



Foto Shutterstock

Udviklingen vedrørende den generelle omgåelses-klausul

Temaet for denne artikel er endnu en gang den skatteretlige omgåelsesklausul i LL § 3, idet der er fremkommet adskillige afgørelse, som på ny omhandler denne. Det bliver formentlig heller ikke sidste gang, at denne bestemmelse er temaet for mit indlæg i Taxo, da LL § 3 synes at være gaven, der bliver ved med at give. Nedenfor behandles således visse af de seneste afgørelser, sorteret efter deres SKM-nummerering.

Ændring af ejerstruktur – SKM2020.274.SR

I denne sag blev en del af ejerskabet til et aktieselskab reorganiseret således, at visse investorer ved apportindskud overdrog deres aktier til et nyoprettet partnerselskab. P/S'et optog samtidig ekstern lånefinansiering, hvorfra provenuet blev anvendt til at købe yderligere aktier fra de samme aktionærer, som havde indskudt aktier i P/S'et.

Årsagen til denne ændring, var – efter det oplyste – begrundet i aktionærernes forhold.

At der blev spurgt til LL § 3, var nok mest en forsigtighedsforanstaltning. Anmodningen om bindende svar omhandlede da også primært spørgsmålet om, hvorvidt SEL § 2 D fandt anvendelse (hvilket ikke var tilfældet). Skattestyrelsens indstilling i forhold til LL § 3 var yderst kortfattet og bestod i følgende:

”Ud fra de foreliggende oplysninger er Skattestyrelsen enig med Spørger i, at formålet med den påtænkte omstrukturering ikke er at opnå en skattefordel, men derimod udelukkende at opnå fordele for



aktionærerne af hensyn til anden lovgivning end skattelovgivningen.

Skattestyrelsen anser således ikke, at ligningslovens § 3 kan finde anvendelse, idet der ikke er tale om et arrangement tilrettelagt med det formål, eller et af hovedformålene, at opnå en skattefordel, der virker mod formålet og hensigten med skatteretten.”

Resultatet forekommer åbenbart korrekt, og anvendelse af LL§ 3 kunne således afvises alene med hensyn til, at hovedformålet eller et af hovedformålene ikke var at opnå en skattefordel.

Likvidation af investeringsselskab efter skattefri omstrukturering – SKM2020.293.SR

I denne sag blev en omstrukturering tilsidesat for en fysisk person, således at denne ikke kunne modtage likvidationsprovenu som aktieavance, men ville blive beskattet af udbytte. Dermed fik aktionæren ikke mulighed for at modregne sin anskaffelsessum på anparterne i selskabet.

Spørgeren var ejeantpartshaver i H1 og ønskede at bevare driftsaktiviteten i selskabet, men ønskede overskudslikviditeten ført over til denne personligt. Spørger ønskede ikke at foretage en direkte udbytteudlodning af overskudslikviditeten fra H1. Spørger havde i stedet planlagt en række steps, som bestod i, at:

1. der først skete en holdingdannelse (H2) ved en skattefri anpartsombytning
2. der efter anpartsombytningen skulle udloddes 50 mio. kr. fra H1 til H2
3. lade H2 ophørsspalte til H3 og H4, hvor H4 (som besad kontanterne) på et tidspunkt skulle likvideres.

For Skatterådet var spørgsmålene, hvorvidt spaltningen af H2 kunne ske skattefrit. Dernæst blev Skatterådet bedt om at bekræfte, at spaltningen ikke påvirkede den forudgående

skattefri anpartsombytning. Endelig bad Spørger Skatterådet om at bekræfte, at den samlede transaktion ikke var omfattet af LL § 3.

Skatterådet bekræftede, at spaltningen kunne ske skattefrit, og at denne ikke påvirkede anpartsombytningen. Derimod kunne Skatterådet ikke bekræfte, at den samlede transaktion ikke var omfattet af LL § 3.

Skattestyrelsen havde i sin indstilling betonet, at koncernstrukturen efter den planlagte likvidation af H4 ville være identisk med den struktur, der var før spaltningen af H2.

Skattestyrelsen gennemgik de enkelte betingelser i LL § 3, som gengives nedenfor:

Arrangement

Som det oftest er tilfældet, er der ikke tvivl om, hvorvidt der foreligger et arrangement. Skattestyrelsen fandt således også her, at arrangementet bestod i de påtænkte omstruktureringer efterfulgt af den påtænkte likvidation.

Eksistensen af en skattefordel

Skattestyrelsen finder, at en beskatning af likvidationsprovenu som aktieavance (LL § 16, stk. 3, nr. 1) i sig selv udgør en skattefordel, idet hovedanpartshaveren ved beskatningen ville opnå fradrag for anskaffelsessummen (opgjort til 39,5 mio. kr.), som således ville udløse en samlet beskatning af transaktionerne på 42 % af 10,5 mio. kr. Dette scenarie skulle efter Skattestyrelsens opfattelse vejes op mod den situation, hvor skatteyderen udloddede udbytte direkte fra holdingselskabet til hovedanpartshaveren, som ville resultere i en beskatning på 42 % af de fulde 50 mio. kr. På denne baggrund fandt Skattestyrelsen, at hovedanpartshaveren gennem spaltningen, som resulterede i stiftelsen af H4, ville opnå en skattefordel, idet udbyttet bliver ”omkvalificeret” til likvidationsprovenu, hvor der skal opgøres gevinst/tab efter reglerne i ABL.

Som virker mod formålet og hensigten med skatteretten

Skattestyrelsen kommer let hen over prøvelsen af dette kriterium, idet det blot bemærkes, at det ville være i strid med formålet og hensigten med skatteretten, hvis det var muligt at omkvalificere en skattepligtig udbytteudlodning til et likvidationsprovenu, som beskattes i medfør af ABL.

Skattestyrelsen begrundede blandt andet dette med, at det samlede transaktionsmønster delvist minder om en kapitalnedsættelse, som beskattes som udbytte (LL § 16, stk. 3, nr. 2, litra b). Der henvises i denne forbindelse til den restriktive administrative dispensationspraksis, hvorefter der ikke kan forventes dispensation til ABL-behandling, hvis der er tale om et overkapitaliseret selskab, som ønsker at ned-



sætte kapitalen, men hvor der ikke reelt er sket frasal af virksomhed. I sådanne tilfælde er der tale om udlodning af overskydende likviditet. Tilsvarende henvises til, at der ej heller kunne forventes dispensation ved tilbagesalg til udstedende selskab.

Hvad formålet egentlig er med disse henvisninger, fremstår lidt uklart. Måske ønsker Skattestyrelsen at demonstrere, at andre mulige fremgangsmåder, som i substansen minder om den planlagte transaktion, ville udløse en hårdere beskatning.

Hvis dette er tilfældet, bevæger vi os ud på et skråplan, idet skatteyder jo hermed i alle tilfælde var tvunget til at vælge den fremgangsmåde, som udløser den hårdeste beskatning, idet Skattestyrelsen ellers finder, at der er tale om et arrangement i strid med formålet og hensigten med skatteretten.

Jeg har tidligere advaret mod dette elastiske kriterium om forståelse af formålet og hensigten med skatteretten, og denne advarsel bekræftes med en sådan tilgang. Det er således næppe korrekt, at en transaktion er i strid med formålet med skatteretten, blot fordi Skattestyrelsen finder, at det ikke bør være muligt anvende en anden fremgangsmåde end den dyreste fremgangsmåde i skattemæssig henseende. Der gælder således ikke en forpligtelse for skatteyder til at vælge den dyreste fremgangsmåde.

Det må således fortsat hævdes, at det godt kan lade sig gøre at vælge mellem forskellige veje til målet, som kan give anledning til en forskelligartet beskatning. Særligt på dette område, hvor der findes et betydeligt antal komplekse værnsregler, som netop skal sikre neutralitet i kapitalbeskatningen. Efter min vurdering er

det afgørende ikke, hvilken fremgangsmåde skatteyder ellers kunne have valgt, men derimod om den konkrete valgte fremgangsmåde og tilhørende skattefordel virker mod formålet og hensigten med skatteretten.

Derfor er der grund til at være kritisk over for dette element i afgørelsen.

Manglende realitet

Hvad angår det kritiske forhold, om arrangementet er reelt, forsøgte rådgiver at få sagen indplaceret under de situationer, hvor der alene var tale om en opfyldelse af objektive betingelser i skatteretten, som ikke udgør misbrug. Skattestyrelsen fandt dog ikke, at arrangementet var tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, når H4 likvideres, og strukturen dermed bringes tilbage til, hvordan den så ud forud for spaltningen. Det eneste, der – efter Skattestyrelsens opfattelse – opnås ved arrangementet, er at omkvalificere en skattepligtig udbytteudlodning til et likvidationsprovenu, hvor anskaffelsessummen kan fradrages. Derfor finder Skattestyrelsen ud fra en samlet vurdering, at likvidationsudlodningen skal beskattes efter reglerne om udbytteudlodning, idet der reelt er tale om en udlodning af overskydende likviditet, og at arrangementet dermed er et alternativ til udbytteudlodning. Skattestyrelsen lægger tillige vægt på, at koncernstrukturen forbliver uændret efter likvidationen.

Skatterådet tiltrådte i det hele Skattestyrelsens indstilling.

Afgørelsen er interessant af flere årsager.

For det første viser den, at selvom de enkelte trin i transaktionen er uangribelige, kan den samlede transaktion tilsidesættes. Dette er ikke i sig selv overraskende.

For det andet belyser afgørelsen det samspil, der findes mellem de objektiverede misbrugsregler, som på baggrund af fusionsdirektivets artikel 15 er indeholdt i omstrukturingsreglerne. Selvom de enkelte steps i realiteten har bestået en objektiv misbrugsvurdering ved at opfylde lovens krav til disse, er dette ikke ensbetydende med, at der ikke efterfølgende kan ske en tilsidesættelse af transaktionerne i deres helhed.

For det tredje er afgørelsen interessant derved, at den skatteyder, der potentielt opnår en skattefordel, er en fysisk person, og at det er for denne person, der sker en tilsidesættelse.

Dette kan være vanskeligt at forene med ordlyden af LL § 3, som henviser til skattepligtige selskaber og foreninger m.v. Det må således antages, at det er det omhandlede selskab m.v., der skal opnå en skattefordel. Det er erkendt, at fysiske personer kan blive påvirket af LL § 3, men at dette kun gælder som en følgeeffekt af en eventuel tilsidesættelse for selskaber. Derimod synes det mere anstrengt at udstrække bestemmelsen (i sin nuværende udformning, idet det bemærkes, at ATAD artikel 6 ikke forhindrer en bredere formuleret GAAR) til at finde anvendelse på de tilfælde, hvor alene en fysisk person kan opnå en skat-



tefordel. LL § 3 må således forstås sådan, at det er samme skattesubjekt, som skal bortse fra arrangementet, som tillige opnår en skattefordel (modsat i PPT'en som er bredere formuleret). Det skal derfor blive interessant at se, om afgørelsen bliver påklaget.

For det fjerde er det interessant, at konsekvensen af anvendelsen af LL § 3 synes mærkværdig. Der ses således ikke bort fra nogen af de enkelte steps i arrangementet, som man således må formode ville blive opretholdt. Det eneste, der, så vidt ses, sker, er, at hovedanpartshaveren ikke kan opnå en beskatning af likvidationsprovenu efter ABL, men i stedet beskattes som udbytte. Denne fremgangsmåde synes ikke helt i tråd med bestemmelsens ordlyd, hvorefter der skal ses bort fra arrangementet.

Grænseoverskridende hjemstedsflytning – SKM2020.352.SR

Et dansk selskab (H1), som indgik i en koncern, påtænkte at flytte sit hjemsted til et andet EU-land (formentlig Luxembourg). Baseret på det offentliggjorte referat var der tale om en koncern ejet af en fysisk person, som tidligere var fraflyttet Danmark, ligesom enkelte af de øvrige selskaber tidligere var fraflyttet Danmark. Anmodningen drejede sig altså nu om flytningen af H1 på et niveau "lavere" i strukturen, som var ejet 48,9 % af det spørgende selskab (H5). H5 var ejet af to andre holdingselskaber i EU-lande (49,998 %/50,002 %), og disse to holdingselskaber var hver 100% ejet af personen. Se figuren

Anmodningen om bindende svar indebar, at Spørger ønskede en bekræftelse på, at hjemstedsflytningen ikke ville udløse dansk avance- og udbyttebeskatning af anpartshaverne i H1, dvs. H4, H5, H6 og medarbejderne. Skatterådet havde tidligere (26.3.2019) afgivet bindende svar i samme struktur, om at H3 kunne foretage en grænseoverskridende hjemstedsflytning, uden at der skulle indeholdes udbytteskat for den fysiske hovedanpartshaver.

En væsentlig del af det bindende svar drejede sig om at fastslå, hvorvidt de enkelte anpartshavere i selskabet (som bl.a. bestod af selskaber beliggende i andre EU-lande) ved hjemstedsflytningen ville blive undergivet udbyttebeskatning af disse. I denne henseende spiller vurderingen af beneficial ownership selvstændigt en rolle, og her tillagde Skattestyrelsen det betydning, at repræsentanten havde oplyst, at der ikke var planer om, at der skulle ske videreudlodning af "likvidationspro-

venuet" eller aktierne i datterselskaberne. På denne baggrund fastslog Skattestyrelsen, at der ikke var risiko for, at der ville ske gennemstrømning af penge eller aktier gennem de udenlandske ejerselskaber.

Hvad angik LL § 3 foretog Skattestyrelsen en grundig vurdering.

Skattefordel

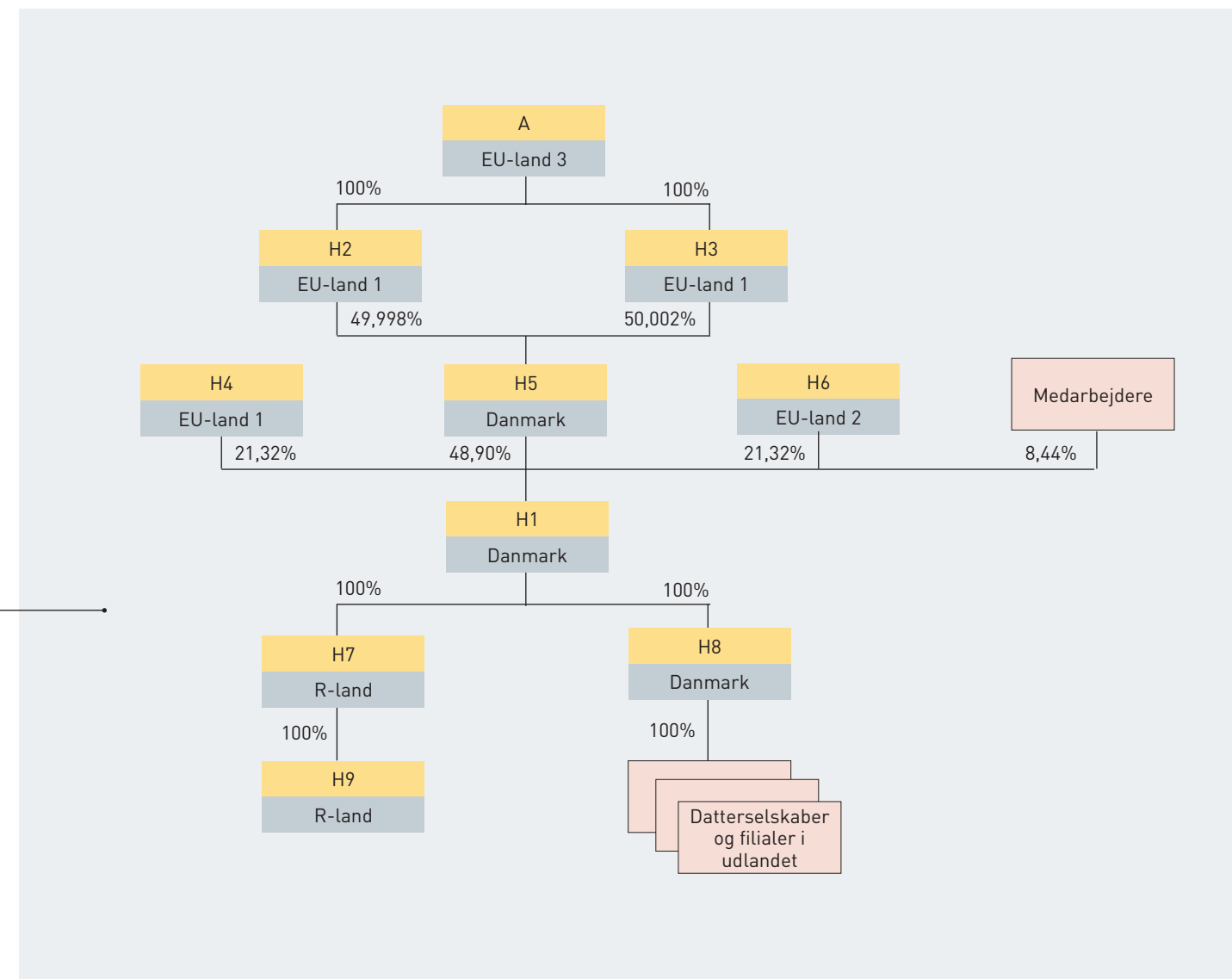
Det var Skattestyrelsens opfattelse, at der før arrangementets påbegyndelse potentielt ville være 15 % dansk kildeskat ved udlodning til hovedaktionæren gennem de to tomme holdingselskaber. Derimod ville der ikke være nogen dansk beskatning efter arrangementets endelige gennemførelse.

Ét af de væsentligste formål med arrangementet skal være at opnå fordelene, som virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten

Spørger havde oplyst en række formål bag hjemstedsflytningen:

1. Alle medlemmerne af direktionen og bestyrelsen er hjemmehørende uden for Danmark
2. Ca. 97 % af kapitalen ejes af udenlandske anpartshavere
3. Ca. 92 % af anpartshaverne er hjemmehørende i Y-regionen i EU
4. Selskabet har ikke aktiviteter i Danmark
5. Der skabes overensstemmelse mellem selskabets formelle og reelle hjemsted
6. Det kan være en fordel i forhold til den kommende refinansiering af koncernens obligationslån, der planlægges børsnoteret i et andet EU-land.

Til dette udtalte Skattestyrelsen, at en anerkendelse af disse formål forudsætter, at de i rimelig grad konkretiseres eller sandsynliggøres. Skattestyrelsen fandt ikke, at de første fem punkter var tilstrækkeligt konkretiseret, og fandt i det hele taget ikke argumenterne overbevisende for en flytning. Skattestyrelsen tolkede Spørgers forklaring således, at det reelle formål bag flytningen var den kommende refinansiering. Spørger havde også i den forbindelse fremlagt et notat fra Goldman Sachs, som udtalte, at der var fordelagtigt at foretage udstedelsen af et obligationslån fra Kanaløerne eller et unavngivet EU-land (formentlig Luxembourg), da dette udgør traditionelle steder for en notering.





Samlet fandt Skattestyrelsen herefter, at Spørger ikke havde konkretiseret eller underbygget, hvorfor de anførte formål er de reelle formål med hjemstedsflytningen.

Hovedanpartshaveren, som havde bestemmende indflydelse, ville opnå en skattefordel i Danmark efter flytningen, ved at denne herefter kunne få udbytte ud til sig selv uden dansk beskatning. Det forhold, at de øvrige anpartshavere ikke havde bestemmende indflydelse, gjorde, at Skattestyrelsen anså hovedanpartshaverens hensyn for at være udslagsgivende. Samtidig blev der dog lagt afgørende vægt på, at der kun én gang tidligere havde været udloddet udbytte, samt at diskussionen om udlodning fra H1 i de næste mange år ville være rent teoretisk, idet koncernen havde været underskudsgivende i en årrekke. Med disse oplysninger i betragtning fandt Skattestyrelsen ikke, at omstruktureringen kunne antages at ske for at kunne udlodde udbytte skattefrit til A (da en sådan udlodning var rent teoretisk).

Det var således Skattestyrelsens opfattelse, at der kunne opstå en skattefordel, men at dette måtte antages ikke at ville ske, og at den mulige skattefordel derfor ikke udgjorde hovedformålet eller et af de væsentligste formål med arrangementet.

Manglende realitet

Skattestyrelsen fandt ikke, at der var redegjort for, hvilke forretningsmæssige årsager der kan være, til at et tomt dansk holdingselskab uden aktivitet skal flyttes til et andet EU-land. Fraværet af konkrete forretningsmæssige grunde kunne således for Skattestyrelsen indikere, at hovedformålet er skatteundgåelse eller skatteunddragelse, hvilket derved synes at blive blandet sammen med vurdering af formålet, og ikke om arrangementet afspejler den økonomiske virkelighed.

Samlet fandt Skattestyrelsen dog, at LL § 3 ikke fandt anvendelse, idet den mulige skattefordel ikke forventedes at kunne finde sted.

Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling, men så sig nødsaget til at supplere med en udtalelse om, at afgørelsen er baseret på den forudsætning, at der ikke vil blive udloddet udbytte inden for den nærmeste årække (ikke konkretiseret). Dernæst udtalte Skatterådet, at hvis der alligevel udloddes udbytte, og det viser sig, at formålet med arrangementet alligevel var at undgå betaling af dansk kildeskat, kan selskabet ikke støtte ret på afgørelsen, og LL § 3 ville dermed finde anvendelse. Dette sidste kan bedst forstås som en advarsel til skatteyder om ikke at forsøge sig med en udlodning inden for en nærmere fremtid. Det er da også vanskeligt at se, hvilke håndhævelsesmuligheder man i Danmark ville have i forhold til et retrospektivt skattekrav, når først alle selskaber var fraflyttet landet.

Afgørelsen synes interessant i forhold til forståelsen af, hvornår arrangementer betragtes som værende ikke reelle. Ordlyden henviser til, at arrangementer betragtes som værende ikke reelle, i det omfang de [arrangementerne] ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Det er min forståelse, at et arrangement er reelt, hvis arrangementet afspejler den økonomiske virkelighed. Dette skal efter min vurdering ikke alene afgøres ud fra, om arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Med andre ord er det min vurdering, at betingelsen om fravær af realitet ikke alene kan opfyldes blot ved at konstatere, at der ikke i skattemyndighedernes optik består en velbegrundet kommerciel begrundelse for det givne arrangement.

Undgåelse af fremtidig udlodning fra Danmark ved etablering af en udenlandsk holdingstruktur – SKM2020.355.LSR

Med SKM2020.355.LSR fik vi endelig den første kendelse fra Landsskatte retten, som tager stilling til LL § 3, stk. 5 (den OECD-baserede Principal Purpose Test). Landsskatte rettens afgørelse er en påklage af SKM2018.466.SR. Desværre bidrager kendelsen ikke med voldsomt mange principielle betragtninger eller revolutionerende nyt. Men det er i sig selv værd at omtale, at der er kommet en LSR-afgørelse vedrørende LL § 3.

Faktum var i grove træk følgende:

En fysisk person var fraflyttet Danmark og havde taget bopæl i Singapore. Personen ejede en koncern gennem et singaporeansk holdingselskab, som videre ejede et dansk holdingselskab, som videre ejede datterselskabsaktier i atter andre selskaber, herunder selskaber beliggende i Singapore. Strukturen så således ud: (se figuren).

Det oprindelige bindende svar omhandlede, hvorvidt der kunne udloddes et kontant udbytte fra det danske holdingselskab til Singapore holdingselskabet og videre herfra til hovedaktionæren til finansiering af dennes huskøb, og hvorvidt aktierne i to singapore- anske datterselskaber kunne udloddes fra det danske holdingselskab til det singapore-

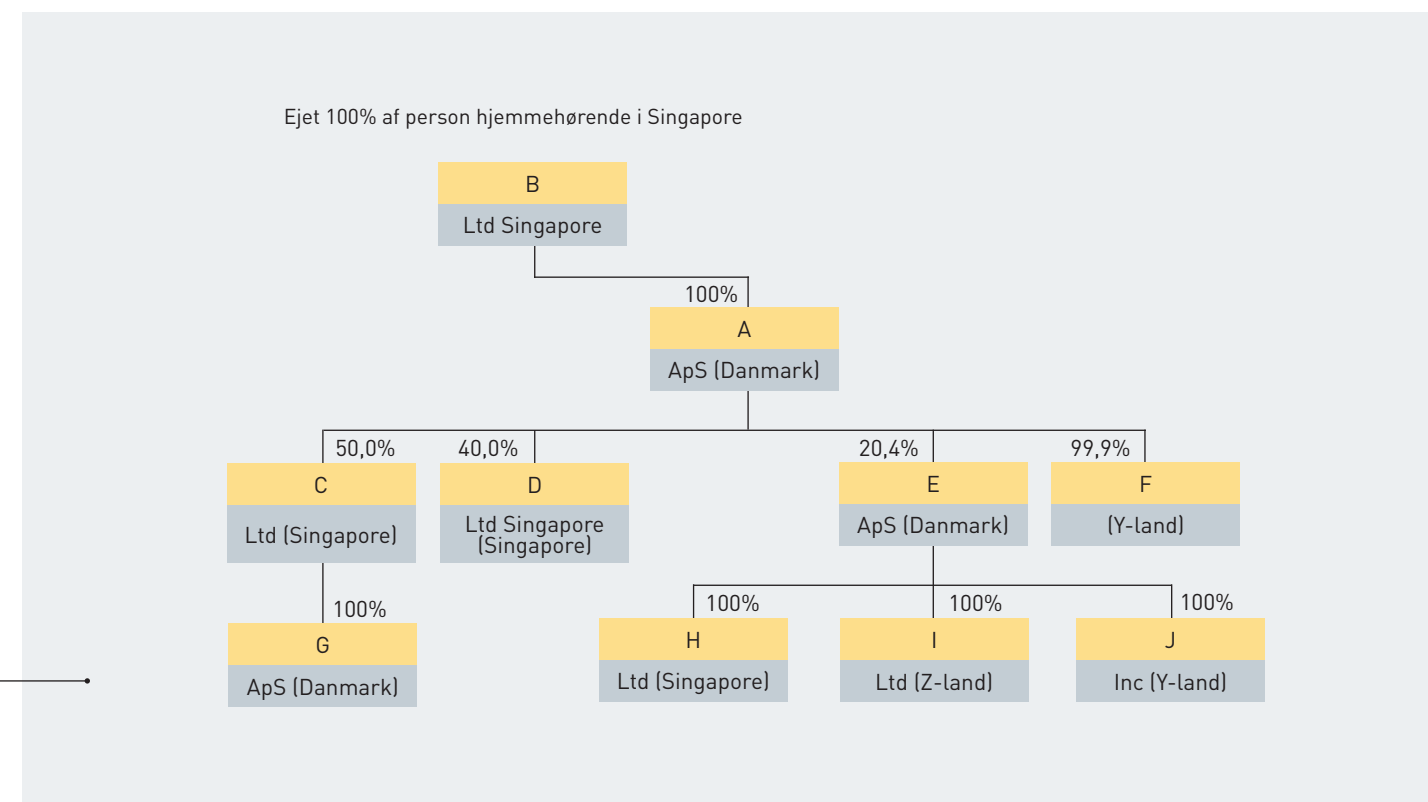
anske holdingselskab. Det var formuleret i ét spørgsmål, og spørgsmålet blev besvaret benægtende af Skatterådet.

Skattestyrelsen fandt, at der bestod en skattefordel, ved at hovedaktionæren kunne modtage fremtidige udbytter (herunder af allerede optjente indtægter) fra Singapore holdingselskabet uden lokal skat, mens dette ikke ville være tilfældet, hvis der skete en udlodning direkte fra Danmark til hovedaktionæren (uden et holdingselskab i Singapore), som ellers ville udløse en 10 % kildeskat i Danmark.

I forhold til Singapore holdingselskabet fremgik det, at:

”Det er Skattestyrelsens opfattelse, at kravet om, at arrangementet kan anses for at være reelt [konkret] skal forstås således, at selskabet skal have personale, som har det nødvendige udstyr til at udøve reel økonomisk virksomhed – og der skal være fysiske lokaler til personalet. Det må videre kunne forudsættes, at det er personalet, som rent faktisk udøver den økonomiske virksomhed.”

Videre følger det af Skattestyrelsens begrundelse, at:





”I relation til den konkrete sag udøver holdingselskabet tilsyneladende ikke en reel økonomisk virksomhed, og der er ingen fysiske lokaler, personale eller udstyr. De påtænkte udlodninger, der følger kort tid efter stiftelsen af holdingselskabet, har karakter af, at der omdirigeres indkomst i forhold til aktionærens personlige økonomi.”

Skattestyrelsen finder således, at der ikke er tale om et reelt arrangement, da arrangement tilsyneladende ikke har realitet, desuagtet at afgørelsen vedrører PPT'en, som ikke eksplicit indeholder en realitetstest. Skattestyrelsen synes således at foretage en fortolkning af omgåelsesklausulen, hvorefter eksempelvis den rene holdingkonstruktion, hvor selskabet ikke udøver operationel aktivitet med personale, men alene (passivt) ejer aktier i et eller flere datterselskaber, dårligt vil kunne anerkendes skattemæssigt i konteksten af omgåelsesklausulen. Barren for, hvad der af Skattestyrelsen accepteres som velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, synes derved at være sat meget højt, i hvert fald for så vidt angår rene holdingselskaber.

Skatterådet tiltrådte i SKM2018.466.SR Skattestyrelsens indstilling, men fandt det nødvendigt at fremkomme med egen begrundelse, som ikke synes at indeholde en realitetstest. Skatterådet fremhæver således i deres begrundelse, at fordelene ved dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Singapore alligevel kan opnås, hvis det godtgøres, at der er forretningsmæssige grunde til arrangementet. Konkret fandt Skatterådet, at de oplyste formål med at etablere holdingselskabet i Singapore ikke ansås for tilstrækkelige til at begrunde arrangementet, blandt andet fordi holdingselskabet i Singapore ikke blev anset for at drive *reel økonomisk virksomhed med forvaltning af de underliggende selskaber*.

For Landsskatteretten blev der fremlagt yderligere oplysninger om baggrunden for transaktionerne og for den forretningsmæssige begrundelse herfor. Selskabet påstod principalt, at der ikke var begrænset skattepligt af udlodningerne, og subsidiært, at der alene var indeholdelsespligt for den del af kontantudlodningen, der udloddes videre til den ultimative hovedaktionær (kontantbeløb på 13 mio. kr.).

Hvad angik kontantudlodningen, fandt Landsskatteretten, at der med sikkerhed ville ske en videreudlodning af den væsentligste del af beløbet.

Dermed kunne Singapore holdingselskabet ikke anses for retmæssig ejer af udbyttet, og derfor ifaldt selskabet begrænset skattepligt heraf. Hvad angik en mindre del af udlodningen (0,5 mio. kr. som var anset til at indgå i driften) samt datterselskabsaktierne, fandt retten derimod, at holdingselskabet udgjorde den retmæssige ejer heraf. Af denne årsag var det kun for denne del af den samlede udlodning, hvor der skulle foretages en prøvelse af, hvorvidt der forelå misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsten (LL § 3).

På dette principielle sted udtaler Landsskatteren alene følgende:

”Ifølge selskabet er det ikke hensigten at udlodde yderligere til den ultimative ejer. Det kan derfor ikke konstateres, at den ultimative ejer opnår en fordel af dobbeltbeskatningsoverenskomsten ved oprettelsen af H2 Ltd., ved udlodningen af de resterende kontantbeløb og datterselskabsaktierne, som derfor vil kunne udloddes uden indeholdelse af kildeskat efter selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c, og dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10, stk. 2, litra a.”

Som det ses heraf, knyttes vurderingen efter LL § 3 alene op på, hvorvidt der påtænkes at ske en videreudlodning til hovedaktionæren. Dette synes en smule overraskende, da Landsskatteretten netop ovenfor har fastslået, at hvis hensigten var at videreudlode til den ultimative ejer, så var holdingselskabet ikke retmæssig ejer, og derfor var holdingselskabet begrænset skattepligtig til Danmark. Dermed synes misbrugsvurderingen i henhold til Landsskatterettens tilgang at være helt parallel til retmæssig ejer-vurderingen.

Udslagsgivende er, at der ikke kunne konstateres nogen skattemæssig fordel ved at indsætte Singapore holdingselskabet, hvis ikke dette benyttes til en gennemstrømning. Hvis selskabet således opfylder kriteriet om at udgøre retmæssig ejer, synes der ikke at kunne komme misbrug på tale. Derved synes barren for brugen af holdingselskaber – i dette tilfælde etableret i samme land som hovedaktionæren – noget mere overkommelig, end først afgjort af Skatterådet.

Successive omstruktureringer – SKM2020.359.SR

I SKM2020.359.SR var der tale om en rent dansk struktur, hvor to fysiske personer gennem en fælles ejerstruktur drev vindmøllevirksomhed i et interessentskab.

I denne struktur indgik et fælles personligt ejet selskab (50/50), som ønskedes lagt ind under den øvrige fælles ejerstruktur. Dette kunne imidlertid ikke lade sig gøre efter reglerne om skattefri anpartsombytning grundet majoritetskravet i ABL § 36. Derfor blev udtænkt en alternativ fremgangsmåde, hvorefter strukturen gennem nogle steps ville blive identisk med den struktur, som en umiddelbar anpartsombytning ville medføre. Man kunne så ad anden vej opnå samme resultat som ved en anpartsombytning. Denne anden vej indebar, at:

- der først skulle ske en fusion af to 50 % selskaber
- der dernæst skete to anpartsombytninger, hvor anparterne i det fælles personligt ejede selskab blev lagt ind under koncernen (først ved udskiftning af det personlige ejerskab til ejerskab i det eksisterende holdingselskab og herefter til det fortsættende selskab i fusionen)
- ophørsspalte det ved fusionen opståede holdingselskab (efter det objektive system efter 3 års ejertid).

Årsagen til, at der spørges til denne type transaktioner, er formentlig, at skatteministeren i forbindelse med lovbehandlingen udtalte, at også transaktioner, som gennemføres i medfør af andre regler, herunder reglerne om skattefri omstrukturering, også skal undersøges på et konkret grundlag af den enkelte disposition, og at det således beror på en konkret bedømmelse, om dispositionen i det konkrete tilfælde må anses for at være tilrettelagt af velbegrundede årsager. Tidligere afgørelser var foretaget på et andet grundlag, og

skatteministeren kunne derfor ikke sige noget generelt om, hvordan de konkrete situationer vil blive bedømt efter den nye GAAR.¹

Med SKM2020.359.SR afvises det ikke, at LL § 3 også kan bringes i anvendelse over for sådanne omstruktureringer, som allerede har været underlagt en misbrugsvurdering, som dog konkret er indeholdt gennem de objektive betingelser i lovgivningen i medfør af fusionsbeskatningsdirektivets artikel 15.

I den konkrete sag fandt Skattestyrelsen dog, at der ikke forelå en skattefordel. Skattestyrelsen vurderede, at opnåelse af skattemæssig succession ved fusion, ombytning og spaltning i sig selv godt kunne være udtryk for en skattemæssig fordel, idet aktiverne og passiverne kan overdrages uden at have skattemæssig betydning. Hvad angik de deltagende holdingselskaber, konstaterede Skattestyrelsen dog, at det forhold, at disse alene besad datterselskabsaktier, medførte, at der ikke for de deltagende selskaber kan opnås nogen skattefordel. Det lægges dog i denne henseende til grund, at selskaberne ikke erhverver andre aktiver, som ved en skattepligtig fusion eller spaltning ville skulle medregnes til den skattepligtige indkomst. På dette

grundlag fandt Skattestyrelsen, at LL § 3 ikke fandt anvendelse, allerede fordi der ikke opnås en skattemæssig fordel til et selskab.

Dette resultat forekommer korrekt.

Lån fra ABL § 19-selskab til dansk selskab – SKM2020.361.SR

En lidt mindre interessant afgørelse findes i SKM2020.361.SR. I sagen ville et ABL § 19-selskab udlåne penge til et andet selskabsbeskattet selskab i samme koncern. Et væsentligt faktum var, at ABL § 19-selskabet var ejet af et andet ABL § 19-selskab, som i det væsentlige var ejet af et dansk aktieselskab i samme koncern, lige som de øvrige investorer også var danske.

Spørger anmodede om bindende svar ud fra et forsigtighedsprincip, idet man var bekymret for skattemyndighedernes vurdering af en situation, hvor et ABL § 19-selskab modtog renteindtægter, som var fritaget fra selskabsskat, samtidig med at et ordinært selskabsbeskattet selskab havde fradragsret for renteudgifterne.

Så vidt det er oplyst i referatet, var strukturen ikke etableret med henblik på at opnå skattemæssige fordele.

Skattestyrelsen befattede sig først med spørgsmålet om, hvorvidt et ABL § 19-selskab var omfattet af LL § 3, og fandt retteligt, at dette er tilfældet. Et ABL § 19-sel-

skab udgør et selvstændigt skattesubjekt i medfør af SEL § 1, men er objektivt skattefritaget i medfør af SEL § 3, stk. 1, nr. 19.

Dernæst blev det konkret vurderet, om det omhandlede mellemværende faldt inden for rammerne af, hvad investeringselskabet kunne investere i, hvilket også blev bekræftet.

I forhold til selve LL § 3-prøvelsen fandt Skattestyrelsen – og med dem Skatterådet – at det vil kunne indebære en skattefordel, at renteudgifterne af det omhandlede lån er placeret hos et skattepligtigt selskab, mens renteindtægterne modtages af et skattefritaget selskab. Dog fandt man, at der ikke forelå en skattefordel, som modvirker skatteretten, idet der ikke er udenlandske investorer i det pågældende investeringselskab. Afkastet på ejerandelene i investeringselskaberne bliver således lagerbeskattet hos det danske moderselskab eller hos andre danske investorer. Dermed kunne LL § 3 ikke finde anvendelse.

Resultatet er utvivlsomt korrekt. Skatterådet indikerer samtidig, at LL § 3 kunne komme i spil, hvis der i stedet var tale om et selskab med udenlandske investorer, som ikke kan være underlagt den danske lagerbeskatning, hvorved der kan opstå en skattefordel. En anvendelse af LL § 3 i denne henseende afhænger dog af de faktuelle forhold, og samtlige betingelser i LL § 3 skal selvsagt opfyldes, førend en anvendelse kan komme på tale.

Sammenfatning

Med disse seneste afgørelser bibringes visse nye perspektiver på LL § 3, men alt overvejende har de store principielle spørgsmål ikke fundet vej til administrativ praksis endnu. Mængden af sager viser dog, at der er en betydelig nervøsitet i forhold til det mulige anvendelsesområde for bestemmelsen. Visse af sagerne synes også at illustrere, at nervøsiteten er velbegrunderet.

Et forhold, som synes særligt interessant at holde øje med, er kriteriet om manglende realitet. Der tegner sig efterhånd-

den et mønster om, at fraværet af gode kommercielle begrundelser i sig selv fører til en konstatering af arrangementets manglende realitet. Det lader endda til, at man visse steder i branchen og i visse afgørelser helt har omdøbt kriteriet til kriteriet om "ingen kommerciel begrundelse". Dette tror jeg er en for vidtgående læsning af bestemmelsen i lyset af dette kriteriums oprindelige udspring i EU-Domstolens misbrugspraksis. Men dette spørgsmål er forventeligt noget, vi kommer til at høre mere til.

Visse af de seneste sager viser også vigtigheden af kriteriet om opnåelse af en skattefordel. I fraværet af en sådan, eller hvis den forekommer opnåelig inden for en vis tidshorisont, lader Skattestyrelsen sagen falde som en allerede fordi-afgørelse.



Note

- 1 Jf. svar på spørgsmål 16 til Skatteudvalget, d. 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.

