighedsguiden/generel_forvaltningsret/officialprincippet

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 12.

⁹¹ Ibid., side 18.

⁹² Ibid., side 12.

Hvad der skal forstås ved, at skatteyderen har tilrettelagt arrangementet af velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, udledes ikke yderligere af bestemmelsen. Det angives ej heller i lovforslaget. Ved afhandlingens egen ordlydsfortolkning, skal det forstås som, at en skatteyder driver selskabet med et formål om fortjeneste. Såfremt dette er tilfældet, ville dette kunne "pege" i retningen af, at transaktionerne er foretaget af kommercielle årsager.

Som muligt fortolkningsbidrag kan Meddelelse fra EU-kommissionen om misbrug inden for direkte beskatning i EU og relation til tredjelande anvendes.⁹³ Af meddelelsen fremgår det, at "*målsætningen om at mindske sin skattebyrde er i sig selv en gyldig kommerciel overvejelse*"⁹⁴. Skattebesparelser vil således kunne udgøre en gyldig kommerciel overvejelse. Såfremt skattebesparelsen ikke udgør hovedformålet med arrangementet, jf. oven for kapitel 2.4, vil sådanne skattebesparelser dermed kunne udgøre en legitim kommerciel årsag, der skal tages i betragtning, når myndighederne foretager realitetsvurderingen.

Ligeledes bemærkes det, at der i Meddelelsen fra EU-kommissionen angives flere omstændigheder, der kunne tyde på, at arrangementet er reelt, og at skatteyderen har tilrettelagt disse af velbegrundende kommercielle årsager. Det angives, at "*den omstændighed, at de aktiviteter, der udøves af en sekundær etablering i en anden medlemsstat, lige så godt kunne have været udøvet af den skattepligtige inden for hjemlandets område, ikke kan lede til den konklusion, at der foreligger et rent kunstigt arrangement*"⁹⁵. Det er ved en sådan udtalelse væsentlig at udlede, at det klart er i overensstemmelse med EU-domstolens retspraksis, at skattemæssige besparelser og spekulationer spiller en væsentlig rolle, når skatteyderen vurderer, hvor datter- og eller moderselskabet skal etablere sig.⁹⁶

Det kan ikke enstemmigt udledes af SKM.2017.333 og SKM.2017.262, hvorledes myndighederne reelt foretager realitetsvurderingen under hensyntagen til, om transaktionerne er tilrettelagt af kommercielle årsager eller ej.

⁹³ Meddelelse fra Kommissionen KOM(2007), Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning i EU og i relation til tredjelande.

⁹⁴ Ibid., 2.pkt.

⁹⁵ Ibid. 3.pkt.

⁹⁶ Ibid.

Det fremgår alene af SKM.2017.333, at myndighederne ved dennes vurdering ligger vægt på, at *"Spørger endvidere ikke har redegjort for eller dokumenteret de kommercielle årsager til, at H3 er flyttet til Luxembourg forinden H1 flyttes"* samt at *"selskabsstrukturen og selskabets aktiviteter ses som det samme som før"*⁹⁷. Myndighederne vurderer således det forhold, at idet skatteyderen ikke kan føre dokumentation for, at der er opnået en faktiske udgiftsbesparelse ved omstruktureringen, må føre til det resultat, at arrangementet ikke er reelt og ikke er foretaget i velbegrundende kommercielle årsager.

Det er særligt svært at gennemskue, hvorfor myndighederne ved denne del af afgørelsen, har argumenteret og nået frem til det gældende resultat. Som nævnt i afhandlingens kapitel 3.3 foreligger der ved anvendelsen af bestemmelsen en todelt bevisbyrde. Myndighederne skal derfor først og fremmest sandsynliggøre, at transaktionen strider imod direktivets indhold. Såfremt myndighederne har løftet bevisbyrden herfor, skal skatteyderen først herefter sandsynliggøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager. Myndighederne har utvivlsomt "sprunget" dette led over, hvorfor det særligt er udfordrende at udlede, hvorfor myndighederne vurderer, at H3's forudgående flytning inden H1, ikke er reelt og ikke tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager.

Endvidere synes det ikke at vægtes af megen betydning, at skatteyderen som yderligere kommercielle årsager angiver at *"forenkle selskabsstrukturen"*⁹⁸ og som led i denne forenkling at *"opnå en udgiftsbesparelse ved, at der alene skal udarbejdes dokumenter f.eks. regnskab og rapporteres til ét lands regler"*⁹⁹.

Det fremgår tværtimod af SKM.2017.262, at transaktionens kommercielle årsager, består af et ønske om opnåelsen af en enklere selskabsstruktur og på baggrund heraf en opnåelse af en udgiftsbesparelse. Myndighederne vurderer dog i den forbindelse, at arrangementet er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Det følger bl.a. af afgørelsen, at der ved vurderingen lægges vægt på,

⁹⁷ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 11.

⁹⁸ Ibid., side 5.

⁹⁹ Ibid.

at "den påtænkte omstrukturering af Koncernen er båret af kommercielle hensyn, idet den gennemføres for at eliminere de af Koncernens enheder, der ikke har nogen aktivitet og således udgør en omkostning for Koncernen (..) ¹⁰⁰ og at en "at placering af et driftsselskab er sædvanligt og kommercielt velbegrunderet" ¹⁰¹. Legitime velbegrunderende kommercielle årsager, synes i denne afgørelse at være det forhold, at koncernen ved en klassisk holdingselskab-struktur mindsker de forretningsmæssige risici, der er ved et driftsselskab ¹⁰², samt at transaktionen eliminerer og mindsker, hvad der af afgørelsen fremgår som "unødvendige omkostninger" ¹⁰³.

En egentlig realitetsvurdering af transaktion synes dog på samme vis at mangle i SKM.2017.333. Det kan alene udledes af afgørelsen, at myndighederne vurderer skatteyderens kommercielle årsager for transaktionen, som værende tilstrækkelig begrundelse for, om arrangementet er reelt. Det fremgår således ej heller i afgørelsen, om hvorvidt myndighederne foretager den todelte bevisbyrde, der i afhandlingens kapitel 3.3 er gennemgået.

Slutteligt kan det ud fra SKM.2017.333 og SKM.2017.262 ej heller entydigt fastlægges, i hvilket omfang myndighederne foretager realitetsvurderingen under hensyntagen til *alle relevante forhold og omstændigheder*. Det bemærkes særligt at være tilfældet i SKM.2017.333, da myndighedernes argumentation synes at mangle en stillingtagen til en række forhold og omstændigheder, der ville være nærliggende at tillægge i betydning. Et nærliggende forhold, der om end burde være inddraget, er det forhold, at H3 *formelt* set opfylder moder/datterselskabsdirektivets betingelser for skattefriheden på udbytte. ¹⁰⁴ Det følger af direktivets artikel 2, at direktivet finder anvendelse, såfremt *selskabet er beliggende i en medlemsstat*. Det ville derfor være tilfældet med H3's flytning til Luxembourg. Fordelene af direktivet ville kan herefter kunne nægtes, jf. Cadbury-Scweppes-sagen, så-

¹⁰⁰ Skatterådets bindende svar af 24. Oktober 2017, side 9.

¹⁰¹ Ibid., side 6.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anderved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 6

fremt selskabet ikke *reelt* er etableret i en medlemsstat. Hvorvidt H3 reelt er etableret i Luxembourg eller ej, synes ikke i afgørelsen at være genstand for en nærmere vurdering af afgørelsen.

Det kunne dog tyde på, at selskabet både *formelt* og *reelt* er etableret i medlemsstaten. Det følger bl.a. af skatteyderens fremførelse under sagen, at selskabet var "*registeret i Luxembourg*"¹⁰⁵, at selskabet er "*skattemæssige og selskabsretligt (var) hjemmehørende i Luxembourg fra og med flyttetidspunktet*"¹⁰⁶ og at udbyttet fra selskabet ville forblive i medlemsstaten, hvorfor H3 opfylder kravet om retmæssige ejer. Det kan således forekomme undrende, at myndighederne ikke belyser denne problemstilling, da det må være af en nærliggende omstændighed at inddrage i dennes argumentation.¹⁰⁷

I SKM.2017.262 synes det dog at fremgå en mere klart, at myndighederne i sin stillingtagen har foretaget realitetsvurderingen under hensyntagen til *alle relevante forhold og omstændigheder*. Det følger bl.a. af afgørelsen, at relevante forhold, såsom det forhold at, koncernen allerede har tilknytning til den pågældende medlemsstat inden omstruktureringen blev foretaget, likvider og aktier flyttes, og at midler der bliver videreudloddet, fremadrettet vil tilgå den humanitær hjælpeorganisation, indgår i myndighedernes realitetsvurdering i sagen¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 1.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anderved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 6.

¹⁰⁸ RR.SM.2018.1 En kommentar til SKM.2017. 262 og ligningslovens § 3, Bjørn, Anders og Clausen, Juul side 8.

3.5. Hvad er gældende national ret?

På baggrund af ovenstående analyse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 kan det lægges til grund, at der er tre kumulative betingelser, der skal være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse.

For det første, skal der foreligge et arrangement eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel. Begrebet arrangement har en vidtgående fortolkningsramme, og kan omfatte hovedsageligt alle skatte- og selskabsretlige konstruktioner. Endvidere fremgår det, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen skal være at opnå en skattefordel. Dette må på baggrund af den foretagne formålsfortolkning forstås som, at skattefordelen skal udgøre en væsentlig årsag til transaktionen, som ikke må forekomme ubetydelig set i forhold til andre omstændigheder.

For det andet skal skattefordelen virke imod indholdet eller formålet med direktivet. Hvordan skattefordelen kan stride imod moder/datterselskabsdirektivet eller umuliggøre virkeliggørelsen af det indre marked, fremgår bl.a. af EU-domstolens praksis. Af Cadbury-Scweppes-sagen udledes det, at såfremt skatteyderen reelt har etableret sig i medlemsstaten, ville skatteyderen være legitimeret til at nyde de skattefordele, der følger af direktivet. Såfremt hovedformålet med etableringen i medlemsstaten alene er at nyde den skattefrihed, der følger af direktivet, og selskabet dermed udgør et "postkasseselskab", dvs. uden reelt indhold, ville sådanne forhold virke mod indholdet eller formålet med direktivet.¹⁰⁹

For det tredje må arrangementet ikke være reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og ikke være tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager. Myndighederne opererer under officialprincippet, hvorfor alle af sagens omstændigheder, skal inddrages og vægtes af betydning for sagens udfald. Kommercielle årsager må, på baggrund af Meddelelse fra EU-kommissionen som nævnt i kapitel 3.4, forstås som udgiftsmæssige og skattemæssige overvejelser, der afspejler den økonomiske virkelighed.

¹⁰⁹ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 18.

På baggrund af SKM.2017.333 og SKM.2017.262 kan det udledes, at såfremt koncernens samlede aktiviteter samles i ét land, og der reelt sker flytningen af likvider, der medfører en ændring i selskabsstrukturen, ville transaktionen anses for værende reelt og kommercielt begrundet. Det forhold, at skatteyderen angiver, at transaktionen er begrundet i ønske om at forenkle selskabsstrukturen og på baggrund heraf opnå en udgiftsbesparelse, kan i visse tilfælde være en tilstrækkelig begrundelse, såfremt skatteyderen kan dokumentere en egentlig udgiftsbesparelse. Det er ligeledes af betydning, om skatteyderen ved sin etablering i den sekundære medlemsstat i forvejen har en vis tilknytning hertil.¹¹⁰

Der synes at forekomme en vis uoverensstemmelse mellem førnævnte ordlyds- og formålsfortolkning af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, og bestemmelsens fortolkning og anvendelse i praksis. Det ses særligt ved, at myndighederne i begge afgørelser mangler at tage stilling til en række forhold, der på baggrund af den foretagne analyse af lovteksten og forarbejderne, burde vægte af betydning. Det er særligt myndighedernes manglende stillingtagen til bestemmelsens anden og tredje betingelse, herunder hvorfor arrangementet strider imod indholdet eller formålet med direktivet, samt hvorfor transaktionerne i sin helhed anses for værende reelle, der særligt mangles begrundet. Officialprincippet synes desuden overfladisk behandlet, hvorfor det er svært at fastlægge, hvilke forhold og omstændigheder myndighederne særligt i SKM.2017.333 lægger vægt på.

Grundet myndighedernes manglende stillingtagen til særligt bestemmelsens anden og tredje betingelse, og den omstændighed, at der i skrivende stund alene foreligger to afgørelser, som anvender bestemmelsen, er grænsen for, hvornår bestemmelsen finder anvendelse særlig uklar. Der synes at være en tvetydig grænse for, hvornår myndighederne vurderer at ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 finder anvendelse, og hvornår den ikke gør.¹¹¹ Det skyldes hovedsageligt, at er store ligheder med faktum i de to afgørelser, men at resultatet alligevel er forskelligt.¹¹² Det er særligt skatteyderens ønske om at forenkle selskabsstrukturen og i forlængelse heraf at opnå udgiftsbesparelse, der deler vandene, da myn-

¹¹⁰ RR.SM.2018.1 En kommentar til SKM.2017. 262 og ligningslovens § 3, Bjørn, Anders og Clausen, Juul, side 5-7.

¹¹¹ Ibid., side 8.

¹¹² Ibid., side 6.

dighederne i SKM.2017.262 vurderer, at det er en tilstrækkelig kommerciel begrundelse, men at det ikke er tilfældet i SKM.2017.333.

Yderligere synes forskelle såsom 1) hvor mange, og hvilke lande der er involveret, herunder selskabets tilknytning til disse 2) om det er likvider eller rene holdingselskaber, der flyttes, at vægte i myndighedernes vurdering.¹¹³

Dette er særligt undrende, da det hverken ud fra en ordlyds- eller formålsfortolkning af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 kan udledes, at der stilles sådanne krav, før at skatteyderen kan nyde den skattefrihed, der følger af direktivet. Det kan følgende overvejes, om sådanne forhold overhovedet udgør *relevante faktiske forhold*.

Som nævnt i afhandlingens kapitel 3.5 er myndighederne underlagt officialprincippet. Ved vurderingen af, om arrangementet er reelt, skal dette ske under hensyntagen til *alle relevante faktiske forhold*. Som udgangspunkt, vil forhold såsom, hvor mange lande, og hvilke lande der er involveret i transaktionen, kunne udgøre relevante forhold. Det kunne være tilfældet, såfremt der i SKM.2017.333 var tale om et "gennemstrømning selskab", der i forvejen er omfattet af bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.¹¹⁴ Såfremt der i dette tænkte scenarie, ville have været risiko for, at H3 videreførte udbyttet til selskaber beliggende i tredjelande, og H3 dermed ikke ansås for værende den retmæssige ejer af udbyttet, ville det være relevant at inddrage, hvilke lande og hvor mange der var involveret i transaktionen.

Det fremgår dog af SKM.2017.333, at dette ikke er tilfældet. Tværtimod fastlægger myndighederne, at "*H3 ikke er gennemstrømningsselskaber i relation til likvidationsudlodning ved selskabets flytning til Luxembourg*". På denne baggrund kan det forekomme undrende, at myndighederne alligevel finder sådanne forhold relevante for, hvorfor ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 finder anvendelse.

¹¹³ Ibid., side 8.

¹¹⁴ Lovforslag L 167. 2014/2015 side 18.

Det faktum, at "tomme" holdingselskaber flyttes, ville ligeledes kunne udgøre *relevant faktisk forhold*, såfremt disse selskaber udgjorde "postkasseselskaber". Begrebet "postkasseselskaber" skal som nævnt, forstås som selskaber, der er uden større substans og uden kommercielle formål¹¹⁵, der alene er stiftet og tilrettelagt på en sådan måde, for at undgå beskatning.

Det fremgår dog af afgørelsen, at det ej heller er tilfældet. Det angives tværtimod, at H3 besidder aktier og på baggrund af førnævnte analyse af Johnson-Holding, skal rene holdingselskaber anerkendes som erhvervsvirksomheder, og i skatteretligt henseende, behandles som sådanne. Det forekommer ligeså paradoksalt, at myndighederne alligevel vurderer, at det udgør et *relevant faktisk forhold*, da flytningen af sådanne holdingselskaber netop udgør legitime kommercielle overvejelser, der næppe kan illustrere et misbrug af moder/datterselskabsdirektivet. De skattefordele, der opnås igennem en klassisk holding-struktur, og den dertil spredning af risici der følger, vil desuden også kunne udgøre kommercielle årsager jf. SKM.2017.262.

Slutteligt bemærkes det, at et *faktisk relevant forhold*, der ikke behandles tilstrækkeligt i begge afgørelser, er selve formålet med moder/datterselskabsdirektivet. Som angivet i afhandlingens kapitel 2.3 skal formålet med den skattnedsættelse og fritagelse, der følger af direktivet, ses som led i at fremme det indre marked. Det følger af retsaktens fjerde betragtning, at "*sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe forhold i Unionen, der svare til forholdene på det indre marked*"¹¹⁶. Den skattefordel, der opnås ved en forudgående flytning af H3 til Luxembourg i SKM.2017.333, vil derfor alene i sig selv, næppe kunne illustrere et misbrug af direktivet. Dette skal særligt ses i forlængelse af foreliggende afhandlingens analyse af Centros og Cadbury Schweppes-sagen, der legitimerer det forhold, at en skatteyder etablerer sig en medlemsstat og på baggrund heraf opnår en skattebesparelse.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Rådets direktivet 2011/96/EU 4. betragtning

Dette ville således udgøre et væsentlig *relevant forhold*, der særligt burde have været inddraget i SKM.2017.333. Det skal desuden ses i lyset af officialprincippet, der fastslår, at *alle* forhold, uagtet om disse taler for eller imod realitetsvurderingen, skal inddrages, såfremt disse er nødvendige for at løse problemstillingen.

Kapitel 4

4.1. Indledning

Af rådets direktiv om ændringen af direktiv 2011/96/EU om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater fremgår det at, *"i henhold til EU-domstolens retspraksis kan medlemsstaterne ikke gå videre, end hvad der er EU-rettens generelle fælles princip, når de støder på misbrug. Desuden må anvendelsen af foranstaltninger til misbrug ikke føre til resultater, som er uforenelige med de grundlæggende frihedsrettigheder"*¹¹⁷. Der er således to væsentlige faktorer, der er af betydning, når det skal vurderes, om fortolkningen og anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er i overensstemmelse med omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3.

For det første må bestemmelsen ikke fortolkes og anvendes mere eller mindre restriktivt end omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3, hvilket skal ses i forlængelse af ovenstående citat om, at medlemsstaterne ikke må gå videre, end hvad EU-rettens fælles princip om misbrug fastlægger. Omgåelsesklausulerne i hhv. artikel 1, stk. 2 og 3 og ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, skal således anvendes med samme styrke, da det netop ikke ville være et fælles princip, såfremt anvendelsen af misbrugsbegrebet varierede fra medlemsstat til medlemsstat.¹¹⁸

En mere restriktiv anvendelse af omgåelsesklausulen ville desuden kunne stride imod de af EU-rettens særligt gældende frihedsrettigheder og modvirke harmoniseringen. Dette

¹¹⁷ Af rådets direktiv om ændringen af direktiv 2011/96/EU om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater side 7.

¹¹⁸ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anders ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 6

skyldes, at enhver foranstaltning, der medfører ulempe eller gør det mindre attraktivt at udøve etableringsfriheden, ville kunne betragtes som en restriktion for denne frihed.¹¹⁹ Såfremt omgåelsesklausulen finder anvendelse, medfører dette, at der foretages beskatning efter medlemsstaternes nationale regler, hvorfor skattefriheden bortfalder - en konsekvens, der i den grad må anses for at gøre det mindre attraktivt at etablere sig i på tværs af medlemsstater.¹²⁰

For det andet vil en lempeligere anvendelse af bestemmelsen ikke sikre klausulens effektivitet. Omgåelsesklausulen vil med andre ord ikke have den tilsigtede effekt, som ifølge direktivets præambel, er at bekæmpe misbrug i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner omfattet moder/datterselskabsdirektivet.

4.2. Er fortolkningen og anvendelsen af omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, i overensstemmelse med af omgåelsesklausulen i artikel 1 stk. 2 og 3 i moder/datterselskabsdirektivet?

Da der endnu ikke foreligger en EU-dom vedrørende moder/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 og 3, må der henvises til afhandlingens kapitel 2.5 om gældende EU-ret. Herved fastslås det, at artikel 1, stk. 1 og 2 skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med hidtil gældende EU-retspraksis vedrørende misbrug og svig af EU-rettens gældende direktiver og traktater. Centros-sagen og Cadbury Schweppes-sagen udgør i særdeleshed en væsentlig betydning i denne henseende. Heraf fremgår det, at *"målsætningen om at mindske sin skattebyrde er i sig selv en kommercielt overvejelse, så længe de aftaler, der indgås med henblik på at denne målsætning, ikke udgør kunstige overførelser"*¹²¹. Det må herved bemærkes, hvilket i øvrigt gentagende gange er blevet nævnt i afhandlingens øvrige kapitler, at det forhold, at en skatteyder reelt og formelt etablerer sig en sekundær medlemsstat, og som led heri opnår en skattebesparelse, ikke i sig selv udgør et misbrug af

¹¹⁹ Euro Park C-14/ 16 præmis 59

¹²⁰ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 11

¹²¹ Meddelelse fra Kommissionen KOM(2007), Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning i EU og i relation til tredjelande 2 pkt.

direktivet, jf. Centros-sagen og Cadbury Schweppes-sagen. Et misbrug vil således foreligge, såfremt etableringen ikke er reel og alene er tilrettelagt en sådan måde at undgå beskatning. Ud fra en ordlyds- og formålsfortolkning af artikel 1. stk. 1 og 2 fastslås det desuden, at klausulen alene finder anvendelse, dersom dispositionen består af kunstige forhold, der ikke er foretaget af kommercielle årsager.

Det fremgår af forarbejderne til ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, at den danske implementering af omgåelsesklausulen, skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med direktivets ordlyd.¹²² Der er således ikke væsentlig forskel på ordlyds- og formålsfortolkningen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 og artikel 1, stk. 2 og 3. Det kan ud fra afhandlingens kapitel 3 endvidere udledes, at EU-kommissionens henstillinger og meddelelser i væsentlig grad, har haft betydning for lovforslaget og forståelsen af bestemmelsen. Der foreligger derfor en vis konsensus om, hvordan klausulens ordlyd og formål skal fortolkes, jf. afhandlingens kapitel 2.5 og 3.5. På baggrund heraf fremgår det, at omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, skal anvendes på transaktioner, der strider imod formålet og indholdet af direktivet og ikke er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager. Såfremt omgåelsesklausulens tre betingelser er opfyldt, vil der således foreligge et misbrug af direktivet, og direktivets fordele vil herefter kunne nægtes.

Som nævnt i afhandlingens kapitel 3.5 foreligger der dog en vis uoverensstemmelse med førnævnte ordlyds- og formålsfortolkning af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 med myndighedernes fortolkning og anvendelse af bestemmelsen. Det synes at være nødvendigt at skille disse faktorer for sig, da det særligt er myndighedernes anvendelse af klausulen, der må gøres til genstand for vurdering af, om denne er i overensstemmelse med EU-retten.

Ved afhandlingens analyse af SKM.2017.333 fremgår det tilsyneladende, at myndighederne ved sin anvendelse af omgåelsesklausulen, hverken tager stilling til, om bestemmelsens anden eller tredje betingelse er opfyldt. Den klart todelte bevisbyrde fraviges, og skatte-

¹²² Skatteudvalget 2014-15 L167 Bilag 1 side 25

yderen tvinges til at redegøre for ræsonnementet bag transaktionen, før myndighederne selv har løftet bevisbyrden for, at der foreligger misbrug i strid med moder/datterselskabsdirektivet.

Dette må i sig selv vurderes at stride imod det i lovt tekstens angivne om, at bestemmelsens tre betingelser skal opfyldes, før at skatteyderen skal sandsynliggøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager.

Direktivets fordele nægtes desuden, idet myndighederne SKM.2017.333 tillægger det betydning, at *"koncernen (..) ikke havde nogen tilknytning til Luxembourg inden flytningen. Hertil kommer, at flytningen til Luxembourg udelukkende involverede tomme holdingselskaber"*¹²³.

Som nævnt i afhandlingens kapitel 3.5 kan det ikke ud fra moder/datterselskabsdirektivet eller ved en ordlyds- og formålsfortolkning af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 udledes, at der hverken stilles krav til en tilknytning til den sekundære medlemsstat, eller at der ikke må etableres holdingselskaber på tværs af medlemsstaterne. Tværtimod fremgår det af moder/datterselskabsdirektivet, at sådanne *"sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe forhold i Unionen, der svare til forholdene på det indre marked"*¹²⁴. Det må derfor lægges til grund, at disse forhold i sig selv ikke udgør et misbrug af direktivet. På samme vis fremgår det af U.2004.2397.H (Johnson-Holding), at rene holdingselskaber skal anerkendes som erhvervsvirksomheder og i skatteretligt henseende, behandles som sådanne. Det kommercielle formål ved ejerskab og spredning af risici udgør herved en tilstrækkelig begrundelse for flytningen af rene holdingselskaber. På baggrund heraf må det vurderes, at arrangementet i SKM.2017.333 ikke udgør et misbrug af direktivet.

Endvidere fremgår det af Meddelelse fra EU-kommissionen om grundlæggende principper fra domstolens retspraksis, at *"en person, som ellers vil være i en situation, der er omfattet af fællesskabsretten, kan miste sine rettigheder efter fællesskabsretten, hvis han forsøger at*

¹²³ Skatterådets bindende svar af 24. Oktober 2017, side 14

¹²⁴ Direktiv 2011/96/EU 4. præambelbetragtning

misbruge dem"¹²⁵. Der skal således foreligge et egentlig misbrug, før de af moder/datterselskabsdirektivets gældende skattefriheder kan nægtes. Ligeledes angives det i Meddelelsen fra EU-kommissionens, at nødvendigheden for at hindre misbrug udgør et tvingende alment hensyn.¹²⁶ Det står derfor klart, at begrænsninger på de af direktivets gældende fordele alene kan nægtes, såfremt dette er som led i at forhindre misbrug af direktivet.

Da myndighederne i SKM. 2017.333 ikke sandsynliggør, at der foreligger misbrug af direktivet, og at der i forlængelse heraf foreligger et kunstigt arrangement, jf. Centros sagen jf. Cadberry-schweeps sagen, ville en sådan anvendelse kunne anses for *mere restriktivt*, end hvad det tilsigtes med omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3. Dette skal særligt ses i forlængelse af, at myndighederne ligger vægt på forhold, der hverken ud fra en ordlydsfortolkning, formålsfortolkning eller af EU-retspraksis kan udledes at vægte i betydning. Ligeledes fremgår det ved afhandlingens førnævnte ordlyds- og formålsfortolkning af omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3, at klausulens tre kumulative betingelser skal opfyldes. Såfremt betingelserne ikke er opfyldt, vil direktivets skattefrihed på udbytte på tværs af medlemslande uberettiget nægtes.

Tværtimod synes myndighedernes fortolkning og anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 i SKM.2016.262 at være foretaget i overensstemmelse med omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3 i direktiv moder/datterselskabsdirektivet. Det er dog ikke uden videre nemt at fastlægge, idet bestemmelsen generelt er let behandlet. Myndighedernes anvendelse af bestemmelsen kunne dog tyde på, at bestemmelsen hverken håndhæves mere mindre restriktivt end artikel 1, stk. 2 og 3 i moder/datterselskabsdirektivet.

Dette skal særligt ses i forlængelse af, at myndighederne i dennes argumentation foretager realitetsvurderingen under hensyntagen til *alle relevante forhold og omstændigheder*. Det følger bl.a. af afgørelsen, at relevante forhold såsom, at koncernen allerede har tilknytning til den pågældende medlemsstat, at det er likvider og aktier der flyttes, samt at midlerne fremadrettet bliver videreudloddet til den humanitær hjælpeorganisation, er af betydning

¹²⁵ Meddelelse fra Kommissionen KOM(2007), Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning i EU og i relation til tredjelands 2.pkt.

¹²⁶ Ibid.

for myndighedernes vurdering.¹²⁷ Myndighederne har således ved denne del af afgørelsen foretaget realitetsvurderingen i lyset af officialprincippet, og dermed inddraget *de faktiske relevante* forhold. Ligeledes foreligger der ingen skattemæssige incitament for, at der foreligger kunstige arrangementer, der strider imod formålet eller indholdet af moder/datterselskabsdirektivet. Tværtimod fremgår det af afgørelsen, at transaktionen skal ses som led i at forenkle selskabsskabsstrukturen og i forlængelse heraf at mindske udgiftsniveauet i koncernen - en årsag, der i ligningslovens § 3, stk. 2, angives som betingelse for, at arrangementet anses for værende reelt og udgør en velbegrundende kommerciel årsag.¹²⁸

På den baggrund, må det vurderes, at myndighedernes fortolkning og anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 i SKM.2017.262 er foretaget i overensstemmelse med omgængelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet. Det skal endvidere ses i forlængelse af, at myndighederne ikke anvender en mere restriktiv tilgang til bestemmelse, end der kan udledes ved en ordlydsfortolkning, formålsfortolkning eller EU-praksis.

4.3. Er myndighedernes fortolkningen og anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 foreneligt med TEUF artikel 49?

Da myndighederne vurderer, at ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 ikke finder anvendelse i SKM.2017.262, må det alene vurderes om myndighedernes fortolkning og anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 i SKM.2017.333 strider imod etableringsfriheden angivet i TEUF artikel 49. Problemstillingen vil forsøges besvaret ud fra gældende EU-retspraksis.

¹²⁷ RR.SM.2018.1 En kommentar til SKM.2017. 262 og ligningslovens § 3, af Anders Juul Bjørn og Jon Mitre Sinius-Clausen side 8.

¹²⁸ Skatterådets bindende svar af 24. Oktober 2017, side 5

TEUF artikel 49 har følgende ordlyd:

"Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber"

Det følger således af TEUF artikel 49, at det strider imod etableringsfriheden at opsætte hindringer for bl.a. selskaber og skatteydere, der ønsker at flytte og etablere sig i andre medlemsstater.¹²⁹ Det bemærkes, at myndighederne ikke vurderer, at dette er af tilfældet i SKM.2017.333. Det anføres i afgørelsen, at *"SKAT fastholder således, at EU-rettens praksis om den fri etableringsret jf. TEUF art. 49, således ikke er til hinder for, at ligningslovens § 3, finder anvendelse i den pågældende situation"*¹³⁰.

En nærliggende og for nyligt afsagt EU-dom, der er af relevans for, hvornår der kan foreligge restriktioner på etableringsfriheden, er C-6/16 Egiom SAS Enka SA mod Ministre des Finances et des Comptes publics (herfra omtalt SAS-sagen). Dommen omhandler udlodning af udbytte til selskaber, der ejes af aktionere beliggende i tredjelande.¹³¹ Det følger af de franske værnsregler, at en sådan udlodning af udbytte ville kunne fritages for beskatning efter moder/datterselskabsdirektivet, såfremt skatteyderen sandsynliggøre, at koncernstrukturen ikke er tilrettelagt med det formål at opnå en skattefritagelse.

Da det fremgår af moder/datterselskabsdirektivets artikel 1 stk. 2 nr. 4, at medlemsstater selv kan anvende nationale bestemmelser for at hindre misbrug af direktivet, må Frankrigs nationale værnsregler ses som et forsøg herpå. Spørgsmålet er herefter, om en sådan national værnsregel udgør en restriktion på de af Traktatens gældende frihedsrettigheder. Det følger af dommens præmisser 54 og 55, at *"alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktivt, skal i øvrigt betragtes som restriktioner for denne frihed (..) Hindringen kan kun være tilladt, hvis denne*

¹²⁹ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anders ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 6.

¹³⁰ Skatterådets bindende svar af 28. Marts 2017 side 12.

¹³¹ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anders ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 6.

vedrører situationer (..) som er begrundet i tvingende almene hensyn, der er anerkendt i EU-retten (..) Endvidere kræves det, såfremt dette er tilfældet, at hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det mål”¹³².

Domstolene fastslår herefter, at de franske værneregler, der efter fransk ret tilsigtes at hindre misbrug af direktivet, udgør en restriktion på etableringsfriheden og dermed uforeneligt med de af traktatens gældende frihedsrettigheder.

Af SAS-sagen synes der at forekomme en slags ”rettesnor” for, hvornår et forhold eller en værnregel, kan udgøre en restriktion på etableringsfriheden. Det anføres, at såfremt restriktionen skal være legitim, skal hindringen begrundes i *tvingende almene hensyn*, der skal være egnet til at sikre gennemførelsen af formålet og ikke gå ud over det nødvendige.

Hvad der skal forstås ved *”tvingende almene hensyn”*, fremgår af førnævnte Meddelelse fra EU-kommissionen. Herved fastslås det, at nødvendigheden for at hindre skatteunddragelse eller misbrug af moder/datterselskabsdirektivet, kan udgøre et tvingende almen hensyn.

Princippet fra SAS-sagen om, at restriktioner skal begrundes i tvingende almene hensyn, understøttes ligeledes af en række EU-domme. Det følger bl.a. Leur-Bloem C-28/95 (nu omtalt Leur-Bloem sagen) og Euro-Park Service C-14/16(nu omtalt Euro-park sagen), at *”medlemsstaternes (..) mulighed for helt eller delvist at anvende direktivets bestemmelse eller inddrage dem, såfremt dets anvendelsesområde omfatter transaktionen (..) skal have ”skattesvig eller skatteunddragelse som hovedformål eller som et sine hovedformål”¹³³. Det stemmer således overens med EU-domstolenes tidligere praksis, at bekæmpelse af skattesvig og skatteunddragelse udgør et almen tvingende hensyn, der legitimt kan udgøre restriktioner på etableringsfriheden.*

Det må herefter vurderes, om forholdene i SKM.2017.333 opfylder betingelserne herfor.

Som førnævnt i afhandlingens kapitel 3 sandsynliggør myndighederne ikke, at der i SKM.2017.333 foreligger misbrug af moder/datterselskabsdirektivet. Såfremt myndighe-

¹³² C-6/16 Præmis 54.

¹³³ Euro-Park Service C-14/16 Præmis 22.

derne i sin anvendelse af omgåelsesklausulen i SKM.2017.333 reelt sandsynliggjorde, at transaktionen var udtryk for misbrug af de i moder/datterselskabsdirektivet gældende skattefordele, ville et sådant forhold således udgøre et tvingende almen hensyn og hindringen for etableringsfriheden, ville således være tilladt¹³⁴.

Yderligere fremgår det af præmis 36 i SAS-sagen, at såfremt nationale skattemyndigheder vurderer, at der foreligger et tvingende almen hensyn, i form af svig og misbrug af direktivet, er *"skattemyndighederne forpligtet til at fremlægge (...) antydningen af bevis eller indicier for svig og misbrug"*¹³⁵. Der stilles herved klare krav til myndighederne om, at disse skal sandsynliggøre, at der foreligger misbrug af direktivet, før de kan foretage skattemæssige foranstaltninger, der hindrer udøvelsen af de af traktatens gældende frihedsrettigheder.¹³⁶

Dette er som nævnt i afhandlingens kapitel 3.5 langt fra tilfældet. Myndighederne fraviger i afgørelsen SKM.2017.333 den todelte bevisbyrde, hvorfor skatteyderen tvinges til at redegøre for ræsonnementet bag transaktionen, før myndighederne selv har løftet bevisbyrden for, at der foreligger misbrug af direktivet.¹³⁷ Ligeledes foreligger der ingen incitament for, at der foreligger misbrug af moder/datterselskabsdirektivet. Myndighederne gør hverken gældende, at H3 *ikke* er den retmæssige ejer af udbyttet eller at der er risiko for, at udbyttet bliver videreudloddet til tredjelande. Ligeledes sandsynliggør myndighederne ej heller, at der foreligger kunstige arrangementer, og dette tyder heller ikke på at være tilfældet, da H3' må anses for værende reelt og formelt etableret i Luxembourg.

Da myndighederne således ikke har sandsynliggjort, at der foreligger et tvingende almen hensyn, vil en sådan foranstaltning udgøre en restriktion for etableringsfriheden.¹³⁸

¹³⁴ SAS-sagen 7. September 2017, C-6/16 Præmis 57.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Mellem brug og misbrug, Nørgaard Laursen, Anders ved Juridisk Institut AU, SE.2017.0315 side 4

¹³⁸ SAS-sagen 7. September 2017, C-6/16 Præmis 52.

Kapitel 5

5.1. Konklusion

Som nævnt i kapitel 1.3 har afhandlingens problemformulering følgende ordlyd:

Hvordan fortolkes og anvendes omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2? Er anvendelsen i overensstemmelse med omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3 i moder/datterselskabsdirektivet og foreneligt med TEUF artikel 49?

Afhandlingen har således til formål at afklare, hvordan den generelle omgåelsesklausul i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 fortolkes og anvendes. Endvidere har afhandlingen til formål at undersøge, om fortolkningen og anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er foreneligt med EU-rettens anvendelsen af omgåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 i moder/datterselskabsdirektivet. Afhandlingen vil i forlængelse heraf også vurdere, om håndhævelsen af klausulen strider imod de af TEUF's gældende frihedsrettigheder.

På baggrund af den foretagne analyse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 må det lægges til grund, at der er tre kumulative betingelser, der skal opfyldes, før bestemmelsen finder anvendelse.

For det første skal der foreligge et arrangement eller serier af arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel. Begrebet arrangement har en vidtgående fortolkningsramme og kan anvendes bredt. Endvidere fremgår det, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen skal være at opnå en skattefordel. Dette må på baggrund af nævnte formålsfortolkning forstås som, at skattefordelen skal udgøre en væsentligt årsag til transaktionen, og må ikke i forhold til andre omstændigheder, forekomme ubetydelige.

For det andet skal skattefordelen virke imod indholdet eller formålet med direktivet. Af EU-domstolens praksis fremgår det, at såfremt skatteyderen reelt og formelt set har etableret sig i en medlemsstat, og dermed omfattes af anvendelsesområdet for moder/datterselskabsdirektivet, vil dette i sig selv ikke kunne udgøre et misbrug af direkti-

vet. Såfremt hovedformålet med etableringen i den pågældende medlemsstat alene er at nyde den skattefrihed, der følger af direktivet og selskabet samtidigt udgør et "postkasseselskab", ville et sådant arrangement derimod kunne virke mod indholdet eller formålet med direktivet.

For det tredje må arrangementet ikke være reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og ikke være tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager. Myndighederne opererer under officialprincippet, hvorfor alle af sagens relevante omstændigheder skal inddrages og vægtes i betydning for sagens udfald. Kommercielle årsager må, på baggrund af EU-kommissionens henstillinger og meddelelser, forstås som udgiftsmæssige og skattemæssige overvejelser, der afspejler selskabets/skatteyderens økonomiske virkelighed.

Af retspraksis fremgår det, at såfremt en koncerns samlede aktiviteter samles i ét land, og der reelt sker flytningen af likvider, der medfører en ændring i selskabsstrukturen, vil dette kunne "pege" i retningen af, at en transaktion anses for værende reelt og kommercielt begrundet. Det forhold, at en skatteyder angiver, at transaktionen er begrundet i et ønske om at forenkle en selskabsstruktur og på baggrund heraf opnå en udgiftsbesparelse, kan i nogen fald være tilstrækkelig begrundelse, såfremt skatteyderen kan dokumentere en egentlig udgiftsbesparelse. Det tillægges ligeledes betydning, om skatteyderen ved sin etablering i den sekundære medlemsstat i forvejen har en vis tilknytning her til.

Der synes utvivlsomt at være en vis uoverensstemmelse med den foretagne ordlyds- og formålsfortolkningen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, og hvordan bestemmelsen anvendes og fortolkes i praksis.

Uoverensstemmelsen foreligger ved, at myndighederne tilsyneladende ved sin håndhævelse af bestemmelsen, særligt ligger vægt på nogle forhold, der hverken ud fra en ordlyds- eller formålsfortolkning, kan stilles som krav eller af anden betydning. Det er specielt myndighedernes særlige fokus på, hvilke og hvor mange lande der er involveret, og om det likvider eller rene holdingselskaber der flyttes, der forekommer undrende.

På baggrund af myndighedernes restriktive håndhævelse af ligningsloven § 3, stk. 1 og 2 i SKM.2017.333, vil anvendelsen af bestemmelsen ikke være i overensstemmelse med om-

gåelsesklausulen i artikel 1, stk. 2 og 3 i moder/datterselskabsdirektivet. Det beror på, at myndighedernes restriktive tilgang til bestemmelsen, ikke ud fra en fortolkning af ordlyden, formålet og national- eller EU praksis, kan stilles som krav. Moder/ datterselskabsdirektivets fordele om skattefrihed på udbytte, vil herefter uberettiget nægtes.

Slutteligt følger af det EU-retspraksis, at såfremt en medlemsstat opstiller hindringer for, at selskaber kan etablere sig på tværs af medlemsstater, skal sådanne hindringer begrundes i almene tvingende hensyn og ikke række ud over det nødvendige. Svig og misbrug af de i moder/datterselskabsdirektivets gældende skattefordele, ville kunne udgøre almen tvingende hensyn, og dermed legitimt udgøre en restriktion på etableringsfriheden. Det er dog betinget af, at myndighederne i den konkrete sag sandsynliggør, at der foreligger et egentlig misbrug af direktivet. Da det ikke er tilfældet i SKM.2017.333, ville en sådan anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 udgøre en restriktion på etableringsfriheden og dermed uforeneligt med EU-retten.

5.2 Retstillingen fremadrettet og retssikkerhedsmæssige betænkeligheder

Afhandlingen centrerer sig hovedsageligt om afgørelserne SKM.2017.333 og SKM.2017.262, der begge omhandler internationale omstruktureringen på tværs af medlemsstater. I forlængelse heraf opstår spørgsmålet om, hvorledes skatteydere fremadrettet skal forholde sig til omgåelsesklausulen, herunder i hvilket omfang de kan forvente, at bestemmelsen finder anvendelse på deres omstruktureringer og transaktioner.

Forfatterens vurdering er, at der kan opstilles to betingelser, før at omstruktureringerne ikke vil være omfattet bestemmelsen.¹³⁹

Flytning af likvider

Den første betingelse der skal opfyldes er, at der skal flyttes en reel aktivitet, og ikke rene holdingselskaber. Det synes tydeligt at fremgå af myndighedernes begrundelse for anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 i SKM.2017.33, at "*flytningen til Luxembourg ude-*

¹³⁹ RR.SM.2018.1 En kommentar til SKM.2017. 262 og ligningslovens § 3, af Anders Juul Bjørn og Jon Mitre Sinius-Clausen side 9.

*lukkende involverede tomme holdingselskaber*¹⁴⁰. Det fremgår herved, at såfremt en skatteyder ønsker at etablere et nyt holdingselskab eller at flytte et holdingselskab alene bestående af aktier, ville dette have en formodning for, at der er tale om et "tomt" holdingselskab. Såfremt selskabet der flyttes, derimod opbevarer udbytte, som er tilfældet med "DKCo", ville det kunne være en tilstrækkelig formodning for, at der tale om et selskab bestående af reelt aktivitet¹⁴¹.

Aktiviteter samles i en medlemsstat

Den anden betingelse der skal opfyldes, er at selskabets aktiviteter skal samles i ét land. Dette understøttes af, at den helt centrale begrundelse for at ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 ikke finder anvendelse på transaktionen i SKM. 2017.262, er at koncernen samles i ét land. Ligeledes kan det komme selskabet til gavn, at selskabet i forvejen har en tilknytning til landet, eksempelvis ved at have et driftsselskab beliggende der.

Da begge omstruktureringer skyldes et ønske om at forenkle selskabsskabstrukturen og opnå udgiftsbesparelser, ville dette i nogle tilfælde være en tilstrækkelig kommerciel begrundelse for transaktionen. Skatteyderen skal dog i høj grad kunne dokumentere, at der er tale om en egentlig udgiftsbesparelse.

Ydermere er det forfatterens opfattelse, at der er en række betænkeligheder ved myndighedernes anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 i de to afgørelser.

De retssikkerhedsmæssige betænkeligheder opstår ved, at begge afgørelser omhandler omstruktureringer, der er grundet i et ønske om at forenkle selskabsstrukturen og opnå en udgiftsbesparelse. Begge afgørelser har store ligheder, men alligevel har myndighederne nået frem til to vidt forskellige resultater.¹⁴² Det er forfatterens opfattelse, at myndighederne ikke har valgt at lægge vægt på objektive konstaterbare forhold. Det er særligt tilfældet i SKM.2017.333. Selvom myndighederne afviser, at de tillægger det betydning, at H3 før var beliggende på Bahamas, kan det dog tyde på, at det alligevel er af afgørende

¹⁴⁰ Skatterådets bindende svar af 24. Oktober 2017, side 14.

¹⁴¹ RR.SM.2018.1 En kommentar til SKM.2017. 262 og ligningslovens § 3, af Anders Juul Bjørn og Jon Mitre Sinius-Clausen side 10.

¹⁴² Ibid., side 6.

betydning. Men idet afgørelsen ikke indeholder yderligere indikationer på dette, må det alene forblive forfatterenes opfattelse.

Ligeledes er det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 skal anvendes i overensstemmelse med EU-retten, men at hverken EU-kommissionens henstillinger eller meddelelser inddrages i myndighedernes fortolkning af bestemmelsen. Ej heller omtales eller vægtes EU-domstolenes afgørelser særlig betydning. Det er særligt Centros-sagen, Cadbarry-Sweeps-sagen og SAS-sagen, der er af særlig relevans for, hvornår moder/datterselskabsdirektivet skattefordele kan nægtes. Der er således ingen tvivl om, at der ved en forudgående flytning af H3, opnås en klart skattebesparelse, men at en sådan skattebesparelse er i overensstemmelse med EU-praksis, moder/datterselskabsdirektivet og Unionens ønske om at virkeliggøre det indre marked.

Slutteligt må begge afgørelser kritiseres for ikke at have gennemgået ligningslovens § 3, stk. 1 og 2's tre betingelser særligt udtømmende. Såfremt omgåelsesklausulen finder anvendelse, medfører dette, at skattefriheden bortfalder, hvorefter medlemsstaternes nationale skatteregler anvendes. Dette er en særlig indgribende foranstaltning, der nægter skatteyderen de fordele, der ellers følger af det indre marked. En så indgribende foranstaltning bør gøres til genstand for mere udførlig undersøgelse, end de to afgørelser hidtil har vist.¹⁴³

SKM.2017.333 er indbragt for Landskatteretten og forfatterne må herefter vende spændt på, om afhandlingens analyse af afgørelsen holder stik.

¹⁴³ RR.SM.2017.7 En kommentar til SKM.2017. 333 og ligningslovens § 3, af Anders Juul Bjørn og Jon Mitre Sinius-Clausen side 8-10.

Kapitel 6

6.1. Abstract

The scope of this master thesis is to investigate and determine whether ligningslovens § 3, subsection 1 and 2 is in a concordance with the legislative change of the Directive on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States article 1 nr. 2.

The purpose of the legislative change of Directive on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States article 1 nr. 2 are aimed at tackling the wake of aggressive tax planning across the European Union and to prohibit corporations taking advantage of the internal market within the Union. The Danish legislation implemented the change from the directive in 2015. This master thesis will thru an analysis determine whether the Danish national authorities have enforced the implementation in a concordance with national and European legislation.

In order to prevent corporations from taking advantage of the internal market within the European Union as well as the member states, the Union passed the first official general applicable evasion clause. The evasion clause states that the member states won't be granted the benefits of the internal market if the arrangement or a series of arrangements which has been organized with the purpose of tax advantage that contradicts the purpose of the internal market.

Before the evasion clause is applicable three conditions needs to be met. Each of these conditions has been analyzed and interpreted in a concordance with the national and European preliminary work to determine whether the national implementation is in a concordance with the parents subsidiary directive and the treaty on the functioning of the European Unions article 49.

6.2. Litteraturliste

Lærebøger

Blume, Peter, Retssystemet og juridisk metode, 2011, Jurist og Økonomiforbundets forlag

Evald Jens, Schaumburg-Müller Sten, Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære, Jurist- og Økonomiforbundets forlag

Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode 2000, Jurist og Økonomiforbundets forlag

Rønfeldt, Thomas, Europæisk skatteret 1 2013, Karnov Group

Sørensen, Karsten, Uddrag af EU-retten, 2014, Jurist og Økonomiforbundets forlag

Werlauff Erik, selskabsskatteret 2015/2016, Karnov Group

Werlauf Erik, selskabsskatteret 2016/ 2017, Karnov Group

Lovgivning

LBK nr. 1162 af 01/09/2016, Bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten

LBK nr. 1148 af 29/08/2017, Bekendtgørelse om den skattemæssige behandling af gevinster og tab ved afståelse af aktier m.v.

LBK 1164 af 06/09/2016, Bekendtgørelse af selskabsskatteloven

Direktiver og traktater

Direktiv 2011/96/EU

Direktiv 2003/49/EF

Direktiv 2009/133/EF

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

Forarbejder

Lovforslag L 167, forslag til lov om ændring af ligningsloven, fremsat den. 20. Marts af skatteminister Benny Engelbrecht

L 338/41 Kommissionens Henstilling om aggressiv skatteplanlægning om generel regel om bekæmpelse af misbrug, 6. December 2012

2013/0400 CNS Forslag til rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EY om fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

Kom (2007), Meddelelse fra Kommissionen KOM, Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning i EU og i relation til tredjelande

Nationale afgørelser og domme

TfS. 2017,293. SKM.2017.333, Skatterådets bindende svar af 28. marts 2017, j.nr. 16-166325.

TfS 2018, 9 SKM.2017.262, Skatterådets bindende svar af 24. Oktober 2017, j.nr. 17-0976823

U.2004.2397.H

EU-domme

Centros, Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen C-212/97

Cadbury Scwheppes plc og Cadbury Scwepes Overseas Ltd mod Commisioners of Inland Revenue C- 196/04

Eqiom SAS Enka SA mod Minstre des Finances et des Comptes publics C-6/16

Euro Park Service mod Ministre Des Finances et des Comptes publics C-14/15

Foggia Sociedade Gestora de Participações Sociais SA mod Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais C-161/10

Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet C-321/05

Leur-Bloem mod Inspecteur der Belastingdienst/ Ondernemingen Amsterdam 2 C-28/95

Tidskrifter og artikler

RR.SM.2018.1 af Bjørn, Anders Juul og Mitre Sinius-Clausen, Jon, En kommentar til SKM.2017. 262 og Ligningslovens § 3, Karnov Group

RR.SM.2018.1 En kommentar til SKM.2017. 262 og Ligningslovens § 3, af Anders Juul Bjørn og Jon Mitre Sinius-Clausen side 10.

Luts og Debelva, European Taxtion, udgave 55, 2015/6

SE.2017.0315, Nørgaard, Anders, Mellem brug og misbrug, ved Juridisk Institut AU, Karnov Group

SU 2015, 203 Ottosen, Andersen: Danmark skal implementerer EU-omgåelsesklausulen, Karnov Group

SR.2016.405 Poulsen, Martin, EU-rettens indflydelse på dansk skatteret – Karnov Group

SR.2016.405,Poulsen, Martin, EU-rettens indflydelse på dansk skatteret,

Vejledning

SKAT vejledning C.D.8.10.5 Udbytteindtægter

SKAT vejledning C.I .4.1. International skatteomgåelsesklausul

SKAT vejledning A.A.7.4.3 Sagens oplysning (officialprincippet)

Websider

Folketingets EU-oplysning om implementering www.eu.dk/da/danmark-i-eu/euret-i-danmark/faelles-regler-til-dansk-lov

Folketingets EU-oplysning om harmonisering www.eu.dk/da/fakta-om-eu/politikker/dim/harmonisering-af-lovgivningen-og-standardisering

Folketingets ombudsmand om officialprincippet

www.ombudsmanden.dk/myndighedsguiden/generel_forvaltningsret/officialprincippet/

Word Count

Statistics:

Pages	66
Words	17.575
Characters (no spaces)	109.317
Characters (with spaces)	126.775
Paragraphs	480
Lines	1.890

Include footnotes and endnotes

OK