

Udskriftsdato: 13. december 2025

AFG nr 9440 af 28/03/2017 (Gældende)

Begrænset skattepligt, udbytte, flytning af hjemsted, retmæssig ejer, omgåelsesklausul

Ministerium: Skatteministeriet

Journalnummer: 16-1666325

Begrænset skattepligt, udbytte, flytning af hjemsted, retmæssig ejer, omgåelsesklausul

Skatterådet kan ikke bekræfte, at alle aktionærerne i et dansk selskab er fritaget for begrænset skattepligt efter reglerne i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c i forbindelse med selskabets flytning til Luxembourg.

Skatterådsmøde 28. marts 2017 - SKM2017. 333. SR

Spørgsmål:

1. Kan det bekræftes, at der ikke er begrænset skattepligt til Danmark for H1 ApS' aktionærer efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c ved selskabets flytning til Luxembourg?

Svar:

1. Nej

Beskrivelse af de faktiske forhold

H1 ApS H1 ApS blev stiftet som et joint venture-selskab på et tidspunkt, hvor de danske skatteregler var populære for etablering af holdingselskaber.

Siden stiftelsen har H1's eneste aktivitet været at optræde som indirekte holdingselskab for to aktive virksomheder i X-land. H1 har dog aldrig modtaget eller udloddet udbytte. H1 har ingen ansatte.

Værdi af kapitalandele i direkte og indirekte ejede dattervirksomheder er i H1's årsrapport for 2015 opgjort til ca. 166 mio. kr.

Der er ikke og har aldrig været udlån fra H1's direkte eller indirekte ejede dattervirksomheder til H1's aktionærer - herunder de ultimative aktionærer.

H1 ejes af uafhængige parter med 40 % ejet af H2, et selskab i USA kontrolleret af en amerikansk statsborger, og 60 % af H3, et selskab kontrolleret af to fonde til fordel for to statsborgere i X-land, der stiftede de underliggende virksomheder i X-land.

Siden stiftelsen har strukturen været som følger:

H6 og H7 i X-land H6 blev stiftet i 198x af A og B, der kom til X-land fra det tidligere Sovjetunionen uden noget som helst, og som uden at kunne ét ord engelsk startede en virksomhed. I dag er det privatejede og det i X-land drevne selskab vokset til en multinational virksomhed med fire fabrikker i X-land med mange ansatte.

H7 er en meget lille virksomhed med få ansatte, som ligeledes blev stiftet af A og B.

H4 og H5, De Britiske Jomfruøer H4 og H5 er begge indregistreret på De Britiske Jomfruøer. Begge juridiske personer er rene holdingselskaber, og har begge i flere år været skattemæssigt været hjemmehørende i Danmark, da deres faktiske ledelse har ligget i Danmark.

H1 erhvervede aktierne i H4 og H5 for ca. 290 mio. kr.

Forud for gennemførelsen af den transaktion, der spørges til, vil H4 og H5 ophøre som værende hjemmehørende i Danmark i skattemæssig henseende på grund af flytningen af den faktiske ledelse til Bahamas.

H2, USA— H2 ejer 40 % af H1. H2s er en del af en privatejet, multinational koncern. Selskabet blev stiftet i 194x. I dag ejes H2 af C.

H2 har mere end 10.000 ansatte på verdensplan. Selskabet sælger mere end 4.000 produkter i mere end 100 lande.

H3, Bahamas/Luxembourg— H3 ejer 60 % af H1 og er stiftet på De Britiske Jomfruøer, men tidligere hjemmehørende på Bahamas.

H3 er flyttet endeligt til Luxembourg, og er registreret i Luxembourg som H3 Holdings S.a.r.l. H3 er således skattemæssigt og selskabsretligt hjemmehørende i Luxembourg fra og med flyttetidspunktet.

H3 er registreret i Luxembourg med en aktiekapital på 15.000 USD. Ved registreringen i Luxembourg er selskabets aktiver pr. 30/6 2016 opgjort til 17.448 USD. Spørgers repræsentant har oplyst, at denne lave værdi af aktiverne skyldes, at H3 beholdning af aktier i H1 står bogført til den historiske kostpris.

Ved registreringen i Luxembourg er ledelsen af H3 anført til at bestå af en person fra Holland og en person fra Belgien.

Siden 200x har H3 været ejet 50/50 af Fond 1 og Fond 2.

Fond 1 og Fond 2, De Hollandske Antiller— Fondene blev stiftet 200x på De Hollandske Antiller (Curacao) som private fonde i henhold til "1967 Ordinance on Foundations", Artikel B, med senere ændringer.

Fondenes vedtægter er udover navnene identiske.

Fondene er blevet stiftet for en tidsbestemt periode.

Formålet med stiftelserne er at foretage udlodning af fondenes aktiver til de personer og juridiske enheder, som fondsrådet fastsætter med stifterens skriftlige samtykke, og at yde økonomisk bistand til disse personer og juridiske enheder, med stifterens skriftlige samtykke, gennem lån, garantier, annuitetskontrakter og lignende.

Fondens kapital består af aktiver ydet af stifteren samt øvrige aktiver erhvervet fra andre, indkomst fra sådanne aktiver og alle andre lovlige midler.

Ledelsen af fondene er overgivet til et råd bestående af min. 1 medlem. Både fysiske personer og juridiske personer kan være medlem af fondsrådet. Stifteren udpeger fondsrådets medlemmer og fastsætter antallet af medlemmer. Et medlem af fondsrådet kan til enhver tid, med eller uden grund, suspenderes eller afskediges af stifteren.

Stifterens beføjelser er personlige, men kan helt eller delvist overdrages skriftligt af stifteren til en supervisor, der så skal udøve de af stifteren overdragne beføjelser.

Fondsrådet kan ændre disse bestemmelser ved enstemmighed med stifterens skriftlige samtykke.

Fondsrådet kan opløse fonden ved enstemmighed med stifterens skriftlige samtykke, og ethvert udbytte skal udloddes med stifterens skriftlige samtykke.

Stifteren var A-Fiduciary, hvis bemyndigelse fremgår af et privat fuldmagtsdokument. Som enemedlem af fondsrådet blev B-Fiduciary udpeget.

Med hensyn til det bindende svar kan det lægges til grund, at fuldmagtsdokumenterne blev underskrevet af A og B. A og B er "begunstigede på første plads".

Den x. december 200x modtog fondene aktierne i H3 ved en overdragelse. Det følger af overdragelsen, at formueforvalterne i C og M trusterne udloddede fondsmidlerne til de begunstigede (dvs. fondene) i overensstemmelse med trusterne betingelser. C og M trusterne blev stiftet i 199x ligeledes til fordel for A og B.

Den x. september 201x blev der indgået principalaftaler mellem et Corporate Services firma i Curacao og henholdsvis A og B som principaler samt administrationsaftaler mellem fondene og Corporate Services firmaet.

Det fremgår af aftalerne, at henholdsvis A og B er de ultimative retmæssige ejere af fondene, og at de som sådan solidarisk sammen med fondene påtager sig at opretholde fondenes solvens.

Det følger videre, at Corporate Services firmaet udpeges som fondsdirektør ("Director of the Foundation"), dvs. enemedlem af fondsrådet.

Ejeraftale vedrørende H1 ApS I 199x blev der ved stiftelsen af H1 ApS indgået en ejeraftale mellem bl.a. H3, M Trust, C Trust, H2, H4, H5, H6, H7 og de begunstigede af fondene (A og B).

Ejeraftalen regulerer alle enheder i gruppen, og det var tænkt, at gruppen skulle ejes af parterne gennem et fællesejet selskab (defineret som "Selskabet" ("Corporation")). Formålet var for kapitalejerne (de tre enkeltpersoner via deres mellemlid) at fastlægge deres respektive rettigheder og forpligtelser vedrørende ejerandelene i H1 (H4 og H5) hvad angår ledelsen og kontrollen med H1 og den underliggende gruppe af selskaber.

Ejeraftalen er underlagt X-land's ret og indeholder en sædvanlig bestemmelse om fælles ejerskab af H1 og den underliggende koncern.

Bestyrelserne i hvert selskab skal til enhver tid bestå af tre direktører, hvoraf to skal udpeges af H3 og ét af H2. Eftersom A og B er de ultimative begunstigede i relation til H3, udpeger de i praksis begge en direktør. Møder indkaldes i overensstemmelse med procedurerne indeholdt i de relevante vedtægter, og et beslutningsdygtigt antal kræver, at to direktører er til stede.

Udpegelsen af ledelsen i de to driftsselskaber i X-land foretages af bestyrelsen ved simpel stemmeflerhed. De tre ultimative ejere (A, B og C) fungerer som et rådgivende udvalg vedrørende strategisk planlægning og ledelse af driftsselskaberne.

H2 og H3 har adgang til alle regnskabsbøger og dokumenter for hvert selskab.

Bestyrelsen beslutter, hvorvidt der skal udloddes dividende eller ej, samt størrelsen af en sådan.

Ovennævnte parter skal bestræbe sig på at fremme selskabernes aktiviteter og interesser og skal sikre, at hvert selskab driver og udøver sin virksomhed på en korrekt og effektiv måde.

Der gælder almindelige minoritetsrettigheder.

Bestemmelser om aktieoverdragelse indeholder typisk en forkøbsret, inkl. bestemmelser om medkøbsret ("tag-along") og medkøbspagt ("drag-along") samt kombinerede købs- og salgsrettigheder ("put and call").

Påtænkt transaktion— H1 ApS ønsker at flytte fra Danmark til Luxembourg ud fra et selskabs- og skatteretligt synspunkt.

Selskabsflytningen blev påbegyndt den x. december 201x og blev registeret hos Erhvervsstyrelsen den x. januar 201x.

Flytningen vil ikke blive fuldført, før man har modtaget bindende svar fra Skatterådet. Eftersom flytningen ikke kan fuldføres før den x. maj 201x, vil der blive udarbejdet en revideret flytningsplan, der til sin tid vil blive indsendt til Erhvervsstyrelsen.

Som nævnt vil H4 og H5 have ophørt dansk skattepligt forud for udflytningen af H1.

Spørgers opfattelse og begrundelse

Det er spørgers opfattelse, at der ikke skal indeholdes udbytteskat hverken i relation til H2 eller H3 (eller de bagvedliggende ejere).

For H2's vedkommende fordi selskabet er beliggende i USA og derfor kan påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten med USA (ligningslovens § 16A, stk. 3, nr. 1, litra a).

For H3's vedkommende fordi selskabet er beliggende i EU og derfor kan påberåbe sig moder/datterselskabs-direktivet og overenskomsten med Luxembourg (ligningslovens § 16A, stk. 3, nr. 1, litra a).

Såfremt H3 ikke anses som retmæssig ejer, skal der stadig ikke indeholdes udbytteskat, fordi de bagvedliggende fonde skattemæssigt er transparente. Det er således A og B, som er de retmæssige ejere, og med en indirekte ejerandel hver på 30 % af H1, har de retmæssige ejere ikke bestemmende indflydelse i selskabet (ligningslovens § 16A, stk. 3, nr. 1, litra c).

---ooOoo---

Sagens problemstilling er: Hvem er den retmæssige ejer af anparterne i H1. I relation til de 60 %, som direkte ejes af H3, er der tre muligheder:

(i) H3, som ville være beliggende Luxembourg, (ii) de to fonde, som er beliggende på De Hollandske Antiller, eller (iii) de to reelle stifterne af fondene, som ligeledes er de primært begunstigede, A og B, som er X-land statsborgere bosat i X-land.

Baggrunden for denne forespørgsel er, at A og B ønsker at forenkle selskabsstrukturen og skabe en større transparens. Det er også tanken, at H4 og H5 senere skal likvideres.

A og B forudsætter i øvrigt, at SKAT efter den danske-X-landske overenskomst orienterer skattemyndighederne i X-land om indholdet af det bindende svar.

Retsgrundlaget— Det relevante retsgrundlag er:

- Ligningslovens § 16 A, stk. 3,
- aktieavancebeskatningslovens § 2,
- selskabsskattelovens § 2, litra c, § 2, stk. 2 og § 5,
- kildeskattelovens § 65,
- artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA,
- artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og X-land,
- ligningslovens § 3,
- Moder/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU som ændret ved 2014/86/EU)

En udenlandsk kapitalejer beskattes som udgangspunkt ikke af aktieavancer opnået på danske kapitalandele, herunder likvidationsprovenu (ABL § 2, LL § 16 A, stk. 3 og JV C. B. 2.10.1). Omvendt gælder for en udenlandsk kapitalejer, at udbytte som udgangspunkt underkastes begrænset skattepligt i form af indeholdelse af udbytteskat på 27 % med mulig reduktion efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller en aftale om udveksling af oplysninger (LL § 16 A, stk. 2 og KSL § 65).

Ved likvidation i likvidationens sidste år eller flytning af et selskabs skattemæssige hjemsted fra Danmark til udlandet og dermed ophør af selskabets fulde skattepligt (SEL § 5), er udgangspunktet, at kapitalejeren anses for at have modtaget et likvidationsprovenu, som beskattes efter aktieavancebeskatningsloven, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1. For en udenlandsk kapitalejer betyder dette, at der ikke er dansk skattepligt af likvidationsprovenuet, herunder den mulige værdistigning, der måtte have været på de pågældende kapitalandele.

For ikke at kunne omklassificere et ellers skattepligtigt udbytte til en skattefri aktieavance, indeholder ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1 en række værnsregler, hvorefter likvidationsprovenu beskattes efter reglerne om udbytte.

Udbyttebeskatning sker i relation til moderselskaber og såfremt kapitalejeren er en fysisk person hjemmehørende uden for EU/EØS, og kapitalejeren har bestemmende indflydelse i det selskab, som likvideres (eller flyttes til udlandet), jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a) og c).

Værnsreglerne kan således indebære, at hele likvidationsprovenuet beskattes uden skelen til, om kapitalejeren har oppebåret en værdistigning på sin investering. Det er altså bruttobeløbet, som beskattes, og ikke kun værdistigningen. I det konkrete tilfælde vil det betyde, at den anskaffelsessum på kapitalandelene, som kapitalejerne i H1 havde (166 mio. kr.), underkastes dansk udbyttebeskatning, selvom der ingen værdistigning har været på kapitalandelene i H1.

For moderselskaber er udbyttet skattefrit, såfremt betingelserne i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c) er opfyldt. Den centrale betingelse er, at udbyttet skal nedsættes eller frafaldes efter moder/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Efter de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster stilles der krav om, at kapitalejeren er den retmæssige ejer ("beneficial owner"). Kravet om retmæssig ejer fremgår ikke af moder/datterselskabsdirektivet, men direktivet skal vige for nationale regler om forebyggelse af svig og misbrug.

Ved lov nr. 540 af 29. april 2015 er der indført en international omgængelsesklausul i ligningslovens § 3. I § 3, stk. 1, er det nu fastsat, at skattepligtige ikke har de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt således, at hovedformålet eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktivet, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Det er ligeledes fastsat, jf. § 3, stk. 3, at skattepligtige ikke har fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

Hvis moderselskabet ikke er den retmæssige ejer, pålægges der kildeskat, medmindre den retmæssige ejer er berettiget til fritagelse for udbytteskat eller behandling efter aktieavancebeskatningslovens regler, se f.eks. SKM 2014.741. SR.

Den foreliggende sag— I den foreliggende sag er H1 et joint venture ejet ultimativt af tre uafhængige parter (A, B og C).

H2 ejer 40 % af H1 og vil som et amerikansk selskab kunne påberåbe sig den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter udbytte skal nedsættes og dermed opfyldes betingelserne i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c). En likvidation eller flytning udløser derfor ingen dansk udbytteskat i relation til H2 (eller C).

H3 ejer 60 % af H1, og er indregistreret i Luxembourg som en juridisk person omfattet af Annex I, afsnit A, p i moder/datterselskabsdirektivet (2014/86/EU).

Efter gældende ret synes det centrale punkt at være, om udbytte viderekanaliseres til ejere, som ville være begrænset skattepligtige, såfremt de modtog udbyttet direkte. Af Østre Landsrets præmisser i SKM 2012.121 fremgår det bl.a., at *"... tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst."*

Ved flytningen af H1 til Luxembourg er der ikke tale om en udbytteudlodning i traditionel forstand, da der ikke sker udlodning af kontanter eller andre aktiver til kapitalejerne (H2 og H3). Efter flytningen vil koncernstrukturen være præcis den samme som før. H1 er blot hjemmehørende i Luxembourg og ikke længere i Danmark. Dette taler for at direktivet finder anvendelse.

Hvis H3 anses som retmæssig ejer, før H1 flytter fra Danmark til Luxembourg, vil det stride mod EU-retten (etableringsfriheden) at anse H3 som ikke-retmæssig ejer efter flytningen af H1.

H1 har endvidere ingen planer om at udlodde udbytte til H2 og H3, og dette stemmer med den udbyttepolitik, som de facto har været praktiseret siden H1's etablering. H1 er parternes joint venture-selskab, og der er ingen planer om senere at likvidere H1. Dette taler ligeledes for, at direktivet finder anvendelse.

Hvis H3 ikke anses som retmæssig ejer, før H1 flytter fra Danmark til Luxembourg, må det vurderes, om de retmæssige ejere er begrænset skattepligtige af likvidationsprovenuet, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a) og c).

Formålet med transaktionen er ikke at undgå dansk skat. Udlodning af likvidationsprovenu til EU/DBO-selskaber eller fysiske personer bosiddende i USA og X-land er ikke omfattet af den begrænsede skattepligt. Det er kun, hvis de to fonde på De Hollandske Antiller anses som retmæssige ejere, at der er begrænset skattepligt. Som det vil fremgå nedenfor, er de to fonde ikke retmæssige ejere, men derimod er det A og B.

Sammenfattende opfylder både H2 og H3 betingelserne for at kunne modtage skattefrit udbytte, og der er således ikke udbytteskat på likvidationsudlodningen ved flytningen af H1 fra Danmark til Luxembourg. Dette svarer til SKM2014. 741. SR.

H3 ej retmæssig ejer— Hvis H3 ikke anses som retmæssig ejer, må det som nævnt vurderes, om det er de to fonde eller A og B, som er retmæssige ejere af 60 % af H1.

Det er repræsentantens erfaring, at udenlandske trusts eller foundations kun undtagelsesvis svarer til en dansk fond. Kravet om, at formuen skal være uigenkaldeligt adskilt fra stifternes formue, er sjældent opfyldt (se senest SKM 2016.257. SR), og det gælder også i relation til fondene.

A og B er "primary beneficiaries" (begunstigede i første række) og giver instrukser til administrator ligesom de begge overfor administrator indestår for, at fondene til enhver tid er solvente.

Fondene er stiftet af A-Fiduciary i henhold til "a private deed of proxy", dvs. en fuldmagt. Skatterådet kan lægge til grund, at fuldmagtgivere er A og B. Det er således A og B, som har stiftet fondene, og de er efter afviklingen af de tidligere trusts fortsat primary beneficiaries i de to nye fonde, som nu ejer H3.

Af disse grunde opfyldes kravet i dansk ret om uigenkaldelig adskillelse fra stifternes formue ikke. Fondene er således ikke retmæssige ejere af kapitalinteressen på 60 % i H1 via H3.

De retmæssige ejere er A og B, som begge er X-landske statsborgere bosat i X-land. Tilbage bliver at vurdere, om de har bestemmende indflydelse efter ligningslovens § 2.

Bestemmende indflydelse – H1 er ultimativt ejet af to statsborgere fra X-land og en amerikansk statsborger. Disse tre fysiske personer er uafhængige af hinanden og har ikke indgået aftale om at udøve fælles bestemmende indflydelse i H1.

Som det fremgår af ligningslovens § 2, stk. 2, 3. pkt., skal ejerandele og stemmerettigheder, der tilhører andre selskabsdeltagere, medregnes til den skattepligtiges ejerandel, når der er indgået aftale om at udøve fælles bestemmende indflydelse.

Ifølge Den juridiske vejledning, afsnit C. D. 11.1.2.2, vil en aftale om fælles bestemmende indflydelse medføre, at alle selskabsdeltagerne anses for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab - både direkte og indirekte ejere.

Det vil være op til en konkret vurdering, om der er tale om en aftale om at udøve fælles bestemmende indflydelse. I denne vurdering kan indgå, om aftalen medfører fælles råderet over flertallet af stemmerettigheder, udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets øverste ledelsesorgan eller bestemmende indflydelse over selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse.

Selskabsdeltagere, fx kapitalfonde der foretager en fælles investering, vil ofte aftale fælles bestemmende indflydelse. Selskabsdeltagerne vil i forbindelse med den fælles investering typisk aftale fælles retningslinjer på en række områder, fx i form af en ejeraftale. Dette kan fx være:

- Krav til minimumsinvestering/ejerandel og eventuelt om deltagelse i fremtidige kapitalforhøjelser for at finansiere yderligere opkøb.
- Ret til at kunne kræve at sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær og pligt til at skulle sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (såkaldte tag-along og drag-along rights).
- Enighed om den fælles strategi med investeringen (investeringshorisont, eventuel foretrukken exit-måde).
- Aftale om fælles udpegning af bestyrelsesmedlemmer og bestyrelsens virke (bestemmelser som typisk forekommer i bestyrelsens forretningsorden om møder, quorum, flertalsregler, krav til kvalificerede flertal i visse beslutninger mv.).
- Retningslinjer for strategien for den købte virksomhed.

En ejeraftale er ikke i sig selv tilstrækkelig til at fastslå, at der er indgået en aftale om at udøve fælles bestemmende indflydelse. Visse ejeraftaler indeholder fx bestemmelser om forkøbsret ved salg og bestemmelser om begrænsninger i pantsætningsadgangen, og sådanne bestemmelser medfører ikke i sig selv, at der udøves fælles bestemmende indflydelse.

Af bemærkningerne til det oprindelige lovforslag fremgik det bl.a., at formålet med lovforslaget primært er at udvide concernbegrebet i bl.a. ligningslovens § 2 til at omfatte ejerstrukturer med bl.a. skattetransparente selskaber, som (private) kapitalfonde benyttede ved overtagelse af danske selskaber.

Nærværende sags faktiske forhold svarer i al væsentlighed til de forhold, som Skatterådet tog stilling til i SKM. 2009.286. SR. Her bekræftede Skatterådet, at en aktionæroverenskomst, der påtænkes indgået

mellem aktionærerne H1 ApS og H2 ApS vedrørende aktierne i A A/S, ikke ansås som en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse over A A/S, jf. ligningslovens § 2, stk. 2, 3. pkt. Dette gjaldt uanset, at der til aktionæroverenskomsten skete tilføjelser i form af generelle hensigtserklæringer om udbyttepolitik, fremme af fælles aktionær- og selskabsinteresser samt et fremtidigt salg af aktierne i A A/S.

Som det fremgår af Skatterådets indstilling og begrundelse i SKM. 2009.286. SR, skal koncernbegrebet *"således "ramme" sammenslutninger, der over for omverden fremtræder som en samlet enhed. Bestemmelsen skal derimod ikke omfatte situationer, hvor uafhængige parter i fællesskab ejer en juridisk person, når parterne optræder hver for sig i forhold til omverden, og den enkelte partner direkte er medejer af andelene i den juridiske person.*

Formålet med indsættelse af ligningslovens § 2, stk. 2, 3. pkt. er primært at sidestille den situation, hvor f.eks. (private) kapitalfonde aftaler fælles bestemmende indflydelse i stedet for f.eks. at oprette et fællesejet interessentskab....."

Nærværende anmodning drejer sig ikke om (private) kapitalfonde, men uafhængige private erhvervsdrivende, som har et fælles ejerskab til en virksomhed i X-land.

I relation til den konkrete vurdering tillagde SKAT, hvis indstilling Skatterådet tilsluttede sig, følgende aftaleforhold afgørende betydning:

- *"Aktionæroverenskomsten indeholder efter SKATs vurdering ikke en fælles udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i A A/S' bestyrelse og direktion. H1 ApS og H2 ApS udpeger hver især sine egne kandidater til bestyrelsen. Muligheden for at udpege bestyrelsesmedlemmer afspejler således den foreliggende ejerstruktur. Bestyrelsen udpeger direktionen i overensstemmelse med almindelige selskabsretlige principper."*—[Ejeraftalen for H1 er indholdsmæssigt identisk]
- *"Punkterne i aktionæroverenskomsten fastlægger på sædvanlig vis hvilke aftaler, der gælder i almindeligt forekommende situationer med en ejerstruktur som den foreliggende."*—[Tilsvarende gælder for ejeraftalen for H1.]
- *"I relation til den foreliggende selskabsstruktur er det efter SKATs opfattelse af afgørende betydning, at punkterne i aktionæroverenskomsten hovedsageligt regulerer forhold, der vedrører aktionærernes rettigheder. Punkterne regulerer efter SKATs opfattelse ikke på forhold vedrørende den finansielle og driftsmæssige ledelse af A A/S."*—[Tilsvarende gælder for ejeraftalen for H1. Bestemmelserne om advisory committee reflekterer den virkelighed, der er i de fleste virksomheder, som drives af få ejere: ejerne taler sammen og fastlægger virksomhedens strategi. Det formelle forum er bestyrelsen, men da H2 i mange år har været eneejet af C, har advisory committee ikke haft nogen selvstændig betydning, da C i forvejen sad i selskabernes bestyrelser sammen med A og B. Der er i det hele taget tale om mere generelle hensigtserklæringer om et forum for drøftelse af strategien. Der er ikke tale om fælles retningslinjer for den driftsmæssige og finansielle ledelse af selskaberne. Shareholders' Agreement indeholder f.eks. ingen bestemmelser om udbytte eller kapitalisering (udover at aktionærerne har ret (men ikke pligt) til forholdsmæssig tegning ved kapitaludvidelse, hvilket svarer til hvad der følger af selskabsloven.]

På ovenstående baggrund, er det spørgers opfattelse, at Shareholders' Agreement ikke anses som en aftale om fælles bestemmende indflydelse.

Der skal således ikke indeholdes udbytteskat ved flytningen af H1 til Luxembourg.

Spørgers yderligere bemærkninger i høringssvar

Vedrørende H2 (USA):

SKATs forslag til afgørelse må forstås således, at det alene er forholdene omkring H3's flytning til Luxembourg, som indebærer, at omgåelsesreglen i ligningslovens § 3 kan bringes i anvendelse.

H2 er, som det fremgår af sagen, direkte aktionær i H1, og har som sådan ingen sammenhæng med H3. Baseret på SKATs indstilling synes der derfor ikke at være nogen mulighed for at nægte H2 de fordele, som følger af artikel 10 i den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet der ikke er noget grundlag for at hævde, at der foreligger omgåelse ved H2's modtagelse af "likvidationsudlodning" fra H1.

SKAT og Skatterådet bør derfor i svaret præcisere, at spørgsmålet skal besvares med "Ja" i relation til H2, allerede fordi dette følger af de "materielle" skatteregler på området, og fordi der ikke er grundlag for at bringe omgåelsesreglen i ligningslovens § 3 i anvendelse overfor H2.

SKATs forslag til afgørelse synes da også efter begrundelsen klart at tilkendegive, at der ikke er begrænset skattepligt for H2. Dette er dog ikke reflekteret i den samlede konklusion eller indstilling.

Vedrørende H3 (Luxembourg):

Spørger er enig med SKAT for så vidt angår forståelsen af de "materielle" danske skatteregler, hvorefter flytning af H1 til Luxembourg ikke indebærer dansk kildebeskatning af "likvidationsudlodning" for H3. Denne konklusion er baseret på det forhold, at H3, som et moderselskab hjemmehørende i Luxembourg, er berettiget til at modtaget skattefrit udbytte fra et dansk datterselskab, jf. moder-/datterselskabsdirektivet. Herunder er der enighed om, at der ikke sker gennemstrømning af "likvidationsudlodning".

Spørger er ikke enig med SKAT i, at der efter den generelle omgåelsesbestemmelse i ligningslovens § 3 er grundlag for at tilsidesætte H3's rettigheder efter moder-/datterselskabsdirektivet alene med henvisning til, at dette selskab tidligere var hjemmehørende i skattely (BVI/Bahamas).

Kommercielle årsager

Den generelle omgåelsesklausul i ligningslovens § 3 indeholder, som også beskrevet af SKAT, det forbehold, at reglen ikke kan bringes i anvendelse, hvis der foreligger velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed.

Hvad der nærmere skal forstås ved disse begreber fremgår ikke af forarbejderne mv., ligesom Skatteministeriet ved lovens tilblivelse generelt har afstået fra at redegøre herfor.

I denne sag er der tale om flytning af et holdingselskab fra et skattely (BVI/Bahamas) til Luxembourg og en efterfølgende flytning af et dansk (datter)holdingselskab til Luxembourg.

Rene holdingselskaber har som sådan - hvad enten disse er danske eller udenlandske - ikke et typisk kommercielt formål, som ligger ud over ejerskabet af datterselskabet. Siden Højesterets dom i Johnson Holding-sagen (U. 2004.2397. H) har det været uomtvistet, at holdingselskaber skal anerkendes i skatteretlig henseende, herunder at disse anses for at drive erhvervsvirksomhed vedrørende ejerskabet af datterselskabsaktier. Når det derfor skal vurderes, om der foreligger en velbegrundet kommerciel årsag til flytning af holdingselskaber, må denne vurdering tage udgangspunkt i holdingselskabets karakteristika.

Holdingselskaberne i denne sag har alene ejet aktier i koncernen, og der har aldrig været udloddet udbytte, ligesom der heller ikke har været nogen låne-aktivitet. Aktiviteten har således været begrænset til den aktivitet som forudsætningsvist vil være til stede i rene holdingselskaber, dvs. regnskabsaflæggelse, udarbejdelse af skatteregnskaber og selvangivelser, afholdelse af generalforsamling og/eller anden selskabsretlig aktivitet samt generel administrativ underretning/indberetning til myndighederne. Alt i alt

har aktiviteten således alene været af udgiftsmæssig karakter, og aktiviteten har alene kunnet opretholdes gennem anvendelse af lokale rådgivere, herunder revisorer og selskabsadministratorer.

Som det fremgår af anmodningen om bindende svar er det de ultimative ejeres ønske at forenkle selskabsstrukturen, herunder ønsker de ultimative ejere f.eks. også på et tidspunkt at likvidere H1's to underliggende (holding)datterselskaber (H4 og H5). Som led i denne forenkling giver det derfor også fra et udgiftsmæssigt synspunkt mening, at de to øverste selskaber i holdingstrukturen (H1 og H3) er beliggende i samme land, idet der herved kan opnås udgiftsbesparelser ved, at der alene skal udarbejdes dokumenter (f.eks. regnskab) og rapporteres til ét land under ét lands regler. Dette er den kommercielle årsag til, at selskaberne nu flyttes til Luxembourg. Under hensyntagen til, at der næppe kan være andre kommercielle årsager til flytning af et rent holdingselskab, må denne begrundelse være tilstrækkelig i forhold til omgåelsesbestemmelsen i ligningslovens § 3.

Udgifterne til at opretholde denne forældede ejerstruktur ønskes således nedbragt (og gerne helt bortskaffet), da udgifterne fra et hvert synspunkt er overflødige og uden driftsmæssige eller økonomiske formål.

Omgåelsesbestemmelsens generelle rækkevidde

Som anført var Skatteministeriet meget tilbageholdende med at udtale sig om bestemmelsens rækkevidde under lovforslagsbehandlingen. FSR havde f.eks. under høringsfasen opstillet en række konkrete eksempler, som FSR anmodede ministeriet om at forholde sig til, men ministeriet afviste generelt at svare herpå (se FSRs høringssvar af 25. februar 2015).

Et af de konkrete eksempler, som FSR opstillede, angik det forhold, at et dansk selskab i år 1 erhverver 9 % af aktierne i et udenlandsk selskab og i år 2 erhverver yderligere 1 % af aktierne, således at det danske selskab fra år 2 kan modtage skattefrit udbytte fra det udenlandske selskab. Et af det danske selskabs formål med at erhverve yderligere 1 % af aktierne er netop at opnå den skattefordel, at udbytte er skattefrit ved en ejerandel på minimum 10 %.

Selvom ministeriet generelt ikke kommenterede de konkrete eksempler fremgår følgende svar fra ministeriet dog af høringsskemaet (side 28):

"Minimering af skattebetalingen er ikke en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand. På den anden side er opfyldelsen af objektive kriterier ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne. Umiddelbart er erhvervelse af yderligere aktier i et selskab med henblik på at opfylde kravet om 10 pct. ejerskab i reglerne om datterselskabsudbytter ikke udtryk for misbrug, men det kan være det, hvis der fx alene er tale om en midlertidig "pro forma" erhvervelse uden velbegrundede kommercielle årsager."

Moder-/datterselskabsdirektivet opstiller følgende objektivt konstaterbare kriterier for at udbytte fra et (dansk) selskab kan anses som skattefrit:

- Moder- og datterselskabet skal være omfattet af den liste over selskaber, som følger af direktivet.
- Moderselskabet skal eje mindst 10 % af kapitalen i datterselskabet.

Efter ministeriets opfattelse er den rene opfyldelse af disse objektive kriterierne altså ikke i sig selv grundlag for at bringe omgåelsesreglen i anvendelse, herunder forudsættes det ikke, at opfyldelsen er begrundet i kommercielle årsager.

SKATs forslag synes at være i direkte modstrid med ministeriets udtalelser, idet SKAT finder, at det udgør et misbrug af reglerne, at H3 opnår skattefordele alene ved at flytte til Luxembourg, hvorfor disse fordele kun kan opretholdes, hvis flytningen i sig selv er begrundet i kommercielle forhold.

I høringssvaret henviser ministeriet til, at midlertidig "pro forma" erhvervelse af aktierne vil kunne anses som et misbrug, hvis der ikke foreligger kommercielle grunde hertil. Skatteministeriet synes dog hermed blot at konstatere, at den praksisskabte realitetsgrundsætning (bedømmelse af realitet frem for formalitet) kan finde anvendelse, idet begrebet pro forma netop står i modsætning til realiteten.

I denne sag er der ikke tale om en "pro forma" flytning, hvorfor der ikke er grundlag for at tilsidesætte de skattefordele, der opstår som følge af flytningen. Flytningen skal endvidere ikke i sig selv være begrundet i kommercielle forhold.

Ligningslovens § 3 blev vedtaget i 2015 som et led i den såkaldte "skattelypakke". Baggrunden for indførslen af ligningslovens § 3 er nærmere beskrevet i afsnit 1 og 2.1. i lovforslaget hertil (L 167/2015) på følgende måde:

"1. Indledning

Lovforslaget medfører med henblik på at bekæmpe skattely og aggressiv skatteplanlægning, at:

- Der indføres en beskatning af stifteren af trusts, som skal mindske mulighederne for aggressiv skatteplanlægning.*
- Der skal ske en fair beskatning, når aktiver føres ud af landet.*
- Der indføres en international omgåelsesklausul i dansk skattelovgivning.*

...

2.1. Aftale om en styrket indsats mod skattely

Lovforslaget indeholder en udmøntning af aftale fra december 2014 om en styrket indsats mod skattely mellem regeringen (Socialdemokraterne og Radikale Venstre), Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten, der kræver ny lovgivning på skatteområdet. Aftaleparterne er enige om, at grænseoverskridende skatteunddragelse og brugen af skattelykonstruktioner er en betydelig udfordring for det internationale samfund. Globaliseringen og den elektroniske samhandel på tværs af landegrænserne giver anledning til nye skattelykonstruktioner, og skattespekulanter er kreative i deres forsøg på at undgå at betale skat i Danmark."

Det fremgår klart heraf, at det var aftalepartiernes hensigt, at bl.a. omgåelsesklausulen skulle medvirke til at begrænse brugen af skattely. Allerede af denne grund er det overraskende, at SKAT nu foreslår omgåelsesreglen anvendt i en sag, hvor der netop ikke længere indgår et skattely-selskab.

SKAT går endda videre, idet SKAT mener, at det er selve ophøret af skattely-status til fordel for at blive hjemmehørende i EU, og dermed underkaste sig de regler, som er gældende i Luxembourg, der i sig selv er udtryk for omgåelse. Konsekvensen heraf er, at H3 fortsat skal behandles, som om det var beliggende i et skattely, idet H3 ikke må nyde godt af de fordele, der er ved at være hjemmehørende i EU, alene fordi H3 altså tidligere var beliggende i skattely.

Det forekommer såvel selvmodsigende som i strid med baggrunden for og formålet med reglerne, at ophør med anvendelse af skattely udgør omgåelse/misbrug af de EU-retlige regler.

SKATs forslag skaber endvidere betydelig usikkerhed med hensyn til virksomhedernes mulighed for at ophøre med at anvende selskaber i skattely. Det fremgår ikke af SKATs forslag, om de fordele som opstår ved flytning fra skattely (eller andet ophør med anvendelse af skattely-selskaber) skal begrænses på ubestemt tid, eller hvornår en sådan begrænsning af rettigheder i givet fald ophører. I det omfang det vil have betydning for det bindende svar, kan sagen tilføjes det faktum, at H1 og/eller H3 vil opretholde

etableringen i Luxembourg i en given periode. Henset til SKATs indstilling forekommer det dog ikke klart, om et sådant yderligere faktum vil have nogen betydning for besvarelsen, herunder hvilken periode der eventuelt skal være tale om.

Skulle man endvidere anvende SKATs logik kunne man i yderste konsekvens hævde, at der ikke i sig selv er noget formål med at stifte holdingselskaber, og derfor vil selv nystiftelsen af et EU-holdingselskab udgøre en omgåelse, idet holdingselskaber i sig selv indebærer nogle skattemæssige fordele. Mange af disse overvejelser er for længst slået ned af EU-Domstolen, idet forskelsbehandling af selskaber under hensyntagen til, hvor disse er etableret udgør en restriktion, som ikke er tilladt efter traktaten.

De danske værnsregler om udbyttebeskatning

SKATs indstilling indebærer, at H3 bliver beskattet efter én blandt flere værnsregler, som har til formål at sikre, at dansk udbyttebeskatning ikke kan omgås. Som tidligere anført beskattes en udenlandsk aktionær som udgangspunkt ikke af likvidationsudlodning (disse anses som skattefrie aktieavancer), hvorimod samme udenlandske aktionær kan være underlagt dansk kildeskat på udbytter.

De danske regler om udbyttebeskatning kunne derfor (som det anføres i lovforslag nr. 213 / 2007, afsnit 2.6), *"... omgå ved at likvidere det danske selskab i stedet for at udlodde udbytter fra det danske selskab.... Hvis det danske selskab er holdingselskab for en række underliggende danske og udenlandske selskaber og holdingselskabet er anvendt til opsamling af udbytter fra de underliggende selskaber, vil udlodningen af skattepligtige udbytter kunne konverteres til skattefrie aktieavancer ved at lade holdingselskabet likvidere."*

Med den nye affattelse af ligningslovens § 16 A i 2007 (ved lovforslag nr. 213 /2007) blev udbyttebegrebet således udvidet til at omfattet visse likvidationsudlodninger, således at aktionærer som ikke kunne modtage skattefrit udbytte heller ikke kunne modtage skattefrie likvidationsudlodninger. I 2011 blev flytning af det danske selskab til udlandet omfattet af de situationer, hvor der kan være tale om en sådan skattepligtig "likvidationsudlodning", hvilket i forarbejderne (ændringsforslag til 2. behandling af L 84 / 2011) beskrives som følger:

"Ændringsforslaget skal ses i sammenhæng med lovforslagets foreslåede ændringer i fusionsskattelovens § 15, stk. 4 og 5, hvorefter der vil kunne ske beskatning af udlodningen ved en skattefrie grænseoverskridende fusion. Ændringsforslaget skal således ligeledes ses som en sikring af reglerne om begrænset skattepligt på udbytteudlodninger."

Som det fremgår heraf blev også en række vederlag ved grænseoverskridende fusioner mv. ved samme lejlighed omfattet af det udvidede udbyttebegreb. Igen i såvel 2013 som 2014 blev der indført regler med det formål at sikre, at dansk udbyttebeskatning ikke kan omgås, f.eks. ved salg af danske aktier (lovforslagene L 10 og L 49 i 2013 og L 81 i 2014). Også i 2013 blev skattepligten udvidet således, at udbytte modtaget af et dansk selskab kan beskattes, hvis det danske selskab er en gennemstrømningsenhed.

De danske regler om beskatning af udbytte - eller rettelig de danske regler om, hvad der skal anses som/beskattes som udbytte - er alle udtryk for en direkte begrænsning af mulighederne for at omgå beskatningen af udbytte. Reglerne synes dog i altovervejende grad at være baseret på en forudsætning om, at der er eller har været egentlige pengestrømme til eller igennem det danske selskab, som kan undergives beskatning. Dette fremgår f.eks. af forarbejderne til de regler, som er relevante for denne sag, vedrørende omkvalificering af likvidationsudlodninger, hvor der henvises til, at det omhandlede danske selskab har været anvendt til *"opsamling af udbytter fra de underliggende selskaber"*. Tilsvarende gælder reglerne om gennemstrømningsselskaber fra 2013, hvor vurderingen af om det danske selskab udgør en

gennemstrømningsenhed alene kan foretages i de tilfælde, hvor der foreligger en betalingsstrøm, som kan undergives en gennemstrømningsanalyse.

I nærværende sag er der ikke og har der ikke været nogen betalingsstrømme til, fra eller igennem det danske selskab H1. Alle værdier er således i behold i de underliggende driftsselskaber i X-land. SKATs konklusion medfører, at der skal ske beskatning af en ikke eksisterende pengestrøm, som end ikke myndighederne i X-land umiddelbart vil kunne identificere eller lade beskattes, uagtet at samtlige værdier er beliggende i X-land, og uagtet at midlerne til betaling af den danske skat alene kan findes i X-land.

Endvidere skal det bemærkes, at udbyttebeskatning af "likvidationsudlodninger" indebærer, at hele det danske selskabs værdi beskattes. En sådan bruttobeskatning giver mening i det omfang det danske selskab har været anvendt til "*opsamling af udbytter fra de underliggende selskaber*", hvor værdien af selskabet er lig den "pengekasse" selskabet holder. I denne sag er værdien af det danske selskab H1 lig værdien af de underliggende driftsselskaber i X-land, hvorimod H1 ikke er i besiddelse af "egne" midler. Bruttobeskatningen indebærer således, at Danmark anser sig berettiget til at indkræve ikke blot en andel af en betalingsstrøm eller overskud fra driften i selskaberne i X-land men en andel af hele den værdi, disse selskaber. Anvendelsen af de danske regler om omkvalificering af likvidationsudlodninger synes dermed i denne sag at resultere i en helt disproportional beskatning, som ikke kan retfærdiggøres under henvisning til synspunkter om misbrug eller omgåelse.

Det EU-retlige misbrugsbegreb

Omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er en direkte implementering af den enslydende misbrugsklausul i moder-/datterselskabsdirektivet (indført ved direktiv 2015/121 af 27. januar 2015). Denne misbrugsklausul, som er den relevante i denne sag, skal fortolkes i overensstemmelse med den EU-retlige praksis om omgåelse. En sådan praksis foreligger endnu ikke efter direktivet, men der findes en righoldig praksis vedrørende omgåelse i relation til frihedsrettighederne i traktaten, som antageligt vil have betydning for vurderingen af misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivet.

Dette støttes af "forarbejderne" til misbrugsklausul i moder-/datterselskabsdirektivet, hvor det af begrundelsen til Kommissionens oprindelige direktivforslag (COM (2013) 814) anføres vedrørende forslagets juridiske aspekter, at bekæmpelse af misbrug ikke må føre til resultater, som er uforenelige med de grundlæggende friheder i traktaten, ligesom det også understreges, at den foreslåede misbrugsregel er på linje med den proportionalitetsgrænse, som fremgår af EU-Domstolens retspraksis.

SKAT henviser til Cadbury Schweppes sagen (C-196/04), som angik spørgsmålet om, hvorvidt engelsk CFC-beskatning af et datterselskab etableret i et andet EU-land var forenelig med etableringsfriheden i traktaten. EU-Domstolens udtalelser i sagen synes på flere punkter relevant for nærværende problemstilling.

EU-Domstolen konstaterer for det første, at etablering af et selskab i en medlemsstat med henblik på at opnå skattemæssige fordele herved ikke i sig selv udgør et misbrug af etableringsfriheden (præmis 36-38):

"37 *Hvad angår etableringsfriheden har Domstolen allerede fastslået, at den omstændighed, at et selskab er blevet oprettet i en medlemsstat med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger misbrug af denne frihed (jf. i denne retning Centros-dommen, præmis 27, og dom af 30.9.2003, sag C-167/01, Inspire Art, Sml. I, s. 10155, præmis 96).*"

EU-Domstolen konstaterer herefter, at den omhandlede lovgivning (de engelske CFC-regler) udgør en forskelsbehandling, som dog kan være tilladt, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn (præmis 43 og 47). Domstolen bemærker, at selve etableringen af et datterselskab i en anden medlemsstat ikke generelt kan anses som skattesvig, hvorfor nationale tiltag skal være rettet mod rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning (præmis 50-51):

"50 Det følger ligeledes af fast retspraksis, at den omstændighed i sig selv, at et hjemmehørende selskab opretter en sekundær etablering, såsom et datterselskab, i en anden medlemsstat, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om skattesvig, og tjene som en begrundelse for en foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, som er sikret ved traktaten (jf. i denne retning ICI-dommen, præmis 26, dom af 26.9.2000, sag C-478/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7587, præmis 45, dommen i sagen X og Y, præmis 62, samt dom af 4.3.2004, sag C-334/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2229, præmis 27)."

På baggrund af disse betragtninger konstaterer EU-Domstolen følgende:

"55 Heraf følger, at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område."

56 I lighed med de transaktioner, der er omhandlet i Marks & Spencer-dommens præmis 49, og hvorved overførsler af underskud inden for en koncern tilrettelægges således, at de henføres til selskaber, der har hjemsted i de medlemsstater, der anvender de højeste skattesatser, og hvor skatteværdien af underskuddene derfor er størst, kan den type transaktioner, der er beskrevet i foregående præmis, gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på deres område, og dermed bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare (jf. Marks & Spencer-dommen, præmis 46)."

Det følger således heraf, at misbrug foreligger i de tilfælde, hvor "arrangementet" har til formål at undgå beskatning af indkomst fra virksomhedsaktiviteter, som reelt udøves i medlemsstaten. At der således skal være tale om virksomhedsindkomst fra den ene af de involverede medlemsstater understreges i præmis 56, hvor der tales om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningsretten mellem medlemsstaterne imellem.

Det må på denne baggrund anses for tvivlsomt, om den misbrugstest, som følger af Cadbury Schweppes, kan finde tilsvarende anvendelse i sager, hvor den skattepligtige indkomst, som sagen angår, slet ikke hidrører fra den medlemsstat, som hævder, at der er tale om misbrug. I relation til denne sag synes det således ikke oplagt, at Danmark kan nægte at anerkende H3's etablering i Luxembourg med den begrundelse, at etableringen som sådan indebærer et misbrug af EU-rettens fordele, med det resultat, at Danmark skal have ret til at gennemføre beskatning af værdier, som i det hele er opbygget i X-land og ultimativt ejet af statsborgere i X-land, og hvor der endda ikke har været nogen betalingsstrømme til, fra eller gennem det danske selskab.

Selv i det tilfælde, hvor misbrugsklausulen i moder-/datterselskabsdirektivet kan finde anvendelse vedrørende indkomst, som i det hele er optjent udenfor EU, må anvendelsen af misbrugsklausulen forudsætte, at nægtelse af EU-rettens fordele ikke strider mod de grundlæggende frihedsrettigheder i traktaten, herunder den praksis som foreligger herom om et indgrebs egnethed til opnåelse af formålet og proportionalitet.

I denne sag finder SKAT, at misbrugsklausulen kan anvendes til at se bort fra de rettigheder som følger af selve H3's etablering i Luxembourg.

Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at etablering i en anden medlemsstat med det udtrykkelige formål, at drage nytte af denne stats mere fordelagtige lovgivning ikke udgør et misbrug. Denne praksis må være direkte sammenlignelig med tilfælde, hvor etablering i EU sker med det formål at drage nytte af fordelagtige EU-retlige regler og samtidig underkaste sig de skatteregler, som er gældende i det pågældende EU-land. Det forhold, at der opnås skattemæssige fordele ved etablering i en EU-stat kan derfor ikke i sig selv udgøre et misbrug, og H3's etablering i Luxembourg kan derfor ikke i sig selv udgøre et misbrug af EU-retten.

SKATs indstilling og begrundelse

Spørgsmål 1

Det ønskes bekræftet, at der ikke er begrænset skattepligt til Danmark for H1 ApS' aktionærer efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c ved selskabets flytning til Luxembourg?

Begrundelse

H1 påtænker at omregistrere selskabets hjemsted til Luxembourg - herunder flytte ledelsens sæde til Luxembourg. Selskabsflytningen blev påbegyndt den xx. december 201x og flytteplaner m.v. blev registeret hos Erhvervsstyrelsen den xx. januar 201x.

Fuld skattepligt for selskaber er hjemlet i selskabsskattelovens § 1. Heraf følger, at selskaber kan være fuldt skattepligtige som følge af deres registrering, jf. selskabsskattelovens § 1 stk. 1, nr. 1 eller som følge af ledelsens sæde, jf. selskabsskattelovens § 1. stk. 6.

I forbindelse med et selskabs grænseoverskridende flytning af hjemsted ophører registreringen hos Erhvervsstyrelsen. Hvis ledelsens sæde tillige flytter ud af Danmark, vil selskabet således ikke længere være fuldt skattepligtigt til Danmark.

I så fald indtræder der ophørsbeskatning efter selskabsskattelovens § 5, stk. 5, og aktiver og passiver, som ikke fortsat omfattes af dansk beskatning, anses for afstået, jf. selskabsskattelovens § 5, stk. 7

Aktiver og passiver, der efter flytningen ikke længere er omfattet af dansk beskatning, anses for afhændet på fraflytningstidspunktet til handelsværdien på dette tidspunkt. Der vil således som udgangspunkt ske afståelsesbeskatning af aktiver og passiver, der ikke tilknyttes et fast driftssted i Danmark.

Modsat sker der ikke beskatning af aktiver og passiver, der forbliver under dansk beskatning - dvs. aktiver og passiver der tilknyttes et fast driftssted. SKAT lægger til grund, at der efter flytningen af selskabet til Luxembourg ikke forbliver aktiver eller passiver under dansk beskatning.

Det fremgår af selskabsskattelovens § 5, stk. 5, at hvis et selskab ophører med at være skattepligtigt, finder ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, tilsvarende anvendelse.

Det betyder, at "likvidationsprovenu" ved ophør af dansk skattepligt beskattes, hvis en af betingelserne i ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, b eller c, er opfyldt. Se bl.a. forarbejderne til lovforslag L 84 (2010-11), hvorved der blev foretaget en tilføjelse i selskabsskattelovens § 5, stk. 5, om, at der kan ske udbyttebeskatning ved flytning af ledelsens sæde til udlandet.

Det følger af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, at udlodning af likvidationsprovenu foretaget i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, som hovedregel skal behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven.

Udlodning af likvidationsprovenu skal imidlertid ikke behandles efter aktieavancebeskatningslovens regler, såfremt

- 1) det modtagende selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det selskab, der skal likvideres, og
- 2) udlodningen omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Se ligningslovens § 16 A, stk. 3, litra a.

Hvis betingelserne for, at behandle udlodning af likvidationsprovenu efter aktieavancebeskatningslovens regler ikke er opfyldte, behandles likvidationsudlodningen som udbytte efter ligningslovens § 16 A, stk. 2. Se aktieavancebeskatningslovens § 2.

De modtagende selskaber ved H1's ophør af dansk skattepligt er som udgangspunkt selskabets direkte ejere, der er H3 (60 % ejerandel) og H2 (40 % ejerandel).

De modtagende selskaber ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i H1, og den første del af betingelsen i ligningslovens § 16 A, stk. 3, litra a, er således opfyldt.

Anden del af betingelsen er, at udlodningen skal omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Efter denne bestemmelse er der som hovedregel begrænset skattepligt til Danmark for udenlandske selskaber for så vidt de oppebærer udbytte omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2.

Den begrænsede skattepligt omfatter dog ikke udbytte af datterselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU (moder-/datterselskabsdirektivet) eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte af koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 B, der ikke er datterselskabsaktier, når det udbyttmodtagende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.

Aktierne i H1 er datterselskabsaktier efter aktieavancebeskatningslovens § 4 A for H3 og koncernselskabsaktier efter aktieavancebeskatningslovens § 4 B for H2.

Beskatning af "likvidationsudlodningen" fra H1 til H3 skal, som udgangspunkt, frafaldes eller nedsættes efter EU's moder-/datterselskabsdirektiv, idet H3 forinden ophøret af H1's skattepligt har flyttet skattemæssigt og selskabsretligt hjemsted til Luxembourg. Beskatningen skal tillige, som udgangspunkt, frafaldes eller nedsættes efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, artikel 10.

Beskatning af "likvidationsudlodningen" fra H1 til H2 skal tillige, som udgangspunkt, frafaldes eller nedsættes efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA, artikel 10.

Som udgangspunkt er betingelserne således opfyldte for, at udlodningen beskattes efter aktieavancebeskatningsloven, og der derved ikke er begrænset skattepligt til Danmark for H1's aktionærer efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Hvis H2 og/eller H3 ikke er retmæssige ejere (beneficial owner) af "likvidationsudlodningen", kan der dog blive tale om begrænset skattepligt.

Spørgsmålet om beneficial owner af udlodning af udbytte er en transaktionsmæssig vurdering, der skal foretages for hver enkelt udbytteudlodning. Dette sker særlig med henblik på en fastlæggelse af, hvem der har dispositionsretten over udlodningen.

Ud fra praksis kan det udledes, at såfremt udbyttet ikke er ført videre fra et udbyttmodtagende selskab i EU, og heller ikke med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til et tredjeland uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter beskatning af udbytte skal frafaldes eller nedsættes, vil det udbyttmodtagende EU-selskab blive anset for at være beneficial owner.

Af praksis kan bl.a. nævnes SKM2012. 121. ØLR, SKM2012. 26. LSR (indbragt for domstolene), SKM2014. 18. SR, SKM2014. 737. SR, SKM2014. 741. SR og SKM2016. 222. SR.

Beneficial owner sager, der verserer ved domstolene afventer p.t. præjudicel forelæggelse for EU-domstolen.

I denne situation er der ikke tale om en egentlig udbytteudlodning af kontanter eller andre aktiver til kapitalejerne H2 og H3, men udelukkende tale om en flytning af sædet for H1 ledelse samt en omregistrering af hjemsted fra Danmark til Luxembourg. Koncernstrukturen vil således være den samme som før flytningen.

I SKM2014. 18. SR skulle et selskab flytte ledelse sæde og selskabets hjemsted fra Danmark til Malta. Skatterådet bekræftede, at selskabets kapitalejer, A Limited, var beneficial owner af "likvidationsudlodningen". Der blev lagt vægt på, at det var oplyst, at der ikke forelå planer om, at A Limited skulle videreudlodde "likvidationsprovenuet" eller aktierne i datterselskaberne.

I SKM2014. 737. SR skulle et selskab flytte ledelsens sæde fra Danmark til Holland og derved bringe den danske skattepligt til ophør. Skatterådet afviste at svare på, om selskabets kapitalejer var beneficial owner af "likvidationsudlodningen". Det blev lagt vægt på, at der var tale om en transaktion, hvor det ikke var fastlagt, hvem der kunne disponere, og hvem slutmodtageren af aktieposten og "likvidationsudlodningen" var.

H1's repræsentant har oplyst, at selskabet ikke har planer om at udlodde udbytte til kapitalejerne, og dette er i overensstemmelse med den udbyttepolitik, som har været praktiseret siden H1's etablering i 200x. H1 har således aldrig modtaget eller udloddet udbytte. Det fremgår videre, at der ikke er planer om at likvidere H1 senere.

På denne baggrund er det SKATs opfattelse, at kapitalejerne H2 og H3 ikke er gennemstrømningsselskaber i relation til "likvidationsudlodningen" ved selskabets flytning til Luxembourg, idet "likvidationsudlodningen" ikke vil blive betalt eller på anden måde ført ud af H2 eller H3. Dette er i overensstemmelse med Skatterådets afgørelse i SKM2014. 18. SR.

Beskatning af "likvidationsudlodningen" vil derfor, som udgangspunkt, skulle frafaldes eller nedsættes efter EU's moder-/datterselskabsdirektiv og/eller efter den relevante dobbeltbeskatningsaftale. Udgangspunktet er herefter, at udlodningen behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven.

Efter ligningslovens § 3 gælder dog en generel omgåelsesklausul sigtende på misbrug af fordele forbundet med bl.a. moder-/datterselskabsdirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Omgåelsesklausulen medfører, at der er tale om omgåelse, hvis et eller flere ikke-reelle arrangementer, hvor hovedformålet eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, virker mod direktivets indhold eller formål. I relation til dobbeltbeskatningsoverenskomster forstås tilfælde, hvor deltagelse i arrange-

menter har været for at sikre en gunstigere skattemæssig position, og hvor det at opnå en gunstigere behandling vil være i strid med formålet og hensigten med de relevante bestemmelser i overenskomsten.

De fordele, det er muligt at opnå efter direktiverne, er skattefrihed på udbytter, renter og royalties samt skattepligtsudskydelse ved omstruktureringer (successionsprincippet).

Hvis ligningslovens § 3 finder anvendelse, indebærer det, at skattefriheden og/eller skattepligtsudskydelsen bortfalder, og de almindelige interne danske regler om skattepligt i stedet finder anvendelse. Med andre ord finder direktivernes implementeringsbestemmelser i dansk ret ikke anvendelse. For så vidt angår dobbeltbeskatningsoverenskomsterne vil det være enhver fordel, det er muligt at opnå efter overenskomsten, der bortfalder.

Der er dog ikke tale om omgåelse, i det omfang arrangementerne er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager. Se forarbejderne til ligningslovens § 3 (L 167 af 20/3 2015).

Et arrangement eller serier af arrangementer kan således kun anses for reelle, hvis de er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Ved denne vurdering skal der tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede koncerns forhold.

H1 påtænker at omregistrere selskabets hjemsted til Luxembourg - herunder flytte ledelsens sæde til Luxembourg. Flytningen er registreret i januar 201x hos Erhvervsstyrelsen, men vil ikke blive gennemført før der er modtaget et bindende svar fra Skatterådet.

Flytning af den ene af H1's kapitalejere, H3, til Luxembourg er gennemført pr. xx/xx 201x, hvor selskabet er registreret i Luxembourg. SKAT forudsætter, at selskabet er et selvstændigt skattesubjekt.

Som nævnt ovenfor betyder H3's flytning til Luxembourg, at "likvidationsudlodningen" ved en efterfølgende flytning af H1 til Luxembourg, som udgangspunkt, ikke beskattes som udbytte, men som aktieavance, idet H3 efter flytningen er beliggende i et land, hvori moder-/datterselskabsdirektivet finder anvendelse og hvormed Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Hvis H3 stadig havde hjemsted i De Britiske Jomfruøer og ledelsens sæde i Bahamas på tidspunktet for H1's ophør af dansk skattepligt, ville "likvidationsudlodningen" anses som udbytte med begrænset skattepligt til følge.

Der opnås således en klar skattefordel ved en forudgående flytning af kapitalejeren H3 fra De Britiske Jomfruøer/Bahamas til Luxembourg.

Spørgers repræsentant har oplyst, at baggrunden er, at de ultimative ejere ønsker at forenkle selskabsstrukturen og skabe større transparens. Herunder er det tanken, at H1's datterselskaber senere skal likvideres. Der er ikke nærmere redegjort eller dokumenteret for, hvilke kommercielle årsager, der skulle begrunde flytningen.

SKAT anser, at hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg, umiddelbart inden den påtænkte flytning af H1 til Luxembourg er, at opnå en skattefordel, og er ikke foretaget af velbegrundede kommercielle årsager. Selskabsstrukturen, selskabernes aktiviteter osv. ses således være den samme som før flytningerne.

Efter SKATs opfattelse er der således tale om arrangementer, hvis hovedformål eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, der virker mod moder-/datterselskabsdirektivet indhold eller formål samt i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg har været, at sikre en

gunstigere skattemæssig position, der er i strid med formålet og hensigten med de relevante bestemmelser i overenskomsten.

Efter ligningslovens § 3, stk. 4 gælder, at hvis en skatteyder både kan påberåbe sig fordelene efter direktiverne og efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, så skal den foreslåede omgåelsesklausul vedrørende direktiverne anvendes til at nægte fordelene. Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne har med andre ord forrang.

Efter bestemmelserne i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 vil H1's kapitalejer H3 således ikke opnå de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet.

Det bemærkes endelig, at efter SKATs opfattelse er EU-rettens praksis om den fri etableringsret, jf. TEUF art. 49, ikke til hinder for, at ligningslovens § 3 finder anvendelse i den pågældende situation.

Omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 er for det første implementeret i dansk lovgivning på baggrund et direktiv fra EU (direktiv 2011/96/EU), som blev vedtaget på EU-rådsmøde den 27. januar 2015. For det andet kan der, efter EU-domstolens praksis, ikke støttes ret på EU-bestemmelserne, hvis der foreligger misbrug i form af kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå skattelovgivningen. Hvis etableringen således er uden økonomisk realitet udover de skattefordele der opnås, kan EU-rettens fordele ikke finde anvendelse. Se f.eks. EU-domstolens sag C-196/04, Cadbury Schweppes, hvor det bl.a. fremgår, at for en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.

SKAT kan således ikke bekræfte, at der ikke er begrænset skattepligt til Danmark for H1's aktionærer efter selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c ved selskabets flytning til Luxembourg.

SKATs bemærkninger til spørgers høringsvar

Vedrørende H2 (USA):

Spørger anfører bl.a. i høringsvaret, at SKAT og Skatterådet bør præcisere, at spørgsmålet skal besvares med "Ja" i relation til H2. Spørger anfører videre, at SKATs forslag til afgørelse efter begrundelsen klart synes at tilkendegive, at der ikke er begrænset skattepligt for H2. Dette er dog ikke reflekteret i den samlede konklusion eller indstilling.

SKAT bemærker hertil, at på baggrund af det stillede spørgsmål, hvor der spørges i relation til begge H1's aktionærer under ét, kan SKATs indstilling kun besvares med et "Nej".

I SKATs begrundelse er det anført, at: "Efter bestemmelserne i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 vil H1's kapitalejer H3 således ikke opnå de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet."

Det fremgår således klart, at begrænset skattepligt kun relaterer sig til kapitalejeren H3.

Vedrørende H3 (Luxembourg):

Kommercielle årsager

Spørger anfører bl.a. i høringsvaret, at H1 er et rent holdingselskab. Aktiviteten i selskabet har alene været af udgiftsmæssig karakter, og har kunnet opretholdes alene gennem anvendelse af lokale rådgivere - herunder revisorer og selskabsadministratorer.

Spørger anfører videre, at det som et led i den ønskede forenkling af selskabsstrukturen derfor giver mening, også fra et udgiftsmæssigt synspunkt, at de to øverste selskaber i holdingstrukturen (H1 og H3) er beliggende i samme land.

SKAT bemærker hertil, at spørger ikke har redegjort for eller dokumenteret om flytning af de to selskaber til samme land reelt giver en udgiftsbesparelse samlet set.

Spørger har endvidere ikke redegjort for eller dokumenteret de kommercielle årsager til, at H3 er flyttet til Luxembourg forinden H1 påtænkes flyttet.

Som det fremgår af lovbemærkningerne til ligningslovens § 3 anvendes omgåelsesklausulen for at imødegå arrangementer, der i deres helhed ikke er reelle. Der kan imidlertid være tilfælde, hvor enkelte trin i eller dele af et arrangement i sig selv ikke er reelle. Omgåelsesklausulen kan anvendes for at imødegå disse specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet.

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne, at det vil påhvile skattemyndighederne at fastslå, at der er tale om et arrangement med det hovedformål, eller at et af hovedformålene er, at opnå en skattefordel, der virker mod indholdet eller formålet med direktiverne. Skulle dette være tilfældet påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Af Skatteministeriets kommentarer til FSRs høringssvar til lovforslaget fremgår det endvidere, at vendingerne "velbegrundede kommercielle årsager" og "afspejler den økonomiske virkelighed" i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis. Domstolen har fortolket den lignende tankegang i fusionsskattedirektivet, f.eks. i sagen C-126/10, hvor det af EU-domstolens præmisser fremgår vedrørende anvendelsen af fusionsskattedirektivet, "at i tilfælde af en fusion mellem to selskaber inden for samme koncern kan den omstændighed, at det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke udøver nogen virksomhed, ikke råder over nogen finansielle andele og alene overfører store skattemæssige tab, af ubestemt oprindelse, til det overtagne selskab, udgøre en formodning for, at transaktionen ikke er foretaget ud fra "forsvarlige økonomiske betragtninger", i denne bestemmelses forstand, selv om transaktionen har en positiv virkning på koncernens strukturelle omkostninger."

SKAT fastholder, at hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg, umiddelbart inden den påtænkte flytning af H1 til Luxembourg er, at opnå en skattefordel, og er ikke foretaget af velbegrundede kommercielle årsager. Der henvises i øvrigt til SKATs begrundelse ovenfor.

Omgåelsesbestemmelsens generelle rækkevidde

Spørger anfører bl.a., at SKATs forslag synes at være i direkte modstrid med ministeriets udtalelser i forbindelse med FSRs høringssvar til lovforslaget. I høringssvaret har FSR opstillet en række eksempler, hvoraf et af dem vedrører en situation, hvor et dansk selskab i år 1 erhverver 9 % af aktierne i et udenlandsk selskab og i år 2 erhverver yderligere 1 % af aktierne, således at det danske selskab fra år 2 kan modtage skattefrit udbytte fra det udenlandske selskab.

SKAT bemærker hertil, at Skatteministeriets kommentarer til FSRs eksempler er, at det ikke er muligt at svare med fornøden sikkerhed, hvorvidt omgåelsesklausulerne finder anvendelse. Skatteministeriet anfører videre, at en vurdering af, hvorvidt omgåelsesklausulerne finder anvendelse, forudsætter, at alle relevante faktiske forhold og omstændigheder er oplyst. Skatteministeriet kommenterer således ikke konkret på FSRs eksempler - herunder det eksempel, som spørger henviser til.

Spørger anfører videre, under henvisning til Skatteministeriets kommentarer til FSRs høringssvar, at der i denne sag ikke er tale om en "pro forma" flytning, hvorfor der ikke er grundlag for at tilsidesætte de

skattefordele, der opstår som følge af flytningen. Flytningen skal endvidere ikke i sig selv være begrundet i kommercielle forhold.

Spørger henviser til Skatteministeriets kommentar til et andet spørgsmål, hvor Skatteministeriet anfører, at: *"Minimering af skattebetalingen er ikke en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand. På den anden side er opfyldelsen af objektive kriterier ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne. Umiddelbart er erhvervelse af yderligere aktier i et selskab med henblik på at opfylde kravet om 10 pct. ejerskab i reglerne om datterselskabsudbytter ikke udtryk for misbrug, men det kan være det, hvis der fx alene er tale om en midlertidig "pro forma" erhvervelse uden velbegrundede kommercielle årsager."*

SKAT bemærker hertil, at det ikke bestrides, at H3 er flyttet til Luxembourg. Omgåelsesklausulen kan anvendes for at imødegå specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet.

Formålet med klausulen er, at imødegå arrangementer eller serier af arrangementer, som ikke er reelle, dvs. ikke afspejler den økonomiske virkelighed. Dette er tilfældet, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Ethvert arrangement eller enhver transaktion skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner uanset, om man kan støtte ret på det eller ej.

Som det fremgår af Skatteministeriets kommentarer til FSRs høringssvar, skal der ved denne vurdering tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede concerns forhold.

Efter SKATs opfattelse er indstillingen ikke i direkte strid med Skatteministeriets kommentarer til FSRs høringssvar. For det første kommenterer Skatteministeriet ikke på det konkrete eksempel. For det andet er Skatteministeriets kommentar omkring erhvervelse af yderligere aktier ikke udtryk for, at det er et krav for omgåelsesklausulens anvendelse, at erhvervelsen er "pro forma".

Skatteministeriet giver udelukkende et eksempel på, hvor omgåelsesklausulen eventuelt kan finde anvendelse. Det fremgår således af Skatteministeriets kommentar, at *"... er opfyldelsen af objektive kriterier ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne. Umiddelbart er erhvervelse af yderligere aktier... hvis der fx alene er tale om en midlertidig "pro forma" erhvervelse uden velbegrundede kommercielle årsager."* (SKATs understregninger).

Som nævnt ovenfor skal der ved vurderingen tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede concerns forhold. SKAT fastholder, at hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg er at opnå en skattefordel, og er ikke foretaget af velbegrundede kommercielle årsager.

Spørger anfører videre, at konsekvensen af SKATs indstilling er, at H3 ikke må nyde godt af de fordele, der er ved at være hjemmehørende i EU, alene fordi H3 tidligere var beliggende i et skattely.

SKAT bemærker hertil, at spørger udelukkende anmoder om bekræftelse på, at der ikke er begrænset skattepligt for H1's aktionærer ved selskabets flytning til Luxembourg. SKAT har således ikke taget stilling til, om der kan være begrænset skattepligt eller andre skattemæssige konsekvenser for aktionærerne i andre situationer.

Der henvises endvidere til Skatteministeriets kommentarer til FSRs høringssvar om omgåelsesklausulernes virkning for transaktioner m.v., der baserer sig på allerede gennemførte dispositioner.

Spørger anfører, at i det omfang det vil have betydning for det bindende svar, kan sagen tilføjes det faktum, at H1 og/eller H3 vil opretholde etableringen i Luxembourg i en given periode. Henset til SKATs

indstilling forekommer det dog ikke klart, om et sådant yderligere faktum vil have nogen betydning for besvarelsen, herunder hvilken periode der eventuelt skal være tale om.

SKAT bemærker hertil, at indstillingen udelukkende har baggrund i spørgers beskrivelse af de faktiske forhold, hvoraf det bl.a. fremgår, at H1's selskabsflytning er registreret hos Erhvervsstyrelsen, og vil blive fuldført, når det bindende svar fra Skatterådet er modtaget.

De danske værneregler om udbyttebeskatning

Spørger anfører bl.a. i høringssvaret, at anvendelsen af de danske regler om omkvalificering af likvidationsudlodninger i denne sag synes, at resultere i en helt disproportional beskatning, som ikke kan retfærdiggøres under henvisning til synspunkter om misbrug eller omgåelse.

SKAT bemærker hertil, at det i overensstemmelse med ovenstående begrundelse indstilles, at H1's kapitalejer H3 ikke opnår de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet. Når ligningslovens § 3 finder anvendelse, indebærer det, at skattefriheden bortfalder, og de almindelige interne danske regler om skattepligt i stedet finder anvendelse. Med andre ord finder direktivernes implementeringsbestemmelser i dansk ret ikke anvendelse. Der foretages således beskatning på tilsvarende vis, som hvis H3 ikke var flyttet til Luxembourg.

Det EU-retlige misbrugsbegreb

Spørger anfører bl.a. i høringssvaret, at det følger af EU-Domstolens faste praksis, at etablering i en anden medlemsstat med det udtrykkelige formål, at drage nytte af denne stats mere fordelagtige lovgivning ikke udgør et misbrug. Denne praksis må være direkte sammenlignelig med tilfælde, hvor etablering i EU sker med det formål at drage nytte af fordelagtige EU-retlige regler og samtidig underkaste sig de skatteregler, som er gældende i det pågældende EU-land. Det forhold, at der opnås skattemæssige fordele ved etablering i en EU-stat kan derfor ikke i sig selv udgøre et misbrug, og H3's etablering i Luxembourg kan derfor ikke i sig selv udgøre et misbrug af EU-retten.

SKAT bemærker hertil, at der ikke er taget stilling til, om H3's etablering i Luxembourg, i sig selv, er et misbrug af EU-retten. SKAT har udelukkende taget stilling til, om der er begrænset skattepligt for H1's aktionærer (inkl. H3) ved H1's flytning til Luxembourg.

Det fremgår af lovbemærkningerne til ligningslovens § 3, at omgåelsesklausulen i moder-/datterselskabsdirektivet blev vedtaget på EU-rådsmøde den 27. januar 2015. Danmark har implementeret denne klausul i ligningslovens § 3. Klausulen medfører, at der er tale om omgåelse, hvis et eller flere ikke-reelle arrangementer, hvor hovedformålet eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, virker mod direktivets indhold eller formål. Der er ikke tale om omgåelse, i det omfang arrangementerne er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager.

Som anført i SKATs begrundelse ovenfor anses hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg, umiddelbart inden den påtænkte flytning af H1 til Luxembourg, at opnå en skattefordel, der ikke er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager.

SKAT fastholder således, at EU-rettens praksis om den fri etableringsret, jf. TEUF art. 49, således ikke er til hinder for, at ligningslovens § 3 finder anvendelse i den pågældende situation.

Efter en samlet konkret vurdering anser SKAT, at arrangementet er tilrettelagt med det hovedformål, at der opnås en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktivet, og som ikke er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager. Ved vurderingen er der lagt vægt på alle relevante forhold og omstændigheder - herunder den samlede koncerns forhold og struktur.

Indstilling

SKAT indstiller, at spørgsmål 1 besvares med "Nej".

Skatterådets afgørelse og begrundelse

Skatterådet tiltræder SKATs indstilling og begrundelse.

Lovgrundlag, forarbejder og praksis

Spørgsmål 1

Lovgrundlag

Aktieavancebeskatningslovens § 2

Stk. 1. Gevinst og tab ved udlodning af likvidationsprovenu fra aktieselskaber m.v. i det kalenderår, hvori selskabet m.v. endeligt opløses, behandles efter reglerne i denne lov. 1. pkt. finder dog ikke anvendelse ved udlodning af likvidationsprovenu, som er skattepligtigt for foreninger og selskaber efter selskabsskattelovens § 5 B, stk. 4, og fusionsskattelovens § 12, stk. 3, og i de tilfælde, hvor udlodning af likvidationsprovenu efter ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, skal henregnes til udbytte. Ved udlodning af likvidationsprovenu fra et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, der er omfattet af § 21, finder 1. pkt. alene anvendelse, i det omfang udlodningen overstiger minimumsindkomsten, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 3.

(...)

Aktieavancebeskatningslovens § 4 A

Stk. 1. Ved datterselskabsaktier forstås aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, jf. dog stk. 2, 3 og 7.

(...)

Aktieavancebeskatningslovens § 4 B

Stk. 1. Ved koncernselskabsaktier forstås aktier, hvor ejeren og det selskab, hvori der ejes aktier, er sambeskattede efter selskabsskattelovens § 31 eller kan sambeskattes efter selskabsskattelovens § 31 A. Ved koncernselskabsaktier forstås desuden aktier, hvor en fond m.v. og det selskab, hvori der ejes aktier, er koncernforbundne, jf. selskabsskattelovens § 31 C, og hvor selskabet kan indgå i en sambeskatning.

(...)

Ligningslovens § 3

Stk. 1. Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater og direktiv 2009/133/EF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater som implementeret i dansk lovgivning, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller

formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

Stk. 2. Ved anvendelsen af stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Stk. 3. Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

Stk. 4. Uanset stk. 3 skal stk. 1 og 2 anvendes ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU, hvis den skattepligtige alternativt kunne påberåbe sig en fordel i et af direktiverne om direkte beskatning.

Ligningslovens § 16 A

Stk. 1. Ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst medregnes udbytte af aktier, andelsbeviser og lignende værdipapirer, jf. dog stk. 4.

Stk. 2. Til udbytte henregnes:

1) Alt, hvad der af selskabet udloddes til aktuelle aktionærer eller andelshavere, jf. dog stk. 3.

(...)

Stk. 3. Følgende udlodninger behandles efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.:

1) Udlodning af likvidationsprovenu foretaget i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, medmindre udlodningen er omfattet af stk. 2, nr. 2, eller en af følgende betingelser er opfyldt:

a) Det modtagende selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det selskab, der likvideres, og udlodningen omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. – (...)

Selskabsskattelovens § 2

Stk. 1. Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de

(...)

c) oppebærer udbytte omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2, bortset fra udbytte fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning omfattet af ligningslovens § 16 C, der udelukkende investerer i fordringer omfattet af kursgevinstloven, aktier i det administrationselskab, der forestår investeringsinstituttets administration, afledte finansielle instrumenter efter Finanstilsynets regler herom og beviser i investeringsinstitutter med minimumsbeskatning omfattet af ligningslovens § 16 C, der udelukkende investerer i aktiver som nævnt i denne bestemmelse, eller oppebærer afståelsessummer omfattet af ligningslovens § 16 B, stk. 1. Som udbytte behandles tillige tilskud til koncernforbundne selskaber, jf. § 31 D, hvis tilskudsmodtageren, såfremt denne var moderselskab til tilskudsyderen, ville være skattepligtig af udbytte efter denne bestemmelse. Skattepligten omfatter ikke udbytte af datterselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal

frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte af koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 B, der ikke er datterselskabsaktier, når det udbyttemodtagende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier. Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte, som oppebæres af deltagere i moderselskaber, der er optaget på listen over de selskaber, der er omhandlet i artikel 2, litra a, nr. i, i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, men som ved beskatningen her i landet anses for at være transparente enheder. Det er en betingelse, at selskabsdeltageren ikke er hjemmehørende her i landet. 3. og 4. pkt. finder ikke anvendelse, hvis udbyttet fra det danske selskab er en videreudlodning af udbytte, som dette selskab har modtaget direkte eller indirekte af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A og 4 B, i et selskab hjemmehørende i udlandet, og det danske selskab ikke var retmæssig ejer af det modtagne udbytte. Dette gælder dog ikke, hvis beskatningen af udbytteudlodningen fra det danske selskab skal frafaldes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU. – (...)

Selskabsskattelovens § 5

(...)

Stk. 5. Hvis et selskab eller en forening mv. ophører med at være skattepligtig efter § 1, eller hvis et selskab eller en forening mv. efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, Grønland eller Færøerne, finder stk. 1-3 og ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, tilsvarende anvendelse. Skattebetalingen efter 1. pkt. for en fysisk person, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c, nedsættes, i det omfang den fysiske person har betalt skat af gevinst og tab på aktierne i selskabet som følge af aktieavancebeskatningslovens §§ 38 og 39 A.

(...)

Stk. 7. Hvis et selskab eller en forening mv. ophører med at være skattepligtig efter § 1, eller hvis et selskab eller en forening mv. efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, Grønland eller Færøerne, anses aktiver og passiver, som ikke fortsat er omfattet af dansk beskatning, for afhændet på fraflytningstidspunktet. Salgssummen ansættes til handelsværdien på fraflytningstidspunktet.

(...)

Rådets direktiv af 2011-11-30 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (2011/96)

(...)- (3) Formålet med dette direktiv er at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau. – (...)– (8) For at sikre skattemæssig neutralitet bør det udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat. – (...)– **Art. 1**

Stk. 1. Hver medlemsstat anvender dette direktiv:– (...)

2. på overskud, som selskaber i denne medlemsstat udlodder til selskaber i andre medlemsstater, som de er datterselskaber af– (...)– Stk. 2. Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et

af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med dette direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

– Stk. 4. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug.

Dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Luxembourg (BKI nr. 95 af 23/09/1982)

(...)

Artikel 10

Udbytte

1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne anden stat.

2. Sådant udbytte kan imidlertid også beskattes i den kontraherende stat, hvori det selskab, der betaler udbyttet, er hjemmehørende, og i henhold til lovgivningen i denne stat, men den skat, der pålægges, må, såfremt modtageren er udbyttets retsmæssige ejer, ikke overstige:

- a) 5 pct. af bruttobeløbet af udbyttet, hvis den retsmæssige ejer er et selskab (bortset fra et interessentskab og et kommanditselskab), der direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet;
- b) 15 pct. af bruttobeløbet af udbyttet i alle andre tilfælde.

De kontraherende staters kompetente myndigheder skal ved gensidig aftale fastsætte de nærmere regler for gennemførelsen af disse begrænsninger.

Dette stykke berører ikke adgangen til at beskatte selskabet af den fortjeneste, hvoraf udbyttet er udbetalt.

3. Udtrykket "udbytte" betyder i denne artikel indkomst af aktier, "jouissance" aktier eller "jouissance" rettigheder, stifteranpartier eller andre rettigheder, der ikke er gældsfordringer, og som giver ret til andel i fortjeneste, såvel som indkomst af andre selskabsrettigheder, der er undergivet samme skattemæssige behandling som indkomst af aktier i henhold til lovgivningen i den stat, i hvilken det selskab, der foretager udlodningen, er hjemmehørende.

4. Bestemmelserne i stykke 1 og 2 skal ikke finde anvendelse, såfremt udbyttets retsmæssige ejer, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, i den anden kontraherende stat, i hvilken det selskab, der udbetaler udbyttet, er hjemmehørende, driver erhvervsvirksomhed gennem et der beliggende fast driftssted eller udøver frit erhverv i denne anden stat fra et der beliggende fast sted, og den aktiebesiddelse, som ligger til grund for udlodningen, har direkte forbindelse med et sådant fast driftssted eller fast sted. I så fald skal bestemmelserne henholdsvis i artikel 7 eller artikel 14 finde anvendelse.

5. I tilfælde, hvor et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, oppebærer fortjeneste eller indkomst fra den anden kontraherende stat, må denne anden stat ikke pålægge nogen skat på udbytte, som udbetales af selskabet, medmindre udbyttet udbetales til en person, der er hjemmehørende i denne anden stat, eller den aktiebesiddelse, som ligger til grund for udlodningen af udbyttet, har direkte forbindelse

med et fast driftssted eller et fast sted, der er beliggende i denne anden stat, eller undergive selskabets ikke-udloddede fortjeneste nogen skat på ikke-udloddet fortjeneste, selv om det udbetalte udbytte eller den ikke-udloddede fortjeneste helt eller delvis består af fortjeneste eller indkomst hidrørende fra denne anden stat.

Dobbeltbeskatningsaftale mellem Danmark og USA (BKI nr 13 af 14/04/2000)

(...)

Artikel 10

Udbytte

1. Udbytte, som udbetales af en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne anden stat.

2. Sådant udbytte kan dog også beskattes i den kontraherende stat, i hvilken det selskab, der udbetaler udbyttet, er hjemmehørende og i henhold til lovgivningen i denne stat, men hvis den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, må den skat, der pålignes, ikke overstige:

a) 5 pct. af bruttobeløbet af udbyttet, såfremt den retmæssige ejer er et selskab, der direkte ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det selskab, der udbetaler udbyttet;

b) 15 pct. af bruttobeløbet af udbyttet i alle andre tilfælde.

Dette stykke berører ikke adgangen til at beskatte selskabet af den fortjeneste, hvoraf udbyttet udbetales.

3. Stykke 2, litra a), skal ikke finde anvendelse på udbytte, der udbetales af et amerikansk »Regulated Investment Company« (RIC) eller en amerikansk »Real Estate Investment Trust« (REIT). I tilfælde, hvor udbytte udbetales af et »Regulated Investment Company«, skal stykke 2, litra b), finde anvendelse. I tilfælde, hvor udbytte udbetales af en »Real Estate Investment Trust«, skal stykke 2, litra b) dog kun finde anvendelse, såfremt:

a) den retmæssige ejer af udbyttet er en fysisk person, der ejer en andel på ikke over 10 pct. i den pågældende »Real Estate Investment Trust«;

b) udbyttet udbetales vedrørende en klasse af andele, der handles offentligt, og den retmæssige ejer af udbyttet er en person, der ejer en andel på ikke over 5 pct. af nogen klasse af andelene i den pågældende »Real Estate Investment Trust«; eller

c) den retmæssige ejer af udbyttet er en person, der ejer en andel på ikke over 10 pct. i den på gældende »Real Estate Investment Trust«, og der er tale om en »Real Estate Investment Trust« med bredt sammensatte investeringer (diversified).

4. Uanset bestemmelserne i stykke 2 kan udbytte ikke beskattes i den kontraherende stat, i hvilken den, der betaler udbyttet, er hjemmehørende, såfremt den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat og er en kvalificeret offentlig enhed, som ikke kontrollerer den, der udbetaler udbyttet.

5. Udtrykket »udbytte« betyder i denne artikel indkomst af aktier eller andre rettigheder, der ikke er gældsfordringer, og som giver ret til andel i fortjeneste, såvel som indkomst, der er undergivet samme skattemæssige behandling som indkomst af aktier i henhold til lovgivningen i den stat, i hvilken den, der betaler udbyttet, er hjemmehørende.

6. Bestemmelserne i stykke 1 og 2 skal ikke finde anvendelse, såfremt udbyttets retmæssige ejer, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, driver erhvervsvirksomhed i den anden kontraherende stat, i hvilken den, der betaler udbyttet, er hjemmehørende, gennem et dér beliggende fast driftssted eller udøver frit erhverv i denne anden stat fra et dér beliggende fast sted, og udbyttet kan henføres til et sådant fast driftssted eller fast sted. I så fald skal bestemmelserne i henholdsvis artikel 7 (Fortjeneste ved erhvervsvirksomhed) og artikel 14 (Frit erhverv) finde anvendelse.

7. En kontraherende stat kan ikke påligne nogen skat på udbytte, der betales af en person, der er hjemmehørende i den anden stat, medmindre udbyttet udbetales til en person, der er hjemmehørende i den førstnævnte stat, eller udbyttet kan henføres til et fast driftssted eller fast sted, der er beliggende i denne stat, eller påligne skat på et selskabs ikke-udloddede fortjeneste, undtagen som foreskrevet i stykke 8, selv om det udbetalte udbytte eller den ikke-udloddede fortjeneste helt eller delvis består af fortjeneste eller indkomst hidrørende fra denne stat.

(...)

Forarbejder

Lovforslag L 167 af 20/3 2015

(...)

Bemærkninger til lovforslaget

(...)-3.3. Indførsel af en international omgåelsesklausul i dansk skattelovgivning

Omgåelsesklausulen i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (moder-/datterselskabsdirektivet) er vedtaget på et EU-rådsmøde den 27. januar 2015. Dette medfører, at Danmark skal implementere denne klausul i dansk skattelovgivning for at hindre misbrug af direktivet. Klausulen medfører, at der er tale om omgåelse, hvis et eller flere ikke-reelle arrangementer, hvor hovedformålet eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, virker mod direktivets indhold eller formål. Der er ikke tale om omgåelse, i det omfang arrangementerne er foretaget af velbegrundede kommercielle årsager.

(...)

Det foreslås, at der formuleres to forskellige omgåelsesklausuler - en for direktiverne og en for dobbeltbeskatningsoverenskomsterne - idet omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne tilstræbes at svare nøjagtigt til direktivets formulering, og idet omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne bør tilstræbes at svare til fremtidige klausuler i selve overenskomsterne i overensstemmelse med OECD's anbefalinger.

3.3.1. Moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet (direktiv 2011/96/EU) blev indført for at undgå dobbeltbeskatning i forbindelse med udbetaling af udbytte mellem moderselskaber og datterselskaber i hver sin EU-medlemsstat. Et selskab betegnes som et moderselskab, når det ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i et selskab hjemmehørende i et andet medlemsland. Det er en forudsætning for anvendelse af direktivet, at selskaberne er organiseret i en af de selskabsformer, som er anført i direktivet, at selskaberne er hjemmehørende i en EU-medlemsstat uden at være hjemmehørende uden for EU efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og at selskaberne uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af selskabsskat i en EU-medlemsstat.

Hvis betingelserne er opfyldt, skal et moderselskab i et EU-land (moderselskabslandet), som modtager udbytter fra sit datterselskab i et andet EU-land (datterselskabslandet), kunne modtage udbyttet skattefrit (eksempionslempelse) eller kunne fratrække den del af datterselskabets skat, der vedrører udbyttet, i moderselskabets egen skattebetaling i moderselskabslandet (creditlempelse). Det enkelte medlemsland kan vælge, om det vil anvende den ene eller den anden metode til undgåelse af dobbeltbeskatning. Langt hovedparten af medlemslandene, herunder Danmark, har valgt at anvende den metode, der anvender eksempionslempelse.

Direktivet medfører herudover, at moderselskabet skal fritages fra beskatning af udbyttet i datterselskabslandet. Datterselskabslandet må således ikke opkræve kildeskatte på udbytter, der udbetales til et moderselskab i et andet medlemsland.

(...)

3.3.2. Ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet

Kommissionen fremsatte den 25. november 2013 et forslag om ændring af det eksisterende moder-/datterselskabsdirektiv. Kommissionens forslag indeholdt tre ændringer af direktivet:

(...)

2) Det blev foreslået, at det bliver obligatorisk for medlemslandene at vedtage en fælles bestemmelse om bekæmpelse af misbrug (omgåelsesklausul).

(...)

Rådet vedtog punktet om den fælles omgåelsesklausul på rådsmødet den 27. januar 2015.

(...)

3.3.4. Gældende ret

Der findes ikke en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug i dansk skattelovgivning. Efter dansk (rets)praksis sker beskatningen efter der er foretaget en bedømmelse af, hvad der faktisk er sket. Det betyder, at tomme og kunstige skattebetingede dispositioner kan tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i forhold til den modstående realitet. Dansk skatteret er altså grundlæggende helt på linje med internationalt gældende principper om "substance over form".

Den vedtagne ændring af moder-/datterselskabsdirektivet indebærer, at der skal indsættes en generelt formuleret bestemmelse om bekæmpelse af misbrug af moder-/ datterselskabsdirektivet i skattelovgivningen. Det vurderes, at den nye bestemmelse i direktivet vil kunne have et bredere anvendelsesområde end den nuværende (rets)praksis.

Moder-/datterselskabsdirektivet er implementeret i dansk lovgivning ved selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, for så vidt angår udbyttmodtagere, der er udenlandske moderselskaber omfattet af direktivet, kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6, for så vidt angår udbyttmodtagere, der er fysiske personer, der modtager udbyttet via en transparent moderenhed omfattet af direktivet, og selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, for så vidt angår udbytter, der modtages fra et udenlandsk datterselskab omfattet af direktivet.

Efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, skal der ske beskatning af udbytter i Danmark, medmindre det konkluderes, at der efter moder-/ datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst er en pligt til at frafalde eller nedsætte beskatningen.

I dansk ret og hidtidig praksis er udgangspunktet, at det er afgørende, om den udenlandske udbyttemodtager er retmæssig ejer (beneficial owner) i dobbeltbeskatningsoverenskomsternes forstand. Er dette ikke tilfældet, er der efter de danske myndigheders opfattelse tale om misbrug, jf. moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2. Det skal bemærkes, at der verserer en række sager ved domstolene om dette spørgsmål.

(...)

3.3.5. Lovforslaget

Det foreslås, at der i dansk skattelovgivning indføres en international omgåelsesklausul til bekæmpelse af misbrug i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Omgåelsesklausulen er en gennemførsel af en ændring af direktivet, der er vedtaget på EU-rådsmødet den 27. januar 2015.

Det foreslås ligeledes, at denne omgåelsesklausul også indføres som omgåelsesklausul i Danmark, for så vidt angår rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet. Disse direktiver giver således mulighed for at afskære skatteyderne fra at opnå skattelemper efter direktiverne, hvis transaktionerne er i modstrid med nationale eller aftalebaserede omgåelsesklausuler. Omgåelsesklausulen vil finde anvendelse, hvad enten den grænseoverskridende omstrukturering er foretaget med eller uden tilladelse.

Det foreslås endvidere, at der indføres en omgåelsesklausul til bekæmpelse af misbrug af danske dobbeltbeskatningsoverenskomster. Der er som nævnt enighed i OECD om, at stater ikke er forpligtet til at indrømme fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst ved deltagelse i arrangementer, der indebærer misbrug af overenskomstens bestemmelser. Ved misbrug forstås tilfælde, hvor deltagelse i arrangementer har været for at sikre en gunstigere skattemæssig position, og hvor det at opnå en gunstigere behandling vil være i strid med formålet og hensigten med de relevante bestemmelser i en overenskomst, jf. kommentarerne til OECDs modeloverenskomsts art. 1, pkt. 9.5. I overensstemmelse hermed er det muligt for lande at håndhæve nationale misbrugsklausuler med dette sigte, uagtet at der ikke i selve dobbeltbeskatningsaftalen udtrykkeligt er indført en misbrugsklausul. Denne forståelse ligger inden for rammerne af Wienerkonventionens artikel 31, hvorefter en traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål. Tilsvarende betragtninger findes i kommentarerne til FN-modellen.

Den foreslåede misbrugsklausul reflekterer nøje de almindelige principper for, i hvilket omfang et land kan imødegå misbrug af de allerede eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomster. Det foreslås, at klausulen vil finde anvendelse på fordele i dobbeltbeskatningsoverenskomster, uanset hvornår disse er indgået og med hvem. Den vil således både finde anvendelse på alle eksisterende og fremtidige danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Endelig foreslås det, at ikrafttræden skal ske før den tidsfrist, der er fastsat i moder-/datterselskabsdirektivet. Det foreslås, at begge omgåelsesklausuler får virkning for transaktioner, arrangementer eller serier af arrangementer fra og med den 1. maj 2015.

Indførelsen af en omgåelsesklausul begrænser ikke de gældende muligheder for at tilsidesætte eller omkvalificere på andet grundlag.

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til § 1

(...)

Til nr. 2

Det foreslås i stk. 1, at der indføres en omgåelsesklausul, hvorefter skattepligtige ikke skal kunne opnå de fordele, der er ved moder-/datterselskabsdirektivet, hvis de deltager i 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 direktivet, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

(...)

Moder-/datterselskabsdirektivet er implementeret i dansk lovgivning ved selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, for så vidt angår udbyttemodtagere, der er udenlandske moderselskaber omfattet af direktivet, kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6, for så vidt angår udbyttemodtagere, der er fysiske personer, der modtager udbyttet via en transparent moderenhed omfattet af direktivet, og selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, for så vidt angår udbytter, der modtages fra et udenlandsk datterselskab omfattet af direktivet.

(...)

Omgåelsesklausulen anvendes for at imødegå arrangementer, der i deres helhed ikke er reelle. Der kan imidlertid være tilfælde, hvor enkelte trin i eller dele af et arrangement i sig selv ikke er reelle. Omgåelsesklausulen kan anvendes for at imødegå disse specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet. Dermed vil effektiviteten af klausulen om bekæmpelse af misbrug blive størst mulig, samtidig med at det sikres, at klausulen står i et rimeligt forhold til målet.

Anvendelsen af regler om bekæmpelse af misbrug bør stå i et rimeligt forhold til målet og tjene det specifikke formål at imødegå arrangementer eller serier af arrangementer, som ikke er reelle, dvs. ikke afspejler den økonomiske virkelighed. Dette er tilfældet, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Denne tilgang kan være effektiv i tilfælde, hvor de pågældende enheder som sådan er reelle, men hvor f.eks. de aktier, som udlodningen af overskud stammer fra, ikke reelt kan henføres til en skatteyder, der er hjemmehørende i EU, dvs. hvis arrangementet på grundlag af sin juridiske form overdrager ejerskabet af aktierne, men dets karakteristika ikke afspejler den økonomiske virkelighed.

Det påhviler skattemyndighederne at foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurdering af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug, dvs. virker mod indholdet eller formålet med direktivet.

Det vil påhvile skattemyndighederne at fastslå, at der er tale om et arrangement med det hovedformål, eller at et af hovedformålene er, at opnå en skattefordel, der virker mod indholdet eller formålet med direktiverne.

Skulle dette være tilfældet påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

(...)

Det foreslås desuden i stk. 3, at fordelene ved en dobbeltbeskatningsoverenskomst bortfalder, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

Det vil påhvile skattemyndighederne at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelse af fordelene er et af de væsentligste formål med arrangementet eller transaktionen, som direkte eller indirekte medfører fordelene. Skulle dette være tilfældet påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at indrømmelsen af fordelene er i overensstemmelse med indholdet og formålet med overenskomsten.

De nævnte "fordele" omfatter alle fordele forbundet med overenskomsten, såsom skattefritagelse, skatteudskydelse eller andre godtgørelser.

Vendingen "ethvert arrangement eller enhver transaktion" skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej. Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstskabelsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation.

(...)

Det foreslås i stk. 4, at hvis en skatteyder både kan påberåbe sig fordelene efter direktiverne og efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, så skal den foreslåede omgåelsesklausul vedrørende direktiverne anvendes til at nægte fordelene. Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne har med andre ord forrang.

Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne og omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er formuleret forskelligt. Det er imidlertid vurderingen, at der ikke er væsentlig forskel på de to omgåelsesklausuler. Efter ordlyden af den af EU vedtagne omgåelsesklausul gælder den ikke, hvis transaktionen eller arrangementet er udtryk for reel økonomisk aktivitet. Dette kan formentlig indfortolkes i den af OECD foreslåede omgåelsesklausul i kraft af henvisningen til hensigten og indholdet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. En sådan hensigt og formål omfatter tilvejebringelse af traktatmæssig beskyttelse for at undgå dobbeltbeskatning i tilfælde af personer, som reelt er engageret i god tro i grænseoverskridende handel og investeringer. Hvorvidt der eventuelt måtte være forskel på de to omgåelsesklausuler er et spørgsmål, der må afklares i domspraksis, herunder ved forelæggelse for EU-domstolen.

Lovforslag L 167 af 20/3 2015 - Bilag 1 - Høringssvar til FSR

(...)

FSR anfører, at ikrafttrædelsesbestemmelsens formulering indebærer, at omgåelsesklausulen gives tilbagevirkende kraft, da man rammer allerede gennemførte dispositioner. Dette anses for retssikkerhedsmæssigt problematisk, da det bl.a. vil være nødvendigt at foretage en vurdering af hensigten med den oprindelige transaktion, der kan være foretaget for mange år siden.

Skatteministeriets svar:

De foreslåede omgåelsesklausuler har virkning for fremtidige transaktioner og trin i arrangementer. Det forhold, at der er tale om transaktioner eller trin i arrangementer, der baserer sig på dispositioner, som er indgået før omgåelsesklausulernes ikrafttrædelse ændrer ikke herpå. Omgåelsesklausulerne skal hindre misbrug, og hvis der er tale om transaktioner eller trin i arrangementer, hvori der indgår et misbrug skal det omfattes. Der ses ikke at være grundlag for at frede de skattepligtige, der efter reglerne uberettiget har opnået en fordel.

FSR hører gerne, om det er korrekt, at der ved vurderingen af "velbegrundede kommercielle årsager" bør ske en vurdering af den samlede koncerns forhold.

Skatteministeriets svar:

Det kan bekræftes, at der ved denne vurdering kan tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede koncerns forhold.

FSR vil gerne vide, hvordan Skatteministeriet forstår "velbegrundede kommercielle årsager" og "afspejler den økonomiske virkelighed".

Skatteministeriets svar:

Som nævnt ovenfor er vendingerne i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis. Domstolen har fortolket den lignende tankegang i fusionsskattedirektivet. Som et eksempel herpå kan nævnes C-126/10, hvor det af EU-domstolens præmisser fremgår vedrørende anvendelsen af fusionsskattedirektivet, " at i tilfælde af en fusion mellem to selskaber inden for samme koncern kan den omstændighed, at det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke udøver nogen virksomhed, ikke råder over nogen finansielle andele og alene overfører store skattemæssige tab, af ubestemt oprindelse, til det overtagne selskab, udgøre en formodning for, at transaktionen ikke er foretaget ud fra "forsvarlige økonomiske betragtninger", i denne bestemmelses forstand, selv om transaktionen har en positiv virkning på koncernens strukturelle omkostninger."

FSR anfører, at for virksomheder er skat en omkostning, som ønskes minimeret inden for lovens rammer. Medfører omgåelsesklausulen, at regelanvendelse kan tilsidesættes, hvorved omgåelsesklausulen har forrang for øvrige regler. Et eksempel kunne være tilskudsreglerne efter selskabsskattelovens § 31 D.

Skatteministeriets svar:

Minimering af skattebetalingen er ikke en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand. På den anden side er opfyldelsen af objektive kriterier ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne. Umiddelbart er erhvervelse af yderligere aktier i et selskab med henblik på at opfylde kravet om 10 pct. ejerskab i reglerne om datterselskabsudbytter ikke udtryk for misbrug, men det kan være det, hvis der fx alene er tale om en midlertidig "pro forma" erhvervelse uden velbegrundede kommercielle årsager.

(...)

Skatteministeriet bedes bekræfte, at anvendelse af den foreslåede omgåelsesklausul 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.

Skatteministeriets svar:

Dette kan bekræftes.

FSR har angivet 7 eksempler i høringssvaret, hvor omgåelsesklausulerne "testes" og vil gerne høre Skatteministeriet, om klausulerne finder anvendelse i disse eksempler.

Skatteministeriets svar:

Skatteministeriet bemærker til eksemplerne, at det ikke er muligt at svare med fornøden sikkerhed, hvorvidt omgåelsesklausulerne finder anvendelse. En vurdering af, hvorvidt omgåelsesklausulerne finder anvendelse, forudsætter, at alle relevante faktiske forhold og omstændigheder er oplyst.

En konkret stillingtagen til eksemplerne vil således kræve, at der skal lægges en række forudsætninger og betingelser til grund ved vurderingen.

(...)

40) Efter nr. 8 indsættes som nyt nummer:

»011. I § 5, stk. 5, ændres »finder stk. 1-3 tilsvarende anvendelse.« til: »finder stk. 1-3 og ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, tilsvarende anvendelse.««

[Tilføjelse i selskabsskattelovens § 5, stk. 5, om, at der kan ske udbyttebeskatning ved flytning af ledelsens sæde til udlandet]

(...)

Bemærkninger

(...)

TIL NR. 40

Det fremgår af selskabsskattelovens § 5, stk. 5, at hvis et selskab ophører med at være fuldt skattepligtigt, eller hvis et selskab efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, Grønland eller Færøerne (f.eks. ved flytning af ledelsens sæde), finder reglerne om selskabers afsluttende skatteansættelse og anmeldelse i forbindelse med opløsning eller overgang til skattefri virksomhed, jf. § 5, stk. 1-3, tilsvarende anvendelse.

Efter selskabsskattelovens § 5, stk. 7, anses selskabet for at have afhændet sine aktiver og passiver. Herved udløses en beskatning af avancer, genvundne afskrivninger m.v. i henhold til de almindelige regler.

Det foreslås, at der tillige skal ske beskatning af »likvidationsprovenu« ved ophør af dansk skattepligt efter selskabsskattelovens § 1, hvis en af betingelserne i ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, er opfyldt. Betingelserne i denne bestemmelse er:

1. Det modtagende selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det selskab, der likvideres, og udlodningen omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.
2. Det modtagende selskab ejer mindre end 10 pct. af aktiekapitalen, er skattepligtigt af udbytter, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, og har bestemmende indflydelse i det selskab, der likvideres, jf. ligningslovens § 2. Dette gælder dog ikke, hvis det modtagende selskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU eller EØS, og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.
3. Den modtagende fysiske person er hjemmehørende uden for EU/EØS og har bestemmende indflydelse i det selskab, der likvideres, jf. ligningslovens § 2.

Ændringsforslaget skal ses i sammenhæng med lovforslagets foreslåede ændringer i fusionsskattelovens § 15, stk. 4 og 5, hvorefter der vil kunne ske beskatning af udlodningen ved en skattefri grænseoverskridende fusion. Ændringsforslaget skal således ligeledes ses som en sikring af reglerne om begrænset skattepligt på udbytteudlodninger.

Provenumæssigt undgås der med ændringsforslaget et utilsigtet provenutab.

(...)

Praksis

I forbindelse med en kapitalfonds overtagelse af en dansk koncern blev der etableret en holdingselskabskonstruktion, hvor kapitalfondene stiftede det øverste danske holdingselskab ved kontantindskud. Derefter blev mellemliggende luxembourgske holdingselskaber stiftet ved aktieombytning, og i umiddelbar forlængelse heraf blev en væsentlig del af den kapital, der var indskudt i det danske øverste holdingselskab udloddet til det nederste luxembourgske holdingselskab. Det udloddede beløb blev på ny udlånt til det danske holdingselskab ved et konvertibelt lån, der ved årets udgang blev konverteret til egenkapital.

Det var oplyst, at fremgangsmåden ved stiftelsen af holdingselskabskonstruktionen var anvendt med henblik på at undgå kapitaltilførselsafgift i Luxembourg, idet kapitaltilførselsafgift var blevet pålagt, såfremt kapitalen i det luxembourgske selskab var indskudt "fra oven". Det var endvidere oplyst, at det fra starten var tiltænkt at udstede det konvertible lån, idet renterne på lånet ville være fradragsberettigede i Danmark, mens afkastene betragtedes som skattefri udbytter i Luxembourg (den nugældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2B var dengang ikke indført).

SKAT havde anset det øverste danske holdingselskab for pligtig til at indeholde kildeskat på det udbyttebeløb, der var udbetalt til det nederste luxembourgske holdingselskab. Begrundelsen herfor var blandt andet, at luxembourg-selskabet ikke havde nogen reel ret til at råde over udbyttebeløbet, idet det på forhånd var fastlagt, at beløbet straks skulle genudlånes til det danske selskab, og at luxembourg-selskabet ikke var udbyttets retmæssige ejer. SKAT havde fundet, at udbyttet derfor var skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1 litra c, idet indeholdelse af kildeskat ikke kunne anses for at være i strid med hverken den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder/datterselskabsdirektivet.

Landsretten tiltrådte Skatteministeriets synspunkt om, at begrebet retmæssig ejer så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, der er kommet til udtryk i blandt andet kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, ligesom landsretten tiltrådte, at ændringerne i 2003-kommentarerne har karakter af præciseringer, der kan inddrages ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer. Landsretten fandt videre, at et holdingselskab kun kan frakendes status som retmæssig ejer, hvis ejeren/ejerne udøver en kontrol med selskabet, som ligger udover den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner, og hvis det pågældende selskab er indskudt som et mellemlidende med henblik på, at den/de bagvedliggende ejere kan opnå fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som ikke ville kunne opnås af ejeren/ejerne direkte. I den foreliggende sag, hvor det af det danske selskab udbetalte udbytte ikke var ført videre til den/de bagvedliggende ejere, men derimod var tilbageført som et lån til det danske selskab, måtte det luxembourgske selskab efter landsrettens opfattelse anses for retmæssig ejer, således at selskabet ikke var skattepligtigt med hensyn til udbytte, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, og artikel 10, stk. 2, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg.

Et selskab blev ikke anset for indeholdelsespligtig af udbytteskat vedrørende udbytte udbetalt til moderselskabet på Cypern. Sag er indbragt for domstolene.

Skatterådet bekræfter, at Selskab A (Luxembourg) ikke er begrænset skattepligtig både af en allerede gennemført og en fremtidig udbytteudlodning, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Skatterådet lægger vægt på, at en stor del af det udbytte, der allerede er udloddet, faktisk er anvendt til at finansiere opkøb af et selskab, som er hjemmehørende i A-land, at det kan lægges til grund at

det resterende udbytte samt fremtidig udbytte anvendes til reinvestering i porteføljeselskaber, der er kommercielt og forretningsmæssigt begrundet, og at der i Selskab J er en investeringskomité, der også faktisk træffer investeringsbeslutninger.

SKM2014. 741. SR⁻

Skatterådet bekræfter, at et amerikansk selskab og et italiensk selskab ikke er begrænset skattepligtige efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, af likvidationsprovenu fra et dansk selskab, som udloddes samme år, som selskabet ophører, idet likvidationsprovenuet ikke er omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1.

Uanset om likvidationsudlodningen videreudloddes af det amerikanske selskab og det italienske selskab, ændres besvarelsen ikke herved, idet de bagvedliggende ejere er fysiske personer bosiddende i EU/EØS, der ikke er begrænset skattepligtige af aktieavanceerne.

SKM2014. 737. SR⁻

Skatterådet bekræfter, at A ApS anses for at have afstået aktiver og passiver på det tidspunkt, hvor flytningen af ledelsens sæde flytter til Holland.

Skatterådet afviser at besvare, om A ApS skal indeholde skat af et likvidationsprovenu i forbindelse med skattepligtens ophør, idet der er tale om en transaktion, hvor det ikke er fastlagt, hvem der kan disponere, og hvem slutmodtageren af aktieposten og likvidationsudlodningen er.

Skatterådet bekræfter, at B Company, Canada eller andre af koncernselskaberne ikke begrænset skattepligtige af fremtidige udlodninger fra A ApS, Holland, idet A ApS ved flytning af ledelsens sæde til Holland anses for at have afstået sine aktier, og A ApS får dermed hjemsted i Holland. A ApS' aktier kan heller ikke henføres til et fast driftssted i Danmark

SKM2014. 18. SR⁻

A A/S er ejet med 59,0625 % af A Ltd., Cypern. Derudover er der en række mindre aktionærer i selskabet. A A/S er under omdannelse til et SE-selskab. A SE påtænker at flytte sin ledelse og sit hjemsted fra Danmark til Malta. Aktionæroverenskomsten i A A/S fastsætter, at visse beslutninger kræver flertalsafgørelser med mindst 75 % af aktiekapitalen. Skatterådet bekræfter, at A SE's danske skattepligt ophører på tidspunktet for flytningen af ledelsen og selskabets hjemsted fra Danmark til Malta. Skatterådet bekræfter også, at A SE skattemæssigt vil blive anset for at være likvideret, hvis A SE's skattepligt til Danmark ophører. Herudover bekræfter Skatterådet, at aktionæroverenskomsten for A A/S ikke anses for at give aktionærene en samlet bestemmende indflydelse i A A/S. Skatterådet bekræfter endvidere, at A SE ikke skal indeholde skat af likvidationsprovenu ved selskabets likvidation. Endelig bekræfter Skatterådet, at A Limited, Cypern, eller andre af aktionærene over A Ltd., og de øvrige aktionærer i A SE ikke er begrænset skattepligtige til Danmark af likvidationsprovenuet fra A SE.