



Foto Shutterstock

Endnu en gang er den skatteretlige omgåelsesklause i ligningslovens § 3 temaet for dette indlæg, idet der er fremkommet yderligere praksis fra Skatterådet, som kaster lys over bestemmelsen.

Grænseoverskridende fusion endnu en gang anset for at udgøre omgåelse

Endnu en gang er den skatteretlige omgåelsesklause i ligningslovens § 3 temaet for dette indlæg, idet der er fremkommet yderligere praksis fra Skatterådet, som kaster lys over bestemmelsen. Det seneste eksempel vedrører en samlet omstrukturering, hvor et dansk holdingselskab skulle erstattes af et norsk holdingselskab. Konkret skete indsættelsen af det norske holdingselskab via en aktieombytning efterfulgt af en grænseoverskridende fusion med hidtidigt dansk holdingselskab som indskydende selskab. Afgørelsen er offentliggjort som SKM 2021.30 SR.

Af

AFSAGT

Af Jakob Bundgaard, ph.d.,
managing director / CORIT Advisory

#Skatter og afgifter #Selskabsret
#Skat, virksomheder, selskaber, foreninger, fonde

Sagsreferatet fylder 79 sider og er blandt de til dato dårligste referater, vi har været vidne til. Sagsfremstillingen fremstår rodet, ustruktureret og lider af absolut fravær af stringens, hvilket gør det nærmest umuligt at få mening ud af sagsfremstillingen. Der er tale om en hidtil usammenhængende og ustruktureret argumentation. Dette indtryk forstærkes af den efterfølgende sammensætning af de mange forskellige skriftlige indlæg, der er fremlagt ukronologisk, og hvor der er rod i anonymiseringen og nummereringen af de deltagende selskaber



Faktum

Sagen omhandlende en så vidt ses norsk familiejet koncern, som gennem en længere årrække havde haft et dansk holdingselskab (H1). Igen gennem dette danske holdingselskab ejede familien en række aktiver, herunder som det væsentligste aktiv 36,3 % af et børsnoteret norsk selskab samt visse andre mindre selskaber. Det danske holdingselskab var i besiddelse af en kontantbeholdning.

Det danske holdingselskab var oprindeligt etableret af skattemæssige hensyn, idet de danske skatteregler i slut 1990'erne var betydeligt gunstigere end de norske regler. Idet de norske regler senere blev ændret, oplyste selskabet, at man ønskede at få ejerskabet placeret i et norsk holdingselskab. Det var oplyst, at man ønskede at etablere et norsk "family office".

Selskabet påtænkte en grænseoverskridende omstrukturering, som faldt i to trin.

Trin 1 indebar etablering af et norsk holdingselskab (H2) via en skattepligtig aktieombytning.

Trin 2 indebar en grænseoverskridende fusion mellem H2 og H1, hvor H1 var det indskydende selskab og H2 det modtagende. Efter fusionen ville der ikke være nogen aktivitet i Danmark og ikke noget fast driftssted. Der var ingen ansatte i hverken H1 eller H2.

Med de påtænkte steps i omstruktureringen kan ejerstrukturen illustreres som i figuren på modsatte side:

Selskabet anmodede om et bindende svar, hvor det ønskedes bekræftet, af de enkelte trin i omstruktureringen kunne ske uden at udløse beskatning (spm. 1-6) og herefter, at LL § 3 ikke fandt anvendelse (spm. 7).

Skatterådet besvarede spm. 1-6 bekræftende (med undtagelse af spm. 3, som blev afvist). Dette er i sig selv en lidt interessant fremgangsmåde i lyset af spm. 7. Skatterådet kunne nemlig ikke bekræfte, at LL § 3 ikke fandt anvendelse. Strengt taget kan man jo ikke bekræfte den række af skatteretlige spørgsmål bekræftende, hvis disse svar (eller visse heraf) de facto ændres i medfør af LL § 3, som jo netop udgør en integreret bestanddel af materiel dansk skatteret. Dette lader vi ligge for nu.

De enkelte svar af relevans for denne fremstilling var:

- At Skatterådet kunne bekræfte, at den påtænkte aktieombytning ikke ville udløse dansk beskatning af H1 eller aktionærerne i H1. Idet der var tale om udenlandske aktionærer i H1, og idet SEL § 2 D ikke fandt anvendelse, kunne der ikke komme dansk beskatning på tale.
- At Skatterådet kunne bekræfte, at fusionen kunne gennemføres som en skattefri grænseoverskridende fusion, uanset at denne i Norge blev anset som en skattepligtig fusion, idet den norske behandling ikke spillede ind på den danske behandling.

- At Skatterådet kunne bekræfte, at fusionen ikke udløser afståelsesbeskatning af H1 i forbindelse med, at H1's aktier i H3 overgår til H2 (i sagsreferatet står der H4, men det formodes, at dette er en fejl). Dette skyldes, at H1's aktier i H3 var datterselskabsaktier, og at der dermed var tale om en skattefri afståelse.
- At Skatterådet kunne bekræfte, at fusionen ikke udløser udbyttebeskatning af den norske selskabsaktionær H2, idet H2 blev anset for at være beneficial owner af en "likvidationsudlodning" i forbindelse med annulleringen af aktier i H1 som følge af fusionen. Der blev her lagt vægt på, at H2 (som ejede 100 % af aktierne i H1) ikke måtte anses for at ville videreudlode likvidationsprovenuet, som består i datterselskabsaktierne i H3 m.fl. Det er dog vigtigt at holde sig for øje, at dette er en konkret transaktionsspecifik vurdering, som alene forholder sig til de udloddede aktier og ikke eventuelle kontanter mv., som måtte være udloddet fra H1 til H2.
- At Skatterådet kunne bekræfte, at fusionen ikke udløser beskatning af de nuværende aktionærer i H1, idet der ud over vurderingen umiddelbart ovenfor ikke fandtes at være grundlag for at beskatte de hidtidige aktionærer i H1.

GAAR-vurderingen

Som det ses, var samtlige betingelser således umiddelbart opfyldt, for at den samlede transaktion kunne ske skattefrit i Danmark, og LL § 3 var således den eneste yderligere forhindring i vejen for at nå målet, uanset om H2 kunne anses for den retmæssige ejer i forhold til en likvidationsudlodning eller ej. Skatterådet konkluderer, at LL § 3 finder anvendelse i den konkrete situation, men undlader at forklare, hvad dette konkret indebærer.

Det er på dette punkt, at sagen bliver mudret, idet sagsreferatet er meget rodet. Lad os derfor forsøge at beskrive Skattestyrelsens og Skatterådets vurdering i forhold til de enkelte kriterier i LL § 3 (som dog i sagen er fremstillet som tre betingelser).

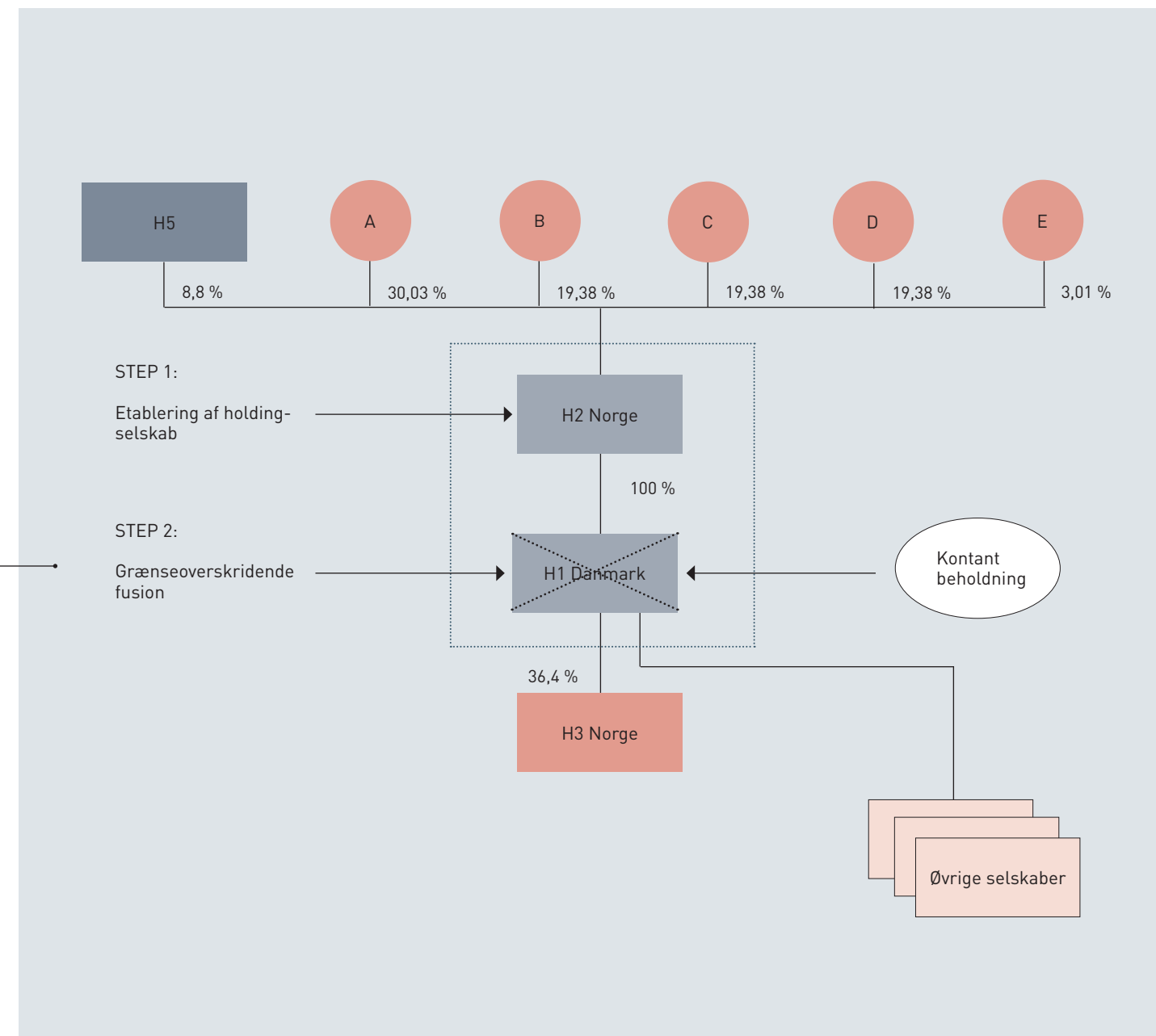
Arrangement

Som forventet er der ikke meget tvivl om, hvorvidt der med disse samlede transaktioner foreligger et arrangement som omfattet af LL § 3.

Skattefordel

Sammenligningsgrundlaget

Med henblik på at vurdere, om der forelå en skattefordel, indtager Skattestyrelsen det standpunkt, at der skulle sammenlignes med, hvilken beskatning der ville ske, hvis H1 blev likvideret, og udlodningen skete





direkte til aktionærerne. Der sammenlignes således mellem en situation, hvor H1 ophører ved en fusion med det norske selskab H2, og en situation, hvor H1 ophører ved likvidation uden eksistensen af H2.

Efter grundig overvejelse må det erkendes, at denne sammenligning formentlig er korrekt. En umiddelbar reaktion er dog, at det kunne virke anstrengt, at Skattestyrelsen så at sige tvinger selskabet til at foretage en sammenligning med et alternativ, som ikke faktisk forekommer og som ikke nødvendigvis var et realistisk alternativ for skatteyder. Skatteyder kunne jo også have valgt andre veje til målet om et norsk holdingselskab i stedet for et dansk, herunder eksempelvis:

- en holdingdannelse uden en efterfølgende fusion (det er uklart, hvorvidt H2 i denne henseende ville udgøre beneficial owner i forhold til en udbytteudlodning)
- en grænseoverskridende hjemstedsflytning (som dog så vidt vides ikke er mulig efter norsk selskabsret, medmindre der er tale om et SE-selskab) m.v.

Men Skattestyrelsen insisterer dog på, at sammenligningen skal ske med en ren likvidationssituation, som også er den situation, der står tilbage, når støvet har lagt sig, hvis H2 ikke anerkendes.

Skatteyderes repræsentant fremhævede i denne forbindelse, at al argumentation knyttet til, hvordan den skattemæssige behandling havde været, hvis H1 var blevet likvideret i stedet for fusioneret med H2, er irrelevant, idet en likvidation af H1 ville udløse tilbudspligt efter norske børsregler. Dermed var dette alternativ en umulighed og udgør efter repræsentantens opfattelse ikke et realistisk alternativ til en fusion. Det er ikke til brug for denne fremstilling undersøgt nærmere, om dette er korrekt eller ej. Trods dette, berøres med udtalelsen noget centralt: Skal skatteyder påføres en vej, som ikke alene er mere byrdefuld i skattemæssig henseende, men også kan påføre andre ikke-skatterelaterede byrder? Mens det er klart, at skatteyder ikke skal eller kan tvinges til at vælge en decideret ulovlig vej¹, er det mere tvivlsomt, om skatteyder ikke kan blive påtvunget en mere besværlig og dyr vej, som synes at være tilfældet med en børsretlig tilbudspligt.

Derfor synes det trods alt forståeligt, at der foretages en sammenligning med en likvidation, idet dette svarer til det resultat, der står tilbage efter de planlagte trin i omstruktureringen efter koncernens eget valg. Med andre ord svarer den juridiske situation i Danmark til, at det danske selskab H1 blev likvideret. Hermed ser man således bort fra, at det, der reelt juridisk sker, er, at provenuet havner i H2 (det norske holdingselskab). Og netop anerkendelsen af H2 – eller manglen på samme – synes at være det centrale i afgørelsen i forhold til den konkrete vurdering af skattefordelen.



Konkret vurdering af skattefordelen

Når således sammenligningstemaet er etableret, skal sammenligningen foretages med henblik på at fastslå, hvorvidt der således foreligger en skattefordel.

I denne henseende foretog Skattestyrelsen en vurdering med udgangspunkt i beskattningen af likvidationsprovenu ved udlodninger foretaget i likvidationsåret. Skattestyrelsen tog således udgangspunkt i hovedreglen i LL § 16 A, hvorefter likvidationsprovenu behandles som aktieavance, medmindre der er tale om en situation, som er omfattet af én af de særlige regler, som medfører en behandling som udbytte.

Ved vurderingen konstateres det, at H5 som eneste selskabsaktionær (med 8,8 % ejerskab og koncernforbindelse grundet familierelationen) ikke ville være underlagt udbyttebeskatning, idet selskabet er hjemmehørende i et EØS-land, og idet selskabet ville være DBO-beskyttet, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier (jf. det fiktive krav i LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra b), og hvis selskabet var beneficial owner. Ud fra dette må man forstå, at der ikke udløses nogen skattefordel for H5.

Derimod var det Skattestyrelsens vurdering, at den fysiske person A ville opnå en skattefordel ved aktieombytningen efterfulgt af fusionen, idet denne ved en egentlig likvidation af H1 ville være omfattet af udbyttebeskatningen i medfør af bestemmelsen i LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c (bestemmende indflydelse og hjemmehørende uden for EU/EØS).

Dog udtales det siden, p. 44, at der ikke umiddelbart vil være nogen skattefordel for A, hvis der foretages udlodninger fra et norsk holdingselskab, idet dette vil resultere i en 5 % højere beskatning, end hvis udlodningen kom fra et dansk holdingselskab. Denne højere beskatning forudsætter dog, at der ikke efterfølgende sker ændringer i strukturen. Herefter bliver det hele meget spekulativt, idet Skattestyrelsen jo udtaler, at der er et skattetab på 5 % for A ved at anvende et norsk holdingselskab, men at dette ikke er sikkert, hvis koncernstrukturen efterfølgende ændres. Dette uddybes yderligere p. 50, hvor Skattestyrelsen spekulerer i, at A efter arrangementets gennemførelse kan stifte et holdingselskab i et DBO-land, hvorved han vil kunne undgå skat af fremtidige udbytter, når udlodningen sker via et nyt holdingselskab i et DBO-land. Herefter sammenlignes dette med, at der ikke efter dansk ret kan undgås kildeskat på udbytter blot ved at indsætte et holdingselskab i et DBO-land.

Denne konstatering forekommer ret spekulativ og må da skulle vurderes efter norsk ret, hvilket ikke ses at være sket. Derimod udtales det blot udokumenteret p. 51, at denne manøvre ”formentlig” vil kunne ske uden at udløse beskatning overhovedet.

Det konkluderes således, at A udnytter, at holdingselskabet kan gennemføre en skattefri fusion, så dansk kildeskat undgås, uanset at det er uklart, om A samlet set (inkl. norsk skat) stilles bedre, idet dette forudsætter nogle ændringer, som der ikke forelå grundlag for at vurdere. Det er uklart, hvorfor Skatterådet begav sig ud i mange fiktive eller teoretiske skattefordele i vurderingen af, om en skatteyder har opnået en skattefordel i henhold til LL § 3. Men Skatterådet kunne i hvert fald konstatere, at A opnåede en skattefordel i Danmark ved ikke længere at være omfattet af eller kunne omfattes af dansk kildeskat. Interessant er dog, at A er en fysisk person, mens LL §

3 jo i udgangspunkt er tiltænkt selskaber og alene kan have en afsmittende effekt på andre deltagere såsom fysiske personer (og ikke omvendt, som behandlet uddybende senere).

Det udtales, at det forhold, at H5 tillige er selskabsdeltager, og at dette selskab skulle få en skattefordel, fører til, at der kan bortses fra hele arrangementet. Dette element i sagen er dog bemærkelsesværdigt, idet Skattestyrelsen selv har konkluderet ovenfor, at H5 ikke skulle beskattes af udbytte (ved likvidation).

Herefter vender Skattestyrelsen sig mod H2 og konstaterer, at dette selskab tillige opnår en skattefordel, ved at formueoverførslen til dette selskab gennem fusionen ikke udløser nogen beskatning.

Forhåbentlig vil læserne være enige i, at dette efterfølgende forklares på en noget kryptisk måde:

”Ved en sammenligning af den påtænkte situation, hvor H1 fusioneres med H2, og hvor fremtidige udbytteudlodninger til A sker fra Norge, med den nuværende struktur, hvor udbytteudlodninger sker direkte fra H1 til A i Skatteaftaleland, ses det, at der opnås en selskabsskattefordel af arrangementet. Der opnås således en skattefrihed i H2, når formuen fra H1 flyttes til Norge uden beskatning. Den fordel er efter Skattestyrelsens opfattelse omfattet af ligningslovens § 3, stk. 1.”

Det er ikke let at blive klog på dette udsagn, men det kan måske forstås sådan, at samtlige overførsler af kapital fra Danmark udløser en skattefordel, hvis ikke der udløses en dansk beskatning. Er det således en skattefordel, blot fordi man kan flytte kapital ud af Danmark til et udenlandsk moderselskab? Dette er jo normalt en mulighed, hvis det modtagende selskab er beneficial owner og ikke videreudloder den modtagne kapital.

Et voilà, hermed har man fremtryllet en selskabsskattefordel, uanset at man mener, at vurderingen af en skattefordel skal ses i lyset af, hvordan den fysiske person kunne have været beskattet i tilfælde af en direkte likvidationsudlodning til denne.

Der angives dog flere forklaringer undervejs i det omfattende sagsreferat, og på p. 41 angives tillige, at der i sagen er



tale om, at fusionsskattelovens regler ønskes anvendt til at undgå dansk beskatning af fremtidige udbytter.

Senere angives, at såvel H1 som H2 opnår en fordel, idet selskaberne kan fusionere skattefrit. Dette er lidt interessant, idet Skattestyrelsen først og fremmest har fokuseret på, at A kan opnå en skattefordel i sammenligning med den situation, hvor H1 likvideres direkte, og i denne henseende bortser fra H2. Dernæst, og vel fordi det er påkrævet i LL § 3, at et selskab indgår i arrangementet, anerkendes H2, og det udtales, at dette selskab får en skattefordel, men her er sammenligningen noget andet end det sammenligningsgrundlag, der anvendes for A, som netop bortser fra H2.

I lyset af, at der i H1 var opbygget en betydelig kontant formue, fandt Skattestyrelsen yderligere, at en fremtidig udbytteudlodning fra H2 ikke var rent teoretisk, på trods af at det var oplyst af skatteyderes repræsentant, at der ikke var planlagt udbytteudlodninger i de næste tre år.

Derfor fandtes det, at H5 ville opnå en fordel ved arrangementet i forhold til fremtidige udbytteudlodninger fra H2, idet H5 efter den hidtidige struktur ville være underlagt dansk kildeskat (22 %, som nedsættes til 15 % efter DBO'en). Der blev herved henset til, at H5 efter det oplyste ved fremtidige udlodninger fra et norsk holdingselskab (H2) ikke ville blive underlagt norsk kildeskat, bortset fra 22 % af 3 %, svarende til en effektiv skatteprocent på 0,66.

I forhold til aktionærerne B, C, D og E ville beskatningen være den samme (p. 44).

Den noget rodede sagsfremstilling i SKM 2021.30 SR gør det svært at se, hvad Skattestyrelsen og Skatterådet egentlig mener. Dels fokuseres der meget på A's skattefordel, og der argumenteres meget frem og tilbage om, hvorvidt dette forhold kan bringe LL § 3 i anvendelse, dels konstateres det, at der tillige kan opstå en skattefordel for H2 og H5.

Digression om anvendelsen af LL § 3 for fysiske personer

Sagen rejser endnu en gang den principielle diskussion om, hvorvidt omgåelsesklausulen kan finde anvendelse for fysiske personer. Det er ikke første gang – og formentlig heller ikke sidste gang – vi har denne diskussion², selvom Skattestyrelsen og Skatterådet efter mange omveje konstaterer, at der faktisk foreligger en (teoretisk eller fiktiv) skattefordel for et selskab, her H5. Men interessen er vakt, og læseren må bære over med denne digression om det meget relevante emne.

Der er ikke meget støtte at hente i ATAD-direktivets artikel 6, idet direktivet alene finder anvendelse for selskabsbeskattede enheder.

Det hovedsagelige anvendelsesområde er de selskabsskattepligtige enheder, hvilket klart er udtrykt i LL § 3, stk. 1, som ”Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel...”

Ved den danske implementering blev anvendelsesområdet udvidet i forhold til direktivet ved indsættelsen af LL § 3, stk. 4, hvorefter stk. 1-3 finder tilsvarende an-

vendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serierne af arrangementer, når deltagerne er skattepligtige omfattet af kildeskatteovens §§ 1 eller 2 eller dødsboskatteovens § 1, stk. 2. Bestemmelsen omfatter således fuldt og begrænset skattepligtige fysiske personer og dødsboer. Dette udgør således en klar udvidelse af det subjektive anvendelsesområde. Det er dog en forudsætning herfor, at der i et givet arrangement deltager såvel juridiske personer som fysiske personer, førend LL § 3 finder anvendelse.³ Danmark har på dette punkt således valgt en udvidelse i forhold ATA-direktivets GAAR. Baggrunden herfor angives således:

”Omgåelsesklausulen bør finde tilsvarende anvendelse på fysiske personer for at sikre symmetri i misbrugssituationer. Hvis et arrangement, hvor der deltager både juridiske og fysiske personer, vurderes at være ikke reelt og dermed misbrug af gældende skatteret, vil det være uhensigtsmæssigt at underkende den skattemæssige virkning over for arrangementets juridiske personer, samtidig med at man opretholder fordelene over for arrangementets fysiske personer.”⁴

Dette uddybes yderligere således i L 28 (2018/19):

”Det foreslås, at klausulen finder tilsvarende anvendelse for andre skattepligtige deltagere i et arrangement eller serier af arrangementer, dvs. deltagere, der ikke er skattepligtige selskaber m.v. Det vil gælde, uanset om deltagerne er fysiske personer omfattet af kildeskatteovens §§ 1 eller 2 eller dødsboer omfattet af dødsboskatteovens § 1, stk. 2. Dette medfører, at hvis der f.eks. ses bort fra et arrangement, hvor et beløb, der tilkom aktionærerne i et selskab, ikke skulle bedømmes som en skattefri afståelsesavance, men skattemæssigt skulle anses for udbytte, vil konsekvensen være, at det modtagne beløb vil skulle behandles som udbytte for alle aktionærerne – hvad enten den enkelte aktionær er et selskab eller en fysisk person.”



Baseret på dette synes udvidelsen at måtte forstås sådan, at det er hovedreglen, at vi har med en bestemmelse at gøre, som primært finder anvendelse for juridiske personer, men som også kan udstrækkes til fysiske personer i situationer, hvor disse ellers ville opnå en mulig fordel som følge af et samlet misbrug.

Baseret på ovenstående synes det klart, at LL § 3 ikke kan finde anvendelse, hvis der er tale om en situation, hvori der alene indgår fysiske personer. Kerneområdet for stk. 4 synes at være de tilfælde, hvor en fysisk person tillige indgår i arrangementet sammen med juridiske personer.

Derimod synes det uafklaret, om det er et krav i henhold til LL § 3, at en juridisk person også skal være den, som opnår skattefordelen, eller om LL § 3 kan finde anvendelse, hvis der alene er tale om, at en fysisk person opnår en skattefordel, sådan som det var tilfældet i SKM 2020.293 SR.

Umiddelbart synes det vanskeligt at forene med ordlyden af LL § 3, stk. 1, at en fysisk person alene kan udløse bestemmelsen, idet denne henviser til skattepligtige selskaber og foreninger m.v. Det må således herefter antages, at det er det omhandlede selskab m.v., der skal opnå en skattefordel. Spørgsmålet er herefter, hvordan man skal forstå LL § 3, stk. 4.

Én fortolkning er, at fysiske personer kan blive påvirket af LL § 3, men at dette kun gælder som en følgeeffekt af en eventuel tilsidesættelse for selskaber. LL § 3 må efter denne forståelse læses sådan, at det er samme skattesubjekt, som skal bortse fra arrangementet, som tillige opnår en skattefordel (modsat i PPT'en som er bredere formuleret). Efter denne fortolkning synes det noget anstrengt at udstrække bestemmelsen (i sin

nuværende udformning) til at finde anvendelse på de tilfælde, hvor alene en fysisk person kan opnå en skattefordel.

En anden fortolkning kunne være, at LL § 3, stk. 4, er ganske bredt formuleret. Således kan denne bestemmelse også læses således, at LL § 3 i sin helhed finder anvendelse for fysiske personer. Dette er dog næppe korrekt, og dette er der fortsat heller ikke nogen eksempler på i praksis, hvor der i alle tilfælde har deltaget juridiske personer i ”arrangementet”. Resultatet ville heller ikke være korrekt, dels i lyset af det helt klare formål med udvidelsen, dels i lyset af formuleringen ”andre deltagere”, som må forudsætte, at der også deltager juridiske personer heri. Er det således en korrekt fortolkning, at stk. 4 skulle give mulighed for at lade en fysisk persons skattefordel være tilstrækkeligt til, at bestemmelsen vinder anvendelse, herunder også for juridiske personer. Det er muligt, at domstolene vil nå frem til dette (også i lyset af det overordnede værnshensyn), men det er næppe udtryk for det oprindeligt tiltænkte resultat.

Ét af de væsentligste formål at opnå skattefordel

I SKM 2021.30 SR oplyste spørgeren, at formålet med fusionen var at repatriere ejerskabet af aktierne i H3 til Norge, da H3 har hovedkontor i Norge. Tilsvarende blev det oplyst, at der var en igangværende proces med at simplificere koncernstrukturen, og at det derfor var oplagt at flytte holdingselskabet til Norge.

På et andet sted i anmodningen angives det, at det af kontrolhensyn over for det børsnoterede H3 var vigtigt at holde familiens ejerskab samlet.

Det blev også fremhævet, at de norske skatteregler ikke var konkurrencedygtige på tidspunktet for etableringen af H1 i Danmark, hvorfor valget faldt på Danmark, som jo havde indført reglerne i EU's moder-/datterselskabsdirektiv og som 20 dage efter stiftelsen af H1 fremsatte lovforslag om skattefritagelse for udbytteskat for holdingselskaber.

Endvidere blev det anført, at man ønskede at sikre, at familien kun skulle koncentrere sig om norsk lovgivning. Dog fandt Skattestyrelsen det ikke godtgjort, hvorledes dette kunne gavne forretningen.

Skatteyder fremhævede yderligere, at man ønskede en aktiv ejerstrategi. Skattestyrelsen bemærkede dog hertil, at man ikke kunne se, hvordan et norsk holdingselskab uden aktivitet skulle være bedre for et aktivt ejerskab end et dansk holdingselskab uden aktivitet.

Skattestyrelsen udtaler, at ”... X-koncernen udskifter, som nævnt, et tomt dansk holdingselskab med en akkumuleret formue og uden aktivitet med et norsk holdingselskab, uden at der er redegjort for en forretningsmæssig begrundelse for det. Der foreligger derfor ikke proportionalitet mellem for-



delen ved arrangementet (undgåelse af skat ved likvidation og sparet likvidation ved eventuelle fremtidige udbytteudlodninger) og den forretningsmæssige begrundelse, der reelt er helt fraværende...”

Skattestyrelsen fandt ikke, at der var redegjort for, hvordan det vil simplificere koncernstrukturen, at det danske holdingselskab udskiftes med et norsk holdingselskab, og at der ikke var angivet nogen forretningsmæssige årsager til at udskifte det danske holdingselskab med et norsk holdingselskab. Baseret på dette var det Skattestyrelsens opfattelse, at ét af de væsentligste formål med udskiftningen af det danske holdingselskab med et norsk holdingselskab kan være at opnå en skattemæssig fordel.

Som virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten

Skattestyrelsens indstilling forbigår fuldstændig spørgsmålet om, hvorvidt den konstaterede skattefordel er i strid med indholdet af eller formålet med skatteretten. Det er bemærkelsesværdigt, at et så centralt retsfaktum i LL § 3 forbigås i tavshed, når de af skatteyder valgte transaktioner underkendes. Man sidder tilbage med en fornemmelse af, at Skatteforvaltningen behandler dette kriterium sådan, at enhver disposition, som medfører en skattefordel, må være i strid med indholdet af eller formålet med skatteretten i bred forstand. En sådan tilgang er helt uacceptabel, og fraværet heraf medfører således, at bedømmelsen af LL § 3's anvendelighed er ufuldstændig. I tilfælde af en sådan udeladelse, er det vanskeligt at se, at nogle skatteregler skulle være blevet misbrugt.

Arrangementet anses ikke for at være reelt

I forhold til det afgørende kriterium om arrangementets realitet henviser Skattestyrelsen til de almindelige bemærkninger herom og til EU-Domstolens præmisser i pkt. 97-114 i sag C-116/16 og sag C-117/16 om beneficial ownership og konstateringen af retsmisbrug.

Skattestyrelsen sammenfatter disse præmisser således, at manglende økonomisk aktivitet skal udledes af en undersøgelse af alle relevante elementer ved bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det råder over. Endelig sammenfattes denne praksis som, at det tillægges vægt, hvis selskabet ”substantielt” ikke har råderet over de modtagne udbytter, samt om der er tidsmæssigt sammenfald mellem ny skattelovgivning og omstruktureringer.

I lyset af dette konstaterer Skattestyrelsen, at H1 og H2 ikke har nogen ansatte, og at H1 har adresse hos et advokatkontor, hvorved der er tale om et tomt holdingselskab. Repræsentantens argument om, at holdingselskabets aktivitet udgør en reel erhvervsaktivitet, fejles af banen. Det gentages, at der ikke er redegjort for, hvilke forretningsmæssige årsager der er til, at det tomme danske holdingselskab skal udskiftes med et norsk holdingselskab.

Denne kobling til praksis om beneficial ownership synes ikke helt oplagt, idet Skattestyrelsen jo ovenfor konstaterer, at netop H2 må anses for at være beneficial owner i forhold til likvidationsprovenu. Dette er naturligvis ikke det samme som udbytteudlodninger, men denne analyse foretages ikke.

Herefter foretages et uforståeligt sidespring. Selskabets repræsentant havde argumenteret for, at der i forhold til sammenligneligheden, f.s.v. angår opnåelsen af en skattefordel, ikke var noget behov for at likvidere H1 eller at gennemføre udbytteudlodninger med dansk beskatning i lyset af fusionsdirektivets eksistens. Baseret på denne inddragelse henvises til misbrugsklausulen i fusionsdirektivets artikel 15, stk. 1, litra a, og sag C-28/95 *Leur Bloem*. Denne henvisning anvendes til at konstatere, at det efter denne bestemmelse kan skabe en formodning for skatteunddragelse eller skatteundgåelse, hvis en transaktion ikke er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger.

Hvorfor dette findes relevant, er ikke helt klart. Ikke mindst i lyset af at det bindende svar jo netop besvares med, at de påtænkte omstruktureringer kan foretages i medfør af de almindelige regler herom (inklusive den i fusionssskattedirektivet indeholdte artikel 15, stk. 1, litra a, omgåelsesklausul. Når det konstateres, at transaktionerne kan gennemføres i henhold til disse regler, ligger der i dette svar en erkendelse af, at omgåelsesreglen i artikel 15, stk. 1, litra a, ikke forhindrer dette. Derfor virker det besynderligt at inddrage denne efterfølgende med henblik på at konkludere, at LL § 3 skulle kunne finde anvendelse.

Den samlede realitetsvurdering i LL § 3 må forstås som tæt koblet til EU-Domstolens misbrugsdoktrin. I denne forbindelse må det hævdes, at såvel Skattestyrelsen som Skatterådet alene fokuserer på, hvorvidt der foreligger en skattefordel, som udgør et af hovedformålene med arrangementet, og dermed undlader at inddrage den yderligere dimension, som er indeholdt i EU-Domstolens misbrugsdoktrin, at der faktisk skal være tale om rent kunstige eller fiktive arrangementer.

Dette er senest bekræftet med sag C-484/19, *Lexel AB*, præmis 54-55:

55 Den omstændighed, at et selskab ønsker at foretage rentefradrag i en grænseoverskridende situation, uden at der foreligger en kunstig overførsel, kan imidlertid ikke i sig selv begrunde en foranstaltning, der griber ind i etableringsfriheden i henhold til artikel 49 TEUF.

Forholdet til den fri etableringsret (TFEU artikel 49/ EØS-traktatens artikel 31)

Selskabets repræsentant gjorde et sidste forsøg på at redde sagen ved at bringe et argument i spil om, at der måtte være tale om en EU-stridig afgørelse, hvis Skattestyrelsen mener, at det i sig selv er udtryk for et kunstigt arrangement at flytte H1 til Norge. Indledningsvis konstaterede Skattestyrelsen dog med rette, at repræsentanten måtte have tænkt på en henvisning til EØS-Traktatens artikel 21, idet Norge jo ikke er medlem af EU. Da Skattestyrelsen dog var af den opfattelse, at der var tale om misbrug, kunne der ikke være tale om en ordning i strid med EØS-Traktaten.

Kommentar

Med SKM 2021.30 SR har vi fået endnu en sag, som indebærer en tilsidesættelse af en grænseoverskridende omstrukturering. Det er bestemt ikke utænkeligt, at afgørelsen faktisk er korrekt. Dette skal ses i lyset af, at det jo nok ikke er tilsigtet, at skatteyderen skal kunne undgå en mulig

dansk kildebeskatning blot ved at gennemføre to simple trin i en omstrukturering. Afgørelsen er dog på trods heraf problematisk, idet den er dårligt argumenteret, med mangelfulde begrundelser og mystiske slutninger. Ikke mindst er det tankevækkende, at Skatterådet indlader sig på at godtage teoretiske eller fiktive skattefordele som en skattefordel i henhold til LL § 3, uanset at ægtheden af disse ikke konkret kan vurderes i sagen.

Tilsvarende er det problematisk, at Skattestyrelsen og Skatterådet så vidt ses uden videre godtager en anvendelse af LL § 3, uanset at der ikke foretages nogen konkret bedømmelse af kriteriet om, hvorvidt skattefordelen er i strid med indholdet af og formålet med skatteretten. Som nævnt kan det dog ikke heraf udledes, at den konkrete situation ville bestå denne test, men det er uantageligt, at kriteriet end ikke omtales eller vurderes nærmere. Slutteligt står vi fortsat tilbage med en vis usikkerhed omkring indholdet af betingelsen om fravær af realitet, hvor Skattestyrelsen såvel som Skatterådet alene fokuserer på hensigten og undlader at inddrage den yderligere dimension, som er indeholdt i EU-Domstolens misbrugsdoktrin, at der faktisk skal være tale om rent kunstige eller fiktive arrangementer. **X**

Noter

- 1 Se fx SKM 2020.63 LSR om et mislykket forsøg på omkvalifikation af udbytte til royalty, hvor et venezuelansk datterselskab ikke lovligt kunne betale royalties i medfør af venezuelanske valutarestriktioner og derfor ikke kunne tvinges til at vælge dette alternativ.
- 2 Et lignende spørgsmål var særligt fremtrædende i SKM 2020.293 SR.
- 3 Bestemmelsen finder således ikke anvendelse ved dispositioner, som alene involverer fysiske personer, jf. høringskemaet p. 64.
- 4 De specielle bemærkninger til § 4, nr. 1, lovforslag nr. 28, samling 2018-19, s. 100.

