



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Seminar 28.1. 2020



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Den generelle omgåelsesklausul



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- BEPS => ATAD-implementering
- Introduktion af en general omgåelsesregel i dansk skatteret, som sigter mod nationale og internationale situationer.
 - Skal supplere øvrige specifikke værnsregler.
- Baggrund:
 - Hidtil ikke nogen lovfæstet omgåelses- eller misbrugsklausul.
 - Tendens baseret på SKM 2016.16 H TAKS.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- **Subjektivt anvendelsesområde**
 - Alle skatteydere underlagt selskabs-beskatning.
 - Fuldt og begrænset skattepligtige selskaber, foreninger, fonde mv.
 - Sambeskattede selskaber.
 - CFC-selskaber.
 - Kulbrintebeskatning.
 - Andre deltagere kan være fysiske personer.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- Kumulative betingelser:
 - Arrangementer eller serier af arrangementer.
 - Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel (subjektivt).
 - At opnå en skattefordel (objektivt).
 - Som virker mod formålet og hensigten med skatteretten.
 - Og som ikke er reelle under hensynstagen til alle relevante og faktiske forhold og omstændigheder.
- I begrænset omfang fulgt i hidtidig administrativ praksis!
 - Skattefordel?
 - Dokumenteret kommerciel begrundelse?
 - Reelt arrangement?



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- Retsvirkning:
 - Skattepligtige selskaber og foreninger skal se bort fra arrangementer (eller dele heraf).
 - Hvad træder i stedet og hvordan afgøres dette?
 - Den omgåede regel i national ret – hvad er det reelle arrangement?
 - Hvem der i realiteten modtager en betaling?
 - Hvad der er modtaget?
 - På hvilket tidspunkt betalingen modtages?
 - Bortseelse fra uretmæssigt opnået fordel (rentefradrag, kvalifikation etc.).



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- **Bevisbyrde**
 - Ligger i udgangspunktet hos Skat – Meeen!
- **Forelæggelse for Skatterådet**
 - Told og skatteforvaltningen skal altid forelægge GAAR-sager for Skatterådet.
 - Principielle sager.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- Arrangementer eller serier af arrangementer:
 - Bredt defineret som enhver: transaction, plan, action, operation, agreement, understanding, promise or undertaking.
 - Tillige vedrørende etablering eller kvalifikation.
- Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene..... (subjektivt).
 - Ikke krævet, at det er et egentligt hovedformål – blot et af hovedformålene.
 - Ingen vejledning i afgrænsning mellem hoved- og biformål.
 - Formentlig let at opfylde for skattemyndigheden.

LL § 3

- At opnå en skattefordel (objektivt):
 - Centralt kriterium idet der ofte tages udgangspunkt heri.
 - Anvendes også for minoritetsaktionærer.
 - Skattefordel: Sempel sammenligning.
 - Kommissionens Henstilling om Aggressive Tax Planning
 - Sammenligning af skattebetaling med og uden arrangementet
 - Hense til:
 - Om et beløb udeholdes fra skattebasen
 - Om skatteyder opnår et fradrag
 - Om der opstår et skattemæssigt tab
 - Om en kildeskat undgås
 - Om der foretages lemepelse for udenlandsk skat
- NB: Fravær af dansk eller direktivbaseret skattefordel afmonterer LL § 3



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- Som virker mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret.
 - Formål med den enkelte bestemmelse og de overordnede principper, som skattereglerne er baseret på.
 - Uklart
 - Provenufrembringelse?
 - Adfærdsregulerende?
 - Virker mod hensigten?
 - Forhold til hidtil godkendte dispositioner?



LL § 3

- “Ikke-reelle”
 - Centralt for afgrænsningen af anvendelsesområde.
 - Præambel viser den svære balance:
 - *“GAARs should be applied to arrangements that are not genuine: otherwise the taxpayer should have the right to choose the most efficient structure for its commercial affairs”.*
 - Hvis ikke tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed.
 - Administrativ praksis: strenge krav til argumentation og dokumentation for konkrete driftsmæssige fordele. Hvis ikke dokumentation for kommercielt formål → ikke-reelt!
 - Henvisning til national substance over form praksis?
 - Henvisning til EUD-kunstighedstesten?
 - Rejser en række spørgsmål?
 - Bundet af EUD misbrugsdoktrin?
 - Man kan bortse fra EUD-doktrin?
 - Hvor tæt er koblingen?
 - Dynamisk eller statisk fortolkning?



LL § 3

- **Generelle retningslinjer:**
 - Fraværet af retningslinjer er bemærkelsesværdigt og urimeligt.
 - Ligner endnu et eksempel på præventiv retsusikkerhed.
 - Vil LL § 3 føre til forsøg på udvidelse af SAARs?
 - Vil LL § 3 føre til at flere dispositioner tilsidesættes end efter hidtidig praksis?
- **DOG:**
 - Vanskeligt at forestille sig underkeldelse af hidtidig retspraksis som værende i strid med hensigten.
 - Fortsat muligt at indrette sig mest muligt optimalt i skattemæssig henseende.
 - Men ikke ved at skabe kunstige illusioner og en given handling.
 - Det må fortsat være muligt for skatteyder, at slutte modsætningsvis fra værnsregler.
- **Hidtil anerkendte dispositioner (som forsøgt underkendt):**
 - Etablering i lavskattelande.
 - Koncerninterne aftaler.
 - Salg og genkøb af aktier med reel risiko for værdiudsving.
 - Selskabsretlige dispositioner som resulterer i skattefordele.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- Eksempler:
 - Hidtil anerkendte dispositioner med Højesteretspraksis i ryggen?
 - Internationale holdingselskaber?
 - Danske holdingselskaber etableret for at opspare skattefri udbytter/avancer mv.?
 - Typisk debt-push-down struktur?
 - Strukturer hidtil fritaget fra mellemholdingreglerne grundet en "god" majoritetsaktionær?
 - Skattefri omstruktureringer uden tilladelse?
 - Tilbagebetaling af overskudslikviditet gennem tilbagekøb af egne aktier i modsætning til en udbytteudlodning?
 - Sager om rette indkomstmodtager?
 - Fastlæggelse af hjemsted for Joint venture enheder eller produktionsfaciliteter?
 - Anvendelse af gunstige grænser i skattelovgivningen? Fx ved forhøjelse af ejerskab etc.?



ADVISORY®

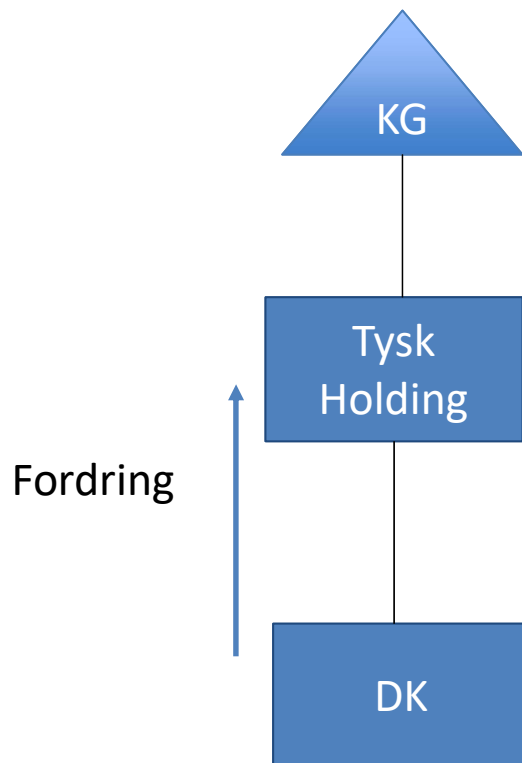
INDEPENDENT TAX CONSULTING

LL § 3

- Vejledning fra Skatteministeren:
 - Beklageligvis har skatteministeren ikke anerkendt det store behov for klare retningslinjer.
 - De fleste øvrige af ovenstående spørgsmål blev besvaret med, at der vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition.
 - Konkret i forhold til anvendelsen af holdingselskaber blev det udtalt, at etablering af en given holdingstruktur ikke i sig selv kan medføre, at GAAR'en finder anvendelse.
 - Dansk skatteret indeholder ikke en forpligtelse til at udlodde udbytter fra et selskab til privatsfæren og dermed til at lade udbyttet beskattes hos den fysiske person.
 - Det kan ikke bekræftes, at GAAR'en ikke finder anvendelse, blot fordi der allerede eksisterer et værn til at imødegå udtynding af beskatningsgrundlaget med finansieringsomkostninger.
 - Det udelukker ikke en anvendelse af LL § 3, at mellemholdingsreglerne konkret ikke finder anvendelse.

Praksis om GAAR

SKM 2019.349 SR – Udlodning af fordring til Tysk holdingselskab



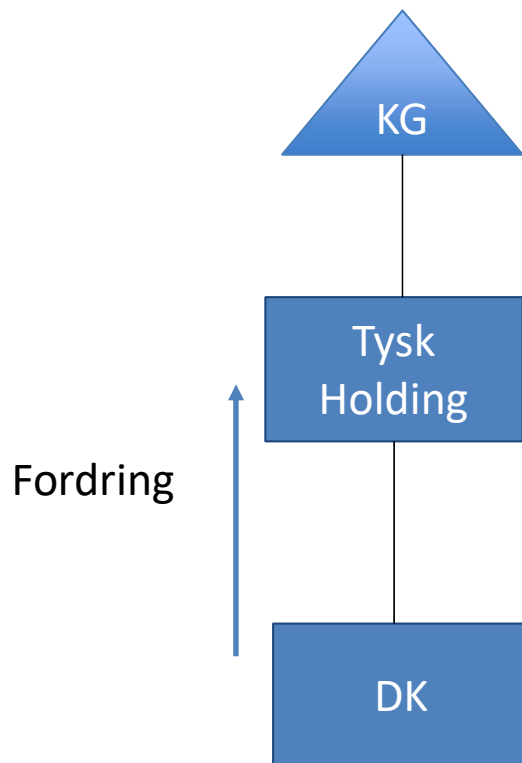
- Første afgørelse efter ny GAAR
- Begrænset skattepligt af udlodning in natura
- Holding = beneficial owner

GAAR testen fra SR

- *Arrangement?*
- *Skattefordel*
 - Frafald af dansk kildeskat iht M/D-direktivet
- *Væsentligste formål at opnå fordel som strider mod formålet og hensigten med skatteretten*
 - Oplyst formål at strømline koncern.
 - Samlet vurdering, at ét af de væsentligste formål er at opnå en skattemæssig fordel
 - Udlodning til beskyttet enhed i Tyskland og fremtidige udbytter fra overtagne datterselskab kan ske uden om DK.

Praksis om GAAR

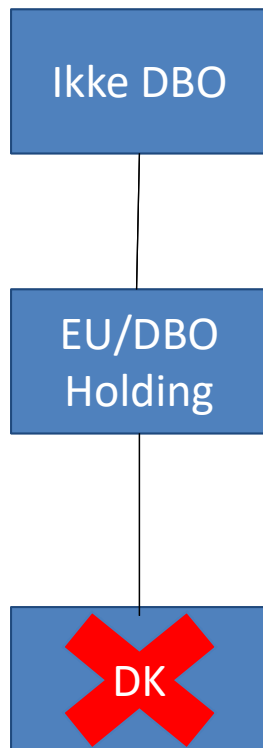
SKM 2019.349 SR – Udlodning af fordring til Tysk holdingselskab



- *Arrangementet ikke reelt*
 - Holdepunkter fra EUD beneficial ownership domme
 - Ansatte i Holding og disses arbejdsopgaver – etablering er reel, og der er velbegrundede årsager til at eje udenlandske aktier via holding
 - Vægt på ansvar for kontrol og styring og rådighed over kapitalen samt egne ansatte der udøver denne råden – løbende geninvestering af udloddet overskud fra D/S – understøtter de kommercielle årsager til at opretholde Holding.
- Kommentar: GAAR vurdering af almindelige udlodninger fra DK til tysk moderselskab – hvad kommer næst?

Praksis om GAAR

SKM 2019.413 SR: Likvidation af Dansk holdingselskab – Forudgående indsættelse af nyt holdingselskab i EU/DBO-land



- Dansk holding likvideres efter en intern omstrukturering – datterselskaber ejes herefter fra EU/DBO holding.
- Faktum ikke klart oplyst i referat (måske indgår trust og off-shoreselskaber)
- EU/DBO-holding er beneficial owner

GAAR testen fra SR

- *Arrangement*
 - Fjernelse af selskab i land, hvor DBO ikke finder anvendelse og indsættelse af Holding i EU/DBO-land
- *Skattefordel*
 - Tidligere ejer beliggende i land, hvor DBO ikke finder anvendelse – bagvedliggende ejer er tilsyneladende beliggende i ikke-DBO land
 - Fordel ved at indsætte selskab i EU-DBO stat.

Praksis om GAAR

SKM 2019.413 SR: Likvidation af Dansk holdingselskab – Forudgående indsættelse af nyt holdingselskab i EU/DBO-land

Ikke DBO

EU/DBO
Holding

DK

- *Væsentligste formål at opnå fordel som strider mod formålet og hensigten med skatteretten*
 - Hovedformål kan være, at indskyde Holding inden likvidation – dermed formål at udnytte M/D-direktiv eller DBO.
- *Arrangementet ikke reelt*
 - Simplificere koncernstruktur af strategiske og forretningsmæssige årsager.
 - Ikke uddybet eller dokumenteret.
 - Omkostningsbesparelser
 - Hvilke og hvorfor billigere med nyt Holdingselskab – omkostninger skal modregnes i besparelsen?
 - Der foreligger forretningsmæssige begrundelser for at anvende holding, men ikke hvorfor dette skal indskydes inden DK likvideres?
 - C-126/10 Foggia som princip: Den forretningsmæssige årsag skal være proportional i forhold til den opnåede skattefordel.
 - Mister skatteaktiv – men ingen driftsindtjening
- Konsekvens: Kildeskat på likvidationsudlodningen – som om sket til bagvedliggende aktionærer



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Afgrænsning af lån i skattemæssig henseende



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Overblik

- Oversigt over kapitaltilførselsmuligheder til selskaber
 - Gæld, egenkapital, tilskud, hybrid kapital etc.
- Hvor har gæld betydning i skatteretten?
 - Kursgevinstloven
 - Rentefradrag
 - Kildeskat på renter og kursgevinster.
 - Særbestemmelser – fx SEL § 11 etc.
 - Dobbeltbeskatningsoverenskomster ("The Corporate Rights Test" eller "The Debt Claim Test")
 - EU-direktiver
 - Afgrænsningsspørgsmål



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Afgrænsning

- Hvorfor er afgrænsningen relevant?
 - Forskellige retsvirkninger
- Områder, hvor afgrænsningen er relevant
 - Lån eller egenkapital
 - Selskabsdeltagelse, personselskaber, stille selskaber, andelsselskaber (hensættelser), forrentning af kapitalindstående i I/S (ikke rente), tynd kapitalisering, etc.
 - Hybrid finansiering, herunder Hybrid Tier 1 capital – finansielle virksomheder
 - Lån eller tilskud
 - Nyere eksempler
 - Initial Coin Offerings (ICO)
 - Atypiske obligationer: f.x. Green Bonds

Gældsbegrebet

- **Obligationsret**

- En fordring på en pengeydelse.
- Aftale mellem en låntager og en långiver, hvorefter långiver stiller et kontant beløb eller en kreditfacilitet til låntagers disposition i en bestemt periode.

- **Gældsbegrebet i skattelovgivningen**

- (1) en retlig forpligtelse,
- (2) der er reel,
- (3) hvorpå der hviler en tilbagebetalingsforpligtelse samt
- (4) udveksling af løfter og ydelser mellem parterne.
- Stemmer overens med den civilretlige gældsdefinition.
- Konvertible obligationer.

Afkast på lån

- Renter eller kursgevinster
- Rente:
 - Sædvanlig sprogbrug.
 - Snævert rentebegreb.
 - Nominelle rente, dvs. renten beregnet i forhold til restgæld.
 - Ydelser, der
 - (1) er vederlag for rådigheden over et pengebeløb (lån),
 - (2) beror på en retlig forpligtelse,
 - (3) beregnes for en given periode som en bestemt procentdel af det i perioden til enhver tid til rådighed stillede nominelle beløb,
 - (4) erlægges eller modtages løbende (periodisk).
 - Ikke opfyldt => kursgevinst/kurstab.
 - Vederlag ved udbetaling af mindre låneprovenu end der tilbagebetales => kursgevinst/kurstab.
 - Valgfrihed? – Zero coupon etc.
 - Afkastets størrelse – LL § 2



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Hybride lån - drivers

- Lån med egenkapitalkarakteristika
- Relevans
 - Drivers
 - Omkostninger
 - Rating
 - Solvens
 - Regnskab
 - Finansiering af M&A
 - Backdoor equity
 - Skat(te-arbitrage)



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Hybride lån - afgrænsning

- Principper i dansk ret vedrørende afgrænsning af gældenegenkapital
 - Baseret på eksisterende regler (cubby hole approach)
 - Civilretlig formalitet
 - Udenlandsk ret (herunder regnskab) tillægges ikke betydning
- Momenter, som underbygger tilstedeværelsen af gæld:
 - Forfaldsdato.
 - Forfaldsbetingelser.
 - Ordinære ydelsesdatoer.
 - Om kreditor har ret til at gennemtvinge betaling af ydelser på lige fod med andre kreditorer.
 - Om det indskudte beløb forrentes og fyldestgøres på linje med øvrige kreditorer ved opløsning.
 - Om der er mulighed for at opnå lignende finansiering hos tredjemand.
 - Covenants og sikkerhedstillelse.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Selskabsdeltagelse

- Konkret vurdering baseret på aftalegrundlaget.
 - Formodning for lån, hvis offentligheden ikke orienteret.
 - Deltagelse i overskud - dog ikke afgørende.
 - Eksistensen af en rente
 - Lån kan ikke eksistere, hvis der er aftalt medejerskab til kapitalen i selskabet.
 - Deltagelse støttes af en ret til kontrol
 - Kontraktuel etikette – fokus på indhold.
 - Varighed/udløb? Lange lån peger mod deltagelse
 - Overdragelighed? Frihed taler for lån
- Er selskabsretlige kriterier afgørende?



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Omkvalifikation

- Omkvalifikation af gæld til egenkapital
 - SL § 4-6?
 - LL § 2? - SKM 2012.92H + OECD TPG BEPS 8-10 Financial Transactions
 - LL § 3?
 - Værnsregler – omkvalifikation til udbytte
 - SEL § 2 D, LL § 16 E
 - Omkvalifikation af tilbagebetaling af gæld til maskeret udbytte



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Omkvalifikation

- Omkvalifikation af egenkapital til gæld
 - Hittidig praksis – tilsidesættelse af selskabsretlige formaliteter
 - Fra elevatorsag til TopDanmark
 - TfS 1985.324 LR: Omkvalifikation af udbytte til rente – præferenceaktier – exemption efter DK/Irland DBO
 - Ingen stemmeret
 - Udbytte kunne beregnes på forhånd
 - Aktierne kunne sælges til pari
 - Akkumulerede udbytter skulle betales hvis aktierne blev solgt.
 - Kapitalen var forudbestemt til et lån til moderselskabet.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Lån contra tilskud

- Reduceret praktisk betydning i forhold til tidligere.
- Centralt, om bindende og ubetinget tilbagebetalingsforpligtelse.
- Tilskudsbetragtningen kræver, at ejendomsretten fra yder er opgivet => klare indicier, som indgår i en konkret samlet vurdering.
- Indicier:
 - Om et udlån har været opført som gæld i regnskaberne,
 - Om der er oprettet en låneaftale med vilkår om forrentning og afdrag,
 - Om debitor har haft negativ egenkapital og/eller negative driftsresultater på udlånstidspunktet,
 - Om debitor må anses at have haft en reel tilbagebetalingsevne, og
 - Om der faktisk er sket tilbagebetaling og forrentning.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Lån contra tilskud

- **Bevisbyrde**
 - Efter administrativ praksis er det skattemyndighederne, der har bevisbyrden for, at der i realiteten er tale om tilskud, hvis der efter parternes civilretlige aftale er tale om lån.
 - Modsat synes domstolspraksis at indebære, at det er skatteyder, der har bevisbyrden for, at der foreligger et lån, idet der ellers antages at foreligge et tilskud.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Ny praksis om beskatning af gevinstmulighed



Beskatning af gevinstmulighed

- SKM2019.30.SR – faktum:
 - Et nystartet familieejet "investeringselskab" havde et midlertidigt opstarts kapitalbehov og ekstern lånefinansiering var ikke en mulighed.
 - Man ønskede derfor at oprette en ny anpartsklasse med tegning til overkurs (19,2 mio. kr.).
 - Overkursen modsvarede af en ret til forlods udbytte svarende til overkursen tillagt markeds­mæssig forrentning (6%).
 - Det centrale var om en sådan ny anpartsklasse medførte beskatning af de bagvedliggende aktionærer (udbytte, gave, afståelse).
- Skatterådets afgørelse:
 - Skatterådet fandt, at nytegningen af anparter i datterselskabet ikke skete til handelsværdien, da der ikke blev betalt en kompensation for den gevinstmulighed, der overgik til børnene.
 - Skatterådet fandt, at nytegningen af anparter havde en række skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser, da nytegningen medførte overførsel af værdier fra forældrene til børnene.
 - Skatterådet kunne således IKKE bekræfte, at der IKKE ville ske beskatning af de bagvedliggende aktionærer.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Beskatning af gevinstmulighed

- Videre perspektiver
 - A/B modeller i generationsskifte - SKM 2019.371 SR
 - Låneforhold – banker og/eller forbundne parter?
 - Transfer pricing?
- LSR-sag verserer!!!

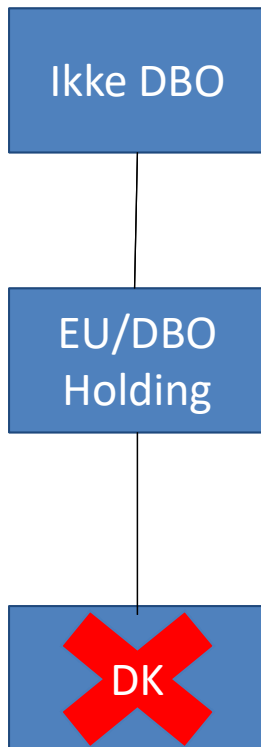


ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Praksis om GAAR

SKM 2019.413 SR: Likvidation af Dansk holdingselskab –
Forudgående indsættelse af nyt holdingselskab i EU/DBO-land





ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

JAKOB BUNDGAARD

MANAGING DIRECTOR
PROFESSOR, HONORARY PROFESSOR, M.SC., PH.D.

CORIT ADVISORY P/S
LYNGBY HOVEDGADE 17, 2. SAL
2800 KONGENS LYNGBY
DENMARK

WWW.CORIT-ADVISORY.COM

P: +45 40 42 22 84
E: JB@CORIT.DK