

Artikler

228

Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul - en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen

Jakob Bundgaard, Ph.D., Adjungeret Professor, Aarhus Universitet, Louise Fjord Kjærsgaard, Associate, cand.merc.jur. og Lars Bo Aarup, Associate, cand.jur. alle CORIT Advisory P/S.

Efter godt to år er den første afgørelse (SKM2017.333.SR) vedrørende den internationale omgåelsesklausul i ligningslovens § 3 fremkommet. Fortolkningsbidrag til bestemmelsens anvendelsesområde har siden vedtagelsen i 2015 været efterspurgt og afventet med spænding. Denne artikel analyserer afgørelsen i lyset af bestemmelsens retsfaktum. Det konkluderes, at sagen hverken synes at være principiel eller tilstrækkeligt grundigt argumenteret fra SKATs side. Samlet vurderes det, at bestemmelsen i den konkrete sag er fortolket bredt, men dog også, at dette var forventet og at resultatet måske ikke er overraskende set i lyset af sagens faktum. Dog synes resultatet nået ved en kritisabel håndtering af bevisbyrden. Der synes således ikke at være foretaget grundige vurderinger af de enkelte betingelser for at bringe omgåelsesklausulen i anvendelse, idet SKAT synes at nå konklusionen alene ved at konstatere, at der er tale om opnåelse af en skattefordel, der ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. En sådan håndtering af bevisbyrdespørgsmålet synes ikke helt korrekt.

1. Indledning

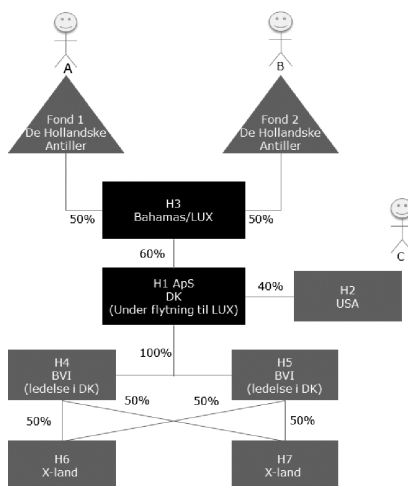
Efter godt 2 år er den første afgørelse (SKM2017.333.SR) vedrørende den danske internationale omgåelsesklausul i ligningslovens § 3 fremkommet. Fortolkningsbidrag til bestemmelsens anvendelsesområde har siden vedtagelsen i 2015 været efterspurgt og ventet med spænding.

Artiklen er disponeret således, at der indledningsvis redegøres for sagens faktum, derefter gennemgås de konkrete bestanddele i retsfaktum i den internationale omgåelsesklausul, SKATs indstilling samt Skatterådets afgørelse og endeligt kommenteres den konkrete afgørelse.

2. SKM2017.333.SR - Sagens faktum

Afgørelsen omhandlede et i Danmark hjemmehørende mellemholdingselskab (H1), som ønskedes flyttet til Luxembourg såvel selskabsretligt som skatteretligt. Flytningen var anmeldt til Erhvervsstyrelsen under forudsætning af bekræftende svar på følgende spørgsmål: *Kan det bekræftes, at der ikke er begrænset skattepligt til Danmark for H1 ApS' aktionærer efter selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra c ved selskabets flytning til Luxembourg?*

Ejerforholdene havde siden stiftelsen været som følgende:



H1 var stiftet som et joint-venture mellem selskaberne H2 og H3. Holdingselskaberne havde alene ejet aktier i koncernen, og der havde aldrig været udloddet udbytte eller været nogen låneaktivitet. Aktiviteten i selskaberne havde således været begrænset til den aktivitet, som vil være til stede i rene holdingselskaber, dvs. regnskabsafleggelse, udarbejdelse af skatteregnskaber og selvangivelser etc., hvorfor aktiviteten alene havde været af udgiftsmæssig karakter, og opretholdt gennem anvendelse af lokale rådgivere og revisorer.

H3 var umiddelbart forinden anmodningen om bindende svar flyttet til Luxembourg og var herefter både selskabsretligt og skatteretligt hjemmehørende i Luxembourg fra og med flyttetidspunktet.

Spørger oplyste, at flytningen af H1 fra Danmark til Luxembourg var begrundet i ønsket om at forenkle selskabsstrukturen og skabe større transparens, samt at samlingen af holdingselskaberne i ét land ville medføre udgiftsbesparelser på administration, vedligehold og compliance.

Flytningen ville medføre exitbeskatning, jf. selskabskatteoven § 5, men grundet ejernes udenlandske hjemsted var spørgsmålet, hvorvidt udlodningen af likvidationsprovenu var skattefri efter den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet eller om der skulle indeholdes kildeskat af udlodningen som følge af den internationale omgåelsesklausul i ligningslovens § 3.

3. Den danske internationale omgåelsesklausul

Der blev som bekendt indført en lovfæstet international omgåelsesklausul i dansk skatteret med vedtagelsen af ligningslovens § 3.¹⁾ Bestemmelsen har virkning fra 1. maj 2015 og gælder for arrangementer og serier af arran-

gementer vedrørende fordele i direktiverne om direkte beskatning og for arrangementer og transaktioner vedrørende fordele i dobbeltbeskatningsoverenskomster, uanset hvornår overenskomsterne er trådt i kraft. Bestemmelsen implementerede ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet²⁾, men blev udvidet til endvidere at gælde for rente-/royaltydirektivet og fusions-skattedirektivet³⁾, samt dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Bestemmelsen vedrørende direktiverne om direkte beskatning har følgende ordlyd:

§ 3. Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af [Direktiverne om direkte beskatning] 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.

Det fremgår direkte af bemærkningerne til ligningslovens § 3, at omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 tilstræbes at svare nøjagtigt til formuleringen i moder-/datterselskabsdirektivet. Af denne årsag er det i den skatteretlige litteratur tidligere blevet vurderet, at den danske bestemmelse skal fortolkes snævert i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelse og eventuel retspraksis fra EU-domstolen.⁴⁾

Af såvel artikel 1 som af ligningslovens § 3, stk. 1 kan der udledes følgende fem *kumulative* betingelser, som belyses nærmere nedenfor.⁵⁾

Der skal være tale om:

- (1) et arrangement eller serier af arrangementer,
- (2) der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene,
- (3) at opnå en skattefordel,
- (4) som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og
- (5) som ikke er reelle under hensynstagen til alle relevante forhold og omstændigheder.

Ad. 1. Arrangementer eller serier af arrangementer

Der er næppe nogen tvivl om, at vendingen 'ethvert arrangement eller enhver transaktion' skal fortolkes bredt og således omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om de er retsgyldige eller ej.⁶⁾ Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstskabelsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation. Et arrangement kan endvidere omfatte flere trin eller dele.

Ad. 2. Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene

Denne betingelse kan anskues som det subjektive element i omgåelsesklausulen. En umiddelbar læsning fører til, at det ikke kræves, at det *eneste formål* er at opnå en skattefordel. Endda kræves det ikke engang, at der er tale om, at skattefordelen udgør et *dominant, principal, essential* eller *main purpose*. I stedet synes det tilstrækkeligt, at blot et af hovedformålene er at opnå en skattefordel.⁷⁾ Der findes desværre ikke på nuværende tidspunkt nogen retningslinjer til brug for afgrænsningen mellem hovedformål og biformal.⁸⁾

Ad. 3. At opnå en skattefordel

Med denne betingelse må der sigtes til de fordele, der følger af direktiverne. I øvrigt må der kunne slutes parallelt med EU-domstolens dom i Sag C-352/08 *Zwijenberg*, hvorefter skattebesparelsen skal vedrøre de skatter, der er omfattet af de omhandlede direktiver.

Skatteministeren har udtalt, at i en specifik dansk kontekst kan omgåelsesklausulen alene finde anvendelse i det omfang en fordel opnås i Danmark. Situationer, hvor et direktiv anvendes til at opnå fordele i et andet land er således ikke omfattet.⁹⁾

Ad 4. Som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne

Denne betingelse kan anskues som den objektive test i omgåelsesklausulen, hvilket synes at være inspireret af

den traditionelle vurdering fra EU-domstolen vedrørende misbrugstilfælde.¹⁰⁾ Ved denne vurdering skal det således undersøges, om et givet resultat virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne.

Moder-/datterselskabsdirektivets erklærede formål i seneste version af direktivet er, jf. præamplens tredje pind i direktiv 2011/96:

The objective of this Directive is to exempt dividends and other profit distributions paid by subsidiary companies to their parent companies from withholding taxes and to eliminate double taxation of such income at the level of the parent company.

Af 4. pind fremgår endvidere:

The grouping together of companies of different Member States may be necessary in order to create within the Union conditions analogous to those of an internal market and in order thus to ensure the effective functioning of such an internal market. Such operations should not be hampered by restrictions, disadvantages or distortions arising in particular from the tax provisions of the Member States. It is therefore necessary, with respect to such grouping together of companies of different Member States, to provide for tax rules which are neutral from the point of view of competition, in order to allow enterprises to adapt to the requirements of the internal market, to increase their productivity and to improve their competitive strength at the international level.

Det er hævdet i litteraturen, at sidstnævnte bedre udtrykker det sande formål og hensyn bag moder-/datterselskabsdirektivet, således at udbytter mellem koncernselskaber behandles på lige fod med tilsvarende selskaber i nationale forhold.¹¹⁾

Det er i litteraturen anført, at kriteriet er både besynderligt og problematisk, da de færreste arrangementer virker mod *indholdet* af et direktiv, idet der ellers ikke ville være tale om et omgåelsesarrangement, der umiddelbart opfylder de objektive betingelser, som opstilles af direktiverne. Alt i alt fremstår det altså som en vanskelig vurdering at foretage.¹²⁾

Ad 5. Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Et sådant realitetskrav er ukendt i den EU-retlige begrebsverden. I stedet har begrebet *kunstig (artificial)* hidtil spillet en betydelig rolle.¹³⁾

I et ministersvar til spørgsmål 1 til L 167 udtalte Skatteministeren, at der sigtes til, om de enkelte trin eller dele af et arrangement er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed. Herved udtales det også, at der ved vurderin-

gen af, om et arrangement er reelt, skal tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede koncerns forhold. Det tilkendegives klart, at *skatteminimering* ikke anses som en velbegrunnet kommerciel årsag. Samtidig udtales det dog, at vendingerne i nogen grad er inspireret af EU-domstolspraksis. Det har tidligere været fremhævet, at en så løs kobling selv sagt er vanskelig at operere med i praksis, blandt andet fordi EU-domstolen anerkender skattebesparelse som en legitim erhvervsmæssig interesse,¹⁴⁾ hvilket som nævnt ikke er tilfældet i den danske kontekst (omend Højesteret ved flere lejligheder har udtalt, at dette er tilfældet¹⁵⁾). Endvidere skal det erindres, at EU-retten har forrang ved fortolkningen af direktivbaserede begreber, hvorfor der måske kan hentes inspiration til fortolkningen af realitetskravet i Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning¹⁶⁾. Det skal imidlertid erindres, at dette ikke er bindende for medlemsstaterne.

Ud over dette findes der ikke egentlige fortolkningsbidrag til forståelsen af bestemmelsens realitetskrav. Ordlyden kunne indebære *substance-over-form*-lignende betragtninger, som kendes fra mange medlemsstaters interne retssystemer. Det er således en mulighed, at skattemyndighederne vil fortolke betingelsen i overensstemmelse med den retspraksis, der måtte findes internt i deres respektive medlemsstater, hvilket i en dansk kontekst vil betyde, at gennemstrømningsselskaber ikke kan frakendes direktivbeskyttelse (baseret på hidtidig retspraksis), idet praksis har lagt til grund, at den formelle juridiske ejer af en given aktieportefølje er den retmæssige ejer af udbytte i så henseende.

Den konkrete betydning af kriteriet er selv sagt vanskelig at vurdere. I lyset af ovenstående synes kriteriet dog ikke at være effektivt.¹⁷⁾ Det oplagte eksempel med anvendelse af holdingselskaber til brug for gennemstrømning af udbytter og renter udgør formentlig kernen i det tiltænkte anvendelsesområde for direktivændringen.¹⁸⁾ På trods heraf, kan man ikke uden videre konstatere, at et holdingselskab ikke opfylder realitetsbetingelsen grundet mangel på involvering i daglig ledelse, fraværet af egne fysiske faciliteter, udstyr og personale,¹⁹⁾ idet holdingfunktionen ikke kræver omfattende aktiviteter for selskabet, der udøver denne funktion. Spørgsmålet må i nogen grad forventes afklaret når EU-domstolen får lejlighed til at afsige sin dom i den verserende *Holcim-sag*²⁰⁾.

Bevisbyrde

Det er op til den enkelte medlemsstats skattemyndighed at vurdere, om et arrangement udgør misbrug.²¹⁾ Ved denne vurdering skal skattemyndigheden foretage en objektiv analyse og inddrage alle relevante faktiske forhold og omstændigheder samt overholde proportionali-

tetsprincippet. Endvidere skal skattemyndigheden påvise, at indrømmelse af en given direktivfordel vil være i strid med direktivernes formål, hvilket, set i lyset af det noget brede og diffuse formål med moder-/datterselskabsdirektivet, ikke synes at være en let opgave at løfte.²²⁾ Endvidere skal medlemsstaternes skatteadministration både vurdere, om et arrangement i dets helhed er reelt, og vurdere, om de enkelte dele af arrangementet på stand-alone basis er reelle.²³⁾ Først i det tilfælde, hvor skattemyndigheden løfter denne bevisbyrde, påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Spørgsmålet om bevisbyrde er tillige berørt i den danske høringsproces.²⁴⁾ Heraf fremgår det, at ligningslovens § 3, stk. 1 ligeledes medfører, at de danske skattemyndigheder skal påvise, at der er tale om et arrangement, der opfylder alle fem kumulative betingelser som gennemgået ovenfor, før end arrangementet kan tilsidesættes. Herefter har den skattepligtige mulighed for konkret at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. I lyset heraf må bevisbyrden i praksis forventes i realiteten ofte at ligge hos skatteyder.

4. SKATs indstilling og Skatterådets afgørelse

I deres indstilling til Skatterådet gennemgår SKAT indledningsvis de skattemæssige konsekvenser af den påtænkte flytning af H1 og finder, at flytningen vil medføre ophørsbeskatning efter SEL § 5, stk. 5, hvorfor aktiver og passiver, som ikke fortsat omfattes af dansk beskatning, anses for afstået, jf. SEL § 5, stk. 7. SKAT finder herefter, at beskatning af likvidationsprovenu som udgangspunkt skal frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet henholdsvis dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA, da H1 efter SKATs opfattelse ikke kan anses for et gennemstrømningsselskab. Dette begrunder SKAT med oplysningen om, at selskabet ikke har planer om at udlodde udbytte til kapitalejerne, hvilket er i overensstemmelse med den udbyttepolitik, som hidtil har været praktiseret, idet H1 aldrig har modtaget eller udloddet udbytte. Som udgangspunkt er betingelserne således opfyldte for, at udlodningen beskattes efter aktieavancebeskatningsloven, og der således ikke er begrænset skattepligt til Danmark for H1's aktionærer efter SEL § 2, stk. 1, litra c.

Imidlertid finder SKAT, at arrangementerne er omfattet af generalklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1, idet hovedformålet med flytningen af holdingselskabet H3, fra de Britiske Jomfruøer/Bahamas til Luxembourg umiddelbart inden flytningen af H1, efter SKATs opfattelse, var at opnå en skattefordel via placeringen af H3 i et EU-

land med det resultat, at likvidationsprovenuet ville være skattefrit efter moder-/datterselskabsdirektivet. SKAT fandt endvidere ikke, at spørger havde redegjort for eller dokumenteret, at flytning af de to selskaber til samme land var båret af velbegrundede kommercielle årsager ved reelt at resultere i en udgiftsbesparelse.

Det bemærkes endeligt, at det er SKATs opfattelse, at EU-retten praksis om den fri etableringsret, jf. TEUF art. 49, ikke er til hinder for, at ligningslovens § 3 finder anvendelse i den pågældende situation, idet der i EU-domstolens praksis, ikke kan støttes ret på EU-bestemmelser, hvis der foreligger misbrug i form af kunstige arrangementer, uden økonomisk realitet og hvis formål er at omgå skattelovgivningen.

Retsfølgen heraf bliver ifølge SKAT, at selskabsstrukturen, selskabernes aktiviteter etc. anses for at være den samme som før flytningen af H3. SKAT bemærker dog, at det ikke bestrides, at H3 er flyttet til Luxembourg, men at omgængelsesklausulen kan anvendes for at imødegå specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet.

Endeligt noteres det, at det alene var H3, som ansås for værende begrænset skattepligtig, da H2 var hjemmehørende i USA og at der i det konkrete tilfælde kunne støtte ret på dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA. Da spørgsmålet imidlertid var formuleret som "H1 ApS' aktionærer [SIC]", havde SKAT ikke andre muligheder end at svare 'Nej'.

Skatterådet tiltrådte SKATs indstilling og begrundelse, hvorefter H3 var begrænset skattepligtig af likvidationsudlodningen til Danmark.

Sagen er efterfølgende påklaget.

5. Kommentarer til afgørelsen

Denne første afgørelse har været ventet med spænding. Desværre giver afgørelsen ikke megen vejledning vedrørende forståelsen af den internationale omgængelsesklausul.

Sagens syntes således ikke at indeholde principielle betragtninger. Hertil kommer, at SKAT har håndteret bevisbyrdespørgsmålet meget let.

Sagens faktum gør, at sagen må forventes at møde en vis modvilje i det danske skattesystem - særligt brugen af lavskattelande samt selskaber med dobbelt domicil må antages at medføre en formodning hos SKAT for, at der kan være tale om omgængelsesintentioner. Samlet er det således vores vurdering, at afgørelsen ikke kan anses for at have principiel betydning for afklaringen af generalklausulens anvendelsesområde og dermed forventes afgørelsen heller ikke at udgøre et væsentligt fortolkningsbidrag til afgrænsningen af bestemmelsens anvendelsesområde. Ikke desto mindre bør det kritiseres, at SKAT ikke på systematisk vis har analyseret den konkrete sag

i forhold til hver enkelt af de ovenfor gennemgåede kumulative betingelser.

Det vil i det følgende blive vurderet, hvorvidt den konkrete sag opfylder de enkelte bestanddele af retsfaktum i omgængelsesklausulen.

Ad. 1) Givet den brede fortolkning af 'ethvert arrangement eller enhver transaktion', synes det klart, at også et selskabs flytning af hjemsted – såvel selskabsretligt som skatteretligt – opfylder denne betingelse. Det er lidt interessant, at SKAT fokuserer på hjemstedsflytningen af H3 og ikke af H1, som der spørges til. Det må dog være korrekt, at SKAT også kan forholde sig til flytningen af H3, idet de to flytninger kan anses som værende en serie af transaktioner.

Ad. 2) Derimod synes det mindre klart, uden fortolkningsbidrag til sondringen mellem hoved- og biformal, hvorvidt flytningen var tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene at opnå en skattefordel. SKAT finder desværre heller ikke anledning til at give yderligere retningslinjer for denne sondring, men lægger i stedet vægt på, at spørger ikke i tilstrækkeligt omfang har redegjort for eller dokumenteret udgiftsbesparelser ved flytningen af selskaberne. Dette kan tolkes således, at formålstesten efter SKATs opfattelse indebærer en ganske lav tærskel for, hvornår et arrangement anses for tilrettelagt med det hovedformål at opnå en skattefordel og at SKAT anser betingelsen for opfyldt, når blot den skattepligtige opnår en skattefordel ved arrangementet. En sådan tolkning vil betyde, at det i praksis ofte vil være op til den skattepligtige at bevise, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede årsager, når blot der opnås en skattefordel. Både SKAT og Skatterådet fandt i den konkrete sag, at skatteyder med forklaringen om en forenklet selskabsstruktur og større transparens ikke havde løftet denne bevisbyrde.

Ad. 3) Det kan ikke bestrides, at der ved flytningen af H3 til et EU-land opnås en skattefordel omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, idet likvidationsudlodningen ville blive anset som udbytte med begrænset dansk skattepligt til følge, såfremt H3 stadig havde haft hjemsted i De Britiske Jomfruøer og ledelsens sæde i Bahamas på tidspunktet for H1's ophør af dansk skattepligt. Med flytningen af H3 umiddelbart inden, vil der med hjemmel i moder-/datterselskabsdirektivet, således ikke være pligt til at indeholde kildeskat på udlodningen af likvidationsprovenu.

Ad. 4) SKAT fandt heller ikke anledning til at foretage en nærmere analyse af, hvorvidt arrangementet virker mod indholdet af eller formålet med moder-/datterselskabsdirektivet. Det fremføres blot, at det er SKATs opfattelse, at der er tale om en serie af arrangementer, hvis hovedformål er eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, der virker mod direktivets indhold eller

formål, da det ikke er godtgjort, at arrangementerne er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager. Der kan med rette stilles spørgsmål ved, hvorvidt SKAT med denne tilgang har løftet bevisbyrden for, at indrømmelse af direktivfordelen ville være i strid med moder-/datterselskabsdirektivets formål. Det skal hertil erkendes, at denne bevisbyrde ikke synes let at løfte, set i lyset af det noget brede og diffuse formål med direktivet, men ikke desto mindre efterlader SKATs tilgang noget tilbage at ønske i henhold til skatteydernes retssikkerhed.

Ad. 5) Det er vores vurdering, at særligt opfyldelsen af den femte betingelse; realitetskravet, kun ved en udvidende fortolkning af den generelle omgængelsesklausul, kan anses for opfyldt i den konkrete sag. Ordlyden kan som sagt indebære *substance-over-form*-lignende betragtninger, der i dansk skatteret kendes i form af realitetsgrund-sætningen. Man kunne således, i overensstemmelse med den eksisterende litteratur, anlægge den betragtning, at der i Danmark er en vis beskyttelse af dispositioner, som er forankret i og sker i overensstemmelse med formelle selskabsretlige forskrifter.²⁵⁾ Ikke desto mindre er det netop den selskabsretlige såvel som skatteretlige flytning af H3, der underkendes i relation til likvidationsudlodningen. En sådan tilgang fra SKAT, synes at kræve en detaljeret analyse og stærk begrundet argumentation, hvilket imidlertid ikke synes foretaget.

Med henblik på at vurdere, om det her omhandlede arrangement falder indenfor det fra Kommissionens tiltænkte anvendelsesområde for omgængelsesklausulen, er det meningsgivende at inddrage Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning punkt 4.4. Baggrunden herfor er, at disse forhold synes at indeholde Kommissionens uddybende forklaring af, hvornår man har ønsket at tilsidesætte arrangementer ud fra tankegangen om manglende realitet (dog her formuleret som kunstige arrangementer):

In determining whether the arrangement or series of arrangements is artificial, national authorities are invited to consider, whether they involve one or more of the following situations:

- (a) *the legal characterisation of the individual steps which an arrangement consists of is inconsistent with the legal substance of the arrangement as a whole;*
- (b) *the arrangement or series of arrangements is carried out in a manner which would not ordinarily be employed in what is expected to be a reasonable business conduct;*
- (c) *the arrangement or series of arrangements includes elements which have the effect of offsetting or cancelling each other;*
- (d) *transactions concluded are circular in nature;*

- (e) *the arrangement or series of arrangements results in a significant tax benefit but this is not reflected in the business risks undertaken by the taxpayer or its cash flows;*
- (f) *the expected pre-tax profit is insignificant in comparison to the amount of the expected tax benefit.*

For så vidt angår punkt a), c) og d) synes der ikke tvivl om, at serien af arrangementer i den konkrete sag *ikke* indeholder disse situationer, idet der er tale om en reel selskabsretlig flytning af selskabet, der hverken modregner eller udligner andre arrangementer, ligesom flytningen af H3 ikke er af cirkulær natur. Endvidere synes punkt f) ikke relevant i den konkrete sag. Samlet set giver dette ikke nogen klar konklusion i forhold til anvendelsen af omgængelsesklausulen, men mest synes dog at tale imod en sådan anvendelse i den her omhandlede situation.

Derimod, synes det vanskeligt på baggrund af det oplyste faktum at fastslå endeligt, hvorvidt punkt b) er opfyldt i den konkrete sag. Der er tale om flytningen af et holdingselskab, hvis aktivitet har været begrænset til den aktivitet, som forudsætningsvist vil være til stede i rene holdingselskaber og denne aktivitet har alene været opretholdt gennem lokale rådgivere. Holdingfunktionen kræver i sin natur ikke omfattende aktiviteter for selskabet, der udover denne funktion og samlet synes det således svært at vurdere, hvorvidt flytning af et holdingselskab ligger udover hvad der kan forventes at være *reasonable business conduct*.

I relation til punkt e) resulterer flytningen af holdingselskabet i en skattefordel uden væsentlig forretningsrisiko, hvilket efter henstillingen taler imod, at situationen har realitet.

Samlet er det vores vurdering, at det er udtryk for en vidtgående fortolkning af omgængelsesklausulen at nå til en tilsidesættelse af flytningen af H3, således at selskabsstrukturen, selskabernes aktiviteter etc. anses for at være den samme som før flytningen.

SKAT bemærker, at det ikke bestrides, at H3 er flyttet til Luxembourg, men at omgængelsesklausulen kan anvendes til at imødegå specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet. Dette flugter med retsvirkningen af omgængelsesklausulen, hvorefter det alene er fordelene efter direktiverne eller dobbeltbeskatningsoverenskomster, som nægtes, hvori- mod det underliggende arrangement består uanfægtet.²⁶⁾

Resultatet nås ved en lav barre for at anse SKATs bevisbyrde for opfyldt. Der synes således ikke at være foretaget grundige vurderinger af om betingelserne for omgængelsesklausulens anvendelse er opfyldt, idet SKAT synes at nå konklusionen alene ved at konstatere, at der er tale

om opnåelse af en skattefordel. En sådan håndtering af bevisbyrdespørgsmålet synes ikke helt korrekt.

Noter

- (1) Lov nr. 540 af 29. april 2015 (L 167) den 21. april 2015.
- (2) Rådets Direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.
- (3) Rådet har tilkendegivet, at der vil blive taget hensyn til denne bestemmelse i det fremtidige arbejde med en ny formulering af misbrugsreglen i rente-/royaltydirektivet, jf. udkast til Protokoll vedr.: 3366. Samling i Rådet for Den Europæiske Union den 27. januar 2015, Bruxelles (PV/CONS 3 ECOFIN 43).
- (4) Jf. *Jakob Bundgaard* i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 239 et seq.
- (5) Disse betingelser er allerede behandlet ganske grundigt i litteraturen, jf. eksempelvis *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 223 ff. og *Jakob Bundgaard* s. 239 et seq. i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, Ex Tuto Publishing A/S. LL § 3, stk. 1 er nu overfladisk behandlet i JV C.I.4.1.1 (2017-2).
- (6) Jf. eksempelvis *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 224, der udtaler, at det er sandsynligt, at vendingen skal forstås tilsvarende bredt.
- (7) Jf. eksempelvis *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 224, der henviser til paralleliteten til OECD's PPT-bestemmelse i denne henseende.
- (8) Jf. *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 225, fn. 18 og *Jakob Bundgaard* i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 250.
- (9) Jf. L 167 bilag i Høringsskemaets svar til FSR.
- (10) Jf. eksempelvis *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 224.
- (11) *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 226.
- (12) *Jakob Bundgaard* i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 254.
- (13) Jf. *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, p. 227.
- (14) Jf. eksempelvis sag C-196/04 Cadbury Schweppes, para. 36 og 37.
- (15) Se eksempelvis SKM2003.482.HR (Overhold-sagen) og SKM2006.749.HR (Finwill-sagen).
- (16) Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU).
- (17) Se *Jakob Bundgaard* i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 239 et seq.
- (18) Jf. også JV C.I.4.1.6. (2017-2).
- (19) Jf. tilsvarende *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 227 og *Hans van den Hurk* i BIT 2014, s. 495 (“...the author fails to envisage how this situation could be captured and dealt with by the revised text...”).
- (20) Sag C-6/16, Holcim France SAS.
- (21) Rådet for Den Europæiske Union, dokument nr. 16435/14, Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU, 5. december 2014, bilag 1, Præambelens pkt. 7.
- (22) Jf. tilsvarende *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 227 og *Jakob Bundgaard* i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 254.
- (23) Rådet for Den Europæiske Union, dokument nr. 16435/14, Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU, 5. december 2014, bilag 1, Præambelens pkt. 8.
- (24) Omtalt hos *Arne Møllin Ottosen & Stine Andersen* i SU 2015.203.
- (25) Jf. *Jakob Bundgaard*, i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 255.
- (26) Se Skatteministeriets høringssvar, bilag 1 til L 167, hvor departementet på spørgsmålet: “Skatteministeriet bedes bekræfte, at anvendelse af den foreslåede omgåelses klausul alene medfører, at den skattepligtige nægtes en fordel efter et direktiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, men at den pågældende transaktion/arrangement desuagtet vil blive anset for gennemført” svarer, at “Dette kan bekræftes.”